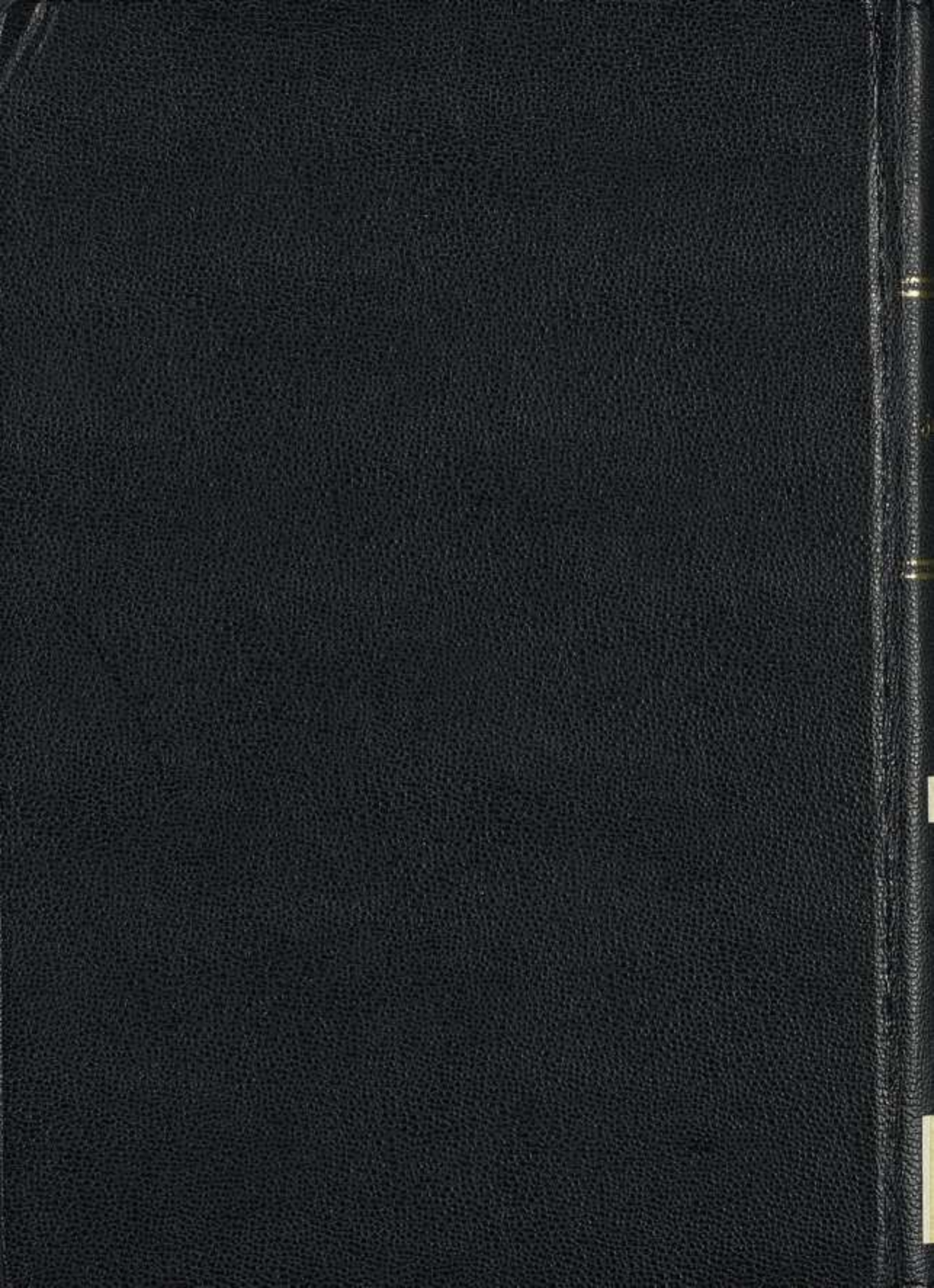






GENERAL
LIBRARY

فصل الصادق

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامي
الجلي

نألف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مد ظله العالی

الجزء السادس عشر من كتاب

فصل الصادق

في شرح النبوة للأمام المحقق ابن الله العلامة
الجليّة

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
مُظَلَّلُ الْعَالَمِ

چاپخانه مهر استوار

KBL

. H89

1953

vol. 16



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الاولين والآخرين محمد
 وآله الطيبين الطاهرين واللعن على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين .
 وبعد فهذا هو الجزء السادس عشر من كتابنا « فقه الصادق » وقد وفقنا لطبعه و
 المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق .

الفصل الثانى فى الرهن

وهو لغة الثبوت والدوام - ومنه نعمة الله راهنة - وفى المسالك ويطلق على الحبس باى سبب كان - قال الله تعالى (١) «كل نفس بما كسبت رهينة» وفى المنجد الرهن حبس الشئ مطلقا - وفى عرف الفقهاء واصطلاحهم - انه وثيقة لدين المرتهن - ومرادهم بما طغمت به عباراتهم من انه شرعا وثيقة لدين المرتهن ذلك - والا فمن المعلوم انه ليس له حقيقة شرعية - ثم الغرض الاشارة الاجمالية الى ماهو موضوع الحكم فى المسائل الآتية لا التعريف الجامع المانع - فالإيراد عليه - بانه يرد على عكسه الرهن على الدرك و على الاعيان المضمونة كالمغصوب - فى غير محله - مع انه يمكن ان يكون نظر المعرفين له بذلك الى عدم جواز الرهن على المذكورات - بل فى تخصيص جماعة منهم الجواز بالدين الثابت اشعار بعدم صحة الرهن عليها - مع انه قد يتكلف الجواب على تقدير الجواز بان الرهن عليها انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق او تعذر العين - ثم انه ربما اورد عليه بايرادات لفظية و الامر سهل - وكيف كان فتمام النظر يستدعى البحث فى مقامات : الاول فى عقده والمتعاقدين - وفيه مسائل .

الاولى - الاشكال ولا خلاف فى ثبوت الرهن فى الجملة بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله من ضروريات الدين او المذهب كذا فى الجواهر والنصوص المستفيضة شاهدة به ستمر عليك جملة منها .

الثانية لأشبهة (و) لاختلاف في أنه من العقود (لا بد فيه من الإيجاب والقبول) كسائر العقود - إنما الكلام في أنه هل يعتبر أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ كما استظهره صاحب الجواهر ممن عسر بهذه العبارة .

المعاطاة في الرهن

أم يجري المعاطاة فيه - وفيه قولان - وقد استدلل لعدم الجريان - بوجوه (١) ما عن جامع المقاصد قال ردا على ما افاده المصنفه 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 و عمومات البيع واطلاقاته مقتضية لذلك - فكذلك في المقام - أضف إليه - ما افاده صاحب الجواهر أنه يمكن دعوى السيرة عليه هنا أيضا كالبيع (٢) أن المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع والجواز غير متصور في الرهن لأنه بنا في الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن وأن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع - وفيه (أولا) أنه قد تقدم أن الأصل في المعاطاة هو اللزوم (وثانيا) أنه يمكن أن يقال أن الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولا يشمل مالا تجتمع معه - وبعبارة أخرى - المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة واما عدم اللزوم غير المجمع معها فلا يكون مشمو لا له (و ثالثا) أنه يمكن أن يجعل ذلك بنفسه دليل للزوم فيه فيقال أن المعاطاة تفيد أصل الرهن واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على أن كل رهن صحيح لازم (٣) أن القبض شرط في باب الرهن والعقد مقتض فيلزم من إنشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط وهو محال كما حقق في محله (واجيب) عنه بأن الشرط هو القبض والمقتضى هو الاقباض لأنه به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور (و فيه) أن المقتضى هو الاقباض والقبض معا لأن الرهن من العقود ومتقوم بالإيجاب والقبول فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد (فالحق) في الجواب عنه على

فرض تسليم شرطية القبض (وسياتى الكلام فيه) ان يقال مضافا الى ما تقدم فى غير واحد من الكتب من عدم انحصار الفعل المنشأ به الرهن بالقبض - انه ليس فى النصوص ما يدل على كون القبض شرطا فى الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء والموجود فى الاخبار اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقضاء - اصف الى ذلك انه فى التشريعات والاعتبارات ليس تأثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مقتضيا والاخر شرطا - بل انما هى موضوعات للمجعولات الشرعية وتكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع وتامم الكلام فى محله - فالظاهر جريان المعاطاة فيه .

ثم ان الكلام فى اعتبار العربية - و الماضوية - و تقدم الايجاب على القبول - والصراحة - وما شاكل هو الكلام فى اعتبارها فى سائر العقود - فقد مر عدم اعتبار شىء من تلكم ولا من غيرها مما قالوا باعتباره - سوى انه يعتبر ان يكون ما ينشأ به المعاملة مبرزا لها عرفا - والافلومشى بقصد انشاء الرهن لا يتحقق .

كما ان اعتبار صدور العقد (من اهله) وهو البالغ العاقل المختار يظهر مما اسلفناه فى الكتب المتقدمة فان المدرك فى الجميع واحد .

ولا يعتبر ان يكون فى السفر بل يجوز الارتهان سفر او حضرا بلا خلاف فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر - لشمول النصوص باطلاقها لكتا الحالتين والشرط فى الاية الكريمة (١) «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة» مبنى على الغالب اذ عدم الكاتب عادة لا يكون الا فى السفر فهى نظير آية التيمم (٢) «وان كنتم مرضى او على سفر - الى قوله تعالى - فلم تجدوا ماء فتميموا » فان عدم الماء يكون فى السفر غالبا - وفى التمسك بها اشكالات اخر ستمر عليك .

فى اشتراط القبض فى الرهن

الثالثة و فى اشتراط الاقباض فيه وجوه واقوال (١) ما عن الشيخ فى احدقوله

١ - سورة البقرة آية ٢٨٢

٢ - سورة النساء آية ٤٤

والحلى والمصنف فى جملة من كتبه وولده و المحقق و الشهيد الثانىين وغيرهم - من انه لا يشترط فى صحة الرهن وترتب آثاره ولزومه بل عن السرائر نسبتة الى اكثر المحصلين - وعن كنز العرفان حكايته عن المحققين - بل عن الغنية والسرائر و التذكرة والتحرير والتنقيح والمسالك والروضة وغيرها انه لا خلاف فى عدم اشتراطه فى الصحة - وجعلوا الخلاف فى اعتباره فى اللزوم - وبذلك يظهر القول الثانى (٣) ما عن المفيد والشيخ فى قوله الآخر وبنى الجنيد وحمزة والبراج اشتراطه فى صحته واختاره فى الشرايع - وظاهر الماتن هنا حيث قال (وفى اشتراط الاقباض اشكال) التوقف فى الحكم .

وقد استدلل لشرطيته فى الصحة بوجوه ١- الآية الكريمة (١) «فرهان مقبوضة» بتقريب انه سبحانه امر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعا بدونها كما اشترط التراضى فى التجارة والعدالة فى الشهادة حيث قرنا بهما (وفيه) انها لودلت فانما هو بمفهوم الوصف ولا نقول بحجبيته - مع ان فى دلالتها اشكالا من وجوه - منها عدم كونها فى مقام بيان مشروعية الرهن بل فى مقام بيان الامر باخذ الرهن فان حمل على الارشاد الى حفظ المال فعدم دلالتها على المقام واضح والافلم يعمل بها احدا اذا قاتل بوجوب اخذ الرهن - ومنها غير ذلك .

٢- موثق (٢) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام كما عن كتب الاصول وكثير من كتب الفروع - وعن ابي عبد الله عليه السلام كما فى قليل من الاخيرة - لارهن الامقبوضا - واورد على الاستدلال به (تارة) بما افاده الشهيد الثانى رده من انه ضعيف السند لاشتراك قيس بين الثقة والضعيف وفى طريقه ابن سماعة (واخرى) بانه موافق لجمهور العامة فيحمل على التقية (وثالثة) بما عن المختلف من انه مشتمل على الاضمار فلا يبقى حجة - واليه يرجع ما قيل - انه كما يحتمل ارادة نفى الصحة بدون القبض كك يحتمل ارادة

بيان نفى الاعتداد به فى الاستيثاق والطمانية لالشرطية - اوفى الزوم - وفى الكل نظر
 (اما الاول) فلان الظاهر بقريئة رواية عاصم بن حميد عن ابن قيس ان المراد به البجلى
 الثقة - و ان ابن سماعة فيه الحسن بن محمد بن سماعة وطريق الشيخ اليه قوى (واما
 الثانى) فلان مخالفة العامة من مرجحات احدى الروايتين على الأخرى عند فقد جملة
 من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة (واما الثالث) فلان الرهن المنفى يكون
 المراد به العين المرهنة فظاهره ان العين لا تنصف بانها رهن ولا يتحقق هذا العنوان الا
 اذا كانت مقبوضة. فظهوره فى نفى الصحة لا ينكر - وبه يظهر ما فى الجواهر حيث انه
 قد بعد ابداء الاحتمال المذكور فى الايراد الثالث قال بل لعل الظاهر منه ذلك اى كونه
 فى مقام بيان عدم الاعتداد به فى الاستيثاق بعد ان كان المنفى فيه العين المرهونة لا العقد
 الذى يوصف بالصحة والبطالان (فان قيل) كما فى الجواهر ان الظاهر منه استدامة القبض
 للعين المرهونة باعتبار نفى الرهن بدونها منها الظاهر فى لزوم اتصافها بذلك لصفة الرهن
 والاجماع بقسميه كما ستعرف على عدم اعتبار الاستدامة فيكون الخبر ارشادا الى
 حفظ المال فيدل على مشروعية الرهن بغير قبض (قلنا) ان الظاهر منه اعتبار مسمى القبض
 فى تحقق الرهن لابقائه فى بقاء الرهن نظير - لبيع الاقوى ملك - ولاعتق الاقوى ملك - و
 ما شاكل - وبما ذكرناه ظهر انه لا حاجة الى الاضمار حتى يقول المصنف رهنه ان اضممار الصحة
 غير معلوم ويجاب عنه كما عن الشهيد بان اضممار الصحة اولى.

٣ - خبر (١) محمد بن عيسى عن ابي جعفر عليه السلام لارهن الامقبوض - وتقريب
 الاستدلال به كما فى سابقه وبهما يقيد اطلاق ما دل على لزوم العقد ويخرج به عن الاصل -
 ثم ان هاهنا فروعا .

- ١- هل يجب الاقباض ام لا- الظاهر عدمه على المختار لعدم الدليل عليه.
- ٢- هل شرطية القبض على نحو الشرط المتأخر- او المقارن- ظاهر الخبر بن هو
 الثانى لانهما 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 اذن الراهن - قالوا لم ينعقد عقد الرهن ولم يصح بناء على اعتباره فى الصحة - وفى الجواهر بالانحلاف اجده فيه (واستدل له) بانه قبض غير ماذون فيه فيكون كلاقبض - وبانه قبض منهى عنه - وبانه لا يجب الاقباض عليه بالعقد فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقاءه بل لا يقطعه الحصول المقطوع به من الشرط وهو القبض الماذون فيه - وبانصراف خبر اعتبار القبض الى الماذون فيه سيما بعد معارضته مع قاعدة عدم سقوط حق الغير الا برضاه - وبانه لا قبض فى الفرع وهو معتبر فى الصحة دون القبض (ولكن) الاول مصادرة اذ كونه كلاقبض فرع اعتبار الاذن والكلام الان فيه - والثانى مندفع بان النهى فى المعاملات وما يتعلق ويلحق بها لا يدل على الفساد كما حقق فى محله فلا بنا فى الشرطية - والاستصحاب لا يرجع اليه مع اطلاق الدليل - والانصراف ممنوع - وقاعدة عدم سقوط حق الغير الا برضاه ان اريد بها الاستصحاب فيرد عليه مامر والا فلا دليل عليها بهذه الكلية - والشرط على ما فى الخبر هو القبض دون الاقباض (فلا يظهر) ان مقتضى اطلاق الخبرين كفاية القبض بلا اذن بل مع النهى عنه - الان ان يتحقق اجماع على عدم الاكتفاء بالقبض غير الماذون فيه .

ولو اشترط الرهن فى عقد لازم آخر - يجب الرهن والقبض ويصير القبض مستحقا عليه للمرتهن بالشرط فيجوزح و ان لم باذن الراهن فى القبض - فلا اشكال فى صحة الرهن ح وتحقق شرطه .

٤- ولو نطق بالعقد ثم جن او اغمى عليه قبل القبض فهل يبطل الرهن وجهان مبنيان على القول باشتراط القبض فى الصحة كما هو المختار او اللزوم - والقول بعدم اشتراطه فيهما - اذ على الاول يكون العقد غير لازم وقد ادعوا الاجماع على بطلان العقود الجائزة بالجنون والاعماء والموت وما شاكل الا ان يقال ان الاجماع على بطلان ما هو جائز فى نفسه لا على بطلان ما يكون غير لازم لعدم تحقق شرط من شرائطه - وعلى الثانى لا يبطل قطعا - فالمتحصل ان الاقوى عدم البطلان .

٥- لورهن مافي يد المرتهن قبل الرهن - فان كان في يده على وجه شرعى من ودعة او عارية او اجارة او نحو تلكم فالظاهر انه لا خلاف في الصحة - لان المعتبر القبض الذى هو استيلائه عليه لا الاخذ بالجارحة وهو حاصل لان استدامة القبض قبض - واعتبار كون القبض واقعا ابتداء لادليل عليه والاصل والاطلاق ينفيانه - وان كان قبضاً غير ماذون فيه شرعاً كقبض الغاصب فقد اطلق الاكثر الا كنفاء به ايضا لما تقدم من الدليل كذا في الحقائق - ودعوى - انه منهي عنه شرعاً فلا يكفي في تحقق الشرط - مندفعة - بما مر من ان النهى عنه لا يدل على الفساد مع انه يمكن ان يقال انه برضا الراهن باستدامة القبض يخرج يده عن العدوانية الى الامانة المالكية التى حقيقتها التسليط عن الرضا فيدخل في القسم الاول - ويمكن ان يستدل للصحة في هذا الفرع بوجه آخر - وهو ان دليل الشرط ظاهر او منصرف الى اشتراط القبض في الرهن ان لم تكن العين المرتهنة مقبوضة فمسع فرض كونها مقبوضة و لو بالقبض غير الماذون فيه لا يكون القبض شرطاً فاطلاقات الرهن قاضية بالصحة ومما ذكرناه يظهر حال جملة من الفروع المذكورة في المقام .

حكم رهن الدين والمنفعة

المقام الثانى في شرائط المرهون صحة ولزوما (٩) فيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب انه (يشترط فيه ان يكون عينا) بل قيل انه لا خلاف ظاهر فيه ورتبوا عليه انه لا يصح رهن الدين - ولارهن المنفعة - فالكلام في موردين الاول في رهن الدين فمن السرائر والغنية دعوى الاجماع على عدم صحته، واستدل له (تارة) بظهور الادلة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحة عقده او مفهومه (و اخرى) بان القبض معتبر في الرهن وهو غير ممكن في الدين الذى هو امر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه وما يدفعه المديون ليس هو عين الدين بل هو احد افراده (وثالثة) بان الرهن ليس الا من حيث عدم الوثوق باستيفاء مافى الذمة فكيف يستوثق في استيفائه بمثله (ورابعة)

بالشك في حصول القبض الذى هو شرط فى الرهن بذلك بدعوى ظهور النصوص فى كون المقبوض الرهن نفسه الذى جرى عليه العقد لأفرده وصدق القبض عرفاً لا يستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدلة بل هو قبض لا يتناول كونه عليه فى الذمة (و خامسة) بالاجماع عليه - و الكل مردودة (اما الاول) فلانه ان اريد به ظهور الأدلة فى كون المقبوض الرهن نفسه فيرجع الى الرابع وستعرف ما فيه - وان اريد به ظهور الأدلة فى ذلك بلاربطله بالقبض فممنوع (واما الثانى) فلانه اذا عين المديون الكلى فى الفرد يصدق بقبضه قبض الدين نفسه لان الفرد عين الكلى - ولذا بنوا على الاكتفاء به فى الصرف والهبة وغيرهما مما يعتبر فيه القبض - اضاف اليه انه لا يتم لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فانه مقبوض له - ولذا قالوا يصح التصارف بما فى الذمم و ان ذلك تقابض منهما قبل التفرق (واما الثالث) فلانه لو تم فانما هو فى غير ما لو كان الدين على المرتهن - وفيما لم يقبضه - مع انه لا يتم لوضوح اختلاف الناس فى سهولة القضاء و عسره (واما الرابع) فلان الدين اذا كان على المرتهن يكون المقبوض هو المرهون نفسه - وان كان على غيره فحيث ان انطباق الكلى على الفرد قهرى والفرد فى الخارج كما يكون وجوداً لنفسه وجود للكلى فيصدق على قبضه قبض الرهن (و اما الخامس) فلعدم ثبوته لذهاب جمع من المحققين - منهم المحقق الارد بيلى والفاضل الخراسانى والشهيد الثانى والبحرانى وصاحب الجواهر الى الصحة - وقد صرح المصنف به فى التذكرة ببناء المنع على اشتراط القبض - وقد مر ان عدم الاشتراط مختار جماعة (فالمتحصل) مما ذكرناه انه يجوز رهن الدين للأصل والعمومات .

واما الثانى اى رهن المنفعة كسكنى الدار - ففى المسالك المنع من رهنها موضع وفاق (واستدل) له - بان المنفعة لا يصح اقباضها الا بتلافها - وبان - المطلوب بالرهن وهو التوثق على المال لا يحصل بها لانها تستوفى شيئاً فشيئاً وكل ما حصل منه شيء عدم ما قبله والمطلوب من الرهن انه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن ذكرهما فى المسالك (ولكن) يرد على الاول - ان المنفعة حيث تكون عبارة عن الحيثية القائمة

بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمصلحة الدابة مثلاً ليست ماهو فعل الراكب الذي هو من اعراضه لامن اعراض الدابة بل المضايغ لفعل الراكب - والقبط عبارة عن الاستيلاء على الشيء - فقبض العين يصدق قبض المنفعة و لذلك اكتفينا به في الاجارة وغيرها - ويرد على الثاني مانه عليه هو قده في حاشيته على الروضة على ما حكى قال ان استيفاء الدين من غير الرهن ليس بشرط بل منه او عوضه ولو يبيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبله والمنفعة يمكن ذلك فيها - بان يؤجر العين و يجعل الاجرة رهنا - ودعوى - ان الرهن ح هو الاجرة دون المنفعة - مندفة - بان الرهن هي المنفعة والاستيفاء انما يكون من الاجرة - والفرق واضح - فاذا لادليل على المنع من ذلك ايضاً سوى الاجماع .

الثانية لا خلاف في اعتبار كون العين المرهونة (مملوكة) فلو رهن مالا يملك كالبحر والاشجار وما شاكل بطل الرهن لعدم امكان استيفاء الدين منه . كما لا خلاف في اعتبار كون المرهون مملوكا للراهن او ما ذونا فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين بدونه - نعم لو رهن مالا يملك وقف على اجارة المالك فان اجاز صح بناء على ما تقدم في كتاب البيع من كون صحة عقد الفضولي مع الاجارة على القاعدة لا للاجماع ولا للنص المختص بالبيع .

وهل يصح رهن الخمر لوجهان - اقول انه ان بنينا على ان الممنوع خصوص بيع الخمر والافباغ الصلح وغيره من المعاملات عليها لا اشكال فيه - فالظاهر صحة رهنها لامكان استيفاء الدين ولا يعتبر في الرهن ازيد من ذلك - وان قلنا بانه لا يجوز اخذ العوض بازائها باي عنوان كان فالظاهر عدم جواز ذلك لعدم امكان استيفاء الدين منها (وعن) المبسوط والخلاف الجواز لو وضعها على يد ذمي قال اذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خمر اعلى يذمي آخر يبيعه عند محل الحق فباعها واتى بثمانها جازله اخذه ولا يجبر عليه (وفيه) ان الخمر لا يتعلق بها حق للمسلم

بعد النهي عن قريها في الاخبار فلا يظهر عدم الصحة .

يعتبر امكان قبض المرهون

الثالثة بناءً على ما مر من شرطية القبض لاشكال في انه يعتبر ان (يمكن قبضه) فلورهن ما لا يمكن قبضه كالطير في الهواء غير المعتاد للعود والسلك في غير المحصور من الماء بحيث يتعذر قبضه عادة لم يصح و اما بناء على عدم شرطية القبض في صحة الرهن - فقد يقال بانه يعتبر امكانه لعدم الاستيثاق بمثل ذلك - وفي المسالك ولولم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقاً لعدم المانع وتخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه بئدفع بامكان الصلح عليه و كلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكسة كلياً عكسا لغويا - وهو حسن (ثم انه) هل المعتبر امكان القبض حين العقد او حين التسليم - فلورهن ما لا يمكن اقباضه حين العقد فانفق القدرة عليه فاقبضه صح على الثاني دون الاول - و لورهن ممكن الاقباض عند العقد فانفق تعذره بعده صح الرهن على الاول دون الثاني (الظاهر) هو الثاني اذ الشرط حقيقة هو القبض كما مر فمع عدم امكانه حينه لا قبض فلا شرط فلا مشروط - واما اعتباره حين العقد فلا دليل عليه حتى لو قلنا باعتباره في البيع لان مدرك اعتباره في البيع لو قلنا به انما هو ما دل على النهي عن الغرر وهذا الوجه لا يجري في الرهن فتدبر .

وفي رهن المصحف عند الكافر خلاف - فعن الشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف و الشهيد بن وغيرهم - صحته غاية الامر يوضع على يد مسلم - قبل لا يجوز ومنشأ الخلاف الاختلاف في صدق السبيل على كونه متعلقا لحق رهانة الكافر وعدمه (وعليه) فلا يظهر هو الاول - لانه اذا كان البيع عن المالك المسلم و البايع مسلما لا يصدق ذلك - بل يمكن ان يقال بعدم اعتبار الوضع على يد مسلم - لان بيع الكافر اياه عن المسلم - لا يعد سبيلا عليه والله العالم .

فى اعتبار امكان البيع

(٩) الرابعة المشهورين الاصحاب انه يشترط فى صحة الرهن ان (يصح بيعه) اى بيع المرهون لان ما لا يصح بيعه لا يمكن استيفاء الدين منه - و فرعوا عليه عدم صحة رهن الوقف - لعدم جواز بيعه وان كان مملوكا للموقوف عليه - و على تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب ان يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا (وفيه) انه و ان لم يصح بيع الوقف لكن يصح اجارته فى بعض الموارد و مال الاجارة انما هو للموقوف عليه - وفى مثل ذلك يصح الرهن لا مكان الاستيفاء و لادليل على اعتبار الاستيفاء بالبيع - و ايضا - قد يجوز بيع الوقف و لا يجب ان يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا كما مر فى كتاب البيع - و على الجملة - فان المعتبر هو مكان استيفاء الدين ففى كل مورد امكن صح الرهن كان باجارة المرهون او بيعه او غيرهما - و فيما لم يمكن لا يصح - و بذلك يظهر حال رهن منذور الصدقة و ما شاكل .

وهل يصح الرهن فى زمن الخيار للبائع او للمشتري اولهما - فيه خلاف و قد مر تنقيح القول فيه فى الخبرات من كتاب البيع مفصلا .
ومما فرعوا على اعتبار امكان الاستيفاء - انه لو رهن ما يسرع اليه الفساد ولا يمكن اصلاحه بتجفيف و غيره و قد شرط الراهن عدم البيع قبل الاجل لم يصح وفى الجواهر بل لا جاد فيه خلافا لمنافاته مقصود الرهن ح (وفى المسالك) احتمال الصحة بدعوى ان شرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن لان الشارع يحكم به عليه بعد ذلك صيانة للمال (واورد عليه) بانه على القول بوجوب صيانة المال حذر من التبذير و الاسراف وصحة الشرط و وجوب الوفاء به يقع التزام بين التكيلفين (ويضعف) بان الشرط ح يطل لانه شرط خلاف المشروع فيصح الرهن بناء على المختار من عدم مفسدية الشرط الفاسد (و يمكن) ان يذكر لبطلان الشرط وجه آخر وهو منافاته لمقتضى عقد الرهن

فيبطل لذلك - فان صحة الرهن متوقفة على بيعه وجعل ثمنه رهنا - فالحق ان ما احتمله الشهيد الثاني ره من ان حكم شرط عدم البيع حكم مالواطلاق قوى .
واما في صورة الاطلاق فالظاهر تبعا للمصنف والشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم صحة الرهن فيبيعه المالك عند خوف الفساد ويجعل ثمنه رهنا - فان امتنع اجبره الحاكم جمعا بين الحقيين - وعن الشيخ و ظاهر ابني زهرة و ادريس البطلان نظرا الى عدم اقتضاء عقد الرهن ببيع المرهون قبل الاجل فلا يجبر عليه الراهن و ح فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الاجل بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه الى الاجل وفيه مامر .

ثم ان ظاهر الماتن هنا وغيره عدم اشتراط شيء آخر في صحة الرهن - لكن صرح غير واحد منهم الماتن في غير هذا الكتاب - بانه لا يصح رهن المجهول و عن الخلاف نفى الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما في الحق بل قيل ظاهره نفى الخلاف بين المسلمين وفي التذكرة لو كان ما في الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا في المظروف خاصة للمجهالة على اشكال و يصح الرهن في الحق عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة مقصودة .
وملخص القول فيه - انه ان كان المجهول غير معين بطل من جهة انه لاحقيقة ولا ماهية للمردد من حيث هو مردد - والا - فان لم يعلم المرتهن انه يمكن استيفاء تمام دينه منه بطل ايضا للغرر - واما ان علم بذلك فالظاهر هو الصحة اذ لا يلزم من الجهل به الغرر والجهل من حيث هو لم يدل دليل على مانعيته والاصل عدمه - والاجماع على فرض ثبوته المتيقن منه غير القرض .

الحق الذي يجوز اخذ الرهن عليه

المقام الثالث في الحق الذي يجوز اخذ الرهن عليه - والمشهور بين الاصحاب انه الدين الثابت في الذمة - و ظاهر اشتراط كونه ديننا عدم جواز الرهن على العين مطلقا مضمونة كانت ام غير مضمونة - وفي التذكرة - الاقوى جواز الرهن على الاعيان المضمونة

و في المتن جوازه على كل (حق ثابت في الذمة عينا كان او منفعة) وتفصيل القول في المقام بالبحث في موارد.

١- لا اشكال ولا كلام في انه يصح الرهن على الدين الثابت في الذمة والكتاب (١) والسنة (٢) ايضا يشهدان به - فهل يعتبر ثبوته قبل الرهن - ام يكفي ثبوته مقارنا معه او متاخرا عنه ام يفصل بين المقارن و المتأخر فيكفي التقارن خاصة - وجوه و اقوال (اما) مع التقارن بان شركيين السبب والرهن في عقد كما لو قال المشتري صالحتك عن هذا الفرس بمائة ورهنت الدار بها فقال قبلت فعن صريح الكركي و ظاهر غيره انه لا يصح بل عن الرياض حكايته عن الاكثر بل قيل انه المشهور بين الاصحاب . (واستدل) له بانه يعتبر في الرهن كونه على حق ثابت كما ياتي في المتأخر - وعليه - فحيث ان الشرط للسبب شرطا لاجزائه ففي الاجزاء من الرهن غير الجزء الأخير من القبول تكون هذه ولادين والمفروض اعتباره (وفيه) انه على فرض تسليم المبنى ان الرهن كسائر المعاملات من الاعتباريات ومن سنخ الوجود فلا تتركب له ولا اجزاء - و عليه فاذا فرضنا التقارن بين الرهن والدين لابين المبرزين - ففي زمان ثبوت الرهن يكون الدين ثابتا فيصدق الرهن على الدين الثابت فتدبر حتى لا يتبادر بالاشكال (واما) مع التأخر كما لو قال هذا الدار رهن على ما استدين منك غدا - فان كان المنشأ هو الرهن بعد الدين فلا اشكال في الصحة - واما اذا كان المنشأ هو الرهن فعلا فقد استدل لبطلانه (تارة) بانه لا يتصور الرهن حقيقة بدونه (واخرى) بظهور الاية والنصوص في تعقب الرهن للحق حتى يصدق انه استوثق على ماله - ولكن يرد (على الاول) ان حقيقة الرهن جعل العين وثيقة للحق ومعنى ذلك انه لا ينقله الراهن عن ملكه - وللمرتهن استيفاء حقه منه عند حلول الاجل المضروب لاداء الحق ان لم يؤده من عليه الحق - بل حقيقة هو الثاني خاصة وهو يستلزم عدم اتلاف المرهون وعدم نقله عن ملكه على اشكال فيه - وهذا المعنى يتصور قبل ثبوت الحق وكون العين المرهونة متعلقة لحق الرهانة لا معنى

له الا ذلك كما ان حق الرهانة ليس الا ذلك - فعلى هذا لا محذور عقلي في الرهن قبل ثبوت الحق ويرد (على الثاني) ان الاية وجملة من النصوص وان اختصت بصورة سبق الحق لكنها لا تدل على الاختصاص بذلك المورد كي يقيد بها اطلاق بقية النصوص وعموم مادل على نفوذ المعاملات وصحتها - فاذاً لا دليل على المنع من الصحة سوى الاجماع وتسامح الاصحاب عليه .

٢- الاكثر على عدم صحة اخذ الرهن على الاعيان المضمونة - كالمغصوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها - (واستدل) له بالاصل بعدم دليل للصحة لعدم الاجماع واختصاص الاية وجملة من النصوص بالدين وعدم انصراف اطلاق باقيها بحكم التبادر الى محل الفرض - والمراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداولة في زمان الشارع وفي كون محل الفرض منها نوع شك وغموض وان علم تناول جنس الرهن - وتسميته هنا حقيقة في اللغة والعرف غير معلومة ذكر ذلك كله سيد الرياض - وبان - مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن وفي الاعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر (ولكن) الاصل لا مورد له بعد اطلاق بعض نصوص الرهن وعموم ادلة امضاء المعاملات الذين لا ينافيهما اختصاص مورد بعضها بالدين وعدم تداول هذا العقد في زمان الشارع لعدم حمل المطلق على المقيد في المثبتين - وعدم صلاحية عدم التعارف للانصراف المقيد للاطلاق فضلاً عن تخصيص العام - وعدم صدق الرهن عليه مكابرة واضحة - واما امتناع استيفاء العين من المرهون - فيندفع - بانه لا يعتبر امكان استيفاء نفس الحق منه بل يكفي امكان استيفاء بدله فلو امكن اخذ العوض عند الحيلولة او التلف الذي هو محل الحاجة كفي ذلك في صحة الرهن لعدم اخذ ما ذكر في مفهومه ولم يدل على اعتباره دليل - و الى ذلك يرجع ما عن التذكرة من الجواب عن هذا الوجه بانه يمكن التوثق بالرهن لاجل اخذ عوضها عند تلفها (فالاظهر) هي الصحة كما في المتن وعن غيره ويشهد بها مضافاً الى ما مر مادل من النصوص على نفى الباس عن الاستيثاق بالمال - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن

السلم في الحيوان و في الطعام و يؤخذ الرهن - فقال (ع) نعم استوثق من مالك ما استطعت ونحوه غير الشاملة لمحل الفرض .

٣- المعروف عدم جواز اخذ الرهن على الاعيان غير المضمونة - كما اذا كانت امانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة - وفي المسالك عدم جواز الرهن على الاول (اي العين غير المضمونة) موضع وفاق - وهو الحجة فيه - و الاقيما استدل به له من عدم كونها وقت الرهن مضمونة وان احتمل تجدد سبب الضمان بالتعدي او التفريط او الائتلاف - والرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان - نظر لما مر من عدم اعتبار ثبوت الحق حين الرهن - مع ان وجود سبب الضمان المطلق لا اثر له - اذ نفس العين لا يؤخذ عليها الرهن وما يؤخذ عليه هو بدلها عند التلف وعليه فلا فرق بين الرهن على الاعيان المضمونة وغيرها .

٤- هل يؤخذ الرهن على المضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع و نحوهما - لاحتمال فساد العقد باستحقاق العوض او نقصان قدره او ما شاكل كما عن الشهيد ره و جماعة لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق - ام لا يصح اخذه لعدم علم الاستحقاق في عهدة الثمن والمبيع واحتماله غير كاف في صحة الرهن وان كان لو تحقق لظهر انكشافه من اول الامر - وجهان (اظهرهما) الاول على القول بصحة الرهن على الاعيان غير المضمونة من غير جهة الاجماع كما لا يخفى .

٥- في اخذ الرهن على مال الجعالة قبل تمام العمل اقوال - ثالثها ما عن التذكرة من الجواز لو شرع في العمل وان لم يتمه و عدمه مع عدم الشروع (اقول) بناء على ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار ثبوت الحق في صحة الرهن سوى الاجماع ان ثبت فالظاهر هو القول الاول - فان المتيقن من معقد الاجماع ما اذا لم يتحقق المقتضى للاستحقاق وفي المقام لثبوت عقد الجعالة قد تحقق - واما بناء على اعتبار ثبوت الحق في صحته بمقتضى الادلة فالظاهر هو القول الثاني لما مر من عدم استحقاق الجعل قبل العمل ولا يقاس بالاجارة فان فيها يستحق الاجرة بمجرد العقد كما تقدم ولا فرق في ذلك

بين الشروع في العمل وعدمه .

رهن الحامل ليس رهنا للحمل

المقام الرابع في الاحكام - وفيه مسائل - ١- (ويقف رهن غير المملوك على الاجازة) لما مر من ان الفضولي في العقود انما هو على القاعدة فلا يختص بالبيع (ولو ضمهما) اي رهن ما يملكه وما لا يملكه (لزم في ملكه) و توقف في ملك شريكه على الاجازة - وللمرتهن الخيار خيار التبعض ان لم يجز .

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

٣- (ورهن الحامل ليس رهنا للحمل وان تجدد) كما عن المبسوط والخلاف ونكت النهاية للمحقق و التحرير والتذكرة والقواعد والمختلف والايضاح والتنقيح وغيرها بل عن التذكرة الاجماع عليه - وعن الاكثر بل المشهور انه رهن له وعن الانتصار انه مما انفردت به الامامية وعن الغنية الاجماع عليه وعن السرائر انه مذهب اهل البيت عليهم السلام و ان عدم الدخول مذهب المخالفين .

وكيف كان فحمل المرهون ان كان قبل الرهن - فلعل ظاهر جعل الحامل رهنا جعله كك بماله من التوابع ومنها الحمل - واما الحمل المتحقق بعده - فان كان بنظر اهل العرف معدودا من صفات الرهن كحمل الشجرة والفوائد المتصلة كالسمن وما شاكل - كان رهنا قطعيا بل قيل انه لا يصح اشتراط خروجهما ان كان يعد مستقلا كحمل الدابة - فالظاهر عدم كونه رهنا اذ التبعية في الملكية غير مستلزمة للتبعية في الرهنية كما لا يخفى .

(٩) على اي حال لاشبهة ولا خلاف في تبعية (فوائد الوهن) في الملكية له وتكون (للمالك) وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض كالنصوص

بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه انتهى ويشهد به مضافا الى وضوحه
النصوص (١) الدالة على انه ان كان المرهن غلة وفوائد و تصرف فيها المرتهن وجب عليه
ان يحسبها من دينه - ومادل على انه ان ركب الدابة او انتفع بلبنها يجب عليه ان ينفق
عليها بازاء ذلك .

٤- (ورهن احد الدينين ليس رهنا على الآخر) بلا اشكال لان تحقق الرهن
يتوقف على الانشاء والتراضى .

(و) كذا الاشكال ولا خلاف فى انه (لو استدان آخر وجعل الرهن على الاول
رهنا عليهما صح) اذ مشغوليته بالدين الاول غير قاذحة بعد عدم التنافى بينهما - كما
لورهنه عليهما من الاول - وعليه - فان انشأ الرهن عليه ايضا فلا كلام وان اراد ادخاله
فى الرهن الاول فلا بد وان يبطل الرهانة الاولى ثم بجدد لهما .

٥- (وللولى الرهن مع مصلحة المولى عليه) وقد تقدم الكلام فى ذلك تحت
عنوان عام فى كتاب البيع وبيننا هناك شروط تصرف المولى وما يرجع الى ذلك من الفروع
والاحكام وليس للرهن خصوصية تستدعى تكرار ما ذكرناه .

الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف

٦- قالوا (وكل من الراهن والمرتهن ممنوع من التصرف بغير اذن صاحبه)
اما المرتهن فظاهر لانه غير مالك ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف - واما مادل (٢)
على المنع عن بيعه اذالم يقدر على الراهن - فهو غير ماهو محل الكلام مضافا الى
معارضته (٣) بمادل على الجواز - وبالجمله الكلام انما هو فى غير البيع بعد حلول الاجل -
وعدم جواز التصرف ح من الواضحات (نعم) فى خصوص ما اذا كان عنده دابة او حيوان
رهنا فانفق عليها دلت النصوص (٤) على جواز الانتفاع بها بالركوب و شرب اللبن

١- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الرهن

٢- ٣- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الرهن

٤- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الرهن

وما شاكل - وافتي به الشيخ في محكي النهاية وهو الظاهر من الصدوق ره ومال اليه الفاضل الخراساني وجماعة وقواه المحدث البحراني وبعض آخر - و الاصحاب حملوا هذا الاخبار على ما اذا اذن له الراهن - وهو بلا شاهد - بل يمكن تطبيقها على القاعدة من جهة ان نفقة الرهن حيث تكون على الراهن لانه ماله وله نمائه فعليه نفقته - فاذا سلمه الى المرتهن ولم ينفق عليه ولا وكله في ذلك يكون ظاهر حاله ان للمرتهن الانتفاع بظهوره ولبنه بازاء نفقته ولعله يكون ذلك من قبيل الشروط الضمنية في رهن امثال ذلك - وكيف كان فالحكم ظاهر بعد ورود النص المعتبر الذي عمل به جمع من الاصحاب .

واما الراهن فبالنسبة الى التصرفات الناقلة له عن ملكه من البيع وما شابهه فقد اشبعنا الكلام فيه في كتاب البيع فلانعيده (واما) التصرفات الاخر - فما كان منها منافيا لاستيفاء حق المرتهن من الاتلاف وشبهه فعدم جوازه ظاهر لانه تفويت لمتعلق حق الغير فلا يجوز كما لا يجوز اتلاف ماله .

واما غير المنافي لذلك - فالمشهور بين الاصحاب عدم جوازه ايضا (واستدلوا) له - بالاجماع - وبالنبوي (١) المذكور في كتب الفروع - الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن - وعن الايضاح انه مشهور النقل - وبانه لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن اما في عينه او بدله ولم يتم الوثيقة الا بالهجر على الراهن وقطع سلطنته ليتحرك الى الاداء فلا يجوز له التصرف ذكره في المسالك ومحكي التذكرة - واليه يرجع ما عن الدروس من تعليقه المنع بان الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطء او غيره من المنافع الموجبة للنقص او الاتلاف (اقول) اما الاجماع فلم يثبت كونه تعديا - و اما النبوي فلم يثبت استناد الاصحاب اليه و لذلك تراهم يستدلون على المنع بوجوه اعتبارية و لو كان النبوي حجة لديهم لكاتوا يستدلون به - واما الوجه الاخير - فيرد على جميع تقاريره التي مآلها الى شيء واحد انه يتم بالنسبة الى التصرف المانع عن استيفاء المرتهن حقه واما غير المانع فلا يصلح هذا الوجه شاهدا على المنع عنه - وعليه - فماعن ظاهر الصدوق و صريح

المحقق الاردبيلي و الفاضل الخراساني والمحدث البحراني من جواز التصرفات غير المنافية هو الاظهر اذ لا دليل على المنع عنها والاصل يقتضي الجواز وفي جملة من النصوص (١) تجوز و طه الامة التي ارهنت للراهن - وهي شاهدة بذلك ايضا والله العالم .

ثم انه على فرض المنع لا اشكال في جواز التصرف مع اذن المرتهن - كما انه يجوز للمرتهن مع اذن الراهن - و عليه تسالم الاصحاب - ويمكن ان يجعل ذلك قرينة على عدم شمول النبوى للتصرفات غير المنافية بتقريب انه من هذا التسالم والاجماع يستكشف ان المنع عن التصرف ليس تعديا محض بل انما هو لرعاية حق المرتهن فيختص بما ينافي حقه فلا يعم مطلق التصرف ولو لم يكن منافيا له .

اشتراط وكالة المرتهن في البيع

٧- اذا حل الاجل وتعدر الاداء فان كان المرتهن وكيلا في البيع فلا اشكال في جواز بيعه واستيفاء حقه والافليس له البيع لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه - ولما ورد (٢) في ما اذا كان الراهن غائبا من المنع عن بيعه حتى يحىء صاحبه (نعم) له ان يراجع الراهن ويلزمه بالبيع وان امتنع رفع الامر الى الحاكم الشرعى فيلزمه الحاكم بالبيع فان ابى باعه عليه كما يفعل ذلك في ساير الحقوق - ففي خبر (٣) عمار عن الصادق (ع) كان امير المؤمنين عليه السلام يجلس الرجل اذا التوى على غرما ثم يامر به فيقسم ماله بالحصص فان ابى باعه فقسم فيهم يعنى ماله - وعلى الجملة - ان ذلك وظيفة الحاكم والقاضى كما نشاهد خارجا فيثبت لحكام العدل بمقتضى مادل (٤) على انه عجل الله فرجه جعل

١- الوسائل - باب ١١ من ابواب كتاب الرهن

٢- الوسائل - باب ٤- من ابواب كتاب الرهن حديث ١- ٣

٣- الوسائل - باب ٤- من ابواب كتاب الحجر - حديث ٢

٤- الوسائل - باب ٢١ - من ابواب صفات القاضى - من كتاب القضاء حديث ١- ٦

المجتهد حاكما وقاضيا .

ثم انه لما كان اطلاق العقد لا يقتضى كون المرتهن وكبلا فى البيع - فقد وقع الكلام فى انه (لو شرط) فى ضمن عقد الرهن (وكالة المرتهن) فى البيع - فهل ينعزل بالعزل ام لا - فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا - انه (لم ينعزل مادام حيا) - وعن الشهيد فى اللعة انها كسابر الوكالات جائزة فينعزل بالعزل - و فى الشرايع بعد الحكم بانه ليس للراهن فسخ الوكالة قال على تردد (اقول) مقتضى عموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط ولزومه ان لا يكون له عزله لو شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة - وقد استدلل للجواز (بان) الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ (وبان) الشروط لا يجب الوفاء بها وان كانت فى ضمن عقد لازم بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه (وبان) لزوم الشرط انما هو مع ذكره فى ضمن عقد لازم كالبيع والرهن ليس كك فان ترجيح احد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجح - اذ قدم انه لازم من طرف الراهن وجائز من طرف المرتهن - وفى الكل نظر (اما الاول) فلان جواز الوكالة الثابتة بالتوكيل غير ملازم لجواز الوكالة الثابتة بالاشتراط والفرض دلالة دليل الشرط على اللزوم (واما الثانى) فلما مر من لزوم الشرط (واما الثالث) فلان الشرط فى ضمن العقد الجائز ايضا لازم الوفاء مادام العقد باقيا كامرا - مع - انه حيث يكون الرهن لازما من طرف الراهن كان ما يلتزمه الراهن على نفسه لازما من جهته عملا بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن على نفسه فلا ظهر انه لا ينعزل مادام حيا (نعم) تبطل الوكالة المشروطة بموت المشروط له و كذا بموت الشارط - لان الوكالة اذن فى التصرف فيقتصر فيها على من اذن له فاذا مات احدهما بطلت من هذه الجهة - الا ان يشترط ان يكون وارثه وكبلا بعد موته - (و) كذا (لوا وصى اليه) فانه (لزم) فى هذين الموردين ولا تبطل الوكالة (ثم انه) لما كان الرهن وثيقة على الدين فمادام الدين باقيا يبقى الرهن (و) عليه (الرهنانة موروثة) لومات المرتهن .

المرتهن امين لا يضمن

٨- (والمرتهن امين لا يضمن بدون التعدي فيضمن به) اما عدم الضمان بدون التعدي فهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح الاجماع عليه - والكلام فيه في موردين - الاول - فيما يقتضيه القاعدة - الثاني في مقتضى النصوص الخاصة .

اما الاول - فقد مر غير مرة ان مقتضى القاعدة - كون اليدين موجبات الضمان الا اليدين الامانية من غير فرق بين المالكية منها والشرعية - ومن غير فرق في المالكية بين العقدية منها وغيرها - وعليه فلا ضمان عليه في المقام لان يده امانية - وقد يستدل على عدم الضمان بالنسبة (١) الخراج بالضمان - بدعوى ان خراج الرهن للراهن فضمانه عليه - وقد مر الكلام فيه في كتاب الغصب - وبالنسبة (٢) الاخر الذي استدلل به هنا غير واحد من الاصحاب - لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه اي لا يملكه المرتهن بالارتهان .

واما الثاني ففي المقام طوائف من النصوص (الاولى) ما يدل على عدم الضمان كصحيح (٣) اسحاق بن عمار الصيرفي الثقة قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن العبد فيصيبه عور او ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال عليه السلام على مولاه قلت ان الناس يقولون ان رهن العبد فمرض او انفقت عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قلت ارايت لو ان العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه - وخبره (٤) الاخر عنه (ع) قال قلت الرجل يرهن الغلام والدار فيصيبه الافة على من يكون قال (ع) على مولاه - وصحيح (٥) جميل عن الصادق

١- صحيح الترمذي ج ٥ - ص ٢٨٥ - وسنن ابى داود ج ٢ - ص ٢٥٥

٢- التذكرة ج ٢ - ص ٣٢

٣- ٤- ٥- الوسائل باب ٥- من ابواب كتاب الرهن - حديث ٤- ٦- ١-

عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاغ الرهن قال (ع) فهو من مال الراهن و يرتجع المرتهن عليه بماله ونحوها غيرها (الثانية) ما يدل على الضمان - كخبر (١) محمد بن قيس عن الباقر (ع) قضى امير المؤمنين (ع) فى الرهن اذا كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن وان كان الرهن اقل من ماله فهلك الرهن ادى الى صاحبه فضل ماله - وان كان الرهن يسوى مارهنه فليس عليه شيء - ومثله موثق (٢) ابن بكير - واخبار (٣) ابي حمزة - وعبد الله بن الحكم - واسحاق بن عمار وغيرها (الثالثة) ما يدل على عدم الضمان الامع التعدى او التفريط كمرسل (٤) ابان عن الصادق (ع) انه قال فى الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير ان يستهلكه رجع بحقه على الراهن فاخذه وان استهلكه تراد الفضل بينهما (والجمع) بين النصوص يقتضى تقيد اطلاق الاوليتين بالثالثة - فالنتيجة عدم ضمان المرتهن الامع التعدى او التفريط كما هو مقتضى القاعدة - واما خبر (٥) عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) فى رجل رهن عند رجل مملوكا فجذم - او رهن عنده متاعا فلم ينشرد ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يحر كه فاكل اى اكله السوس هل ينقص ماله بقدر ذلك قال (ع) - لا الظاهر فى عدم الضمان مع التفريط بترك الحفظ - فلعدم عمل الاصحاب به وارساله لا يعتمد عليه كما ان مادل (٦) على عدم سماع دعوى المرتهن تلف الرهن المخالف لما عليه قاعدة الايمان من سماع دعوى التلف منه لان عدمه ينافى الايمان - لعدم عمل الاصحاب به غير ابن الجنيد يتعين طرحة .

ثم انه بعد ما عرفت من الضمان فى صورة التعدى والتفريط (ف) اعلم انه (يضمن به مثله ان كان مثليا والا قيمته) كما هو الميزان فى باب الضمان كما مر فى كتاب الغصب والكلام فى ان المدار فى القيمة على يوم الضمان او الدفع او غيرهما - هو الكلام فى ذلك فى ساير الموارد وقد مرتنقيح القول فيه ولكن لا وجه لقيمة (يوم القبض) هنا اصلا

١-٢-٣- الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب الرهن - حديث ٣-٤-١-٥-٢

٤-٥- الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب الرهن حديث ٧-٩

٦- الوسائل - باب ٩- من ابواب كتاب الرهن

ولو كان ابدل يوم القبض - يوم التعدي الذي هو يوم خروج اليد عن كونها امانية كان اولى كما لا يخفى فتدبر .

حكم الاختلاف في القيمة

٩- (٩) لو اختلفا في القيمة بعد التلف بالتفريط او التعدي فعن الاكثر - ان القول

قول الراهن - وعن الحلّى والمصنف هنا والشهيدين وكثير من المتأخرين ان (القول قوله) اي قول المرتهن (مع يعينه في قيمته) واستدل للاول بان المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله (وفيه) ان عدم قبول قوله من جهة انه خائن - لاينا في قبوله من حيث انه منكر لاصالة البرائة عن الزايد - فالظاهر هو الثاني (نعم) ان كان الراهن مدعي للنقص كما لو كان هو المتلف للرهن واراد المرتهن القيمة منه ليجعلها رهنا فادعى الزيادة - كان القول قول الراهن للاصل الموجب لكونه منكرا .

ولو اختلفا في التفريط وعدمه - فادعاه الرهن وانكره المرتهن - فالقول قول المرتمن في (عدم التفريط) لما مر من انه امين يقبل قوله للنهي عن اتهام من ائتمن .

ولو اختلفا في قدر الدين - فادعى الراهن القلة - و المرتهن الزيادة - فالقول قول الراهن واليه اشار المصنف ره بقوله (لا قدر الدين) يعنى انه لا يقدم قول المرتهن في قدر الدين - لاصالة البرائة عن الزيادة الموجبة لصيرورة الراهن منكرا .

١٠- اذا قصر مال الراهن عن ديونه - فقد يكون حيا - وقديموت قبل اداء شى عنهما -

فعلى الاول ان لم يحجر عليه فلا اشكال ولا خلاف في ان المرتهن احق باستيفاء دينه من الرهن بل التعبير بالاحقية مسامحة فان له حقا متعلقا به دون غيره و اما ان حجر عليه (هو احق به من باقى الغرماء) كما هو المشهور شهرة عظيمة ولم ينقل الخلاف عن احد و ظاهر المسالك الاجماع عليه (والوجه) فيه ان حقه متعلق بالعين فبمقدار حقه من العين لا يتعلق حق الغرماء بها - وبعبارة اخرى - انه استحق الاستيفاء من الرهن قبل تعلق ساير الديون بالاموال فلا يشار كه احد - فان حق الغرماء يتعلق بالملك المطلق - وعلى

الثاني فالمشهور بينهم ذلك لما مر (وعن) ظاهر الصدوق وجمع من المحدثين انه يشترك مع سائر الغرماء واستندوا في ذلك الى خبر (١) عبدالله بن الحكم عن ابي عبدالله (ع) عن رجل اقلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط بماله بماعليه من الدين قال (ع) يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على ارباب الدين بالحصص ونحوه مكاتبة (٢) سليمان بن حفص (ولكن) الخبرين ضعيفان - اما الاول فلعبدالله الضعيف المرتفع القول - واما الثاني - فلان علماء الرجال لم ينصوا على توثيق سليمان ولا على مدحه - اصف الى ذلك اعراض المشهور عنهما فلا يظهر في هذا المورد ايضا انه احق به من باقي الغرماء (و) ح (لو فضل من الدين شيء) بان قصر الرهن عن وفاء الدين شارك المرتهن مع الغرماء (في الفاضل) بلا خلاف ولا اشكال لان دينه في الذمة ولا تكون منحصر في الرهن (ولو فضل من الرهن و) كان (له دين) آخر (بغير رهن) ولم يف الفاضل بماعلى الراهن من الديون الثابتة عليه من المرتهن وغيره (ساوى) المرتهن (مع الغرماء فيه).

١١- قد مر ان المرتهن ممنوع من التصرف في الرهن الامع اذن الراهن - وعليه (لو تصرف المرتهن بدون اذن الراهن) اثم (ضمن) العين لو تلفت (وعليه الاجرة) بلا خلاف ولا اشكال لانه استوفى منفعة مال الغير فعليه ضمانها واجرتها وللحسن (٣) عن الباقر (ع) ان امير المؤمنين (ع) قال في الارض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وانفق عليها ماله انه يحتسب له نفقته وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحسبه من ماله الذي ارتهن به الارض حتى يستوفي ماله فاذا استوفى ماله فليدفع الارض الي صاحبها .

حكم مالو باع المرتهن الرهن

١٢- قد بينا في كتاب البيع حكم بيع الراهن مع اذن المرتهن او بدون اذنه

١- ٢- الوسائل - باب ١٩ - من ابواب كتاب الرهن - حدث ٢٠١

٣- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الرهن - حديث ٢

(٩) اما بيع المرتهن فان كان بعد حلول الاجل واشترط و كاله صحت وسقط حق الرهانة و اما (لواذن الراهن) المرتهن (فى البيع قبل الاجل فباع) فالمشهور بل لم ينقل الخلاف الا عن بعض متأخرى المتأخرين انه (لم) يجز للمرتهن ان (يقتصرف فى الثمن) على معنى كونه رهنا عنده عوض المبيع كما صرح به فى الجواهر ومحكى الروضة بل قيل انه لا خلاف فيه سوى ما حكاه فى الجامع بلفظ القيل من انه لا يكون رهنا - ولكن الظاهر من صاحب الحدائق ره حيث قال ولم يحضرنى الان تصريح احد منهم بالحكم المذكور انه لم يستظهر من كلام الاصحاب من المنع عن التصرف فيه - كونه رهنا .

وكيف كان فان كان مراد الاصحاب كون الثمن رهنا - فيشكل تطبيقه على القاعدة اذ حق الرهانة متعلق بالمبيع بشخصه وثبوته فى عوضه يحتاج الى دليل - وهم غير ملتزمين بذلك فى عكس المسألة و هو ما لواذن المرتهين للراهن فى البيع فانهم قالوا بسقوط حق الرهانة رأسا وعدم تعلقه بالثمن (و دعوى) الفرق بينهما من جهة ظهور اذن المرتهن فى البيع فى اسقاط حقه كما فى الجواهر (فيها) انه لو لم يكن البيع بنفسه مسقطا فكيف يكون الاذن فيه اسقاطا - و على الجملة - تعلق حق الرهانة بالثمن يحتاج الى دليل مفقود (اللهم) الان يقال ان مراد الاصحاب بذلك - انه كما لو باع المرتهن الرهن بعد حلول الاجل باذن الراهن يسقط حق الرهانة عن المبيع والثمن غاية الامر يبقى اثره وهو استيفاء الدين من الثمن كك لو باعه قبل حلول الاجل يسقط حق الرهانة ولكن اثره وهو استيفاء الدين من الثمن لو لم يؤد الراهن يكون باقيا الا انه حيث لم يحل الاجل ليس له التصرف فيه باستيفاء الدين حتى مع الشرائط التى يجوز له التصرف لو كان بعد حلول الاجل - وعليه - فيتم ما ذكره كما يتم - ما ذكره المصنف ره - من قوله (الابعد) ولا يرد عليه ما فى الجواهر من ان جواز التصرف بعد حلول الاجل ايضا واضح البطلان - و بما ذكرناه يجمع بين كلمات الاصحاب ويظهر ان مراد من انكر تعلق حق الرهانة بالثمن انه ليس بدلائن المبيع فى كونه متعلقا لحق الرهانة - ومراد من اثبت ان له استيفاء الدين منه بعد حلول الاجل على شرائطه باذن الراهن او امتناعه واذن الحاكم - او بدون

اذنه - ويعضد ذلك تعبير الفقهاء عنه بعدم جواز التصرف قبل حلول الاجل و جوازه بعده لايكونه رهنا فتدبر فانه دقيق لطيف (نعم) يبقى الاشكال في عكس المسألة - ويمكن توجيه ما افادوه هناك بان ظاهر اذن المرتهن في بيع الراهن لنفسه انه يسقط حقه من استيفاء الدين من الثمن - وعليه فلا بد من التفصيل بين مالو كان لكلامه المتضمن للاذن هذا الظهور وعدمه - ولعله عليه قرينة نوعية والله العالم.

لو خاف جحود الوارث للمدين

١٣- (ولو) كان له دين على شخص ومات وعنده رهن منه - فتارة لا يجحد الورثة الدين - واخرى يجحدونه او يخاف المرتهن من جحودهم - وعلى التقديرين - قد يتمكن من اقامة البينة - وقد لا يكون عنده بينة مقبولة - فان علم اوطن بـ (خاف جحود الوارث ولا بينة) له فالمعروف بين الاصحاب انه (جازله ان يستوفى من الرهن من مافي تحت يده) وعن شرح الارشاد ومجمع البرهان الاجماع عليه - والاصل في ذلك - مضافا الى الاجماع - والى حديث (١) نفى الضرر - ومادل (٢) على جواز المقاصة في بعض الموارد - مكاتبة (٣) المروزي لابي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى اقر بما عنده اخذ به وطولب بالبينة على دعواه واوفى حقه بعد اليمين - ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون ان له على ميتهم حقا - وضعف سنده منجبر بما سمعت - وبه يظهر ان ذلك في صورة عدم الاعتراف بالرهن والافلو اعترف به وادعى دينالم يحكم

١- الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخيار

٢- البقرة آية ١٩٤ - النحل - آية ١٢٦ - الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتب

به حديث ٢- ٥- ٦

٣- الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب كتاب الرهن حديث ١

له وكلف البينة وله احواف الوارث .

ولولم يخف الجحود ففيه قولان - احدهما ان له ان يستوفي دينه - لاطلاق الخبر -
ثانيهما المنع لوجوب الافتصار على المتيقن فيما خالف اصل عدم جواز التصرف
في مال الغير بغير اذنه - و الاول اظهر - نعم لو اقر بماعنده يؤخذ به ويطالب بالبينة .
وان تمكن من اقامة البينة ليس له استيفاء حقه مما في يده لاختصاص الخبر بما اذا لم يكن
له بينة (و ما) عن مجمع البرهان من ان الرواية غير صريحة بالاشتراط اى اشتراط
عدم البينة وانما فيها اشعار يمكن ان يكون قد خرج مخرج الغالب (يدفعه) ان حمل
القيد على الغالب بلا قرينة عليه غير صحيح - و عدم صراحة الخبر بالاشتراط لا يضر
بعد كون الحكم على خلاف القاعدة لا بد من الافتصار فيه على المتيقن من مورد الخبر
- وبالجمله - عدم جواز الاستيفاء لاحتياج الي دليل فان القواعد العامة مقتضية له - و
انما يتوقف جوازه عليه فعدم الصراحة يكفى في الحكم بالعدم .

التنازع في ان الشيء رهن او ودیعة

١٤ - (٩) اذا تنازعا في عين انهارهن او ودیعة ففيه اقوال ١ - ما هو المشهور وهو ان

(القول قول المالك مع ادعاء الودیعة و ادعاء الاخر) القابض (الرهن) بل ربما

استظهر من النافع الاجماع عليه ٢ - ماعن المقنع و الاستبصار - من ان القول قول
القابض ٣ - تقديم قول القابض ان اعترف المالك بالدين و الاقول المالك نسب الى ابن
حمزة ٤ - تقديم قول المالك ان كانت امانة عند القابض ثم ادعى رهانتها و قول القابض
ان ادعى الرهانة ابتداء ذهب اليه ابن الجنيدي (ثم ان) محل النزاع اعم من صورة تحقق
الدين وعدمه - كما يشهد به نقل قول ابن حمزة في عداد الاقوال .

وما افاده ابن حمزة اظهر - اما في صورة تحقق الدين فلان اليد كما تكون امانة

على الملكية تكون امانة على الحق و اليد مقدمة على اصاله عدم الرهانة فيكون القابض

منكراً - ولخبر (١) عباد بن صهيب عن أبي عبد الله (ع) عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول استودعته والآخر يقول هورهن فقال (ع) القول قول الذي يقول هو انه رهن الا ان يأتى الذي ادعى انه اودعه بشهود - وموثق (٢) ابن أبي يعفور عن الصادق (ع) في الاختلاف في مقدار الدين الذي عليه الرهن - قال فان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال أحدهما هورهن وقال الآخر هو ودیعة قال (ع) على صاحب الودیعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن - ونحوه صحيح (٣) ابان - بناء على انه خبر آخر (ودعوى) ان هذه النصوص معرض عنها عند الاصحاب فلا يستند اليها (مندفعة) بانه يمكن ان يكون محل كلام جماعة منهم صورة عدم تحقق الدين - مع - انه يمكن ان يكون عدم افتائهم بما تضمنته هذه النصوص لتخيل معارضتها مع النصوص الاتية - وعليه فالاعراض المسقط عن الحجية غير ثابت (واما) في صورة عدم تحقق الدين فلصحيح (٤) محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذي عنده الرهن ارتهنته عندي بكذا وكذا وقال الآخر انما هو عندك ودیعة فقال (ع) البينة على الذي عنده الرهن انه بكذا وكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين - واختصاصه بصورة عدم تحقق الدين ظاهر فيه يقيد اطلاق النصوص المتقدمة - ووضح من ذلك اختصاصاً بهذه الصورة مكاتبة المروزي المتقدمة في المسألة المتقدمة - فالجمع بين النصوص يقتضى البناء على التفصيل بين صورة تحقق الدين وعدمه .

وقد استدلل في الجواهر للقول المشهور - بموثق (٥) اسحاق بن عمار عن الصادق (ع) في الاختلاف في الودیعة و القرض ان القول قول صاحب المال مع يمينه بدعوى ان خصوص المورد لا يخص الوارد فيستفاد منه ح اصالة عدم الحكم بمال الانسان بغير قوله وان كان مدعيه افضل اعما نحن فيه مما هو مدعى عليه - وصحيح ابن مسلم - ومكاتبة المروزي المتقدمين - (ولكن) الموثق متضمن لحكم خاص في مورد مخصوص لا يتعدى عنه وعدم مخصصة المورد للوارد انما هو فيما لو كان الوارد عام او ارد الا ما اذا

١-٢-٣-٤- الوسائل - باب ١٤ - من ابواب كتاب الرهن حديث ١-٢-٣-٤-٥

٥- الوسائل - باب ١٨ - من ابواب كتاب الرهن - حديث ١

كان خاصا كما فى الموثق فانه لاشبهة فى الاختصاص ح واما الصحيح والمكاتبه فقد عرفت حالهما.

واستدل للثانى باطلاق النصوص المتقدمه - ولكن قد عرفت انه لابد من تقييدها بالصحيح والمكاتبه (واما) ما عن ابن الجيند فالظاهر رجوعه الى القول الثانى - لان محل الخلاف بحسب الظاهر انما هو صورة ادعاء الرهانه ابتداء - واما فى صورة اعتراف القابض بكون ما فى يده امانة وادعى انه صار رهنا فهى خارجة عن مورد النزاع والحكم فيها ما افاده من تقديم قول المالك لانصراف النصوص عن هذا الفرض وقاعدة اليد المتقدمة لامورد لها بعد استصحاب بقا عيده على ما كانت من كونها على وجه الامانة الذى هو اصل موضوعى مبين لحال اليد - فلا تكون ح اماره على حقه.

الفصل الثالث فى الحجر

مثلا - وهو فى اللغة بمعنى المنع و التضييق - ومنه سمي الحرام حجرا لمافيه من المنع قال الله (١) تعالى «ويقولون حجر امحجورا» اى حراما محرما - وسمى العقل حجر لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما يضر عاقبته - والمحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف فى ماله شرعا - وفى المسالك المراد مطلق التصرف اعم من كونه فى جميع المال وبعضه فيشمل الصبى ونحوه الممنوع من التصرف فى جميع المال والمرضى الممنوع من التصرف فى بعض المال .

(و) كيف كان فنقيح القول بالبحث فى مواضع - الاول - فى (اسبابه) وهى كثيرة الا ان عادة الفقهاء جارية على ذكر (ستة) منها فى هذا الباب واماما سواها - كالرهن - والارتداد وما شاكل فهى مذكورة فى تضاعيف الفقه (ثم ان) الستة المذكورة هنا مرجعها الى قسمين احدهما - ما يوجب المنع لمصلحة المحجور عليه ولحقه - والثانى - ما يوجب الحجر لحق غيره - فالاول - الصغر والجنون والسفه والثانى الباقي .

الصغير ممنوع عن التصرف في ماله

(الاول) من الستة المذكورة في هذا الباب (الصغير) والبحث فيه في طي مسائل - الاولى - انه لا خلاف في الجملة في ان الصغير من اسباب الحجر (والصغير ممنوع عن التصرف الامع البلوغ والرشد) اما منع الصغير غير البالغ عن التصرف فاجماعي في الجملة - قال في التذكرة وهو محجور عليه بالنص والاجماع سواء كان مميزا او لا في جميع التصرفات الا ما يستثنى كعبادته و اسلامه واحرامه الخ وظاهر الشرايع و غيرها ان الحجر انما هو باعتبار التصرف المالي - وما افاده المصنف اظهر - فان بعض ادلة المنع وان اقتص بالتصرف المالي الا ان جملة منها عامة لجميع التصرفات الاعتبارية وقد ذكرنا هذا الحكم في كتاب البيع واستدل له بوجوه واستوفينا البحث فيها - وانما نشير في المقام الى ادلة المنع .

منها - الآية الكريمة (١) «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» وتقريب الاستدلال بها على المنع ان الظاهر منها ان جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان وغير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين البلوغ والرشد فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة او الصباوة وليس ذلك الا من جهة حجره في تصرفاته بل المراد من عدم الدفع ذلك (ثم ان) الآية الكريمة انما تدل على المنع عن تصرفات الصبي مع كونه مستقلا فيها - او كون المعاملة مستندة اليه وان كان اذن له الولي ويكون الصبي من قبيل الوكيل المفوض - بل الظاهر منها هو المنع عن القسم الثاني من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولي وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ - فالمتحصل منها عدم استقلال الصبي في المعاملات وان اذن له الولي - و لكنها لا تدل على جعل انشائه كلائع مع عدم كون التصرف تصرفا له بل من تصرفات وليه و كون البيع بيعه مثلا - وهي وان اقتصت بامواله الا انه يكفي في منعه عن التصرفات

في مال غيره وسائر التصرفات غير المالية عدم القول بالفصل .

