

فقه الصادق (ع) الجزء: ٢٠

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: فقه الصادق (ع)
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ٢٠
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الثالثة
سنة الطبع: ١٤١٤
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٢٢	اشتراط الزيادة للمقترض
١٦٣	الضمان المستحدث
١٦٥	ضمان العهدة
٢٤٢	اعتبار العلم في الوكالة
١٤٩	التعليق في الضمان
٢٩٢	التصرف من ملزمات الهبة
٣٠٢	جريان المعاطاة في الوقف
٣٢٠	حكم ما لو شرط الواقف شرطاً لنفسه
٣٢٢	في بيان صور امكان انتفاع الواقف
٤٠٥	اعتبار العقل في الوصي
٤٥٦	إذا أجاز الورثة ثم ادعوا الظن بقلة المال
٤٥٨	المدار في الثلث على حال الوفاة
٣١٢	اشتراط القبض في الوقف على الجهات العامة
٢٨٧	لزوم الهبة لذي الرحم وهبة أحد الزوجين للاخر
٨	المقدمة
٩	كتاب الديون وفيه فصول الفصل الأول
١١	وجوب نية القضاء حين الاستدانة
١٣	حكم اشتراط الزيادة فيه
١٨	تبرع المقترض بالزيادة
٢١	اشتراط موضع التسليم
٢٤	ضابط ما يصح اقراضه
٢٧	القرض يملك بالقبض
٣٠	عدم جواز رجوع المقرض في العين المقترضة
٣٤	تأجيل الدين الحال
٣٨	تعجيل الدين المؤجل
٣٩	بيان الحكم عند غيبوبة صاحب الدين
٤١	قسمة الدين
٤٥	بيع الدين بالدين
٤٨	اقتضاء الدين من أثمان المحرمات
٥١	حكم ما لو استقرض الدارهم ثم سقطت عن المالية
٥٥	الفصل الثاني في الرهن
٥٦	المعاطاة في الرهن
٥٨	في اشتراط القبض في الرهن

٦٣	حكم رهن الدين والمنفعة
٦٧	يعتبر امكان قبض المرهون
٦٨	في اعتبار امكان البيع
٧٠	الحق الذي يجوز أخذ الرهن عليه
٧٤	رهن الحامل ليس رهنا للحمل
٧٦	الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف
٧٩	اشترط وكالة المرتهن في البيع
٨١	المرتهن أمين لا يضمن
٨٤	حكم الاختلاف في القمية
٨٦	حكم ما لو باع المرتهن الرهن
٨٨	لو خاف جحود الوارث للدين
٨٩	التنازع في أن الشيء رهن أو وديعة
٩٣	الفصل الثالث في الحجر
٩٤	الصغير ممنوع عن التصرف في ماله
٩٩	علامات البلوغ
١١١	اعتبار الرشد في رفع الحجر
١١٣	منجزات المريض تخرج من أصل المال
١٢٣	الفلس من أسباب الحجر
١٢٤	المفلس إذا حجر عليه يمنع من التصرف في ماله
١٢٨	مشاركة المقر له بالدين السابق مع الغرماء
١٣١	اختصاص الغريم بعين ماله
١٣٥	عدم جواز مطالبة المعسر
١٣٩	ينفق على المفلس من ماله إلى يوم القسمة
١٤١	يقسم المال على الديون الحالة
١٤٣	الفصل الرابع في الضمان
١٤٥	في اعتبار رضا المضمون له
١٥٠	لا يعتبر العلم بمقدار الدين
١٥٢	انتقال المال إلى ذمة الضامن
١٥٤	ضمان الحال والمؤجل
١٥٧	رجوع الضامن على المضمون عنه
١٦٠	ضمان الأعيان
١٦٦	الحوالة
١٦٩	الحوالة من العقود
١٧١	الحوالة لازمة
١٧٥	إذا أحال المشتري بالثمن ثم رد البيع
١٧٦	الحوالة المستحدثة
١٧٨	الكفالة

١٧٩	شروط الكفالة
١٨٢	الكفيل مخير بين دفع المكفول أو ما عليه
١٨٤	اطلاق الغريم من يد صاحب الحق
١٨٩	الفصل الخامس في الصلح
١٩٣	حكم الصلح المحلل للحرام أو العكس
١٩٥	عدم اعتبار العلم بالمقدار
١٩٧	وقوع الصلح من الشريكين على كون الربح والخسران لأحدهما
١٩٩	لو ادعى أحدهما درهما في يدهما والاخر أحدهما
٢٠١	حكم من أودعه انسان درهمن وآخر درهما
٢٠٣	حكم اشتباه الثوبين
٢٠٥	اقرار العاقل على نفسه جائز
٢٠٦	بيان ما به يتحقق الاقرار
٢١٠	حكم ما لو علقه بشرط
٢١١	حكم ما لو قال ان شهد فلان فهو صادق
٢١٢	ما يعتبر في المقر
٢١٤	بيان ما يعتبر في المقر له
٢١٦	المقر به وما يشترط فيه
٢١٩	تعقيب الاقرار بما ينافيه
٢٢٢	الاستثناء المتعقب للاقرار
٢٢٦	جملة من فروع الاقرار
٢٢٩	في الاقرار بالولد
٢٣٧	الفصل السابع في الوكالة
٢٣٨	الوكالة من العقود
٢٤٠	اعتبار التنجيز في الوكالة
٢٤٣	الوكالة جائزة من الطرفين
٢٤٦	اشتراط الوكالة في عقد لازم
٢٤٧	موارد بطلان الوكالة
٢٥٠	فيما تصح فيه الوكالة
٢٥٢	عدم جواز تعدي الوكيل المأذون
٢٥٧	اعتبار أهلية التصرف في الموكل والوكيل
٢٥٩	حكم اكراه الوكيل والموكل
٢٦٢	وكالة الكافر عن المسلم
٢٦٤	في اختلاف الموكل والوكيل
٢٦٩	بيان ما تثبت به الوكالة
٢٧٠	في تعريق الهبة وبيان حقيقتها
٢٧٢	حكم هبة ما في الذمة
٢٧٧	الهبة من العقود

٢٧٩	القبض شرط في صحة الهبة
٢٨٤	حكم الهبة من حيث لزوم والجواز
٢٨٩	لزوم الهبة بالتلف
٢٩٥	الهبة المعوضة لازمة
٢٩٧	في الصدقة
٣٠١	الفصل الثاني في الوقف
٣٠٤	اشتراط القبول في الوقف
٣٠٥	شروط الوقف
٣٠٨	يعتبر في الوقف الاقباض
٣١٠	بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض
٣١٤	عدم اعتبار التنجيز في الوقف
٣١٥	عدم اعتبار الدوام في الوقف
٣١٨	الوقف على النفس
٣٢٣	شرط عود الوقف ملكا
٣٢٦	الوقف على من ينقرض غالبا
٣٢٨	شروط الموقوف
٣٣٢	شروط الواقف
٣٣٣	حكم الوقف على من سيوجد
٣٣٧	في اشتراط تعيين الموقوف عليه
٣٣٩	جعل الواقف النظر لنفسه
٣٤٥	الوقف على الكافر
٣٤٧	فيما يتعلق بألفاظ الوقف
٣٥٣	إذا بطلت المصلحة الموقوف عليها
٣٥٧	حكم تغيير الوقف عن هيئته
٣٦١	نفقة المملوك ومصارف تعمير الاملاك الموقوفة على الموقوف عليه
٣٦٣	استيجار الأرض لتجعل مسجدا
٣٦٤	حكم ما إذا شك في اعتبار قيد أو خصوصية في الموقوف عليهم
٣٦٦	في السكنى والعمرى والرقيبي
٣٧٣	الحبس
٣٧٥	الفصل الثالث في الوصايا
٣٧٨	حكم القبول في الوصية
٣٨٤	ايقاع الوصية بالفعل الدال عليها والكتابة
٣٨٧	إذا أوصى بأمرين وقبل الموصى له أحدهما
٣٨٩	جواز رجوع الموصى في الوصية
٣٩٢	من شرائط الموصي البلوغ
٣٩٧	الوصية بالولاية على الأطفال
٣٩٩	في الموصى له

٤٠٢	في اعتبار التكليف في الوصي
٤٠٧	في اعتبار العدالة؟ في الوصي
٤١١	في الموصى وما يعتبر فيه
٤١٢	حكم وصية القاتل نفسه
٤١٤	الوصية للحمل
٤١٦	الوصية للكافر
٤١٩	حكم ما لو مات الموصى له قبل الموصي
٤٢٥	الوصية بالحمل
٤٢٦	حكم ما لو أوصى إلى اثنين
٤٣٠	حكم رد الوصية
٤٣٤	الوصية تبطل بخيانة الوصي
٤٣٦	استيفاء الوصي دينه من مال الميت
٤٣٩	أخذ الوصي أجره عمله
٤٤٣	حكم إيصاء الوصي
٤٤٦	لا تصح الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة
٤٤٧	إجازة الوارث الوصية بما زاد على الثلث
٤٥٠	إجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصي
٤٥٢	حكم الإيصاء بالواجب وغيره
٤٦١	حكم الوصية المبهمة
٤٦٤	حكم نسيان مورد الوصية
٤٦٦	حكم الوصايا المتضادة
٤٦٨	ما يثبت به الوصية
٤٦٨	حكم إقرار المريض بالدين
٤٧٣	احتساب أرش الجناية والدية من التركة
٤٧٤	حكم الوصية باخراج الولد من الميراث

فقه الصادق
تأليف
فقيه العصر سماحة آية الله العظمى
السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مد ظله
الجزء العشرون

(٣)

مواصفات الكتاب:
الكتاب فقه الصادق ج / ٢٠
المؤلف السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ، ق
المطبعة العلمية
الكمية ١٠٠٠ نسخة
الناشر مؤسسة دار الكتاب، قم المقدسة
تليفون ٢٤٥٦٨
السعر ٢٠٠ توما

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٦)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأولين والآخرين
محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.
وبعد:
فهذا هو الجزء العشرون من كتابنا. " فقه الصادق " وقد وفقنا لطبعه، والمرجو
من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الأجزاء فإنه ولي التوفيق.

(٨)

كتاب الديون وفيه فصول الفصل الأول

(٩)

- كما لا يجوز في القرض بيع الريال بأربعة دراهم.
- ٢ - عدم لزوم ذكر العوض فيه، فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين في مقام انشاء المعاوضة.
- ٣ - عدم لزوم العلم بالعوض، مع أنه في المعاوضات لا بد من العلم به. ودعوى أن العين المقترضة إما أن تكون من المثليات، أو تكون من القيميات، وعلى كل حال العوض معلوم ولا يحتاج إلى الذكر، مندفعة أولاً: إن بعض الأشياء لا يعلم حين القرض أنه مثلي أو قيمي فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الأداء وثانياً: أنه ربما يعلم أنه قيمي ولكن لا يعلم مقدار القيمة.
- ٤ - ما ذكره جماعة من عدم جريان الغرر المنفي فيه. ثم إنه لا اشكال ولا خلاف في أنه من العقود ويحتاج إلى ايجاب وقبول، والكلام في قيود العقد والمتعاقدين ما مر في غير كتاب من الكتب المتقدمة. وتمام الكلام في هذا الفصل بالبحث في مواضع:
- الأول: فيما يتعلق بالقرض نفسه، وفيه مسائل:
- وجوب نية القضاء حين الاستدانة
- الأولى: (يكره الدين مع القدرة) على المشهور بين الأصحاب، وعن الحلبي: عدم جواز الاستدانة لغير الواجب من الحج وغيره من الواجبات. وتشهد للجواز حملة من النصوص: كخبر أبي موسى: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك يستقرض الرجل ويحج؟ قال: نعم، قلت يستقرض ويتزوج؟

قال: نعم أنه ينتظر رزق الله غدوة وعشية (١). ونحوه غيره - والشاهد بالكراهة جملة من الأخبار الآتية -

(ولو استدان وجب نية القضاء) كما هو المشهور بينهم، بل قال الشهيد الثاني ره: وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق سواء كان ذو الحق غائبا أم حاضرا، لأن ذلك من أحكام الايمان: انتهى.

والأخبار تدل عليه، لاحظ خبر عبد الغفار المجازي عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل مات وعليه دين قال (عليه السلام): إن كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذ الله عز وجل إذا علم من نيته، إلا من كان لا يريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق. الحديث (٢).

وخبر أبي خديجة عنه (عليه السلام): أيما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي (٣).

ومرسل ابن فضال عن بعض أصحابه عنه (عليه السلام): من استدان دينا فلم ينو قضاؤه كان بمنزلة السارق (٤). ونحوها غيرها.

ولا ينافيها خبر حمدان بن إبراهيم الهمداني رفعه إلى بعض الصادقين عليهم السلام: إني أحب للرجل يكون عليه دين ينوي قضاؤه (٥). لعدم ظهوره في الاستحباب.

- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
- (٢) الوسائل باب ٥ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
- (٣) الوسائل باب ٥ من أبواب الدين والقرض حديث ٥.
- (٤) الوسائل باب ٥ من أبواب الدين والقرض حديث ٣.
- (٥) الوسائل باب ٢ من أبواب الدين والقرض حديث ٤.

الثانية: لا خلاف والاشكال في أن في الاقراض ثوابا عظيما، لأنه من إعانة المحتاج تطوعا وكشف كربة المسلم، بل (وثواب القرض ضعف ثواب الصدقة)، ففي النبوي المروي بطريق معتبر: الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (١). وفي موثق ابن عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام): مكتوب على باب الجنة: الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (٢).
قال الشيخ: وروي أنه أفضل من الصدقة بمثله (٣).
والظاهر تعلق الضمير في مثله بأفضل، فالمعنى: إن ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة.

لا يقال: إن الخبر الأخير ينافي ما تقدمه فإن لازمه كون للقرض بعشرين. فإنه يقال: إن المضائفة إنما هي في الثواب، فإذا تصدق بدرهم فإنه إنما يصير عشرة باعتبار ضم الدرهم للتصدق به حيث إنه لا يرجع.
والحاصل: من الثواب المكتسب في الحقيقة إنما هو تسعة، فثواب القرض إذا كان ضعفه كان ثمانية عشر، ولا يعارضها النبوي الخاصي: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلى من أن أتصدق بها مرة (٤). كي يجمع بينهما بالوجوه المذكورة في المسالك، لعدم دلالة النبوي على رجحان الصدقة عليه، إذ ظاهره أن المراد به كون وجه رجحان القرض على الصدقة أن القرض يعود فيقرض بخلاف الصدقة. والله العالم.

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصدقة حديث ٢ كتاب الزكاة.

(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب فعل المعروف حديث ٣ كتاب الجهاد.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٤.

(٤) الوسائل باب ٨ من أبواب الدين والقرض حديث ٥.

ويحرم له اشتراط زيادة القدر أو الصفة

حكم اشتراط الزيادة فيه

الثالثة (ويحرم له اشتراط زيادة) في (القدر أو الصفة) بلا خلاف فيه في الجملة والنصوص الكثيرة شاهدة به، لاحظ خبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) عن رجل أعطى رجلا مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر فقال (عليه السلام): هذا الربا المحض (١).

وخبر خالد بن الحجاج: سألته عن الرجل كانت لي عليه مائة درهم عددا فقضانيها مائة وزنا قال (عليه السلام): لا بأس ما لم يشترط، قال: جاء الربا من قبل الشروط إنما يفسده الشروط (٢).

وموثق إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة فينبهه الرجل الشئ بعد الشئ كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة أيحل ذلك؟ قال (عليه السلام): لا بأس إذا لم يكن بشرط (٣).

وحسن الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا وزنا وقد عرفت أنها أثقل مما أخذ وتطيب به نفسه أن يحمل له فضلها فقال (عليه السلام): لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط (٤).

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١٨.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١٣.

(٤) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ٢.

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: إذا أقرضت الدراهم ثم آتيتك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط (١).

وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقة (٢). إلى غير تلكم من النصوص الكثيرة. وتنقيح القول في المقام بالبحث في جهات:

١ - إن الزيادة المشترطة تارة: تكون عينية من جنس العين المقترض أو غيرها، وأخرى: تكون غير عينية مما له مالية كسكنى دار أو عمل له مالية كخياطة ثوب، وثالثة: تكون غير عينية مما فيه منفعة كاشتراط مصالحة أو بيع محاباتي أو فيه غرض عقلائي كاشتراط كنس المسجد أو اتيان الصلاة أول الوقت. فهل الموجب للربا مطلق الشرط من حيث إنه التزام بشئ فيكون زيادة، أم يختص بما له فيه منفعة أو مالية، أو يختص بخصوص الزيادة العينية؟ وجوه. قد استدلل للأول: بالاجماع، وباطلاق قوله (عليه السلام) في خبر خالد جاء الربا من قبل الشرط وإنما تفسده الشروط فإن اطلاقه يشمل كل شرط زيادة، وبالنهى عن الاشتراط إلا مثلها في صحيح محمد بن قيس. ولكن الاجماع غير ثابت، فإن المحكي عن الحلبي والمصنف في القواعد، والمحقق الثاني في جامع المقاصد: جواز اشتراط البيع بثمن المثل بل محاباة أيضا، وكذا جواز اشتراط الرهن على القرض، بل على دين آخر، وعن جماعة: جواز اشتراط

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١١.

ضمان أو كفالة أو اشهاد. وقد حكى المحقق الأردبيلي عن جماعة: إنه لا بأس باشتراط الزيادة الحكمية مطلقا، فالاتفاق غير ثابت، وعلى فرض الثبوت لعدم كونه تعبديا، ولعله يكون افتائهم به للوجوه الأخر فلا يعتمد عليه. وخير خالد لضعف سنده، وكونه في مقام بيان أن الزيادة المبطللة إنما هي في صورة الاشتراط وبدونه لا بأس به، فاطلاقه في مقام بيان غير هذا الحكم، لا يصح الاستناد إليه.

وصحيح محمد ظاهر في المماثلة العينية. فالأظهر عدم البأس باشتراط الزيادة الحكمية. ولكن مخالفة الأساطين مشكلة، والاحتياط طريق النجاة.

٢ - حرمة الربا ثابتة بالكتاب (١) والسنة المتواترة (٢)، واجماع المسلمين. بل ضرورة الدين، وقد مر تفصيل القول فيه في كتاب البيع.

٣ - لا اشكال في فساد شرط الزيادة وأنه لا يملكها، فهل يبطل القرض حتى بالنسبة إلى ما عدا الزيادة أم هو صحيح بالنسبة إلى غيرها - بمعنى أن العين المقترضة يملكها المقترض؟ - وجهان.

المشهور بين الأصحاب هو الأول، بل عن المختلف: الاجماع على أنه إذا أقرضه شيئا وشرط عليه أن يرد خيرا مما اقترض كان حراما وبطل القرض، وهو الأظهر، لا لما قيل من أن الربا المنهي عنه هو القرض المشتمل على الزيادة، فإن الربا هي الزيادة لغة وعرفا. ولا لأن الشرط الفاسد مفسد، فإنه يدفعه ما تقدم في الجزء السابع عشر من هذا الشرح من عدم مفسدته. ولا لما يروى: أن كل قرض يجر منفعة

(١) البقرة آية ٢٧٥ و ٢٧٦ آل عمران آية ١٣١.

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة أبواب الربا.

فهو فاسد (١).

وعن دعائم الاسلام عن أبي جعفر: كل قرض يجر المنفعة فهو ربا (٢).
والنبوي: كل قرض يجر المنفعة فهو حرام (٣).

فإنه مضافا إلى أنه دلت النصوص الكثيرة على أن خير القرض ما جر نفعا (٤)
وفي خبر محمد بن مسلم يقول لأبي عبد الله: إن من عندنا يروون أن كل قرض يجر
منفعة فهو فاسد، فقال: عليه السلام أوليس خير القرض ما جر منفعة (٥).
إن الأول والثالث من غير طرقتنا، والثالث مرسل، فلا يعتمد على شيء من
تلكم الأخبار.

ولا لقوله (عليه السلام) في صحيح محمد ولا يشترط إلا مثلها فإن متعلق
النهي فيه هو الشرط لا الفرض.

بل: لقوله في خبر علي بن جعفر مشيرا إلى القرض مع الزيادة هذا الربا
المحض لقوله (عليه السلام) في خبر خالد بن الحجاج المتقدم جاء الربا من قبل
الشروط وإنما تفسده الشروط (٦). فتوقف صاحب الحدائق ره في بطلان القرض
وافتهاء سيد العروة بعدم البطلان في غير محلها.

٤ - بناء على المختار من بطلان القرض، فهل يجب رد المال إلى صاحبه، أم

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٤.

(٢) المستدرک باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٢.

(٣) الجامع الصغير ج ٢ ص ٩٤.

(٤) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٤.

(٥) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض.

(٦) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ١.

يجوز إمساكه بل التصرف فيه؟ وعلى التقديرين هل يكون ضامنا له لو تلف أم لا؟. أما الأول: فإن كان المقرض المسلط للمقترض على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد القرض - كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك - فلا اشكال في جواز التصرف، وإن لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضا التقديري - بمعنى أنه لو كان عالما بالفساد وأن المال باق في ملكه كان راضيا بالتصرف فيه - جاز التصرف، بناء على كفاية الرضا التقديري في حليه التصرف، وإلا فلا يجوز.

لما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا عن طيب نفسه، (١) ودعوى أن فساد القرض لا يوجب زوال الرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص، مندفعة أولا: بأن الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتياز، فإذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة أثر، والمفروض أنه ليس هناك رضا آخر، فلا مورد للقول بالجواز.

وثانيا: إن الرضا معلق على الشرط، والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه.

وأما الثاني: فالأظهر هو الضمان بالتلف لقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده وأولى بذلك الضمان مع الاتلاف، ولا فرق بين علم المقرض بالفساد وعدمه. فإن قيل: إن الدافع ماله العالم بفساد القرض لا محالة يكون دفعه تسلطا مجانيًا وأمانة مالكية، ويكون مقدما على هتك حرمة ماله فلا ضمان. قلنا: أنه يكون الدفع بعنوان الاستحقاق الذي بنى عليه تشريعا. وبعبارة: أخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث، وأما إذا سلطه

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي والمستدرك ج ١ ص ٢١٢.

ويجوز قبولها من غير شرط

مجانا فلا كلام في عدم الضمان، وتسليط الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكية، لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، ولم يقدم على هتك حرمة ماله، بل أقدم على التضمين، وكذا الأخذ. فالأظهر هو الضمان بالاتلاف، والتلف بالنسبة إلى المال والزيادة. ولكن المنسوب إلى المشهور اطلاق القول بكفاية رد الزائد من غير فرق بين صورة وجود المال وبين تلفه، بل نفي بعضهم عنه الخلاف فيه، بل عن المقداد والكركي الاجماع عليه. واستدل له: بالاجماع، وبالآية الكريمة (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذرُوا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين* فإن لم تفعلوا فإذ نوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم) (١) وقد مر الكلام فيه في كتاب البيع وعرفت عدم تماميته. تبرع المقرض بالزيادة

هذا كله مع اشتراط الزيادة، (و) أما بدونه فالزيادة التي يحرم اشتراطها في القرض (يجوز قبولها من غير شرط) بلا خلاف أجده كما في الجواهر. ويشهد به: - مضافا إلى النصوص المتقدمة - خبر إسحاق بن عمار عن أبي الحسن (عليه السلام): يكون له مع الرجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه قال (عليه السلام): لا بأس بذلك (به خ ل) ما لم يكن شرط (٢). وخبر أبي الربيع عن أبي عبد الله (عليه السلام): عن رجل أقرض رجلا دراهم

(١) سورة البقرة آية ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٣.

فرد عليه أجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها قال (عليه السلام): لا بأس إذا طابت نفس المستقرض (١).
وصحيح عبد الرحمان بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام): عن الرجل يقترض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال ويستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم فقال (عليه السلام): إذا لم يكن شرط فلا بأس، ذلك هو الفضل، إن أبي (عليه السلام) كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد الجلال فيقول: يا بني ردها على الذي استقرضتها منه، فأقول: يا أبة إن دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها، فيقول: يا بني هذا هو الفضل فاعطه إياها (٢).
وفي الجواهر: وكأنه أشار إلى قوله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم) (٣) فيكون هو أيضا دليلا آخر على المطلوب. إلى غير تلكم من النصوص.
وربما يتوهم معارضة جملة من النصوص لها، منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن مولانا الصادق (عليه السلام) - في حديث - عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرضه منه الدنانير فيقرضه ولولا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه فقال (عليه السلام): إن كان معروفا بينهما فلا بأس، وإن كان إنما يقرضه من أجل أنه يصب عليه فلا يصلح (٤). فقد حمله الشيخ ره تارة على الكراهة، وأخرى على الشرط. وفي الحدائق: والأقرب عندي حمله على التقية. والحق أنه لا ظهور له في عدم الجواز، فالمتيقن منه هو الكراهة، سيما بعد ملاحظة النصوص المتقدمة، ومع امكان

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصرف حديث ٧.

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٤) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٩.

الجمع العرفي لا مجال لحمله على التقية، وحمله على صورة الاشتراط خلاف ظاهرة. ومنها: خبر غياث عنه (عليه السلام): إن رجلا أتى عليا (عليه السلام) فقال: إن لي على رجل دينا فأهدى إلي هدية قال (عليه السلام): احسبه من دينك عليه (١). فحمله الشيخ ره على الهدية غير المعتادة أو المشتركة، والأولى حمله على الأولوية جمعا. وموثق إسحاق شاهد به (٢).

ومنها خبر هذيل بن أبي حيان أخي جعفر بن حيان الصيرفي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني دفعت إلى أخي جعفر مالا فهو يعطيني ما أنفقه وأحج به وأتصدق، وقد سألت من قبلنا فذكروا أن ذلك فاسد لا يحل، وأنا أحب أن أنتهي إلى قولك فقال (عليه السلام) لي: أكان يصلك قبل أن تدفع إليه مالك؟ قلت: نعم قال (عليه السلام): خذ ما يعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق، فإذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد أفتاني بهذا (٣). فإن ظاهره تخصيص الجواز بما إذا كان يصله سابقا قبل دفع ماله إليه، ومفهومه عدم الجواز لو كان بعد دفع المال، وليس ذلك إلا من حيث ترتب النفع على دفع المال، ولكنه لو تم له المفهوم يحمل على الكراهة. وقد يقال إن البناء على الكراهة ينافي مع جملة من النصوص الظاهرة في الاستحباب، مثل قولهم (عليهم السلام) خير القرض ماجر المنفعة (٤) وما روي أن النبي (صلى الله عليه وآله) اقترض بكرا فرد جملا جبارا رباعيا وقال: إن خير الناس أحسنهم قضاء (٥). صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم، ولذلك صرح الشهيد

-
- (١) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٣.
 - (٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٢.
 - (٤) الوسائل باب ١٩ من أبواب الدين والقرض.
 - (٥) التذكرة ج ٢ ص ٤.

الثاني ره بعدم الكراهة.

وقد يجمع بين النصوص بحمل ما دل على عدم الكراهة على ما إذا لم يكن من نيتها ذلك، أو لم يكن من نية المقترض خاصة - وهو المحكي عن الشهيد في الدروس - ولعله خير ما ذكر في مقام الجمع، والله العالم.

اشتراط موضع التسليم

(و) قد صرح جماعة منهم المصنف ره هنا والقواعد، بأنه (لو شرط موضع التسليم) عن ذلك وأنه لو اشترط صح الشرط و (لزم) لخبر يعقوب بن شعيب: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى ويشترط عليه ذلك قال (عليه السلام): لا بأس (٢).

وخبر الكناني عن الصادق (عليه السلام): في الرجل يبعث بمال إلى أرض فقال الذي يريد أن يبعث له؟ أقرضنيه وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض قال (عليه السلام): لا بأس بهذا (٣). ونحوها غيرها.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ١.

الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ٢.

وكل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه

الشامل للزيادة العينية يدل على الجواز، وكذلك حسن الحلبي المتقدم فيمن يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطي سودا وقد عرف أنها أثقل مما أخذ لا بأس إذا لم يكن شرط، ولو وهبها كملا كان أصلح، وخبر خالد المتقدم. ولكنه مع ذلك كله في النفس شيء لدلالة بعض النصوص على كونه ربا، لاحظ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله؟؟ (عليه السلام) قال: وسئل عن الرجل يشتري الحنطة ولا يجد عند صاحبها إلا شعيرا يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد - قال (عليه السلام): لا، إنما أصلهما واحد (١).

وصحيح هشام عنه (عليه السلام) عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل قال (عليه السلام): لا يصلح (٢). ونحوهما غيرهما، اللهم إلا أن يحمل هذه النصوص على المعاوضة والمبادلة لا الوفاء خاصة. فالمتحصل مما ذكرناه: أنه لا مانع من أخذ المجموع وفاء، وإن كان الأحوط اعطاء الزايد هبة.

ضابط ما يصلح اقراضه

الموضع الثاني: فيما يصح أقرضه.

ففي المتن وعن المحقق: (وكل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه). وهذا بالنسبة إلى الاثبات، أي صحة قرض مضبوط الوصف، والقدر مما لا

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب الريا حديث ٤ - ١.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب الريا حديث ٤ - ١.

اشكال فيه ولا خلاف لا طلاق الأدلة، إنما الكلام في طرف النفي، وهو أن كل ما لا يضبط وصفه ولا قدره لا يجوز قرضه. وقد استدل لذلك تارة: بالاجماع، وأخرى: بأن المعلوم من مذاق الشارع أنه لم يشرع معاملة موقوفة على التراضي مؤدية إلى التنازع، ضرورة أن الأصل في مشروعية العقود قطع النزاع، وثالثة: بعموم النهي عن الغرر (١). ولكن الأول غير ثابت، كيف ولم يتعرض جمع من الأصحاب كبني زهرة وحمزة وإدريس وغيرهم له، وظاهر جماعة عدم اعتبار ذلك. وأما الثاني: فيرده: أن ما ذكر ليس موجبا للقطع بالحكم الشرعي، والظن لا يغني عن الحق شيئا. وأما الثالث: ففيه: أنه لا غرر فيه بعد كون الثابت في الذمة مثله أو قيمته بلا زيادة ونقيصة. فالأقوى عدم اعتبار ذلك، فيجوز اقتراض المجهول وصفا وقدرًا، ثم تعيينه مقدما للوفاء. ويؤيده ما ذكرنا من النصوص (٢) الدالة على جواز اقتراض الخبر عددا مع عدم العلم بوزنه. ثم إنه لا خلاف ولا اشكال في أنه يجوز اقتراض المثلي، بل عليه الاجماع، ونصوص اقتراض الخبر والجواز (٣) شاهدة وقد مر في كتاب الغصب ضابط المثلي والقيمي.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

(٢) الوسائل باب ٢١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) الوسائل باب ٢١ من أبواب الدين والقرض.

وذو المثل يثبت في الذمة مثله وغيره قيمته

(و) إذا تحقق القرض ف (ذو المثل يثبت في الذمة مثله) بلا خلاف، (و) أما (غيره) فالمشهور على أنه يثبت في الذمة (قيمته). وفي الشرائع: ولو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا، وظاهر كلامه اختياره، واعترف الشهيد الثاني ره بأنه لا قائل به من أصحابنا، وفي التذكرة اختيار قول ثالث، وهو: أن ما يصح السلف فيه كالحيوان والثياب ضمانه يكون بالمثل، وضمن ما ليس كذلك بالقيمة. والظاهر أنه لا ريب في أن القرض من المعاملات العقلانية المعروفة المعلومة، والشارع الأقدس لم يتصرف فيه وإنما اعتبر فيه قيودا، وعليه فإذا راجعنا أهل العرف نراهم يرون القرض قسما من الضمانات، وإن توقف على التراضي، وعليه فجميع ما ذكرناه في كتاب الغضب في ضمان المغصوب جار هنا طابق النعل بالنعل، وإنما الفرق بينه وبين سائر الضمانات تمليك الخصوصية في باب القرض مجانا، وهذا لا يوجب الفرق بينه وبين سائر الضمانات في أحكامها، وإنما يوجب الفرق في أنه في المثل فما أفاده المحقق ره من كون المثل في العهدة مطلقا هو الأظهر، ولكن الخروج عن عهدة ذلك في القيميات بالقيمة، وفي المثليات بالمثل كسائر الموارد. وأما رواية عائشة: ما رأيت صناعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فأخذ في الأكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام (١). وخبر أنس: إن امرأة كسرت قصعة أخرى فدفع النبي صلى الله عليه وآله قصعة الكاسرة إلى صاحبة المكسورة (٢) فهما ضعيفان سندا، وفي مطلق الضمان دون

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٨٣.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٨٣.

خصوص القرض، مع أنهما متضمنان لقضيتين شخصيتين، فلعله كان الغريم راضيا بذلك.

كما أن ما استدل به المصنف في التذكرة من أن النبي صلى الله عليه وآله استقرض بكرا ورد بازلا، وأنه صلى الله عليه وآله استقرض بكرا فأمر برد مثله (١). لعدم روايتهما من طرقنا ولا من طريق موثق لا يعتني به، أضف إليه أنهما أيضا حكاية فعل. فإذا ليس في المقام رواية تشهد بخلاف ما تقتضيه قواعد باب الضمان والله العالم.

ومما ذكرناه يظهر أن الميزان في القيمي هو القيمة (وقت التسليم) كما في سائر الموارد.

القرض يملك بالقبض

الموضع الثالث: في الأحكام.

وفيه مسائل: الأولى: المشهور بين الأصحاب: إن المستقرض يملك القرض بالقبض، وظاهر التذكرة الاجماع عليه، ولم ينقل الخلاف إلا ما نقله الشهيد في بعض حواشيه عن الشيخ ره من أنه قال: يملك بالتصرف.

واستدل للأول: بأن التصرف فرع الملك وتابع له، فيمتنع كونه شرطا فيه وإلا لزم الدور. وبتعبير آخر: إن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف في ملك الغير، فلو لم يملك إلا بالتصرف، لزم أن لا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه، فيلزم

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥.

على حاله.

وتشهد به النصوص (١) الدالة على أنه يجب الزكاة على المقترض إن لم يتصرف فيما اقترضه، معللة بأن المال في يده. فالأظهر بحسب الأدلة حصول الملك بالعقد والقبض، وعدم توفقه على التصرف.

وأما الثاني: فالمحذور المذكور لتوقف الملك على التصرف، يندفع بوجهين: أحدهما: إن مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، ودليل جواز التصرف المطلق وهو الاجماع والضرورة، واستصحاب بقاء الملك إلى أن قبل التصرف هو حصول الملك بعد إرادة التصرف، ويكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك.

ثانيهما: إن لهذا القائل أن يلتزم بأن السبب للملكية هو العقد، وإنما يكون التصرف شرطا للملكية، نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في الصرف، فيكون العقد سببا تاما لجواز التصرف وناقصا للملك.

فإن قيل: إنه يلزم من ذلك عدم تبعية العقود للمقصود؟، فإن المقصود حصول الملك والواقع جواز التصرف.

قلنا: إن ما قصد يقع غايته مشروطا بشرط كما في غير المقام مما يكون حصول الملك مشروطا بشرط من القبض وغيره، وأما وقوع ما لم يقصد - أي حكم الشارع بجواز التصرف - فلا محذور فيه، ولا يكون منافيا لشيء من القواعد.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب من تجب عليه الزكاة.

ولا يجب إعادة العين بدون اختيار المقرض

عدم جواز رجوع المقرض في العين المقرضة
الثانية: (و) المشهور بين الأصحاب: أنه (لا يجب) على المقرض إعادة العين
إذا طالبها بعد القرض وحصول الملك، بل له الامتناع عنها، ولا تعاد العين (بدون
اختيار المقرض).

وعن الشيخ قده: إن للمقرض ارتجاعها وإن كره المقرض.
يشهد للأول: ما دل على اللزوم في كل عقد من الأصل والكتاب (١).
واستدل للثاني: بالاجماع على كون القرض من العقود الجائزة، وبأن المثل أو
القيمة إنما وجب بدلا عن العين لغلبة خروجها عن يد المقرض، وبأنه إذا استحق
المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى، وبأنه لا يزد على الهبة.
وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأنه لم يثبت الاجماع التعبدي، مع أن كونه من
قبيل الاجماع على القاعدة، ويكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم
(عليه السلام متعلقا بالعقد من حيث هو، فيجب متابعة هذا اللفظ - أي كون عقد
القرض جائزا - فيكون لازمه ما أفاده صاحب الحدائق ره تبعا لغيره مصرا عليه،
بأن معنى جواز العقد لا يلائم مع البناء على عدم جواز ارتجاع العين، ممنوع
لامكان أن يكون من قبيل الاجماع على الحكم في الموارد الخاصة يجمعها تفسير
المجمعين لها بذلك العنوان، وعلى هذا فيتم ما أفاده في المسالك والجواهر من أن معنى

(١) المائدة آية ٢.

جواز العقد أن لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض وهو الانظار الذي هو مبنى القرض عرفا غالبا.

وأما الثاني: فلأن المثل أو القيمة إنما وجب بمقتضى العقد وبعنوان البدلية العقدية عن العين كوجوب العوض في البيع وغيره لا بعنوان الغرامة. وبه يظهر ما في الثالث، فإن استحقاق المطالبة بالمثل أو القيمة إنما هو من جهة كونه بدلا عن ماله، فلو كان مستحقا لمطالبة العين لزم الجمع بين العوض والمعوض.

وأما الرابع: فلأن ثبوت الجواز في الهبة بدليل خاص لا يقتضي ثبوته في القرض فالحق عدم ارتجاع العين المقترضة بدون رضا المقترض.

وأما الجواز بالمعنى المشار إليه - وهو جواز مطالبة المقرض البدل وجواز أداء المقترض كلما شاء - فالظاهر أنه المشهور بين الأصحاب. وملخص القول فيه: إن محل الكلام ما لو شرط التأجيل في عقد القرض، أو كان الأجل مدلولاً عليه بنفس العقد ضمنا، وإلا فالجواز من الواضحات.

ويشهد بعدم الجواز. في الموردين: عموم ما دل على وجود الوفاء بالعقد والشرط (١)، ولذا ذهب المحدث الكاشاني إلى اللزوم مع شرط التأجيل، واحتمله في المسالك، وقواه جمع من متأخري المتأخرين وشددوا النكير على كون القرض من العقود الجائزة.

وقد استدلل للجواز بوجوه منها: ما في الجواهر، قال: والنصوص واضحة الدلالة عليه ضرورة ظهورها في رجحان التأخير والامهال والانظار والترغيب في ذلك على

(١) المائدة آية ٢ الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

وجه صريح أو ظاهر في الندب خصوصا، مثل قوله صلى الله عليه وآله: من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوي وطور سيناء من حسنات، وإن أرفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق اللامع بغير حساب ولا عذاب (١).

وقوله صلى الله عليه وآله: من أقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر ميسوره كان ماله في زكاة، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه (٢). وغيرهما مما هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أي وقت شاء.

وفيه: إن هذه الأخبار تتضمن استحباب الاقراض مع المهلة، واستحباب الارفاق به في طلبه، ومطلوبية الانظار إلى الميسور، وشئ من تلکم لا ينافي مع عدم جواز الرجوع قبل الأجل. أما الأول: فلأن الاستحباب المزبور متعلق بايجاد القرض، وهذا لا ينافي لزومه بعد وجوده، وهل هو إلا كاستحباب التجارة مع وجوب العمل بمقتضاها بعد تحققها.

وأما الثاني: فلأن الارفاق إنما هو عدم المطالبة في حال يجوز له تلك، وأما عدمه مع عدم ثبوت حق له فيها فليس من الارفاق، والكلام إنما هو في ثبوت هذا الحق. وأما الثالث: - فمضافا إلى عدم ظهوره في الاستحباب - يجري فيه ما ذكرناه في الارفاق من أنه يستحب الانظار في ماله المطالبة، أضف إلى ذلك أنه ليس في شئ من النصوص سوى ترتب الثواب على عدم المطالبة والامهال، وهذا في نفسه وإن لم يستفد منه الوجوب، ولكن لا يكون ظاهرا في الاستحباب حتى يعارض مع ما دل على

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الدين والقرض حديث ٥.
الوسائل باب ٦ من أبواب الدين والقرض حديث ٣.

اللزوم، أضف إليه أنه لو سلم دلالة النصوص على الاستحباب فالنسبة بينها وبين أدلة وجوب العقد والشرط عموم من وجه كما اعترف به قده، ويتعين تقديم دليل العقد والشرط لتقدم الأدلة الثانوية على الأولية، إما حكومة أو من جهة التوفيق العرفي أو لغير ذلك مما ذكر في محله، فلا مورد لما أفاده ره من تقديم هذه النصوص للشهرة وغيرها.

ومنها: ما في الجواهر أيضا، وهو: إنه محسن لا سبيل عليه (١). وفيه: إن الاحسان حكمه الأولي ما ذكر، ولكن لو انطبق عليه عنوان آخر ملزم يحكم به، وفي المقام مقتضى أدلة لزوم العقد والشرط ذلك كما لا يخفى ومنها: ما في الجواهر أيضا، قال: وجوازه بهذا المعنى مسلم لا يكاد ينكره أحد من الشيعة،

وفيه: إن المسلم هو الجواز مع عدم اشتراط التأجيل وعدم بناء العقد على أجل معلوم، وسره حينئذ واضح، فإن ما في ذمة المقترض مال المقرض، وليس ما يقتضي التأخير فله مطالبته كما للمقترض دفعه مهما شاء، وأما في صورة اشتراط التأجيل وعدم حلول الأجل فالاجماع غير ثابت، فالأظهر للزوم قبل حلول الأجل. وأولى من ذلك ما لو اشتراط التأجيل له في عقد لازم آخر، وفي المسالك: وقيل: لا يجب الوفاء به، بل يقبل العقد اللازم جائزا، بمعنى أن المشروط عليه لو أحل بالشرط تسلط الآخر على فسخ العقد المشروط فيه وجعلوا ذلك قاعدة كليه هي أن شرط الجائز في اللازم يقبل اللازم جائزا ومثله شرط اللازم في اللازم. انتهى. وعن الدروس: الشرط في اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس الأمر. انتهى.

(١) التوبة آية ٩١.

أقول: إن الشرط في ضمن العقد يجب الوفاء به بمقتضى أدلة الشرط (١)، ومعنى وجوب الوفاء به في المقام عدم جواز مطالبة القرض، وهو المراد من اللزوم في المقام. وهذا لا ينافي، مع أنه لو أدخل المشروط عليه بالشرط عصيانا يثبت الخيار للمشروط له بالنسبة إلى العقد المشروط فيه، فأبي محذور في جعل الشرط عقد الجائز لازماً، وصيرورة تخلفه سبباً لجواز لازم آخر.

وقد يستدل اللزوم في أصل المسألة بخبر الحسين بن سعيد: عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض، أيحل مال القارض عند موت المستقرض منه أو للورثة من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال (عليه السلام): إذا مات فقد حل مال القارض (٢). بدعوى أنه يدل على لزوم التأجيل في القرض من حيث التقرير والمفهوم، ولكن يردده أن السؤال ليس عن الوجوب، بل عن الحل بالموت وعدمه. وربما يقال: إنه يمكن أن يريد بالقرض الدين أو القرض المشروط أجله بعقد لازم أو غير ذلك. فالعمدة ما قدمناه.

تأجيل الدين الحال

الثالثة: (ولا يتأجل الحال) بلا خلاف فيه في الجملة.

وملخص القول فيه: إنه تارة: يشترط تأجيل الحال في ضمن عقد لازم، فالكلام فيه ما مر. وأخرى: يؤجله ابتداءً وبلا عوض، فهو لا يتأجل لعدم ما يوجبه، فإن غايته

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث ٢.

بالعقد كما في المقام، فإن الثمن يصير دينا بالعقد. وتمام الكلام في ذلك في كتاب البيع. وأما الصورة الثالثة: فالظاهر فيها الصحة كما لا يخفى. وأما المقام الثاني: فقد استدل الشيخ الأعظم ره للبطلان بأمر: الأول: ما نقله عن مجمع البيان من الخبر الوارد لبيان مورد نزول الآية الشريفة أي آية حرمة الربا (١). بتقريب: أنه يدل على أن سبب نزولها في حرمة الربا الزيادة المفروضة، وهي ما جعل في قبال تأجيل الدين الحال. وفيه: إن ظاهره الصورة الأولى، ولا يشمل الصورتين الأخيرتين، سيما الثانية منهما.

الثاني: صحيح الحلبي وابن مسلم عن الإمامين الصادقين (عليهما السلام) أنهما قالا في الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني من الذي لي كذا وكذا واضع لك بقيته، أو يقول: أنقذ لي بعضا وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك، قال (عليه السلام): لا أرى به بأسا أنه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى (٢) (فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون) (٣).

بدعوى أنه علل جواز التراضي على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدل على أنه لو زاد على رأس ماله لم يجز التراضي على التأخير.

وفيه أن الظاهر من الحديث هو المعاملة على التأجيل نفسه، ولا يكون له نظر إلى بيع الحال بالمؤجل أو ايقاع الصلح على ابراء الحال بأزيد منه مؤجلا.

-
- (١) سورة البقرة آية ٢٧٩.
(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الصلح حديث ١.
(٣) سورة البقرة آية ٢٧٩.

والثالث: النصوص الواردة في تعليم طريق الحيلة في جواز تأخير الدين بزيادة باشرط التأخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار من الحرام، فلو جاز التراضي على التأجيل بزيادة لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل، ومراده من النصوص موثق محمد بن إسحاق بن عمار: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخرني وأنا أربحك، فأبيعه جبة تقوم على ألف درهم بعشرة آلاف درهم - أو قال بعشرين ألفا - وأؤخره بالمال قال (عليه السلام): لا بأس (١). وموثقة الآخر عن الإمام الرضا (عليه السلام) قلت له: الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال إلى وقت، قال (عليه السلام): لا بأس، قد أمرني أبي ففعلت ذلك. وزعم أنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عنها فقال (عليه السلام) مثل ذلك (٢). نحوهما غيرهما. وفيه: أنه بعد ما لا كلام في عدم جواز التأجيل بالزيادة، الرواة في هذه النصوص للفرار من الحرام ذكروا وجهها، والمعصوم (عليه السلام) نفى عنه البأس، وهذا لا يدل على أنه لا طريق آخر ولو بنحو الصلح على ابراء الحال بأزيد منه مؤجلا. فالمتحصل مما ذكرناه: أن أخذ الزيادة بإزاء التأجيل حرام، وللتخلص من ذلك طريق:

- ١ - أن يصالح على ابراء الحال مما في ذمته بإزاء أزيد منه مؤجلا، فالمعوض هو الأبراء.
- ٢ - أن يبيعه المجموع الحال بمجموع ما جعل معوضا على اشكال فيه من

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب أحكام العقود حديث ٤.
الوسائل باب ٩ من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

ناحية كونه بيع الدين بالدين.

٣ - أن يبيعه المديون شيئاً بأضعاف قيمته ويشترط عليه أن يؤخره المال إلى أجل معين، وهو الذي تضمنته النصوص.

٤ - أن يهبه المدين مبلغاً ويشترط عليه أن لا يطالبه بالدين الحال إلى أجل معين، أو يشترط عليه تأجيل ذلك الدين بنحو شرط النتيجة، أو يشترط أن يؤجله الدين بنحو شرط السبب.

تعجيل الدين المؤجل

الرابعة: (ويصح تعجيل) الدين (المؤجل باسقاط بعضه) مع التراضي بلا خلاف ولا اشكال.

وقد مر الكلام فيه في النقد والنسيئة من كتاب البيع، بل قيل: إنه يستظهر من النصوص الاكتفاء بالتراضي من غير حاجة إلى الإبراء أو الصلح، لاحظ مرسل أبان عمّن حدثه عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أيحل ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم (١).

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) عن الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له: أنقذني كذا وكذا واضع عنك بقيته، أو يقول: أنقذني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي، قال (عليه السلام): لا أرى بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً. الحديث (٢) وفيه كلام قد مر مستوفى.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الصلح حديث ٢ - ١.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الصلح حديث ٢ - ١.

ولو غاب المدين وانقطع خبره وجب على المستدين نية القضاء والوصية به عند الوفاة، فإن جهل خبره ومضت مدة لا يعيش مثله إليها غالباً سلم إلى ورثته، ومع فقدهم يتصدق به عنه والأولى أنه للإمام

وفي المسالك: إنه كما يعتبر التراضي في اسقاط البعض، يعتبر في تعجيله بغير اسقاط، لأن الأجل أيضاً حق لهما لتعلق غرض كل منهما به، فإن التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر لخوف ونحوه، وبالنسبة إلى الآخر واضح، لكن اسقاط الأجل يكفي فيه مجرد الرضا، أما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم، ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام الإبراء كما يظهر من تضاعيف كلامهم أنه لا يختص بلفظ، وفي كتاب الجنائيات يقع بلفظ العفو ونحوه، فيكون هذا منه، ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءة والاسقاط والعفو والصلح لا مطلق الرضا لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل شرعا. وفيه: أن ما ذكره في اسقاط بعض الحق جار في اسقاط الأجل، ثم إن المتجه هو الوجه الثاني لا للأصل خاصة، بل لأن بناء العقلاء والشارع على أن لا عبرة بالرضا والاعتبار النفساني في العقود والايقاعات مطلقا ومنها ذلك، ولا ينافي ذلك ما أفادوه من عدم اختصاصه بلفظ ووقوعه بلفظ العفو ونحوه، فإن المعيار كون ما به ينشأ مبرزا للمنشأ كما مر تفصيل القول في ذلك في كتاب البيع.

بيان الحكم عند غيبوبة صاحب الدين

الخامسة: (و) قد صرح جملة من الأصحاب: بأنه (لو غاب المدين وانقطع خبره وجب على المتدين نية القضاء والوصية به عند الوفاة، فإن جهل خبره ومضت مدة لا يعيش مثله إليها غالباً سلم إلى ورثته، ومع فقدهم يتصدق به عنه (و) في المتن: (الأولى إنه للإمام)، فهذا هنا فروع:

١ - المشهور وجوب نية القضاء. وقد عرفت أنها تجب كان ذو الحق غائبا
أم كان حاضرا.

ويدل عليه في خصوص الغائب: صحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام)
عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض
هو قال (عليه السلام): لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء (١).

٢ - أنه يجب على المديون الوصية به عند الوفاة. والظاهر أنه لا خلاف فيه،
بل عن النهاية: أوصى إلى من يثق به، وعن الروضة: يجب الوصاية به إلى ثقة لأنه
تسليط على مال الغير، وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة.

ويشهد به - مضافا إلى ما سمعت، وإلى وجوب رد المال إلى صاحبه المنحصر

طريقه في الوصية - خبر هشام بن سالم: سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم (عليه
السلام) وأنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجرة ففقدناه وبقي
من أجره شيء ولا يعرف له وارث قال (عليه السلام): فاطلبوه، قال: قد طلبناه فلم
نجده، فقال: مساكين، وحرك يده، قال: فأعاد عليه قال (عليه السلام): أطلب واجهد
فإن قدرت عليه وإلا فهو كسبيل مالك حتى يحنى له طالب، فإن حدث بك حدث
فأوص به إن جاء لها طالب أن يدفع إليه (٢). ونحوه غيره.

وقد صرح جماعة منهم الشيخ ره: بأنه يجب أن يعزل ماله عند أمانة الموت،
قال الحلبي: وهذا غير واجب - أعني عزل المال - بغير خلاف بين المسلمين، فضلا عن
طائفتنا. انتهى.

(١) الوسائل باب ٢٢ من أبواب الدين القرض حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب ميراث الخنثى حديث ١.

ولكن في المسالك: وأما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه، وإلا لا يمكن تطرق القول بعدم الوجوب لا صالة البراءة مع عدم النص. انتهى.

والأظهر عدم وجوبه للأصل، وغاية ما قيل في وجه الوجوب أنه غاية ما يمكن، وأنه أقرب إلى الوفاء وأبعد عن تصرف الغير، ولكن كما أفاده المحقق الأردبيلي ره تمسك الأصحاب بمثل هذا مشكل والاجماع قد عرفت حاله، فالأظهر عدم الوجوب.

٣ - المعروف أنه مع اليأس عن الظفر بصاحبه يتصدق به. والحق أن يقال إنه تارة: لا يعلم بموت صاحبه ولكن بيأس من الوصول إليه، فهو حينئذ من قبيل المال المجهول مالكة وحكمه تعيين الصدقة، وقد مر في محله وجهه، كما مر أن ما يشهد بكونه للإمام ضعيف السند، وما استدل به لجواز التملك مختص باللقطة، وما استدل به على الحفظ والايضاء به ما بين ضعيف السند وقاصر الدلالة.

وأخرى: يطمئن بموته، وحينئذ إن علم بوجود الوارث له فإن عرفه يدفعه إليه، وإلا فهو مجهول المالك، وإن لم يعلم به يستصحب عدم وجود الوارث لا بهذا العنوان بل بعنوان من هو قريب منه، فيتحقق موضوع من مات ولا وارث له فما له للإمام عليه السلام. وبذلك ظهر ما في كلمات القوم في المقام.

قسمة الدين

السادسة: (ولو) كان لاثنين فصاعد آمال في ذمم غيرهم و (اقتسم الشريكان الدين لم يصح) عند المشهور نقلا وتحصيلا، بل عن الشيخ وابن حمزة الاجماع عليه.

وعن الحلبي والأردبيلي بالصحة والأقوى هو الأول،
لأنه: بعد ما مر من أن القسمة بنفسها معاملة مستقلة عقلائية أمضاها
الشارع الأقدس، مقتضى القاعدة وإن كان صحة هذه القسمة، ولكن جملة من
النصوص الخاصة تدل على عدم الصحة. لاحظ صحيح سليمان بن خالد عن أبي
عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه عنهما فاقتهما
بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائبا عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا
واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه؟ قال عليه السلام: نعم ما يذهب بماله (١).
وموثق ابن سنان عنه عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين
فاقتهما العين والدين فنوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي
للآخر أيرد على صاحبه؟ قال عليه السلام: نعم ما يذهب بما له (٢).
وخبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما
ومنه غائب فاقتهما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتهما
أحدهما ولم يقتض الآخر قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب
بماله (٣). ونحوها غيرها.

ومن الغريب أن المحقق الأردبيلي قال: الحكم مشهور بين الأصحاب، ولا
مستند لهم غير رواية غياث (٤). ثم أخذ في تضعيفها والاستدلال للصحة بأنها مقتضى
القواعد لتسلط الناس على أموالهم، وأدلة لزوم الشرط، وجواز الأكل مع التراضي،
ونحو ذلك: وبعض ما أفاده في مقام الاستدلال للصحة وإن كان تاما في نفسه إلا أن

-
- (١) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الشركة حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٦ من أبواب الشركة حديث ١.
 - (٤) الوسائل باب ٦ من أبواب الشركة حديث ١.

بعضها الآخر لا يتم، ولا يهمننا البحث فيه بعد ورود النص بالبطلان. وأما ما أفاده من أنه لا مستند لهم سوى خبر غياث وهو ضعيف، فيرده أولاً: ما عرفت من وجود روايات معتبرة آخر وثانياً: إنه مع الاعتراف بالشهرة تكون هي جابرة لضعف السند، فلا ينبغي التوقف في الحكم.

قال في المسالك: والحلية في تصحيح ذلك أن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطائها صاحبه، ويقبل الآخر بناء على صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين، فلو فرض سبق دين له عليه فلا اشكال في الصحة، ولو اصطلاحاً؟ على ما في الذمم بعضها ببعض فقد قرب في الدروس صحته وهو حسن بناء على أصالته. انتهى. وفيه: إن ما ذكره من الحيلة بالحوالة يشهد لعدم جوازها خبر أبي حمزة (١)، ومثله خبر آخر (٢).

ويمكن أن يقال: إن الخبرين شاهدان بما أشار إليه من عدم صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين، وأما الحيلة بالصلح فلا اشكال فيها أصلاً، فإن النصوص المختصة بالقسمة، والحوالة ولا تشمل الصلح، بل ولا الهبة - معوضة كانت أم غير معوضة - ولا البيع - أي يبيع كل منهما ماله في ذمة أحد المديونين بالشريك الآخر بماله في ذمة المدين الآخر مع رعاية الشرائط. نعم في البيع اشكال بيع الدين بالدين على ما مر في المسألة السابقة.

فالمتحصل: إن القسمة لا تصح ولكن يمكن التخلص من المحذور بطرق. وأما خبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) عن رجلين اشتركا في السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال (عليه السلام): لا بأس (٣). ففي الحدائق:

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الشركة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الشركة حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٢.

ويصح بيع الدين بالحاضر وإن كان أقل منه إذا كان من غير جنسه أو لم يكن ربويا ولا يصح بدين مثله

بيع الدين بالدين

السابعة: (ويصح بيع الدين بالحاضر وإن كان أقل منه إذا كان من غير جنسه أو لم يكن ربويا، ولا يصح بدين مثله).

فهاهنا فروع:

١ - لا اشكال في جواز بيع الدين بعد حلول الأجل على الدين أو على غيره، ولا خلاف فيه إلا عن الحلبي، وإطلاق أدلة البيع وعمومها يدفعه، وإن أطال الحلبي في ترجيح ما ذهب إليه من المنع بما لا طائل تحته، سيما وأن المسألة اجماعية. وأما بيعه قبل حلول الأجل فقد جوزوه، جماعة منهم المصنف ره والشهيدان. ويشهد للصحة: عموم أدلة البيع بعد كون الدين قبل حلول الأجل مملوكا للدائن.

واستدل للبطلان: تارة: بعدم امكان قبض المبيع الذي هو شرط في صحة البيع، وأخرى: بالاجماع، وثالثة: بعدم الملكية للبائع قبل الأجل في نحو القرض المؤجل ومهر الزوجة ونحوهما من أفراد الدين.

وكل مردود، أما الأول: فلأن الشرط ليس امكان القبض حين العقد بل امكانه حين الاستحقاق أي استحقاق المطالبة.

وأما الثاني: فلأن الاجماع المدعى إنما هو في السلم خاصة. ودعوى عدم الفرق واضحة المنع.

وأما الثالث: فلأن الدين قبل الأجل في الموارد المشار إليها يكون ملكا للبائع غاية الأمر لا يستحق المطالبة وللمدين التأخير.

فالأظهر هي الصحة، فما عن الدروس وظاهر الإرشاد والنافع من المنع ضعيف.

٢ - لا اشكال ولا خلاف في جواز بيع الدين بالحاضر المشخص، نعم إن كان ما في الذمة ربويا ويبيع بجنسه يعتبر أن لا يكون الحاضر أقل أو أكثر، وإلا لزم الربا، وكذا يعتبر عدم كونه من الذهب والفضة لاشتراط القبض في المجلس في بيعهما، وأما في غير ذلك فلا مانع منه كان أقل أو أكثر أو مساويا.

٣ - أطلق جماعة أنه لا يجوز بيع الدين بالدين مطلقا، وفصل آخرون بين موارد، ونخبة القول فيه: إنه قد يكون الثمن ديننا سابقا كما إذا باع ماله في ذمة زيد بما لزيد في ذمة عمرو، وقد يكون بدين مضمون بالعقد كما لو باع ماله في ذمة بكر بمبلغ في ذمة زيد المجعول في ذمته بنفس العقد.

وعلى كل من التقديرين تارة: يكون الدين حالا، وأخرى: يكون مؤجلا، فإن باعه بدين سابق مؤجل بطل لأنه لا يباع الدين بالدين كما في خبر طلحة بن زيد عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رسول الله صلى الله عليه وآله: (١) وأما البيع بدين سابق حال حين العقد. ففيه احتمالان ينشئان من صدق الدين على الحال، ولذا أطلق الأصحاب عليه لفظ الدين بعد حلول الأجل اطلاقا حقيقيا، وهو المنساق إلى الذهن عند اطلاقه وعدم صحة السلب عنه، وما صرح به جمع من أهل اللغة من أن الدين ما يضرب فيه الأجل وكذا جمع من الفقهاء يراد به اعتباره حين ثبوته، فالمراد أن الدين ما يضرب فيه الأجل أول مرة، ومن عدم صدق الدين عليه لما ذكر من تصريح اللغويين والفقهاء قيل وهو المتفاهم عرفا منه. ولعل الأول أظهر.

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب الدين والقرض حديث ١.

وللمسلم قبض دينه من الذمي من ثمن ما باعه من المحرمات

فالمتحصل مما ذكرناه: صحة البيع في صورة واحدة من الصور الأربع المتقدمة، وهي صورة بيعه بمضمون في العقد حال. وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو كان المثلث غير دين سابق، بل كان مضمونا بالعقد، نعم فيما كان سابقا سلما لم يحز بيعه قبل حلوله مطلقا وجاز بعده إذا كان الثمن حلا كما مر في باب السلم. اقتضاء الدين من أثمان المحرمات الثامنة: (و) صرح الأصحاب بأن (للمسلم قبض دينه من الذمي من ثمن ما باعه من المحرمات) بشرط كون الذمي مستترا، وعند بعضهم كون المشتري لها غير مسلم.

والمستند جملة من النصوص: كصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمرا وهو ينظر فقضاه قال (عليه السلام): لا بأس به، أما للمقضي فحلال، وأما للبائع فحرام (١). وصحيح زرارة عنه (عليه السلام): لا بأس، أو قال: خذها (٢). وخبر منصور بن حازم عنه (عليه السلام) قال: قلت له: لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فهل لي أن آخذها؟ فقال (عليه السلام): إنما

-
- (١) الوسائل أب ٢٨ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (١). ونحوها غيرها.
وتمام الكلام فيما يستفاد من هذه النصوص بالبحث في أمور:
١ - المشهور اختصاص الحكم بالذمي، فلو كان البائع مسلماً لم يجز.
قال صاحب الكفاية: وهو مناف لاطلاق أخبار كثيرة، فالحكم به مشكل إلا
أن يكون المقصود المنع بالنسبة إلى البائع.
وأجاب عنه في الجواهر: بأن خبر منصور مختص بالذمي، فتقيد به الأخبار
الأخر، وبأنه من التعليل في خبر منصور يظهر عدم إرادة الفرض من ما دل على المنع من
أكل ثمن الخمر والخنزير.
ويتوجه على الجواب الأول: أنه لا يحل المطلق على المقيد في المثبتين، سيما
وأن التقييد في كلام السائل. وعلى الثاني: أنه لا يدل على عدم خروج ما إذا كان
البائع مسلماً عن تحت تلك الأدلة.
وقد يقال في وجه ما هو المشهور: أنه يعارض هذه النصوص مع الأخبار (٢)
الدالة على عدم جواز بيع الخمر والخنزير وأن ثمنهما سحت، فإنها تدل على كون الثمن
لغير البائع، وعدم براءة الذمة من الدين بأدائه منه، وعدم جواز أخذ الدائن ذلك مع
العلم به، وخبر منصور أخص مطلق منها يقيد اطلاقها به، والنصوص الأخر لا تصلح
للمعارضة معها، فتقدم تلك الأخبار، فتكون النتيجة ما أفادوه.
وفيه: إن الجمع العرفي بين الطائفتين يقتضي البناء على أن المراد بنصوص
الباب: إن من اشترى الخمر والخنزير وادي ثمنهما لا محالة يكون رضياً بأن يؤدي

(١) الوسائل باب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٥٥ و ٥٧ من أبواب ما يكتسب به.

البائع دينه منه، أو أنه وإن لم يحرز ذلك يجوز أداء الدين من مال الغير في هذه الصورة، فلا تعارض بين الطائفتين.

والحق في المقام أن يقال: إن اطلاق هذه النصوص وإن كان يقتضي عدم الفرق بين كون البائع مسلماً أو ذمياً، ولكن يتعين تقييده بمرسل ابن أبي نجران الصحيح إليه عن الإمام الرضا (عليه السلام) عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنزير وعليه دين هل يبيع خمره وخنزيره ويقضي دينه؟ قال (عليه السلام): لا (١) الدال على حكم المسلم الأصلي بطريق أولى، وعليه فلا اشكال في الاختصاص.

٢ - ليس في النصوص المتقدمة تقييد الذمي بكونه مستتراً، ولعل التقييد به من جهة أن التستر من شرائط الذمة، فبالتظاهر يخرج عن كونه ذمياً. ولا ينافي ذلك ما في هذه النصوص من اطلاق المسلم عليه، إذ يمكن فرضه على وجه لا ينافي الشرط المذكور، فتوقف صاحب الحدائق ره في اعتباره في غير محله.

٣ - هل يعتبر أن يكون المشتري لها غير مسلم كما في محكي التذكرة، وفي الجواهر: ولعله مراد من أطلق، أم لا يعتبر ذلك؟ مقتضى اطلاق الأخبار هو الثاني، ولا ينافي ذلك بطلان البيع، إذ هو باطل حتى في البيع من مثله، ولذا قال (عليه السلام) هو للمقضي حلال وعليه حرام، وإنما يجوز أخذه منه وفاء للدين كما يجوز أخذه جزية للنصوص (٢). المصرح فيها بأن وزر ذلك عليهم وثمانه للمسلمين حلال ويأخذونه في جزيتهم.

وبهذا البيان اندفع اشكال المحقق الأردبيلي بأنه إن حمل هذه النصوص على

(١) الوسائل باب ٥٧ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٧٠ من أبواب جهاد العدو ما يناسبه.

ولو أسلم الذمي بعد البيع استحق المطالبة وليس للعبد الاستدانة بدون إذن المولى فإن فعل تبع به إن عتق وإلا سقط ولو أذن له لزمه دون المملوك وإن عتق وغريم المملوك كغرماء المولى ولو أذن له في التجارة فاستدان لها لزم المولى وإن كان لغيرها تبع به بعد العتق

المسلم فظاهر الأصحاب، وبعض الأخبار عدم جواز أخذه وإن حمل على الذمي، فقوله للبائع حرام محل تأمل.

٤ - (ولو) باع ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا، و (أسلم الذمي) البائع (بعد البيع استحق المطالبة) أي مطالبة الثمن لخبر يونس في مجوسي باع خمرا أو خنزيرا إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال (عليه السلام): له دراهمه (١). ولكن الخبر مقطوع، وفي سنده جهالة، فلا ترفع به اليد عما تقتضيه القواعد من عدم جواز أخذ الدراهم لأن ثمنهما سحت.

التاسعة: (وليس للعبد الاستدانة بدون إذن المولى، فإن فعل تبع به إن انعتق وإلا سقط، ولو أذن له لزمه دون المملوك وإن عتق وغريم المملوك كغرماء المولى، ولو أذن في التجارة فاستدان لها لزم المولى وإن كان لغيرها تبع به بعد العتق).

حكم ما لو استقرض الدراهم ثم سقطت عن المالية العاشرة: قال الشيخ في محكي النهاية: من أقرض غيره الدراهم ثم سقطت تلك الدراهم وجازت غيرها لم يكن له عليه إلا الدراهم التي أقرضها إياه أو سعه؟ ها

(١) الوسائل باب ٥٧ من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

بقيمة الوقت الذي أقرضها فيه، ومثله حكى عن القاضي والحلي.
وظاهر ذلك أنه مع بقاء العين يكفي ردها وإلا فقيمتها، والظاهر أن عليه
الأكثر.

وعن المقنع: وإن استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت
فلا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم التي تجوز بين الناس، وظاهره لزوم رد
المالية مطلقا. واختار جمع منهم صاحب الجواهر ره، واحتمله في القواعد عدم لزوم رد
تدارك المالية مطلقا.

والأخير أظهر، لأن المالية الاعتبارية المنتزعة من اعتبار من بيده الاعتبار لا
تكون مضمونة، وإن شئت قلت: إن العين بما لها من الصفات النوعية تكون في العهدة
إلى حين؟ الأداء، وهي في الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه لتدارك القيمة،
والفأنت إنما هو اعتبار المعبر لا شيء من المأخوذ.

نعم لو كان الورق النقدي معبرا عن النقدين وكانت المعاملة واقعة على ما
يعبر عنه الورق من النقدين كان الصحيح في المقام اشتغال الذمة بالمالية، فإن
الاقتراض في الحقيقة عن النقدين دون الورق، ولكن المبني فاسد كما حققناه في
المسائل المستحدثة.

ويشهد لما اخترناه - مضافا إلى ما مر - صحيح معاوية بن سعيد عن رجل
استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء لصاحب
الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزة التي تجوز بين الناس فقال (عليه السلام): لصاحب
الدراهم الأولى - (١). ونحوه مكاتبة يونس (٢).

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ٢.

وتعارضهما مكاتبة أخرى ليونس عن الإمام الرضا (عليه السلام) في (١) المورد المفروض لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس. ولكن الترجيح للأولين...

وقد استدل للزوم تدارك المالية مطلقا - مضافا إلى المكاتبة التي عرفت حالها - : بأن الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، إذ الماء مثلا مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، والثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا استقرض الدراهم في زمان كانت لها المالية، تكون خصوصية ذلك الزمان في عهدة المقرض، ولا يكون أداء الدراهم بعد السقوط عن المالية أداء للمأخوذ، فلا مناص من رد القيمة أداء للخصوصيات.

وبحديث لا ضرر (٢) بتقريب: إن المأخوذ حين أخذه كانت له مالية، فإذا رد مثله أو عينه مع عدم المالية من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك والحدث ينفيه. ولكن يرد على الأول - مضافا إلى النقض بما إذا نقصت القيمة فإن لازم هذا الوجه ضمان المقدار من المالية التالف، مع إنه لم يلتزم أحد به - : إن الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية وإنما هي تنتزع من اعتبار المعبر وعدمه - أو من كثرة الراغب وقلة الوجود.

وإن شئت قلت: إن سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في العين، وأخرى يكون من جهة عدم اعتبار المعبر أو عدم احتياج الناس إليها مع بقائها على ما هي

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب الصرف حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات.

الفصل الثاني في الرهن

وهو لغة: الثبوت والدوام، ومنه نعمة الله راهنة، وفي المسالك: ويطلق على الحبس بأي سبب كان، قال الله تعالى: (كل نفس بما كسبت رهينة) (١) وفي المنجد: الرهن حبس الشيء مطلقا، وفي عرف الفقهاء واصطلاحهم: أنه وثيقة لدين المرتهن، ومرادهم بما طفحت به عباراتهم من أنه شرعا وثيقة لدين المرتهن ذلك، وإلا فمن المعلوم أنه ليس له حقيقة شرعية، ثم الغرض الإشارة الاجمالية إلى ما هو موضوع الحكم في المسائل الآتية لا التعريف الجامع المانع. فالإيراد عليه بأنه يرد على عكسه الرهن على الدرك وعلى الأعيان المضمونة كالمغصوب، في غير محله، مع أنه يمكن أن يكون نظر المعرفين له بذلك إلى عدم جواز الرهن على المذكورات، بل في تخصيص جماعة منهم الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة الرهن عليها، مع أنه قد يتكلف الجواب على تقدير الجواز بأن الرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين. وربما أورد عليه بإيرادات لفظية، والأمر سهل. وكيف كان: فتمام النظر يستدعي البحث في مقامات: الأولى: في عقده والمتعاقدين، وفيه مسائل: الأولى: لا اشكال ولا خلاف في ثبوت الرهن في الجملة، بل الاجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الدين أو المذهب، كذا في الجواهر، والنصوص المستفيضة شاهدة به ستمر عليك جملة منها.

(١) سورة المدثر آية ٣٨.

الثانية: لا شبهة (و) خلاف في أنه من العقود و (لا بد فيه من الايجاب والقبول) كسائر العقود، إنما الكلام في أنه هل يعتبر أن يكون الايجاب والقبول باللفظ كما استظهره صاحب الجواهر ممن عبر بهذه العبارة.

المعاطاة في الرهن

أم تجري المعاطاة فيه؟ وفيه قولان: وقد استدل لعدم الجريان بوجوه:

(١) ما عن جامع المقاصد قال ردا على ما أفاده المصنف (ره) في محكي التذكرة بأن الخلاف فيها فيه كالخلاف في البيع: أن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا.

وفيه: ما مر في كتاب البيع مفصلا من أن جريان المعاطاة فيه إنما يكون على طبق القاعدة وعمومات البيع، وإطلاقاته مقتضية لذلك، فكذلك في المقام، أضف إليه ما أفاده صاحب الجواهر (ره): بأنه يمكن دعوى السيرة عليه هنا أيضا كالبيع.

(٢) إن المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع، والجواز غير متصور في الرهن لأنه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، وإن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع.

وفيه: أولا: أنه قد تقدم أن الأصل في المعاطاة هو الزوم.

وثانيا: أنه يمكن أن يقال أن الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فيها مع الجواز، ولا يشمل ما لا تجتمع معه. وبعبارة أخرى: المجمع عليه عدم الزوم مع الصحة، وأما عدم الزوم غير المجمع معها فلا يكون مشمولا له. وثالثا: أنه يمكن أن يجعل ذلك بنفسه دليل للزوم فيه فيقال إن المعاطاة تفيد

أصل الرهن، وأما لزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على أن كل رهن صحيح لازم.

(٣) إن القبض شرط في باب الرهن، والعقد مقتض، فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضي مع الشرط، وهو محال كما حقق في محله. وأجيب عنه: بأن الشرط هو القبض، والمقتضي هو الاقباض، لأنه به ينشأ الرهن، فلا يلزم الاتحاد المزبور.

وفيه: إن المقتضي هو الاقباض والقبض معا، لأن الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول، فالقبض جزء المقتضي، فيلزم الاتحاد.

فالحق في الجواب عنه على فرض تسليم شرطية القبض (وسياتي الكلام فيه) أن يقال - مضافا إلى ما تقدم في غير واحد من الكتب من عدم انحصار الفعل المنشأ به الرهن بالقبض - أنه ليس في النصوص ما يدل على كون القبض شرطا في الرهن، بل هذا اصطلاح من الفقهاء، والموجود في الأخبار اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء، أضف إلى ذلك أنه في التشريعات والاعتباريات ليس تأثير من الأفعال الخارجية فيها حتى يكون شئ مقتضيا والآخر شرطا، بل إنما هي موضوعات للمجعولات الشرعية وتكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع - وتامم الكلام في محله - فالأظهر جريان المعاطاة فيه.

والكلام في اعتبار العربية والماضوية، وتقدم الايجاب على القبول والصرحة وما شاكل هو الكلام في اعتبارها في سائر العقود، فقد مر عدم اعتبار شئ من تلكم ولا من غيرها مما قالوا باعتباره، سوى أنه يعتبر أن يكون ما ينشأ به المعاملة مبرزا لها عرفا، وإلا فلو مشى بقصد انشاء الرهن لا يتحقق. كما أن اعتبار صدور (من أهله) وهو البالغ العاقل المختار يظهر مما

أسلفناه في الكتب المتقدمة، فإن المدرك في الجميع واحد.
ولا يعتبر أن يكون في السفر، بل يجوز الارتهان سفرا وحضرا بلا خلاف فيه
بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر لشمول النصوص باطلاقها لكلتا
الحالتين.

والشرط في الآية الكريمة (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان
مقبوضة) (١). مبني على الغالب، إذ عدم الكتاب عادة لا يكون إلا في السفر، فهي
نظير آية التيمم (وإن كنتم مرضى أو على سفر - إلى قوله تعالى - فلم تجدوا ماء
فتيمموا) (٢) فإن عدم الماء يكون في السفر غالبا، وفي التمسك بها اشكالات أخر
ستمر عليك.

اشتراط القبض في الرهن

الثالثة: وفي اشتراط الاقباض فيه وجوه وأقوال:

(١) ما عن الشيخ في أحد قوليه، والحلي، والمصنف في جملة من كتبه، وولده،
والمحقق، والشهيد الثانيين وغيرهم، من أنه لا يشترط في صحة الرهن وترتب آثاره
ولزومه، بل عن السرائر، نسبه إلى أكثر المحصلين، وعن كنز العرفان: حكايته عن
المحققين، بل عن الغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والتنقيح والمسالك والروضة
وغيرها: إنه لا خلاف في عدم اشتراطه في الصحة، وجعلوا الخلاف في اعتباره في
اللزوم. وبذلك يظهر القول الثاني.

(١) سورة البقرة آية ٢٨٤.

(٢) سورة النساء آية ٤٤.

(٣) ما عن المفيد والشيخ في قوله الآخر: وبنى الجنيد وحمزة والبراج اشتراطه في صحته، واختاره في الشرائع، وظاهر الماتن هنا حيث قال (وفي اشتراط الاقباض اشكال) التوقف في الحكم. وقد استدل لشرطيته في الصحة بوجوه:

١ - الآية الكريمة (فرهان مقبوضة) (١) بتقريب: أنه سبحانه أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقق المطلوب شرعا بدون، كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة حيث قرنا بهما.

وفيه: أنها لو دلت فإنما هو بمفهوم الوصف، ولا نقول بحجتيه. مع أن في دلالتها اشكالا من وجوه منها: عدم كونها في مقام بيان مشروعية الرهن، بل في مقام بيان الأمر بأخذ الرهن، فإن حمل على الإرشاد إلى حفظ المال فعدم دلالتها على المقام واضحة، وإلا فلم يعلم بها أحد، إذ لا قائل بوجوب أخذ الرهن، ومنها غير ذلك. (٢) موثق محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) كما عن كتب الأصول وكثير من كتب الفروع، وعن أبي عبد الله (عليه السلام) كما في قليل من الأخيرة: لا رهن إلا مقبوضا (٢).

وأورد على الاستدلال به تارة: بما أفاده الشهيد الثاني (ره) من أنه ضعيف السند لاشتراك قيس بين الثقة والضعيف، وفي طريقه ابن سماعة. وأخرى: بأنه موافق لجمهور العامة فيحمل على التقية. وثالثة: بما عن المختلف من أنه مشتمل على الاضمار فلا يبقى حجة. وإليه يرجع ما قيل إنه كما يحتمل إرادة نفي الصحة بدون القبض، كذلك يحتمل إرادة بيان نفي الاعتداد به في الاستيثاق والطمأنينة لا

(١) سورة البقرة آية ٢٨٤.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الرهن حديث ١.

٣ - خبر محمد بن عيسى عن أبي جعفر (عليه السلام): لا رهن إلا مقبوض (١).

وتقريب الاستدلال به كما في سابقه، وبهما يقيد اطلاق ما دل على لزوم العقد ويخرج به عن الأصل.

واستقصاء الكلام بالتعرض لفروع:

١ - هل يجب الاقباض أم لا؟ الظاهر عدمه على المختار: لعدم الدليل عليه.

٢ - هل شرطية القبض على نحو الشرط المتأخر، أو المقارن؟ ظاهر الخبرين هو الثاني، لأنهما يدلان على توقف صدق الرهن على القبض، وعليه فلا رهن قبله، فلا وجه للحكم بترتيب آثاره من قبل.

٣ - لو قبض المرتهن العين المرتهنة من غير إذن الراهن، قالوا: لم ينعقد عقد الرهن ولم يصح بناء على اعتباره في الصحة.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه. واستدل له: بأنه قبض غير مأذون فيه

فيكون كالا قبض، وبأنه قبض منهي عنه، وبأنه لا يجب الاقباض عليه بالعقد فلا

يسقط حق الرجوع المستصحب بقائه بل لا يقطعه إلا حصول المقطوع به من

الشرط وهو القبض المأذون فيه، وبانصراف خبر اعتبار القبض إلى المأذون فيه سيما

بعد معارضته مع قاعدة عدم سقوط حق الغير إلا برضاه، وبأنه لا يقبض في الفرض

وهو معتبر في الصحة دون القبض.

ولكن الأول مصادرة إذ كونه كالا قبض فرع اعتبار الإذن والكلام الآن فيه.

والثاني مندفع بأن النهي في المعاملات وما يتعلق ويلحق بها لا يدل على الفساد كما

حقق في محله، فلا ينافي الشرطية. والاستصحاب لا يرجع إليه مع اطلاق الدليل

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الرهن حديث ٢.