ومنها حديث رفع القلم عن الصبي - الذي رواه (١) في محكي الخصال عن ابن
الظبيان عن امير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي - اما علمت ان القلم يرفع
عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق الحديث - وروى (٢) عن
قرب الاسناد عن علي عليه السلام في سقوط القصاص والدية في ماله - وقد رفع عنهما القلم - و
في موقوف (٣) عمار عن الصادق عليه السلام عن الغلام منى يجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا انى
عليه ثلاث عشر سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم - ونحوها
غيرها (وتقريب) الاستدلال بها ان مقتضى اطلاق القلم المرفوع هو قلم التكليف و
الوضع - ولازم ذلك بطلان عقده مستقلا - او مع اذن الولي بشرط كونه كالوكيل
المفوض - واما العقد الصادر من الصبي باذن الولي على نحو كونه آلة محضة الذي له
نسبتان نسبة الى الصبي و نسبة الى الولي غاية الامر نسبته اليه انما 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 - اذ القلم رفع عن الصبي لاعن الولي هذا على
فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجرى الصيغة خاصة و
كون طرف المعاملة عند العرف هو الولي - والافعدم دلالة على سلب عبارته اوضح
(فما) عن المبسوط في مسألة الافرار من ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه
حكم - و تبعه غيره وقالوا انه يدل على ان انشائه كلا انشاء (غير تام) ثم ان في
المقام اشكالات خمسة اوردت على الاستدلال بالحديث ذكرناها مع اجوبتها في
كتاب البيع .

ومنها النصوص (٤) الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز امر الصبي

١ - ٣ - الوسائل باب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ - ١٢

٢ - الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب القصاص في النفس حديث ٢

٣ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الحجر - وباب ١٤ - من ابواب عقد البيع

في البيع والشراء - ومقتضى إطلاقها بطلان ذلك بالمعنيين الأولين - واما 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 لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه فالبيع مثلا انما يكون بيع الولي او الموكل والامرارمه - ومجرد الصيغة لا يكون موضوع النفوذ - و لو تنزلنا عن ذلك فلا قل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبي - و نسبة الى السولي او الموكل - فلا مانع من نفوذه و مضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم - ويشهد لما ذكرناه استثناء السفينة في بعض تلك الاخبار حيث ان السفينة ليس مسلوب العبارة فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم الاستقلال في التصرف.

ثم انه قد يستدل لذلك بالنصوص (١) المتضمنة لكون عمدا الصبي وخطائه واحد - وقد استوفينا البحث فيها في كتاب البيع و اثبتنا اختصاصها بباب الجنایات وانها لاتشمل المعاملات .

وقد استدل لجواز تصرفات الصبي (تارة) بالاية المتقدمة - اما بتقريب انه جعل فيها المدار على الرشد وانه مع استيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ وان اعتبار البلوغ طريقى اعتبر امارية الى الرشد بلاموضوعية له وذلك بجعل الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الاية - او بتقريب ان ظاهر الاية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى - وقوله تعالى حتى سوا كانت للغاية ام للابتداء - والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال بان ياذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ و ذلك يقتضى صحة تصرفاتهم (واخرى) بمرسل المبسوط وروى انه اذا بلغ عشرين سنين وكان رشيدا كان جازيا التصرف (وثالثة) بالنصوص (٢) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه ابراء سياقه عن التخصيص (ورابعة) بالسيرة التي

١- الوسائل - باب ١١ - من ابواب العاقلة من كتاب الديات

٢- الوسائل - باب ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا وباب ١٥ - من ابواب كتاب الوقوف

والصدقات وباب ٥٤ - من ابواب كتاب العتق.

ادعاه سيد الرياض (وخامسة) بخبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام في حديث نهى رسول الله ﷺ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق فان حصر الكراهة فيما اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقته اقوى شاهد على نفوذ معاملاته

وفى الكل نظر (اما) التقريب الاول للاية - فلانه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ و كان ذكر حتى اذا بلغوا النكاح زائدا - وحمله على الطريقة الى الرشد خلاف الظاهر (واما) التقريب الثاني لها فلانه لا اشكال كما مر في دلالة الاية على عدم كون الصبي مسلوب العبارة الا انها لا تدل على كونه مستقلا في التصرف لحصول الابتلاء مع اذن الولى او اجازته وحيث ان ظاهر الاية كما مر عدم صحة تصرفاته استقلا فلا بد من البناء على ذلك (واما) المرسل فلا رساله وعدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه (واما) النصوص المجوزة لوصيته وعقته وصدقته فعلى فرض تسليم القول بجوازها - لامانع من الالتزام بالتخصيص وابعاء حديث الرفع عنه ممنوع (واما) السيرة فهي غير قابلة للتشكيك فيها الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء بل سيد الرياض ادعاه في هذا المورد (واما) خبر السكوني - فان كان الاستدلال به من جهة التخصيص بمن لا يحسن الصناعة بيده - فيرده ان القيد لا مفهوم له - وان كان من جهة العلة فهي عمامة لجميع الموارد مع انها من قبيل الحكمة - وان كان من جهة ظهوره في الكراهة - فيرد عليه ان النهي ظاهر في المحرمة لا الكراهة - وتفصيل القول فيه في كتاب البيع (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الادلة تدل على عدم نفوذ تصرفات الصبي الاعتبارية ان كان مستقلا فيها واما لو كان آلة محضة فلا دليل على المنع - فلا يكون الصبي مسلوب العبارة (ثم انهم) ذكروا موارد استثنوا من ادلة المنع ذكرناها في كتاب البيع فراجع .

الثانية اذا بلغ الصبي وكان رشيدا يجوز تصرفاته اجماعا وكتابا و سنة.

علامات البلوغ

الثالثة (ويعلم الاول) اي البلوغ (بالانبات) للشعر الخشن على العانة التي حول الذكر والقبل من غير فرق في ذلك بين الذكر والانثى (والاحتمال ابلوغ خمسة عشرة سنة في الذكور وتسع في الانثى) على المشهور.

ونخبة القول بالبحث في موارد - الاول - في الانبات لاخلاف في ثبوت البلوغ بالانبات للشعر الخشن - وانما قيدوا الشعر بالخشن تحريزا عن الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغير و يعبر عنه بالزغب - وعن التذكرة نبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع انتهى - وذكر تسوية المسلم والكافر للتنبيه على خلاف بعض العامة حيث خصه بالكافر وربما نسب الى الشيخ ره لكنه في محكي الخلاف ادعى الاجماع على انه علامة البلوغ في حق المسلمين والمشر كين .

وكيف كان فيشهد لكونه علامة البلوغ مطلقا - الاجماع المحكي مستقيضا - وحسن (١) يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام وهو طويل قال عليه السلام في آخره ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او ينبت في عانته قبل ذلك والمراد بالشعر في الوجه هو اللحية والشارب - واستقرب في محكي التحرير كون نبات اللحية دليلا دون غيره من الشعور والعادة قاضية به - وخبر (٢) حمزة بن حمران عنه (ع) الغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك - وخبر (٣) ابي البختري عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام قال ان رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم (اي المراهقين) يومئذ على العانات فمن وجده انبت قتله و من لم يجده انبت الحق بالذراري - وفي النصوص وان لم يقيد الشعر بالخشن

١- الوسائل - باب ٦- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ٨

٢- الوسائل - باب ١٤- من ابواب عقد البيع وشروطه - حديث ١

٣- الوسائل - باب ٦٥ - من ابواب جهاد العدد وما يناسبه حديث ٢

الا انه من جهة ان الخشن هو المعهود في اختبار البلوغ - يحمل عليه الاطلاق صرفا له الى المعهود .

ثم ان النصوص المختصة بالذكور وقد عرفت ان الاجماع قائم على كونه علامة في الانثى ايضا والظاهر ان عدم التعرض فيها للنساء من جهة تاخر انبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير - فلا يحتاج اليه فيهن .

ثم انه صرح غير واحد من الاصحاب بان خروج اللحية ايضا علامة البلوغ والخبران الاولان شاهدان به فلما منع من الالتزام بذلك - وانما لم يتعرض اكثر الاصحاب له من جهة تاخر خروجها عن العلامات الاخر فيقل الاحتياج اليه .

وهل الانبات بلوغ بنفسه او دليل على سبق البلوغ قولان - قال في المسالك و المشهور الثاني - و ظاهر الماتن والمحقق في الشرايع والنافع هو الاول بل عن مفتاح الكرامة نسبتة الى صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهذب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وكشف الرموز وصوم الجامع وحجره وحجر الارشاد وغير تلكم من الكتب - ومع ذلك قال العلامة الطباطبائي لم اجدها في القول مصرحا من الاصحاب (واستدل) لكونه دليلا على سبق البلوغ في المسالك - بتعليق الاحكام في الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يخص غيره بذلك - وبان البلوغ غير مكنسب و الانبات قديكتسب بالدواء - وبحصوله على التدريج والبلوغ لا يكون كك (ولكن) يرد الاول انه في الخبرين المتقدمين ذكر الانبات رديفا للعلامتين الاخرتين وظاهرهما كونه علامة البلوغ مثلهما و ماعلق فيه الاحكام على الحلم والاحتلام كما يتصرف فيه بمادل على كون السن علامة - كك يتصرف فيه بالخبرين - وما افاده قده من انه لا دليل على القول الاخر سوى ترتب احكام البلوغ عليه وهو اعم من المدعى فكانه نظر الى الخبر الثالث وغفل عن الاولين - ويرد الثاني ان الاشكال مشترك الورود على كونه علامة للبلوغ او على سبقه بل على الثاني اظهر - و الحل ان العلامة هي الانبات الحاصل من الله سبحانه

بمقتضى العادة و الطبيعة - ويرد الثالث ان العلامة تحصل بمجرد خروج الشعر و صدق هذا العنوان ولا تتوقف على تزايد و كماله فلا يظهر كونه علامة البلوغ لادليل على سبقه (وتظهر) ثمرة النزاع في قضاء مايجب قضائه من العبادات وفي نفاذ اقراره و تصرفاته المتقدمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تاخر بلوغه عنه .

الثاني في الاحتمال - والمراد به خروج المنى من الموضع المعتاد - و المنى هو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد - والظاهر ان هذا هو مراد المحقق في الشرايع حيث قيده بالذي يكون منه الولد - فما - فهمه جماعة منه ان المنى ينقسم قسمين ما يكون منه الولد - وما لا يكون منه الولد وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول - في غير محله .

وكيف كان فهو علامة البلوغ في الذكر والانثى - ولا خلاف في كونه علامة له بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهده من الكتاب قوله (١) تعالى « و اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا » قال في التذكرة الحلم هو خروج المنى من الذكر او قبل المرأة مطلقا سواء كان بشهوة او بغير شهوة وسواء كان بجماع او غير جماع وسواء كان في نوم و يقظة - وقوله تعالى (٢) « والذين لم يبلغوا الحلم » وقوله تعالى (٣) « و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح . . . الخ » والمراد ببلوغ النكاح شهوة النكاح و الوطء والقدرة على الانزال - وقوله (٤) عز وجل « و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن » - و من السنة - خبر (٥) هشام عن الصادق عليه السلام انقطاع يتم اليتيم بالاحتمال وهو اشد - وموثق (٦) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام عن قول الله عز وجل حتى اذا بلغ اشد - قال عليه السلام الاحتمال - وحديث رفع القلم عن الصبي حتى

١- ٢- سورة النور آية ٥٩- ٥٨

٣- سورة النساء آية ٧

٤- سورة الانعام آية ١٥٢

٥- الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الحجر - حديث ١

٦- الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٨

يحتلم المتقدم الذي رواه الفريقان - وعن الحلبي انه مجمع على روايته - والنسبى (١) المشهور المتلقى بالقبول في وصيته عليه السلام لعلي عليه السلام يا علي لا يتم بعد الاحتلام - وخبر (٢) طلحة بن زيد عن ابي عبدالله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسمون عند الله شافع مشفع فاذا بلغوا اثنى عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات - وخبر (٣) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله قال عليه السلام اذا احتلم وعرف الاخذ والاعطاء - ومنها غير تلكم من النصوص الكثيرة .

ثم ان مفاد هذه الادلة مختلف - ففي بعضها جعل الاحتلام علامة - وهو الرؤية في المنام - وفي بعضها جعل الحلم علامة - وهو كما مر خروج المنى - وفي الآية الثالثة جعل المدار على بلوغ النكاح - ولا تنافي بينها - فان المتحصل منها ان البلوغ عبارة عن حدوث حالة في الانسان يخرج بها عن حالة الطفولية الي غيرها و انه ينبعث عنها خروج المنى بالوطء او الاستمشاء او الرؤية في المنام - غاية الامر علامة هذه الحالة لغير البالغ انما يكون بخروج المنى فانه لا يعرف وجود تلك الحالة الا بذلك - وهذا هو السر في تعبير الفقهاء عن هذه العلامة بخروج المنى - ولكن مع ذلك كله الالتزام بترتب احكام البلوغ على البالغ نفسه من الصلاة والصيام وما شاكل بمجرد بلوغ النكاح وان لم يتحقق احدي العلامات الاخر من الانابت والسن وخروج المنى لا يخلو عن اشكال لعدم افتاء الفقهاء الاحتياط طريق النجاة (ثم ان) مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق في هذه العلامة ايضا بين الذكر والانثى كما هو المشهور بل عن التذكرة الاجماع عليه - وفي المسالك هذا عندنا وعند الاكثر موضع وفاق .

الثالث في السن والمشهور بين الاصحاب انه في الذكور بلوغ خمسة عشرة سنة وفي الانثى بلوغ تسع سنين - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن مفتاح الكرامة كادت تبلغ اجماعات المسألة اثني عشر من صريح و ظاهر و مشعربه و في

الجواهر بل هو معلوم وربما يشهد له التبع بل ربما يزيد على ذلك - وعن ابن الجنيّد انه في المذكور أربع عشرة سنة وفي الحقائق وعن الشيخ في كتابي الأخبار وأكثر محققى المتأخرين انهم قالوا بحصول البلوغ بالدخول في الرابع عشر قال في المفاتيح ولا يخلو من قوة .

و تنقيح القول بالبحث فسي موردين - الاول في الذكر - الثاني فسي الانثى . اما الاول فيمكن ان يستدل للمشهور بوجوه - ١ - الاستصحاب - وتقريبه من وجوه - اذ يمكن ان يستصحاب بقاء الصغر - وعدم حصول البلوغ - وعدم رفع الحجر عنه - وعدم توجه التكليف اليه - وكل تلكم استصحاب حكم او عدم حكم - وعلى فرض تسليم كون بعضها موضوعا لامانع من جريانه - وليس شيء من ذلك من الاستصحاب في الامور غير القارة و ان كان المختار جريان الاستصحاب فيها ايضا .

٢ - اصالة البرائة عن التكليف قبل ان يبلغ خمس عشرة سنة .

٣ - مادل من الايات والنصوص على عدم البلوغ ما لم يبلغ الحلم - فانه خرج عنها بعد بلوغ خمس عشرة وبقي الباقي .

٤ - جملة من النصوص الخاصة - كالنبوي (١) المرسل اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه - والاخر (٢) ان عبدالله بن عمر قال عرضت على رسول الله ﷺ في جيش يوم بدر وانا ابن ثلث عشرة سنة فردني وعرضت عليه يوم احدث انا ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرني بالغاً وعرضت عليه عام الخندق وانا ابن خمس عشرة فقبلني واخذني في المقاتلة بل قيل ان الثاني منهما مشهور رواه جماعة من ارباب المغازي والسير ممن يوثق بنقلهم - وخبر (٣) حمران عن الباقر (ع) في حديث والغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك - وليس في سنده من يتوقف فيه - سوى حمزة - وعبد

العزیز - اما حمزة فمضافا الى انه من آل اعين المعلوم جلالته وعظم منزلته - سديد الحديث كثير الرواية قد روى عنه الاجلاء كعبد الله بن مسكان وابن بكير وابن ابي عمير والحسن بن محبوب بل في بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى وهم من اصحاب الاجماع وعن ظاهر النجاشي انه من خاصة اصحاب الصادق (ع) - اضيف الى ذلك كله ان هذا الخبر روى الحسن بن محبوب عن عبد العزيز عنه - وهو من اصحاب الاجماع - وبه يظهر ان عبد العزيز وان لم ينص عليه بمدح ولا ذم لكن رواية الحسن بن محبوب عنه كافية في الاعتماد على روايته هنا - وحسن (١) الكناسي او صحيحه عن الباقر (ع) الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت واقام عليها الحدود التامة لها وعليها قال قلت الغلام اذا زوجه ابوه ودخل باهله وهو غير مدرك اتقام عليه الحدود على تلك الحالة قال اما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنة فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة الحديث - وحسنه (٢) الاخر او صحيحه عنه (ع) في حديث يا ابا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او نبئت في عانته قبل ذلك - الى ان قال اما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنة فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة الحديث - وصحيح (٣) ابن وهب عن الصادق (ع) في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة واربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدمه - بناء على ارادة معنى او من كلمة او - لاستحالة الجمع - وحيث ان مقتضى السياق والترديد كون ما تقدم عليهما وقنا للتمرين فيكون البلوغ بالاكثر والالم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الاقل تمرينا - ولعل الفرق بين المتوسط بينهما وبين ما قبلهما في التصديق في التمرين وعدمه فان الصبي يضيق عليه فيما بينهما دون

١- الوسائل - باب ٤- من ابواب مقدمات الحدود - حديث ١

٢- الوسائل - باب ٤- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ٩

٣- الوسائل - باب ٢٩- من ابواب من يصح منه الصوم حديث ١ كتاب الصوم

ما تقدمهما من الزمان - وهذا هو السرفى التردد - وصحيحه (١) الآخر عنه (ع) فى كم يؤخذ الصبى بالصيام قال (ع) ما بين خمس عشرة واربعة عشرة فان هو صام قبل ذلك فدعه بالتقريب المتقدم - ونحوها غيرها (ثم ان) المنساق الى الذهن من النصوص هو اكمال الخمس عشرة لا الدخول فيها - بل جملة منها كالصريحة فى ذلك - فلا يصغى الى ما قبل من حملها على ارادة الدخول فيها .

ثم - انه بازاء جميع ذلك طوائف من النصوص - منها ما يدل على حصوله بالاربعة عشرة - كخبر (٢) ابى حمزة عن الباقر عليه السلام قلت له جعلت فداك فى كم تجرى الاحكام على الصبيان قال عليه السلام فى ثلاث عشرة واربعة عشرة قلت فانه لم يحتلم فيها قال عليه السلام وان كان لم يحتلم فان الاحكام تجرى عليه - وحيث ان نصوص الخمس عشرة قابلة للحمل على ارادة الدخول فيها - وهذا الخبر نص فى حصوله بالاربعة عشرة - فتحمل تلك النصوص على ذلك - وايد هذا القول - بصحة توجه الخطاب الى المميز عقلا للعلم والقدرة خرج الاقل بالاجماع والنص وبقي ذوالاربعة عشرة - و بان احوال البدن فى الانسان مرتبة على الاسابيع فيجب ان يكون بلوغه كك وليس فى الاسبوع الاول والثالث قطعاً فيكون فى الثانى (ولكن) الخبر ضعيف السند لجهالة السندى بن ربيع ويحيى بن المبارك - وقاصر الدلالة لاشتماله على التردد البذى يصلح قرينة على الحمل على ارادة التمرين - ونصوص الخمس عشرة قد عرفت صراحة بعضها وظهور آخر فى ارادة الاكمال - وصحة توجه الخطاب الى المميزين لاتصلح دليلاً للحكم بعد كسوف البلوغ شرطاً آخر للتكليف غير العلم والقدرة - وكون احوال البدن مرتبة على الاسابيع وجه استحسانى محض لاسبيل الى الاستناد اليه فى الاحكام الشرعية .

١- الوسائل باب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم - كتاب الصوم

٢- الوسائل - باب ٣٥ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٣

ومنها النصوص الدالة على حصول البلوغ بالثلاث عشرة - كمؤثق (١) عمار
عن الصادق عليه السلام عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا اتى عليه ثلث عشرة
سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك
الحديث - وخبر (٢) عبدالله بن سنان المروى بعدة طرق بعضها صحيح او حسن وبعضها
مؤثق مع اختلاف يسير في المتن - عنه عليه السلام عن قول الله تعالى حتى اذا بلغ اشده قال عليه السلام
الاحتلام - الى ان قال اذا اتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه
السيئات وجاز امره الان يكون سفيها اضعيفا (ولكن) الاول لا يدل على البلوغ بل
على خصوص وجوب الصلاة - وبؤيده ذكر جريان القلم في الاحتلام دون السن -
والثاني وان كان لا ينبغي المناقشة في سنده ولا في دلالة لانه معارض بالنصوص المتقدمة
ولموافقتها للشهرة التي هي اول المرجحات تقدم هي - ومعها لاتصل النوبة الى الترجيح
بمخالفة العامة .

ومنها نصوص عشر سنين المتفرقة في الابواب الدالة على جواز وصيته وعتقه
صدقته كما في جملة (٣) منها - وقبول شهادته وجواز امره كما في آخر (٤) - وصحة
وقفه كما في ثالث (٥) (ولكنها) بسا جمعها لاتصلح لمعارضة ما تقدم سيما وقد دلت
النصوص الاخر الواردة في الجلد والتزويج والطلاق المصرحة بعدم البلوغ ببلوغ عشر سنين
مع ان جواز وصيته وعتقه ووقفه وصدقته اعم من البلوغ وما دل على جواز امره
مقطوع السند غير مروى عن المعصوم عليه السلام وفي طريقه العبيدي عن يونس وفيه كلام.
ومنها ما دل على حصوله بشمان سنين كمؤثق (٧) الحسن بن راشد عن

١- الوسائل باب ٢- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٢

٢- الوسائل - باب ٢٤- من ابواب كتاب الوصايا

٣- الوسائل - باب ٢٢- من كتاب الشهادات حديث ٣

٤- الوسائل - باب ١٥- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٥- الوسائل - باب ٩- من ابواب حدالنا - وباب ١١- من ابواب ميراث الازواج

٦- الوسائل - باب ١٥ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢

العسكرى عليه السلام اذ بلغ الغلام ثمانى سنين فجاز امره فيما له وقد وجب عليه الفرائض والحدود الحديث ونحوه غيره .. وقد ظهر حالها ممامر - فتحصل ان الاظهر حصول البلوغ فى الذكر باكمال الخمس عشرة .

المورد الثانى فى الانثى - فالمشهور بين الاصحاب حصول البلوغ لها ببلوغ تسع سنين اى اكمالها - وفى الجواهر بل هو الذى استقر عليه المذهب خلافا للشيخ فى صوم المبسوط وابن حمزة فى خمس الوسيلة فبالعشر الا ان الشيخ قد رجع عنه فى كتاب الحجر ووافق المشهور - وكذا الثانى فى كتاب النكاح منها - ويشهد به نصوص كثيرة - كصحيح (١) الكناسى او حسنه عن الباقر (ع) الجارية اذ بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت الحديث ونحوه حسنه (٢) الاخر او صحيحه - وموثقا ابن سنان والحسن بن راشد المتقدمان ونحوها غيرها - وليس بازائها خبر سوى - خبر (٣) غياث المتضمن لانها لا توطأ لاقل من عشر سنين - وهو مضافا الى ضعف سنده ومعارضته بالنصوص (٤) الكثيرة الدالة على انها توطأ لتسع سنين - لا يكون نضا ولا ظاهرا فى عدم البلوغ قبله - فلا اشكال فى الحكم .

ثم ان المعتبر من السنين القمرية دون الشمسية لان هذا هو المعهود من شرعنا والمعروف عند العرب وقد قال (٥) الله تعالى « ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات » وقال سبحانه (٦) « يسألونك عن الالهة قل هى مواقيت للناس والحج » وقال عز من قائل (٧) « هو الذى جعل الشمس ضياء -

١- الوسائل - باب ٤ - من ابواب مقدمات الحدود - حديث ١

٢- الوسائل - باب ٤ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ٩

٣- الوسائل - باب ٤٥ - من ابواب مقدمات النكاح - حديث ٧-

٤- سورة التوبة آية ٣٦٤ ٥- سورة البقرة آية ١٨٩

٦- سورة يونس آية ٤

والقمر نورا وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب »

ثم ان الحمل والحيض ليسا بلوغا في حق النساء . اما الحيض فقد مر في محله انه لا يكون قبل بلوغ تسع سنين واما الحمل فلادليل عليه . نعم يكون هو دليلا على سبق البلوغ باعتبار سبق الانزال الذي قد عرفت سببته للبلوغ .

اعتبار الرشدي في رفع الحجر

الرابعة (و) قد عرفت ان الوصف (الثاني) الذي يتوقف عليه رفع الحجر الرشدي في المال - وان الكتاب والسنة والاجماع تشهد بذلك - انما الكلام فيما يعلم به الرشدي قال في المتن - انه يعلم (باصلاح ماله عند اختياره بحيث يسلم من المغائبات وتقع افعاله على الوجه الملائم) - وفي المسالك ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد بل الحق ان الرشيد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال وتمنع من افساده وصرفه في الوجوه الثلاثة بافعال العقلاء - ولقد اطالوا البحث في ذلك مع انه من المفاهيم العرفية الواضحة عندهم والذي يراه اهل العرف رشدا - هو كونه بحيث اذا اراد ان يعامل يكون حافظا لماله ولا يصرفه في الاغراض الفاسدة ولا يكون مبذرا وغير مبال به - وهذا هو مراد المصنف ره وغيره ممن عبر باصلاح ماله - وليس معنى الملكة الا ذلك فايراد الشهيد الثاني في غير محله - وكيف كان فالامرا وضع من ان يبطال الكلام فيه كما ان عدم اعتبار العدالة فيه من الواضحات وفي الجواهر بل يمكن دعوى كونه ضروريا يشك في اسلام منكره . (و) قد ظهر مما قدمناه - انه (لا يزول الحجر مع فقد احد ههما) اي احدا الوصفين

البلوغ والرشد فغير الرشيد لا يدفع اليه ماله (وان طعن في السن)

الخامسة - لاختلاف (و) لاشكال في انه (يثبت) الرشدي (في الرجال بشهادة امثالهم وفي النساء بشهادتهن او بشهادة الرجال) اما الثبوت بشهادة الرجال فلا تطلق الادلة - واما ثبوته في النساء بشهادتهن - فللاجماع المدعى في المقام وسياتي

الثاني من اسباب الحجر (الجنون ولا يصح تصرف المجنون الا في اوقات افاقته) وفي الحدائق ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل والنقل انتهى وحديث (١) رفع القلم شاهد به وكذا نصوص اخر تقدم بعضها.

الثالث (السفه ويحجر عليه في ماله خاصة) وفي الجواهر والضابط المنع من التصرفات المالية بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بل عن مجمع البرهان دعواه وجه المنع الاية المتقدمة وجملة من النصوص ووجه عدم المنع في غيرها اطلاق ادلة تلك التصرفات بعد اختصاص دليل المنع بالتصرف المالي - والكلام في بعض التصرفات كالخلع انه تصرف ممنوع عنه لكونه ماليا - او غير ممنوع عنه مو كول الى محله.

الرابع من اسباب الحجر (الملك فلا ينفذ تصرف المملوك بدون اذن مولاه ولو ملكه شيئا لم يملكه على الاصح).

(الخامس المرض وتمضي وصيته) اي المريض كالصحيح (في الثلث خاصة) اجماعا وسياتي الكلام فيه في الوصية.

منجزات المريض تخرج من اصل المال

(٩) انما الكلام في المقام في (منجزاته المتبرع بها) في انها من الاصل او الثلث - ومحل النزاع التبرعات فالمعاوضات حتى ما كان منها من قبيل البيع باقل من ثمن المثل خارجة عن محل الكلام - و المراد بالمنجزة المعجلة في حال الحياة كالهبة والعق وما شاكل - وفيه قولان - ١ - انها من الاصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين - كالكليني والصدوق والشيخين والسيد بن القاضى و بنى ادريس والبراج وسعيد وغيرهم و جماعة من المتأخرين - وعن كشف الرموز نسبتها الى الاكثر - وفي الرياض انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه بل ادعى السيدان في بحث الهبة ان عليه اجماع الامامية

وجعله فى السرائر الاظهر فى المذهب مشعرا بالشهرة عليه لاقول - ٢- ما عن الاسكافى والصدوق فى احد قوليه وابى على والشيخ فى المبسوط والمصنف ر؛ والشهيدى والكركى - انه كما تخرج الوصية من الثلث (كك) التبرعات المنجزة - وفى المسالك واختاره عامة المتأخرين ومنهم المصنف .

و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص ومعها لا يصغى الى ما استدل به للاول - بانه مالك تصرف فى ماله فكان ماضيا - وباستصحاب الصحة - واصالة الجواز - وبانه لولا صحتها لما لزمته بالبرء والتالى باطل فكذا المقدم - ولا الى ما استدل به للثانى من الوجوه الاستحسانية - فالمتعين هو ملاحظة النصوص ولا بد اولا من نقل ما استدل به لكل من القولين - فان تم دلالة كل من الطائفتين على ما استدل بهاله وسندها - ولم يمكن الجمع العرفى بينهما - بحمل المطلق على المقيد أو الظاهر على النص - يلاحظ ما يقتضيه اخبار الترجيح .

اما النصوص الدالة على انها من الاصل - فكثيرة - لاحظ حسن (١) ابى شعيب المحاملى او صحيحه عن ابى عبدالله عليه السلام الانسان احق بماله مادامت الروح فى بدنه وما فى الجواهر من انه ليس صريحا فى شمول الاحقية للتنجيز فيمكن حمله على غيره بل محتمل لارادة الثلث خصوصا اذا قرأ بفتح اللام - - يندفع بظهوره فى ذلك وموثق (٢) الساباطى عنه عليه السلام الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به فان قال بعدى فليس له الا الثلث - وموثقه (٣) الآخر الرجل احق بماله مادام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز - وخبره (٤) الثالث عنه عليه السلام صاحب المال احق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء - وموثقه (٥) الرابع عنه عليه السلام ايضا الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به قال عليه السلام نعم فان اوصى به فليس له الا الثلث - وموثقه (٦) الخامس عنه عليه السلام فى الرجل يجعل بعض ماله لرجل فى مرضه فقال عليه السلام اذا ابانه جاز - والايراد

١-٤-٥-٦- الوسائل - باب ١٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ٨-٤-٧-١٠

٢-٣- الوسائل - باب ١١ من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١٢-١٩

عليها بان عمار فاسد الرأى - فى غير محله بعد كونه ثقة - كما ان الايراد عليها بانه يمكن ان يكون اللام مفتوحة فلا تدل على ان اى مقدار من المال له بقرينة غيرها يقال انه الثلث - غير تام اذ مضافا الى انه خلاف الظاهر والى انه تكون هذه الاخبار ح مجملة لعدم بيان ماله ح وهو يناهى مع كونه فى مقام البيان - يدفعه قوله اذا بان انه جاز وفى آخر بعد الحكم بجواز الابانة فان اوصى به فليس له الا الثلث فانه بقرينة التفصيل القاطع للشركة كالصريح فى ان له بالنسبة الى الابانة ازيد من الثلث - مع - انه لاشبهة فى ان تمام المال له مادام حيا - وانما الكلام فى نفوذ تصرفاته التبرعية فعلى تقدير فتح اللام ايضا تدل على المطلوب - واما عدم العمل باطلاق موثقه الثانى فلا يضر بالعمل به فى غير ما خرج وهو الوصية بالثلث - ولا يغيره من الاخبار - وعليه فلا يضر ما فى بعض نسخ الاول منها - فان تعدى فليس له الا الثلث - مع انه على هذه النسخة لم تتم نظام الكلام - فانه على القول الاخر ليس له الا الثلث تعدى ام لم يتعد - وخبر (١) سماعة عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الولد ايسعه ان يجعل ماله لقربته قال عليه السلام هو ماله يصنع ماشاء به الى ان ياتيه الموت - ونحوه خبر (٢) ابي بصير وزاد ان لصاحب المال ان يعمل بماله ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان ياتيه الموت فان اوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل فى ان لا يضيع من يعول به ولا يضر بورثته - وهما من حيث السند والدلالة لا كلام فيهما - ومرسل (٣) مرآزم عنه (ع) فى الرجل يعطى الشيء من ماله فى مرضه قال (ع) ان ابان به فهو جائز وان اوصى به فهو من الثلث وهو بقرينة التفصيل صريح فى المطلوب - ومرسل (٤) الكليني عن النبى (ص) انه عاب رجلا من الانصار اعتق مما ليكه لم يكن له غيرهم وقال (ع) تركت صبية صغا را يتكففون الناس بل رواه الصدوق مسندا الى جعفر بن محمد عليهما السلام - فالمنحصل

١-٢-٣- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢-٩

٣- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٣-٤

من هذه النصوص المعتمدة - ان التبرعات المنجزة تخرج من الاصل وجملة منها كالصريحة في ذلك (وبذلك) ظهر ما في المسالك قال و عليه شواهد من الاخبار الا ان في طريقها عمار او سماعة وهما فاسد الرأي و لكنهما ثقتان - اذ مضافا الى عدم كونهما في طريق جميع الروايات انه مع الاعتراف بكونهما ثقتين لا يبقی مجال للمناقشة .

واما النصوص التي استدلت بها على الخروج من الثلث فهي ايضا كثيرة - لاحظ صحيح (١) يعقوب بن شعيب سئل ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال عليه السلام له ثلث ماله وللرثة ايضا ونحوه خبر (٢) ابي بصير - وخبر (٣) عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام للرجل عند موته ثلث ماله و ان لم يوص فليس على الورثة امضائه - صحيح (٤) علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام ماله للرجل من ماله عند موته قال عليه السلام الثلث والثلث كثير - وخبر (٥) العلافی المرأة التي استودعت مالا عن الصادق عليه السلام فانما لها من مالها ثلثه - وبهذا المضمون روايات اخر (و الجواب) عن الجميع انها مختصة بالوصية وذلك فان المسئول عنه ماله من ماله من حين الموت و معنى ذلك ان يتصرف فيه من ذلك الوقت و ليس هو الا الوصية و يعضد ذلك انه لا خلاف و لا اشكال في ان المال جميعه له الى حين الموت و انما الخلاف في منعه عن التصرف وعدمه و من مابعد الموت ليس له الا ثلث ماله - وهذا من الواضح بمكان ومع الاغماض عنه فدالاتها انما هي بالاطلاق فيقيد بالنصوص المتقدمة فتخص بالوصية .

وخبر (٦) علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فاعتق مملوكا له ليس له غيره فابى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال عليه السلام ما يعتق منه الا ثلثه و ساير

١ - ٢ - ٣ - ٤ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث - ٣ - ٢ - ٧ - ٨

٥ - الوسائل ، باب ١٦ ، من ابواب كتاب الوصايا ، حديث ٢

٦ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٤ -

ذلك الورثة احق بذلك ولهم مابقى ونحوه خبر (١) عقبة بن خالد (ويرد) على الاستدلال بهما انهما ليسا في العتق منجزاً في حال المرض وليس المسئول عنه صحة عتقه في جميع العبد بل المفروض فيهما عدم صحته الا في الثلث - و انما السؤال عن حكم الثلثين الاخرين من جهة ان المعتق لبعض العبد اذا لم يكن ميتا و كان موسرا يكلف بان يعتق الباقي و ان كان معسرا يستسعى العبد في الباقي - فلا ربط لهما بما هو محل الكلام .

وخبر (٢) ابي بصير عنه عليه السلام ان اعتق رجل عند موته خادما له ثم اوصى بوصية اخرى الغيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه الا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية (وفيه) ان المسئول عنه تعاقب الوصيتين احدهما بالعتق - كما يشير اليه قوله بوصية اخرى فلا ربط له بمحل الكلام .

وخبر (٣) ابي 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 ان كانت تركت شيئا وقريب منه خبر (٤) سماعة (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان مضمونهما لم يقل به احدا لان البراء مما في الذمة صحيح بالاجماع دون هبته والحكم فيهما بالعكس فكيف يستند الى هذين الخبرين المقلوبى الحكم والضعيفى السند .

وخبر (٥) جراح المدائنى عنه عليه السلام عن عطية الوالد لولده ببينة قال عليه السلام اذا اعطاه في صحته جاز ونحوه خبر (٦) سماعة - وقريب منهما صحيح (٧) الحلبي - في ابراء المرثة من الصداق (ولكنها) تدل على اعتبار الصحة في هبة الوالد لولده و ابراء المرثة من الصداق - ولا تختص بمرض الموت - ولا بما زاد على الثلث - فهي غير

١-٢-٣-٤-٥-٦-٧- الوسائل باب ١٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١٣ - ١٦ -

١٥-١١-١٤

٢- الوسائل باب ٦٧- من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٣

٣- الوسائل-باب ١١- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١١

مربوطة بالمقام .

وصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه واوصى بوصية فكان اكثر من الثلث قال عليه السلام يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقى بدعوى ان الظاهر ارادة كون مجموع التنجيز والوصية اكثر من الثلث فاجابه عليه السلام يمضى العتق وان النقصان الذى فى الثلث يكون فى الوصية (ويرده) انه ليس فيه ما يشهد بارادة كون المجموع اكثر - الا افراد لفظ كان - بل الظاهر منه ارادة كون ما اوصى به اكثر من الثلث - وبه يظهر الحال فى حسنه (٢) الاخر قريب من هذا المضمون وقد استدل بعضهم بهما للقول الاول حتى ادعى صراحة الثانى منهما وقال انه غير قابل للتأويل .

وموثق (٣) الحسن بن الجهم عن ابي الحسن عليه السلام فى رجل اعتق مملوكا و قد حضره الموت واشهد له بذلك و قيمته ستمائة و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئا غيره قال عليه السلام يعتق منه سدسه لانه انما له منه ثلاثمائة درهم وتقضى عنه ثلاثمائة درهم وله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع (وفيه اولا) انه ظاهر فى الوصية لا للتنجيز بقريئة التعليل اذ لو كان المراد منه التنجيز كان المتعين التعليل بانه وان كان جميع العبد له الا انه ممنوع عن التصرف فى غير سدسه - لا التعليل بانه ليس له الا السدس والتعبير عن الوصية بالعتق لكونه سببه القوى بواسطة الوصية (وثانيا) ما فى المسالك قال ان الرواية واردة فى العتق فلا يلزم تعدى الحكم منه الى غيره - ودعوى - اولوية غيره ممنوعة بل هو قياس وبنائه على التغليب لا يدل على المطلوب وعدم القايل باختصاصه بالحكم على تقدير تسليمه لا يجوز قياس غيره عليه و (ثالثا) انه لم يفرض فيه المرض .

وبما ذكرناه فى هذا الموثق يظهر الجواب عن صحيح (٣) ابن الحجاج الطويل وصحيح (٤)

٢-١ - الوسائل باب ٦٧ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١-٢

٢-٣ - الوسائل باب ٣٩ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٤-٦

جميل عن ابي عبد الله (ع) فى رجل اعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال ان كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جازعته والا لم يجز و ظاهر الخبر انه ان كان قيمة العبد مثلى الدين جاز والا لم يجز - ولا يظهر لى وجه دلالة على ان العتق المنجز قبل الموت يصح فى الثلث دون الزايد عليه - وهناك روايات اخر قريبة من ما ذكر (فتحصل) انه لا دليل على القول بان المنجزات تخرج من الثلث - وعلى فرض التزلو تسليم دلالة بعض ما مر عليه بالاطلاق يقيد اطلاقه بما مر و يختص بالوصية - وعلى فرض تسليم دلالة ما مر على كونها من الثلث و عدم قابلية حملها على الوصية يقع التعارض بين النصوص - والترجيح للاخبار الاولى - للشهرة بين القدماء التى هى اول المرجحات - فالأظهر انها من الاصل .

ثم انه على القول بكونها من الثلث لا اشكال فى اختصاص ذلك بما (اذا مات فى مرضه) فلو تبرع منجزا فى حال المرض بما يزيد على الثلث ثم برأ من مرضه صح تبرعه ولا يتوقف على اذن الورثة وان مات بعد بمرض آخر او بغير مرض بخلاف فيه بل عليه الاجماع لاصالة عدم الخروج من الاصل الاما دل عليه الدليل (وبه) يظهر ان الميزان فى المرض هو الذى يصدق عليه عرفا انه حضره الموت واتاه ونحو ذلك وان بقى اياما كما افاده صاحب الجواهر لاختصاص نصوصه بذلك - وليس المدار على المرض المخوف كى يبحث فى الطريق الى معرفة المخوف لعدم اخذه فى شىء من الاخبار .

ولو شك فى مورد انه هل يصدق العنوان الماخوذ موضوعا ام لا - يحكم بكونه من الاصل - لانه الاصل الثابت بمادل (١) على تسلط الانسان على ماله خرج عنه عنسوان صدقه مشكوك فيه من جهة عدم تمييز مفهومه و فى مثله يتمسك بعموم العام .

ثم ان الماخوذ فى الروايات هو العطية والابراء والعتق - وانما يتعدى عنها الى غيرهما من المنجزات بعدم القول بالفصل - وعليه فيتمين الانصرار على المتفق عليه وهو

ما جعله ضابطاً له فى المسالك قال ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض ولكن مع ذلك يبقى موارد مشكوك فيها كالصدقة المندوبة المراد بها السلامة - واما تزويج الميرثة نفسها باقل من مهر المثل فليس منها قطعاً - وكذا الاجارة باقل من ثمن المثل .

الفلس من اسباب الحجر

(السادس) من اسباب الحجر والمنع عن التصرف (الفلس) وهو قصور المال عن الوفاء بالدين وفى محكى القواعد المفلس من عليه ديون ولا مال له ينفى بها - وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع - وفى المسالك نسبة هذا التعريف الى اكثر الفقهاء - وعليه - فيكون المفلس ذلك وان لم يحجر عليه وانما يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس - من باب اطلاق اسم السبب على المسبب - فيجتمع الفلس والصغر .

(٩) كيف كان فانما (يحجر عليه) اى على المفلس (بشروط اربعة) وعن القواعد والتذكرة بشروط خمسة بزيادة المديونية لكنها ترجع الى الاول وهو (ثبوت ديونه عند الحاكم) الذى يريد ان يحجره لاصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت ولان الحجر انما يقع من الحاكم فمع عدم ثبوت الموضوع عنده ليس له الحجر (٩) الثانى - من الشروط (حلولها) اى حلول الديون - لانه لا يستحق الديان المطالبة مع عدم الحلول فلعل الله يحدث بعد ذلك امراً ويسهل له الوفاء عند استحقاق المطالبة (٩) الثالث (قصور امواله) من عروض ومنافع وديون غير المستثنيات فى الدين (عنها) اى عن الديون - وان لم تكن قاصرة فلا حرج اجمالاً كما عن جامع المقاصد وعند علمائنا اجمع كما فى المسالك - بل يطالب بالديون فان قضاها والا اجبره الحاكم بالقضاء - وان لم يقض تخير الحاكم مع طلب اربابها بين ان يحبسها الى ان يقضى المال وبين ان يبيع متاعه و يقضى به الديون - كما امر فى الممتنع عن اداء الدين - ولا يمنع فى هذه الحال من التصرف

في امواله فلو تصرف فيها قبل وفاء الحاكم نفذ تصرفه وان كان باخراجه عن ملكه - وينتقل حكمه ح الى حكم من ليس عنده مال - والمراد بامواله القاصرة ما يشمل الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته - لانها ملكه الان وان كان لاربابها الرجوع فيها - كما لهم المطالبة بالعوض وكما يحتسب تلك من امواله كك يحتسب اعواضها من ديونه (٩) الرابع (مطالبة اربابها الحجر) اذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم طلبهم ذلك الا ان تكون الديون لمن له الولاية عليه كاليتيم والمجنون وما شاكل - ولو طالب هو الحجر دون ارباب الدين - فعن التذكرة انه يحجر عليه - لان فيه مصلحة له ببرائة ذمته فكما يجاب الغرماء في ملتسمهم حفظا لحقوقهم يجاب هو ايضا ليسلم من حق الغرماء ومن الاثم بترك وفاء الدين - ولما روى (١) عن النبي (ص) انه حجر على معاذ بالتماسه خاصة - ولكن الاول وجه اعتباري لا يصلح مستندا للحكم الشرعي - والثاني ضعيف السند - فالأظهر انه لا يحجر عليه للاصل السالم عن المعارض .

المفلس اذا حجر عليه يمنع من التصرف في ماله

(١٥) اجتمعت الشروط - و (حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله مادام الحجر باقيا) باختلاف يعتد به في ذلك ونخبة القول فيه تقتضي البحث في امور .
١- مع اجتماع الشروط هل للحاكم الشرعي حجره من التصرف في ماله فيبطل تصرفه فيه ح ام ليس له ذلك المشهور بين الاصحاب هو الاول بل لم ينقل الخلاف عن احد سوى صاحب الحقائق رد فانه استشكل فيه بل حكم بانه ليس للحاكم ان يحجره ويمكن ان يستدل للمشهور بوجوه (منها) الاجماع عليه قديما وحديثا - فان تم ما افاده المحدث البحراني من عدم ظهور شيء من الروايات في ذلك كان الاجماع المذكور حجة قطعا (ومنها) انه لا ريب في ان ذلك من وظائف قضاة الجور وحكامهم لما نرى و نسمع انهم يحجرون المفلس عن التصرف في ماله - وقد دلت النصوص (٢) المتضمنة

١- التذكرة ج ٢ - ص ٥٢

٢- الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي من كتاب القضاء

لجعله (ع) حاكم الشرع حاكما وقاضيا على ان له جميع الاحكام الجور من الوظائف والمناصب ومنها هذه الوظيفة وهذا المنصب (و منها) النصوص الخاصة - لاحظ خبر (١) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا (ع) كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامر به فيقسم ماله الحديث وتقريب الاستدلال به من وجهين - احدهما - قوله يفلس الرجل اذا لامعنى معقول له الا الحجر عليه - ثانيهما - قوله ثم يامر به فيقسم ماله - فانه ظاهر في رفع اختياره لو اراد التصرف في ماله على وجه يخرج عنه عن ملكه - بل لعله المراد من الحبس في خبر (٢) الاصبع بن نباتة عن امير المؤمنين (ع) انه قضى (ع) في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابي باع فقسمه بينهم - فان قوله بالحصص قرينة على كونه مفلسا - وامره بتقسيمه بنفسه قرينة على ارادة المنع من التصرف من قوله ان يحبس لا السجن - ومثله موثق - (٣) عمار عن الصادق (ع) فلا ينبغي التوقف في ان للحاكم ذلك .

٢- اذا حجر عليه الحاكم يمنع من التصرف في المال الموجود في حال الحجر - سواء كان بعوض او غيره على المشهور - وعن ظاهر الخلاف والغنية الاجماع على منعه من التصرف بماله بما يبطل به حق الغرماء (والوجه) فيه ان الحجر انما هو لحفظ المال للغرماء فحق الغرماء متعلق به فليس له التصرف فيه بوجه - مع - انه اذا كان له تسلط على المال بوجه خفيف عليه منه - نعم - لا وجه لمنعه من التصرف الذي لا يكون تصرفا في المال كالنكاح والطلاق والقصاص والعفو عنه وما شاكل مما ليس تصرفا في المال - ولا التصرف المحصل للمال كالاخطاب والاصطياد - واولى منهما الانتهاء و الشراء بضمن في الذمة والقرض ونحوها سيما على القول بتعلق حقهم بها ايضا فان هذه التصرفات ح لمصلحة الغرماء .

١-٣- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الحجر - حديث ١

٢- الوسائل - باب ١١ - من ابواب كيفية الحكم - من كتاب القضاء - حديث ١

وهل تصرفه الممنوع عنه ح كنصرف الراهن موقوف على اجازة الغرماء فيصح مع الاجازة - ام يكون باطلا رأسا وجهان بل قولان اظهرهما الاول للعمومات السليمة عن المخصص لان المتيقن من ما يستفاد من ادلة المنع من التصرف هو الاستقلال مع - انه يمكن ان يقال باستفادة الصحة مع الاجازة من عموم التعليل الوارد في النصوص (١) المبينة لحكم نكاح العبد بدون اذن سيده - بانه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز - اذ المستفاد منها ان كل عقد كان النهي عنه لحق الادمي يصح بحصول الرضا واجازة صاحب الحق وعلى الجملة - فالمنع حيث يكون لحق الغرماء - ولهم الاذن في التصرف - فلهم ان يجيزوا العقد الذي اوقعه - بناء على ما هو الحق من كون صحة الفضولي على القاعدة .

٣- (فلوا قترض بعده) اي بعد الحجر (اذا اشترى في الذمة اسم يشارك المقترض والبايع الغرماء) اذا كان عالما بحاله اتفاقا كما في المسالك - له - ولا قدمه على دينه حيث علم اعساره و تعلق حق الغرماء بامواله - و اما ان كان جاهلا فعن المصنف والمحقق والشهيدين والكركي انه كك - وقيل انه يجوز له فسخه واختصاصه بعين ماله - وقيل انه يضرب مسع الغرماء (وجه) الاول تعلق حق الغرماء الموجودين عند الحجر بامواله وان كانت متجددة بناء على تعلق الحجر بالمتجدد من ماله (ووجه) الثاني عموم قوله (ع) كما في الخبر الاتي صاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجد به بعينه (ووجه) الثالث ان له حقا ثابتا في الذمة فهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء - وانه قد ادخل في مقابل الثمن مالا فليضرب بالثمن اذ ليس فيه اضاغة على الغرماء - (اقول) اما تعلق حق الغرماء بالمال المتجدد - بدون تجديد الحجر عليه - ففي غاية الاشكال - للاصل بعد عدم اطلاق او عموم شامل له - بل المتجه عدم التعلق كما عن فخر المحققين كما ان المتجه عدم تعلق حق الغريم الجديد بالمال المحجور عليه لانه بعد الحكم بتعين صرفه في قضاء ديون الموجودين تبدل الحكم بشركة الجديد

معهم المستلزم للضرر عليهم خلاف الاصل يحتاج الى دليل وعلى ذلك فينتجه القول الثاني لا للعموم المذكور فانه في المال المحجور عليه بل لانه اذا كان عوضه حالا ولم يسلم المشتري يكون البايع له بالخيار وبه يظهر انه لو كان مؤجلا او كان قرضا لاحق له ايضا فيه قبل حلول الاجل - وبما ذكرناه يظهر ما في وجهي الثالث .

٣- (ولو اتلف مال غيره شارك صاحبه) مع الغرماء - كما في المتن وعن القواعد وجامع المقاصد والمسالك واستدلوا له بعموم الخبر الدال على الضرب وبان- الثابت هنا من المال بغير رضا صاحبه ولكن لم اعثر على خبر يدل على الضرب شامل للقرض- وثبت مال في الذمة بغير رضا صاحبه- لا يقتضي مشاركتهم مع الغرماء- فالظاهر ما عن الاردبيلي من عدم المشاركة وقواه صاحب الجواهر ره بل حاله حال من اتلف مال الغير ولا مال له.

مشاركة المقر له بالدين السابق مع الغرماء

٥- ولو اقر بدين سابق صح لمداد (١) على جواز اقرار العقلاء على انفسهم- و هل يشارك المقر له مع الغرماء كما في المتن حيث قال (وكذا لو اقر بدين سابق بعد حكمه) بمشاركة من اتلف ماله معهم- وهو المحكى عن الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع والمصنف في التذكرة والتحرير ام لا يشاركهم كما عن الارشاد وقواه الشهيد الثاني واختاره المحقق الاردبيلي ره وجهان .

وقد استدلل للاول (بان) الاقرار كالبيئة فكما انه مع قيامها لا اشكال في المشاركة كك مع الاقرار (وبانه) عاقل فينفذ اقراره للخبر وعموم الخبر في قسمة ماله بين الغرماء والمقر له احدهم (وبانتفاء) التهمة على الغرماء لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء (وبان) الظاهر من مال الانسان انه لا يقربدين عليه مع عدمه (واورد) عليها في المسالك بقوله ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى لانا قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل على انه جائز على غيره ولو شارك المقر له للغرماء

لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع ماله - ولا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في ماله الموجود والمشاركة تستلزم ذلك - ونمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع الاحكام و يظهر اثره فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينة واذا لم تكن القاعدة كلية لم تصلح كبرى للشكل الاول ولا ينتج المطلوب - والتهمة موجودة في حق الغرماء لانه يريد اسقاط حقهم باقراره وتحقق الضرر عليه لا يمنع من ايجابه الضرر عليهم و لا مكان المواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم انتهى .

اقول ان اخبار المقر بدين سابق ان كان واجدا لشرائط الحجية بان كان المقر ثقة - بناء على حجية خبر الواحد في الموضوعات - ثبت به الدين السابق فيشمله ما دل على شركة جميع الغرماء ومنهم المقر له على هذا في المال - وان لم يكن واجدا لشرائط الحجية فغاية ما يدل عليه خبر الاقرار نفوذه على نفسه لا على الغير (فان قيل) انه قد اشتهر بينهم حجية الامارة في مثبتاتها ومنها الاقرار - فاذا صار حجة ولو على نفسه يكون حجة في لازمه وهو ثبوت الدين واقعا وكون المقر له من الغرماء حين الحجر - و يترتب عليه مشاركته معهم (قلنا) انه لم يدل دليل على حجية الامارة في مثبتاتها مطلقا - وانما بنيانها على اجتماع القيد - احدهما كون الامارة حاكبة عن اللوازم والملزومات كما في الخبر - ثانيهما اطلاق دليل الحجية ومع فقد احد القيدين لا تكون الامارة حجة في مثبتاتها - وفي المقام القيد الاول وان كان موجودا - الا ان الثاني مفقود فان دليل حجية الاقرار مختص بما يكون عليه - ولا نظر له الى الجهات الاخر - 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 لادليل على حجية هذا الظهور ما لم يفد الاطمينان - كما ان مجرد انتفاء التهمة لا يكفي مع انه ممنوع (فالمتحصل) مما ذكرناه انه لو كان المقر ثقة يشترك المقر له مع الغرماء - والا فلا .

(٩) بما ذكرناه يظهر حكم ما (لو اقر بعين) فانه ان كان اخبار المقر واجدا

لشرائط الحجية بان كان المقرئفة (قدفع) العين (الى المقرله) والا - فلا - وفي المسالك واعلم ان جملة الاقوال في المسألة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة و هي اربعة - نفى نفوده فيهما - واختاره العلامة في الارشاد والشهيد و جماعة - واثباته فيهما وهو خيرة التذكرة - وثبوته في العين دون الدين ذهب اليه ابن ادريس - وبالعكس وهو ظاهر المصنف في الكتاب وان كان بعد ذلك تردد - وقد عرفت ان ما اخترناه وقويناه قول خامس في المسألة.

(٩) مما قدمناه يظهر ان (له اجازة بيع الخيار وفسخه) لان هذا التصرف اثر امر سابق على الحجر فلا يمنع منه - كما انه ظهر ان ما اشترطه المصنف ره من اعتبار الغبطة في الرد بالعيب السابق في غير محله.

اختصاص الغريم بعين ماله

٦- (٩) المعروف بين الاصحاب ان (من وجد) من الغرماء (عين ماله كان له اخذها دون نمائها وان لم يكن سواها) ان كان المديون حيا - بل لم ينقل الخلاف الا عن الشيخ ره في التهذيب والاستبصار والنهاية والمبسوط - فخص الاختصاص بما اذا كان وفاء بتجدد مال آخر للمفلس بارث او اكتساب او تكون الديون انما تزيد على امواله مع ضميمه الدين المتعلق بمتاع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه و المتاع من بين امواله صارت و افية بالديون او بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك بحيث لا ينافي القصور الذي هو شرط الفلس.

و يشهد للمشهور مضافا الى النبوى المروى في كتب الفروع اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو احق بها و نحوه غيره - اطلاق صحيح (١) عمر بن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يحاصه

الغرماء و صحيح (١) جميل عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال عليه السلام اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع و قال ليس للغرماء ان يحاصوه فتأمل - فان هذا الخبر غير مانحن فيه اذ هو في الميت وسياتي الكلام فيه فالعمدة هو الصحيح الاول .

و استدل لما ذهب اليه الشيخ بصحيح (٢) ابي ولاد عنه عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البائع متاعه له ان يآخذه اذا حقق له فقال عليه السلام ان كان عليه دين وترك نحو ما عليه فليآخذه ان حقق له فان ذلك حلال ولو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء ياخذ حصته ولا سبيل له على المتاع والمراد بالنحو هنا المثل بمعنى ان تكون تركته قدر ما عليه فصاعدا بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور (ولكن) مختص بالميت و عدم الفصل بينه وبين الحي غير ثابت بل خلافه ثابت اذ مضافا الى فتوى الاصحاب يمكن ان يقال ان الميت لا يبقى له ذمة فلا يناسب الاختصاص الامع الوفاء - و اما الحي فذمته باقية و الديون الباقية تتعلق بها فربما يتمكن من ادائها بعد ذلك باكتساب مال ونحوه - فماعن المشهور اظهر - ثم ان تمام الكلام بالبحث في جهات .

الاولى انه ليس في النصوص سوى احقيقه بماله ورده اليه و انه ليس للغرماء ان يحاصوه ولا يبدل ذلك على ان له الفسخ اللهم الا ان يقال بقرينة فهم الاصحاب ان المتفاهم عرفا من اخذ عين ماله ان له الفسخ فتدبر .

الثانية انه لا اختصاص له بنماء ماله - فانه للمديون لكونه نماء ماله والنص دل على اختصاصه بعين ماله فالنماء حكمه حكم ساير امواله .

الثالثة ان المعروف بين الاصحاب ان له ان لا يأخذ عين ماله فيضرب مع الغرماء والنص دال على خلاف ذلك فانه يدل على اختصاصه بعين ماله وانه ليس له

غيرها فلاوجه لضربه مع الغرماء - اللهم الا ان يقال - ان قوله كَيْفَ رد الى صاحب المتاع نظير الامر الوارد مورد توهم الحظر لاستفاد منه ازيد من ان له ذلك فيبقى اطلاق ادلة الضرب مع الغرماء سليما عن المقيد - وعليه - فايراد صاحب الحدائق ره على الاصحاب في غير محله .

الرابعة اختلفوا في ان الخيار الثابت له هل هو على الفور او التراخي - ففي المسالك منشأهما اطلاق النص بثبوته فيستصحب الى ان يثبت المزيل - ووجوب الوفاء بالعقد وبناء البيع على لزوم فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعا - وربما يقال على القول بثبوت خيار الفسخ لصاحب المتاع كما هو المشهور - يدخل المفهوم في كبرى كلية مذكورة في الخيارات وغيرها من المباحث المتقدمة وهي انه اذا ورد عام له عموم افرادي وعموم ازماني او اطلاق كك - وخرج عنه بعض افراده في بعض الازمنة - وشك بعد مضي الزمان المتيقن خروج الفرد عن العام فيه - انه هل الحكم الخاص باق ام الثابت هو الحكم الثابت بالعموم - وحيث ان المختار في تلك المسألة هو الرجوع الى العام مطلقا اي كان له عموم ازماني او اطلاق كك ولا يرجع الى الاستصحاب في ذلك المورد - فمقتضى القاعدة هو البناء على ان الخيار للفور - وليس بازاء ذلك ما يدل على ثبوت الخيار بنحو الاطلاق لما مر من انه لو بنى عليه فهو المستفاد من ان له اخذ عين ماله - الملائم مع كون الاخذ وفاء (ولكن) يرد عليه انه مع تسليم دلالة الامر بالرد على الخيار - حيث ان مقتضى اطلاقه ان له الاخذ في اي وقت شاء - فلازمه ثبوت الخيار بنحو الاطلاق - وبه يرفع اليد عن عموم ما دل على لزوم العقد لان اطلاق المقيد مقدم على اطلاق المطلق فالأظهر انه على نحو التراخي والله اعلم .

(و لو خلطها بالمساوي) كما لو اشترى زيتا فخلطه بمثله (١٩) لا دون فله عين ماله (لوجود عين ماله فيقسم ح بينه وبين المفلس (٢٠) الا) بان خلطها بما هو اجود منها (٢١) عن الشيخ وفي المتن (الضرب مع الغرماء) واستدل له بانها ح كالتالفة بالاختلاط

وعدم التمكن من القسمة للأضرار بالمفلس - ويرده - ان عين ماله موجودة على الفرض فله فسخ عقده بمقتضى اطلاق النص فيشترك مع المفلس فيجوز ح قاعدة الشركة - وبعد تشخيص حقه عينا او قيمة ياخذ ماله .

السادسة (ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة) و انما له الاختصاص اذا ترك الميت نحو ما عليه فيجوز ح لصاحب العين اخذها - لما مر من ان ذلك مقتضى الجمع بين صحيح ابي ولاد ومرسل جميل - ثم ان مقتضى اطلاقهما عدم الفرق في هذا الحكم بين ان يموت المديون محجورا عليه ام لا - وان الموت بمنزلة الحجر .

السابعة (ويخرج الحب والبعض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص) لاستحالة ماله في ملك المشتري فلا يكون عين ماله قائمة .

الثامنة (٩) لوباع شقصا وفلس المشتري - كان (لشفيح اخذ الشقص ويضرب البايع مع الغرماء) فها هنا فرعان - احدهما - انه يقدم حق الشفيح على البايع ووجهه اسبقية حقه من حق البايع لان حقه ثبت بالبيع وحق البايع يثبت بالحجر - وان شئت قلت ان غاية ما يدل عليه النص انه ليس للغرماء محاصة البايع مع بقاء العين ودليل الشفعة يدل على ان للشفيح عدم ابقاء العين فيكون دليلها صالحا لرفع موضوع هذه النصوص فيقدم - الثاني - انه لا اختصاص للبايع بالثمن بل يكون فيه اسوة مع الغرماء و وجهه ظاهر فان الثمن ليس عين ماله .

عدم جواز مطالبة المعسر

(مسائل الاولى) - لو افلس بثمان ام الولد بيعت او اخذها البايع الثانية لاتحل

مطالبة المعسر) بل ينظر الى ميسرة - بلا خلاف فيه في الجملة - ويشهد به من الكتاب قوله تعالى (١) «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» ومن السنة نصوص كثيرة لاحظ

الخبر (١) المتضمن لو وصية الامام الصادق (ع) الطويلة اياكم واعسار احد من اخوانكم المسلمين ان تعسروه بشيء يكون لكم قبله وهو معسر فان ابانا رسول الله (ص) كان يقول ليس لمسلم ان يعسر مسلما ومن انظر معسرا اظله الله يوم القيمة بظله يوم لا ظل الاظله - ومرسل (٢) ابن سنان عن النبي (ص) لا يحل لغريمك ان يمظلك وهو موسر فكك لا يحل لك ان تعسره اذا علمت انه معسر - ونحوهما غيرهما .

انما الكلام (٩) الخلاف - في انه ان كان قادرا على كسب المال - فهل لا يكون له (الزامه بالتكسب) كما هو المشهور بين الاصحاب بل ارسله بعضهم ارسال المسلمين وعللوا به عدم وجوب قبول الهبة ونحوها - ام يجوز الزامه به كما عن جماعة من المتأخرين - ام يجوز مؤاجرته خاصة كما عن ابن حمزة ومال اليه في محكي المختلف واختاره الشهيد. وفي الجواهر فالانصاف ان كلمات الاصحاب لا يمكن جمعها على معنى واحد بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها اربعة اقوال او خمسة (وقد استدل لما هو المشهور من عدم وجوب التكسب حتى بالنقاط مباح لا يحتاج الى تكلف - بالاصل - و ظاهر الآية الشريفة والخبار وهي مأمرة - وخبر (٣) غياث عن الصادق (ع) ان عليا (ع) كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (ولكن) الاصل لا يرجع اليه بعد الامر بقضاء الدين فانه ان وجب وجبت مقدمته - واما الآية الكريمة فهي تدل على وجوب الانظار الى الميسرة واما ان تحصيلها واجب او غير واجب فهي ساكتة عنه - وبه يظهر حال الاخبار بل لو قيل بظهورها في وجوب التكسب بجعل حتى فيها تعليلية لم يكن بعيدا (والاظهر) وجوب التكسب عليه ويشهد به مضافا الى انه مع تمكنه من الاكتساب يكون قادرا على اداء الدين فيجب عليه مقدمة له - خبر (٤) السكوني روى عن الصادق (ع) ان عليا (ع) كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم وآجروه وان

شتم استعمالوه - وان كان فيه اشكال - من جهة ما عن الحلبي من انه مخالف لاصول مذهبنا ومحكم التنزيل (ولعل) نظره الشريف الى ان الامر في الآية بالنظر وكذا في الخبر ينافي استعماله في الدين ومؤاجرته - وكذا تخلية السبيل التي في خبر غياث.

نعم لاختلاف (و) لا اشكال في انه (لا) يلزم بيع دار سكناء ولا عيّد خدمته (وعن المبسوط والغنية والتذكرة الاجماع عليه لحسن (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام لا تباع الدار ولا الجارية في الدين لانه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه وصحيح (٢) المحاربي عنه (ع) لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين وخبر (٣) عثمان بن زياد قلت لابي عبدالله (ع) ان لي على رجل ديناً وقد اراد ان يبيع داره فيقضيني فقال ابو عبدالله (ع) اعيدك بالله ان تخرجه من ظل رأسه (فما) يظهر من خبر (٤) سلمة بن كهيل من لزوم بيعها - لا بد من حمله على الموسر المماطل او على الزايد عن قدر الحاجة - او التقية - او نحو تلكم (ثم ان) الظاهر من التعليل في الحسن نظراً الى انه يعمم ويخصص - ثبوت الحكم في كل ما يحتاج اليه في المعيشة - وايضا - عدم استثناء الدار اذا كانت الحاجة اليها من حيث الشرف لامن حيث الاضطرار - كما لو كان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكناء فيها - فعليه ان يبيع داره المملوكة (نعم) اذا كان ذلك حرجاً ومشقة لا يبيع لادلة نفى العسر والحرج - فالمتحصل مما ذكرناه استثناء كل ما يحتاج اليه في المعيشة - وما في بيعه حرج ومشقة وعسر .

(الثالثة لا يحل بالحجر المؤجل) بلا خلاف الا عن الاسكافي - لعدم الموجب للحلول - الا القياس على الموت (ولو مات من عليه حل) بلا خلاف ولا اشكال - ويشهد به نصوص - كخبر (٥) السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات حل الدين والصحيح (٦) المضمّر اذا مات فقد حل مال القارض ونحوهما غيرهما -

١-٢-٣-٤- الوسائل - باب ١١ - من ابواب الدين القرض حديث ١ - ٨ - ٣ - ٩

٥-٦- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب الدين القرض - حديث ٣ - ٢ -

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين السلم وغيره (فما) عن ابصاح الفخر وحواشي الشهيد من عدم حلول السلم بالموت - ضعيف - واضعف منه الاستدلال له بان للاجل قسطا من الثمن (ولا يحل) الدين (بموت صاحبه) اى من له الدين كما هو المشهور بين الاصحاب - بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين - لعدم الموجب - واما خبر (١) ابي بصير عن الصادق (ع) اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين - فلا عراض الاصحاب عنه لايتمد عليه .

ينفق على المفلس من ماله الى يوم القسمة

(الرابعة ينفق عليه من ماله الى يوم القسمة وعلى عياله) هكذا قالوا - وهو المشهور بينهم وعن غير واحد نفى الخلاف فيه وقد استدلل له (تارة) بفحوى ما دل على استثناء الدار والخادم فانه اذا كان الخادم مستثنى من جهة الاحتياج فالنفقة اولى بالاستثناء (واخرى) بما دل على استثناء الكفن - فانه بالاولوية يدل على استثناء الكسوة لان الحى اعظم حرمة من الميت - وبعدم القول بالفصل يثبت فى ساير النفقات الواجبة (وثالثة) بادلة وجوب النفقة وتقريب الاستدلال بها كما فى الجواهر انها ترجح على ما دل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الاصحاب (ولكن) يتوجه على الاول انه لا يدل على جواز اشتراء الدار والخادم من المال المحجور عليه كى يثبت فى النفقة بتنقيح المناط - وعلى الثانى ان الكفن يتعلق بعين المال بخلاف الكسوة و النفقة - وعلى الثالث انه يتم مع عدم الحجر - وامامه وتعلق حق الغراء بالمال الموجود فهو كمن لا مال له يسقط عنه وجوب الانفاق او يتعلق بذمته فاذا لادليل عليه سوى تسالم الاصحاب عليه وكفى به مدركا (ولو مات قدم الكفن) بلا خلاف يوجد (و استدلل) له

بصحيح (١) زرارة عن رجل مات وعليه دين بقدر كفته قال (ع) يجعل ماترك في ثمن كفته الا ان يتجر عليه بعض الناس فيكفونه ويقضى عليه مما ترك - وخبر (٢) السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال اول ما يبدا به من المال الكفن - ثم الدين - ثم الوصية - ثم الميراث وبمادل (٣) على ان الكفن من اصل المال (وفي الكل) نظر - اما الخبران فلانهما في المال الذي لم يتعلق به حق الغرماء فاذا حجر عليه ثم مات لا يدل الخبران على تقديم الكفن على الدين - وبعبارة اخرى - انه تارة لم يتعلق حق الديان بالمال وبالموت يتعلق به واخرى يكون الحق متعلقا به قبله - والخبران في الصورة الاولى دون الثانية وامامادل على ان الكفن من اصل المال فانما هو من مالا يكون متعلقا لحق الغير - ولا يحضرني وجه وجيه لتقديمه على ذلك الحق بل مقتضى القاعدة كونه ح من قبيل من مات ولا مال له - الا ان تسالم الاصحاب عليه يغنينا عن تكلف الاستدلال وحيث انحصر المدرك في الاجماع فيتعين الافتصار على المتيقن وهو الواجب منه كما لا يخفى .

يقسم المال على الديون الحالة

(الخامسة يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيم) فلو كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة وقد فلس لقصور ماعنده عن الحالة قسمت امواله على الحالة خاصة ولا يدخر منها شيء للمؤجلة بلا خلاف اذ الدائن لا يستحق شيئا قبل الاجل ولا يفسل لاجله كما مر في اول هذا الفصل ولوحلت قبل القسمة فعن التذكرة والروضة شاركت (واستدل) له - بان - اولى من المتجدد كارش الجناية وعوض الاتلاف (وبان) المقتضى للمشاركة موجود وهو كونه ديننا سابقا على الحجر وكان الاجل مانعا فاذا ارتفع عمل المقتضى عمله (ولكن يرد) على الاول ما تقدم من عدم المشاركة فيه - لولا الاجماع -

١-٣- الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١-٢

٢- الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١

وعلى الثاني - اولا - ان المقتضى غير معلوم في الاحكام الشرعية ولعله يكون الحلول دخیلا في المقتضى - وثانيا - انه في زمان امكان تأثير المقتضى لاموضوع كى يؤثر فيه لان المال تعلق به حق الغير قبل ذلك فلاوجه للمشاركة .

(ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم و مع القسمة يطلق)
لان المقتضى للمشاركة موجود و المانع مفقود اذ الجهل به لا يصلح للمانعة - فهل يبطل القسمة بنفسها وانه ينقضها - لاثمرة مهمة في البحث عن ذلك .

(و) هل (يزول الحجر بالاداء) كما في المتن والشرائع والمسالك والجواهر وغيرها ام يفنقر الى حكم الحاكم - وجهان (وجه) الاول ان الحجر عليه انما كان لحق الغرماء ليقسموا امواله الموجودة وقد حصل (وجه) الثاني انه لم يثبت الا باثبات الحاكم فلا يرتفع الابرقه - والظاهر هو الاول - لان حجره انما كان في خصوص الاموال الموجودة كمامر - فلا موضوع له كى يكون الحجر باقيا .

(السادسة الولاية في مال الطفل و المجنون للاب والجد له فان فقد فللوصى فان فقد فللحاكم وفي مال السفیه والمفلس للحاكم خاصة) وقد مر الكلام في جميع تلكم مستوفى في كتاب البيع في مبحث الولايات فلا نعيد الحمد لله اولا وآخرا .

الفصل الرابع في الضمان

وهو التعهد المالى - الذى هو المراد منه في جميع موارد استعماله بل سائر موارد استعمال مشتقاته - واليه يرجع ما قيل انه عبارة عن ادخال المضمون في عهدة الضامن - وله قسمان - احدهما ضمان اليد و التلف والا تلاف - ثانيهما الضمان الانشائى - ومحل الكلام هو الثاني - اما الاول فقد مر البحث فيه في كتاب الغضب .

ثم ان الضمان الانشائى لا ريب في مشروعيته في الجملة نصا وفتوى كما ستعرف - وحيث انه من المعاملات وبناء العقلاء والشارع على عدم الاعتناء بالاعتبارات النفسانية

مالم تبرز بمبرز خارجي من لفظ او فعل فهو يتوقف كسائر المعاملات على الايجاب و القبول او الايجاب خاصا والكلام فيما يعتبر فيهما هو الكلام فيما يعتبر في سائر العقود والايقاعات التي لم يرد نص باعتبار شيء خاص فيما تنشأ به وقد اشبعنا الكلام فيه في كتاب البيع .

انما الكلام في المقام في الاحكام المختصة بالضمان الانشائي - وتنقيح القول فيه بالبحث في موضعين - الاول في الضامن وتام الكلام فيه في طي مسائل .

الاولى - (وانما يصح) الضمان (اذا صدر من اهله) اي البالغ العاقل المختار فلا يصح ضمان الصبي والمجنون والمكره عليه - لما مر في كتاب البيع وغيره من كتب المعاملات (وهل) يعتبر كونه عالما بالمضمون له والمضمون عنه كما عن الشيخ في المبسوط والمقداد في التنقيح - ام لا يعتبر ذلك فيصح مع الجهل كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن التذكرة لو ضمن الضامن عن من لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا - ام يعتبر معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له كما عن المصنفه في المختلف وجوه - والظاهر هو القول الثاني للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي ذلك (واستدل) للاول في محكي المبسوط بانه يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة ام لا - ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر - ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق بذلك عليه ام لا (ويرد) على الاول انه لا يعتبر العلم بانه سهل المعاملة ام لا قطعاً للاجماع على صحة الضمان مع معرفة المضمون له وان 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 ان الضمان لا يتوقف على استحقاق المضمون له لذلك (واستدل) للثالث في محكي المختلف - بان المضمون عنه لا بدو ان يتميز عند الضامن ويتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه وذلك يستدعي العلم به - وبالمنفقول (١) من ضمان امير المؤمنين عليه السلام عن ميت امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة عليه - والمنقول (٢) من ضمان ابي قتادة الدinari عن آخر (ولكن) الاول مصادرة محضة لان

هذاعين المدعى - واما الخبران وان ذكرهما الشيخ في محكى الخلاف الان الظاهر انهما عاميان - وعلى فرض صحة سندهما فهما متضمنان لقضيتين في واقعتين ولعلمهما كانا لايعرفان المضمون عنه ايضا ولذا استدل بهما الشيخه للقول الاول - وان كان الصحيح عدم دلالتهما على شىء من الاقوال (فلا يظهر) عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه ولا المضمون له - نعم يعتبر ان يكون كل منهما معيناً خارجياً - فلا يصح الضمان عن المردد المبهم ولا له - لما مر مراراً من ان المردد من حيث هو مردد لاحقيقة له ولا وجود .

في اعتبار رضا المضمون له

الثانية (ولا بد من رضا الضامن) اتفاقا (والمضمون له) كما هو المشهور بين الاصحاب اما اعتبار رضا الضامن فهو من الواضحات فان اشتغال ذمته بدین بدون رضاه منافی لقاعدة السلطنة وغير هامها هو ثابت في الشرع (واما) رضا المضمون له - فيمكن ان يستدل لاعتباره بوجوه - ١- الاجماع المحكى عن التحرير وفي الجواهر ادعاء كونه من قطعيات الفقه وضرورياته - ٢- ان الضمان من العقود لا الايقاعات لانه مر كب من نقل الضامن ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة نفسه وقبول المضمون له تبديل ما يملكه من ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فكما ان نقل ملكه الخارجى متوقف على قبوله كك نقل ما في الذمة - فما - عن الايضاح والمحقق الاردبيلي من عدم اعتبار القبول العقدى لانه التزام واعانة للمضمون عنه و توثيق للمضمون له - واضح الضعف -- وعلى هذا فيعتبر رضاه باعتبار انه طرف المعاملة - ٣- انه لو سلم كونه من الايقاعات دون العقود لكن نفس انتقال ما يملكه المضمون له من ذمة الى ذمة منافی لقاعدة السلطنة - ولذا افاد العلمان اللذان قالوا بانه ليس من العقود باعتبار رضاه - ٤- النصوص الخاصة - كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء

فقال (ع) اذارضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت - ونحوه غيره -
ونقل عن الشيخ ره قول بعدم اعتبار رضا - محتجا بان عليا عليه السلام و اباقتادة
ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له - وربما استدل
له بموثق (١) اسحاق عن الصادق (ع) فى الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال له
وليه على دينك قال عليه السلام يبرئه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وموثق (٢) ابن الجهم عن ابي
الحسن عليه السلام عن رجل مات وله على دين وخلف ولدا رجلا ونساء وصبيانا فجاء رجل
منهم فقال انت فى حل مما لايى عليك من حصتى وانت فى حل مما لاخوتى واخواتى
واناضامن لرضاهم عنك قال عليه السلام يكون فى سعة من ذلك وحل قلت و ان لم يعطهم
قال ذلك فى عنقه قلت فان رجعت الورثة على فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك فى الحكم
الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت فى حل منها اذا كان الذى ملك يضمن لك عنهم رضاهم
الحديث - وبصحيح (٣) الخثعمى عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده المال
ودفعة ياخذ منه بغير اذن صاحبه قال عليه السلام لا ياخذ الا ان يكون له وفاء قلت ارايت ان
وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذى يضمنه ياخذ منه قال عليه السلام نعم
(ولكن) يرد على الاول مضافا الى ما مر من ضعف سند الخبرين المتضمنين لتينك القضيتين
انهما يبدلان على وقوع الضمان خارجا الذى عرفت انه مركب من الايجاب والقبول
فلا محالة كان المضمون له فى كل من ذينك الموردين حاضرا و راضيا بذلك -
اضف الى ذلك ان كلامنا الخبرين متضمن لقضية فى واقعة لا يظهر لنا حالها مع
الاغماض عما ذكرناه فلا يصح الاستدلال باطلاقهما - واما موثق اسحاق فهو مطلق بغير
اطلاقه بما مر - و اما موثق ابن الجهم فليس ما تضمنه من الضمان المصطلح - لانه

١ - الوسائل - باب ١٤ - من ابواب الدين والقرض حديث ٢

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب كتاب الودعة حديث ١

متضمن لضمانه رضاهم عنه وان ذلك موجب لحصول البرائة - وحيث انه مخالف للاجماع والضرورة فيتعين تاويله وح - فيدور الامر بين ان يراد به الضمان المصطلح بدون رضا المضمون له - او ارادة ذلك مع رضاه ولكن لا بينة له على ذلك و ليس الاول اولى من الثاني^١ - واما صحيح الخثعمي فهو يدل على جواز الاخذ من الوديعة اذا لم يكن له مال وقد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه و من الواضح خروجه عن محل الكلام وكونه محمولا على اذن المودع (فتحصل) ان الاظهر اعتبار رضاه . نعم لا يعتبر رضا المضمون عنه كما هو المعروف بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه وذلك - للاجماع - ولما دل (١) على صحة الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه - ولما دل على عدم اعتبار رضا المديون في اداء دينه - فانه يدل بالفحوى على عدم اعتباره هنا - وللاصل بعد عدم الدليل على اعتبار رضاه - ولا ينافى ذلك مع قاعدة السلطنة كما لا يخفى (٩) يترتب على ذلك انه (يبرء المضمون عنه وان انكوه) اذ لو لم يعتبر رضاه لم يكن لانكاره اثر - فما - عن الشيخ وجماعة من بطلانه بانكاره ضعيف (ولكن) مع ذلك كله - الالتزام بصحة الضمان عنه وان لم يرض فيما اذا استلزم الضمان او الوفاء عنه ضررا عليه او حرجا - من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لثانته كما اذا تبرع وضيع دين شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلا - مشكل - بل القول بعدم الصحة قوى - لقاعدتي (٢) نفى الضرر والحرج - فالأظهر هو التفصيل .

التعليق في الضمان

ثم ان المشهور بين الاصحاب اعتبار التنجيز في الضمان فلو علقه على شرط

١ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٢ - سورة الحج آية ٧٧ - الوسائل باب ٧ من ابواب احياء الموات

كان يقول اناضاً من لما عليه ان اذن لي ابي - او اناضاً من ان لم يف المديون الى زمان كذا او ان لم يف اصلاً - بطل - وقد استدلوا على ذلك بما استدلوا به على اعتبار التنجيز في العقود و الايقاعات مطلقاً وذكرنا تلك الوجوه في كتاب البيع والاجارة و الجواب عنها ويظهر مما ذكرناه انه لا دليل عليه سوى الاجماع وان به يقيد العمومات، وانما الغرض من التعرض لذلك في المقام - انه ربما يقال انه لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً (واورد عليه) سيد العروة بان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك ثم قال نعم في مالو قال اناضاً من ان لم يف المديون الى زمان كذا يمكن ان يقال بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له لانه يصدق انه ضمن الدين على نحو الضمان في الاعيان المضمونة اذ حقيقته قضية تعليقية (و اورد) على ما افاده اخيراً جمع من المحشين بانه بعد القول بعدم تعقل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكناً او واقعا في هذا المثال - ثم ان تصحيح الضمان فيه لا يتم على اصلنا بل على قول العامة من انه ضم ذمة الى ذمة (اقول) الظاهر ان نظر السيد الى ما افاده بعض الاساطين - قال ان الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل الى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه الى تعليق الضمان - بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حدو تعهد العين الخارجية وعليه فالضمان فعلي واثره الانتقال الى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون كما ان اثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها - وعلى هذا فلا باس بما افاده ولا يبعد ان يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية -

لا يعتبر العلم بمقدار الدين

الثالثة - وقد ذكر جماعة من جملة شرائط صحة الضمان شرطين آخرين

احدهما - العلم بمقدار الدين - ومال في العروة الى التفصيل بين الضمان التبرعى فلا يعتبر والاذنى فيعتبر - واستدل للاول - بمادل على نفى (١) الغرر (٢) والضرر - ولكن يرد على الاول انه لا غرر ولا خطر اما في الضمان التبرعى فواضح واما في الاذنى فلانه لا يرجع الى المضمون له قبل الاداء وبعد الاداء يكون ما يرجع فيه معلوما فلا يلزم الغرر في مورد وعلى الثانى انه ضرر يقدم عليه ومثل ذلك لا يكون منقيا - فلا يظهر عدم اعتبار العلم به للعمومات العامة .

وعن المختلف الاستدلال للصحة مضافاً الى الاصل (ومراد به العمومات) - بعموم قوله تعالى - (٣) «وانابه زعيم» مشير الى حمل بعير والاصل عدم تعيينه - و قوله (ص) - (٤) - الزعيم غارم - (٥) ومارواه عطاء بن الباقى (ع) قال قلت له جعلت فداك ان على ديننا اذا ذكرته فسد على ما انا فيه فقال سبحانه الله او ما بلغك ان رسول الله (ص) كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلى ضياعه ومن ترك ديننا فعلى دينه ومن ترك مالا فاكله وكفالة رسول الله ﷺ ميتا ككفالته حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عنى جعلنى الله فداك - ولولم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذا باطل لا اعتبار به فامتنع من الامام (ع) الحكم بان النبى ﷺ كافل (ولكن) الاية الكريمة ليست مما نحن فيه - مع - انه 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 (٦) ضمان على بن الحسين (ع)

١- الوسائل باب ٢٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

٢- الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

٣- سورة يوسف اية ٧٣

٤- المستدرک باب ١ من ابواب الضمان حديث ٢-

٥- الوسائل - باب ٩ - من ابواب الدين والقرض حديث ٥

٦- الوسائل - باب ٥ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

لدين عبدالله بن الحسن - و حديث (١) ضمانه لدين محمد بن اسامة بدعوى انها
ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين قدره و كميته وقت الضمان - ولكنهما في
الضمان التبرعى - فالعمدة هي العمومات .

ثم ان ما ذكرناه من صحة الضمان مع عدم العلم بمقدار الدين انما هو اذا كان له
واقع معين - والا كمالو قال ضمننت شيئا من دينك فلا يصح - اذ المبهم من جميع الجهات
لا تحقق له - والظاهر ان مراد المصنف بما افاده في محكي التذكرة بان الصحة فيما
اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما - الا يمكن فيه
العلم كضمننت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولوا واحدا انتهى هو ذلك فلا يرد عليه ما قيل
من انه يصح وان لم يمكن العلم به فياخذ بالقدر المتيقن .

الثاني ان لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه - ولم
اظفر بما يمكن ان يستدل به له - الادعى انه اذا كان ذمته مشغولة بمثل ما للمضمون
عنه يكون ذلك من الحوالة التي هي قسم الضمان - وفيها انه لا يحيل المضمون عنه
مدينه على الضامن - كي يكون حوالة - فهو داخل في الضمان ويكون صحيحا فلا يعتبر
ذلك ايضا .

انتقال المال الى ذمة الضامن

الرابعة - لاختلاف (٩) لاشكال في انه اذا تحقق الضمان على الوجه المعبر شرعا
(ينتقل المال) من ذمة المضمون عنه (الى) ذمة (الضامن) و تبرأ ذمة المضمون عنه وعليه
الاجماع في كثير من الكلمات وفي الجواهر بل لعله من ضروريات الفقه - ويشهد به مضافا
الى ذلك ان حقيقة الضمان على ما مر ذلك فالمعاملة العقلانية الممضاة شرعا انما يكون
بهذا النحو - ومع ذلك نصوص الباب مشاهدة به لاحظ صحيح عبدالله بن سنان وموثقى
ابن عمار والحسن بن الجهم المتقدمة (٢) وغيرها فانها صريحة في ذلك و على هذا

فلا يصح الاستدلال لصحة ما عن الجمهور من ضم الذمة الى الذمة مع التصريح بذلك بالعمومات العامة كما في العروة (ويترتب) على ذلك انه لو ابرأ المضمون له ذمة المضمون عنه لم يقد شيئا لان ذمته بريئة - نعم لو ابرأ ذمة الضامن بـ ثاجمعا اما الضامن فلانه مشغول الذمة له فغير أذمته اذا ابرأه - واما المضمون عنه فلان الضامن انما يستحق الرجوع اليه بالاداء الذي قد انتفى محله بالبراءة .

ثم ان الضمان لازم من طرف المضمون له والضامن فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره لعموم ادلة لزوم العقد - وكذالا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه - ولكن يشترط في لزومه عليه ملائمة الضامن حين الضمان بان يكون مالكا لما يوفى به الدين فاضلا عن المستثنيات في البيع للدين او علم المضمون له باعساره (و) عليه (فان كان) الضامن (مليا او علم المضمون له باعساره وقت الضمان صح) والمراد بالصحة اللزوم كما ينه عليه بقوله (والا كان له الفسخ) والوجه في الخيار مع اعسار الضامن وعدم علم المضمون له بذلك - بعد الاجماع - الشرط الضمني الذي عليه بناء المتعاملين من جهة ان عقد الضمان مبني على تسهيل الامر والقصد منه استيفاء الدين من الضامن وانما يكرن ذلك اذا امكن الاداء منه بايساره وهو كون الضامن موسرا - وقد حقق في محله ان الشروط الضمنية كالشروط المذكورة تخلفها موجب للخيار - فيثبت له الخيار - وبهذا البيان يظهر ثبوت الخيار له - لو تبين كونه مما طامع يساره سيما مع عدم امكان اجباره ولو بالرجوع الى الحاكم ولو كان موسرا ثم اعسر لا يجوز له الفسخ لعدم الشرط الضمني - كما انه لو كان معسرا ثم ايسر وكان العلم بعد حصول اليسار لا يجوز له الفسخ فان الشرط الضمني هو اليسار وقت الاداء لاجل العقد - فتدبر .

ضمان الحال و المؤجل

الخامسة المشهور بين الاصحاب - بل (و) لاختلاف فيه - انه (يصح) الضمان

(مؤجلا وان كان الدين حالا وبالعكس) وتفصيل القول في المقام ان الصور المتصورة اثنى عشرة اذ الضمان اما حال او مؤجل - وعلى التقديرين اما عن حال او مؤجل - وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل الثاني مساويا للاول - او انقص او ازيد وعلى التقادير الستة اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه - وفي المسالك وكلها جائزة الا ان موضع الخلاف فيها غير محروس ولكن محل الخلاف محروس واضح فانهم اختلفوا في موارد .

١- في ضمان المؤجل حالا وانقص من اجله فان المحكى عن الفخر والكرى عدم جوازه (و استدل له) بانه ضمان مالم يجب - وبان الفرع لا يرجع على الاصل وبان مشروعية الضمان على نقل الدين على ما هو عليه (ولكن) الاول مندفع بان المضمون هو الدين نفسه وهو ثابت والاجل انما هو من التوابع والحقوق فمع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط والثاني بانه قاعدة كلية لم يدل دليل عليها - مع - انه في الاصل ايضا اذا تراضيا واقعا العقد عليه يصح - والثالث - اولا بالنقص بضمن الحال مؤجلا وثانيا - بان الضمان حقيقة نقل الدين - اما اعتبار رعاية وصفه من التاجيل والتعجيل فلا دليل عليه والاطلاقات تشهد بعدم اعتباره .

٢- في اعتبار الاجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم - حكى ذلك عن المقنعة والنهاية والغنية (واستدل له) بالاجماع الذي ادعاه السيد ابن زهرة (ولكن) المعروف من الاكثر عدم اعتباره قال الحلبي وقد بوجده في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا باجل والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا باجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون اجل وكذا اذا اطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده انتهى ومقتضى هذا الكلام اتفاقهم على عدم اعتبار الاجل فيه بهذا المعنى - فلا يظهر عدم اعتباره .

٣- في ضمان الحال حالا - والمؤجل بمثله اجلا - فعن المختلف الاشكال فيه

نظرا الى ان الضمان مبني على الارفاق ولا رفاق في هذين الموردين (وفيه) عدم انحصار فائدته بالارفاق - مع ان كون الارفاق معتبرا على وجه يقتضي البطلان بدونه يحتاج الى دليل ولم نجده . والاطلاقات تدفعه .

ثم انه بقي الكلام في امور (الاول) لو ضمن المؤجل حالا - او نقص باذن المضمون عنه كك او مطلقا - فهل يكون الدين على المضمون عنه كك كما عن التنقيح او انه لارجوع للضامن عليه وان ادى الابدان قضاء الاجل الاصلى للدين كما عن المختلف وظاهر التحرير والتذكرة والشهيد الثاني او يفصل بين الاطلاق و التصريح فيحل اجله بالثاني دون الاول كما عن بعض المتأخرين وقواه في الجواهر (وجه) الاول - ان الضمان في حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته - وان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلتنا وله التعجيل الذي قد عرفت اقتضائه ذلك (ووجه) الثاني ان حلول الاجل يتوقف على سبب والاذن في الضمان حالا فضلا عن الاطلاق يقتضي الحلول بالنسبة الى ذمة الضامن واما بالنسبة الى ذمة المضمون عنه فهو اعم من ذلك فلا يكون مقتضيا له (ووجه) الثالث ان ما ذكر وجها للثاني يتم مع الاطلاق واما مع التصريح بالتعجيل - فهو يقتضي الحلول (والاظهر) هو الثاني فان التصريح بالتعجيل اذن في اداء الدين معجلا - لا في استحقاق الدائن ذلك حتى يكون مقتضيا للتعجيل - واما ما ذكر في وجه الاول فيرد الاول منهما ان كون الضمان في حكم الاداء لا يقتضي ذلك اذ اداء الدين المؤجل لا يغير اجل الدين ولا يصير سببا لصيرورته حالا - ويرد الثاني منهما انه مصادرة محضة - مع انه لو تم لاقتضى القول الثالث - فالمتحصل اقوائية الثاني .

الثاني لو ضمن الدين الحال مؤجلا فهل الاجل للدين او الضمان وتظهر الثمرة لو ادى الضامن قبل الاجل فانه لا يستحق الرجوع على الاول - بخلاف الثاني - والظاهر هو الاول فانه اذا رضى المضمون له بتأخير الاداء فهو مؤجل للدين وبعبارة اخرى ان الدين الحال انما هو مافي ذمة المضمون عنه وقد انتقل عن ذمته وبرأت ذمته منه

وثبت في ذمة الضامن مؤجلا - نعم الضامن واسطة في ثبوت الاجل للدين .
 الثالث لو كان حالا فضمنه مؤجلا سقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن
 الا بعد الاجل اجماعا - فلو مات الضامن حل واخذ من تركته ورجع الورثة على المضمون
 عنه كما لا يخفى .

رجوع الضامن على المضمون عنه

السادسة (ويرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن بسؤاله والا فلا)
 بالاخلاف في ذلك في الجملة - ونخبة القول في المقام انه - تارة يكون الضامن باذن
 المضمون عنه - واخرى يكون بغير اذنه - وعلى التقديرين تارة يكون الاداء باذنه -
 واخرى يكون بغير اذنه - ولو كان الضامن باذنه قد يكون مع التصريح بالمجانبة -
 وقد يكون بدونه ولو كان الضامن بغير اذنه والاداء معه - فقد يصرح بالرجوع اليه -
 وقد لا يصرح بذلك .

فان كان الضامن باذنه لامجانا يرجع الضامن الى المضمون عنه اذن في الاداء
 اولم ياذن - وذلك لانه وان كان عقد الضامن لاقتضاء بالنسبة اليه - وليس هناك يدولا
 اتلاف - الا انه قد مر في كتاب الاجارة ان الامر بالعمل او الاذن فيه - واستيفاء المال
 او العمل لامجانا من اسباب الضمان وعليه فلو اذن في الضمان يكون ضامنا لما يؤديه الضامن .
 وان كان الضامن بغير اذنه - او مع الاذن به مجانا - فان كان الاداء بغير اذنه
 لا اشكال في انه لا يرجع اليه لعدم الموجب للضمان فان قيل ان مال المسلم وعمله
 محترمان لا يذهبان هدا - قلنا - قد مر في كتاب الغصب ان قاعدة الاحترام ليست
 من القواعد المضمنة - فان قيل ان خبر (١) الحسين بن خالد قلت لا يبي
 الحسن (ع) قول الناس الضامن غارم قال فقال (ع) ليس على الضامن غرم الغرم
 على من اكل المال - باطلا فله يدل على الضمان - قلنا ان اتفاق الاصحاب على عدم

الضمان مع عدم الاذن في الضمان ولا في الاداء يوجب تقييد اطلاقه فيحمل على صورة الاذن. واما ان كان الضمان بدون الاذن والاداء معه فان لم يصرح بالرجوع اليه فلا كلام يعتد به في عدم الضمان ايضا - انما البحث فيما لو قال ادما ضمنت وارجع به على (فقد يقال) انه لا يكون ضامنا بالاداء لان مرجع القول المزبور الى الموعد الذي لا يجب الوفاء به - ولان الضامن لما اشتغلت ذمته بالضمان وبرأت ذمة المضمون عنه فالاداء واجب عليه ونفعه عائد اليه فالامر بالاداء لا يوجب الضمان لكونه امر اباداء ماعلى المؤدى نفسه والعائد نفعه اليه وهذا لا يصلح لجعل عوض بازائه فقله - وارجع به على لا يكون مضمنا (ولكن) يتوجه على الاول ان الوعد ان كان امر بالعمل واستيفاء للمال بوجب الضمان لا بمانه وعد - بل للكبرى الكلية المتقدمة المشار اليها آنفا - وعلى الثانى ان جعل العوض بازاء ما يعود نفعه الى الغير لا اشكال فيه وليست حقيقة المعاوضة مقتضية لدخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه - ولذا - لو اباح المالك ماله لزيد بازاء عوض في مال بكر كان ذلك اباحة معاوضة صحيحة والمقام من هذا القبيل - فالمتحصل مما ذكرناه انه يرجع الضامن الى المضمون عنه لو كان الضمان باذنه لامجانا مطلقا - ومالو كان الضمان لا باذنه - والاداء باذنه بشرط التصريح بالرجوع اليه .

ثم انه يترتب على ما ذكرناه امران - احدهما - انه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فيما له ذلك - الابداء مال الضمان كما هو المشهور بين الاصحاب ثانيهما - انه يرجع اليه بمقدار ما دى - لان ذمة الضامن وان اشتغلت حين الضمان - الا - ان ذمة المضمون عنه لا تشتغل الابداء وبمقداره - وللنصوص الخاصة - لاحظ - خبر (١) عمر بن يزيد عن ابي عبد الله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمنا ثم صالح عليه قال (ع) ليس له الا الذى صالح عليه ونحوه غيره - فان الاستفادة من هذه النصوص ان ليس للضامن الا ما خسر - وعلى هذا فان ابرء المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع الى المضمون عنه اصلا - ولو وهبه ما في ذمته فهل هو كالابراء ام لا - وجهان

اظهرهما الثانى بناء على صحة هبة مافى الذمة وعدم رجوعها الى الابرء ولا يخفى وجهه ولو امر الضامن المضمون عنه باداء الدين فاداه فالمضمون عنه يصير ذمته مشغولة للضامن بالاداء كما امر والضامن يشتغل ذمته للمضمون عنه بامره اياه بالاداء بل به - فيتها تران . و اشكال صاحب الجواهر ره فى اشتغال ذمة الضامن بالقول المذكور فى غير محله - كما يظهر مما اسلفناه .

السابعة (ولا يشترط العلم بمقدار المضمون به) كما عرفت عند ذكر شرائط صحة الضمان مفصلا (و) على هذا فان ضمن ما على المضمون عنه مع الجهل به يجب على الضامن اداء ما ثبت كونه عليه فلا (يلزمه) الا (ما تقوم به البيئة خاصة) من انه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد اعدم تعلق الضمان به ولا يكفي اقرار المضمون عنه لان اقراره على نفسه جائز دون الضامن - ولا يحلف المضمون له لورد اليمين من المضمون عنه لان النزاع و الخصومة ح بين الضامن والمضمون له فرد اليمين من المضمون عنه لا اثر له (نعم) لو كان رد الحلف من الضامن يثبت عليه ما حلف عليه . وبما ذكرناه يظهر مافى الاقوال الاخر (منها) ما عن ابي الصلاح وابن زهرة من لزوم ما اقربه الغريم ايضا (و منها) لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد كما عن المفيد (و منها) تقييده برضاء الضامن و هو قول الشيخ .

ضمان الاعيان

الموضع الثانى فى المضمون - قالوا (ولا بد فى الحق) المضمون (من) الثبوت سواء كان لازما) كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار (او آثلا اليه) كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل و كمال السبق و الرماية - و الثمن فى مدة المخيار (وملخص) القول فى المقام بنحو يظهر ما هو المختار وما يرد على القوم ان القدر المسلم المتفق عليه بينهم هو ضمان مافى الذمة اى ضمان شخص لما هو ثابت فى ذمة آخر - واما ضمان الاعيان المضمونة كما لو غصب شخص مال آخر فيضمن

بشخص آخر عين ذلك المال - وضمان الاعيان غير المضمونة كالامانة كما لو ضمن شخص الامانة التى عند الشخص الآخر فقد وقع الخلاف فيهما بين الفقهاء وهناك قسم آخر لم يتعرض له الفقهاء وهو ضمان الاعيان التى تكون عند اصحابها كمالوال الناس فى متاجرهم وحكم هذا القسم حكم القسمين الاخيرين (و محصل) ما ذكروه فى وجه بطلان الضمان فى القسمين الاخيرين - واختصاصه بما فى الذم وجوه - وان اختص بعض الوجوه بالاول وبعضها بالثانى (الوجه الاول) انه لادليل على العموم و اخبار باب الضمان كلها واردة فى ضمان ما فى الذمة واردة لبيان احكام اخر و ليس فى شىء منها ماله اطلاق او عموم يمكن ان يتمسك به لمشروعية الضمان بقول مطلق - وما يروى (١) عن النبى ﷺ من ان الزعيم غارم قد عرفت انه ليس من اخبارنا بل يظهر من بعض الاخبار عدم ثبوته (و فيه) ان ادلة الضمان الانشائي المختصة به و ان كان لا اطلاق له يتمسك به الا ان مادل على نفوذ كل عقد و معاملة عقلائية - كاية (٢) تجارة عن تراض - و قوله تعالى (٣) اوفوا بالعقود و غيرهما له اطلاق يشمل هذه الاقسام من الضمان باجمعها (الثانى) و هو مختص بالقسم الاول وهو ان المضمون عنه كالغاصب ايضا مكلف برد العين فلو قلنا بمشروعية هذا الضمان كان من قبيل ضم ذمة الى ذمة مع ان مذهبنا كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (و فيه) ان الضمان المصطلح فى ضمان ما فى الذمة هو الانتقال و هذا لا يوجب المنع من الضمان بالمعنى الاخر فى المقام الثابت بالعمومات فتأمل (مع) انه لا مانع من الالتزام فى المقام ايضا بالانتقال فيكون بقاء المال بيد الغاصب ح امانة غاية الامر يجب رده فورا الى المالك ولولم

١ - المستدرک باب ١ - من ابواب الضمان حديث ٢ .

٢ - سورة النساء آية ٢٩ .

٣ - سورة المائدة آية ٢ .

يقصر في الرد عليه و تلف في اثناء ذلك يكون ضمانه علي الضامن دون الغاصب ولو قصر يكون يده بقاء يد ضمان فيكون ضامنا من جديد (و بما ذكرناه) يظهر الجواب عن الثالث و هو ان الضمان نقل الحق من ذمة الي اخرى فلا ينطبق على الضمان بمعنى كون العين في العهدة (الرابع) ان ضمان الاعيان كان المراد به نقلها عن عهدة ذي اليد الى عهده او ضمها اليها يحتمل كونه من الاحكام الشرعية لامن الامور التي بيد الناس وضعا وفعلا ومع هذا الاحتمال لاوجه للتمسك بالعمومات (و فيه) ان المراجعة الى المرتكزات العقلية تدفع هذا الاحتمال فان العهدة و الذمة من باب واحد فكما ان مافى الذمة قابل للنقل و للضم - و كك مافى العهدة من الاعيان (الخامس) انه من ضمان مالم يجب فان الملتزم به مثلها او قيمتها في صورة التلف وقد اشتهر في الالسن عدم صحته (و فيه) ان الالتزام يكون العين في العهدة ليس من ضمان مالم يجب - مع - ان ضمان مالم يجب انما يكون باطلا اذا كان المنشأ هو اشتغال الذمة بالبدل فعلا - و اما اذا كان المنشأ هو الاشتغال به بعد التلف فلا محذور فيه و تمام الكلام في محله (السادس) ان من اركان الضمان المضمون عنه وهو المدين و هو مفقود في الضمان في الامانة بل و في ضمان العين المنصوبة لانه ضمان ابتدائي لاعن الغاصب (و فيه) انه لايعتبر في الضمان وجود المضمون عنه - بل اركانه ثلاثة - الضامن - و المضمون له - و المضمون (فالمتحصل) ان مقتضى العمومات جواز الضمان بجميع اقسامه حتى ضمان العين التي بيد صاحبها وليس هناك مايمنع عنه فالظاهر هو الجواز.

ثم ان ضمان ما عند صاحبه يتصور على وجهين - احدهما الضمان بلا عوض - ثانيهما الضمان مع العوض كان يقول الضامن لصاحب المال اضمن لك العين سنة على ان تعطيني عوضا عن ذلك عشرة توامين عن كل شهر و الاظهر صحته بكلا قسميه .

و يترتب علي ذلك صحة عقد التأمين - فانه من قبيل ضمان الاعيان غير المضمونة

إذا المؤمن يضمن أى يتعهد ويدخل الشئ فى عهده وحيازته فى عملية التامين سواء كان ذلك من الاعيان الخارجية - او النفوس الحرة والمملوكة غاية الامر ليس ضمانا مجانيا بل بعوض معين يشترط على المؤمن له ان يدفعه دفعة او اقساطا - وقد اشبعنا الكلام فى ذلك فى الجزء الاول من كتابنا المسائل المستحدثة .

الضمان المستحدث

ثم انه قد تعارف فى هذا الزمان نوع من الضمان - وهو التعهد بدفع مبلغ الى من تعهد لثالث بعمل اذا تخلف عنه - وقد يعبر عنه بالكفالة (توضيحه) انه قد يتعهد شخص لآخر بناء دار مع خصوصيات تذكر فى شهرين مثلا - و يتفق الطرفان على ان يتعهد ثالث بدفع مبلغ معين لو تخلف المتعهد الاول عما تعهده - وذلك الشخص الثالث يقبل ذلك ويأخذ عمولة بازاء تعهده ولنعبر عن المتعهد الثانى بالضامن - وهذا الضمان ليس من الضمان المصطلح - وكيف كان فالكلام فيه يقع فى موارد - الاول فى الدليل على مشروعية هذا الضمان - والدليل عليها انه وان لم يكن داخلا تحت عناوين العقود الا انه قد عرفت ان مقتضى العمومات امضاء كل معاملة عقلائية وكل تجارة عن تراض مالم تكن مما دلت الأدلة على فسادها وعليه فبما ان هذا الضمان عقد عقلائي وتجارة عن تراض - وله اركان ثلاثة - الضامن - والمضمون عنه وهو المتعهد - والمضمون له وهو المتعهد له وكل منهم يستفيد من هذه المعاملة - اما الضامن فباخذه العمولة - واما المضمون له فلضمان حقه - واما المضمون عنه فواضح فيشملة دليل التجارة عن تراض وغيره وبترتب عليه انه يجوز للضامن اخذ العمولة .

وبه يظهر الحال فى المورد الثانى وهو وجه اخذ المضمون له المبلغ الذى تعهده الضامن لو تاخر المضمون عنه عن القيام بما توافق عليه مع المضمون له .

المورد الثالث فى وجه رجوع الضامن على المضمون عنه فيما دفعه عنه - ويمكن

ان يذكر له وجهان -١- تنزيل ذلك على الشرط الضمني - بتقريب ان المتعاملين بنائهم على ذلك وبما ان هذا البناء ارتكازي فهو بحكم الذكر في ضمن العقد فيرجع اليه بحكم الشرط -٢- ان من اسباب الضمان الامر المعاملى على ما حقق في محله وفي المقام بما ان ضمان الضامن انما يكون بامر ولو ضمنى من المضمون عنه فهو ضامن لما يخسره الضامن و يدفعه بمقتضى العقد الى المضمون له (ثم ان) الاصحاب في ابتداء عنوان المسألة يصرحون بانه يعتبر ان يكون المضمون ثابتا في الذمة و يختلفون في انه هل يشمل ذلك العمل في الذمة - او المنفعة فيها - وانه هل يختص ذلك بالثبوت للزومي ام يعم غيره كالثمن في زمان الخيار - وفي اواخر المسألة يذهب جماعة منهم الى صحة ضمان الاعيان المضمونة - ولم يتعرض احد للجمع بين هذين الكلامين المتهافتين .

ضمان العهدة

ثم ان الظاهر عدم الخلاف بين الاصحاب في جواز ضمان العهدة وهوان يضمن عهدة الثمن ودركه للمشتري اذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير او ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته مطلقا كما عن جماعة - او اذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما عن الآخرين (وحيث) انه من قبيل ضمان الاعيان فقد اشكل الامر على جماعة فلم يروا بدامن التمسك لصحة خصوص ذلك واستثنائه من ضمان الاعيان - بما افاده المصنف ره في محكي التذكرة قال وهذا الضمان عندنا صحيح ان كان البائع قد قبض الثمن الى ان قال - لاطباق الناس عليه في جميع الاعصار ولان الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقا للغير (ولكن) الاجماع موهون بقلة تعرض الفقهاء له - و الحاجة وان مست الى معاملته من لا يعرف - الا ان المعاملة معه صحيحة بمقتضى البدوان كشافي استحقاق الغير ليس بتلك الكثرة الموجبة لاستفادة جعل الشارع هذا الحكم - ولكن في فسحة من ذلك لما عرفت من صحة ضمان

الاعيان بل بناء على ما امر يصح ضمان درك الثمن للمشتري اذا حصل الفسخ بالخيار او التقايل - او تلف المبيع قبل القبض - وان كان المشهور بين الاصحاب عدم صحة هذا الضمان لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان مالم يجب وقدمر مافيه (نعم) اختلفوا في الفسخ بالعيب السابق او اللاحق في انه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان اولاً - فالمشهور بينهم هو الثاني وقد ظهر مما ذكرناه أن الاظهر هو الاول - فعلى ما افادوه (9) بنوا عليه - من صحة ضمان درك الثمن فيما اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير او كان العقد باطلا - دون مالمو فسخ بخيار قالوا (لو ضمن عهدة الثمن لزمه مع بطلان العقد لا بتجديد فسخه) وهو على مبناهم متين ولا يتم على ما قويناه - ومما ذكرناه يظهر حال كثير من الفروع فلا حاجة الى ذكرها .

الحوالة

(واما الحوالة) فهي احوالة المديون دائته الى غيره - او احوالة المديون مافى ذمته الى ذمة غيره و على هذا فلا ينتقص بالضمان لانه لا احوالة فيه - واما على ما افاده المشهور من انها تحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله - فينتقص طرده بالضمان - مع - ان اعتبار شغل الذمة ينافي ما يصرح به جماعة منهم من صحة الحوالة على البرىء - وكيف كان (ف) المشهور بين الاصحاب انه (يشترط فيها رضا الثلاثة) اى المحيل - والمحتال - والمحال عليه - بل عن الاردبيلي انه لم يظهر فيه خلاف وعن التذكرة نسبته الى اصحابنا - وعن المختلف الى علمائنا - وعن الشيخ الاجماع عليه - وفى الجواهر بالنسبة الى الاولين قال بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض او متواتر .

اقول اما رضا المحيل فيشهد لاعتباره ان المديون ومن عليه الحق مخبر فى جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً فلو اكرهه على ان يحيل فاحال بالاكره لم يقع الحوالة - وفى المسالك تبعاً للتذكرة قال ويستثنى من اعتبار رضا المحيل مالم يتبرع

المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه ان يقول المحال عليه املت بالدين الذى لك على فلان على نفسى فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه انتهى ويرده ان ما فرضه ليس من الحوالة بل هو من قبيل الضمان - وقدر عدم اعتبار رضا المضمون عنه الا فى بعض الفروض النادرة وبه يظهر ما فى مناقشة صاحب الجواهر ره فى صحة ذلك بالاجماع على اعتبار رضا المحيل وعدم الاطلاق لدليل صحة الحوالة بنحو يشمل الفرض .

واما المحتال فالوجه فى اعتبار رضاه ان حقه ثابت فى ذمة المحيل وانتقال ذلك الى ذمة المحال عليه بدون رضاه مناف لعدم جواز التصرف فى مال الغير بلارضا صاحبه وقاعدة السلطنة .

واما المحال عليه - فالمشهور بينهم اعتبار رضاه - وعن جماعة عدم اعتبار رضاه قيل وهو ظاهر المقنعة والنهاية - وعن المختلف الميل اليه - بل هو خيرة المقتصر والتنقيح و ايضاح النافع والمسالك والروضة - وعن بعضهم التفصيل بين ان يحوله بغير جنس ماعليه فيعتبر رضاه وبين ما لو حله بمثل ماعليه فلا يعتبر - وعن بعض التفصيل فى ما لو كانت الحوالة بمثل ماعليه بين ان يحوله عليه بما له عليه - وبين ان يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه على نحو الحوالة على البرى فيعتبر فى الثانى دون الاول (اقول) ان كانت الحوالة على البرى فلا اشكال فى اعتبار رضاه وهذا من الوضوح بمكان قال فى المسالك بعد بنائه على عدم اعتبار رضاه - يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريثا من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعا - و ان كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير جنس ماعليه - فالظاهر اعتبار رضاه اذ ذلك ح بمنزلة المعاوضة الجديدة فيعتبر رضا المتعاقدين وان كانت الحوالة على مشغول الذمة بمثل ماعليه - فقد (استدل) لا اعتبار رضاه - بان الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضا المحال عليه ولادليل على صحتها من غير رضاه - وبان اثبات المال فى ذمة الغير مع اختلاف الغرماء فى شدة

الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه - وباستصحاب بقاء المال فى ذمة المحال عليه للمحيل (ولكن) يتوجه على الاول ان مدرك صحة الحوالة لو كان منحصر فى الاجماع كان ما افيد تاما - وحيث ان ادلة اخرى من العمومات وخصوص اطلاق مادل على الحوالة تسدل عليها - ومعها لوجه للاخذ بالمتيقن فلا يتم - وعلى الثانى انه لا يثبت المال فى ذمة الغير بل يتصرف فيما يملكه وينقله الى غيره ففى الحقيقة يكون التبديل بين المالكين وليس هناك تصرف فى مال الغير - وعلى الثالث انه لا يرجع الى الاستصحاب مع الدليل . وقد يستدل على عدم اعتبار رضاه مطلقا - بان المحتال يقام مقام المحيل فى القبض بالحوالة فلا وجه لاحتياجه الى رضاه من عليه الحق كما لو وكله فى القبض منه او باع دينه على غيره (واورد عليه) بان ما فى الذمة ليس من قبيل العين الخارجية لا بتغير بتغير طرف الاضافة والاعتبار بل هو متخصص بطرفه فلا محالة بالحوالة يتبدل شخص ما فى الذمة الى شخص آخر فى ذمته مضاف الى المحتال ومن الواضح ان تبدل ما فى ذمة الانسان متوقف على رضاه ولا وجه لقياس ذلك بالتوكيل فى القبض الذى ليس فيه تصرف فيما فى الذمة (وفيه) ان الامر بالدقة العقلية كما افيد - الا انه بنظر العرف لا يعد ذلك تصرفا فى ذمة الغير بل اهل العرف يرون ان ما كان يملكه فى ذمته ملكه لآخر فكان شخص ما فى الذمة تبدل طرف اضافته - فلو قاسنا الملكية بالخيوط الذى احد طرفيها مشدود بالمالك - والآخر بالمملوك - يكون التملك بالغير حقيقته عندهم حل ذلك الخيط من مالك وشده بمالك آخر من دون ان يتصرف فى المملوك من غير فرق بين العين والدين - وعلى الجملة - المحيل عند العرف لا يتصرف الا فى ملكه فله ذلك - وان ثبت قلت ان الانسان اذا ملك فى ذمة الغير كان من آثار الملكية ولوازمها التصرف فيه كيف ماشاء بالاخذ - او بالتوكيل فيه - او بنقله الى الغير ببيع او غيره - او بالابراء وكل واحد من تلكم من التصرفات التى جوازها من آثار كونه مال كاله فلا اشكال فى عدم اعتبار رضا المحال عليه ولكن مع ذلك كله فى النفس شيئا سيما بعد فتوى الاكثر باعتبار رضاه فرعا عنه احوط .

الحوالة من العقود

ثم انه وقع الخلاف في ان الحوالة من الاقوال او العقود - و على الثاني فهل هو مركب من ايجاب من المحيل وقبول من المحتال - او مركب من ايجاب وقبولين و القبول الثاني من المحال عليه ظاهر المتن حيث قال (ولا يجب قبولها) هو الاول - و ان كان من الجائز ان يكون مراده بذلك انه لا يجب قبول الحوالة على المحال عليه لاعتبار رضاه - وكيف كان فقد ذهب الى كل من الاقوال جماعة (والحق) ان يقال انه لا ينبغي التوقف في اعتبار القبول من المحتال، فان المحيل انما ينقل مال الغير من ذمة الى ذمة اخرى بلاسلطنة منه عليهما فلا يصح بدون قبوله كتنقل ماله الخارجى - ولا وجه لقياسه بالوفاء بل دعوى انه نوع من الوفاء بعد ثبوت الفرق الواضح بينهما حيث انه في الوفاء ليس نقل وانتقال وفي الحوالة انتقال الدين من ذمة الى ذمة اخرى (وبذلك) يظهر اندفاع ما قيل في وجه كونه ايقاعا (واما) اعتبار القبول من المحال عليه فقد ظهر مما ذكرناه في وجه اعتبار رضاه ما يمكن ان يستدل به له والجواب عنه .

ثم انه يعتبر في الايجاب والقبول والمحيل والمحال والمحال عليه - ما تقدم في كتاب الضمان من ما يعتبر في عقده وفي الضامن والمضمون له والمضمون عنه (كما) ان الكلام في انه هل يتوقف صحة الحوالة على ان يكون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل مستقرا او متزلا فلا تصح في غير المستقر سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل او لم يوجد سببه كالحوالة بما يستقرضه كما هو المشهور بين الاصحاب - ام يكفي ثبوت سببه وان لم يكن هو ثابتا - ام لا يعتبر ذلك ايضا فيصح الحوالة بما يستقرضه على نحو كون الحوالة بعد القرض - هو الكلام في اعتبار ذلك وعدمه في الضمان .

وهل يعتبر في الحوالة كون المال المحال به معلوما جنسا وقدر للمحيل والمحتال فلا تصح الحوالة بالمجهول كما هو المشهور - ام لا يعتبر ذلك - وجهان تقدم في الضمان - ومن ما ذكرناه هناك تعرف عدم اعتباره هنا .

ثم انه قد يقال باعتبار تساوى المالىن - اى المحال به وما على المحال عليه جنسا ونوعا ووصفا فى صحة الحواله - ونخبة القول فى المقام - ان محل الكلام ليس مالو احوال المديون دائنه الى من عليه غير ما هو له بما عليه كما لو احوال من له عليه الدراهم الى من عليه الدينانير بان يدفع اليه الدينانير من باب الوفاء بغير الجنس - فان الظاهر انه لا كلام فى الصحة فى ذلك وعدم اعتبار التساوى - كما يظهر من استدلالهم له بل الدين وان كان ح غير ما على المحال عليه الا ان المحال به مساو له - بل الكلام فيما لو احواله عليه بما فى ذمته وهو الدراهم فى المثال (وقد استدل) لعدم صحتها واعتبار التساوى - بان المحيل لا يكون مسلطا على المحال عليه بما لم يشغل ذمته به اذ لا يجب عليه الادفع مثل ما عليه - وبان الحكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على موضع اليقين (ولكن) الاول مردود بانه وان لم يكن مسلطا عليه الا انه اذا رضى المحال عليه بذلك يرتفع المحذور ويكون من قبيل وفاء الدين بغير الجنس مع التراضى - والثانى يرد باطلاق الادلة وعمومها .

الحواله لازمة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الباب فى ضمن مسائل الاولى (و معه) اى مع تحقق عقد الحواله بشرائطه (يلزم) لما مر فى الضمان من ان الادلة العامة تدل على ازومها (وينتقل المال الى ذمة المحال عليه) كما هو مقتضى الحواله (ان كان مليا او عام باعساره والافله الفسخ) على حذو ما تقدم فى الضمان لاتحاد المدرك لجميع ذلك فى الموردین ومع ذلك تشهد بها نصوص لاحظ - خبر (١) ابي ايوب عن ابي عبد الله (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال (ع) لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افسد قبل ذلك - وخبر (٢) عقبه عن ابي الحسين (ع) عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصير فى ثم يتغير حال الصير فى ايرجع على صاحبه اذا احتال ورضى قال (ع) لا: وخبر (٣) منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم ايرجع عليه قال (ع) لا يرجع

عليه ابدأ الا ان يكون قد افلس قبل ذلك .

ولكن المحكى عن ابي على والشيخ في النهاية و ابي الصلاح والقاضى و ظاهر المقنعه - انه يعتبر في براءة ذمة المحيل الابراء زيادة على الحوالة واستدل له بصحيح (١) زرارة عن احدهما (ع) في الرجل يحيل الرجل بماله كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برئت من مالى عليك قال (ع) اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرأه فله ان يرجع على الذى احواله . وللقوم تاويلات للخبر - احسنها ما فى المسالك اختياره - وهو ان الابراء فى الخبر كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برئت من مالى عليك انى رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت انت فكفى عن الملزوم باللازم - وهكذا القول فى قوله (ع) ولولم يبرأه فله ان يرجع لان العقد بدون قبوله ورضاه غير لازم فله ان يرجع فيه - وان لم يتم ذلك ولا غيره من التاويلات كحمله على ما اذا ظهر اعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله - او على ما اذا شرط المحيل البرائة - وقع التعارض بينهما وبين النصوص المتقدمة والنسبة عموم من وجه لاختصاصها بغير صورة الافلاس - واختصاص هذا الخبر بما اذا لم يبرأه - ومورد التعارض هو ما لو لم يبرأه ولم يظهر الافلاس - والترجيح لها للشهرة التى هى اول المرجحات .

الثانية يصح الحوالة على البرى كما هو المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه الا عن الشيخ فى آخر الباب - وربما ينسب الخلاف الى القاضى و ابي حمزة ولم يثبت - بل عن الشيخ فى اول الباب موافقة المشهور - ولذا حكى عن السرائر الاجماع عليه - ويشهد به اطلاق النصوص المتقدمة وعموم ادلة الامضاء العامة وربما يبنى الخلاف على القول بانها استيفاء او اعتياض فعلى الاول يجوز وعلى الثانى لا يجوز - ويرده ان الحوالة معاملة مستقلة وان لحقها حكم الوفاء تارة وحكم الاعتياض اخرى - ثم انه مما ذكرناه فى تعريفها وتعريف الضمان يظهر ان ذلك حوالة لاضمان (فما) فى الشرايع من ان ذلك بالضمان اشبه - وعن الكاشانى الاظهر انها ضمان - فى غير محله .

الثالثة (ولو) احوال ثم طالب المحال عليه بما اداء فادعى المحيل ثبوته في ذمته) وانكره المحال عليه (ف) على المختار من صحة الحوالة على البرى علاشكال في ان (القول قول المحال عليه مع يمينه) لاصالة البرائة فهو منكر يقدم قوله مع اليمين واما على القول الاخر (فعن) المسالك وجامع المقاصد و مجمع البرهان تقديم قول المحال عليه - لان اصل البرائة عن الدين - يعارض مع اصالة الصحة المقتضية لكون قول المحيل موافقا للاصل وهو منكر فيبقى مع المحال عليه اداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه (وفيه) اولا ان اصل الصحة مع اعتراف المحال عليه بالحوالة مقدم على اصل البرائة فانه يقدم على الاصول التنزيلية فضلا عن اصل البرائة - وثانيا ان اعتراف المحال عليه بالحوالة اعتراف منه باشتغال الذمة ومعه لامورد للرجوع الى اصل البرائة - فالأظهر ان القول قول المحيل على هذا المبني (نعم) لو ادعى المحال عليه انه اذن له في اداء دينه ولم يكن حوالة يقدم قوله لاصالة البرائة من شغل ذمته فباذنه في اداء دينه له مطالبة عوضه (ودعوى) انه في موارد جريان اصالة البرائة المقتضية لتقديم قول المحال عليه بجري اصل آخر يعارض تلك - وه واصله عدم اشتغال ذمة المحيل بعوض ما اداه المحال عليه (مندفعة) بان الشك في اشتغال ذمته مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه فاصل البرائة عن اشتغال ذمته حاكم على هذا الاصل.

ثم ان المستفاد من عنوان المسألة حيث قالوا لو احوال المحيل ثم طالب المحال عليه بما اداه - ان حال الحوالة الضمان في عدم شغل الذمة بالعوض الابدال الاداء واشكل على ذلك بعضهم بانه كما يحصل بالحوالة الوفاء بالنسبة الى دين المحيل فكذا بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديونا وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئا - وفيه ما تقدم في مبحث الضمان من ان ما افادوه مما يقتضيه القاعدة - واجمال ما مر ان الحوالة على البرى ومثلا انما توجب الضمان من جهة استيفاع مال المحال عليه بامر - ومن المعلوم ان قضية ذلك هو الاشتغال بعد الاداء وبمقداره فراجع ما حققناه .

اذا احوال المشتري بالثمن ثم رد البيع

الرابعة (و لو احوال المشتري) البايع (بالثمن ثم فسخ) البيع بالعب
او بغيره مما يقتضى الفسخ من حينه (بطلت الحوالة) عند الشيخ فى محكى
المبسوط و الفخر و المحقق الثانى و المقدس الاردبيلي - لانها تتبع البيع فى ذلك
وعن القواعد بطلت ان قلنا انها استيفاء فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق - وان
قلنا انها اعتياض لم تبطل ولعله لذا قال المصنف ره هنا (على اشكال) وفى الشرايع
قال وفيه تردد كما عن الارشاد والتحرير و التذكرة (ولكن) ما علوه به بطلان الحوالة
عليل - اذ الحوالة حين ما وقعت كانت صحيحة لازمة لوجود شرائط الصحة واللزوم
ولا وجه لبطلانها بفسخ البيع فان الحوالة ان كانت تابعة للبيع لوقوعها على الثمن
الا ان فسخها ليس تابعا لفسخ البيع - بل هى ح من قبيل تصرف احد المتبايعين
فيما انتقل اليه ثم حصل الفسخ - و الكلام فيه بفروعه تقدم فى مبحث الخيارات و
عرفت انه فى بعض الموارد يوجب سقوط الخيار وفى بعض آخر لا يسقط و ينتقل
الى العوض فراجع ما ذكرناه (و اما) ما افاده المصنف ره فى القواعد فيرده مامر
من ان الحوالة معاملة مستقلة - و ليس حالها حال ما ذكره نظيراً له وهو ما اذا اشترى
شيئاً بدراهم مكسورة فدفع الى البايع الصحاح او دفع بدلها شيئاً آخر وفاء حيث
انه اذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح او الشيء الاخر لا الدراهم
المكسورة فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فى الانفساخ
بخلاف الحوالة التي هى معاملة مستقلة لازمة لانفساخ بانفساخ البيع - فالأظهر
عدم بطلانها .

(٩) على البطلان (يرجع المشتري على البايع) و يستعبده (مع قبضه)
و ان لم يقبضه فهو باق فى ذمة المحال عليه للمشتري (و لو احوال البايع اجنبيا)
له عليه دين بالثمن على المشتري (ثم فسخ) المشتري بما يقتضى الفسخ من حينه

(لم تبطل الحوالة) بلاخلاف بل عن الفخر في شرح الارشاد الاجماع عليه -
و وجهه ظاهر لان الحوالة غير متعلقة بالمتبايعين فلاموهم لرفع اليد عن اصاله للزوم.
(و لو بطل البيع) من اصله (بطلت) الحوالة (فيهما) لان الحوالة
انما هي على ما في ذمته و انكشف بذلك عدم اشتغال ذمة المحال عليه - فهي ح نظير
مالوا حال شخص على من يراه مديوناً ثم ظهر عدم الدين .

الحوالة المستحدثة

ثم انه قد تداول بين التجار اخذ الزيادة و اعطائها في الحوائل المسمى
عندهم بصرف البرات و يطلقون عليه بيع الحوالة و شرائها - وهي على اقسام .
الاول ان يدفع الشخص الي التاجر مبلغا و ياخذ ذلك المبلغ بعينه من
طرفه في بلد آخر والظاهر ان الحكم فيه خال عن الاشكال - كان ذلك بعنوان البيع
بان يبيع المبلغ المعين مثلا مائة تومان بمبلغ يساويها يدفعه في بلد آخر - او
بعنوان القرض بان يقترض منه او يقرضه ذلك المبلغ ليسلمه في بلد آخر - اما
اذا كان بعنوان البيع فواضح - واما اذا كان بعنوان القرض فلعدم الزيادة فيه وقد استشكل
فيه بعض الاساطين مع كون المصلحة للمقرض لجر النفع ولكنه ضعيف فان الممنوع
عنه الزيادة في القرض عينا او صفة وليس هذا واحدا منهما مع ان جملة من النصوص
تدل على جوازه - لاحظ خبر (١) يعقوب بن شعيب قلت لابي عبدالله عليه السلام يسلف
الرجل الورق على ان ينقدها اياه بارض اخرى و يشترط عليه ذلك قال عليه السلام لا بأس
و خبر (٢) السكوني عنه عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام لا بأس بان ياخذ الرجل
الدرهم بمكة و يكتب لهم سفاتج ان يعطوها بالكوفة و خبر (٣) ابي الصباح عنه عليه السلام
في الرجل يبعث بمال الى ارض فقال للذي يريد ان يبعث به اقرضنيه و انا او فيك
اذا قدمت الارض قال عليه السلام لا بأس و خبر (٤) اسماعيل بن جابر قلت لابي عبدالله عليه السلام

يدفع الي الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها و
اشترط ذلك قال **ابن** لا بأس ونحوها غيرها - و هي اما ظاهرة في القرض او القرض
اظهر مصاديقها .

القسم الثاني ان يدفع الشخص مبلغا للتاجر وياخذ الحوالة من المدفوع
اليه بالاقل منه والظاهر انه لا اشكال فيه ايضا كان ذلك منزلا على البيع او القرض - اما الاول
فلما تقدم من ان الاوراق النقدية ليست من المكيل والموزون فلا يتحقق الربا البيعى في
هذه المعاملة - واما الثاني فلان الربا في القرض هو ان ياخذ الدائن من المدين الزيادة
مع الشرط واما لو كان الشرط نفعا للمستقرض كما في القرض فلا يكون ربا بل هو جائز
كما مر في كتاب القرض .

القسم الثالث - ان يدفع التاجر مبلغا - كمائة تومان - للشخص في بلد لياخذه
في بلد آخر مع الزيادة - فان كان ذلك بعنوان البيع صح لما مر وان كان بعنوان القرض
واشترط ذلك في ضمن القرض بطل فانه من الربا الممنوع عنه وللقرار من الربا لا بد
من اعمال بعض الحيل الشرعية (منها) ان يقرض منه بلا شرط وبعد تماميته يحو له
المقترض ان ياخذ المبلغ مع الزيادة من شخص ثالث في بلد آخر .

الكفالة

(واما الكفالة) بالفتح فلاريب في انها من العقود الصحيحة بل عن التذكرة انها
كك عند عامة اهل العلم - والاجماع - وبناء العقلاء - والنصوص الانى طرف منها -
تشهد به ولكنها مكروهة لصحيح (١) حفص بن الخنرى - وخبر (٢) الحذاء -
ومرسل (٣) الصدوق - وخبر (٤) داود الرقى - واسماعيل بن جابر - واما الكلام
فيما يعتبر في عقده وفي المتعاقدين فكما مر في اختيها -

واما حقيقتها - فهي التعهد باحضار النفس المستحق عليها ذلك لسبب حق ولو

دعوى للمكفول له عليها (وما) عن بعض من صحة كفالة الاعيان المضمونة عنده او الاعيان التي يراد الشهادة عليها فتجوز كفالة الدابة والكتاب وغيرهما للشهادة على اعيانها (غير تام) اذ الكفالة عند العرف ليست الا ما تقدم - وما ذكر داخل في الضمان كما مر والمحكى عن التذكرة تخصيصها بما اذا كان النفس ممن يجب عليه حضور مجلس الحكم - وعليه فلا يصح كفالة الصبي والمجنون - ولكن الظاهر كما افاده في محكى القواعد اعميتها من ذلك و ممن يجب احضاره للشهادة او غيرها (نعم) لاتصح الكفالة على حدمن حدود الله تعالى بالاخلاف - لقوله (١) - عَلَيْهِ السَّلَامُ - في المروى من طرق الخاصة والعامة لا كفالة في حد - وتام الكلام في هذا المقام في طى مسائل .

شروط الكفالة

الاولى الكفالة من العقود - لان الكفيل يلتزم احضار المكفول متى طلبه المكفول له و المكفول له يقبل ذلك و عليه (فيشترط فيها رضا الكفيل و المكفول له) كما هو المشهور بل في الجواهر الاجماع عليه - اضيف الى ذلك ان من المعلوم عدم الالتزام بحق بدون رضا الطرفين (واما) المكفول عنه فالمعروف عدم اعتبار رضاه واليه اشار المصنفه بقوله (خاصة) - واستدلوا له (بوجوب) الحضور عليه او احضاره متى طلب صاحب الحق وان لم يكن ثمة كفالة - وعليه - فالكفيل بمنزلة الوكيل حيث طلب منه المكفول له باحضاره (وبما) عن التذكرة من دعوى الاجماع عليه .

وعن الشيخ والقاضى والحلى اعتبار رضاه وقواه المصنف في محكى التحرير - وصاحب الجواهر فيها . واستدل له (بانه) اذ لم يرض المكفول عنه به لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور ولا تناس بالضمان لا مكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور (وباحتمال)

اعتبار رضا المكفول عنه في تحقق مسماهما - فيشك بدونه في صدقها فلا يصح التمسك باطلاق دليل الكفالة والاصل عدم ترتب اثر الكفالة - ولكن يرد على الاول (اولا) انه مضادة محضة اذ مع تحقق الكفالة وشمول ادلتها لها يلحقها حكمها وهو وجوب الاحضار الملازم لوجوب الحضور (وثانيا) ان فرض الكفالة انما هو فيما لو كان المكفول له مستحقا على المكفول عنه حضوره متى طلبه - وعليه فيجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا - وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له (ودعوى) انه في الكفالة يثبت حق زايد على الو كالة لانه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره لارادة البرائة من عهده من دون طلب المكفول له (مندفعة) بان ذلك وان كان حقا كما عرفت التذكرة والتحرير وجامع المقاصد - بل عن الكركي انه قطعي الا انه بعد تحقق الكفالة يكون احضار الكفيل وطلبه حضور المكفول - بمنزلة طلب المكفول له فكانه بالكفالة يوكله في الاحضار متى اراد وعليه فيجب على المكفول الحضور لذلك - واما الثاني فيتوجه عليه (اولا) عدم اعتبار رضا المكفول ولا قبوله في صدق الكفالة عرفا كيف والكفالة من الاعتباريات العقلية ولا شك عندهم في صدقها بدون ذلك (وثانيا) انه لو سلم الشك في صدقها يكفي في صحة هذا القسم عموم ادلة امضاء المعاملات فلا ينبغي الاشكال في عدم اعتبار رضاه - وبما ذكرناه يظهر عدم اعتبار قبوله ايضا فهي كالحوالة والضمان - من العقود المركبة من ايجاب وقبول - - وليست ايقاعا - ولا عقدا مركبا من ايجاب وقبولين .

(وفي اشتراط الاجل) في الكفالة (قولان) المشهور بين الاصحاب عدم الاشتراط فنصح الكفالة حالة - كما تصح مؤجلة (وعن) الشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة وسائر القاضى في احد قولي اعتبار الاجل فيها فلا تصح حالة - ولادليل لهم سوى الاقتصار على المتيقن وعدم لفائدة في الحالة وهما كما ترى - فلا يظهر عدم اعتباره . لاطلاق الادلة - فللمكفول له ان يطالب من الكفيل احضار المكفول وقت وقوع الكفالة ومع التاجيل

لا فرق بين الكفالة الى مدة الشهر فيلزم الاحضار بعد الشهر - وبين الكفالة فى مدة بمعنى التعهده فى ضمن الشهر مثلا وان شئت سم الثانية بالموقنة والاولى بالمؤجلة كما صنعه المصنفه فى محكى التحرير .

ثم انه يعتبر مع التأجيل تعيين الاجل كما هو المشهور - بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر وهو الحجة فيه مع عموم (١) نفى الغرر - بناء على عدم اختصاصه بالبيع كما هو المختار .

(٩) من شرائط الكفالة (تعيين المكفول) فى الحدائق لاختلاف بينهم فى وجوب كون المكفول معينا فلو قال كفلت احدهذين لم يصح و كذا لو قال كفلت بزيد او فلان و كذا لو قال كفلت بزيد فان لم آت به فبعمر و لاشتراك الجميع فى الجهالة و ابهام للمكفول انتهى (والاصل) فى ذلك بعد الاجماع - انه حيث يختلف الاشخاص فى الاحضار سهولة وعدمها - فمع الجهل به لامحالة يلزم الغرر وقدر ان دليل نفى الغرر لا يختص بالبيع - هذا مع التعيين واقعا - و امام مع الابهام الواقعى فالامر اوضح فان المبهم لا تحقق له .

ولو تعلق الكفالة باحد شخصين بنحو التخيير لابنحو احدهما المعين واقعا غير المعين عندهما - فهل تصح ام لا - الظاهر عدم الصحة (لا) لما قيل من الجهالة لعدم الجهل (ولا) لما قيل من ان حق الكفالة من قبيل الملك الذى لا يقبل مثل هذا - فانه فى الملك ايضا يمكن الالتزام به ثم التعيين بالقرعة او اختيار المالك - وبعبارة اخرى كما يصح ملك الكلى فى المعين كك ملك احد فردين بنحو التخيير (بل) لان متعلق الحق ان كانا معا كما فى الواجب التخييرى فتكون كفالة كل منهما مقيدة بعدم الاثبات بالآخر - فتكون الكفالة ح معلقة و التعليق موجب لبطان كل عقد بالاجماع - وان كان المتعلق احدهما بنحو الكلى فى المعين فتبطل للغرر ان لم يتساوى الشخصان فى الاحضار سهولة وصعوبة فتدبر فانه دقيق .

الكفيل مخير بين دفع المكفول أو ماعليه

(٩) الثانية اذا تحققت الكفالة يجب (على الكافل) مع مطالبة المكفول له (دفع المكفول) عاجلا اذا كانت الكفالة مطلقة او معجلة و بعد الاجل ان كانت مؤجلة فان سلمه فقد برىء من ما كان عليه و ان لم يتسلمه - لان متعلق الحق تسليمه لا تسلمه - وان امتنع الكفيل من ذلك اجبره الحاكم - وان امتنع حبسه حتى يحضره (١٠) (و ماعليه) كما صرح به غير واحد - و يشهد لجواز حبسه خبر (١) عمار عن الصادق عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه و قال اطلب صاحبك - وخبر (٢) الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل تكفل بنفس رجل ان يحبس و قال عليه السلام له اطلب صاحبك - وخبر (٣) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام - ان عليا عليه السلام اتى برجل كفل برجل بعينه فاخذ بالمكفول فقال عليه السلام احبسوه حتى ياتى بصاحبه ونحوها غيرها .

و اما التخيير بينه وبين دفع ماعليه - فقد يقال انه لادليل عليه بل ظاهر النصوص المتقدمة تعين الاول - ومن هنا قال فى التذكرة و غيرها عدم وجوب القبول على المكفول له لو بذل الكفيل له الحق - لعدم انحصار الغرض فيه اذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من الغريم لامن غيره - فله ح الزامه بالاحضار خصوصا مما لا بد له كحق الدعوى او فى ذى البدل الاضطرارى كالدية عوض القتل و مهر المثل عوض الزوجة (اقول) يمكن ان يذكر لوجوب القبول و لتخيير الكفيل بين دفع المكفول او ماعليه وجوه - ١- ان الكفالة بنفسها مقتضية لذلك لان ميناها عرفا على ذلك وهو المقصود بين المتعاملين بها و ان شئت عبر عنه بان دفع ماعليه ان لم يحضره من قبيل الشرط الضمنى من الطرفين - فيجوز للمكفول مطالبة ماعلى الكفيل ان لم يحضره و للكفيل ان يدفعه ابتداء - ٢- ان وفاء ماعلى الشخص يجوز و ان لم يرص الدائن

بذلك - ٣ - جملة من النصوص ففي مرسل (١) الصدوق قال الصادق عليه السلام الكفالة خسارة غرامة ندامة - وفي خبر (٢) الرقي عنه عليه السلام مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة وعلى هذا فان ادى ما عليه يرجع به على المكفول ان كان الاداء بساذنه او كانت الكفالة باذنه اما في الاول فواضح و اما في الثاني فلان الكفالة اذا اقتضت تخيير الكفيل بين احضار المكفول او دفع ما عليه كان الاذن فيها اذنا في الدفع فيضمن لاستيفاء مال الغير بالاذن .