ويشترط فيه أن يكون عينا

وإن كان قبضا غير مأذون فيه شرعا كقبض الغاصب فقد أطلق الأكثر الاكتفاء به أيضا لما تقدم من الدليل كذا في الحدائق.
ودعوى أنه منهي عنه شرعا يكفي في تحقق الشرط، مندفعة بما مر من أن النهي عنه لا يدل على الفساد، مع أنه يمكن أن يقال إنه برضا الراهن باستدامة القبض تخرج يده عن العدوانية إلى الأمانة المالكية التي حقيقتها التسليط عن الرضا، فيدخل في القسم الأول.

ويمكن أن يستدل للصحة في هذا الفرع بوجه آخر، وهو: إن دليل الشرط ظاهر أو منصرف إلى شرط القبض في الرهن إن لم تكن العين المرتهنة مقبوضة، فمع فرض كونها مقبوضة - ولو بالقبض غير المأذون فيه - لا يكون القبض شرطا، فإطلاقات الرهن قاضية بالصحة.

ومما ذكرناه يظهر حال جملة من الفروع المذكورة في المقام.

حكم رهن الدين والمنفعة

المقام الثاني: في شرائط المرهون صحة ولزوما، (و) فيه مسائل:

الأولى: المشهور بين الأصحاب أنه (يشترط فيه أن يكون عينا) بل قيل:

أنه لا خلاف ظاهر فيه، ورتبوا عليه أنه لا يصح رهن الدين، ولا رهن المنفعة بالكلام في موردين:

الأول: في رهن الدين، فعن السرائر والغنية دعوى الاجماع على عدم صحته. واستدل له تارة: بظهور الأدلة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحة عقده أو مفهومه.

ودعوى أن الرهن حينئذ هو الأجرة دون المنفعة، مندفعة بأن الرهن هي المنفعة، والإستيفاء إنما يكون من الأجرة، والفرق واضح، فإذا لا دليل على المنع من ذلك أيضا سوى الاجماع.

الثانية: لا خلاف في اعتبار كون العين المرهونة (مملوكة)، فلو رهن ما لا يملك كالحشرات وما شاكل بطل الرهن لعدم إمكان استيفاء الدين منه. كما لا خلاف في اعتبار كون المرهون مملوكا للراهن أو مأذونا فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين بدونه، نعم لو رهن ما لا يملك وقف على إجازة المالك، فإن أجاز صح بناء على ما تقدم في كتاب البيع من كون صحة عقد الفضولي مع الإجازة على القاعدة للاجماع ولا للنص المختص بالبيع. وهل يصح رهن الخمر أم لا؟ وجهان.

والحق أنه إن بنينا على أن الممنوع خصوص بيع الخمر وإلا فايقاع الصلح وغيره من المعاملات عليها لا إشكال فيه، فالظاهر صحة رهنها لامكان استيفاء الدين حينئذ، ولا يعتبر في الرهن أزيد من ذلك.

وإن قلنا: بأنه لا يجوز أخذ العوض بإزائها بأي عنوان كان، فالظاهر عدم جواز ذلك لعدم إمكان استيفاء الدين منها.

وعن المبسوط والخلاف: الجواز لو وضعها على يد ذمي، قال: إذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خمرا على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جاز له أخذه ولا يجبر عليه.

وفيه: أن الخمر لا يتعلق بها حق للمسلم بعد النهي عن عربها في الأخبار، فالأظهر عدم الصحة.

يعتبر امكان قبض المرهون

الثالثة: بناء على ما مر من شرطية القبض لا إشكال في أنه يعتبر أن (يمكن قبضه)، فلو رهن ما لا يمكن قبضه كالطير في الهواء غير المعتاد للعود، والسّمك في غير الحصور في الماء بحيث يتعذر قبضه عادة لم يصح.

وأما بناء على عدم شرطية القبض في صحة الرهن، فقد يقال: بأنه يعتبر إمكانه لعدم الاستيثاق بمثل ذلك، وفي المسالك: ولو لم يشترط القبض أمكن القول بالصحة مطلقاً لعدم المانع، وتخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحته ببيع يندفع بإمكان الصلح عليه، وكلية ما صح ببيع صح رهنه ليست منعكسة كلياً عكساً لغويًا، وهو حسن.

ثم إنه هل المعتبر امكان القبض حين العقد أو حين التسليم، فلو رهن ما لا يمكن قبضه حين العقد فاتفق القدرة عليه فاقبضه صح على الثاني دون الأول، ولو رهن ممكن القباض عند العقد فاتفق تعذره بعده صح الرهن على الأول دون الثاني. الظاهر هو الثاني، إذا الشرط حقيقة هو القبض كما مر، فمع عدم إمكانه حينه لا قبض فلا شرط فلا مشروط. وأما اعتباره حين العقد فلا دليل عليه حتى لو قلنا باعتباره في البيع، لأن مدرك اعتباره في البيع لو قلنا به إنما هو ما دل على النهي عن الغرر، وهذا الوجه لا يجري في الرهن.

وفي رهن المصحف عند الكافر خلاف. فعن الشيخ في المبسوط، والمحقق، والمصنف، والشهيد وغيرهم: صحته، غاية الأمر يوضع على يد مسلم. قيل: لا يجوز، ومنشأ الخلاف الاختلاف في صدق السبيل على كونه متعلقاً لحق

رهانة الكافر وعدمه، وعليه فالأظهر هو الأول، لأنه إذا كان البيع عن المالك المسلم والبائع مسلماً لا يصدق ذلك، بل يمكن أن يقال بعدم اعتبار الوضع على يد مسلم، لأن بيع الكافر إياه عن المسلم لا يعد سبيلاً عليه، والله العالم.
اعتبار امكان البيع

(و) الرابعة: المشهور بين الأصحاب: أنه يشترط في صحة الرهن أن (يصح بيعه)، أي بيع المرهون، لأن ما لا يصح بيعه لا يمكن استيفاء الدين منه، وفرعوا عليه عدم صحة رهن الوقف لعدم جواز بيعه وإن كان مملوكاً للموقوف عليه وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقاً.

وفيه: أنه وإن لم يصح بيع الوقف لكن يصح إجارته في بعض الموارد، ومال الإجارة إنما هو للموقوف عليه، وفي مثل ذلك يصح الرهن لامكان الاستيفاء، ولا دليل على اعتبار الاستيفاء بالبيع، وأيضاً قد يجوز بيع الوقف ولا يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً كما مر في كتاب البيع.

وعلى الجملة: فإن المعبر هو امكان استيفاء الدين، ففي كل مورد أمكن صح الرهن، كان بإجارة المرهون أو بيعه أو غيرهما، وفيما لم يمكن لا يصح. وبذلك يظهر حال رهن مندور الصدقة وما شاكل.

وهل يصح الرهن في زمن الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما؟ فيه خلاف، وقد مر تنقيح القول فيه في الخيارات من كتاب البيع مفصلاً.

ومما فرعوه على اعتبار امكان الاستيفاء: إنه لو رهن ما يسرع إليه الفساد ولا

على حق ثابت في الذمة عينا كان أو منفعة

بين المسلمين، وفي التذكرة: لو كان ما في الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا في المظروف

خاصة للجهالة على إشكال، ويصح الرهن في الحق عندنا وإن تفرقت الصفقة إذا كان له قيمة مقصودة.

وملخص القول فيه: إنه إن كان المجهول غير معين بطل من جهة أنه لا حقيقة ولا ماهية للمردد من هو مردد، وإلا فإن لم يعلم المرتهن أنه يمكن استيفاء تمام دينه منه بطل أيضا للغرر، وأما إن علم بذلك فالظاهر هو الصحة، إذ لا يلزم من الجهل به الغرر، والجهل من حيث هو لم يدل دليل على مانعيته، والأصل عدمه، والاجماع على فرض ثبوته المتيقن منه غير الفرض.

الحق الذي يجوز أخذ الرهن عليه

المقام الثالث: في الحق الذي يجوز أخذ الرهن عليه.

والمشهور بين الأصحاب: أنه الدين الثابت في الذمة، وظاهر اشتراط كونه دينا عدم جواز الرهن على العين مطلقا مضمونة كانت أم غير مضمونة، وفي التذكرة: الأقوى جواز الرهن على الأعيان المضمونة، وفي المتن: جوازه (على) كل (حق ثابت في الذمة عينا أو منفعة).

وتفصيل القول في المقام بالبحث في موارد:

١ - لا اشكال ولا كلام في أنه يصح الرهن على الدين الثابت في الذمة، والكتاب (١) والسنة (٢) أيضا يشهدان به، فهل يعتبر ثبوته قبل الرهن، أم يكفي ثبوته

(١) البقرة آية ٢٨٤.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الرهن.

أو التلف الذي هو محل الحاجة كفى ذلك في صحة الرهن لعدم أخذ ما ذكر في مفهومه ولم يدل على اعتباره دليل، وإلى ذلك يرجع ما عن التذكرة من الجواب عن هذا الوجه بأنه يمكن التوثق بالرهن لا جل أخذ عوضها عند تلفها.

فالأظهر هي الصحة كما في المتن وعن غيره، ويشهد بها - مضافا إلى ما مر - ما دل من النصوص على نفي البأس عن الاستيثاق بالمال، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويرتهن الرجل بماله رهنا؟ فقال (عليه السلام) نعم استوثق من مالك (١). نحوه غيره الشاملة لمحل الفرض.

٣ - المعروف عدم جواز أخذ الرهن على الأعيان غير المضمونة، كما إذا كانت أمانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة.

وفي المسالك: عدم جواز الرهن على الأول أي العين غير المضمونة موضع وفاق، وهو الحجة فيه، وإلا ففيما استدل به له من عدم كونها وقت الرهن مضمونة، وإن احتمل تجدد سبب الضمان بالتعدي أو التفريط أو الاتلاف. والرهن إنما يصح عند وجود سبب الضمان - نظر لما مر من عدم اعتبار ثبوت الحق حين الرهن إنما يصح عند وجود سبب الضمان المطلق لا أثر له، إذ نفس العين لا يؤخذ عليها الرهن، وما يؤخذ عليه هو بدلها عند التلف، وعليه فلا فرق بين الرهن على الأعيان المضمونة وغيرها.

٤ - هل يؤخذ الرهن على المضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع ونحوهما - لاحتمال فساد العقد باستحقاق العوض أو نقصان قدره، أو ما ما شاكل كما عن الشهيد (ره) وجماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق - أم لا يصح أخذه لعدم

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الرهن حديث ١.

ويقف رهن غير المملوك على الإجارة ولو ضمهما لزم في ملكه

علم الاستحقاق في عهدة الثمن والمبيع، واحتماله غير كاف في صحة الرهن، وإن كان لو تحقق لظهر انكشافه من أول الأمر؟ وجهان: أظهرهما الأول على القول بصحة الرهن على الأعيان غير المضمونة من غير جهة الاجماع كما لا يخفى.

٥ - في أخذ الرهن على مال الجعالة قبل تمام العمل أقوال، ثالثها: ما عن التذكرة من الجواز لو شرع في العمل وإن لم يتمه، وعدمه مع عدم الشروع. أقول: بناء على ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار ثبوت الحق في صحة الرهن سوى الاجماع إن ثبت، فالظاهر هو القول الأول، فإن المتيقن من معقد الاجماع ما إذا لم يتحقق المقتضي للاستحقاق، وفي المقام لثبوت عقد الجعالة قد تحقق. وأما بناء على اعتبار ثبوت الحق في صحته بمقتضى الأدلة فالأظهر هو القول الثاني لما مر من عدم استحقاق الجعل قبل العمل، ولا يقاس بالإجارة، فإن فيها يستحق الأجرة بمجرد العقد كما تقدم، ولا فرق في ذلك بين الشروع في العمل وعدمه.

رهن الحامل ليس رهنا للحمل
المقام الرابع في الأحكام.
وفيه مسائل (١)

(ويقف رهن غير المملوك على الإجارة) لما مر من أن الفضولي في العقود إنما هو على القاعدة، فلا يختص بالبيع، (ولو ضمهما) أي رهن ما يملكه وما لا يملكه (لزم في ملكه) وتوقف في ملك شريكه على الإجارة، وللمرتهن الخيار خيار التبعض إن لم يجز.

ويلزم من جهة الراهن ورهن الحامل ليس رهنا للحمل وإن تجدد
وفوائد الرهن للراهن

٢ - (ويلزم) الرهن (من جهة الراهن) لعموم ما دل على لزوم العقد (١). ولا يلزم من جهة المرتهن، لأن الحق له فله اسقاطه كغيره من الحقوق.

٣ - (ورهن الحامل ليس رهنا للحمل وإن تجدد) كما عن المبسوط والخلاف ونكت النهاية للمحقق والتحرير والتذكرة والقواعد والمختلف والايضاح والتنقيح وغيرها، بل عن التذكرة: الاجماع عليه، وعن الأكثر بل المشهور: أنه رهن له، وعن الانتصار: إنه مما انفردت به الإمامية، وعن الغنية: الاجماع عليه، وعن السرائر: إنه مذهب أهل البيت عليهم السلام وأن عدم الدخول مذهب المخالفين. وكيف كان: فحمل المرهون إن كان قبل الرهن، ففعل ظاهر جعل الحامل رهنا جعله كذلك بما له من التوابع ومنها الحمل، وأما الحمل المتحقق بعده، فإن كان بنظر أهل العرف معدودا من صفات الرهن كحمل الشجرة والفوائد المتصلة كالسمن وما شاكل كان رهنا قطعاً، بل قيل: إنه لا يصح اشتراط خروجها، وإن كان يعد مستقلاً كحمل الدابة فالظاهر عدم كونه رهنا، إذ التبعية في الملكية غير مستلزمة للتبعية في الرهنية كما لا يخفى.

(و) على أي حال لا شبهة ولا خلاف في تبعية (فوائد الرهن) في الملكية له وتكون (للراهن) وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، بل الدين عليه. انتهى. وتشهد به - مضافاً إلى وضوحه - : النصوص (٢) الدالة على أنه إن كان الرهن غلة وفوائد وتصرف فيها المرتهن وجب عليه أن يحتسبها من دينه، وما دل على أنه إن

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الرهن.

ورهن أحد الدينين ليس رهنا على الآخر ولو استدان آخر وجعل الرهن على الأول رهنا عليهما صح وللولي الرهن مع مصلحة المولى عليه وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف بغير إذن صاحبه

ركب الدابة أو انتفع بلبنها يجب عليه أن ينفق عليها بإزاء ذلك.

٤ - (ورهن أحد الدينين ليس رهنا على الآخر) بلا اشكال، لأن تحقق الرهن يتوقف على الانشاء والتراضي.

(و) كذا لا اشكال ولا خلاف في أنه (لو استدان آخر وجعل الرهن على الأول رهنا عليهما صرح)، إذ مشغوليته بالدين الأول غير قاذحة بعد عدم التنافي بينهما، كما لو رهنه عليهما من الأول فإن أنشأ الرهن عليه أيضا فلا كلام، وإن أراد ادخاله في الرهن الأول فلا بد وأن يبطل الرهانة الأولى ثم يجدد لهما.

٥ - (وللولي الرهن مع مصلحة المولى عليه) وقد تقدم الكلام في ذلك تحت عنوان عام في كتاب البيع، وبيننا هناك شروط تصرف الولي وما يرجع إلى ذلك من الفروع والأحكام، وليس للرهن خصوصية تستدعي تكرار ما ذكرناه. الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف

٦ - قالوا: (وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف بغير إذن صاحبه) أما المرتهن فظاهر لأنه غير مالك، ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف. وأما ما دل على المنع عن بيعه إذا لم يقدر على الراهن (١) فهو غير ما هو محل الكلام، مضافا إلى معارضته بما دل على الجواز (٢). وبالجملة: الكلام إنما هو في غير البيع بعد حلول الأجل، وعدم جواز التصرف

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الرهن.

حينئذ من الواضحات. نعم في خصوص ما إذا كان عنده دابة أو حيوان رهنا فأنفق عليها دلت النصوص (١) على جواز الانتفاع بها بالركوب وشرب اللبن وما شاكل. وأفتى به الشيخ في محكي النهاية، وهو الظاهر من الصدوق (ره)، ومال إليه الفاضل الخراساني وجماعة، وقواه المحدث البحراني وبعض آخر. والأصحاب حملوا هذه الأخبار على ما إذا أذن له الراهن، وهو بلا شاهد، بل يمكن تطبيقها على القاعدة من جهة أن نفقة الرهن حيث تكون على الراهن لأنه ماله وله نمائه فعليه نفقته، فإذا سلمه إلى المرتهن ولم ينفق عليه ولا وكله في ذلك يكون ظاهر حاله أن للمرتهن الانتفاع بظهره ولبنه بإزاء نفقته، ولعله يكون ذلك من قبيل الشروط الضمنية في رهن أمثال ذلك. وكيف كان: فالحكم ظاهر بعد ورود النص المعتبر الذي عمل به جمع من الأصحاب.

وأما الراهن: فبالنسبة إلى التصرفات الناقلة له عن ملكه من البيع وما شابهه فقد أشبعنا الكلام فيه في كتاب البيع فلا نعيد. وأما التصرفات الأخرى: فما كان منها منافيا لاستيفاء حق المرتهن من الاتلاف وشبهه فعدم جوازه ظاهر، لأنه تفويت لمتعلق حق الغير، فلا يجوز كما لا يجوز اتلاف ماله.

وأما غير المنافي لذلك: فالمشهور بين الأصحاب عدم جوازه أيضا، واستدلوا له: بالاجماع، وبالنبوي، المذكور في كتب الفروع: الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن (٢) وعن الإيضاح: أنه مشهور النقل وبأنه لما كان الرهن وثيقة لدين

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الرهن.

(٢) المستدرک باب ١٧ من أبواب كتاب الرهن حديث ٦.

المرتهن أما في عينه أو بدله ولم يتم الوثيقة إلا بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرك إلى الأداء فلا يجوز له التصرف ذكره في المسالك ومحكي التذكرة، وإليه يرجع ما عن الدروس من تعليقه المنع بأن الغرض من الرهن الوثيقة، ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطف أو غيره من المنافع الموجبة للنقص أو الاتلاف. وفيه: أما الاجماع: فلم يثبت كونه تعديا. وأما النبوي: فلم يثبت استناد الأصحاب إليه، ولذلك تراهم يستدلون على المنع بوجوه اعتبارية، ولو كان النبوي حجة لديهم لكانوا يستدلون به.

وأما الوجه الأخير فيرد على جميع تقاربيه التي مآلها إلى شيء واحد: أنه يتم بالنسبة إلى التصرف المانع عن استيفاء المرتهن حقه، وأما غير المانع فلا يصلح هذا الوجه شاهدا على المنع عنه.

وعليه فما عن ظاهر الصدوق وصريح المحقق الأردبيلي والفاضل الخراساني والمحدث البحراني من جواز التصرفات غير المنافية هو الأظهر، إذ لا دليل على المنع عنها، والأصل يقتضي الجواز، وفي جملة من النصوص (١) تجوز وطف الأمة التي أرهنت للراهن، وهي شاهدة بذلك أيضا والله العالم.

وعلى فرض التنزل وتسليم المنع لا اشكال في جواز التصرف مع إذن المرتهن، كما أنه يجوز للمرتهن مع إذن الراهن، وعليه تسالم الأصحاب، ويمكن أن يجعل ذلك قرينة على عدم شمول النبوي للتصرفات غير المنافية، بتقريب: أنه من هذا التسالم، والاجماع يستكشف أن المنع عن التصرف ليس تعديا محضا، بل إنما هو لرعاية حق المرتهن، فيختص بما ينافي حقه، فلا يعم مطلق التصرف ولو لم يكن منافيا له.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الرهن.

ولو شرط وكالة المرتهن لم ينعزل ما دام حيا

اشتراط وكالة المرتهن في البيع

٧ - إذ حل الأجل وتعذر الأداء فإن كان المرتهن وكيلا في البيع فلا اشكال في جواز بيعه واستيفاء حقه، وإلا فليس له البيع لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، ولما ورد في ما إذا كان الراهن غائبا من المنع عن بيعه حتى يجيء صاحبه (١).

نعم له أن يراجع الراهن ويلزمه بالبيع، وإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي فيلزمه الحاكم بالبيع، فإن أبي باعه عليه كما يفعل ذلك في سائر الحقوق، ففي خبر عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام): كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بالحصص، فإن أبي باعه فقسم فيهم يعني ماله (٢).

وعلى الجملة - أن ذلك وظيفة الحاكم والقاضي كما نشاهد خارجا، فيثبت لحكام العدل بمقتضى ما دل على أنه عجل الله فرجه جعل المجتهد حاكما وقاضيا (٣).
وحيث إن اطلاق العقد لا يقتضي كون المرتهن (وكالة المرتهن) في البيع، فهل ينعزل بالعزل أم لا؟ فالمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا: إنه (لم ينعزل ما دام حيا)، وعن الشهيد في اللمعة: إنها كسائر الوكالات جائزة فينعزل بالعزل، وفي الشرائع بعد الحكم بأنه ليس للراهن فسخ الوكالة قال: على تردد.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الرهن حديث ١ - ٣.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الحجر حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي من كتاب القضاء حديث ١ - ٦.

: مقتضى اطلاق ما دل على وجوب الوفاء بالشرط ولزومه (١) أن لا يكون له عزله لو شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة.

وقد استدلل للجواز: بأن الوكالة من العقود الجائزة، ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ، وبأن الشروط لا يجب الوفاء بها وإن كانت في ضمن عقد لازم، بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه، وبأن لزوم الشرط إنما هو مع ذكره في ضمن عقد لازم كالبيع، والرهن ليس كذلك، فإن ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجح، إذ قد مر أنه لازم من طرق الراهن وجائز من طرق المرتهن. وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأن جواز الوكالة الثابتة بالتوكيل غير ملازم لجواز الوكالة الثابتة بالاشتراط، والفرض دلالة دليل الشرط على اللزوم. وأما الثاني: فلما مر من لزوم الشرط.

وأما الثالث: فلأن الشرط في ضمن العقد الجائز أيضا لازم الوفاء ما دام العقد باقيا كما مر، مع أنه حيث يكون الرهن لازما من طرف الراهن كان ما يلتزمه على الراهن على نفسه لازما من جهته، عملا بمقتضى اللزوم، والشرط وقع من الراهن على نفسه، فالأظهر أنه لا ينزل ما دام حيا.

نعم تبطل الوكالة المشروطة بموت المشروط له، وكذا بموت الشارط، لأن الوكالة إذن في التصرف، فيقتصر فيها على من أذن له، فإذا مات أحدهما بطلت من هذه الجهة إلا أن يشترط أن يكون وارثه كيلا بعد موته.

(و) كذا (لو أوصى إليه) فإنه ي (لزم) في هذين الموردين ولا تبطل الوكالة، ثم إنه لما كان الرهن وثيقة على الدين فما دام الدين باقيا يبقى الرهن، (و) عليه ف (الرهانة مورثة) لو مات المرتهن.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

والمرتتهن أمين لا يضمن بدون التعدي فيضمن به

المرتتهن أمين لا يضمن

٨ - (والمرتتهن أمين لا يضمن بدون التعدي فيضمن به).

أما عدم الضمان بدون التعدي فهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح: الاجماع عليه. والكلام فيه في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القاعدة.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

أما الأول: فقد مر غير مرة: إن مقتضى القاعدة: كون اليد من موجبات الضمان إلا اليد الأمانية، من غير فرق بين المالكية منها والشرعية، ومن غير فرق في المالكية بين العقدية منها وغيرها، وعليه فلا ضمان عليه في المقام لأن يده أمانية. وقد يستدل على عدم الضمان: بالنبوي: الخراج بالضمنان (١) بدعوى أن خراج الرهن للرهن فضمنانه عليه، وقد مر الكلام فيه في كتاب الغصب. وبالنبوي الآخر الذي استدل به هنا غير واحد من الأصحاب: لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه، وعليه غرمه، أي لا يملكه المرتتهن بالارتهان (٢). وأما الثاني: ففي المقام طوائف من النصوص.

الأولى: ما تدل على عدم الضمان: كصحيح إسحاق بن عمار الصيرفي الثقة: قلت لأبي إبراهيم (عليه السلام): الرجل يرتهن العبد فيصبيه عور أو ينقص من

(١) صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ وسنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٥.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٢.

جسده شيء، علي من يكون نقصان ذلك؟ قال (عليه السلام): علي مولاه، قلت: إن الناس يقولون: إن رهن العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: أرأيت لو أن العبد قتل قتيلا علي من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه (١).
 وخبره الآخر عنه (عليه السلام) قال: قلت: الرجل يرهن الغلام والدار فيصيبه الآفة، علي من يكون؟ قال (عليه السلام): علي مولاه (٢).
 وصحيح جميل عن الإمام الصادق عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال (عليه السلام): فهو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه بماله (٣). ونحوها غيرها.
 الثانية: ما تدل علي الضمان: كخبر محمد بن قيس عن الإمام الباقر (عليه السلام): قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل ماله، وإن كان الرهن يسوي ما رهنه فليس عليه شيء (٤).
 ومثله موثق ابن بكير (٥)، وأخبار أبي حمزة، وعبد الله بن الحكم، وإسحاق بن عمار (٦) وغيرها.
 والثالثة: ما تدل علي عدم الضمان إلا مع التعدي أو التفريط: كمرسل أبان عن مولانا الصادق (عليه السلام) أنه قال في الرهن: إذ ضاع من عند المرتهن من غير

- (١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث ٤.
- (٢) الوسائل باب ٥ من أبواب الرهن حديث ٦.
- (٣) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث ١.
- (٤) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الرهن حديث ٤.
- (٥) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الرهن حديث ٤.
- (٦) الوسائل باب ٧ من أبواب الرهن حديث ١ - ٥ - ٢.

مثله إن كان مثليا وإلا قيمته يوم القبض

أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه، وإن استهلكه تراد الفضل بينهما (١).
والجمع بين النصوص يقتضي تقييد اطلاق الأوليتين بالثالثة، فالنتيجة عدم
ضمان المرتهن إلا مع التعدي أو التفريط كما هو مقتضى القاعدة.
وأما خبر عبيد بن زرارة عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل رهن عند
رجل مملوكا فجذم أو رهن عنده متاعا فلم ينشر ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه
فأكل
(أي أكله السوس) هل ينقص ماله بقدر ذلك؟ قال (عليه السلام): لا (٢) الظاهر في
عدم الضمان مع التفريط بترك الحفظ، فلعدم عمل الأصحاب به وارساله لا يعتمد
عليه.
كما أن ما دل على عدم سماع دعوى المرتهن تلف الرهن (٣) المخالف لما عليه
قاعدة الائتمان من سماع دعوى التلف منه لأن عدمه ينافي الائتمان لعدم عمل
الأصحاب به غير ابن الجنيد يتعين طرحه.
وحيث عرفت أن الجمع بين الأخبار يقتضي الضمان في صورة التعدي
والتفريط فاعلم أنه يضمن به (مثله إن كان مثليا وإلا قيمته) كما هو الميزان في
باب الضمان كما مر كتاب الغصب.
والكلام في أن المدار في القيمة على يوم الضمان أو الدفع أو غيرهما هو الكلام
في ذلك في سائر الموارد، وقد مر تنقيح القول فيه، ولكن لا وجه لقيمة (يوم القبض)
هنا أصلا، ولو كان أبداً يوم القبض بيوم التعدي الذي هو يوم خروج اليد عن كونها
أمانية كان أولى كما لا يخفى.

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الرهن حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب الرهن حديث ٩.

(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الرهن.

والقول قوله مع يمينه في قيمته وعدم التفريط لا قدر الدين وهو أحق به
من باقي الغرماء

حكم الاختلاف في القيمة

٩ - (و) لو اختلفا في القيمة بعد التلف بالتفريط أو التعدي، فعن الأكثر: إن
القول قول الراهن، وعن الحلبي والمصنف هنا والشهيدين وكثير من المتأخرين، أن
(القول قوله) أي قول المرتهن (مع يمينه في قيمته).
واستدل للأول: بأن المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله.

وفيه: إن عدم قبول قوله من جهة أنه خائن لا ينافي قبوله من حيث إنه
منكر لأصالة البراءة عن الزائد، فالأظهر هو الثاني، نعم إن كان الراهن مدعياً
لنقص كما لو كان هو المتلف للرهن وأراد المرتهن القيمة منه ليجعلها رهناً فادعى
الزيادة، كان القول قول الراهن للأصل الموجب لكونه منكرًا حينئذ.

(و) لو اختلفا في التفريط وعدمه، فادعاه الراهن وأنكره المرتهن، فالقول قول
المرتهن في (عدم التفريط) لما مر من أنه أمين يقبل قوله للنهي عن اتهام من ائتمن.
ولو اختلفا في قدر الدين، فادعى الراهن القلة، والمرتهن الزيادة، فالقول قول
الراهن، وإليه أشار المصنف ره بقوله: (لا قدر الدين) يعني أنه لا يقدم قول المرتهن
في قدر الدين، لأصالة البراءة عن الزيادة الموجبة لصيرورة الراهن منكرًا.

١٠ - إذا قصر مال الراهن عن ديونه، فقد يكون حياً، وقد يموت قبل أداء
شئ منها فعلى الأول: إن لم يحجر عليه فلا اشكال ولا خلاف في أن المرتهن أحق
باستيفاء دينه من الرهن، بل التعبير بالأحقية مسامحة، فإن له حقاً متعلقاً به دون
غيره

(و) أما إن حجر عليه ف (هو أحق به من باقي الغرماء) كما هو المشهور

ولو فضل من الدين شئ شارك في الفاضل ولو فضل من الرهن وله دين
بغير رهن تساوى الغرماء فيه

شهرة عظيمة، ولم ينقل الخلاف عن أحد، وظاهر المسالك الاجماع عليه. والوجه فيه:
إن حقه متعلق بالعين، فبمقدار حق من العين لا يتعلق حق الغرماء بها.
وبعبارة أخرى: إنه استحق الاستيفاء من الرهن قبل تعلق سائر الديون
بالأموال، فلا يشاركه أحد، فإن حق الغرماء يتعلق بالملك الطلق، وعلى الثاني
فالمشهور بينهم ذلك لما مر.

وعن ظاهر الصدوق وجمع من المحدثين: أنه يشترك مع سائر الغرماء واستندوا
في ذلك إلى خبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل أفلس
وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه
من الدين قال (عليه السلام): يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب
الدين بالحصص (١). ونحوه مكاتبة سليمان بن حفص (٢).
ولكن الخبرين ضعيفان، أما الأول: فلعبد الله الضعيف المرتفع القول، وأما
الثاني: فلأن علماء الرجال لم ينصوا على توثيق سليمان ولا على مدحه، أضف إلى ذلك
اعراض المشهور عنهما، فالأظهر في هذا المورد أيضا أنه أحق به من باقي الغرماء.
(و) حينئذ (لو فضل من الدين شئ) بأن قصر الرهن عن وفاة الدين
(شارك) المرتهن مع الغرماء (في الفاضل) بلا خلاف ولا اشكال، لأن دينه في الذمة،
ولا يكون منحصرًا في الرهن.
(ولو فضل من الرهن و) كان (له دين) آخر (بغير رهن) ولم يف الفاضل
بما على الراهن من الديون الثابتة عليه من المرتهن وغيره (تساوى) المرتهن مع
(الغرماء فيه).

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب كتاب الرهن حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب كتاب الرهن حديث ٢.

ولو تصرف المسترهن بدون إذن الراهن ضمن وعليه الأجرة ولو أذن
الراهن في البيع قبل الأجل فباع لم يتصرف في الثمن

١١ - قد مر أن المرتهن ممنوع من التصرف في الرهن إلا مع إذن الراهن، وعليه
(لو تصرف المسترهن بدون إذن الراهن) إثم و (ضمن) العين لو تلفت (وعليه
الأجرة) بلا خلاف ولا اشكال، لأنه استوفى منفعة مال الغير، فعليه ضمانها وأجرتها،
وللحسن عن الإمام الباقر (عليه السلام): إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال في
الأرض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وأنفق عليها ماله: أنه يحتسب
له نفقته وعمله خالصا، ثم ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذي ارتهن به
الأرض حتى يستوفى ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها (١).
حكم ما لو باع المرتهن الرهن

١٢ - قد بينا في كتاب البيع حكم بيع الراهن مع إذن المرتهن أو بدون إذنه،
(و) أما بيع المرتهن فإن كان بعد حلول الأجل واشترط وكالته صح وسقط حق
الرهن، وأما (لو أذن الراهن) للمرتهن (في البيع قبل الأجل فباع) فالمشهور بل
لم ينقل الخلاف إلا عن بعض رهنا عنده عوض المبيع كما صرح به في الجواهر ومحكي
الروضة، بل قيل: إنه لا خلاف فيه سوى ما حكاه في الجامع بلفظ القيل من أنه لا
يكون رهنا، ولكن الظاهر من صاحب الحدائق ره حيث قال: ولم يحضرنى الآن تصريح
أحد منهم بالحكم المذكور، أنه لم يستظهر من كلام الأصحاب من المنع عن التصرف

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الرهن حديث ٢.

فيه كونه رهنا.

وكيف كان: فإن كان مراد الأصحاب كون الثمن رهنا، فيشكل تطبيقه على القاعدة، إذ حق الرهانة متعلق بالمبيع بشخصه، وثبوتها في عوضه يحتاج إلى دليل، وهم غير ملتزمين بذلك في عكس المسألة، وهو ما لو أذن المرتهن للراهن في البيع، فإنهم قالوا بسقوط حق الرهانة رأسا وعدم تعلقه بالثمن.

ودعوى الفرق بينهما من جهة ظهور إذن المرتهن في البيع في اسقاط حقه كما في الجواهر، فيها: إنه لو لم يكن البيع بنفسه مسقطا فكيف يكون الإذن فيه اسقاطا. وعلى الجملة: تعلق حق الرهانة بالثمن يحتاج إلى دليل مفقود، اللهم إلا أن يقال: إن مراد الأصحاب بذلك، أنه كما لو باع المرتهن بعد حلول الأجل بإذن الراهن، يسقط حق الرهانة عن المبيع والثمن، غاية الأمر يبقى أثره، وهو استيفاء الدين من الثمن كذلك لو باعه قبل حلول الأجل يسقط حق الرهانة، ولكن أثره وهو استيفاء الدين من الثمن لو لم يؤد الراهن يكون باقيا، إلا أنه حيث لم يحل الأجل ليس له التصرف فيه باستيفاء الدين حتى مع الشرائط التي يجوز له التصرف لو كان بعد حلول الأجل، وعليه فيتم ما ذكره، كما يتم ما ذكره المصنف ره من قوله (إلا بعده)، ولا يرد عليه ما في الجواهر من أن جواز التصرف بعد حلول الأجل أيضا واضح البطلان.

وبما ذكرناه يجمع بين كلمات الأصحاب، ويظهر أن مراد من أنكر تعلق حق الرهانة بالثمن أنه ليس بدلا عن المبيع في كونه متعلقا لحق الرهانة، ومراد من أثبته أن له استيفاء الدين منه بعد حلول الأجل على شرائطه بإذن الراهن أو امتناعه، وإذن الحاكم أو بدون إذنه ويعضد ذلك تعبير الفقهاء عنه بعدم جواز التصرف قبل حلول الأجل وجوازه بعده لا بكونه رهنا. فتدبر فإنه دقيق لطيف.

ولو خاف جحود الوارث ولا بينة جاز أن يستوفي من الرهن من تحت يده

نعم يبقى الاشكال في عكس المسألة، ويمكن توجيه ما أفادوه هناك: بأن ظاهر إذن المرتهن في بيع الراهن لنفسه أنه يسقط حقه من استيفاء الدين من الثمن، وعليه فلا بد من التفصيل بين ما لو كان لكلامه المتضمن للإذن هذا الظهور وعدمه، ولعله عليه قرينة نوعية. والله العالم.
لو خاف جحود الوارث للدين

١٣ - (ولو) كان له دين على شخص ومات وعنده رهن منه، فتارة: لا يجحد الورثة الدين، وأخرى: يجحدونه أو يخاف المرتهن من جحودهم. وعلى التقديرين قد يتمكن من إقامة البينة، وقد لا يكون عنده بينة مقبولة.
فإن علم أو ظن، بل (خاف جحود الوارث ولا بينة)، له فالمعروف بين الأصحاب أنه (جاز أن يستوفي من الرهن من) ما في (تحت يده)، وعن شرح الإرشاد ومجمع البرهان: الاجماع عليه، والأصل في ذلك - مضافا إلى الاجماع، وإلى حديث نفي الضرر (١)، وما دل على جواز المقاصة في بعض الموارد (٢) - : مكاتبة المروزي

لأبي الحسن (عليه السلام) في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وأن عنده رهنا، فكتب (عليه السلام): إن كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته، ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولب بالبينة على دعواه وأوفي حقه بعد اليمين، ومتى لم يقر بالبينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.

(٢) البقرة آية ١٩٤ النحل آية ١٢٦؟ الوسائل باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ - ٥ - ٦.

القول قول المالك مع ادعاء الوداعة وادعاء

بالله يعلمون أن له على ميثهم حقا (١). وضعف سنده منجبر بما سمعت. وبه يظهر أن ذلك في صورة عدم الاعتراف بالرهن، وإلا فلو اعترف به وادعى ديناً لم يحكم له وكلف البينة وله احلاف الوارث. ولو لم يخف الجحود، ففيه قولان: أحدهما: أن له أن يستوفي دينه، لاطلاق الخبر.

ثانيهما: المنع لوجوب الاقتصار على المتيقن فيما خالف أصل عدم جواز التصرف في مال الغير إذنه. والأول أظهر.

ولو أقر بما عنده يؤخذ به ويطلب بالبينة، وإن تمكن من إقامة البينة ليس له استيفاء حقه مما في يده لاختصاص الخبر، بما إذا لم يكن له بينة. وما عن عن مجمع البرهان من أن الرواية غير صريحة بالاشتراط أي اشتراط عدم البينة، وإنما فيها اشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب، يدفعه أن حمل القيد على الغالب بلا قرينة عليه غير صحيح، وعدم صراحة الخبر بالاشتراط لا يضر بعد كون الحكم على خلاف القاعدة لا بد من الاقتصار فيه على المتيقن من مورد الخبر. وبالجملة: عدم جواز الاستيفاء لا يحتاج إلى دليل، فإن القواعد العامة مقتضية له، وإنما يتوقف جوازه عليه، فعدم الصراحة يكفي في الحكم بالعدم.

التنازع في أن الشيء رهن أو وديعة

١٤ - (و) إذا تنازعا في عين أنها رهن أو وديعة، ففيه أقوال:

١ - ما هو المشهور، وهو أن (القول قول المالك مع ادعاء الوداعة وادعاء

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب كتاب الرهن حديث ١.

- الآخر) القابض (الرهن) بل ربما استظهر من النافع الاجماع عليه.
- ٢ - ما عن المقنع والاستبصار، من أن القول قول القابض.
- ٣ - تقديم قول القابض إن اعترف المالك بالدين، وإلا فقول المالك، نسب إلى ابن حمزة.
- ٤ - تقديم قول المالك إن كانت أمانة عند القابض ثم ادعى رهانتها، وقول القابض إن ادعى الرهانة ابتداءً، ذهب إليه ابن الجنيد.
- ابن حمزة في عداد الأقوال.
- وما أفاده ابن حمزة أظهر، أما في صورة تحقق الدين فلأن اليد كما تكون أمانة على الملكية تكون أمانة على الحق، واليد مقدمة على أصالة عدم الرهانة، فيكون القابض منكرًا.
- ولخبر عباد بن صهيب عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول استودعتك والآخر يقول هو رهن، فقال (عليه السلام): القول قول الذي يقول هو أنه رهن إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود (١).
- وموثق ابن أبي يعفور عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الاختلاف في مقدار الدين الذي عليه الرهن، قال: فإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر واختلفا فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو ودیعة، قال (عليه السلام): على صاحب الوديعة البينة، فإن لم يكن بينة حلف صاحب الرهن (٢). ونحوه صحيح أبان (٣)، بناء

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الرهن حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الرهن حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الرهن حديث ٢.

على أنه خبر آخر.

ودعوى أن هذه النصوص معرض عنها عند الأصحاب فلا يستند إليها، مندفعة بأنه يمكن أن يكون محل كلام جماعة منهم صورة عدم تحقق الدين، مع أنه يمكن أن يكون عدم افتائهم بما تضمنته هذه النصوص لتخيل معارضتها مع النصوص الآتية، وعليه فالاعراض المسقط عن الحجية غير ثابت.

وأما في صورة عدم تحقق الدين فلصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) في رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذي عنده الرهن: ارتهنته عندي بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك وديعة، فقال (عليه السلام): البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين (١). واختصاصه بصورة عدم تحقق الدين ظاهر فبه يقيد اطلاق النصوص المتقدمة، وأوضح من ذلك اختصاصا بهذه الصورة مكاتبة المروزي المتقدمة في المسألة المتقدمة، فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على التفصيل بين صورة تحقق الدين وعدمه. وقد استدل في الجواهر للقول المشهور: بموثق إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الاختلاف في الوديعة والقرض: إن القول قول صاحب المال مع يمينه، (٢). بدعوى أن خصوص المورد لا يخصص الوارد، فيستفاد منه حيثئذ أصالة عدم الحكم بمال الانسان بغير قوله، وإن كان مدعيا فضلا عما نحن فيه مما هو مدعى عليه، وصحيح ابن مسلم، مكاتبة المروزي المتقدمين. ولكن الموثق متضمن لحكم خاص في مورد مخصوص لا يتعدى عنه، وعدم

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب الرهن حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب الرهن حديث ١.

الفصل الثالث في الحجر وأسبابه ستة

الفصل الثالث في الحجر

مثلاً: وهو في اللغة بمعنى المنع والتضييق، ومنه سمي الحرام حجراً لما فيه من المنع، قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) (١) أي حراماً محرماً وسمي العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضر عاقبته. والمحجور عليه شرعاً هو الممنوع عن التصرف في ماله شرعاً، وفي المسالك: المراد مطلق التصرف أعم من كونه في جميع المال وبعضه، فيشمل الصبي ونحوه الممنوع من التصرف في جميع المال، والمريض الممنوع من التصرف في بعض المال. (و) كيف كان: فتنقيح القول بالبحث في مواضع: الأول: في (أسبابه) وهي كثيرة إلا أن عادة الفقهاء جارية على ذكر (ستة) منها في هذا الباب، وأما ما سواها - كالرهن، والارتداد، وما شاكل - فهي مذكورة في تضاعيف الفقه. ثم إن الستة المذكورة هنا مرجعها إلى قسمين: أحدهما: ما يوجب المنع لمصلحة المحجور عليه ولحقه. والثاني: ما يوجب الحجر لحق غيره. فالأول: الصغر والجنون، والسفه والثاني الباقي.

(١) سورة الفرقان آية ٢٣.

الأول الصغر فالصغير ممنوع عن التصرف إلا مع البلوغ والرشد

الصغير ممنوع عن التصرف في ماله
(الأول): من الستة المذكورة في هذا الباب (الصغر) والبحث فيه في طبي
مسائل: الأولى: إنه لا خلاف في الجملة في أن الصغر من أسباب الحجر (فالصغير
ممنوع عن التصرف إلا مع البلوغ والرشد) أما منع الصغير غير البالغ عن
التصرف فاجماعي في الجملة، قال في التذكرة: وهو محجور عليه بالنص والاجماع سواء
كان مميزاً أو لا في جميع التصرفات إلا ما يستثنى كعباداته وإسلامه وأحرامه.. إلى
آخره وظاهر الشرائع وغيرها: إن الحجر إنما هو باعتبار التصرف المالي.
وما أفاده المصنف أظهر، فإن بعض أدلة المنع وإن اختصت بالتصرف المالي،
إلا أن جملة منها عامة لجميع التصرفات الاعتبارية، وقد ذكرنا هذا الحكم في كتاب
البيع، واستدل له بوجوه، واستوفينا البحث فيها - وإنما نشير في المقام إلى أدلة المنع:
منها: الآية الكريمة: (وابتلوا اليتامى حتى إذ بلغوا النكاح فإن آنستم
منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) (١) وتقريب الاستدلال بها على المنع: إن الظاهر
منها من جهة جعل البلوغ، غاية الابتلاء والامتحان وغير ذلك من القرائن كون جواز
الدفع مشروطاً بشرطين: البلوغ والرشد، فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة
أو الصباوة، وليس ذلك إلا من جهة حجره في تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.
ثم إن الآية الكريمة إنما تدل على المنع عن تصرفات الصبي مع كونه مستقلاً
فيها، أو كون المعاملة مستندة إليه، وإن كان أذن له الولي ويكون الصبي من قبيل

(١) سورة النساء آية ٧.

الوكيل المفوض، بل الظاهر منها هو المنع عن القسم الثاني من جهة توجيه الخطاب فيها إلى الولي وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ، فالمتحصل منها عدم استقلال الصبي في المعاملات وإن أذن له الولي، ولكنها لا تدل على جعل انشائه كلا انشاء، مع عدم كون التصرف تصرفاً له، بل من تصرفات وليه وكون البيع بيعه مثلاً، وهي وإن اقتصت بأمواله إلا أنه يكفي في منعه عن التصرفات في مال غيره وسائر التصرفات غير المالية عدم القول بالفصل.

ومنها: حديث رفع القلم عن الصبي الذي رواه في محكي الخصال عن ابن الزبير عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في سقوط الرجم عن الصبي: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق الحديث (١). وروي عن قرب الإسناد عن علي (عليه السلام) في سقوط القصاص والدية في ماله: وقد رفع عنهما القلم (٢).

وفي موثق عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الغلام متى يجب عليه الصلاة قال (عليه السلام): إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم (٣). ونحوها غيرها. وتقريب الاستدلال بها: إن مقتضى إطلاق القلم المرفوع هو قلم التكليف والوضع، ولازم ذلك بطلان عقده مستقلاً أو مع إذن الولي، بشرط كونه كالوكيل المفوض.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

وأما العقد الصادر من الصبي بإذن الولي على نحو كونه آلة محضة الذي له نسبتان نسبة إلى الصبي ونسبة إلى الولي غاية الأمر نسبتته إليه إنما تكون بالتسبيب، فلا يدل الحديث على بطلانه حتى من الجهة الثانية.

ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة ونفوذ ما هو عقد الولي، إذ القلم رفع عن الصبي لا عن الولي، هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجرى الصيغة خاصة وكون طرف المعاملة عند العرف وهو الولي، وإلا فعدم دلالة على سلب عبارته أوضح.

فما عن المبسوط في مسألة الاقرار من أن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم وتبعه غيره وقالوا إنه يدل على أن انشائه كلاً انشاء غير تام، وفي المقام اشكالات خمسة أوردت على الاستدلال بالحديث ذكرناها مع أجوبتها في كتاب البيع. ومنها: النصوص (١) الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز أمر الصبي في البيع والشراء، ومقتضى إطلاقها بطلان ذلك بالمعنيين الأولين، وأما بالمعنى الثالث - وهو ما لو كان الصبي آلة محضة - فلا تدل عليه لعدم صدق كون البيع والشراء له، وعلى هذا بنوا على عدم ثبوت خيار المجلس لمجري الصيغة لعدم صدق البيع عليه، فالبيع مثلاً إنما يكون بيع الولي أو الموكل والأمر أمره، ومجرد الصيغة لا يكون موضوع النفوذ.

ولو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من أن مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، ونسبة إلى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم ويشهد لما ذكرناه استثناء السفينة في بعض تلك الأخبار، حيث إن السفينة ليس مسلوب

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الحجر وباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

العبرة، فمن استثنائه يعلم أن المراد عدم الاستقلال في التصرف. وقد يستدل لذلك بالنصوص المتضمنة لكون عمد الصبي وخطائه واحد (١) وقد استوفينا البحث فيها في كتاب البيع وأثبتنا اختصاصها باب الجنایات وأنها لا تشمل المعاملات.

وقد استدل لجواز تصرفات الصبي تارة: بالآية المتقدمة، أما بتقريب: أنه جعل فيها المدار على الرشد وأنه مع استئناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ، وأن اعتبار البلوغ طريقي اعتبر أمارية إلى الرشد بلا موضوعية له، وذلك بجعل الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية.

أو بتقريب: أن ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير (باليتامى وقوله تعالى حتى سواء كانت للغاية أم للابتداء، والظاهر من الابتلاء) الابتلاء بالمعاملات على الأموال بأن يأذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ، وذلك يقتضي صحة تصرفاتهم.

وأخرى: بمرسل المبسوط وروى أنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائز التصرف.

وثالثة: بالنصوص الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه (٢)، فإنه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه إباء سياقه عن التخصيص. ورابعة: بالسيرة التي ادعاها سيد الرياض. وخامسة: بخبر السكوني عن مولانا الصادق (عليه السلام) في حديث: نهي

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الديات.
(٢) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا وباب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات وباب ٥٦ من أبواب كتاب العتق.

رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق (١).

فإن حصر الكراهة فيما اكتسبه الغلام بما إذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقة أقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

وفي الجميع نظر: أما التقريب الأول للآية: فلأنه لو لم يكن الأمر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، وكان ذكر (حتى إذا بلغوا النكاح) زائدا، وحمله على الطريقة إلى الرشد خلاف الظاهر.

وأما التقريب الثاني لها: فلأنه لا اشكال كما مر في دلالة الآية على عدم كون الصبي مسلوب العبارة، إلا أنها لا تدل على كونه مستقلا في التصرف لحصول الابتلاء مع إذن الولي أو إجازته، وحيث إن ظاهر الآية كما مر عدم صحة تصرفاته استقلا لا، فلا بد من البناء على ذلك.

وأما المرسل: فلا رساله وعدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.

وأما النصوص المجوزة لو صيته وعتقه وصدقته فعلى فرض تسليم القول

بجوازها، لا مانع من الالتزام بالتخصيص، وإباء حديث الرفع عنه ممنوع.

وأما السيرة: فهي غير قابلة للتشكيك فيها، إلا أن المتيقن منها المعاملة بإذن الأولياء، بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد.

وأما خبر السكوني: فإن كان الاستدلال به من جهة التخصيص بمن لا

يحسن الصناعة بيده، فيرده: إن القيد لا مفهوم له، وإن كان من جهة العلة فهي عامة

(١) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

ويعلم الأول بالانبات أو الاحتلام أو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكور
وتسع في الأنثى

لجميع الموارد، مع أنها من قبيل الحكمة، وإن كان من جهة ظهوره في الكراهة، فيرد
عليه: إن النهي ظاهر في الحرمة لا الكراهة. وتفصيل القول فيه في كتاب البيع.
فالمتحصل مما ذكرناه: أن الأدلة تدل على عدم نفوذ تصرفات الصبي الاعتبارية إن كان
مستقلا فيها، وأما لو كان آلة محضة فلا دليل على المنع، فلا يكون
الصبي مسلوب العبارة.

وذكروا موارد استثنواها من أدلة المنع ذكرناها في كتاب البيع فراجع.
الثانية: إذا بلغ الصبي وكا رشيدا تجوز تصرفاته اجماعا وكتابا وسنة.
علامات البلوغ

الثالثة: (ويعلم الأول) أي البلوغ (بالانبات) للشعر الخشن على العانة
التي حول الذكر والقبل، من غير فرق في ذلك بين الذكر والأنثى (أو الاحتلام أو
بلوغ خمس عشرة سنة في الذكور وتسع في الأنثى) على المشهور.
ونخبة القول بالبحث في موارد:

الأول: في الانبات، لا خلاف في ثبوت البلوغ بالانبات للشعر الخشن، وإنما
قيدوا الشعر بالخشن تحرزا عن الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغير ويعبر عنه
بالزعب، وعن التذكرة: نبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند
علمائنا أجمع. انتهى.

وذكر تسوية المسلم والكافر للتنبية على خلاف بعض العامة حيث خصه
بالكافر، وربما نسب إلى الشيخ ره، محكي الخلاف ادعى الاجماع على أنه

علامة البلوغ في حق المسلمين والمشرّكين.
وكيف كان: فيشهد لكونه علامة البلوغ مطلقا: الاجماع المحكي مستفيضا،
وحسن يزيد الكناسي عن الإمام الباقر (عليه السلام) وهو طويل قال (عليه السلام)
في آخره: إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة
سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك (١).
والمراد بالشعر في الوجه هو اللحية والشارب واستقرب في محكي التحرير كون
نبات اللحية دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به.
وخبر حمزة بن حمران عنه (عليه السلام): الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع
ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل
ذلك (٢).

وخبر أبي البخترى عن جعفر (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال: إن
رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم أي المراهقين يومئذ على العانات فمن وجدته
أنبت قتله ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري (٣).
وفي النصوص وإن لم يقيد الشعر بالخشن إلا أنه من جهة أن الخشن هو
المعهود في اختيار البلوغ يحمل عليه الاطلاق صرفا له إلى المعهود.
وهل يختص هذه العلامة بالذكور، أم تعم الإناث؟ وجهان: أقواهما الثاني، لأنه
وإن اختصت النصوص بالذكور إلا أن الاجماع قائم على كونه علامة في الأنثى أيضا،

-
- (١) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٨.
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.
(٣) الوسائل باب ٦٥ من أبواب جهاد العدد وما يناسبه حديث ٢.

سبقه، بل على الثاني أظهر. والحل أن العلامة هي الانبات الحاصل من الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة.

ويرد الثالث: إن العلامة تحصل بمجرد خروج الشعر وصدق هذا العنوان، ولا تتوقف على تزايد وكماله، فالأظهر كونه علامة البلوغ لا دليلاً على سبقه. وتظهر ثمرة النزاع في قضاء ما يجب قضاءه من العبادات، وفي نفاذ إقراره وتصرفاته المتقدمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تأخر بلوغه عنه.

الثاني: في الاحتلام، والمراد به خروج المنى من الموضع المعتاد، والمنى هو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، والظاهر أن هذا هو مراد المحقق في الشرائع حيث قيده بالذي يكون منه الولد، فما فهمه جماعة منه أن المنى ينقسم قسمين: ما يكون منه الولد، وما لا يكون منه الولد، وأن البلوغ لا يتحقق إلا بالأول، في غير محله. وكيف كان فهو علامة البلوغ في الذكر والأنثى، ولا خلاف في كونه علامة له، بل الاجماع بقسميه عليه، ويشهد به من الكتاب: قوله تعالى: (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا) (١).

قال في التذكرة: الحلم هو خروج المنى من الذكر أو قبل المرأة مطلقاً، سواء كان بشهوة أو بغير شهوة، كان بجماع أو غير جماع، وسواء كان في نوم أو يقظة. وقوله تعالى: (والذين لم يبلغوا الحلم) (٢).

وقوله تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح... إلى آخره) (٣). والمراد ببلوغ النكاح: شهوة النكاح والوطء والقدرة على الانزال.

(١) سورة النور آية ٥٩.

(٢) سورة النور آية ٥٩.

(٣) سورة النساء آية ٧.

وقوله عز وجل: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١).
ومن السنة: خبر هشام عن الإمام الصادق (عليه السلام): انقطاع يتم اليتيم
بالاحتلام وهو أشده (٢).
وموثق عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام) عن قول الله عز وجل: (حتى
إذا بلغ أشده) قال (عليه السلام): الاحتلام (٣).
وحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم المتقدم الذي رواه الفريقان. وعن
الحلي أنه مجمع على روايته.
والنبوي المشهور المتلقى بالقبول في وصيته صلى الله عليه وآله لعلي (عليه
السلام): يا علي لا يتم بعد الاحتلام (٤).
وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن أولاد المسلمين
موسومون عند الله شافع مشفع، فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كتبت لهم الحسنات، فإذا
بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات (٥).
وخبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال
(عليه السلام): إذا احتلم وعرف الأخذ والاعطاء (٦). ومنها غير تلكم من النصوص
الكثيرة.

(١) سورة الأنعام آية ١٥٢.

- (٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر حديث ١.
(٣) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨.
(٤) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ٩.
(٥) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١.
(٦) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ٦.

(١٠٣)

وتنقيح القول بالبحث في موردين:

الأول: في الذكر.

الثاني: في الأئمة.

أما الأول: فيمكن أن يستدل للمشهور بوجوه:

- ١ - الاستصحاب، وتقريبه من وجوه، إذ يمكن أن يستصحب بقاء الصغر، وعدم حصول البلوغ، وعدم رفع الحجر عنه، وعدم توجه التكليف إليه. وكل تلكم استصحاب حكم أو عدم حكم، وعلى فرض تسليم كون بعضها موضوعيا لا مانع من جريانه، وليس شئ من ذلك من الاستصحاب في الأمور غير القارة وإن كان المختار جريان الاستصحاب فيها أيضا.
- ٢ - أصالة البراءة عن التكليف قبل أن يبلغ خمس عشرة سنة.
- ٣ - ما دل من الآيات والنصوص على عدم البلوغ ما لم يبلغ الحلم، فإنه خرج عنها بعد بلوغ خمس عشرة وبقي الباقي.
- ٤ - جملة من النصوص الخاصة: كالنبوي المرسل: إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه (١).

والآخر أن عبد الله بن عمر قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه وآله في جيش يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني، وعرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يرني بالغاً، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فقبلني وأخذني في المقاتلة (٢) بل قيل: إن الثاني منهما مشهور رواه جماعة من أرباب المغازي والسير ممن يوثق بنقلهم.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٧٤.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٧٤.

وخير حمران عن مولانا الباقر (عليه السلام) - في حديث - : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو يثبت قبل ذلك (١). وليس في سنده من يتوقف فيه سوى حمزة وعبد العزيز، أما حمزة فمضافا إلى أنه من آل أعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم، سديد الحديث، كثير الرواية، قد روى عنه الأجلاء كعبد الله بن مسكان وابن بكير وابن أبي عمير والحسن بن محبوب، بل في بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى، وهم من أصحاب الاجماع. وعن ظاهر النجاشي: أنه من خاصة أصحاب الصادق (عليه السلام)، أضف إلى ذلك كله أن هذا الخبر رواه الحسن بن محبوب عن عبد العزيز عنه، وهو من أصحاب الاجماع، وبه يظهر أن عبد العزيز وإن لم ينص عليه بمدح ولا ذم لكن رواية الحسن بن محبوب عنه كافية في الاعتماد على روايته هنا.

وحسن الكناسي - أو صحيحه - عن الإمام الباقر (عليه السلام): الجارية إذا بلغت تسع؟ سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت وأقيم عليها الحدود التامة لها وعليها، قال: قلت: الغلام إذا زوجه أبوه ودخل بأهله وهو غير مدرك أتقام عليه الحدود على تلك الحالة؟ قال: إما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال، فلا، ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنه، فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة الحديث (٢).
وحسنه الآخر - أو صحيحه - عنه (عليه السلام) - في حديث - : يا أبا خالد، إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو يثبت في عانته قبل ذلك - إلى أن قال - أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

الرجال فلا، ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة. الحديث (١).

وصحيح ابن وهب عن الإمام الصادق (عليه السلام) في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: ما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة، فإن هو صام قبل ذلك فدعه (٢). بناء على إرادة معنى (أو) من كلمة (واو) لاستحالة الجمع، وحيث إن مقتضى السياق والترديد كون ما تقدم عليهما وقتا للتمرين فيكون البلوغ بالأكثر، وإلا لم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الأقل تمرينيا، ولعل الفرق بين المتوسط بينهما وبين ما قبلهما في التضييق في التمرين وعدمه، فإن الصبي يضيق عليه فيما بينهما، دون ما تقدمهما من الزمان، وهذا هو السر في الترديد.

وصحيحه الآخر عنه (عليه السلام) في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال (عليه السلام): ما بين خمس عشرة وأربع عشرة، فإن هو صام قبل ذلك فدعه (٣). بالتقريب المتقدم، ونحوها غيرها.

والمنساق إلى الذهن من النصوص هو اكمال الخمس عشرة لا الدخول فيها، بل جملة منها كالصريحة في ذلك، فلا يصغى إلى ما قيل من حلمها على إرادة الدخول فيها.

وبإزاء جميع ذلك طوائف من النصوص، منها: ما يدل على حصوله بالأربع عشرة: كخبر أبي حمزة عن مولانا الباقر (عليه السلام) قلت له: جعلت فداك في كم

-
- (١) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٩.
(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب من يصح الصوم حديث ١ كتاب الصوم.
(٣) الوسائل باب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم كتاب الصوم.

تجري الأحكام على الصبيان؟ قال (عليه السلام): في ثلاث عشرة وأربع عشرة، قلت: فإنه لم يحتلم فيها، قال (عليه السلام): وإن كان لم يحتلم، فإن الأحكام تجري عليه (١).
وحيث إن نصوص الخمس عشرة قابلة للحمل على إرادة الدخول فيها، وهذا الخبر نص في حصوله بالأربع عشرة، فتحمل تلك النصوص على ذلك، وأيد هذا القول بصحة توجه الخطاب إلى المميز عقلا للعلم والقدرة خرج الأقل بالاجماع والنص وبقي ذو الأربع عشرة، وبأن أحوال البدن في الانسان مرتبة على الأسابيع، فيجب أن يكون بلوغه كذلك وليس في الأسبوع الأول والأول والثالث قطعا فيكون في الثاني.

ولكن الخبر ضعيف السند لجهالة السندي بن ربيع ويحيى بن المبارك، وقاصر الدلالة لاشتماله على التردد الذي يصلح قرينة على الحمل على إرادة التمرين، ونصوص الخمس عشرة قد عرفت صراحة بعضها وظهور آخر في إرادة الاكمال، وصحة توجه الخطاب إلى المميزين لا تصلح دليلا للحكم بعد كون البلوغ شرطا آخر للتكليف غير العلم والقدرة، وكون أحوال البدن مرتبة على الأسابيع وجه استحساني محض لا سبيل إلى الاستناد إليه في الأحكام الشرعية.

ومنها: النصوص الدالة على حصول البلوغ بالثلاث عشرة: كموثق عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال (عليه السلام): إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم، الجارية مثل ذلك. الحديث (٢).

(١) الوسائل باب ٤٥ من أبواب الوصايا حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

وخبر عبد الله بن سنان - المروي بعدة طرق بعضها صحيح أو حسن وبعضها موثق مع اختلاف يسير في المتن - عنه (عليه السلام): الاحتلام - إلى أن قال: إذا أتت عليه ثلاث

عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات؟ وجاز أمره أن يكون سفيها أو ضعيفا (١).

ولكن الأول لا يدل على البلوغ، بل على خصوص وجوب الصلاة، ويؤيده ذكر جريان القلم في الاحتلام دون السن.

والثاني: وإن كان لا ينبغي المناقشة في سنه ولا في دلالة، إلا أنه معارض بالنصوص المتقدمة، ولموافقتها للشهرة التي هي أول المرجحات تقدم، هي، ومعها لا تصل النوبة إلى الترجيح بمخالفة العامة.

ومنها: نصوص عشر سنين المتفرقة في الأبواب الدالة على جواز وصيته وعتقه وصدفته كما في جملة (٢) منها، وقبول شهادته وجواز أمره كما في آخر (٣)، وصحة وقفه كما

في ثالث (٤)، ولكنها بأجمعها لا تصلح لمعارضة ما تقدم سيما وقد دلت النصوص الأخر (٥)

الواردة في الجلد والتزويج والطلاق المصرحة بعدم البلوغ ببلوغ عشر سنين، مع أن جواز وصيته وعتقه ووقفه وصدفته أعم من البلوغ، وما دل على جواز أمره مقطوع السند غير مروي عن المعصوم (عليه السلام)، وفي طريقه العبيدي عن يونس وفيه كلام.

(١) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا.

(٣) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٥) الوسائل باب ٩ من أبواب حد الزنا وباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

ومنها: ما دل على حصوله بثمان سنين: كموثق (١) الحسن بن راشد عن العسكري (عليه السلام): إذا بلغ الغلام ثمانين سنين فحائز أمره فيما له وقد وجب عليه الفرائض والحدود الحديث. ونحوه غيره وقد ظهر حالها مما مر. فتحصل: أن الأظهر حصول البلوغ في الذكر باكمال الخمس عشرة. المورد الثاني في الأنثى، فالمشهور بين الأصحاب: حصول البلوغ لها ببلوغ تسع سنين - أي اكمالها - وفي الجواهر: بل هو الذي استقر عليه المذهب خلافا للشيخ في صوم المبسوط، وابن حمزة في خمس الوسيلة فبالعشر، إلا أن الشيخ قد رجع عنه في كتاب الحجر ووافق المشهور، وكذا الثاني في كتاب النكاح منها. وتشهد به نصوص كثيرة: كصحيح الكناسي - أو حسنه - عن الإمام الباقر (عليه السلام): الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت. الحديث (٢). ونحوه حسنه الآخر - أو صحيحه - (٣) وموثقا ابن سنان والحسن بن راشد المتقدمان، ونحوها غيرها.

وليس بإزائها خبر سوى خبر غياث المتضمن لأنها لا توطأ لأقل من عشر سنين (٤) وهو - مضافا إلى ضعف سنده ومعارضته بالنصوص الكثيرة الدالة على أنها توطأ لتسع سنين (٥) - لا يكون نصا ولا ظاهرا في عدم البلوغ قبله، فلا اشكال في الحكم.

-
- (١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.
 - (٢) الوسائل باب ٦ من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.
 - (٣) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٩.
 - (٤) الوسائل باب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧.
 - (٥) الوسائل باب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧.

والثاني باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع أفعاله على الوجه الملائم.

لا خلاف في أن المعتبر من السنين القمرية دون الشمسية، لأن هذا هو المعهود من شرعنا، والمعروف عند العرب، وقد قال الله تعالى: (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات) (١) وقال سبحانه (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) (٢) وقال عز من قائل (٣) (هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نورا وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب). كما لا خلاف في أن الحمل والحيض ليسا بلوغا في حق النساء، أما الحيض فقد مر في محله أنه لا يكون قبل بلوغ تسع سنين، وأما الحمل فلا دليل عليه. نعم يكون هو دليلا على سبق البلوغ باعتبار سبق الانزال الذي قد عرفت سببته للبلوغ. اعتبار الرشد في رفع الحجر

الرابعة: (و) قد عرفت أن الوصف (الثاني) الذي يتوقف عليه رفع الحجر الرشد في المال، وأن الكتاب والسنة والاجماع تشهد بذلك. إنما الكلام فيما يعلم به الرشد، قال في المتن: أنه يعلم (باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع أفعاله على الوجه الملائم)، وفي المسالك: ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال وتمنع من افساده وصرفه في الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.

(١) سورة التوبة آية ٣٦.

(٢) سورة البقرة آية ١٨٩.

(٣) سورة يونس آية ٦.

ولا يزول الحجر مع فقد أحدهما وإن طعن في السن ويثبت في الرجال بشهادة أمثالهم وفي النساء بشهادتهن؟ أو بشهادة الرجال الثاني الجنون ولا يصح تصرف المجنون إلا في أوقات إفاقته

ولقد أطلوا البحث في ذلك، مع أنه من المفاهيم العرفية الواضحة عندهم، والذي يراه أهل العرف رشدا هو كونه بحيث إذا أراد أن يعامل يكون حافظا لما له ولا يصرفه في الأغراض الفاسدة، ولا يكون مبذرا وغير مبال به، وهذا هو مراد المصنف ره وغيره ممن عبر باصلاح ماله، وليس معنى الملكة إلا ذلك، فايراد الشهيد الثاني في غير محله.

وكيف كان: فالأمر أوضح من أن يطال الكلام فيه، كما أن عدم اعتبار العدالة فيه من الواضحات، وفي الجواهر: بل يمكن دعوى كونه ضروريا يشك في اسلام منكره.

(و) قد ظهر مما قدمناه: أنه (لا يزول الحجر مع فقد أحدهما) أي أحد الوصفين البلوغ والرشد، فغير الرشيد لا يدفع إليه ماله (وإن طعن في السن). الخامسة: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (يثبت) الرشد (في الرجال بشهادة أمثالهم، وفي النساء بشهادتهن أو بشهادة الرجال). أما الثبوت بشهادة الرجال: فلا طلاق الأدلة، وأما ثبوته في النساء بشهادتهن: فللا جماع المدعى في المقام، وسيأتي في كتاب الشهادات أن ذلك مقتضى الأدلة أيضا. الثاني من أسباب الحجر: (الجنون، ولا يصح تصرف المجنون إلا في أوقات إفاقته).

وفي الحدائق: ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل، والنقل. انتهى. وحديث رفع القلم (١) شاهد به، وكذا نصوص آخر تقدم بعضها.

(١) راجع ص ٩٥.

- الثالث السفه ويحجر عليه في ماله خاصة - الرابع الملك، فلا ينفذ تصرف المملوك بدون إذن مولاه، ولو ملكه شيئاً لم يملكه على الأصح. الخامس المريض تمضي وصيته في الثلث خاصة ومجزاته المتبرع بها كذلك.

الثالث: (السفه، ويحجر عليه في ماله خاصة).

وفي الجواهر: الضابط المنع من التصرفات المالية بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل عن مجمع البرهان دعواه وجه المنع الآية المتقدمة، وجملة من النصوص، ووجه عدم المنع في غيرها اطلاق أدلة تلك التصرفات بعد اختصاص دليل المنع بالتصرف المالي، والكلام في بعض التصرفات كالخلع أنه تصرف ممنوع عنه لكونه مالياً، أو غير ممنوع عنه موكول إلى محله. الرابع من أسباب الحجر: (الملك، فلا ينفذ تصرف المملوك بدون إذن مولاه، ولو ملكه شيئاً لم يملكه على الأصح).

(الخامس: المرض وتمضي وصيته) أي المريض كالصحيح (في الثلث خاصة) اجماعاً، وسيأتي الكلام فيه في الوصية. منجزات المريض تخرج من أصل المال

(و) إنما الكلام في المقام في (منجزاته المتبرع بها كذلك) في أنها من الأصل أو الثلث، ومحل النزاع التبرعات، فالمعاوضات حتى ما كان منها من قبيل البيع بأقل من ثمن المثل خارجة عن محل الكلام، والمراد بالمنجزة المعجلة في حال الحياة كالهبّة والعتق وما شاكل، وفيه قولان:

١ - إنها من الأصل، ذهب إليه جماعة من المتقدمين: كالكليني، والصدوق،

والشيخين، والسيدتين، والقاضي، وبنو إدريس، والبراج، وسعيد، وغيرهم، وجماعة من المتأخرين.

وعن كشف الرموز: نسبتته إلى الأكثر، وفي الرياض أنه المشهور بين القدماء ظاهراً، بل لعله لا شبهة فيه، بل ادعى السيدان في بحث الهبة أن عليه اجماع الإمامية وجعله في السرائر الأظهر في المذهب مشعراً بالشهرة عليه لا أقل.

٢ - ما عن الإسكافي، والصدوق في أحد قوليه، وأبي علي، والشيخ في المبسوط، والمصنف ره، والشهيدتين والكركي: أنه كما تخرج الوصية من الثلث، وكذلك التبرعات المنجزة، وفي المسالك: واختاره عامة المتأخرين ومنهم المصنف.

ومنشأ الاختلاف: اختلاف النصوص، ومعها لا يصغى إلى ما استدل به للأول: بأنه مالك تصرف في ماله فكان ماضياً، وباستصحاب الصحة، وأصالة الجواز، وبأنه لولا صحتها لما لزمته بالبرة، والتالي باطل، فكذا المقدم.

ولا إلى ما استدل به للثاني من الوجوه الاستحسانية، فالمتعين هو ملاحظة النصوص، ولا بد أولاً من نقل ما استدل به لكل من القولين، فإن تم دلالة كل من الطائفتين على ما استدل بها له وسندها، ولم يمكن الجمع العرفي بينهما بحمل المطلق على المقيد أو الظاهر على النص - يلاحظ ما تقتضيه أخبار الترجيح.

أما النصوص الدالة على أنها من الأصل فكثيرة، لاحظ حسن أبي شعيب المحامل - أو صحيحه - عن أبي عبد الله (عليه السلام): الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه (١).

وما في الجواهر من أنه ليس صريحاً في شمول الأحقية للتنجيز، فيمكن حمله

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الوصايا حديث ٨.

على غيره، بل محتمل لإرادة الثلث خصوصا إذا قرأ بفتح اللام، ويندفع بظهوره في ذلك.

وموثق الساباطي عنه (عليه السلام): الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال بعدي فليس له إلا الثلث (١).

وموثقه الآخر: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز (٢).

وخبره الثالث عنه (عليه السلام): صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء (٣).

موثقه الرابع عنه (عليه السلام) أيضا: الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، قال (عليه السلام): نعم فإن أوصى به فليس له إلا الثلث (٤).

وموثقه الخامس عنه (عليه السلام) في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه فقال (عليه السلام): إذا أبانه جاز (٥).

والايراد عليها بأن عمار فاسد الرأي في غير محله بعد كونه ثقة.

كما أن الايراد عليها بأنه يمكن أن يكون اللام مفتوحة فلا تدل على أن أي مقدار من المال له فبقريئة غيرها يقال إنه الثلث، غير تام، إذ مضافا إلى أنه خلاف الظاهر، وإلى أنه تكون هذه الأخبار حينئذ مجملة لعدم بيان ماله حينئذ وهو ينافي مع

- (١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٢.
- (٢) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٩.
- (٣) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.
- (٤) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٧.
- (٥) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٠.

كونه في مقام البيان، يدفعه قوله: إذا أبانه جاز، وفي آخر بعد الحكم بجواز الإبانة: فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، فإنه بقرينة التفصيل القاطع للشركة كالصريح في ن له بالنسبة إلى الإبانة أزيد من الثلث، مع أنه لا شبهة في أن تمام المال له ما دام حيا، وإنما الكلام في نفوذ تصرفاته التبرعية، فعلى تقدير فتح اللام أيضا تدل على المطلوب، وأما عدم العمل باطلاق موثقه الثاني فلا يضر بالعمل به في غير ما خرج وهو الوصية بالثلث، ولا بغيره من الأخبار، وعليه فلا يضر ما في بعض نسخ الأول منها، فإن تعدى فليس له إلا الثلث، مع أنه على هذه النسخة لم تتم نظام الكلام، فإنه على القول الآخر ليس له إلا الثلث تعدى أم لم يتعد.

وخبر سماعة عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال (عليه السلام): هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت (١).

ونحوه خبر أبي بصير، وزاد: إن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيا، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعول به ولا يضر بورثته (٢) وهما من حيث السند والدلالة كلام فيهما.

ومرسل مرآزم عنه (عليه السلام) في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال (عليه السلام): إن أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث (٣). وهو بقرينة

-
- (١) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

التفصيل صريح في المطلوب.
ومرسل الكليني عن النبي صلى الله عليه وآله أنه عاب رجلا من الأنصار أعتق مماليكه لم يكن له غيرهم وقال (عليه السلام): ترك صببية صغارا يتكففون الناس (١). بل رواه الصدوق مسندا إلى جعفر بن محمد عليهما السلام.
فالمتحصل من هذه النصوص المعتبرة، إن التبرعات المنجزة تخرج من الأصل، وجملة منها كالصريحة في ذلك.
وبذلك ظهر ما في المسالك قال: وعليه شواهد من الأخبار، إلا أن في طريقها عمار أو سماعة وهما فاسد الرأي ولكنهما ثقتان، إذ مضافا إلى عدم كونهما في طريق جميع

الروايات، أنه مع الاعتراف بكونهما ثقتين لا يبقى مجال للمناقشة.
وأما النصوص التي استدل بها على الخروج من الثلث فهي أيضا كثيرة، لاحظ صحيح يعقوب بن شعيب: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يموت ماله من ماله فقال (عليه السلام): له ثلث ماله وللمرأة أيضا (٢). ونحوه خبر أبي بصير (٣).
وخبر عبد الله بن سنان عن مولانا الصادق (عليه السلام): للرجل عند موته ثلث ماله، وإن لم يوص فليس على الورثة امضائه (٤).
وصحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن (عليه السلام) ما للرجل من ماله عند موته؟ قال (عليه السلام): الثلث والثلث كثيرة (٥).

-
- (١) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٩.
 - (٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.
 - (٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٤) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٧.
 - (٥) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨.

وخبر العلافى الامراة التى استودعت مالا عن الصادق (عليه السلام): فإنما لها من مالها ثلثه (١). بهذا المضمون روايات أخر.
والجواب عن الجميع: إنها مختصة بالوصية، وذلك فإن المسؤول عنه ماله من ماله من حين الموت، ومعنى ذلك أن يتصرف فيه من ذلك الوقت، وليس هو إلا الوصية، ويعضد ذلك أنه لا خلاف ولا اشكال في أن المال جميعه له إلى حين الموت، وإنما الخلاف في منعه عن التصرف وعدمه ومن ما بعد الموت ليس له إلا ثلث ماله، وهذا من الوضوح بمكان، ومع الاغماض عنه فدلالته إنما هي بالاطلاق، فيقيد بالنصوص المتقدمة فتختص بالوصية.

وخبر علي بن عقبة عن مولانا الصادق (عليه السلام) في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال (عليه السلام): ما يعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي (٢). ونحوه خبر عقبة بن خالد (٣).

ويرد على الاستدلال بهما: أنهما ليسا في العتق منجزا في حال المرض، وليس المسؤول عنه صحة عتقه في جميع العبد، بل المفروض فيهما عدم صحته إلا في الثلث، وإنما السؤال عن حكم الثلثين الآخرين من جهة أن المعتق لبعض العبد إذا لم يكن ميتا وكان موسرا يكلف بأن يعتق الباقي وإن كان معسرا يستسعى العبد في الباقي، فلا ربط لهما بما هو محل الكلام.
وخبر أبي بصير عنه (عليه السلام): إن أعتق رجل عند موته خادما له ثم

-
- (١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.
(٣) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٣.

أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتقت الجارية من ثلثه إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية (١).
وفيه: إن المسؤول عنه تعاقب الوصيتين إحداهما بالعتق، كما يشير إليه قوله (بوصية أخرى فلا ربط له بمحل الكلام).
وخبر أبي ولاد عنه (عليه السلام) عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال (عليه السلام): بل تهبه له، فتجوز هبتها ويحتسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً (٢). وقريب منه خبر سماعة (٣).
وفيه مضافاً إلى ضعف السند: إن مضمونهما لم يقل به أحد، لأن الإبراء مما في الذمة صحيح بالاجماع دون هبته، والحكم فيهما بالعكس، فكيف يستند إلى هذين الخبرين المقلوبين الحكم والضعيفي السند.
وخبر جراح المدائني عنه (عليه السلام) عن عطية الوالد لولده بيينة قال (عليه السلام): إذا أعطاه في صحته جاز (٤). ونحوه خبر سماعة (٥). وقريب منهما صحيح الحلبي - في إبراء المرأة من الصداق (٦).
ولكنها تدل على اعتبار الصحة في هبة الوالد لولده، وإبراء المرأة من الصداق، ولا تختص بمرض الموت، ولا بما زاد على الثلث، فهي غير مربوطة بالمقام.

-
- (١) الوسائل باب ٦٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.
 - (٢) الوسائل باب ١١ من أبواب من أبواب كتاب الوصايا حديث ١١.
 - (٣) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٦.
 - (٤) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٤.
 - (٥) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١١.
 - (٦) الوسائل باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٥.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر من الثلث قال (عليه السلام): يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي بدعوى أن الظاهر إرادة كون مجموع التنجيز والوصية أكثر من الثلث، فأجابه (عليه السلام) بمضي العتق وأن النقصان الذي في الثلث يكون في الوصية (١).

ويرده: أنه ليس فيه ما يشهد بإرادة كون المجموع أكثر الأفراد لفظ كان، بل الظاهر منه إرادة كون ما أوصى به أكثر من الثلث.

وبه يظهر الحال في حسنه الآخر (٢) قريب من هذا المضمون، وقد استدل بعضهم بهما للقول الأول حتى ادعى صراحة الثاني منهما، وقال: إنه غير قابل للتأويل. وموثق الحسن بن الجهم عن أبي الحسن (عليه السلام) في رجل أعتق مملوكا وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمه ستمائة وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئا غيره قال (عليه السلام): يعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم، وتقضى عنه ثلاثمائة درهم وله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع (٣). وفيه: أولا: أنه ظاهر في الوصية لا التنجيز بقريضة التعليل، إذ لو كان؟ المراد منه التنجيز كان المتعين التعليل بأنه وإن كان جميع العبد له، إلا أنه ممنوع عن التصرف في غير سدسه، لا التعليل بأنه ليس له إلا السدس والتعبير عن الوصية بالعتق لكونه سببه القوي بواسطة الوصية.