اطلاق الغريم من يد صاحب الحق

الثالثة (ومن اطلق غريما عن يد صاحبه) او وكيله (قهر الزمه اعادته او ما عليه)
بلاخلاف ظاهر كما عن الرياض - وعليه الاجماع كما عن الصيمري .
اما الزوم اعادته فقد استدلل له (تارة) بانه باطلاقه الغريم قهرا غاصب فعليه ضمان ما غصبه باحضاره لان اليد المستولية يد شرعية مستحقة وبه يتحقق الغصب ويبتنى عليه الضمان بالاحضار (واخري) بحديث (٣) لا ضرر ولا ضرار (وثالثة) بدعوى شمول (٤) على اليد ما اخذت حتى تؤدي لمثل ذلك - وفي الكل نظر (اما الاول) فلعدم صدق الغاصب عليه سيما وهو غير داخل تحت استيلائه (واما الثاني) فلما مر من ان حديث لا ضرر ناف للحكم ولا يكون مثبتا (واما الثالث) فلان الاطلاق غير الاستيلاء على الشيء مع انه مختص بالاعيان - فالصحيح ان يستدل له بدعوى ما سيمر عليك في القاتل معتمدة بالاجماع المدعى - وبه يظهر حال وجوب اداء ما عليه - وربما يستدل له بانه تفويت لمال الغير فيضمن - ويدفع بان الاتلاف موجب للضمان واما التفويت فلم يدل دليل على كونه من موجبات الضمان - و دعوى شمول الاتلاف للتفويت فانه اعم من اعدام الموجود

١- ٢ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الضمان - حديث ٢ - ٥

٣ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار كتاب التجارة

٢ - سنن يهقي ج ٦ ص ٩٠

والمنع من الوجود - مندقة - بانه بحسب المفهوم العرفي مختص بالاول.

(ولو كان قاتلا دفعه او ادية) بمعنى انه يجب عليه دفعه وان لم يتمكن فالدية - كما يشهد بذلك - صحيح (١) حريز عن ابي عبد الله (ع) عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدى الاولياء قال (ع) ارى ان يحبس الذى خلص القاتل من ايدى الاولياء حتى ياتوا بالقاتل قيل فان مات القاتل وهم فى السجن قال وان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول (فما) عن صريح جماعة وظاهر آخرين من التخيير من الاول - بين دفعه او الدية لا وجه له نعم فيما كان على المطلق فها الدية اتجه تخييره كما مر فى تخيير الكفيل بين دفع المكفول او اداء ما عليه .

الرابعة (ولو مات المكفول او دفعه الكفيل او سلم نفسه او ابرئه المكفول له يبرأ الكفيل) بخلاف فى شىء من تلكم .

اما الحكم الاول - فلنعلق الكفالة بالنفس وقد فاتت بالموت والاحضار المذكور فى الكفالة انما ينصرف الى حال الحياة - والظاهر انه لا خلاف فيه نعم قال الشهيد الثانى هذا كله اذ لم يكن الغرض الشهادة على صورته والاوجب احضاره ميتا مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه انتهى ولا بأس به ان كانت الكفالة شاملة له والا فلا - واما الثانى فوجهه واضح - واما الثالث فلحصول الغرض - وفى التذكرة تقييده بما اذا سلم نفسه من جهة الكفيل فلولم يسلمه نفسه من جهته لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه اليه ولا احد من جهته وهو كما ترى وبه يظهر حكم الرابع .

الخامسة (ولو عينا موضع التسليم لزم) عملا بالشرط ولا يبرأ بالدفع فى غيره ان كان تعيين موضع التسليم ما خوذ اقيدا فى العقد - وان اخذ شرطا فغاية ما هناك تخلف الشرط والافقد عمل بمقتضى الكفالة فتسقط ويبرأ - ولعله يمكن التصالح بين الشيخ وابن البراج - وبين المشهور حيث ان المشهور قائلون بعدم البرائة لو دفع فى غير ما عين للتسليم - وذهب الشيخ وابن البراج الى حصول البرائة لو لم يكن عليه مؤونة فى

حملة الى موضع التسليم ولا ضرر فتأمل - وعلى التقديرين لا يجب عليه القبول لو دفعه في غير موضع التسليم - بل يجوز له اجاره بالتسليم في الموضع المعين - هذا اذا عينا موضعا للتسليم (١٩) فقالوا (انصرف الى بلد الكفالة) وعن ابن حمزة انه يلزمه التسليم في دار الحاكم او موضع لا يقدر على الامتناع وقد تقدم الكلام في ذلك في فصل السلم من كتاب البيع .

الفصل الخامس في الصلح

وهو التسالم على امر من تمليك عين او منفعة او اسقاط دين او حق او غير تلكم وهو في جميع هذه الموارد شيء واحد ينشأ مستقلا ولا يكون تابعا للعقود الاخر كما قيل من انه فرع البيع اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على المنفعة وفرع الهبة اذا افاد ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة بغير عوض وفرع البراء اذا تضمن اسقاط الدين - والالزم كون الصلح مشتركا لفظيا وهو واضح البطلان فيتعين كون مفهومه معنى آخر غير كل واحد من الامور المذكورة وهو التسالم الانشائي فيفيد في كل مورد فائدة من الفوائد بحسب ما يقتضيه متعلقه (ثم انه) ما في جملة من الكلمات منها كلام الشيخ الاعظم ره من ان الصلح اذا تعلق بالعين بعوض يتضمن التملك - فيه مسامحة واضحة اذا الصلح لا يتعلق بالعين و لا بالمنفعة - بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه لا بفعل او نتيجة كالملكية ولذا لا يصح جعل مفعوله الثاني العين كما لا يخفى .

(وهو جائز) بلا خلاف ولا اشكال ففي صحيح (١) حفص بن البختري او حسنه عن

ابي عبد الله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين - وعن الفقيه (٢) قال رسول الله ﷺ الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا - ومثله خبر (٣) مسعدة

١-٢- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الصلح حديث ٢٠١

٣- المستدرک باب ٣- من ابواب الصلح حديث ١

ابن صدقة عن الصادق عليه السلام وفي صحيح (١) هشام عنه عليه السلام لان اصلح بين اثنين احب الى من ان تصدق بدينارين الى غير تلکم من النصوص التي سيمر عليك طرف منها .
و اما الايات التي استدل بها لمشروعيتها - وهي قوله تعالى (٢) « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » وقوله سبحانه (٣) « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما » وقوله (٤) عز من قائل « انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويکم » وقوله (٥) تعالى « فاتقوا الله واصلحوا ذات بينکم » الى غير تلکم من الايات - ففي دلالة ما عدى الاولى منهما على الصلح العقدي الذي هو محل الكلام تامل - بل قيل في الاول ايضا - وكيف كان فهو لازم من الطرفين مع تحقق شرائطه بالاخلاف لعموم ما دل (٦) على لزوم العقد .

حكم الصلح مع الانكار

ثم ان تمام البحث في طي مسائل - الاولى - الصلح جائز (مع الاقرار والانكار) بالاخلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر - وموضع وفاق كما في المسالك - ويشهده اطلاق النصوص الدالة على الجواز - و صورة الصلح مع الاقرار ظاهرة لا اشكال فيها - و صورته مع الانكار ان يدعى شخص على غيره ديننا وعينا فينكر المدعى عليه فتقع المصالحة بينهما اما بما لآخر او ببعض المدعى به او غير ذلك من منفعة او غيرها - وقد صرح غير واحد بان المراد بالصحة الظاهرية و اما بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق .

١- الوسائل - باب ١- من ابواب كتاب الصلح - حديث ١

٢- النساء آية ١٢٨

٣- الحجرات آية ٩ و ١٠

٤- الانفال آية ٢

٥- سورة المائدة آية ٢

توضيح ذلك انه تارة يعلم المصالح بانه محق - واخرى يعلم بانه غير محق - وثالثة يكون شاكا في ذلك او في مقدار ما يستحقه - لاشكال في صحة الصلح في الصورة الاولى وان علم بعدم محققة مدعيه اذ المال له فكل ما وصل اليه منه فهو حقه - كما لا ريب في صحته في الصورة الثالثة بل مبنى شرعية الصلح واساسها في هذه الصورة .

واما في الصورة الثانية فمقتضى جملة من النصوص عدم صحته بمعنى انه لا يحل له ما صلح عليه لاحظ صحيح (١) عمر بن يزيد عن ابي عبدالله عليه السلام اذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذ البورثة لهم ومباقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت ياخذ به - وخبر (٢) علي بن ابي حمزة قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودى او نصرانى كانت له عندى اربعة الاف درهم فهل لك ألى ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال عليه السلام لا يجوز حتى تخبرهم ونحوهما غيرهما

ثم ان نخبة القول في ما يستفاد من هذه النصوص بالبحث في جهات .

١- قال في المسالك لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كماله وجد المدعى بخط مورثه ان له حقا على احداً وشهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعى عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها - انتهى واحتمل الصحة في الفرض المحقق الثانى (ولكرر) الظاهر انه ينبغي القطع بالصحة وهو خارج عن محل الكلام فان مورد النزاع الصلح على ما ليس له - وفي الفرض الصلح انما يكون على ماله وهو اسقاط حق اليمين - نعم - مما نحن فيه مالو صالح في المثال على المال نفسه - وهو لا يجوز وان كان يحتمل استحقاقه واقعا - اذ الامارة القائمة لكون المدعى به للطرف تقوم مقام العلم فهو كالعالم بانه ليس له .

٢- قد يناقش على هذا بانه على هذا لا يصح للحاكم ان يصالح بتنصيف المال بين مدعين له

مع العلم بعدم كونه الا لاحدهما - مع انه لا اشكال في صحته ظاهرا - واجاب عنه في الجواهر بان القطع بالواقع في الجملة لا ينافي اجراء الحكم في الظاهر تبعاً لموازينه - وفيه - ان الحكم الظاهري مع القطع بمخالفته للواقع لا مورد له لانه في ظرف احتمال الموافقة والاخرج عن كونه ظاهرياً (والحق) ان يقال ان مبنى شرعية الصلح على التسالم في مورد الاشتباه وانما الذي لا يصح هو الصلح مع القطع بعدم الاستحقاق فكما ان للمتصالحين الصلح على التقسيم مع علمهما بان المال لاحدهما - كذلك للحاكم ذلك مع الجهل .

٣- ان طرف العالم بعدم الاستحقاق ربما يصالح على المال مبنياً على دعوى المدعى ولا يكون راضياً بكون ما يباخذه له وانما يستدفع بالصلح ضرراً عن نفسه او ماله فهو غير مبيح للعالم بعدم الاستحقاق للنصوص المتقدمة ولعدم كون ذلك تراضياً مبيحاً لاكل مال الغير وربما يصالح عليه على تقديرى الاستحقاق وعدمه ويرضى بكون مقدار من المال له وان لم يكن مستحقاً ومثل ذلك معاملة عن تراض وتصح - والنصوص المتقدمة لاشتملها فانها في غير هذا الفرض او منصرفه اليه - ويشهده الصحيح (١) عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس ببناء على ارادة الصلح بالانقاص كما هو الغالب مع عدم اعلامه بالحال .

حكم الصلح المحلل للحرام او العكس

الثانية يجوز الصلح مطلقاً (الا ما حلل حراماً او بالعكس) وقدمت النصوص المتضمنة لهذا الاستثناء - ومثل هذا العنوان اي تحليل الحرام وتحريم الحلال وقع مستثني في ادلة لزوم الوفاء بالشرط - وادلة انعقاد اليمين - وقد اختلفت كلمات القوم في تفسيره - فعن المحقق القمي - المراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو ان يحدث قاعدة كلية ويبدع حكماً جديداً وقد اجيز في الشرع الصلح على كل شيء الاصلح او وجب ابداع حكم كلي جديد - وافاد الشيخ الاعظمه في ضابطه ان المراد بالتحليل الترخيص

وبالتحريم المنع - ولكن المراد بالحلال والحرام هو ما كان كك بحيث لا يتغير موضوعه بالصلح أو الشرط وهناك تفاسير أخرى وقد اشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الشروط - وبينان الأظهر - أن يقال أن فاعل حرم وأحل في قوله (١) (ع) الأصلح أحل حراماً أو حرم حلالاً هو الصلح وهذا لا يتحقق إلا بكون ما صولح عليه حرمة الحلال أو حلية الحرام - وأما الصلح على ترك الحلال فهو صلح على ترك النصرف دون حرمة الحلال والشيخ الأعظم زه بعد نقل ذلك عن المحقق النراقي في باب الشرط - أورد عليه إيرادين (أحدهما) أن الحكم الشرعي أمره بيبد الشارع وغير مقدور للمكلف ولا يدخل تحت الجعل ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لعدم إمكان الوفاء به عقلاً (وفيه) أولاً - أن شرط النتيجة لا يعتبر فيه إلا كونها واقعة بسبب الشرط ولو لا الاستثناء لكننا ملتزمين بأن شرط حرمة الحلال نافذ وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل (٢) نفوذ الشرط الشامل له - وثانياً - أن بطلان هذا الشرط من جهة أخرى غير هذه الجهة لا يكون مضراً - وثالثاً - أن الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالاً لتكليفه بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعاً كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتبارات ومن المعلوم أن المشروط ح هو ذلك الأمر في اعتبار نفسه ولو لا هذا الاستثناء وما دل على أن الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذاً لكننا ملتزمين بنفوذ (ثانيهما) أن استثناء الشرط المحرم أنما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به وليست الحرمة والحلية من أفعال المكلف كسب يجب الوفاء بهما (وفيه) أن الوفاء لا يختص بشرط الفعل فإنه بمعنى الانتهاء وعدم النقص وهذا مودج في شرط النتيجة أيضاً (فتحصل) أن 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 الرابع عشر من هذا الشرح .

١ - الوسائل باب ٣ من أبواب الصلح حديث ٢

٢ - الوسائل باب ٤ من أبواب الخيار كتاب التجارة

عدم اعتبار العلم بالمقدار

الثالثة بفتح الصلح (مع علم المصطلحين بالمقدار) المتنازع فيه (وجهلها) (بلاخلاف فيه في الجملة - وفي المسالك الاجماع عليه و استدلل له بصحيحه (١) محمد ابن مسلم ومنصور عن الصادقين عليهما السلام انهما 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 ولى ما عندى فقال (ع) لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما - ونحوهما الموثق (٢) واورد عليها بانه ليس في شيء منها تصريح بالصلح ولعله اريد الابراء - وفيه انه وان لم يصرح فيها بالصلح الا انه من جهة ظهورها في ارادة المعاوضة بين ما عند كل واحد منهما وما عند صاحبه وليست الا بالصلح وفهم الاصحاب - تكون ظاهرة في ارادة الصلح - مع انه يمكن ان يستدل لصحة الصلح بان مبنى شرعية الصلح والغرض المهم في شرعيته هو تحصيل البرائة عند الجهل - فيكون اطلاق ادلته غير مقيد - بمادل (٣) على نفى الغرر - فالمتحصل جواز الصلح مع العلم بالمقدار او الجهل به (دينا) كان (اوعينا) وسواء كان ارشا او غيره كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن التذكرة عند علمائنا اجمع - ولا فرق في صورة الجهل بالمقدار بين تعذر العلم به وتيسره .

وعن الرياض الاشكال في ما اذا كان عينا وامكن العلم بالمقدار - منشأ عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاق عبار كثير من الاصحاب - وحصول الجهل والغرر مع امكان التحرز عنهما (وفيه) اولانه لم يظهر فرق بين ما اذا كان دينا او عينا - اللهم الا ان يقال ان الاجماع على الصحة في ما اذا كان دينا هو الفارق - وثانيا - انه لو سلم شمول دليل النهي عن الغرر للفرض لا وجه لما افاده من ان النسبة بينه وبين دليل جواز الصلح عموم من وجه فيتعا رضان ويتساقطان ويرجع الى اصل الفساد - اذ دليل نفى الغرر حاكم

على دليل الصلح كحكومته على ادلة سائر المعاملات - وثالثا - ما عرفت من ان دليل نفى الغرر لا يشمل هذا الباب فالأظهر هي الصحة مطلقا ولا فرق فيما ذكرناه بين العلم في الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه (فما) عن الأردبيلي قده من اعتبار العلم في الجملة وان لم يعتبر المعلومية المعتبرة في البيع ونحوه غير ظاهر الوجه نعم يعتبر عدم الابهام لما مر من ان المبهم لاحقيقة له ولا تحقق - لكنه خارج عن محل الكلام .

الرابعة (ولا يبطل) الصلح (الابرضا هما) واستحقاق (احد العوضين) بلا خلاف اما عدم بطلان الصلح في غير الموردين فلما مر من لزوم الصلح - واما بطلانه في المورد الاول فلما مر في كتاب الاجارة من مشروعية الاقالة في جميع العقود - واما البطلان في المورد الثاني فواضح .

وقوع الصلح من الشريكين على كون الربح

والخسران لاحدهما

الخامسة (ولو اصاب الصلح الشريكان على ان لاحدهما الربح والخسران وللآخر

راس المال صح) بلا خلاف في الجملة فيه - رالاصل في هذا الحكم - صحيح (١) الحلبي او حسنه المروى عن الكافي عن ابي عبد الله (ع) في رجلين اشترى كافي مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال ولك الربح وعليك النوى فقال (ع) لا بأس اذا اشترطنا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد على كتاب الله عز وجل - ورواه في التهذيب (٢) الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين - وايضا فيه - الا انه قال وكان المال ديننا - ولم يذكر العين ولا عليهما دين - وروى الخبر بسند آخر الا انه قال كان المال ديننا وعينا وليس في شيء من

١- الوسائل باب ٦- من ابواب الخيار حديث ٤- وباب ٢- من ابواب كتاب الصلح حديث ١

هذه النصوص تصريح بالصلح - بل بالشرط الا ان الظاهر منها كون المعاملة واقعة ابتداء لافى ضمن عقد الشركة - وتدل على صحتها مع الاشتراط - وحيث ان الشرط الابتدائي لا يصح - واطلاق الشرط على المعاملة من البيع و الصلح وغيرهما شايع - وليس هناك معاملة غير الصلح يمكن تطبيقها عليها - فلما حال يكون المراد بها الصلح فمحصل مفادها انه ان كان القول المزبور بعنوان الصلح صح والافمجرد وعد لا يجب الوفاء به ولا ينافى ذلك قوله فاذا كان شرطاً يخالف .. الخ فان الصلح ايضا قيد بان لا يكون محللاً للحرام والعكس .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق في ذلك بين صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة او في اثنائها او عند ابتدائها - اى بعد مزج المالين - ومقتضى العمومات ايضا صحة ذلك في الموارد الثلاثة - و لا ينافى في مع مقتضى الشركة ولا يكون صلحا مخالفا للشرع لان الشركة انما تقتضى كون الربح بينهما والخسران عليهما فكما انه لو وهب احدهما ماربحة بالآخر و ابرأه من الخسران لاشكال في صحتها فكذلك لو اوقع الصلح على هذا النحو .

ومما ذكرناه يظهر ما فى المسالك قال هذا اذا كان عند انتهاء الشركة و ارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته لوضع الشركة شرعا والمستند صحيحه ابي الصباح - ثم نقل الخبر المتقدم - ثم قال - وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما اطلق المصنفه انتهى وتقدمه فى ذلك المحقق الشيخ على فى محكى شرح القواعد فانه يرد عليهما ان الصلح المذكور ان كان مخالفا لوضع الشركة و غير صحيح - فما الفرق بين انتهاء الشركة وابتدائها واثنائها - والحل ان وضع الشركة مقتضى للشركة فى الربح والخسران مع عدم ايقاع عقد او ايقاع امامه فلا تكون الشركة مقتضية لها كما لا يخفى (نعم) فى الصلح فى الاثناء او الابتداء بالنسبة الى ما يتحقق بعدم الربح والخسران - اشكال من ناحية عدم المتعلق الا انه يندفع بالصلح المشروط - الذى لا اجماع على

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

لو ادعى احدهما درهمين في يدهما والاخر احدهما

السادسة (ولو ادعى احدهما درهمين في يدهما والاخر احدهما اعطى الاخر نصف درهم) بلا خلاف فيه في الجملة والكلام تارة فيما يقتضيه القاعدة و اخرى في النصوص الخاصة .

اما الاول- فبالنسبة الى احد الدرهمين لانزاع بينهما فيه فهو لمدعى الدرهمين واما بالنسبة الى الدرهم الاخر فكل منهما يدعيه- والمفروض كونه تحت يدهما - فلما محالة يكون يد كل منهما على النصف و اماراة لمليته له- ويحكم بذلك - فيكون كل منهما مدعيا بالنسبة الي نصف الدرهم ومنكراً بالنسبة الى النصف الاخر- فيجري قاعدة المدعى و المنكر وهو لزوم الحلف على كل منهما لنفي ما يدعيه الاخر- فيعطى بكل منهما النصف مع الحلف لابدونه- واما الثاني فمقتضى النصوص الخاصة ايضا ذلك لكن بدون الحلف لاحظ صحيح (١) عبدالله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك فقال ابو عبدالله عليه السلام اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احدا الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما ونحوه مرسل (٢) محمد بن ابي حمزة الذي هو كالصحيح لان في سنده ابن ابي عمير . والظاهر من كون الدرهمين معهما تحت يدهما - ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة او بو احد منهما على التعيين ان لم يكونا ظاهرين في خصوص صورة الاشاعة وهما الان على التنصيف بدون الحلف (فما) عن التذكرة من لزوم الحلف في الصورتين (وما) عن الدروس من لزومه في صورة الاشاعة- غير تامين- واذ ضعف منهما الايراد على الاول بانه لا يتم حلف كل منهما

فى صورة دعوى الاشاعة لاختصاص الحلف ح بالثانى والبيئة بالاول و مع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لان النصف - فانه يرد عليه - ان كلامهما منكرا بالنسبة الى نصف الدرهم الذى بيدهما ومدع بالنسبة الى النصف الآخر فله الحلف على النصف لاعلى التمام فتدبر فانه دقيق .

حكم من اودعه انسان درهمين وآخر درهما

(وكذا) يحكم بان احد الدرهمين لاحدهما والاخر بينهما (لو اودع احدهما درهمين والاخر ثالثا وتلف احدهما بغير تفریط) اذ لا اشكال فى ان احد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين والاخر مرد بينهما يمكن ان يكون لكل واحد منهما فمقتضى القاعدة هو ان يقسم نصفين (فلصاحب الاثنى درهم ونصف والاخر ما بقى) ويشهد به مضافاً الى ذلك خبر (١) السكونى عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام فى رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضا ع دينار منهما - قال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الاخر بينهما نصفين .

ثم ان هاتين اشكالا - وهو انه لو انتقل نصفا الدرهم او الدينار الى ثالث بهبة او نحوها واشتري بمجموعهما ثوبا يعلم تفصيلا بعدم دخول الثوب بتمامه فى ملكه لان بعض الثمن ملك الغير قطعاً فلا يجوز الصلاة فيه ولا لبسه و لم يلتزم الاصحاب بذلك - وقد ذكر وافى دفعه امورا (احدها) ان الامتزاج بوجوب صيرورة كل من الدارهم او الدينارين بينهما اثلاثا فما سرق يكون من مالهما لا من مال احدهما فلا يلزم المحذور المذكور (و فيه) ان الامتزاج فى مثل المقسام لا يوجب الشركة كما مر - مع .. ان لازم ذلك اعطاء درهم وثلث لصاحب الدرهمين وثلثي الدرهم لصاحب الدرهم الواحد كما نسب الى المصنفه فى بعض كتبه انه ذهب الى ذلك (و ثانيهما) ما ذكرناه فى اول البحث من اقتضاء قاعدة العدل والانصاف ذلك (و فيه)

ان تلك القاعدة انما تقتضى جواز التصرف لكل منهما فيما اعطى له جواز اظاهريا والكلام انما هو فيما لو اجتمعا عند ثالث و اشترى بهما ثوبا و هو يعلم بعدم انتقاله اليه بتمامه والحكم الظاهري لا يكون مع العلم التفصيلي بالخلاف (و دعوى) انه بعد كون كل من النصفين مما يجوز تصرف من هو تحت يده فيه - لو انتقلا الى ثالث يجوز تصرف الثالث فيهما واقعا فان جواز تصرف ذى اليد فى المال ظاهر! موضوع لجواز تصرف من انتقل اليه ذلك المال واقعا فلا يحصل العلم التفصيلي بعدم جواز التصرف فيما انتقل اليه بازائهما (مندفعة) بان قاعدة اليد ايضا من الامارات ولا تكون متكفلة لبيان حكم واقعى و لا توجب تبدل الواقع (ثالثها) البناء على ان ذلك من باب الصلح القهرى فبالتعبد الشرعى من باب الولاية يدخل كل من النصفين فى ملك كل واحد منهما فكل منهما يملك النصف واقعا فلا يحصل العلم المزبور لو اجتمعا عند ثالث واشترى بهما شيئا .

و بما ذكرناه يظهر اندفاع ما فى المسالك بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا انتهى (و اما) ايراده على الخبر بضعفه فيرده ان الخبر قوى ولو سلم ضعفه فهو منجبر بالشهرة (فما) قواه و مال اليه فى الدروس من القول بالقرعة ضعيف .

حكم اشتباه الثوبين

السابعة (ولو اشتبه الثوبان) لشخصين احدهما اقل قيمة من الآخر كما اذا كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها - فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه - وان تعاسرا (يبيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما) ففى المثال يعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة كما هو المشهور بين الاصحاب و فرض الاشتباه يتوقف على عدم احراز كون الاقل قيمة فى البيع هو الاقل فى الشراء والافلا اشتباه .

و كيف كان فيشهد للحكم المذكور خبر (١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يضعه الرجل ثلثين درهما في ثوب و آخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين ثلاثة اخماس الثمن و الآخر خمسى الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلثين اخترايهما شئت قال عليه السلام قد انصفه - المنجبر ضعفه بالشهرة - اصف اليه ما في الجواهر قال مع احتمال صحة سنده في طريق الصدوق بل الشيخ - و احتمال اختصاصه بمورده كما ترى (فما) في المسالك من الميل الى القرعة بل عن الحلبي الجزم بهافي غير محله .

ثم ان للمصنف قده تفصيلا في المقام قال في محكي التذكرة انه ان يباع منفردين و تساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب و لا اشكال وان اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة و كذا الأقل بناء على الغالب وان يباعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة اجبارية (و فيه) انه ان كان كون الأكثر قيمة معلوما انه للأكثر فما افاده وان تم ولا يشمل الخبر الا انه لا وجه لبيعهما مجتمعين لفرض امكان احراز مال لكل منهما وان لم يكن ذلك معلوما فلا وجه لجعل الأكثر قيمة للأكثر فلعلة للأقل - مع ان ذلك اجتهاد في مقابل النص .

الثامنة (وليس طالب الصلح اقرارا) بالملك لان الصلح يصح مع الانكار فطلبه لا يستلزم الاقرار لان طلبه يمكن ان يكون لأجل رفع المنازعة (بخلاف ما اذا قال بعني أو ملكني أو هبني أو اجلني أو قضيت) فان شيئا من تلكم لا يتم بدون الملك فقوله هذا اقرار بملكية صاحبه .

اقرار العاقل على نفسه جائز

(الفصل السادس في الاقرار و) المراد به الاعتراف فليس هو من قبيل الانشاء

بل (هو اخبار عن حق سابق) على نفسه من غير فرق بين الاثبات و النفي كالاقرار بالابراء ونحوه - وبين الاعيان والمنافع والحقوق - وفي الحقوق بين حق الله تعالى وحق الناس .

و يشهد لجوازه على نفسه ومشروعيته مضافا الى اجماع المسلمين من الكتاب آيات لاحظ قوله تعالى (١) « أقررتم واخذتم على ذلكم اصرى قالوا اقررنا » وقوله عز وجل (٢) « وآخرون اعترفوا بذنوبهم » وقوله سبحانه (٣) « ألتب ربكم قالوا بلى » وقوله تعالى (٤) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم » فتأمل - ومن السنة اخبار - لاحظ ما رواه (٥) جماعة من علمائنا عن النبي ﷺ انه قال اقرار العقلاء على انفسهم جائز - وخبر (٦) العطار عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام المؤمن اصدق على نفسه من سبعين مؤمنا عليه - وخبر (٧) المدائني عنه عليه السلام لا قبل شهادة الفاسق الاعلى نفسه - اصف الى تلكم النصوص الواردة في الابواب المختلفة - منها - مادل (٨) على انه يؤخذ به في الحد بالزنا وغيره - ومنها - مادل (٩) على انه ان اقر بعض الورثة بالدين يلزمه ذلك في حصته - ومنها - مادل (١٠) على انه ان اقر المريض بدين

١ - آل عمران آية ٨١ .

٢ - التوبة آية ١٠٢ .

٣ - الاعراف آية ١٧٢ .

٤ - النساء آية ١٣٥ .

٥ - الوسائل باب ٣ من ابواب الاقرار - والمستدرک باب ٢ منها

٦ - الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب الاقرار حديث ١

٧ - الوسائل باب ٤ من ابواب الاقرار حديث ١

٨ - الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا

٩ - الوسائل باب ٥ من ابواب الاقرار

١٠ - الوسائل باب ١٤ من ابواب احكام الوصايا حديث ٣

يجوز ذلك - ومنها - مادل (١) علي انه ان اقر رجل عند موته لواحد من اثنين فايهما اقام البينة فله المال وان لم يقم واحد منهم البينة فالمال بينهما نصفان - ومنها - غير تلكم .

بيان ما به يتحقق الاقرار

وكيف كان فالنظر فيه يكون في الاركان وفي اللواحق - اما الاركان - فهي اربعة الاول الصيغة - لاختلاف بينهم (٩) لاشكال في انه (لا يختص لفظا) بل يكفي فيه كل لفظ يفيد الاخبار باي لغة كان - وعن التذكرة الاجماع عليه - وهو الحجة فيه مضافاً الى اطلاق الادلة - فان الموضوع هو الاقرار والاعتراف وهما انما يصدقان بابرار ثبوت حق سابق كان المبرز عرييا او غيره - والمعتبر هو كون اللفظ كاشفا في عرف المتكلم عن المعنى المطلوب ثبوته ولا عبرة باللغة هنا - كما انه لا يعتبر كون اللفظ المتكلم به على القانون العربي في مادته وهيئته (ويتفرع) على ذلك فروع - منها ما لو قال ان شهد فلان لك على فهو صادق وشهد - فالاقرب كما عن اكثر المتأخرين انه لا يكون اقرارا - اذ المفهوم العرفي من هذه الجملة امتناع الشهادة - ومنها - ما لو ادعى عليه احدانه اقرضه فقال صدقت مقترنا ذلك منه بما يكون في المتفاهم العرفي استهزاء - ومنها - غير تلكم من الموارد التي لا تندرج تحت ضابطة كلية فان فهم العرف الذي يرجع اليه غير منضبط فلا بد في كل مورد من ملاحظة الكلام الصادر من المتكلم ورعاية القرائن الحالية و المقالية - فان كسان صريحا او ظاهرا في الاخبار عن ثبوت الحق بحسب المتفاهم العرفي فهو اقرار والا فلا .

(٩) بهذا البيان يظهر عدم تعين اللفظ بل (يصح بالاشارة المعلومة) اي المفهمة - اذ المعيار هو الاعراب عما في الضمير بلا دخل لخصوصيات المعرب في ذلك (وعن) بعضهم اشتراط التعذر في الاكتفاء بالاشارة من جهة الشك في صدق الاقرار

عليها وان عبرت عما في الضمير - ولازم ذلك وان كان عدم الاكتفاء بها حتى مع التعذر الا انه يكتفى بها في حال الضرورة للاجماع (وفيه) ان الاقرار والاعتراف وما يساوقهما من الالفاظ - لم يؤخذ فيها اللفظ وهذا العرف ببابك والتبادر عندهم و عدم صحة السلب علامتان للحقيقة - فاعرض لفظ الاقرار عليهم فهل يشك احدهم في صدقه على المعرب عما في الضمير وعدم صحة سلب الاقرار عنه - وعلى الجملة فلا ينبغي الشك في صدقه على الاشارة المفهومة والاكتفاء بها .

(ولو قال نعم او اجل في جواب اعليك كذا فهو اقرار) بلا خلاف فيهما ولا اشكال - لكون اللفظين من كلمات التصديق - نعم - ان كان المتكلم ممن يحتمل في حقه ان لا يعرف معنى لفظ اجل - وادعى انه تخيل كونه كلمة تكذيب او استهزاء لا تصديق يقبل منه ولكنه خارج عن محل الفرض فان هذا يجري في الالفاظ الصريحة اذا صدرت عن غير اهل ذلك اللسان .

(وكذا) يكون اقرارا - قول (بلى عقيب اليس عليك كذا) فانها بمقتضى الوضع حرف تصديق واكثر ما تقع بعد الاستفهام وتختص بالايجاب سواء كان ما قبلها مثبتا او منقيا - هكذا ذكره اهل اللغة - والظاهر انها بحسب المتفاهم العرفي ايضا كك - وعلى فرض التنزل وتسليم الشك في كونها في العرف كك يستصحب قهقرا ثيا ويثبت به ذلك - على ما مر في محله من ان بناء العقلاء في المحاورات على اجراء هذا الاستصحاب والظاهر انه لا خلاف بينهم فيما ذكرناه .

(بخلاف نعم) فانه ذهب جماعة منهم الشيخ ره والماتن الى انها ليست اقرارا - وعن الشهيد وسيد المدارك انها اقرار - وتردد المحقق فيه في النافع (وجه) الاول - انها وضعت في اللغة لتقرير ما سبق من السؤال فاذا كان نفيا اقتضت تقرير النفي فهي في المثال انكار لا اقرار (و وجه) الثاني انه لو سلم كونها في اللغة كك لكنها بحسب الاستعمال الشائع عند العرف بلا قرينة مثل بلى - تكون ايجابا مطلقا كان ما قبلها مثبتا او منقيا - مع - انه صرح جماعة بورودها في اللغة كك - وفي المنجد ايضا التصريح بمساواة نعم -

وبلى فى المقاد (ووجه) الثالث عدم ترجيح احد الوجهين على الآخر - وبما ذكرناه يظهر ا قوائمة الثانى اذ قد عرفت عدم العبرة باللغة فى مقابل العرف - ودعوى - ان الاستعمال اعم من الحقيقة وان كان شايعا كما فى الرياض - مندفعه بما تقدم من انه لا يتوقف صدق الاقرار على اثبات كون اللفظ حقيقة فى المستعمل فيه بل يكفى كونه مجازا مشهورا لا يتوقف دلالة عليه على ذكر قرينة .

(ولو قال) بعد قول لى عليك كذا (انا مقر فليس باقرار) لانه لم يذكر المقربة فمن الجائز ان بقدر ما لا يطابق الدعوى - والعام لا يدل على الخاص (الا ان يقول به) اى بما تدعيه فيلزمه - خلافا للشهيد فى محكى الدروس قال لا يكون اقرارا ايضا ادغايته الاقرار بالدعوى وهو اعم من الاقرار بها للمدعى ولغيره - ويرده - ان المتبادر الى الذهن هو الاقرار به للمدعى - وقد مر انه المعيار فى هذا الباب ولذلك قد يدعى كونه اقرارا فى الاول ايضا من جهة ظهور المحاورات العرفية فى ذلك فان وقوعه بعد الدعوى يوجب عندهم صرفه اليها - كما يعلم ذلك من انه لو اقر بشيء آخر صريحا بعد هذا كما لو ادعى عليه دين فقال انا مقربان السماء فوقنا - قيل - والاية الكريمة المتقدمة (١) «أقرتم واخذتم على ذلكم اصرى قالوا اقرنا» شاهدة به وهو غير بعيد .

حكم مالوعلقه بشرط

(ولو علقه بشرط بطل) كما عن اكثر المتأخرين - ونخبة القول فيه انه لا اشكال كما مر فى ان الاقرار عبارة عن الاخبار عن ثبوت حق على نفسه جزما - فهل يعتبر فيه كونه عن ثبوت حق سابق - ام يكفى فى صدقه الاخبار عن ثبوت حق فى اللاحق قولان - اختار ثانيهما صاحب الجواهر - قال لا يمكن انكار صدق الاقرار على الحقوق المتعلقة بنذر او عهد او يمين على شيء متوقع او معلوم الحصول فاذا اقر مثلا ان لزيد على مائة درهم اذا عوفى فى مرضه بنذر او عهد او يمين كان ذلك اقرارا بالحق المعلق

بمقتضى السبب المتعلق به - ولكن يردده ان ذلك يكون اقراراً باعتبار كونه اخباراً عن السبب وهو النذر السابق مثلاً - فالحق ما افاده الاكثر من اعتبار كونه اخباراً عن حق ثابت فى السابق - وعلى هذا فلو علقه بشرط مستقبل لا يكون اقراراً (واما) لو علقه بشرط مضى فالظاهر انه اقرار اما اذا علم بتحقق الشرط فلكونه اخباراً عن تحقق التالى و ثبوته لفرض العلم بتحقيق الشرط واما اذا لم يعلم به فلان الاخبار المشروط اخبار عن الملازمة بين الشرط والجزء اجزما فاذا انضم اليه تحقق الشرط خارجا كانت النتيجة كونه اخباراً عن حق ثابت - كما لو قال ان كان مكتوباً فى الدفتر ان لزيد على الف كان كك جزماً. فان كان مكتوباً كان هذا اخبار اجزماً بثبوت الالف فيصدق عليه الاقرار (نعم) ان كان الشرط مما يتخيل انه لم يقع خارجاً لم يكن ذلك اقراراً بل هو انكار عرفاً - والضابط هو الرجوع الى العرف بحسب ما يفهمه من القرائن الحالية والمقالية لهذا الكلام - ولا يمكن جعل ميزان كلي له .

حكم مالو قال ان شهد فلان فهو صادق

(ولو قال ان شهد فلان فهو صادق لزمه وان لم يشهد) كما عن الشيخ فى المبسوط وابن سعيد فى الجامع والمصنف فى جملة من كتبه - بل حكى عنه نسبه الى الاصحاب .

و استدلل له (بانه) اذا صدق على تقدير الشهادة لزم الحق لوجوب مطابقة الخبر الصادق لمخبره فى الواقع فيكون فى ذمته على ذلك التقدير - و من المعلوم انه لا دخل للشهادة فى ثبوت المقربة فى الذمة فى نفس الامر فيثبت ح مطلوبه اذا لصدق مطابقة نسبة الخبر للنسبة الخارجية فى تحقق الصدق على تقدير الشهادة (و بانه) اما ان يكون ثابتاً فى ذمته اولاً - و التالى باطل لاستلزامه كذب الشاهد على تقدير الشهادة لانه خبر غير مطابق لكنه حكم بصدقه على تقديرها فيتعين الاول (و بانه) بصدق كلما لم يكن المال ثابتاً فى ذمته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة و ينعكس

بعكس النقيض الى قولنا كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المال ثابتاً في ذمته لكن المقدم حق لافتراره فانه حكم بصدقه على تقدير الشهادة فالتالي مثله .

اقول قد مر انه اذا كان المفهوم من هذا الكلام عرفاً بواسطة القرائن ان هذه الشهادة ممتنعة الوقوع من الشخص المذكور لامتناع الكذب عليه بحسب اعتقاد المتكلم والغرض ان هذا لا يصدر منه كما هو كثير الامثال في المحاورات العرفية حتى ادعى ظهور الكلام ولو بلا قرينة في ذلك فهو ليس اقراراً قطعاً - و ان كان المفهوم منه عرفاً انه يصدر الاخبار عن الحق مشروطاً - فان شهد كان اقراراً لان الاقرار بالملازمة اقرار بالتالي مع فرض وجود المقدم ولا يعتبر الصراحة في الاقرار - و ان لم يشهد لم يكن اقراراً قطعاً - وما ذكر من الوجوه مغالطات واضحة (اما الاول) فلانه وان لم يكن دخل للشهادة في ثبوت المقر به في الذمة في نفس الامر لكنها دخيلة في الاخبار بالثبوت لان الفرض ان الاخبار مشروط - فهو كالانشاء على تقدير فكما انه مع عدم ذلك التقدير لا يكون المنشأ فعلياً كك في الاخبار (و اما الثاني) فلان الميزان ليس هو الثبوت النفس الامسرى كى يتم الحصر المزبور - بل الاخبار بالثبوت و هو اخبار على تقدير دون آخر فالثبوت على تقدير الشهادة لا يستلزم ثبوته على تقدير عدمها (و اما الثالث) فلان الثبوت في الذمة ليس منسائط الاقرار بل الاخبار به - فالأظهر انه 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) و الاختيار و جواز التصرف بلا خلاف في شيء من تلكم بل عليها الاجماع عن التذكرة .

يشهد للاول حديث (١) رفع القلم المتقدم في الابواب السابقة و للثاني

١ - الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات - و باب ٣٦ من ابواب القصاص

مادل (١) على عدم مالكية العبد فانه ح لا يكون اقرارا على نفسه - وللثالث حديث (٢) رفع ما استكره عليه - وللرابع مادل (٣) على حجره .

وعلى هذا فلا يقبل اقرار الصبي بمال ولا عقوبة وان بلغ عشرة - ان لم يجز وصيته و وقفه و صدقته والاقبل اقراره بها - لقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به التي استند اليها الاصحاب لصحة اقراره بما يصح منه - والظاهر كونها قاعدة مستقلة غير قاعدة الاقرار ومدر كها الاجماع وتسالم الاصحاب - بل وعليها بناء العقلاء ولم يردع الشارع الاقدس عنها - وانما لا نقيد اطلاقها بحديث رفع القلم عن الصبي من جهة الاجماع على ذلك على فرض صحة الوصية والعق و الوقف منه - ولا اقرار المجنون الا من ذوى الدور وقت الوثوق بالعقل - ولا من العبد (٥) لكن (يتبع العبد باقراره بعد العتق) ولا من المكره - لان حديث الرفع اسقط حكم اقراره - ولخبر (٦) ابي البختری عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا (ع) قال من اقر عند تجريد او حبس او تخويف او تهديد فلا حد عليه - ولا من السفية في ماله لكونه محجورا عن التصرف في ماله ولا من المفلس لانه بعد تعلق حق الغرماء بالمال يكون ذلك بالنسبة الى المال من قبيل الاقرار على الغير فلا يكون نافذا - ولكنه انما لا يثبت في ماله - ويثبت في ذمته كما مر في مبحث المفلس .

بيان ما يعتبر في المقر له

الثالث المقر له (٥) قد طفت كلماتهم بانه يشترط (في المقر له اهلية التملك) اذ مع عدمها يلغو الاقرار فلا عبرة به فلو اقر بشيء لجماذ بطل .

١- الوسائل باب ٢ من الحجر - وباب ٧٨ و ٧٩ من ابواب الوصايا

٢- الوسائل باب ٥٤ من ابواب الجهاد في النفس .

٣- الوسائل باب ٥١ من ابواب الحجر -

٤- الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الاقرار

فهل يقبل الاقرار للحمل ام لافيه تفصيل - اذ تارة يبين سببا يفيد الملك له كوصية اوارث يمكن في حقه - و اخرى يبين سببا لا يفيد الملك له كالجنانية والمعاملة معه و ماشاكل - و ثالثة لا يبين سببا .

واما في الصورة الاولى فالظاهر صحة اقراره لانه يملك وان كان استقرار ملكه له مشروطا بسقوطه حال حياته - فلو قال ان الحمل دينافي ذمتي لوصية مثلا - ملك الحمل ذلك بالفعل - وان لم يكن مستقرا وليس من قبيل الاقرار على حق ثابت في المستقبل - لفرض مالكيته - ويمكن ان يقال انه اقرار بوصية اوسبب للارث و هما امران سابقان على الاقرار .

واما في الصورة الثانية فالوجه الصحة عند المصنف ره والمحقق والشهيد بن سيد الرياض بل نسبته ثانی الشهيد بن الاكثر - قالوا نظرا الى مبتدأ الاقرار والغناء ما يبطله نحو غيره من صور تعقيب الاقرار بالمنافي - واورد عليه - بان الكلام كالجملة الواحدة ولا يتم الا بآخره وقد نافي اوله فلا عبرة به كالاقرار المعلق على الشرط - واجابوا عنه - بان كون الكلام كالجملة الواحدة يتم فيما هو من متمماته كالشرط والصفة لا فيما لا تعلق به بل ينفيه ومن ثم اجمعوا على بطلان المعلق دون المعقب بالمنافي (اقول) قد مر ان الميزان في الاقرار هو الظهور العرفي للكلام - وعليه - فمادام لم يتم المتكلم كلامه لا ينعقد لكلامه ظهور لاحتمال ذكر القرينة الصارفة واذا تم كلامه يكون ما يستفاد منه هو المعيار والميزان - فسادا اقر بملكيته للحمل وقرنه بذكر السبب غير المفيد للملك له كان المقربه هو الملكية الخاصة لا المطلقة - لانه لم يقربها بل بحصة خاصة منها وهي الملكية المسببة عن سبب خاص والمفروض عدم امكان تحققها للحمل - فما اقربه ممتنع الحصول فلا يصح اقراره هذا -

واما في الصورة الثالثة - فالمتجه هي الصحة كما هو المشهور بين الاصحاب للاكتفاء في الاقرار بامكان الصحة و بعبارة اخرى انه ينزل الاقرار على الاحتمال الصحيح وعن المبسوط انه نقل عن بعض الحكم بالبطالان ولم يعرف قائله - نعم - عن

الفخر في ايضاحه البناء عليه - وان حكى عنه في شرح الارشاد نسبة الصحة الى الاصحاب مشعرا بدعوى الاجماع عليها (و استدل له) بان الحمل لا يملك حقيقة وانما يوجد سبب يصلح للتمليك فاذا لم يقربه لم يصح - وبان - الملك في صورة صحته مشروط بسقوطه حيا قبله لا يعلم الصحة بل هو مراعى فكان جانب عدم الصحة اولى على التقديرين (ولكن) يتوجه على الاول - ان الحق مالكية الحمل ملكية غير مستقرة مشروطا باستقراره بسقوطه حيا - مع - ان مقتضى حمل الاقرار على الصحة كحمل ساير افعال العاقل - حملة على ارادة السبب الصالح للملك فالاقرار بالملك اقرار بالسبب الصحيح المملك - وعلى الثانى ان قبل سقوطه حيا يعلم بالصحة مراعاة بسقوطه حيا - فالأظهر الصحة -

المقربه وما يشترط فيه

الرابع المقربه - وهو اما مال او نسب او حق - وقدر ان الاظهر جواز الاقرار في الجميع لعموم دليله (ولو قال له على مال فان فسر المقربه بما يملك قبل وان قل) بلاخلاف بل عليه الاجماع في محكى التذكرة وهو الحجة مضافا الى اصالة البرائة عن الزايد بعد صدق المال على القليل والكثير (ولو لم يفسر) قيل وان امتنع عن البيان (حبس عليه) حتى يبين الان يدعى النسيان ويقبل - على تفصيل ياتى في كتاب القضاء مفصلا - ومنه يظهر ضعف ما قيل من عدم الحبس - ولو فسر به بالم تجر العادة بتموله كقشر الجوزة واللوزة وما شا كل - قيل لم يقبل لعدم صدق المال عليه فضلا عن انصراف اطلاقه اليه على وجه يثبت في الذمة بل نسب ذلك الى المشهور وعن التذكرة والروضة قبوله اذ المال اعم من غير المتمول لان كل غير متمول مال ولا عكس (اقول) لا اشكال فسي ان المال غير الملك اذ رب مال ليس بملك كالمباحات الاصلية و ملك ليس بمال مثل ما لا يصدق عليه المال لقلته - وعليه فان قال على مال وفسره بذلك لم يقبل ولو قال على شىء وفسره به قبل - والظاهر ان مورد كلام المصنفه هو الثانى على

ما يظهر من تعليله وقد صرح به في محكي الروضة .

(ولو قال) على (الف درهم) الزم بالدرهم و (قبل تفسيره في الالف)
الذى هو مجمل بلا خلاف فيه - وفي قبول تفسيره بما شاء (ولو قال الف وثلاثة دراهم
او مائة و عشرون درهما) او ماشا كلهما من الاعداد المتعاطفة المتخالفة في التمييز
المتعقبة لها بحسب الافراد والجمع و الجرو النصب (فالجميع دراهم) كما هو
المشهور بين الاصحاب لان المفسر لو وقع بين المبهمين واكثر يعود الى الجميع -
كما يظهر من ملاحظة موارد لاحظ قوله تعالى (١) ان هذا اخي له تسع وتسعون نعجة -
والخبر - ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلث وستين سنة و عن المختلف ان
المميز في المثالين ونظائرهما كما يحتمل رجوعه الى الجميع يحتمل رجوعه الى
الاخير - وعليه فالمتيقن الثابت هو الرجوع الى الاخير وفيما قبله يعامل معه معاملة
المبهم فله ان يفسره بما شاء وعن الاردبيلي الميل اليه - ولكن يتوجه عليه (اولا) انه
لا يحتمل ذلك بعد كون تعدد التمييز - كما لو قال له على الف درهم - وعشرون درهما -
مستهجنا وبعد التمييز الاول زايذا غير محتاج اليه - وثانيا - ان الاحتمال لا ينافي الظهور
العرفي ولو بواسطة الاطلاق في الرجوع الى الجميع -

(ولو قال) له على (كذا درهما ف) في المتن وعن الشيخ ره وابن زهره انه
يلزمه مع النصب (عشرون درهما) لان اقل عدد مفرد ينصب مميزه عشرون اذ فوقه
ثلاثون الى تسعين فيلزمه الاقل لانه المتيقن - وفيه - انه يمكن جعل درهما - منصوبا
على التمييز كما لو قال شيء درهما - لا يقال - انه قد ادعى اجماع الادباء على انه كناية
عن العدد بل عن المذهب البارع لم يوجد في كلام العرب غير ذلك - فانه يقال ان مدعى اجماع
نفسه اعترف بانه يستعمل عرفا في غير العدد وقد مر ان العرف يقدم في هذا الباب ثم
ان ذلك كله اذا كان المتكلم عارفا بان الادباء اتفقوا على كونه كناية عن العدد - والا
فالامر اوضح كما لا يخفى .

(ولو قال) له على (كذا درهم ف) عن الشيخ والسيد والمصنف ره - انه يلزمه (مائة) اذا كان الدرهم مجرورا - لان اقل عدد مفرد مميزه مجرور - المائة اذفوقه - الالف فيحمل على الاقل - ولكن يتوجه عليه ان الجبر يحصل باضافة الجزء فلا وجه لحمله على الدرهم الكامل بل يثبت به جزء الدرهم واليه يرجع فسي تفسير الجزء - والتقدير جزء درهم وكذا كناية عن الجزء - ولو جعل الدرهم مرفوعا فلا كلام ظاهرا في انه يلزمه درهم بجعله بدلا عن كذا .

(ولو قال) له على (كذا كذا درهم ف) المتجه هو لزوم درهم واحد لان الظاهر منه ارادة التاكيد - فيجرى فيه ما سبق ولكن الجماعة المتقدم ذكرهم ذهبوا الى ان اللازم عليه (احد عشر) درهما - لان اقل عدد مركب مع غيره ينتصب بعده المميز احد عشر اذفوقه الاثنى عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل - والجواب مامر .

(و) لو قال (كذا وكذا درهما) بان كرر كذا - وذكر حرف العطف (ف) عن من تقدموا - يلزمه (احدى و عشرون درهما) لانه اقل عدد ين عطف احدهما على الآخر وميزا بدرهم منصوبا اذفوقه اثني وعشرون الى تسعة وتسعين - ويضعف بمامر - والحق عدم لزوم ازيد من درهم واحد - لانه ذكر شيئين ح و ميزاهما بدرهم فكانه قال شىء وشىء هما درهم لان كذا حيث يحتمل لما هو اقل من درهم فيجوز تفسير المتعدد منه و ان كثر بالدرهم وفي المثال قولان آخران - احدهما لزوم درهمين عليه لانه ذكر جملتين كل واحدة منهما يقع على الدرهم ويكون كناية عنه فيكون الدرهم تفسير الكل واحد منهما ثانيهما انه يلزمه درهم وزيادة يرجع فيها اليه لان الدرهم فسر الجملة الاخيرة فتبقى الاولى على اجمالها فيفسرها بما شاء - وقد ظهر مما اسلفناه ضعفهما - كما انه قد ظهر مما قدمناه في قول المصنف ره (هذا مع معرفته والافله التفسير) فلا حاجة الى بيانه .

تعقيب الاقرار بما ينافيه

(٩) اما اللوائح الثلاثة - الاول - ففى تعقيب الاقرار بما ينافيه (لوقال لك على مائة مؤجلة او من ثمن خمر او مبيع لم اقبضه او ابتعت بخيار) عن جماعة منهم المصنف رده ان (القول قول الغريم مع اليمين) وتفصيل الكلام .

اما فى الفرع الاول - فلا اشكال فى انه بالاقرار يلزمه المائة - وح ان لم ينكر الغريم الاجل فلا كلام وان انكره - فان كان وصف التاجيل منفصلا عن الكلام المتقدم ولو بسكوت طويل فلا خلاف بينهم فى ان الدين حال وقول الغريم مقدم لاندعوى التاجيل دعوى اخرى والمدين مدع فيها بلا اشكال وان وصله به فظاهر العبارة وكذا عبارة المحقق فى التافع - انه كك وهو المحكى عن صريح الشيخ والقاضى وعلوه بان دعوى الاجل زائدة عن اصل الاقرار فلا تسمع كما لو اقر بالمال ثم ادعى قضائه - ولكن المشهور بين الاصحاب سيما المتأخرين - انه يقبل قوله ويقدم على قول غريمه فلا يكون الدين حالا - وهو الاظهر لما مر من ان الاقرار انما هو بلحاظ ظهور الكلام ومعلوم انه لا يتعقد للكلام ظهور مادام المتكلم مشغولا بقوله ان يلحق بكلامه ماشاء من اللوائح - وان شئت قلت ان المقربة بحسب ظهور الكلام هو الدين المؤجل فلا يثبت به الحصاة الاخرى من الدين اى الدين الحال - ويؤيده ما قيل انه لولا قبول ذلك منه لادى الى انسداد باب الاقرار بالحق المؤجل واذا كان على الانسان دين مؤجل واراد التخلص فان لم يسمع منه لزم الاضرار به وبما كان الاجل طويلا بحيث اذا علم عدم قبوله منه لا يقرب باصل الحق خوفا من الزامه حالا والاضرار فيؤدى تركه الى الاضرار بالحق وهذا غير موافق للحكمة الالهية - والصحيح كان امير المؤمنين عليه السلام لا يأخذ بساؤل الكلام دون آخره .

واما الثانى - فلو قال له على مال ثم قال منفصلا عنه من ثمن خمر غير محترمة او خنزير لا يقبل منه الثانى ويثبت عليه المال اجماعا كما عن التذكرة ووجهه ظاهر - ولو وصله

بكلامه الاول فالمشهور بينهم ايضا ذلك بل عن نهاية المرام نسبتة الى علمائنا (واستدلوا) له باقتضاء ذلك سقوط الاول لعدم صلاحية الخمر وكذا الخنزير مبيعا يستحق به الثمن في شرع الاسلام (وهو) انما يتم مع عدم احتمال الجهل بذلك في حق المقر - واما مع احتمال له فلا لان الاقرار مبني على اليقين فكلما لم يتيقن لم يلزم بشيء ولا يخرج عنه بالظن وغيره و يسمع فيه الاحتمال وان كان نادرا كما افاده المحقق الاردبيلي ره (وما) في الجواهر من انه لو صح ذلك لانسداد باب الاقرار (يدفعه) ان الاحتمال ان لم يكن له منشأ عقلاني لا يعتنى به ولا يلزم منه ما ذكر وان كان لذلك لا يلزم منه انسداد باب الاقرار. واما الثالث فان وصل قوله من مبيع لم يقضه بقوله له على مال - فعن المبسوط والخلاف ونهاية المرام والمسالك والكفاية وغيرها انه يقبل قوله - وذهب المصنف ره والمحقق والشهيد الى انه يقدم قول الغريم وهو المحكي عن يحيى بن سعيد والحلى وعن غير واحد من المتأخرين واستدلوا للثاني بمنافاة الثاني للاول - وقد ظهر ضعفه مما قدمناه - ومنه يظهر اقوائية الاول - نعم - لو انفصل صح ما ذكر كما مر .

واما الرابع وهو ما لو قال لك على مائة من مبيع ابتعت بخيار فقد قالوا انه يلزم بالمائة - للتنافي بين قوله على - وقوله بخيار اذ مقتضى الاول ثبوت الثمن في الذمة وجوب ادائه اليه في جميع الاحوال ومقتضى الثاني عدم استقراره فيها لجواز الفسخ وعدم وجوب ادائه اليه مطلقا (وفيه) ان الثاني لا ينافي الاول بل يبين كيفيته اذ لا منافاة بين ثبوته في الذمة غير مستقر وعليه فحيث ان المدار في باب الاقرار على الظهور العرفي ولا ينعقد للكلام ظهور ما دام للمتكلم ان يلحق بكلامه ما شاء من اللواحق - فلا يظهر قبول قوله كما عن المبسوط والخلاف والقاضي والمسالك والروضة وسيدى المدارك والرياض والمحقق الاردبيلي وغيرهم -

الاستثناء المتعقب للاقرار

الثاني - في بيان احكام الاستثناء المتعقب للاقرار - لا خلاف عندنا في جريان

الاستثناء في الاقرار بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر (٩) يترتب عليه - انه (يحكم بما بعد الاستثناء) - نعم يعتبر عندنا الاتصال العادي بان يصح في الاستعمال عادة وعن ابن عباس والحلى تجويزه الى شهر وحمله على قبول خبره الى تلك المدة - وضعفه ظاهر -

ثم ان قواعده و ان كانت كثيرة الا انه تعارف بينهم ذكر قواعد ثلاث في هذا المقام .

١- ان الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات وفي المسالك ان الاول موضع وفاق بين العلماء وهو ظاهر - واما الثاني فقد اشكل عليه بعضهم نظرا الى ان بين الاثبات والنفي واسطة فلا يلزم من انتفاء النفي اثبات الاثبات لجواز التوقف - وينتقض ذلك بالاستثناء من الاثبات - وتامم الكلام فيه في الاصول .

٢ - المشهور بين الاصحاب جواز الاستثناء من الجنس المعبر عنه (المتصل) و من غير الجنس (٩) هو الذي يقال له (المنفصل) تارة والمنقطع اخرى - اما جواز الاول فواضح - واما الثاني فيشهد به وقوعه في الكتاب وفصيح اللغة - قال الله تعالى (١) « ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض » وقال سبحانه (٢) « فسجدوا الا ابليس كان من الجن » - وقال (٣) عز من قائل « لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قبلا سلا ماسلاما » الى غير تلك من الموارد - وهل هو ح على وجه الحقيقة او المجاز - فيه خلاف لايهمنا في المقام البحث عنه (ثم ان) مرادهم من الجنس كون المستثنى داخلا في المستثنى منه لسوا الاستثناء - ومن غيره عدم دخوله وبذلك اندفع ما في المسالك قال اطلاق الاستثناء المنقطع على كونه من غير الجنس لايخلو من مناقشة مشهورة لان مثل قوله جاء بنوك

١- النساء آية ٢٩

٢- الكهف آية ٥٠

٣- الواقعة آية ٢٤

الابنوزيد منقطع من ان الاستثناء من الجنس انتهى (ويسقط) في الاستثناء المنقطع (بقدر قيمة المنفصل) فلو قال له على الف درهم - الاثوب - يسقط بمقدار قيمة الثوب عن الالف درهم .

٣- ذهب المحققون من الاصوليين والاكثر الى انه يصح الاستثناء اذ يبقى بقية قلت او كثرت كما في المسالك - وذهب جماعة الى اعتبار ان يكون الباقي من المستثنى منه اكثر من النصف - والاصح انه يصح مطلقا و انما يستهجن استثناء الاكثر وهذا لا يضر بالحمل عليه في باب الاقرار كما مر وانما لا يلتزم به في كلام الشارع الا قدس - وبه يندفع الابرار على الاصوليين - بانهم ذكروا في المقام ان الاستثناء يصح وان كان الباقي قليلا - وفي الاصول بنوا على عدم صحة استثناء الاكثر .

(٩) يتفرع على القاعدة الاولى انه اذا ذكر استثنائان وكان الثاني بقدر الاول رجعا جميعا الى المستثنى منه (لو قال) له على (عشرة الاثلاثة الاثلاثة لزمه اربعة) فان الظاهر في صورة تعدد الاستثناء اذا كان متعاطفا او كان الثاني مستغرقا لما قبله سواء زاد عليه او ساواه رجوع الجميع الى المستثنى منه - هذا اذا لم يحصل بالاستثناء المتعدد استغراق المستثنى منه والابطال ما يحصل به الاستغراق - كما لو قال في المثال له عشرة الاثلاثة الاسبعة فيبطل استثناء سبعة وتثبت تلك كما هو واضح .

ويتفرع على الثالثة ما قاله المصنف (هـ) والوجه بطلان الاستثناء في درهم ودرهم (الادرهما) - اذ المختار عند جماعة من المحققين ره ان الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة يرجع الى الجملة الاخيرة وعليه فالاستثناء مستغرق فيكون باطلا - ولو قلنا بان الاستثناء الواقع بعد جمل متعددة يرجع الى الجميع فهل يصح الاستثناء في المثال ويثبت درهم واحد لانه ح في قوة قوله له درهمان الادرهما كما في الشرايع - ام يبطل ايضا كما عن الشيخ والحلي والمصنف هنا وغيره وجماعة من جهة استلزام صحة الاستثناء ح التناقض والرجوع عن الاعتراف لورود الاقرار على الدرهم بلفظ يفيد النصوبة فلم يصح اخراج احدهما بعد ان نص على ثبوته وجهان - اظهرهما الاول

وذلك يظهر بعد ملاحظة انه لاخلاف ولا اشكال فى انه لو قال - له على درهم الانصفه - يكون صحيحا - ولعل سره ان التجوز عن نصف الدرهم بدرهم صحيح - فانه على هذا يقال فى المثال انه كانه استثنى من كل درهم نصفه - ونصفا درهم درهم - بل يمكن ان يقال بصحة الاستثناء حتى على المسلك الاول فان رجوع الاستثناء الى الجملة الاخيرة خاصة دون الجميع - انما هو فيما اذا لم يستغرق وامامه فيجب العود الى الجميع - فيجرى فيه ما ذكرناه .

(٩) من متفرعات الاولى انه (لو قال) له على (عشرة الا خمسة الاثلاثة) بان كان الاستثناء الثانى غير معطوف على الاول وكان اقل من سابقه فانه ح يعود الى متلوه لا الى المستثنى منه - ففى المثال (يلزمه ثمانية) .

(٩) منها ما (لو قال عشرة بنقص واحدة لم يقبل) بل يلزم بالعشرة على المشهور (واستدلوا) له - بانه رجوع عن الاقرار وذكر وافى وجه الفرق بينه وبين الاستثناء وقوع الاتفاق على قبوله لوقوعه فى فصيح الكلام بخلاف غيره من الالفاظ المتضمنة للرجوع عن الاقرار - وبان بنقص فى المثال جملة اخرى منفصلة عما سبقها فيكون كالمنافى لها فلا يسمع وهذا بخلاف الاستثناء فانه مع المستثنى منه يعدان جملة واحدة يكون الاستثناء جزء منها لا يمكن فصله عنها (ولكن) يتوجه على الاول ان قبول الاستثناء ليس للاجماع بل من جهة ان الاستثناء من الاثبات نفى ولازم ذلك ظهور مجموع الكلام الملغى فى كونه اقرارا بغير ما اخرج به وهذا يجرى فى المثال ايضا - وعلى الثانى انه لا عبرة بكون الجملتين واحدة ام متعددة بل الميزان فى باب الاقرار هو الظهور العرفى ومن المعلوم - انه لا ينعقد للكلام ظهور مادام كونه مشغولا به وله ان يذكر القرينة الصارفة ولو كانت بجملة اخرى (فلا يظهر) انه يقبل مع الاتصال ويلزمه التسعة - وعن سيد المدارك انه احتمل ذلك قويا لان الكلام انما يتم بآخره -

جملة من فروع الاقرار

الثالث فى جملة من فروع الاقرار ١- (ولو قال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم للثانى) لانه صار لمن اقر له اولا فباقراره اتلف على الثانى ماله الذى اقر به ثانيا هكذا استدله (ولكن) بما ان بل للاضراب - وان الانسان قد يسهو وقد يغلط فيستدرك ببل - فالظاهر كونه للثانى خاصة لعدم انعقاد الظهور التام لاقراره للاول مادام كونه مشغولا بالكلام وبعد ذكر بل الذى هو قرينة على الاشتباه والخطأ - فلا يصدق على ما ذكره اولا الاقرار بكونه للاول .

٢- (و يرجع فى النقد والوزن والكيل الى عادة البلد) لان اللفاظ فى الاقرار تحمل على ما يفهم منها بحسب المتفاهم العرفى فى المحاورات وليس الاذلك (ومع التعدد) يرجع (الى تفسيره) بلاخلاف ولو تعذر الرجوع اليه حمل على الاقل لانه المتيقن .

٣- (ولو اقر بالمظروف لم يدخل الظرف) اخذ بالمتيقن فلو قال لزيد عندي ثوبا فى منديل او زيتا فى جرة او حنطة فى سفينة وما شاكل - لم يكن اقرارا بالظرف - لاحتمال ان يكون مراده - فى وبنديل وجرة وسفينة لى - وكذا العكس كما لو قال لزيد عندي غمديه سيف - يكون اقرارا بالظرف دون المظروف .

٤- (ولو قال) له على (قفيز حنطة) مثلا - (بل قفيز شعير) فالمشهور بينهم - انه (لزمه قفيزان) ويجرى فيه ما ذكرناه فى الفرع الاول وعليه فلا يلزمه الاقفيز شعير (ولو قال قفيز حنطة بل قفيزان لزمه اثنان) بلاخلاف بينهم بل ولا اشكال على ما مرنا - واما على ما ذكره فى الفرعين من حمل بل على غير الاضراب - فغاية ما يمكن ان يستدل به لهم ظهور اللفظ فى ارادة دخول الاقل فى الاكثر - وهو وان كان تاما - الا ان لازمه البناء فى الفرعين السابقين على ما ذكرناه .

٥- (ولو قال اذا جاء رأس الشهر فله على الف او بالعكس) بان اخر الشرط

وقال له على الف اذا جاء رأس الشهر (لزمه الف) اما لزوم الالف عليه في الجملة - فان قلنا بان الاقرار لا يختص باخبار ثبوت حق عليه ففى السابق فواضح بعدما عرفت من ان التعليق لا يضربه - وان قلنا بالاختصاص فان علم من قصده وعرف من كلامه ارادة وجود السبب الفعلى للاستحقاق له بعد مجىء رأس الشهر بان نذرله مثلا - صدق عليه الاقرار وشمله دليله - وان علم منه انه يخبر عن تحقق السبب في ذلك الوقت بان يكون بانبا على التذرله بذلك - فهو وعدلا اقرار فلا يشمله حكمه - وان اطلق ولم يعلم احدهما فيقبل قوله فيه كما لا يخفى - واما عدم الفرق بين تقديم الشرط وتأخيرها فهو المشهور بين الاصحاب ووجهه انه لا فرق بينهما في العرف واللغة وان الشرط وان تاخر لفظا فهو متقدم معنى - (فما) عن التحرير من الفرق بينهما - ضعيف - كما انه قد ظهر مما ذكرناه ضعف ما عن المصنف ره في القواعد وغيرها والشهيد والكركى وغيرهم - من ابتناء المسألة على ظهور اللفظ في كونه تعليقا او تاجيلا فعلى الاول يبطل وعلى الثانى يصح .

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لا فرق بين التعليق على رأس الشهر - او قدوم زيد مثلا - ولم يخالفهم احدا الا المصنف ره في المقام حيث قال (بخلاف ان قدم زيد) والاول اظهر لانه لا فرق فيما ذكرناه بين المثالين نعم على القول الاخر قد يقال - ان التعليق على قدوم زيد صريح في التعليق بخلاف التعليق على مجىء رأس الشهر فانه ظاهر في التاجيل ولا اقل من احتماله - وهو كما ترى .

٦- (ولو ابهم الجمع حمل على اقله) لانه القدر المتيقن الثابت وفي الزايد عليه يرجع الى اصالة البرائة فلو قال له على دراهم - حملت على الثلاثة بناء على انها اقل الجمع - اللهم الا ان يقال انه حيث ان القوم قد اختلفوا في ان اقل الجمع هو الثلاثة - او الاثنان - ويحتمل ان يكون المقرر ممن يرى كونه اثنين - فيقبل دعواه لو اخبر بانه من القائلين بذلك كما عن الدروس - بل يتعين الحمل عليه وان لم يدعه فانه المتيقن الثابت والزايد مشكوك فيه يرتفع بالاصل .