(١) الوسائل باب ٦٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٣٩ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

وثانيا: ما في المسالك، قال: إن الرواية واردة في العتق، فلا يلزم تعدي الحكم منه إلى غيره.

ودعوى أولوية غيره ممنوعة، بل هو قياس، وبنائه على التغليب لا يدل على المطلوب وعدم القائل باختصاصه بالحكم على تقدير تسليمه لا يجوز قياس غيره عليه.

وثالثا: أنه لم يفرض فيه المرض وبما ذكرناه في هذا في هذا الموثق يظهر الجواب عن صحيح (١) ابن الحجاج الطويل، وصحيح جميل عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه وإلا لم يجز (٢). وظاهر الخبر أنه إن كان قيمة العبد مثلي الدين جاز وإلا لم يجز، ولا يظهر لي وجه دلالة على أن العتق المنجز قبل الموت يصح في الثلث دون الزائد عليه، وهناك روايات أخر قريبة من ما ذكره.

فتحصل: أنه لا دليل على القول بأن المنجزات تخرج من الثلث، وعلى فرض التنزل وتسليم دلالة بعض ما مر عليه بالاطلاق يقيد اطلاقه بما مر ويختص بالوصية، وعلى فرض تسليم دلالة ما مر على كونها من الثلث وعدم قابلية حمله على الوصية يقع التعارض بين النصوص، والترجيح للأخبار الأولى للشهرة بين القدماء التي هي أول المرجحات، فالأظهر أنها من الأصل كان ذلك في مرض الموت أو غيره. وعلى فرض التنزل وتسليم كونها من الثلث لا اشكال في اختصاص ذلك بما (إذا مات في مرضه) فلو تبرع منجزا في حال المرض بما يزيد على الثلث ثم برأ

(١) الوسائل باب ٣٩ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٣٩ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٦.

من مرضه صح تبرعه ولا يتوقف على إذن الورثة، وإن مات بعد بمرض آخر أو بغير مرض بلا خلاف فيه بل عليه الاجماع لا صالة عدم الخروج من الأصل إلا ما دل عليه الدليل.

وبه يظهر أن الميزان في المرض هو الذي يصدق عليه عرفا أنه حضره الموت وأتاه ونحو ذلك وإن بقي أيا ما كما أفاده صاحب الجواهر لاختصاص نصوصه بذلك، وليس المدار على المرض المخوف كي يبحث في الطريق إلى معرفة المخوف لعدم أخذه في شئ من الأخبار.

ولو شك في مورد أنه هل يصدق العنوان المأخوذ موضوعا أم لا، يحكم بكونه من الأصل، لأنه الأصل الثابت بما دل على تسلط الانسان على ماله (١)، خرج عنه عنوان صدقه مشكوك فيه من جهة عدم تمييز مفهومه، وفي مثله يتمسك بعموم العام. ولا يخفى أن المأخوذ في الروايات هو العطية والابراء والعق، وإنما يتعدى عنها إلى غيرها من المنجزات بعدم القول بالفصل، وعليه فيتعين الاقتصار على المتفق عليه، وهو ما جعله ضابطا له في المسالك، قال: ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض، ولكن مع ذلك تبقى موارد مشكوك فيها كالصدقة المندوبة المراد بها السلامة وأما تزويج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل فليس منها قطعا، وكذا الإجارة بأقل من ثمن المثل.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٥٢ الطبع الحديث.

السادس الفلوس ويحجر عليه بشروط أربعة ثبوت ديونه عند الحاكم وحلولها وقصور أمواله عنها

الفلوس من أسباب الحجر

(السادس) من أسباب الحجر والمنع عن التصرف: (الفلوس) وهو قصور المال عن الوفاء بالدين، وفي محكي القواعد: المفلس من عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له، بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع.

وفي المسالك: نسبة هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء وعليه فيكون المفلس ذلك وإن لم يحجر عليه، وإنما يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس، من باب اطلاق اسم السبب على، فيجتمع الفلوس والصغر.

(و) كيف كان: فإنما (يحجر عليه) أي على المفلس (بشروط أربعة)، وعن القواعد والتذكرة: بشروط خمسة، بزيادة المديونية، لكنها ترجع إلى الأول وهو (ثبوت ديونه عند الحاكم) الذي يريد أن يحجره لأصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، ولأن الحجر إنما يقع من الحاكم، فمع عدم ثبوت الموضوع عنده ليس له الحجر.

(و) الثاني من الشروط: (حلولها) أي حلول الديون، لأنه لا يستحق الديان المطالبة مع عدم الحلول، فلعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ويسهل له الوفاء عند استحقاق المطالبة.

(و) الثالث: (قصور أمواله) من عروض ومنافع وديون غير المستثنيات في الدين (عنها) أي عن الديون، وإن لم تكن قاصرة فلا حجر اجماعا كما عن جامع المقاصد وعند علمائنا أجمع كما في المسالك، بل يطالب بالديون، فإن قضاها وإلا أجبره الحاكم بالقضاء، وإن لم يقض تخير الحاكم مع طلب أربابها بين أن يحبسه إلى أن يقضي

ومطالبة أربابها الحجر وإذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله ما دام الحجر

المال، وبين أن يبيع متاعه ويقضي به الديون - كما في الممتنع عن أداء الدين - ولا يمنع في هذه الحال من التصرف في أمواله، فلو تصرف فيها قبل وفاء الحاكم نفذ تصرفه وإن كان باخراجه عن ملكه، وينتقل حكمه حينئذ إلى حكم من ليس عنده مال، والمراد بأمواله القاصرة؟ ما يشمل الأموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته، لأنها ملكه الآن وإن كان لأربابها الرجوع فيها، كما لهم المطالبة بالعوض، وكما يحتسب تلك من أمواله كذلك يحتسب أعواضها من ديونه.

(و) الرابع: (مطالبة أربابها الحجر) إذا لحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم طلبهم ذلك إلا أن تكون الديون لمن له الولاية عليه كاليتيم والمجنون وما شاكل. ولو طالب هو الحجر دون أرباب الدين فعن التذكرة: أنه يحجر عليه، لأن فيه مصلحة له ببراءة ذمته، فكما يجاب الغرماء في ملتسمهم حفظا لحقوقهم يجاب هو أيضا ليسلم من حق الغرماء ومن الإثم بترك وفاء الدين.

ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه حجر على معاذ بالتماسه خاصة (١).

ولكن الأول وجه اعتباري لا يصلح مستندا للحكم الشرعي، الثاني ضعيف السند، فالأظهر أنه لا يحجر عليه للأصل السالم عن المعارض.

المفلس إذا حجر عليه يمنع من التصرف في ماله

(وإذا) اجتمعت الشروط و (وحجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله دام الحجر) باقيا بلا خلاف يعتد به في ذلك، ونخبة القول فيه تقتضي البحث في أمور:

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٢.

١ - مع اجتماع الشروط هل للحاكم الشرعي حجره من التصرف في ماله فيبطل تصرفه فيه حينئذ أم ليس له ذلك؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، بل لم ينقل الخلاف عن أحد سوى صاحب الحدائق ره، فإنه استشكل فيه، بل حكم بأنه ليس للحاكم أن يحجره.

ويمكن أن يستدل للمشهور بوجوه: منها: الاجماع عليه قديما وحديثا، فإن تم ما أفاده المحدث البحراني من عدم ظهور شيء من الروايات في ذلك كان الاجماع المذكور حجة قطعا.

ومنها: أنه لا ريب في أن ذلك من وظائف قضاة الجور وحكامهم لما نرى ونسمع أنهم يحجرون المفلس عن التصرف في ماله، وقد دلت النصوص (١) المتضمنة لجعله (عليه السلام)، حاكم الشرع حاكما وقاضيا على أن له جميع ما لحكام الجور من الوظائف والمناصب، ومنها هذه الوظيفة وهذا المنصب.

ومنها: النصوص الخاصة، لاحظ خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: إن عليا (عليه السلام) كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله. الحديث (٢).

وتقريب الاستدلال به من وجهين - أحدهما: قوله يفلس الرجل إذ لا معنى معقول له إلا الحجر عليه.

ثانيهما: قوله ثم يأمر به فيقسم ماله فإنه ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف في ماله على وجه يخرج عن ملكه، بل لعله المراد من الحبس في خبر الأصبغ

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي من كتاب القضاء.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

بن نبأة عن أمير المؤمنين (عليه السلام): إنه قضى (عليه السلام) في الرجل يلتوي على غرمائه أنه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فقسمه بينهم (١). فإن قوله بالحصص قرينة على كونه مفلساً، وأمره بتقسيمه بنفسه قرينة على إرادة المنع من التصرف من قول هان يحبس لا السجن، ومثله موثق عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) (٢)، فلا ينبغي التوقف في أن للحاكم ذلك.

٢ - إذا حجر عليه الحاكم يمنع من التصرف في المال الموجود في حال الحجر، سواء كان بعوض أو غيره على المشهور، وعن ظاهر الخلاف والغنية: الاجماع على منعه من التصرف بما له يبطل به حق الغرماء.

والوجه فيه: إن الحجر إنما هو لحفظ المال للغرماء، فحق الغرماء متعلق به، فليس له التصرف فيه بوجه، مع أنه إذا كان له تسلط على المال بوجه خيف عليه منه، نعم لا وجه لمنعه من التصرف الذي لا يكون تصرفاً في المال كالنكاح والطلاق والقصاص والعفو عنه وما شاكل مما ليس تصرفاً في المال، ولا التصرف المحصل للمال كالاختطاب والاصطياد، وأولى منهما الاتهاب والشراء بثمن في الذمة والقرض ونحوها، وهل تصرفه الممنوع عنه حينئذ كتصرف الراهن موقوف على إجازة الغرماء فيصح مع الإجازة، أم يكون باطلاً رأساً؟ وجهان بل قولان، أظهرهما الأول للعمومات السليمة عن المخصص، لأن المتيقن من ما يستفاد من أدلة المنع من التصرف هو الاستقلال، مع أنه يمكن أن يقال باستفادة الصحة مع الإجازة من عموم التعليق

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر؟ حديث ١.

فلو اقترض بعده أو اشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبائع الغرماء

الوارد في النصوص (١) المبينة لحكم نكاح العبد بدون إذن سيده بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز، إذ المستفاد منها أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يصح بحصول الرضا وإجازة صاحب الحق.

وعلى الجملة: فالمنع حيث يكون لحق الغرماء، ولهم الإذن في التصرف، فلهم أن يجيزوا العقد الذي أوقعه، بناء على ما هو الحق من كون صحة الفضولي على القاعدة.

٣ - (فلو اقترض بعده) أي بعد الحجر (أو اشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبائع الغرماء) إذا كان عالماً بحاله اتفاقاً كما في المسالك، له ولاقدامه على دينه حيث علم اعساره وتعلق حق الغرماء بأمواله، وأما إن كان جاهلاً فعن المصنف والمحقق والشهيدين والكركي أنه كذلك، وقيل: إنه يجوز له فسخه واختصاصه بعين ماله، وقيل: إنه يضرب مع الغرماء.

وجه الأول: تعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر بأمواله وإن كانت متجددة بناء على تعلق الحجر بالمتجدد من ماله.

وجه الثاني: عموم قوله (عليه السلام) كما في الخبر الآتي: صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه.

وجه الثالث: إن له حقاً ثابتاً في الذمة، فهو غريم، فيضرب به كسائر الغرماء، وأنه قد أدخل في مقابل الثمن ما لا فيضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعة على الغرماء. ولكن تعلق حق الغرماء بالمال المتجدد بدون تجديد الحجر عليه، ففي غاية الاشكال، للأصل بعد عدم اطلاق أو عموم شامل له، بل المتجه عدم التعلق كما عن فخر المحققين، كما أن المتجه عدم تعلق حق الغريم الجديد بالمال المحجور عليه، لأنه

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

ولو أتلف مال غيره شارك صاحبه وكذا لو أقر بدين سابق

بعد الحكم بتعين صرفه في قضاء ديون الموجودين تبدل الحكم بشركة الحديد معهم المستلزم للضرر عليهم خلاف الأصل يحتاج إلى دليل، وعلى ذلك فيتجه القول الثاني لا للعموم المذكور فإنه في المال المحجور عليه، بل لأنه إذا كان عوضه حالا ولم يسلم المشتري يكون البائع له بالخيار، وبه يظهر أنه لو كان مؤجلا أو كان قرضا لا حق له أيضا فيه قبل حلول الأجل. وبما ذكرناه يظهر ما في وجهي الثالث.

٤ - (ولو أتلف مال غيره شارك صاحبه) مع الغرماء كما في المتن، وعن القواعد وجامع المقاصد والمسالك.

واستدلوا له: بعموم الخبر الدال على الضرب، وبأن الثابت هنا من المال بغير رضا صاحبه. ولكن لم أعثر على خير يدل على الضرب شامل للفرض، وثبوت مال في الذمة بغير رضا صاحبه. لا يقتضي مشاركته مع الغرماء. فالأظهر ما عن الأردبيلي من عدم المشاركة، وقواه صاحب الجواهر ره، بل حاله حال من أتلف مال الغير ولا مال له.

مشاركة المقر له بالدين السابق مع الغرماء

٥ - ولو أقر بدين سابق صح لما دل على جواز اقرار العقلاء على أنفسهم (١). وهل يشارك المقر له مع الغرماء كما في المتن حيث قال: (وكذا لو أقر بدين سابق) بعد حكمه بمشاركة من أتلف ماله معهم، وهو المحكي عن الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التذكرة والتحرير، أم لا يشاركهم كما عن الإرشاد

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الاقرار.

ولو أقر بعين قيل تدفع إلى المقر له وله إجازة بيع الخيار وفسخه

ويترتب عليه مشاركته معهم.

قلنا: إنه لم يدل دليل على حجية الأمانة في مثبتاتها مطلقاً، وإنما بنينا عليها مع اجتماع القيدتين: أحدهما: كون الأمانة حاكية عن اللوازم الملزومات كما في الخبر. ثانيهما: إطلاق دليل الحجية، ومع فقد أحد القيدتين لا تكون الأمانة حجة في مثبتاتها.

وفي المقام القيد الأول وإن كان موجوداً، إلا أن الثاني مفقود، فإن دليل حجية الاقرار مختص بما يكون عليه، ولا نظر له إلى الجهات الأخرى، وعليه فلا يثبت به كون المقر له من الغرماء حين الحجر كي يشمل ما دل على مشاركة الغرماء في المال، وظهور حال الانسان في عدم الاقرار بدين مع عدمه ممنوع في المقام، وعلى فرضه لا دليل على حجية هذا الظهور ما لم يفد الاطمئنان، كما أن مجرد انتفاء التهمة لا يكفي مع أنه ممنوع.

فالمتحصل مما ذكرناه: إنه لو كان المقر ثقة يشترك المقر له مع الغرماء وإلا فلا.

(و) بذلك ظهر حكم ما (لو أقر بعين) فإنه إن كان أخبار المقر واجداً لشرائط لحجية بأن كان المقر ثقة كما (قيل تدفع) العين (إلى المقر له) وإلا فلا، وفي المسالك: واعلم أن جملة الأقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة، وهي أربعة: نفي نفوذه فيهما - وثبوته في العين دون الدين - ذهب إليه ابن إدريس - وبالعكس - وهو ظاهر المصنف في الكتاب وإن كان بعد ذلك تردد وقد عرفت أن ما اخترناه وقويناه قول خامس في المسألة.

(و) مما قدمناه يظهر أن (له إجازة بيع الخيار وفسخه) لأن هذا التصرف أثر

ومن وجد عين ماله كان له أخذها

أمر سابق على الحجر فلا يمنع منه، كما أنه ظهر أن ما اشترطه المصنف ره من اعتبار الغبطة في الرد بالعيب السابق في غير محله.

اختصاص الغريم بعين ماله

(و) المعروف بين الأصحاب أن (من وجد) من الغرماء (عين ماله كان له أخذها) دون نمائها وإن لم يكن سواها إن كان المديون حيا، بل لم ينقل الخلاف إلا عن الشيخ ره في التهذيب والاستبصار والنهاية والمبسوط، فخص الاختصاص بما إذا كان وفاء بتحدد مال آخر للمفلس بإرث أو اكتساب أو تكون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمته الدين المتعلق بمتاع واجده، فإذا خرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله صارت وافية بالديون، أو بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك بحيث لا ينافي القصور الذي هو شرط الفلاس.

ويشهد للمشهور - مضافا إلى النبوي المروي كتب الفروع: إذا أفلس الرجل ووجد سلعته فهو أحق بها ونحوه غيره - اطلاق صحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن (عليه السلام): لا يحاصه الغرماء (١).

وصحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال (عليه السلام): إذا كان المتاع قائما بعينه رد إلى صاحب المتاع، وقال: ليس

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الحجر حديث ٢.

للغرماء أن يحاصوه (١). فتأمل فإن هذا الخبر غير ما نحن فيه، إذ هو في الميت، وسيأتي الكلام فيه، فالعمدة هو الصحيح الأول.

واستدل لما ذهب إليه الشيخ: بصحيح أبي ولاد عنه (عليه السلام) عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله وأصاب البائع متاعه، له أن يأخذه إذا حقق له؟ فقال (عليه السلام): إن كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه أن حقق له، فإن ذلك حلال حلال، ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته، ولا سبيل له على المتاع (٢). والمراد بالنحو هنا المثل، بمعنى أن تكون تركته قدر ما عليه فصاعداً بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور. ولكنه مختص بالميت، وعدم الفصل بينه وبين الحي غير ثابت، بل خلافه يناسب، إذ مضافاً إلى فتوى الأصحاب يمكن أن يقال: إن الميت لا تبقى له ذمة، فلا يناسب الاختصاص إلا مع ذلك باكتساب مال ونحوه، فما عن المشهور أظهر.

ثم إن تمام الكلام بالبحث في جهات:

الأولى: إنه ليس في النصوص سوى أحقيته بماله ورده إليه وأنه ليس للغرماء أن يحاصوه، ولا يدل ذلك على أن له الفسخ، اللهم إلا أن يقال بقريئة فهم الأصحاب أن المتفاهم عرفان من أخذ عين ماله أن له الفسخ.

الثانية: أنه لا اختصاص له بنماء ماله، فإنه للمديون، لكونه نماء ماله، والنص دل على اختصاصه بعين ماله، فالنماء حكمه حكم سائر أمواله.

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الحجر حديث ٣.

ولو خلطها بالمساوي وإلا دون وإن لم يكن سواها دون نمائها والضرب مع
الغرماء ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة ويخرج الحب والبض
بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص وللشفيح أخذ الشقص ويضرب
البائع مع الغرماء

اليد عن عموم ما دل على لزوم العقد، لأن اطلاق المقيد مقدم على اطلاق المطلق.
فالأظهر أنه على نحو التراخي، والله أعلم. الخامسة.

(ولو خلطها بالمساوي) كما لو اشترى زيتا فخلطه بمثله (والأدون) فله عين
ماله (وإن لم يكن سواها دون نمائها) لوجود عين ماله فيقسم حينئذ بينه وبين المفلس،
وإلا بأن خلطها بما هو أجود منها فعن الشيخ (و) في المتن (الضرب مع الغرماء)،
واستدل له: بأنها حينئذ كالتالفة بالاختلاط وعدم التمكن من القسمة للاضرار
بالمفلس، ويرده: إن عين ماله موجودة على الفرض، فله فسخ عقده بمقتضى اطلاق
النص، فيشترك مع المفلس، فتجري حينئذ قاعدة الشركة، وبعد تشخيص حقه عينا
أو قيمة يأخذ ماله.

السادسة: (ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة) وإنما له
الاختصاص إذا ترك الميت نحو مما عليه، فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها، لما مر
من أن ذلك مقتضى الجمع بين صحيح أبي ولا ومرسل جميل، ثم إن مقتضى اطلاقهما
عدم الفرق في هذا الحكم بين أن يموت المديون محجورا عليه أم لا، وأن الموت بمنزلة
الحجر.

السابعة: (ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص)
لاستحالة ماله في ملك المشتري، فلا تكون عين ماله قائمة.

الثامنة: (و) لو باع شقصا وفلس المشتري، كان (للشفيح أخذ الشقص
ويضرب البائع مع الغرماء) فهذا هنا فرعان:

مسائل الأولى لو أفلس بثمن أم الولد بيعت أو أخذها البائع الثانية لا تحل مطالبة المعسر

أحدهما: أنه يقدم حق الشفيع على البائع، ووجهه أسبقية حقه من حق البائع، لأن حقه ثبت بالبيع، وحق البائع يثبت بالحجر. وإن شئت قلت: إن غاية ما يدل عليه النص أنه ليس للغرماء محاصة البائع مع بقاء العين، ودليل الشفعة يدل على أن للشفيع عدم ابقاء العين، فيكون دليلها صالحا لرفع موضوع هذه النصوص فيقدم. الثاني: إنه لا اختصاص للبائع بالثمن، بل يكون فيه أسوة مع الغرماء، ووجهه ظاهر فإن الثمن ليس عين ماله.

عدم جواز مطالبة المعسر

(مسائل: الأولى: لو أفلس بثمن أم الولد بيعت أو أخذها البائع. الثانية:

لا تحل مطالبة المعسر) بل ينظر إلى ميسرة، بلا خلاف في الجملة.

ويشهد به من الكتاب: قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى

ميسرة) (١). ومن السنة نصوص كثيرة، لاحظ الخبر المتضمن لو وصية الإمام الصادق

(عليه السلام) الطويلة: إياكم واعسار أحد من إخوانكم المسلمين أن تعسروه بشئ

يكون لكم قبله وهو معسر، فإن أبانا رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول: ليس

لمسلم أن يعسر مسلما، ومن أنظر معسرا أظله الله يوم القيامة بظله يوم لا ظل

إلا ظله (٢).

ومرسل ابن سنان عن النبي صلى الله عليه وآله: لا يحل لغريمك أن يمطلك

(١) سورة البقرة آية ٢٨١.

(٢) الوسائل باب ٢٥ من أبواب الدين والقرض حديث ١.

وهو موسر، فكذلك لا يحل لك أن تعسره إذا علمت أنه معسر (١). ونحوهما غيرهما. إنما الكلام (و) الخلاف في أنه إن كان قادرا على كسب المال فهل (لا) يكون له (إلزامه بالتكسب) كما هو المشهور بين الأصحاب بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات وعللوا به عدم وجوب قبول الهبة ونحوها، أم يجوز إلزامه به كما عن جماعة من المتأخرين، أم يجوز مؤاجرتة خاصة كما عن ابن حمزة ومال إليه في محكي المختلف واختاره الشهيد، وفي الجواهر: فالانصاف أن كلمات الأصحاب لا يمكن جمعها على معنى واحد، بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها أربعة أقوال أو خمسة. وقد استدلل لما هو المشهور من عدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف: بالأصل، وظاهر الآية الشريفة، والأخبار وهي ما مر، وخبر غياث عن مولانا الصادق (عليه السلام): إن عليا (عليه السلام) كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبله حق يستفيد مالا (٢). ولكن الأصل لا يرجع إليه بعد الأمر بقضاء الدين، فإنه إن وجب وجبت مقدمته، وأما الآية الكريمة فهي تدل على وجوب الانظار إلى الميسرة وأما أن تحصيلها واجب أو غير واجب فهي ساكتة عنه وبه يظهر حال الأخبار، بل لو قيل بظهورها في وجوب التكسب بجعل حتى فيها تعليلية لم يكن بعيدا. والأظهر وجوب التكسب عليه، ويشهد به - مضافا إلى أنه مع تمكنه من الاكتساب يكون قادرا على أداء الدين فيجب عليه مقدمة له - خبر السكوني روى عن الإمام الصادق (عليه السلام): إن عليا (عليه السلام) كان يحبس في الدين ثم ينظر،

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب الدين القرض حديث ٢.
الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم وآجروه وإن شئتم استعملوه (١).
وإن كان فيه اشكال من جهة ما عن الحلبي من أنه مخالف لأصول مذهبنا ومحكم التنزيل، ولعل نظره الشريف إلى أن الأمر في الآية بالأنظار، وكذا في الخبر ينافي استعماله في الدين ومؤاجرته، وكذا تخلية السبيل التي في خبر غياث.
نعم لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (لا) يلزم (بيع دار سكناه ولا عبد خدمته)، وعن المبسوط والغنية والتذكرة: الاجماع على لحسن الحلبي عن الإمام الصادق (عليه السلام): لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، لأنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه (٢).
وصحيح المحاربي عنه (عليه السلام): لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين (٣).
وخبر عثمان بن زياد: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه (٤).
فما يظهر من خبر سلمة بن كهيل من لزوم بيعها (٥) لا بد من حمله على الموسر المماطل، أو على الزائد عن قدر الحاجة، أو التقية، أو نحو تلكم.

-
- (١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الحجر حديث ٣.
 - (٢) الوسائل باب ١١ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
 - (٣) الوسائل باب ١١ من أبواب الدين والقرض حديث ٨.
 - (٤) الوسائل باب ١١ من أبواب الدين والقرض حديث ٣.
 - (٥) الوسائل باب ١١ من أبواب الدين والقرض حديث ٩.

الثالثة لا يحل بالحجر الدين المؤجل ولو مات من عليه حل ولا يحل بموت صاحبه

والظاهر من التعليل في الحسن نظر إلى أنه يعمم ويخصص ثبوت الحكم في كل ما يحتاج إليه في المعيشة، وأيضاً عدم استثناء الدار إذا كانت الحاجة إليها من حيث الشرف لا من حيث الاضطرار، كما لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكانها فيها، فعليه أن يبيع داره المملوكة، نعم إذا كان ذلك حرجاً ومشقة لا يبيع لأدلة نفي العسر والخرج.

فالمتمحصل مما ذكرناه: استثناء كل ما يحتاج إليه في المعيشة، وما في بيعه حرج ومشقة وعسر.

الثالثة: لا يحل بالحجر المؤجل بلا خلاف إلا عن الإسكافي لعدم الموجب للحلول، إلا القياس على الموت (ولو مات من عليه حل) بلا خلاف ولا اشكال. وتشهد به نصوص: كخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات حل الدين (١).
والصحيح المضمرة: إذا مات فقد حل مال القارض (٢). ونحوهما غيرهما - ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين السلم وغيره: فما عن ايضاح الفخر وحواشي الشهيد من عدم حلول السلم بالموت، ضعيف، وأضعف منه الاستدلال له بأن للأجل قسطاً من الثمن.

(ولا يحل) الدين (بموت صاحبه) أي من له الدين كما هو المشهور بين الأصحاب، بل عن الخلاف: لا خلاف فيه بين المسلمين، لعدم الموجب. وأما خبر أبي بصير عن الصادق (عليه السلام): إذا مات الرجل حل ماله وما

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب الدين القرض حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث ٢.

الرابعة ينفق عليه من ماله إلى يوم القسمة وعلى عياله ولو مات قدم الكفن

عليه من الدين (١). فلاعراض الأصحاب عنه لا يعتمد عليه.
ينفق على المفلس من ماله إلى يوم القسمة
(الرابعة: ينفق عليه من ماله إلى يوم القسمة وعلى عياله) هكذا قالوا،
وهو المشهور بينهم، وعن غير واحد: نفي الخلاف فيه.
وقد استدل له تارة: بفحوى ما دل على استثناء الدار والخادم، فإنه إذا كان
الخادم مستثنى من جهة الاحتياج فالنفقة أولى بالاستثناء.
وأخرى: بما دل على استثناء الكفن، فإن بالأولوية يدل على استثناء الكسوة،
لأن الحي أعظم حرمة من الميت، وبعد القول بالفصل يثبت في سائر النفقات
الواجبة.

وثالثة: بأدلة وجوب النفقة، وتقريب الاستدلال بها كما في الجواهر: أنها ترجح
على ما دل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الأصحاب.
ولكن يتوجه على الأول: أنه لا يدل على جواز اشتراء الدار والخادم من المال
المحجور عليه، كي يثبت في النفقة بتنقيح المناط. وعلى الثاني: إن الكفن يتعلق بعين
المال بخلاف الكسوة والنفقة. وعلى الثالث: أنه يتم مع عدم الحجر، وأما معه وتعلق
حق الغرماء بالمال الموجد فهو كمن لا مال له يسقط عنه وجوب الانفاق أو يتعلق
بذمته، فإذا لا دليل عليه سوى تسالم الأصحاب عليه، وكفى به مدركا.
(ولو مات قدم الكفن) بلا خلاف يوجد، واستدل له: بصحيح زرارة عن رجل

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب الدين والقرض حديث ١.

مات وعليه دين بقدر كفننه قال (عليه السلام): يجعل ما ترك في ثمن كفننه إلا أن يتجر عليه بعض الناس فيكفونوه ويقضي عليه مما ترك (١).
وخبر السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: أول ما يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث (٢).
وبما دل على أن الكفن من أصل المال (٣).
وفي كل نظر: أما الخبران: فلأنهما في المال الذي لم يتعلق به حق الغرماء فإذا حجر عليه ثم مات لا يدل الخبران على تقديم الكفن على الدين. وبعبارة أخرى: إنه تارة لم يتعلق حق الديان بالمال وبالموت يتعلق به، وأخرى يكون الحق متعلقاً به قبله. والخبران في الصورة الأولى دون الثانية.
وأما ما دل على أن الكفن من أصل المال فإنما هو ما لا يكون متعلقاً لحق الغير، ولا يحضرنى وجه وجهه لتقديمه على ذلك الحق، بل مقتضى القاعدة كونه حينئذ من قبيل من مات ولا مال له، إلا أن تسالم الأصحاب عليه يغنينا عن تكلف الاستدلال، وحيث انحصر المدرك في الاجماع، فيتعين الاقتصار على المتيقن، وهو الواجب منه كما لا يخفى.

-
- (١) الوسائل باب ٢٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٢٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
(٣) الوسائل باب ٢٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

الخامسة يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيم ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم ومع القسمة يطلق ويزول الحجر بالأداء

يقسم المال على الديون الحالة

(الخامسة: يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيم) فلو كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة وقد فلس لقصور ما عنده عن الحالة قسمت أمواله على الحالة خاصة، ولا يدخر منها شيء للمؤجلة بلا خلاف، إذ الدائن لا يستحق شيئاً قبل الأجل، ولا يفلس لأجله كما مر في أول هذا الفصل، ولو حلت قبل القسمة فعن التذكرة والروضة: شاركت.

واستدل له: بأنه أولى من المتجدد كأرش الجناية وعوض الاتلاف، وبأن المقتضي للمشاركة موجود وهو كونه ديناً سابقاً على الحجر وكان الأجل مانعاً فإذا ارتفع عمل المقتضي عمله.

ولكن يرد على الأول: ما تقدم من عدم المشاركة فيه لولا الاجماع - .
وعلى الثاني: أولاً: إن المقتضي غير معلوم في الأحكام الشرعية، ولعله يكون الحلول دخيلاً في المقتضي.

وثانياً: إنه في زمان امكان تأثير المقتضي لا موضوع كي يؤثر فيه، لا المال تعلق به حق الغير قبل ذلك، فلا وجه للمشاركة.

(ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم، ومع القسمة يطلق) لأن المقتضي للمشاركة موجود، والمانع مفقود، إذ الجهل به لا يصلح للمانعية، فهل يبطل القسمة بنفسها أو أنه ينقضها، لا ثمرة مهمة في البحث عن ذلك.

(و) هل (يزول الحجر بالأداء) كما في المتن والشرائع والمسالك والجواهر

السادسة الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجد له، فإن فقد فالوصي،
فإن فقد فالحاكم، وفي مال السفية والمفلس للحاكم خاصة

وغيرها، أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟ وجهه، وجه الأول: إن الحجر عليه إنما كان لحق
الغرماء ليقسموا أمواله الموجودة وقد حصل.
ووجه الثاني: إن لم يثبت إلا باثبات الحاكم، فلا يرتفع إلا برفعه، والأظهر هو
الأول، لا حجره إنما كان في خصوص الأموال الموجودة كما مر، فلا موضوع له كي
يكون الحجر باقيا.

السادسة: الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجد له، فإن فقد
فالوصي، فإن فقد فالحاكم، وفي مال السفية والمفلس للحاكم خاصة) وقد مر
الكلام في جميع تلکم مستوفي في كتاب البيع في مبحث الولايات، فلا نعيد والحمد لله
أولا وآخرًا.

الفصل الرابع في الضمان وإنما يصح إذا صدر من أهله

الفصل الرابع في الضمان

وهو التعهد المالي الذي هو المراد منه في جميع موارد استعماله بل سائر موارد استعمال مشتقاته، وإليه يرجع ما قيل إنه عبارة عن ادخال المضمون في عهدة الضامن، وله قسمان:

أحدهما: ضمان اليد والتلف والاتلاف.

ثانيهما: الضمان الانشائي.

ومحل الكلام هو الثاني، أما الأول فقد مر البحث فيه في كتاب الغصب. وأما الضمان الانشائي: ولا ريب في مشروعيته في الجملة نصا وفتوى كما ستعرف، وحيث إنه من المعاملات، وبناء العقلاء والشارع على عدم الاعتناء بالاعتبارات النفسانية ما لم تبرز بمبرز خارجي من لفظ أو فعل، فهو يتوقف كسائر المعاملات على الايجاب والقبول أو الايجاب خاصا، والكلام فيما يعتبر فيهما هو الكلام فيما يعتبر في سائر العقود والايقات التي لم يرد نص باعتبار شيء خاص فيما تنشأ به، وقد أشبعنا الكلام فيه في كتاب البيع. إنما الكلام في المقام في الأحكام المختصة بالضمان الانشائي، وتنقيح القول فيه بالبحث في موضعين:

الأول: في الضامن، وتمام الكلام فيه في طي مسائل:

الأولى: (وإنما يصح الضمان (إذا صدر من أهله) أي البالغ العاقل المختار،

فلا يصح ضمان الصبي والمجنون والمكره عليه لما مر في كتاب البيع وغيره من كتاب المعاملات.

وهل يعتبر كونه عالما بالمضمون له والمضمون عنه كما عن الشيخ في المبسوط والمقداد في التنقيح، أم لا فيصح مع الجهل كما هو المشهور بين الأصحاب، بل عن التذكرة: لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا، أم يعتبر معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له كما عن المصنف ره في المختلف؟ وجوه. والأظهر هو القول الثاني، للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك. واستدل للأول في محكي المبسوط: بأنه يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا، ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه أم لا.

ويرد على الأول: أنه لا يعتبر العلم بأنه سهل المعاملة أم لا قطعاً للاجماع على صحة الضمان مع معرفة المضمون له، وإن لم يعلم كونه كذلك، كما لا يعتبر ذلك في شيء من المعاملات، فمثل هذا الغرر لو سمي غرراً لا يكون مانعاً قطعاً. ويرد على الثاني: إن الضمان لا يتوقف على استحقاق المضمون له ذلك. واستدل للثالث في محكي المختلف: بأن المضمون عنه لا بد وأن يتميز عند الضامن ويتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه، وذلك يستدعي العلم به. وبالمنقول من ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) عن ميت امتنع رسول الله صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه (١)، والمنقول من ضمان أبي قتادة الدينارين عن آخر (٢).

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث ٣.

ولكن الأول مصادرة محضة، لأن هذا عين المدعى، وأما الخبران وإن ذكرهما الشيخ في محكي الخلاف إلا أن الظاهر أنهما عاميان، وعلى فرض صحة سندهما فهما متضمنان لقضيتين في واقعتين، ولعلمهما كانا لا يعرفان المضمون عنه أيضا ولذا استدل بهما الشيخ ره للقول الأول، وإن كان الصحيح عدم دلالتهما على شيء من الأقوال، فالأظهر عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه ولا المضمون له.

نعم يعتبر أن يكون كل منهما معينا خارجيا، فلا يصح الضمان عن المردد المبهم ولا له لما مر مرارا من أن المردد من حيث هو مردد لا حقيقة له ولا وجود. اعتبار رضا المضمون له

الثانية: (ولا بد من رضا الضامن) اتفاقا (والمضمون له) كما هو المشهور بين الأصحاب، أما اعتبار رضا الضامن فهو من الواضحات، فإن اشتغال ذمته بدين بدون رضاه مناف لقاعدة السلطنة وغيرهما مما هو ثابت في الشرع. وأما رضا المضمون له فيمكن أن يستدل لاعتباره بوجوه:

١ - الاجماع المحكي عن التحرير، وفي الجواهر: ادعاء كونه من قطعيات الفقه وضرورياته.

٢ - إن الضمان من العقود لا الايقاعات، لأنه مركب من نقل الضامن ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه، وقبول المضمون له تبديل ما يملكه من ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فكما أن نقل ملكه الخارجي متوقف على قبوله كذلك، نقل ما في الذمة - فما، عن الإيضاح والمحقق الأردبيلي من عدم اعتبار القبول العقدي لأنه التزام وإعانة للمضمون عنه وتوثيق للمضمون له، واضح الضعف، وعلى هذا

فيعتبر رضاه باعتبار أنه طرف المعاملة.

٣ - إنه لو سلم كونه من الايقاعات دون العقود لكن نفس انتقال ما يملكه المضمون له من ذمة إلى ذمة مناف لقاعدة السلطنة، ولذا أفاد العلمان اللذان قالا بأنه ليس من العقود باعتبار رضاه.

٤ - النصوص الخاصة: كصحيح عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال (عليه السلام): إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت (١) ونحوه غيره. ونقل عن الشيخ ره قول بعدم اعتبار رضاه، محتجا بأن عليا (عليه السلام) وأبا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له.

وربما يستدل له بموثق إسحاق عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال وليه علي دينك قال (عليه السلام): يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليه بعده (٢).

وبموثق ابن الجهم عن أبي الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله على دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لا بي عليك من حصتي، وأنت في حل مما لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال (عليه السلام): يكون في سعة من ذلك وحل، وقلت: وإن لم يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب كتاب الدين والقرض حديث ٢.

وبين الله تعالى فأنت في حل منها إذا كان الذي ملك يضمن لك عنهم رضاهم الحديث (١).

وبصحيح الخثعمي عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه قال (عليه السلام): لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء، قلت: أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ من؟ قال (عليه السلام): نعم (٢).

ولكن يرد على الأول - مضافا إلى ما مر من ضعف سند الخبرين المتضمنين لتينك القضيتين - : أنهما يدلان على وقوع الضمان خارجا الذي عرفت أنه مركب من الإيجاب والقبول، فلا محالة كان المضمون له في كل من ذينك الموردين حاضرا وراضيا بذلك - أضف إلى ذلك أن كلا من الخبرين متضمن لقضية في واقعة لا يظهر لنا حالها مع الاغماض عما ذكرناه، فلا يصح الاستدلال باطلاقهما.

وأما موثق إسحاق فهو مطلق يقيد اطلاقه بما مر. وأما موثق ابن الجهم فليس ما تضمنه من الضمان المصطلح، لأنه متضمن لزمانه رضاهم عنه، وأن ذلك موجب لحصول البراءة، وحيث إنه مخالف للاجماع والضرورة فيتعين تأويله، وحينئذ يدور الأمر بين أن يراد به الضمان المصطلح بدون رضا المضمون له، أو إرادة ذلك مع رضاه، ولكن لا بينة له على ذلك، وليس الأول أولى من الثاني.

وأما صحيح الخثعمي فهو يدل على جواز الأخذ من الوديعة إذا لم يكن له مال

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب الوديعة حديث ١.

ويبرأ المضمون عنه وإن أنكره

وقد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه، ومن الواضح خروجه عن محل الكلام وكونه محمولا على إذن المودع.

فتحصل: أن الأظهر اعتبار رضاه.

نعم لا يعتبر رضا المضمون عنه كما هو المعروف، بل في الجواهر: الاجماع بقسميه عليه، وذلك للاجماع، ولما دل على صحة الضمان عن الميت (١)، ولا يتصور رضاه، ولما دل على عدم اعتبار رضا المديون في أداء دينه، فإنه يدل بالفحوى على عدم اعتباره هنا، وللأصل بعد عدم الدليل على اعتبار رضاه. ولا ينافي ذلك مع قاعدة السلطنة كما لا يخفى.

(و) يترتب على ذلك أنه (يبرأ المضمون عنه وإن أنكره)، إذ لو لم يعتبر رضاه لم يكن لانكاره أثر، فما عن الشيخ وجماعة من بطلانه بإنكاره ضعيف. ولكن مع ذلك كله، الالتزام بصحة الضمان عنه وإن لم يرض فيما إذا استلزم الضمان أو الوفاء عنه ضرار عليه أو حرجا - من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه كما إذا تبرع وضيع دين شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا - مشكل، بل القول بعدم الصحة قوي لقاعدتي نفي الضرر والحرج (٢). فالأظهر هو التفصيل.

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

(٢) سورة الحج آية ٧٧ الوسائل باب ٧ من أبواب احياء الموات.

الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها، وعلى هذا فلا بأس بما أفاده، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية - لا يعتبر العلم بمقدار الدين

الثالثة: وقد ذكر جماعة من جملة شرائط صحة الضمان شرطين آخرين: أحدهما: العلم بمقدار الدين، ومال في العروة إلى التفصيل بين الضمان التبرعي فلا يعتبر، والإذني فيعتبر، واستدل للأول - بما دل على نفي الغرر (١) والضرر (٢).

ولكن يرد على الأول: أنه لا غرر ولا خطر، أما في الضمان التبرعي فواضح، وأما في الإذني فلأنه لا يرجع إلى المضمون له قبل الأداء، وبعد الأداء يكون ما يرجع فيه معلوماً، فلا يلزم الغرر في مورد.

وعلى الثاني: إنه ضرر يقدم عليه، ومثل ذلك لا يكون منفيًا. فالأظهر عدم اعتبار العلم به للعمومات العامة.

وعن المختلف الاستدلال للصحة مضافاً إلى الأصل - ومراده به العمومات - : بعموم قوله تعالى (وأنا به زعيم) (٣) مشيراً إلى حمل بعير، والأصل عدم تعيينه.

(١) الوسائل باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.

(٣) سورة يوسف آية ٧٤.

وقوله صلى الله عليه وآله: الزعيم غارم (١).

وما رواه عطاء عن الإمام الباقر (عليه السلام) قال: قلت: له: جعلت فداك إن علي دينا إذا ذكرته فسد علي ما نا فيه، فقال: سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كأن يقول في خطبته: من ترك ضياعا فعلى ضياعه، ومن ترك دينا فعلى دينه، ومن ترك مالا فأكله وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتا ككفالاته حيا وكفالاته حيا ككفالاته ميتا، فقال الرجل: نفست عني جعلني الله فداك (٢). ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار، إذ الباطل لا اعتبار به، فامتنع من الإمام (عليه السلام) الحكم بأن النبي صلى الله عليه وآله كافل.

ولكن الآية الكريمة ليس مما نحن فيه، مع أنه لم يظهر عدم معلومية حمل بعير، وقوله الزعيم غارم لم يثبت من طرقنا، وفي الجواهر: بل لعل الثابت منها تكذيبه، والخبر ليس من الضمان المصطلح.

وقد يستدل لها بحديث ضمان علي بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (٣)، وحديث ضمانه لدين محمد بن أسامة (٤)، بدعوى أنهما ظاهران بل صريحان

في عدم معلومية الدين قدره وكميته وقت الضمان، ولكنهما في الضمان التبرعي، فالعمدة هي العمومات.

وما ذكرناه من صحة الضمان مع عدم العلم بمقدار الدين إنما هو إذا كان له

(١) المستدرک باب ١ من أبواب الضمان حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب الدين والقرض حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

واقع معين، وإلا كما لو قال ضمنت شيئاً من دينك فلا يصح، إذ المبهم من جميع الجهات لا تحقق له.

والظاهر أن مراد المصنف بما أفاده في محكي التذكرة بأن الصحة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً. انتهى هو ذلك فلا يرد عليه ما قيل من أنه يصح وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المتيقن. الثاني: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، ولم أظفر بما يمكن أن يستدل به له إلا دعوى أنه إذا كان ذمته مشغولة بمثل ما للمضمون عنه يكون ذلك من الحوالة التي هي قسيم الضمان، وفيها أنه لا يحيل المضمون عنه مديونه على الضامن كي يكون حوالة، فهو داخل في الضمان، ويكون صحيحاً فلا يعتبر ذلك أيضاً.

انتقال المال إلى ذمة الضامن

الرابعة: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه إذا تحقق الضمان على الوجه المعبر شرعاً (ينتقل المال) من ذمة المضمون عنه (إلى) ذمة (الضامن) وتبرأ ذمة المضمون عنه، وعليه الاجماع في كثير من الكلمات، وفي الجواهر، بل لعله من ضروريات الفقه. ويشهد به - مضافاً إلى ذلك - أن حقيقة الضمان على ما مر ذلك، فالمعاملة العقلائية الممضاة شرعاً إنما تكون بهذا النحو، ومع ذلك نصوص الباب مشاهدة؟ به، لاحظ صحيح عبد الله بن سنان، وموثقي ابن عمار والحسن بن الجهم المتقدمة (١)

فإن كان ملياً أو علم المضمون له باعساره وقت الضمان صح وإلا كان له الفسخ

وغيرها، فإنها صريحة في ذلك، وعليه فلا يصح الاستدلال لصحة ما عن الجمهور من ضم الذمة إلى الذمة مع التصريح بذلك بالعمومات العامة كما في العروة، ويترتب على ذلك أنه لو أبرأ المضمون له ذمة المضمون عنه لم يفد شيئاً لأن ذمته بريئة، نعم لو أبرأ ذمة الضامن برئاً جميعاً، أما الضامن فلأنه مشغول الذمة له فتبرأ ذمته إذا برئه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن إنما يستحق الرجوع إليه بالأداء الذي قد انتفى محله بالبراء.

لا خلاف ولا اشكال في أن الضمان لازم من طرف المضمون له والضامن، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين اعساره لعموم أدلة لزوم العقد، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، ولكن يشترط في لزومه عليه ملائمة الضامن حين الضمان بأن يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع للدين أو علم المضمون له باعساره.

(و) عليه (فإن كان) الضامن (ملياً أو علم المضمون له باعساره وقت الضمان صح) والمراد بالصحة اللزوم كما ينبه عليه بقوله (وإلا كان له الفسخ) والوجه في الخيار مع اعسار الضامن وعدم علم المضمون له بذلك - بعد الاجماع - الشرط الضمني الذي عليه بناء المتعاملين، من جهة أن عقد الضمان مبني على تسهيل الأمر، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وإنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء منه بايساره، وهو كون الضامن موسراً، وقد حقق في محله أن الشروط الضمنية كالشروط المذكورة تخلفها موجب للخيار، فيثبت له الخيار.

وبهذا البيان يظهر ثبوت الخيار له لو تبين كونه مما طلا مع يساره، سيما مع عدم إمكان اجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم، ولو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ

ويصح مؤجلا وإن كان الدين حالا وبالعكس

لعدم الشرط الضمني، كما أنه لو كان معسرا ثم أيسر وكان العلم بعد حصول اليسار لا يجوز له الفسخ، فإن الشرط الضمني هو اليسار وقت الأداء لا حين العقد ضمان الحال والمؤجل
الخامسة: المشهور بين الأصحاب - بل (و) لا خلاف فيه: أنه (يصح) الضمان (مؤجلا وإن كان الدين حالا وبالعكس).

وتفصيل القول في المقام: إن الصور المتصورة اثنتا عشرة، إذ الضمان إما حال أو مؤجل، وعلى التقديرين إما عن حال أو مؤجل، وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا إما أن يكون الأجل الثاني مساويا للأول، أو أنقص أو أزيد، وعلى التقادير الستة إما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه، وفي المسالك: وكلها جائزة، إلا أن الموضوع الخلاف فيها غير محرر،

ولكن محل الخلاف محرر واضح، فإنهم اختلفوا في موارد:
١ - في ضمان المؤجل حالا أو أنقص من أجله، فإن المحكي عن الفخر والكركي: عدم جوازه.

واستدل له: بأن ضمان ما لم يجب، وبأن الفرع لا يرجح على الأصل، وبأن مشروعية الضمان على نقل الدين على ما هو عليه.
ولكن الأول مندفع: بأن المضمون هو الدين نفسه، وهو ثابت، والأجل إنما هو من التوابع والحقوق، فمع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط.
والثاني: بأنه قاعدة كلية لم يدل دليل عليها، مع أنه في الأصل أيضا إذا تراضيا وأوقعا العقد عليه يصح.

ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بسؤاله وإلا فلا

الضامن إلا بعد الأجل اجماعا، فلو مات الضامن حل وأخذ من تركته ورجع الورثة على المضمون عنه كما لا يخفى.

رجوع الضامن على المضمون عنه

السادسة: (ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بسؤاله وإلا فلا) بلا خلاف في ذلك في الجملة.

ونخبة القول في المقام: أنه تارة يكون الضمان بإذن المضمون عنه، وأخرى يكون بغير إذنه، وعلى التقديرين تارة يكون الأداء بإذنه، وأخرى يكون بغير إذنه، ولو كان الضمان بإذنه قد يكون مع التصريح بالمجانبة، وقد يكون بدونه، ولو كان الضمان بغير إذنه والأداء معه فقد يصرح بالرجوع إليه، وقد لا يصرح بذلك. فإن كان الضمان بإذنه لا مجاننا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إذن في الأداء أو لم يأذن، وذلك لأنه وإن كان عقد الضمان لا اقتضاء بالنسبة إليه، وليس هناك يد ولا اتلاف، إلا أنه قد مر في كتاب الإجارة أن الأمر بالعمل أو الإذن فيه، واستيفاء المال أو العمل لا مجاننا من أسباب الضمان وعليه، فلو أذن في الضمان يكون ضامنا لما يؤديه الضامن.

وإن كان الضمان بغير إذنه، أو مع الإذن به مجاننا، فإن كان الأداء بغير إذنه لا اشكال في أنه لا يرجع إليه لعدم الموجب للضمان، فإن قيل: انما المسلم وعمله محترمان لا يذهبان هدرًا، قلنا: قد مر في كتاب الغصب أن قاعدة الاحترام ليست من القواعد المضمنة.

فإن قيل: إن خبر الحسين بن خالد: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): وقول

الناس: الضامن غارم، قال: فقال (عليه السلام): ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال (١). باطلاقه يدل على الضمان.

قلنا: إن اتفاق الأصحاب على عدم الضمان مع عدم الإذن في الضمان ولا في الأداء يوجب تقييد اطلاقه، فيحمل على صورة الإذن.

وأما إن كان الضمان بدون الإذن والأداء معه، فإن لم يصرح بالرجوع إليه فلا كلام يعتد به في عدم الضمان أيضا، إنما البحث فيما لو قال آدمما ضمننت وراجع به علي،؟ فقد يقال: إنه لا يكون ضامنا بالأداء، لأن مرجع القول المزبور إلى الوعد الذي لا يجب الوفاء به، ولأن الضامن لما اشتغلت ذمته بالضمان وبرأت ذمة المضمون عنه فالأداء واجب عليه ونفعه عائد إليه، فالأمر بالأداء لا يوجب الضمان لكونه أمرا بأداء ما على المؤدي نفسه، والعائد نفعه إليه، وهذا لا يصلح لجعل عوض بإزائه، فقوله (وراجع به على لا يكون مضمنا.

ولكن يتوجه على الأول: إن الوعد إن كان أمرا بالعمل واستيفاء للمال يوجب الضمان لا بما أنه وعد، بل للكبرى الكلية المتقدمة المشار إليها آنفا.

وعلى الثاني: إن جعل العوض بإزاء ما يعود نفعه إلى الغير لا اشكال فيه، وليست حقيقة المعاوضة مقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، ولذا لو أباح المالك ماله لزيد بإزاء عوض في مال بكر كان ذلك إباحة معوضة صحيحة، والمقام من هذا القبيل.

فالمتحصل مما ذكرناه: أنه يرجع الضامن إلى المضمون عن لو كان الضمان بإذنه لا مجانا مطلقا، وما لو كان الضمان لا بإذنه، والأداء بإذنه، بشرط التصريح

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

ولا يشترط العلم بقدر المضمون ويلزمه ما تقوم به البيئة خاصة

بالرجوع إليه.

ويترتب على ما ذكرناه أمران:

أحدهما: إنه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فيما له ذلك إلا بعد أداء مال الضمان كما هو المشهور بين الأصحاب.

ثانيهما: أنه يرجع إليه بمقدار ما أدى، لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وللنصوص الخاصة، لاحظ خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضمنا ثم صالح عليه قال (عليه السلام): ليس له إلا الذي صالح عليه (١). ونحوه غيره، فإن المستفاد من هذه النصوص أن ليس للضامن إلا ما خسر، وعلى هذا فإن أبرأ المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع إلى المضمون عنه أصلا، ولو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أم لا؟ وجهان: أظهرهما الثاني بناء على صحة هبة ما في الذمة، وعدم رجوعها إلى الإبراء، ولا يخفى وجهه. ولو أمر الضامن المضمون عنه بأداء الدين فأداه فالمضمون عنه تصير ذمته مشغولة للضامن بالأداء كما مر، والضامن تشتغل ذمته للمضمون عنه بأمره إياه بالأداء، بل به، فيتهاثران. واشكال صاحب الجواهر ره في اشتغال ذمة الضامن بالقول المذكور في غير محله، كما يظهر مما أسلفناه.

السابعة: (ولا يشترط العلم بقدر المضمون) كما عرفت عند ذكر شرائط صحة الضمان مفصلا، (و) على هذا فإن ضمن ما على المضمون عنه مع الجهل به يجب على الضامن أداء ما ثبت كونه عليه، فلا (يلزمه) إلا (ما تقوم به البيئة خاصة) من

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

ولا بد في الحق من الثبوت سواء كان لازماً أو آثلاً إليه

أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد لعدم تعلق الضمان به، ولا يكفي اقرار المضمون عنه لأن اقراره على نفسه جائز دون الضامن، ولا يحلف المضمون له لو رد اليمين من المضمون عنه، لأن النزاع والخصومة حينئذ بين الضامن والمضمون له، فرد اليمين من المضمون عنه لا أثر له. نعم لو كان رد الحلف من الضامن يثبت عليه ما حلف عليه.

وبما ذكرناه يظهر ما في الأقوال الأخر: منها: ما عن أبي الصلاح وابن زهرة من لزوم ما أقر به الغريم أيضاً، ومنها: لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد كما عن الفيد، ومنها: تقييده برضاء الضامن، وهو قول الشيخ.

ضمان الأعيان

الموضع الثاني في المضمون، قالوا: (ولا بد في الحق) المضمون (من الثبوت سواء كان لازماً) كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار (أو آثلاً إليه) كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل، وكمال السبق والرماية، والتمن في مدة الخيار. وملخص القول في المقام بنحو يظهر ما هو المختار وما يرد على القوم: إن القدر المسلم المتفق عليه بينهم هو ضمان ما في الذمة، أي ضمان شخص لما هو ثابت في ذمة آخر، وأما ضمان الأعيان المضمونة كما لو غصب شخص مال آخر فيضمن بشخص آخر عين ذلك المال، وضمان الأعيان غير المضمونة كالأمانة كما لو ضمن شخص الأمانة التي عند الشخص الآخر، فقد وقع الخلاف فيهما بين الفقهاء، وهناك قسم آخر لم يتعرض له الفقهاء وهو ضمان الأعيان التي تكون عند أصحابها كأموال الناس في متاجرهم وحكم هذا القسم حكم القسمين الأخيرين.

ومحصل ما ذكره في وجه بطلان الضمان في القسمين الأخير واختصاصه بما في الذمم وجوه، وإن اختص بعض الوجوه بالأول وبعضها بالثاني. الوجه الأول: أنه لا دليل على العموم، وأخبار باب الضمان كلها واردة في ضمان ما في الذمة واردة لبيان أحكام آخر، وليس في شيء منها ماله اطلاق أو عموم يمكن أن يتمسك به لمشروعية الضمان بقول مطلق، وما يروى عن النبي صلى الله عليه وآله من أن الزعيم غارم (١)، قد عرفت أنه ليس من أخبارنا، بل يظهر من بعض الأخبار عدم ثبوته.

وفيه: إن أدلة الضمان الانشائي المختصة به وإن كان لا اطلاق له يتمسك به، إلا أن ما دل على نفوذ كل عقد معاملة عقلائية، كآية تجارة عن تراض (٢)، وقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (٣) وغيرهما له اطلاق يشمل هذه الأقسام من الضمان بأجمعها.

الثاني: وهو مختص بالقسم الأول، وهو: إن المضمون عنه كالغاصب أيضا مكلف برد العين، فلو قلنا بمشروعية هذا الضمان كان من قبيل ضم ذمة إلى ذمة، مع أن مذهبنا كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. وفيه: إن الضمان المصطلح في ضمان ما في الذمة هو الانتقال، وهذا لا يوجب المنع من الضمان بالمعنى الآخر في المقام الثابت بالعمومات. فتأمل. مع أنه لا مانع من الالتزام في المقام أيضا بالانتقال، فيكون بقاء المال بيد الغاصب حينئذ أمانة، غاية الأمر يجب رده فورا إلى المالك، ولو لم يقصر في الرد عليه

(١) المستدرک باب ١ من أبواب الضمان حديث ٢.

(٢) سورة النساء آية ٢٩.

(٣) سورة المائدة آية ٢.

ولو ضمن عهدة الثمن لزمه مع بطلان العقد لا تجدد فسخه
وأما الحوالة فيشترط فيها رضا الثلاثة

الأول، فعلى ما أفادوه (و) بنوا عليه من صحة ضمان درك الثمن فيما إذا ظهر المبيع مستحقا للغير أو كان العقد باطلا دون ما لو فسخ بخيار قالوا: (لو ضمن عهدة الثمن لزمه مع بطلان العقد لا تجدد فسخه) وهو على مبناهم متين، ولا يتم على ما قويناه. ومما ذكرناه يظهر حال كثير من الفروع فلا حاجة إلى ذكرها.
الحوالة

(وأم الحوالة) فهي إحالة المديون دائنه إلى غيره، واو إحالة المديون ما في ذمته إلى ذمة غيره، وعلى هذا فلا ينقض بالضمان لأنه لا إحالة فيه. وأما على ما أفاده المشهور من أنها تحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بملته فينتقض طرده بالضمان، مع أن اعتبار شغل الذمة ينافي ما يصرح به جماعة منهم من صحة الحوالة على البرئ. وكيف كان: (ف) المشهور بين الأصحاب: أنه (يشترط فيها رضا الثلاثة) أي المحيل، والمحتال، والمحال عليه. بل عن الأردبيلي: أنه لم يظهر فيه خلاف، وعن التذكرة: نسبته إلى أصحابنا، وعن المختلف: إلى علمائنا، وعن الشيخ: الاجماع عليه، وفي الجواهر بالنسبة إلى الأولين قال: بل الاجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر.

أقوال: أما رضا المحيل فيشهد لاعتباره: أن المديون ومن عليه الحق مخير في جهات القضاء، فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا، فلو أكره على أن يحيل فأحال بالاكراه لم تقع الحوالة.

وفي المسالك تبعا للتذكرة قال: ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع

ما في الذمة تبدل طرف إضافته، فلو قايسنا الملكية بالخيطة الذي أحد طرفيها مشدود بالمالك، والآخر بالمملوك، يكون التملك بالغير حقيقته عندهم حل ذلك الخيط من مالك وشده بمالك آخر من دون أن يتصرف في المملوك، من غير فرق بين العين والدين.

وعلى الجملة: المحيل عند العرف لا يتصرف إلا في ملكه فله ذلك. وإن شئت قلت: إن الإنسان إذا ملك في ذمة الغير كان من آثار الملكية ولوازمها التصرف فيه كيف ما شاء: بالأخذ، أو بالتوكيل فيه، أو بنقله إلى الغير ببيع أو غيره، أو بالابراء. وكل واحد من تلكم من التصرفات التي جوازها من آثار كونه مالكا له، فلا اشكال في عدم اعتبار رضا المحال عليه. ولكن مع ذلك كله في النفس شيئا سيما بعد فتوى الأكثر باعتبار رضاه، فرعايته أحوط.

الحوالة من العقود

وقد وقع الخلاف في أن الحوالة من الايقاعات أو العقود، على الثاني فهل هو مركب من ايجاب من المحيل وقبول من المحتال، أو مركب من ايجاب وقبولين؟ والقبول الثاني من المحال عليه ظاهر المتن، حيث قال: (ولا يجب قبولها) هو الأول، وإن كان من الجائز أن يكون مراده بذلك أنه لا يجب قبول الحوالة على المحال عليه لاعتبار رضاه.

وكيف كان: فقد ذهب إلى كل من الأقوال جماعة؟، والحق أن يقال: إنه لا ينبغي التوقف في اعتبار القبول من المحتال، فإن المحيل إنما ينقل مال الغير من ذمة إلى ذمة أخرى بلا سلطنة منه عليهما، فلا يصح بدون قبوله كنقل ماله الخارجي، ولا وجه لقياسه

ومعه يلزم ويبرأ المحيل وينتقل المال إلى ذمة المحال عليه إن كان ملياً أو علم باعتباره وإلا فله الفسخ

أنه لا كلام في الصحة في ذلك، وعدم اعتبار التساوي، كما يظهر من استدلالهم له، بل الدين وإن كان حينئذ غير ما على المحال عليه إلا أن المحال به مساو له، بل الكلام فيما لو أحاله عليه بما في ذمته وهو الدراهم في المثال. وقد استدل لعدم صحتها واعتبار التساوي: بأن المحيل لا يكون مسلطاً على المحال عليه بما لم يشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه إلا دفع مثل ما عليه، وبأن الحكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على موضع اليقين. ولكن الأول مردود بأنه وإن لم يكن مسلطاً عليه إلا أنه إذا رضي المحال عليه بذلك يرتفع المحذور ويكون من قبيل وفاء الدين بغير الجنس مع التراضي. والثاني يرد باطلاق الأدلة وعمومها. الحوالة لازمة

واستقصاء الكلام في هذا الباب في ضمن مسائل:
الأولى: (ومعه) أي مع تحقق عقد الحوالة بشرائطه (يلزم) لما مر في الضمان من أن الأدلة العامة تدل على لزومها (ويبرأ المحيل وينتقل المال إلى ذمة المحال عليه) كما هو مقتضى الحوالة (إن كان ملياً أو علم باعساره وإلا فله الفسخ) على حذو ما تقدم في الضمان لا تحاد المدرك لجميع ذلك في الموردين، ومع ذلك تشهد بها نصوص، لاحظ خبر أبي أيوب عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال (عليه السلام): لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد

أفلس قبل ذلك (١).

وخبر عقبة عن أبي الحسن (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصير في ثم يتغير حال الصير في يرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال (عليه السلام): لا (٢).

وخبر منصور بن حازم عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه؟ قال (عليه السلام): لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك (٣).

ولكن المحكي عن أبي علي والشيخ في النهاية وأبي الصلاح والقاضي وظاهر المقنعة: أنه يعتبر في براءة ذمة المحيل الإبراء زيادة على الحوالة، واستدل له بصحيح زرارة عن أحدهما (عليه السلام) في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال برئت من ما لي عليك قال (عليه السلام): إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله (٤).

وللقوم تأويلات للخبر، أحسنها ما في المسالك اختياره، وهو: إن الإبراء في الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة، فمعنى قوله برئت من ما لي عليك إني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت أنت، فكفى عن الملزوم باللائم، وهكذا القول في قوله (عليه السلام) ولو لم يبرأه فله أن يرجع لأن العقد بدون قبوله ورضاه غير لازم، فله أن يرجع فيه.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب الضمان حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب الضمان حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب الضمان حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ١١ من أبواب الضمان حديث ٢.

ولو طالب المحال عليه بما أداه فادعى المحيل ثبوته في ذمته فالقول قول المحال عليه مع يمينه

وإن لم يتم ذلك ولا غيره من التأويلات كحمله على ما إذا ظهر اعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله، أو على ما إذا شرط المحيل البراءة، وقع التعارض بينه وبين النصوص المتقدمة، والنسبة عموم من وجه لا اختصاصها بغير صورة الافلاس، واختصاص هذا الخبر بما إذا لم يبرأه، ومورد التعارض هو ما لو لم يبرأه ولم يظهر الافلاس، والترجيح لها للشهرة التي هي أول المرجحات.

الثانية: يصح الحوالة على البرئ كما هو المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه إلا عن الشيخ في آخر الباب، وربما ينسب الخلاف إلى القاضي وأبي حمزة، ولم يثبت، بل عن الشيخ في أول الباب موافقة المشهور، ولذا حكى عن السرائر الاجماع عليه. ويشهد به اطلاق النصوص المتقدمة، وعموم أدلة الامضاء العامة، وربما يبنى الخلاف على القول بأنها استيفاء أو اعتياض، فعلى الأول يجوز، وعلى الثاني لا يجوز. ويرده أن الحوالة معاملة مستقلة وإن لحقها حكم الوفاء تارة وحكم الاعتياض أخرى، ثم إنه مما ذكرناه في تعريفها وتعريف الضمان يظهران ذلك حوالة لا ضمان، فما في الشرايع من أن ذلك بالضمان أشبه، وعن الكاشاني الأظهر أنها ضمان، في غير محله.

الثالثة: (ولو) أحال ثم (طالب المحال عليه بما أداه فادعى المحيل ثبوته في ذمته) وأنكره المحال عليه (ف) على المختار من صحة الحوالة على البرئ لا اشكال في أن (القول قول المحال عليه مع يمينه) لأصالة البراءة فهو منكر يقدم قوله مع اليمين، وأما على القول الآخر فعن المسالك وجامع المقاصد ومجمع البرهان: تقديم قول المحال عليه، لأن أصل البراءة عن الدين يعارض مع أصالة الصحة المقتضية لكون قول المحيل موافقا للأصل وهو منكر، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل

ولو أحال المشتري بالثمن ثم فسخ بطلت الحوالة على اشكال

إذا أحال المشتري) البائع (بالثمن ثم فسخ) البيع بالعيب أو بغيره مما يقتضي الفسخ من حينه (بطلت الحوالة) عند الشيخ في محكي المبسوط والفخر والمحقق الثاني والمقدس الأردبيلي، لأنها تتبع البيع في ذلك، وعن القواعد: بطلت إن قلنا إنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الارفاق، وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل، ولعله لذا قال المصنف ره هنا (على اشكال) وفي الشرائع قال: وفيه تردد كما عن الإرشاد والتحرير والتذكرة.

ولكن ما علوه به بطلان الحوالة عليل، إذ الحوالة حين ما وقعت كانت صحيحة لازمة لوجود شرائط الصحة واللزوم، ولا وجه لبطلانها بفسخ البيع، فإن الحوالة وإن كانت تابعة للبيع لوقوعها على الثمن إلا أن فسخها ليس تابعا لفسخ البيع بل هي حينئذ من قبيل تصرف أحد المتبايعين فيما انتقل إليه ثم حصل الفسخ، والكلام فيه بفروعه تقدم في مبحث الخيارات، وعرفت أنه في بعض الموارد يوجب سقوط الخيار، وفي بعض آخر لا يسقط وينتقل إلى العوض. فراجع ما ذكرناه. وأما ما أفاده المصنف ره في القواعد، فيرده ما مر من أن الحوالة معاملة مستقلة، وليس حالها حال ما ذكره نظيرا له وهو ما إذا اشترى شيئا بدراهم مكسورة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئا آخر وفاء حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسورة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة، بل يتبع البيع في الانفساخ بخلاف الحوالة التي هي معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع. فالأظهر عدم بطلانها.

ويرجع المشتري على البائع مع قبضه ولو أحال البائع أجنبيا ثم فسخ لم تبطل الحوالة ولو بطل البيع بطلت فيهما

(و) على البطلان (يرجع المشتري على البائع) ويستعيده (مع قبضه)، وإن لم يقبضه فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري (ولو أحال البائع أجنبيا) له عليه دين بالثمن على المشتري (ثم فسخ) المشتري بما يقتضي الفسخ من حينه (لم تبطل الحوالة) بلا خلاف، بل عن الفخر في شرح الإرشاد الاجماع عليه. ووجهه ظاهر لأن الحوالة غير متعلقة بالمتبايعين، فلا موهم لرفع اليد عن أصالة اللزوم. (ولو بطل البيع) من أصله (بطلت) الحوالة (فيهما) لأن الحوالة إنما هي على ما في ذمته وانكشف بذلك عدم اشتغال ذمة المحال عليه، فهي حينئذ نظير ما لو أحال شخص على من يراه مديونا ثم ظهر عدم الدين. الحوالة المستحدثة

لا يخفى أنه قد تداول بين التجار أخذ الزيادة واعطائها، في الحوائل المسمى عندهم بصرف البرات ويطلقون عليه بيع الحوالة وشرائها، وهي على أقسام: الأول: أن يدفع الشخص إلى التاجر مبلغا ويأخذ ذلك المبلغ بعينه من طرفه في بلد آخر، والظاهر أن الحكم فيه خال عن الاشكال، كان ذلك بعنوان البيع بأن يبيع المبلغ المعين مثلا مائة تومان بمبلغ يساويها يدفعه في بلد آخر، أو بعنوان القرض بأن يقترض منه أو يقرضه ذلك المبلغ ليسلمه في بلد آخر. أما إذا كان بعنوان البيع فواضح، وأما إذا كان بعنوان القرض فلعدم الزيادة فيه. وقد استشكل فيه بعض الأساطين مع كون المصلحة للمقرض لجر النفع، ولكنه ضعيف، فإن الممنوع عنه الزيادة في القرض عينا أو صفة، وليس هذا واحدا

منهما، مع أن جملة من النصوص تدل على جوازه، لاحظ خير يعقوب بن شعيب قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى ويشترط عليه ذلك؟ قال (عليه السلام): لا بأس ((١)).

وخير السكوني عنه (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام): لا بأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفة (٢). وخبر أبي الصباح عنه (عليه السلام) في الرجل يبعث بمال إلى أرض فقال للذي يريد أن يبعث به: أقرضنيه وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض قال (عليه السلام): لا بأس (٣).

وخبر إسماعيل بن جابر: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يدفع إلى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سودا بوزنها واشترط ذلك قال (عليه السلام): لا بأس (٤). ونحوها غيرها، وهي إما ظاهرة في القرض أو القرض أظهر مصاديقها.

القسم الثاني: أن يدفع الشخص مبلغا للتاجر ويأخذ الحوالة من المدفوع إليه بالأقل منه، والظاهر أنه لا اشكال فيه أيضا، كان ذلك منزلا على البيع أو القرض. فلا يتحقق الربا البيعي في هذه المعاملة.

وأما الثاني: فلأن الربا في القرض هو أن يأخذ الدائن من المدين الزيادة مع

- (١) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ١.
- (٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ٣.
- (٣) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ٢.
- (٤) الوسائل باب ١٤ من أبواب الصرف حديث ٥.

الشرط، وأما لو كان الشرط نفعا للمستقرض كما في الفرض فلا يكون ربا بل هو جائز كما مر في كتاب القرض.

القسم الثالث: أن يدفع التاجر مبلغا كمائة تومان للشخص في بلد ليأخذه في بلد آخر مع الزيادة، فإن كان ذلك بعنوان البيع صح لما مر، وإن كان بعنوان القرض واشترط ذلك في ضمن القرض بطل، فإنه من الربا الممنوع عنه، وللفرار من الربا لا بد من أعمال بعض الحيل الشرعية، منها: أن يقرض منه بلا شرط وبعد تماميته يحوله المقرض أن يأخذ المبلغ مع الزيادة من شخص ثالث في بلد آخر.

الكفالة

(وأما الكفالة) بالفتح فلا ريب في أنها من العقود الصحيحة، بل عن التذكرة: أنها كذلك عند عامة أهل العلم، والاجماع، وبناء العقلاء، والنصوص الآتي طرف منها تشهد به، ولكنها مكروهة لصحيح حفص بن البختري (١) وخبر الحذاء (٢)، ومرسل الصدوق (٣)، وخبري داود الرقي وإسماعيل بن جابر (٤). وأما الكلام فيما يعتبر في عقده وفي المتعاقدين فكما مر في أختيها.

وأما حقيقتها: فهي التعهد باحضار النفس المستحق عليها ذلك لسبب حق ولو دعوى للمكفول له عليها.

- (١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.
- (٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ٤.
- (٣) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ٢.
- (٤) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ٣. ٥.

وما عن بعض من صحة كفالة الأعيان المضمونة عنده أو الأعيان التي يراد الشهادة عليها فتجوز كفالة الدابة والكتاب وغيرهما للشهادة على أعيانها، غير تام، إذ الكفالة عند العرف ليست إلا ما تقدم، وما ذكر داخل في الضمان كما مر، والمحكي عن التذكرة تخصيصها بما إذا كان النفس ممن يجب عليه حضور مجلس الحكم، وعليه فلا يصح كفالة الصبي والمجنون. ولكن الظاهر كما أفاده في محكي القواعد أعميتها من ذلك وممن يجب احضاره للشهادة أو غيرها. نعم لا تصح الكفالة على حد من حدود الله تعالى بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وآله في المروي من طرق الخاصة والعامة - : لا كفالة في حد (١). وتمام الكلام - في هذا المقام في طي مسائل. شرائط الكفالة

الأول: الكفالة من العقود، لأن الكفيل يلتزم احضار المكفول متى طلبه المكفول له، والمكفول له يقبل ذلك، وعليه (فيشترط فيها رضا الكفيل والمكفول له) كما هو المشهور، بل في الجواهر: الاجماع عليه، أضف إلى ذلك أن من المعلوم عدم الالتزام بحق بدون رضا الطرفين. وأما المكفول عنه فالمعروف عدم اعتبار رضاه، وإليه أشار المصنف ره بقوله (خاصة).

واستدلوا له: بوجوب الحضور عليه أو احضاره متى طلب صاحب الحق وإن لم يكن ثمة كفالة، وعليه فالكفيل بمنزلة الوكيل حيث طلب منه المكفول له باحضاره، وبما عن التذكرة من دعوى الاجماع عليه.

(١) الوسائل ٢١ من أبواب مقدمات الحدود والمستدرک باب ١٩ منها.

وفي اشتراط الأجل قولان وتعيين المكفول

امضاء المعاملات، فلا ينبغي الاشكال في عدم اعتبار رضاه. وبما ذكرناه يظهر عدم اعتبار قبوله أيضا، فهي كالحوالة والضمان من العقود المركبة من ايجاب وقبول، وليست ايقاعا ولا عقدا مركبا من ايجاب وقبولين. (وفي اشتراط الأجل) في الكفالة (قولان) المشهور بين الأصحاب عدم الاشتراط فتصح الكفالة حالة، كما تصح مؤجلة، وعن الشيخين في المقنعة والنهاية، وابن حمزة وسالار والقاضي في أحد قوليه: اعتبار الأجل فيها فلا تصح حالة. ولا دليل لهم سوى الاقتصار على المتيقن وعدم الفائدة في الحالة، وهما كما ترى. فالأظهر عدم اعتباره لاطلاق الأدلة، فللمكفول له أن يطالب من الكفيل احضاره المكفول وقت وقوع الكفالة، ومع التأجيل لا فرق بين الكفالة إلى مدة الشهر، فيلزم الاحضار بعد الشهر، وبين الكفالة في مدة بمعنى التعهد به في ضمن الشهر مثلا. وإن شئت سم الثانية بالموقته، والأولى بالمؤجلة كما صنعة المصنف ره في محكي التحرير. ويعتبر مع التأجيل تعيين الأجل كما هو المشهور، بل الاجماع بقسميه بالبيع كما هو المختار.

(و) من شرائط الكفالة: (تعيين المكفول) ففي الحدائق: لا خلاف بينهم في وجوب كون المكفول معينا، فلو قال: كفلت أحد هذين، لم يصح، وكذا لو قال: كفلت بزيد أو فلان، وكذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمرو، لاشتراك الجميع في الجهالة وابهام للمكفول. انتهى. والأصل في ذلك بعد الاجماع: إنه حيث يختلف الأشخاص في الاحضار سهولة

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

وعدمها، فمع الجهل به لا محالة يلزم الغرر، وقد مر أن دليل نفي الغرر لا يختص بالبيع. هذا مع التعيين واقعا، وأما مع الابهام الواقعي فالأمر أوضح فإن المبهم لا تحقق له. ولو تعلقت الكفالة بأحد شخصين بنحو التخيير لا بنحو أحدهما المعين واقعا غير المعين عندهما، فهل تصح أم لا؟ الظاهر عدم الصحة؟ لا لما قيل من الجهالة لعدم الجهل، ولا لما قيل من أن حق الكفالة من قبيل الملك الذي لا يقبل مثل هذا، فإنه في الملك أيضا يمكن الالتزام به ثم التعيين بالقرعة أو اختيار المالك. وبعبارة أخرى: كما يصح ملك الكلي في المعين كذلك ملك أحد فردين بنحو التخيير. بل لأن متعلق الحق إن كانا هما معا كما في الواجب التخييري فتكون كفالة كل منهما مقيدة بعدم الاتيان بالآخر، فتكون الكفالة حينئذ معلقة والتعليق موجب لبطلان كل عقد بالاجماع، وإن كان المتعلق أحدهما بنحو الكلي في المعين فتبطل للغرر إن لم يتساوى الشخصان في الاحضار سهولة وصعوبة. فتدبر فإنه دقيق. الكفيل مخير بين دفع المكفول أو ما عليه

(و) الثانية: إذا تحققت الكفالة يجب (على الكافل) مع مطالبة المكفول له (دفع المكفول) عاجلا إذا كانت الكفالة مطلقة أو معجلة، وبعد الأجل إن كانت مؤجلة، فإن سلمه فقد برئ من ما كان عليه وإن لم يتسلمه، لأن متعلق الحق تسليمه لا تسلمه، وإن امتنع الكفيل من ذلك أجبره الحاكم، وإن امتنع حبسه حتى يحضره (أو) يؤدي (ما عليه) كما صرح به غير واحد.

ويشهد لجواز حبسه خبر عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه وقال: اطلب

صاحبك. (١)

وخبر الأصبع بنباتة: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال (عليه السلام): له أطلب صاحبك (٢).

وخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: إن عليا (عليه السلام) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال (عليه السلام): احبسوه حتى يأتي بصاحبه (٣). ونحوها غيرها.

وأما التخيير بينه وبين دفع ما عليه فقد يقال: إنه لا دليل عليه، بل ظاهر النصوص المتقدمة تعين الأول، ومن هنا قال في التذكرة وغيرها: عدم وجوب القبول على المكفول له لو بذل الكفيل له الحق، لعدم انحصار الغرض فيه، إذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره، فله حينئذ إلزامه بالاحضار خصوصا مما لا بدل له كحق الدعوى، أو في ذي البدل الاضطراري كالدية عوض القتل ومهر المثل عوض الزوجة.

ولكن يمكن أن يذكر لوجوب القبول ولتخيير الكفيل بين دفع المكفول أو ما عليه وجوه:

١ - إن الكفالة بنفسها مقتضية لذلك، لأن مبناها عرفا على ذلك، وهو المقصود بين المتعاملين بها. وإن شئت عبر عنه: بأن دفع ما عليه إن لم يحضره من قبيل الشرط الضمني من الطرفين، فيجوز للمكفول مطالبة ما على الكفيل إن لم يحضره وللکفيل أن يدفعه ابتداء.

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الضمان حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الضمان حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الضمان حديث ٣.

ومن أطلق غريما عن يد صاحبه قهرا ألزم بإعادته أو ما عليه

٢ - إن وفاء ما على الشخص يجوز وإن لم يرض الدائن بذلك.
٣ - جملة من النصوص، ففي مرسل الصدوق قال الصادق (عليه السلام):
الكفالة خسارة غرامة ندامة (١).