٧- (ولو ابهم المقر له) كما لو قال لاحد هذين هذه الدار قبل منه اذ كما يسمع الاقرار بالمجهول كك يسمع الاقرار للمجهول ثم (الزم بالبيان فان عين قبل) نحو ما مر في الركن الرابع فانه ح ذويد ولو للاصل ينفذ اقراره (و) ح (لو ادعاه الاخر كانا خصمين) الا ان من اقر بهاله ذويد فيكون داخلا والاخر خارجا فيترتب عليهما حكم دعوى الداخل والخارج الاتي في كتاب القضاء مفصلا (ولو) ادعى الاخر علم المقر بانها له (له اليمين على عدم العلم) وان ادعى عليه البت بان قال قد غصبته منى - له اليمين على البت - وانما توجه عليه اليمين له لانه لو اقر له تبعه بالغرم .

٨- (ولو ابهم المقر به ثم عين) قبل كما عرفت مفصلا - و ح (فان انكره المقر له) و ادعى الاخر (انتزعه الحاكم) من المقر الى ان يظهر مالكة لانه ولي من لا ولي له (واقره في يده بعد يمينه) لانه مكلف بايصاله الى مالكة بدس ونحوه - وبالحلف يسقط دعوى المقر له .

٩- (ولو انكر المقر له بالعبد قال الشيخ رضى الله عنه يعتق وفيه نظر)

١٠- (ولو ادعى المواطاة على الشهاد كان له الاحلاف)

فى الاقرار بالولد

بقى فى المقام (مسائل الاولى يشترط فى الاقرار بالولد) مضافا الى ما تقدم اعتباره امور ثلاثة (امكان النبوة - والجهالة - وعدم المنازع) بلا خلاف فى شىء من تلكم وان اختلفت تعبيرات القوم عنها - اقول ان الاخبار الواردة فى ثبوت النسب بالاقرار وان كانت مطلقة - لاحظ خبر (١) السكونى عن جعفر (ع) عن ابيه (ع) عن على (ع) اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه ابدا - وصحيح (٢) عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله (ع) عن المرأة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول هذا ابنى و الرجل

١- الوسائل - باب ٦- من ابواب ميراث ولد الملاعة حديث ٢

٢- الوسائل - باب ٩- من ابواب ميراث ولد الملاعة - حديث ١

يسبى فيلقى اخاه فيقول هو اخى وليس لهم بينة الى ان قال فقال سبحانه الله اذا جائت بابنها او ابنتها ولم تنزل مقرة واذا عرف اخاه وكان ذلك فى صحة منهما ولم يزا الا مقربين ورث بعضهم من بعض ونحوهما غيرهما (ولكن) مدرك اعتبار القيدىن الاولين - انه مع عدم الامكان او المعلومية يكون مخالفة الاقرار للواقع معلومة فلا يكون مثبتا لان طريق الاثبات انما يكون طريقا مع احتمال المصادفة واما مع القطع بالخلاف فلا مورد له واما القيد الثالث فلانه اذا كان هناك مدع آخر فلا محالة يتعارض الاقراران - فيتعين الرجوع الى القرعة ان لم يكن لاحدهما بينة - والنصوص (١) الواردة فى وطء الشراء الامة المشتركة مع تداعيهم جميعا فى ولدها شاهدة بذلك .

(ولا يشترط تصديق الصغير) بلا خلاف فيه وعن جامع المقاصد الاجماع عليه - لا طلاق الادلة - بل (ولا يلتفت الى انكاره بعد البلوغ) لثبوت النسب قبل البلوغ ولا ينتفى بانكاره (و يشترط) التصديق (فى الكبير) كما عن المبسوط وجميع من تاخروا عنه فان ما دل على ثبوت البنوة بالاقرار مختص بالولد الصغير وفى الكبير لا بد من الرجوع الى عمومات الاقرار وهى تقتضى ثبوت النسب من جهة المقر خاصة واما من جهة الولد فهو اقرار فى حق الغير ولا يكون جائزا فيعتبر تصديقه - ثم على فرض تصديقه انما يثبت بالاقرار بن خصوص البنوة والابوة دون حواشيها . لكونهما من قبيل الاقرار فى حق الغير الا ان يكون قولهما واجدا لشرائط الحجية - لا يقال ان هذا الوجه يقتضى عدم ثبوت حواشى البنوة والابوة كالجسودة والعمومة وما شا كل فى الاقرار بالولد الصغير - فانه يتوجه عليه انه خارج بالاجماع والنصوص الدالة على ثبوت البنوة بالاقرار التى من متفرعاتها العناوين الاخر .

هذا كله فى الاقرار بالولد (و) اما (فى غير الولد) فلا اشكال فى اعتبار تصديق الاخر - والا لزم نفوذ الاقرار فى حق الغير بلا دليل خاص دال عليه (ومع تصديق غير الولد ولا وارث) لهما يتوارثان بلا خلاف - ويشهد به النصوص - منها ما مر - ومنها

صحيح (١) الاعرج عن الصادق عليه السلام عن رجلين حميلين جيء بهما من ارض الشرك فقال احدهما لصاحبه انت اخي فعرفا بذلك ثم اعتقا ومكثا مقربين بالاخاء ثم ان احدهما مات قال عليه السلام الميراث للاخ يصدقان (ولا يتعدى التوارث الى غيرهما) لعدم جواز الاقرار في حق الغير - (ولو كان له) اي للمقر (ورثة مشهورون) في نسبه (لم يقبل في النسب) ولو تصادقا لان الارث ثابت شرعا للورثة المعروفين بنسبهم فاقراره بوارث آخر وتصديقه له يقتضى منعهم عن جميع المال او بعضه فهو اقرار على الغير ولا يكون نافذا - هذا في غير الولد مما لا كلام فيه ولا خلاف .

واما فيه فان كان الولد صغيرا - فلا خلاف في قبوله فيه واطلاق النصوص واجماع فقهاء الامة شاهدين به وانما الخلاف في الولد الكبير - ومنشأه الاجماع على ثبوت النسب مع التصديق وان منشأه دليل الاقرار غير الشامل له - وايضا المتيقن من معقد الاجماع غير الفرض - والظاهر هو الثاني .

(الثانية لواقر الوارث باولى منه) كما اذا اقر الاخ بولد للميت (دفع ما في يده اليه) من المال لاقراره بانه اولى منه - فان قيل - ان الاقرار انما يثبت به عدم كون المال له فما المثبت لكونه للمقر له - قلنا ان مدركه ما فاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به التي هي قاعدة عقلانية ومجمع عليها - او مادل (٢) على انه يقبل اخبار ذي اليد عما تحت يده - او انه اذا ادعى المقر له المال كانت دعواه من قبيل دعوى لامعارض لها فيشملها مادل (٣) على انها تسمع - ولو كان المقر له (مساويا له) في الميراث كما لو اقر الابن بابن آخر للميت (دفع) اليه (بنسبة نصيبه من الاصل) (ولو اقر باثنين)

١- الوسائل - باب ٩- من ابواب ميراث ولد الملاعة حديث ٢

٢- وهي النصوص الواردة في الموارد المخصوصة بل يستفاد منها ان حجته كانت امرا

مفروغا عنه راجع رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة ص ٧٨

٣- الوسائل باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء وباب ١٥ من ابواب كتاب

اللقطة - وباب ٣٦ من ابواب الصيد .

دفعه (فتناكر الم يلتمفت الى تناكر ههما) لان استحقاقهما للارث انما ثبت فى حالة واحدة - ونسبة السبب اليهما على حد سواء ويثبت لكل منهما بنسبة نصيبه من الاصل و انكار الاخر لا اثر له (و) اما (لواقر) او لا (باولى منه) كما لواقرا لعم مثلاً بالاخ - (ثم) اقربانا (باولى من المقرله) كالولد (فان صدقه) المقرله بالاول (دفع) المال (الى الثالث) كان المقران عدلين ام لم يكونا - نعم - ان كانا عدلين يثبت باقرارهما النسب ويترتب عليه جميع احكامه ولو ازمه و ملازماته (و لا) بان اكذب بالاخ العم فى كون المقر به ثانيا ولد للميت - لم يدفع المال الى الثالث قطعاً فان الثانى استحق المال بالاقرار الاول ولا يقبل الاقرار الثانى فى حقه لانه اقرار فى حق الغير بل يدفع المال بمقتضى الاقرار الاول (الى الثانى) - وهذا الكلام فيه.

انما الكلام فى ما ذكره من انه (يغرم للثالث) و ذكر وافى وجهه انه بالاقرار الثانى يجب عليه دفع المال الى الثالث - ولكن بما انه اتلفه عليه قبل ذلك بالاقرار الاول فيكون ضامنا له - وبعبارة اخرى - ان الاقرار الثانى وقع بعد تعلق حق الغير به فلا ينفذ فيه فى نفس العين لكن ان ذلك لما كان من جهة اقراره الاول صار هو السبب للحيلولة - فيغرم للثالث وفى المقام مورد بين للبحث ١ - انه ان تم ذلك لا بد وان يقيد بما اذا كان بعد دفع المال الى الثانى - او مع نفي الوارث غيره - والاقلو اقر باخوة شخص للميت ولم يدفع المال اليه ثم اقر بولديه شخص آخر فلاننا فى بين الاقرارين و لا يجب عليه الادفع المال الى الثالث ح ووجهه واضح ٢ - انه اذا اقر بوراثية شخص دفع اليه المال ام لا - فقد خرج المال عن تحت تصرفه - فالاقرار الثانى بكونه لشخص آخر و انه الوارث دون الاول ليس اقرارا على نفسه ولا فيما يملك التصرف فيه - فما الوجه فى ثبوت الحق للثالث ولزوم الغرامة .

والذى يخلج بالبال عاجلا فى وجهه وان كان يحتاج الى تأمل زابدا مران (احدهما) ان قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به جارية بعد زوال ملك التصرف ان كان اقرارا بشىء فى حال ملك التصرف كما يظهر من جماعة - منهم فخر الدين فى الايضاح فى مسألة اختلاف

الولى والمولى عليه بعد الكمال حيث رجع قول الولى وقال ان الاقوى على كل من يلزم فعله غيره يمضى اقراره بذلك الفعل عليه - ومنهم الشيخ فى ظاهر محكى مبسوطه حيث صرح بعدم ارث الزوجة فى مسألة اقرار المريض فى حال مرضه بالطلاق فى حال الصحة - اذ الظاهر انه لامستدله سوى عموم نفوذ اقرار المقر على مملكه ولو فى الزمان الماضى - وعليه - فمقتضى هذه القاعدة انه يمكن الاقرار بكون المال للثالث و اذا ثبت ذلك حيث انه اتلفه عليه باقراره الاول فهو الضامن له (ثانيهما) ان يقال - انه بالاقرار الثانى حيث انه انما يكون فى حين ما تلف المال انما يقر باشتغال ذمته ببذل المال وهذا اقرار على نفسه فيؤخذ به .

(ولو اقر الولد بآخى ثم اقر ابثالث) شاركهما فى الارث بالنسبة (و) ان (انكر الثالث الثانى) قالوا (كان للثالث النصف) لان ارثه ثابت باعتراف الاولين فهو احد الاثنين المتفق عليهما فيكون له النصف - وللأول الثلث لانه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث التركة (و) يبقى (للتانى السدس) و هو ثبت له باعتراف الاول ولا ادعاء للثالث بالاضافة اليه لانه يعترف بانه لا يستحق اكثر من النصف - وربما يشكل على ذلك بان الاول والثانى معترفان بان الثالث غاصب لسدس المال - فكما انه لو غصب شيئا من المال المشترك كان على الشريكين فكك فى المقام - فلا بد من تقسيم النصف بينهما - ويمكن ان يقال بقسمة المال بينهم اثلاثا فان اقرار الاولين بثالث ليس الاقرارا باستحقاقه ثلث المال فلا يستحق الا بهذا المقدار ولا اثر لانكاره نسب الثانى (و) هذا هو الاظهر - فكما انه (لو كانا معلومى النسب لم يلتفت الى انكاره) كك مع عدم معلوميته .

(الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين) بلا خلاف لعموم ما دل على حجية البينة (لابر رجل و امرأتين و لابر رجل ويمين) على قول وسيانى الكلام فيه مفصلا فى كتاب الشهادات (ولو شهد الاخوان بابن للميت كان اولى منهما ويثبت النسب ولو كانا فاسقين يثبت الميراث دون النسب) و يظهر وجهه

الجميع مما تقدم آنفا .

الفصل السابع فى الوكالة

وهى استنابة فى التصرف فى امر من الامور فى حال حياته - ويخرج بقيد فى التصرف الوديعه فانها استنابة فى الحفظ وبقيد فى حال حياته تخرج الوصاية فانها استنابة بعد الموت. واما ما فى المسالك من الفرق بين الوكالة و الوصاية بان الوصاية اعطاء ولاية - ففيه تامل ياتى الكلام عليه فى كتاب الوصاية. واما الفرق بينها وبين العارية فهو انه فى العارية ليس استنابة فى التصرف ولا يتصرف المستعير فى العين نيابة عن مالكها وهو واضح - وكذا المضاربة و المزارعة والمساقاة - فان حقيقتها ليست استنابة كما مرفى ابوابها .

ولا اشكال فى مشروعيتها وفى الجواهر بل لعله من ضرورة الدين وقد يستدل لها بقوله (١) تعالى « فابعثوا احدكم بور فكم هذه الى المدينة فلينظر ايها ازكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف » فان هذه وكالة - واحتمال كونه من الاذن لامن الوكالة - يدفعه ان ظاهره توكيل احدهم فى الشراء بمالههم للجميع ولكنه مختص بالامم السابقة - ومع ذلك فليس فى الآية ما يشهد بانها كانت مشروعة فى مذهبه كى يستصحب - واما قوله (٢) تعالى « اذهبوا بقميصى هذا فالقوه على وجه ابى بات بصيرا » فعدم كونه وكالة ظاهر ويمكن ان يستدل لها (٣) بقوله عز وجل « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » و تقريب الاستدلال به كما عن التذكرة انه يجوز العمل وذلك بحكم النيابة عن الشخص - وكيف كان فمشروعيتها من الواضحات وعليها بناء العقلاء والنصوص الدالة عليها متواترة سيأتى الى جملة منها الاشارة.

١- الكهف آية ٢٠

٢- سورة يوسف آية ٩٣

٣- التوبة آية ٦

الوكالة من العقود

وتمام الكلام بالبحث في مقامات (الاول) في العقد وما يلحق به (9) فيه مسائل

١- المشهور بين الاصحاب ان الوكالة من العقود (لا بد فيها من الايجاب والقبول) ويتحقق ايجابها بكل ما يدل على الاستتابة - و قبولها بكل ما دل على الرضا بذلك (وان كان فعلا او متاخرا.)

و اورد عليهم في ملحقات العروة - تارة - بانه لو قال و كلتكم في بيع دارى فباعه صح بيعه والظاهر ذلك وان غفل عن قصد النيابة وعن كونه قبولا لايجابه مع انها لو كانت من العقود لزم عدم صحة بيعه لعدم تمامية الوكالة قبله - واخرى - بانه ان كانت الوكالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها مع انه يجوز توكيل من ليس حاضرا او يبلغه الخبر بعد مدة (ولكن) يتوجه على الاول - اولا - ما مر في كتاب البيع في مبحث الفضولي - من ان العقد المقرون برضا المالك لا يكون فضوليا كما ذهب اليه الشيخ الاعظم - وثانيا انه بايجاب الوكالة وان لم تتم الوكالة الا ان الاذن المنحوق في ضمنه يكفي في جواز العقد وخروجه عن الفضولية - ويتوجه على الثاني ما تقدم في كتاب البيع من ان الاظهر عدم مصرية الفصل الطويل بين الايجاب والقبول اذا كان الالتزام من الموجب باقيا (والحق) ان يقال ان حقيقة الوكالة كما عرفت هي الاستتابة في التصرف فهي توجب صيرورة الوكيل نائبا و انطباق هذا العنوان على الوكيل من دون رضاه مناف لسلطنة الانسان على نفسه - فالأظهر كما افاده الاصحاب ان الوكالة من العقود - غاية الامر انها نظير العقود الاخر - التي لم يدل دليل خاص على اعتبار لفظ - او لفظ خاص فيها - يكتفى في ايجابها وقبولها بكل لفظ او فعل دال عليهما - ويصح ان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل - فلو وكله في بيع داره مثلا - فباعها فاصدا به قبول الوكالة يصح و يتحقق الوكالة بالبيع - وحيث ان حصول البيع والوكالة يكون في زمان واحد يصدق عليه بيع الوكيل ويترتب عليه احكامه (ويترتب) على ما ذكرناه انه لا يكفي في تحقق الركلة الرضا الباطنى في التصرف

بل لا بدله من مظهر لما اشرنا اليه مرارا من ان بناء العقلاء و الشارع على عدم الاعتناء بالالتزامات النفسانية مالم تبرز - نعم - يكفى في جواز التصرف العلم بالرضا الباطني .

اعتبار التنجيز في الوكالة

٢- (٩) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر (التنجيز) في الوكالة فلا تصح معلقة

على شرط متوقع كقدوم الحاج او صفة مترتبة كطلوع الشمس - وعن التذكرة الاجماع عليه - وفي المسالك من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا - وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه - وقد علل بعضهم بما عللوه لاعتبار التنجيز في جميع العقود وقد ذكرناه والجواب عنه في كتاب البيع وعرفت هناك انه لا دليل على اعتباره فيها سوى الاجماع - ونفس ذلك يقتضى اعتباره في المقام - (فما) في ملحقات العروة من ان الاقوى صحتها لعدم الدليل على بطلانها وشمول الاجماع على اشتراط التنجيز في العقود لمثل المقام غير معلوم (غير تام) اولالا انه بعد كونها من العقود بشملها معقد ذلك الاجماع وثانيا - انه قد مر ان الاجماع قائم على اعتباره في المقام بالخصوص - فلا اشكال فيه كما لا اشكال في انه يجوز تنجيزها وتعليق التصرف على شرط او صفة او اشتراط تاخير التصرف الى زمان كذا - كما هو المشهور بين الاصحاب بل عليه الاجماع عن التذكرة والمسالك وغيرهما .

انما الكلام في انه اذا علق الوكالة على شرط وبطلت فهل يجوز التصرف بعد حصول الشرط كما عن التذكرة وغيرها - ام لا يجوز كما عن جماعة . وجه الاول ان الفاسد بمثل ذلك هو العقد واما الاذن الموجود في ضمنه فهو باق - وان الوكالة اخص من الاذن وعدم الاخص لا يلزم عدم الاعم - ولكن يتوجه على الاول - ان الاذن الموجود انما هو الاذن بتصرف الوكيل لا غيره فمع بطلان الوكالة ينتفى الاذن ايضا - وعلى الثانى ان الاذن وان كان اعم من الوكالة الا ان الاذن المخاص الموجود في ضمن التوكيل ليس اعم منها وبذلك يظهر مدرك القول الثانى - وهو الاظهر (وما) في الجواهر من

ان الاذن والوكالة يشتركان في النيابة ولا فرق بينهما سوى انه ان ادى بصورة العقد كانت وكالة والا كان اذنا. فبطلان الوكالة لا يوجب بطلان الاذن وحاصل ذلك يرجع الى ان العقد بالمعنى الاخص او الاعم هنا من مشخصات الفرد التي مع انتفائها لاتنتفى الحقيقة ضرورة ان مشخصات زيد مثلا لو ارتفعت لم ترتفع الانسانية عنه (يندفع) بان ما افاده عبارة اخرى عن اعمية الاذن بمعنى انه نظير الفرد بالاضافة الى الشخصيات والخصوصيات وحيث ان الموجودات الخارجية غير الافعال النفسانية والاولى لاتقبل التقييد بخلاف الثانية فكما له ان ياذن مع اشتراط شيء ولازمه انه مع عدم الشرط لا اذن كما اعترف به قبيل ذلك فكذلك له ان يقيد الاذن باقتراحه مع الوكالة - ولا يقاس ذلك بالموجود الخارجي غير القابل للتقييد وحيث ان المتيقن هو الاذن مع هذه الخصوصية اى الحصة الخاصة من الاذن - فثبت الاذن مع انتفاء الخصوصية يحتاج الى كاشف آخر والسبب في ذلك نظر فخر المحققين في الايضاح قال ان الكلى لا يوجد الا في احد الجزئيات وليس هذا الا بالوكالة وقد ارتفعت انتهى (فالمتحصل) انه على فرض عدم صحة الوكالة لا يجوز التصرف استنادا الى الاذن الضمني - نعم ان احرز وجود الرضا جاز التصرف لكنه خارج عن محل النزاع .

اعتبار العلم في الوكالة

٣- صرح غير واحد باعتبار العلم في الوكالة - قال الشيخ في محكي المبسوط اذا وكله في شراء عبد وجب وصفه ولو اطلق لم يصح وتبعه جماعة (وملخص) القول في المقام - ان المعلوماتية لها اطلاقان - احدهما ما يقابل التردد - ثانيهما ما يقابل الجهل - اما بالاطلاق الاول فاعتبارها عقلي اذ المردد لا يثبت له ولا يتعلق به شيء - واما بالاطلاق الثاني فلا دليل على اعتبارها الا فيما اذا اوجب نفيها الوقوع في الغرر والخطر - وعلى ذلك فان وكله في شراء شيء واطلق كان معنى ذلك كونه وكيل في كل واحد من تلك الامور المختلفة لانه وكيل في احدها - فلا اشكال في الصحة اذا غرر ولا خطر -

وامالو وكله في احد شيئين على سبيل البدل - فان كانا متساويين في جميع الجهات فلا خطر ايضاً - وان كانا مختلفين فالظاهر ايضاً صحته من جهة ان الجهل في المقام لا يوجب الغرر اذ كون الشخص جائز التصرف في احد مالي المالك مثلاً المعين واقعاً غير المعلوم للموكل لا خطر فيه عليه - واما التصرف المعاملي الواقع على ذلك الشيء فهو وان كان غير معلوم للموكل لكن المدار في تلك المعاملة هو ملاحظة حال الوكيل فان كان عالماً كفى في رفع الغرر ولا يلاحظ حال الموكل - وبالعجلة - الجهالة في الوكالة لا توجب الغرر من حيث نفسها - وامان حيث المعاملة الواقعة بعدها فالميزان فيها حال الوكيل لا الموكل - فالأظهر عدم اعتبار المعلوماتية الا بالمعنى المساوق للتعين المقابل للتريد .

الوكالة جائزة من الطرفين

٤- (وهي جائزة من الطرفين) بلا خلاف كما عن التذكرة واجماعاً كما عن ظاهر الغنية فلكل منهما ابطالها - والكلام في موردين .

الاول في عزل الوكيل نفسه فالمشهور بينهم انه ينعزل بمجرد العزل وانه لا فرق في بطلان الوكالة بذلك بين اعلام الموكل وعدمه وصرح جماعة منهم بانه يحتمل توقف انعزاله على علم الموكل - وفي ملحقات العروة الاقوى عدم البطلان بعزله ان لم يكن اجماع - وسبقه في ذلك المحدث البحراني ره - ولم يذكر والبطلان بعزل الوكيل نفسه و جهابمكن الاستناد اليه بعد كون الوكالة من العقود ومقتضى عموم ادلة لزوم العقد لزومها ايضاً - وكونها جائزة من طرف الموكل لان له عزله كما ياتي للدليل الخاص لا يستلزم كونها جائزة من طرف الوكيل - فان العقد اللازم من طرف والجائز من الطرف الاخر - لا محذور في ثبوته بل هو موجود كالرهن فانه لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن - والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد ولازمة من طرف المولى - وعلى ذلك فان كان هناك اجماع والى - فالأظهر عدم البطلان مطلقاً - بل ظاهر النصوص الاتية الحاصرة لبطلان الوكالة بما

لو علمه بالخروج عدم البطلان بعزل الوكيل نفسه - ثم ان الكلام فى صحة التصرف بالاذن الضمنى على فرض القول بالبطلان هو الكلام فيها المتقدم فى المسألة الثانية - وقد عرفت فى تلك المسألة ان الاظهر عدم الصحة فكذلك هنا - وللمصنفه فى المسألتين اقوال ثلاثة - ففى القواعد جزم فى هذه المسألة بصحة التصرف وفى تلك المسألة جعل الصحة احتمالا - وفى التذكرة عكس ما فى القواعد - وعن التحرير والارشاد اطلاق القول بالبطلان فيهما - وقد مر ما به يظهر ان الحق هو عدم الصحة فى الموردين .

الثانى فى عزل الموكل الوكيل - لاخلاف (و) لا اشكال فى انه (لوعزله الموكل بطل تصرفه) لبطلان وكالته - والاخبار شاهدة بذلك - انما الكلام فى انه هل يحكم بالبطلان (مع علمه بالعزل) خاصة كما هو المشهور فلا ينعزل الوكيل بعزل الموكل اياه الامع اعلامه به فلو تصرف قبل ذلك نفذ على الموكل - ام يحكم به بعد اعلامه به ان امكن والافصح الاشهاد كما عن الشيخ فى النهاية وابى الصلاح وابنى البراج وحمزة والحلى ام ينعزل بعزله مطلقا كما عن القواعد .

والاظهر هو الاول لجملة من النصوص لاحظ صحيح (١) هشام بن سالم عن ابي عبد الله (ع) فى رجل وكل آخر على وكالة فى امر من الامور واشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا انى قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال (ع) ان كان الوكيل امضى الامر الذى وكل فيه قبل العزل فان الامر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل ام رضى قلت فان الوكيل امضى الامر قبل ان يعلم العزل او يبلغه انه قد عزل عن الوكالة فالامر على ما امضاه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل ان يمضى الامر ثم ذهب حتى امضاه لم يكن ذلك بشئ قال (ع) نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامر به ماض ابدا والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه او يشافهه بالعزل عن الوكالة - وصحيح (٢) معاوية بن وهب عنه (ع) من وكل رجلا على

١- الوسائل - باب ٢ من ابواب كتاب الوكالة - حديث ١

٢- الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الوكالة - حديث ١

امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدًا حتى يعلمه بالخروج كما علمه بالدخول منها -
 وخبر (١) ابي هلال الرازي القريب من الصحة لتضمن سنده على جملة من اصحاب
 الاجماع قلت لابي عبد الله (ع) رجل وكل رجلا يطلق امرئته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل
 فبداله فاشهد انه قد ابطال ما كان امره به وانه بداله في ذلك قال (ع) فليعلم اهله وليعلم
 الوكيل - وصحيح (٢) العلابين سيابة الطويل المتضمن للانكار على من فرق في هذا
 الحكم بين النكاح وغيره وانه ينزل في الاول بالاشهاد دون الثاني - ولحكم امير
 المؤمنين (ع) بذلك مع الاشهاد وعدم الاعلام .

واما القول الثاني فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له سوى الاجماع الذي ادعاه
 ابن زهرة وهو كما ترى بل اطلاق الخبرين الاخيرين يدل على عدم تمامية هذا القول كما
 ان جميع النصوص تدل على خلاف ما عن القواعد ومعه لا يصحى الى ما استدل به له
 من ان الوكالة جائزة من الطرفين فلا بد وان تبطل بالعزل وان لم يعلمه - ولا الى ما قيل من
 وجود رواية بذلك - التي لم تصل اليها وغايتها كونها رواية مرسله لم يعمل بها الاصحاب
 فالظاهر انه يتوقف بطلان الوكالة على اعلامه بالعزل والا فهي ثابتة ابدًا كما صرح
 به في النصوص .

اشتراط الوكالة في عقد لازم

٥- اذا شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة في ضمن عقد لازم فالمشهور انها
 لازمة - واستدلوا له بان الوكالة وان كانت جائزة الا انها تلزم اذا جاءت من قبل الشرط
 (توضيح) ما افادوه ان الدليل دل على ان عقد الوكالة من العقود الجائزة يجوز فسخه
 فالجواز من آثار العقد لا من احكام الوكالة من حيث هي - وعليه فاذا شرط الوكالة على
 نحو شرط النتيجة بناء على صحة شرط النتيجة كما هو الحق يكون السبب ح هو الشرط

١- الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه - حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الوكالة - حديث ٢

وهو لازم بمقتضى ادلة (١) لزوم الشرط - ونظير ذلك - ان الهبة اى التملك مجانا جائزة يجوز للواهب الرجوع فيها - ولكن لو شرط فى ضمن عقد لازم ملكية شىء مجانا ليس له ان يرجع فيها فكك فى المقام والظاهر ان الحكم كك فيما لو شرطها فى عقد جائز بناء على ان الشرط فى ضمنه لازم الوفاء مادام بقاء العقد - نعم له ان يفسخ العقد فيبطل الشرط - ولعله يكون هذا هو مراد المشهور حيث ذهبوا الى ان الوكالة المشترطة فى ضمن عقد جائز جائزة .

ولو شرط فى ضمن عقد الوكالة ان لا يعزل - فالظاهر انه يجب عليه عدم العزل - فهل ينعزل لو عزل الظاهر عدم الانعزال (لا) من جهة حرمة العزل فان حرمة العقد والايقاع لا تستلزم الفساد وكذا الفسخ (ولا) لما قبل من انه خلاف مقتضى الشرط فانه ان كان الشرط عدم الانعزال بالعزل كان شرطا خلافا للكتاب والسنة وان كان عدم العزل فغاية مقتضاه وجوب ذلك فلا يجوز العزل اما عدم تأثير العزل فهو خارج عن الشرط (بل) لان مقتضى العمومات كون الوكالة كسابر العقود لازمة خرج عنها ما لو لم يشترط عدم العزل بمقتضى النصوص الخاصة المتقدمة فيبقى صورة الاشتراط داخلة تحت العمومات فتدبر (وبذلك) يتدفع ما اورد على لزوم الوكالة ح بالدور بدعوى ان لزوم الشرط موقوف على بقاء الوكالة وبقاء الوكالة موقوف على لزومه وان كان هو غير وارد حتى على الوجهين الاولين فان لزوم الشرط ليس موقوفا على بقاء الوكالة بل على ايقاع عقدها وقد حصل .

موارد بطلان الوكالة

٦- (٩) قد ذكر الاصحاب انه (تبطل) الوكالة (بالموت و الجنون والاعماء وتلف متعلقها وفعل الموكل) وتفصيل الكلام بالبحث فى موارد .

الاول - فى الموت - اما فى صورة موت الوكيل - فالبطالان ظاهر فان الوكالة قائمة به ومجمولة له بموته ترتفع قهرا (ودعوى) ان الوكالة من الحقوق فننتقل الى الورثة من حيث كونها حق تركه الميت فلو ارثه (يدفعها) ان الحق القابل للبقاء ينتقل الى الوارث وهذا الحق الذى قوامه بالوكيل نفسه غير قابل للبقاء - حتى لو كانت مشروطة فى ضمن عقد لازم اذا الشرط هو وكالة الوكيل نفسه لامطلق الوكالة (نعم) لو اشترط وكالة وارثه بعدموته صح وان كان الشرط فى ضمن عقد الوكالة - فيصير الوارث وكيلا لالبقاء الوكالة بل للشرط - ولا يضر مثل هذا التعليق لعدم اشتراط التنجيز فى الشرط ولعدم شمول معقد الاجماع لما كان مفاد العقد المنجز مع الشرط المعلق فى ضمنه و احدا فتدبر فانه دقيق .

واما فى صورة موت الموكل فقد استدلوا لبطالان الوكالة فيها (بالاجماع) على بطلان العقود الجائزة بالموت (وبالاجماع) على بطلان الوكالة بموته بالخصوص (وبان) مناط جواز تصرف الوكيل هو الاذن وينقطع بالموت (وبان) المال بعد موته ينتقل الى الورثة فيتوقف التصرف على اذنهم - وبموت (١) ابن بكير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل ارسل بخطب عليه امرأة وهو غائب فانكحوا الغائب و فرض الصداق ثم جاء خبره انه توفى بعدما سبق الصداق فقال عليه السلام ان كان املك بعد ماتوفى فليس لها صداق ولا ميراث وان كان قد املك قبل ان يتوفى فلها نصف الصداق وهى وارثه وعليها العدة ونحوه صحيح (٢) ابي ولاد .

وفى الكل مناقشة (اما الاولان) فلهذا ثبتت الاجماع التعبدى - مع انه قد عرفت عدم كون الوكالة من العقود الجائزة بقول مطلق بل هى لازمة من بعض الجهات (واما الثالث) فلانه لا يعتبر فى جواز تصرف الوكيل بقاء الاذن والرضا - ولذلك كله ثم سهى عن توكيله بالمرّة بحيث لم يبق فى خزانة النفس نفذ تصرفه - وايضا قد عرفت انه مع

العزل والاشهاد على عدم الاذن والرضا لا تبطل الوكالة ما لم يعلمه بذلك. وعلى الجملة لا اشكال في عدم اعتبار بقاء الاذن في بقاء الوكالة الثابتة بالعقد وليست هي من قبيل الاذن المجرد (واما الرابع) فلانه لا يتم لو كانت الوكالة متعلقة بالثالث الرجوع امره اليه - مع - انه سيجيء في كتاب الوصية ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث بمثل البيع بثمن المثل ونحوه - اضيف الى ذلك انه قد لا تكون الوكالة متعلقة بالمال (واما الخبران) فلان الظاهر ان البطلان فيهما من جهة عدم صحة تزويج الميت لامن جهة بطلان الوكالة (فالمنحصر) انه لا دليل على بطلانها بموت الموكل - بل النصوص المتقدمة تشعر بعدم البطلان - لاحظ قوله عليه السلام فالوكالة ثابتة ابدأ حتى يعلمه بالخروج - فالظاهر عدم البطلان (نعم) اذا كان التوكيل ظاهرا او منصرفا الى حال حياته - كما لعله الغالب - بطالت الوكالة بموته لانتهاء امدها - ولعله الى ذلك نظر الاصحاب والله العالم.

الثاني - في الجنون والاعماء - وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع على بطلان الوكالة بالجنون او الاعماء من احدهما من غير فرق بين كون الجنون اطباقيا او ادواريا وكون مدة الاعماء قصيرة او طويلة علم الموكل بذلك ام جهل - واستدلوا به بانقطاع الاذن في جنون الموكل - وقد ظهر ضعفه من ما قدمناه - بل قد يقال ان له ان يوكل في حال عقله وافاقته من يتصدى اموره اذا جن او اغشى عليه فيكون الوكيل اولى من الحاكم الشرعي والولى الاجباري لانه اولى بنفسه وقد جعله لنفسه متصديا لاموره - فالصحيح ان لا مدرك له الا لاجماع ان ثبت وكان تعديا .

الثالث في تلف المتعلق كموت الميراث الموكل في تزويجها او طلاقها وتلف ما وكل في بيعه ونحو ذلك - فالوجه في بطلان الوكالة ح ظاهر لان الوكالة كما امر استنابة في التصرف - فمع تلف المتعلق لا تصرف فلامعنى للاستنابة ح - نعم لو وكله في شراء شيء ودفع اليه دينارا ثمناله - ولم يقم القرينة على التقييد بمادفعه تبقى الوكالة ولكنه خارج عن محل البحث لعدم تلف المتعلق ح .

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 لاحدهما - ولا بالسكر - ولا بالفسق ان لم تعلق الوكالة على العدالة - بل ولا بالحجر - اما على الوكيل فواضح - واما على الموكل فلان الحجر وان كان موجبا لعدم جواز تصرف الوكيل في مال الموكل مصادا بمقاء المحجورة ولو لكان لا يوجب بطلانها بحيث لا يصح تصرفه بعد رفع الحجر الا ان يكون هناك اجماع .

فيما تصح فيه الوكالة

(٩) المقام الثاني فيما (تصح فيه) الوكالة وهو كل (ما) تكامل فيه شرطان غير مأمور من المعلوماتية - احدهما - ان يكون مملوكا للموكل بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع فلا يجوز الوكالة في الامور المستحيلة عقلا او الممنوعة شرعا كالغصب والسرقة والقتل فلو غصب او سرق او قتل بوكالة الغير كان آثما وعليه الضمان دون ذلك الغير - ثانيهما - ان (لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة) فكلما كان يدخل فيه النيابة تصح فيه الوكالة لانهما زوجان - وهذا مما لا كلام فيه .

انما الكلام في الموارد المشكوك فيها التي لم يدل دليل خاص على جريان النيابة فيها كالنكاح والطلاق وما شا كل - ولا على عدم جريانها فيها كالواجبات من الصلاة والصيام وغيرهما - فعن المشهور ان الاصل صحة النيابة ولذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على عدم الصحة واعتبار المباشرة في موارد الشك (وقد استدل) لذلك - باصالة عدم اشتراط المباشرة - و بالاخبار المتقدمة الدالة على عدم انعزال الوكيل الا باعلامه بالعزل - اذ مقتضى اطلاقها صحة الوكالة في كل امر لاحظ قوله (ع) - من وكل رجلا على امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابداحتى يعلمه بالخروج عنها - وبعموم قوله تعالى (١) « او فوا بالعقود » بدعوى شموله للوكالة (لكن) يتوجه على الاصل

ان البناء على الصحة يتوقف على عموم يدل عليها - واصالة عدم الاشتراط لا تكفي ولا يثبت بها العموم - بل الاصل هو عدم ترتب الاثر على فعل الغير - وعلى الاخبار انها في مقام بيان حكم آخر فلا اطلاق لها من جهة صحة الوكالة في كل امر من الامور - وعلى عموم الاية انها دليل للزوم لا للصحة - اضاف اليه ان التمسك بها على فرض دلالتها على الصحة ايضا تمسك بالعام في الشبهة المصداقية اذ لا ريب في انه خرج عنه ما يعتبر فيه المباشرة - فمع الشك في اشتراطها لا يصح التمسك بالعموم .

فالحق انه في ما يتعلق به التكليف اعم من الوجوب والاستحباب مقتضى اطلاق دليله اعتبار المباشرة - كما حقق في محله - واما في غير ذلك من الموارد كباب العقود والايقاعات - فيمكن البناء على عدم اعتبار المباشرة بوجهين (احدهما) التمسك باطلاق دليل الوكالة المقامي - بتقريب ان الشارع الاقدس شرع الوكالة ولم يبين ما تنصح فيه وما لا تنصح فيستكشف ايكاله ذلك الى العرف ومن المعلوم انه لا يشترط المباشرة عند العقلاء في شئ من العقود والايقاعات فتصح الوكالة فيها شرعا (ثانيهما) اطلاق ادلة العقود والايقاعات - اذ لا تدل ادلتها الا على اعتبار انتساب العقد او الايقاع الى من يكون موضوع الاثر المترقب منه - ومن الواضح انه باذن الموكل ينتسب العقد او الايقاع اليه - وبعبارة اخرى - ان ظاهر الادلة وان كان اعتبار استناد عناوين العقود والايقاعات الى الموكل الا انه لما كانت هي اسامي للمسببات لا الاسباب والمسببات تستند اليه بالاذن وان كان السبب غير منتسب اليه ومستندا الى فاعله بالمباشرة - فمقتضى اطلاق تلك الادلة صحة الوكالة والنيابة في الجميع الا ما خرج بالدليل - ويمكن ان يستدل بالسيرة العقلية - بل والمتشرعية ايضا على ذلك - وبما ذكرناه يظهر الحال في جميع الموارد المشكوك فيها كما لا يخفى .

عدم جواز تعدى الوكيل المأذون

الثالث فى بيان وظيفة الوكيل بالنسبة الى العمل بما وكل فيه - وفيه مسائل - ١ - لا يجوز ان (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 الاجازة 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 ان لا غرض له فى خصوص ذلك المقدار - وانما الغرض فى عدم الاقل فيجوز بيعه بالازيد هذا كله مما لا كلام فيه.

انما الكلام فى الاستثناء المذكور فى المتن قال، (الا فى تخصيص السوق) فان معنى ذلك صحة المعاملة ح لو باعه فى سوق آخر مع ان جماعة حكموا بالضمان . وجه الاشكال ان الحكم بالضمان يتم مع عدم الاذن والصحة انما تكون فى صورة الاذن فكيف يجتمع الحكم بالصحة مع الحكم بالضمان (وقد دفع) فى الرياض ذلك بان الاذن المفهوم غايته الدلالة على صحة المعاملة خاصة دون نقل العين عن مواردها المعينة ولا تلازم بينهما بالبداهة فان الاذن المفهوم ليس الامن حيث الاولوية ولا تحصل الا حين جريان المعاملة لاقبله اذ منشأ الاولوية ليس الا زيادة الثمن عما عينه وهى قبل المعاملة غير حاصلة وح فيكون اليدعادية عليها ضمان ما اخذته (وفيه) ان الاذن فى الشيء اذن فى مقدماته - ولذا يحكم بعدم الضمان فيما لو وكله فى بيعه فى اى سوق شاء مع ان هذا البرهان يقتضى الضمان فيه فانه لم ياذن له فى نقله الى السوق وانما المأذون هو البيع فى السوق والحل ، ما اشرنا اليه من انه لو سلم شمول الاذن له لامحالة يكون ذلك اذنا فى مقدماته ولاقل من عدم كون يده فى طريق نقله الى السوق لبيع فيه يدعادية مشمولة للحديث (١)

وعن المصنف ره في التذكرة التفصيل بين كون المحل المعين سوفاعدل الى سوق آخر فحكم بعدم الضمان وبين كونه بلدة معينة فعدل عنها الى بلدة اخرى فحكم بالضمان مع الصحة لو نقله اليها واجرى المعاملة عليه فيها - واورد عليه سؤال وجه الفرق بينهما (ويمكن) ان يقال ان نظره الشريف الى انه مع تعيين سوق خاص يكون ذلك بحسب الغالب من باب المثال فيستفاد الاذن في المعاملة في سوق آخر والاذن في الشيء اذن في مقدماته فلا ضمان عليه لو تلف - وامام مع تعيين البلدة بحسب المتفاهم العرفي يعلم انه لانظر له الى بلدة خاصة وانما عينها حفظا للمال عن التلف في السفر فيستفاد الاذن منه في المعاملة في بلد آخر على تقدير لامطلقا وهو وصول المال سالما الى تلك البلدة فالنقل اليها ليس ماذونا فيه - والمعاملة ماذون فيها على تقدير النقل فتدبر فانه دقيق ويمكن ان يكون نظر من جمع بين الحكمين في السوق ايضا الى ما ذكرناه .

٢ - (ولو عمم التصرف) كما اذا وكله في كل قليل وكثير ماله فعله (صح) وفاقا للشيخين والحلي والقاضي والديلمي وعامة المتأخرين عدا قليل منهم لاطلاق الادلة كما مر .

وعن الخلاف والشرائع وفخر المحققين عدم الصحة لان فيه غرراً عظيماً لانه ربما الزمه بالعمود ما لا يمكنه الوفاء او ما يؤدي الى ذهاب ماله كان يزوجه باربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف مهورهن ثم يزوجه باربع اخر وهكذا (ويندفع) ذلك بما اتفقت كلماتهم عليه من انه يشترط في صحة تصرفات الوكيل - ان تكون (مع المصلحة) فلا اشكال في انه يمضي تصرفاته ح (الافى الاقرار) كما عن الاكثر امالا انه لا تدخله النيابة لاختصاص حكمه بالمتكلم اذا انبأ عن نفسه لظهور قوله (ص) (١) اقرار العقلاء على انفسهم جائز - وبعبارة اخرى هو من مقولة اللفظ والمبرز لامن مقولة المعنى فسا قرار الوكيل غير اقرار الموكل و دليل الجواز مختص باقرار الانسان نفسه اولانه خلاف المصلحة المشترطة في تعميم الوكالة .

٣- لو اطلق التصرف اى لم يقيد به ولا عممه كما لو اطلق البيع وقال و كلتك فى البيع ولم يعين ثمنه ولا نقدا ولا حولا ولا صحيحا فالمشهور بين الاصحاب لزوم رعاية ما ينصرف اليه الاطلاق ولذا قالوا (و الاطلاق يقتضى البيع حالا بثمن المثل بنقد البلد و ابتياع الصحيح) فلو باع باقل من ثمن المثل بما لا يتسامح فيه وقف على الاجازة وكذا لو باع نسبته مع امكان النقد وقف على الاجازة الا اذا كانت المصلحة فى النسبة وكذا الحال فى البيع بغير نقد البلد و فى شراء المعيب - نعم اذا كان العيب خفيا يصح البيع ويكون للموكل خيار العيب اذا المأذون فيه هو المعاملة على النحو المتعارف فيكون الشراء من الوكيل غير مخالف لمقتضى الوكالة فتصح - غاية الامر ثبت الخيار للموكل بمقتضى دليله وربما يكون الشراء بغير ثمن المثل ايضا من هذا القبيل - وبالجمله - المناط كون المعاملة على المتعارف او خلافه - ففى الاول تصح مع الخيار بخلاف الثانى .

٤- المشهور بين الاصحاب ان اطلاق التوكيل فى البيع (٩) الشراء يقتضى (تسليم المبيع فى البيع و تسليم الثمن فى الشراء) لان الوكيل هو المملك فيجب عليه تسليم مملكه - وفى ملحقات العروة انه لا وجه له ومحل منع - اقول يمكن توجيه كلام المشهور بوجهين (احد هما) انه اذا تحقق البيع باذن الموكل فقد انتقل مال الموكل الى طرف المعاملة فما فى يد الوكيل ليس للموكل بل للطرف ويجب رد المال الى صاحبه فان قيل فعلى هذا لو اشترط عليه عدم التسليم بطل الشرط - قلنا انه لو اشترط عليه ذلك لا بد وان يعامل عليه مع الطرف مع هذا الشرط وعليه فلا يجب التسليم بل لا يجوز بمقتضى الشرط (ثانيهما) ان بناء المتعاملين على تسليم المبيع و الثمن فالاذن فى البيع بمقتضى الظهور العرفى اذن فى التسليم فما افاد وه متين لا اشكال فيه .

٥- قالوا ان اطلاق التوكيل فى البيع (٩) الشراء يقتضى جواز (الرد بالعيب) والظاهر ان مرادهم مالو كان وكيله فى التصرف من غير ان يكون مستقلا وو كيلا مفوضا ولم يكن وكيله فى اجراء الصيغة والافلا اشكال فى ان له ذلك مع الاستقلال وانه ليس

له لو كان وكيلا في اجراء الصيغة خاصة - فمرادهم صورة اطلاق الوكالة دون الوكالة المطلقة بمعنى جعل الامر بيده مطلقا وتمام الكلام في ذلك وفي سائر الخيارات في مبحث الخيارات من كتاب البيع فراجع .

٦ - المعروف بينهم ان اطلاق الوكالة في الشراء لا يقتضي الاذن بقبض المبيع كما ان اطلاقها في البيع لا يقتضي الاذن بقبض الثمن وعلوه بانه قد لا يستامن على المبيع و الثمن من يستامن على البيع و الشراء - وهو حسن الا انه لا بد و ان يقيد بما اذا لم تدل القرائن على الاذن في القبض و انه هو ماذون فيه كماله و كله في شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل ذهابها - او كله في البيع في موضع يضيع الثمن بترك قبضه كسوق غائب عن الموكل .

٧ - اذا وكله في المرافعة لاثبات حق ليس له قبضه بعد اثباته الامع القرينة على اذنه في ذلك ايضا (و) ذلك لانه (لا يقتضي وكالة الحكومة) الاذن في (القبض) .

اعتبار اهلية التصرف في الموكل والوكيل

المقام الرابع في بيان ما يعتبر في الموكل و الوكيل (و) فيه مسائل الاولى (يشترط اهلية التصرف فيهما) باختلاف فيه في الجملة - و تنقيح القول في طي فروع .

١ - يشترط فيهما البلوغ فلا يصح توكيل الصبي ولا و كالتة - اما الاول فلما دل على (١) رفع القلم عن الصبي وعدم جواز امره - مع انه لا يجوز تصرفه بنفسه فيما يوكل فيه وقدر اعتبار ذلك في الوكالة - نعم - يصح توكيله باذن الولي كسابر تصرفاته و معاملاته على ما مر في كتاب الحجر .

و ربما يستثنى من ذلك ماله و كل البالغ عشر سنين فيماله ان يتصرف فيه كالوصية للارحام بل في مطلق المعروف و الصدقة و الطلاق - بدعوى انه اذا اجازت

تلكم الامور له يجوز له التوكيل فيها ايضا لما عرفت من انه الضابط لما يجوز فيه التوكيل (وفيه) ان مدرك اعتبار البلوغ لو كان هو الوجه الثانى خاصة كان ما افيد تاما -- ولو كان هو الوجه الاول ايضا فلا يتم لان مقتضى اطلاق تلكم الاخبار كون غير البالغ ممنوعا من جميع التصرفات والمعاملات الامع اذن الولى ومن جملتها التوكيل فجواز تلكم الامور ان ثبت لا يستلزم جواز توكيله كما لا يخفى.

و اما الثانى وهو عدم صحة ان يكون الصبى وكيلا فى التصرفات -- فلا اشكال ولا كلام فيه بالنسبة الى الوكالة المستقلة بان يكون وكيلا مستقلا فى التصرف لعموم ما دل على عدم جواز امر الصبى ورفع القلم عنه -- انما الكلام فى انه هل يصح ان يوكل الصبى فى خصوص اجراء الصيغة ام لا -- ومنشأ الوجهين ان ادلة الحجر هل تدل على سلب عبارة الصبى ام لا تدل على ذلك فعلى الاول لا يصح وعلى الثانى يصح -- وقدمر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب الحجر وعرفت انها لا تدل على ذلك وانه تصح معاملاته مع اذن الولى ويصح تصديده لاجراء الصيغة حيث لا يعد ذلك امرا للصبى ولا يشمله حديث رفع القلم -- ويشعر بالصحة بل يدل عليها خبر (١) ابراهيم بن ابى يحيى عن ابى عبد الله عليه السلام تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ام سلمة زوجها اياه عمر بن ابى سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم .

٢- يعتبر فيهما العقل فلا يصح توكيل المجنون ولو اد واريا فى حال جنونه لحديث (٢) رفع القلم عنه ولانه لا يجوز تصرفه بنفسه فيما يوكل فيه كما مر فلا يصح توكيله -- وقدمر ان المشهور بين الاصحاب بطلان الوكالة بعروض الجنون على الموكل ولكن عرفت ضعفه -- فهو اى العقل شرط فى الابتداء دون الاستدامة -- ولا يصح ان يوكل المجنون فى المعاملات لحديث الرفع -- وفى صحة اجرائه الصيغة مع احراز كونه قاصدا غير لاغ وعدمها الوجهان المتقدمان فى الصبى.

١ - الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد النكاح حديث ١

٢ - الوسائل باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

٣ - يعتبر في الموكل عدم السفه اذا كان التوكيل فيما يتعلق بمال نفسه لما عرفت في كتاب الحجر ان السفه ممنوع عن التصرف المالي للاية الكريمة (١) و جملة من النصوص (٢) فلا يصح توكيله لان 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 و وكالته فانه يجرى فيهما ماذكرناه في السفه .

حكم اكراه الوكيل والموكل

٤ - المعروف بين الاصحاب عدم صحة توكيل المكروه ولا وكالته - اما الاول فلا اشكال فيه لحديث (٣) رفع ما استكروهوا عليه فلو اكراه المالك على التوكيل في بيع ماله أو الزوج في طلاق زوجته أو ماشا كل بطلت الوكالة فيقع البيع أو الطلاق فضوليا وعلى هذا فان كان مورد الوكالة إيقاعا دون العقد كما في الاكراه على الطلاق - فان اجاز الطلاق بعد ذلك فقد اتفقوا على عدم صحته لعدم جريان الفضولية فيه ولكن ان اجاز بعد رفع الاكراه التوكيل - فهل يصح الطلاق ام لا وجهان - والحق ان يقال - ان كان معقد الاجماع عدم صحة الطلاق الذي تعلق به الاجازة ففي المقام بما ان الاجازة تعلقة بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق - و ان كان المعقد ان الطلاق لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح في المقام فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه فنكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح - فلا يظهر عدم صحته تعلقة الاجازة بالطلاق أو الوكالة .

١ - النساء آية ٧

٢ - الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر .

٣ - الوسائل باب ٥ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ و ١٦ من ابواب الايمان

واما الثانى - فتارة يكره الوكيل على قبول الوكالة - واخرى - يكره على التصرف
المعاملى الذى وكل فيه - اما فى الاول فمقتضى حديث رفع الاكراه عدم صحة الوكالة
لكنه انضى بعد ذلك بها وقبلها صحت .

واما الثانى - فقد يكون المكروه هو المالك كما لو قال المالك للوكيل بع
دارى او طلق زوجتى - وقد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكراه الوكيل على بيع
دار موكله او طلاق زوجة موكله - فقد ذهب جماعة منهم الشيخ الاعظم ره الى
الصحة فى الفرعين وآخرون الى البطلان فيهما - واختار المحقق النائنى الصحة فى
الفرع الاول والبطلان فى الثانى .

وقد استدلل للبطلان فيهما بوجوه عمدتها وجهان (الاول) ان مقتضى حديث رفع
الاكراه رفع اثر العقد (وفيه) ان لفعل الوكيل جهتين - احدهما - جهة العقدية - ثانيتهما
جهة قيامه بالوكيل - والاكراه لا يؤثر فى فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة
فيه من الجهة الاولى من العربية ونحوها بعد فرض كونه مستجمعا لها - والجهة الثانية
غير دخيلة فى ترتب الاثر وحصول النقل والانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال بل
عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل والمفروض عدم كونه مكرا فيما
هو موضوع الاثر ولم يتعلق الاكراه به وما يتعلق الاكراه به لا اثر له (الثانى) ان القصد الى المعنى
شرط فى صحة العقد ومع الشك فى ذلك لا اصل بحرزه كون المكروه قاصدا له اذ اصابة
القصد الجارية فى افعال العقلاء انما هى فى الافعال الاختيارية دون المكروه عليها (وفيه)
اولا ان الكلام انما هو بعد احراز القصد وثانيا ان اصابة القصد انما هى فى مطلق الافعال
الاختيارية فى مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش .

واستدل للبطلان فى الفرع الثانى بان المكروه اذا كان غير المالك فغاية ما هناك
رضا المالك بالعقد ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا
(وفيه) مضافا الى ما مر من كفايته - ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا - وفعل الوكيل
يستند الى الموكل من جهة الوكالة - فالأظهر هى الصحة فى الفرعين .

الثانية قالوا (و) يشترط (الحرية ولو توكل العبد او وكل باذن مولاه صح.)

الثالثة (ولا يوكل الوكيل بغير اذنه) له في التوكيل صريحا ولو بالتعميم كاصنع ماشئت او فحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الاذن فيه - او عجزه عن مباشرته وان لم يكن متساع علم الموكل بالعجز او ترفع الوكيل عما وكل فيه عادة فان توكيله ح يدل بالفحوى على الاذن له في توكيل الغير مع علم الموكل بترفعه عن مثله - ثم انه في موارد جواز التوكيل هل يكون الوكيل الثاني وكيلا عن الاول او عن الموكل - وتظهر الثمرة في انه على الاول ليس للموكل عزله وللوكيل ذلك وينعكس على الثاني - الظاهر هو الاول - ولا اقل من الاطلاق - وان للوكيل ان يوكله عن نفسه او عن موكله .

و لكن للولى (و للحاكم) التوكيل (عن) الصبي والمجنون (والسفهاء والبله) بلا خلاف في ذلك بل عليه الاجماع عن التذكرة والاردبيلي وهو الحجة فيه مضافا الى اطلاقات الأدلة فلكل منهما المباشرة بنفسه فكك بغيره .

الرابعة (ويستحب لذوى المروءات التوكيل) في المنازعة و ان لا يتولوا بانفسهم - كما هو المشهور بل في الرياض بلا خلاف في ظاهر الاصحاب - واستدلوا به (١) بماروافي كتبهم الاستدلالية ان عليا عليه السلام وكل عقيل في خصوصية قال ان للخصومة فحما و ان الشيطان ليحضر هاواني لا كرهه ان احضرها -- و القمهم بالضم المهلكة - و ضعف سنده لا يضر بعد استناد الاصحاب اليه و كون الحكم استجابيا ولكن عموم التعليل يقتضى عموم الحكم لغير ذوى المروءات ايضا ولم يلتزم به الاصحاب (وعن) بعضهم التامل في الحكم لتحاكم (٢) النبي (ص) مع صاحب الناقة وتحاكم الوصى (ع) (٣) مع من رأى درع طلحة عنده - وتحاكم على بن الحسين (ع) مع زوجته الشيبانية - فكيف

١- المبسوط اول كتاب الوكالة والمستدرک باب ٢٠ من ابواب كتاب الاجارة حديث ٣

٢- الوسائل - باب ١٨ من ابواب كيفية الحكم

٣- الوسائل - باب ١٤ من ابواب كيفية الحكم - حديث ٦

تولوا سادات الانام المنازعة مع كراهتها - الان احتمال الدواعى والضرورات فى مباشرتهم قائم - فلا يرفع اليد عن دليل استحباب التوكيل -

وكالة الكافر عن المسلم

الخامسة المشهورين الاصحاب انه لا يجوز وكالة الكافر عن المسلم (ولا يتوكل الذمى على المسلم) باستيفاء حقه عليه - بل عليه الاجماع فى محكى التذكرة وغيرها وقد استدلو له بالاية (١) الشريفة «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (وفيه) أولا - ان ظاهر الاية بقرينة ما قبلها نفى الجعل فى الآخرة - وثانيا - انه قد ورد فى خبر (٢) الهروى عن الرضا (ع) ان المراد من الاية نفى سبيل الحجة - وثالثا - ان السبيل ظاهره السلطنة والوكيل لاسلطنة له على الموكل لو لم يكن بالعكس - فالانصاف انه لا دليل له سوى الاجماع وان لم يتم فالأظهر هو الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوكالة وايضا المتيقن منه مالو توقف استيفاء الحق منه على المرافعة كى يمكن دعوى صدق السلطنة والقهر عليه - واما مجرد استيفاء الحق منه اوله فلا يكون مشمولا لدليل المنع .

ثم ان القائلين بالمنع اختلفوا فى وكالة المسلم عن الكافر على المسلم - فعن جماعة المنع عنها ونسب الى اكثر القدماء - وعامة المتأخرين على الكراهة - وقد ادعى على كل من القولين الاجماع - ولا مدرك لهم سوى الاية الكريمة وقد عرفت حالها ولكن للاجماع على المرجوحية - لا باس بالالتزام بها والمتيقن الكراهة - واما فى باقى الصور المتصورة فى المقام فالأظهر هو الجواز بلا كراهة .

السادسة (ولا يضمن الوكيل الا بعد التفريط) اجماعا - لانه امين وقد مر ان الامين لا يضمن الا مع التعدى او التفريط .

(ولا تبطل وكالة به) اى بالتعدى او التفريط لان مبطلته لها تحتاج الى دليل مفقود والاصل وكذا العمومات يقتضى العدم - ولو تعدى ثم عاد نفذ تصرفه بمقتضى الوكالة - فهل يبقى ضمانه ام لا- المشهور بين الاصحاب هو الاول (والاظهر) هو الثانى اذ دليل الضمان مختص بحال التعدى - وفى تلك الحال خرجت يده عن كونها امانية وحكم بكونها مضمنة لحديث على اليد - والمفروض عوده الى الحالة الاولى- فيكون المقام من مصاديق المسألة المعروفة- وهى انه لو خرج فرد عن تحت العام فى زمان - ثم شك بعدمضى ذلك الزمان فى بقاء حكم الخاص او عود حكم العام هل يتمسك بعموم العام او يستصحب حكم الخاص وحيث ان المختار هو الرجوع الى عموم العام مطلقا فيرجع فى المقام الى ما دل على عدم ضمان الامين .

فى اختلاف الموكل والوكيل

المقام الخامس فى جملة من مسائل اختلاف الموكل والوكيل واحكامها تذكر فى ضمن فروع .

١- (٩) لو اختلفا فى التعدى أو التفريط فادعاه الموكل و انكره الوكيل ف (القول قوله مع اليمين وعدم البينة فى عدمه) لان الوكيل امين ولا ينهم من ائتمن ودعوى التفريط او التعدى اتهام (٩) كذا لو اختلفا (فى العزل - او فى العلم به) بلا خلاف بل عليه الاجماع فى محكى الغنية - لاصالة عدمه وللخير (١) فى الثانى - فى امرأة وكلت اخاها ليزوجها ثم عزلته بمحضر الشهود وادعت اعلامه بالعزل و انكره الاخ فاتيا امير المؤمنين (ع) فطلب منها الشهود فانت بالاشهود الذين عزلته بمحضرهم فشهدوا على العزل دون الاعلام فلم يقبله وامضى تزويج الاخ واحلفه والخبر طويل (٩) كذا لو اختلفا (فى التلف او التصرف) كما هو المشهور بل عليه الاجماع فى الاول - لانه امين لا ينهم ولان اليمين على المنكر .

٢- (٩) لو اختلفا (في الرد) بان ادعاه الوكيل وانكره الموكل ف (قولان) احدهما - ان القول قول الموكل مع يمينه - ذهب اليه الحلبي والمحقق والمصنف وولده والشهيد ان - ثانيهما - ان القول قول الوكيل ان كان وكالته بجعل - نسب الى المشهور - والحق ان يقال انه كما يقبل قول الوكيل في التلف كك يقبل قوله في الرد - اذ لا وجه لقبول قوله في التلف سوى ان عدم تصديقه في دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن وقد نهينا عن اتهامه - وكذا يقال في دعوى الرد فسان عدم تصديقه فيه يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن (و دعوى) ان المنهى عنه هو اتهام المؤتمن بالتأمين بالعقد فيختص بالودعة لوجه لها - سيما وقدر (١) ان صاحب العارية مؤتمن وصاحب البضاعة مؤتمن - فالأظهر هو قبول قوله مع يمينه - ولا فرق في ذلك بين كون الاختلاف في الرد والوكالة باقية او بعد انقضائها - لان العين بعد انقضائها بيد الوكيل امانة مالكية الى ان يرد ها اليه - وبذلك يظهر مافي كلمات القوم .

٣- (٩) لو اختلفا في اصل الوكالة ف (القول قول منكر الوكالة) مع الحلف سواء كان هو المالك كما اذا تصرف في ماله بدعوى الوكالة فانكر تو كيله او المدعى عليه الوكالة كما اذا اشترى شيئا فادعى واحد انه اشتراه بوكالته عنه وانه له وانكر المشتري وقال اشتريته لنفسى و الوجه في تقديم قول المنكر - عموم ما دل على ان اليمين على المنكر .

٤- (٩) يقدم (قول الموكل لو ادعى الوكيل الاذن في البيع بثمن معين) عند الماتن وغيره لاصالة عدم الاذن - ويشكل بان الوكيل امين لايتهم فلو قيل بتقديم قول الوكيل كان اوجه كما مر وعلى ما قاله (فان وجدت العين استعيذت و ان فقدت او تعذرت فالمثل او القيمة ان لم يكن مثليا) .

٥- (ولوزوجه) امرأة مطلقا او مدعيها كاتنه على تزويجها (فانكر الموكل الوكالة) يقدم قوله ان (حلف) و للمرثة ان تزوج مع عدم علمها بصديق مدعى الوكالة (و)

اختلفوا فى ثبوت المهر لها و عدمه على اقوال - ١ - ان (على الوكيل المهر) كملا كما عن النهاية و القاضى و قواه الحلى - ٢ - مسانقته المصنف ره قال (وقيل نصفه) نسب ذلك الى المشهور - ٣ - ما عن جماعة وهو عدم ثبوت المهر . و استدلل للاول بان المهر يجب بالعقد كملا ولا ينتصف الا بالطلاق المفقود فى المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره فى الاشهاد فيضمنه - و ايضا انه اقر باخراج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم اليها وكان عليه الضمان - ولكن يتوجه على الاول ان المهر يجب على الزوج لاعلى الوكيل فان ثبت عليه وفوته الوكيل ضمن على اشكال فى ان التفويت موجب للضمان او الضمان مختص بالاتلاف - و حيث انه لا يثبت عليه فلا تفويت ايضا . و يتوجه على الثانى انه اقربا خراج بضعها عن ملكها بعوض فى ذمة الزوج لافى ذمة نفسه فلا يشمله ادلة الافرار .

فالصحيح ان يستدل له بخبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه - بناء على تنزيله على دعوى الوكالة (الا) انه يجب حمله على ارادة النصف جمعا بينه وبين صحيح (٢) ابي عبيدة عن الصادق عليه السلام فى رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة من اهل البصرة من بنى تميم فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنى تميم قال (ع) خالف امره وعلى المامور نصف الصداق لاهل المرأة ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فان امره ان يزوجه امرأة ولم يسم ارضا ولا قبيلة ثم جحد الامر ان يكون امره بذلك بعدما زوجه فقال (ع) ان كان للمامور بينة انه كان امردان يزوجه كان الصداق على الامر وان لم يكن له بينة كان الصداق على المامور لاهل المريفة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا - وخبر (٣) عمر بن

١ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ٣

٢ - الوسائل - باب ٢٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد - حديث ١

٣ - الوسائل - باب ٣ - من كتاب الوكالة - حديث ١

حظظة عنه (ع) في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قولت من صداق او ضمننت من شيء او شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسئلوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال (ع) يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها ان تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله عز وجل الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول فامساك بمعروف او تسريح باحسان فان لم يفعل فانه ماثوم فيما بينه وبين الله عز وجل و كان الحكم الظاهر حكم الاسلام و فدباح الله عز وجل لها ان تتزوج - والمناقشة فيهما بمخالفتهما للقواعد لانه مع بطلان النكاح ظاهرا لا وجه لثبوت المهر - في غير محلها - كما ان دعوى - ان صحيح الحذاء يذل على ثبوت مهر ونصف - مندفة بان الظاهر كون قوله (ع) ولها نصف الصداق بيانا لما اجمله اول بقوله كان الصداق على المأمور لاهل الميراث وبه يعلم ان المراد بالاهل هي الميراث. واما القول الثالث فهو وان كان موافقا للقاعدة الا انه لا بصار اليه مع النص الصحيح المعمول به - فخير الاقوال اوسطها (9) ذيل خبر عمر بن حفظة يدل على انه (يجب على الموكل طلاقها مع كذبه) ويصح ان يقول ان كانت زوجتي فهي طالق - وهل يجب عليه ان يسوق اليها نصف المهر كما عمن المصنف ره وولده والشهيد والمحقق الثنايين الميل اليه - ام لا يجب وجهان - مقتضى القاعدة وان كان هو الوجوب الا ان الخبرين يدلان على عدم وجوبه - سيما الثاني منهما حيث حكم (ع) بوجوب ان يطلقها خاصة فلا يظهر عدم الوجوب .

ولو علمت الميراث بصدقه في دعوى الوكالة - فقد يقال انه ليس لها ان تتزوج مالم يطلقها وح ان امتنع من الطلاق فهل لها الفسخ او يجبر الحكماك الشرعي الزوج على الطلاق او يطلق عنه ام يجب عليها الصبر الى موت ذلك الرجل - وجوه - ولكن مقتضى اطلاق الاخبار جواز التزويج مطلقا وهل لها ان تاخذ نصف المهر من الوكيل .

لوساق اليها الزوج نصف المهر بعد الطلاق الظاهر ذلك بعدما عرفت من عدم وجوبه على الزوج - نعم - لو قلنا بوجوبه عليه واخذته ليس لها ان تأخذ من الوكيل للتعليل في خبر ابن حنظلة الذي يخصص كما يعمم .

بيان ما تثبت به الوكالة

المقام السادس في بيان جملة من احكام الوكالة غير مامر (9) فيه مسائل - الاولى (لو وكل اثنين) بان جعل وكالة واحدة لهما (لم يكن لاحدهما التصرف الا ان ياذن لهما) بلا خلاف ولا اشكال كما هو واضح .

الثانية - فيما تثبت به الوكالة - فتارة لا يكون هناك منازعة وخصومة ويسدعى الوكالة مدع من دون ان ينكره احد - واخرى يكون في مقام المخاصمة (اما) في الصورة الاولى فنثبت بكل ما تثبت به ساير الموضوعات من العلم والبيئة - وخبر الواحد - بناء على المختار من حججه في الموضوعات - ويكفي اخباره بذلك ان كان ثقة - بل يمكن قبوله قوله مطلقا - بناء على قبول كل دعوى لامعارض لها - وسيأتى الكلام في الكبرى الكلية في كتاب القضاء (9) اما في الصورة الثانية فعلى القول بانه لا يكفي في ذلك المقام سوى شهادة عدلين - ولا عبرة بعلم الحاكم - ولا بشهادة رجل واحد مع اليمين او مع شهادة امرأتين في غير الحقوق المالية ف (لا تثبت) الوكالة (الا بشاهدين عدلين) وتمام الكلام في المبني موكل الى محله - واستعرف ان للحاكم ان يحكم بعلمه - وان شهادة رجل واحد مع امرأتين تثبت بها الدعوى في غير الحقوق المالية ايضا - وعلى الجملة لاختصاصية للوكالة فالمتبع فيها قواعد باب القضاء .

الثالثة - يجب على الوكيل تسليم ما كان بيده من مال الموكل اليه عند مطالبته كما في الوديعة والعارية وما شاكل و يجب المبادرة اليه بحسب المتعارف فلا يجب الاسراع في المشي في طريق الرد ولا رفع اليد عما يكون مشغولا به من الاكل وما شاكل

(ولو اُخر الوكيل التسليم) في ما يجب (مع القدرة والمطالبة ضمن) لعموم (١) على اليد فانه خرج عنه اليد الماذونة وبقي الباقي (فان قيل) ان هذه اليد حين حدوثها لم توجب الضمان وبعد خروجها عن كونها ماذونة يشك في ذلك والاستصحاب يقتضي بقائها على ما كانت عليه من عدم كونها موجبة للضمان (قلنا) ان المختار عندنا هو الرجوع الى عموم العام فيما بعد زمان التخصيص مطلقا - ولا يرجع الى الاستصحاب كان للعام عموم ازماني ام لم يكن سيما في مثل المقام مما كان خروج الفرد من اول زمان تحققه لامن الاثناء .

في تعريف الهبة وبيان حقيقتها

(كتاب الهبات وتوابعها - وفيه فصول الفصل الاول في الهبة) وهي بالمعنى الاعم تملك مال بلا عوض فتشمل الوصية والوقف والصدقة وبهذا الاعتبار عبر المصنف بكتاب الهبات .