وفي خبر الرقي عنه (عليه السلام): مكتوب في التوراة: كفالة ندامة غرامة (٢).
وعلى هذا فإن أدى ما عليه يرجع به على المكفول إن كان الأداء بإذنه أو كانت
الكفالة بإذنه، أما في الأول فواضح، وأما في الثاني فلأن الكفالة إذا اقتضت تخيير
الكفيل بين احضار المكفول أو دفع ما عليه كان الإذن فيها إذ نافي الدفع فيضمن
لاستيفاء مال الغير بالإذن.

اطلاق الغريم من يد صاحب الحق

الثالثة: (ومن أطلق غريما عن يد صاحبه) أو وكيله (قهرا ألزم بإعادته أو
ما عليه) بلا خوف ظاهر كما عن الرياض، وعليه الاجماع كما عن الصيمري.
أما لزوم إعادته فقد استدلل له تارة: بأنه باطلاقه الغريم قهرا غاصب فعليه
ضمان ما غصبه باحضاره، لأن اليد المستولية يد شرعية مستحقة، وبه يتحقق الغصب
ويبنتي عليه الضمان بالاحضار.
وأخرى: بحديث لا ضرر ولا ضرار (٣).

-
- (١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الضمان حديث ٥.
(٣) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

وثالثة: بدعوى شمول على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) لمثل ذلك. وفي الجميع نظر: أما الأول: فلعدم صدق الغاصب عليه سيما وهو غير داخل تحت استيلائه.

وأما الثاني: فلما مر من أن حديث لا ضرر ناف للحكم ولا يكون مثبتا. وأما الثالث: فلأن الاطلاق غير الاستيلاء على الشيء، مع أنه مختص بالأعيان.

فالصحيح أن يستدل له بفحوى ما سيمر عليه في القاتل معتضدة بالاجماع المدعى. وبه يظهر حال وجوب أداء ما عليه.

وربما يستدل له: بأنه تفويت لمال الغير فيضمن. ويدفع: بأن الاتلاف موجب للضمان، وأما التفويت فلم يدل دليل على كونه من موجبات الضمان.

ودعوى شمول الاتلاف للتفويت فإنه أعم من اعدام الموجود والمنع من الوجود، مندفعة بأنه بحسب المفهوم العرفي مختص بالأول.

(ولو كان قاتلا دفعه أو الدية) بمعنى أنه يجب عليه دفعه، وإن لم يتمكن

فالدية، كما يشهد بذلك صحيح حريز عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء قال (عليه السلام): أرى أن يحبس الذي خلص القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، وقيل: فإن مات القاتل وهم في السجن؟ قال: وإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول (٢).

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠.

(٢) الوسائل باب ١٥ من أبواب الضمان.

ولو مات المكفول أو دفعه الكفيل أو سلم نفسه أو أبرأه المكفول له برأ الكفيل ولو عينا موضع التسليم لزم

فما عن صريح جماعة وظاهر آخرين من التخيير من الأول بين دفعه أو الدية لا وجه له، نعم فيما كان على المطلق قهرا الدية اتجه تخييره كما مر في تخيير الكفيل بين دفع المكفول أو أداء ما عليه.

الرابعة: (ولو مات المكفول أو دفعة الكفيل أو سلم نفسه أو أبرأه المكفول له يبرأ الكفيل) بلا خلاف في شيء من تلكم.

أما الحكم الأول: فلتعلق الكفالة بالنفس، وقد فاتت بالموت، والاحضار المذكور في الكفالة إنما ينصرف إلى حال الحياة. والظاهر أنه لا خلاف فيه، نعم قال الشهيد الثاني: هذا كله إذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته، وإلا وجب احضاره ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه. انتهى.

ولا بأس به إن كانت الكفالة شاملة له وإلا فلا.

وأما الثاني: فوجهه واضح.

وأما الثالث: فلحصول الغرض.

وفي التذكرة: تقييده بما إذا سلم نفسه من جهة الكفيل، فلو لم يسلمه نفسه من جهته لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد من جهته، وهو كما ترى. وبه يظهر حكم الرابع.

الخامسة: (ولو عينا موضع التسليم لزم) عملا بالشرط ولا يبرأ بالدفع في غيره إن كان تعيين موضع التسليم مأخوذا قيذا في العقد، وإن أخذ شرطا فغاية ما هناك تخلف الشرط وإلا فقد عمل بمقتضى الكفالة فتسقط ويبرأ.

ولعله يمكن التصالح بين الشيخ وابن البراج وبين المشهور، حيث إن المشهور قائلون بعدم البراءة لو دفع غير ما عين للتسليم، وذهب الشيخ وابن البراج إلى

حصول البراءة لو لم يكن عليه مؤونة في حمله إلى موضع التسليم ولا ضرر. فتأمل.
وعلى التقديرين لا يجب عليه القبول لو دفعه في غير موضع التسليم، بل يجوز
له إجباره بالتسليم في الموضع المعين.
هذا إذا عينا موضعا للتسليم (وإلا) فقالوا: (انصرف إلى بلد الكفاية)، وعن
ابن حمزة: أنه يلزمه التسليم في دار الحاكم أو موضع لا يقدر على الامتناع، وقد تقدم
الكلام في ذلك في فصل السلم من كتاب البيع.

الفصل الخامس في الصلح وهو جائز

الفصل الخامس في الصلح

وهو التسالم على أمر من تمليك عين أو منفعة أو اسقاط دين أو حق أو غير تلكم، وهو في جميع هذه الموارد شيء واحد ينشأ مستقلاً، ولا يكون تابعا لل عقود الأخر كما قيل من أنه فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على المنفعة، وفرع الهبة إذا أفاد ملك العين بغير عوض، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن اسقاط الدين، ولا لزم كون الصلح مشتركاً لفظاً، وهو واضح البطلان، فيتعين كون مفهومه معنى آخر غير كل واحد من الأمور المذكورة وهو التسالم الانشائي، فيفيد في كل مورد فائدة من الفوائد بحسب ما يقتضيه متعلقه.

ثم إنه ما في جملة من الكلمات - منها كلام الشيخ الأعظم ره - من أن الصلح إذا تعلق بالعين بالعين بعوض يتضمن التمليك، فيه مسامحة واضحة، إذ الصلح لا يتعلق بالعين

ولا بالمنفعة، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه إلا بفعل أو نتيجة كالملكية، ولذا لا يصح جعل مفعولة الثاني العين كما لا يخفى.

(وهو جائز) بلا خلاف ولا اشكال، ففي صحيح حفص بن البختري - أو حسنه - عن أبي عبد الله (عليه السلام): الصلح جائز بين المسلمين (١).

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

وعن الفقيه قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا (١). ومثله خبر مسعدة بن صدقة عن الإمام الصادق (عليه السلام) (٢).

وفي صحيح هشام عنه (عليه السلام): لأن أصلح بين اثنين أحب إلى من أن أتصدق بدينارين (٣). إلى غير تلكم من النصوص التي سيمر عليك طرف منها. وأما الآيات التي استدلت بها لمشروعيتها وهي قوله تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا منهما صلحا والصلح خير) (٤).

وقوله سبحانه (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) (٥). وقوله عز من قائل (إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم) (٦). وقوله تعالى (فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم) (٧) إلى غير تلكم من الآيات، ففي دلالة ما عدا الأولى منها على الصلح العقدي الذي هو محل الكلام. تأمل، بل قيل في الأول أيضا. وكيف كان: فهو لازم من الطرفين مع تحقق شرائطه بلا خلاف لعموم ما دل على لزوم العقد (٨).

- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث ٢.
- (٢) المستدرک باب ٣ من أبواب الصلح حديث ١.
- (٣) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.
- (٤) النساء آية ١٢٨.
- (٥) الحجرات آية ٩ و ١٠.
- (٦) الحجرات آية ٩ و ١٠.
- (٧) الأنفال آية ٢.
- (٨) سورة المائدة آية ٢.

حكم الصلح مع الانكار

وتمام البحث في طي مسائل:

الأول: الصلح جائز (مع الاقرار والانكار) بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر، وموضع وفاق كما في المسالك.

ويشهد به اطلاق النصوص الدالة على الجواز، وصورة الصلح مع الاقرار ظاهرة لا اشكال فيها، وصورته مع الانكار أن يدعي شخص على غيره ديناً أو عيناً فينكر المدعي عليه فتقع المصالحة بينهما إما بمال آخر أو ببعض المدعى به أو غير ذلك من منفعة أو غيرها، وقد صرح غير واحد بأن المراد بالصحة الظاهرية، وأما بحسب نفس الأمر فلا يستتبع كل منهما ما وصل إليه بالصلح، وهو غير محق. توضيح ذلك: أنه تارة يعلم المصالح بأنه محق، وأخرى يعلم بأنه غير محق، وثالثة يكون شاكان في ذلك أو في مقدار ما يستحقه.

لا اشكال في صحة الصلح في الصورة الأولى وإن علم بعدم محققة مدعيه، إذ المال له، فكل ما وصل إليه منه فهو حقه، كما لا ريب في صحته في الصورة الثالثة، بل مبنى شرعية الصلح وأساسها في هذه الصورة.

وأما في الصورة الثانية: فمقتضى جملة من النصوص عدم صحته بمعنى أنه لا يحل له ما صولح عليه، لاحظ صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله (عليه السلام): إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به (١).

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ٤.

وخير علي بن أبي حمزة: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فهلك إلى أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان قال (عليه السلام): لا يجوز حتى تخبرهم (١). ونحوهما غيرهما. ونخبة القول في ما يستفاد من هذه النصوص بالبحث في جهات:

١ - قال في المسالك: لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه أن له حقا على أحد أو شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال أو على قطع المنازعة، فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر، لأن اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها. انتهى.

واحتمل الصحة في الفرض المحقق الثاني ره، ولكن الظاهر أنه ينبغي القطع بالصحة، وهو خارج عن محل الكلام، فإن مورد النزاع الصلح على ما ليس له، وفي الفرض الصلح إنما يكون على ماله وهو اسقاط حق اليمين، نعم مما نحن فيه ما لو صالح في المثال على المال نفسه، وهو لا يجوز، وإن كان يحتمل استحقاقه واقعا، إذ الأمانة القائمة لكون المدعي به للطرف تقوم مقام العلم، فهو كالعالم بأنه ليس له.

٢ - قد يناقش على هذا بأنه على هذا لا يصح للحاكم أن يصلح بتنصيب المال بين مدعين له مع العلم بعدم كونه إلا لأحدهما، مع أنه لا اشكال في صحته ظاهرا. وأجاب عنه في الجواهر: بأن القطع بالواقع في الجملة لا ينافي اجراء الحكم في الظاهر تبعا لموازينه.

وفيه: إن الحكم الظاهري مع القطع بمخالفته للواقع لا مورد له، لأنه في ظرف

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ٢.

احتمال الموافقة وإلا خرج عن كونه ظاهريا، والحق أن يقال: إن مبنى شرعية الصلح على التسالم في مورد الاشتباه، وإنما الذي لا يصح هو الصلح مع القطع بعدم الاستحقاق، فكما أن للمتصالحين الصلح على التقسيم مع علمهما بأن المال لأحدهما، كذلك للحاكم ذلك مع الجهل.

٣ - إن طرف العالم بعدم الاستحقاق ربما يصلح على المال مبنيا على دعوى المدعي، ولا يكون راضيا بكون ما يأخذه، له، وإنما يستدفع بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله، فهو غير مبيح للعالم بعدم الاستحقاق للنصوص المتقدمة، ولعدم كون ذلك تراضيا مبيحا لأكل مال الغير.

وربما يصلح عليه على تقديري الاستحقاق وعدمه ويرضى بكون مقدار من المال له وإن لم يكن مستحقا، ومثل ذلك معاملة عن تراض وتصح، والنصوص المتقدمة لا تشملها، فإنها في غير هذا الفرض أو منصرفه إليه، ويشهد به الصحيح عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يكون عليه الشيء فيصلح فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس (١). بناء على إرادة الصلح بالأنقص كما هو الغالب مع عدم اعلامه بالحال.

حكم الصلح المحلل للحرام أو العكس
الثانية: يجوز الصلح مطلقا (إلا ما حلل حراما أو بالعكس) وقد مرت
النصوص المتضمنة لهذا الاستثناء، ومثل هذا العنوان - أي تحليل الحرام وتحريم

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ٣.

الحلال - وقع مستثنى في أدلة لزوم الوفاء بالشرط وأدلة انعقاد اليمين، وقد اختلفت كلمات القوم في تفسيره، فعن المحقق القمي: المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو أن يحدث قاعدة كلية ويبدع حكما جديدا، وقد أجاز في الشرع الصلح على كل شيء إلا صلحا أو جب إبداع حكم كلي جديد.

وأفاد الشيخ الأعظم ره في ضابطه: إن المراد بالتحليل الترخيص، وبالتحريم المنع، ولكن المراد بالحلال والحرام هو ما كان كذلك بحيث لا يتغير موضوعه بالصلح أو الشرط.

وهناك تفاسير أخرى، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الشروط، وبيننا أن الأظهر أن يقال: إن فاعل حرم وأحل في قوله (عليه السلام): إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا (١). هو الصلح، وهذا لا يتحقق إلا بكون ما صلح عليه حرمة الحلال أو حلية الحرام، وأما الصلح على ترك الحلال فهو صلح على ترك التصرف دون حرمة الحلال.

والشيخ الأعظم ره بعد نقل ذلك عن المحقق النراقي في باب الشرط أورد عليه إيرادين: أحدهما: إن الحكم الشرعي أمره بيد الشارع، وغير مقدور للمكلف، ولا يدخل تحت الجعل، ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لعدم إمكان الوفاء به عقلا.

وفيه: أولا: إن شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلا كونها واقعة بسبب الشرط، ولولا الاستثناء لكنا ملتزمين بأن شرط حرمة الحلال نافذ، وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل نفوذ الشرط (٢) الشامل له.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الصلح حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

وثانيا: إن بطلان هذا الشرط من جهة أخرى غير هذه الجهة لا يكون مضرا.
وثالثا: إن الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالا
تكليفا، بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعاً كعدم كون الطلاق بيد
الزوج ونحو ذلك من الاعتبارات، ومن المعلوم أن المشروط حينئذ هو ذلك الأمر في
اعتبار نفسه، ولولا هذا الاستثناء وما دل على أن الشرط المخالف للكتاب لا يكون
نافذا لكنا ملتزمين بنفوذه.

ثانيهما: إن استثناء الشرط المحرم إنما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به،
وليست الحرمة والحلية من أفعال المكلف كي يجب الوفاء بهما.
وفيه: إن الوفاء لا يختص بشرط الفعل، فإنه بمعنى الانهاء وعدم النقص، وهذا
موجود في شرط النتيجة أيضا.

فتحصل: إن هذا التفسير تام، وما ذكر في الشرط يجري في الصلح طابق النعل
بالنعل، وتام الكلام في ذلك في مبحث الشروط، فراجع ما حققناه في الجزء الثامن
عشر من هذا الشرح.

عدم اعتبار العلم بالمقدار

الثالثة: يصح الصلح (مع علم المصطلحين بالمقدار) المتنازع فيه (أو جهلهما)
بلا خلاف فيه في الجملة، وفي المسالك: الإجماع عليه.

واستدل له بصحيح محمد بن مسلم ومنصور عن الإمامين الصادق عليهما
السلام أنهما قالوا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد
منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي،

فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما (١). ونحوهما الموثق (٢).
وأورد عليها: بأنه ليس في شئ منها تصريح بالصلح، ولعله أريد الإبراء.
بين ما عند كل واحد منهما وما عند صاحبه - وليست إلا الصلح وفهم الأصحاب -
تكون ظاهرة في إرادة الصلح، مع أنه يمكن أن يستدل لصحة الصلح بأن مبنى شرعية
الصلح والغرض المهم في شرعيته هو تحصيل البراءة عند الجهل، فيكون اطلاق أدلته
غير مقيد بما دل (٣) نفي الغرر.
فالمتحصل: جواز الصلح مع العلم بالمقدار أو الجهل به (دينا) كان (أو عينا)
وسواء كان ارشاد أو غيره كما هو المشهور بين الأصحاب، بل عن التذكرة: عند علمائنا
أجمع، ولا فرق في صورة الجهل بالمقدار بين تعذر العلم به وتيسره.
وعن الرياض الاشكال في ما إذا كان عينا وأمكن العلم بالمقدار، منشأه عموم
الأدلة بالجواز المعتضدة باطلاق عبارات كثير من الأصحاب، وحصول الجهل والغرر
مع امكان التحرز عنهما.
وفيه: أولا: أنه لم يظهر فرق بين ما إذا كان دينا أو عينا، اللهم إلا أن يقال:
إن الاجماع على الصحة في ما إذا كان دينا هو الفارق.
وثانيا: إنه لو سلم شمول دليل النهي عن الغرر للفرض، لا وجه لما أفاده من
أن النسبة بينه وبين دليل جواز الصلح عموم من وجه فيتعارضان ويتساقطان ويرجع
إلى أصل الفساد، إذ دليل نفي الغرر حاكم على دليل الصلح كحكومته على أدلة سائر

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح.

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح.

(٢) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦.

ولا يبطل إلا برضاها أو استحقاق أحد العوضين
ولو اصطح الشريكان على أن لأحد هما الربح والخسران وللآخر رأس
المال صح

المعاملات.

وثالثا: ما عرفت من أن دليل نفي الغرر لا يشمل هذا الباب، فالأظهر هي
الصحة مطلقا، ولا فرق فيما ذكرناه بين العلم في الجملة وإن لم يعتبر المعلوماتية المعتبرة في
البيع

ونحوه، غير ظاهر الوجه، نعم يعتبر عدم الإبهام لما مر من أن المبهم لا حقيقة له
ولا تحقق، لكنه خارج عن محل الكلام.

الرابعة: (ولا يبطل) الصلح (إلا برضاها أو استحقاق أحد العوضين)
بلا خلاف. أما عدم بطلان الصلح في غير الموردين فلما مر من لزوم الصلح، وأما بطلانه
في المورد الأول فلما مر في كتاب الإجارة من مشروعية الإقالة في جميع العقود، وأما
البطلان في المورد الثاني فواضح.

وقوع الصلح من الشريكين على كون الربح والخسران لأحدهما
الخامسة: (ولو اصطح الشريكان على أن لأحدهما الربح والخسران وللآخر
رأس المال صح) بلا خلاف في الجملة فيه.

والأصل في هذا الحكم صحيح الحلبي - أو حسنه - المروي عن الكافي عن أبي
عبد الله (عليه السلام) في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما
دين فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح ولك الربح وعليك التوى، فقال
(عليه

السلام): لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد على

كتاب الله عز وجل (١). ورواه في التهذيب (٢) إلا أنه قال: وكان من المال دين وعين، ولم يقل وعليهما دين، وأيضا فيه: إلا أنه قال وكان المال ديناً، ولم يذكر العين ولا عليهما دين.

وروى الخبر بسند آخر، إلا أنه قال: كان المال ديناً وعيناً. وليس في شيء من هذه النصوص تصريح بالصلح، بل بالشرط، إلا أن الظاهر منها كون المعاملة واقعة وابتداء لا في ضمن عقد الشركة، وتدل على صحتها مع الاشتراط، وحيث إن الشرط الابتدائي لا يصح، وإطلاق الشرط على المعاملة من البيع والصلح وغيرهما شائع، وليس هناك معاملة غير الصلح يمكن تطبيقها عليها، فلا محالة يكون المراد بها الصلح. فمحصل مفادها: إنه إن كان القول المزبور بعنوان الصلح صح، وإلا فمجرد وعد لا يجب الوفاء به، ولا ينافي ذلك قوله: فإذا كان شرطاً يخالف... الخ فإن الصلح أيضاً قيد بأن لا يكون محللاً للحرام أو العكس. ثم إن مقتضى إطلاق النصوص عدم الفرق في ذلك بين صورة وقوعه عند إرادة فسخ الشركة، أو في أثناءها أو عند ابتدائها - أي بعد مزج المالين - ومقتضى العمومات أيضاً صحة ذلك في الموارد الثلاثة، ولا ينافي مع مقتضى الشركة، ولا يكون صلحاً مخالفاً للشرع، لا الشركة إنما تقتضي كون الربح بينهما والخسران عليهما، فكما أنه لو وهب أحدهما ما ربحه بالآخر وأبرأه من الخسران لا اشكال في صحتها، فكذلك لو أوقع الصلح على هذا النحو. ومما ذكرناه يظهر ما في المسالك، قال: هذا إذا كان عند انتهاء الشركة وإرادة

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار حديث ٤ وباب ٣ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.
(٢) ج ٦ ص ٢٠٧ الطبع الثاني.

ولو ادعى أحدهما درهمين في يدهما والآخر أحدهما أعطى الآخر نصف درهم

فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء، أما قبله فلا لمنافاته لوضع الشركة شرعا، والمستند صحيحه أبي الصباح، ثم نقل الخبر المتقدم، ثم قال: وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما أطلق المصنف ره. انتهى.

وتقدمه في ذلك المحقق الشيخ علي في محكي شرح القواعد. فإنه يرد عليهما: إن الصلح المذكور إن كان مخالفا لوضع الشركة مقتضى للشركة في الربح والخسران مع عدم ايقاع عقد أو ايقاع، أما معه فلا تكون الشركة مقتضية لها كما لا يخفى.

نعم في الصلح في الأثناء أو الابتداء بالنسبة إلى ما يتحقق بعد من الربح والخسران اشكال من ناحية عدم المتعلق، إلا أنه يندفع بالصلح المشروط، الذي لا اجماع على بطلانه.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام من الخلط والاشتباه.

لو ادعى أحدهما درهمين في يدهما والآخر أحدهما السادسة: (ولو ادعى أحدهما درهمين في يدهما، والآخر أحدهما، أعطى الآخر نصف درهم) بلا خلاف فيه في الجملة.

والكلام تارة: فيما تقتضيه القاعدة، وأخرى في النصوص الخاصة.

أما الأول: فبالنسبة إلى أحد الدرهمين لا نزاع بينهما فيه، فهو لمدعي الدرهمين،
وأما بالنسبة إلى الدرهم الآخر فكل منهما يدعيه، والمفروض كونه تحت يدهما، فلا محالة
تكون يد كل منهما على النصف وأمانة لملكته له، ويحكم بذلك، فيكون كل منهما
مدعياً

بالنسبة إلى نصف الدرهم ومنكراً بالنسبة إلى النصف الآخر، فتجري قاعدة المدعي،
والمنكر، وهو لزوم الحلف على كل منهما لنفي ما يدعيه الآخر، فيعطى بكل منهما النصف
مع الحلف لا بدونه.

وأما الثاني: فمقتضى النصوص الخاصة أيضاً ذلك، لكن بدون الحلف، لاحظ
صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام)
في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك،
فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد
الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما (١). ونحوه مرسل محمد بن أبي
حمزة (٢). الذي هو كالصحيح لأن في سنده ابن أبي عمير.

والظاهر من كون الدرهمين معهما تحت يدهما، ومقتضى إطلاقهما عدم الفرق
بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعة أو بواحد منهما على
التعيين إن لم يكونا ظاهرين في خصوص صورة الإشاعة، وهما دالان على التنصيف
بدون الحلف.

فما عن التذكرة من لزوم الحلف في الصورتين، وما عن الدروس من لزومه في
صورة الإشاعة، غير تامين.

وأضعف منهما الايراد على الأول بأنه لا يتم حلف كل منهما في صورة دعوى

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب الصلح.

(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب الصلح.

وكذا لو أودع أحدهما درهمين والآخر ثالثا وتلف أحدهما بغير تفريط فلصاحب
الاثنين درهم ونصف وللآخر ما بقي

الإشاعة لاختصاص الحلف حينئذ بالثاني والبينة بالأول، ومع ذلك يستحق بعد الحلف
تمام الدرهم لا النصف، فإنه يرد عليه: أن كلا منهما منكر بالنسبة إلى نصف الدرهم
الذي بيدهما ومدع بالنسبة إلى النصف الآخر، فله الحلف على النصف لا على التمام.
فتدبر فإنه دقيق.

حكم من أودعه انسان درهمين وآخر درهما
(وكذا) يحكم بأن أحد الدرهمين لأحدهما والآخر بينهما (لو أودع أحدهما
درهمين والآخر ثالثا وتلف أحدهما بغير تفريط) إذ لا اشكال في أن أحد الدرهمين
الباقين لصاحب الدرهمين والآخر مردد بينهما يمكن أن يكون لكل واحد منهما،
فمقتضى القاعدة هو أن يقسم نصفين (فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللآخر ما
بقي).

ويشهد به مضافا إلى ذلك خبر السكوني عن الإمام الصادق (عليه السلام)
عن أبيه (عليه السلام) في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع
دينار منهما، قال (عليه السلام): يعطي صاحب الدينارين دينارا ويقسم الآخر بينهما
نصفين (١).

بقي في المقام اشكال، وهو: أنه لو انتقل نصفا الدرهم أو الدينار إلى ثالث بهبة

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب الصلح.

ولو اشتبه الثوبان بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما

من أحدهما خاصة لامتناع الإشاعة هنا. انتهى.

وأما إيراد علي الخبر بضعفه، فيرده: إن الخبر قوي ولو سلم ضعفه فهو منجبر بالشهرة. فما قواه ومال إليه في الدروس من القول بالقرعة ضعيف.

حكم اشتباه الثوبين

السابعة: (ولو اشتبه الثوبان) لشخصين أحدهما أقل قيمة من الآخر، كما إذا كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا (بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما) ففي المثال يعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة، وللآخر ثلاثة كما هو المشهور بين الأصحاب، وفرض الاشتباه يتوقف على عدم احراز كون الأقل قيمة في البيع هو الأقل في الشراء، وإلا فلا اشتباه.

وكيف كان: فيشهد للحكم المذكور: خبر إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب، وآخر عشرين درهما في ثوب، فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال (عليه السلام): يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن، قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت، قال (عليه السلام): قد أنصفه (١). المنجبر بضعفه بالشهرة.

أضف إليه ما في الجواهر قال: مع احتمال صحة سنده في طريق الصدوق بل

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

وليس طلب الصلح اقراراً بخلاف ما إذا قال بعني أو ملكني أو هبني أو
أجلني أو قضيت

الشيخ، واحتمال اختصاصه بمورده كما ترى. فما في المسالك من الميل إلى القرعة، بل
عن الحلبي الجزم بها في غير محله.

وللمصنف قده في المقام تفصيل، قال في محكي التذكرة: إنه إن بيعاً منفردين
وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب، ولا اشكال، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب
الأكثر قيمة، وكذا الأقل بناء على الغالب. وإن بيعاً مجتمعين صاروا كالمال المشترك
شركة اجبارية.

وفيه: إنه إن كان كون الأكثر قيمة معلوماً أنه للأكثر فما أفاده وإن تم ولا يشمل
الخبر، إلا أنه إن كان كون الأكثر قيمة معلوماً أنه للأكثر فما أفاده وإن تم ولا يشمل
الخبر، إلا أنه لا وجه لبيعهما مجتمعين لفرض إمكان احراز ما لكل منهما وإن لم يكن
ذلك معلوماً، فلا وجه لجعل الأكثر قيمة للأكثر فلعله للأقل، مع أن ذلك اجتهاد في
مقابل النص.

الثامنة: (وليس طلب الصلح اقراراً بالملك، لأن الصلح يصح مع الإنكار،
فطلبه لا يستلزم الإقرار، لأن طلبه يمكن أن يكون لأجل رفع المنازعة) بخلاف ما
إذا قال: بعني، أو ملكني، أو هبني، أو أجلني، أو قضيت) فإن شيئاً من تلكم لا يتم
بدون الملك، فقول هذا اقرار بملكية صاحبه.

الفصل السادس في الاقرار وهو أخبار عن حق سابق

اقرار العاقل على نفسه جائز

(الفصل السادس: في الاقرار و) المراد به الاعتراف، فليس هو من قبيل الانشاء، بل (هو أخبار عن حق سابق) على نفسه، من غير فرق بين الاثبات والنفي كالاقرار بالابراء ونحوه، وبين الأعيان والمنافع والحقوق، وفي الحقوق بين حق الله تعالى وحق الناس.

ويشهد لجوازه على نفسه ومشروعيته - مضافا إلى اجماع المسلمين - من الكتاب آيات، لاحظ قوله تعالى (أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا) (١).

وقوله عز وجل (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) (٢).

وقوله سبحانه (ألست بربكم قالوا بلى) (٣).

وقوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) (٤) فتأمل. ومن السنة أخبار، لاحظ ما رواه جماعة من علمائنا عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٥).

(١) آل عمران آية ٨١.

(٢) التوبة آية ١٠٢.

(٣) الأعراف آية ١٧٢.

(٤) النساء آية ١٣٥.

(٥) الوسائل باب ٣ من أبواب الاقرار؟ والمستدرک باب ٢ منها.

وخبر العطار عن بعض أصحابه عن مولانا الصادق (عليه السلام): المؤمن
أصدق على نفسه من سبعين مؤمنا عليه (١).
وخبر المدائني عنه (عليه السلام): لا أقبل شهادة الفاسق إلا على نفسه (٢).
أضف إلى تلكم النصوص الواردة في الأبواب المختلفة، منها: ما دل على أنه
يؤخذ به في الحد بالزنا وغيره (٣).
ومنها: ما دل على أنه إن أقر بعض الورثة بالدين يلزمه ذلك في حصته (٤).
ومنها: ما دل على أنه إن أقر المريض بدين يجوز ذلك (٥).
ومنها: ما دل على أنه إن أقر رجل عند موته لواحد من اثنين فأيهما أقام البينة
فله المال، وإن لم يقم واحد منهم البينة فالمال بينهما نصفان (٦).
ومنها: غير تلكم.
بيان ما به يتحقق الاقرار
وكيف كان: فالنظر فيه يكون في الأركان وفي اللواحق، أما الأركان فهي
أربعة:
الأول: الصيغة. لا خلاف بينهم (و) لا اشكال في أنه (لا يختص لفظا) بل

- (١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الاقرار حديث ١.
- (٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الاقرار حديث ١.
- (٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب حد الزنا.
- (٤) الوسائل باب ٥ من أبواب حد الاقرار.
- (٥) الوسائل باب ١٦ من أبواب أحكام الوصايا حديث ٤.
- (٦) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الاقرار.

يكفي فيه كل لفظ يفيد الأخبار بأي لغة كان، وعن التذكرة: الاجماع عليه، وهو الحجة فيه مضافا إلى اطلاق الأدلة، فإن الموضوع هو الاقرار والاعتراف، وهما إنما يصدقان بابرار ثبوت حق سابق كان المبرز عربيا أو غيره، والمعتبر هو كون اللفظ كاشفا في عرف المتكلم عن المعنى المطلوب ثبوته، ولا عبرة باللغة هنا. كما أنه لا يعتبر كون اللفظ المتكلم به على القانون العربي في مادته وهيئته.

ويتفرع على ذلك فروع: منها: ما لو قال: إن شهد فلأن لك علي فهو صادق وشهد، فالأقرب كما عن أكثر المتأخرين: أنه لا يكون اقرارا، إذ المفهوم العرفي من هذه الجملة امتناع الشهادة.

ومنها: ما لو ادعى عليه أحد أنه أقرضه فقال: صدقت، مقترنا ذلك منه بما يكون في المتفاهم العرفي استهزاء.

ومنها: غير تلكم من الموارد التي لا تندرج تحت ضابطة كلية، فإن فهم العرف الذي يرجع إليه غير منضبط، فلا بد في كل مورد من ملاحظة الكلام الصادر من المتكلم ورعاية القرائن الحالية والمقالية، فإن كان صريحا أو ظاهرا في الأخبار عن ثبوت الحق بحسب المتفاهم العرفي فهو اقرار وإلا فلا.

(و) بهذا البيان يظهر عدم تعيين اللفظ، بل (يصح بالإشارة المعلومة) أي المفهومة، إذ المعيار هو الاعراب عما في الضمير، بلا دخل لخصوصيات المعرب في ذلك.

وعن بعضهم: اشتراط التعذر في الاكتفاء بالإشارة من جهة الشك في صدق الاقرار عليها وإن عبرت عما في الضمير، ولازم ذلك وإن كان عدم الاكتفاء بها حتى مع التعذر إلا أنه يكتفى بها في حال الضرورة للاجماع.

وفيه: إن الاقرار والاعتراف وما يساوقهما من الألفاظ لم يؤخذ فيها اللفظ، وهذا العرف ببابك والتبادر عندهم وعدم صحة السلب علامتان للحقيقة، فاعرض

ولو قال نعم أو أجل في جواب عليك كذا فهو اقرار وكذا بلى عقيب أليس عليك بخلاف نعم

لفظ الاقرار عليهم فهل يشك أحدهم في صدقه على المعرب عما في الضمير وعدم صحة سلب الاقرار عنه.

وعلى الجملة: فلا ينبغي الشك في صدقه على الإشارة المفهومة والاكتفاء بها. (ولو قال: نعم أو أجل في جواب عليك كذا؟ فهو اقرار) بلا خلاف فيهما ولا اشكال، لكون اللفظين من كلمات التصديق نعم إن كان المتكلم ممن يحتمل في حقه أن لا يعرف معنى لفظ أجل وادعى أنه تخيل كونه كلمة تكذيب أو استهزاء لا تصديق يقبل منه، ولكنه خارج عن محل الفرض، فإن هذا يجري في الألفاظ الصريحة إذا صدرت عن غير أهل ذلك اللسان.

(وكذا) يكون اقرارا قول (بلى عقيب أليس عليك؟) كذا فإنها بمقتضى الوضع حرف تصديق، وأكثر ما تقع بعد الاستفهام، وتختص بالايجاب، سواء كان ما قبلها مثبتا أو منفيا هكذا ذكره أهل اللغة والظاهر أنها بحسب المتفاهم العرفي أيضا كذلك.

وعلى فرض التنزل وتسليم الشك في كونها في العرف كذلك يستصحب قهقرايا ويثبت به ذلك على ما مر في محله من أن بناء العقلاء في المحاورات على اجراء هذا الاستصحاب، والظاهر أنه لا خلاف بينهم فيما ذكرناه.

(بخلاف نعم) فإنه ذهب جماعة منهم الشيخ ره والماتن إلى أنها ليست اقرارا، وعن الشهيد وسيد المدارك: أنها اقرار، وتردد المحقق فيه في النافع.

وجه الأول: إنها وضعت في اللغة لتقرير ما سبق من السؤال، فإذا كان نفيا اقتضت تقرير النفي، فهي في المثال انكار لا اقرار.

ووجه الثاني: إنه لو سلم كونها في اللغة كذلك لكنها بحسب الاستعمال الشائع

ولو قال إنا مقر فليس باقرار إلا أن يقول به

عند العرف بلا قرينة بلى تكون ايجابا مطلقا، كان ما قبلها مثبتا أو منفيا، مع أنه صرح جماعة؟ بورودها في اللغة كذلك وفي المنجد أيضا: التصريح بمساواة نعم، وبلى في المفاد.

ووجه الثالث: عدم ترجيح أحد الوجهين على الآخر. وبما ذكرناه تظهر أقوائية الثاني، إذ قد عرفت عدم العبرة باللغة في مقابل العرف.

ودعوى أن الاستعمال أعم من الحقيقة وإن كان شائعا كما في الرياض، مندفعة بما تقدم من أنه لا يتوقف صدق الاقرار على اثبات كون اللفظ حقيقة في المستعمل فيه، بل يكفي كونه مجازا مشهورا لا تتوقف دلالة عليه على ذكر قرينة. (ولو قال) بعد قول: لي عليك كذا؟ (أنا مقر، فليس باقرار) لأنه لم يذكر المقر به، فمن الجائز أن يقدر ما لا يطابق الدعوى، والعام لا يدل على الخاص (إلا أن يقول به) أي بما تدعيه فيلزمه، خلافا للشهيد في محكي الدروس قال: لا يكون اقرارا أيضا، إذ غايته الاقرار بالدعوى وهو أعم من الاقرار به للمدعي، وقد مر أنه المعيار في هذا الباب، ولذلك قد يدعي كونه اقرارا في الأول أيضا من جهة ظهور المحاورات العرفية في ذلك، فإن وقوعه بعد الدعوى يوجب عندهم صرفه إليها، كما يعلم ذلك من أنه لو أقر بشئ آخر صريحا يعد هذرا، كما لو ادعى عليه دين فقال: إنا مقربان السماء فوقنا، قيل والآية الكريمة المتقدمة (أأقرتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقرنا) (١). شاهدة به وهو غير بعيد.

(١) آل عمران آية ٨١.

حكم ما لو علقه بشرط

(ولو علقه بشرط بطل) كما عن أكثر المتأخرين. ونخبة القول فيه: إنه لا اشكال كما مر في أن الاقرار عبارة عن الأخبار عن ثبوت حق على نفسه جزماً، فهل يعتبر فيه كونه عن ثبوت حق سابق، أم يكفي في صدقه الأخبار عن ثبوت حق في اللاحق؟ قولان: اختار ثانيهما صاحب الجواهر ره، قال: لا يمكن انكار صدق الاقرار على الحقوق المعلقة بنذر أو عهد أو يمين على شيء متوقع أو معلوم الحصول، فإذا أقر مثلاً أن لزيد علي مائة درهم إذا عوفي في مرضه بنذر أو عهد أو يمين، كان ذلك اقراراً بالحق المعلق بمقتضى السبب المتعلق به.

ولكن يرد: أن ذلك يكون اقراراً باعتبار كونه اخباراً عن السبب وهو النذر السابق مثلاً، فالحق ما أفاده الأكثر من اعتبار كونه اخباراً عن حق ثابت في السابق. وعلى هذا فلو علقه بشرط مستقبل لا يكون اقراراً، وأما لو علقه بشرط مضي فالظاهر أنه اقرار، أما إذا علم بتحقق الشرط فلكونه اخباراً عن تحقق التالي وثبوته لفرض العلم بتحقق الشرط، وأما إذا لم يعلم به فلا أن الأخبار المشروط أخبار عن الملازمة بين الشرط والجزاء جزماً، فإذا انضم إليه تحقق الشرط خارجاً كانت النتيجة كونه اخباراً عن حق ثابت، كما لو قال: إن كان مكتوباً في الدفتر أن لزيد علي ألفاً كان كذلك جزماً، فإن كان مكتوباً كان هذا اخباراً جزمياً بثبوت الألف فيصدق عليه الاقرار.

نعم إن كان الشرط مما يتخيل أنه لم يقع خارجاً لم يكن ذلك اقراراً، بل هو انكار عرفاً، والضابط هو الرجوع إلى العرف بحسب ما يفهمه من القرائن الحالية

ولو قال إن شهد فلأن فهو صادق لزمه وإن لم يشهد

والمقالية الكلام، ولا يمكن جعل ميزان كلي له.

حكم ما لو قال إن شهد فلأن فهو صادق

(ولو قال: إن شهد فلأن فهو صادق لزمه وإن لم يشهد) كما عن الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف ره في جملة من كتبه، بل حكى عنه نسبه إلى الأصحاب.

واستدل له: بأنه إذا صدق على تقدير الشهادة لزم الحق لوجوب مطابقة الخبر الصادق لمخبره في الواقع، فيكون في ذمته على ذلك التقدير، ومن المعلوم أنه لا دخل للشهادة في ثبوت المقر به في الذمة في نفس الأمر، فيثبت حينئذ مطلوبه إذا لصدق مطابقة نسبة الخبر للنسبة الخارجية في تحقق الصدق على تقدير الشهادة. وبأنه إما أن يكون ثابتاً في ذمته أو لا، والتالي باطل لاستلزامه كذب الشاهد على تقدير الشهادة لأنه خبر غير مطابق، لكنه حكم بصدقه على تقديرها فيتعين الأول

وبأنه يصدق كلما لم يكن المال ثابتاً في ذمته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة، وينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المال ثابتاً في ذمته، لكن المقدم حق لإقراره، فإنه حكم بصدقه على تقدير الشهادة، فالتالي مثله.

والجواب أنه إذا كان المفهوم من هذا الكلام عرفاً بواسطة القرائن أن هذه الشهادة ممتنعة الوقوع من الشخص المذكور لامتناع الكذب عليه بحسب اعتقاد المتكلم والغرض أن هذا لا يصدر منه كما هو كثير الأمثال في المحاورات العرفية

حتى ادعى ظهور الكلام ولو بلا قرينة؟ في ذلك، فهو ليس اقرارا قطعاً، وإن كان المفهوم منه عرفاً أنه بصدد الأخبار عن الحق مشروطاً، فإن شهد كان اقراراً لأن الاقرار بالملازمة اقرار بالتالي مع فرض وجود المقدم، ولا تعتبر الصراحة في الاقرار، وإن لم يشهد لم يكن اقراراً قطعاً.

وما ذكر من الوجوه مغالطات واضحة، أما الأول: فلأنه وإن لم يكن دخل للشهادة في ثبوت المقر به في الذمة في نفس الأمر لكنها دخيلة في الأخبار بالثبوت لأن الفرض أن الأخبار مشروط، فهو كالانشاء على تقدير، فكما أنه مع عدم ذلك التقدير لا يكون المنشأ فعلياً كذلك في الأخبار.

وأما الثاني: فلأن الميزان ليس هو الثبوت النفس الأمري كي يتم الحصر المزبور، بل الأخبار بالثبوت، وهو أخبار على تقدير دون آخر، فالثبوت على تقدير الشهادة لا يستلزم ثبوته على تقدير عدمها.

وأما الثالث: فلأن الثبوت في الذمة ليس مناط الاقرار، بل الأخبار به، فالأظهر أنه على تقدير عدم الشهادة لا اقرار. وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

ما يعتبر في المقر

الثاني: المقر، قالوا: (ويشترط في المقر: التكليف والحرية) والاختيار وجواز التصرف بلا خلاف في شئ من تلكم، بل عليها الاجماع عن التذكرة. يشهد للأول: حديث رفع القلم (١) المتقدم في الأبواب السابقة، وللثاني: ما دل

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

على عدم مالكية العبد (١)، فإنه حينئذ لا يكون اقرارا على نفسه، ولالثالث: حديث رفع ما استكره عليه (٢)، وللرابع: ما دل على حجره (٣).
وعلى هذا فلا يقبل اقرار الصبي بمال ولا عقوبة وإن بلغ عشرا، إن لم يجز وصيته ووقفه وصدقته وإلا قبل اقراره بها لقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به، التي استند إليها الأصحاب لصحة اقراره بما يصح منه، والظاهر كونها قاعدة مستقلة غير قاعدة الاقرار، ومدرکها الاجماع وتسالم الأصحاب، بل وعليها بناء العقلاء.
ولم يردع الشارع الأقدس عنها، وإنما لا نقيدها بحدوث رفع القلم عن الصبي من جهة الاجماع على ذلك على فرض صحة الوصية والعتق والوقف منه، ولا اقرار المجنون إلا من ذوي الدور وقت الوثوق بالعقل، ولا من العبد، (و) لكن (يتبع العبد باقراره بعد العتق) ولا من المكره، لأن حديث الرفع أسقط حكم اقراره، ولخبر أبي البخترى عن جعفر عن أبي عليهما السلام: إن عليا (عليه السلام) قال: من أقر عند تجريد أو حبس أو تخويف أو تهديد فلا حد عليه (٤). ولا من السفية في ماله لكونه محجورا عن التصرف في ماله، ولا من المفلس لأنه بعد تعلق لأنه تعلق حق الغرماء بالمال
يكون ذلك بالنسبة إلى المال من قبيل الاقرار على الغير فلا يكون نافذا، ولكنه إنما لا يثبت في ماله، ويثبت في ذمته كما مر في مبحث المفلس.

(١) الوسائل باب ٤ من الحجر وباب ٧٨ و ٧٩ من أبواب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٥٦ من أبواب الجهاد في النفس.

(٣) الوسائل باب ١ و ٥ من أبواب الحجر.

(٤) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الاقرار.

بيان ما يعتبر في المقر له الثالث: المقر له (و) قد طفحت كلما تهم بأنه يشترط (في المقر له أهلية التملك)، إذ مع عدمها يلغو الاقرار فلا عبرة به، فلو أقر بشئ لجماد بطل. فهل يقبل الاقرار للحمل أم لا؟ فيه تفصيل، إذ تارة يبين سببا يفيد الملك له كوصية أو إرث يمكن في حقه، وأخرى يبين سببا لا يفيد الملك له كالجناية والمعاملة معه وما شاكل، وثالثة لا يبين سببا.

أما في الصورة الأولى: فالظاهر صحة اقراره، لأنه يملك وإن كان استقرار ملكه له مشروطا بسقوطه حال حياته، فلو قال إن للحمل ديننا في ذمتي لوصية مثلا ملك الحمل ذلك بالفعل، وإن لم يكن مستقرا، وليس من قبيل الاقرار على حق ثابت في المستقبل - لفرض مالكيته - ويمكن أن يقال: إنه اقرار بوصية أو سبب للإرث، وهما أمران سابقان على الاقرار.

وأما في الصورة الثانية: فالوجه الصحة عند المصنف ره والمحقق والشهيدان وسيد الرياض، بل نسبه ثاني الشهيدان إلى الأكثر، قالوا: نظرا إلى مبتدأ الاقرار والغاء ما يبطله نحو غيره من صور تعقيب الاقرار بالمنافي.

وأورد عليه: بأن الكلام كالجمله الواحدة، ولا يتم إلا بآخره، وقد نافي أوله فلا عبرة به كالاقرار المعلق على الشرط.

وأجابوا عنه: بأن كون الكلام كالجمله الواحدة يتم فيما هو من متمماته كالشرط والصفة لا فيما لا تعلق به، بل ينافيه، ومن ثم أجمعوا على بطلان المعلق دون المعقب بالمنافي.

ولو أقر للعبد لمولاه وإن فسر المقر به بما يملك قبل وإن قل ولو لم يفسر
حبس ولو قال ألف درهم قبل تفسيره في الألف

المقر به وما يشترط فيه

الرابع: المقر به، وهو إما مال، أو نسب، أو حق. وقد مر أن الأظهر جواز الاقرار
في الجميع لعموم دليله.

(ولو أقر للعبد فهو لمولاه وإن فسر المقر به بما يملك قبل وإن قل) بلا خلاف،
بل عليه الاجماع في محكي التذكرة، وهو الحجة مضافا إلى أصالة البراءة عن الزائد
بعد صدق المال على القليل والكثيرة.

(ولو لم يفسر) قيل: وإن امتنع عن البيان (حبس عليه) حتى يبين إلا أن
يدعي النسيان ويقبل، على تفصيل يأتي في كتاب القضاء مفصلا.

ومنه يظهر ضعف ما قيل من عدم الحبس، ولو فسره بما لم تجر العادة بتموله
كقشر الجوزة واللوزة وما شاكل، قيل: لم يقبل لعدم صدق المال عليه، فضلا عن
انصراف اطلاقه إليه على وجه يثبت في الذمة، بل نسب ذلك إلى المشهور. وعن
التذكرة والروضة: قبوله، إذ المال أعم من غير المتمول، لأن كل غير متمول مال
ولا عكس.

أقول: اشكال في أن المال غير الملك، إذ رب مال ليس بملك كالمباحات
الأصلية، وملك ليس بمال مثل ما لا يصدق عليه المال لقلته. وعليه فإن قال على
مال وفسره بذلك لم يقبل، ولو قال على شئ وفسره به قبل.
والظاهر أن مورد كلام المصنف ره هو الثاني على ما يظهر من تعليقه، وقد
صرح به في محكي الروضة.

(ولو قال): علي (ألف درهم) ألزم بالدرهم و (قبل تفسيره في الألف) الذي هو مجمل

ولو قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة وعشرون درهما فالجميع دراهم ولو
قال كذا درهما فعشرون

بلا خلاف فيه، وفي قبول تفسيره بما شاء (ولو قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة
وعشرون درهما) أو ماشا كلهما من الأعداد المتعاطفة المتخالفة في التمييز المتعقبة لها
بحسب الأفراد والجمع والجر والنصب (فالجميع دراهم) كما هو المشهور بين
الأصحاب، لأن المفسر لو وقع بين المبهمين وأكثر يعود إلى الجميع، كما يظهر من
ملاحظة موارد، لاحظ قوله تعالى (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) (١)
والخبر: إن المميز في المثاليين ونظائرها كما يحتمل رجوعه إلى الجميع يحتمل رجوعه
إلى الأخير، وعليه فالمتيقن الثابت هو الرجوع إلى الأخير، وفيما قبله يعامل معه
معاملة المبهم، فله أن يفسره بما شاء.
وعن الأردبيلي: الميل إليه، ولكن يتوجه عليه أولا: أنه لا يحتمل ذلك بعد كون
تعدد التمييز، كما لو قال له: علي ألف درهم، وعشرون درهما مستهجنا، ويعد التمييز
الأول زائدا غير محتاج إليه.
وثانيا: إن الاحتمال لا ينافي الظهور العرفي ولو بواسطة الاطلاق في الرجوع
إلى الجميع.
(ولو قال): له علي (كذا درهما ف) في المتن وعن الشيخ ره وابن زهرة: أنه
يلزمه مع النصب (عشرون) درهما، لأن أقل عدد مفرد ينصب مميزه عشرون، إذ فوجه
ثلاثون إلى تسعين، فيلزمه الأقل لأنه المتيقن.
وفيه: أنه يمكن جعل درهما منصوبا على التمييز، كما لو قال: شيء درهما.

(١) ص آية ٢٣.

ولو قال كذا درهم فمائة ولو قال كذا كذا درهم فأحد عشر وكذا وكذا درهم فإحدى وعشرون درهما

لا يقال: إنه قد ادعى اجماع الأدباء على أنه كناية عن العدد، بل عن المهذب البارع: لم يوجد في كلام العرب غير ذلك.
فإنه يقال: إن مدعي الاجماع نفسه اعترف بأنه يستعمل عرفا في غير العدد، وقد مر أن العرف يقدم في هذا الباب. ثم إن ذلك كله إذا كان المتكلم عارفا بأن الأدباء اتفقوا على كونه كناية عن العدد، وإلا فالأمر أوضح كما لا يخفى.
(ولو قال): له علي (كذا درهم ف) عن الشيخ والسيد والمصنف ره: أنه يلزمه (مائة) إذا كان الدرهم مجرورا، لأن أقل عدد مفرد مميزه مجرور المائة، إذ فوّه الألف، فيحمل على الأقل.
ولكن يتوجه عليه أن الجر يحصل بإضافة الجزء فلا وجه لحمله على الدرهم الكامل، بل يثبت به جزء الدرهم، وإليه يرجع في تفسير الجزء، والتقدير جزء درهم، وكذا كناية عن الجزء، ولو جعل الدرهم مرفوعا فلا كلام ظاهرا في أنه يلزمه درهم بجعله بدلا عن كذا.

(ولو قال): له علي (كذا كذا درهما ف) المتجه هو لزوم درهم واحد، لأن الظاهر منه إرادة التأكيد، فيجري فيه ما سبق، ولكن الجماعة المتقدم ذكرهم ذهبوا إلى أن اللام عليه (أحد عشر) درهما، لأن أقل عدد مركب مع غيره ينتصب بعده المميز أحد عشر، إذ فوّه الاثني عشر إلى تسعة عشر، فيلزمه الأقل والجواب ما مر.
(و) لو قال (كذا وكذا درهما) بأن كرر كذا وذكر حرف العطف، (ف) عن من تقدموا يلزمه (إحدى وعشرون درهما) لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وميزا بدرهم منصوبا، إذ فوّه اثني وعشرون إلى تسعة وتسعين، ويضعف بما مر. والحق عدم لزوم أزيد من درهم واحد، لأنه ذكر شيئين حينئذ وميزهما بدرهم،

هذا مع معرفته ولا فله التفسير ولو قال مائة مؤجلة أو من ثمن خمرا أو مبيع لم أقبضه أو ابتعت بخيار فالقول قول الغريم مع اليمين

فكأنه قال: شيء هما درهم، لأن كذا حيث يحتمل لما هو أقل من درهم فيجوز تفسير المتعدد منه وإن كثر بالدرهم.

وفي الثاني قولان آخران: أحدهما: لزوم درهمن عليه، لأنه ذكر جملتين كل واحدة منهما تقع؟ على الدرهم، وبكون؟ كناية عنه، فيكون الدرهم تفسير الكل واحد منهما.

ثانيهما: أنه يلزمه درهم وزيادة يرجع فيها إليه، لأن الدرهم فسر الجملة الأخيرة، فتبقى الأولى على اجمالها، فيفسرها بما شاء. وقد ظهر مما أسلفناه ضعفهما، كما أنه قد ظهر مما قدمناه ما في قول المصنف ره (هذا مع معرفته وإلا فله التفسير) فلا حاجة إلى بيناه تعقيب الاقرار بما ينافيه

(و) أما اللواحق فثلاثة: الأول: في تعقيب الاقرار بما ينافيه ف (لو قال) لك على (مائة مؤجلة أو من ثمن خمرا أو مبيع لم أقبضه أو ابتعت بخيار ف) عن جماعة منهم المصنف ره: إن (القول قول الغريم من اليمين). وتفصيل الكلام: أما في الفرع الأول: فلا اشكال في أنه بالاقرار يلزمه المائة، وحينئذ إن لم ينكر الغريم الأجل فلا كلام، وإن أنكره فإن كان وصف التأجيل منفصلا عن الكلام المتقدم ولو بسكوت طويل فلا خلاف بينهم في أن الدين حال، وقول الغريم مقدم، لأن دعوى التأجيل دعوى أخرى، والمدين مدع فيها بلا اشكال. وإن وصله به فظاهر العبارة وكذا عبارة المحقق في النافع: أنه كذلك، وهو المحكي عن

ويحكم بما بعد الاستثناء المتصل والمنفصل

الاستثناء المتعقب للاقرار

الثاني: في بيان أحكام الاستثناء المتعقب للاقرار:

لا خلاف عندنا في جريان الاستثناء في الاقرار، بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر، (و) يترتب عليه: أنه (يحكم بما بعد الاستثناء).

نعم يعتبر عندنا الاتصال العادي، بأن يصح في الاستعمال عادة، وعن ابن عباس والحلي: تجويزه إلى شهر، وحملاه على قبول خبره إلى تلك المدة. وضعفه ظاهر. هذا المقام:

١ - إن الاستثناء من الاثبات نفي، ومن النفي اثبات، وفي المسالك: إن الأول موضع وفاق بين العلماء، وهو ظاهر وأما الثاني: فقد أشكل عليه بعضهم نظرا إلى أن بين الاثبات والنفي واسطة، فلا يلزم من انتفاء النفي اثبات الاثبات لجواز التوقف، وينتقض ذلك بالاستثناء من الاثبات. وتمام الكلام فيه في الأصول.

٢ - المشهور بين الأصحاب جواز الاستثناء من الجنس المعبر عنه ب (المتصل) ومن غير الجنس (و) هو الذي يقال له (المنفصل) تارة، والمنقطع أخرى. أما جواز الأول فواضح، وأما الثاني فيشهد به وقوعه في الكتاب وفصيح اللغة، قال الله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (١).

(١) النساء آية ٢٩.

ويسقط بقدر قيمة المفصل ولو قال عشرة إلا ثلاثة إلا ثلاثة لزمه أربعة

وقال سبحانه (فسجدوا إلا إبليس كان من الجن) (١).
وقال: عز من قائل (لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما إلا قيلا سلا ما
سلاما) (٢). إلى غير تلکم من الموارد.
وهل هو حينئذ على وجه الحقيقة أو المجاز؟ فيه خلاف لا يهمنا في المقام البحث
عنه ثم إن مرادهم من الجنس كون المستثنى داخلا في المستثنى منه لولا الاستثناء،
ومن غيره عدم دخوله، وبذلك اندفع ما في المسالك قال: اطلاق الاستثناء المنقطع على
كونه من غير الجنس لا يخلو من مناقشة مشهورة، لأن مثل قوله: جاء بنوك إلا بنو
زيد، منقطع مع أن الاستثناء من الجنس. انتهى.

(ويسقط) في الاستثناء المنقطع (بقدر قيمة المفصل) فلو قال: له علي ألف
درهم إلا ثوبا، يسقط بمقدار قيمة الثوب عن الألف درهم.
٣ - ذهب المحققون من الأصوليين والأكثر إلى أنه يصح الاستثناء إذا بقي
بقية قلت أو كثرت كما في المسالك، وذهب جماعة إلى اعتبار أن يكون الباقي من
المستثنى منه أكثر من النصف، والأصح أنه يصح مطلقا، وإنما يستهجن استثناء
الأكثر، وهذا لا يضر بالحمل عليه في باب الاقرار كما مر، وإنما لا يلزم به في كلام
الشارع الأقدس. وبه يندفع الايراد على الأصوليين بأنهم ذكروا في المقام أن الاستثناء
يصح وإن كان الباقي قليلا، وفي الأصول بنوا على عدم صحة استثناء الأكثر.
(و) يتفرع على القاعدة الأولى أنه إذا ذكر استثناءان وكان الثاني بقدر الأول
رجعا جميعا إلى المستثنى منه ف (لو قال): له علي (عشرة إلا ثلاثة إلا ثلاثة لزمه
أربعة) فإن الظاهر في صورة تعدد الاستثناء إذا كان متعاطفا أو كان الثاني مستغرقا

(١) الكهف آية ٥٠.

(٢) الواقعة آية ٢٦.

والوجه بطلان الاستثناء في درهم ودرهم إلا درهما ولو قال عشرة إلا خمسة
إلا ثلاثة

لما قبله، سواء زاد عليه أو ساواه رجوع الجميع إلى المستثنى منه. هذا إذا لم يحصل
بالاستثناء المتعدد استغراق المستثنى منه وإلا بطل ما يحصل به الاستغراق، كما لو
قال في المثال: له عشرة إلا ثلاثة إلا سبعة، فيبطل استثناء سبعة وتثبت تلك كما هو
واضح.

ويتفرع على الثالثة: ما قاله المصنف ره (والوجه بطلان الاستثناء في درهم
ودرهم إلا درهما) إذ المختار عند جماعة من المحققين ره أن الاستثناء الواقع بعد جمل
متعددة يرجع إلى الجملة الأخيرة، وعليه فالاستثناء مستغرق فيكون باطلا.
ولو قلنا بأن الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة يرجع إلى الجميع، فهل يصح
الاستثناء في المثال ويثبت درهم واحد لأنه حينئذ في قوة قوله: له درهماً إلا درهماً. كما
في الشرايع، أم يبطل أيضاً كما عن الشيخ والحلي والمصنف هنا وغيره، وجماعة من جهة
استلزام صحة الاستثناء حينئذ التناقض والرجوع عن الاعتراف لورود الاقرار على
الدرهم بلفظ يفيد النصوصية فلم يصح اخراج أحدهما بعد أن نص على ثبوته؟
وجهاً: أظهرهما الأول، وذلك يظهر بعد ملاحظة أنه لا خلاف ولا اشكال في أنه لو
قال: له علي درهم إلا نصفه، يكون صحيحاً، ولعل سره أن التجوز عن نصف درهم نصفه،
ونصفا درهم درهم.

بل يمكن أن يقال بصحة الاستثناء حتى على المسالك الأول، فإن رجوع
الاستثناء إلى الجملة الأخيرة خاصة دون الجميع إنما هو فيما إذا لم يستغرق، وأما معه
فيجب العود إلى الجميع، فيجري فيه ما ذكرناه.
(و) من متفرعات الأولى أنه (لو قال): له علي (عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة)

لزمه ثمانية ولو قال عشرة ينقص واحدا لم يقبل

بأن كان الاستثناء الثاني غير معطوف على الأول، وكان أقل من سابقه، فإنه حينئذ يعود إلى متلوه لا إلى المستثنى منه، ففي المثال (لزمه ثمانية).
(و) منها ما (لو قال عشرة ينقص؟ واحدا لم يقبل) بل يلزم بالعشرة على المشهور.

واستدلوا له: بأنه رجوع عن الاقرار، وذكروا في وجه الفرق بينه وبين الاستثناء وقوع الاتفاق على قبوله لوقوعه في فصيح الكلام بخلاف غيره من الألفاظ المتضمنة للرجوع عن الاقرار، وبأن ينقص؟ في المثال جملة أخرى منفصلة عما سبقها فيكون كالمنافي لها فلا يسمع، وهذا بخلاف الاستثناء، فإنه مع المستثنى منه يعدان جملة واحدة يكون الاستثناء جزء منها لا يمكن فصله عنها.

ولكن يتوجه على الأول أن قبول الاستثناء ليس للاجماع بل من جهة أن الاستثناء من الاثبات نفي، ولازم ذلك ظهور مجموع الكلام الملغي في كونه اقرارا بغير ما أخرج به، وهذا يجري في المثال أيضا.

وعلى الثاني أنه لا عبرة بكون الجملتين واحدة أم متعددة، بل الميزان في باب به، وله أن يذكر القرينة الصارفة ولو كانت بجملة أخرى.

فالأظهر أنه يقبل مع الاتصال، ويلزمه التسعة، وعن سيد المدارك: أنه احتمل ذلك قويا لأن الكلام إنما يتم بآخره.

ولو قال هذا لفلان بل لفلان كان للأول وغرم للثاني القيمة ويرجع في النقد والوزن والكيل إلى عادة البلد ومع التعذر إلى تفسيره ولو أقر بالمظروف لم يدخل الظرف ولو قال قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه القفيزان

جملة من فروع الاقرار

الثالث: في جملة من فروع الاقرار:

١ - (ولو قال: هذا لفلان بل لفلان كان للأول وغرم للثاني القيمة) لأنه صار لمن أقر له أولاً، فباقراره أتلف على الثاني ماله الذي أقر به ثانياً. هكذا استدل له. ولكن بما أن بل للاضراب، وأن الانسان قد يسهو وقد يغلط فيستدرك ببل، فالأظهر كونه للثاني خاصة لعدم انعقاد الظهور التام لإقراره للأول ما دام كونه مشغولاً بالكلام وبعد ذكر بل التي هي قرينة على الاشتباه والخطأ، فلا يصدق على ما ذكره أولاً الاقرار بكونه للأول.

٢ - (ويرجع في النقد والوزن والكيل إلى عادة البلد) لأن الألفاظ في الاقرار تحمل على ما يفهم منها بحسب المتفاهم العرفي في المحاورات، وليس إلا ذلك (ومع التعذر) يرجع (إلى تفسيره) بلا خلاف، ولو تعذر الرجوع إليه حمل على الأقل لأنه المتيقن

٣ - (ولو أقر بالمظروف لم يدخل الظرف) أخذنا بالمتيقن، فلو قال لزيد عندي ثوب في منديل أو زيت في جرة أو حنطة في سفينة وما شا كل، لم يكن اقراراً بالظرف، لاحتمال أن يكون مراده في منديل وجرة وسفينة لي، وكذا العكس كما لو قال: لزيد عندي غمد فيه سيف، يكون اقراراً بالظرف دون المظروف.

٤ - (ولو قال): له علي (قفيز حنطة) مثلاً، (بل قفيز شعير) فالمشهور بينهم: أنه (لزمه القفيزان) ويجري فيه ما ذكرناه في الفرع الأول، وعليه فلا يلزمه إلا قفيز

ولو قال قفيز حنطة بل قفيزان لزمه اثنان ولو قال إذا جاء رأس الشهر فله
على ألف أو بالعكس لزمه

شعير.

(ولو قفيز حنطة بل قفيزان لزمه اثنان) بلا خلاف بينهم، بل ولا اشكال
على ما مر منا.

وأما على ما ذكره في الفرعين من حمل (بل) على غير الاضراب، فغاية ما
يمكن أن يستدل به لهم ظهور اللفظ في إرادة دخول الأقل في الأكثر، وهو وإن كان
تاماً إلا أن لزمه البناء في الفرعين السابقين على ما ذكرناه.

٥ - (ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فله على ألف أو بالعكس) بأن آخر
الشرط وقال: له على ألف إذا جاء رأس الشهر (لزمه) ألف، أما لزوم الألف عليه في
الجملة فإن قلنا: بأن الاقرار لا يختص بأخبار ثبوت حق عليه في السابق فواضح بعد
ما عرفت من أن التعليق لا يضر به، وإن قلنا بالاختصاص فإن علم من قصده وعرف
من كلامه إرادة وجود السبب الفعلي للاستحقاق له بعد مجيء رأس الشهر بأن نذر له
مثلاً، صدق عليه الاقرار وشمله دليله، وإن علم منه أنه يخبر عن تحقق السبب في ذلك
الوقت بأن يكون بانياً على النذر له بذلك، فهو وعد لا اقرار، فلا يشمله حكمه، وإن
أطلق ولم يعلم أحدهما فيقبل قوله فيه كما لا يخفى.

وأما عدم الفرق بين تقديم الشرط وتأخيره فهو المشهور بين الأصحاب،
ووجهه أنه لا فرق بينهما في العرف واللغة، وأن الشرط وإن تأخر لفظاً فهو متقدم معنى،
فما عن التحرير من الفرق بينهما ضعيف.

كما أنه قد ظهر مما ذكرناه ضعف ما عن المصنف ره في القواعد وغيرها والشهيد
والكركي وغيرهم من ابتناء المسألة على ظهور اللفظ في كونه تعليقاً أو تأجيلاً، فعلى
الأول يبطل، وعلى الثاني يصح.

والمشهور بين الأصحاب أنه لا فرق بين التعليق على رأس الشهر، أو قدم زيد

بخلاف إن قدم زيد ولو أبهم الجمع على أقله ولو أبهم المقر له كانا خصمين ولهما اليمين على عدم العلم ولو أبهم المقر له ثم عين فأنكر المقر له انتزعه الحاكم

مثلاً، ولم يخالفهم أحد إلا المصنف ره في المقام حيث قال: (بخلاف إن قدم زيد). والأول أظهر التعليق على قدوم زيد صريح في التعليق بخلاف التعليق على مجئ رأس الشهر، فإنه ظاهر في التأجيل، ولا أقل من احتمالها، وهو كما ترى.

٦ - (ولو أبهم الجمع حمل على أقله) لأنه القدر المتيقن الثابت، وفي الزائد عليه يرجع إلى أصالة البراءة، فلو قال: علي دراهم، حملت على الثلاثة بناء على أنها أقل الجمع. اللهم إلا أن يقال: إنه حيث إن القوم قد اختلفوا في أن أقل الجمع هو الثلاثة أو الاثنان، ويحتمل أن يكون المقر ممن يرى كونه اثنين، فتقبل دعواه، فإنه المتيقن الثابت، والزائد مشكوك فيه يرتفع بالأصل.

٧ - (ولو أبهم المقر له) كما لو قال لأحد هذين هذه الدار قبل منه، إذ كما يسمع الاقرار بالمجهول كذلك يسمع الاقرار للمجهول، ثم ألزم بالبيان، فإن عين قبل نحو ما مر في الركن الرابع فإنه حينئذ ذو يد ولو للأصل ينفذ اقراره، وحينئذ لو ادعاه الآخر (كانا خصمين) إلا أن من أقر بها له، ذو يد، فيكون داخلاً والآخر خارجاً، فيترتب عليهما حكم دعوى الداخل والخارج الآتي في كتاب القضاء مفصلاً. (و) لو ادعى الآخر علم المقر بأنها له (لهما اليمين على عدم العلم) وإن ادعى لأنه لو أقر له تبعه بالغرم.

٨ - (ولو أبهم المقر له ثم عين) قبل كما عرفت مفصلاً وحينئذ (ف) إن (أنكر

وأقره في يده بعد يمينه ولو أنكر المقر له بالعبد قال الشيخ يعتق وفيه نظر ولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان له مسائل الأولى يشترط في الاقرار بالولد امكان البنوة والجهالة وعدم المنازع

المقر له) وادعى الآخر (انتزعه الحاكم) من المقر إلى أن يظهر مالكة لأنه ولي من لا ولي له.

(وأقره في يده بعد يمينه) لأنه مكلف بايصاله إلى مالكة بدس ونحوه، وبالحلف تسقط دعوى المقر له.

٩ - (ولو أنكر المقر له بالعبد قال الشيخ رضي الله عنه: يعتق وفيه نظر).

١٠ - (ولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان له الاحلاف).

الاقرار بالولد

بقي في المقام (مسائل: الأولى يشترط في الاقرار بالولد) مضافا إلى ما تقدم اعتباره أمور ثلاثة: (امكان البنوة، والجهالة، وعدم المنازع) بلا خلاف في شئ من تلكم وإن اختلفت تعبيرات القوم عنها.

أقول: إن الأخبار الواردة في ثبوت النسب بالاقرار وإن كانت مطلقة، لاحظ

خبر السكوني عن جعفر (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) عن

علي (عليه السلام): إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه أبدا (١).

وصحيح عبد الرحمان بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن المرأة

تسبي من أرضها ومعها الولد الصغير فتقول: هذا ابني، والرجل يسبي فيلقي أخاه

فيقول: هو أخي، وليس لهم بينة - إلى أن قال - فقال: سبحان الله، إذا جاءت بابنها

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث ٤.

ولا يشترط تصديق الصغير ولا يلتفت إلى انكاره بعد البلوغ
ويشترط في الكبير

أو ابنتها ولم تزل مقرة وإذا أخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين ورث بعضهم من بعض (١) ونحوهما غيرهما.
ولكن مدرك اعتبار القيد الأولين: إنه مع عدم الامكان أو المعلوماتية تكون مخالفة الاقرار للواقع معلومة، فلا يكون مثبتا لأن طريق الاثبات إنما يكون طريقا مع احتمال المصادفة، وأما مع القطع بالخلاف فلا مورد له.
وأما القيد الثالث: فلأنه إذا كان هناك مدع آخر فلا محالة يتعارض الاقراران، فيتعين الرجوع إلى القرعة إن لم يكن لأحدهما بينة، والنصوص (٢) الواردة في وطء الشركاء الأمة المشتركة مع تداعيهم جميعا في ولدها شاهدة بذلك.
(ولا يشترط تصديق الصغير) بلا خلاف فيه، وعن جامع المقاصد: الاجماع عليه لاطلاق الأدلة، بل (ولا يلتفت إلى انكاره بعد البلوغ) لثبوت النسب قبل البلوغ، ولا ينتفي بإنكاره.
(ويشترط) التصديق (في الكبير) كما عن المبسوط وجميع من تأخروا عنه، فإن ما دل على ثبوت البنوة بالاقرار مختص بالولد الصغير، وفي الكبير لا بد من الرجوع إلى عمومات الاقرار، وهي تقتضي ثبوت النسب من جهة المقر خاصة، وأما من جهة الولد فهو اقرار في حق الغير، ولا يكون جائزا فيعتبر تصديقه. ثم على فرض تصديقه إنما يثبت بالاقرارين خصوص البنوة والأبوة دون حواشيها، لكونهما من قبيل الاقرار في حق الغير، إلا أن يكون قولهما واجد الشرائط الحجية.

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وفي غير الولد ومع تصديق غير الولد ولا وارث ولا يتعدى التوارث إلى غيرهما ولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل في النسب

لا يقال إن هذا الوجه يقتضي عدم ثبوت حواشي البنوة والأبوة كالجودة والعمومة وما شا كل في الاقرار بالولد الصغير، فإنه يتوجه عليه أنه خارج بالاجماع والنصوص الدالة على ثبوت البنوة بالاقرار التي من متفرعاتها العناوين الأخر. هذا كله في الاقرار بالولد، (و) أما (في غير الولد) فلا اشكال في اعتبار تصديق الآخر، وإلا لزم نفوذ الاقرار في حق الغير بلا دليل خاص دال عليه، (ومع تصديق غير الولد ولا وارث) لهما (يتوارثان) بلا خلاف.

وتشهد به النصوص، منها ما مر، ومنها صحيح الأعرج عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجلين حميلين جيء بهما من أرض الشرك فقال أحدهما لصاحبه: أنت أخي، فعرفا بذلك ثم أعتقا ومكثا مقرين بالأخاء، ثم إن أحدهما مات قال (عليه السلام): الميراث للأخ يصدقان (١).

(ولا يتعدى التوارث إلى غيرهما) لعدم جواز الاقرار في حق الغير، (ولو كان له) أي للمقر (ورثة مشهورون) في نسبه (لم يقبل في النسب) ولو تصادقا، لأن الإرث ثابت شرعا المال أو بعضه، فهو اقرار على الغير ولا يكون نافذا. هذا في غير الولد مما لا كلام فيه ولا خلاف، وأما فيه فإن كان الولد صغيرا فلا خلاف في قبوله فيه، واطلاق النصوص واجماع فقهاء الأمة شاهدان به، وإنما الخلاف في الولد الكبير، ومنشأه الاجماع على ثبوت النسب مع التصديق، وأن منشأه دليل الاقرار غير الشامل له. وأيضا المتيقن من معقد الاجماع غير الفرض، والأظهر هو الثاني.

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة حدث ٢.

الثانية لو أقر الوارث بأولى منه دفع ما في يده إليه ولو كان مساويا دفع
بنسبة نصيبه من الأصل ولو أقر باثنين فتناكرا لم يلتفت إلى تناكرهما
ولو أقر بأولى منه ثم بأولى من المقر له فإن صدقه دفع إلى الثالث وإلا؟

(الثانية: لو أقر الوارث بأولى منه) كما إذا أقر الأخ بولد للميت.
(دفع ما في يده إليه) من المال لإقراره بأنه أولى منه.
فإن قيل: إن الإقرار إنما يثبت به عدم كون المال له، فما المثبت لكونه للمقر
له.

قلنا: إن مدركه: قاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به التي هي قاعدة
عقلائية ومجمع عليها، أو ما دل على أنه يقبل أخبار ذي اليد عما تحت يده (١)، أو أنه
إذا ادعى المقر له المال كانت دعواه من قبيل دعوى لا معارض لها فيشمها ما دل على
أنها تسمع (٢).

(ولو كان) المقر له (مساويا له) في الميراث كما لو أقر الابن بابن آخر للميت
(دفع) إليه (بنسبة نصيبه من الأصل ولو أقر باثنين) دفعة (فتناكرا لم يلتفت إلى
تناكرهما) لأن استحقاقهما للإرث إنما ثبت في حالة واحدة، ونسبة السبب إليهما على
حد سواء، ويثبت لكل منهما بنسبة نصيبه من الأصل، وانكار الآخر لا أثر له.
(و) أما (لو أقر) أولا (بأولى منه) كما لو أقرأ لعم مثلا بالأخ، (ثم) أقر ثانيا
(بأولى من المقر له) كالولد (فإن صدقه) المقر له بالأول (دفع) المال (إلى الثالث)
كان المقران عدلين أم لم يكونا، نعم إن كانا عدلين يثبت باقرارهما النسب ويترتب
عليه جميع أحكامه ولوازمه وملازماته (وإلا) بأن أكذب الأخ العم في كون المقر به ثانيا

(١) وهي النصوص الواردة في الموارد المخصوصة بل يستفاد منها أن حجته كانت أمرا مفروغا راجع
رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة ص ٧٨.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب كيفية الحكم كتاب القضاء وباب ١٥ من أبواب كتاب اللقطة وباب ٣٦
من أبواب الصيد.

ولد الميت لم يدفع المال إلى الثالث قطعاً، فإن الثاني استحق المال بالاقرار الأول، ولا يقبل الاقرار الثاني في حقه، لأنه اقرار في حق الغير، بل يدفع المال بمقتضى الاقرار الأول (إلى الثاني)، وهذا لا كلام فيه.

(و) إنما الكلام في ما ذكره من أنه ي (غرم للثالث) وذكروا في وجهه أنه بالاقرار الثاني يجب عليه دفع المال إلى الثالث، ولكن بما أنه أتلفه عليه قبل ذلك بالاقرار الأول فيكون ضامناً له.

وبعبارة أخرى: إن الاقرار الثاني وقع بعد تعلق حق الغير به، فلا ينفذ فيه في نفس العين، لكن أن ذلك لما كان من جهة اقراره الأول صار هو السبب للحيلولة، فيغرم للثالث. وفي المقام مورد للبحث:

١ - إنه إن تم ذلك لا بد وأن يقيد بما إذا كان بعد دفع المال إلى الثاني، أو مع نفي الوارث غيره، وإلا فلو أقر بأخوة شخص للميت ولم يدفع المال إليه ثم أقر بولدية شخص آخر فلا تنافي بين الاقرارين، ولا يجب عليه إلا دفع المال إلى الثالث حينئذ، ووجهه واضح.

٢ - إنه إذا أقر بوارثية شخص دفع إليه المال أم لا، فقد خرج المال عن تحت تصرفه، فالاقرار الثاني بكونه لشخص آخر وأنه الوارث دون الأول ليس اقراراً على نفسه ولا فيما يملك التصرف فيه، فما الوجه في ثبوت الحق للثالث ولزوم الغرامة. والذي يختلج بالبال عاجلاً في وجهه - وإن كان يحتاج إلى تأمل زايد - أمران: أحدهما: إن قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به جارية بعد زوال ملك التصرف إن كان اقرار بشيء في حال ملك التصرف - كما يظهر من جماعة، منهم فخر الدين في الإيضاح في مسألة اختلاف الولي والمولى عليه بعد الكمال، حيث رجح قول الولي، وقال: إن الأقوى على كل من يلزم فعله غيره يمضي اقراره بذلك الفعل عليه،

ولو أقر الولد بآخر ثم أقر بثالث وأنكر الثالث الثاني كان للثالث النصف
وللثاني السدس ولو كانا معلومي النسب لم يلتفت إلى انكاره
الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين

ومنهم الشيخ في ظاهر محكي مبسوط حيث صرح بعدم إرث الزوجة في مسألة اقرار
المريض في حال مرضه بالطلاق في حال الصحة - إذ الظاهر أنه لا مستند له سوى
عموم نفوذ اقرار المقر على ما ملكه ولو في الزمان الماضي، وعليه فمقتضى هذه القاعدة
أنه يمكن الاقرار بكون المال للثالث، وإذا ثبت ذلك حيث إنه أتلفه عليه باقراره
الأول فهو الضامن له.

ثانيهما: أن يقال: إنه بالاقرار الثاني حيث إنه إنما يكون في حين ما تلف المال
إنما يقر باشتغال ذمته ببطل المال، وهذا اقرار على نفسه فيؤخذ به.

(ولو أقر الولد بآخر ثم أقر بثالث) شاركهما في الإرث بالنسبة، (و) إن (أنكر
الثالث الثاني) قالوا: (كان للثالث النصف) لأن إرثه ثابت باعتراف الأولين، فهو
أحد الاثنين المتفق عليهما، فيكون له النصف، وللأول الثلث لأنه باعترافه أحد
الثلاثة، فليس له إلا ثلث التركة، (و) يبقى (للثاني السدس) وهو يثبت له باعتراف
الأول، ولا ادعاء للثالث بالإضافة إليه، لأنه يعترف بأنه لا يستحق أكثر من النصف.
وربما يشكل على ذلك بأن الأول والثاني معترفان بأن الثالث غاصب لسدس
المال، فكما أنه لو غصب شيئاً من المال المشترك كان على الشريكين، فكذلك في المقام،
فلا بد من تقسيم النصف بينهما.

ويمكن أن يقال بقسمة المال بينهم أثلاثاً، فإن اقرار الأولين بثالث ليس إلا
اقراراً باستحقاقه ثلث المال، فلا يستحق إلا بهذا المقدار، ولا أثر لانكاره نسب الثاني،
(و) هذا هو الأظهر، فكما أنه (لو كانا معلومي النسب لم يلتفت إلى انكاره) كذلك
مع عدم معلوميته.

(الثالثة: يثبت النسب بشهادة عدلين) بلا خلاف لعموم ما دل على حجية

لا برجل وامرأتين ولا برجل ويمين ولو شهد الأخوان بابن للميت وكان
عادلين كان أولى منهما ويثبت النسب، ولو كانا فاسقين ثبت الميراث دون
النسب

البينة (لا برجل وامرأتين ولا برجل ويمين) على قول، وسيأتي الكلام فيه مفصلاً في
كتاب الشهادات.
(ولو شهد الأخوان بابن للميت وكانا عادلين كان أولى منهما ويثبت
النسب، ولو كانا فاسقين ثبت الميراث دون النسب) ويظهر وجه الجميع مما تقدم
آنفاً.

(٢٣٥)

الفصل السابع في الوكالة

وهي استنابة في التصرف في أمر من الأمور في حال حياته، ويخرج بقيد في التصرف الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ، وبقيد في حال حياته الوصاية فإنها استنابة بعد الموت.