واما بالمعنى الاخص فهي تملك مال طلقا منجزا بلا عوض بازاء الموهوب من غير اشتراط بقصد القرية - فيخرج الوقف لعدم كونه تملكيا طلقا والصدقة لاشتراط القرية فيها والبيع لكونه تملكيا لامجانا والصلح لانه انشاء التسالم وليس حقيقته التملك والوصية لانها ليست منجزة .

واما الهبة المعوضة - ففي الجواهر - بعد التعريف للهبة - نعم ينتقض بالهبة المعوضة ولو بالقرية ويدفع بان المراد من قوله بغير عوض ومجردا عن القرية عدم لزوم ذلك فيها لاعداء اتفاق حصوله فيها انتهى - وقد سبقه في ذلك سيد الرياض قال في شرح قول المحقق تبرعا مجردا عن القرية - اي من دون اشتراطها بها والانتقض بالهبة المعوض عنها والمتقرب بها الى الله فانها هبة اجماعا (اقول) ما افاداه يتم بالنسبة الى قصد القرية - دون الهبة المعوضة فان التملك فيها بلا عوض بازاء الموهوب

توضيح ذلك - ان الهبة المعوضة تتصور على وجوه (الاول) ان يهب المال ويشترط على المتهب هبة شيء (الثاني) ان يهبه المال ويكون داعيه هبة المتهب شيئا (الثالث) ان يهب المال ويشترط النتيجة اى كون ذلك المال الاخر ملكا له (الرابع) ان يهبه بازاء ذلك الشيء (الخامس) ان يهبه فى مقابل هبته بحيث تكون المقابلة بين الهبتين - اما فى الوجه الاول والثانى فيكون اعطاء المال اعطاء لا بازاء شيء بل مجانا - واما فى الوجه الثالث فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام وان قلنا بصحته فذلك الشيء وان كان يصير ملكا له الا انه للشرط لالعقد الهبة والمال الموهوب انما يعطى مجانا لا بازاء شيء واما الوجه الرابع فهو خارج عن الهبة المعوضة بل هو بيع بلسان الهبة - واما فى الوجه الخامس - فالمقابلة انما هى بين الهبتين لابين المالكين وكل من المالكين مجاني ليس بازاء شيء - ولكن - الظاهر عدم صحة ذلك لانه ان اريد به تعليق هبته على هبة الاخر فلولم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا الطرف ايضا لتقيدها بهبة الاخر فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه وان اريد به انه يملك هبته فى مقابل تملك هبة الاخر فيرد عليه انه فى الهبة التملك انما يتعلق بالمال وليس هناك تملك متعلق بهذا العمل من الحر نعم يصح ذلك فيما اذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر ولكنه خارج عن المقام فانحصرت الهبة المعوض عنها بالوجوه الثلاثة الاول وكونها فيها تملكيا مجانا واضح -

حكم هبة ما فى الذمة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل فى ضمن مسائل - الاولى (انما تصح) الهبة (فى الاعيان المملوكة وان كانت مشاعة) بلاخلاف فى ناحية الاثبات - بل عليه فى محكى الغنية و نهج الحق الاجماع - اما جواز هبة الاعيان المقسومة فهو المتيقن من معقد الاجماع على مشروعية الهبة والاخبار المتواترة الدالة على ذلك الاتية جملة منها فى ضمن المسائل الاتية - و اما جواز هبة المشاعة - فيشهد به مضافا الى

اطلاق الأدلة - جملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن دار لم تقسم فنصدق بعض اهل الدار نصيبه من الدار قال عليه السلام يجوز قلت ارأيت ان كانت هبة قال عليه السلام يجوز ونحوه غيره .

انما الكلام فيما يستفاد من مفهوم هذه الجملة - وهو عدم صحة هبة مافى الذمة وملخص القول فيه انه (تارة) يوهب مافى الذمة الى من عليه (و اخرى) يهبه لغير من عليه - وعلى التقدير الثانى تارة يكون مافى الذمة ثابتا قبل الهبة - واخرى يثبت في ذمته بالهبة كما يملك مافى ذمته بالبيع .

اما هبة مافى الذمة لمن هو عليه فالمشهور بين الاصحاب انها ابراء وتصح بهذا العنوان ولا تصح بعنوان الهبة - وعن جماعة منهم سيد العروة صحتها هبة والاول (اظهر) فلنا دعويان احدهما عدم صحتها هبة - ثانيتهما صحتها ابراء .

اما الاولى فيشهد بها ان الهبة كما مرتملك مجانى والانسان لا يملك مالا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيكون اعتبارها لغوا - وما - افاده الشيخ الاعظم ره فى كتاب البيع فى مقام الجواب عن هذا الوجه من تعقل ذلك اى كون الانسان مالكا لمافى ذمته ورجوعه الى سقوطه عنه - غير تام - فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء وان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرد عليه ان ثبوت الشيء لا يعقل ان يكون علة لسقوطه .

وقد يستدل له بوجهين آخرين - احدهما - ما عن بعض الاساطين وهو ان الملكية لما كانت نحوا من السلطنة على من فى ذمته المال فلا يعقل نقله اليه لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه وبالجملة لا يعقل قيام طرفى السلطنة بشخص واحد - وشيد بعض المحققين ذلك بان المسلط والمسلط عليه متضائقان والتضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما فى واحد (وفيه) انه لا يرى محذورا فى اجتماع

المسلط والمسلط عليه فى شخص واحد وليس كل ما هو من اقسام التضائف من انحاء
التقابل بل ما كان بينهما تغاير فى الوجود كالعلية والمعلولية - والا فالعالمية والمعلومية
والمحبة والمحبوبة من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل وتجتمعان فى شخص
واحد ويحب الانسان نفسه ويعلم بنفسه - و السلطنة من هذا القبيل فان معناها كون
الشخص قاهرا على شخص و كون المسلط عليه تحت ارادته واختياره وهذا المعنى
يمكن اجتماعه فى شخص واحد بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة
كيف وقد ورد - ان الناس مسلطون على انفسهم - ولسم يستشكل احد فى معقوليته
- مع - ان المسلط عليه انما هو بمعنيين - احدهما من بضرره السلطنة - ثانيهما طرف
السلطنة فمن سلطنة الانسان على مافى ذمته لا يلزم قيام طرفى السلطنة بشخص واحد .
ثانيهما - صحيح (١) معاوية بن عمار عن ابي عبدالله (ع) عن الرجل يكون له على
الرجل الدراهم فيهبها له اله ان يرجع فيها قال (ع) لا (وفيه) انه كما يلائم مع الهبة
المصطلحة كك يلائم مع ارادة البراء منه - بل فى المسالك استدلل به على ارادة البراء
منه - قال لانه لو لم يجعل ابراء بل هبة لما امكن اطلاق القول بجواز الرجوع كما
سيأتى انشاء الله تعالى من جوازه فيها فى مواضع كثيرة بخلاف البراء فانه لازم
مطلقا - وان كان يمكن الجواب عنه بانه لا يرجع فيها من جهة سقوط مافى الذمة وهو
فى حكم التلف .

وبما ذكرناه يظهر وجه صحتها ابراء - ويشهد بها - مضافا الى ذلك - والى ما دل (٢)
على العفو عن المهر (٣) والدية (٤) والقرض وغير تلكم من الموارد الخاصة اذا عفوفى
هذه الموارد ابراء لمافى الذمة - انها عقد او ايقاع عقلائى لم يردع الشارع الاقدس عنها

١- الوسائل باب ١ من ابواب الهبات حديث ١

٢- البقرة آية ٢٣٧

٣- النساء آية ٩٣

٤- الوسائل باب ١٣ من فعل المعروف - وباب ٢٣ من ابواب الدين

فتكون مضاة عنده .

فهل هي عقد أو إيقاع - الظاهر هو الثاني إذ لا حقيقة لتلك الهبة غير الاسقاط لانقل شيء الى الملك - ويمكن الاستشهاد له بجملة من الآيات والروايات لاحظ قوله تعالى (١) «الآن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو ولا دخل للقبول في مسماه قطعاً - وقوله تعالى (٢) «ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا» بناء على ما مر من عدم كون هبة ما على الشخص وصدفته اليه الا ابراء وليس فيه اعتبار القبول - ودعوى - ان في ابراء الشخص من ما هو ثابت في ذمته منة فلا يجبر على تحملها - مندفعة - بان اسقاط الانسان حقه ابتداء من دون ان يسئله من عليه الحق لا يظهر فيه منة بثقل تحملها على من عليه الحق عرفاً - فلا ظهر عدم اعتبار القبول فيها .

و اما هبة الدين لغير من عليه فالمعروف بينهم عدم الصحة و في المسالك عليه المعظم (وعن) الشيخ والحلى والمصنف ره في المختلف وجماعة صحتها (واستدل) للاول - بان القبض شرط في صحة الهبة و ما في الذمة يمتنع قبضه لانه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج و الجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها ليست هي الماهية بل بعض افرادها و افرادها غيرها (وفيه) ان الحق الثابت في محله ان وجود الكلي عين وجود افراده و عليه قبض احد افراده قبض له - وهذا يكفي في المقام (و ربما يستدل) للثاني مضافا الى ذلك بصحيح (٣) صفوان عن الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال عليه السلام انه ليس فيه عليك شيء في الدنيا و الاخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولده قال عليه السلام نعم يكون وهبه ثم نزع فعمله لهذا (و الايراد) عليه بان الهبة للولد لا يجوز الرجوع فيها و قد حكم فيه بجوازه (مندفع) بانه انما يجوز الرجوع فيه لانه لم يقبضه و اطلاق

١ - البقرة آية ٢٣٧

٢ - النساء آية ٩٣

٣ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الهبات - حديث ١

النزع ح بلحاظ العقد و بما ذكرناه يظهر حكم ماله و هبه كلياً فى ذمته من دون ان يكون ثابتاً قبل الهيئة فى ذمته -- وانه يصح قبضه انما هو قبض بعض افراده .
ثم انه اذا و هبه ديناله على غيره و كان المتهب مديوناً لذلك الغير بقدره -- فان قبضه الواهب و سلمه الى المتهب او اذن له فى القبض فقبضه ثم رده عليه عوضاً عما عليه فلا كلام .

انما الكلام فى انه هل له ان يحتسب عليه بازاء ماله -- ام لا -- الظاهر ان له ذلك فانه ح بحكم القبض بل لاعمى للقبض الاجعله تحت سلطنته و اختياره فكانه بالاحتساب قد قبض الكلى على كليته و ان شئت قلت ان المتهب يباذن لمن عليه الدين ان يقبض ماله للواهب من طرفه على وجه المعاوضة بينه وبين ماله على المتهب فلا اشكال فيه .

ثم انه قد ظهر من جميع ما قدمناه صحة هيئة المنافع و قبض المنفعة انما يكون قبض العين -- بل يصح هيئة الحقوق القابلة للنقل و ان لم تكن من الهيئة المصطلحة و لم تشملها نصوص الباب لكنه تكفى العمومات فى صحتها .

الهيئة من العقود

الثانية -- انما تصح الهيئة (بإيجاب و قبول) حيث انها تملك من طرف و تملك من آخر و بعبارة اخرى خلع و لبس فيعتبر رضا كل من الخالع و اللابس و التزامه بذلك و حيث ان مجرد الالتزامات النفسانية لا عبرة بها ما لم تبرز فلا بد من مبرز من طرف الواهب و هو الايجاب و من طرف المتهب و هو القبول -- والقول فى ما يعتبر فيهما من العربية و الماضوية و ما شاكل هو الكلام فى سائر العقود فلا يعتبر فيهما شئ سوى كون المبرز كاشفاً عن الالتزام النفسانى عرفاً -- ولا يعتبر فيهما عدم الفصل الطويل بينهما -- ولا اللفظ بل يجرى المعاطاة فيها فان قيل انه قال الشهيد الثانى فى المسالك و ظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهيئة مطلقاً الى العقد القولى فى الجملة --

وعليه فالاجماع دليل على عدم صحة الهبة المعاطاة (قلنا) اولان الاجماع المنقول ليس بحجة - وثانيا - ان مدرك المجمعين معلوم وهو ما ذكروه في جميع العقود لعدم جريان المعاطاة فيها - وعلى هذا فنحل العويصة التي في المقام وهو انه قد تعارف بين الناس الهبة الفعلية ويعاملون مع الموهوب معاملة الملك ويتصرفون فيه التصرفات المتوقفة على الملك .

ثم ان الاصحاب لما بنوا على اعتبار الايجاب و القبول للفظيين فيها ورأوا ان المعهود (١) من فعل النبي ﷺ والائمة عليهم السلام المعاملة مع ما يهدى اليهم معاملة الملكية - اذ كانت الهدايا تحمل اليهم فيقبلون ويرتبون آثار الملكية فان مارية القبطية قد اهداها بعض الملوك الى النبي ﷺ وكانت ام ولد له واهدى المختار الى علي بن الحسين عليه السلام جارية فاولدها زيدا وهكذا التجأوا الى جعل الهدية غير الهبة وان ذلك انما هو في الهدية الماخوذ في حقيقتها ارسال شيء الى شخص بقصد الاكرام والاعظام دون الهبة وجعلوا المعهود من فعل المعصومين (ع) والسيرة المستمرة على ترتيب آثار الملكية عليها بمجرد ارسال من المهدي دليلا على عدم اعتبار الايجاب والقبول للفظيين بل والفعلين ايضا في خصوص الهدية دون الهبة.

ولكن بناء على ما قد مناه من جريان المعاطاة فيها على القاعدة لاحاجة الى تكلف الفرق بينهما بعد كون الهدية في الحقيقة قسما من الهبة غاية الامر انها هبة مقرونة بقصد الاكرام والاعظام - ويجعل ذلك كله دليلا على المختار اذ الفرق بين اقسام الهبة غير ظاهر (فان قيل) ان المعاطاة لا معنى لها في الهبة اصلا - بل فيها الاعطاء من جانب و الاخذ من الطرف الاخر (قلنا) ان عنوان المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية كى يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه والمراد بها الانشاء الفعلي وهو يشمل الاعطاء من جانب واحد (فان قيل) ان المتعارف في الهدايا الاكتفاء بالارسال من المهدي ووصولها الى المهدي اليه والسيرة قائمة على المعاملة معه مع معاملة الملك فلا مناص عن البناء على الفرق

بين الهدية وغيرها من اقسام الهبة (قلنا) ان المهدى انما يقصد التملك مجانا و يظهره بالارسال الى المهدى اليه فهو انشاء منه. وبعد الوصول الى المهدى اليه يقبل هو ذلك فيتم الايجاب والقبول ولا يضر الفصل الطويل بينهما كما مرفى كتاب البيع.

القبض شرط فى صحة الهبة

الثالثة (و) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر فى صحة الهبة (قبض من المكلف الحر) بل عليه الاجماع عن التذكرة والايضاح فلا تفيد الملكية قبله (وعن) الشيخين وابن البراج وابن حمزة والحلى والمصنف فى المختلف كونه شرطاً فى اللزوم - يشهد للاول صحيح (١) ابان عمن اخبره عن الصادق (ع) النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال هى بمنزلة الميراث وان كان لصبى فى حجره واشهد عليه فهو جائز - ولو كانت الهبة مفيدة للملك بدون القبض لم ترجع ميراثا غاية الامر كون الوارث مخيرا فى الرجوع وعدمه - و موثق (٢) داود بن الحصين عنه (ع) الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال (ع) هى ميراث فان كان لصبى فى حجره فاشهد عليه فهو جائز وتقريب الاستدلال به كما فى سابقه - وقوى (٣) ابي بصير عنه (ع) الهبة لا تكون ابداءة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه وتقريب الاستدلال به انه يدل على نفي الهبة بدون القبض وظاهر النفي كونه نفيا تشريعا لا تكوينيا - ومعنى النفي التشريعى عدم ترتب الاثر عليها - وعلى هذا فدلالة الخبر على نفي الصحة بدون القبض لو لم تكن بالصراحة لا ريب فى انها قريبة منها ولا مجال للمناقشة فيها بما ذكره .

واستدل للقول الآخر بالامر (٤) بالوفاء بالعقود - وبصحيح (٥) ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) الهبة جائزة قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل لا يجوز حتى

١ - ٣ - ٥ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - ٧ - ٣

٢ - الوسائل باب ٥ - من ابواب الهبات حديث ٢

٣ - المائدة آية ٢

يقبض وانما اراد الناس ذلك فاختطأوا- وخبر (١) عبدالرحمان بن سيابة عنه (ع) اذا تصدق الرجل بصدقة او هبة قبضها صاحبها او لم يقبضها علمت او لم تعلم فهي جائزة (ولكن) يتوجه على الاول انه دليل للزوم لالصحة - مع انه لو كان دال على صحة كل عقد لم يلزم تقييده بامر- واما الخبران فالمراد من الجواز فيهما يحتمل السلزوم كما فهمه الشيخ في محكسى الاستبصار لا الصحة و يؤيده اطلاق الجواز عليه في روايات الهبة بذى الرحم الآتية - وفي خبر (٢) الاقرار وغير ذلك من الموارد وعلى هذا فلم يقل احد بمضمونها لاتفاق الاصحاب على عدم اللزوم بدون القبض مع ان اكثر افراد الهبة جائزة حتى بعد القبض- ويحتمل ان يراد به النفوذ المترقب منها- جوازا او لزوما- فيرد عليهما ايضا مامر اذ الهبة بذى الرحم حكمها للزوم ونفوذها انما يكون كك مع الاتفاق على اشتراط لزومها بالقبض- ويحتمل ان يراد به الجواز المقابل للزوم فلا يدل الخبران ح على اشتراط القبض في اللزوم بل يدلان على عدمه وايضا غاية ما يدلان عليه ح جواز الرجوع في الهبة قبل القبض وهذا لا يلائم مع اشتراط القبض في تأثيرها في الملكية- كما يلائم مع حصول الملكية قبل القبض - واما حملهما على ارادة ان الهبة تؤثر في حصول الملك وان لم تقبض الذى هو مبنى الاستدلال فهو يحتاج الى قرينة عليه مفقودة .

ثم انه على فرض التنزل وتسليم دلالتهما على ذلك انهما لا يصلحان للمقاومة مع النصوص المتقدمة المشهورة بين الاصحاب - فان الشهرة اول المرجحات فتقدم هى فالظاهر ان القبض شرط في صحة الهبة بمعنى انها لا تؤثر في حصول الملكية الا بعد القبض .

(٩) فرع المصنف على ذلك انه (لوهبه ما فى ذمته كان ابواء) وقدر الكلام في ذلك في المسألة الاولى وعرفت ما هو الحق .

(٩) يشترط في القبض اذن الواهب) كما هو المشهور بين الاصحاب وفي

المسالك هذا مما لا خلاف فيه عندنا - وفي الرباض بلا خلاف اجده فيه بل عليه في نهج الحق والدروس والمسالك اجماع الامامية - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - (واستدلوا له) بالاجماع - وباصالة عدم ترتب الاثر وعدم الانتقال مع عدم اطلاق يوثق به في تناول مثله - وبان ما دل على شرطية ظاهر في غير القبض بدون اذن الواهب بناء على قرائة يقبضها من باب الافعال او التفعيل - وبحرمة القبض بدون اذنه بناء على كونه شرطاً في حصول الملك فان المال قبل القبض ملك للواهب فلا يجوز التصرف فيه بلا اذن صاحبه (وفي الكل نظر) اما الاول فلمعلومية مدرك المجمعين - واما الثاني فلان الاصل لامورده مع اطلاق الدليل - ومنع اطلاق يوثق به كما ترى - واما الثالث فلان اشتراط الاقباض خلاف المتفق عليه لبنائهم على كفاية كون المال بيد المتهب - اللهم الا ان يقال ان ابقاء المال عنده اقباض وعلى اى حال المتيقن من دليل الشرط اعتبار وصول المال الى يد المتهب والزائد على ذلك اعتباره مشكوك فيه يرتفع بالاطلاق - واما الرابع فلان الحرمة لا توجب فساد القبض مع انها مطلقاً ممنوعة - فالأظهر عدم اعتبار اذن الواهب .

ثم انه قال المصنفه (الا ان يهبه ما في يده) ويحتمل ان يكون ذلك استثناء عن اعتبار القبض فمراده انه لو كان الموهوب حال الهبة في يد المتهب لا يحتاج الى قبض جديد كما هو المشهور بين الاصحاب - ويحتمل ان يكون استثناء من اعتبار الاذن في القبض فمراده انه لا يعتبر الاذن في هذا الفرض وهو ايضا مشهور - وعلى كل حال فهو متين على ما قدمناه من عدم اعتبار الاذن في القبض مطلقاً .

ولكن على القول الآخر (فتارة) يستدل لعدم اعتباره في الفرض بانصراف مادل على اعتبار القبض المأذون فيه عن الفرض (واخرى) بان اجراء الواهب للعقد كاشف عن رضاه بالقبض (وثالثة) بعموم العلة في خبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الرجل

يتصدق على ولده فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي يلي امره فانه يدل على ان كونه في قبض الولى كاف من دون اعتبار قيدو كفايته انما هي بلحاظ ان قبض الولى قبض للمولى عليه فيدل على كفاية ذلك وان لم يكن هناك اذن - ولكن - يتوجه (على الاول) انه لامنشا لانصراف المزبور سيما بناء على اعتبار الاقباض خصوصا اذا لم يكن الواهب عالما بان المال فى يد المتهب (و على الثانى) ان من الجائز ان يكون للواهب نظر خاص فى الهبة بدون القبض كان يجعلها معلقة - او غير ذلك من الاحتمالات والحاصل ان محل الكلام مالم يحرر رضاه بذلك (و على الثالث) ان المفروض فى الخبر قبض الواهب ولاية عن الصغير فالاذن هناك موجود ولا يربطه بالمقام .

ثم انه لا خلاف (و) لاشكال فى ان (للاب و الجد ولاية القبول والقبض عن الصغير والمجنون) - كما لهما الولاية على العقود والايقاعات بتوابعهما عنهما على ما مر مفصلا فى كتاب البيع - ويترتب على ذلك انه لو وهب الولى ما فى يده للمولى عليه الصغير والمجنون لم تفتقر الى قبض جديد ولا الى مضى زمان يمكن فيه القبض بل يكفى قبضهما (ويشهد) بذلك فى الصغير مضافا الى كونه على وفق القاعدة - صحيح ابان - وموثق داود المتقدمان المتضمنان لقوله (ع) وان كان الصبى فى حجره فهو جائز و ايضا يشهد به التعليل فى خبر (١) على بن جعفر عن اخيه (ع) اذا كان اب تصدق على ولده الصغير فانها جائزة لانه يقبض لولده اذ كان صغيرا - وقريب منه غيره .

وهل يعتبر قصد القبض عن الصبى كما عن المصنف ره ام لا كما هو المشهور - وجهان - اظهرهما الثانى لاطلاق الاخبار (ولو) وهبا للصغير ما لايستفى فى يدهما - فالظاهر اعتبار قبضهما كما هو المشهور - اذ الخبران منصرفان الى صورة كون المال فى يدهما والتعليل فى الخبرين الاخيرين يدل على اعتباره (ولو) كان المستهتبه ولدا كبيرا يعتبر قبضه ولا يكفى قبض الولى - من غير فرق بين الذكر والانثى وما عن الاسكافى من عدم اعتباره فى الانثى مادامت فى حجره - لا وجه له سوى القياس .

حكم الهبة من حيث اللزوم والجواز

الرابعة (وليس له الرجوع بعد الاقباض ان كانت لدى الرحم او بعد التلف او التعويض وفي التصرف خلاف وقيل الزوجان كالرحم وله الرجوع في غير ذلك) فهي نافذة .

١- المشهور بل ربما ادعى الاجماع عليه انه يجوز الرجوع بعد القبض الا في مواضع مخصوصة قد وقع الاتفاق على بعضها والخلاف في بعض كما سيمر عليك . ومقتضى القاعدة هو اللزوم الا ما خرج كما هو الشأن في جميع العقود - ولكن في خصوص المقام روايات خاصة وهي طائفتان .

الاولى - ما يدل على ما ذهب اليه المشهور لاحظ صحيح (٢) جميل والحلبى عن ابي عبد الله (ع) اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له - وصحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) الهبة والنحلة يرجع فيهما ان شاء حيّز او لم تحز الا الذي رحم فانه لا يرجع فيها - وصحيح (٣) البصرى وعبد الله بن سنان (سليمان يب) عن ابي عبد الله (ع) عن الرجل يهب الهبة ارجع فيها ان شاء ام لا فقال (ع) تجوز الهبة لذوى القرباة والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء - ومرسل (٤) ابان كالصحيح عنه (ع) قال سألته هل لاحدان يرجع في صدقة أو هبة قال (ع) اما ما تصدق به لله فلا واما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها او لم يحزها وان كان لذى قربة - وصحيح (٥) زرارة عنه (ع) في حديث ولا ينبغي لمن اعطى الله شيئا ان يرجع فيه وما لم يعطه وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيّز ام لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرءة فيما

١- الوسائل - باب ٨ - من ابواب كتاب الهبات حديث ١

٢- ٣- ٤- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات حديث ٢- ١- ٣

٥- اور صدره في الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - وذيله في ١٧١

تهب لزوجها حيز اولم يحز وموثق (١) عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) في حديث ول من وهب او نحل ان يرجع في هبته حيز اولم يحز الى غير تلکم من النصوص .

الثانية ما يدل على عدم جواز الرجوع في الهبة كمخبر (٢) ابراهيم بن عبد الحميد عن ابي عبد الله (ع) انت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها قال رسول الله ﷺ من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته وخبر (٣) ابي بصير عن الرجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء فكان الذي اشترى لؤلؤا فوهب له لؤلؤا فرأى المشتري في اللؤلؤ ان يردا يرد ما وهب له قال (ع) الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المبتاع المبيع لم يرد معه الهبة - وخبر (٤) محمد ابن عيسى كتبت الى علي بن محمد (ع) رجل جعل لك جعلني الله فداك شيئا من ماله ثم احتاج اليه اياخذ لنفسه ام يبعث به اليك قال (ع) هو بالخيار في ذلك ما لم يخرج عن يده ولو وصل البنا لرأينا ان نواسيه وقد احتاج اليه - وخبر (٥) جراح المدائني عن ابي عبد الله (ع) قال رسول الله ﷺ من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته .

ولكن الطائفة الثانية - اكثرها ضعيفة السند - واعم مطلق من الاخبار الاولى لشمولها للهبة المعوض عنها وما قصد بها القرية وهبة ذي الرحم - فيقيد اطلاقها بها - ومع الاغماض عن الجهتين الجمع العرفي بينهما انما هو بحمل الثانية على الكراهة - وان ابيت عن ذلك فهي معرض عنها عند الاصحاب لعدم لزوم الهبة بقول مطلق اتفاقا وعلى فرض التنزل فهي لاتصلح لمقاومة النصوص الاولى - فالأظهر ان الهبة من العقود الجائزة الا ما خرج بالدليل (فان قيل) انه لو كانت الهبة من العقود الجائزة لزم ان تنسخ بالجنون والاعماء والموت ومن المعلوم هنا خلافه (قلنا) انه قد مر انه لا دليل على هذه الكبرى الكلية - وانها غير تامة - وعلى فرض التسليم بقيد اطلاق الكبرى بماد دل على

١-٢-٥- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الهبات - حديث ١-٣-٤

٣- الوسائل - باب ١٩ - من ابواب الخيار من كتاب البيع - حديث ١

٤- الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات - حديث ٨

عدم انفساخ الهبة بها .

لزوم الهبة لذی الرحم وهبة احد الزوجین للآخر

۲- لایجوز الرجوع فی هبة الابوین للاولاد بعد القبض وكذا العکس ویشهد به - صحیحاً محمد - و البصری و عبدالله بن سلیمان المتقدمان - ولا یعارضهما مرسل ابان المتقدم - لعدم صلاحیته للمقاومة معهما لكونهما مشهورین بین الاصحاب والشهرة اول المرجحات ولا صحیحة سندهما - ويمكن ان یقال ان قوله فی المرسل وان كان ... الخ انما یرجع الی قوله لَا یُجْزِی أولم یحزها فالمعنی انه ان لم یحزها لافرق بین ذی الرحم وغیره - فلا یعارض المرسل الصحیحین (ثم انه) مقتضی اطلاق الصحیحین عدم الفرق بین الولد وولد الولد - و بین الذکور والاناث - و بین الاولاد الصغار والكبار وانه لایجوز الرجوع فی شیء من تلکم الموارد - فما - عن السید المرتضی فی الانتصار من جعل الهبة جائزة مطلقاً ما لم یعوض عنها - شاذ لایعبأ به والغریب انه ره ادعی الاجماع علیه مع ظهور الاجماع علی خلافه (واما) ما عن المبسوط من الفرق بین كبار الاولاد وصغارهم وان لزوم الهبة مختص بالصغار - فیمکن ان یکون مراده علی مانبه علیه صاحب الجواهر صورة ما قبل القبض حیث انه فی الصغار لاحاجة الی القبض کما عرفت فلا یکون خلافا فی المسألة .

وكذا لایجوز الرجوع فی هبة سایر الارحام بعد القبض لاطلاق الصحیحین المتقدمین - وعن بعضهم جوازه واستدل له بمرسل ابان - لكنه قد عرفت حاله وحمله علی غیر الابوین والاولاد - وحمل الصحیحین علیهم جمیع تبرعی لاشاهدله -

واما هبة کل من الزوجین للآخر - فعن جماعة عدم جواز الرجوع فیها لصحیح (۱) زرارة عن ابی عبدالله عليه السلام انما الصدقة محدثة انما کان الناس علی عهد رسول الله (ص) ینحلون ویهبون ولا ینبغی لمن اعطی الله شیئاً ان یرجع فیه قال وما لم یعط الله وفی الله

فانه يرجع فيه نءلة كانت او هبة ءيزت او لم ءءز ولا يرجع الرءل فىما يهب لامرءته ولا المرءة فىما ءهب لزوءها ءيز او لم يءز لان الله ءعالى يقول «ولا ءا ءءءوا مما آءبءموهن شىءا» وقال «فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنىءا مرءا» وهذا ىءءل فى الصءاق والهبة- هءءا فى الفروع والءهءىء - وفى الاسءبصار زاء ولا يءل لكم ان ءا ءءوا .

ولكن المشهور بين الاصءاب هو الجواز - لصءىء (١) مءء بن مسلم عن اءءهما (ع) عن رءل كانت له جارية فآءته امرائه فىها فقال - هى عليك صءقة فقال (ع) ان كان قال ذلك لله فلىمضها وان لم يقل فله ان يرجع ان شاء فىها - و ىءوجه على الاسءءلال به انه من المءءمل ان ىكون المراء به انه ءىء ىكون المفروض فىه الصءقة فان قصد بها القرءة فهى صءىءة والا فلا لاشءراطها بقصد القرءة ولا نظرله الى الهبة وىؤىءه لفظة على فانه ام يءعلها صءقة لامرءته بل عليها - فلما عارض لصءىء زراءة وان كان هو اىضا لا ىءل عن اشكال لءالءه على لزومها ءىء مع عءم القبض اللهم الا ان ىقال انه لا ابراء على العءر من هءه العءة لامكان الاءزام بءلك ففى هبة الزوء ءاصة - او ىقال ان عءم العمل ببعض العءر لا ىسقطه عن العءىة بالنسبة الى باقى مءلوله و على هءا فالءءىءن هو البناء على لزوم هبة اءء الزوجين للآخر - و الاءءىاط فى هبة الزوء قبل القبض لا ىءرك (ثم) الظاهر كما قىل عءم الفرق بين الءائم و المنقطع والمءءول بها و ءىرها بل والمطلقة الرجعية .

لزوم الهبة بالءلف

٣- - المعروف بين الاصءاب انه اذا ءلف المال الموهوب فلا رجوع و ان كسان المءهب اءنبىا بل عليه الاءماع فى بعض الكلمات و ىمكن ان ىسءل لذلك بوءهين .

اءءهما ان المءءىءن من لءىل جواز الهبة فى مءابل اصالة اللزوم هو جواز رء

العين والرجوع فيها كما في النصوص لاجواز عقد الهبة بمعنى التسلط على فسخ العقد توضيح ذلك ان الجواز قد يتعلق بالعقد من كل وجه - وقد يتعلق به من جهة خاصة وهو فسخه باسترداد العين خاصة والمتيقن الثابت بالادلة في المقام هو الثاني و بعد التلف لا يمكن استرداده فيصير العقد لازما (وما) عن المحقق الخراساني ره من ان متعلق الرد ملكية العين لانفسها والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود كك يصح انتزاعها من التالف فانها من الاعتباريات وهي لا تتوقف على موضوع موجود وعليه فالموضوع و ان كان هورد العين الا انه يمكن بعد التلف (يظهر) جوابه مما ذكرناه في تقريب هذا الوجه - فان المدعى ان الثابت بالادلة جواز فسخ العقد باخذ العين نفسها - لاجوازه من كل وجه وهذا لا يمكن مع تلف العين .

ويترتب على هذا الوجه انه لو تلف البعض لاجواز الرجوع في البعض الاخر فان المتيقن من الادلة فسخ العقد برد الموهوب بتمامه .

الوجه الثاني صحيح (١) جميل والحلي عن الصادق (ع) اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له - اذ من المعلوم انه مع التلف لا يصدق قيامها بعينها لان الظاهر منه بقاء الموهوب في ملكه ولو تلف لا يصدق ذلك - كما - انه لو تلف بعض الموهوب لا يصدق ايضا قيام العين بعينها وان كانت قائمة ببعضها .

بقي الكلام في انه اذا حدث في العين عيب وخرجت عن خلقتها الاصلية ووجب نقصا فيها هل يصدق قيام العين بعينها ام لا - الظاهر هو الثاني كما يشهد به مرسل (٢) جميل الوارد في خيار العيب عن احدهما (ع) في الرجل يشتري الثوب والمتاع فيجد فيه عيبا قال (ع) ان كان الشيء قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ يرجع بنقصان العيب - فانه يدل على ان المراد بقيام العين بعينها ما ينافيه مثل الصبغ والخياطة والقطع - فحدوث العيب ايضا ينافيه .

١- الوسائل باب ٨ من ابواب الهبات حديث ١

٢- الوسائل - باب ١٦ - من ابواب الخيار من كتاب البيع - حديث ٣

ويترتب على ما ذكرناه في هذا الفرع أولا وآخرا - انه اذا مات المتهب بعد القبض سقط جواز الرجوع لان القدر المتيقن الثابت بالادلة جواز الرجوع على المتهب والمرجع في غيره اصابة اللزوم - وايضا - ان المال بموته ينتقل الى ورثته فلا يكون قائما بعينه .

ولو مات الواهب بعد الاقباض فهل تلزم الهبة كما عن المصنف ره والشهيد والفخر والمحقق الثاني وغيرهم - ام لا - الظاهر هو اللزوم لاصلته بعد كون المتيقن من الدليل المخرج رجوع الواهب نفسه (ودعوى) ان حق الرجوع ينتقل الى ورثته لعموم ما دل على ان ما تركه الميت من مال اوحق فلو ارثته (فيها) أولا - ان كون ذلك حقا بلا للنقل والانتقال غير معلوم فلعله من الاحكام والعموم المشار اليه لا يصلح لاثبات كونه كك فان ذلك مفروض في موضوعه - وثانيا - ان الانتقال الى الوارث انما هو الحق المتروك اى ما يكون مطلقا وقابلا للبقاء بعد الموت وكون هذا الحق كك غير معلوم اذ لعله مختص بالواهب نفسه وبموته ينتهى امده ولا يكون باقيا - والاستصحاب لا مورد له في المقام -

التصرف من ملزمات الهبة

٤- اختلف الاصحاب من المتقدمين والمتأخرين في سقوط جواز الرجوع بتصرف المتهب في العين الموهوبة للاجنبي، مع عدم سائر المسقطات على اقوال

١- السقوط وعدم جواز الرجوع مطلقا اى تصرف كان حتى سكنى الدار وركوب الدابة وتعليقها ولبس الثوب ونحو ذلك ذهب اليه الشيخان وابن البراج وابن ادریس واكثر المتأخرين كذا في المسالك - ٢- عدم سقوطه مطلقا وبقاء الجواز الثابت قبل التصرف نسب ذلك الى الاسكافي والديلمى والحلبى وابن زهرة العلوى مدعيا عليه الاجماع واختاره المحقق في الشرايع - ٣- التفصيل بلزومها مع خروج الموهوب عن ملكه او تغيير صورته كقصارة الثوب ونجارة الخشب وعدمه بدون ذلك كالركوب

والسكنى واللين ونحوها من الاستعمالات وهو قولات ابن حمزة والشهيد في محكي الدروس وجماعة من المتأخرين .

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد (الاول) في ما اذا نقل المتهب المال الموهوب عن ملكه بعقد لازم - والحق عدم جواز الرجوع ح لما عرفت من ان المتيقن من ادلة الجواز ما اذا بقيت العين على صفة الملكية للمتهب - وايضا لا يصدق قيام العين فلا رجوع له - مع ان الناقل اذا كان لازما امتنع الرد ومعه لا معنى لفسخ العقد الذي قد عرفت ان الثابت بالدليل فسخ العقد برد العين (ولو) عادت العين اليه بفسخ فهل يعود جواز الرجوع لاستصحاب جوازه الذي موضوعه ما يملكه المتهب وهو محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ - ام لا يجوز - لان الموضوع تبدل حين ما انتقل المال عنه فلا يجري الاستصحاب وجهان اظهرهما الثاني .

الثاني لو كان الناقل عقدا جائزا - فالظاهر سقوط الجواز لعين مامر فان المال ليس قائما بعينه ولا يمكن استرداد العين للواهب فان معنى جواز العقد الثاني جواز فسخه للمتهب لا للواهب فبالنسبة اليه العقد الجائز واللازم سيات .

الثالث ما لو تصرف المتهب في العين تصرفا مغيرا للصورة - فالظاهر عدم جواز الرجوع ح ايضا لقوله (ع) في الصحيح اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها والا فليس له اذ من المعلوم عدم صدق قيام العين مع تغيير صورتها كما يشير اليه مرسل جميل المتقدم الوارد في خيار العيب - ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب فان التفصيل قاطع للشركة فيعلم منه مقابلة تغيير الصورة للقيام بعينه .

الرابع ما لو تصرف في المال الموهوب تصرفا غير مغير للصورة - فالظاهر بقاء جواز الرجوع لاطلاق الادلة (وقد استدلل) على عدم جواز الرجوع ح - بان - الاصل هو لزوم في كل عقد خرج عنه ما لو لم يتصرف فيه فمع التصرف يرجع الى الاصل الثابت بالادلة - وبان - جملة من النصوص تدل على لزوم الهبة خرج عنها قبل

التصرف خاصة - وبالأجماع - . والى هذه الثلاثة يرجع ما ذكره فى المسالك من الوجوه العشرة للزوم بالتصرف مطلقا قال وهذه الأدلة جمعتها من تضاعيف عبارات اصحاب هذا القول ولم يتفق جمعها لاحد منهم هكذا (ولكن) يتوجه على الاول ما مر من تعيين الخروج عن هذا الاصل فى باب الهبة وان الاصل فيها الجواز اما خرج بالدليل - وعلى الثانى ما تقدم من ان نصوص لزوم الهبة ضعيفة سنداً - وقاصرة دلالة عليه - وعن مقاومة نصوص الجواز - وعلى الثالث ان دعوى الاجماع مع مصير الاكثر الى الخلاف كما ترى - فالأظهر عدم كونه موجبا لسقوط الجواز .

الخامس ماذا مزج العين الموهوبة - فالظاهر سقوط جواز الرجوع ايضا فان المزج ان كان موجبا للتلف الحقيقى وتبدل صورتها النوعية الى صورة نوعية اخرى - او كان موجبا للتلف عرفا كما لو صبغ شىء باللون الموهوب - فلما مر فى صورة تلف المال - وان لم يكن موجبا له - فان كان المزج موجبا للشركة كما لو مزج منامن الدهن الموهوب بمن آخر - فالوجه فى السقوط تبدل الملكية الاستقلالية الى الاشاعية فلا يمكن الرد خارجا ولا ملكا - ولا يكون العين قائمة (لا يقال) ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لافىما اذا مزجه بمال نفسه (فانه) يتوجه عليه انه لو رجع الواهب وصار ملكا له انما يملك بالاشاعة لاستقلاله - وان لم يكن المزج موجبا للشركة - فلان الرد الملكى وان كان ممكنا الان الخارجى منه غير ممكن والمتيقن من دليل جواز الرجوع هو الرجوع برد العين - مع ان العين قد تغير وصف من اوصافها فلا تكون قائمة بعينها .

السادس ما لو اجار المال - او اعاره - او اودعه - وما شاكل - والضابط انه ان صدق بقاء المال بعينه جاز الرد والافلا - ومع الشك يشك فى جواز الرجوع فكما لا يصح التمسك بالدليل المخرج لا يجوز التمسك بعموم ما دل على الجواز لكونه تمسكا بالعام فى الشبهة المصداقية فالمتعين ح البناء على اللزوم للشك فى تأثير الرجوع و الاصل عدمه .

٥- قد ظهر مما تقدمناه - انه ان عاب المال عند المتبطل فلار جوع - وبه يظهر ما فى المتن

قال (فان عاب فلا رث و) اما (ان زادت زيادة متصلة) كالسمن وما شا كل - فالظاهر جواز الرجوع لصدق بقاء المال بعينه فانه زاد ولم ينقص اللهم الا ان يقال اذا كان قصارة الثوب او خياطته وصبغه موجبة لعدم بقاء المال بعينه فكيف لا يكون كك مع حصول الزيادة المتصلة كالسمن والحمل سيما اذا تحقق ذلك بفعل المتهم ولا اقل من الشك في صدقه - وعليه فالأظهر عدم جواز الرجوع .

ثم انه على القول بالجواز - لارجه لما ذكره المشهور من انه ان رجع الواهب (تمعت) الزيادة - اذ بعد كون الرجوع فسخا لعقد الهبة من حينه لامن الاول وكون المال قبل الرجوع للمتهم وتحقق الزيادة في ملكه ولذا قالوا (والا) اي وان لم تكن الزيادة متصلة بل كانت منفصلة (فللموهوب له) لوجه للقول برجوع الزيادة - خصوصاً الحاصلة من فعله الى الواهب بل الاوجه هو الشركة ان لم يكن اجماع .

الهبة المعوضة لازمة

ع- لا اشكال ولا كلام في مشروعية الهبة المعوضة باقسامها الثلاثة المتقدمة - وهي ان يهب المال ويشترط على المتهم هبة شئ - وان يهبه ويكون داعيه هبة المتهم - وان يهب المال ويشترط النتيجة اي كون المال الاخر ملكا له - لا لطلاق ادلة الهبة والشرط .

ولا كلام ايضا في انه اذا عوض عن الهبة تصير لازمة ويشهد به صحيح (١) عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع - ونحوه غير م - ولا فرق في العوض بين القليل والكثير - ولا بين كونه مشروطا في ضمن الهبة وعدمه ومقتضى اطلاق النص ان لا يعتبر رضا الواهب وان 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 وابي الصلاح من وجوبه مطلقا كما عن الاول اوفى هبة الادنى للاعلى كما عن الثاني - لاوجه له - نعم - يجب مع الاشتراط لوجوب الوفاء بالشرط .

بل لايجوز له التصرف في المال قبل ان يفي بالشرط لخبر (١) القاسم بن سليمان عن الصادق (ع) عن الرجل يهب الجارية على ان يثاب فلا يثاب اليه ان يرجع فيها قال عليه السلام نعم ان كان شرط عليه قلت ارايت ان وهبها له ولم يشبه ابطأها ام لا قال عليه السلام نعم اذا كان لم يشترط حين وهبها - بناء على عدم الفرق بين الجارية وغيرها - وقد يقال ان المراد به البناء على عدم الاثابة - فلو كان بانيا عليها يجوز له التصرف بمقتضى منطوق الخبر .

ثم انه قال في المسالك ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن الجملة انتهى - واورد عليه - بانه كالتعويض بالكل بعد رد الاتعويض - وفيه ان صدق الرد غير مناف لصدق التعويض فما افاده الشهيد متين .

في الصدقة

ثم انه لا اشكال ولا خلاف في مشروعية الصدقة والنصوص الدالة عليها متواترة وفي الكتاب ايضا آيات تدل عليها (٢) قال الله تعالى «وما تنفقوا من خير يوف اليكم» وقال (٣) سبحانه «والذين في اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم» وقال (٤) النبي ﷺ الصدقة تدفع ميتة السوء - (٥) وقال ﷺ ان الله لا اله الا هو ليدفع بالصدقة

١- الوسائل باب ٩ - من ابواب كتاب الهبات حديث ٢

٢- البقرة آية ٢٧٢

٣- المعارج آية ٢٥

٤- الوسائل - باب ١ - من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة حديث ٢

٥- الوسائل باب ٩ - من ابواب الصدقة حديث ١

الداء والديلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعدسبعين بابا من السوء (١) وقال الباقر عليه السلام - صنایع المعروف تدفع مصارع السوء وقال الصادق عليه السلام (٢) المعروف شيء سوى الزكاة فتقربوا الى الله تعالى بالبر وصلة الرحم الى غير تلكم من الايات و الاخبار (ويشترط) في الصدقة بعد اهلية المتصدق للتصرف الايجاب والقبول لامر في الهبة - ويكتفي فيهما بالفعل كما مر - وتصح مع الفصل الطويل بين الايجاب والقبول (ويعتبر) فيها القبض ففي الصحيح (٣) وغيره الاثنين في الوقف في الرجل يتصدق على ولد له قدار كوا فقال (ع) اذالم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث .

وتمام الكلام في هذا المقام في ضمن (مسائل الاولى لايجوز الرجوع في الصدقة بعد الاقباض وان كانت على الاجبني) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر وعن الحلبي الاجماع عليه كذا في الرياض - ويشهد به صحيح (٤) زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام - ان الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله (ص) ينحلون و يهبون ولا ينبغي لمن اعطى الله شيئا ان يرجع فيه قال ومالم يعط الله وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت اوهية الحديث والمعتبرة (٥) المستفيضة انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي بقي ثم يعود في قبته (وعن) الشيخ في المبسوط جواز الرجوع قال ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الاحكام الى ان قال وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه - ويرده ما مر (ولو قبضها من غير اذن المالك قالوا لم تنتقل اليه) وقدر في الهبة ما يظهر منه اظهرية الانتقال .

(الثانية ولا بد في الصدقة من نية القربة) بلا خلاف - بل الفرق بينها وبين

١- الوسائل باب ١- من ابواب فعل المعروف من كتاب الامر بالمعروف حديث ٩

٢- الوسائل - باب ٧- من ابواب ما تجب فيه الزكاة وما تستحب فيه حديث ١٣

٣- الوسائل - باب ٤- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٤- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الهبات حديث ١

٥- الرسائل - باب ١١- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

الهبة انما يكون بذلك - ويشهد به - مضافا الى الاجماع عليه المعتمدة (١) المستفيضة الدالة على انه لاصدقة الاماريد بهوجه الله سبحانه ونحوها كثير من النصوص الاتية.

(الثالثة يجوز الصدقة على الذمى وان كان اجنبيا) كما صرح به جماعة من الاصحاب وعن ابن ابي عقيل المنع من الصدقة على غير المؤمن وظاهر بعض الاصحاب ان الخلاف فى الصدقة على الذمى كالخلاف فى الوقف عليه وسيأتى الكلام فى الوقف عليه. يشهد للاول مضافا الى اطلاق الادلة وقوله (٢) تعالى «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤم» جملة من النصوص لاحظ خبر (٣) عمرو بن ابي نصر قلت لابي عبد الله (ع) ان اهل البوادي يفتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فتصدق عليهم قال عليه السلام نعم. ومرسل (٤) الصدوق عنه (ع) عن السائل ولا يدري ما هو فقال (ع) اعظم من وقعت له الرحمة فى قلبك ونحوهما غيرهما .

(الرابعة صدقة السرافضل) قال الله (٥) تعالى «وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم» وقال الصادق عليه السلام فى خبر عمار (٦) الصدقة والله فى السر افضل من الصدقة فى العلانية - (الامع التهمة) فى ترك المواساة فيظهرها دفعا للتهمة والحمد لله اولا وآخرا .

الفصل الثانى فى الوقف

ويطلق عليه الصدقة ايضا - بل الغالب فى الاخبار التعبير عن الوقف بالصدقة

١- الوسائل- باب ١٣ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

٢- الممتحنة الاية ٨

٣- ٤- الوسائل - باب ٢١ - من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة - حديث ٧ - ٤

٥- البقرة الاية ٢٧١

٦- الوسائل باب ١٣ - من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة - حديث ٣

بل بلفظ الوقف قليل - فالوقف هو الصدقة الجارية - وحقيقته تحبب العين و تسبيل المنفعة - كما في النبوى (١) - حبس الاصل وسبل الثمرة - وهو ثابت بالنص والاجماع وقد ورد في الاحبار البحث عليه .

و البحث في هذا الفصل يقع في مطالب الاول في العقد وما يلحق به وفيه مسائل - الاولى ظاهر الاصحاب اعتبار اللفظ فيما ينشأ به الوقف وانه بدون غير صحيح - ولقد اطالوا البحث في اللفظ الصريح فيه وغير الصريح ففي المتن (وصريح الفاظه وقفت والباقي بقرينة) وقال بذلك غيره وعللوه بانه الموضوع له لغة وشرعا - و صرح جماعة منهم بان اوقفت بالهمزة لغة شاذة - وفي المسالك والظاهر ان الصيغة بها صحيحة وان كانت غير فصيحة - واختلفوا في حبست وسبلت فقيل انه يصير وقفا من غير توقف على القرينة وقيل لا يكون الامع القرينة والمنتجه كفاية كل ما يدل على المعنى المشار اليه ولو بضميمة القرائن كما في ساير العقود .

جريان المعاطاة في الوقف

الثانية مقتضى ما ذكره من اشتراط الصيغة عدم كفاية المعاطاة - وعن الذكرى والسرائر كفايتها في المسجد لان معظم المساجد في الاسلام على هذه الصورة - والافوى كفاية تلك في جميع الاوقاف لاطلاق الادلة .

وقد استدلل لعدم جريان المعاطاة في الوقف بوجهين (احدهما) ان القول باللزوم فيه مناف لماشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشارع (وفيه) اولاً ان اللزوم لا يتوقف على اللفظ كما حقق في كتاب البيع - وثانياً ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي يجتمع فيها الصحة مع الجواز ولا يشمل ما لا يجتمع فيه معه - وبعبارة اخرى المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجمع معهما فلا يكون مشمولاً له - وثالثاً انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه

دلیل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل الوقف واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل وقف صحيح لازم (واما) الجواب عن ذلك بانه لا مانع من جواز الوقف ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز بل الوقف قبل القبض جائز (فيرده) ان القبض جزء المؤثر قبله لا يكون المؤثر تاما كي يكون لازما او جائزا وقد ورد عنهم عليه السلام (١) ما جعل لله فلا رجعة له فيه وظاهر ذلك ان ما كان لله لا يلائمه الرجوع وهذا غير قابل للتخصيص .

ثانيهما ما عن المحقق النائيني ره وهو يختص ببعض اقسام الوقف - وحاصله ان بعض اقسامه كالوقف الخاص او لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقاله لا يجري فيه المعاطاة (وفيه) اننا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول وهو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفساني لاقل من الافعال التي يفهم الاخرس مقاصده بها - مثلا اذا سأل احد عن من يريد وقف ماله هل توقف هذا المال لمصرف خاص فحرك رأسه قاصدا به انشاء الوقف يكون هذا الفعل بضميمة القرائن الموجودة مصداقا لعنوان الوقف فالأظهر صحة الوقف المعطائي مطلقا وبعضه السيرة القطعية - في مثل الفرش للمساجد فان الذي استقرت سيرة المتشريعة عليه شرائها واعطائها للمسجد من دون اجراء الصيغة وكذا تعمير المساجد الخربة بالنسبة الى الالات المعمولة فيها (ودعوى) انها من قبيل الاباحة بينة الفساد وما عن التذكرة في جعل الحصار للمسجد انه من قبيل تملك المسجد وليس وقفا - وان كان معقولا نظر الى ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا مانع من اعتبارها للمسجد الا انه خلاف المرتكز العرفي فانه لا يخطر ببال احد من اهل العرف هبة المسجد ولم يعهد قبول الناظر لها وقبضه - فالحق كون ذلك كله من قبيل الوقف المعطائي والله العالم .

اشتراط القبول فى الوقف

الثالثة اختلفوا فى اشتراط القبول فى الوقف على اقوال - ١ - ما عن ظاهر الاكثر حيث ذكروا الايجاب ولم يتعرضوا للذكر القبول وهو عدم اشتراط مطلقا - ٢ - ما عن التذكرة وهو الاشتراط مطلقا - ونسب الى الاكثر ايضا من جهة اطباقهم على ان الوقف من العقود - ٣ - التفصيل بين الاوقاف العامة مثل الوقف على الفقراء او الفقهاء او المساجد فالاول - والاوقاف الخاصة وهى ما كان الوقف على جهة معينة كشخص معين او جماعة معينين فالثانى - والى هذا القول ذهب الشهيد فى الدروس ويظهر من المحقق فى الشرايع والشارح فى المسالك الميل الىه كما فى الحقائق .

والاظهر عدم اعتبار القبول مطلقا لاطلاق الأدلة بعد صدق الوقف على فعل الواقف خصوصا على القول بان الوقف فك ملك لاتمليك - واصالة عدم الاشتراط وخلو النصوص الواردة المتضمنة لاوقاف المعصومين (ع) عن ذكر القبول لاحظ - ما تضمن (١) صدقة على بن ابي طالب (ع) بداره التى فى بنى زريق - وخبر (٢) عجلان المتضمن لصدقة صادق الال داره وحديث (٣) صدقة الكاظم (ع) بارض له على اولاده - وغير تلكم من الاخبار وليس فى شىء منها الاشارة الى القبول - اصف الى ذلك سيرة المتشرعة فى الوقف على الجهات فانه لا ترى فى شىء من تلك الموارد قبول الناظر او الحاكم . واستدل لاعتباره بانه عقد فيعتبر فيه القبول كساير العقود - وبان ادخاله فى ملك الغير بغير رضاه بعيد - وباصالة بقاء الملك على ملك مالكة بدونه (ولكن) الاول مصادرة محضة - ويتوجه على الثانى اولا النقص بالطبقات اللاحقة اذ لم يقل احدا باعتبار قبولهم - وثانيا - بانه لو تم الاختصاص بالوقف على شخص معين او اشخاص معينين - وثالثا - قد عرفت ان الوقف فك ملك لاتمليك - ورابعا - انه لا مانع من الالتزام به لودل عليه الدليل وقد عرفت وجوده وكم

١ - ٢ - الوسائل - باب ٦ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣ - ٤

٣ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٤

له من نظير - وعلى الثالث - انه لا مورد للاصل مع وجود الدليل - فلا يظهر عدم اعتباره مطلقا - وعلى فرض التنزل فالمتعين البناء على اعتباره فى الوقف الخاص - اما الوقف العام فلا محل للتريد فى عدم اشتراطه فيه والله العالم .

شرائط الوقف

المطلب الثانى فى الشرائط - وهى اربعة اقسام - القسم الاول شرائط الوقف (وشروطه) خمسة - والمصنف لما كان يرى اعتبار (القبول) فى الوقف جعلها ستة واما جعله من الشروط على تقدير اعتباره - مع - انه جزء العقد فلان حقيقة الوقف انما هو فعل الواقف وبالايجاب يتم الوقف عرفا ولو كان القبول معتبرا فانما هو لكونه من شرائط الصحة وتأثير فعل الواقف فى حصول الاثر .

وكيف كان فاول شروطه (التقريب) كما هو المشهور وعن الحللى والسيد ابن زهرة اجماع الامامية عليه - واستدل له بالاجماع - وباطلاق الصدقة عليه فى الاخبار وهو يعتبر فيها - فى الموثق (١) والصحيح (٢) لاصدقة ولاعتق الاما يريد به وجه الله عز وجل وتوضيح هذا الوجه - ان اطلاق الصدقة على الوقف اما على وجه الحقيقة فيكون الوقف من مصاديقها فيعتبر فيه ما يعتبر فى كل صدقة واما ان يكون على وجه الاستعارة والنشبيه - وهما يقتضيان الشركة فى الاحكام اما جملة او المتبادر منها خاصة ولا ريب ان اشتراط القرية فى صحة الصدقة من اظهر احكامها - وباتباع الائمة وقوفاتهم الماثورة بقولهم ابتغاء وجه الله سبحانه - وبان الاصل عدم صحة الوقف خرج عنه الوقف مع قصد القرية وبقي الفاقدة - وباصالة التعبدية فى التكاليف اذ لا ريب فى انه من المستحبات ومقتضى ذلك الاصل اعتباره فيه .

ولكن يتوجه على الاول - انه لم يثبت كونه تعديدا ولعل مستند المجمعين بعض

ما ذكر - و على الثانى انه لو كانت الاخبار متضمنة لحمل الصدقة على الوقف مثل -
الوقف صدقة كان هذا الوجه تاما - و لكن ليس فى الاخبار الا اطلاق الصدقة
على الوقف و لازم ذلك ان للصدقة معنى عاما يصدق على الوقف و اما ان كل
وقف يصدق عليه الصدقة فلا يستفاد من تلك الاخبار و عليه فمن الممكن كون
النسبة بين العنوانين عموما من وجه - و على الجملة لا اشكال فى انه اذا لم يقصد
القربة بالوقف لا يطلق عليه الصدقة - واما ان ذلك يقتضى بطلانه بنحو يصلح ذلك
لتقييد اطلاق ما دل على صحة الوقف بقول مطلق فلا يستفاد من تلك الاخبار - و على الثالث
انه لا كلام فى صحة نية القربة فيه و ارجحية تلك - واما الكلام فى لزومها - و فعل
المعصومين عليهم السلام اعم من ذلك - و على الرابع ان مقتضى اطلاق ادلة الوقف صحة كل
ما يصدق عليه هذا العنوان و معه لا مورد للاصل المزبور - بل يمكن ان يقال ان الوقف
من الايقاعات العقلية امضاها الشارع الاقدس ولا يعتبر فيما عليه بناء العقلاء قصد القربة
و على الخامس ما حقق فى محله من ان الاصل كون المامورة توصليا حتى يثبت خلافه
- مع - ان للوقف حكيمين - الصحة - والاستحباب و قصد القربة الثابت بالاصل انما هو
فى الحكم الثانى دون الاول - فتحصل - ان الاظهر عدم اعتبار قصد القربة فى الوقف
(نعم) ترتب الثواب عليه موقوف على قصد القربة فانه من آثار التقرب الى الله تعالى
لان آثار الفعل المجرد .

يعتبر فى الوقف الاقباض

(٩) الثانى مما قالوا باشرطه فى الوقف (الاقباض) والظاهر عدم الخلاف
فيه وفى المسالك الاجماع عليه ويشهد به صحيح (١) صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام
عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدوله ان يحدث فى ذلك شيئا فقال عليه السلام ان كان وقفها لولده
ولغيرهم ثم جعل لها فيما لم يكن له ان يرجع فيها وان كانوا صغارا وقد شرط ولايتها

لهم حتى بلغوا في حوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها وان كانوا كبارا ولم يسلمها اليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله ان يرجع فيها لانهم لا يحوزونها وقد بلغوا وخبر (١) محمد بن جعفر الاسدى فيما ورد عليه من جواب مسائله من محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان ارواحنا فداه و اما ما سئلت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار وكلما سلم فلاحيار فيه لصاحبه احتاج اولم يحتاج افتقر اليه او استغنى الى ان قال و اما ما سئلت عنه من امر الرجل الذى يجعل لنا حيتنا ضيعة ويسلمها من قيم يقوم فيها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة فيما عليها انما لا يحوز ذلك لغيره - ومادل (٢) على انه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثا - وسيمر عليك - فلا اشكال فى اصل الحكم .

وتام الكلام فى هذا الشرط فى ضمن فروع - ١ - هل القبض شرط للصحة كما هو المشهور - ام للزوم كما هو ظاهر الغنية والشرائع والمصلحة - ظاهر صحيح صفوان هو الثانى لقوله فله ان يرجع فيها - اى الضيعة - ولو كان شرطاً للصحة لكانت الضيعة باقية على ملكه فلا معنى للرجوع فيها - وخبر الاسدى بلائهم مع كل منهما - وكذا مادل على انه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثا - وعلى هذا فان كان اجماع على كونه شرطاً للصحة - والا فالمتجه كونه شرطاً للزوم وعليه فحكم النماء المتدخل بين العقد والقبض ظاهر .

ثم انه على القول بانه شرط للصحة فهل هو كاشف او ناقل - مقتضى اطلاقات الوقف هو الاول - فانها تقتضى عدم اعتبار القبض وحصول النقل بمجرد اجراء الصيغة والتميقن من مادل على شرطية القبض عدم حصوله مع عدم القبض واما انه على تقديره

فلا يثبت النقل من الأول فلا يدل عليه وقياس الاعتباريات بالشرط الخارجى للموجود الخارجى فى غير محله - فالمتجه كونه كاشفاً .

بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض

٢- اذامات الواقف قبل القبض بطل الوقف بلا خلاف - واستدل له بخبر (١)
عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) فى رجل تصدق على ولد له قد ادر كوا قال اذالم يقمضوا
حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان الوالد
هو الذى بلى امره وقال عليه السلام لا يرجع فى الصدقة اذ تصدق بها ابتغاء وجه الله (واورد)
عليه فى المسالك باحتمال ان يريد بالصدقة معناها الخاص فلا يكون دليلاً قال ويؤيده
قوله فى آخر الحديث وقال لا يرجع... الخ فان هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة
(اقول) الاصحاب وان فهموا من الخبر ان المراد بالصدقة فى صدر الخبر اما الوقف
او الصدقة بالمعنى اعم الشامل له وذيل الخبر لا ينافيه اذ يمكن ان يكون ذلك خبراً
آخر كما يؤيده تكرار لفظ قال - مع ان كون ذلك من خواص الصدقة بالمعنى الاخص
ممنوع بل هو من خواص كل صدقة اريد بها وجه الله كما قيد به فى الخبر (ولكن) كون
الصدقة لها معنيان - المعنى الاخص والمعنى اعم غير ثابت و مجرد الاستعمال اعم
من الحقيقة وليس استعمالها فى غير المعنى الاخص بمقدار استعمالها فيه وفهم الاصحاب
ليس حجة فشمول الخبر لغیر الصدقة بالمعنى الاخص مشكل (اللهم) الا ان يقال ان
الصدقة لها معنى عام كما يظهر من موارد استعمالها واستعمال سائر مشتقات هذه المادة
وان استعمالها فى المعنى الخاص من باب اطلاق اللفظ الموضوع للمعنى العام على
بعض مصاديقه وعليه فمقتضى اطلاق الخبر ثبوت هذا الحكم للوقف - فتأمل - فان
هذا محل نظر بل منع وعلى اى حال الحكم من المسلمات عندهم وكفى به مدركاً .

هذا كله فى موت الواقف - واما اذامات الموقوف عليه قبل القبض فهل يبطل ايضا ام لا بل يصح اذا قبض البطن اللاحق - وجهان (استدل) للاول بان ذلك شان العقد الجائز فضلا عن الذى لم يتم ملكه - وبان - الظاهر ان المعتبر قبض من كان طرفا فى اجراء الصيغة فلا يكفى قبض غيره فانه نظير قبول غير من خوطب بالايجاب - وبانه - لومات الموقوف عليه قبل القبض يكون بمنزلة المعدوم فيكون مثل الوقف على معدوم ثم موجود (ولكن) يتوجه على الاول ما تقدم من ان ذلك ليس شان العقد الجائز وعلى فرضه فهو شان العقد الجائز واسرائه الى العقد اللازم الذى لم يتم اركانه قياس مع الفارق - وعلى الثانى ان الايجاب ليس مختصا بالموجودين بل لجميع الطبقات وعليه فكما انه مع عدم موت الطبقة الاولى يكفى بقبضهم عن قبض ساير الموقوف عليهم - فكذلك مع موتهم يكفى بقبض الطبقة الثانية - ويتوجه على الثالث - ان الوقف انما كان على موجود ثم معدوم وانما لم يكن العقد تاما فقد شرط من شروطه الخارج عن حقيقة الوقف سيما على ما قويناه من كون القبض شرط للزوم لاشراط الصحة - فالظاهر عدم بطلان الوقف .

اشتراط القبض فى الوقف على الجهات العامة

٣ - ظاهر كلمات الاصحاب انه يشترط القبض فى الوقف على الجهات العامة كالوقف على المساجد وما شاكل - وكذا فى الوقف على الفقراء والزوار ونحوهم من الاصناف وكذا فى وقف المسجد والمدرسة والمقبرة - ولكن اخبار القبض مختصة بغير المذكورات فالقول بعدم اعتبار القبض فيها غير بعيد وعلى فرض اعتباره فى الوقف على الاصناف يكفى قبض واحد منهم (قيل) انه لا بد من قبض الحاكم عن الجميع ولا يكفى قبض واحد منهم لان الموقوف عليه الجنس (وفيه) انه لو كان الوقف على الجميع بنحو العموم بحيث لزم التقسيم على الجميع صح ما افيدوه وفى الحقيقة منحل الى اوقاف عديدة - واما الوقف على الجنس كما لو وقف دار على العلماء فيكفى قبض

واحد منهم كما ذكره فى وقف المسجد انه يكفى صلاة واحدة فيه وفى وقف المقبرة يكفى دفن واحد فيها . واما فى الوقف على الجهات فلا بد من قبض الحاكم الشرعى او الماذون من قبله وفى جميع هذه الموارد لو جعل الواقف تولية الوقف لشخص وجعله قيما يكفى قبضه كما يشهد به صحيح صفوان المتقدم . ان كان اوقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له ان يرجع . والتوقيع الشريف . ويسلمها من قيم يقوم فيها . وبذلك يظهر ان ما ذكره جماعة من انه يجوز للواقف فى الوقف على الاصناف ان ينصب قيما لخصوص القبض ولو بعد الوقف . وانه يكفى ح قبضه خصوصاً مع فقد الحاكم مستنداً الى الخبرين فى غير محله وقوله فإنه ثم جعل لا يدل على التراخي وان نصب القيم يكون بعد الوقف والله العالم .

٤- المشهور اعتبار كون القبض فيما يعتبر فيه ذلك ان يكون باذن الواقف . والمستند فى ذلك ان المعتبر هو الاقباض ويشهد به قوله (ع) فى التوقيع الشريف المتقدم فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار الظاهر فى ان المناطق تسليم الواقف وقوله (ع) فى صحيح صفوان وان كانوا كبارا لم يسلمها اليهم الخ ولا يعارضهما قوله فى الصحيح ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه . بدعى ان ظاهره جواز المخاصمة مع الواقف للقبض . فان الظاهر منه بقرينة التندية بعن هو المخاصمة معه فى الاقباض فما افاد ومن اعتبار الاذن والاقباض هو الاظهر .

٥- اذا وقف الاب على اولاده الاصاغر لم يحتج الى قبض جديد لالعدم اعتبار القبض اصلاً لانصراف ادلته عنه . فانه يردده ما فى صحيح صفوان المتقدم وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن . الخ بل لان قبضه ولاية عليهم قبض لهم . لعموم ادلة الولاية لصحيح صفوان المتقدم . وصحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) فى الرجل يتصدق على ولده وقدار كوا اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من

لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي بلى امره - ونحوه خبر (١) على بن جعفر - و هما بعموم العلة يدلان على المقام - وان قلنا بشمول الصدقة للوقف فالامر او ضح .

وعلى هذا فهل يعتبر قصد كونه عن المولى عليه ام لا وجهان لا يبعد دعوى عدم اعتباره كما عن جماعة لاطلاق الاخبار - بل عن كاشف الغطاء ولو نوي الخلاف فالاقوى الجواز - ولا بأس به جمودا على الاطلاق .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه انه لو وقف اجنبى على الصغير (يتولى الولي القبض عن الطفل ٩) ايضا ظهر مما قدمناه في الفروع السابقة - ان (للنظر في المصالح القبض عنها).

عدم اعتبار التنجيز في الوقف

(٩) الثالث من شرائط الوقف (التنجيز) عند المشهور فلو قال وقفت اذا جاء رأس الشهر او ان قدم زيد لم يصح - و فى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه - و فى المسالك اشتراط تنجيزه موضع و فاق - ولا دليل بالخصوص لاعتباره فى الوقف وانما ذكر و افى وجه الاعتبار ما ذكره وجه لاعتباره فى مطلق العقود - وقدمر الكلام فى ذلك فى كتاب البيع وغيره من الكتب المتقدمة و عرفت عدم تمامية شىء من ما ذكر - وانه لا دليل له سوى الاجماع وعلى ذلك فحيث افاد صاحب الحقائق فى المقام وهذا الشرط لم افق عليه فى جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط وكتاب السرائر لابن ادريس وكذا المقنعة للشيخ المفيد ره فانه لم يتعرض احد منهم لذكره فى الكتب المذكورة انتهى - فالقول بعدم الاعتبار قوى لعدم الاجماع - سيما فى التعليق على الصفة التى لا بد من وقوعها - و اما التعليق على وصف موجود او شرط متحقق - فلا اشكال فى صحته كما مر تفصيل القول

في ذلك .

عدم اعتبار الدوام في الوقف

(٩) الرابع من شروط الوقف (الدوام) بمعنى عدم توقيته بمدة كعشر سنين على المشهور وفي الجواهر بل الاجماع محصله و محكيه في الغنية عن الخلاف والسرائر عليه .