وأما ما في المسالك من الفرق بين الوكالة والوصاية بأن الوصاية اعطاء ولاية، ففيه تأمل يأتي الكلام عليه في كتاب الوصاية، وأما الفرق بينها وبين العارية فهو أنه في العارية ليس استنابة في التصرف ولا يتصرف المستعير في العين نيابة عن مالكها، وهو واضح، وكذا المضاربة والمزارعة والمساقاة، فإن حقيقتها ليست استنابة كما مر في أبوابها.

ولا اشكال في مشروعيتها، وفي الجواهر: بل لعله من ضرورة الدين. وقد يستدل لها بقوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف) (١) فإن هذه وكالة، واحتمال كونه من الإذن لا من الوكالة يدفعه أن ظاهره توكيل أحدهم في الشراء بمالهم للجميع، ولكنه مختص بالأمم السابقة، ومع ذلك فليس في الآية ما يشهد بأنها كانت مشروعة في مذهبهم كي يستصحب.

(١) الكهف آية ٢٠.

ولا بد فيها من الايجاب والقبول وإن كان فعلا أو متأخرا

وأما قوله تعالى (اذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيرا) (١) فعدم كونه وكالة ظاهر.

ويمكن أن يستدل لها بقوله عز وجل (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) (٢) وتقريب الاستدلال به كما عن التذكرة: أنه جوز العمل، وذلك بحكم النيابة عن الشخص.

وكيف كان: فمشروعيتها من الواضحات، وعليها بناء العقلاء، والنصوص الدالة عليها متواترة ستأتي إلى جملة منها الإشارة.

الوكالة من العقود

وتمام الكلام بالبحث في مقامات: الأول: في العقد وما يلحق به، (و) فيه مسائل:

١ - المشهور بين الأصحاب: إن الوكالة من العقود ف (لا بد فيها من الايجاب والقبول)، ويتحقق ايجابها بكل ما يدل على الاستنابة، وقبولها بكل ما دل على الرضا بذلك (وإن كان فعلا أو متأخرا).

وأورد عليهم في ملحقات العروة تارة: بأنه لو قال: وكلتك في بيع داري، فباعه صح بيعه، والظاهر ذلك وإن غفل عن قصد النيابة وعن كونه قبولا لايجابه، مع أنها لو كانت من العقود لزم عدم صحة بيعه لعدم تمامية الوكالة قبله.

وأخرى: بأنه إن كانت الوكالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها مع أنه

(١) سورة يوسف آية ٩٣.

(٢) التوبة آية ٦٠.

اعتبار التنجيز في الوكالة

٢ - (و) المشهور بين الأصحاب: أنه يعتبر (التنجيز) في الوكالة، فلا تصح معلقة على شرط متوقع كقدوم الحاج، أو صفة مترقبة كطلوع الشمس، وعن التذكرة: الاجماع عليه، وفي المسالك: من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا، وفي الجواهر: الاجماع بقسميه عليه.

وقد علله بعضهم بما عللوا به لاعتبار التنجيز في جميع العقود، وقد ذكرناه والجواب عنه في كتاب البيع وعرفت هناك أنه لا دليل على اعتباره فيها سوى الاجماع، ونفس ذلك يقتضي اعتباره في المقام، فما في ملحقات العروة من أن الأقوى صحتها لعدم الدليل على بطلانها وشمول الاجماع على اشتراط التنجيز في العقود لمثل المقام غير معلوم، غير تام، أولاً: لأنه بعد كونها من العقود يشملها معقد ذلك الاجماع، وثانياً: إنه قد مر أن الاجماع قائم على اعتباره في المقام بالخصوص، فلا اشكال فيه، كما لا اشكال في أنه يجوز تنجيزها وتعليق التصرف على شرط أو صفة أو اشتراط تأخير التصرف إلى زمان كذا، كما هو المشهور بين الأصحاب، بل عليه الاجماع عن التذكرة والمسالك وغيرهما.

إنما الكلام في أنه إذا علق الوكالة على شرط وبطلت فهل يجوز التصرف بعد حصول الشرط كما عن التذكرة وغيرها، أم لا يجوز كما عن جماعة؟ وجه الأول إن الفاسد بمثل ذلك هو العقد، وأما الإذن الموجود في ضمنه فهو باق، وأن الوكالة أخص من الإذن، وعدم الأخص لا يلازم عدم الأعم. ولكن يتوجه على الأول: إن الإذن الموجود إنما هو الإذن بتصرف الوكيل

الوكالة جائزة من الطرفين

٤ - (وهي جائزة من الطرفين) بلا خلاف كما عن التذكرة، واجماعا كما عن ظاهر الغنية، فلكل منهما ابطالها، والكلام في موردين:
الأول: في عزل الوكيل نفسه، فالمشهور بينهم أنه يعزل بمجرد العزل، وأنه لا فرق في بطلان الوكالة بذلك بين اعلام الموكل وعدمه، وصرح جماعة منهم: بأنه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل، وفي ملحقات العروة: الأقوى عدم البطلان بعزله إن لم يكن اجماع، وسبقه في ذلك المحدث البحراني ره، ولم يذكروا لبطلانها بعزل الوكيل نفسه وجها يمكن الاستناد إليه بعد كون الوكالة من العقود.
ومقتضى عموم أدلة لزوم العقد لزومها أيضا، وكونها جائزة من طرف الوكيل، فإن العقد اللازم من طرف والجائز من الطرف الآخر، لا محذور في ثبوته، بل هو موجود كالرهن، فإنه لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن، والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد ولازمة من طرف المولى، وعلى ذلك فإن كان هناك اجماع وإلا فالأظهر عدم البطلان مطلقا، بل ظاهر النصوص الآتية الحاصرة لبطلان الوكالة بما لو أعلمه بالخروج عدم البطلان بعزل الوكيل نفسه.
ثم إن الكلام في صحة التصرف بالإذن الضمني على فرض القول بالبطلان هو الكلام فيها المتقدم في المسألة الثانية، وقد عرفت في تلك المسألة أن الأظهر عدم الصحة، فكذلك هنا، وللمصنف ره في المسألتين أقوال ثلاثة، ففي القواعد جزم في هذه المسألة بصحة التصرف، وفي تلك المسألة جعل الصحة احتمالا، وفي التذكرة عكس

ولو عزله الموكل بطل تصرفه مع علمه بالعزل

ما في القواعد، وعن التحرير والارشاد اطلاق القول بالبطلان فيهما، وقد مر ما به يظهر أن الحق هو عدم الصحة في الموردين.

الثاني: في عزل الموكل الوكيل لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (لو عزله الموكل بطل تصرفه) لبطلان وكالته، والأخبار شاهدة بذلك، إنما الكلام في أنه هل يحكم بالبطلان (مع علمه بالعزل) خاصة كما هو المشهور فلا يعزل الوكيل بعزل الموكل إياه إلا مع اعلامه به، فلو تصرف قبل ذلك نفذ على الموكل، أم يحكم به بعد اعلامه به إن أمكن، وإلا فمع الاشهاد كما عن الشيخ في النهاية وأبي الصلاح وابني البراج وحمزة والحلي، أم يعزل بعزله مطلقا كما عن القواعد؟

والأظهر هو الأول لجملة من النصوص، لاحظ صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلانا عن الوكالة، فقال (عليه السلام): إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فإن الأمر واقع ماض على ما امضاء الوكيل كره الموكل أم رضي، قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم العزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه قال: نعم، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء قال (عليه السلام): نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة (١).

وصحيح معاوية بن وهب عنه (عليه السلام): من وكل رجل على امضاء أمر

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث ١.

من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج كما أعلمه بالدخول منها (١).
وخبر أبي هلال الرازي القريب من الصحة لتضمن سنده على جماعة جملة من
أصحاب الاجماع، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل وكل رجلا يطلق امرأته إذا
حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به وأنه بدا له
في ذلك (عليه السلام): فليعلم أهله وليعلم الوكيل (٢).
وصحيح العلا بن سيابة الطويل المتضمن للانكار على من فرق في هذا الحكم
بين النكاح وغيره، وأنه ينزل في الأول بالاشهاد دون الثاني، ولحكم أمير المؤمنين
(عليه السلام) بذلك مع الاشهاد وعدم الاعلام (٣).
وأما القول الثاني فلم أظفر بما يمكن أن يستدل به له سوى الاجماع الذي
ادعاه ابن زهرة وهو كما ترى، بل اطلاق الخبرين يدل على عدم تمامية هذا
القول، كما أن جميع النصوص تدل على خلاف ما عن القواعد، ومعه لا يصغى إلى ما
استدل به له من أن الوكالة جائزة من الطرفين، فلا بد وأن تبطل بالعزل وإن لم يعمله،
ولا إلى ما قيل من وجود رواية بذلك، التي لم تصل إلينا وغايتها كونها رواية مرسلة لم
يعمل بها الأصحاب، فالأظهر أنه يتوقف بطلان الوكالة على اعلامه بالعزل وإلا فهي
ثابتة أبدا كما صرح به في النصوص.

-
- (١) الوسائل باب ١ من أبواب الوكالة حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث ٣.
(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث ٢.

اشترط الوكالة في عقد لازم
٥ - إذا شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة في ضمن عقد لازم فالمشهور
أنها لازمة.

واستدلوا له: بأن الوكالة وإن كانت جائزة إلا أنها تلزم إذا جاءت من قبل
الشرط.

توضيح ما أفادوه: إن الدليل دل على أن عقد الوكالة من العقود الجائزة يجوز
فسخه، فالجواز من آثار العقد لا من أحكام الوكالة من حيث هي، وعليه فإذا شرط
الوكالة على نحو شرط النتيجة بناء على صحة شرط النتيجة كما هو الحق يكون
السبب حينئذ هو الشرط، وهو لازم بمقتضى أدلة لزوم الشرط (١)، ونظير ذلك أن الهبة
- أي التملك مجاناً - جائزة يجوز للواهب الرجوع فيها، ولكن لو شرط في ضمن عقد
لازم ملكية شيء مجاناً ليس له أن يرجع فيها، فكذلك في المقام والظاهر أن الحكم
كذلك فيما لو شرطها في عقد جائز بناء على أن الشرط في ضمنه لازم الوفاء ما دام بقاء
العقد. نعم له أن يفسخ العقد فيبطل الشرط، ولعله يكون هذا هو مراد المشور حيث
ذهبوا إلى أن الوكالة المشترطة في ضمن عقد جائز جائزة.

ولو شرط في ضمن عقد الوكالة أن لا يعزله، فالظاهر أنه يجب عليه عدم
العزل، فهل ينعزل لو عزله؟ الظاهر عدم الانعزال، لا من جهة حرمة العزل فإن حرمة
العقد والايقاع لا تستلزم الفساد وكذا الفسخ، ولا لما قيل من أنه خلاف مقتضى

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

وتبطل بالموت والجنون والاعماء وتلف متعلقها وفعل الموكل

الشرط، فإنه إن كان الشرط عدم الانعزال بالعزل كان شرطاً خلاف الكتاب والسنة، وإن كان عدم العزل فغاية مقتضاه وجوب ذلك فلا يجوز العزل، أما عدم تأثير العزل فهو خارج عن الشرط، بل لأن مقتضى العمومات كون الوكالة كسائر العقود لازمة، خرج عنها ما لو لم يشترط عدم العزل بمقتضى النصوص الخاصة المتقدمة، فتبقى صورة الاشتراط داخلة تحت العمومات.

وبذلك يندفع ما أورد على لزوم الوكالة حينئذ بالدور بدعوى أن لزوم الشرط موقوف على بقاء الوكالة، وبقاء الوكالة موقوف على لزومه وإن كان هو غير وارد حتى على الوجهين الأولين، فإن لزومه؟ ليس موقوفاً على بقاء الوكالة بل على ايقاع عقدها، وقد حصل.
موارد بطلان الوكالة

٦ - (و) قد ذكر الأصحاب: أنه (تبطل) الوكالة (بالموت والجنون والاعماء وتلف متعلقها وفعل الموكل)، وتفصيل الكلام بالبحث في موارد:
الأول: في الموت، أما في صورة موت الوكيل فالبطلان ظاهر، فإن الوكالة فائمه به ومجعولة له فبموته ترتفع قهراً. ودعوى أن الوكالة من الحقوق فتنقل إلى الورثة من حيث كونها حق تركه الميت فلوارثه، يدفعها أن الحق القابل للبقاء ينتقل إلى الوارث، وهذا الحق الذي قوامه بالوكيل نفسه غير قابل للبقاء، حتى لو كانت مشروطة في ضمن عقد لازم، إذ الشرط هو وكالة الوكيل نفسه لا مطلق الوكالة. نعم لو اشتراط وكالة وارثه بعد موته صح وإن كان الشرط في ضمن عقد

الوكالة، فيصير الوارث وكيلا لا لبقاء الوكالة بل للشرط، ولا يضر مثل هذا التعليق لعدم اشتراط التنجيز في الشرط، ولعدم شمول معقد الاجماع لما كان مفاد العقد المنجز مع الشرط المعلق في ضمنه واحدا فتدبر فإنه دقيق.

وأما في صورة موت الموكل، فقد استدلوا لبطلان الوكالة فيها: بالاجماع على بطلان العقود الجائزة بالموت، والاجماع على بطلان الوكالة بموته بالخصوص، وبأن مناط جواز تصرف الوكيل هو الإذن وينقطع بالموت، وبأن المال بعد موته ينتقل إلى الورثة فيتوقف التصرف على إذنه، وبموثق ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب فانكحوا الغائب وفرض الصداق ثم جاء خبره أنه توفي بعد ما سبق الصداق فقال (عليه السلام): إن كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث، وإن كان قد أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق وهي وارثة وعليها العدة (١). ونحو صحيح أبي ولاد (٢). وفي الجميع مناقشة: أما الأولان: فلعدم ثبوت الاجماع التعبدية، مع أنه قد عرفت عدم كون الوكالة من العقود الجائزة بقول مطلق، بل هي لازمة من بعض الجهات.

وأما الثالث: فلأنه لا يعتبر في جواز تصرف الوكيل بقاء الإذن والرضا، ولذا لو وكله ثم سها عن توكيله بالمرّة بحيث لم يبق في خزانة النفس نفذ تصرفه، وأيضا قد عرفت أنه مع العزل والاشهاد على عدم الإذن والرضا لا تبطل الوكالة ما لم يعلمه بذلك.

(١) الوسائل باب ٢٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٢ -
(٢) الوسائل باب ٢٨ من أبواب عقد النكاح حديث ١.

وتصح فيما لم يتعلق غرض الشرع بايقاعه مباشرة

وكل في بيعه ونحو ذلك، فالوجه في بطلان الوكالة حينئذ ظاهر، لأن الوكالة كما مر استنابة في التصرف، فمع تلف المتعلق لا تصرف، فلا معنى للاستنابة حينئذ، نعم لو وكله في شراء شيء ودفع إليه دينارا ثمنا له، ولم يقم القرينة على التقييد بما دفعه، تبقى الوكالة، ولكنه خارج عن محل البحث لعدم تلف المتعلق حينئذ.

الرابع: في فعل الموكل نفسه كما لو وكله في بيع داره ثم باعها مباشرة، ووجه بطلان الوكالة في هذا المورد ظاهر مما مر.

ولا تبطل الوكالة بالنوم، ولا بعروض النسيان لأحدهما، ولا بالسكر، ولا بالفسق إن لم تعلق الوكالة على العدالة، بل ولا بالحجر. أما على الوكيل فواضح، وأما على الموكل فلأن الحجر وإن كان موجبا لعدم جواز تصرف الوكيل في مال الموكل ما دام بقاء المحجورية، ولكن لا يوجب بطلانها بحيث لا يصح تصرفه بعد رفع الحجر إلا أن يكون هناك اجماع.

ما تصح فيه الوكالة

(و) المقام الثاني: فيما (تصح في) - ه الوكالة، وهو كل (ما) تكامل فيه شرطان غير ما مر من المعلوماتية: أحدهما: أن يكون مملوكا للموكل، بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع، فلا تجوز الوكالة في الأمور المستحيلة عقلا أو المنونة شرعا كالغصب والسرفة والقتل، فلو غصب أو سرق أو قتل بوكالة كان آثما وعليه الضمان دون ذلك الغير.

ثانيهما: إن (لم) يتعلق غرض الشرع بايقاعه مباشرة) فكلما كان يدخل فيه النيابة تصح فيه الوكالة لأنهما زوجان، وهذا مما لا كلام فيه.

إنما الكلام في الموارد المشكوك فيها التي لم يدل دليل خاص على جريان النيابة فيها كالنكاح والطلاق وما شاكل، ولا على عدم جريانها فيها كالواجبات من الصلاة والصيام وغيرهما، فعن المشهور: إن الأصل صحة النيابة، ولذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على عدم الصحة واعتبار المباشرة في موارد الشك. وقد استدل لذلك: بأصالة عدم اشتراط المباشرة، وبالأخبار المتقدمة الدالة على عدم انعزال الوكيل إلا باعلامه بالعزل، إذ مقتضى اطلاقها صحة الوكالة في كل أمر، لاحظ قوله (عليه السلام): من وكل رجلا على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج عنها. وبعموم قوله تعالى (أوفوا بالعقود) (١) بدعوى شموله للوكالة. ومعاملاته على ما مر في كتاب الحجر. لكن يتوجه على الأصل أن البناء على الصحة يتوقف على عموم يدل عليها، وأصالة عدم الاشتراط لا تكفي ولا يثبت بها العموم، بل الأصل هو عدم ترتب الأثر على فعل الغير، وعلى الأخبار أنها في مقام بيان حكم آخر، فلا اطلاق لها من جهة صحة الوكالة في كل أمر من الأمور، وعلى عموم الآية أنها دليل اللزوم لا الصحة، أضف إليه أن التمسك بها على فرض دلالتها على الصحة أيضا تمسك بالعام في الشبهة المصداقية، إذ لا ريب في أنه خرج عنه ما يعتبر فيه المباشرة، فمع الشك في اشتراطها لا يصح التمسك بالعموم. فالحق أنه في ما تعلق به التكليف أعم من الوجوب والاستحباب مقتضى اطلاق دليله اعتبار المباشرة - كما حقق في محله - وأما في غير ذلك من الموارد كباب

(١) المائدة آية ٢.

العقود والايقاعات فيمكن البناء على عدم اعتبار المباشرة بوجهين: أحدهما: التمسك باطلاق دليل الوكالة المقامي، بتقريب: إن الشارع الأقدس شرع الوكالة ولم يبين ما تصح فيه وما لا تصح، فيستكشف ايكاله ذلك إلى العرف، ومن المعلوم أنه لا يشترط المباشرة عند العقلاء في شيء من العقود والايقاعات، فتصح الوكالة فيها شرعا. ثانيهما: اطلاق أدلة العقود والايقاعات، إذ لا تدل أدلتها الأعلى اعتبار انتساب العقد أو الايقاع إلى من يكون موضوع الأثر المترقب منه، ومن الواضح أنه بإذن الموكل ينتسب العقد أو الايقاع إليه. وبعبارة أخرى: إن ظاهر الأدلة وإن كان اعتبار استناد عناوين العقود والايقاعات إلى الموكل، إلا أنه لما كان هي أسامي للمسببات لا الأسباب، والمسببات تستند إليه بالإذن، وإن كان السبب غير منتسب إليه ومستندا إلى فاعله بالمباشرة، فمقتضى اطلاق تلك الأدلة صحة الوكالة والنيابة في الجميع إلا ما خرج بالدليل. ويمكن أن يستدل: بالسيرة العقلائية، بل والتمشيرية أيضا على ذلك. وبما ذكرناه يظهر الحال في جميع الموارد المشكوك فيها كما لا يخفى. عدم جواز تعدي الوكيل المأذون

الثالث: في بيان وظيفة الوكيل بالنسبة إلى العمل بما وكل فيه، (و) فيه مسائل:

١ - (لا) يجوز أن (يتعدى الوكيل المأذون) فيه من حيث الجنس والنوع والشخص والوصف والقدر والعين والذمة والنقد والنسيئة ونوع المعاملة والزمان والمكان وما شاكل، ولو خالف توقف على الإجازة فيما يقبلها وبطل فيما لا يقبلها، واستثنى من ذلك ما لو علم عرفا كون التعيين من باب المثال، كما لو قال: بعه بثمان

كذا، وعلم أن لا غرض له في خصوص ذلك المقدار، وإنما الغرض في عدم الأقل، فيجوز بيعه بالأزيد. هذا كله مما لا كلام فيه.

إنما الكلام في الاستثناء المذكور في المتن، قال: (إلا في تخصيص السوق) فإن معنى ذلك صحة معاملة حينئذ لو باعه في سوق آخر، مع أن جماعة حكموا بالضمان. وجه الاشكال: إن الحكم بالضمان يتم مع عدم الإذن، والصحة إنما تكون في صورة الإذن، فكيف يجتمع الحكم بالصحة مع الحكم بالضمان. وقد دفع في الرياض ذلك بأن الإذن المفهوم غايته الدلالة على صحة المعاملة خاصة دون نقل العين عن مواردها المعينة، ولا تلازم بينهما بالبديهة، فإن الإذن المفهوم ليس إلا من حيث الأولوية، ولا تحصل إلا حين جريان المعاملة لا قبلة، إذ منشأ الأولوية ليس إلا زيادة الثمن عما عينه، وهي قبل المعاملة غير حاصلة، وحينئذ فتكون اليد عادية عليها ضمان ما أخذته.

وفيه: إن الإذن في الشيء إذن في مقدماته، ولذا يحكم بعدم الضمان فيما لو وكله في بيعه في أي سوق شاء، مع أن هذا البرهان يقتضي الضمان فيه، فإنه لم يأذن له في نقله إلى السوق، وإنما المأذون هو البيع في السوق، والحل ما أشرنا إليه من أنه لو سلم شمول الإذن له لا محالة يكون ذلك إذنا في مقدماته، ولا أقل من عدم كون يده في طريق نقله إلى السوق لبيع فيه يدا عادية مشمولة للحديث (١).

وعن المصنف ره في التذكرة: التفصيل بين كون المحل المعين سوقا فعديل إلى سوق آخر فحكم بعدم الضمان، وبين كونه بلدة معينة فعديل عنها إلى بلدة أخرى فحكم الضمان مع الصحة لو نقله إليها وأجرى المعاملة عليه فيها.

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

وأورد عليه سؤال وجه الفرق بينهما، ويمكن أن يقال: إن نظره الشريف إلى أنه مع تعيين سوق خاص يكون ذلك بحسب الغالب من باب المثال، فيستفاد الإذن في المعاملة في سوق آخر، والإذن في الشيء إذن في مقدماته، فلا ضمان عليه لو تلف، وأما مع تعيين البلدة فبحسب المتفاهم العرفي يعلم أنه لا نظر له إلى بلدة خاصة، إنما عينها حفظاً للمال عن التلف في السفر، فيستفاد الإذن منه في المعاملة في بلد آخر على تقدير لا مطلقاً، وهو وصول المال سالماً تلك البلدة، فالنقل إليها ليس مأذوناً فيه، والمعاملة مأذون فيها على تقدير النقل. فتدبر فإنه دقيق.

ويمكن أن يكون نظر من جمع بين الحكمين في السوق أيضاً إلى ما ذكرناه.

٢ - (ولو عمم التصرف) كما إذا وكله في كل قليل وكثير مما له فعله (صح) وفاقاً للشيخين والحلي والقاضي والديلمي وعامة المتأخرين عدا قليل منهم لا طلاق الأدلة كما مر.

وعن الخلاف والشرائع وفخر المحققين: عدم الصحة، لأن فيه غرراً عظيماً، لأنه ربما ألزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء أو ما يؤدي إلى ذهاب ماله كأن يزوجه بأربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول، فيلزمه نصف مهورهن، ثم يزوجه بأربع أخرى وهكذا. ويندفع ذلك بما اتفقت كلماتهم عليه من أنه يشترط في صحة تصرفات الوكيل أن تكون (مع المصلحة) فلا اشكال في أنه يمضي تصرفاته حينئذ (إلا في الاقرار) كما عن الأكثر، إما لأنه لا تدخله النيابة لاختصاص حكمه بالمتكلم إذا أنبأ عن نفسه لظهور قوله صلى الله عليه وآله: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١).

وبعبارة أخرى: هو من مقولة اللفظ والمبرز لا من مقولة المعنى، فاقرار الوكيل

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الاقرار.

مع المصلحة إلا في الاقرار والاطلاق يقتضي البيع حالا بثمن المثل ينقد البلد وابتياح الصحيح وتسليم المبيع في البيع وتسليم الثمن في الشراء

غير اقرار الموكل، ودليل الجواز مختص باقرار الانسان نفسه، أو لأنه خلاف المصلحة المشترطة في تعميم الوكالة.

٣ - لو أطلق التصرف - أي لم يقيده بقيد ولا عممه كما لو أطلق البيع وقال: وكتلك في البيع ولم يعين ثمننا ولا نقدا ولا حلولا ولا صحيحا - فالمشهور بين الأصحاب لزوم رعاية ما ينصرف إليه الاطلاق ولذا قالوا: (والاطلاق يقتضي البيع حالا بثمن المثل بنقد البلد وابتياح الصحيح) فلو باع بأقل من ثمن المثل بما لا يتسامح فيه وقف على الإجازة، وكذا لو باع نسيئة مع امكان النقد وقف على الإجازة، إلا إذا كانت المصلحة في النسيئة، وكذا الحال في البيع بغير نقد البلد وفي شراء المعيب. نعم إذا كان العيب خفيا في يصح البيع ويكون للموكل خيار العيب، إذ المأذون فيه هو المعاملة على النحو المتعارف، فيكون الشراء من الوكيل غير مخالف لمقتضى الوكالة فتصح. غاية الأمر يثبت الخيار للموكل بمقتضى دليله، وربما يكون الشراء بغير ثمن المثل أيضا من هذا القبيل.

وبالجملة: المناط كون المعاملة على المتعارف أو خلافه، ففي الأول تصح مع الخيار بخلاف الثاني.

٤ - المشهور بين الأصحاب: إن اطلاق التوكيل في البيع (و) الشراء يقتضي (تسليم المبيع في البيع وتسليم الثمن في الشراء) لأن الوكيل هو الملك فيجب عليه تسليم ما ملكه، وفي ملحقات العروة: إنه لا وجه له ومحل منع.

أقول: يمكن توجيه كلام المشهور بوجهين: أحدهما: إنه إذا تحقق البيع بإذن الموكل فقد انتقل مال الموكل إلى طرف المعاملة، فما في يد الوكيل ليس للموكل بل للطرف، ويجب رد المال إلى صاحبه، فإن قيل: فعلى هذا لو اشترط عليه عدم التسليم

- بطل الشرط، قلنا: إنه لو اشترط عليه ذلك لا بد وأن يعامل عليه مع الطرف مع هذا الشرط، وعليه فلا يجب التسليم بل لا يجوز بمقتضى الشرط.
- ثانيهما: إن بناء المعاملين على تسليم المبيع والتمن، فالإذن في البيع بمقتضى الظهور العرفي إذن في التسليم، فما أفادوه متين لا اشكال فيه.
- ٥ - قالوا: إن اطلاق التوكيل - في البيع (و) الشراء يقتضي جواز (الرد بالعيب) والظاهر أن مرادهم ما لو كان وكيلا في التصرف من غير أن يكون مستقلا ووكيلا مفوضا، ولم يكن في اجراء الصيغة، وإلا فلا اشكال في أن له ذلك مع الاستقلال، وأنه ليس له لو كان وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، فمرادهم صورة اطلاق الوكالة دون الوكالة المطلقة بمعنى جعل الأمر بيده مطلقا. وتام الكلام في ذلك وفي سائر الخيارات في مبحث الخيارات من كتاب البيع، فراجع.
- ٦ - المعروف بينهم: إن اطلاق الوكالة في الشراء لا يقتضي الإذن بقبض المبيع، كما أن اطلاقها في البيع لا يقتضي الإذن بقبض الثمن، وعللوه بأنه قد لا يستأمن على المبيع والثمن من يستأمن على البيع والشراء، وهو حسن، إلا أنه لا بد وأن يقيد بما إذا لم تدل القرائن على الإذن في القبض، وإلا فهو مأذون فيه كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل ذهابها، أو وكله في البيع في موضع يضيع الثمن بترك قبضه كسوق غائب عن الموكل.
- ٧ - إذا وكله في المرافعة لاثبات حق ليس له قبضه بعد اثباته إلا مع القرينة على إذنه في ذلك أيضا (و) ذلك لأنه (لا يقتضي وكالة الحكومة) الإذن في (القبض).

ويشترط أهلية التصرف فيهما

اعتبار أهلية التصرف في الموكل والوكيل
المقام الرابع: في بيان ما يعتبر في الموكل والوكيل، (و) فيه مسائل:
الأولى: (يشترط أهلية التصرف فيهما) بلا خلاف فيه في الجملة.
وتنقيح القول في طبي فروع:
١ - يشترط فيهما البلوغ، فلا يصح توكيل الصبي ولا وكالته، أما الأول: فلما
دل على رفع القلم عن الصبي وعدم جواز أمره (١)، مع أنه لا يجوز تصرفه بنفسه فيما
يوكل فيه، وقد مر اعتبار ذلك في الوكالة. نعم يصح توكيله بإذن الولي كسائر تصرفاته
ومعاملاته على ما مر في كتاب الحجر.
وربما يستثنى من ذلك ما لو وكل البالغ عشر سنين فيما له أن يتصرف فيه
كالوصية للأرحام، بل في مطلق المعروف والصدقة والطلاق، بدعوى أنه إذا جازت
تلك الأمور له يجوز له التوكيل فيها أيضا لما عرفت من أنه الضابط لما يجوز فيه
التوكيل.
وفيه: إن مدرك اعتبار البلوغ لو كان هو الوجه الثاني خاصة كان ما أفيد تاما،
ولو كان هو الوجه الأول أيضا فلا يتم، لأن مقتضى إطلاق تلكم الأخبار كون غير
البالغ ممنوعا من جميع التصرفات والمعاملات إلا مع إذن الولي ومن جملتها التوكيل،
فجواز تلكم الأمور إن ثبت لا يستلزم جواز توكيله كما لا يخفى.
وأما الثاني: وهو عدم صحة أن يكون الصبي وكيلا في التصرفات: فلا اشكال

(١) راجع ص ٩٥ و ٩٦

ولا كلام فيه بالنسبة إلى الوكالة المستقلة بأن يكون وكيلا مستقلا في التصرف لعموم ما دل على عدم جواز أمر الصبي ورفع القلم عنه، إنما الكلام في أنه هل يصح أن يوكل الصبي عبارة في خصوص اجراء الصيغة أم لا؟ ومنشأ الوجهين: إن أدلة الحجر هل تدل على

سلب عبارة الصبي، أم لا تدل على ذلك، فعلى الأول لا يصح، وعلى الثاني يصح وقد مر تفصيل القول في ذلك في كتاب الحجر وعرفت أنها لا تدل على ذلك، وأنه تصح معاملاته مع إذن الولي، ويصح تصديه لاجراء الصيغة حيث لا يعد ذلك أمر الصبي، ولا يشمل حديث رفع القلم، ويشعر بالصحة - بل يدل عليها - خبر إبراهيم أبي يحيى عن أبي عبد الله (عليه السلام): تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله أم سلمة زوجها إياه عمر بن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم (١).

٢ - يعتبر فيهما العقل، فلا يصح توكيل المجنون ولو أدواريا في حال جنونه لحديث رفع القلم عنه (٢)، ولأنه لا يجوز تصرفه بنفسه فيما يوكل فيه كما مر، فلا يصح توكيله، وقد مر أن المشهور بين الأصحاب بطلان الوكالة بعروض الجنون على الموكل، ولكن عرفت ضعفه، فهو أي العقل شرط في الابتداء دون الاستدامة، ولا يصح أن يوكل المجنون في المعاملات لحديث الرفع، وفي صحة اجرائه الصيغة مع احراز كونه قاصدا غير لاغ، وعدمها الوجهان المتقدمان في الصبي.

٣ - يعتبر في الموكل عدم السفه إذا كان التوكيل فيما يتعلق بمال نفسه لما عرفت في كتاب الحجر أن السفه ممنوع عن التصرف المالي للآية الكريمة (٣) وجملة

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب عقد النكاح حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(٣) النساء آية ٧.

من؟ النصوص (١)، فلا يصح توكيله، لأن ذلك ضابط ما لا يصح فيه التوكيل كما مر، نعم يصح توكيله فيما له التصرف فيه، وكذا يجوز وكالته لاختصاص دليل المنع بالتصرف في مال نفسه. وبذلك يظهر حال توكيل المفلس ووكالته، فإنه يجري فيهما ما ذكرناه في السفية.

حكم اكراه الوكيل والموكل

٤ - المعروف بين الأصحاب عدم صحة توكيل المكروه ولا وكالته، أما الأول: فلا اشكال فيه لتحديث رفع ما استكرهوا عليه (٢)، فلو أكره المالك على التوكيل في بيع ماله، أو الزوج في طلاق زوجته أو ما شاكل بطلت الوكالة، فيقع البيع أو الطلاق فضولياً.

وعلى هذا فإن كان مورد الوكالة ايقاعاً دون العقد كما في الاكراه على الطلاق، فإن أجاز الطلاق بعد ذلك فقد اتفقوا على عدم صحته لعدم جريان الفضولية فيه، ولكن إن أجاز بعد رفع الاكراه التوكيل فهل يصح الطلاق أم لا؟ وجهها، والحق أن يقال: إن كان معقد الاجماع عدم صحة الطلاق الذي تعلق به الإجازة ففي المقام بما أن الإجازة تعلق بالوكالة دون الطلاق، وإن كان المعقد أن الطلاق لا يصح أن يكون معلقاً على الإجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح في المقام، فإن صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الإجازة، والمتوقف على متوقف على

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الحجر.

(٢) الوسائل باب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وباب ١٢ و ١٦ من أبواب الايمان.

ولا يوكل الوكيل بغير إذن وللحاكم التوكيل عن السفهاء والبله؟

وفيه: أولاً: إن الكلام إنما هو بعد احراز القصد.
وثانياً: إن أصالة القصد إنما هي في مطلق الأفعال الاختيارية في مقابل
الاضطرارية كحركة يد المرتعش.
واستدل للبطلان في الفرع الثاني: بأن المكره إذا كان غير المالك فغاية ما هناك
رضا المالك بالعقد، ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد، كما أن الكراهة الباطنية ليست
رداً.

وفيه: مضافاً إلى ما مر من كفايته، إن محل الكلام هو كون العاقد وكيلاً، وفعل
الوكيل يستند إلى الموكل من جهة الوكالة. فالأظهر هي الصحة في الفرعين.
الثانية: قالوا: (و) يشترط (الحرية ولو توكل العبد أو وكل بإذن مولاه
صح).

الثالثة: (ولا يوكل الوكيل بغير إذن) له في التوكيل صريحاً ولو بالتعميم،
كاصنع ما شئت، أو فحوى كاتساع متعلقها، بحيث تدل القرائن على الإذن فيه، أو
عجزه عن مباشرته. وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل بالعجز أو ترفع الوكيل عما وكل
فيه عادة فإن توكيله حينئذ يدل بالفحوى على الإذن له في توكيل الغير مع علم
الموكل بترفعه عن مثله.

ثم إنه في موارد جواز التوكيل هل هل يكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الأول أو
عن الموكل، وتظهر الثمرة في أنه على الأول ليس للموكل عزله وللوكيل ذلك،
وينعكس على الثاني. الظاهر هو الأول، ولا أقل من الاطلاق، وأن للوكيل أن يوكله
عن نفسه أو عن موكله.

ولكن للولي (وللحاكم التوكيل عن) الصبي والمجنون و (السفهاء والبله)
بلا خلاف في ذلك، بل عليه الاجماع عن التذكرة والأردبيلي، وهو الحجة فيه مضافاً

ويستحب لذوات المروات ولا يتوكل الذمي على المسلم

إلى اطلاقات الأدلة، فلكل منهما المباشرة بنفسه فكذلك بغيره.
الرابعة: (ويستحب لذوي المروات) التوكيل في المنازعة وأن لا يتولوها بأنفسهم، كما هو المشهور، بل في الرياض: بلا خلاف في ظاهر الأصحاب. واستدلوا له: بما رووا في كتبهم الاستدلالية أن عليا (عليه السلام) وكل عقيلًا في خصومة قال: إن للخصومة قحما وإن الشيطان ليحضرها وإني لأكره أن أحضرها (١). والقحم بالضم المهلكة، وضعف سنده لا يضره بعد استناد الأصحاب إليه وكون الحكم استحبابيا، ولكن عموم التعليل يقتضي عموم الحكم لغير ذوي المروات أيضا، ولم يلتزم به الأصحاب.

وعن بعضهم التأمل في الحكم لتحاكم النبي صلى الله عليه وآله مع صاحب الناقة (٢)، وتحاكم الوصي (عليه السلام) مع زوجته الشيبانية، فكيف تولوا سادات الأنام المنازعة مع كراهتها إلا أن احتمال الدواعي والضرورات في مباشرتهم قائم، فلا ترفع اليد من دليل استحباب التوكيل.

وكالة الكافر عن المسلم
الخامسة: المشهور بين الأصحاب: أنه لا يجوز وكالة الكافر عن المسلم (ولا يتوكل الذمي على المسلم) باستيفاء حق له عليه، بل عليه الاجماع في محكي

(١) المبسوط أول كتاب الوكالة والمستدرک باب ٢٠ من أبواب كتاب الإجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب كيفية الحكم.

(٣) الوسائل باب ١٤ من أبواب كيفية الحكم حديث ٦.

ولا يضمن الوكيل إلا بتعد ولا تبطل وكالته به

التذكرة وغيرها.

وقد استدلوا له بالآية الشريفة (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) (١).

وفيه: أولا: إن ظاهر الآية بقريئة ما قبلها نفي الجعل في الآخرة. وثانيا: إنه قد ورد في خبر الهروي عن الإمام الرضا (عليه السلام): إن المراد من الآية نفي سبيل الحجة (٢).

وثالثا: إن السبيل ظاهره السلطنة، والوكيل لا سلطنة له على الموكل لو لم يكن بالعكس، فالانصاف أنه لا دليل له سوى الاجماع وإن لم يتم فالأظهر هو الجواز. وعلى القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوكالة، وأيضا المتيقن منه ما لو توقف استيفاء الحق منه على المرافعة كي يمكن دعوى صدق السلطنة والقهر عليه، وأما مجرد استيفاء الحق منه أو له فلا يكون مشمولاً لدليل المنع. ثم إن القائلين بالمنع اختلفوا في وكالة المسلم، عن الكافر على المسلم، فعن جماعة: المنع عنها، ونسب إلى أكثر القدماء، وعامة المتأخرين الكراهة، وقد ادعى على كل من القولين الاجماع، ولا مدرك لهم سوى الآية الكريمة وقد عرفت حالها، ولكن للاجماع على المرجوحية لا بأس بالالتزام بها والمتيقن الكراهة، وأم في باقي الصور المتصورة في المقام فالأظهر هو الجواز بلا كراهة.

السادسة: (ولا يضمن الوكيل إلا بتعد) أو تفريط اجماعا، لأنه أمين، وقد مر أن الأمين لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط.

(ولا تبطل وكالته به) أي بالتعدي أو التفريط، لأن مبطلته لها تحتاج إلى

(١) النساء آية ١٤١.

(٢) آيات الأحكام للعلامة الجزائري عن عيون الأخبار.

والقول قوله مع اليمين وعدم البينة في عدمه وفي العزل والعلم به

دليل مفقود، والأصل وكذا العمومات تقتضي العدم. ولو تعدى ثم عاد نفذ تصرفه بمقتضى الوكالة، فهل يبقى ضمانه أم لا؟ المشهور بين الأصحاب وهو الأول، والأظهر هو الثاني إذ دليل الضمان مختص بحال التعدي، وفي تلك الحال خرجت يده عن كونها أمانية وحكم بكونها مضمنة لحديث على اليد، والمفروض عوده إلى الحالة الأولى، فيكون المقام من مصاديق المسألة المعروفة، وهي أنه لو خرج فرد عن تحت العام في زمان، ثم شك بعد مضي ذلك الزمان في بقاء حكم الخاص أو عود حكم العام هل يتمسك بعموم العام أو يستصحب حكم الخاص، وحيث إن المختار هو الرجوع إلى عموم العام مطلقاً فيرجع في المقام إلى ما دل على عدم ضمان الأمين.

اختلاف الموكل والوكيل

المقام الخامس: في جملة مسائل اختلاف الموكل والوكيل وأحكامها تذكر في ضمن فروع:

١ - (و) لو اختلفا في التعدي أو التفريط فادعاه الموكل وأنكره الوكيل ف (القول قوله مع اليمين وعدم البينة في عدمه) لأن الوكيل أمين ولا يتهم من ائتمن، ودعوى التفريط أو التعدي اتهام.

(و) كذا لو اختلفا (في العزل و) في (العلم به) بلا خلاف، بل عليه الاجماع في محكي الغنية، لأصالة عدمه، وللخبر في الثاني في امرأة وكلت أخاها ليزوجها ثم عزلته بمحضر الشهود وادعت اعلامه بالعزل وأنكره الأخ فأتيا أمير المؤمنين (عليه السلام) فطلب منها الشهود فأتت بالشهود الذين عزلته بمحضرهم فشهدوا على

والتلف والتصرف وفي الرد قولان والقول قول مكر الوكالة

العزل دون الاعلام فلم يقبله وأمضى تزويج الأخ وأحلفه (١). والخبر طويل.
(و) كذا لو اختلفا في (التلف والتصرف) كما هو المشهور، بل عليه الاجماع في الأول، لأنه أمين لا يتهم، ولأن اليمين على المنكر.

٢ - (و) لو اختلفا (في الرد) بأن ادعاه الوكيل وأنكره الموكل ف (قولان): أحدهما: إن القول قول الموكل مع يمينه، ذهب إليه الحلبي والمحقق والمصنف وولده والشهيدان.

ثانيهما: إن القول الوكيل إن كان وكالته بجعل، نسب إلى المشهور. والحق أن يقال: إنه كما يقبل قول الوكيل في التلف كذلك يقبل قوله في الرد، إذ لا وجه لقبوله في التلف سوى أن عدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن، وقد نهينا عن اتهامه. وكذا يقال في دعوى الرد، فإن عدم تصديقه فيه يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن.

ودعوى أن المنهي عنه هو اتهام المؤمن بالتأمين العقدي فيختص بالوديعة، لا وجه لها، سيما وقد ورد أن صاحب العارية مؤتمن وصاحب البضاعة مؤتمن (٢). فالأظهر هو قبول قوله مع يمينه، ولا فرق في ذلك بين كون الاختلاف في الرد والوكالة باقية أو بعد انقضائها، لأن العين بعد انقضائها بيد الوكيل أمانة مالكية إلى أن يردّها إليه. وبذلك يظهر ما في كلمات القوم.

٣ - (و) لو اختلفا في أصل الوكالة ف (القول قول منكر الوكالة) مع الحلف، سواء كان هو المالك كما إذا تصرف في ماله بدعوى الوكالة فأنكر توكيله أو المدعي

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب الوكالة حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١ من العارية حديث ٦.

وقول الموكل لو ادعى الوكيل الإذن في البيع بثمن معين فإن وجدت العين استعيدت وإن فقدت أو تعذرت فالمثل أو القيمة إن لم يكن مثليا ولو زوجه فأنكر الموكل حلف وعلى الوكيل المهر وقيل نصفه

عليه الوكالة، كما إذا اشترى شيئا فادعى واحد أنه اشتراه بوكالته عنه وأنه له وأنكر المشتري وقال: اشتريته لنفسي والوجه في تقدم قول المنكر عموم ما دل على أن اليمين على المنكر.

- ٤ - (و) يقدم (قول الموكل لو ادعى الوكيل الإذن في البيع بثمن معين) عند الماتن وغيره لأصالة عدم الإذن، ويشكل بأن الوكيل أمين لا يتهم فلو قيل بتقديم قول الوكيل كان أوجه كما مر وعلى ما قالوه (فإن وجدت العين استعيدت وإن فقدت أو تعذرت فالمثل أو القيمة إن لم يكن مثليا).
- ٥ - (ولو زوجه) امرأة مطلقا أو مدعيا وكالته على تزويجها (فأنكر الموكل) الوكالة يقدم قوله إن (حلف) وللمرأة أن تتزوج مع عدم علمها بصدق مدعي الوكالة. (و) اختلفوا في ثبوت المهر لها وعدمه على أقوال:
 - ١ - إن (على الوكيل المهر) كملا كما عن النهاية والقاضي وقواه الحلبي.
 - ٢ - ما نقله المصنف ره قال: (وقيل نصفه) نسب ذلك إلى المشهور.
 - ٣ - ما عن جماعة وهو عدم ثبوت المهر.واستدل للأول: بأن المهر يجب بالعقد كملا، ولا ينتصف إلا بالطلاق المفقود في المقام وقد فوته الوكيل عليها بتقصيره في الأشهاد فيضمنه، وأيضا أنه أقر باخراج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم إليها وكان عليه الضمان.
- ولكن يتوجه على الأول: إن المهر يجب على الزوج لا على الوكيل، فإن ثبت عليه وفوته الوكيل ضمن على اشكال في أن التفويت موجب للضمان أو الضمان مختص بالاتلاف، وحيث إنه لا يثبت عليه فلا تفويت أيضا.

ويتوجه على الثاني: إنه أقر باخراج بضعها عن ملكها بعوض في ذمة الزوج لا في ذمة نفسه، فلا تشمل أدلة الاقرار.

فالصحيح أن يستدل له: بخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر (عليه السلام) عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك. فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (١). بناء على تنزيهه على دعوى الوكالة. إلا أنه يجب حمله على إرادة النصف جمعا بينه وبين صحيح أبي عبيدة عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم قال (عليه السلام): خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضا ولا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه فقال (عليه السلام): إن كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، وإن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا (٢). وخبر عمر بن حنظلة عنه (عليه السلام) في رجل قال لآخر: أخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال (عليه السلام): يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٢٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١.

ويجب على الموكل طلاقها مع كذبه

حل لها أن تتزوج ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإن لم يفعل فإنه ما ثوم فيما بينه وبين الله عز وجل، وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام، وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج (١).

والمناقشة فيهما بمخالفتهما للقواعد، لأنه مع بطلان النكاح ظاهرا لا وجه لثبوت المهر في غير محلها، كما أن دعوى أن صحيح الحذاء يدل على ثبوت مهر ونصف، مندفعة بأن الظاهر كون قوله (عليه السلام) ولها نصف الصداق. بيانا لما أجمله بقوله كان الصداق على المأمور لأهل المرأة؟ وبه يعلم أن المراد بالأهل هي المرأة.

وأما القول الثالث: فهو وإن كان موافقا للقاعدة إلا أنه لا يصار إليه مع النص الصحيح المعمول به، فخير الأقوال وسطها.

(و) ذيل خبر عمر بن حنظلة يدل على أنه (يجب على الموكل طلاقها مع كذبه) ويصح أن يقول: إن كانت زوجتي فهي طالق.

وهل يجب عليه أن يسوق إليها نصف المهر كما عن المصنف ره وولده والشهيد والمحقق الثانيين الميل إليه، أم لا يجب؟ وجهها: مقتضى القاعدة وإن كان هو الوجوب إلا أن الخبرين يدلان على عدم وجوبه، سيما الثاني منهما، حيث حكم (عليه السلام) بوجوب أن يطلقها خاصة. فالأظهر عدم الوجوب.

ولو علمت المرأة بصدقه في دعوى الوكالة، فقد يقال: إنه ليس لها أن تتزوج ما لم يطلقها، وحينئذ إن امتنع من الطلاق فهل لها الفسخ، أو يجبر الحاكم الشرعي

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الوكالة حديث ١.

ولو وكل اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يأذن لهما ولا تثبت
إلا بشاهدين

الزوج على الطلاق، أو يطلق عنه، أم يجب عليها الصبر إلى موت ذلك الرجل؟ وجوه،
ولكن مقتضى اطلاق الأخبار جواز التزويج مطلقا.
وهل لها أن تأخذ نصف المهر من الوكيل لو ساق إليها الزوج نصف المهر بعد
الطلاق؟ الظاهر ذلك بعد ما عرفت من عدم وجوبه على الزوج. نعم لو قلنا بوجوبه
عليه وأخذته ليس لها أن تأخذ من الوكيل للتعليل في خبر ابن حنظلة الذي يخصص
كما يعمم.

بيان ما تثبت به الوكالة

المقام السادس: في بيان جملة من أحكام الوكالة غير ما مر (و) فيه مسائل
الأولى (لو وكل اثنين) بأن جعل وكالة واحد لهما (لم يكن لأحدهما التصرف إلا أن
يأذن لهما) بلا خلاف ولا اشكال كما هو واضح.
الثانية: فيما تثبت به الوكالة، فتارة لا يكون هناك منازعة وخصومة ويدعى
الوكالة مدع من دون أن ينكره أحد، وأخرى يكون في مقام المخاصمة. أما في الصورة
الأولى: فتثبت بكل ما تثبت به سائر الموضوعات من العلم، والبينة، وخبر الواحد،
بناء على المختار من حجيته في الموضوعات، ويكفي اخباره بذلك إن كان ثقة، بل
يمكن قبول قوله مطلقا بناء على قبول كل دعوى لا معارض لها وسيأتي الكلام في
الكبرى الكلية في كتاب القضاء.

(و) أما في الصورة الثانية: فعلى القول بأنه لا يكفي في ذلك المقام سوى شهادة
عدلين، ولا بعلم الحاكم، ولا بشهادة رجل واحد مع اليمين أو مع شهادة امرأتين
في غير الحقوق المالية ف (لا تثبت) الوكالة (إلا بشاهدين) عدلين. وتام الكلام في

ولو آخر الوكيل التسليم مع القدرة والمطالبة ضمن
كتاب الهبات وتوابعها؟ وفيه فصول الفصل الأول الهبة

المبنى موكول إلى محله، وستعرف أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وأن شهادة رجل واحد
مع امرأتين تثبت بها الدعوى في غير الحقوق المالية أيضا وعلى الجملة لا خصوصية
للكالة فالمتبع فيها قواعد باب القضاء.

الثالثة: يجب على الوكيل تسليم ما كان بيده من مال الموكل إليه عند مطالبته
كما في الوديعة والعارية وما شاكل، ويجب المبادرة إليه بحسب المتعارف، فلا يجب
الاسراع في المشي في طريق الرد، ولا رفع اليد عما يكون مشغولا به من الأكل
والشرب، وما شاكل

(ولو آخر الوكيل التسليم) في ما يجب (مع القدرة والمطالبة ضمن) لعموم
على اليد (١)، فإنه خرج عنه اليد المأذونة وبقي الباقي.

فإن قيل: إن هذه اليد حين حدوثها لم توجب الضمان وبعد خروجها عن كونها
مأذونة يشك في ذلك والاستصحاب يقتضي بقائها على ما كانت عليه عن كونها
موجبة للضمان.

قلنا: إن المختار عندها هو الرجوع إلى عموم العام فيما بعد زمان التخصيص
مطلقا، ولا يرجع إلى الاستصحاب، كان للعام عموم أزمني أم لم يكن، سيما في مثل
المقام مما كان خروج الفرد من أول زمان تحققه لا من الأثناء.

تعريف الهبة وبيان حقيقتها

(كتاب الهبات وتوابعها، وفيه فصول: الفصل الأول) في (الهبة) وهي
بالمعنى الأعم: تملك مال بلا عوض، فتشمل الوصية والوقف والصدقة، وبهذا الاعتبار

(١) سنن بيهقي ج ٦ كنز العمال ع ٥ ص ٢٥٧.

إنما تصح في الأعيان المملوكة وإن كانت مشاعة

بصحته فذلك الشيء وإن كان يصير ملكا له إلا أنه للشرط لا لعقد الهبة، والمال الموهوب إنما يعطى مجانا لا بإزاء شيء.

وأما الوجه الرابع: فهو خارج عن الهبة المعوضة، بل هو بيع بلسان الهبة.

وأما في الوجه الخامس: فالمقابلة إنما هي بين الهبتين لا بين المالكين، وكل من المالكين مجاني ليس بإزاء شيء، ولكن الظاهر عدم صحة ذلك، لأنه إن أريد به تعليق هبته على هبة الآخر فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا الطرف أيضا لتقيدها بهبة الآخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.

وإن أريد به أنه يملك هبته في مقابل تملك هبة الآخر فيرد عليه: إنه في الهبة التمليك إنما يتعلق بالمال، وليس هناك تمليك متعلق بهذا العمل من الحر، نعم يصح ذلك فيما إذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر، ولكنه خارج عن المقام، فانحصرت الهبة المعوض عنها بالوجه الثلاثة الأول، وكونها فيها تمليكًا مجانيًا واضح.

حكم هبة ما في الذمة

وتمام الكلام في هذا الفصل في ضمن مسائل: الأولى: (إنما تصح) الهبة (في الأعيان المملوكة وإن كانت مشاعة) بلا خلاف في ناحية الإثبات، بل عليه في محكي الغنية ونهج الحق الاجماع.

أما جواز هبة الأعيان المقسومة: فهو المتيقن من معقد الاجماع على مشروعية الهبة والأخبار المتواترة الدالة على ذلك الآتية جملة منها في ضمن المسائل الآتية. وأما جواز هبة المشاعة: فيشهد به - مضافا إلى اطلاق الأدلة - جملة من

النصوص الخاصة، لاحظ صحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار نصيبه من الدار قال (عليه السلام) يجوز، قلت: رأيت إن كانت هبة؟ قال (عليه السلام): يجوز (١). ونحوه غيره. إنما الكلام فيما يستفاد من مفهوم هذه الجملة، وهو عدم صحة هبة ما في الذمة، وملخص القول فيه: أنه تارة يوهب ما في الذمة ثابتا قبل الهبة، وأخرى يهبه لغير من عليه. وعلى التقدير الثاني تارة يكون ما في الذمة ثابتا قبل الهبة، وأخرى يثبت في ذمته بالهبة كما يملك ما في ذمته بالبيع.

أما هبة ما في الذمة لمن هو عليه فالمشهور بين الأصحاب أنها ابراء، وتصح بهذا العنوان، ولا تصح بعنوان الهبة، وعن منهم سيد العروة: صحتها هبة. والأول أظهر، فلنا دعويان: إحداهما عدم صحتها هبة، ثانيتهما صحتها ابراء. أما الأول: فيشهد بها أن الهبة - كما مر - تمليك مجاني، والإنسان لا يملك مالا على نفسه لعدم ترتب الأثر على هذه الملكية، فيكون اعتبارها لغوا. وما أفاده الشيخ الأعظم ره في كتاب البيع في مقام الجواب عن هذا الوجه من تعقل ذلك - أي كون الإنسان مالكا لما في ذمته ورجوعه إلى سقوطه عنه - غير تام، فإن السقوط إن كان لأجل ما أشرنا إليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء، وإن كان لكونه أثر تلك الملكية فيرد عليه: إن ثبوت الشيء لا يعقل أن يكون علة لسقوطه. وقد يستدل له بوجهين آخرين: أحدهما: ما عن بعض الأساطين، وهو أن الملكية لما كانت نحوا من السلطنة على من في ذمته المال فلا يعقل نقله إليه، لأن الإنسان لا يمكن أن يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه.

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الهبات.

وبالجملة: لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد. وشيد بعض المحققين ذلك بأن المسلط والمسلط عليه متضائفان، والتضائف من أقسام التقابل، فكيف يعقل اجتماعهما في واحد. وفيه: أنه لا أرى محذورا في اجتماع المسلط والمسلط عليه في شخص واحد، وليس كل ما هو من أقسام التضائف من أنحاء التقابل، بل ما كان بينهما تباين في الوجود كالعلية والمعلولية، وإلا فالعالمية والمعلومية والمحبية والمحبوبة من أقسام التضائف، وليستا من أنحاء التقابل، وتجتمعان في شخص واحد، ويجب الإنسان نفسه ويعلم بنفسه، والسلطنة من هذا القبيل، فإن معناها كون الشخص قاهرا على شخص، وكون المسلط عليه تحت إرادته واختياره، وهذا المعنى يمكن اجتماعه في شخص واحد، بل سلطنة الإنسان على نفسه من أعلى مراتب السلطنة، وكيف وقد ورد: إن الناس مسلطون على أنفسهم، ولم يستشكل أحد في معقوليته، مع أن المسلط عليه إنما هو بمعنيين: أحدهما من بضرره السلطنة بشخص واحد. ثانيهما: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له، أله هان يرجع فيها؟ قال (عليه السلام): لا (١). وفيه: أنه كما يلائم مع الهبة المصطلحة، كذلك يلائم مع إرادة الإبراء منه، بل في المسالك استدلل به على إرادة الإبراء منه، قال: لأنه لو لم يجعل إبراء بل هبة لما أمكن إطلاق القول بجواز الرجوع كما سيأتي إن شاء الله تعالى من جوازه فيها في مواضع كثيرة بخلاف الإبراء فإنه لازم مطلقا، وإن كان يمكن الجواب عنه بأنه

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.

لا يرجع فيها من جهة سقوط ما في الذمة وهو في حكم التلف.
وبما ذكرناه يظهر وجه صحتها ابراء، ويشهد بها - مضافا إلى ذلك وإلى ما دل
على العفو عن المهر (١) والدية (٢) والقرض (٣) وغير تلكم من الموارد الخاصة إذ العفو
في

هذه الموارد ابراء لما في الذمة - أنها عقد أو ايقاع عقلائي لم يردع الشارع الأقدس
عنها، فتكون ممضاة عنده.

فهل هي عقد أو ايقاع؟ الظاهر هو الثاني، إذ لا حقيقة لتلك الهبة غير
الاسقاط لا نقل شيء إلى الملك.

ويمكن الاستشهاد له بجملة من الآيات والروايات، لاحظ قوله تعالى (إلا أن
يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (٤) حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد
العفو، ولا دخل للقبول في مسماه قطعاً.

وقوله تعالى (ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) (٥) بناء على ما مر من
عدم كون هبة ما على الشخص وصدقة إليه إلا ابراء، وليس فيه اعتبار القبول.
ودعوى أن في ابراء الشخص من ما هو ثابت في ذمته منة فلا يجبر على تحملها،
مندفعة بأن اسقاط الانسان حقه ابتداء من دون أن يسأله من عليه الحق لا يظهر فيه
منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفاً، فالأظهر عدم اعتبار القبول فيها.
وأما هبة الدين لغير من عليه فالمعروف بينهم عدم الصحة، وفي المسالك: عليه

(١) البقرة آية ٢٣٧.

(٢) النساء آية ٩٣.

(٣) الوسائل باب ١٣ من فعل المعروف وباب ٢٣ من أبواب الدين.

(٤) البقرة آية ٢٣٧.

(٥) النساء آية ٩٣.

المعظم. وعن الشيخ الحلبي والمصنف ره في المختلف وجماعة: صحتها. واستدل للأول: بأن القبض شرط في صحة الهبة، وما في الذمة يمتنع قبضه لأنه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج، والجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها ليست هي الماهية، بل بعض أفرادها وأفرادها غيرها. وفيه: أن الحق الثابت في محله أن وجود الكلي عين وجود أفرادها، وعليه فقبض أحد أفرادها قبض له. وهذا يكفي في المقام.

وربما يستدل للثاني - مضافا إلى ذلك - بصحيح صفوان عن الإمام الرضا (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال (عليه السلام): إنه ليس فيه عليك شئ في الدنيا والآخرة، يطيب ذلك وقد كان وهبه لولد له قال (عليه السلام): نعم يكون وهبه ثم نزعها؟ فجعله لهذا (١).

والإيراد عليه بأن الهبة للولد لا يجوز الرجوع فيها وقد حكم فيه بجوازه، مندفع بأنه إنما جوز الرجوع فيه لأنه لم يقبضه، وإطلاق النزع حينئذ بلحاظ العقد. وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو وهبه كليا في ذمته، من دون أن يكون ثابتا قبل الهبة في ذمته وأنه يصح، وقبضه إنما هو بقبض بعض أفرادها. وإذا وهبه دينا له على غيره وكان المتهم مديونا لذلك الغير بقدره، فإن قبضه الواهب وسلمه إلى المتهم أو أذن له في القبض فقبضه ثم رده عليه عوضا عما عليه فلا كلام، إنما الكلام في أنه هل له أن يحتسب عليه بإزاء ما عليه أم لا؟ الظاهر أن له ذلك، فإنه حينئذ بحكم القبض، بل لا معنى للقبض إلا جعله تحت سلطته واختياره،

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.

فكأنه بالاحتساب قد قبض الكلي على كليته.
وإن شئت قلت: إن المتهب يأذن لمن عليه الدين أن يقبض ما عليه للواهب من طرفه على وجه المعاوضة بينه وبين ماله على المتهب، فلا اشكاله فيه.
فالمتحصل من جميع ما قدمناه: صحة هبة المنافع، وقبض المنفعة إنما يكون بقبض العين، بل يصح هبة الحقوق القابلة للنقل وإن لم تكن من الهبة المصطلحة ولم تشملها نصوص الباب لكنه تكفي العمومات في صحتها.
الهبة من العقود

الثانية: إنما تصح الهبة (بايجاب قبول) حيث إنها تمليك من طرف وتملك من آخر. وبعبارة أخرى: خلع ولبس، فيعتبر رضا كل من الخالع واللابس، والتزامه بذلك، وحيث إن مجرد الالتزامات النفسانية لا عبرة بها ما لم تبرز فلا بد من مبرز من طرف الواهب وهو الايجاب، ومن طرف المتهب وهو القبول. والقول في ما يعتبر فيهما شيء سوى

كون المبرز كاشفا عن الالتزام النفساني عرفا.
ولا يعتبر فيهما عدم الفصل الطويل بينهما، ولا اللفظ، بل تجري المعاطاة فيها، فإن قيل: إنه قال الشهيد الثاني في المسالك: وظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقا إلى العقد القولي في الجملة، وعليه فالاجماع دليل على عدم صحة الهبة المعاطاتية.

قلنا: أولا: إن الاجماع المنقول ليس بحجة، وثانيا: إن مدرك المجمعين معلوم وهو ما ذكره في جميع العقود لعدم جريان المعاطاة فيها.

وعلى هذا فتتحل العويصة التي في المقام، وهو أنه قد تعارف بين الناس الهبة الفعلية ويعاملون مع الموهوب معاملة الملك ويتصرفون فيه التصرفات المتوقفة على الملك.

ثم إن الأصحاب لما بنوا على اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين فيها، ورأوا أن المعهود من فعل النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام المعاملة مع ما يهدى إليهم معاملة الملكية، إذ كانت الهدايا تحمل إليهم فيقبلون ويرتبون آثار الملكية، فإن مارية القبطية قد أهداها بعض الملوك إلى النبي صلى الله عليه وآله وكانت أم ولد له، وأهدى المختار إلى علي بن الحسين (عليه السلام) جارية فأولدها زيدا وهكذا (١)، التجأوا إلى جعل الهدية غير الهبة، وأن ذلك إنما هو في الهدية المأخوذ في حقيقتها إرسال شئ إلى شخص بقصد الاكرام والاعظام دون الهبة، وجعلوا المعهود من فعل المعصومين (عليه السلام)، والسيرة المستمرة على ترتيب آثار الملكية عليها بمجرد الإرسال من المهدي دليلا على عدم اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين، بل والفعالين أيضا في خصوص الهدية دون الهبة.

ولكن بناء على ما قدمناه من جريان المعاطاة فيها على القاعدة لا حاجة إلى تكلف الفرق بينهما بعد كون الهدية في الحقيقة قسما من الهبة، غاية الأمر أنها هبة مقرونة بقصد الاكرام والاعظام، ويجعل ذلك كله دليلا على المختار، إذ الفرق بين أقسام الهبة غير ظاهر. فإن قيل: إن المعاطاة لا معنى لها في الهبة أصلا، بل فيها الاعطاء من جانب والأخذ من الطرف الآخر.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٤١٥.

قلنا: إن عنوان المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية كي يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه، والمراد بها الانشاء الفعلي، وهو يشمل الاعطاء من جانب واحد. فإن قيل: إن المتعارف في الهدايا الاكتفاء بالارسال من المهدي ووصولها إلى المهدي إليه، والسيرة قائمة على المعاملة معه حينئذ معاملة الملك، فلا مناص عن البناء على الفرق بين الهدية وغيرها من أقسام الهبة.

قلنا: إن المهدي إنما يقصد التملك مجاناً ويظهره بالارسال إلى المهدي إليه فهو انشاء منه، وبعد الوصول إلى المهدي إليه يقبل هو ذلك فيتم الايجاب والقبول، ولا يضر الفصل الطويل بينهما كما مر في كتاب البيع. القبض شرط في صحة الهبة

الثالثة: (و) المشهور بين الأصحاب: أنه يعتبر في صحة الهبة (قبض من المكلف الحر) بل عليه الاجماع عن التذكرة والايضاح، فلا تفيد الملكية قبله، وعن الشيخين وابن البراج وابن حمزة والحلي والمصنف في المختلف: كونه شرطاً في اللزوم. يشهد للأول: صحيح أبان عمن أخبره عن مولانا الصادق (عليه السلام) النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال: هي بمنزلة الميراث، وإن كان لصبي في حجره واشهد عليه فهو جائز، ولو كانت الهبة مفيدة للملك بدون القبض لم ترجع ميراثاً، غاية الأمر كون الوارث مخيراً في الرجوع وعدمه (١). وموثق داود بن الحصين عنه (عليه السلام) الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.

يموت صاحبها قال (عليه السلام): هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره فاشهد عليه فهو جائز (١).

وتقريب الاستدلال به كما في سابقه، وقوي أبي بصير عنه (عليه السلام): الهبة لا تكون أبدا هبة حتى يقبضها والصدقة جائز عليه (٢).

وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على نفي الهبة بدون القبض، وظاهر النفي كونه نفيا تشريعيًا لا تكوينيًا، ومعنى النفي التشريعي عدم ترتب الأثر عليها. وعلى هذا فدلالة الخبر على نفي الصحة بدون القبض لو لم تكن بالصرحة لا ريب في أنها قريبة منها، ولا مجال للمناقشة فيها بما ذكره.

واستدل للقول الآخر: بالأمر بالوفاء بالعقود (٣)، وبصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام): الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم، والنحل لا يجوز حتى يقبض، وإنما أراد الناس ذلك فأخطأوا (٤).

وخبر عبد الرحمان بن سيابة عنه (عليه السلام): إذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم جائزة (٥).

ولكن يتوجه على الأول: إنه دليل اللزوم لا الصحة، مع أنه لو كان دالا على صحة كل عقد لزم تقييده بما مر.

وأما الخبران: فالمراد من الجواز فيهما يحتمل اللزوم كما فهمه الشيخ في محكي

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الهبات حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الهبات حديث ٧.

(٣) المائدة آية ٢.

(٤) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الهبات حديث ٤.

(٥) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الهبات حديث ٣.

ولو وهبه ما في ذمته كان ابراء ويشترط في القبض إذن الواهب

الاستبصار لا الصحة، ويؤيده اطلاق الجواز عليه في روايات الهبة بذوي الرحم الآتية، وفي خبر الاقرار (١) وغير ذلك من الموارد، وعلى هذا فلم يقل أحد بمضمونها لاتفاق الأصحاب على عدم اللزوم بدون القبض، مع أن أكثر أفراد الهبة جائزة حتى بعد القبض. ويحتمل أن يراد به النفوذ المترقب منها جواز أو لزوما، فيرد عليهما أيضا ما مر، إذ الهبة بذوي الرحم حكمها اللزوم، ونفوذها إنما يكون كذلك مع الاتفاق على اشتراط لزومها بالقبض. ويحتمل أن يراد به الجواز المقابل للزوم، فلا يدل الخبران حينئذ على اشتراط القبض في اللزوم، بل يدلان على عدمه، وأيضا غاية ما يدلان عليه حينئذ جواز الرجوع في الهبة قبل القبض، وهذا يلائم مع اشتراط القبض في تأثيرها في الملكية كما يلائم مع حصول الملكية قبل القبض وأما حملهما على إرادة أن الهبة تؤثر في حصول الملك وإن لم تقبض الذي هو مبنى الاستدلال، فهو يحتاج إلى قرينة عليه مفقودة.

وعلى فرض التنزل وتسليم دلالتها على ذلك، أنهما لا يصلحان للمقاومة مع النصوص المتقدمة المشهورة بين الأصحاب، فإن الشهرة أول المرجحات فتقدم هي، فالأظهر أن القبض شرط في صحة الهبة، بمعنى أنها لا تؤثر في حصول الملكية إلا بعد القبض.

(و) فرع المصنف على ذلك أنه (لو وهبه ما في ذمته كان ابراء) وقد مر الكلام في ذلك في المسألة الأولى وعرفت ما هو الحق.
(ويشترط في القبض إذن الواهب) كما هو المشهور بين الأصحاب، وفي المسالك: هذا مما لا خلاف فيه عندنا، وفي الرياض: بلا خلاف أجده فيه، بل عليه في

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الاقرار.

نهج الحق والدروس والمسالك اجماع الإمامية. وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه. واستدلوا له: بالاجماع، وبأصالة عدم ترتب الأثر، وعدم الانتقال مع عدم اطلاق يوثق به في تناول مثله، وبأن ما دل على شرطيته ظاهر في غير القبض بدون إذن الواهب، بناء على قراءة يقبضها من باب الأفعال أو التفعيل، وبحرمة القبض بدون إذنه، بناء على كونه شرطاً في حصول الملك، فإن المال قبل القبض ملك للواهب، فلا يجوز التصرف فيه بلا إذن صاحبه.

وفي الجميع نظر: أما الأول: فلمعلومية مدرك المجمعين. وأما الثاني: فلأن الأصل لا مورد له مع اطلاق الدليل، ومنع اطلاق يوثق به كما ترى.

وأما الثالث: فلأن اشتراط الاقباض خلاف المتفق عليه لبنائهم على كفاية كون المال بيد المتهب، اللهم إلا أن يقال إن ابقاء المال عنده اقباض. وعلى أي حال المتيقن من دليل الشرط اعتبار وصول المال إلى يد المتهب، والزائد على ذلك اعتباره مشكوك فيه يرتفع بالاطلاق. وأما الرابع: فلأن الحرمة لا توجب فساد القبض مع أنها مطلقاً ممنوعة. فالأظهر عدم اعتبار إذن الواهب.

قال المصنف ره: (إلا أن يهبه ما في يده) ويحتمل أن يكون ذلك استثناء عن اعتبار القبض، فمراده أنه لو كان الموهوب حال الهبة في يد المتهب لا يحتاج إلى قبض جديد كما هو المشهور بين الأصحاب، ويحتمل أن يكون استثناء من اعتبار الإذن في القبض، فمراده أنه لا يعتبر الإذن في هذا الفرض، وهو أيضاً مشهور. وعلى كل حال فهو متين على ما قدمناه من عدم اعتبار الإذن في القبض مطلقاً. ولكن على القول الآخر فتارة: يستدل لعدم اعتباره في الفرض بانصراف ما دل

وللأب والجد ولاية القبول والقبض عن الصغير والمجنون

على اعتبار القبض المأذون فيه عن الفرض، وأخرى: بأن اجراء الواهب للعقد كاشف عن رضاه بالقبض، وثالثة: بعموم العلة في خبر محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (عليه السلام) في الرجل يتصدق على ولده: فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذي يلي أمره (١). فإنه يدل على أن كونه في قبض الولي كاف، من دون اعتبار قيد، وكفايته إنما هي بلحاظ أن قبض الولي قبض للمولى عليه، فيدل على كفاية ذلك وإن يكن هناك إذن.

ولكن يتوجه على إذا لم يكن الواهب عالما بأن المال في يد المتهب. وعلى الثاني: إنه من الجائز أن يكون للواهب نظر خاص في الهبة بدون القبض، كأن يجعلها معلقة، أو غير ذلك من الاحتمالات. والحاصل: إن محل الكلام ما لم يحرز رضاه بذلك. وعلى الثالث: إن المفروض في الخبر قبض الواهب ولاية عن الصغير، فالإذن هناك موجود ولا ربط له بالمقام.

لا خلاف (و) لا اشكال في أن (للأب والجد ولاية القبول والقبض عن الصغير والمجنون) كما لهما الولاية على العقود والايقاعات بتوابعهما عنهما، على ما مر مفصلا في كتاب البيع، ويترتب على ذلك أنه لو وهب الولي ما في يده للمولى عليه الصغير أو المجنون لم تفتقر إلى قبض جديد ولا إلى مضي زمان يمكن فيه القبض، بل يكفي قبضهما. ويشهد بذلك في الصغير - مضافا إلى كونه على وفق القاعدة - صحيح أبان،

(١) الوسائل باب ٤ من كتاب الوقوف حديث ١.

وليس له الرجوع بعد الاقباض إن كانت لذي الرحم أو بعد التلف أو التعويض وفي التصرف خلاف وقيل الزوجان كالرحم وله الرجوع في غير ذلك

وموثق داود المتقدمان المتضمنان لقوله (عليه السلام): وإن كان الصبي في حجره فهو جائز. وأيضا يشهد به التعليل في خبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام): إذا كان أب تصدق على ولده الصغيرة فإنها جائزة لأنه يقبض لولده إذ كان صغيرا (١). وقريب منه غيره.

وهل يعتبر قصد القبض عن الصبي كما عن المصنف ره، أم لا كما هو المشهور؟ وجهها: أظهرهما الثاني لاطلاق الأخبار، ولو وهبا للصغير مالا ليس في يدهما فالظاهر اعتبار قبضهما كما هو المشهور، إذ الخبران منصرفان إلى صورة كون المال في يدهما، والتعليل في الخبرين الأخيرين يدل على اعتباره. ولو كان المتهم ولدا كبيرا يعتبر قبضه ولا يكفي قبض الولي، من غير فرق بين الذكر والأنثى، وما عن الإسكافي من عدم اعتباره في الأنثى ما دامت في حجره، لا وجه له سوى القياس.

حكم الهبة من حيث اللزوم والجواز
الرابعة: (وليس له الرجوع بعد الاقباض إن كانت لذي الرحم أو بعد التلف أو التعويض، وفي التصرف خلاف، وقيل: الزوجان كالرحم، وله الرجوع في غير ذلك) فهاهنا فروع:
١ - المشهور - بل ربما ادعي الاجماع عليه - أنه يجوز الرجوع بعد القبض

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الهبات حديث ٥.

إلا في مواضع مخصوصة قد وقع الاتفاق على بعضها، والخلاف في بعض كما سيمر عليك، ومقتضى القاعدة هو اللزوم إلا ما خرج كما هو الشأن في جميع العقود، ولكن في خصوص المقام روايات خاصة وهي طائفتان:

الأولى: ما تدل على ما ذهب إليه المشهور، لاحظ صحيح جميل الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع، وإلا فليس له (١).
 وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): الهبة والنحلة يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم فإن لا يرجع فيها (٢).
 وصحيح البصري وعبد الله بن سنان (سليمان يب) عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال (عليه السلام): تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك أن شاء (٣).
 ومرسل أبان كالصحيح عنه (عليه السلام) قال: سألته هل لأحد أن يرجع في صدقة أو هبة؟ قال (عليه السلام): قال أما ما تصدق به لله فلا، وأما الهبة والنحلة فإنه يرجع فيها حازها أو لم يحزها، وإن كان لذي قرابة (٤).
 وصحيح زرارة عنه (عليه السلام) في حديث - ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، وما لم يعط لله وفي الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة، حيزت أم لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أو لم يحز (٥).

-
- (١) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الهبات حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.
 - (٤) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الهبات حديث ٣.
 - (٥) أورد صدره في الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الهبات حديث ١ وذيله في ١ / ٧.

وموثق عبید بن زرارة عن الإمام الصادق (عليه السلام) - في حديث - ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز (١). إلى غير تلكم من النصوص. الثانية: ما تدل على عدم جواز الرجوع في الهبة، كخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله (عليه السلام): أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (٢).

خبر أبي بصير عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء فكان الذي اشترى لؤلؤا فوهب له لؤلؤا فرأى المشتري في اللؤلؤ أن يرد أيرد ما وهب له قال (عليه السلام): الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها، إنما سبيله على البيع، فإن رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة (٣).

وخبر محمد بن عيسى: كتبت إلى علي بن محمد (عليه السلام): رجل جعل لك - جعلني الله فداك - شيئا من ماله ثم احتاج إليه أيأخذه لنفسه أم يبعث به إليك؟ قال (عليه السلام): هو بالخيار في ذلك ما لم يخرجه عن يده، ولو وصل إلينا لرأينا أن نواسيه وقد احتاج إليه (٤).

وخبر جراج المدائني عن أبي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (٥).

-
- (١) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الهبات حديث ٤.
 - (٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب الخيار من كتاب البيع حديث ١.
 - (٤) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب حديث ٨.
 - (٥) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الهبات حديث ٣.

فما عن السيد المرتضى في الإنتصار من جعل الهبة جائزة مطلقا ما لم يعوض عنها، شاذ لا يعبأ به، والغريب أنه ره ادعى الاجماع عليه مع ظهور الاجماع على خلافه. مختص بالصغار، فيمكن أن يكون مراده على ما نبه بين كبار الأولاد وصغارهم، وأن لزوم الهبة

مختص بالصغار، فيمكن أن يكون مراده على ما نبه عليه صاحب الجواهر صورة ما قبل القبض، حيث إنه في الصغار لا حاجة إلى القبض كما عرفت، فلا يكون خلافا في المسألة.

وكذا لا يجوز الرجوع في هبة سائر الأرحام بعد القبض لاطلاق الصحيحين المتقدمين، وعن بعضهم: جوازه.

واستدل له: بمرسل أبان، لكنه قد عرفت حاله، وحمله على غير الأبوين والأولاد، وحمل الصحيحين عليهم تبرعي لا شاهد له.

وأما هبة كل من الزوجين للآخر، فعن جماعة: عدم جواز الرجوع فيها لصحيح زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام): إنما الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه، قال وما لم يعط وفي الله فإنه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، لأن

الله تعالى يقول (ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا) وقال (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) وهذا يدخل في الصداق والهبة (١).

هكذا في الفروع والتهذيب، وفي الاستبصار زاد: (ولا يحل لكم أن تأخذوا). ولكن المشهور بين الأصحاب هو الجواز لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما

(١) أورد صدره في الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الهبات حديث ١ وذيله في ١ / ٧.

(عليه السلام) عن رجل كانت له جارية فأذته امرأته فيها فقال: هي عليك صدقة، فقال (عليه السلام): إن كان قال ذلك لله فليمضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها (١). ويتوجه على الاستدلال به أنه من المحتمل أن يكون المراد به أنه حيث يكون المفروض فيه الصدقة فإن قصد بها القربة فهي صحيحة، وإلا فلا لاشرطها بقصد القربة، ولا نظر له إلى الهبة. ويؤيده لفظة على فإنه لم يجعلها صدقة لامرأته بل عليها، فلا معارض لصحيح زرارة وإن كان هو أيضا لا يخلو عن اشكال لدلالته على لزومها حتى مع عدم القبض، اللهم إلا أن يقال: إنه لا يراد على الخبر من هذه الجهة لامكان الالتزام بذلك في هبة الزوج خاصة، أو يقال إن عدم العمل ببعض الخبر لا يسقطه عن الحجية بالنسبة إلى باقي مدلوله، وعلى هذا فالمتعين هو البناء على لزوم هبة أحد الزوجين للآخر، والاحتياط في هبة الزوج قبل القبض لا يترك. ثم الظاهر كما قيل عدم الفرق بين الدائم والمنقطع، والمدخول بها وغيرها، بل والمطلقة الرجعية. لزوم الهبة بالتلف

٣ - المعروف بين الأصحاب: أنه إذا تلف المال الموهوب فلا رجوع وإن كان المتهب أجنبيا، بل عليه الاجماع في بعض الكلمات، ويمكن أن يستدل لذلك بوجهين: أحدهما: إن المتيقن من دليل جواز الهبة في مقابل أصالة اللزوم هو جواز رد العين والرجوع فيها كما في النصوص لا جواز عقد الهبة بمعنى التسلط على فسخ

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الهبات حديث ٢.

العقد.

توضيح ذلك: إن الجواز قد يتعلق بالعقد من كل وجه، وقد يتعلق به من جهة خاصة، وهو فسخه باسترداد العين خاصة، والمتيقن الثابت بالأدلة في المقام هو الثاني، وبعد التلف لا يمكن استرداده فيصير العقد لازماً.

وما عن المحقق الخراساني ره من أن متعلق الرد ملكية العين لا نفسها والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود كذلك يصح انتزاعها من التالف، فإنها من الاعتباريات، وهي لا تتوقف على موضوع موجود، وعليه فالموضوع وإن كان هو رد العين إلا أنه يمكن بعد التلف، يظهر جوابه مما ذكرناه في تقريب هذا الوجه، فإن المدعي أن الثابت بالأدلة جواز فسخ العقد بأخذ العين نفسها لا جوازه من كل وجه، وهذا لا يمكن مع تلف العين.

ويترتب على هذا الوجه أنه لو تلف البعض لا يجوز الرجوع في البعض الآخر، فإن المتيقن من الأدلة صحيح جميل والحلبي عن الإمام الصادق (عليه السلام): إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له (١)، إذ من المعلوم أنه مع التلف لا يصدق قيامها بعينها. لأن الظاهر منه بقاء الموهوب في ملكه، ولو تلف لا يصدق ذلك، كما أنه لو تلف بعض الموهوب لا يصدق أيضاً قيام العين بعينها وإن كانت قائمة ببعضها.

بقي الكلام في أنه إذا حدث في العين عيب وخرجت عن خلقتها الأصلية وأوجب نقصاً فيها هل يصدق قيام العين بعينها أم لا؟ الظاهر الثاني كما يشهد به

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب الهبات حديث ١.

مرسل جميل الوارد في خيار العيب عن أحدهما (عليه السلام) في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا قال (عليه السلام): إن كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب (١). فإنه يدل على أن المراد بقيام العين بعينها ما ينافيه مثل الصبغ والخياطة والقطع، فحدوث العيب أيضا ينافيه.

ويترتب على ما ذكرناه في هذا الفرع أولا وآخرا: أنه إذا مات المتهب بعد القبض سقط جواز الرجوع، لأن القدر المتيقن الثابت بالأدلة جواز الرجوع على المتهب، والمرجع في غيره أصالة اللزوم، وأيضا أن المال بموته ينتقل إلى ورثته فلا يكون قائما بعينه.

ولو مات الواهب بعد الاقباض فهل تلزم الهبة كما عن المصنف ره والشهيد والفخر والمحقق الثاني وغيرهم، أم لا؟ الظاهر هو اللزوم لأصالته بعد كون المتيقن من الدليل المخرج رجوع الواهب نفسه.

ودعوى أن حق الرجوع ينتقل إلى ورثته لعموم ما دل على أن ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه، فيها: أولا: إن كون ذلك حقا قابلا للنقل، والانتقال غير معلوم، فلعله من الأحكام، والعموم المشار إليه لا يصلح لإثبات كونه كذلك، فإن ذلك مفروض في موضوعه.

وثانيا: إن المنتقل إلى الوارث إنما هو الحق المتروك - أي ما يكون مطلقا وقابلا للبقاء بعد الموت - وكون هذا الحق كذلك غير معلوم، إذ لعله مختص بالواهب نفسه وبموته ينتهي أمده ولا يكون باقيا، والاستصحاب لا مورد له في المقام.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب الخيار من كتاب البيع حديث ٣.

فإن عاب فلا أرش وإن زادت زيادة متصلة تبعت وإلا فللموهوب له

ما في المتن قال: (فإن عاب فلا أرش و) أما (إن زادت زيادة متصلة) كالسمن وما شاكل فالظاهر جواز الرجوع لصدق بقاء المال بعينه، فإنه زاد ولم ينقص، اللهم إلا أن يقال إذا كان قصارة الثوب أو خياطته وصبغه موجبة لعدم بقاء المال بعينه فكيف لا يكون كذلك مع حصول الزيادة المتصلة كالسمن والحمل سيما إذا تحقق ذلك بفعل المتهب، ولا أقل من الشك في صدقه، وعليه فالأظهر عدم جواز الرجوع. وعلى القول بالجواز لا وجه لما ذكره المشهور من أنه إن رجع الواهب (تبعت) الزيادة، إذ بعد كون الرجوع فسخا لعقد الهبة من حينه لا من الأول، وكون المال قبل الرجوع للمتهب وتحقق الزيادة في ملكه ولذا قالوا (وإلا) أي وإن لم تكن الزيادة متصلة بل كانت منفصلة (فللموهوب له) لا وجه للقول برجوع الزيادة، خصوصا الحاصلة من فعله إلى الواهب، بل الأوجه هو الشركة إن لم يكن اجماع. الهبة المعوضة لازمة

٦ - لا اشكال ولا كلام في مشروعية الهبة المعوضة بأقسامها الثلاثة المتقدمة، وهي: أن يهب المال ويشترط على المتهب شيء، وأن يهبه ويكون داعيه هبة المتهب، وأن يهب المال ويشترط النتيجة، أي كون المال الآخر ملكا له لاطلاق أدلة الهبة والشرط.

ولا كلام أيضا في أنه إذا عوض عن الهبة تصير لازمة، ويشهد به صحيح عبد الله ابن سنان عن مولانا الصادق (عليه السلام): إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع (١) ونحوه غيره.

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.

ولا فرق في العوض بين القليل والكثير، ولا بين كونه مشروطا في ضمن الهبة وعدمه، ومقتضى اطلاق النص أن لا يعتبر رضا الواهب وإن كان له في صورة عدم الاشتراط عدم القبول لعدم كونه ملزما به، ولكن لو قبله صارت الهبة معوضة لا يجوز الرجوع فيها، ومع اطلاق الهبة بدون اشتراط التعويض لا يجب التعويض على المتهب.

فما عن الشيخ وأبي الصلاح من وجوبه مطلقا كما عن الأول، أو في هبة الأدنى للأعلى كما عن الثاني، لا وجه له نعم يجب مع الاشتراط لوجوب الوفاء بالشرط. بل لا يجوز له التصرف في المال قبل أن يفي بالشرط لخبر القاسم بن سليمان عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الرجل يهب الجارية عن أن يثاب أله أن يرجع فيها؟ قال (عليه السلام): نعم إن كان شرط عليه، قلت: رأيت إن وهبها له وله يشبه أيطأها أم لا؟ قال (عليه السلام): نعم إذا كان لم يشترط حين وهبها (١). بناء على عدم الفرق بين الجارية وغيرها.

وقد يقال: إن المراد به البناء على عدم الإثابة، فلو كان بانيا عليها يجوز له التصرف بمقتضى منطوق الخبر.

قال في المسالك: ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق، ولأنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن الجملة انتهى.

وأورد عليه: بأنه كالتعويض بالكل يعد ردا لا تعوضا. وفيه: أن صدق الرد غير مناف لصدق التعويض، فما أفاده الشهيد متين.

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب كتاب الهبات حديث ٢.

الصدقة

لا اشكال ولا خلاف في مشروعية الصدقة والنصوص الدالة عليها متواترة، وفي الكتاب أيضا آيات تدل عليها، قال الله تعالى (وما تنفقوا من خير يوف إليكم) (١).

وقال سبحانه (والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) (٢).
وقال النبي صلى الله عليه وآله: الصدقة تدفع ميتة السوء (٣).
وقال صلى الله عليه وآله: إن الله لا إله إلا هو ليدفع بالصدقة الداء والديبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون، وعد سبعين بابا من السوء (٤). وقال الإمام (عليه السلام): صنائع المعروف تدفع مصارع السوء (٥).
وقال الإمام الصادق (عليه السلام): المعروف شئ سوى الزكاة، فتقربوا إلى الله تعالى بالبر وصلة الرحم (٦). إلى غير تلكم من الآيات والأخبار. ويشترط في الصدقة بعد أهلية المتصدق للتصرف الايجاب والقبول لما مر في الهبة، ويكتفي فيهما بالفعل كما مر، وتصح مع الفصل الطويل بين الايجاب والقبول. ويعتبر فيها القبض، ففي الصحيح وغيره الآتيين في الوقف في الرجل يتصدق

(١) البقرة آية ٢٧٢.

(٢) المعارج آية ٢٥.

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ٩ من أبواب الصدقة حديث ١.

(٥) الوسائل باب ١ من أبواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالأمر بالمعروف حديث ٩.

(٦) الوسائل باب ٧ من أبواب ما تجب فيه الزكاة وما تستحب فيه حديث ١٣.

مسائل الأولى لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد الاقباض وإن كانت على الأجنبي ولو قبضها من غير إذن المال قالوا لم تنتقل إليه الثانية لا بد في الصدقة من نية القرية

على ولد له قد أدركوا فقال (عليه السلام): إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث (١).
وتمام الكلام في هذا المقام في ضمن (مسائل: الأولى: لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد الاقباض وإن كانت على الأجنبي) على الأظهر الأشهر، بل عليه عامة من تأخر، وعن الحلبي: الاجماع عليه، كذا في الرياض.
ويشهد به صحيح زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط لله وفي الله فإنه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة الحديث (٢).
والمعتبرة المستفيضة: إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقى ثم يعود في قيئه (٣).
وعن الشيخ في المبسوط: جواز الرجوع، قال: إن صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام - إلى أن قال - وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه ويرده ما مر.
(ولو قبضها من غير إذن المالك قالوا لم تنتقل إليه) وقد مر في الهبة ما يظهر منه أظهرية الانتقال.
(الثانية: لا بد في الصدقة من نية القرية) بلا خلاف، بل الفرق بينها وبين الهبة إنما يكون بذلك.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الهبات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

الثالثة يجوز الصدقة على الذمي وإن كان أجنبيا الرابعة صدقة السر أفضل

ويشهد به - مضافا إلى الاجماع عليه - المعتبرة المستفيضة الدالة على أنه لا صدقة إلا ما أريد به وجه الله سبحانه (١). نحوها كثير من النصوص الآتية. (الثالثة: يجوز الصدقة على الذمي وإن كان أجنبيا) كما صرح به جماعة عن الأصحاب، وعن ابن أبي عقيل: المنع من الصدقة على غير المؤمن، وظاهر بعض الأصحاب: إن الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه، وسيأتي الكلام في الوقف عليه.

تشهد للأول - مضافا إلى اطلاق الأدلة وقوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم) (٢) جملة من النصوص، لاحظ خبر عمرو بن أبي نصر: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إن أهل البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فتصدق عليهم؟ قال (عليه السلام): نعم (٣).

ومرسل الصدوق عنه (عليه السلام) عن السائل ولا يدري ما هو فقال (عليه السلام): أعط من وقعت له الرحمة في قلبك (٤). ونحوهما غيرهما. (الرابعة: صدقة السر أفضل) قال الله تعالى (وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) (٥). وقال الإمام الصادق (عليه السلام) في خبر عمار: الصدقة والله في السر أفضل

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) الممتحنة الآية ٨.

(٣) الوسائل باب ٢١ من أبواب الصدقة حديث ٧.

(٤) الوسائل باب ٢١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة حديث ٤.

(٥) البقرة الآية ٢٧١.

من الصدقة في العلانية (١).
(إلا مع التهمة) في ترك الموساة فيظهرها دفعا للتهمة.
والحمد لله أولا وآخرا.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة حديث ٣.

(٣٠٠)

الفصل الثاني في الوقف وصريح ألفاظه وقفت والباقي بقرينة

الفصل الثاني في الوقف

ويطلق عليه الصدقة أيضا، بل الغالب في الأخبار التعبير عن الوقف بالصدقة، بل بلفظ الوقف قليل، فالوقف هو الصدقة الجارية، وحقيقته تحبب العين وتسبيل المنفعة كما في النبوي: حبس الأصل وسبل الثمرة (١). وهو ثابت بالنص والاجماع وقد ورد في الأخبار الحث عليه. والبحث في هذا الفصل يقع في مطالب:

الأول: في العقد وما يلحق به.

وفيه مسائل: الأولى: ظاهر الأصحاب اعتبار اللفظ فيما ينشأ به الوقف، وأنه بدونه غير صحيح. ولقد أطالوا البحث في اللفظ الصريح فيه وغير الصريح، ففي المتن: (وصريح ألفاظه وقفت والباقي بقرينة) وقال بذلك غيره، وعللوه بأنه الموضوع له لغة وشرعا وصرح جماعة منهم: بأن أوقفت بالهمزة لغة شاذة، وفي المسالك:

والظاهر أن الصيغة بها صحيحة وإن كانت غير فصيحة.

واختلفوا في حبست وسبلت، فقليل: إنه يصير وقفا من غير توقف على القرينة، وقيل: لا يكون إلا مع القرينة، والمتجه كفاية كل ما يدل على المعنى المشار إليه ولو بضميمة القرائن كما في سائر العقود.

(١) المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

جعل لله فلا رجعة له فيه (١) وظاهر ذلك أن ما كان لله لا يلائمه الرجوع، وهذا غير قابل للتخصيص.

ثانيهما: ما عن المحقق النائيني ره، وهو يختص ببعض أقسام الوقف، وحاصله: إن بعض أقسامه كالوقف الخاص أو لمصرف خاص، كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لا يجري فيه المعاطاة. وفيه: إنا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول، وهو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفساني لا أقل من الأفعال التي يفهم الأخرس مقاصده بها، مثلا إذا سأل أحد عن من يريد وقف ماله: هل توقف هذا المال لمصرف خاص، فحرك رأسه قاصدا به انشاء الوقف يكون هذا الفعل بضميمة القرائن الموجود مصداقا لعنوان الوقف، فالأظهر صحة الوقف المعاطاتي مطلقا، وتعضده السيرة القطعية في مثل الفرش للمساجد، فإن الذي استقرت سيره المتشعبة عليه شرائها واعطائها للمسجد من دون اجراء الصيغة، وكذا تعمير المساجد الخربة بالنسبة إلى الآلات المعمولة فيها.

ودعوى أنها من قبيل الإباحة، بينة الفساد، وما عن التذكرة في جعل الحصر للمسجد أنه من قبيل تمليك المسجد وليس وقفا، وإن كان معقولا نظرا إلى أن الملكية من الأمور الاعتبارية ولا مانع من اعتبارها للمسجد، إلا أنه خلاف المرتكز العرفي، فإنه لا يخطر ببال أحد من أهل العرف هبة المسجد، ولم يعهد قبول الناظر لها وقبضه. فالحق كون ذلك كله من قبيل الوقف المعاطاتي، والله العالم.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

اشترط القبول في الوقف

الثالثة: اختلفوا في اشتراط القبول في الوقف على أقوال:

١ - ما عن ظاهر الأكثر، حيث ذكروا الايجاب ولم يتعرضوا لذكر القبول وهو عدم اشتراطه مطلقا.

٢ - ما عن التذكرة، وهو الاشتراط مطلقا، ونسب إلى الأكثر أيضا من جهة اطباقهم على أن الوقف من العقود.

٣ - التفصيل بين الأوقاف العامة، مثل الوقف على الفقراء أو الفقهاء أو المساجد فالأول، والأوقاف الخاصة وهي ما كان الوقف على جهة معينة كشخص معين أو جماعة معينين فالثاني، وإلى هذا القول ذهب الشهيد في الدروس، ويظهر من المحقق في الشرائع، والشارح في المسالك الميل إليه كما في الحدائق.

والأظهر عدم اعتبار القبول مطلقا لاطلاق الأدلة بعد صدق الوقف على فعل الواقف، خصوصا على القول بأن الوقف ملك لا تمليك، وأصالة عدم الاشتراط، وخلو النصوص الواردة المتضمنة لأوقاف المعصومين (عليهم السلام) عن ذكر القبول، لاحظ ما تضمن صدقة علي بن أبي طالب (عليه السلام) بداره التي في بني زريق (١)، وخبر عجلان المتضمن لصدقة صادق الال دراه (٢)، وحديث صدقة الإمام الكاظم (عليه السلام) بأرض له على أولاده (٣)، وغير تلكم من الأخبار، وليس في شيء منها

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

الإشارة إلى القبول، أضيف إلى ذلك سيرة المتشركة في الوقف على الجهات، فإنه لا ترى في شيء من تلك الموارد قبول الناظر أو الحاكم. واستدل لاعتباره: بأنه عقد فيعتبر فيه القبول كساير العقود، وبأن ادخاله في ملك الغير بغير رضاه بعيد، وبأصالة بقاء الملك على مالكه بدونه. ولكن الأول مصادرة محضة.

ويتوجه على الثاني أولاً: النقص بالطبقات اللاحقة إذ لم يقل أحد باعتبار قبولهم.

وثانياً: بأنه لو تم لاختص بالوقف على شخص معين أو أشخاص معينين. وثالثاً: قد عرفت أن الوقف فك ملك لا تمليك.

ورابعاً: أنه لا مانع من الالتزام به لو دل عليه الدليل، وقد عرفت وجوده، وكم له من نظير.

وعلى الثالث: أنه لا مورد للأصل مع وجود الدليل.

فالأظهر عدم اعتباره مطلقاً، وعلى فرض التنزل فالمتعين البناء على اعتباره في الوقف الخاص، أما الوقف العام فلا محل للتريد في عدم اشتراطه فيه، والله العالم. شرائط الوقف

المطلب الثاني: في الشرائط:

وهي أربعة أقسام: القسم الأول: شرائط الوقف، (وشروطه) خمسة، والمصنف لما كان يرى اعتبار (القبول) في الوقف جعلها ستة، وأما جعله من الشروط على تقدير اعتباره، مع أنه جزء العقد، فلأن حقيقة الوقف إنما هو فعل الواقف، وبالإيجاب

يتم الوقف عرفاً، ولو كان القبول معتبراً فإنما هو لكونه من شرائط الصحة وتأثير فعل الواقف في حصول الأثر.

(و) كيف كان: فأول شروطه (التقرب) كما هو المشهور، وعن الحلبي والسيد ابن زهرة: اجماع الإمامية عليه.

واستدل له: بالاجماع، وباطلاق الصدقة عليه في الأخبار وهو يعتبر فيها، ففي الموثق (١) والصحيح (٢): لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل. وتوضيح هذا الوجه: إن اطلاق الصدقة على الوقف أما على وجه الحقيقة فيكون الوقف من مصاديقها، فيعتبر فيه ما يعتبر في كل صدقة، وأما أن يكون على وجه الاستعارة والتشبيه، وهما يقتضيان الشركة في الأحكام، إما جملة أو المتبادر منها خاصة، ولا ريب أن اشتراط القرية في صحة الصدقة من أظهر أحكامها، واتباع الأئمة وقوفاتهم المأثورة بقولهم: ابتغاء وجه الله سبحانه، وبأن الأصل عدم صحة الوقف خرج عنه الوقف مع قصد القرية وبقي الفاقد له، وبأصالة التعبدية في التكليف، إذ لا ريب في أنه من المستحبات، ومقتضى ذلك الأصل اعتباره فيه. ولكن يتوجه على الأول: أنه لم يثبت كونه تعبدياً، ولعل مستند المجمعين بعض ما ذكر.

وعلى الثاني أنه: لو كانت الأخبار متضمنة لحمل الصدقة على الوقف - مثل: الوقف صدقة - كان هذا الوجه تاماً، ولكن ليس في الأخبار إلا اطلاق الصدقة على الوقف، ولازم ذلك أن للصدقة معنى عاماً يصدق على الوقف، وأما أن كل وقف يصدق

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٣.

يعتبر في الوقف الاقباض

(و) الثاني: مما قالوا باشرطه في الوقف: (الاقباض) والظاهر عدم الخلاف فيه، وفي المسالك: الاجماع عليه.

ويشهد به صحيح صفوان بن يحيى عن أبي الحسن (عليه السلام) عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً فقال (عليه السلام): إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لا يجوزونها وقد بلغوا (١).

وخبر محمد بن الأُسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله من محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان أرواحنا فداه: وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار وكما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج افتقر إليه أو استغنى - إلى أن قال - وأما ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلمها من قيم يقوم فيها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤونتها ويجعل ما بقي من الدخل لنا حيثنا فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها، إنما لا يجوز ذلك لغيره (٢).

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الموقوف والصدقات حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٨.

وما دل على أنه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثا (١)، وسيمر عليك، فلا اشكال في أصل الحكم.

وتمام الكلام في هذا الشرط في ضمن فروع:

١ - هل القبض شرط للصحة كما هو المشهور، أم للزوم كما هو ظاهر الغنية والشرائع واللمعة؟ ظاهر صحيح صفوان هو الثاني لقوله: فله أن يرجع فيها - أي الضيعة - ولو كان شرطاً للصحة لكانت الضيعة باقية على ملكه فلا معنى للرجوع فيها، وخير الأسدي يلائم مع كل منهما، وكذا ما دل على أنه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثا، وعلى هذا فإن كان اجماع على كونه شرطاً للصحة، وإلا فالمتجه كونه شرطاً للزوم؟، وعليه فحكم النماء المتخلل بين العقد والقبض ظاهر.

وعلى القول بأنه شرط للصحة فهل هو كاشف أو ناقل؟ مقتضى اطلاقات الوقف هو الأول، فإنها تقتضي عدم اعتبار القبض، وحصول النقل بمجرد اجراء الصيغة والمنتقن من ما دل على شرطية القبض عدم حصوله مع عدم القبض، وأما أنه على تقديره فلا يثبت النقل من الأول، فلا يدل عليه، وقياس الاعتبارات بالشرط الخارجي للموجود الخارجي في غير محله، فالمتجه كونه كاشفاً.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٥.

بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض

٢ - إذا مات الواقف قبل القبض بطل الوقف بلا خلاف.

واستدل له: بخبر عبيد بن زرارة عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، وقال (عليه السلام): لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله (١).

وأورد عليه في المسالك: باحتمال أن يريد بالصدقة معناها الخاص، فلا يكون دليلاً قال: ويؤيده قوله في آخر الحديث وقال: لا يرجع... الخ فإن هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة.

أقول: الأصحاب وإن فهموا من الخبر أن المراد بالصدقة في صدر الخبر إما الوقف أو الصدقة بالمعنى الأعم الشامل له، وذيل الخبر لا ينافه، إذ يمكن أن يكون ذلك خبراً آخر كما يؤيده تكرار لفظ قال: مع أن كون ذلك من خواص الصدقة بالمعنى الأخص ممنوع بل هو من خواص كل صدقة أريد بها وجه الله كما قيد به في الخبر، ولكن كون الصدقة لها معنيان: المعنى الأخص، والمعنى الأعم غير ثابت، ومجرد الاستعمال أعم من الحقيقة، وليس استعمالها في غير المعنى الأخص بمقدار استعمالها فيه، وفهم الأصحاب ليس حجة، فشمول الخبر لغير الصدقة بالمعنى الأخص مشكل. اللهم إلا أن يقال: إن الصدقة لها معنى عام كما يظهر من موارد استعمالها واستعمال

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٥.

٤ - المشهور اعتبار كون القبض فيما يعتبر فيه ذلك أن يكون بإذن الواقف، والمستند في ذلك: إن المعتبر هو الاقباض، ويشهد به قوله (عليه السلام) في التوقيع الشريف المتقدم فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار الظاهر في أن المناط تسليم الواقف، وقوله (عليه السلام) في صحيح صفوان: وإن كانوا كبارا لم يسلمها إليهم... الخ، ولا يعارضهما قوله في الصحيح ولم يخاصموا حتى يجوزوها عنه بدعوى أن ظاهره جواز المخاصمة مع الواقف للقبض، فإن الظاهر منه بقرينة التعدية بعن هو المخاصمة معه في الاقباض، فما أفادوه من اعتبار الإذن والاقباض هو الأظهر.

٥ - إذا وقف الأب على أولاده الأصغر لم يحتج إلى قبض جديد، لا لعدم اعتبار القبض أصلا لانصراف أدلته عنه، فإنه يردده ما في صحيح صفوان المتقدم وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن... الخ بل لأن قبضه ولاية عليهم قبض لهم لعموم أدلة الولاية، ولصحيح صفوان المتقدم، وصحيح محمد بن مسلم عن مولانا الباقر (عليه السلام) في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذي يلي أمره (١). ونحوه خبر علي بن جعفر (٢)، وهما بعموم العلة يدلان على المقام،

وإن قلنا بشمول الصدقة للوقف فالأمر أوضح.

(و) على هذا فهل يعتبر قصد كونه عن المولى عليه أم لا؟ وجهان، لا يبعد دعوى عدم اعتباره كما عن جماعة لاطلاق الأخبار، بل عن كاشف الغطاء: ولو نوى الخلاف فالأقوى الجواز، ولا بأس به جمودا على الاطلاق.

(١) الوسائل باب ٤ من كتاب الوقوف حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الهبات حديث ٥.

يتولى الولي القبض عن الطفل والناظر في المصالح القبض عنها والتنجز

وقد ظهر مما ذكرناه أنه لو وقف أجنبي على الصغير (يتولى الولي القبض عن الطفل و) أيضا ظهر مما قدمناه في الفروع السابقة أن ل (الناظر في المصالح القبض عنها).

عدم اعتبار التنجز في الوقف

(و) الثالث من شرائط الوقف (التنجز) عند المشهور، فلو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر أو أن قدم زيد، لم يصح، وفي الجواهر: بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه، وفي المسالك: اشتراط تنجزه موضع وفاق. ولا دليل بالخصوص لاعتباره في الوقف، وإنما ذكروا في وجه الاعتبار ما ذكره وجهها لاعتباره في مطلق العقود، قد مر الكلام في ذلك في كتاب البيع وغيره من الكتب المتقدمة، وعرفت عدم تمامية شيء من ما ذكر، وأنه لا دليل له سوى الاجماع، وعلى ذلك فحيث أفاد صاحب الحدائق في المقام: وهذا الشرط لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط وكتاب السرائر لابن إدريس وكذا المقنعة للشيخ المفيد ره فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره؟ في الكتب المذكورة. انتهى. فالقول بعدم الاعتبار قوي لعدم الاجماع، سيما في التعليق على الصفة التي لا بد من وقوعها، وأما التعليق على وصف موجود أو شرط متحقق فلا اشكال في صحته كما مر تفصيل القول في ذلك.

عدم اعتبار الدوام في الوقف

(و) الرابع من شروط الوقف: (الدوام) بمعنى عدم توقيته بمدة كعشر سنين على المشهور، وفي الجواهر: بل الاجماع محصله ومحكيه في الغنية وعن الخلاف والسرائر عليه.

واستدل له: بالاجماع، وبأن التأييد معتبر في مفهومه، ولذا قالوا: إن لفظ وقفت صريح في الوقف بخلاف سائر الألفاظ فإنها بضميمة القرائن، وبالنصوص المشتملة على أوقاف الأئمة عليهم السلام فإنها مشتملة على التأييد، لاحظ خبر ربي ابن عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام) في صورة وقف أمير المؤمنين (عليه السلام): بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب (عليه السلام) وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض وأسكن هذه الصدقة حالاته ما عشن وعاش عقبهن فإذا انقضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين. الحدث (١).

ونحوه خبر عجلان أبي صالح في صورة وقف الإمام الصادق (عليه السلام) (٢)، وخبر عبد الرحمان المتضمن لوقف الإمام الكاظم (عليه السلام) وفيه: تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء - إلى أن قال - صدقة حسبنا بتلا بتا مبتوتة لا رجعة فيها ولا رد ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه. الحديث (٣).

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٣.

(٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

وتقريب الاستدلال بها: إن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، ويبعد كونه شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص، مع أن سياق الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد - أعني الموقف عليهم - وبالأصل، فإن المتعين من دليل مشروعية الوقف صورة التأييد، وفي غيرها يرجع إلى أصالة الفساد. ولكن يتوجه على الأول: عدم ثبوت كونه تعدياً.

وعلى الثاني: إن التأييد غير معتبر في مفهوم الوقف الذي اتفق النص والفهم العرفي وكلمات الأصحاب على أنه تحبب الأصل وتسهيل المنفعة كما مر، مضافاً إلى إطلاق الوقف على المنقطع في الأخبار كما سبأتي.

ويتوجه على الثالث: منع كون الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الوقف، نعم دعوى عدم كونه شرطاً خارجاً عن الوقف مأخوذاً في الشخص قريبة، ولكن المدعى أن الوقف صنفين أحدهما: الدائم، والآخر: المنقطع، كالنكاح الدائم والمنقطع، ففي الدائم ليس هناك وقف وقيد دوام، بل المنشأ والمتحقق شيء واحد وهو الوقف دائماً وأبداً، والنصوص المتقدمة لا تنفي ذلك.

وعلى الرابع: إن إطلاق أدلة الوقف نظير قوله (عليه السلام): الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى (١). يدل على صحة الوقف المنقطع. ويشهد لها - مضافاً إلى ذلك - صحيح علي بن مهزيار: قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام: إن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام، فكتب (عليه السلام): هكذا هو عندي (٢). فإنه ظاهر في صحة

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

الوقف المنقطع، والأصحاب لما كان بنائهم على اشتراط التأييد حملوه على صحة حبسا، والشيخ قده حمل الوقت فيه على الموقوف عليه دون المدة استنادا إلى صحيح الصفار: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام) أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو وقد روي أن الوقف: إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، وقال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها - إلى أن قال - والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحدا، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع (عليه السلام): الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله (١). وفيه: أولا: إنهما خبران لا ربط لأحدهما بالآخر، فلا وجه لجعل أحدهما قرينة على الآخر فتأمل.

وثانيا: إنه ليس في الثاني سوى تفسير قوم الموقت بالموقوف عليه، والسائل لم يسأل عن ذلك حتى يكون عدم جوابه تقريرا لهم، بل سأل عن ما يصح من ذلك وما لا يصح وأجاب (عليه السلام) بأن الوقف صحيح على حسب ما يوقف، وعليه فهو أيضا يدل على صحة الموقت فما اختاره جماعة ومال إليه آخرون كالشهيد الثاني ره وصاحب المفاتيح وسيد العروة وغيرهم من عدم اشتراط التأييد هو الأصح.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢.

الوقف على النفس

(و) الشرط الخامس: (اخراجه عن نفسه) بمعنى أن يكون الوقف على غيره، فلو وقف على نفسه بطل، وهذا مما لا خلاف فيه بين أصحابنا كما في المسالك والحدائق،

وعن التذكرة: نسبتة إلى علمائنا، وعن السرائر: الاجماع عليه، وهو الحجة فيه، وإلا ففيما ذكره وجهها له نظر بل منع، لأنهم قد استدلوا على اعتباره تارة بعدم تعقل الوقف على النفس لاقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصة أو مع العين إلى الموقوف عليه، ولا معنى لنقل ملكه إلى نفسه.

وأخرى: بفحوى النصوص الآتية الدالة على عدم صحة اشتراط العود إليه عند الحاجة.

وثالثة: بخبر طلحة بن زيد عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام): إن رجلا تصدق بدار له وهو ساكن فيها فقال (عليه السلام) الحين أخرج منها (١).

ورابعة: بمكاتبة علي بن سليمان إلى أبي الحسن (عليه السلام) جعلت فداك ليس لي ولد ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى - جعلت فداك - لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين، أو أبيعها وأتصدق بثمنها عليهم في حياتي فإنني أتخوف أن لا ينفد الوقف بعد موتي، فإن وقفها في حياتي فلي أن أكل منها أيام حياتي أم لا؟ فكتب (عليه

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

السلام: فهتم كتابك في أمر ضياعك، فليس لك أن تأكل منها من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ، إن كان لك ورثة فبع وتصدق ببعض ثمنها في حياتك، وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين (عليه السلام) (١). وفي كل نظر: أما الأول: فلأنه لو سلم كون الوقف نقلا للمنفعة إلى الموقوف عليه - مع أنه محل تأمل - أنه يمكن تصحيحه في الوقف على النفس بأن مقتضى الوقف حيث يكون إيقاف العين وحبسها، ولازم ذلك في نفسه حبس المنفعة أيضا، إذ بعد ما تخرج العين عن ملك الواقف لا تكون المنفعة له، أن يملكها بغيره، كذلك له أن يقيها لنفسه.

وبعبارة أخرى: لم يؤخذ في حقيقة الوقف التملك بالغير كي يكون ابقاء المالك المنفعة في ملكه منافيا له، وعليه فلا مانع من هذه الجهة في أن يوقف العين ويحبسها ويجعل منفعتها لنفسه، ولا يكون ذلك خارجا عن حقيقة الوقف. وأما الجواب عن ذلك كما في ملحقات العروة بأنه لا مانع من تبديل ملكية بملكية أخرى عليه بنحو آخر، فلم أفهم مراده قده. وأما الثاني: فلمنع الأولوية، مع أنه سيأتي عدم دلالتها على ما استدل بها له. وأما الثالث: فلأنه ظاهر في لزوم الخروج عن البيت بعد أن وقفه على الغير، ولا يدل على عدم جواز الوقف على النفس. وأما الرابع: فلأنه لو لم يدل على جواز الوقف على النفس من جهة قوله (عليه السلام): وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك، بدعوى ظهوره في أنه إذا وقفت وأراد أن يأكل منه مدة حياته فليجعل في ضمن اجراء الصيغة شيئا منه ليقوت به، لا يدل

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الوقوف حديث ١.

وكان هو الإمام في ذلك المسجد أو الأعم في ذلك البلد، سيما إذا لم يكن حين الوقف ثم صار إماما أو أعلم، فإن المتيقن من معقد الاجماع الوقف على الشخص، وأما الوقف على العنوان وإن كان منطبقا عليه فغير مشمول له، والأظهر هو الجواز. وأولى من جميع ذلك الأوقاف العامة على الجهات العامة كالمساجد والقناطر والخانات للزوار والمدارس لأهل العلم وما شاكل، فإنه لا اشكال بل ولا خلاف في جواز انتفاع الواقف بها أيضا، فإن الموقوف عليه هي الجهة دون نفسه، أضف إليه أن عليه السيرة المستمرة الكاشفة عن رأي المعصوم (عليه السلام).
شرط عود الوقف ملكا

٤ - المشهور صحة الوقف (و) الشرط (لو) وقف و (شرط عوده) إليه عند حاجته، وعن المرتضى: الاجماع عليه، وذهب جماعة إلى بطلان الوقف منهم الحلبي مدعيا عليه الاجماع، وفي المتن (كان حسبا).

والأول أظهر، أما على المختار من صحة الوقف المنقطع الآخر فواضح، أما على القول ببطلانه فلأن هذا النحو من الوقف مرجعه إلى الوقف ما دام كونه غنيا، فيكون نظير الوقف على من ينقرض غالبا، ووقفا إلى غاية محتملة الحصول، الذي اتفقوا على صحته كما يأتي.

وبعبارة أخرى: إن الذي قالوا ببطلانه هو الوقف المقيّد بزمان، وأما الوقف المغيا بوصف من أوصاف الموقوف عليه ككونه عادلا، أو ما دام فقيرا، أو المغيار بوصف من أوصاف الواقف محتمل الحصول، أو الوقف على من ينقرض غالبا، فلا دليل على

بطلانه، ومقتضى قوله (عليه السلام): الوقوف على حسب ما يوقفها (١). صحة جميع تلکم، ولا اجماع على البطلان فيصح.
واستدل للبطلان: بأن الشرط المذكور مناف لمقتضى الوقف الذي هو البقاء أبداً، وبأنه يرجع إلى الوقف على النفس، وبأنه يوجب التعليق فإنه حينئذ علقه على عدم الحاجة، وبأنه ينافيه ما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة، وبأنه يرجع إلى شرط الخيار ولا يجري في الوقف خيار الشرط ولا خيار الاشرط، وبخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال (عليه السلام): يرجع ميراثاً على أهله. وفي نقل آخر: وقال: إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فأنا أحق به، أله ذلك وقد جعله لله، وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً... إلى آخره (٢).
وخبره الآخر عنه (عليه السلام): من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث (٣). بتقريب: إن حكمه (عليه السلام) بالرجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها، وعن رجوعه ميراثاً وعدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأول، وبالرجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه.

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٣.

(٣) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ طبع النجف.

ولو جعله إلى أمد أو لمن ينقرض غالبا

مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف، سيما بنحو يوجب بطلان هذا الوقف. وعلى المختار من كونه وقفا لا اشكال في أنه إذا لم تحصل الغاية ولم يرجع المال إليه يبقى على وقفته ولا يرجع بالموت ميراثا، وكذا على القول بصحته حسبا. ولكن المحكي عن المحقق القمي ره أنه بعد اختياره كونه حسبا قال: إنه يرجع بالموت إلى الورثة وإن لم تتحقق الحاجة، وأسنده إلى جماعة من العلماء ولعل نظره الشريف إلى أن الحبس حيث لا يكون مستلزما للخروج عن ملك الحابس فبموته ينتقل أصل المال إلى الورثة حسب سائر أمواله، وحيث إن منافعه والتسلط على المال من حين الموت للورثة، فحبس المورث وتمليكه المنفعة من ذلك الزمان تصرف في ملك الغير فيكون باطلا، أو يكون إلى اطلاق الخبرين. ولكن الأول مندفع بما مر في كتاب الإجارة من أن المالك يملك العين ومنفعتها المرسلة اللاموقته بحال حياته، فله تمليكها. وأما الخبران فقد مر أنهما مجملين، فالأظهر عدم عوده ميراثا مع عدم تحقق الحاجة.

الوقف على من ينقرض غالبا

٥ - (ولو جعله إلى أمد أو لمن ينقرض غالبا) صح الوقف وقفا في الموردين. أما الأول: فلما مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف. وأما الثاني: فلما مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف. أما الثاني: فلأنه لو سلم البطلان في الأول لا مجال للبناء عليه فيه، إذ الاجماع المدعي على بطلان الوقف المنقطع إنما هو في الموقت إلى مدة، فلا يشمل المقام، أضف إليه أن الصحيحين المتقدمين في مسألة شرطية الدوام دالان عليه، أما على ما ذكرناه

في تقريب الاستدلال بهما على المختار فبالاطلاق، وأما على القول الآخر فبالظهور. ثم إن المصنف ره استدلال على صحته وقفا في محكي المختلف: بأن الوقف نوع تمليك وصدقة، فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره، وبأن تمليك الأخير ليس شرطا في تمليك الأول وإلا لزم تقدم المعلول على علته، وبالخبر الوارد في وصية فاطمة (عليها السلام) حيث جعلت أمر صدقاتها إلى أولادها مع احتمال الانقراض (١). ويرد الأخير: إنه لعلها كانت عالمة بعدم الانقراض، مع أنه ليس في الخبر كونه وقفا، بل ظاهره الوصية، وما قبله بأن من يدعي بطلانه وقفا إنما يقول به من جهة كون الدوام شرطا، ولا يلزم من ذلك كون تمليك الأخير شرطا، بل اللازم بيان المصرف الآخر ليتحقق الدوام. وبه يظهر ما في الأول، فالصحيح ما ذكرناه. ثم إنه على القول ببطلانه وقفا يصح حبسا لما مر من أنه لا حقيقة له سوى إيقاف العين في مدة معينة.

ولا اشكال ولا خلاف في أنه على تقدير كون الوقف على من ينقرض أو إلى أمد حبسا، أنه بعد الانقراض وانتهاء الأمد ب (رجع إلى ورثة الواقف) أو نفسه، لأنه لم يخرج من الأول عن ملكه، ويتعين رجوعه إلى ورثة الواقف حين موته. وأما على القول بصحته وقفا، فإن قلنا بأنه لا يخرج العين عن ملك الواقف فالحكم واضح، فإنها ملك للواقف، فإن مات تنتقل إلى ورثته وإن قلنا بخروجها عن ملكه فحيث إن الإخراج إخراج إلى مدة أو غاية وليس إخراجا دائما، فبعد مضي المدة وحصول الغاية ترجع إلى الواقف فإن كان حيا وإلا فتنقل منه إلى ورثته. ثم هل المدار على ورثة الواقف حين موته، أو ورثته حين الانقراض؟ قولان:

أقواهما الأول، أما إذا قلنا بعدم خروج المال عن ملكه بالوقف فواضح، وأما على القول بخروجه عن ملكه فلأنه إنما يخرج في مدة محدودة واقعا علم بها أم لم يعلم، فهو في تلك المدة للعين من بعد تلك المدة بالملكية، نظير الوجوب المعلق، فعند موته ينتقل تلك إلى ورثته، وعلى هذا لو وقف على ولديه وبعد موته مات أحد الولدين عن ولد قبل الانقراض، يشترك مع الولد الباقي ابن أخيه لتلقيه من أبيه.

شرائط الموقوف

القسم الثاني: شرائط الموقوف.

(و) هي أمور: أحدها: (أن يكون عينا) فلا يصح وقف المنفعة، كأن استأجر دارا عشرين سنة وأراد أن يجعل منفعتها - وهي قابليتها لأن يسكن فيها - وقفا مع بقاء العين على ملك مالکها طلقا، ولا وقف الدين كما إذا كان له على الغير عشر شياة مثلا، لا يصح أن يجعلها وقفا قبل قبضها من ذلك الغير، وكذا لا يصح وقف الكلي في الذمة - أي ذمة الواقف نفسه - بلا خلاف في شيء من تلكم وعن الغنية: الاجماع في الأولين، وفي الجواهر: دعوى اتفاق الأصحاب على الجميع ظاهرا، ولا وقف المبهم، وعن الغنية: الاجماع عليه أيضا، فالكلام في مواضع:

١ - في وقف المنفعة، والظاهر تمامية ما أفادوه من عدم صحة وقفها، لأن الوقف كما عرفت عبارة عن تحبيس الأصل واطلاق المنفعة، وهذا لا يتصور في المنفعة، فإن الانتفاع بها إنما يكون باتلافها، فلا يتصور فيها تحبيس الأصل، إذ الأصل حينئذ هي المنفعة.

٢ - في وقف الدين، كما لو كان له دين على غيره فأراد وقفه، فاستدل لعدم

ما في ذمة الواقف بأن يراد اثبات الموقوف في ذمته بنفس الوقف، وهو واضح. ٣ - في وقف المبهم، والمراد به إن كان هو المراد به إن كان هو المراد غير العين واقعا فعدم صحة

وقفه واضح، فإنه لا تحقق للمردد، وإن كان هو المعين في الواقع المجهول عند الواقف فيشهد لعدم صحة وقفه ما دل (١) على نفي الغرر بناء على عدم اختصاصه بالبيع، وبشموله لكل عقد وإيقاع، وإن كان الجهل به غير مستلزم للغرر كما لو وقف إحدى الدارين المتساويتين من جميع الجهات، فلا دليل على بطلان وقفه سوى إجماع الغنية، وهو كما ترى.

وبما ذكرناه يظهر حكم وقف إحدى الدارين مثلا بنحو التخيير، بأن يكون زمام تعيينه بيد الواقف أو بالقرعة، كما ظهر أنه لا اشكال في وقف الكلي في المعين كوقف مائة ذراع مثلا من القطعة المعينة من أرض، كعدم الاشكال في صحة بيعه والاجماع على بطلان وقف الكلي غير شامل له.

لا يخفى أنه كما يصح وقف العين المعينة الخارجية كذلك يصح وقف المشارع، والظاهر أنه لا خلاف في صحته، والأخبار الدالة على جواز التصديق بالمشاع الشامل للوقف شاهدة به مضافا إلى العمومات والمطلقات.

الشرط الثاني: أن تكون العين الموقوفة (مملوكة)، فلا يصح وقف ما لا يملكه المسلم كالخنزير، سواء وقفه على المسلم أو الكافر، وكذا لا يصح وقف الحر وما شاكل، وهذا واضح.

إنما الكلام في وقف ما لا يملكه الواقف فعلا وإن كان مملوكا لغيره، فذهب جماعة منهم المحقق في الشرائع، والمصنف ره في الإرشاد والقواعد والتحرير، والشهيد

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ وسبقه الشيخ في الخلاف.

ينتفع بها مع بقائها وإن كانت مشاعة

الثاني في المسالك على ما حكى إلى الصحة لأنه عقد صادر من أهله صحيح العبارة واقع في محله قابل للنقل وقد أجازته المالك، فيصح كغيره من العقود وعن جماعة: القول بالبطلان أو الميل إليه، منهم المنصف ره في بعض كتبه، والشهيد الثاني في الروضة، وفخر الاسلام، وقواه سيد الرياض.

واستدل له: بأن عبارة الفضولي لا أثر لها، وتأثير الإجازة فميا عدا محل النص المختص بالبيع والنكاح غير معلوم، وبأن الوقف فك ملك في كثير من موارد ولا أثر لعبارة الغير فيه، وبأنه يعتبر في الوقف القرية وهي بملك الغير غير حاصلة، ونية المجيز لها حين الإجازة غير نافعة، إما لاشتراط المقارنة بالصيغة وهي في الفرض مفقودة، أو لأن تأثير نيته لها بعدها وإفادتها في الصحة غير معلومة، فالأصل بقاء الملكية إلى أن يعلم الناقل وهو بما قرر غير معلوم.

ولكن يتوجه على الأول: ما تقدم في كتاب البيع من كون صحة المعاملة الفضولية إنما تكون على القاعدة لا للنص الخاص، وهي شاملة للوقف أيضا. وعلى الثاني: إن العقد الصادر من الفضولي إذا أجازته المالك يستند إليه ويكون كالعقد الصادر عنه، بلا فرق في ذلك بين كون أثره الملكية أو فك الملك أو الزوجية أو غيرها.

وعلى الثالث: أولا: النقض بوقف الوكيل.

وثانيا: بالحل، وهو ما مر من عدم اعتبار القرية فيه، وعلى فرض اعتبارها تكفي نية القرية حين الإجازة التي بها يستند الوقف إلى الواقف، ولا دليل على اشتراط مقارنتها للصيغة، فالأظهر صحته.

الشرط الرابع: أن يمكن أن ينتفع بها مع بقائها مع بقائها وإن كانت مشاعة) فلا يصح وقف الأطعمة والفواكه ونحوها مما يكون الانتفاع به اتلافا له، لأن الوقف

عبارة عن تحبب الأصل، قالوا: ولا يعتبر في الانتفاع به كونه في الحال، فيصح وقف ما لا منفعة فيه إلا بعد مدة كما يجوز بيعه.

وهل يعتبر طول زمان المنفعة فلا يصح وقف ورد أو ريحان، أم لا يعتبر؟ قولان، الأكثر على الأول، وهو الأظهر لاطلاق الأدلة، ولا ينافي ذلك اعتبار التأييد على القول به لأن المراد به مدة عمر الشيء كما هو واضح.

وذكروا في عداد شرائطها إمكان اقباضه، ولكن اشتراط اقباض في الوقف كما مر يغني عن ذلك.

شروط الواقف

القسم الثالث: شروط الواقف (و) جمعها المصنف ره في قوله: (جواز تصرف الواقف) فلا يجوز وقف الصبي والمجنون والمكره والمفلس والسفيه بلا خلاف في شيء من تلكم، بل عليها الاجماع في محكي الغنية، وتشهد بها أدلة الحجر المتقدمة في بابه. نعم في خصوص وقف الصبي البالغ عشر سنين خلاف بين الأصحاب، فبين من صححه كالطوسي والمفيد والإسكافي والتقي وغيرهم، ومن أفسده كسلار والحلي والمحقق والمصنف والشهيد، وفي الرياض: ولعله عليه كافة المتأخرين، وربما يستفاد من الغنية الاجماع عليه. انتهى.

مستند البطلان أدلة الحجر، واستدل للصححة بالنصوص الواردة في جواز صدقته بناء على أن المراد بها ما يشمل الوقف، لاحظ صحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام): إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له ما في ماله ما أعتق أو

تصدق أو أوصى على حد معروف فهو جائز (١).
وموثق جميل بن دراج عن أحدهما (عليه السلام): يجوز طلاق الغلام إذا كان
قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم (٢).
وموثق الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن صدقة الغلام
ما لم يحتلم قال (عليه السلام): نعم إذا وضعها في موضع الصدقة (٣). ونحوها غيرها.
وإلا يراد عليها بمخالفتها للقواعد وإلا والاحتياط والأصل كما ترى، ولكن يرد
على الاستدلال بها: إن كون المراد بالصدقة المعنى الأعم غير ظاهر والتميقن منها
الصدقة بالمعنى الأخص فالأظهر عدم صحة وقفه - نعم - إذا أوصى بالوقف صح عنه
وقف الوصي - لكنه خارج عن محل الكلام.

حكم الوقف على من سيوجد

القسم الرابع: شرائط الموقوف عليه.

(و) هي أمور: أحدها: (وجود الموقوف عليه) فلا يصح الوقف على المعدوم،
كما لو وقف على ابن زيد بتخييل أن له ابناً فتبين عدمه، والمشهور عدم جواز الوقف
على من سيوجد، بل ظاهرهم الاجماع على عدم جوازه.
وعلوه بأن الملكية صفة وجودية تستدعي محلاً موجوداً.
وأورد عليه في ملحقات العروة: أولاً: بالنقض بما إذا كان تبعاً لموجود، فإنهم

(١) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٣.

على جماعة في عرض واحد إنما هو انحلال الوقف إلى أوقاف عديدة، كما في بيع ما يملك وما لا يملك وما شاكل ذلك من الموارد، فبطلان بعضها لا يوجب بطلان الجميع إلا أن يقيد في انشائه.

وعن الثالث: بأنه يمكن أن يلتزم بصحة الوقف للموجود بعد انقضاء مدة المعلوم.

ويجاب عن اشكال التعليق: بأن مثل هذا التعليق الناشئ من فساد الوقف بالنسبة إلى بعض من دون أن يكون انشاء الوقف تعليقيا لا يوجب البطلان كما ذكروا في بيع ما يملك وما لا يملك من أن الجهل بما يقابل ما يملك من الثمن لا يوجب البطلان، إذ الشرط معلومية الثمن المجمعول في البيع، فكذلك يقال في المقام بالنسبة إلى التعليق، وعليه فيكون هذا من الوقف المنقطع الأول فيكون صحيحا، وفي المدة التي كان الوقف للمعدوم يكون المال ومنافعه له.

اشترط تعيين الموقوف عليه

(و) الشرط الثاني: (تعيينه) فلو وقف على أحد الشخصين أو أحد المسجدين أو أحدي الطائفتين لم يصح بلا خلاف، وعليه الاجماع كما عن الغنية، وعن المسوط: الذي يقتضيه مذهبا أنه لا يصح الوقف على المجهول.

وحق القول فيه: إن التعيين المقابل للابهام والترديد اعتباره عقلي، فإن المردد لا وجود له ولا تحقق، وبالمعنى المقابل للجهل كما لو كان معينا واقعا مجهولا عند الواقف لا دليل عليه سوى الاجماع، إذ دعوى انصراف أدلة الوقف وعدم المعهودية مندفة بمنع الانصراف، وعدم المعهودية لا يصلح مقيدا لاطلاق الأدلة.

وأهليته للتملك وإباحة منفعة الوقف على الموقوف عليه

وهل يصح الوقف على الجامع بين الفردين الذي يعبر عنه بأحدهما نظير الوقف على الأصناف؟ الظاهر ذلك، فإنه منها، فإنه منها، ولعله المراد من الوقف على مفهوم

أحدهما الذي يكون في بعض الكلمات، فلا يراد عليه، وكذا يصح الوقف على أحدهما بنحو الكلّي في المعين كما يصح بيعه، وما ذكرناه في الفرضين الآخرين إنما هو إن لم يكن اجماع على بطلانه كما في سابقهما.

(و) الثالث: (أهليته للتملك) فلا يصح الوقف على المملوك ولا على المرتد الفطري، حيث إن أمواله لورثته، ولا على الحربي لأن أمواله في المسلمين، وهكذا قالوا، ولكن قد مر أن المرتد الفطري إنما يخرج أمواله الموجودة حين الارتداد وتنتقل إلى ورثته، وأما المتجددة فلا دليل عليه، مع أن الوقف لا يستلزم التمليك، ويمكن جعله مصرفاً فإن لم يكن اجماع لا دليل على اعتبار ذلك أيضاً.

(و) الرابع: (إباحة منفعة الوقف على الموقوف عليه) فلا يصح وقف آلات اللهو وهياكل العبادة ظاهر، فإن الوقف؟ على من يعلم أنه يصرف منافع الموقوفة في المحرمات من الزنا وشرب الخمر؟ وجهان بل قولان، أظهرهما الجواز، ويظهر وجهه مما قدمناه في البيع على من يعلم أنه يصرف المبيع في الحرام كبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمراً، وقد بسطنا القول فيه كتاب البيع، وأكثر ما ذكر في وجه المنع في تلك المسألة جارية هنا، ويضاف دعوى انصراف الأدلة، وأنه تعتبر القرية في الوقف ولا تحصل مع العلم بصرفها في الحرام، وحيث عرفت عدم تمامية تلك الأدلة - وقد مر أيضاً عدم اعتبار القرية في الوقف - فينحصر دليل المنع بانصراف الأدلة، والله العالم.

جعل الواقف النظر لنفسه

المطلب الثالث: في اللواحق، وفيه مسائل:

١ - لا خلاف (و) لا اشكال في أن (له جعل النظر لنفسه) ما دام حيا أو إلى مدة مستقلا أو بالشركة، وعن المختلف: الاجماع عليه، وفي الرياض: وهو الحجة فيه، مضافا إلى الأصل والعمومات كتابا وسنة خلافا للحلي، فممنوع عن صحة هذا الشرط وأفسد به الوقف، وهو شاذ، ومستنده غير واضح. انتهى.

وكيف كان: فيشهد له عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط (١)، بل ما دل على أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها (٢). وفي المسالك الأصل في حق النظر أن يكون للواقف لأنه أصله وأحق من يقوم بامضائه وصرفه في أهله، فهذا مما لا كلام فيه، كما أنه لا كلام في ما إذا جعل النظر لغيره لما مر، ولما تضمن أن فاطمة الزهراء عليها السلام جعل النظر في حوائطها السبعة التي وقفها لأمر المؤمنين (عليه السلام) ثم الحسن ثم الحسين ثم الأكبر من ولده (٣)، وما دل على شرط الإمام الكاظم (عليه السلام) النظر في الأرض التي وقفها للإمام الرضا (عليه السلام)، (٤) وللتوقيع الشريف المتقدم: وأما ما سألت من أمر الرجل الذي بجعل لنا حيتنا ضيعة يسملها من قيم يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤونتها، ويجعل ما بقي من الدخل

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات.

(٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٤) الوسائل باب ١٠ من أبواب الوقوف حديث ٥.

لنا حيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة إنما لا يجوز ذلك لغيره (١)، ولغير تلکم من الأخبار.

إنما الكلام (ف) - يما (إن أطلق) ولم يشترط النظر في متن العقد إلى أحد، فقد صرح غير واحد بأنه (كان) التولية (لأربابه) وذكر في المسالك وتبعه غير واحد: أنه يبني الحكم هنا على انتقال الملك، فإن جعلناه للواقف أو الموقوف عليه مطلقا فالنظر له، وإن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيناً ولله تعالى إن كان عاماً فالنظر في الأول إلى الموقوف عليه وللحاكم الشرعي في الثاني لأنه الناظر العام حيث لا يوجد الخاص. أقول: لولا تسالمهم على لزوم كون التولية لأحد وأن المتولي يتصدى لما هو وظيفته لو كان مجعولا من قبل الواقف وتوقف تصرف الموقوف عليه على إذنه لقلنا بعدم التولية بهذا المعنى لأحد، وأن الانتفاع بالأوقاف لا يتوقف على إذن أحد، وليس لغير الموقوف عليه التصرف فيه كمال قال جماعة في الأوقاف العامة كالخان الذي وقف لنزول الزوار والمسافرين، والبئر التي حفرت لهم، والمعبر على المار لعبور الناس وما شاكل، فإن قصد المالك انتفاع الموقوف عليه كان خاصاً أو عاماً، ولكن الظاهر تسالمهم عليه.

وعليه فالظاهر كون التولية في أمثال ذلك للحاكم الشرعي لا للواقف، فإنه بالوقف خرج المال عن تحت سلطنة، إما ملكاً أو طلقاً، ولا دليل على جواز تصرفه فيه بعد ذلك واستصحاب الجواز لا يجري سيما بعد تبدل الموضوع، إما تبدل الملك إلى عدمه، أو الملم الطلق إلى غير الطلق، ولا للموقوف عليهم لتعلق حق البطون المتأخرة بالمال، نعم لهم التصرف في تنميته واصلاحه ونحو ذلك مما يرجع إلى انتفاعهم به، وأما

(١) الوسائل باب ٤ من الوقوف والصدقات حديث ٨.

ولايتهم على نحو ولاية المتولي المنصوب بحيث تمضي إجاتهم على البطون اللاحقة
مثلا فلا دليل عليها، بل الظاهر أنها للحاكم الشرعي.
وليس الوجه في ثبوتها له عموم ولاية الفقيه كي يدفع بعدم الدليل عليه، بل
الوجه فيه أنه لا شبهة في أن القضاة المنصوبين من قبل الخلفاء كانوا يتصدون لذلك
المنصب كما يظهر لمن لاحظ أحوالهم فعلا، ومقتضى اطلاق قوله (عليه السلام) في
مقبولة ابن حنظلة: فإني قد جعلته عليكم حاكما (١)، وقوله (عليه السلام) في صحيحة
أبي خديجة: فإني قد جعلته قاضيا (٢)، هو ثبوت جميع مناصبهم ومنها هذا المنصب له.
وبهذا البيان يمكن أن يقال بثبوت التوليد له في الأوقاف العامة، وأما السيرة
على الانتفاع بها بدون إذن الحاكم فالظاهر أنها من جهة كون إذن حكام الشرع في
أمثال ذلك معلوما.

فالمتحصل مما ذكرناه: أن التولية على الأوقاف العامة والخاصة مطلقا للحاكم
إلا أن يعين الواقف متوليا خاصا.
وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: إنه كما للحاكم الشرعي أن يأذن غيره في التصرف في الأوقاف كذلك
له أن يفوض التولية إلى غيره، وذلك لكون اعطاء المنصب من وظائف القضاة، والفرق بين
اعطاء المنصب والإذن في التصرف أنه في صورة الإذن بموت المجتهد
ينتقي الإذن ولا يجوز له التصرف بعد ذلك، وأما في صورة اعطاء المنصب فيبقى ذلك
بعد موته، فإنه في فرض الإذن يكون ما ثبت للمأذون من شؤون منصب المجتهد،
فلا محالة ينعدم بموته، وأما مع اعطاء المنصب يكون الحاكم واسطة لاثباته بنحو يكون

-
- (١) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ١.
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

المنصب من قبل الله تعالى بجعل الحاكم، فلا وجه لانعدامه بموته، بل هو يكون باقيا. الثاني: إنه لا يجب القبول على من جعله الواقف متوليا للأصل، سواء كان حاضرا مجلس الوقف أم لا، واجراء حكم الوصاية هنا لا يخرج عن القياس حتى مع التمسك بالتعليل في خبرها: بأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره (١)، فإنه في المقام إن لم يقبل تكون التولية للحاكم كما مر، ولو قبل التولية لا يجب على المتولين بعده قبولها، فلهم الرد لما مر.

الثالث: ليس للواقف أن يعزل المتولي بعد قبوله ما دام باقيا على الأهلية للزوم الوفاء بالشرط، وهل للمتولي أن يعزل نفسه؟ قولان: أقواهما الثاني: إذ ثبوت حق العزل له يحتاج إلى دليل، والأصل عدمه واستصحاب جواز الرد الثابت له قبل القبول لا يجري، لأن المتيقن أن له أن لا يقبل الولاية، والمشكوك فيه سلبها عن نفسه، فهما حكمان، وكونه في معنى التوكيل ويجوز للتوكيل عزل نفسه ممنوع جدا، فإن الوكيل يتصرف عن قبل الموكل، والمتولي صاحب منصب الولاية مستقل في التصرف. ويمكن أن يستدل له: بعموم وجوب الوفاء بالشرط (٢)، فإن هذا الشرط كما يكون للمتولي يكون للواقف أيضا، فيجب الوفاء به لذلك. واستدل له في الجواهر: باطلاق الأمر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين ومن له تعلق بالعقد.

ويرده: أن الشرط خارج عن العقد، وحقيقته التزام في ضمن التزام، ووجوب القيام بمقتضى النظارة مع عدم الرد، وأنه ليس له أزيد مما شرط له من أقل من أجره

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الوصايا حديث ٣.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

عمله، لا يدلان على أن ذلك من مقتضى العقد المفروض لزومه كما أفاده ره، فإن ذلك إنما يكون مع عدم الرد، ولا دلالة لهما على عدم جواز الرد.
ولو استدل بدليل وجوب الوفاء بالعقد (١)، بأن نفس جعل التولية وقبول المتولي سيما مع جعل أجره بإزائها يصدق عليه العقد، إذ لا حقيقة للعقد سوى ربط أحد الالتزامين بالآخر الصادق على ذلك، فمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه وعدم جواز رده، كان أولى، فالأظهر لزومه من الطرفين.
وبهذا البيان يظهر أنه لو نصب الحاكم متولياً للوقف لا يجوز عزله ما دام بقاء الأهلية.

الرابع: لا اشكال في أنه لا تشترط العدالة في الوقف إذا جعل التولية لنفسه، والظاهر أنه المشهور، وسيد الرياض ره نقل فيه قولين، ولم أظفر بقائل الاعتبار، نعم توقف فيه صاحب الحدائق ره.

وكيف كان: فمقتضى الأصل وعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط عدم اعتبارها فيه، وأما أن جعل الواقف التولية لغيره فهل يعتبر فيه العدالة أم لا؟ ففي الرياض ادعى السيد ره الاتفاق على اعتبارها، واستدل له: بالاجماع، وبخبر البجلي المتضمن لصدقة أمير المؤمنين (عليه السلام) بماله الذي في ينبع، حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن والحسين عليهما السلام: فإن حدث بحسن وحسين حادث فإن الآخر منهما ينظر في بني علي فإن وجد فيهم من يرضى بهديه واسلامه وأمانته فإنه يجعله إليه إن شاء وإن لم ير فيهم بعض الذي يريد فإنه يجعله إلى رجل من آل أبي طالب يرضى به، فإن وجد آل أبي طالب قد ذهب كبراًؤهم وذووا آرائهم فإنه يجعله إلى رجل يرضاه

(١) المائدة آية ٢.

من بني هاشم (١).
ولكن الخبر يدل على أن أمير المؤمنين (عليه السلام) اشترط فيمن يجعل متوليا.
على ما وقفه أن يكون مرضيا، وهذا لا يستلزم اعتباره في كل من يجعل متوليا، مع أن
كونه مرضيا أعم من العدالة، وأما الاجماع فثبوته ثم تعديته محل نظر، فالأقوى ما
عن التحرير وقواه صاحب الجوهر من عدم اعتبارها.
الخامس: إذا جعل التولية لاثنين على وجه الشركة لا ينفذ تصرف أحدهما من
دون إذن الآخر أو إجازته، كما أنه لا يجوز لهما قسمة الوقف ولا قسمة المنافع للصرف
في مصارفها، بل اللازم اجتماعهما في جميع تكم.
السادس: ليس للمتولي تفويض التولية إلى غيره إلا إذا كان الواقف إذن له
في ضمن اجراء الصيغة. أما الأول فلأصل، وأما الثاني فللخبر المتضمن لصدقة أمير
المؤمنين (عليه السلام).
وهل يجوز له ايكال الأمر إلى الحاكم الشرعي مع عدم التعذر عليه؟ وجهها،
نعم يجوز له توكيل الغير في التصرف إذا لم يشترط المباشرة.
السابع: إذا عين الواقف وظيفة المتولي فهو المتعين وإلا نصرف اطلاقه إلى ما
هو المتعارف من التعمير والإجارة واستيفاء العوض وجمع الحاصل وقسمة على
الموقوف عليهم ونحو تكم، ولا يجوز لغيره التصدي لذلك لقوله (عليه السلام) في
التوقيع الشريف: وأما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيعة فيسلمها
إلى من يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤونتها ويجعل ما بقي من الدخل
لنا حيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة لا يجوز ذلك لغيره (٢).

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣.
(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٨.

ويصح الوقف على المعدوم تبعاً للموجود ويصرف الوقف على البر إلى الفقراء
ووجوه القرب ولو وقف المسلم على البيع والكنائس بطل بخلاف الكافر

وهل يعتبر إذن المتولي في التصرف بعد حصول المنفعة وتعيين ما للموقوف عليه
كما أفاده الشهيد الثاني، أم لا كما قواه سيد العروة؟ أظهرهما الثاني، للأصل
بعد الشك في شمول الدليل لذلك.

٢ - (ويصح الوقف على المعدوم تبعاً للموجود) كما مر.

٣ - (ويصرف الوقف على البر إلى الفقراء ووجوب القرب) كعمارة المساجد
والمدارس وإعانة الحجاج والزوار ونفع طلبة العلم وما شاكل، بل له أن يصرفه في مطلق
نفع المسلمين وإن كانوا أغنياء لكونه، براء، ولم يدل على وجود تحري الأكمل
للأصل بعد صدق الموقوف عليه.
الوقف على الكافر

٤ - (ولو وقف المسلم على البيع والكنائس) أي معابد اليهود والنصارى
(بطل) الوقف بلا خلاف كما صرح به غير واحد، لأن الوقف عليهما وقف على جهة
خاصة من مصالح الكفار غير مشروعة، لأن ما يصنع فيهما عبادات محرمة وكفر، وقد
مر اعتبار حلية المنفعة.

وبذلك يظهر أنه قلنا بجواز الوقف على الكافر فيهما عبادات محرمة وكفر، وقد
مر اعتبار حلية المنفعة.

وبذلك يظهر أنه قلنا بجواز الوقف على الكافر نفسه لا ينافي ذلك، ولكن هذا
في وقف المسلم (بخلاف الكافر) فإنه لو وقف عليهما يصح كما هو المشهور اقراراً له
على دينه، مع أنه لا بد له من معبد (١).

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق وباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأجداد وباب ٣
من أبواب ميراث المحوس.

ويبطل على الحربي وإن كان رحما لا الذمي وإن كان أجنبيا

والاشكال فيه من جهة عدم تمكن الكافر من قصد القربة، مندفع بعدم اعتبار قصد القربة أولا، وتمشي قصد القربة من الكافر ثانيا وإن لم يحصل له القرب.

٥ - (و) في وقف المسلم على الكافر أقوال:

أحدها: أنه (يبطل على الحربي وإن كان رحما لا الذمي وإن كان أجنبيا)

اختاره المصنف ره هنا والمحقق في الشرائع والنافع.

ثانيهما: الجواز في الأبوين دون غيرهما.

رابعها: الجواز مطلقا.

خامسها: المنع كذلك.

مقتضى اطلاق أدلة الوقف والعقد الجواز مطلقا، ويشهد به أيضا قوله تعالى

(لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم

وتقسطوا إليهم) (١) وما دل على الترغيب في البر والاحسان وجواز الصدقة على

الكافر (٢).

واستدل للمنوع: بأن مال الحربي فيء للمسلمين يصح أخذه وبيعه، ولا يجب دفعه

إليه لأنه غير مالك، ومال المرتد الفطري ملك لورثته، وقد مر اعتبار أهلية التملك

في صحة الوقف.

وبقوله تعالى (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله

ورسوله ولو كانوا آبائهم وأبنائهم) (٣).

(١) الممتحنة آية ٩.

(٢) الوسائل باب ١ و ٣ من أبواب فعل المعروف وباب ١٩ و ٢١ من أبواب الصدقة.

(٣) المجادلة آية ٢٢.

ولكن الأول قد تقدم ما فيه عند ذكر شرائط الموقوف، وأما الثاني فيرد على الاستدلال به: أولاً: ما ذكره جماعة من أن النهي عن المودة إنما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله وإلا لحرم اللطف والاكرام.

وثانياً: أنه يقيد إطلاق هذه الآية السابقة، أضف إلى ذلك كله ما ورد في الأرحام من الأمر بصلة الرحم (١)، وفي الأبوين من الأمر بمصاحبتهم في الدنيا معروفاً (٢). فالأظهر هو الجواز مطلقاً.

فيما يتعلق بألفاظ الوقف

٦ - قد ظهر مما بيناه أن شرائط الواقف التي شرطها في متن العقد تكون معتبرة ولا يجوز تغييرها ولا تبديلها إذا لم تكن مخالفة للشرع ولا لمقتضى الوقف، وعليه فيجب مراعاة ما يدل عليه اللفظ الواقع في كلام الواقف من حيث العموم والخصوص، وحيث إن استكشاف المراد كما يكون بالقاء اللفظ الموضوع لمعنى عام بلا قرينة فإنه يستكشف منه بحسب قانون المحاورة أن المراد المعنى العام، كذلك قد يكون بواسطة القرائن الحالية والمقالية على إرادة المعنى الخاص، وفي مثل ذلك لا وجه لملاحظة المعنى الموضوع له، فإن الميزان مراد الواقف، وبهذا يظهر أن القرائن المنضمة المفيدة للظهور مقدمة، ثم العرف الخاص مقدم على العرف العام، وهو مقدم على اللغة. (و) يترتب على هذا أنه (ينصرف وقف المسلم على الفقراء إلى فقراء

(١) الكافي ج ٢ ص ١٥٥ باب صلة الرحم.

(٢) سورة لقمان آية ١٥.

المسلمين والكافر إلى فقراء ملته وعلى المسلم إلى المصلي إلى القبلة وعلى
المؤمنين أو الإمامية إلى الاثني عشرية وكذا كل منسوب إلى من انتسب إليه
ولو نسب إلى أب

المسلمين، والكافر إلى فقراء ملته) لأن لفظ الفقراء وإن كان عاما لأنه جمع محلي
باللام، إلا أن شاهد الحال قرينة على الاختصاص، (و) لو وقف (على المسلم) انصرف
(إلى المصلي إلى القبلة) مطلقا، وعن الحلبي: الاختصاص بالمحققين إذا كان الواقف محقا
لشهادة الحال والانصراف إلى أهل مذهبه، وهو كما ترى.

(و) لو وقف (على المؤمنين أو الإمامية) انصرف (إلى الاثني عشرية، وكذا
كل منسوب إلى من انتسب إليه)، وعن جماعة من القدماء: إنه لو وقف على المؤمنين
اختص بالعدول منهم، لأن المستفاد من جملة من النصوص (١): إن الايمان عبارة عن
الاقرار باللسان والتصديق بالجنان والعمل بالأركان.

وأورد عليهم: بأن جملة أخرى (٢) تدل على أنه عبارة عن الاقرار باللسان
التصديق بالجنان، والجمع بحمل الأولى على الفرد الأكمل أولى من الجمع بتقييد
الثانية بالأولى.

ويتوجه على الاستدلال وجوابه ما مر من أن العرف العام مقدم على اللغة،
ولا شبهة في أن الايمان في العرف العام للأعم، ومعه لا عبرة بما فسر به الايمان في
النصوص.

لا اشكال (و) لا خلاف في صحة الوقف (لو نسب إلى أب) كما لو قال: وقفت
لبني فلان، لاطلاق الأدلة، ولخصوص مكاتبة علي بن محمد سليمان النوفلي قال:
كتبت إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين

(١) راجع الكافي ج ٢ بمضمونها روايات فيه.

كان لمن انتسب إليه بالأبناء وفي البنات قولان ولو شرك استوى الذكور والإناث ما لم يفضل والقوم أهل لغته

من ولد فلان ابن فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد، فأجاب (عليه السلام): ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان، وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبع من كان غائبا (١).

وعليه فلا اشكال في أنه (كان لمن انتسب إليه بالأبناء، وفي البنات قولان) المشهور عدم دخول أولاد البنات وإن قلنا إنهم أولاده، واستدلوا له: بأن الحكم المعلق على الانتساب غير الحكم المعلق على الوليد، والأول لا يشمل من انتسب إليه بالبنات. ولكن الظاهر من الانتساب إلى الشخص بحسب المتفاهم العرفي أعم من الانتساب إليه من طريق الابن أو البنت.

(ولو شرك استوى الذكور والإناث ما لم يفضل) لأن التفضيل في الإرث لا يلزم التفضيل في هذا المقام.

(و) لو وقف على (القوم) بمعنى أنه أخذ هذا العنوان في وقفه كما لو قال: وقفت على قومي، انصرف إلى (أهل لغته) على المشهور بين الأصحاب وإن اختلفوا في الاطلاق كما في المتن أو النافع وعن الديلمي، أو التقييد بالذكر منهم خاصة دون الإناث كما عن الشيخين والقاضي وغيرهم.

وخالف في أصل الحكم الحلبي - فأوجب الرجوع إلى المعلوم من قصده مع امكانه، وإلا فالإلى المعروف في ذلك الاطلاق عند موته - والحلي فصرفه إلى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بأنه أهله وعشيرته دون من سواهم.

قد استدلل لما هو المشهور: بالاجماع، وقد ادعاه السيد ابن زهرة، وبما عن

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

والعشيرة الأقرب في النسب والجار لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا

الحلي والتنقيح أن به رواية، فإن تم الاجماع وإلا فالظاهر تمامية ما أفاده الحلبي، وأن أظهرية ما أفاده الحلبي في هذا الفرض فينصرف إلى عشيرته وإن كانوا من أهل لغة كان يبقى الاشكال حينئذ فيما إذا لم يعلم المعروف في ذلك الاطلاق عند موته ولا يبعد أخرى غير لغته.

وأما التقييد بالذكور فقد استدل له بقوله تعالى (لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا) (١) ويقول الشاعر:

وما أدري وسوف إخال أدري * أقوم آل حصن أم نساء

(و) لو وقف على (العشيرة) انصرف إلى الخاص من قومه، وهم (الأقرب في النسب) كما عن الشيخين والديلمي والقاضي والحلي، لأن ذلك ينساق إلى الذهن عند اطلاقها، مضافا إلى ما قيل من ورود رواية بذلك نعم لا بد وأن يقيد بما إذا لم يعلم من قصده الأعم أو الأخص.

(و) لو وقف على (الجار) فعن جماعة منهم المحقق في النافع، والمصنف في جملة من كتبه: إن المرجع هو العرف، وعن الشيخين والقاضي الحلبي والديلمي والكيدري وابني حمزة وزهرة والحلي: إنه (لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا) وهو مختار الماتن هنا، وعن الغنية: الاجماع عليه. وقيل: إنه إلى أربعين دارا، واختاره صاحب الحدائق ره.

(١) الحجرات آية ١١.

وجه الأول: ما تقدم من أنه المحكم إذا لم يكن للواقف عرف خاص وفقدت القرائن المفيدة لغير ما هو المفهوم من اللفظ عرفاً.

وجه الثاني: ما عن الخلاف من نسبته إلى روايات أصحابنا واجماعهم.

وجه الثالث: نصوص كثيرة، كصحيح جميل - أو حسنه - عن أبي جعفر (عليه السلام): حد الجوار أربعون داراً من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله (١).

وخبر عمرو بن عكرمة عن أبي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله ونحوهما غيرهما.

ولكن يتوجه على وجه الثالث - مضافاً إلى اعراض الأصحاب عن هذه النصوص - أن غاية ما تدل عليه هذه أنها حقيقة شرعية، وهي معتبرة في الألفاظ الواردة عن الشرع، مثل ما دل (٢) على تأكد حضور المسجد لجاره، واستحباب (٣) حسن

الجوار وما شاكل، دون الألفاظ المتداولة بين أهل العرف واللغة المستعملة في مجعولات الناس كالوقف والنذر والحلف وما شاكل، فإن المعيار كما مر هو العرف الخاص ثم العام، وسره ما تقدم.

وعلى وجه الثاني: أن الاجماع لعله من جهة ما ذكره بعضهم بموافقته لمقتضى العرف والعادة، والروايات لم تصل إلينا، فالأظهر هو الأول.

(و) لو وقف على (سبيل الله) جاز صرفه في (كل ما يتقرب به إليه) كما

(١) الوسائل باب ٩٠ من أبواب أحكام العشرة كتاب الحج حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٩٠ من أبواب أحكام العشرة كتاب الحج حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب أحكام المساجد كتاب الصلاة.

والموالي الأعلون والأذنون ولا يتبع كل فقير في الوقف على الفقراء بل يعطى أهل البلد منهم ومن حضره

لا يخفى.

والقول باختصاصه بالجهاد كما عن ابن حمزة، أو بقسمته أثلاث ثلث للغزاة وثلث للحج وثلث للعمرة كما عن الشيخ، لا دليل عليه، ولو كان له مولى عتاقة - أي المولى من الأعلى وهو المعتق له - ومولى نعمة - أي المولى من الأسفل وهو عتيقه (و) لو

وقف على (الموالي) كان المراد بها (الأعلون والأذنون). فرع: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (لا يتبع كل فقير في الوقف على الفقراء، بل يعطى أهل البلد منهم ومن حضره) فإن الظاهر من حال من يقف على الفقراء - مع كونهم كثيرين متفرقين في البلاد لا يمكن استقصائهم - ذلك، نعم لو علم من حاله أنه وقف على الجهة كان له أن يصرفه في غير أهل بلده، ولو أراد صرفه فيهم جاز له تخصيص بعضهم به، ولا يجب تتبع الجميع، كما أنه لو علم في الفرض الأول من حاله عدم إرادة العموم وإرادة الجهة لا يجب عليه إلا الصرف في فقراء بلده، من دون أن يجيب عليه تتبع الجميع، وكذا لو وقف على فقراء قبيلة معينة.

وأما مكاتبة علي بن محمد بن سليمان المتقدمة في أرض وقفت على المحتاجين من ولد فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد، قال (عليه السلام): وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبع من كان غائباً (١). فلا تنافي ما ذكرناه، فإن المفروض فيها كون المحتاجين من تلك القبيلة كثيرين متفرقين في البلاد، فهو قرينة على إرادة الوقف لفقرائهم الموجودين في البلد، ولا تدل على لزوم تتبع الحاضرين في البلد، أو عدمه، فالمتبع ما بيناه.

(و) كيف كان: فقد ظهر مما أسلفناه في مسألة الوقف على النفس أنه (من)

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب الوقوف حديث ١.

ومن صار منهم جاز له أن يأخذ معهم
مسائل الأولى إذا بطلت المصلحة الموقوف عليها صرف إلى البر

وقف على عنوان عام وجهة عامة و (صار منهم) أو كان منهم حين اجراء الصيغة (جاز له أن يأخذ معهم).

إذا بطلت المصلحة الموقوف عليها

بقي في المقام (مسائل) لا بد من التعرض لها:

(الأولى: إذا بطلت المصلحة الموقوف عليها) فالمشهور: أنه ب؟ (صرف إلى البر) بل لا خلاف فيه ظاهرا، وإن كان قول المحقق في النافع: وقيل يصرف فر البر، مشعرا بتردده فيه.

نعم فصل في المسالك بين ما لو كان الوقف على مصلحة تنقرض غالبا فيجري عليه حكم منقطع الآخر، وبين ما إذا كانت مما يدوم غالبا، فالمتجه ما ذكره المشهور، وبين ما يكون مشتبه الحال ففي حمله على أي الجهتين نظر. واستدل للأول: بأن الملك قد خرج عن ملك الواقف، فعوده يحتاج إلى دليل، وليس فالأصل بقاءه على الوقفية، وحيث لا يمكن صرفه في المصلحة المعينة فيصرف في وجوه البر.

وبأن الوقف على المصلحة في الحقيقة وقف على المسلمين، وتعذر المصرف الخاص لا يوجب بطلانه بعد أن كان قصده الصرف فيما يكون مصلحة لهم. ويمكن أن يوجه هذان الوجهان بنحو يسلمان عما أورد عليهما بأن الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف ما يكون باقيا بعد فوات المصلحة الموقوف عليها إلى الأبد قاصد لأن تكون العين الموقوفة محبوسة على المصلحة المعينة مع وجودها وامكان

الصرف فيها وإلى مصلحة أخرى من مصالح المسلمين مع عدم امكانه، وعليه فإذا بطلت المصلحة الموقوف عليها كان لازم قوله (عليه السلام): الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها (١) صرفها في مصلحة أخرى. وعلى الجملة: جعل الشيء وقفا إلى الأبد، ورفع المالك يده عنه وحسبه مستمرا ما دام كونه باقيا، يوجب التوسعة في المصلحة الموقوف عليها، ويكون حسبه بالنحو الذي ذكرناه.