واستدل له بالاجماع - وبأن - التابيد معتبر في مفهومه ولذا قالوا ان لفظ وقفت صريح في الوقف بخلاف ساير الالفاظ فانها بضميمة القرائن - وبالنصوص المشتملة على اوقاف الائمه عليهم السلام فانها مشتملة على التابيد لاحظ خبر (١) ربيع بن عبد الله عن ابي عبد الله (ع) في صورة وقف امير المؤمنين (ع) بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على ابن ابي طالب (ع) وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عاشن وعاش عقبن فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين الحديث ونحوه خبر (٢) عجلان ابي صالح في صورة وقف الامام الصادق (ع) وخبر (٣) عبد الرحمان المتضمن لوقف الكاظم (ع) وفيه تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء - الى ان قال صدقة حسبنا بتابنا لامشوية فيها ولا رد ابد ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه الحديث وتقريب الاستدلال بها ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها - ويبعد كونه شرطا خارجا عن النوع ما خوذ في الشخص مع ان سياق الاشتراط يقتضي تاخره عن ركن العقد اعني الموقوف عليهم - وبالاصل - فان المتعين من دليل مشروعية الوقف صورة التابيد وفي غير هاء يرجع الى اصالة الفساد .

ولكن يتوجه على الاول عدم ثبوت كونه تعديدا - وعلى الثاني ان التابيد غير

١ - ٢ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣ - ٤

٣ - الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - حديث ٥

معتبر فى مفهوم الوقف الذى اتفق النص و الفهم العرفى و كلمات الاصحاب على انه تجبىس الاصل و تسبيل المنفعة كامر - مضافا الى اطلاق الوقف على المنقطع فى الاخبار كما سياتى - ويتوجه على الثالث منع كون الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الوقف - نعم - دعوى عدم كونه شرطا خارجيا عن الوقف ماخوذا فى الشخص قريبة - ولكن المدعى ان للوقف صنفين احدهما الدائم والاخر المنقطع - كالنكاح الدائم والمنقطع - ففى الدائم ليس هناك وقف و قيد دوام بل المنشأ والمتحقق شىء واحد وهو الوقف دائما وابدا - والنصوص المتقدمة لاتنفى ذلك - وعلى الرابع ان اطلاق ادلة الوقف نظير قوله ﷺ (١) الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله تعالى يدل على صحة الوقف المنقطع .

و يشهد لها مضافا الى ذلك صحيح (٢) على بن مهزيار قلت له روى بعض مواليك عن ابائك عليهم السلام ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة و كل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة وانت اعلم بقول ابائك عليهم السلام فكتب ﷺ هكذا هو عندى فانه ظاهر فى صحة الوقف المنقطع والاصحاب لما كان بنائهم على اشتراط التابيد حملوه على صحته حبسا (و الشيخ) قدس سره حمل الوقف فيه على الموقوف عليه دون المدة - استنادا الى صحيح (٣) الصغار كتبت الى ابي محمد ﷺ اسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو وقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة واذا كان موقتا فهو صحيح ممضى وقال قوم ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها الى ان قال والذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدافما الذى يصح من ذلك وما الذى يبطل فوقع ﷺ الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها انشاء الله (وفيه) اولان هما خبران لا ربط لاحدهما بالاخر فلا وجه لجعل احدهما

قرينة على الآخر فتأمل - وثانيا انه ليس فى الثانى سوى تفسير قوم الموقت بالموقف عليه والسائل لم يسئل عن ذلك حتى يكون عدم جوابه تقرير الهم - بل سئل عن ما يصح من ذلك وما لا يصح واجاب رحمته بان الوقف صحيح على حسب ما يوقف - وعليه فهو ايضا يدل على صحة الموقت (فما) اختاره جماعة ومال اليه اخرون كالشهيد الثانى ره وصاحب المفاتيح وسيد العروة وغيرهم من عدم اشتراط التابيد هو الاصح.

الوقف على النفس

(٩) الشرط الخامس (اخر اوجه عن نفسه) بمعنى ان يكون الوقف على غيره فلو وقف على نفسه بطل وهذا مما لا خلاف فيه بين اصحابنا كما فى المسالك والحدائق وعن التذكرة نسبتة الى علمائنا وعن السرائر الاجماع عليه - وهو الحجة فيه - والا فقيما ذكروه وجهاله نظر بل منع .

لانهم قد استدلوا له - تارة - بعدم تعقل الوقف على النفس لاقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصة او مع العين الى الموقوف عليه ولا معنى لنقل ملكه الى نفسه - واخرى - بفحوى النصوص الاتية الدالة على عدم صحة اشتراط العود اليه عند الحاجة - وثالثة - بخبر (١) طاحه بن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رجلا تصدق بدار له وهو ساكن فيها فقال عليه السلام الحين اخرج منها - ورابعة - بمكاتبة (٢) على بن سليمان الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لى ولدولى ضباع ورثتها عن ابي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فان لم يكن لى ولد وحدث لى حدث فماترى جعلت فداك - لى ان اقف بعضها على فقراء اخوانى والمستضعفين او ابيعها و اتصدق بثمانها عليهم فى حياتى فانى اتحوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتى فان وقفنها ففى حياتى فلى ان آكل منها ايام حياتى ام لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك فى امر ضباعك فليس لك ان تاكل منها من الصدقة فان انت اكلت منها لم تنفذ ان كان لك ورثة فبيع و تصدق ببعض

ثمناها في حياتك وان تصدقت امسكت لنفسك ما بقوتك مثل ما صنع امير المؤمنين عليه السلام وفي الكل نظر - اما الاول فلانه لو سلم كون الوقف نقلا للمنفعة الى الموقوف عليه مع انه محل تامل انه يمكن تصحيحه في الوقف على النفس بان مقتضى الوقف حيث يكون إيقاف العين وحبسها ولازم ذلك في نفسه حبس المنفعة ايضا اذ بعد ما تخرج العين عن ملك الواقف لا تكون المنفعة له - فكما له ان يملكها بغيره كك له ان يبقها لنفسه - وبعبارة اخرى لم يؤخذ في حقيقة الوقف التملك بالغير كي يكون ابقاء المالك المنفعة في ملكه منافيا له - وعليه فلا مانع من هذه الجهة في ان يوقف العين ويحبسها ويجعل منفعتها لنفسه ولا يكون ذلك خارجا عن حقيقة الوقف - واما الجواب عن ذلك كما في ملحقات العروة بانه لا مانع من تبديل ملكية بملكية اخرى عليه بنحو آخر - فلم افهم مراده قده - واما الثاني فلمنع الاولوية مع انه سيأتي عدم دلالتها على ما استدل بهاله - واما الثالث فلانه ظاهر في لزوم الخروج عن البيت بعد ان وقفه على الغير ولا يدل على عدم جواز الوقف على النفس - واما الرابع فلانه لو لم يدل على جواز الوقف على النفس من جهة قوله (ع) وان تصدقت امسكت لنفسك ما بقوتك بدعوى ظهوره في انه اذا وقف واراد ان ياكل منه مدة حياته فليجعل في ضمن اجراء الصيغة شيئا منه ليقوت به - لا يدل على المنع فانه يدل على انه لو وقف على الفقراء لا يجوز له ان ياكل مادام حياته ولا يدل على عدم جواز جعل شيء من الوقف على نفسه - فالمتحصل انه لا دليل على المنع عن الوقف على النفس سوى الاجماع .

ثم انه على القول ببطلان الوقف على نفسه - لو وقف على نفسه ثم على غيره بطل بالنسبة الى نفسه وكان من الوقف المنقطع الاول - ولو وقف على غيره ثم على نفسه كان من الوقف المنقطع الاخر ولو وقف على غيره ثم على نفسه ثم على غيره كان منقطع الوسط وسياتي حكم هذه الصور بالنسبة الى غيره -

حكم مالو شرط الواقف شرطاً لنفسه

ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام انما يكون بالبحث فى فروع ١- لو وقف على غيره و شرط اداء ديونه او ادرار مؤونته ففيه اقوال - بطلان الشرط والوقف ذهب اليه المشهور سواء شرط اداء دين معين او اطلاق الدين و سواء شرط ادرار مؤونته الى آخر العمر او الى مدة معينة وسواء عين مقدار المؤونة او لم يعينه - صحة الوقف و بطلان الشرط - صحتهما معا - وجه الاول - كونه شرطاً مخالفاً لمقتضى الوقف اذ مقتضاه خروجه عن العين والمنفعة - ووجه الثانى انه غير مناف لمقتضى الوقف غاية كونه غير جائز و فاسداً والشرط الفاسد لا يفسد .

والحق ان يقال - انه تارة يشترط على الموقوف عليه ان يؤدى دينه او يدر مؤونته من ماله ولو من غير منافع الوقف فلا اشكال فى صحة الوقف والشرط ان اجتمعت سائر شرائط صحة الشرط - اذ لم يجعل المنفعة لنفسه - واخرى يشترط عليه اداء دينه مثلاً من منفعة الوقف لكن بعد تملكه اياها - وهذا ايضا خال عن الاشكال ويكون الوقف والشرط صحيحين - وثالثة يشترط استثناء مقدار ديونه من منفعة الوقف - وهذا ايضا خال عن الاشكال والفتاوى متفقة على صحة ذلك - ورابعة يجعل الوقف على نفسه بمقدار دينه مثلاً وعلى غيره وهذا واجب لبطلان الوقف بالنسبة الى نفسه ولكن لا وجه لبطلانه بالنسبة الى غيره فيما يخصه وهو الزايد عن مقدار دينه فيصح وقفه له ويبقى بمقدار دينه فى ملكه وله ان يفعل به ما شاء - فالمتحصل عدم البطلان فى شيء من الموارد .

وبذلك يظهر حكم مالو شرط نفقة زوجته الدائمة واما لو شرط نفقة اولاده او غيرهم من اقربائه او نفقة زوجته الانقطاعية - فلا موجب للاشكال اصلاً .

٢- لا كلام فى انه يجوز ان يجعل مقدارا من المنافع لحق التولية وح فان جعل التولية لنفسه جازله اخذ ذلك المقدار - اذ ليس ذلك من الوقف على النفس لعدم كون المتولى موقوفاً عليه بل انما ياخذ مقدارا من المال بسااء تصديه لذلك وتعبه

فى حفظ الوقف واصلاحه وصرف منافعه فى مصارفه ومن الجائز جعله من قبيل استثناء هذا المقدار من المنافع - وما عن المحقق القمى ره من ان ذلك من قبيل الوقف على نفسه فلا يجوز فى غير محله .

فى بيان صور امكان انتفاع الواقف

٣- اذ وقف الواقف على صنف من الاصناف كالعلماء او الفقهاء او الزوار وما شا كل و كان منهم فان كان المراد التوزيع عليهم - فهو بالنسبة الى نفسه من قبيل الوقف على النفس فلا يجوز وان كان المراد بنحو بيان المصروف كما هو الغالب المتعارف - فقيه اقوال - منها - جواز انتفاعه مطلقا ذهب اليه المشهور - ومنها - عدم الجواز مطلقا ذهب اليه الحلوى والمصنف ره فى بعض كتبه - ومنها - جوازه الامع قصد خروجه ومنها - جوازه مع الاطلاق لامع قصد الدخول او الخروج .

والحق ان يقال ان ما دل على بطلان الوقف على النفس لا يشمل المقام سيما على المختار من انحصار المدرك فى الاجماع لان الموقوف عليه عنوان العالم او الفقير او الزائر والملحوظ جهة العلم او الفقر او الزيادة ولا نظر فيه الى الاشخاص وعليه فالوقف صحيح ولدخوله تحت ذلك العنوان له ان ينتفع بمنافعه - ولا يقاس ذلك بالخمس اذا كان من عليه الخمس مورداله - حيث لا يجوز ان ياخذ فانه لا يجوز الاخذ فى ذلك الباب من جهة انه يجب فيه الاعطاء ولا يصدق ذلك باكل نفسه وهذا بخلاف المقام ولا يضر فيه قصد الدخول - نعم - لو قصد خروج نفسه لم يجز له الانتفاع به فان الموقوف عليه هو غيره لتقييد العنوان الموقوف عليه بذلك .

وكذا يجوز له الانتفاع بالوقف لو وقف على امام مسجد او على الاعلم فى بلده و كان هو الامام فى ذلك المسجد او الاعلم فى ذلك البلد سيما اذا لم يكن حين الوقف ثم صار اماما - او اعلم - فان المتيقن من معقد الاجماع الوقف على الشخص - واما الوقف على العنوان وان كان منطبقا عليه فغير مشمول له ولا يظهر هو الجواز .

واولى من جميع ذلك الاوقاف العامة على الجهات العامة كالمساجد والقناطر والخانات للزوار والمدارس لاهل العلم وما شاكل فانه لاشكال بل ولا خلاف فى جواز انتفاع الواقف بها ايضا - فان الموقوف عليه هى الجهة دون نفسه - اصف اليه ان عليه السيرة المستمرة الكاشفة عن رأى المعصوم (ع) .

شرط عود الوقف ملكا

٤- المشهور صحة الوقف (٩) الشرط (لو) وقف (شرط عود) اليه عند حاجته وعن المرتضى الاجماع عليه وذم جماعة الى بطلان الوقف منهم الحللى مدعىا عليه الاجماع - وفي المتن (صار حبسا) - والاول اظهر اما على المختار من صحة الوقف المنقطع الاخر فواضح - اما على القول ببطلانه فلان هذا النحو من الوقف مرجعه الى الوقف مادام كونه غنيا فيكون نظير الوقف على من ينقرض غالبا - ووقفا الى غاية محتملة الحصول - الذى اتفقوا على صحته كما ياتى - وبعبارة اخرى - ان الذى قالوا ببطلانه هو الوقف المقيد بزمان - واما الوقف المغيا بوصف من اوصاف الموقوف عليه ككونه عادلا - او مادام فقيرا - او المغيا بوصف من اوصاف الواقف محتمل الحصول او الوقف على من ينقرض غالبا - فلا دليل على بطلانه - ومقتضى قوله عليه السلام (١) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها - صحة جميع تلكم ولا اجماع على البطلان فيصح .

واستدل للبطلان (بان) الشرط المذكور متناف لمقتضى الوقف الذى هو البقاء ابدا (وبانه) يرجع الى الوقف على النفس (وبانه) يوجب التعليق فانه حلقه على عدم الحاجة (وبانه) ينافيه ما دل على عدم حواز الرجوع فى الصدقة (وبانه) يرجع الى شرط الخيار ولا يجرى فى الوقف خيار الشرط ولا خيار الاشتراط - وبخبر (٢) اسماعيل بن

١- الوسائل - باب ٢- من ابواب الوقوف والصدقات

٢- الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣

الفضل عن ابي عبد الله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا او يمضى صدقة قال (ع) يرجع ميراثا على اهله - وفي نقل آخر وقال ان احتجت الى شيء من مالى او من غلته فانا احق به اله ذلك وقد جعله لله وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل ايرجع ميراثا الى اخره وخبره (١) الاخر عنه (ع) من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث - بتقريب ان حكمه (ع) بالرجوع الى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها وعن رجوعه ميراثا وعدمه اذا شرط هذا الشرط في الخبر الاول - و بالرجوع اليه في الخبر الثانى بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه .

ولكن الاول يتوجه عليه ما مر من عدم اقتضاء الوقف من حيث هو للتأييد - ويتوجه على الثانى ان معنى الشرط ومقتضاه عود الوقف ملكا لا الانتفاع به وهو وقف - وعلى الثالث انه يكون تعليقا لارتفاع الوقف لالحدوثه - وعلى الرابع انه تحديد لمقدار بقائه صدقة - اضيف اليه ان الوقف بغير قصد القرية لا يكون صدقة فهو اخص من المدعى الان يتم بعدم القول بالفصل - وعلى الخامس انه لا يجعل الخيار لنفسه بل يجعل غاية للوقف وبينهما فرق واضح .

واما الخبران فرما يستدل بهما على الصحة بدعوى ان المراد بهما انه اذا شرط ذلك ثم حصلت الحاجة وعاد اليه ثم مات يرجع ميراثا ولا يبقى وقفا - قيل ويؤيده التعبير بالرجوع فانه ظاهر في انه قبل ذلك كان وقفا والا فعلى البطلان يكون باقيا في ملكه ولا معنى ح للرجوع وهذا وان كان ايضا غير تام الا انه بوجوب اجمال الخبرين فلا يصح الاستدلال بهما فلا يظهر صحة الوقف والشرط .

واما القول بصحته حبسا كما في المتن فلا وجه له سوى اعتبار الدوام في الوقف -

اذح لا يمكن وقوعه وفقاً وإنما يقع حبساً من جهة أن قصد هذا المعنى قصد لتحقيق الحبس ولا يضر اعتقاد كونه وفقاً بعد انشاء ما هو حبس حقيقة - فان قيل ان مقتضى الوقف خروج المال عن ملك الواقف - ومقتضى الحبس بقاءه في ملكه - فهما متباينان فكيف يحكم بتحقيق احدهما مع قصد تحقيق الآخر - قلنا ان الخروج عن الملك في الوقف وعدم خروجه في الحبس لا يكونان داخلين في مفهوميهما بل هما من آثار التأييد وعدمه كما سيمر عليك - ولكنه مردود بما مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف سيما بنحو يوجب بطلان هذا الوقف .

ثم انه على المختار من كونه وفقاً لاشكال في انه اذا لم تحصل الغاية ولم يرجع المال اليه يبقى على وقفته ولا يرجع بالموت ميراثاً - وكذا على القول بصحته حبساً ولكن المحكى عن المحقق القمي ره انه بعد اختياره كونه حبساً قال انه يرجع بالموت الى الورثة وان لم يتحقق الحاجة واسنده الى جماعة من العلماء - ولعل نظره الشريف الى ان الحبس حيث لا يكون مستلزماً للخروج عن ملك الحابس فموته ينتقل اصل المال الى الورثة حسب سائر امواله وحيث ان مناقعه والتسلط على المال من حين الموت للورثة فحبس المورث وتمليكه المنفعة من ذلك الزمان تصرف في ملك الغير فيكون باطلاً - او يكون الى اطلاق الخبرين - ولكن الاول مندفع بما مر في كتاب الاجارة - من ان المالك يملك العين ومنفعتيها المرسله اللاموقنة بحال حياته فله تمليكها - واما الخبر ان فقد مرانها مجملين - فالأظهر عدم عوده ميراثاً مع عدم تحقق الحاجة .

الوقف على من ينقرض غالباً

٥- (ولو جعله الى امد او لمن ينقرض غالباً) صح الوقف وقفاً في الموردين اما الاول فلما مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف - واما الثاني فلانه لو سلم البطلان في الاول لامجال للبناء عليه فيه اذ لا جماع المدعى على بطلان الوقف المنقطع انما هو في الموقت الى مدة فلا يشمل المقام - اصف اليه ان الصحيحين المتقدمين في

مسألة شرطية الدوام دالان عليه - اما على ما ذكرناه في تقريب الاستدلال بهما على المختار فبالاطلاق - واما على القول الآخر فبالظهور (ثم ان) المصنف ره استدلال على صحته وفقا في محكي المختلف بان الوقف نوع تمليك وصدقة - فينتج اختيار المالك في التخصيص وغيره - وبان تمليك الآخر ليس شرطافي تمليك الاول والالزم تقدم المعلوم على علته وبالمخير (١) الوارد في وصية فاطمة (ع) حيث جعلت امر صدقاتها الى اولادها مع احتمال الانقراض - ويرد الآخر انه لعلها كانت عالمة بعدم الانقراض مع انه ليس في الخبر كونه وقابل ظاهره الوصية وما قبله بان من يدعى بطلانه وقفا انما يقول به من جهة كون الدوام شرطا ولا يلزم من ذلك كون تمليك الآخر شرطا بل اللازم بيان المصروف الآخر ايتحقق الدوام - وبه يظهر ما في الاول - فالصحيح ما ذكرناه (ثم انه) على القول بطلانه وقفا يصح حبسا لئلا يضر من انه لا حقيقة له سوى ايقاف العين في مدة معينة .

ثم انه على تقدير كون الوقف على من ينقرض او الى امد حبسا - لا اشكال في انه بعد الانقراض و انتهاء الامد (رجع الى ورثة الواقف) او نفسه - لانه لم يخرج من الاول عن ملكه و يتعين رجوعه الى ورثة الواقف حين موته - و اما على القول بصحته وقفا - فان قلنا بانه لا يخرج العين عن ملك الواقف فالحكم واضح فانها ملك للواقف فان مات تنتقل الى ورثته - وان قلنا بخروجها عن ملكه فحيث ان الانقراض اخراج الى مدة او غاية وليس اخراجا دائما فبعد مضي المدة و حصول الغاية ترجع الى الواقف فان كان حيا والافتتقل منه الى ورثته - ثم هل المدار على ورثة الواقف حين موته او ورثته حين الانقراض قولان اقواهما الاول - اما اذا قلنا بعدم خروج المال عن ملكه بالوقف فواضح - واما على القول بخروجها عن ملكه فلانه انما يخرج في مدة محدودة واقما علم بها ام لم يعلم فهو في تلك المدة مالك للعين من بعد تلك المدة بالملكية نظير الوجوب المعلق فعند موته ينتقل تلك الى ورثته (وعلى

هذا (لو وقف على ولديه وبعد موته مات احد الولدين عن ولد قبل الانقراض - يشترك مع الولد الباقي ابن اخيه لتلقيه من ابيه .

شروط الموقوف

القسم الثانى شروط الموقوف (د) هى امور - احدها (ان يكون عينا) فلا يصح وقف المنفعة - كان استاجر دارا عشرين سنة واراد ان يجعل منفعتها و هى قابليتها لان يسكن فيها وقفا مع بقاء العين على ملك مالكيها طلقا - ولا وقف الدين كما اذا كان له على الغير عشر شاة مثلا لا يصح ان يجعلها وقفا قبل قبضها من ذلك الغير - وكذا لا يصح وقف الكلى فى الذمة اى ذمة الواقف نفسه بلا خلاف فى شىء من تلكم وعن الغنية الاجماع فى الاولين - وفى الجواهر دعوى انفاق الاصحاب على الجميع ظاهرا - ولا وقف المبهم وعن الغنية الاجماع عليه ايضا فالكلام فى مواضع .

١ - فى وقف المنفعة والظاهر تمامية ما افادوه من عدم صحة وقفها لان الوقف كما عرفت عبارة عن تحبىس الاصل و اطلاق المنفعة - وهذا لا يتصور فى المنفعة فان الانتفاع بها انما يكون باتلافها فلا يتصور فيها تحبىس الاصل اذا لاصل ح هى المنفعة .

٢ - فى وقف الدين كما لو كان له دين على غيره فاراد وقفه (فاستدل) لعدم صحة وقفه بالاصل و اختصاص الادلة كتابا وسنة بغيره بحكم الصراحة فى بعض و التبادر فى آخر والشك فى دخوله فى الوقف - وبان - الوقف يقتضى اصلا يحتبس و ذلك يقتضى امرا خارجيا يحكم عليه بالتحبىس والدين فى الذمة امر كلى لا وجود له فى الخارج فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم - و بان - المهمة الكلية لما لم يكن لها وجود فى الخارج لم يكن الموقوف وجودا حال العقد فكان فى معنى وقف المعدوم وان وجد بعد ذلك (ولكن) الاصل لامورد له مع وجود الاطلاق و اختصاص الادلة جميعها بغيره ممنوع جدا بل بعض الاخبار مطلق شامل له ايضا و الوقف و ان كان

يقضى اصلا يحتبس لكن كما يكون الكلى فى الذمة مملوكا للغير و مالا و يقع عليه البيع - كك يصح وقوع الوقف عليه فكما يملك ما فى الذمة للغير كك يحتبس عليه (ودعوى) انه يعتبر فى الوقف الاقباض والكلى غير قابل لذلك (مندفعة) اولا بانه لو وقف على صنف يكون من عليه الدين واحدا منهم يكون ذلك قبضا للكلى بكتيته كما فى هبته - وثانيا - انه حيث يكون وجود الفرد عين وجود الكلى فيكتفى بقبض فرد منه فانه قبض للكلى - والى هذا نظر الشهيد ره حيث قال فى بيع السلم قبل القبض على غير من هو عليه من ان العقد اذا كان متعلقه ماهية كلية ثم عينت فى عين شخصية انصب العقد عليها وكانت كأنها المعقود عليها ابتداء - و المهية الكلية غير المتصفة بنحو من انحاء التحقق لا يصح وقفها قطعا ولكن الكلام فى الكلى المتحقق فى الذمة الذى يعرضه الملكية ويقع عليه البيع و مشاكل و هو ليس كالمعدوم المطلق كى لا يصح وقفه - فاذا لادليل على بطلان وقف الكلى فى الذمة - سوى الاجماع - نعم لا يصح وقف ما فى ذمة الواقف بان يراد اثبات الموقوف فى ذمته بنفس الوقف وهو واضح .

٣- فى وقف المبهم والمراد به ان كان هو المردد غير المعين واقعا فعدم صحة وقفه واضح فانه لا تحقق للمردد - و ان كان هو المعين فى الواقع المجهول عند الواقف فيشهد لعدم صحة وقفه ما دل (١) على نفى الفرز بناء على عدم اختصاصه بالبيع وبشموله لكل عقد وايقاع - وان كان الجهل به غير مستلزم للفرز كما لو وقف احدى الدارين المتساويتين من جميع الجهات فلا دليل على بطلان وقفه سوى اجماع الغنية وهو كما ترى ، وبما ذكرناه يظهر حكم وقف احدى الدارين مثلا بنحو التخيير - بان يكون زمام تعيينه بيد الواقف او بالفرقة - كما ظهر انه لا اشكال فى وقف الكلى فى المعين كوقف مائة ذراع مثلا من القطعة المعينة من ارض - كعدم الاشكال فى صحة بيعه والاجماع على بطلان وقف الكلى غير شامل له .

ثم انه كما يصح وقف العين المعينة الخارجية ككك يصح وقف المشاع والظاهر انه لا خلاف فى صحته والاخبار الدالة على جواز التصديق بالمشاع الشامل للوقف شاهدة به مضافا الى العمومات والمطلقات .

(٩) الشرط الثانى ان تكون العين الموقوفة (مملوكة) فلا يصح وقف ما لا يملكه المسلم كالخنزير سواء وقفه على المسلم او الكافر - وكذا لا يصح وقف الحر وما شاكل وهذا واضح .

انما الكلام فى وقف ما لا يملكه الوافف فعلا وان كان مملوكا لغيره ، فذهب جماعة منهم المحقق فى الشرايع والمصنف رده فى الارشاد والقواعد والتحرير والشهيد الثانى فى المسالك على ما حكى الى الصحة لانه عقد صادر من اهله صحيح العبارة واقع فى محله قابل للنقل وقد اجازه المالك فيصح كغيره من العقود - وعن جماعة القول بالبطلان او الميل اليه منهم المصنف رده فى بعض كتبه والشهيد الثانى فى الروضة وفخر الاسلام وقواه سيد الرياض .

واستدل له بان عبارة الفضولى لا اثر لها وتأثير الاجازة فيما عدم محل النص المختص بالبيع والنكاح غير معلوم - وبان - الوقف فك ملك فى كثير من موارد ولا اثر لعبارة الغير فيه - وبانه - يعتبر فى الوقف القرية وهى بملك الغير غير حاصلة ونية المجيز لها حين الاجازة غير نافعة اما لاشتراط المقارنة بالصيغة وهى فى الفرض مفقودة اولان تأثير نيته لها بعدها وافادتها فى الصحة غير معلومة فالاصل بقاء الملكية الى ان يعلم الناقل وهو بما قرر غير معلوم (ولكن) يتوجه على الاول ما تقدم فى كتاب البيع من كون صحة المعاملة الفضولية انما تكون على القاعدة للنص الخاص وهى شاملة للوقف ايضا - وعلى الثانى ان العقد الصادر من الفضولى اذا اجازه المالك يستند اليه ويكون كالعقد الصادر عنه بلا فرق فى ذلك بين كون اثره الملكية او فك الملك او الزوجية او غيرها - وعلى الثالث اولا النقص بوقف الوكيل وثانيا بالحل وهو مامر من عدم اعتبار القرية فيه وعلى فرض اعتبارها يكفى نية القرية حين الاجازة التى بها يستند

الوقف الى الواقف ولادليل على اشتراط مقارنتها للصيغة - فلا يظهر صحته .
 الشرط الرابع ان يمكن ان ينتفع بها مع بقائها وان كانت مشاعة (فلا يصح وقف
 الاطعمة والفواكه ونحوها مما يكون الانتفاع به اتلافا له - لان الوقف عبارة عن تحبيس
 الاصل - قالوا ولا يعتبر في الانتفاع به كونه في الحال فيصح وقف مالا منفعة فيه الا بعد
 مدة كما يجوز بيعه - وهل يعتبر طول زمان المنفعة فلا يصح وقف ورد اوربحان - ام
 لا يعتبر قولان - الاكثر على الاول وهو الاظهر لاطلاق الادلة ولا ينافي ذلك اعتبار التابيد على
 القول به لان المراد به مدة عمر الشيء كما هو واضح - وذكر وافي عداد شرائطها امكان
 اقباضه - ولكن اشتراط اقباض في الوقف كما مر يغني عن ذلك .

شرائط الواقف

القسم الثالث شرائط الواقف - (٥) جمعها المصنفه في قوله (جواز تصرف
 الواقف) فلا يجوز وقف الصبي والمجنون والمكره والمفلس والسفيه بخلاف في
 شيء من تلكم بل عليها الاجماع في محكي الغنية ويشهد بها ادلة الحجر المتقدمة في بابه
 - نعم - في خصوص وقف الصبي البالغ عشرين سنين خلاف بين الاصحاب فبين - من صححه
 كالطوسي والمفيد والاسكافي والنقي وغيرهم - ومن افسده كسلار والحلي والمحقق
 والمصنف والشهيد وفي الرضا ولعله عليه كافة المتأخرين وربما يستفاد من الغنية
 الاجماع عليه انتهى - مستند البطلان ادلة الحجر - واستدل للصحة بالنصوص الواردة في
 جواز صدقته بناء على ان المراد بها ما يشمل الوقف لاحظ صحيح (١) زارة عن ابي
 جعفر (ع) اذا اتى على الغلام عشرين سنين فانه يجوز له ما في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى
 على حد معروف وحق فهو جائز - وموثق (٢) جميل بن دراج عن احدهما (ع) يجوز
 طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم - وموثق (٣) الحلبي ومحمد بن

١- الوسائل - باب ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث ٤

٢- ٣- الوسائل - باب ١٥ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢- ٣

مسلم عن ابي عبدالله (ع) عن صدقة الغلام مالم يحتلم قال (ع) نعم اذا وضعها في موضع الصدقة ونحوها غيرها - والايراد عليها بمخالفتها للقواعد والاحتياط والاصل كما ترى - ولكن يرد على الاستدلال بها ان كون المراد بالصدقة المعنى الاعم غير ظاهر والمتيقن منها الصدقة بالمعنى الاحض فالظاهر عدم صحة وقفه - نعم - اذا وصى بالوقف صح عنه وقف الصبى - لكنه خارج عن محل الكلام .

حكم الوقف على من سبوجد

القسم الرابع شرائط الموقوف عليه (و) هي امور - احدها (وجود الموقوف عليه) فلا يصح الوقف على المعدوم كما لو وقف على ابن زيد بتخييل ان له ابنا قتيبن عدمه - والمشهور عدم جواز الوقف على من سبوجد - بل ظاهرهم الاجماع على عدم جوازه .

وعلوه بان الملكية صفة وجودية تستدعى محلا موجودا .

واورد عليه في ملحقات العروة - اولاً - بالنقض بما اذا كان تبعا لموجود فانهم يجوزونه كما اذا وقف على اولاده الموجودين ومن سبوجد منهم وكما في سائر البطون اللاحقة - وثانياً - بانه لا فرق في عدم المعقولية بين كون المالك معدوما او المملوك مع انهم يجوزون تملك الكلى في الذمة ويجوزون تملك المنافع وليست موجودة بل تستوفي شيئا قشيثا - ويجوزون الوصية بما تحمله الجارية والداية - وثالثا - انه لا اشكال في جواز الوقف على الحجاج والزوار مع عدم وجود زائر او حاج حين الوقف وكذا الوقف على طلاب مدرسة معينة مع عدم وجودهم فيها حاله - وكذا الوقف على امام مسجد مع عدم امامه بالفعل والوقف على فقراء قرية مع عدم وجود فقير فيها فعلا وهكذا - ورابعاً - ان الوقف ليس تملكاً - وخامساً - ان الملكية من الامور الاعتبارية فوجودها عين الاعتبار العقلاني وليست كالسواد والبياض المحتاجين الى محل خارجي بل يكفيها المحل الاعتباري .

ويتوجه على ما افاده اولا - ان الوقف للمعدوم يتبع الموجود انما يكون بالوقف له بعد وجوده ولا يكون المال وقفاله بالفعل بل هو بالفعل وقف للموجود - فان قيل يلزم به في المقام ايضا - قلنا انه يلزم منه التعليق المجمع على بطلانه - وعلى ما افاده ثانيا - ان ما في الذمة ليس معدوما صرا بل له تحقق اعتباري وهو يكفي في عروض الملكية له وهذا بخلاف المعدوم المطلق والمنفعة ليست عبارة عن استيفاء المنتفع الذي هو من اعراضه بل عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل فمنتفعة الدابة حيثية كونها صالحة لان تتركب وهذه انما تصير فعلية بالاستيفاء الذي هو عبارة عن الانتفاع ومن المعلوم ان تلك الحيثية متحققة بتحقق العين ولذا يجوز تمليك المنتفعة المرسلة للغير - ويتوجه على الرابع ان الوقف ليس تمليكا للعين ولكنه تسبيل للمنتفعة على الموقوف عليه - فاذا لم يكن مورد للتسبيل لم يكن وقفا - وعلى خامس ما افاده انه لا اشكال في ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا تحتاج في اعتبارها الى معروض خارجي ولكنها تتوقف على ان يكون لها طرف في افق الاعتبار والمعدوم بقول مطلق لا يصلح لذلك .

والحق ان يقال ان حقيقة الوقف هو تحبيس الاصل وفي ذلك لا يحتاج الى وجود الموقوف عليه - وتسبيل المنتفعة ولو كان التسبيل بنحو جعل المنتفعة بعد ما يوجد لا يجعلها له بالفعل لا اري فيه محذورا والظاهر انه في الوقف على الحجاج والزوار وما شاكل يكون من هذا القبيل - لا يقال ان ذلك يكون تعليقا مجمعا على بطلانه - فانه يتوجه عليه ان تعليق الوقف من تحبيس الاصل وتسبيل المنتفعة كليهما على امر متاخر موجب للبطلان للاجماع - واما اذا كان التحبيس فعليا والتعليق انما يكون في تسبيل المنتفعة فلا اجماع على بطلانه - فان قيل انه يعتبر في الوقف القبض والمعدوم لا يمكن ان يقبض قلنا انه يمكن ان يقبض الحاكم والمتولي - مسعانه لافورية في القبض فيقبض بعد ما يوجد - فالظاهر صحة الوقف على المعدوم بهذا النحو الا ان يكون اجماع على بطلانه والظاهر وجوده بل ظاهرهم الاجماع على عدم جواز الوقف على الحمل قالوا لان الوقف تمليك ولا يعقل تمليك المعدوم - وبرده مضافا الى ما مر ان الحمل

موجود وهو قابل للملكية واشتراط ارثه بتولده حيا ليس لعدم قابليته للملكية بل للدليل الخاص فلا يقاس المقام به .

ثم ان المتيقن من بطلان الوقف على المعدوم هو الوقف على الاشخاص واما الوقف على الاصناف كالزوار والفقراء والعلماء وما شاكل فلا اجماع على بطلان الوقف اذا كان اشخاصها غير موجودين .

كما ان المتيقن من معقد الاجماع هو البطلان في المعدوم في اول الوقف امالو وقف على طبقات طويلة فمات الطبقة الاولى و لم يكن من الطبقة الثانية احد موجودا - بل وجد بعد مضي زمان لا يبطل الوقف كما لا يخفى .

ثم انه لو وقف على المعدوم ثم على الموجود بطل بالنسبة الى المعدوم - فهل يبطل بالنسبة الى الموجود كما هو المشهور ام يصح كما عن المبسوط وغيره وجهان ويجرى الوجهان في كل مورد بدأ بمن لا يصح الوقف عليه كالوقف على نفسه وما شاكل ثم بمن يصح .

واستدل للاول - بان المرتبة المتأخرة انما تتلقى الوقف من المرتبة السابقة و هو غير ممكن في القرض (وبان) مراد الواقف من السلسلة الطولية المرتب بقيد الترتيب فلا يمكن الحكم بالصحة في البعض دون البعض (و بانه) ان حكم بصحة الوقف للموجود من حين الوقف لزم تخلف العقد عن القصد وان يقع مالم يقصد و يقصد مالا يقع - وان حكم بالصحة له بعد انقضاء مدة المعدوم لزم التعليق في الوقف وهو باطل بالاجماع وان حكم بصحة الوقف للموجود - وانما يكون له بعد انقضاء مدة المعدوم لزم الوقف بلا موقوف عليه (ويمكن الجواب) عن الاول بان المرتبة المتأخرة انما تتلقى الوقف من الواقف فانه الذي يجعله بصير الوقف لهم - وعن الثاني بان المراد الواقعي لا عبرة به وظاهر الوقف على المراتب كالوقف على جماعة في عرض واحد - انما هو انحلال الوقف الى اوقاف عديدة - كما في بيع ما يملك وما لا يملك وما شاكل ذلك

من الموارد فبطلان بعضها لا يوجب بطلان الجميع الا ان يقيد في انشائه - وعن الثالث بانه يمكن ان يلتزم بصحة الوقف للموجود بعد انقضاء مدة المعلوم - وبجواب عن اشكال التعليق بان مثل هذا التعليق الناشئ من فساد الوقف بالنسبة الى بعض من دون ان يكون انشاء الوقف تعليقياً لا يوجب البطلان كما ذكرنا في بيع ما يملك وما لا يملك من ان الجهل بما يقابل ما يملك من الثمن لا يوجب البطلان اذ الشرط معلومية الثمن المجموع في البيع فكذلك يقال في المقام بالنسبة الى التعليق - وعليه - فيكون هذا من الوقف المنقطع الاول فيكون صحيحاً - وفي المدة التي كان الوقف للمعلوم يكون المال ومنافعه له .

في اشتراط تعيين الموقوف عليه

(٩) الشرط الثاني (تعيينه) فلو وقف على احد الشخصين او احد المسجدين او احدي الطائفتين لم يصح بالاختلاف وعليه الاجماع كما عن الغنية وعن المبسوط الذي يقتضيه مذهبا انه لا يصح الوقف على المجهول - وحق القول فيه ان التعيين المقابل للابهام والترديد اعتباره عقلي فان المرد لا وجود له ولا تحقق وبالمعنى المقابل للمجهول كما لو كان معيناً واقفاً مجهولاً عند الواقف لا دليل عليه سوى الاجماع - اذ دعوى انصراف ادلة الوقف وعدم المعهودية - مندفعة بمنع الانصراف - وعدم المعهودية لا يصلح مقيداً لاطلاق الادلة - وهل يصح الوقف على الجامع بين الفردين الذي يعبر عنه باحدهما نظير الوقف على الاصناف الظاهر ذلك فانه منها ولعله المراد من الوقف على مفهوم احدهما الذي يكون في بعض الكلمات فلا يراد عليه وكذا يصح الوقف على احدهما بنحو الكلي في المعين كما يصح بيعه - وما ذكرناه في الفرضين الاخيرين انما هو ان لم يكن اجماع على بطلانه - كما في سابقهما .

(٩) الثالث (اهلية التملك) فلا يصح السقوط على المملوك ولا على المرتد الفطري حيث ان امواله لورثته - ولا على الحربي لان امواله فيء للمسلمين هكذا قالوا ولكن قدم ان المرتد الفطري انما يخرج امواله الموجودة حين الارتداد وتنتقل الى

ورثته واما المتجددة فلا دليل عليه. مع ان الوقف لا يستلزم التملك ويمكن جعله مصرفا فان لم يكن اجماع لادليل على اعتبار ذلك ايضا .

(٩) الرابع (اباحة منفعة الوقف على الموقوف عليه) فلا يصح وقف آلات اللهو وهاكل العبادة المبتدعة ولا وقف الدابة لحمل الخمر والخنزير - والوجه في ذلك ظاهر فان الوقف تحبیس للأصل وتسبیل للمنفعة ولا يصح تسبیل المنفعة المحرمة - وهل يجوز الوقف على من يعلم انه يصرف منافع الموقوفة في المحرمات من الزنا و شرب الخمر وجهان بل قولان - اظهرهما الجواز - ويظهر وجهه مما قد مناه في البيع على من يعلم انه يصرف المبيع في الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا - وقد بسطنا القول فيه في كتاب البيع واكثر ما ذكر في وجه المنع في تلك المسألة جارية هنا ويضاف دعوى انصراف الادلة - وانه يعتبر القرية في الوقف ولا تحصل مع العلم بصرفها في الحرام - وحيث عرفت عدم تمامية تلك الادلة وقدر ايضا عدم اعتبار القرية في الوقف فينحصر دليل المنع بانصراف الادلة والله العالم .

جعل الوقف النظر لنفسه

المطلب الثالث في اللواحق - وفيه مسائل - ١ - لاختلاف (٩) لاشكال في ان (له جعل النظر لنفسه) مادام حيا والى مدة مستقلا او بالشركة - وعن المختلف الاجماع عليه - وفي الرياض وهو الحجة فيه مضافا الى الاصل والعمومات كتابا وسنة خلافا للحلى فمنع عن صحة هذا الشرط وافسد به الوقف وهو شاذ ومستند غير واضح انتهى - وكيف كان فيشهد له عموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط بل مادل (٢) على ان الوقف على حسب ما يوقفها اهلها - وفي المسالك الاصل في حق النظر ان يكون للواقف لانه اصله وحق من يقوم بامضائه وصرفه في اهله - فهذا مما لا كلام فيه - كما انه لا كلام في

١- الوسائل - باب ٤ - من ابواب الخيار

٢- الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات

ما اذا جعل النظر لغيره - لمامر- ولما تضمن (١) ان فاطمة (ع) جعل النظر في حوائطها السبعة التي وقفها لامير المؤمنين عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين ثم الاكبر من ولده - وما دل (٢) على شرط الكاظم (ع) النظر في الارض التي وقفها للرضا (ع) وللتوقيع (٣) الشريف المتقدم واماما سئلت من امر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيعة يسلمها من قيم يقوم بها ويعمرها ويؤدى من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة انما لا يجوز ذلك لغيره - ولغير تلكم من الاخبار.

انما الكلام فيما (ان اطلق) ولم يشترط النظر في متن العقد الى احد - فقد صرح غير واحد بانه (كان) التولية (لاربائه) وذكر في المسالك وتبعه غير واحد انه يبنى الحكم هنا على انتقال الملك فان جعلناه للوقف او الموقوف عليه مطلقا فنظر له وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معيناً والله تعالى ان كان عاماً فنظر في الاول الى الموقوف عليه وللحاكم الشرعى فى الثانى لانه الناظر العام حيث لا يوجد الخاص (اقول) لولا تسالمهم على لزوم كون التولية لاحد وان المتولى يتصدى لهما هو وظيفته لو كان مجعولا من قبل الوقف وتوقف تصرف الموقوف عليه على اذنه - لقلنا بعدم التولية بهذا المعنى لاحد وان الانتفاع بالاقواف لا يتوقف على اذن احد وليس لغير الموقوف عليه التصرف فيه كما قال جماعة فى الاوقاف العامة كالخان الذى وقف لنزول الزوار والمسافرين والبشر التى حفرت لهم والمعبّر على المار لعبور الناس وما شاكل - فان قصد المالك انتفاع الموقوف عليه كان خاصا او عاما - ولكن الظاهر تسالمهم عليه (وعليه) فالظاهر كون التولية فى امثال ذلك للحاكم الشرعى - لالواقف فانه بالوقف خرج المال عن تحت سلطنته - اماملكا او طلقا ولا دليل على جواز تصرفه فيه بعد ذلك - واستصحاب الجواز لا يجزى سيما بعد تبدل الموضوع اما تبدل الملك الى عدمه - او الملك الطلق الى غير الطلق - ولاللموقوف عليهم لتعلق حق البطون المتأخرة بالمال نعم لهم التصرف فى تنميته واصلاحه

١-٢- الوسائل - باب ١٠ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - حديث ١-٥

٣- الوسائل باب ٢ من الوقوف والصدقات حديث ٨

ونحو ذلك مما يرجع الى انتفاعهم به واما ولايتهم على نحو ولاية المنولى المنسوب بحيث تضى اجارتهم على البطون اللاحقة مثلا - فلا دليل عليها (بل) الظاهر انها للحاكم الشرعى - وليس الوجه فى ثبوتها له عموم ولاية الفقيه كى يدفع بعدم الدليل عليه بل الوجه فيه انه لاشبهة فى ان القضاة المنصوبين من قبل الخلفاء كانوا يتصدون لذلك المنصب كما يظهر لمن لاحظ احوالهم فعلا ومقتضى اطلاق قوله (ع) فى مقبولة (١) ابن حنظلة فانى قد جعلته عليكم حاكما وقوله (ع) فى صحيحة (٢) ابى خديجة فانى قد جعلته قاضيا - هو ثبوت جميع مناصبهم و منها هذا المنصب له - و بهذا البيان يمكن ان يقال بثبوت التولية له فى الاوقاف العامة - واما السيرة على الانتفاع بها بدون اذن الحاكم - فالظاهر انها من جهة كون اذن حكام الشرع فى امثال ذلك معلوم - فالمتحصل مما ذكرناه ان التولية على الاوقاف العامة والخاصة مطلقا للحاكم الان يعين الواقف متوليا خاصا .

ثم انه ينبغى التنبيه على امور - الاول - انه كما للحاكم الشرعى ان ياذن غيره فى التصرف فى الاوقاف كك له ان يفوض التولية الى غيره وذلك لكون اعطاء المنصب من وظائف القضاة والفرق بين اعطاء المنصب والاذن فى التصرف انه فى صورة الاذن بموت المجتهد ينتقى الاذن ولا يجوز له التصرف بعد ذلك واما فى صورة اعطاء المنصب فيبقى ذلك بعدموته فانه فى فرض الاذن يكون ماثبت للماذون من شؤون منصب المجتهد فلا محالة ينعدم بموته - واما مع اعطاء المنصب يكون الحاكم واسطة لاثباته بنحو يكون المنصب من قبل الله تعالى بجعل الحاكم فلا وجه لانعدامه بموته بل هو يكون باقيا .

الثانى انه لا يجب القبول على من جعله الواقف متوليا للاصل سواء كان حاضرا مجلس الوقف ام لا - واجراء حكم الوصاية هنا لا يخرج عن القياس حتى

مع التمسك بالتعليل فى خبرها (١) بانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره فانه فى المقام ان لم يقبل تكون التولية للمحاكم كمامر -- و لو قبل التولية لايجب على المتولين بعده قبولها فلهم الرد لمامر .

الثالث ليس للواقف ان يعزل المتولى بعد قبوله مادام باقيا على الاهلية للزوم الوفاء بالشرط - وهل للمتولى ان يعزل نفسه قولان - اقواهما الثانى اذ ثبوت حق العزل له يحتاج الى دليل والاصل عدمه و استصحاب جواز الرد الثابت له قبل القبول لايجرى - لان المتيقن ان له ان لايقبل الولاية - والمشكوك فيه سلبها عن نفسه. فهما حكمان - و كونه فى معنى التوكيل و يجوز للتوكيل عزل نفسه - ممنوع جدا فان الوكيل يتصرف عن قبل الموكل والمتولى صاحب منصب الولاية مستقل فى التصرف ويمكن ان يستدل له بعموم (٢) وجوب الوفاء بالشرط فان هذا الشرط كما يكون للمتولى يكون للواقف ايضا - فيجب الوفاء به لذلك - و استدل له فى الجواهر باطلاق الامر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين و من له تعلق بالعقد - و يرده ان الشرط خارج عن العقد و حقيقته التزام فى ضمن التزام - و وجوب القيام بمقتضى النظارة مع عدم الرد - وانه ليس له ازيد مما شرط له من اقل من اجرة عمله لايدلان على ان ذلك من مقتضى العقد المفروض لزومه كما افاده ره فان ذلك انما يكون مع عدم الرد ولادلالة لهما على عدم جواز الرد - ولو استدل بدليل (٣) وجوب الوفاء بالعقد بان نفس جعل التولية وقبول المتولى سيما مع جعل اجرة بازائها يصدق عليه العقد اذ لاحقيقة للعقد سوى ربط احد الالتزامين بالآخر الصادق على ذلك فمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزومه و عدم جواز رده -- كان اولى -- فالأظهر لزومه

١ - الوسائل باب ٢٣ من ابواب الوصايا حديث ٣

٢ - الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

٣ - المائدة آية ٢

من الطرفين - و بهذا البيان يظهر انه لو نصب الحاكم متوليا للوقف لا يجوز عزله مادام بقاء الاهلية .

الرابع لاشكال في انه لا يشترط العدالة في الواقف اذا جعل التولية لنفسه و الظاهر انه المشهور و سيد الرياض ره نقل فيه قولين و لم اظفر بقائل الاعتبار نعم توقف فيه صاحب الحقائق ره - و كيف كان فمقتضى الاصل وعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط عدم اعتبارها فيه - و اما ان جعل الواقف التولية لغيره فهل يعتبر فيه العدالة ام لا ففي الرياض ادعى السيد ره الاتفاق على اعتبارها (و استدل) له بالاجماع و بخبر (١) البجلي المتضمن لصدقة امير المؤمنين عليه السلام بماله الذي في ينبع حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن والحسين عليهما السلام فان حدث بحسن وحسين حادث فان الاخر منهما ينظر في بنى على فان وجد، فيهم من يرضى بهديه و اسلامه و امانته فانه يجعله اليه ان شاء وان لم يرفيهم بعض الذي يريد فانه يجعله الى رجل من آل ابي طالب يرضى به فان وجد ال ابي طالب قد ذهب كبرائهم وذووا آرائهم فانه يجعله الى رجل يرضاه من بنى هاشم (ولكن) الخبر يدل على ان امير المؤمنين عليه السلام اشترط فيمن يجعل متوليا على ماوقفه ان يكون مرضيا وهذا لا يستلزم اعتباره في كل من يجعل متوليا -- مع ان كونه مرضيا اعم من العدالة - و اما الاجماع فثبوته ثم تعديته محل نظر - فالاقوى ماعن التحرير و قواه صاحب الجواهر من عدم اعتبارها .

الخامس اذا جعل التولية لاثنتين على وجه الشركة لا ينفذ تصرف احدهما من دون اذن الاخر او اجازته كما انه لا يجوز لهما قسمة الوقف ولا قسمة المنافع للصرف في مصارفها بل اللازم اجتماعهما في جميع تلکم .

السادس ليس للمتولى تفويض التولية الى غيره الا اذا كان الواقف اذنه في ضمن اجراء الصيغة - اما الاول فللاصل -- و اما الثاني فللخبر المتضمن لصدقة امير المؤمنين عليه السلام وهل يجوز له ايكال الامر الى الحاكم الشرعى مع عدم التعذر

عليه - وجهان - نعم يجوز له توكيل الغير فى التصرف اذا لم يشترط المباشرة .
 السابع - اذا عين الواقف وظيفة المتولى فهو المتعين و الانصرف اطلاقه الى ما هو المتعارف من التعمير و الاجارة واستيفاء العوض و جمع الحاصل و قسمته على الموقوف عليهم و نحو ذلك و لا يجوز لغيره التصدى لذلك لقوله الرَّابِعُ (١) فى التوقيع الشريف و اما ما سئلت من امر الرجل الذى يجعل لنا حيتنا ضيعة فيسلمها الى من يقوم بها و يعمرها و يؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة لا يجوز ذلك لغيره - وهل يعتبر اذن المتولى فى التصرف بعد حصول المنفعة و تعيين ما للموقوف عليه كما افاده الشهيد الثانى - ام لا كما قواه سيد العروة - وجهان اظهرهما الثانى - للاصل بعد الشك فى شمول الدليل لذلك .

٢- (و يصح الوقف على المعدوم تبعاً للموجود) كما مر .
 ٣ - (و يصرف الوقف على البر الى الفقراء و وجوه القرب) كما مر
 المساجد و المدارس و اعانة الحجاج و الزوار و نفع طلبة العلم و ماشاكل - بل له ان يصرفه فى مطلق نفع المسلمين و ان كانوا اغنياء لكونه برا و لم يدل دليل على وجوب تحرى الاكمل للاصل بعد صدق الموقوف عليه .

الوقف على الكافر

٤- (ولو وقف المسلم على البيع والكنائس) اى معابد اليهود والنصارى (بطل) الوقف بلا خلاف كما صرح به غير واحد - لان الوقف عليهما وقف على جهة خاصة من مصالح الكفار غير مشروعة لان ما يصنع فيهما عبادات محرمة و كفر وقد مراعاة حلية المنفعة - وبذلك يظهر انه لو قلنا بجواز الوقف على الكافر نفسه لا ينافى ذلك - ولكن هذا فى وقف المسلم (بخلاف الكافر) فانه لو وقف عليهما يصح كما

هو المشهور - اقراراً (١) له على دينه مع انه لا بد له من معبد - والاشكال فيه من جهة عدم
 تمكن الكافر من قصد القرية - مندفع - بعدم اعتبار قصد القرية اولاً - وتمشى قصد
 القرية من الكافر ثانياً وان لم يحصل له القرب - ٥ - (٩) فى وقف المسلم على الكافر
 اقوال - احدها (انه يبطل على الحربى وان كان رحماً لا الذمى وان كان اجنبياً)
 اختاره المصنف ره هنا والمحقق فى الشرايع والنافع - ثانيهما - الجواز فى الرحم
 دون غيره - ثالثها - الجواز فى الابوين دون غيرهما - رابعها - الجواز مطلقاً - خامسها
 المنع كك - مقتضى اطلاق ادلة الوقف والعقد الجواز مطلقاً - ويشهده ايضا قوله
 تعالى (٢) «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان
 تبرؤهم وتسقطوا اليهم» ومادل (٣) على الترغيب فى البر والاحسان وجواز الصدقة على
 الكافر (واستدل) للمنع - بان مال الحربى فىء للمسلمين يصح اخذه وبيعه ولا يجب
 دفعه اليه لانه غير مالك ومال المرتد الفطري ملك لورثته وقدم اعتبار اهلية التملك فى
 صحة الوقف - وبقوله (٤) تعالى «لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من
 حاد الله ورسوله ولو كانوا اباؤهم وابنائهم» (ولكن) الاول قد تقدم ما فيه عند ذكر شرائط
 الموقوف - واما الثانى فيرد على الاستدلال به - اولاً ما ذكره جماعة من ان النهى عن
 المودة انما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله والاحرم اللطف والاكرام - وثانياً
 انه يقيد اطلاق هذه الآية بالاية السابقة اضيف الى ذلك كله ما ورد (٥) فى الارحام من

١ - الوسائل - باب ٣٠ - من ابواب مقدمات الطلاق - وباب ٢ - من ابواب ميراث

الاحوة والاجداد وباب ٣ - من ابواب ميراث المجوس .

٢ - الممتحنة آية ٩

٣ - الوسائل باب ٣٠١ من ابواب فعل المعروف - وباب ٢١٩ و ٢١٨ من ابواب الصدقة

٤ - المجادلة آية ٢٢

٥ - الكافى ج ٢ ص ١٥٥ - باب صلة الرحم .

الامر بصلة الرحم - وفي الابوين من (١) الامر بمصاحبتهما في الدنيا معروفا - فالظاهر هو الجواز مطلقا -

فيما يتعلق بالفاظ الوقف

٤- قد ظهر مما بيناه ان شرائط الواقف التي شرطها في متن العقد تكون معتبرة ولا يجوز تغييرها ولا تبديلها اذ لم تكن مخالفة للشرع وللمقتضى الوقف وعليه فيجب مراعاة ما يدل عليه اللفظ الواقع في كلام الواقف من حيث العموم والخصوص - وحيث ان استكشاف المراد كما يكون بالقاء اللفظ الموضوع لمعنى عام بلا قرينة فانه يستكشف منه بحسب قانون المحاورة ان المراد المعنى العام - كك قد يكون بواسطة القرائن الحالية والمقالية على ارادة المعنى الخاص وفي مثل ذلك لا وجه لملاحظة المعنى الموضوع له فان الميزان مراد الواقف وبهذا يظهر ان القرائن المنضمة المفيدة للظهور مقدمة - ثم العرف الخاص مقدم على العرف العام - وهو مقدم على اللغة .

(٩) يترتب على هذا انه (ينصرف وقف المسلم على الفقراء الى الفقراء المسلمين والكافر الى فقراء ملته) لان لفظ الفقراء وان كان عاما لانه جمع محلى باللام الان شاهد الحال قرينة على الاختصاص (٩) لو وقف (على المسلمين) انصرف (الى المصلى الى القبلة) مطلقا - وعن الحلى الاختصاص بالمحققين اذا كان الواقف محققا لشهادة الحال والانصراف الى اهل مذهبه - وهو كما ترى - (٩) لو وقف (على المؤمنين او الامامية) انصرف (الى الاثنى عشرية وكذا كل منسوب الى من انتسب اليه) وعن جماعة من القدماء انه لو وقف علي المؤمنين اختص بالعدول منهم لان المستفاد من جملة من النصوص (٢) ان الايمان عبارة عن الاقرار باللسان والتصديق بالجنان والعمل بالاركان - واورد عليهم بان جملة اخرى (٣) تدل على انه

عبارة عن الاقرار باللسان والتصديق بالجنان - والجمع بحمل الاولى على الفرد الاكمل
اولى من الجمع بتقييد الثانية بالاولى - ويتوجه على الاستدلال وجوابه مسامر من ان
العرف العام مقدم على اللغة ولا شبهة في ان الايمان في العرف العام للاسم - ومعه لا عبرة
بما فسره الايمان في النصوص .

ثم انه لا اشكال (٩) لاختلاف في صحة الوقف (لونسب الى اب) كما لو قال
وقفت لبنى فلان لاطلاق الادلة - ولخصوص مكاتبة (١) على بن محمد بن سليمان
النوفلى قال كتبت الى ابي جعفر الثانى (ع) اسأله عن ارض وقفها جدى على المحتاجين
من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد - فاجاب (ع) ذكرت الارض
التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك
ان تتبع من كان غائبا - وعليه فلا اشكال في انه (كان لمن انتسب اليه بالابناء وفي البنات
قولان) المشهور عدم دخول اولاد البنات وان قلنا انهم اولاده (واستدلوا له) بان
الحكم المعلق على الانتساب غير الحكم المعلق على الوليد والاول لا يشمل من انتسب
اليه بالبنات (ولكن) الظاهر من الانتساب الى الشخص بحسب المتفاهم العرفي اعم
من الانتساب اليه من طريق الابن والبنات .

(ولوشرك استوى الذكور والاناث مالم يفضل) لان التفضيل في الارث

لا يلزم التفضيل في هذا المقام .

(٩) لو وقف على (القوم) بمعنى انه اخذ هذا العنوان في وقفه كما لو قال وقفت
على قومي انصرف (الى اهل لغته) على المشهور بين الاصحاب وان اختلفوا في الاطلاق
كما في المتن او النافع وعن الديلمي - او التقييد بالذكور منهم خاصة دون الاناث
كما عن الشيخين والقاضى وغيرهم (وخالف) في اصل الحكم - الحلبي فاوجب الرجوع
الى المعلوم من قصده مع امكانه والا فالى المعروف في ذلك الاطلاق عند موته - والحلى
فصرفه الى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بانه اهل وعشيرته دون من سواهم

(اقول) قد استدلل للمشهور بالاجماع وقد ادعاه السيد ابن زهرة - وبما عن الحلبي والتنقيح ان بهرواية فان تم الاجماع - والافلاظ اتمامية ما افاده الحلبي - وان كان يبقى الاشكال ح فيما اذا لم يعلم المعروف في ذلك الاطلاق عند موته - ولا يبعد اظهرية ما افاده الحلبي في هذا الفرض فينصرف الى عشيرته وان كانوا من اهل لغة اخرى غير لغته (واما) التقييد بالذكور - فقد استدلل له بقوله (١) تعالى «لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيرا منهن» ويقول الشاعر - وما ادري وسوف اخال ادري - اقوم الحص ام نساء .

(٩) لو وقف على (العشيرة) انصرف الى الخاص من قومه - وهم (الاقربون في النسب) كما عن الشيخين والديلمي والقاضي والحلي - لان ذلك ينساق الى الذهن عند اطلاقها مضافا الى ما قيل من ورود رواية بذلك - نعم لا بد وان يقيد بما اذا لم يعلم من قصده اعم او الاخص .

(٩) لو وقف على (الجوار) فعن جماعة منهم المحقق في النافع والمصنف في جملة من كتبه ان المرجع هو العرف وعن الشيخين والقاضي والحلي والديلمي والكيدري وابني حمزة وزهرة والحلي - انه (لمن يلي داره الى اربعين ذراعا) وهو مختار الماتن هنا - و عن الغنية لاجماع عليه وقيل انه الى اربعين دارا واختاره صاحب الحقائق رد (وجه) الاول ما تقدم من انه المحكم اذا لم يكن للواقف عرف خاص وفقدت القرائن المفيدة لغير ما هو المفهوم من اللفظ عرفا (وجه) الثاني ما عن الخلاف من نسبته الى روايات اصحابنا واجماعهم (وجه) الثالث نصوص كثيرة - كصحيح (٢) جميل او حسنه عن ابي جعفر (ع) حد الجوار اربعون دارا من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله - وخبر (٣) عمرو بن عكرمة عن ابي عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) كل

اربعين داراجيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله - ونحوهما غيرهما - (ولكن يتوجه) على وجه الثالث مضافا الى اعراض الاصحاب عن هذه النصوص - ان غاية مايدل عليه هذه انها حقيقة شرعية وهى معتبرة فى الالفاظ الواردة عن الشرع- مثل ما دل (١) على تاكد حضور المسجد لجاره واستحباب (٢) حسن الجوار وماشا كل دون الالفاظ المتداولة بين اهل العرف واللغة المستعملة فى مجعولات الناس كالوقوف والنذر والحلف وماشا كل - فان المعيار كما مر هو العرف الخاص ثم العام - وسره ماتقدم -وعلى وجه الثانى ان الاجماع لعله من جهة ما ذكره بعضهم بموافقه لمقتضى العرف والعادة - والروايات لم تصل الينا - فالأظهر هو الاول .

(٩) لو وقف (على سبيل الله) جاز صرفه فى (كل ما يتقرب به اليه) كما لا يخفى - والقول باختصاصه بالجهاد كما عن ابن حمزة - او بقسمته اثلاثا لثالث للغزاة ولثالث للحج ولثالث للعمرة كما عن الشيخ - لادليل عليه - ولو كان له مولى عتاقه اى المولى من الاعلى و هو المعتقله - و مولى نعمة اى المولى من الاسفل وهو عتيقه (٩) وقف على (الموالى) كان المراد بها (الاعلون والادنون) .

فرع لاختلاف (٩) لاشكال فى انه (لا يتبع كل فقير فى الوقف على الفقراء بل يعطى اهل البلد منهم ومن حضره) فان الظاهر من حال من يقف على الفقراء مع كونهم كثيرين متفرقين فى البلاد لا يمكن استقصائهم - ذلك - نعم لو علم من حاله انه وقف على الجهة كان له ان يصرفه فى غير اهل بلده و لو اراد صرفه فيهم جاز له تخصيص بعضهم به ولا يجب تتبع الجميع - كما انه لو علم فى الفرض الاول من حاله عدم ارادة العموم و ارادة الجهة لا يجب عليه الا الصرف فى فقراء بلده من دون ان يجب عليه تتبع الجميع .

وكذا لو وقف على فقراء قبيلة معينة - واما مكاتبة (٣) على بن محمد بن سليمان

١- الوسائل باب ٢ من ابواب احكام المساجد كتاب الصلاة

٢- الكافى ج ٢ ص ٤٤٦ باب حق الجوار

٣- الوسائل باب ٨ من ابواب احكام الوقوف والصدقات حديث ١

المتقدمة في ارض وقفت على المحتاجين من ولد فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد - قال **الشيخ** وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائباً فلاتنا في ما ذكرناه - فان المفروض فيها كون المحتاجين من تلك القبيلة كثيرين متفرقين في البلاد فهو قرينة على ارادة الوقف لفقرائهم الموجودين في البلد ولا تدل على لزوم تتبع الحاضرين في البلد - او عدمه - فالمتبع ما بيناه (و) كيف كان فقد ظهر مما اسلفناه في مسألة الوقف على النفس انه (لو) وقف على عنوان عام وجهة عامة و (صار منهم) او كان منهم حين اجراء الصيغة (جاز له ان ياخذ منهم)

اذا بطلت المصلحة الموقوفة عليها

ثم انه بقي في المقام (مسائل) لا بد من التعرض لها (الاولى اذا بطلت المصلحة الموقوفة عليها) فالمشهور انه ؛ (صرف في وجوه البر) بل لاختلاف فيه ظاهراً وان كان قول المحقق في النافع وقيل بصرف في البر مشعراً بتردده فيه - نعم فصل في المسالك بين ما لو كان الوقف على مصلحة تنقضى غالباً فيجري عليه حكم منقطع الاخر - وبين ما اذا كانت مما يدوم غالباً فالمتجه ما ذكره المشهور وبين ما يكون مشتبهاً الحال ففي حمله على اى الجهتين نظر واستدل للاول (بان) الملك قد خرج عن ملك الواقف فعوده يحتاج الى دليل وليس فالاصل بقاءه على الوقفية وحيث لا يمكن صرفه في المصلحة المعينة فيصرف في وجوه البر (وبان) الوقف على المصلحة في الحقيقة وقف على المسلمين وتعدا المصروف الخاص لا يوجب بطلانه بعد ان كان قصده الصرف فيما يكون مصلحة لهم (ويمكن) ان يوجه هذا ان الوجهان بنحو يسلمان عما اورد عليهما بان الواقف بحسب ارتكازه حين ما يوقف ما يكون باقياً بعد فوات المصلحة الموقوفة عليها - الى الابد - قاصداً لان تكون العين الموقوفة محبوسة على المصلحة المعينة مع وجودها وامكان الصرف فيها والى مصلحة اخرى من مصالح المسلمين مع عدم امكانه - وعليه فاذا بطلت المصلحة الموقوفة

عليها - كان لازم قوله (ع) (١) الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها - صرفها في مصلحة اخرى (وعلى الجملة) جعل الشيء وقفا الى الابد ورفع المالك يده عنه وحسبه مستمرا مادام كونه باقيا يوجب التوسعة في المصلحة الموقوفة عليها ويكون حسبه بالنحو الذي ذكرناه وبهذا البيان يندفع ما ورد على الوجهين المزبورين بان المفروض انه قصد الخصوصية فلا يبقى العام بعد فواتها والا يمكن ان يقال في الوقف على اولاد زيد اذا انقرضوا ان قصده كان الاحسان الى جماعة معينة واذا تعذر يصرف الى قرابة اخرى كما في ملحقات العروة فان الفرق انما جاء من قبل دوام الوقف وعدمه - كما انه بما ذكرناه يظهر مدرك لزوم مراعاة الاقرب الي المصلحة الباطلة فالاقرب .

وربما يستدل بالاخبار المتفرقة المستفاد من مجموعها ان كل مال تعذر صرفه فيما عين صرفه فيه يصرف في وجوه البر كمخبر (٢) محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن (ع) اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الابا بسا واحدا منها كيف يصنع بالباقي فوق ^{عليه السلام} الابواب الباقية اجعلها في وجوه البر - وخبر (٣) علي بن مزبد (فرقد خ ل) صاحب السابري اوصى الى رجل بتركته فامرني ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا هي شيء يسير لا يكفي للحج فساأت ابا حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا ان تصدق بها عنه الى ان قال فلقيت جعفر بن محمد عليهما السلام في الحجر الى ان قال قلت تصدقت بها قال ^{عليه السلام} ضمننت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فسانت ضامن ونحوهما غيرهما - و يؤيده النصوص (٤) الكثيرة الواردة في اهداء الجارية للكعبة أو الوصية به أو نذر

١- الوسائل - باب ٢- من ابواب الوقوف والصدقات

٢- الوسائل باب ٦١- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٣- الوسائل باب ٣٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢

٤- الوسائل - باب ٢٢- من ابواب مقدمات الطواف - من كتاب الحج

الجارية لها أو الوصية بالف درهم للكعبة - الدالة على انه يباع الجارية ويصرف ثمنها على الحاج المنقطعين وكذا تصرف الدراهم عليهم - وربما يستدل بها للمطلوب ولكن في الاستدلال بها له نظرا واضحا - الا ان ذكرها تاييدا كما صنعه سيد الرياض ره لا باس به هذا كله مع بطلان المصلحة .

واما اذا جهل المصرف فلا يحكم بالبطلان بلا كلام فح ان كان التردد مع انحصار الاطراف يورع عليهم كما هو الشأن في المال المردد بين الشخصين وان كان مع عدم الانحصار - فان كان التردد بين الجماعات كان لم يعلم انه وقف على العلماء او الزوار او غيرهم جرى على منفعته حكم المال المجهول مالكة فيتصدق به - ويشهد به مضافا الى اطلاق اخبار المجهول المالك - خبر (١) ابي علي بن راشد قال سالت ابا الحسن (ع) قلت جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتي بالقي درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال (ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت لا اعرف لها را با قال (ع) تصدق بغلتها - وان كان بين الجهات كان لم يعلم انه وقف على المدرسة او المسجد او القنطرة او نحو ذلك من الجهات صرف في وجوه البر غير الخارج عن اطراف التردد .