وبهذا البيان يندفع ما أورد على الوجهين المزبورين بأن المفروض أنه قصد الخصوصية فلا يبقى العام بعد فواتها وإلا أمكن أن يقال في الوقف على أولاد زيد إذا انقضوا أن قصده كان الاحسان إلى جماعة معينة، وإذا تعذر يصرف إلى قرابة أخرى كما في ملحقات العروة، فإن الفرق إنما جاء من قبل دوام الوقف وعدمه كما أنه بما ذكرناه يظهر مدرك لزوم مراعاة الأقرب إلى المصلحة الباطلة فالأقرب. وربما يستدل بالأخبار المتفرقة المستفاد من مجموعها أن كل مال تعذر صرفه فيما عين صرفه يصرف في وجوه البر، كخبر محمد بن الريان قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقي؟ فوقع (عليه السلام): الأبواب الباقية اجعلها في وجوه البر (٢).

وخبر علي بن مزيد (فرقد خ ل) صاحب السابري: أوصى إلي رجل بتركته فأمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فإذا هي شيء يسير لا يكفي للحج فسألت

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) الوسائل باب ٦١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

أبا حنيفة وفقهاء أهل الكوفة فقالوا: تصدق بها عنه - إلى أن قال - فلقيت جعفر بن محمد عليهما السلام في الحجر - إلى أن قال - قلت: تصدقت بها قال (عليه السلام): ضمنت إلا أن لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة، فإن كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما يحج به من مكة فأنت ضامن (١). ونحوهما غيرهما.

وتؤيده النصوص (٢) الكثيرة الواردة في اهداء الجارية للكعبة، أو الوصية به، أو نذر الجارية لها، أو الوصية بألف درهم للكعبة، الدالة على أنه تباع الجارية ويصرف ثمنها على الحاج المنقطعين، وكذا تصرف الدراهم عليهم. وربما يستدل بها للمطلوب، ولكن في الاستدلال بها له نظرا واضحا، إلا أن ذكرها تأييدا كما صنعه سيد الرياض، ره، لا بأس به هذا كله مع بطلان المصلحة. وأما إذا جهل المصرف فلا يحكم بالبطلان بلا كلام، فحينئذ إن كان التردد مع انحصار الأطراف يوزع عليهم كما هو الشأن في المال المردد بين الشخصين، وإن كان مع عدم الانحصار فإن كان التردد بين الجماعات كأن لم يعلم أنه وقف على العلماء أو الزوار أو غيرهم جرى على منفعته حكم المال المجهول مالكة فيتصدق به. ويشهد به - مضافا إلى الطلاق أخبار المجهول المالك - : خبر أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) قلت: جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملك، ادفعها إلى من أوقف عليه، قلت: لا أعرف لها ربا قال (عليه السلام): تصدق بغلتها؟ (٣).

-
- (١) الوسائل باب ٣٧ من أبواب الوصايا حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٢٢ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج.
(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

الثانية لو شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح

وإن كان بين الجهات كأن لم يعلم أنه وقف على المدرسة أو المسجد أو القنطرة أو نحو ذلك من الجهات، صرف في وجوه البر غير الخارج عن أطراف التردد. حكم تغيير الوقف عن هيئته

(الثانية: لو شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح) بلا خلاف، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم.

واستدل له في المسالك وغيرها: بأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإن بناءه على جواز ادخال من سيوجد وسيولد مع الموجود، واشتراط ادخال من يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأول اتفاقاً جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى، ولا يضر نقصان حصة الموقوف عليه، إذ هو لازم في كل مورد يضم المعدوم إلى الموجود.

وفيه: إنه بناء على كون الشرط خارجاً عن العقد - كما هو الحق - الفرق بين الشرط المذكور والوقف على الموجود ومن سيوجد ظاهر، فإنه بالشرط يغير الوقف عما وقع عليه بخلاف تلك المسألة.

فالأولى أن يستدل له - مضافاً إلى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط - (١): بأن مقتضى الوقف المشروط بالشرط المذكور دخول من شرط دخوله، فيشمله قوله (عليه السلام): الوقف على حسب ما يوقفها أهلها (٢).

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢.

ولو أطلق وأقبض لم يصح

وإن شئت قلت: إن مرجع الشرط المذكور إلى أخذ عنوان في الموقوف عليه، فكما أنه لا اشكال فيما إذا قال: وقفت على أولادي الفقراء، وأنه إذا كان بعض ولده غنيا لم يكن داخلا في الموقوف عليهم ثم صار فقيرا يشار بهم كذلك في الوقف مع الشرط المذكور.

وبخبر أبي طاهر البلالي: كتب جعفر بن حمدان: استحللت بجارية - إلى أن قال - ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إلى هذه المرأة سبيلتها علي وصاياي وعلى سائر ولدي على أن الأمر في الزيادة والنقصان منه إلى أيام حياتي، وقد أتت بهذا الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدم المؤبد، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه ما دام

صغيرا، فإن كبر أعطي من هذه الضيعة جملة مائتي دينار غير مؤبد، ولا تكون له ولا لعقبه بعد اعطائه ذلك في الوقف شيء، فرأيك أعزك الله؟ فورد جوابه - يعني من صاحب الأمر أرواحنا فداه - : أما الرجل الذي استحل بالجارية - إلى أن قال - وأما اعطائه المائتي دينار واخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما أراد (١). فإن ظاهره جواز تغيير الوقف مع الشرط.

(ولو أطلق وأقبض لم يصح) تغييره بالانحراج أو الادخال أو التشريك أو غير ذلك، لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، وبعد تمامية الوقف ولزومه لا يجوز تغييره.

ولكن في خصوص الوقف على أولاده الأصغر خلافا، فعن الشيخ في النهاية: أنه إذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الأولاد، وإن لم يشترط ذلك في العقد، وعن القاضي موافقته بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب الصدقات حديث ٤.

بالسابقين، ووافقه الشهيد الثاني ره. والمشهور منعوا عن ذلك.
ومنشأ الاختلاف النصوص، فإنها طائفتان:

الأولى: ما يدل على ما هو المشهور، كصحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن (عليه السلام) عن الرجل يتصدق ببعض ماله لي بعض ولده ويبيئه لهم أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة؟ قال (عليه السلام): ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولد له، فهو مثل من تصدق عليه فذلك له (١). وظهوره في الصدقة الجارية أي الوقف لا ينكر.

والثانية: ما يدل على ما ذهب إليه الشيخ ره، كصحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن (عليه السلام) عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال (عليه السلام): لا بأس بذلك (٢). ونحوه خبر محمد بن سهل عن الرضا (عليه السلام) (٣).

وصحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده قال (عليه السلام): لا بأس (٤).

وخبر علي بن جعفر عن أخيه (عليه السلام) عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده أ يصلح ذلك؟ قال (عليه السلام): نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحب، والهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره (٥).

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١ . ٢

(٣) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١ . ٢

(٤) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الوقوف حديث ٣.

(٥) الوسائل باب ٥ من أبواب الوقوف حديث ٥.

ولو شرط نقله بالكلية أو اخراج من يريد بطل الوقف

وقد جمع الشهيد الثاني بين الطائفتين بحمل الأولى على صورة التصريح بالاختصاص، والثانية على صورة الاطلاق، بدعوى أنه الظاهر من قوله (عليه السلام) يبينه، وقوله (عليه السلام) بعد أن أبانهم. وربما يجمع بحمل النفي في الأولى على الكراهة.

فالحق أن يقال: إن صحيح ابن الحجاج غير ظاهر في الوقف، إذ ليس فيه أن ما يجعل لهم من باب الوقف والصدقة، وخبري علي بن جعفر ومحمد بن سهيل ضعيفان سنداً، فيبقى صحيح علي بن يقطين، وهو أولاً: غير مختص بالصغار، وثانياً: أعم من صحيحة الأول من جهة الاقباض وعدمه، والأول مختص بتلك الصورة لأن ظاهر قوله (عليه السلام) أبانهم بصدقة إرادة الاقباض، فيقيد اطلاقه به، بذلك يظهر ما في الجمعين المذكورين، فالأظهر ما هو المشهور.

(ولو شرط نقله بالكلية أو أخرج من يريد بطل الوقف) عند الأكثر، بل عليهما الاجماع في كثير من الكلمات، فالكلام في موردين:

الأول: فيما لو شرط نقل الوقف بالكلية عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد، فقد سمعت دعوى الاجماع على بطلان الوقف بذلك، ولكن عن القواعد: الاشكال فيه، وعن الدروس: اختيار جوازه، وفي محكي التذكرة لو قال: هذا وقف على أولادي سنة ثم على المساكين، صح اجماعاً.

وفيه: أيضاً لو قال: هذا وقف على أولادي مدة حياتي ثم بعد مماتي للمساكين، صح اجماعاً، لكن في المقام أفتى بالبطلان.

وعن جامع المقاصد: توجيه الفرق بين المسألتين بأن الوقف في المثال الأول لم يكن على الأولاد بل على الفقراء منهم، فإذا زال الفقر ينتقي الموقوف عليهم، فكان ذلك جارياً مجرى موتهم وعدمهم بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم، فإن

الثالثة نفقة المملوك على الموقوف عليه

مصارف تعمير الأملاك الموقوفة

(الثالثة: نفقة المملوك) كالدابة الموقوفة (على الموقوف عليه) بناء على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه لما دل على وجوب نفقة المملوك على مالكة (١)، وعلى الواقف إن قلنا ببقائها على ملك الواقف. ودعوى انصراف ما دل على وجوب نفقة المملوك على مالكة عن مثل هذا المالك الذي صار مثل الأجنبي، ممنوعة. وإن قلنا بخروجها عن ملك الواقف وعدم دخولها في ملك الموقوف عليه، كما هو الأظهر، فقد يستدل لوجوب نفقتها على الموقوف عليه بما دل على وجوب حفظ النفس المحترمة والمال المحترم. وفيه: أولاً: إنه لا دليل على ذلك في غير الآدمي، ولذا لا يجب التقاط الحيوان إذا خاف عليه التلف. وثانياً: إن الوجوب من هذه الجهة لا يختص بالموقوف عليه، بل يجب على عامة المكلفين كفاءياً. ويمكن أن يستدل له: بأن العين أمانة شرعية في يد الموقوف عليه، فيجب حفظها، وهو متوقف على تعليقها وسقيها، ولا يبعد دعوى كون الشرط الضمني في ضمن عقد الوقف ذلك. وأما مصارف تعمير الأملاك الموقوفة ومؤنة اصلاحتها للاستمناء بها وما تحتاج

(١) الوسائل باب ٤ و ١٣ و ١٤ من أبواب النفقات كتاب النكاح وباب ٩ من أبواب أحكام الدواب كتاب الحج.

ولو أقعد انعتق وكانت نفقته على نفسه ولو جنى الموقوف لم يبطل الوقف إلا بقتله قصاصا، ولو جنى عليه كانت القيمة للموقوف عليه الرابعة لو وقف على أولاده اشترك أولاد البنين والبنات الذكور والإناث

إليه في بقائها مع عدم تعيين الواقف فتكون من نمائها مقدما على حق الموقوف عليهم، نعم لهم أن يعطوا عوضه من غيره وإذا لم يف بها لم تجب على أحد، هكذا قالوا، ولا يحضرنى الآن وجه يستند إليه لتقديم مصارف تعمير الأملاك الموقوفة على حق الموقوف عليهم سوى الشرط الضمني الذي عليه بناء الواقف حين الوقف، فإنه إذا وقف دارا أبدا على الفقراء أو العلماء أو غيرهم، لا محالة يكون المرتكز في ذهنه صرف مقدار من نمائها ومنفعتها في تعميرها، حيث إنه من المعلوم أنه لو لم يصرف في تعميرها لانهدمت بعد مدة قليلة وخرجت عن قابلية الانتفاع بها، وكفى بذلك مدركا. (ولو) كان المملوك عبدا و (أقعد انعتق وكانت نفقته على نفسه، ولو جنى الموقوف لم يبطل الوقف إلا بقتله قصاصا، ولو جنى عليه كانت القيمة للموقوف عليه).

(الرابعة: لو وقف على أولاده اشترك أولاد البنين والبنات الذكور والإناث) عند المصنف وجماعة.

ولكن المشهور بين الأصحاب أنه ينصرف إلى أولاده الصلبي، فلا يشمل أولاد الأولاد، لا أولاد البنين، ولا أولاد البنات.

واستدل للأول: بصدق الولد على ولد الولد، ويدفعه: أنه لا يكفي صدقه بماله من المعنى اللغوي، بل الميزان صدقه بما هو المفهوم منه عرفا كما مر، ومع عدم القرينة لا يبعد انصرافه إلى الصلبي نعم لو قال: وقفت على أولاد أولادي كان المنساق منها إلى الذهن الأعم من الطبقة الثانية وما بعدهم من الطبقات. وكيف كان: فالميزان هو الفهم العرفي.

ولو قال من انتسب إلي فهو لأولاد البنين خاصة على قول
الخامسة كل ما يشترطه الواقف من الأشياء السائغة لازم السادسة

(ولو قال: من انتسب إلي فهو لأولاد البنين خاصة على قول) قد تقدم في
مسألة ما لو وقف على من نسب إلى أب. فراجع.
(الخامسة: كل ما يشترطه الواقف من الأشياء السائغة لازم) لعموم
وجوب الوفاء بالشرط (١).

استيجار الأرض لتجعل مسجدا
(السادسة): يجوز استيجار الأرض لأن تجعل معبدا ومصلى للناس، لأن ذلك
منفعة محللة يجوز الإجارة لها.
وهل تصير وقفا لو وقف؟ الأظهر عدمه لما مر من أنه لا يصح وقف المنفعة
ويعتبر في الموقوف أن يكون عينا.

وهل يصح جعلها مسجدا ويصير بذلك مسجدا يترتب عليه أحكامه من حرمة
التنجيس ومكث الجنب والحائض وما شاكل أم لا؟ الأظهر هو الثاني، لأن المسجدية
من العناوين الاعتبارية العقلائية الممضاة شرعا، ومورد الاعتبار نفس الأرض، وهي
التي تشرف بكونها متحيثة بحيثية كونها بيت الله تعالى، وهذا لا يكون في المنفعة، اللهم
إلا أن يقال نفس قابلية الأرض لأن تجعل مسجدا منفعة محللة تقع عليها الإجارة
فتجعل الأرض مسجدا، مع أن المسجد اسم للموقوف مؤبدا كما عن جامع المقاصد،
ولذلك بنينا على أن عنوان المسجدية غير قابل للزوال، فالأرض التي صارت مسجدا
تكون مسجدا إلى الأبد.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار كتاب التجارة.

وما في ملحقات العروة تبعاً للمحقق الأردبيلي من أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبداً، غير تام.
كما أن ما أفاده في العروة في كتاب الإجارة من أنه إذا قصد عنوان المسجدية لا مجرد الصلاة فيه كانت المدة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يعد ذلك لصدق المسجد عليه حينئذ، في غير محله، إذ لو اعتبر الدوام في المسجدية فلا مورد للإجارة المذكورة، وإلا فلا وجه لاعتبار أن تكون المدة طويلة.
ومع الاغماض عن جميع ما ذكرناه الشك في أنه هل يصح جعل الأرض التي استؤجرت لأن تجعل مسجداً، وهل يتحقق هذا العنوان بذلك أم لا، كاف في البناء على عدم التحقق وعدم ترتب آثار المسجد عليها، ومع ذلك فالمسألة مشكلة، والاحتياط طريق النجاة.

الشك في اعتبار قيد في الموقوف عليه
السابعة: في الأوقاف العامة إذا شك في اعتبار قيد أو خصوصية في الموقوف عليهم يكون هو فاقداً له، كما لو شك في مدرسة أنها وقف على مطلق المشتغلين أو خصوص العدول منهم أو على من لا مسكن له أو نحو ذلك، فهل يجوز له أن يسكن فيها أم لا يجوز إلا إذا كان واجداً لذلك القيد؟ قولان.
قد استدلل للجواز: بقوله (١) (عليه السلام): كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال أبداً حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه. ونحوه غيره، بدعوى أن وقف

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب ما يكتسب به كتاب التجارة حديث ١.

يفتقر السكنى والعمرى إلى ايجاب وقبول

فإن قيل: إنه في الفرض السابق تحري أصالة عدم الوقف على الإناث،
ويترتب عليه كونه بتمامه للذكور.
قلنا: إن هذا الأصل لا يثبت كون تمام المال للذكور لعدم حجيته في مثبتاته،
بل الأصل بالنسبة إلى الزائد عن النصف عدم الوقف للذكور.
وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المحقق القمي ره حيث بنى على أنه يقسم المال
على الجميع بالسوية، اللهم إلا أن يقال: إن مورد كلامه قده ما إذا لم يعلم أنه وقف
على الذكور خاصة أو على الإناث كذلك، أو أنه لمطلق أولاده كما هو المفروض في
سؤال ذكر ذلك جوابا عنه، وحينئذ ما أفاده متين لكون المال حينئذ مرددا بين طائفتين،
ومقتضى قاعدة العدل والانصاف توزيع المال بينهم بالسوية.
السكنى والعمرى والرقبى
خاتمة: في مسائل تتعلق بالسكنى والعمرى والرقبى.
وهي بأجمعها ثابتة بالاجماع، والنصوص المستفيضة الآتية جملة منها والكلام
فيها في طي مسائل:
الأولى: (يفتقر السكنى والعمرى) والرقبى (إلى ايجاب وقبول) بلا خلاف
إلا فيما لو أطلقها ولم يقترنها بالعمر أو مدة، فاحتمل بعضهم عدم احتياجها حينئذ
إلى القبول.
ومستند الحكم: إن الأصل عدم انتقال شئ إلى ملك الغير بدون قبوله.
واستدل لعدم الاحتياج إلى القبول في صورة الاطلاق بأنها حينئذ بمعنى إباحة
السكنى لجواز الرجوع فيها متى شاء كما سيجىء.

ويرده: أن جواز الرجوع إنما هو بعد انقضاء المسمى، وهذا لا ينافي انتقال المنفعة إليه، ولا لزومها قبله. وتفتقر أيضا إلى ال (قبض) بلا خلاف، بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات، إنما الكلام في أنه شرط الصحة أو اللزوم، والمتيقن من دليل اعتباره - وهو الاجماع - الثاني.

ولا يعتبر فيها قصد القرابة للأصل.

الثانية: (وليست ناقلة) للعين، بل إنما هي تنقل المنفعة كما تشهد بهما النصوص المستفيضة (١) المتضمنة لأن من جعل سكنى داره لغيره يجب الوفاء به ورد العين بعده إليه، ويجوز بيعها بعد انقضاء المدة أو قبله مع اشتراط أن لا يستحق المشتري السكنى في تلك المدة، إذ لو كانت العين منتقلة عنه لما جاز بيعها له وقوله (جعل سكنى داره لغيره ظاهر في تملكها إياه، لاحظ خبر حمران عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته فهي حياته، وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد إلى صاحب الدار (٢)).

وخبر الكنانى عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن السكنى والعمرى فقال (عليه السلام): إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط، وإن كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول (٣).

وصحيح الحسين بن نعيم عن أبي الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل جعل

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب السكنى والحبيس.

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب السكنى والحبيس حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب السكنى والحبيس حديث ١.

درا سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه من بعده كما شرط؟ قال: نعم، قلت: فإن احتاج يبيعها، قال: نعم، قلت: فينقض بيع الدار السكنى؟ قال (عليه السلام): لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر (عليه السلام): لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى ولكن تبعه على أن الذي اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقضي السكنى كما شرط، وكذا الإجارة. الحديث (١). ونحوها غيرها.

فما عن الشيخ في العمرى من أنها لا ترجع إلى المالك، ضعيف لا مستند له سوى ما عن الدروس من رواية جابر، ولعله أراد بها ما رواه عن النبي صلى الله عليه وآله: أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فإنما هي للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطها (٢). وهو مضافا إلى ضعف سنده محجوج بما مر.

الثالثة: إن من يسكن غيره داره تارة: يعين للسكنى مدة معينة كعشر سنين مثلا ويسمى بالرقبى، وأخرى: يجعلها له مدة عمر المالك أو الساكن ويسمى بالعمرى، وثالثة: يجعلها له من غير تعيين مدة وهي السكنى، ثم إنه في العمرى كما يجوز تعليق العمر على عمر المعمر، يجوز إضافة عقبه إليه بحيث يجعل المنفعة بعده لهم مدة عمرهم أو مدة معينة، ويدل على مشروعيتها جميع تلكم النصوص، ولا يهم البحث في أن النسبة بين هذه العناوين الثلاثة عموم مطلق بأن يكون السكنى عامة للجميع وحينئذ إن اقترنت بالمدة يطلق عليها الرقبى أيضا - وإن اقترنت بالعمر يقال لها العمرى -، أو تكون النسبة عموما من وجه كما عن الأكثر لاجتماع السكنى مع

(١) الوسائل باب ٢٤ من أبواب الإجارة حديث ٣.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٤٤٩.

فإن عين مدة لزمتم ولو مات المالك وكذا لو قال له عمرك فإن مات الساكن بطلت

كل منهما فيما لو قرن تمليك المنفعة بالسكنى ومشخصات أحدا هما كالسكنى مدة العمرة

في العمرى ومدة في الرقبى، وافتراقها عن كل منهما باقتران التمليك بالسكنى خاصة ويفترقان عنها بتجرد التمليك عن الاسكان وتقييده بالعمر أو المدة، فإن ذلك كله أمور اصطلاحية لا مشاحة فيها، بناء على ما هو الحق من عدم اعتبار لفظ خاص في ما تنشأ به هذه العناوين كما في سائر عناوين العقود والايقاعات نعم في خصوص جريان العمرى والرقبى في غير المسكن: كلام سنتعرض له إن شاء الله تعالى. وعلى ما مر (فإن عين مدة لزمتم) ولا يجوز له الرجوع ما لم ينقض المدة. (ولو مات المالك) قبلها كما هو المشهور، بل صرح جماعة بجهالة القائل بخلافه. ويشهد به - مضافا إلى ما دل على لزوم العقد مطلقا - : خصوص روايات تقدمت جملة منها، دالة على وجوب العمل بالشرط فما عن الشيخ والحلي من عدم لزومها كالعمرى إما مطلقا كما عن الأول أو مع عدم قصد القرابة كما عن الثاني، ضعيف.

(وكذا) لا يجوز الرجوع (لو قال له عمرك) ولا تبطل بموت المالك (فإن مات الساكن بطلت) عند الأكثر، بل عليه عامة من تأخر - لما مر - وعن الإسكافي: أنه إذا مات المالك وأراد ورثته اخراج الساكن نظر إلى قيمة الدار فإن كانت تحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم اخراجه، وإن كانت تنقص عنه كان ذلك لهم. واستند في ذلك: إلى أن المالك لا يملك منفعة الدار بعد موته، وإنما له أن يملكها إذا لم تزد على الثلث، وإلى خبر خالد بن نافع البجلي عن أبي عبد الله (عليه السلام) (١). ويتوجه على الأول: إن المالك في حال حياته يملك المنفعة المرسلة، وله أن

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب السكنى والحبيس حديث ١.

ولو قال مدة حياتي بطلت بموته ولو مات الساكن قبله انتقل الحق إلى ورثته مدة حياته ولو لم يعين كان للمالك اخراجه متى شاء

يملكها كما مر في الإجارة.

وعلى الثاني: إنه ضعيف السند لخالده الذي هو إمامي مجهول، ولغيره، مع أنه فيما لو جعل له مدة عمر المالك.

(ولو قال): أسكنتك (مدة حياتي بطلت بموته، ولو مات الساكن قبله انتقل الحق إلى ورثته مدة حياته) بلا خلاف.

ويشهد به: ما دل على لزوم العقد، والنصوص المشار إليها، وفي خصوص الحكم الثاني: أدلة الإرث، وصحيح محمد بن قيس عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام): إنه قضى في العمرى أنها جائزة لمن أعمارها فمن أعمار شيئاً ما دام حياً فإنه لو رثته إذا توفى (١).

(ولو) أطلق السكنى و (لم يعين) لها مدة معلومة ولا عمراً اصلاح صحح السكنى بلا خلاف، ولكن (كان للمالك اخراجه متى شاء) بلا خلاف لموثق الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) - في حديث - عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئاً قال: يخرج صاحبه الدار إذا شاء (٢). ونحوه صحيحه الآخر أو حسنه (٣).

وقد وقع الخلاف في أنه هل يلزم الاسكان ولو في الجملة كيوم ونحوه مما يسمى اسكاناً في العرف والعادة، أم هي حينئذ من العقود الجائزة؟
نسب الشهيد الثاني الثاني إلى الأكثر، وعن التذكرة والمحقق الثاني وصاحب الكفاية: اختيار الأول، وهو الأظهر لعموم وجوب الوفاء بالعقد ولزومه (٤)، وليس في

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب السكنى والحبس حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب السكنى والحبس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب كتاب السكنى والحبس حديث ١.

(٤) المائدة آية ٢.

ولو باع المسكن لم تبطل السكنى وللساكن أن يسكن بنفسه ومن جرت
عادته به كالولد والزوجة والخادم

نصوص الباب ما ينافي ذلك، فإنها تدل على أن له يخرج من الدار متى شاء، ومن
المعلوم أن الإخراج إنما يكون بعد الإسكان.

ودعوى أن السكنى بهذا النحو باطلة للغرر والتميقن من الدليل صحتها فهي
غير مشمولة لأدلة وجوب الوفاء بالعقد كي يحكم بلزومها، مندفعة بأن دليل الصحة
يقيد دليل نفي الغرر، فهو عقد صحيح مشمول لدليل وجوب الوفاء.
ثم لو مات المالك والحال هذه هل تبطل السكنى بالمرّة لأنها بعد تحقق المسمى
من العقود الجائزة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين، أم لا تبطل غاية الأمر لورثة
المالك إخراجها كما كان لنفسه؟ وجهها و: أظهرهما الثاني لما مر من عدم الدليل على
هذه الكلية، أي بطلان العقد الجائر بالموت.

الثالثة: (ولو باع المسكن لم تبطل السكنى) إن وقت بأمد أو عمر على
المشهور لصحيح الحسين بن نعيم المتقدم، وهو كما يدل على عدم بطلان السكنى يدل
على صحة البيع، ومعه لا يصغى إلى ما عن المختلف والتذكرة والقواعد من الاستشكال
في الصحة، وعن التحرير: القطع بعدمها، نظرا إلى أن المقصود من البيع هو المنفعة،
ولذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، وزمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول، لكونه
اجتهادا في مقابل النص، مع أنه في نفسه غير تام، فإنه يمكن أن يشتري العين
مسلوبة المنفعة في مدة لغرض له فيها، والمانع عن صحة البيع الجهل بالمبيع، ولا يعتبر
العلم بالمنفعة قطعاً ولذا يصح بيع ما لا يعلم منفعته.

الرابعة: (وللساكن أن يسكن بنفسه ومن جرت عادته باسكانهم كالولد
والزوجة والخادم) لاقتضاء اطلاق السكنى بأقسامها الثلاثة حيث تتعلق بالمسكن
ذلك، وما عن النهاية والقاضي وابن حمزة من الاقتصار على ذكر الولد والأهل، يكون
مرادهم منه التمثيل كما فهمه المتأخرون.

وليس له اسكان غيره من دون إذن ولا إجازته

(وليس له اسكان غيره من دون إذنه ولا إجازته) على المشهور اقتصارا
فيما خالف الأصل على مقدار الإذن والترخيص.
وعن الحلبي: إن له اسكان من شاء وإجارته ونقله كيف شاء، محتجا بأنه ملك
المنفعة بعقد لازم، فيجوز له التصرف فيها مطلقا كما لو تملكها بالإجارة.
وفيه أنه لا اشكال كما مر في أن السكنى إنما تكون تملিকা للمنفعة، ولكن تملك
المنفعة تارة يكون بنحو الاطلاق، وأخرى يكون بتمليك حصة خاصة منها، وهي قابلية
الدار مثلا لسكنى الساكن نفسه ومن يتعلق به لا مطلق مسكنية الدار.
وعلى الأول وإن صح نقل المنفعة كيف شاء ولكنه لا يجوز على الثاني، إذ
لا مملوك له حتى يملكه، والمدعى أن ظاهر السكنى هو كون نقل المنفعة من قبيل
الثاني.

فإن قلت: إن سكنى الدار بالمعنى القائم بالساكن وإن كانت كلية ولها حصص
لكنها ليست منفعة الدار، وبالمعنى القائم بالمسكن الذي هو موجود بالقوة تكون جزئية
بتبع وجود القابل فلا تقبل التقييد.

قلنا: إن الموجود بالقوة إذا كان مضائفة غير متعين يكون هو أيضا غير متعين
قابلا للتقييد، ومضائفة مسكنية الدار القائم بالساكن غير متعين، لأن سكنى زيد
غير سكنى عمرو، وهكذا فمسكنية الدار أيضا كذلك ويقال إن مسكنيتها بالقوة
بالنسبة إلى سكنى زيد غير مسكنيتها بالإضافة إلى سكنى عمرو، وهذا من شأن
مقولة بالإضافة والأمور الموجودة بالقوة، فكون الموجود بالقوة، فكون الموجود بالقوة
جزئيا لا ينافي كونه لا متعين فيقبل التعينات الخاصة ويقبل بقائه على حاله من عدم
التعين فيكون مطلقا.

وكلما يصح وقفه يصح اعماراه كالمملك والعبد والأثاث و

الحبس

الخامسة: في الحبس، ولم يتعرض الأكثر لأحكامه مستوفى، ولم يتعرضوا لعقده ولا لاعتبار القبض فيه وما شاكل (و) إنما ذكروا ضابط صنف من الحبس، قالوا: (كل ما يصح وقفه يصح اعماراه كالمملك والعبد والأثاث).

والحق أن يقال: إن كل ما يصح وقفه يصح حبسه لعموم أدلة لزوم الوفاء بالعقد، وما دل على صحة الوقف ولزومه بناء على ما تقدم من عدم أخذ الدوام في الوقف، وعليه فجميع ما ذكرناه من الأحكام والشروط في الوقف جارية في الحبس، والظاهر أنه لا خلاف بينهم في شئ منها، ولعله لذلك لم يستوفوا أحكامه في المقام، وقد مر في بعض مسائل الوقف ما يوضح ذلك.

(و) إنما الكلام في المقام في موردين:

الأول: في اعمار غير الدار كما إذا حبس فرسه مثلا مدة عمر المالك أو المحبوس له، والظاهر صحته لعموم الأدلة، ولخصوص صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) عن أمير المؤمنين (عليه السلام): إنه قضى في العمرى أنها جائزة لمن أعمارها. الحديث (١).

وصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له الخادم يخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتباق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم يجدها، ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب كتاب السكنى والحبس حديث ٢.

لو حبس فرسه أو غلامه في خدمة بيوت العبادة وسبيل الله لزم ما دامت العين باقية

ما أبقت؟ قال (عليه السلام): إذا مات الرجل فقد عتقت (١). فإنه يظهر منه أن اعمار الجارية كان جوازه مفروغا عنه والإمام (عليه السلام) قرره على ذلك، ومثله خبر علي ابن معبد (٢) وغيره وهل يجوز جعله له غير موقت؟ الأظهر ذلك لاطلاق الأدلة. الثاني: في خصوص ما (لو حبس) ماله لغير انسان كما لو حبس (فرسه أو غلامه في خدمة بيوت العبادة أو في سبيل الله فالمشهور أنه ي (لزم ما دامت العين باقية).

وهو كذلك للاجماع، واطلاق أدلة الوقف، والسيرة القطعية وفي المقام روايتان تمسك بهما صاحب الكفاية له، وفي سند إحداها ودلالة الأخرى تأمل، فالاعراض عن ذكرهما أولى.

وهل يملك ما حبس له من البيت ونحوه كما عن المنصف ره في التذكرة، أم لا بل يكون مالا بلا مالك؟ لا يهمنا التعرض له لعدم ترتب الأثر عليه. والحمد لله أولا وآخرا.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب كتاب السكنى والحبيس حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كتاب السكنى والحبيس حديث ٣.

الفصل الثالث في الوصايا

وهي جمع وصية، ففي التذكرة: هي مشتقة من قولهم: وصى إليه بكذا، يصيه صية إذا وصل به، وأرض واصية أي متصلة النبات، فسمي هذا التصرف وصية لما فيه من وصلة القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة في الحياة، فكأنه وصل تصرفه في حياته بتصرفه بعد مماته. ونحوه عن جامع المقاصد.

وعن المبسوط: الوصية مشتقة من وصى يصي، وظاهرهم كونها مشتقة من الثلاثي بمعنى الوصل.

وفي الرياض: هي من وصى يصي أو أوصى يوصي أو وصى يوصي، وأصلها الوصل سميت به لما فيها من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة. ونحوه عن الروضة، وقريب منهما ما في العروة.

وظاهر هؤلاء الترديد في أن الوصية مأخوذة من الثلاثي أو الرباعي، وفي الجواهر: الوصايا جمع وصية من أوصى يوصي أو وصى يوصي، قال في الصحاح: أوصيت له بشئ أو أصيت إليه إذا جعلته وصيك، والاسم الوصاية بالكسر والفتح، وأوصيته ووصيته أيضا توصية بمعنى - إلى أن قال - وصيت الشئ بكذا إذا وصلت به، وذكر غير واحد من الأصحاب: أن الوصية منقولة من وصى يصي بالمعنى الأخير - إلى أن قال - والأولى نقلها من الوصية بمعنى العهد.

أقول: الظاهر تمامية ما في الجواهر كما صرح به جمع من أهل اللغة في كتبهم كالصحاح والقاموس والمنجد، ومحصله: إن الوصية إنما هي اسم مصدر للايضاء أو

التوصية لا مصدر للثلاثي ولا اسم مصدر له، وأنها بمعنى العهد لا غير كما ترشد إلى ذلك الآيات القرآنية، وهي قوله تعالى (وصية لأزواجهم) (١) وقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) و (من بعد وصية يوصين بها أو دين) و (من بعد وصية توصون بها أو دين) (٢) وغير تلكم من الآيات. بل الرباعي المأخوذ منه الوصية أيضا استعمل في ضمن سائر مشتقاته في الكتاب بمعنى العهد، لاحظ الآيات (إذ وصاكم الله بهذا) (٣) (ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون) (ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون) (٤) (ولقد وصينا الذين أو تواتر الكتاب) (٥) (ووصينا الانسان بوالديه حسنا) (٦) إلى غير تلكم من الآيات الكريمة.

وحيث لا يكون للشارع اصطلاح خاص في الوصية وإنما أطلقت على التصرف الخاص وهو العهد في حال الحياة بما بعد الوفاة، لكونه من مصاديق معناها العام، فالصحيح أن يقال: إنها في عرف المشرعة والفقهاء عبارة عن العهد بشئ من تمليك عين أو منفعة أو تسليط على التصرف في حال الحياة بما بعد الوفاة، وإنما أضفنا إليه أو تسليط على التصرف فرارا عما أورد على تعريف الشرائع المنسوب إلى أكثر الأصحاب بأنها تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة، بأنه يلزم خروج الوصية بالولاية على

-
- (١) البقرة آية ٢٤٠.
 - (٢) النساء آية ١٢.
 - (٣) الأنعام آية ١٤٤.
 - (٤) الأنعام آية ١٥١ - ١٥٢.
 - (٥) النساء آية ١٣١.
 - (٦) العنكبوت آية ٨.

الثالث، وبالولاية على الأطفال والمجانين، مع أنها من الوصية. وعليه فالمتعين ما في التذكرة من إضافة قيد التبرعية لاجراج الوصية بالبيع والتمليك المعاوضي.

ثم إن الوصية إما تمليكية أو عهدية. وبعبارة أخرى: قد تكون تمليك عين أو منفعة، وقد تكون تسليط على حق أو فك ملك، وقد تكون عهدا متعلقا بالغير، وقد تكون عهدا متعلقا بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه.

والأصل في شرعيتها بعد اجماع المسلمين عليها كافة الآيات المتكاثرة، قال الله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين) (١).

والنصوص المتواترة، يأتي إلى جملة منها الإشارة، مضافا إلى النصوص المستفيضة الواردة في فضلها والإمرة بها كصحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (عليه السلام): الوصية حق وقد أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله، فينبغي للمسلم أن يوصي (٢).

وخبر الكتاني عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الوصية قال (عليه السلام): هي حق على كل مسلم (٣).

وخبر سليمان بن جعفر عنه (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا في مروته وعقله (٤).

(١) البقرة آية ١٨٠.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الوصايا حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب الوصايا حديث ٢.

(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب الوصايا حديث ١.

وهي واجبة ولا بد فيها من ايجاب وقبول

والنبوي الخاصي: ما ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلته إلا ووصيته تحت رأسه (١).

والنبوي: من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية (٢). إلى غير تلكم من النصوص.

(و) لهذا قال المنصف ره (هي واجبة)، ولكنها حملت على تأكيد الفضيلة، بل الظاهر عدم استفادة أزيد منها من مجموع النصوص بعد ضم بعضها إلى بعض، أو على الوصية بالأمور الواجبة كالخمس والزكاة المفروضة، وسيأتي الكلام فيه. حكم القبول في الوصية

والكلام في هذا الفصل يقع في مطالب:

الأول: في عقد الوصية وما يلحق به، (و) فيه مسائل:

الأولى: (لا بد فيها من ايجاب) اجماعا (وقبول) بلا خلاف في الجملة، بل عليه الاجماع عن الغنية. أما اعتبار الايجاب فلما مر مرارا من أن بناء الشارع الأقدس على عدم الاعتناء بالالتزامات والبناءات النفسانية ما لم تبرز، وأما اعتبار القبول ففيه وجوه وبعضها أقوال:

(١) عدم اعتباره مطلقا، بل يكون الرد مانعا، اختاره بعض متأخري المتأخرين.

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الوصايا حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الوصايا حديث ٨.

(٢) عدم اعتباره في الوصية العهدية، واعتباره في التمليلية.

(٣) اعتباره فيها مطلقا، وهو المشهور.

ثم إن القائلين باعتباره فيها اختلفوا في أنه جزء السبب، أو شرط تأثيره، على وجه النقل أو الكشف، أو أنه لا دخل له في انتقال الملك بل ينتقل الملك بمجرد الموت، لكنه متزلزل، فإذا حصل القبول استقر نسب الأول إلى المختلف والشرائع وجماعة، ونسب في المسالك الثاني إلى الأكثر، والثالث محكي عن المبسوط.

ثم إن الظاهر من استدلالاتهم إرادتهم من الجزئية أو الشرطية الجزئية أو الشرطية للوصية، وعليه ففي المقام قول آخر اختاره بعض محشي العروة، وهو: عدم اعتباره في تحقق الوصية، بل هي من الايقاعات ولكنه جزء السبب للملكية. والحق عدم اعتبار القبول مطلقا، وذلك لوجه:

الأول: صدق الوصية على انشاء الموصي فمقتضى اطلاق أدلة نفوذ الوصية نفوذها وصحتها وترتب الأثر عليها ولو لم يقبل.

ودعوى أنها مسوقة لبيان حكم الوصية بعد احراز ما يعتبر فيها من شرائط الموصي والموصى له والموصى به يردّها أن آية (١) المشروعية مطلقة، سيما بواسطة ما في

التبديل ونفوذ الوصية، إذ الاستثناء دليل العموم.

الثاني: إنه لا خلاف بينهم في صحة القبول بعد الموت - أي موت الموصي - ولو كان القبول دخيلا فيها ولم تكن الوصية من الايقاعات لما صح ذلك، فإنه لا يعقل صدق القعد على ربط التزام بالتزام معدوم بموت صاحبه.

(١) البقرة آية ١٨٠.

الوصية بالفعل والكتابة

(و) الثانية: الأظهر أنه يكفي في تحقق الوصية كل ما دل عليها من الألفاظ لاطلاق الأدلة، بل (يكفي) كل فعل دل عليها، حتى (الإشارة والكتابة مع قرينة الإرادة) ولو في حال الاختيار.

أما الانشاء بالفعل غير الكتابة فلما مر في أبواب العقود المتقدمة من أن جريان المعاطاة - والمراد بها الانشاء بالفعل - مما تقتضيه القاعدة، أي اطلاق أدلة المعاملات بالمعنى الأعم.

فإن قيل: إن الوصية اتفقوا على أنها من العقود والعقد لا يتحقق بالفعل.

قلنا: إن الوصية اتفقوا على أنها من العقود والعقد لا يتحقق بالفعل.

قلنا: إنها ليست من العقود كما مر، مع أن العقد ليس من مقولة اللفظ، بل هو من مقولة المعنى، وحقيقته ربط أحد الالتزامين بالآخر، واللفظ كالفعل مبرز له لا أنه مصداق له.

وأما الانشاء بالإشارة فالأمر فيه أوضح من الانشاء بسائر الأفعال، ولا ينبغي

التوقف في صحة انشاء الوصية بها لما نرى بالوجدان أن العقلاء في مقام تفهيم

مراداتهم من الأمر والنهي وغيرهما يبرزونها بالإشارة، وليس الانشاء إلا ابراز الأمر

النفساني بداعي تنفيذ العقلاء والشارع ذلك الأمر، وليست هي كالأعطاء ذا وجوه

كي يقال إنها قاصرة عن إفادة المطلوب، وعليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ

وصحة الوصية بالإشارة حتى على القول بعدم صحة الانشاء بالفعل.

(و) لا فرق في ذلك بين (التعذر لفظا) والتمكن منه، فما في المتن وعن غيره

من التقييد بالتعذر، بل وبعدم القدرة على التوكيل، ولا وجه له، وما عن جامع المقاصد

من أنه مع امكان النطق لا تكفي الإشارة لانتفاء دليل الصحة كما ترى، فإنه يتم لو كان دليل الاكتفاء بها الاجماع، وأما حيث عرفت أنه العمومات والاطلاقات فلا يتم. وأما الكتابة إذا علم كونها بعنوان الوصية، فتدل على الاكتفاء بها العمومات على ما مر، ودعوى أن الكتابة ليست مصداقا في العرف والعادة لعنوان عقد أو ايقاع، فليست آلة لايجاد عنوان بها كما عن المحقق النائيني ره مندفة بأن عناوين العقود والايقاعات أسام للأمر الاعتبارية النفسانية واللفظ، وكذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، وعليه فكما يصح الأخبار بالكتابة كذلك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله، ولا فرق في ذلك بين العاجز عن التكلم كالأخرس وغيره.

وفي المقام خبر استدل به تارة: للقول بالصحة، وأخرى: للقول بالبطلان، وثالثة: للتفصيل بين ما إذا عمل الورثة ببعض المكتوب فيلزمون بالعمل به، وبين ما إذا لم يعملوا ببعضه فلا يلزمون به، نسب إلى الشيخ في النهاية، ورابعة: للتفصيل بين الولد وغيره من الورثة. وهو خبر إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل إني قد أوصيت إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك، فكتب (عليه السلام): إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (١).

وعن التذكرة روايته هكذا: إن كان له ولد ينفذون شيئا منه وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء.

(١) الوسائل باب ٤٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

ولا يجب العمل بما يجود بخطه

واستدل به للصحة: بأنه يدل على الصحة بالنسبة إلى الولد، فبعدم القول بالفصل تثبت في غيره.

وللبطلان: بأنه يدل على أن التنفيذ كذلك من خواص الولد نظير قضاء الصلاة والصوم، فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول، فتقيد به العمومات.

وللتفصيل الأول: بظهور النقل الثاني فيه.

وللثاني منه: بأن منطوقه يدل على صحة الوصية بها للولد، ومفهومه يدل على عدم الصحة بالنسبة إلى غيره من الورثة.

وربما يناقش فيه من حيث السند، وفيه: إن الظاهر اعتبار سنده فإن

الصدوق يرويه عن أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن إبراهيم بن محمد الهمداني وأحمد بن زياد ثقة، وعلي بن إبراهيم من الأجلاء، وأبوه مقبول الحديث، بل من الثقات، وكذا إبراهيم.

وأما دلالاته: فالذي يظهر لي منه أنه يدل على أن الكتابة المجردة، من دون أن

تكون هناك قرينة تشهد بكونها بعنوان الوصية، وداعي انشائها لا تكون حجة على الوصية، إذ من الجائز أنه إنما كتب ذلك لينظر فيه ثم يوصي بعد ذلك، وهذا لا ربط له بما هو محل الكلام، بل هو الذي قاله المصنف ره بقوله: (ولا يجب العمل بما يوجد بخطه).

نعم إذا عمل الولد ببعض الوصية كان ذلك اعترافاً منه بالعلم بأنه أوصى

بذلك، فيؤخذ باعترافه، وعليه فيمكن القول بدلالاته على صحة الانشاء بها، إذ لو لم تصح لما كان وجه لأخذ الولد باعترافه، ولا يحتمل الاختصاص بالولد. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

إذا أوصى بأمرين وقبل الموصى له أحدهما

الثالثة: المعروف بين الأصحاب: أنه لو أوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له أحدهما ورد الآخر صح فيما قبل وبطل فيما رد، وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعا أو مفروزا ورد بعضه الآخر.

واستدل له جماعة منهم الشيخ الأعظم ره: بانحلال العقد على الجملة إلى عقود متعددة كانحلال العقد المشروط إلى ذلك، ولذلك صح تبعض الصفقة كما صح العقد مع فوات وصف الصحة وغيره من الشروط في ضمن العقد.

وأورد عليه: بأنه يعتبر المطابقة بين الايجاب والقبول، وهي مفقودة في المقام. وأجاب عنه صاحب الجواهر ره تارة: بأن الوصية ليست من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقق اسم العقد الذي هو الايجاب وقبول ذلك بالايجاب بها، وأخرى: بأنه في الوصية لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الايضاء بكل منهما من غير مدخلية لاجتماعهما وانفرداهما. ولعله إلى هذا يرجع ما أفاده المحقق الثاني ره من أن الوصية لما كانت تبرعا محضا لم ترتبط أجزائها بعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعا يصح قبول بعضها.

أقول: أما على المختار من أن الوصية من الايقاعات فالأمر ظاهر، فإن الوصية قد تمت بالايجاب، غاية الأمر أو للموصى له رد الوصية فكما أن له رد الكل له رد البعض، وكذلك على القول بأن القبول من قبيل الشرط لا جزء للعقد. ودعوى أنه لا اطلاق يشمل الوصية بالبعض، لأن كل جزء وإن كان موضوعا للوصية لكنه في حال الاجتماع ولا يشمل حال الانفراد فلا موضوع لدليل الصحة

والنفوذ، فيها: أولاً: النقص بما إذا أوصى بما يزيد على الثالث فلم يقبل الورثة، فإنه لا اشكال في صحة الوصية بالنسبة إلى الثلث، فيستكشف من ذلك شمول دليل الوصية للوصية ببعض.

وثانياً: بالحل بأن الوصية بشيئين وصية بكل منهما لا أن الوصية توزع عليهما، فلكل منهما نصف الوصية، فإن الوصية من قبيل الوجود، فكما أنه لو أوجد شيئين في الخارج أو الذهن يصح أن يقال إنه أوجد كلا منهما كذلك في الوجودات الاعتبارية، فكل من الشيئين تعلق به الوصية فتشملها اطلاقات أدلة الصحة.

وأما على القول بأن القبول جزء للعقد فبعد انحلال العقد إلى عقدين يكون قبول أحدهما مطابقاً لاجابه، ولم يدل دليل على اعتبار المطابقة بين القبول ومجموع ما أنشأ بايجاب واحد، ولذلك بنينا على صحة البيع مع تبعض الصفقة، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع، وبين لا ما في نفس المنشأ، فما لم يشترط في الانشاء جاز فيه التبعض وإن كان غرضه الاجتماع.

الرابعة: (وإنما تصح) الوصية (في السائغ) ولا تصح في المعصية كمساعدة الظالم في ظلمه، بلا خلاف أجده فيه، وتشهد به الآية الكريمة (فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً) (١).

وفي خبر محمد بن سوقة عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن قول الله تعالى (فمن بدله بعد ما سمعه). الآية فقال (عليه السلام): نسختها التي بعدها (فمن

(١) البقرة آية ١٨١.

فلو أوصى المسلم ببناء كنيسة لم تصح وله الرجوع فيها

خاف من موص جنفا أو إثما) قال: يعني الموصى إليه إن خاف جنفا من الموصى فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق (فلا إثم عليه) أي على الموصى إليه أن يرده إلى الحق وإلى ما يرضى الله عز وجل فيه من سبيل الخير (١).

وفي المرسل المضمرة: إن الله تعالى أطلق للموصى إليه أن يغير الوصية إذا لم تكن بالمعروف وكان فيها حيف ويردها إلى المعروف لقوله عز وجل (فمن خاف من موص جنفا أو إثما) الآية (٢).

والمراد من البديل في الخبرين ما لا ينافي البطلان، لا أن المراد تبديل الوصية بصرف المال في المحرم إلى صرفه فيما هو حلال، إذ تبديل الوصية بما زاد على الثلث معناه البطلان فيما زاد عليه كما هو واضح.

ويمكن أن يستدل لبطلانها: بانصراف أدلة الوصية عنها، فهي باقية تحت أصالة المنع، وبعدم إمكان تنفيذها، فهي كالوصية بغير المقدور، إذ الممتنع شرعا كالممتنع عقلا (فلو أوصى المسلم ببناء كنيسة لم تصح).

جواز رجوع الموصى في الوصية الخامسة: (وله) أي للموصى (الرجوع فيها) أي في الوصية متى شاء في مرض أو صحة بلا خلاف أجده فيه، وبه صرح غير واحد.

(١) الوسائل باب ٣٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

وتشهد به نصوص كثيرة، كموثق بريد العجلي عن أبي عبد الله (عليه السلام):
لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حيا (١).
وصحيح ابن مسكان عنه (عليه السلام): قضى أمير المؤمنين (عليه السلام)
أن المدبر من الثلث، وأن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم
يمت (٢).

وصحيح محمد بن مسلم عنه (عليه السلام): للرجل ن؟ يرجع في ثلثه إن كان
أوصى في صحة أو مرض (٣).

وخبر عبيد بن زرارة عنه (عليه السلام): للموصي أن يرجع في وصيته إن كان
في صحة أو مرض (٤). ونحوها غيرها.

ثم إنه لا اشكال فيما لو رجع قولاً أو فعلاً مع قصد الرجوع به، وكذا لا اشكال
فيما إذا كان الفعل موجبا لعدم امكان بقاء الوصية كما لو باع ما أوصى به أو وهبه أو
ما شاكل مما يوجب خروج المال عن ملكه، فينتفي بذلك موضوع الوصية.
إنما الاشكال فيما لو تصرف في الموصى به تصرفاً أخرجه عن مسماه، من دون
أن يقصد به الرجوع، كما لو أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه أو خبزته، فعن غير
واحد: تحقق الرجوع به نظراً إلى أن الموصى به هو المسمى باسم خاص، فمع التغيير
ينعدم موضوع الوصية، وهو مقتضى لبطلانها، وإلى أن الوصية على ما يفهم منها تقتضي
عدم التصرف المنافي وبقاء العين على حالها كما يقال ذلك في النذر المعلق، كما لو نذر

-
- (١) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.
 - (٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٤) الوسائل باب ١٨ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.

دليل على جواز ذلك لورثته.

فإن قيل: إن حق الرجوع من ما تركه الموصي فهو لوارثه. قلنا: إنه لم يثبت كون ذلك من الحقوق، بل لعله من قبيل الحكم فلا يورث، مع أن المتيقن الثابت هو رجوع الموصي، فلا يكون ذلك مما ترك الميت، بل ينتفي بالموت لانتفاء موضوعه. نعم يمكن البناء على جواز تصرفهم فيه ظاهرا ما لم ينكشف تعقب القبول نظرا إلى استصحاب عدم القبول بناء على جريانه في الأمور الاستقبالية، ولا يجوز ذلك على ما اخترناه، لأن استصحاب عدم الرد على المختار يقتضي عدم جواز التصرف وكون المال للموصي له.

من شرائط الموصي البلوغ

المطلب الثاني: في شرائط الموصي.

وذكروا له شروطا (و) قد جمعها المصنف ره في قوله: (يشترط صحة تصرف الموصي).

وتفصيل ذلك أنه يعتبر فيه أمور:

الأول: البلوغ، فلا تصح وصية غير البالغ بلا خلاف، وعليه الاجماع في الجملة، ولعله من القطعيات كما صرح به بعضهم، لما دل على رفع القلم عنه، وعدم جواز أمره، وعدم صحة تصرفاته من الكتاب (١) والسنة (٢).

(١) النساء آية ٦.

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١ وباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢ وباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من أبواب الحجر.

إنما الكلام في وصية البالغ عشرا، فالمشهور أنه تصح وصيته إذا كان عاقلا في وجوه المعروف، وعن الحلبي والمصنف في المختلف والمحقق الثاني في جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك: عدم الصحة.

واستدلال للأول: بجملة من النصوص، كصحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام): إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز (١).

ومصحح البصري عن أبي عبد الله (عليه السلام): إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (٢).

وموثق منصور عنه (عليه السلام) عن وصية الغلام هل تجوز قال (عليه السلام): إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (٣). ومثله موثق البصري عنه (٤).

وموثق أبي بصير وأبي أيوب عنه (عليه السلام) في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال (عليه السلام): إذا أصاب موضع الوصية جازت (٥).

وصحيح محمد بن مسلم عنه (عليه السلام): إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرماء (٦).

وصحيح أبي بصير عنه (عليه السلام): إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلاث

- (١) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ٤.
- (٢) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ٣.
- (٣) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ٧.
- (٤) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ٥.
- (٥) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ٦.
- (٦) الوسائل باب ٤٤ من أبواب الوصايا حديث ١.

ماله في حق جازت وصيته (١).
وموثق جميل عن أحدهما (عليه السلام): يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل،
وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم (٢). ومثله موثق محمد بن مسلم عن أحدهما (عليه
السلام) (٣).

والكلام فيما يستفاد من هذه النصوص في جهات:
منها: أنه اشتملت بعض هذه النصوص على العقل وبعضها على العشر
سنين ومقتضى الجمع بين قضيتين شرطيتين متضمنتين لشرطين مع وحدة الجزاء البناء
على سببية كل من الشرطين.

ومنها: أنه في بعض الأخبار ذكر الحد المعروف والحق وفي آخر إصابة
موضع الوصية والظاهر من الجميع إرادة أن تكون الوصية عقلائية واقعة في محلها،
فيعتبر كون الوصية في وجوه المعروف.

ومنها: أن صحيح محمد بن مسلم متضمن لاختصاص جواز وصيته بما كانت

(١) الوسائل باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢.

(٣) التهذيب باب وصية الصبي والمحجور عليهم حديث ٨.

للأرحام وأنه لا يجوز الوصية للغرباء، كما أن صحيح أبي بصير مذيّل بقوله وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته ولكن لعدم عمل الأصحاب بهما يسقطان عن الحجية.

فالمتحصل مما ذكرناه بعد رد بعض النصوص إلى بعض، والغاء ما أعرض عنه المشهور: كون المتجه ما أفاده المشهور.

وقد ظهر مما قدمناه أن الإيراد عليها بأنها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع العرفي بينها فإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل كما أفاده الشهيد الثاني، غير تام، مع أنه لو تم عدم إمكان الجمع بينها تعين الرجوع إلى أخبار الترجيح والتخيير لا طرح النصوص، كما أنه لا يبقى مع ما قدمناه مورد لما عن المختلف، قال: وهذه الروايات وإن كانت متظافرة والأقوال مشهورة لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ لعدم مناط التصرف في المال عنه.

ثم إن في المقام رواية أخرى، وهي رواية الحسن بن راشد عن العسكري (عليه السلام): إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجازت أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (١). ولكنها كما أفاده المحقق شاذة ومخالفة

لاجتماع المسلمين، لأنها تدل على حصول البلوغ بذلك، فيتعين طرحها وإن عمل بها ابن الجنيد في المقام.

الثاني: العقل، فلا تصح وصية المجنون: للاجماع، ولحديث رفع القلم المتقدم آنفاً، وعدم قصده.

نعم تصح وصية الأدواري منه إذا كانت في دور إفاقته، لأنه حينئذ عاقل،

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤.

فلا مانع، واطلاق الأدلة يشملها. ولو أوصى ثم جن لم تبطل لعدم الموجب له حتى على القول بأنها من العقود الجائزة والقول ببطلان القعد الجائز بالجنون، فإن ذلك فيما يبطل بالموت لا في مثل الوصية التي لا تبطل به قطعاً، بل هو ملزم لها، فالاجماع على بطلان العقد الجائز بالجنون لا يشمل المقام.

الثالث: الاختيار، فلا تصح وصية المكروه إلا إذا جاز بعد رفع الاكراه اجماعاً لحديث نفي الاكراه (١)، بناء على المختار من كونه رافعا لجميع الأحكام التكليفية والوضعية ويعضده أنه قد استشهد به الإمام (عليه السلام) في بعض الأخبار لنفي الصحة (٢).

الرابع: الرشد، فلا تصح وصية السفیه، اعتبره جماعة منهم: ابن حمزة، والمصنف ره في محكي التحرير، وظاهر القواعد، والمحقق الثاني في جامع المقاصد. ولكن المشهور على ما اعترف به غير واحد: عدم اعتباره، وأنه تصح وصيته في البر والمعروف أو مطلقاً، بل عن ظاهر الغنية: الاجماع على ذلك. واستدل في الجواهر للاعتبار - وفاقاً لجامع المقاصد - بعموم أدلة الحجر عليه، وقال: دعوى اختصاصها في حال الحياة واضحة المنع.

ولكن يتوجه عليه أنه لم يدل دليل على منع السفیه عن كل تصرف، وإنما دل على المنع عن تصرفه في ماله، وظاهره كونه في مقام الامتنان عليه لئلا يذهب ماله هدرًا فلا يشمل التصرف فيه في المقام الذي يوجب المنع حرمانه عن الانتفاع بماله، اللهم إلا أن يقال: إنه يلزم من ذلك صحة تصرفاته في ماله في حال حياته إذا كان بنفعه، ولم يلتزموا به، فالجمود على اطلاق أدلة المنع يقتضي ذلك في الوصية المتعلقة بماله، وأما في

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٢.

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٢.

غيرها فلا مانع عن نفوذها، واطلاق أدلة الصحة يقتضي البناء عليها. وأما المفلس فالأظهر جواز وصيته لعدم معارضتها لحق الغرماء لتقدم الدين عليها.

الخامس: الحرية.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه. وسيأتي الكلام فيه عند تعرض المصنف ره لهذه المسألة.

الوصية بالولاية على الأطفال

مسألة: لا خلاف في أنه يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، وفي الجواهر: أن عليه الاجماع بقسميه.

والمستند جملة من الأخبار: كموثق محمد بن مسلم عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم فقال (عليه السلام): لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي (١).

وخبر سعد بن إسماعيل عن أبيه عن الإمام الرضا (عليه السلام) عن وصي أيتام يدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع؟ قال (عليه السلام): يرد عليهم ويكرههم عليه (٢). ونحوهما غيرهما.

(١) الوسائل باب ٩٢ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٤٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

والمشهور أنه لا تصح الوصية بالولاية من أحدهما مع وجوده الآخر، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وهو المتجه، فإن أدلة الوصية بالولاية لا اطلاق لها تشمل صورة وجود أحد الوليين، وأما أدلة ولاية الموصي كان هو الأب أو الجد فدلالته على ولايته على الصغير بالنسبة إلى ما بعد موته حتى مع وجود الآخر غير ظاهرة، والشك فيها كاف في البناء على العدم.

وبهذا البيان يظهر أنه لا تصح الوصية من الحاكم الشرعي أو الوصي بالولاية عليهم، إذ الحاكم وإن كانت له الولاية على الأيتام لأنها من شؤون القضاة والحكام، وقد جعل الحاكم قاضيا وحاكما (١). ولازم ذلك ثبوت جميع ما للقضاء والحاكم له، إلا أنه لم يثبت له ولاية نصب الولي بعده، فالمرجع أصالة عدم ترتب الأثر. وأما الوصي فولايته مجعولة من قبل الموصي، والمجعول ولاية نفسه لا أن تكون له ولاية على نصب الغير.

وربما يستدل على أنه ليس للحاكم الوصية بالولاية بأن الولاية على الصغير ثابتة للصنف لا للفرد، فإذا انعدم فرد قام آخر مما حل فيه طبيعة الصنف مقامه. وفيه: أنه إذا فرضنا أن له الوصية بالولاية في نفسه هذا الوجه مردود، فإنه إذا ثبت الولاية للصنف جاز لكل فرد منه القيام بها، ومع قيام واحد منهم بها ليس لآخرين مزاحمته، وعليه فإذا عين أحد الأفراد شخصا للتصدي بعد وفاته فكأنه تصدى للأمر بنفسه، فليس للآخرين مزاحمته، فالعمدة ما ذكرناه. ولا ولاية في ذلك للأُم على المشهور، وفي الجواهر: بلا خلاف معتد به للأصل بعد عدم الدليل، وعن ابن الجنيد: إن لها الولاية بعد الأب إذا كانت رشيدة، والأصحاب نقلوا عنه الفتوى دون الدليل، ولم أظفر بما يمكن أن يستدل به له.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي.

الموصى له

المطلب الثالث: في الموصى له.

قالوا: (و) يشترط (وجود الموصى له) حال الوصية، فلو أوصى لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية لم تصح، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة في الزمان المستقبل، أو لمن يوجد من أولاد فلأن، بلا خلاف أجده في شئ من تلكم، بل عن نهج الحق والتذكرة: الاجماع عليها، كذا في الجواهر. وعلوه: بأن الوصية تملك عين أو منفعة كما سلف من تعريفها، والمعدوم غير قابل للتمليك.

ويرد عليهم: أولا: ذلك لو تم لاقتضى وجود الموصى له حين موت الموصي لا حين الوصية، فإن ظرف التملك هو حين الموت وأما قبله فالمال باق على ملك الموصي.

وثانيا: أنه لا يتم فيما إذا أوصى بشئ لمن سيوجد بنحو تعليق التملك على وجوده. ودعوى أنه يلزم بقاء الملك من حين الموت إلى زمان وجود الموصى له بلا مالك،

فيها: أنه لا محذور في ذلك، وكم أموال بلا مالك، فليكن هذا منها، غاية الأمر من جهة تعلق الوصية به لا يكون من قبيل المباحات الأصلية كي يكون لكل أحد أن يملكه. وثالثا: إن الملكية من الأمور الاعتبارية، ووجودها عين الاعتبار العقلائي، فكما أن المملوك قد يكون كليا، والمالك أيضا كذلك، لا مانع من الالتزام بملكية الميت، وآثر اعتبار الملكية له انتقاله منه إلى ورثته. وفي الجواهر استدل له: بأن اطلاقات الوصية في الكتاب والسنة منصرفة إلى

الوصية للموجود، ويتوجه عليه: أنه لا وجه للانصراف سوى الغلبة وهي غير سالحة لأن تكون منشأ للانصراف المقيد للاطلاق.

فإذا لا دليل على ذلك سوى الاجماع وتسالم الأصحاب عليه، فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو المعدوم حين موت الموصي والوصية التمليكية، وأما الوصية العهدية التي ليس في الوصية انشاء تمليك فيها - كما لو أوصى الميت في اعطاء شئ أو وقفه أو نحو ذلك لمن يتولده من زيد - فلا أجد مانعا عن صحتها كما صرح به في الجواهر، واطلاق اشتراط الأصحاب الوجود في الموصى له منزل - بقرينة ما في كلماتهم من التعليل - على التمليكية. ولا يعتبر في الموصى له أن لا يكون وارثا، فيجوز الوصية للوارث كما تجوز للأجنبي اجماعا حكاه جماعة.

ويشهد به - مضافا إلى اطلاق أدلة الوصية من الكتاب والسنة - : الآية الكريمة (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتيقن) (١) والوالدان لا بد أن يكونا وارثين وإن تخلف ذلك في الأقربين على بعض الوجوه إلا أن يكون الأبوان ممنوعين من الإرث بكفر ونحوه، واللفظ أعم منه فيشمل موضع النزاع. وجملة من النصوص: كصحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (عليه السلام): الوصية للوارث لا بأس بها (٢). وموثقه الآخر عنه (عليه السلام) عن الوصية للوارث فقال (عليه السلام):

(١) البقرة آية ١٨٠.

(٢) الوسائل باب ١٥ من أبواب الوصايا حديث ٤.

تجوز، قال: ثم تلا هذه الآية (إن ترك خيرا) الآية (١).
وصحيح أبي ولاد الحنات عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن الميت يوصي للوارث بشيء؟

قال: نعم، أو قال جائز له (٢). ونحوها غيرها.
وأما خبر أبي بصير عن أحدهما (عليه السلام) في الآية الشريفة (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين) قال (عليه السلام): هي منسوخة، نسختها آية الفرائض التي هي الموارث (٣). فمحمول بقرينة موثق محمد بن مسلم الذي استدل الإمام (عليه السلام) فيه بهذه الآية على جواز الوصية للوارث على نسخ الوجوب، بل يمكن أن يقال: إنه لا يستفاد منه مزيد من ذلك من جهة أن ظاهر الآية هو الوجوب، وقد نسخ ذلك بآية الموارث، فلا ينافي الجواز بل الاستحباب.

والأصحاب حملوا الخبر تارة: على التقية، وأخرى: على إرادة الكافرين من الوالدين وغير الوارث من الأقارب، وثالثة: على إرادة أنها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة.

وأما خبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه فقال (عليه السلام): لا تجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين (٤)، فهو لا يصلح لمعارضته النصوص المتقدمة، فيطرح أو يحمل على التقية، أو

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٥.

(٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٢.

على ما زاد عن الثلث.

اعتبار التكليف في الوصي

المطلب الرابع: في الوصي.

(و) يشترط فيه أمور: الأول: (التكليف) بالبلوغ والعقل، فلا تصح الوصية إلى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولو كان إلى البالغ منضما ولا إلى مجنون كذلك، بلا خلاف في شيء من تلكم في الجملة، بل عليها الاجماع.

وتفصيل القول بالبحث في موارد:

١ - لا يصح الوصية إلى صبي بأن يتصرف حال صباه، واستدل له بقصوره بالصبا السالب لأقواله وأفعاله عن منصب الوكالة فضلا عن الوصاية التي هي أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها.

وفيه: أولا: ما تقدم من أن الصبي ليس مسلوب القول والفعل وإنما هو ممنوع عن التصرف مستقلا، وعليه فإذا أوصى إليه بأن يتصرف بإذن وليه لا أرى في ذلك محذورا.

وثانيا: إن الوصية بأن يتصرف معامليا مستقلا أو بالولاية على أولاده وإن كانت لا تصح - أما الأول: فلكونه ممنوعا عنه، وأما الثاني: فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يمكن أن يكون له الولاية على الغير، وأما في غير ذينك من التصرفات والأمور التي يوصي بها - فما الموجب لعدم صحة جعله وصيا فيها، فلو أوصى بأن يصلى عليه بناء على شرعية عباداته، أو يتصدى لتجهيزه، أو يكون هو المجري للصيغة في المعاملات الواقعة على ثلث ماله مثلا، أو صرف الثلث في مصارفه وما شاكل، لا يوجب الوجه

المزبور عدم صحتها.

وربما يستدل له: بأن الوصاية نوع ولاية لا يصلح الصبي لتصديها والتلبس بها. وفيه: إنا لا نعبر عنها بالولاية حتى يأتي هذا المحذور، ومجرد أن له أن يتصرف كالوكيل لا تكون ولاية التي هي اعتبار عقلائي خاص منشأ لآثار، فالحق أنه لا دليل على المنع عنه مطلقا سوى الاجماع.

٢ - المشهور أنه تصح الوصية إلى الصبي منضما إلى بالغ، وأنه لا يتصرف الصغير قبل البلوغ، فإذا بلغ صار شريكا، وللبالغ الاستقلال في التصرف ما دام صغيرا. والأصل في هذه الأحكام خبر علي بن يقطين عن أبي الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأة وأشرك في الوصية معها صبيا فقال (عليه السلام): يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، وإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت (١). وصحيح الصفار: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع (عليه السلام): نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك (٢). ونحوهما غيرهما.

وفي خبر زياد بن أبي الحلال (٣) ما يظهر منه عدم جواز الوصية إلى الصبي قبل

(١) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.

أو ترك سنة، والسلطان وصي من لا وصي له، والناظر لمن لا ناظر له (١). وهل تعود الوصية بعود العقل، جزم المصنف ره بالعدم، وتردد في الدروس، وعدم العود أظهر لعدم المقتضي للعود.

ولو كان المجنون يعتوره أدوارا، قال في محكي الدروس: الأقرب الصحة وتحمل على أوقات الإفاقة قال: والفرق بينه وبين ما إذا طرأ الجنون انصراف الوصية في ابتدائها إلى أوقات الإفاقة، وانصرافها هناك إلى دوام عقله الذي لم يدم، وهو حسن.

(و) الثاني من الشرائط: (الاسلام) والظاهر أنه لا خلاف في اعتباره (في الوصي) إذا كان الموصي مسلما، فلا تصح وصية المسلم إلى الكافر ولو كان رحما، بل ربما يدعى عليه الاجماع، ولا دليل لهم على ذلك سوى دلالة آيتين على ذلك إحداهما: قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبلا) (٢) ثانيتهما: قوله عز وجل (لا يتخذ المؤمنون الكافر أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء) (٣).

لكن يتوجه على الاستدلال بالأولى: إن ظاهر الآية بقريئة ما قبلها نفي الجعل في الآخرة، مع أنه قد ورد في خبر الهروي أن المراد من الآية نفي سبيل الحججة (٤)، مع أن السبيل ظاهره السلطنة والوصي لا سلطنة له على الموصي.

ويتوجه على الاستدلال بالثانية: أنه لا يأخذه الموصي وليا وإنما يجعله وصيا بعد موته، فالانصاف أنه لا دليل على المنع سوى الاجماع إن لم نعتبر العدالة في الوصي،

(١) ذكر في المستدرک باب ٦٩ من الوصايا حديث ٣ وذيله في باب ٦٤ منها حديث ١.

(٢) النساء آية ١٤١.

(٣) آل عمران آية ٢٨.

(٤) آيات الأحكام للعلامة الجزائري عن عيون الأخبار.

وإن لم يثبت فالأظهر الجواز.
وعلى القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوصية. وأما وصية الكافر لمثله فلا اشكال في جوازها إن لم نعتبر العدالة في ديننا.
اعتبار العدالة في الوصي
وقد ذهب جماعة منهم الشيخان والقاضي وابن حمزة والديلمي وابن زهرة إلى اعتبار العدالة في الوصي، وعن الغنية: عليه اجماع الإمامية.
واستدل له: بأن الوصاية استئمان على مال الأطفال ومن يجري مجراهم من الفقراء والجهات التي لا يراعيها المالك، والفاسق ليس أهلا للاستئمان على هذا الوجه وإن كان أهلا للوكالة لوجوب التثبت عند خبره.
وبأن الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقة المال وانفاقه وصرفه في الوجوه الشرعية، والفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه لقوله تعالى (ولا تركزوا إلى الذين ظلموا) (١).
وبأن الوصية استنابة على مال الغير لا على مال الموصي لانتقاله عنه بعد موته وولاية الوصي إنما تحصل بعد الموت، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى، لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل بخلاف الوصي فإنه لا يشاركه فيها أحد غالبا ولا يتبع أفعاله.
وبالنصوص (٢) الواردة فيمن مات وله أموال وورثة صغار ولا وصي له قد

(١) سورة هود آية ١١٣.

(٢) الوسائل باب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

والتصرف عند البلوغ (١)، وما ورد في وصاية المرأة (٢) التي من الغالب عدم عدالتها، وما ورد من وصية الإمام الكاظم (عليه السلام) لجميع ولده (٣) ومنهم غير العدل، وجعل الولاية بيد علي (عليه السلام) لا يجدي على القول بالمنع من وصاية الفاسق، إلى غير تلكم من الأخبار التي لا ينكر ظهورها في عدم اعتبار العدالة.

ولو تمت دلالة ما مر على اعتبار العدالة فهي إنما تدل على اعتبار العدالة لا على مانعية الفسق، كما في المسالك حتى يصح استصحاب عدم الفسق فتصح الوصية إلى مجهول الحال.

وأما ما أفاده سيد الرياض تبعاً للتذكرة والروضة: من أن هذا الشرط إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل خبره به لا في صحة الفعل في نفسه، فلو أوصى إلى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة، ويمكن كون ظاهر الفسق أيضاً كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبين الله وفعل مقتضاها، بل لو فعله كذلك لم يبعد الصحة وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمائه ما ادعى فعله - فمرجه إلى انكار شرطية العدالة، وعليه فلا وجه للحكم بضمائه بعد ما دل الدليل على أن الأمين لا يتهم.

وكيف كان: فالأظهر عدم اعتبار العدالة فيه.

وعليه فقد يقال: بأنه لو أوصى إلى عدل ثم ظهر فسقه بعد موت الموصي بطلت وصايته ووجب عزله، وعن المختلف: الاحتجاج له بأن الظاهر أن الباعث له على

-
- (١) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥.

اختيار العدل مع جواز الوصية إلى غيره إنما هو عدالته والوثوق بأمانته، فإذا خرج عن حد العدالة فات الباعث وخرج عن الاستئمان، إذ الظاهر أنه لو كان حيا لاستبدل به.

وفيه: أولا: أنه من الجائز كون الباعث له على جعله وصيا قرابته أو نحو تلك لا عدالته، وعليه فمجرد الاحتمال لا يكفي في الحكم بالبطلان.

وثانيا: إن المدار على الانشاء لا على ما في نفس الموصي، فإذا جعله وصيا لا بعنوان أنه عادل لا وجه لبطلان وصيته بظهور الفسق أو عروضه وإن علم أن الباعث له على نصبه وصيا كونه عادلا، فإن الآثار الوضعية تتبع الانشاء ولا ترتبط بما في النفس من الترجحات، ولذا اشتهر أن تخلف الدواعي في باب المعاملات لا يوجب الخيار.

ولا يعتبر في الوصي أن لا يكون وارثا، ولا الذكورية، ولا الوحدة اجماعا، لاطلاق الأدلة ولجملة من النصوص (١) في الأول، وخبر علي بن يقطين (٢) في الثاني. وأما خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام: المرأة لا يوصي إليها لأن الله تعالى يقول (لا تؤتوا السفهاء أموالكم) (٣). فلاعراض الأصحاب عنه ومعارضته بخبر علي بن يقطين لا بد من طرحه أو حمله على ما لو فقد بعض الشرائط السابقة كما يشعر به التعليل.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٥٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٥٣ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

الموصى به وما يعتبر فيه
المطلب الخامس: في الموصى به، وهو إما عين أو منفعة أو حق قابل للنقل.
(و) المعروف صحة الوصية في الجميع لعمومات الصحة والنفوذ، كما أن
المعروف بين الأصحاب أنه إن كانت الوصية بمال أو منفعة يعتبر (الملك في الموصى
به) فلا تصح الوصية بمال الغير، ولا بما لا يملك، ولا بالمحرمات.
أما الأول: فلعدم جواز التصرف في مال الغير كانت الوصية تمليكية أو عهدية،
وحيث إن أوصى بمال الغير بأن علق التملك على موت ذلك الغير وأجاز ذلك الغير
صحت الوصية، لأنه بالإجازة تصير الوصية وصية المجيز ومستندة إليه، وتصدق
الوصية من المالك كما في سائر موارد الفضولي بناء على ما هو الحق من صحة الفضولي
على القاعدة، وإن أوصى بمال الغير بأن علق التملك على موت نفسه فأجاز ذلك
الغير لم تصح لا وصية ولا تملكيا.

أما الأول: فلأن الوصية عرفا عبارة عن تملك المال معلقا على موت المالك لا
على موت غيره، فلو قال: هذا لك بعد موت أبيك، لا يكون من الوصية.
وأما الثاني: فللتعليق المجمع على مبطليته للعقود والايقاعات سوى الوصية.
وبذلك يظهر بطلان ما لو أوصى بماله لزيد إذا مات عمرو.
وأما الوصية بما لا يملك، فإن كانت على وجه التملك فبطلانها ظاهر، وأما إذا
كانت على وجه العهد والتخصيص وكانت فيه فائدة ولو نادرة بنحو تصح
التخصيص فالأظهر صحتها، إلا أن فرض كون الشيء مما له فائدة ولو نادرة مع عدم
قابليته للتملك لا أتصوره عاجلا، وإن لم يكن فيه فائدة لا تصح الوصية لا تمليكية ولا

ولو جرح نفسه بالمهلك ثم أوصى لم تصح

عهدية ولا تخصيصية.

وأما الوصية بالمحرمات كالخمر والخنزير، فإن كان الملحوظ في الوصية المنفعة المحرمة مثل الشرب في الخمر واللعب بآلات اللهو وما شاكل فلا اشكال في البطلان كما مر، وإن أوصى بصيرورتها ملكا وفرضنا عدم قابليتها للملكية فالبطلان ظاهر أيضا.

وأما إن أوصى بها للانتفاع بها منفعة محللة كما لو أوصى بالخمر للطلبي أو السراج أو للتخليل أو نحو ذلك من الفوائد المحللة فالظاهر صحة الوصية بها على نحو التخصيص.

وإن شئت قلت: إن له أن يوصي بانتقال حق الأولوية الثابت له إلى الموصى له، وعليه فتصح الوصية بالكحول الذي لا يشرب وإنما له فوائد أخرى.

حكم وصية القاتل نفسه

المطلب السادس: في الأحكام.

(و) فيه مسائل: ١ - (ولو جرح (الموصي) نفسه بالمهلك) أو شرب سما أو نحو ذلك (ثم أوصى لم تصح) وصيته على المشهور، وعن الإيضاح: نسبتته إلى الأصحاب مشعرا بالاجماع عليه.

والمستند صحيح أبي ولاد حفص بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها قلت (قيل له خ ل): رأيت إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من جراحة أو قتل أجزت وصيته في ثلثه، وإن

أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته (١). وما أفاده الحلبي من أنه لا يجوز تخصيص القرآن بنخبر الواحد وحيث إنه حي عاقل مكلف وأوصى بوصية وقد دل القرآن على نفوذ وصية كل حي عاقل وأنه لا يجوز تبديلها فالبناء على صحته وصيته متعين، يردده ما حقق في محله من أن عموم القرآن يخصص بنخبر الواحد الواجد لشرائط الحجية.

ومن الغريب ما عن المختلف قال: قول إدريس لا بأس به، وعن الروضة: أنه حسن، وعن القواعد: لو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهها، مع أن بناء المصنف ره والشهيد الثاني على تخصيص الكتاب بنخبر الواحد والصحيح، مضافا إلى حجيته في نفسه معمول به بين الأصحاب سيما وأن المصنف ره في محكي المختلف علل عدم القبول بوجوه آخر من دلالة فعله على سفهه، وعدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت، وأن القائل يمنع من الميراث لغيره فيمنع عن نفسه، وأن قبول وصيته نوع إرث له، وإن كانت هذه الوجوه بينة الضعف.

ثم إن الخبر مختص بمن جرح نفسه لعله يموت لا لغرض آخر، وما لو كان ذلك على وجه العصيان لقوله فهو في نار جهنم وبما إذا كان فعل ذلك عمدا، وبما لو مات من ذلك، وبالوصية في ماله لقوله في ثلثه وعليه فلو أوصى بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق بالمال أو فعل ذلك سهوا أو خطأ، أو لغرض آخر. أو على غير وجه العصيان كما في الجهاد في سبيل الله، أو عوفي ثم أوصى، صحت الوصية في جميع تلكم لعموم أدلة الوصية.

ولو جرح نفسه برجاء أن يموت وأوصى ثم عوفي هل تصح وصيته لاطلاق

(١) الوسائل باب ٥٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه حديث ١.

ولو تقدمت الوصية صحت وتصح الوصية للحمل بشرط وقوعه حيا

أدلة الوصية بعد اختصاص النص بما إذا مات بذلك السبب، أم لا تصح كما أفاده صاحب الجواهر ره قال: لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد انشاء تمليك، ولذا لو نساها ولم يحددها لم تنفذ على الأقوى؟ وجهان أو جههما الأول كما لا يخفى. هذا فيما كانت الوصية بعد ما جرح نفسه بالمهلك، (و) أما (لو تقدمت الوصية) فلا اشكال في أنها (صحت)، من غير فرق بين أن يكون حين الوصية بانيا على أن يحدث ذلك بعدها، وما لو لم يكن بانيا عليه، لاطلاق الصحيح المتقدم. الوصية للحمل

٢ - لا خلاف بينهم (و) لا اشكال في أنه (تصح الوصية للحمل) الموجود حين الوصية وإن لم تحله الحياة، والوجه في ذلك: أما على ما ذكرناه في شرائط الموصي له من أن مقتضى القاعدة صحة الوصية للمعدوم وإنما لم نلتزم بها للاجماع فظاهر، وأما على القول الآخر فالوجه فيه أن الحمل ليس معدوما صرفا لا يقبل التملك بعد كون الملكية من الأمور الاعتبارية وهي خفيفة المؤونة فيوصى له وإن مات الموصي قبل أن يولد.

إنما الكلام فيما طفحت به كلماتهم من أنه إنما تصح الوصية (بشرط وقوعه حيا) وعلل ذلك: بأن الحمل لو لم يولد حيا لا يقبل لأن يملك لعدم ترتب أثر على ملكيته، وبقياس الوصية على الإرث، فإنه يتوجه على الأول: النقص بما لو ولد حيا ومات في ساعته والحل ما مر في الوقف من أنه إذا ملك وسقط ميتا بعد ولوج الروح فيه يكون ذلك إرثا لورثته.

وعلى الثاني: إنا لا نقول بالقياس، فإذا لا مدرك لاعتبار هذا الشرط سوى

الوصية للكافر

٣ - في الوصية للكافر أقوال أنهاها في محكي التنقيح في الذمي خاصة إلى سبعة أقوال، لكن العمدة منها في الذمي ثلاثة: الجواز مطلقا اختاره الشيخ في الخلاف والحلي والمحقق والمصنف ره وغيرهم، عدمه كذلك هو قول القاضي، التفصيل بين كونه رحما وأجنبيا، فتصح في دون الثاني، وكذا في الحربي، غاية الأمر يختلف القائل.

(و) الذي ذهب جمع من الأساطين هو صحة الوصية (للذمي دون الحربي) أما الوصية للذمي فيشهد لجوازها - مضافا إلى اطلاق أدلة الوصية وقوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم بالمودة) (١) وما دل على الترغيب في البر والاحسان (٢)، وجواز الصدقة على الكافر (٣) جملة من النصوص، كصحيح محمد بن مسلم عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال (عليه السلام): اعطه لمن أوصى له وإن كان يهودا أو نصرانيا، إن الله تعالى يقول (فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه) (٤).

وقريب منه صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام (٢).

(١) الممتحنة آية ٨.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب فعل المعروف كتاب الجهاد.

(٣) الوسائل باب ١٩ من أبواب الصدقة كتاب الزكاة.

(٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب الوصايا حديث ٥.

(٥) الوسائل باب ٣٢ من أبواب الوصايا حديث ١.

وصحيح الريان بن شبيب عن الإمام الرضا (عليه السلام) قلت له: إن أختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين فقال (عليه السلام): إمض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى (فمن بدله بعد ما سمعه) (١).

واستدل لعدم الجواز: بقوله تعالى (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم) بتقريب: أن الآية متناولة للأرحام وغيرهم، والوصية لهم مودة. وجمع في الحدائق بين الآية والنصوص المتقدمة، بحمل تلك النصوص على إرادة صحة الوصية وبقاء الآية على ظاهرها من عدم الجواز، فتكون الوصية له كالبيع وقت النداء.

ولكن يرد على الاستدلال بالآية أولا: ما ذكره جماعة من أن النهي عن الموادة إنما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله، وإلا لزم حرمة اللطف والاکرام. وثانيا: أنه يقيد اطلاق هذه الآية بالآية المتقدمة. وثالثا: منع كون العطية سيما إذا كانت مكافاة أو تأليفا موادة. أضف إلى ذلك ما ورد في الأرحام من الأمر بصلتهم (٢)، وفي الأبوين من الأمر بمصاحبتهما في الدنيا معروفا (٣). ويتوجه على صاحب الحدائق ره - مضافا إلى ما تقدم - الاجماع ظاهرا على

(١) المجادلة آية ٢٢.

(٢) أصول الكافي ج ٢ ص ١٥٠ طبعة طهران.

(٣) سورة لقمان آية ١٥ أصول الكافي ج ٢ ص ١٥٧.

ولو أوصى لذكور وإناث تساووا إلا مع التفضيل وكذا الأعمام والأخوال ولو أوصى لقرايته فهم المعروفون بنسبه والعشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كالوقف ولو مات الموصى له قبله ولم يرجع كانت لورثته

المطلق حجة كالعام، وانصرافه ممنوع لمنع التبادر. ثم إن المصنف ره ذكر جملة من فروع الوصية للمملوك، فعلى ما بنينا عليه من إلغاء المباحث المتعلقة بالإماء والعبيد لا نتعرض لها.

٤ - (ولو أوصى لذكر وإناث تساووا إلا مع التفضيل، وكذا الأعمام والأخوال، ولو أوصى لقرايته فهم المعروفون بنسبه) على ما مر في الوقف (والعشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كالوقف).

حكم ما ولو مات الموصى له قبل الموصي (ولو مات الموصى له قبله) أي قبل الموصي (ولم يرجع كانت) الوصية (لورثته) كما هو المشهور بين الأصحاب.

وعن ابن الجنيد والمصنف في المختلف: بطلان الوصية بموته قبل القبول، وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته.

وعن الدروس: إن التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص. مقتضى القاعدة هو البطلان، أما على المختار من عدم اعتبار القبول وكون الرد مانعا فلأن الموصى له لا يملك المال في حياة الموصي كي ينتقل عنه إلى ورثته، وانتقال الموصى به إلى له بعد موت الموصي وإن كان ممكنا الدية إلا

ذلك، وعلى هذا فحيث لا يعلم أن ما أشير إليه من قبيل الحق أو الحكم - وعلى فرض كونه قبيل الأول من أي قسم من أقسام الحق - ففساد القول المزبور صغرى وكبرى واضح.

وأما على القول باعتبار القبول فيها، فالبطلان أوضح، إذ مضافا إلى ما ذكرناه يشهد له أن المفروض أن الايجاب مختص بالموصى له، وحينئذ إن قبل الوارث لنفسه لزم عدم مطابقة الايجاب والقبول، وإن قبل للمورث فهو ليس وكيلا عنه ولا وليا عليه، فلا بد من البناء على البطلان. هذا بحسب القاعدة، وأما النصوص الخاصة فهي طائفتان:

الأولى: ما تدل على المشهور، لاحظ صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام): قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي أوصى له قبل الموصى قال (عليه السلام): الوصية لو ارث الذي أوصى له، قال: ومن أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا فتوفي الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته (١). وأورد عليه الشهيد الثاني وقبله المصنف ره في محكي المختلف: بأن محمد بن قيس مشترك بين جماعة أحدهم ضعيف، ولعله راوي الخبر، فهو ساقط عن الحجية. وفيه: أولا: أنه كما ذكره الشيخ في الفهرست وغيره من المحققين على ما حكى أن الذي يروي عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة، فلا اشكال فيه سندا. وثانيا: أنه لو كان في سنده شيء لكان منجبرا بعمل الأصحاب. وقد يذكر من هذه الطائفة خبران آخران: أحدهما: خبر محمد بن عمر

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب الوصايا حديث ١.

الساباطي (الباهلي خ ل) عن أبي جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إلي وأمرني أن أعطي عما له في كل سنة شيئاً فمات العم فكتب: أعط ورثته (١). ولكنه غير مربوط بمسألتنا، وإنما هو في الوصية بالتمليك في كل سنة، ويكون ايجاب التملك من الوصي، ومقتضى القاعدة في تلك المسألة أيضا البطلان، والخبر لجهالة رواية لا يكون مستندا للصحة.

ثانيهما: خبر المثنى بن عبد السلام عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا قال (عليه السلام): أطلبه وارثا أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له وليا؟ قال (عليه السلام): أجهد علي أن تقدر له علي ولي، فإن لم تجد وعلم الله منك الجد فتصدق بها (٢). وهو في خصوص مورد عدم القبض، وظاهر في وقوع القبول، فلا يدل علي هذا القول، فالمستند خصوص صحيح محمد بن قيس.

الثانية: ما تدل علي بطلان الوصية كصحيح محمد بن مسلم وأبي بصير جميعا عن أبي عبد الله (عليه السلام): ليس بشيء (٣).

وموثق منصور بن حازم عنه (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال (عليه السلام): ليس بشيء (٤). ولكن الطائفة الثانية غير ظاهرة في بطلان الوصية، إذ يمكن أن يكون المراد

-
- (١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.
 - (٢) الوسائل باب ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.
 - (٤) الوسائل باب ٣٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٥.

بقوله ليس بشيء أن الموت ليس بشيء قادح في الوصية لا أن الايصاء ليس بشيء، فلا معارض لصحيح محمد بن قيس، وعلى فرض التنزل فغاية الأمر ظهورها في ذلك، والجمع بينها وبين صحيح ابن قيس يقتضي حملها على إرادة أن الموت ليس بشيء، إذ حمل الظاهر على النص أو الأظهر جمع عرفي.

وإن أبيت إلا عن ظهورها في بطلان الوصية بنحو لا يصح حملها على غير ذلك فهي معارضة مع صحيح ابن قيس، ويقدم هو المشهور التي هي أول المرجحات. فأصل الحكم مما لا اشكال فيه، إنما الاشكال في أمور: منها أنه قد يدعى اختصاص الصحيح، بما إذا لم يعلم غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد، ففيما إذا علم ذلك يرجع إلى القواعد المقتضية للبطلان، ولم يذكروا وجهها للاختصاص سوى الانصراف، وأن ذلك هو المتيقن منه.

أما الانصراف فلا أرى له منشأ، وأما كونه هو المتيقن فلا يمنع عن التمسك بالاطلاق، إذ الثابت في محله أن وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب ليس مانعا عن الاطلاق فضلا عن المتيقن من الخارج، فالأظهر عدم الاختصاص.

ومنها: أنه لو مات الموصى له قبل الموصي (فإن لم يكن له وارث ف) هل الوصية (لورثة الموصي) كما في المتن وعن أم لا؟ وجهان: أوجهما الأول، فإن النص وإن كان في وارث الموصى له، ولكنه يدل على أن الوصية موروثه للوارث، فمقتضى اطلاق أدلة الإرث ثبوتها لوارث الوارث أيضا.

ومنها: أنه هل ينتقل الموصى به بموت الموصي إلى الميت ثم إلى الوارث، أو إليه ابتداء من الموصي؟ قولان، استدلل للثاني: بأن الميت بمنزلة المعدوم فلا يقبل الملك، وللأول: بأنه لا اشكال في أنها تقسم على حسب قسمة الموارث، ولو كانت منتقلة إلى الورثة من الموصي لم يكن لذلك وجه.

وتصح الوصية بالحمل ويستحب للقريب وإن كان وارثا
وإذا أوصى إلى عدل ففسق بطلت
ويصح أن يوصى إلى المرأة، والصبي بشرط انضمامه إلى الكامل وإلى المملوك

ومنها: أنه هل يختص ذلك بالوصية التمليكية، أم يعم العهدية بأن يوصى إلى
وصيه أن يعطي زيدا مثلا شيئا؟ الأظهر هو الأول لاختصاص النص بالتمليكية، وقد
مر أن خبر الساباطي وإن دل على جريان هذا الحكم في العهدية إلا أنه ضعيف السند
غير مجبور بالعمل.

الوصية بالحمل

٦ - (وتصح الوصية بالحمل) بلا خلاف، وكذا بما تحمله الدابة أو الشجرة،
من غير فرق في جواز الوصية بالمتجدد بين المضبوط بمدة كالمتجدد في هذه السنة أو
عشر سنين أو عدد كأربعة، ولا في المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتأخر كالسنة
الفلانية، من المتجدد، كل تلکم لاطلاق أدلة الوصية.

ودعوى أن الحمل المتجدد بعد موت الموصي إنما هو لورثته فكيف يوصى به،
مندفعة أولا: بالنقض بالوصية بسكنى الدار مدة مستقبلية.

وثانيا: بالحمل، وهو أن المالك كما يملك العين الخارجية ملكية مرسلة غير محدودة
بزمان كذلك يملك بتبع ملك العين منفعتها المرسلة غير المحدودة، فله أن يوصى بها
كيف ما شاء.

٧ - (ويستحب) الوصية للقريب وإن كان وارثا) وقد مر الكلام فيه في
شرائط الموصى له، كما أنه قد مر الكلام فيما إفادة بقوله (وإذا أوصى إلى عدل
فسق بطلت) وعرفت أنها لا تبطل (و) ما ذكره بقوله (يصح أن يوصى إلى المرأة و)
قد مر أيضا صحة جعل (الصبي) وصيا (بشرط انضمامه إلى الكامل، وإلى المملوك

بإذن مولاه فيمضي الكامل الوصية إلى أن يبلغ ثم يشتركان ولا ينقض بعد بلوغه ما تقدم مما هو سائغ ولو أوصى الكافر إلى مثله صح ولو أوصى إلى اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق فليس لأحدهما الانفراد

بإذن مولاه، فيمضي الكامل الوصية إلى أن يبلغ الصبي ثم يشتركان، ولا ينقض بعد بلوغه ما تقدم مما هو سائغ (و) أيضا قد تقدم أنه (لو أوصى الكافر إلى مثله صح) بل عرفت صحة وصية المسلم إليه أيضا. حكم ما لو أوصى إلى اثنين

(ولو أوصى إلى اثنين) فلا يخلو أما أن يشترط اجتماعهما، (و) أما أن يجوز لهما الانفراد، وأما أن يطلق فإن (شرط الاجتماع أو أطلق فليس لأحدهما الانفراد) بل عليهما الاجتماع فيه، بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما بلا خلاف في الأول، بل عليه الاجماع عن التنقيح، وعلى الأشهر في الثاني، وفي الرياض: بل عليه عامة المتأخرين، أما مع شرط الاجتماع فظاهر، لأن ولايتهما لم تثبت إلا على هذا الوجه، وأما مع الاطلاق فإن كان المفهوم عرفان من الاطلاق إرادة الاجتماع فكذلك وإلا بأن حصل الاشتباه في المراد، فثبوت الولاية لهما بنحو الاجتماع معلوم، وثبوتها لكل واحد منفردا مشكوك فيه، والأصل يقتضي عدمه. ويمكن أن يستدل له مع ذلك بصحيح الصفار: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل كان أوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع (عليه السلام): لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت وأن يعملا على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى (١).

(١) الوسائل باب ٥١ من أبواب الوصايا حديث ١.

ويجبرهما الحاكم على الاجتماع ولو تشاحا فإن تعذر استبدل
ولو عجز أحدهما ضم إليه

ومع الاغماض عن جميع ذلك وتسليم دلالة على ما استدل به له، فحيث يقع
التعارض بينه وبين صحيح الصفار، فإن قلنا: بأن الجمع العرفي بينهما بحمل الظاهر
على النص أو الأظهر يقتضي حمل الموثق على إرادة المنع عن الانفراد كما فهمه
المنصف ومن بعده، وإلا فيقدم الصحيح للشهرة التي هي أول المرجحات ولأرجحية
السند التي هي ثاني المرجحات، فلا اشكال في أنه ليس لكل منهما الانفراد.
(و) على هذا ف ((يجبرهما الحاكم على الاجتماع ولو تشاحا) وتعاسرا فأراد
أحدهما نوعا من التصرف ومنعه الآخر من غير أن يستبدل بهما مع الامكان لأن
المفروض أن الميت جعل لنفسه وصيا فلا ولاية للحاكم فيه، وإنما له الاجبار لأنه ولي
المتنع عن أداء حق الغير، إذ ذلك شأن من شؤون القضاة والحاكم فيكون ثابتا له.
(فإن تعذر) الاجبار ولم يمكن جمعهما (استبدل) الحاكم بهما، لأنهما بامتناعهما
عن الاجتماع المشروط بحكم العدم، فللحاكم أن ينصب أمينا من قبله.
وقد يقال: إنهما بالتعاسر والتشاح يفسقان فيخرجان عن الوصاية فللحاكم
نصب الأمين وإن أمكن اجبارهما، ولكن يرد عليه - مضافا إلى ما مر من عدم اعتبار
العدالة في الوصي - : أن التشاح إن كان مستندا إلى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب
المصلحة لا التشهي والمعاندة لا يوجب الفسق.
(ولو عجز أحدهما) عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض
ونحوه (ضم إليه) الحاكم من بعينه، فيكون النظر حينئذ للثلاثة بلا خلاف، إلا عن
الشهيد في الدروس فإنه ذهب إلى أنه يضم الحاكم إلى الآخر لا إلى العاجز، فيكون
النظر لاثنتين. ويتوجه عليه أن العاجز بعجزه عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل
بالوصية بمرض ونحوه لا يخرج عن الوصاية لجواز الوصية إلى العاجز كذلك، ابتداء

ولو شرط الانفراد جاز وتصرف كل واحد منهما ويجوز الاقتسام

اجماعاً، فكذا في الاستدامة.

ولو عجز أحدهما عن القيام به أصلاً بموت أو جنون، فعن الأكثر: أنه يستقل الآخر في التصرف، وفي النافع وعن القواعد والارشاد والتحرير والفخر والشهيدين وجماعة: أنه يضم الحاكم إلى الآخر أمين من طرفه.

وجه الأول: إنه مع وجود الوصي لا ولاية للحاكم ويضعف بأنه بانفراده لم يجعل وصياً والموصي لم يرض برأيه منفرداً وإنما جعلهما معا وصياً، فلا وجه لتفرده بالتصرف، وحينئذ فيمكن أن يقال: لو لم يكن خلاف الاجماع بسقوط الآخر عن الوصاية رأساً، إذ الولاية المجعولة له إنما كانت ولاية له لصاحبه، فمع تعذر الجزء ينتفي الكل، فيرجع الأمر إلى الحاكم وله أن يجعل أميناً من قبله، وحينئذ له أن يجعل الآخر باستقلاله ولياً.

ودعوى أن الموصي لم يرض برأيه على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه وإلا لزم التبديل المنهي عنه في الشريعة، مندفعة بأن الموصي لم يرض برأيه في الوصاية التي جعلها، ولا عبرة بنظره فيما يجعله الحاكم، فالأظهر أن له ذلك، كما أن له تفويض الأمر إلى غيره. هذا كله مع شرط الاجتماع أو الاطلاق.

(ولو شرط الانفراد جاز تصرف كل واحد منهما) منفرداً بلا خلاف ولا اشكال، لأن كلا منهما وصي مستقل.

(ويجوز) لهما (الاقتسام) بالتنصيف أو التفاوت إن لم يمنع عنه الموصي ولم يحصل بالقسمة ضرر، ولكن ليست هذه القسمة حقيقية، فيجوز لكل منهما التصرف في نصيب الآخر لأن كلا منهما وصي في المجموع، وهذا كله مما لا اشكال فيه، إنما الاشكال في أنه هل يجوز لهما الاجتماع حينئذ مقتض صدوره عن رأي كل واحد منهما،

وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأي كل واحد، وهو حاصل إن لم يكن هنا أكد ومخالفته للشرط.

والحق أن يقال: إنه إن فهم من شرط الانفراد بواسطة القرائن الرخصة لا التضييق لا اشكال في الجواز، وإن فهم التضييق فلا اشكال في عدم الجواز، وإن لم يظهر شيء فالظاهر عدم الجواز لأنه ثبوت الولاية لهما منفردين معلوم وثبوتها لهما مجتمعين مشکوك فيه فيرجع إلى أصالة الانتفاء.

حكم رد الوصية

٩ - لا خلاف بين الأصحاب في أنه كما أن للموصي له رد الوصية كذلك للموصي أن يرد الوصاية ما دام الموصي حيا وإن كان قد قبلها، إلا عن الصدوق فيما إذا كان الموصي أبا أو كان الأمر منحصرًا في الموصي إليه فلم يجز الرد فيهما، وعن المختلف: الميل إليه، وفي الرياض: وهو كذلك إن لم ينعقد الاجماع على خلافه، ولا يمكن دعواه باعتبار اطلاق عبائر الأصحاب بجواز الرد لعدم تبادر المقامين منه جدا. وجه الأول: اطلاق النصوص الآتية.

واستدل الصدوق لعدم جواز الرد في المورد الأول: بمكاتبة علي بن الريان إلى أبي الحسن (عليه السلام): ليس له أن يمتنع (١)

وايراد الرياض عليه بأنه قاصر السند بسهل، غريب، فإنه في كثير من

(١) الوسائل باب ٢٤ من أبواب كتاب الوصايا.

الموارد صرح بأن خبر سهل يعتمد عليه.
ولعدم جوازه في الموارد الثاني: بصحيح الفضيل عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل يوصي إليه قال (عليه السلام): إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان في مصر يوجد غيره فذلك إليه (١). ونحوه غيره.
وأيد المصنف ره الأول: بأن امتناع الولد نوع عقوق، والثاني: بأن من لا يوجد غيره يتعين عليه لأنه فرض كفاية.
وأورد على ذلك في الجواهر: بأن نصوص الاطلاق متعددة وخبر التقييد واحد، فلا يصلح لتقييد اطلاقها سيما وأن اطلاق الأخبار معتضد باطلاق الفتاوى، والعقوق مبني على أمر الوالد بذلك على وجه يؤذيه عدم القبول، ووجوب إطاعة الولد في مثل ذلك وإن كان هو الظاهر لكن محل البحث عدم قبول الوصية من حيث كونها كذلك لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول، ويمكن حمل المكاتب المزبورة على ذلك، بل لعله الظاهر منها، فتخرج حينئذ عن محل البحث.
أقول: أما ما أفاده من أن خبر التقييد واحد لا يصلح لتقييد اطلاق نصوص الرد لأنها متعددة فمن غرائب الكلام، إذ اطلاق النصوص المتعددة به.
وأما دعوى اعراض المشهور عن خبر التقييد فيتوجه عليها ما أفاده سيد الرياض من عدم تبادر المقامين من اطلاق عبائر الأصحاب حتى مع معلومية فتوى الصدوق.
وأما قوله: إن العقوق مبني على أمر الوالد له بذلك، فيرده: أنه يتحقق مع

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

وإذا بلغ الموصي رد الموصى إليه صح الرد وإلا فلا

طلبه منه ذلك وإن لم يأمر به، فالانصاف تمامية ما أفاده الصدوق في الموردین، فالنصوص الدالة على جواز الرد كصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن أوصى إلى رجل وهو عائب فليس له أن يرد وصيته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل (١).

وخبر منصور بن حازم عنه (عليه السلام): إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره (٢). ونحوهما غيرهما، يقيد إطلاقها بما مر.

وأما في غير الموردین فلا اشكال في جواز الرد في الجملة، والأصحاب ذهبوا إلى أن له الرد مع بلوغ الرد إليه وهو حي، وإليه أشار المصنف ره بقوله: (وإذا بلغ الموصي رد الموصى إليه صح الرد وإلا فلا).

ويمكن أن يستفاد من النصوص المشار إليها بجعل الغيبة والحضور كناية عن بلوغ الرد إليه وهو حي، وعدمه بقرية التليل في خبر منصور، والاجماع على عدم مدخلية ذلك نعم ذهب الشهيد الثاني في المسالك، وسيد الرياض فيه إلى: أنه يشترط مع بلوغ الموصي الرد امكان إقامته وصيا غيره لعموم العلة المنصوصة ولانتفاء الفائدة بدونه، فعلى هذا لو كان حيا ولكن لا يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصح الرد، وهو حسن.

وايراد صاحب الجواهر ره عليهما بكون المنساق من التعليل إرادة بيان واقع فهو شبه الحكمية لا أن المراد من التعليل قصد إدارة الحكم مداره ضرورة عدم لزوم

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الوصايا حديث ٣.

طلب غيره إذ قد لا يريد وصية غير هذا الذي ردها، غير وارد لأن ظاهر التركيب كونه علة للحكم، والعلة تمكنه من نصب غيره لا النصب خارجا، فلا ينافي كونه علة يدور الحكم مدارها عدم لزوم طلب غيره.

وكيف كان: فلو مات الموصي قبل الرد أو بعده ولم يبلغه لم يكن للرد أثر، وكانت الوصية لازمة للموصى إليه وإن لم يقبلها أصلا على المشهور في صورة عدم القبول واجماعا في فرض القبول ثم الرد. ويشهد به - مضافا إلى النصوص المتقدمة - : صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أوصى إليه: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه (١). وحسن هشام بن سالم عنه (عليه السلام): لا يخذله على هذه الحال (٢).

وأورد عليها المصنف ره في محكي المختلف والتحرير - ومال إليه في المسالك - : بعدم صراحتها في المطلوب لاحتمال حملها على الاستحباب أو سبق القبول أو نحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه، فاثبات الحكم العظيم المخالف للأصول الشرعية والعقلية بمثل ذلك مشكل، وزاد: أن اثبات حق على الموصى إليه على وجه قهري وتسليط الموصي على اثبات وصيته على من شاء مخالف للأصل، مضافا إلى استلزام ذلك للخرج العظيم والضرر الكثير في أكثر مواردنا، وهما منفيان بالآية (٣) والرواية (٤). وفيه أن عدم الصراحة لو سلم لا يوجب عدم العمل بالأخبار بعد كونها

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢٣ من أبواب الوصايا حديث ٤.

(٣) الحج آية ٨٧.

(٤) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات.

ظاهرة في المطلوب، وكون أكثر الفقه ثابتة، بالظواهر، وأثبت حق على الموصى إليه على وجه قهري وإن كان مخالفا لقاعدة السلطنة (١) لكنها كسائر القواعد الشرعية قابلة للتقييد، فما المانع من تقييدها بالنصوص المتقدمة والأحكام الضرورية والحرجية وإن كانت مرفوعة إلا أن المدار على الضرر أو الحرج الشخصي لا النوعي، فالأظهر عدم جواز الرد إلا إذا استلزم الضرر أو الحرج، فترتفع حينئذ حرمة الرد كسائر الأحكام الشرعية.

الوصية تبطل بخيانة الوصي

١٠ - (ولو خان) الوصي (استبدل به الحاكم) أمينا بلا خلاف فيه، بل في المسالك: إنما يتوقف عزله على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن يعزل الخائن مراعاة لحق الأطفال وأموال الصدقات ونحوها، وأما إذا اشترطنا عدالته فإنما ينعزل بنفس الفسق وإن لم يعزله الحاكم، وهو متين، ولكن عرفت عدم اشتراط العدالة.

واستدل لجواز عزل الحاكم: بأن من وظائفه حفظ أموال القاصرين وحقوقهم: وأموال الصدقات ونحوها.

وفيه: إن غاية ما يقتضيه ذلك منع الحاكم له عن استقلاله بالتصرف، بل يجعل عليه نظرا منفذا للوصاية معه على وجهها.

وأما دعوى أنه يفهم من الموصي اشتراط وصايته بأمانته، وأنه متى خان لم يكن وصيا، فيردها: أن الآثار الوضعية تابعة للانشاء ولا ترتبط بما في النفس من الترجحات،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فالأولى أن يستدل له بخبر دعائم الاسلام عن الإمام علي (عليه السلام): لا يزال الوصي إلا ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك سنة، والسلطان وصي من لا وصي له، والناظر لمن لا ناظر له (١).
وضعف سنده مجبور بالعمل.

ولو تاب ورجع فالظاهر عدم عود الوصاية لعدم الدليل عليه والأصل عدمه.

(و) كيف كان: ف (لا يضمن الوصي إلا مع التفريط) أو مخالفة شرط الوصية بلا خلاف كما في المسالك.

والوجه في ذلك: إنه أمين، ويكون استيلاء يده على المال بإذن مالكي وشرعي، والأمين لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط كما سبق وأما ما دل من النصوص باطلاقه على الضمان فمحمول على ذلك، وأما النصوص الدالة على ضمانه بالتبديل فمستفيضة، منها: صحيح محمد بن مارد عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى رجل وأمره أن يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصي فأعطى الستمائة درهم رجلا يحج بها عنه فقال (عليه السلام): أرى أن يغرم الوصي ستمائة من ماله ويجعلها فيما أوصى الميت في نسمة (٢).

وقد يستشكل على القوم: بأن ظاهرهم في هذه المسألة أن غاية ما يوجبه التعدي والتفريط وجوب الضمان عليه مع بقاءه على الوصاية، بل هو المستفاد من الصحيح ولا يوجب ذلك عزله، مع أنهم صرحوا في المسألة السابقة بأن للحاكم أن يعزله.

(١) ذكر صدره في المستدرک باب ٦٩ من أبواب الوصايا حديث ٣ وذيله في باب ٦٤ منها حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

ويمكن دفعه: بأن كلمات الأصحاب في المقام إنما هي لبيان الضمان خاصة، ولا نظر لهم إلى عزل الوصي وعدمه وأما الصحيح فلم يفرض فيه الخيانة، ولعله كان فعله جهلاً بتخيل أنه أنفع للميت، بل ظاهره ذلك.

استيفاء الوصي دينه من مال الميت

١١ - (و) لو كان للوصي دين على الميت ف (له أن يستوفي دينه) مما في يده بلا خلاف في بعض الصور.

توضيح ذلك: إن الوصي تارة يكون وصياً على وفاء الديون أو ما يشمله، وأخرى: يكون وصياً على غيره. وعلى التقديرين تارة: يمكن له إقامة البينة على حقه، وأخرى: ليس له حجة عليه.

أما إذا كان وصياً على وفاء الديون فالظاهر أنه يجوز له استيفاء دينه وإن أمكن له إقامة البينة، إذ هي إنما تجب لإثبات الحق، والمفروض أنه ثابت عنده. وإلى ذلك نظر القوم حيث قالوا: إن فائدتها احتمال كذب المدعي والمفروض عدمه.

وحيث إنه مخير في جهات القضاء فلا اشكال في أن له قضاء دينه، كما أن له ذلك لو علم بدين الأجنبي.

وأما موثق بريد بن معاوية عن أبي عبد الله (عليه السلام) قلت: له: إن رجلاً أوصى إلي فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل، وذكر الذي أوصى إلي أن له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين ومائة درهم عنده ورهن بها جاماً من فضة فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعي أن له قبله أكرار حنطة قال (عليه السلام): إن أقام البينة

أو يقترض مع الملائة أو يقوم على نفسه ويأخذ أجره المثل مع الحاجة

وإلا فلا شيء له، قال: قلت له: أيحل له أن يأخذ مما في يديه شيئاً؟ قال (عليه السلام): لا يحل له، قلت: أرأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له؟ قال (عليه السلام): إن هذا ليس مثل هذا (١). فالظاهر كونه أجنبياً عن المقام، فإن المفروض في مورده أن الوصي شخصان، وإناطة جواز تصرفاتهما بنظرهما معاً، ومن المعلوم أنه لا يجوز لغير الدائن أن يؤدي الدين إلا مع اثباته عنده. وبعبارة أخرى: إن الكلام في صورة ثبوت الدين عند الوصي، وفي فرض الخبر لم يثبت عند أحدهما، فلا ربط للخبر بما هو محل الكلام. وأما إذا لم يكن وصياً على وفاء الديون، فحيث إن الدين إنما يخرج من الأصل، فمخرج الدين غير المال الذي بيده، فالظاهر أنه ليس له أن يأخذ منه مقاصة. وإن شئت قلت: إن المقاصة وإن كانت جائزة إلا أنها عبارة عن أخذ دينه من مال المديون مع اجتماع الشرائط، والميت بموته تنتقل ديونه إلى أمواله، والثالث والإرث إنما يتعلقان بأمواله بعد إخراجها، فما في يده متعلق بالميت، ودينه إنما يكون على الأموال الأخر التي بيد الورثة، فليس مورداً للمقاصة وإلى ذلك أشار الإمام (عليه السلام) في الموثق.

وبما ذكرناه يظهر ما في الاستدلال للجواز بأنه محسن باستيفاء دينه و (ما على المحسنين من سبيل) (٢).

قال المنصف ره بعد قوله له أن يستوفي دينه: (أو يقترض مع الملائة أو يقوم على نفسه ويأخذ أجره المثل مع الحاجة) فهاهنا أحكام:

(١) الوسائل باب ٩٣ من أبواب الوصايا حديث ١.

(٢) التوبة آية ٩١.

الأول: إن للوصي أن يشتري من نفسه لنفسه باعتبار ولايته على المال الذي يريد شرائه بالوصاية كما هو المشهور. ووجهه: أن المفروض أنه مأذون في هذه المعاملة، والتغاير المعتبر في العقود بين الموجب والقابل يكفي الاعتباري منه، ولا يعتبر التغاير الحقيقي، فإطلاقات أدلة الامضاء تدل على صحته، ويشهد بها أيضا خبر الهمداني المنجبر ضعفه بعمل الأكثر، قال: كتبت مع محمد بن يحيى: هل للوصي أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد ويأخذ لنفسه؟ فقال (عليه السلام): يجوز إذا اشترى صحيحا (١).

وعن الخلاف والحلي: عدم الجواز، واستدلالة بوجوب التغاير بين الموجب والقابل وهو مفقود، والأخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذي هو بمنزلة الوصي (٢)، وبفتوى ابن مسعود.

ولكن الأول قد عرفت ما فيه، والأخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه قد عرفت في باب الوكالة أنها محمولة على الحكم التنزيهي لدفع التهمة، ولا مانع من الالتزام به في المقام أيضا، وقول ابن مسعود ليس بحجة.

الثاني: إن للوصي أن يقترض من ما في يده مع الملائة، والمستند النصوص الدالة على جواز الاقتراض من مال اليتيم الذي تحت يد الانسان مع الملائة (٣) وقد مرت النصوص في بابه، وأما الاقتراض من المال الذي عين لمصارف خاصة فإن علم من الوصية الإذن فيه فلا كلام، وإلا فيمكن استفادة حكمه من تلك النصوص الواردة في الاقتراض من مال اليتيم، سيما وأن مورد أكثرها كونه وصيا عليه.

-
- (١) الوسائل باب ٨٩ من أبواب الوصايا حديث ١.
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب آداب التجارة.
(٣) الوسائل باب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.

الثالث: إن للوصي أخذ؟ أجره المثل مع الحاجة بلا خلاف فيه في الجملة. وملخص القول في هذه المسألة: إن الوصي تارة: يكون وصيا على الأيتام وتكون أموالهم تحت يده ويعمل لهم فيها، وأخرى: يكون وصيا على صرف مال الوصية في الموارد المقررة. أما في المورد الأول: فبعد اتفاق الأصحاب على جواز أخذ العوض اختلفوا فيما يؤخذ على أقوال: أحدها: أن له يأخذ أجره المثل عن نظره في ماله، اختار الشيخ في أحد أقواله، والإسكافي والمصنف ره في محكي القواعد، والمحقق وغيرهم، بل عن مجمع البيان: إنه الظاهر من روايات أصحابنا. ثانيها: أنه يأخذ قدر كفايته، ذهب إليه الشيخ في قوله الآخر والحلي. ثالثها: أنه يأخذ أقل الأمرين، فإن كانت كفايته أقل من أجره المثل فله قدر الكفاية دون أجره المثل، وإن كانت أجره المثل أقل من الكفاية فله الأجره دون الكفاية، واختاره جماعة. وهؤلاء بين من قيد الأخذ بالحاجة، ومن قال إنه يجوز الأخذ ولو كان غنيا والحق أن يقال: إن مقتضى القاعدة والآية الشريفة والنصوص هو أخذ أجره المثل، أما القاعدة فظاهرة، وأما الآية وهي قوله تعالى (ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) (١) فلأن الظاهر أن المراد من الأكل فيها هو التملك أو جميع التصرفات

(١) النساء آية ٦.

حتى المتوقفة على الملك، وليس المراد منه معناه الموضوع له كما في الآيات الأخر، قال الله تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً) (١) وقال عز وجل (ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً) (٢) وقال عز من قائل (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (٣) إلى غير تلكم من الآيات المتضمنة لهذه الكلمة.

وبالحملة: لا شبهة في أن الأكل أريد به معناها الكنائي وهو ما ذكر، وأما المعروف فظاهره إرادة ما هو المتعارف بين الناس، وعلى ذلك فتدل الآية الكريمة، على أنه يجوز لمن يتصدى أمر الأيتام أن يأخذ من أموالهم ما هو المتعارف أخذه بإزاء العمل وليس هو إلا أجره المثل، فالاستدلال بالآية للقول الثاني في غير محله. وأما النصوص فهي طائفتان: الأولى: ما يكون ظاهراً في جواز أخذ أجره المثل، لاحظ صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن من تولى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال (عليه السلام): ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك (٤). ونحوه غيره. وظهر هذه النصوص في إرادة المثل لا ينكر.

الثانية: ما لا يكون كذلك لكنه قابل للحمل عليه، كصحيح عبد الله بن سنان عنه (عليه السلام) عن القيم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله قال الله تعالى في كتابه (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً

(١) النساء آية ١٠.

(٢) النساء آية ٦.

(٣) النساء آية ٢٩.

(٤) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ٥.

فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) هو القوت، وإنما عني فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم وما يصلحهم (١).
وصحيحه الآخر عنه (عليه السلام) في قول الله عز وجل (فليأكل بالمعروف) قال: المعروف هو القوت، وإنما عني الوصي أو القيم في أموالهم وما يصلحهم (٢). ونحوهما غيرهما.

وهذه النصوص قابلة للحمل على أجره المثل بناء على أن أجره المثل بحسب الغالب بالنسبة إلى من جعل حرفته ذلك لا تزيد على القوت فتحمل عليها. والشاهد على هذا الحمل الآية والنصوص الأخرى، ففي خبر أبي الصباح عنه (عليه السلام): فإن كان المال قتيلاً فلا يأكل منه شيئاً (٣).

وفي خبر زرارة عن الإمام الباقر (عليه السلام) في الآية سئل عنها فقال: ذلك إذا حبس نفسه في أموالهم فلا يحترف لنفسه فليأكل بالمعروف من أموالهم (٤). وفي جملة من النصوص أن من تولى إبل الأيتام أو مواشيهم أن له أن يصيب من لبنها (٥).

وبالجملة بعد رد النصوص بعضها إلى بعض يظهر أن المراد من الجميع أجره المثل، ويؤيده أن العمل للأيتام يختلف كثرة وقلة باعتبار زيادة المال وقلته، كما أن قوت

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٤ الطبعة الثانية.

(٢) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

(٤) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠.

(٥) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

الأشخاص يختلف سيما إذا قلنا بأن المراد قوته وقوت عياله، فلا ترديد في أن المراد أجره المثل.

وظاهر الآية الكريمة (ومن كان غنيا فليستعفف) (١) عدم جواز أخذ الأجرة مع عدم الحاجة كما عن الحلبي وفي المسالك والرياض. ويشهد به - مضافا إلى ذلك - موثق سماعة عن الإمام الصادق (عليه السلام) من كان يلي شيئا لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزأ من أموالهم شيئا (٢).

فما عن الشيخ والإسكافي والمصنف ره في بعض كتبه من جواز الأخذ على كراهة غير تام، والعفة لا تكون ظاهرة في الجواز كي توجب صرف ظهور الأمر في الوجوب.

وأما ما في بعض النصوص من أنه لو كان المال قليلا أو كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه أو أن عمله لو كان حفظ الدراهم والدنانير فلا يأخذ شيئا، فإنما هو من جهة أن هذه الأفعال لا أجره لها في العادة.

(١) النساء آية ٦.

(٢) الوسائل باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

حكم ايضاء الوصي

١٢ - (و) يجوز للوصي (أن يوصي) بالموصي به إليه إلى الغير (مع الإذن) من الموصي بلا خلاف لاطلاق الأدلة.

و (لا) يجوز له (بدونه) بلا خلاف أيضا مع المنع، بل عليه الاجماع كما عن غير واحد ووجهه ظاهر، وإنما الخلاف فيما إذا أطلق الموصي فلم يأذن ولم يمنع، فعن المفيد والتقي وابن زهرة والحلي وأكثر المتأخرين بل عامتهم: أنه لا تصح الوصية، وعن الإسكافي والنهاية والقاضي: الجواز والكلام تارة مع قطع النظر عن النص الخاص، وأخرى بلحاظه.

أما الأول: فقد استدلل للجواز: بأن الموصي أقام الوصي مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له ومن ذلك الاستنابة بعد الموت، وبأن الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيا بالعموم كما يملكها بالخصوص لورود النص به. ويضعف الأول أن الموصي أقامه مقام نفسه في فعله ما دام حيا، ولم يقمه مقامه في جعل القائم مقام نفسه بعد موته.

والثاني: إن الاستنابة في حال الحياة الموجبة لكون الفعل فعل الوصي غير الاستنابة بعد الموت غير المستندة إليه، وأيضا الاستنابة في حال الحياة تكون جائزة للوصي الرجوع فيها بخلاف الاستنابة بعد الموت.

وإن شئت قلت: إن الوجهين لا يخلوان عن المصادرة، بل الأظهر بحسب القاعدة عدم الجواز لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك، والأصل يقتضي عدمها. بل قيل: إن المتبادر من استنابته مباشرة بنفسه أو بوكيله الذي هو بمنزلة

ومجبور عمله بنظره ومندرج في وصايته دون الايحاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته.

وأما الثاني: ففي المقام رواية استدل بها كل من الطرفين، وهي صحيحة الصفار: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل كان وصي رجل فمات وأوصى إلى بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله (١).

استدل بها للقول بالجواز بتقريب: أن المراد بالحق هو حق الايمان، فكأنه قال: يلزمه إن كان مؤمنا وفائه لحقه بسبب الايمان، فإنه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه التي أهمها إنفاذ وصيته.

وفيه: أنه من المحتمل أن يكون المراد بقوله بحقه الوصية إليه بأن يوصي، وضمير حقه يرجع إلى الموصي الأول، والمعنى حينئذ: إن الوصية تلزم الوصي الثاني يوصي فقد صار له قبله حق الوصية، فإذا أوصى بها لزم الوصي الثاني، ومع هذا الاحتمال يصير الخبر مجملا لا يصح الاستدلال به.

وربما يستدل بها لعدم الجواز بما مر، وهو أيضا غير ظاهر، قال في الرياض: وأما على ما يظهر منها بعد تعمق النظر فيها من أن المراد بالسؤال أن الوصي أوصى إلى الغير فيما يتعلق به وجعله وصيا لنفسه فهل يدخل في هذه الوصية وصية الموصي الأول فيلزم الوصي الثاني العمل بها أيضا أم لا فكتب الجواب بما مضى، فلا وجه أيضا للاستدلال به لكونه على هذا التقدير أيضا مجملا، ومقتضاه حينئذ: إن كان

(١) الوسائل باب ٧٠ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

ولا يتعدى المأذون ويتولى الحاكم من لا وصي له

للوصي الأول قبله - أي قبل الوصي الثاني - حق من جهة وصية الموصي الأول لزمه الوفاء به وإلا فلا، ويكون المراد بالحق حينئذ حق التوصية إلى الوصي الثاني بأن صرح له بالوصية فيرجع حاصل الجواب إلى أن وصية الأول لا تدخل في اطلاق وصية الموصي الثاني إلا أن يصرح به، وهو كما ترى غير مورد النزاع، واطلاقه وإن شمله إلا أنه لا عبرة به بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره، فيكون الخبر بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصية الوصي إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصي، وعدمه مجتملاً محتملاً لا اختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتفق المجمع عليه وهو صورة الإذن فيها لا مطلقاً. انتهى.

وإنما نقلناه بطوله من جهة أنه أول ما نظرت في الرواية قبل مراجعة كلمات القوم فيها خطر ذلك ببالي، فرأيت أنه قد تعرض له وبينه بأحسن بيان، ولذلك اكتفيت بما ذكره.

(و) كيف كان: ف (لا يتعدى) الوصي (المأذون).

(ويتولى الحاكم من لا وصي له) لو كان له أطفال ولم يكن عليهم ولي من الأجداد أو كان له وصايا أو حقوق أو ديون بلا خلاف، لأن ذلك من شؤون القضاة وقد جعله الشارع الأقدس وكيلاً وقاضياً (١) فيثبت له جميع ما للقضاة من الوظائف منها ذلك، ولأنه من الأمور الحسبية التي يريد الشارع الأقدس وجودها، وقد مر في مبحث الولايات أنه يتعين تصدي الحاكم لهذه الأمور وبه يظهر أنه مع فقده يتولاه عدول المؤمنين.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ١ - ٦.

وتمضي الوصية بالثلث فما دون ولو زادت وقف الزائد على إجازة الورثة

لا تصح الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة
١٣ - (وتمضي الوصية بالثلث فما دون ولو زادت) لا تكون ماضية في الزائد
و (وقف الزائد على إجازة الورثة) بلا خلاف في شيء من تلكم إلا عن علي بن بابويه
من نفوذها مطلقا، وحيث إن كلامه غير ظاهر في ذلك فدعوى نفي الخلاف فيه بل
الاجماع عليه في محلها، وفي الجواهر: بل الاجماع بقسميه عليه، وفي الرياض: بل عليه
اجماع العلماء كما صرح به في الغنية والتنقيح والتذكرة.
وتشهد به أخبار معتبرة متظافرة، كخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه
السلام) في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مماليكه في مرضه فقال (عليه السلام):
إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث وجاز العتق (١).
وخبر حمران عنه (عليه السلام) في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلانا
وفلانا، حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين
أمر بعتقهم قال (عليه السلام): ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر
إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز
الثلث كان في الذين سمى أخيرا لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له
ذلك (٢). ونحوهما غيرهما من النصوص المستفيضة أو المتواترة الآتية جملة منها في
ضمن
الفروع الآتية.

(١) الوسائل باب ٦٧ من أبواب الوصايا حديث ٤.

(٢) الوسائل باب ٦٦ من أبواب الوصايا حديث ١.

وبإزائها نصوص، كموثق عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز (١).
وموثق محمد بن عبدوس: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد (عليه السلام) فكتب إليه: رجل أوصى إلي بجميع ما خلف وابتعث به إلي، فبعث وبعثت به إلي فكتب (عليه السلام) إلي: قد وصل (٢). ونحوهما غيرهما.
لكنها لا أعراض الأصحاب عنها ومعارضتها بالنصوص الأولية المشهورة بين الأصحاب التي هي أكثر عدد أو أصح سنداً يتعين طرحها ولا مورد لما ذكره الأصحاب في مقام الجمع بين الطائفتين من حمل هذه على محامل بعيدة لما حقق في محله من أن ما اشتهر من أن الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، لا أصل له في غير الجمع العرفي.
إجازة الوارث الوصية بما زاد على الثلث
وتمام الكلام في هذه المسألة ببيان أمور:
أحدها: أنه لا اشكال في صحة الوصية بما زاد لو أجاز الورثة بعد وفاة الموصي، وفي الجواهر: إنه اجماع بقسميه.
ويشهد به صحيح أحمد بن محمد: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن (عليه

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٦.
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٩.

السلام): إن درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة أشقاها في مواضع وأوصت لسيدنا في أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث ونحن أوصيائها واحببنا انهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيها، وإن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله، قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث وإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزا لكم إن شاء الله (١). وليس لهم الرجوع في إجازتهم لأن الوصية بالإجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع يحتاج إلى دليل. وأما إذا أجاز الوارث في حياة الموصي ففي نفوذها قولان:

الأول: ما هو المشهور، وهو النفوذ.

الثاني: ما عن المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجامع والايضاح وشرح الإرشاد، وهو: أنه لا عبرة بالإجازة حال الحياة.

وفيه نقل قولان آخران لم أظفر بقائلهما، أحدهما: التفصيل بين كون الإجازة حال مرض الموصي فتصح، وحال صحته فلا تصح.

الثاني: التفصيل بين غنى الوارث فتصح إجازته بلا استدعاء، وبين فقره أو باستدعاء من الموصي فلا تصح.

والكلام تارة: فيما يستفاد من الأدلة مع قطع النظر عن النصوص الخاصة، وأخرى: بلحاظها.

أما الأول: فقد استدل المصنف ره للنفوذ بوجوه - وتبعه غيره - منها: عموم قوله تعالى (٢) (من بعد وصية يوصى بها أو دين) بتقريب: أن مقتضى عمومه صحة

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٢) النساء آية ١٢.

الموت لا قبله، فالإجازة قبله إجازة من غير المالك.
وفيه أن إجازة غير المالك التصرف على تقدير ملكه لا مانع من تأثيرها.
وأما النص الخاص فممنه صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام)
وفي رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل
لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ فقال (عليه السلام): ليس لهم ذلك، والوصية جائزة عليهم
إذا أقرؤا بها في حياته (١). ونحوه صحيح منصور بن حازم (٢) وغيره.
ودلالتها على نفوذ الوصية ظاهرة، ومع ذلك كله فلا يصغى إلى ما عن السرائر
من الاستدلال لعدم النفوذ بأنها إجازة في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم بحال.
إجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصي
ثانيها: إنه هل تكون إجازة الوارث تنفيذ العمل الموصى فلا يعتبر فيها شيء
مما يعتبر في الهبة وينتقل المال من الموصي إلى الموصى له، أو ابتداء عطية من الوارث
فتفتقر صحتها إلى القبض، بل القبول أيضا وينتقل المال من الوارث إلى الموصى له؟
وجها. المشهور هو الأول، وفي المسالك: هو مذهب الأصحاب لا يتحقق فيه خلاف
بينهم وإنما يذكر الآخر وجها أو احتمالا وإنما هو قول العامة، والمرجح عندهم ما
اخترناه أيضا. انتهى.
وقد استدل لكل من القولين بوجوه استحسانية.

-
- (١) الوسائل باب ١٣ من أبواب الوصايا حديث ١.
(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب الوصايا حديث ٢.

والحق أن يقال: إنه تارة: يبحث في مقام الثبوت، وأخرى: في مقام الإثبات. أما في مقام الثبوت: فلا مانع من الالتزام بنفوذ وصية الموصي وانتقال المال منه إلى الموصى له، أما لأن المال له حتى ما بعد موته غاية الأمر بالنسبة إلى ثلثه يكون مشروطاً بالوصية، وبالنسبة إلى ما زاد عليه يكون مشروطاً بها مع إجازة الوارث، وأما لأنه وإن كان المال للورثة لكن كما يجوز تمليك مال الغير بإذنه بعد ما صار ملكاً له كذلك يجوز تمليكه من أول ما يكون المقتضي لدخوله في ملكه موجوداً، فعلى التقديرين لا مانع من الالتزام بانتقال المال من الموصي إلى الموصى له.

وأما في مقام الإثبات: فالموصي إنما ينشأ التمليك وليس من الوارث انشاء تمليك، وإنما كان منه إجازة ذلك الانشاء، فهي تكون تنفيذاً لذلك لا ابتداء تمليك، والنصوص أيضاً ظاهرة في ذلك، لاحظ قوله (عليه السلام): والوصية جائزة عليهم إذا أقروا بها في حياته. فإنه كالصريح في أن المملك هي الوصية التي أقروا بها لا الإقرار، فلا اشكال في أنها تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية.

ثالثها: (ولو) كانت الوصية زائدة عن الثلث و (أجاز) ها (بعض) الورثة (مضي في قدر حصته) ولا يضر التبعض بلا خلاف، وظاهر كلماتهم المفروغية عن جواز ذلك، وهي كذلك للعمومات، وعليه فيتم ما أفاده صاحب الجواهر، قال: وكذا لو أجاز الجميع البعض أو البعض لاتحاد الجميع في المدرك. انتهى. وذكروا مثلاً للتوزيع في ما لو أجاز بعض الورثة، وهو: أنه نفرض التركة ستة، وكان الموصى به ثلاثة، فتزيد الوصية على الثلث بسدس المجموع، فإذا كان للميت ابن وبنت كان هذا السدس مشتركاً بينهما أثلاثاً، ولو أجاز الابن فقط صحت الوصية في ثلثي السدس وبطلت في ثلثه، فتصح الوصية في اثنين وثلثين من الثلث، وإن أجازت البنت صحت الوصية في اثنين وثلث من الثلث.

ولو أجازوا قبل الموت صح ويملك الموصى به بعد الموت والقبول
ويقدم الواجب من الأصل

(و) كما تصح الوصية (لو) زادت الوصية عن الثلث إن (أجازوا قبل الموت)
كما مر كذلك (صح) لو أجاز البعض دون البعض.
رابعها: لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (يملك) الموصى له (الموصى به بعد
الموت) من غير فرق بين ما لو زادت الوصية على الثلث وأجاز الوارث، أو كانت
بقدره فما دون، (و) أما توقف الملكية على (القبول) وعدمه فقد مر الكلام فيهما مفصلا
عند القول في شرطية القبول. فراجع.
حكم الايضاء بالواجب وغيره
خامسها: (و) لو أوصى بواجب وغيره (يقدم الواجب) فيخرج (من الأصل)
كان الواجب ماليا كالدين والحج، أم بدينا كالصوم والصلاة كما تقدم في كتاب: الحج
مفصلا وعرفت أن الواجب يخرج من الأصل مطلقا لاطلاق الدين عليه في الأخبار،
ودلالة النصوص على أن كل دين يخرج من الأصل، والايضاء به لا يوجب صرفه إلى
الثلث، بلا خلاف في ذلك.

ويشهد به: صحيح معاوية بن عمار عن الإمام الصادق (عليه السلام) في رجل
توفي وأوصى أن يحج عنه قال (عليه السلام): إن كان ضرورة فمن جميع المال أنه
بمنزلة الدين الواجب، وإن كان قد حج فمن ثلثه. الحديث، ونحوه الموثق (١).
وهما كما ترى صريحان في أن الوصية للحج لا توجب اخراجه من الثلث، بل

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

والباقي من الثلث ويبدأ بالأول فالأول في غير الواجب ولو جمع تساوا

يخرج من الأصل مطلقا، وما فيهما من التعليل ظاهر في العموم لكل ما هو بمنزلة الدين، فيشملان جميع الواجبات.

(و) يخرج (الباقي من الثلث ويبدأ بالأول فالأول في غير الواجب) حتى يستوفى الثلث ويبطل فيما زاد عليه إن لم يحز الورثة، بلا خلاف فيه. ويشهد به: خبر حمران عن أبي جعفر (عليه السلام) في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلانا وفلانا، حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم قال (عليه السلام): ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شئ ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سمي أخيرا لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك (١).

وضعه منجبر بالشهرة وبرواية ابن أبي محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن موجه، ومورده وإن كان خاصا إلا أن التعليل ظاهر في العموم. (ولو جمع) ما أوصى به من الواجب وغيره في الثلث بأن صرح باخراجه منه (تساوا) في الثلث عملا بمقتضى الوصية، وحينئذ إن كان الثلث وافيا بالجميع فلا كلام وإلا فيبدأ بالواجب وإن تأخر في الذكر بلا خلاف ظاهر. والتعليل في الصحيح: إن امرأة من أهلي ماتت وأوصت إلي بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال (عليه السلام): ابدأ بالحج، فإنه فريضة من فرائض الله عز وجل، واجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة. الحديث (٢)، ظاهر في ذلك مضافا إلى أولوية الواجب عن غيره مع حصول

(١) الوسائل باب ٦٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦٥ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

الوصية من ماله ومن ديته (١).
وخبر السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام): قال أمير المؤمنين (عليه
السلام): من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته (٢). ونحوهما
غيرهما.

فإن الظاهر أن الحكم بجواز الوصية من ديته التي هي مال لم يكن يتوقعه، من
جهة كونها مالا له لا لخصوصية في الدية، وعليه فالبناء على أن المدار في هذه المسألة
أيضا على القدر المشاع في مجموع المال الموجود حال الوفاة أوجه.
وبما ذكرناه يظهر أنه لا فرق في احتساب الدية من التركة، وخروج الثلث منها
بين ما إذا كان القتل خطأ، أو كان عمدا وصالح أوليائه قاتله على الدية، بواسطة
النصوص الدالة على أن تلك الدية أيضا بحكم مال الميت، لاحظ خبر عبد الحميد
عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا واتخذ
أهله الدية من قاتله، عليهم أن يقضوا دينه؟ قال (عليه السلام): نعم، قلت: وهو لم
يترك شيئا قال (عليه السلام): إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه (٣). نحوه خبر
يحيى الأزرق عن أبي الحسن (عليه السلام) (٤)، فإن اطلاقهما شامل للعمد.
وخبر أبي بصير عن أبي الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: قلت:
فإن هو قتل عمدا وصالح أوليائه قاتله على الدية فعلى من الدين، على أوليائه أم من
الدية أو إمام المسلمين؟ فقال (عليه السلام): بل يؤدوا دينه من ديته التي صالح

-
- (١) الوسائل باب ١٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض حديث ١.
 - (٤) الوسائل باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض حديث ١.

عليها أوليائه، فإنه أحق بدينه من غيره (١).

حكم الوصية المبهمة

١٤ - في الوصايا المبهمة (ولو أوصى بجزء ماله) ولم تكن هناك قرينة من عرف أو عادة على تعيينه (ف) فيه قولان:

أحدهما: ما عن المفيد والإسكافي والديلمي والقاضي وابن زهرة والمصنف ره هنا وجماعة، وهو: أنه كان الموصى به (السبع) وهو المنسوب إلى الأكثر، بل عن ابن زهرة الاجماع عليه.

ثانيهما: كونه العشر، ذهب إليه الصدوقان والطوسي في كتابي الأخبار، والمصنف ره في المختلف، وولده والشهيد في الدروس واللمعة، والمحقق الثاني. ومنشأ الاختلاف النصوص، فتدل على الأول نصوص، كصحيح البزنطي عن أبي الحسن (عليه السلام): السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ إنما الصدقات...

الخ. (٢) ومثله صحيح إسماعيل بن همام (٣)، ونحوهما غيرهما. وتشهد للثاني روايات كثيرة مستفيضة كادت تبلغ التواتر، كخبر عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة قال: إن امرأة أوصت إلي وقالت: ثلثي يقضي به ديني

(١) الوافي باب أولياء الدم من أبواب القصاص ج ٢ ص ١٩٢.

(٢) ذكر صدره في الوسائل باب ٥٤ من أبواب الوصايا حديث ١١ وذيله في باب ٥٥ منها حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٥٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٢.

وجزة منه لفلان، فسألت ابن أبي ليلى فقال: ما أدري ما الجزء، فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليل لها عشر الثلث، إن الله تعالى أمر إبراهيم فقال (اجعل على كل جبل منهن جزءاً) وكانت الجبال يومئذ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء (١). وفي معناه خبر معاوية بن عمار عنه (عليه السلام) (٢)، ومثله حسن أبان بن تغلب عن أبي جعفر (عليه السلام) (٣)، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام) (٤)، وغير تلكم من الأخبار.

وهذه وإن كانت أكثرها ضعيفة السند، إلا أن فيها الحسن، بل والصحيح فإن المصنف ره في محكي المختلف ذكر: أن حديث ابن سنا صحيح، ولم يذكر في سنده ابن سيابة، بل جعل الراوي عن الإمام عبد الله بن سنان بلا واسطة، وقد رواه الشيخ كذلك في الاستبصار، فيكون صحيحاً، وكذلك الشهيد في محكي الدروس جعله صحيحاً، فالطائفتان متعارضتان، وحيث إن كلا من القولين مشهور بين الأصحاب فلا مورد للمرجح الأول من مرجحات باب التعارض، فيتعين الرجوع إلى ثاني المرجحات وهي صفات الراوي، وهي تقتضي تقديم النصوص الأولى لأصحية اسنادها، فالمتجه أنه السبع.

(و) لو أوصى ب (السهم) كان الموصى به هو (الثمن) على الأظهر الأشهر، بل عليه عامة من تأخر كما في الرياض، والنصوص (٥) دالة عليه، كصحيح البنزطي

- (١) الوسائل باب ٥٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
- (٢) الوسائل باب ٥٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.
- (٣) الوسائل باب ٥٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
- (٤) الوسائل باب ٥٤ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١٩.
- (٥) الوسائل باب ٥٥ من أبواب ٥٥ من أبواب كتاب الوصايا.

والشئ السدس ولو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة صحت من الثلث، فإن لم يزد أو أجازوا
كان الموصى له كأحدهم فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وليس
له سواه أعطى النصف مع الإجازة والثلث بدونها، ولو كان له ابنان فالثلث
ولو اختلفوا أعطى الأقل إلا أن يعين الأكثر

المقدم وغيره.

وعن الصدوق والشيخ وابن زهرة: إنه السدس، للرضوي (١) والعامي (٢)،
وقول (٣) إياس بن معاوية وكل كما ترى.

(و) لو أوصى ب (الشئ) من ماله كان هو (السدس) بلا خلاف،
والنصوص (٤) هنا متفقة.

(ولو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة صحت من الثلث، فإن لم يزد أو
أجازوا كان الموصى له كأحدهم) غاية الأمر هم يرثون المال بالإرث وهذا بالوصية.
(فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وليس له سواه أعطى النصف مع الإجازة
والثلث بدونها، ولو كان له ابنان فالثلث ولو اختلفوا) كما لو كان له ابن وبنت وقال:
أعطوا زيदा كأحد ولدي (أعطى الأقل إلا أن يعين الأكثر) لأن ذلك هو المتيقن
والزائد مشكوك فيه، هذا هو المشهور بين الأصحاب، ومحصله: إن الموصى له يكون
بمنزلة وارث آخر فيضاف إلى الورثة، ويتساوى الموصى له والورثة إن تساوا، وإن
تفاضلوا جعل كأقلهم نصيباً.

وعن جماعة من العامة: أنه يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا
كانوا متساويين من أصل المال، ويقسم الباقي بين الورثة إن تعددوا لأن نصيب الوارث

(١) المستدرک باب ٤٧ من أبواب الوصايا حديث ٣.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٤٩٦.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٤٩٦.

(٤) الوسائل باب ٥٦ من أبواب كتاب الوصايا والمستدرک باب ٤٨ منها.

قبل الوصية من أصل المال، فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وإن كان له اثنان فبنصفه، وإن كانوا ثلاثة فبثلثه.

ومال إليه المنصف ره في محكي التحرير وجعله قريبا من الصواب ثم رجع مذهب الأصحاب، وأجاب عن حجتهم: بأن التماثل يقتضي شيئين والوارث لا يستحق شيئا إلا بعد الوصية النافذة بالوارث الموصى له بمثل نصيبه ولا نصيب له إلا بعد الوصية، فحينئذ يجب أن يكون مال الموصى له مماثلا لنصيبه بعد الوصية، وعلى ما ذكره من أن الوصية مع الواحد بالجميع ومع الاثنين بالنصف ومع الثلاثة بالثلث لا يكون هناك نصيب للوارث مماثل لنصيب الموصى له، وهو خلاف مدلول الوصية، فيكون تبديلا لها، والضابط عندها أن يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فتقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه، وعند أولئك الباقيين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن وصية. انتهى.

حكم نسيان مورد الوصية

١٥ - (ولو) أوصى بوجوه ف (نسي الوصي وجهها) منها أو أكثر صرف المنسي في وجوه البر، وكذا لو نسي جميع الوجوه، أو كان وجهها واحدا فنسيه، أو لم يعلم به من الأول: أو غير ذلك مما تعذر الصرف في مصرفها كما هو المشهور بين الأصحاب. وعن الشيخ قده في بعض فتاويه والحلي والمصنف هنا أنه: ي (رجع ميراثا). يشهد للأول: خبر محمد بن الريان: إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحد كيف يصنف في الباقي؟

فوق (عليه السلام): الأبواب الباقية اجعلها في البر (١).
وخبر ابن أبي عمير عن زيد النرسي عن صاحب السابري: أوصى إلي رجل
بتركته فأمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فإذا هي شئ يسير لا يكفي للحج
فسألت أبا حنيفة وفقهاء أهل الكوفة فقالوا: تصدق بها عنه - إلى أن قال - فلقيت
جعفر بن محمد عليهما السلام في الحجر - إلى أن قال - فقال: ما صنعت؟ قلت:
تصدقت

بها قال (عليه السلام): ضمنت إلا أن لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة، فإن كان
لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما يحج به من مكة فأنت
ضامن (٢).

وتعضدهما النصوص الكثيرة الواردة في نظائر المسألة، لاحظ ما ورد في المنذور
للكعبة (٣)، وما ورد في الوصية بألف درهم لها (٤).
قال الصدوق: روي عن الأئمة عليهم السلام: إن الكعبة لا تأكل ولا تشرب
وما جعل هديا لها فهو لزوارها. وقريب منه غيره ونحوه ما ورد في غير ذينك
الموردين.

فإن المستفاد من تلكم النصوص أن كل ما أوصى به لوجه فني ذلك بالكلية
أو تعذر صرفه فيه يصرف في وجوه البر، فعلى هذا لا يصغى إلى ما استدل به للقول
الآخر ببطان الوصية بامتناع القيام بها، مع أن الملازمة ممنوعة، وأيضا فإن المال خرج
عن ملك الموصي، فلا موجب لرجوعه ميراثا.

-
- (١) الوسائل باب ٦١ من أبواب الوصايا حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ٢٢ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج.
 - (٤) الوسائل باب ٢٢ من أبواب مقدمات الطواف من كتاب الحج.

ويعمل بالأخير من المتضادين فإن لم يتضادا عمل بهما
ولو قصر الثلث بدأ بالأول فالأول

هذا كله فيما لو أوصى لجهة من الجهات أو لطائفة من الطوائف غير المعلوم
أو لشخص مردد بين أشخاص غير محصورين، وأما لو أوصى لشخص وتردد بين
شخصين أو أشخاص محصورين فالنصوص المتقدمة غير شاملة له، أما غير الأول
منها فواضح، وأما الأول فلأن مورده عدم حفظ الوصي بقول مطلق، فلا يشمل ما لو
حفظ في الجملة، وفي مثل ذلك لا بد من الرجوع إلى القاعدة في المال المردد بين
شخصين أو أشخاص، وهي تقتضي التوزيع بالسوية كما مر الكلام في ذلك غير مرة.
حكم الوصايا المضادة

١٦ - لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (يعمل بالأخير من المتضادين، فإن لم
يتضادا عمل بهما) إن لم يزيدا على الثلث (ولو قصر الثلث بدأ بالأول فالأول)
وتحقيق القول ببيان أمور:

الأول: أنه يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له، كما لو أوصى
بدار معينة لزيد ثم أوصى بها لعمر، أو أوصى بمبلغ معين لزيد ثم قال: ما أوصيت به
لزيد فهو لعمر، والظاهر أنه لا اشكال في أنه يعمل بالأخيرة من الوصيتين، لأن
الثانية حينئذ تكون رجوعا عن الأولى، ولكنه يتم مع عدم نسيان الأولى، وأما مع
نسيانها والذهول عنها فلا يكون هذه رجوعا عن الأولى.
الثاني: أنه لو كانت كل من الوصيتين مطلقة كما إذا أوصى لزيد بمائة ثم أوصى
لعمر بمائة، أو أوصى لزيد بدار ثم أوصى بدار آخر لعمر ووزادتا على الثلث صحت
الأولى وتوقفت الثانية على الإجازة كما مر الكلام فيه وعرفت أن ما ورد من النص

وتثبت الوصية بالمال بشاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين وأربع نساء
وتقبل الواحدة في الربع والاثنتان في النصف ولا تثبت الولاية إلا برجلين
وتصرفات المريض من الثلث وإن كانت منجزة إما الاقرار

السلام) في الصحيح المتقدم: لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك.
نعم لو قال: لزيد ثلثي، ثم قال: ثلثي لعمر و، كان الثاني فسخا للأول ومضادا معه، إذ
ظاهرهما أنه أوصى بشئ واحد مرتين فتدبر حتى لا يشتبه عليك الأمر.
ما يثبت به الوصية

١٧ - (وتثبت الوصية بالمال بشاهدين) عدلين (وبشاهد وامرأتين، وبشاهد
ويمين وأربع نساء، وتقبل الواحدة في الربع والاثنتان في النصف) والثلث في الثلاثة
أرباع (ولا تثبت الولاية إلا برجلين) بلا خلاف في شئ من تلكم، وقد أشبعنا
الكلام في الجميع، بل وفي شهادة أهل الذمة بها وفروعها في كتاب الشهادات، وسيمر
عليك فلا أرى وجها لإعادة ما ذكرناه.

١٨ - (وتصرفات المريض من الثلث وإن كانت منجزة) عند المصنف ره
وجماعة وقد مر في كتاب الحجر تفصيل الكلام في ذلك وعرفت أن الأظهر كون
منجزات المريض من الأصل لا من الثلث
حكم اقرار المريض بالدين

(أما الاقرار) في حال المرض الذي يموت فيه؟ (ف) فيه أقوال.
أحدها: إنه ينفذ من الأصل مطلقا، وهو مذهب الديلمي والحلي مدعيا عليه
الاجماع.

فإن كان متهما فكذلك وإلا فمن الأصل

ثانيها: إنه (إن كان متهما) فمن الثلث، وإليه أشار المصنف ره بقوله (فكذلك وإلا فمن الأصل) وهو مذهب الشيخين والمصنف ره والمحقق والأكثر، وأضاف جمع منهم قيذا آخر لخروجه من الأصل، وهو: كونه عادلا.

ثالثها: أنه إن كان الاقرار لأجنبي فالتفصيل بين كونه متهما فمن الثلث، وغير متهم فمن الأصل، وإن كان للوارث فمن الثلث مطلقا، وهو مذهب المحقق في النافع.

رابعها: تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل، وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة، نقله في الحدائق ولم يذكر قائله.

وهناك أقوال أخرى، وقد أنهاها بعضهم إلى سبعة، والكلام تارة: فيما تقتضيه القواعد، وأخرى: فيما فهي تقتضي النصوص الخاصة.

أما القواعد: فهي تقتضي خروجه من الأصل مطلقا لعموم ما دل على: أن اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١)، ولما قيل: من أنه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه ولا يمكن التوصل إليه إلا بالاقرار فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له ممنوعا من حقه، وكلاهما مفسدة، واقتضت الحكمة قبول قوله.

والايراد على الثاني كما في الحدائق والرياض: بأنه كما يحتمل أن يكون الاقرار لما ذكره يحتمل أن يكون لمجرد حرمان الوارث ومنعه وأن ذمته غير مشغولة، يندفع بما اخترناه من كون منجزات المريض من الأصل، فلو كان قصده ذلك كان له التوصل إليه بالهبة وغيرها.

وأما النصوص الخاصة فهي طوائف:

منها: ما يدل على أن الاقرار إن كان للوارث يفصل بين كونه متهما فمن الثلث،

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الاقرار.

وغير منهم فمن الأصل، كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً فقال (عليه السلام): إن كان الميت مريضاً فاعطه الذي أوصى له (١). ومثله غيره.

والمراد بالمرضي ليس هو كونه عدلاً بل ظاهره ما يقابل كونه متهماً. ومنها: ما يدل على هذا التفصيل بالنسبة إلى الإقرار للأجنبي كصحيح ابن مسكان عن العلاء بن السائب عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن امرأة استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، وماتت المرأة فأتى أوليائها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء، أفيحلف لهم؟ فقال (عليه السلام): إن كانت مأمونة فيحلف لهم، وإن كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه (٢). وهاتان الطائفتان لا تعارض بينهما.

ومنها: ما يدل على أن المقر به للوارث مطلقاً يخرج من الثلث، كصحيح إسماعيل بن جابر عنه (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه قال (عليه السلام): يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث (٣). وفي المسالك: إن ظاهره غير مراد لأنه اعتبر نقصان المقر به عن الثلث، وليس ذلك شرطاً اجماعاً.

وفيه: إن الظاهر منه إرادة الثلث فما دون، فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة

-
- (١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.
 - (٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.
 - (٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.

في جملة من موارد الأحكام، وعليه حمل قوله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين) (١) أي اثنتين فما فوق، فلا اشكال من هذه الجهة، لكنه أعم مطلق من الطائفة الأولى فيقيد اطلاقه بها.

ومنها: ما ظاهره الاخراج من الأصل في الاقرار للوارث، كصحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه قال: يجوز له ذلك. الحديث (٢).

وهذه الطائفة أيضا أعم مطلق من الأولى فيقيد اطلاقها بها. ومنها: ما يدل على رد الاقرار مطلقا، كخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن الإمام علي (عليه السلام): أنه كان يرد النحلة في الوصية، وما أقر به عند موته بلا ثبت ولا بينة رده (٣).

فإن الظاهر أن المراد من قوله يرد النحلة في الوصية أنه يجعلها من قبيلها، فيكون الجار والمجرور متعلقا بيرد، وقوله: وما أقر به... الخ جملة أخرى ودالة على رد الاقرار مطلقا، ولكنه حيث لم يعمل بظاهره أحد فلذا حمله الشيخ على إرادة رده من الأصل وإن أخرج من الثلث، فيقيد حينئذ اطلاقه بالطائفتين الأولىين.

ومنها: ما تضمن التفصيل بين كونه مليا وغيره، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال (عليه السلام): نعم إذا كان مليا (٤). ونحوه صحيحه الآخر عنه (عليه السلام) (٥).

(١) النساء آية ١١.

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب الوصايا حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ١٦ من أبواب الوصايا حديث ١٢.

(٤) الوسائل باب ١٦ من أبواب الوصايا حديث ٧.

(٥) الوسائل باب ١٦ من أبواب الوصايا حديث ٥.

وهذا حكم يتعلق بمطلق المرض الذي يحصل به الموت وإن لم يكن مخوفاً

والضمير الذي يكون اسم كان يحتمل رجوعه إلى الوارث، والغرض من ذكر ملائته كون ذلك قرينة على صدق المقر له، ويحتمل رجوعه إلى المقر ويجعل ذلك كناية عن صدقه وأمانته، وعلى التقديرين يتحد مفادهما مع مفاد الأولى، وإنما يجعل الملائة كناية عما ذكر من جهة عدم القائل بظاهاها.

فالمستحصل مما ذكرناه: أن المستفاد من مجموع النصوص - بعد رد بعضها إلى بعض - أنه إن كان المقر متهماً فيخرج من الثلث، وإلا فمن الأصل.

ولا يهمننا البحث في أن العدالة وعدم الاتهام متساويان بحسب المصاديق وأن العادل غير متهم والفاسق متهم كما عن التذكرة، أم تكون النسبة بينهما عموماً من وجه، فرب عادل بحسب الموازين الظاهرية متهم، ورب فاسق موثوق به من هذه الجهة كما هو الأظهر بعد كون المدار على الاتهام وعدمه وأن الظاهر من كونه مرضياً كونه غير متهم لا عادلاً.

ولا يخفى أن المأخوذ في بعض النصوص الاقرار عند حضور الموت، وفي بعضها الاقرار في مرض الموت بشرط كونه قريباً منه عرفاً.

(و) أما ما قاله المصنف ره إن (هذا بحكم يتعلق بمطلق المرض الذي يحصل به الموت وإن لم يكن مخوفاً) فمراده الاطلاق من حيث كون المرض مخوفاً أو غير مخوف، لا من حيث ما يتناول مدته بعد الاقرار وغيره، فعلى هذا لو أقر في ابتداء السل وطل مرضه إلى أن مات لا يكون اقراره مشمولاً لهذا الحكم، وإلى هذا نظر المصنف ره في محكي التذكرة حيث نقل في السل أقوالاً منها أنه ليس بمخوف في ابتدائه وإن كان مخوفاً في آخر، لأن مدته تتناول، فابتدائه لا يخاف منه الموت عاجلاً فإذا انتهى خيف.

ويحتسب من التركة أرش الجناية والدية. وتصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية ولو انتفت صحت في اخراج الحقوق عنه

احتساب أرش الجناية والدية من التركة

١٨ - (ويحتسب من التركة أرش الجناية والدية) فتتعلق بهما الديون والوصايا وسائر ما يتعلق بالتركة، من غير فرق في الدية بين دية الخطأ ودية العمد. ويشهد بذلك النصوص (١) الكثيرة الواردة في الأبواب المتفرقة، وقد مر الكلام في الدية في آخر المسألة الثالثة عشرة، وبه يظهر حال أرش الجناية مع أن النص الخاص دال عليه.

وربما يقال: إن الحكم فيهما موافق للاعتبار، لأن الميت أحق بنفسه من غيره، ووجهه بعض الأساطين: بأنه لما كان المقتول عمداً أو من أورد عليه الجناية هو الذي ملك نفس قاتله عوضاً عنه أو ملك إيراد الجناية بمثل ما أورد عليه وكانت الولاية على ما ملكه عفواً أو استيفاءً أو ابدالاً بالمال لوليه، فلو صالح القاتل بالدية، والجاني بالأرش تدخل هي في ملكه لا في ملك الولي، فيكون سبيلهما سبيل سائر أمواله. وكيف كان: النصوص الخاصة تغنينا عن هذه الوجوه الاعتبارية.

١٩ - (وتصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية) التصرف كالأب، (ولو انتفت صحت في اخراج الحقوق عنه) وقد مر الكلام في هذه المسألة في ذيل المطلب الثاني في شرائط الموصي، وعرفت أنه إنما تصح وصية الأب والجد بالولاية على الصغار، ولا تصح وصية الحاكم والوصي بها، وعرفت حكم وصية الأب أو الجد بها مع وجود الآخر، كما عرفت حكم الوصية باخراج الحقوق وما شاكل.

(١) الوسائل باب ٢٤ من أبواب الدين وباب ١٤ و ٣١ من أبواب الوصايا وباب ٥٩ من القصاص في النفس وباب ٢٣ من أبواب الدية في النفس.

ولو أوصى باخراج بعض ولده من الميراث لم تصح

بقي الكلام في ما يتعلق بخصوص هذه العبارة، فإن قوله: تصح الوصية على كل من للموصي... الخ تدخل فيه وصية الأب مع وجود الجد، فإنه يصدق أن الموصى له عليه ولاية، مع أن المشهور المنصور أنه ليس له جعل الولاية للغير مع وجود الجد. ولو أوصى في اخراج الحقوق إلى غير الورثة وكانوا كبارا ليس للموصي التصرف في الشركة لأجل ذلك إلا بإذنتهم، إما لأنهم شركاء في المال، أو لأن تمام المال لهم، على القولين في انتقال الشركة إليهم بالموت مطلقا، بمقدار لا يقابل الموصى به والدين، فإن أذنوا فلا كلام، وإلا أجبرهم على الأداء من المال أو من أموالهم الأخر، فإن لم يمكن ذلك رفع أمره إلى الحاكم ليلزمهم بأحد الأمرين، وإن لم يمكن ذلك أيضا جاز له أن يبيع من الشركة ما يقضي به الوصية ويوفي به الدين. حكم الوصية باخراج الولد من الميراث

٢٠ - (ولو أوصى باخراج بعض ولده من الميراث لم تصح) بلا خلاف فيه في الجملة، بل عليه الاجماع، إذ لم يخالف في المسألة بكليتها غير الصدوقين والشيخ، والأولان التزما بالصحة في الولد الذي قد أحدث الحدث المذكور في الخبر الآتي، والشيخ التزم بها فيه في الجملة حملا للخبر الآتي على أنه قضية في واقعة. وعلى ذلك فالاجماع على عدم الصحة في الجملة ثابت. وكيف كان: فيشهد للبطلان - مضافا إلى ذلك، وإلى أنها مخالفة للكتاب والسنة فتلغوا، وإلى أنها من حيث في الوصية الذي ورد فيه أنه من الكبائر - (١) خبر السكوني

(١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب جهاد النفس.