حكم تغيير الوقف عن هيئته

(الثانية لو شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح) باختلاف سواء كان

الوقف على اولاده او غيرهم (واستدل له) في المسالك وغيرها بان هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف فان بنائه على جواز ادخال من سيوجد وسيولد مع الموجود واشتراط ادخال من يريد ادخاله في معناه بل اضعف لانه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله وقد لا يريد فيبقى الوقف على اصله فاذا جاز الاول اتفاقا جاز الاخر كك أو بطريق اولي ولا يضر نقصان حصّة الموقوف عليه اذ هو لازم في كل مورد يضم المعدوم الى الموجود

(وفيه) انه بناء على كون الشرط خارجا عن العقد كما هو الحق - الفرق بين الشرط المذكور والوقف على الموجود ومن سيوجد ظاهر - فانه بالشرط يغير الوقف عما وقع عليه بخلاف تلك المسألة - فالاولى ان يستدل له مضافا الى عموم ما دل (١) على وجوب الوفاء بالشرط - بان مقتضى الوقف المشروط بالشرط المذكور - دخول من شرط دخوله فيشملة (٢) قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها - وان شئت قلت ان مرجع الشرط المذكور الى اخذ عنوان في الموقوف عليه - فكما انه لا اشكال فيما اذا قال وقفت على اولادى الفقراء - فكما انه اذا كان بعض ولده غنيا لم يكن داخلا في الموقوف عليهم ثم صار فقيرا يشار بهم كك فى الوقف مع الشرط المذكور - وبخير (٣) ابي طاهر البلالى كتب جعفر بن حمدان استحللت بجارية الى ان قال ولى ضيعة قد كنت قبل ان تصير الى هذه المربعة سبلتها على وصاياى وعلى ساير ولدى على ان الامر فى الزيادة والنقصان منه الى ايام حياتى وقد اتت بهذا الولد قلم الحق فى الوقف المتقدم المؤبد واوصيت ان حدث بى حدث الموت ان يجرى عليه مادام صغيرا فان كبرا عطى من هذه الضيعة جملة مائتى دينار غير مؤبد ولا تكون له ولا لعقبه بعد اعطائه ذلك فى الوقف شىء فأريك اعزك الله فورد جوابه يعنى من صاحب الامر ارواحنا فداء - اما الرجل الذى استحل بالجارية الى ان قال واما اعطائه المائتى دينار واخراجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما اراد - فان ظاهره جواز تغيير الوقف مع الشرط .

(ولو اطلق واقبض لم يصح) تغييره بالاخراج او الادخال او التشريك او غير ذلك لان الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها وبعد تمامية الوقف ولزومه لا يجوز تغييره ولكن فى خصوص الوقف على اولاده الاصاغر خلافا - فعن الشيخ فى النهاية انه اذا وقف على اولاده الاصاغر جاز ان يشترط معهم من يتجدد له من الاولاد وان لم يشترط

١- الوسائل- باب ٤- من ابواب الخيارات

٢- الوسائل- باب ٢- من ابواب كتاب الوقوف والصدقات- حديث ٢

٣- الوسائل- باب ٥- من ابواب الوقوف حديث ٣

ذلك في العقد وعن القاضى موافقته بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين ووافقه الشهيد الثانى ره - والمشهور منعوا عن ذلك - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص - فانها طائفتان .

الاولى - ما يدل على ما هو المشهور - كصحيح على بن يقطين عن ابي الحسن (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبيته لهم انه ان يدخل معهم من ولده غيرهم بعد ان ابانهم بصدقة قال (ع) ليس له ذلك الا ان يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له - وظهوره في الصدقة الجارية اى الوقف لا ينكر -

والثانية ما يدل على ما ذهب اليه الشيخ ره - كصحيح (٢) على بن يقطين عن ابي الحسن (ع) - عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يدوله بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده قال (ع) لا باس بذلك - ونحوه خبر (٣) محمد بن سهيل عن الرضا (ع) - وصحيح (٤) ابن الحجاج عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يدوله ان يجعل معهم غيرهم من ولده قال (ع) لا باس - وخبر (٥) على بن جعفر عن اخيه (ع) عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثم بداله ان يدخل غيره فيه مع ولده ا يصلح ذلك قال (ع) نعم يصنع الوالد بمال ولده ما احب والهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره .

وقد جمع الشهيد الثانى بين الطائفتين بحمل الاولى على صورة التصريح بالاختصاص و الثانية على صورة الاطلاق - بدعوى انه الظاهر من قوله (ع) يبيته وقوله (ع) بعد ان ابانهم - وربما يجمع بحمل النفي في الاولى على الكراهة .

فالحق ان يقال ان صحيح ابن الحجاج غير ظاهر في الوقف اذ ليس فيه ان ما يجعل لهم من باب الوقف والصدقة وخبرى على بن جعفر و محمد بن سهيل ضعيفان سندافيقى صحيح على بن يقطين - وهو اولا غير مختص بالصغار - وثانيا اعم

من صحيحه الاول من جهة الاقباض وعدمه - والاول مختص بتلك الصورة لان ظاهر قوله (ع) ابانهم بصدقة ارادة الاقباض فيقيد اطلاقه به وبذلك يظهر ما في الجمعين المذكورين فالظاهر ما هو المشهور .

(ولو شرط نقله بالكلية او اخرج من يريد بطل الوقف) عند الاكثر بل عليهما الاجماع في كثير من الكلمات فالكلام في موردين :

الاول - فيما لو شرط نقل الوقف بالكلية عن الموقوف عليهم الى من سيوجد - فقد سمعت دعوى الاجماع على بطلان الوقف بذلك - ولكن عن القواعد الاشكال فيه - وعن الدروس اختيار جوازه - وفي محكي التذكرة لوقال هذا وقف على اولادى سنة ثم على المساكين صح اجماعا - وفيه ايضا لوقال هذا وقف على اولادى مدة حياتى ثم بعد مماتى للمساكين صح اجماعا لكن فى المقام افتى بالبطلان - وعن جامع المقاصد توجيه الفرق بين المسألتين بان الوقف فى المثال الاول لم يكن على الاولاد بل على الفقراء منهم فاذا زال الفقر ينتفى الموقوف عليهم فكان ذلك جاريا مجرى موتهم وعدمهم بخلاف ما اذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم فان ذلك ابطال للوقف باختياره .

وكيف كان فقد استدلل للبطلان فى هذه المسألة - تارة بما ذكره المحقق الثانى ره وحاصله ان هذا الشرط بمنزلة شرط الخيار الممنوع بالاجماع - واخرى بانه شرط منافي لمقتضى الوقف اذ وضعه على اللزوم - ولكن يتوجه على الاول ان الممنوع بالاجماع اشترط ان يكون له فسخ الوقف بحيث يرجع الى ملكه واما هذا النحو من الانفساخ المستلزم لحبسه على غيرهم فلا دليل على المنع عنه - واطلاق ادلة الشروط يوجب صحته - ويرد على الثانى ان مقتضى الوقف بدون الشرط كون الموقوف وقفا على الموقوف عليهم ومع الشرط يكون مقتضاه بمقتضى قوله يطلق الوقف على حسب ما يوقفها اهلها انتقاله الى غيره كما لو وقف على اولاده الفقراء ثم على غيرهم فانه بانتفاء الفقري ينتقل منهم الى غيرهم - وعلى الجملة الفرق بين اشترط الانتقال الى غيرهم - وبين اخذ عنوان فى الموقوف عليهم مستلزم للانتقال غير ظاهر فمقتضى الادلة صحة الوقف .

وبما ذكرناه يظهر الحال فى شرط الاخراج فانه يجرى فيه ما ذكرناه فى هذا المورد

فلولم يكن اجماع في الموردین كان الحق هو البناء على الصحة.

نفقة المملوك ومصارف تعمير الاملاك الموقوفة

على الموقوف عليه

(الثالثة نفقة المملوك) كالدابة الموقوفة (على الموقوف عليه) بناء على انتقال العين الموقوفة الى الموقوف عليه لماد (١) على وجوب نفقة المملوك على مالكة. وعلى الواقف ان قلنا ببقائها على ملك الواقف - ودعوى - انصراف مادل على وجوب نفقة المملوك على مالكة عن مثل هذا المالك الذي صار مثل الاجنبى - ممنوسة - وان قلنا بخروجها عن ملك الواقف وعدم دخولها فى ملك الموقوف عليه - كما هو الاظهر فقد يستدل لوجوب نفقتها على الموقوف عليه بمادل على وجوب حفظ النفس المحترمة والمال المحترم - وفيه - اولا انه لا دليل على ذلك فى غير الادمى ولذا لا يجب التقاط الحيوان اذا خاف عليه التلف - وثانيا ان الوجوب من هذه الجهة لا يختص بالموقوف عليه بل يجب على عامة المكلفين كقائما - ويمكن ان يستدل له بان العين امانة شرعية فى يد الموقوف عليه فيجب حفظها وهو متوقف على تعليفها وسقيها ولا يبعد دعوى كون الشرط الضمنى فى ضمن عقد الوقف ذلك .

واما مصارف تعمير الاملاك الموقوفة ومؤونة اصلاحها للاستئناء بها وما تحتاج اليه فى بقائها مع عدم تعيين الواقف فتكون من نمائها مقدما على حق الموقوف عليهم - نعم لهم ان يعطوا عوضه من غيره واذا لم يف بها لم تجب على احد - هكذا قالوا ولا يحضرنى الان وجه يستند اليه لتقديم مصارف تعمير الاملاك الموقوفة على حق الموقوف عليهم سوى الشرط الضمنى الذي عليه بناء الواقف حين الوقف فانه اذا وقف دارا ابداعلى الفقراء او العلماء او غيرهم - لامحالة يكون المركز فى ذهنه صرف مقدار من نمائها

ومنفعتها في تعميرها - حيث انه من المعلوم انه لو لم يصرف في تعميرها لانهدمت بعد مدة قليلة وخرجت عن قابلية الانتفاع بها وكفى بذلك مدركا .

(ولو) كان المملوك عبدا (اقعد انعتق وكانت نفقته على نفسه ولو جنى الموقوف لم يبطل الوقف الا بقتله قصاصا و لو جنى عليه كانت القيمة للموقوف عليه)

(الرابعة لو وقف على اولاده اشترك او لاد البنين و البنات الذكور والاناث) عند المصنف وجماعة - ولكن المشهور بين الاصحاب انه ينصرف الى اولاده الصلي فلا يشمل اولاد الاولاد ولا اولاد البنين ولا اولاد البنات - واستدل للاول بصدق الولد على ولد الولد هكذا - ويدفعه - انه لا يكفي صدقه بماله من المعنى اللغوي بل الميزان صدقه بما هو المفهوم منه عرفا كما مر - ومع عدم القرينة لا يبعد انصرافه الى الصلي - نعم لو قال وقفت على اولاد اولادى كان فالمنساق منها الى الذهن الاعم من الطبقة الثانية وما بعدهم من الطبقات وكيف كان فالميزان هو الفهم العرفي (ولو قال من انتسب الى فهو لا اولاد البنين خاصة على قول) قد تقدم في مسئلة ما لو وقف على من نسب الى اب فراجع (الخامسة كل ما يشترطه الواقف من الاشياء السائغة لازم) لعموم وجوب (١) الوفاء بالشرط .

استيجار الارض لتجعل مسجدا

(السادسة) يجوز استيجار الارض لان تجعل معبدا ومصلى للناس لان ذلك منفعة محللة يجوز الاجارة لها - وهل نصير وقفا لو وقف - الاظهر عدمه لما مر من انه لا يصح وقف المنفعة ويعتبر في الموقوف ان يكون عينا - وهل يصح جعلها مسجدا ويصير بذلك مسجدا يترتب عليه احكامه من حرمة التنجيس ومكث الجنب والحائض وما شاكل ام لا - الاظهر هو الثاني لان المسجدية من العناوين الاعتبارية العقلانية الممضاة

شرعا ومورد الاعتبار نفس الأرض وهي التي تشرف بكونها متحيثة بحيثية كونها بيت الله تعالى . وهذا لا يكون في المنفعة اللهم الا ان يقال نفس قابلية الأرض لان تجعل مسجدا منفعة محللة يقع عليها الاجارة فيجعل الأرض مسجدا . مع ان المسجد اسم للموقوف مؤبدا كما عن جامع المقاصد ولذلك بنينا على ان عنوان المسجدية غير قابل للزوال فالأرض التي صارت مسجدا تكون مسجدا الى الابد . وما في ملحقات العروة تبعا للمحقق الاردبيلي من انه لا دليل على ان المسجد لا يخرج عن المسجدية ابدا غير تمام .

كما ان ما افاده في العروة في كتاب الاجارة من انه اذا قصد عنوان المسجدية لا مجرد الصلاة فيه وكانت المدة طويلة كمائة سنة او ازيد لا يبعد ذلك لصدق المسجد عليه ح - في غير محله . اذ لو اعتبر الدوام في المسجدية فلا مورد للاجارة المذكورة والافلاوجه لا اعتبار ان تكون المدة طويلة - ومع الاغماض عن جميع ما ذكرناه الشك في انه هل يصح جعل الأرض التي استؤجرت لان تجعل مسجدا - وهل يتحقق هذا العنوان بذلك ام لا - كاف في البناء على عدم التحقق وعدم ترتب آثار المسجد عليها ومع ذلك فالمسألة مشكلة - والاحتياط طريق النجاة .

حكم ما اذا شك في اعتبار قيد او خصوصية في

الموقوف عليهم

السابعة في الأوقاف العامة اذا شك في اعتبار قيد او خصوصية في الموقوف عليهم يكون هو فاقد له كما لو شك في مدرسة انها وقف على مطلق المشتغلين او خصوص العدول منهم او على من لا مسكن له او نحو ذلك - فهل يجوز له ان يسكن فيها ام لا يجوز الا اذا كان واجدا لذلك القيد قولان .

قد استدل للجواز بقوله (١) (ع) كل شيء يكون فيه حلال وحرام فهو لك حلال

ابدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه ونحوه غيره - بدعوى ان وقف المدرسة فيه حلال وهو مالم يقيد بقيد وحرام وهو ما قيد بقيد مفقود فيه فيحكم بجواز التصرف مالم يعلم حرمة - وبان الاصل عدم الاشتراط - فاصل الوقف للمشتغلين مثلا معلوم وتقيد بقيد مفقود فيه مرتفع بالاصل فالموضوع متحقق بضم الوجدان بالاصل ويترتب عليه حكمه وهو جواز التصرف - ولكن يتوجه على الاول انه انما يدل على ثبوت الحلية فيما شك في حليته وحرمة فهو اصل غير محرز - ومن الثابت في محله حكومة الاصل التنزيل وهو الاستصحاب عليه وهو في المقام يقتضي عدم الجواز لاصالة عدم الوقف بنحو يشمل - وبعبارة اخرى - اصالة حرمة التصرف في الاموال حتى يثبت المجوز - وعلى الثاني ان اصالة عدم الاشتراط لا تثبت وقوع الوقف على المطلق - ادغاية ما يدل عليه الاصل عدم اخذ القيد في الوقف وهذا اعم من وقوعه على المطلق - ودعوى العلم بان العقد واقع اما على المطلق او المقيد فاذا انتفى الثاني يثبت الاول - مندفعه بان مثبتات الاصول ليست بحاجة - فالظاهر عدم جواز التصرف .

وان علم انه وقف على جماعة كالذكور من اولاده مثلا وشك في ان الوقف عليهم خاصة - اومع اشترك الاناث - يكون ثبوت نصف الوقف على الذكور معلوما والنصف الاخر مردد بين ان يكون لهم او للاناث فيعامل معه معاملة المال المردد بين شخصين او طائفتين وحكمه التنصيف لقاعدة العدل والانصاف هذا اذا كان الوقف بنحو التوزيع و ان كان بنحو المصرف بحيث لو كان شاملا للاناث جاز الاقتصار على الصرف في الذكور يمكن ان يقال ان صرف المال في الذكور متيقن الجواز ويشك في جواز صرفه في الاناث والاصل يقتضي عدمه - فان قيل - انه في الفرض السابق يجري اصالة عدم الوقف على الاناث ويترتب عليه كونه بتمامه للذكور - قلنا - ان هذا الاصل لا يثبت كون تمام المال للذكور لعدم حججه في مثبتاته بل الاصل بالنسبة الى الزايد عن النصف عدم الوقف للذكور وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المحقق القمي ره حيث بنى على انه يقسم المال على الجميع بالسوية - اللهم الا ان يقال ان مورد كلامه قدما اذا لم يعلم انه وقف على الذكور خاصة -

او على الاناث كك اوانه لمطلق اولاده كما هو المفروض فى سؤال ذكر ذلك جوابا عنه وح ما افاده متين لكون المال ح مرددا بين طائفتين ومقتضى قاعدة العدل والانصاف توزيع المال بينهم بالسوية.

فى السكنى والعمرى والرقي

خاتمة - فى مسائل تتعلق بالسكنى والعمرى والرقي - وهى باجمعها ثابتة بالاجماع والنصوص المستفيضة الاتية جملة منها - والكلام فيها فى طى مسائل - الاولى - (يفتقر السكنى والعمرى والرقي الى ايجاب وقبول) بلا خلاف الا فيما لو اطلقها ولم يقرنها بالعمر او مدة فاحتمل بعضهم عدم احتياجها الى القبول - ومستند الحكم ان الاصل عدم انتقال شئ الى ملك الغير بدون قبوله - واستدل لعدم الاحتياج الى القبول فى صورة الاطلاق بانها ح بمعنى اباحة السكنى لجواز الرجوع فيها متى شاء كما سيجىء ويرده ان جواز الرجوع انما هو بعد انقضاء المسمى وهذا لا ينافى انتقال المنفعة اليه - ولا لزومها قبله.

وتفتقر ايضا الى (القبض) بلا خلاف بل عليه الاجماع فى جملة من الكلمات انما الكلام فى انه شرط الصحة او اللزوم - والمتيقن من دليل اعتباره وهو الاجماع الثانى.

ولا يعتبر فيها قصد القرية للاصل .

الثانية (وليست ناقلة) للعين بل انما هى تنقل المنفعة كما يشهد بهما النصوص المستفيضة (١) المتضمنة لان من جعل سكنى داره لغيره - يجب الوفاء به وورد العين بعده اليه ويجوز بيعها بعد انقضاء المدة او قبله مع اشتراط ان لا يستحق المشتري السكنى فى تلك المدة اذ لو كانت العين منتقلة عنه لما جاز بيعها له - وقوله جعل سكنى داره لغيره

ظاهر فى تملكها اياه لاحظ-خبر (١) حمران عن السكنى و العمرى فقال الناس فيه عندشروطهم ان كان شرط حياته فهى حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار- وخبر (٢) الكنانى عن الصادق (ع) عن السكنى و العمرى فقال عليه السلام ان كان جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم ان يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول - وصحيح (٣) الحسين بن نعيم عن ابي الحسن موسى (ع) عن رجل جعل دار سكنى لرجل ايام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده هل هى له ولعقبه من بعده كما شرط قال نعم قلت فان احتاج يبيعها قال نعم قلت فينقض بيع الدار السكنى قال عليه السلام لا ينقض البيع السكنى كك سمعت ابي يقول قال ابو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن تبعه على ان الذى اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقض السكنى كما شرط وكذا الاجارة الحديث ونحوها غيرها- فماعن الشيخ فى العمرى من انها لا ترجع الى المالك ضعيف لامستدله سوى ماعن الدروس من رواية جابر- ولعله اراد بها ما رواه (٤) عن النبى صلى الله عليه وسلم ايمان رجل اعر عمرى له ولعقبه فانما هى للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاها - وهو مضاف الى ضعف سنده محجوج بما مر .

الثالثة ان من يسكن غيره داره - تارة يعين للسكنى مدة معينة كعشر سنين مثلاً ويسمى بالرقبى - و اخرى يجعلها له مدة عمر المالك او الساكن ويسمى بالعمرى - وثالثة - يجعلها له من غير تعيين مدة - وهى السكنى - ثم انه فى العمرى كما يجوز تعليق العمر على عمر المعمار - يجوز اضافة عقبه اليه بحيث يجعل المنفعة بعده لهم مدة عمرهم او مدة معينة ويدل على مشروعية جميع تلكم - النصوص - ولا يهم البحث فى ان النسبة بين هذه

١- الوسائل باب ٢ من ابواب السكنى والحبس حديث ١

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب السكنى والحبس حديث ١

٣- الوسائل باب ٢٤ من ابواب الاجاره حديث ٣

٤- التذكرة ج ٢ ص ٢٢٩

العناوين الثلاثة عموم مطلق بان يكون السكنى عامة للجميع وح ان اقترنت بالمدة يطلق عليها الرقى ايضا - وان اقترنت بالعمر يقال لها العمرى - او تكون النسبة عموما من وجه كما عن الاكثر - لاجتماع السكنى مع كل منهما فيما لقرن تملك المنفعة بالسكنى و مشخصات احدهما كالسكنى مدة العمر فى العمرى ومدة معينة فى الرقى - وافتراقها عن كل منهما باقتران التملك بالسكنى خاصة ويفترقان عنها بتجرد التملك عن الاسكان وتقييد بالعمر او المدة - فان ذلك كله امور اصطلاحية لامشاحة فيها - بناء على ما هو الحق من عدم اعتبار لفظ خاص فى ما ينشأ به هذه العناوين كما فى ساير عناوين العقود والايقاعات - نعم - فى خصوص جريان العمرى والرقى فى غير المسكن: كلام سنن تعرض له انشاء الله تعالى .

وعلى مامر (فان عين مدة لزومت) ولا يجوز له الرجوع ما لم ينقض المدة (ولو مات المالك قبلها) كما هو المشهور بل صرح جماعة بجهالة القائل بخلافه - ويشهد به مضافا الى ما دل على لزوم العقد مطلقا خصوص روايات تقدمت جملة منها - دالة على وجوب العمل بالشرط - فما - عن الشيخ والحلى من عدم لزومها كالعمرى اما مطلقا كما عن الاول او مع عدم قصد القرية كما عن الثانى - ضعيف .

(وكذا) لا يجوز الرجوع (لو قال له عمر ك) ولا تبطل بموت المالك (فان مات الساكن بطلت) عند الاكثر بل عليه عامة من تاخر - لمامر - وعن الاسكافى انه اذا مات المالك واراد ورثته اخراج الساكن نظر الى قيمة الدار فان كانت تحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم اخراجه وان كانت تنقص عنه كان ذلك لهم - واستند فى ذلك الى ان المالك لا يملك منفعة الدار بعد موته وانما له ان يملكها اذ لم تزدد على الثلث - والى خبر (١) خالدين نافع البجلي عن ابي عبد الله (ع) - ويتوجه على الاول ان المالك فى حال حياته يملك المنفعة المرسلة وله ان يملكها كما مر فى الاجارة - وعلى الثانى انه ضعيف السند

لمخالذ الذى هو اما مى مجهول ولغيره - مع انه فيما لوجعل له مدة عمر المالك .
(ولو قال) اسكتك (مدة حياتى بطلت بموته ولومات الساكن قبله انتقل
الحق الى ورثته مدة حياته) بلاخلاف ويشهد به ما دل على لزوم العقد والنصوص
المشار اليها - وفى خصوص الحكم الثانى ادلة الارث - وصحيح (١) محمد بن قيس
عن الباقر (ع) عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى فى العمرى انها جائزة لمن اعمرها فمن اعمر
شيئا مادام حيا فانه لورثته اذا توفى .

(ولو) اطلق السكنى و (لم يعين) لهامدة معلومة ولاعمر ا اصلا صحح السكنى
بلاخلاف ولكن (كان للمالك اخراجه متى شاء) - بلاخلاف - لموثق (٢) الحلبي
عن ابي عبد الله (ع) فى حديث - عن رجل اسكن رجلا ولم يوقت له شيئا قال يخرج
صاحب الدار اذا شاء - ونحوه صحيحه (٣) الاخر اوحسنه .

ثم انه وقع الخلاف فى انه هل يلزم الاسكان ولو فى الجملة كيوم ونحوه مما يسمى
اسكانا فى العرف والعادة ام هى ح من العقود الجائزة - نسب الشهيد الثانى الثانى
الى الاكثر - وعن التذكرة والمحقق الثانى وصاحب الكفاية اختيار الاول - وهو الاظهر
لعموم (٤) وجوب الوفاء بالعقد ولزومه وليس فى نصوص الباب ما ينابى فى ذلك فانها
تدل على ان له ان يخرج من الدار متى شاء ومن المعلوم ان الاخراج انما يكون بعد
الاسكان (ودعوى) ان السكنى بهذا النحو باطلة للغرر والمتيقن من الدليل صحتها
فهى غير مشمولة لادلة وجوب الوفاء بالعقد كى يحكم بلزومها (مندفة) بان
دليل الصحة يقيد دليل نفي الغرر - فهو عقد صحيح - مشمول لدليل وجوب الوفاء -
ثم لومات المالك والحال هذه هل تبطل السكنى بالمرة - لانها بعد تحقق المسمى من
العقود الجائزة و هى تبطل بموت احد المتعاقدين - ام لا تبطل غاية الامر لورثة
المالك اخراجه كما كان لنفسه - وجهان اظهرهما الثانى - لما مر من عدم الدليل على
هذه الكلية - اى بطلان العقد الجائز بالموت .

١- الوسائل - باب ٨- من ابواب كتاب السكنى والحيس حديث ٢-

٢-٣- الوسائل باب ٤- من ابواب كتاب السكنى والحيس . حديث ١٠٠٢

٤- المائدة آية ٢-

الثالثة (ولو باع المسكن لم تبطل السكنى) ان وقت بامداد عمر على المشهور لصحيح الحسين بن نعيم المتقدم وهو كما يدل على عدم بطلان السكنى يدل على صحة البيع - ومعه لا يصغى الى ما عن المختلف والتذكرة والقواعد من الاستشكال فى الصحة - وعن التحرير القطع بعدمها - نظرا الى ان المقصود من البيع هو المنفعة - ولذا لا يجوز بيع مالا منفعة فيه و زمان استحقاق المنفعة فى العمرى مجهول - لكونه اجتهادا فى مقابل النص - مع انه فى نفسه غير تام فانه يمكن ان يشتري العين مسلوقة المنفعة فى مدة لغرض له فيها - والمانع عن صحة البيع الجهل بالمبيع - ولا يعتبر العلم بالمنفعة قطعاً ولذا يصح بيع مالا يعلم منفعته .

الرابعة (وللساكن ان يسكن بنفسه ومن جرت عادته باسكانهم كالسولد والزوجة والمملوك والخادم) - لاقتضاء اطلاق السكنى باقسامها الثلاثة حيث تتعلق بالمسكن ذلك - وما عن النهاية والقاضى وابن حمزة من الاقتصار على ذكر الولد والاهل - يكون مرادهم منه التمثيل كما فهمه المتأخرون (وليس له اسكان غيره من دون اذنه ولا اجازته) على المشهور اقتصاراً فيما خالف الاصل على مقدار الاذن والترخيص (وعن) الحلّى ان له اسكان من شاء واجارته ونقله كيف شاء محتجا بانه ملك المنفعة بعقد لازم فيجوز له التصرف فيها مطلقا كما لو تملكها بالاجارة .

اقول لاشكال كما مر فى ان السكنى انما تكون تمليكا للمنفعة - و لكن تمليك المنفعة تارة يكون بنحو الاطلاق و اخرى يكون بتمليك حصّة خاصة منها وهى قابلية الدار مثلا لسكنى الساكن نفسه و من يتعلق به لامطلق مسكنية الدار - و على الاول وانصح نقل المنفعة كيف شاء ولكنه لا يجوز على الثانى اذ لا مملوك له حتى يملكه - و المدعى ان ظاهر السكنى هو كون نقل المنفعة من قبيل الثانى - فان قلت - ان سكنى الدار بالمعنى القائم بالساكن و ان كانت كلية ولها حصص لكنها ليس منفعة الدار وبالمعنى القائم بالمسكن الذى هو موجود بالقوة تكون جزئية بتبع وجود

القابل فلا تقبل التقييد - قلنا ان الموجود بالقوة اذا كان مضائفه غير متعين يكون هو ايضا غير متعين قابلا للتقييد و مضائف مسكنية الدار القائم بالسكن غير متعين لان سكنى زيد غير سكنى عمرو و هكذا فمسكنية الدار ايضا كك و يقال ان مسكنيتها بالقوة بالنسبة الى سكنى زيد - غير مسكنيتها بالاضافة الى سكنى عمرو - و هذا من شان مقولة الاضافة و الامور الموجودة بالقوة فكون الموجود بالقوة جزئيا لا ينافي كونه لامتعين فيقبل التعينات الخاصة ويقبل بقاءه على حاله مسن عدم التعين فيكون مطلقا .

الحبس

الخامسة - في الحبس ولم يتعرض الاكثر لاحكامه مستوفى ولم يتعرضوا للعقده ولا اعتبار القبض فيه و ماشاكل (و) انما ذكروا ضابط صنف من الحبس - قالوا (كلما يصح وقفه يصح اعماراه كالمملك والعبد والاثاث) والحق ان يقال ان كلما يصح وقفه يصح حبسه لعموم ادلة لزوم الوفاء بالعقد - و ما دل على صحة الوقف و لزومه بناء على ما تقدم من عدم اخذ الدوام في الوقف - وعليه فجميع ما ذكرناه من الاحكام و الشروط في الوقف جارية في الحبس - والظاهر انه لاخلاف بينهم في شىء منها - ولعله لذلك لم يستوفوا احكامه في المقام و قدم في بعض مسائل الوقف ما يوضح ذلك .

(و) انما الكلام في المقام في موردين - الاول في اعمار غير الدار كما اذا حبس فرسه مثلا مدة عمر المالك او المحبوس له و الظاهر صحته لعموم الادلة - و لخصوص صحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى في العمرى انها جائزة لمن اعمارها الحديث - وصحيح (٢) يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم يخدمه فيقول هي لفلان تخدمه معاش

١ الوسائل باب ٨ . من ابواب كتاب السكنى والحبس - حديث ٢

٢ - الوسائل باب ٦ . من ابواب كتاب السكنى والحبس - حديث ٢

فاذامات فهي حرة فتباق الامة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين اوستة ثم يجدها ورثته لهم ان يستخدموها قدما ابقت قال عليه السلام اذامات الرجل فقد عتقت - فانه يظهر منه ان اعمار الجارية كان جوازه مفروغا عنه و الامام عليه السلام قرره على ذلك - و مثله خبر (١) على بن معبد وغيره - وهل يجوز جعله له غير موقت الاظهر ذلك لاطلاق الادلة.

الثاني في خصوص (مالو حبس) ماله لغير انسان كما لو حبس (فرسه او غلامه في خدمة بيوت العبادة او في سبيل الله) فامشهور انه ي (لمزم ما دامت العين باقية) وهو كك للاجماع و اطلاق ادلة الوقف - والسيرة القطعية - وفي المقام روايتان تمسك بهما صاحب الكفاية له - وفي سند احداها - ودلالة الاخرى تامل فالاعراض عن ذكرهما اولى - ثم انه هل يملك ما حبس له من البيت ونحوه كما عن المصنف ره في التذكرة ام لا بل يكون مالا بلا مال لا يهمننا التعرض له لعدم ترتب الاثر عليه - والحمد لله اولوا آخره .

الفصل الثالث في الوصايا

وهي جمع وصية - ففي التذكرة هي مشتقة من قولهم وصى اليه بكذا يصيه صية اذا وصل به و ارض واصية اي متصلة البنات فسمى هذا التصرف وصية لما فيه من وصلة القرية الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة في الحياة فكانه وصل تصرفه في حياته بتصرفه بعد مماته - ونحوه عن جامع المقاصد - وعن المبسوط الوصية مشتقة من وصى يصى - و ظاهرهم كونها مشتقة من الثلاثي بمعنى الوصل - وفي الرياض هي من وصى يصى او اوصى يوصى او وصى يوصى واصلها الوصل سميت به لما فيها من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة - ونحوه عن الروضة - و قريب منهما ما في العروة - و ظاهرهؤلاء الترديد في ان الوصية مأخوذة من الثلاثي او الرباعي - وفي الجواهر الوصايا جمع وصية من اوصى يوصى او وصى يوصى قال في الصحاح اوصيت له بشيء او اصيت اليه اذا جعلته وصيك والاسم الوصاية بالكسر

والفتح ووصيته ووصيته ايضا توصية بمعنى - الى ان قال وصيت الشيء بكذا اذا وصلته به وذكر غير واحد من الاصحاب ان الوصية منقولة من وصى بصى بالمعنى الاخير الى ان قال والاولى نقلها من الوصية بمعنى العهد .

اقول الظاهر تمامية ما في الجواهر كما صرح به جمع من اهل اللغة في كتبهم كالصالح والقاموس والمنجد - ومحصلة ان الوصية انما هي اسم مصدر للايصاء او التوصية لا مصدر للثلاثي ولا اسم مصدر له - وانها بمعنى العهد لا غير كما يرشد الى ذلك الايات القرآنية - وهي قوله تعالى (١) «وصية لازواجهم» وقوله تعالى (٢) «من بعد وصية يوصى بها او دين - ومن بعد وصية يوصى بها اودين ومن بعد وصية توصون بها اودين» وغير تلكم من الايات بل الرابع المأخوذ منه الوصية - ايضا استعمل في ضمن ساير مشتقانه في الكتاب بمعنى العهد - لاحظ الايات (٣) «اذوصاكم الله بهذا» (٤) «ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون» «ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون» (٥) «ولقد وصينا الذين اتوا الكتاب «ووصينا الانسان بوالديه حسنا» (٦) الى غير تلكم من الايات الكريمة .

ثم انه حيث لا يكون للشارع اصطلاح خاص في الوصية وانما اطلقت على التصرف الخاص وهو العهد في حال الحياة بما بعد الوفاة - لكونه من «صادق معناها العام - فالصحيح ان يقال انها في عرف المسترعة والفقهاء عبارة - عن العهد بشيء من تمليك عين او منفعة او تسليط على التصرف في حال الحياة بما بعد الوفاة - وانما اضعنا اليه - او تسليط على التصرف فرار أعما اورد على تعريف الشرايع المنسوب الى اكثر الاصحاب بانها تمليك عين او منفعة بعد الوفاة - بانه يلزم خروج الوصية بالولاية على الثلث وبالولاية على الاطفال والمجانين مع انها من الوصية - وعليه فالمتعين ما في

١- البقرة آية ٢٤٠ ٢- النساء آية ١٢

٣- الانعام آية ١٤٤

٤- الانعام آية ١٥١-١٥٢

٥- النساء آية ١٣١ ٦- العنكبوت آية ٨

التذكيرة من اضافة قيد التبرعية لاجراج الوصية بالبيع والتمليك معاوضى .
ثم ان الوصية اما تمليكية او عهديّة - وبعبارة اخرى قد تكون تمليك عين او منفعة -
وقد تكون تسليط على حق او فك ملك - وقد تكون عهدا متعلقا بالغير - وقد تكون عهدا
متعلقا بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه .

والاصل فى شرعيّتها بعد اجماع المسلمين عليها كافة الايات المتكاثرة - قال
الله (١) تعالى « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين و
الاقربين » والنصوص المتواترة - ياتى الى جملة منها الاشارة - مضافا الى النصوص
المستفيضة الواردة فى فضلها والامرة بها - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) الوصية
حق وقد اوصى رسول الله (ص) فينبغى للمسلم ان يوصى - وخبر (٣) الكتانى عن الصادق (ع)
عن الوصية قال عليه السلام هي حق على كل مسلم - وخبر (٤) سليمان بن جعفر عنه عليه السلام قال رسول
الله عليه السلام من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا فى مروته وعقله - والنبوى (٥) الخاصى
ما ينبغى لامرأ مسلم ان يبيت ليلته الا ووصيته تحت رأسه - والنبوى (٦) من مات بغير وصية
مات ميتة جاهلية الى غير تلكم من النصوص - (٧) لهذا قال المصنف ره (هى واجبة) و
لكنها حملت على تأكيد الفضيلة - بل الظاهر عدم استفادة ازيد منها من مجموع النصوص
بعضها الى بعض - أو على الوصية بالامور الواجبة كالخمس والزكاة المفروضة
وسياى تمام الكلام فيه .

حكم القبول فى الوصية

ثم ان الكلام فى هذا الفصل - يقع فى مطالب - الاول - فى عقد الوصية وما يلحق
به و فيه مسائل - الاولى - (لا بد فيها من ايجاب) اجماعا (و قبول) بلا خلاف

١ - البقرة اية ١٨٠

٢ - ٣ - ٥ - ٦ - الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١ - ٢ - ٣ - ٧ - ٨

٣ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١

في الجملة بل عليه الاجماع عن الغنية - اما اعتبار الايجاب - فلما مر مرارا من ان بناء الشارع الاقدس على عدم الاعتناء بالالتزامات والبنائات النفسانية ما لم تبرز - و اما اعتبار القبول - ففيه وجوه وبعضها اقوال (١) عدم اعتباره مطلقا بل يكون الرد مانعا اختاره بعض مناخري المتأخرين (٢) عدم اعتباره فسي الوصية العهدية و اعتباره في النمليكية (٣) اعتباره فيها مطلقا وهو المشهور (ثم ان) القائلين باعتباره فيها - اختلفوا في انه جزء السبب - او شرط تأثيره - على وجه النقل او الكشف وانه لا دخل له في انتقال الملك بل ينتقل الملك بمجرد الموت لكنه متزلزل فاذا حصل القبول استقر - نسب الاول الى المختلف والشرائع وجماعة - ونسب في المسالك الثاني الى الاكثر - والثالث محكي عن المبسوط (ثم ان) الظاهر من استدلالهم ارادتهم من الجزئية او الشرطية الجزئية او الشرطية للوصية - و عليه ففي المقام قول آخر اختاره بعض محشي العروة وهو عدم اعتباره في تحقق الرصية بل هي من الايقاعات ولكنه جزء السبب للملكية .

والحق عدم اعتبار القبول مطلقا - وذلك لوجوده (الاول) صدق الوصية على انشاء الموصي فمقتضى اطلاق ادلة نفوذ الوصية نفوذها وصحتها و ترتب الاثر عليها ولو لم يقبل (ودعوى) انها مسوقة لبيان حكم الوصية بعد احرازها باعتبارها من شرائط الموصي والموصى له - والموصى به (يردها) ان آية (١) المشروعية مطلقة سيما بواسطة ما في ذيلها من قوله «ومن خاف من موص جفأ» الظاهر في استثناء ذلك من حرمة التبديل ونفوذ الوصية اذا استثناء دليل العموم (الثاني) انه لا خلاف بينهم في صحة القبول بعد الموت اي موت الموصي ولو كان القبول دخيلا فيها ولم تكن الوصية من الايقاعات لما صح ذلك فانه لا يعقل صدق العقد على ربط التزام بالتزام معدوم بموت صاحبه (الثالث) النص - ووص الاتية الدالة على وجوب العمل بالوصية على الموصى اليه اذا لم يرد او اذارد ولكن لم

يلغ الموصى الرد - فان ذلك ينافي اعتبار القبول .

وقد استدل على اعتبار القبول فيها مطلقا - او في خصوص التمليلية منها جزءا أو شرطا - أوفى تحقق الملكية - بوجوه .

الاول ماهو المشهور بينهم بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه من كون الوصية التمليلية من العقود واعتبارها في العقد من الواضحات - ولازم ذلك كونه جزء (وفيه) ان ذلك ينافي ما لا خلاف فيه بينهم من انه يصح القبول بعد الموت - بل في صحة القبول قبل الموت قولان ومن المعلوم ان الموت قبل القبول مانع عن تحقق العقد الذي حقيقته ربط احد الالتزامين بالآخر - وايضا ينافيه ما ذكره من اعتبار التوالى بين الايجاب والقبول مستندا الى عدم صدق العقد مع الفصل الطويل .

الثاني ان نفوذ الوصية التمليلية خصوصا للاشخاص ينافي قاعدة السلطنة على النفس وقرب بعضهم هذا الوجه بان ادلة الوصية غايتها الدلالة على نفوذ عهد الانسان عند موته فيما كان قبله تحت سلطانه وان سلطنته عليه باقية اذا عهد فيه بامر واما كونه سلطانا عند موته على مالم يكن سلطانا عليه قبل ذلك كما هو قضية الملك التهرى فلا تدل عليه (وفيه) ان ادلة نفوذ الوصية ليست مفادها ما ذكر بل مفادها نفوذ الوصية بقول مطلق - واما قاعدة السلطنة - فيدفعها - اولا - انه مع وجود الدليل لامانع من الالتزام به وكم له نظير فان حصول الملك التهرى كثير - اليس الانسان يملك في ذمة من اتلف ماله عوض ماله - وكذا من جنى عليه بما يوجب الدية - اليس الارث من الملك القهرى - وكذا الوقف وهكذا فلا مانع من كون المقام كك - وقد التزم الاصحاب في الوصى بانه لومات الموصى قبل الرد ليس له ان يرد - واجابوا عن محذور اثبات الحق على الوصى قهرا - بانه لا محذور فيه مع دلالة الدليل عليه فليكن المقام كك - وثانيا ان الجمع بين قاعدة السلطنة وادلة نفوذ الوصية على فرض عدم تمامية ما ذكرناه انما يكون بجعل الرد مانعا ولا يوجب كون القبول جزءا أو شرطا - وبما ذكرناه يظهر اندفاع

ما قبل - من ان ذلك عديم النظير .

الثالث ما يظهر من الشيخ الاعظم - وهو اصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول - ويرده انه لا مجال للرجوع الى الاصل مع الدليل وقدم وجوده (فتحصل) ان الاظهر كون الوصية من الايقاعات مطلقا وان القول بدخول القبول فيها ضعيف - والاجماع المدعى عليه في الجملة بعد معلومية مدرك المجمعين كما ترى - واضعف من ذلك القول بكونها من الايقاعات ومع ذلك يعتبر القبول في تحقق الملكية لقاعدة السلطنة أو لان ادلة نفوذ الوصية انما تدل على نفوذها على نحو ما كان له في حال الحياة - اذ لا تتعقل نفوذ الوصية وصحتها ومع ذلك لا يترتب عليها اثرها وهو الملكية ولو اقتضى ما ذكر في وجهه شيئا لا يقتضى عدم صحتها بدون القبول ولولا الاجماع ونسالم الكل لقلنا بعدم مانعية الرد عنها - ولكن قال المحدث البحراني ظاهرهم الاتفاق عليها - وتكرر في كلمات الشيخ الاعظم دعوى الاجماع عليها - وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليها - وكفى بذلك حجة لها (ولا يخفى) ان ذلك بالنسبة الى الموصى له واما الموصى اليه اى الوصى فسياتي الكلام فيه .

ثم ان المتيقن من دليل الرد المانع مانعية الرد بعد الموت قبل القبول - ففي غير ذلك يبنى على عدم المانعية - توضيح ذلك انه - تارة يكون الرد بعد الموت وقبل القبول - واخرى يكون بعد الموت والقبول والقبض - وثالثة يكون بعد الموت وبعد القبول لكن قبل القبض - ورابعة يكون في حال الحياة - اما الصورة الاولى فالظاهر من كلماتهم كون مانعية الرد فيها من المسلمات - واما في الثانية فالظاهر عدم الخلاف في عدم مانعيته - واما في الثالثة فعن الشيخ وابن سعيد مانعيته وان الرد قبل القبض يؤثر في البطلان (واستدلالة) باشتراط القبض في صحتها - لا اشتراكها مع الوقف والهبة في العلة المقتضية وهي العطية المتبرع بها مع اولوية الحكم في الوصية من حيث انها معلقة فيها بخلاف العطية في الهبة والوقف فانها فيهما منجزة (وفيه) ان الاظهر عدم اشتراط القبض فيها كما هو المشهور - وما ذكر في وجه اعتباره استحسان محض لا يستند

اليه في الحكم الشرعي (فان قيل) ان الوصية من العقود الجائزة عندهم كما ادعى الاجماع عليه في الجواهر فكيف لا يؤثر الرد في بطلانها (قلنا) او لا ينتقض بالرد بعد القبول وثانيا ان جوازها بعد تماميتها عقدا كانت او ايقاعا خلاف اطلاق الأدلة لوجه الالتزام به - فالأظهر عدم تأثير الرد في هذه الصورة ايضا - واما في الرابعة - اي ما لو كان الرد في حال حياة الموصي - فالظاهر عدم بطلانها اذا كان الموصي باقيا على ايجابه منتظرا لان يدوله فيقبله (ودعوى) الاجماع على بطلان الايجاب في جميع الموارد بالرد ولذا قالوا في سائر العقود انه اورد بعد الايجاب ليس له القبول بعده - ولورد العقد الفصولي ليس له ان يجيزه وهكذا (مندفعة) بان الاجماع المشار اليه على فرض وجوده ليس تعديبا وانما يكون مدرك المجمعين عدم صدق العقد على الايجاب و القبول المتخلل بينهما الرد وان الرد يوجب حل الالتزام الايجابي ويجعله كان لم يكن او غير ذلك من الوجوه الفاسدة كما حقق في محله - وعليه فلا مانع من البناء على الصحة لو قبل بعد الرد .

هذا كله في الرد - و اما القبول على القول باعتباره فان كان بعد الموت صح اجماعا - وان قبل قبل وفاته فمن جماعة منهم المصنف ره في محكي القواعد عدم صحته - واختاره المحقق الثاني ره (وعله) بان الوصية تمليك بعد الوفاة فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية - وان القبول اما كاشف او جزء السبب وعلى كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت اذ الكاشف عن الشيء لا بد وان يتاخر عنه ويمتنع الملك قبل وفاة الموصي - وان جعل جزء سبب لزم منه حصول الملك من حينه وهو هنا ممتنع (ولكن) يتوجه على الاول - ان القبول بعد الايجاب ليس كالقبول قبله - وايضا ان القبول ليس الا الرضا بالايجاب فاذا صح الايجاب كيف يعقل عدم صحة القبول - و يتوجه على الثاني انه يلتزم بكونه جزء السبب ولكنه لا يستلزم حصول الملك من حينه لعدم كونه تمام السبب فالأظهر ان له القبول في حال حياته - ومما ذكرناه في الرد ظهر صحة القبول بعد الرد كان الرد في حال حياة الموصي او بعد وفاته الا ان يكون في حال الحياة والموصي يرفع اليد عن وصيته - فتدبر .

ايقاع الوصية بالفعل الدال عليها والكتابة

(٩) الثانية الاظهر انه يكفى فى تحقق الوصية كل ما دل عليها من الالفاظ لاطلاق الادلة - بل (يكفى) كل فعل دال عليها - حتى (الاشارة والكتابة مع قرينة الارادة) ولو فى حال الاختيار .

اما الانشاء بالفعل غير الكتابة فلما مر فى ابواب العقود المتقدمة من ان جريان المعاطاة و المراد بها الانشاء بالفعل مما يقتضيه القاعدة اى اطلاق ادلة المعاملات بالمعنى اعم - فان قيل ان الوصية اتفقوا على انها من العقود والعقد لا يتحقق بالفعل - قلنا - انها ليست من العقود كما مر - مع ان العقد ليس من مقولة اللفظ بل هو من مقولة المعنى و حقيقته رباط احد الالتزامين بالآخر و اللفظ كالفعل مبرز له لانه مصداق له .

واما الانشاء بالاشارة فالامر فيه اوضح من الانشاء بساير الافعال - ولا ينبغى التوقف فى صحة انشاء الوصية بها لما ترى بالوجدان ان العقلاء فى مقام تفهيم مراداتهم من الامر والنهى وغيرهما يبرزونها بالاشارة - و ليس الانشاء الا برباز الامر النفسانى بداعى تنفيذ العقلاء والشارع ذلك الامر - وليست هى كالاغطاء ذار جوه كى يقال انها قاصرة عن افادة المطلوب و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ وصحة الوصية بالاشارة حتى على القول بعدم صحة الانشاء بالفعل (٩) لافرق فى ذلك بين (التعذر لفظا) والتمكن منه - فمافى المتن وعن غيره من التقييد بالتعذر بل وبعدم القدرة على التوكيل لاجله - وما عن جامع المقاصد من انه مع امكان النطق لا تكفى الاشارة لانقضاء دليل الصحة كما ترى فانه يتم لو كان دليل الاكتفاء بها الاجماع واما حيث عرفت انه العمومات والاطلاقات فلا يتم .

واما الكتابة اذا علم كونها بعنوان الوصية - فبدل على الاكتفاء بها العمومات على ما مر (ودعوى) ان الكتابة ليست مصداقا فى العرف والعادة لعنوان عقد او ايقاع

فليست آلة لايجاد عنوان بها كما عن المحقق النائيني ره (مندفعة) بان عناوين العقود والایقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية واللفظ وكذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك وعليه فكما يصح الاخبار بالكتابة كك بصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله - ولا فرق في ذلك بين العاجز عن التكلم كالاخرس وغيره .

ثم ان في المقام خبرا استدله تارة للقول بالصحة - و اخرى للقول بالبطلان و ثالثة - للتفصيل بين ما اذا عمل الورثة ببعض المكتوب فيلزمون بالعمل به - وبين ما اذا لم يعملوا ببعضه فلا يلزمون به نسب الى الشيخ في النهاية - ورابعة للتفصيل بين الولد وغيره من الورثة - وهو خبر (١) ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا انه كتب كتابا فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره - وعن النذكرة روايته هكذا ان كان له ولد ينفذون شيئا منه وجب عليهم ان ينفذوا كل شيء - واستدل به للصحة - بانه يدل على الصحة بالنسبة الى الولد - فبعدم القول بالفصل ثبت في غيره - و البطلان بانه يدل على ان التنفيذ كك من خواص الولد نظير قضاء الصلاة و الصوم فدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول فيقيد به العمومات - وللتفصيل الاول بظهور النقل الثاني فيه - وللثاني منه بان منطوقه يدل على صحة الوصية بها للولد و مفهومه يدل على عدم الصحة بالنسبة الى غيره من الورثة - وربما يناقش فيه من حيث السند .

اقول اما سنده فالظاهر اعتباره فان الصدوق يرويه عن احمد بن زياد بن جعفر الهمداني عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابراهيم بن محمد الهمداني - و احمد بن زياد ثقة - وعلي بن ابراهيم من الاجلاء - وابوه مقبول الحديث بل من الثقات - وكذا ابراهيم (واما دلالة) فالذى يظهر لي منه انه يدل على ان الكتابة المجردة من دون ان يكون

هناك قرينة تشهد بكونها بعنوان الوصية وبداعى انشائها لان تكون حجة على الوصية اذ من الجائز انه انما كتب ذلك لبنظر فيه ثم يوصى بعد ذلك وهذا لا يربط له بما هو محل الكلام بل هو الذى قاله المصنفه بقوله (و لا يجب العمل بما يوجد بخطه) نعم اذا عمل الولد ببعض الوصية كان ذلك اعترافا منه بالعلم بانه اوصى بذلك فيؤخذ باعترافه - وعليه فيمكن القول بدلالته على صحة الانشاء بها اذ لو لم تصح لما كان وجه لاخذ الولد باعترافه - ولا يحتمل الاختصاص بالولد - فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال .

اذا اوصى بالمرين وقبل الموصى له احدهما

الثالثة - المعروف بين الاصحاب انه لو اوصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما ورد الآخر صح فيما قبل وبطل فيما رد و كذا لو اوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعا او مفروزا ورد بعضه الآخر - واستدل له جماعة منهم الشيخ الاعظم به بانحلال العقد على الجملة الى عقود متعددة كانحلال العقد المشروط الى ذلك و لذلك صح تبعض الصفقة كما صح العقد مع فوات وصف الصحة وغيره من الشروط فى ضمن العقد - واورد عليه بانه يعتبر المطابقة بين الايجاب والقبول و هى مفقودة فى المقام - و اجاب عنه صاحب الجواهر ره تارة بان الوصية ليست من العقود المعترية فيها المطابقة لتحقق اسم العقد الذى هو الايجاب و قبول ذلك بالايجاب بها - واخرى بانه فى الوصية لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الايصاء بكل منهما من غير مدخلية لاجتماعهما و انفرادهما - ولعله الى هذا يرجع ما افاده المحقق الثانى ره من ان الوصية لما كانت تبرعا محضا لم ترتبط اجزاؤها ببعضها ببعض فكما يصح قبولها جميعا يصح قبول بعضها .

اقول اما على المختار من ان الوصية من الايقاعات فالامر ظاهر فان الوصية قد تمت بالايجاب غاية الامر ان الموصى له رد الوصية فكما ان له رد الكل له رد البعض -

وكذلك على القول بأن القبول من قبيل الشرط لأجزاء للعقد (ودعوى) أنه لا إطلاق يشمل الوصية ببعض لأن كل جزء وإن كان موضوعاً للوصية لكنه في حال الاجتماع ولا يشمل حال الأفراد فلا موضوع لدليل الصحة و النفوذ (فيها) أو الانقضاء بما إذا وصى بما يزيد على الثلث فلم يقبل الورثة فإنه لا إشكال في صحة الوصية بالنسبة إلى الثلث فيستكشف من ذلك شمول دليل الوصية للوصية ببعض - وثانياً بالحل بأن الوصية بشيئين وصية بكل منهما لأن الوصية توزع عليهما فلكل منهما نصف الوصية فإن الوصية من قبيل الوجود فكما أنه لو أوجد شيئين في الخارج أو الذهن يصح أن يقال أنه أوجد كلاهما كك في الوجودات الاعتبارية فكل من الشيئين يتعلق به الوصية فيشملها إطلاقاً أدلة الصحة - وأما على القول بأن القبول جزء للعقد فبعد انحلال العقد إلى عقدين يكون قبول أحدهما مطابقاً لإيجابه ولم يسد دليل على اعتبار المطابقة بين القبول ومجموع ما أنشأ بإيجاب واحد - ولذلك بنينا على صحة البيع مع تبعض الصفقة ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين مالو علم من حال الموصى إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع وبين مالو علم من حاله عدم قصد له في الاجتماع إذ المدار في الانشائات على الانشاء 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 ويشهده الآية الكريمة (١) « فمن خاف من موص جنفا أو اثماً » وفي خبر (٢) محمد بن سوفة عن الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه الآية فقال عليه السلام نسختها التي بددها فمن خاف من موص جنفا أو اثماً قال يعنى الموصى إليه أن خاف جنفا من الموصى إليه في ثلثه فيما وصى به إليه مما لا يرضى الله عز ذكره

من خلاف الحق فلائمه عليه اى على الموصى اليه ان يرده الى الحق والى ما يرضى الله عز وجل فيه من سبيل الخير - وفى المرسل (١) المضمرة ان الله تعالى اطلق للموصى اليه ان يغير الوصية اذالم تكن بالمعروف وكان فيها حيف ويردها الى المعروف لقوله عز وجل فمن خاف من موص جنفا او اثما الاية - والمراد من التبديل فى الخبرين ما لا ينافى البطلان لان المراد تبديل الوصية بصرف المال فى المحرم الى صرفه فيما هو حلال اذ تبديل الوصية بما زاد على الثلث الى الثلث معناه البطلان فيما زاد عليه كما هو واضح ويمكن ان يستدل لبطلانها بانصراف ادلة الوصية عنها فهى باقية تحت اصاله المنع وعدم امكان تنفيذها - فهى كالوصية بغير المقدور اذ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً (فلو اوصى المسلم ببناء كنيسة لم تصح) .

جواز رجوع الموصى فى الوصية

الخامسة (وله) اى للموصى ان يرجع (فيها) اى فى الوصية متى شاء فى مرض أو صحة بلا خلاف اجدده فيه وبه صرح غير واحد ويشهد به نصوص كثيرة - كموقوف (٢) يريد المعجل عن ابي عبد الله (ع) لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث فى وصيته مادام حياً وصحيح (٣) ابن مسكان عنه عليه السلام قضى امير المؤمنين (ع) ان المدبر من الثلث وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقر منها ما لم يمت - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عنه (ع) للرجل ان يرجع فى ثلثه ان كان اوصى فى صحة أو مرض - وخبر (٥) عبيد بن زرارة عنه (ع) للموصى ان يرجع فى وصيته ان كان فى صحة أو مرض - ونحوها غيرها (ثم انه) لا اشكال فيما لو رجع قولاً او فعلاً مع قصد الرجوع به - وكذا لا اشكال فيما اذا كان الفعل موجباً لعدم

١- الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

٢- ٣- ٥- الوسائل- باب ١٨ من ابواب كتاب الوصايا- حديث ١- ٣- ٤- ٣

٤- الوسائل- باب ١٩ من ابواب كتاب الوصايا- حديث ١

امكان بقاء الوصية كما لو باع ما اوصى به او وهبه او ماشا كل مما يوجب خروج المال عن ملكه فينتفى بذلك موضوع الوصية.

انما الاشكال فيما لو تصرف في الموصى به تصرفا اخرجه عن مسماه - من دون ان يقصد به الرجوع - كما لو اوصى بطعام فطحنه او بدقيق فعجنه او خبز به - فعن غير واحد تحقق الرجوع به نظرا الى ان الموصى به هو المسمى باسم خاص فمع التغيير ينعدم موضوع الوصية وهو مقتضى لبطلانها - والى ان الوصية على ما يفهم منها تقتضى عدم التصرف المنافي وبقاء العين على حالها كما يقال ذلك في النذر المعلق كما لو نذر ان يعطى داره لزيد ان رزق ولد آفكاه نذر ان يبقى السدار الى ان تعطى زيدا - وعليه فكما ان التصرف المنافي ح كاشف عن رفع اليد عن الوصية كذلك التصرف المغير للعين كاشف نوعي عن رفع اليد عن الوصية - ولازم الوجه الاول البطلان حتى مع العلم بعدم قصد الرجوع - والثاني البطلان مع عدم احراز عدم قصد الرجوع .

وبه يظهر ان ما افاده الشهيد الثاني من عدم بطلان الوصية لو فعل المغير للاسم لمصلحة العين لدفع الدور عنها ونحوه - انما يتم لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني دون الاول فتفريعه ذلك على الوجه الاول غير تام .

وعلى ما ذكرناه لو علق الموصى وصيته باسم الاشارة ونحوه مما لم يذكر فيه الاسم ثم تصرف في الموصى به تصرفا مغيرا - فحيث ان الوجه الاول لا يجري هنا وينحصر الوجه في الثاني - فلو علم من قصده عدم الرجوع لا تبطل الوصية بذلك - والى هذا نظر المصنف في محكي التذكرة - لاما نوهه المحقق والشهيد الثانيان - من انه يفصل بين الوصية بالمعين والوصية بالملوك وان تصح الوصية بالمعين وان تغير الاسم بخلاف الوصية بالثاني فان الوصية تبطل بمجرد تغير ما عنده من افراده لو كان - فان هذا شيء لا يمكن ان يتفوه به متفقه فضلا عما هو في الصنف الاول من الفقهاء المحققين فانه في الوصية بالملوك اى الكلى لا تبطل حتى مع التصرف المتلف لافراد لعدم كون التصرف واردا على ما هو متعلق الوصية - وهذا من الواضح بمكان .

ولومات الموصى - فهل اورثته الرجوع مالم يقبل الموصى له ام لا - الظاهر انه ليس لهم ذلك اما على المختار من كون الوصية من الايقاعات فواضح - واما على القول باعتبار القبول فيها - فلان رفع اليد عن الوصية انما يجوز للموصى ولم يدل دليل على جواز ذلك لورثته - فان قيل - ان حق الرجوع من مآثر كره الموصى فهو لوارثه - قلنا انه لم يثبت كون ذلك من الحقوق بل لعله من قبيل الحكم فلا يورث - مع ان المتيقن الثابت هو رجوع الموصى فلا يكون ذلك مما تركه الميت بل ينتفى بالموت لانتفاء موضوعه نعم يمكن البناء على جواز تصرفهم فيه ظاهرا مالم يتكشف تعقب القبول نظرا الى استحباب عدم القبول بناء على جريانه فى الامور الاستقبالية - ولا يجوز ذلك على ما اخترناه لان استحباب عدم الرد على المختار يقتضى عدم جواز التصرف وكون المال للموصى له فتدبر .

من شرائط الموصى البلوغ

المطلب الثانى فى شرائط الموصى - وذكره له شروطا (٩) قد جمعها المصنف ره فى قوله (يشترط صحة تصرف الموصى) وتفصيل ذلك انه يعتبر فيه امور - الاول البلوغ فلا تصح وصية غير البالغ بلا خلاف وعليه الاجماع فى الجملة - ولعله من القطعيات كما صرح به بعضهم - لمدل على رفع القلم عنه وعدم جواز امره وعدم صحة تصرفاته من الكتاب (١) والسنة (٢)

انما الكلام فى وصية البالغ عشا - فالمشهور - انه تصح وصيته اذا كان عاقلا فى وجوه المعروف - وعن الحلّى والمصنف فى المختلف والمحقق الثانى فى جامع المقاصد والشهيد الثانى فى المسالك عدم الصحة واستدل للاول بجملة من النصوص

كصحيح (١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام اذا اتى على الغلام عشرين سنة فانه يجوز له فى ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حدم معروف وحق فهو جائز - ومصحيح (٢) البصرى عن ابى عبدالله (ع) اذا بلغ الغلام عشرين سنة جازت وصيته - وموثق (٣) منصور عنه (ع) عن وصية الغلام هل تجوز قال (ع) اذا كان ابن عشرين سنة جازت وصيته - ومثله موثق (٤) البصرى عنه - وموثق (٥) ابى بصير وابى ايوب عنه عليه السلام فى الغلام ابن عشرين سنة يوصى قال (ع) اذا اصاب موضع الوصية جازت - وصحيح (٦) محمد بن مسلم عنه (ع) ان الغلام اذا حضره الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوى الارحام ولم تجز للغرباء - وصحيح (٧) ابى بصير عنه (ع) اذا بلغ الغلام عشرين سنة واوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته - وموثق (٨) جميل عن احدهما (ع) يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم - ومثله موثق (٩) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) والكلام فيما يستفاد من هذه النصوص فى جهات .

منها انه اشتمل بعض هذه النصوص على العقل - وبعضها على العشرين - ومقتضى الجمع بين قضيتين شرطيتين متضمنتين لشرطين مع وحدة الجزاء البناء على سببية كل من الشرطين - وبعبارة اخرى تقييد اطلاق كل من الشرطين المقابل لعطف باولا تقييد اطلاقه المقابل للعطف بواو كما حقق فى محله فى الاصول - ولكن لما كان العقل معتبرا اجتماعا لزم تقييد اطلاق ما تضمن العشر المقابل للعطف بواو - ويلزمه تقييد ذلك فى الشرطية الاخرى لئلا يكون شرط العشر بلا فائدة فتكون النتيجة اعتبار الامر بن معاى العقل وبلوغ العشرين .

ومنها انه فى بعض الاخبار ذكر الحد المعروف والحق وفى آخر اصابة موضع

١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - الوسائل - باب ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا -

حديث ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - ٧ - ٨ - ٩ -

٨ - الوسائل باب ١٥ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢

٩ - التهذيب - باب وصية الصبى والمجور عليهم - حديث ٨

الوصية والظاهر من الجميع ارادة ان تكون الوصية عقلائية واقعة فى محلها فيعتبر كون الوصية فى وجوه المعروف .

ومنها ان صحيح محمد بن مسلم متضمن لاختصاص جواز وصيته بما كانت الارحام وانه لا يجوز الوصية للغرباء - كما ان صحيح ابي بصير مذيّل بقوله واذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته - ولكن لعدم عمل الاصحاب بهما يسقطان عن الحجية - فالمتحصل مما ذكرناه بعدد بعض النصوص الى بعض والغاء ما عرض عنه المشهور كون المتجه ما افاده المشهور - وقد ظهر مما قدمناه ان الايراد عليها بانها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع العرفى بينها فاثبات الحكم المخالف للاصل بهامشكل كما افاده الشهيد الثانى - غير تام - مع انه لو تم عدم امكان الجمع بينها تعين الرجوع الى اخبار الترجيح والتخيير لا طرح النصوص - كما انه لا يبقى مع ما قدمناه مورد لماعن المختلف قال وهذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ لعدم مناط التصرف فى المال عنه .

ثم ان فى المقام رواية اخرى وهى رواية (١) الحسن بن راشد عن العسكرى (ع) اذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجائز امره فى ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك - ولكنها كما افاده المحقق شاذة - ومخالفة لاجماع المسلمين لانها تدل على حصول البلوغ بذلك فيتعين طـرحها وان عمل بها ابن الجنيّد فى المقام .

الثانى العقل - فلا تصح وصية المجنون - للاجماع ولحديث رفع القلم المتقدم آنفا - وعدم قصده - نعم تصح وصية الادوارى منه اذا كانت فى دور افاقته لانه ح عاقل فلا مانع واطلاق الادلة يشملها - ولو اوصى ثم جن لم تبطل لعدم الموجب له حتى على القول بانها من العقود الجائزة والقول ببطلان العقد الجائز بالمجنون - فان ذلك فيما يبطل بالموت لافى مثل الوصية التى لا تبطل به قطعاً بل هو ملزم لها - فالاجماع

على بطلان العقد الجائز بالجنون لا يشمل السقام .

الثالث الاختيار فلا يصح وصية المكروه الا اذا اجاز بعد رفع الاكراه - اجماعا - لحديث (١) نفى الاكراه - بناء على المختار من كونه رافعا لجميع الاحكام التكليفية والوضعية - وبعضه انه قد استشهد به الامام (ع) فى بعض (٢) الاخبار لنفى الصحة .

الرابع الرشد - فلا تصح وصية السفیه اعتبره جماعة منهم ابن حمزة والمصنف - ره فى محكى التحرير وظاهر القواعد والمحقق الثانى فى جامع المقاصد - ولكن المشهور على ما اعترف به غير واحد عدم اعتباره وانه تصح وصيته فى البر والمعروف أو مطلقا بل عن ظاهر الغنية لاجماع على ذلك - واستدل فى الجواهر للاعتبار وفاقا لجامع المقاصد - بعموم ادلة الحجر عليه وقال دعوى اختصاصها فى حال الحياة واضحة المنع - ولكن يتوجه عليه انه لم يدل دليل على منع السفیه عن كل تصرف وانما دل على المنع عن تصرفه فى ماله وظاهره كونه فى مقام الامتنان عليه لثلا يذهب ماله هدرا فلا يشمل التصرف فيه فى المقام الذى يوجب المنع حرمانه عن الانتفاع بماله اللهم الا ان يقال انه يلزم من ذلك صحة تصرفاته فى ماله فى حال حياته اذا كان بنفعه ولم يلتزموا به فالجمود على اطلاق ادلة المنع يقتضى ذلك فى الوصية المتعلقة بماله واما فى غيرها فلا مانع عن نفوذها واطلاق ادلة الصحة يقتضى البناء عليها .

واما المفلس فلا يظهر جواز وصيته لعدم معارضتها الحق الغرماء لتقدم الدين عليها

الخامس الحرية .

السادس ان لا يكون قاتل نفسه و سياى الكلام فيه عند تعرض المصنف ره لهذه المسألة .

الوصية بالولاية على الاطفال

مسألة - لا خلاف فى انه يصح لكل من الاب و الجد الوصية بالولاية على

الاطفال مع فقد الآخر - وفى الجواهر ان عليه الاجماع بقسميه - والمستند جملة من الاخبار - كمؤثق (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية ان يعمل بالمال وان يكون الربح بينه وبينهم فقال عليه السلام لا بأس به من اجل ان اباد قد اذن له فى ذلك وهو حى - وخبر (٢) سعد بن اسماعيل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن وصى ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم ان ياخذوا الذى لهم فياتون عليه كيف يصنع قال عليه السلام يرد عليهم وبكرهم عليه ونحوهما غيرهما .

ثم ان المشهور انه لاتصح الوصية بالولاية من احدهما مع وجود الآخر بل الظاهر عدم الخلاف فيه - وهو المتجه - فان ادلة الوصية بالولاية لا اطلاق لها تشمل صورة وجود احد الوالدين - واما ادلة ولاية الموصى كان هو الاب او الجدة فلانها على ولايته على الصغير بالنسبة الى ما بعد موته حتى مع وجود الآخر غير ظاهرة والشك فيها كاف فى البناء على العدم - وبهذا البيان يظهر انه لاتصح الوصية من الحاكم الشرعى او الوصى بالولاية عليهم اذ الحاكم وان كان له الولاية على الايتام لانها من شئون القضاة والحكام وقد جعل (٣) الحاكم قاضيا وحاكما ولازم ذلك ثبوت جميع ما لسلطنة و الحكم له الا انه لم يثبت له ولاية نصب الولي بعده فالمرجع اصالة عدم ترتب الاثر - واما الوصى فولايته مجعولة من قبل الموصى و المفعول ولاية نفسه لا ان يكون له ولاية على نصب الغير .

و ربما يستدل على انه ليس للحاكم الوصية بالولاية بان الولاية على الصغير ثابتة للصنف للفرد فاذا انعدم فرد قام فرد آخر مما حل فيه طبيعة الصنف مقامه (وفيه) انه اذا فرضنا ان له الوصية بالولاية فى نفسه هذا الوجه مردود فانه اذا ثبتت الولاية للصنف جاز لكل فرد منه القيام بها - و مع قيام واحد منهم بها ليس للآخرين مزاحمة وعليه فاذا عين احد الافراد

١- الوسائل باب ٩٢- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٢- الوسائل باب ٤٧- من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٣- الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى

شخصا للتصدي بعد وفاته فكانه تصدى للامر بنفسه فليس للآخرين مزاحمته فالعمدة ما ذكرناه .

ولا ولاية في ذلك للام على المشهور وفي الجواهر بلا خلاف معتد به - الاصل بعدم الدليل - وعن ابن الجنيان لها الولاية بعد الاب اذا كانت رشيدة - والاصحاب نقلوا عنه الفتوى دون الدليل ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به له.

في الموصى له

المطلب الثالث في الموصى له - قالوا - و يشترط (وجود الموصى له) حال الوصية فلو اوصى لميت او لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية لم تصح - وكذا لو اوصى لما تحمله الميراث في الزمان المستقبل - او لمن يوجد من اولاد فلان بلا خلاف اجده في شيء من تلكم بل عن نهج الحق والتذكير الاجماع عليها كذا في الجواهر (وعملوه) بان الوصية تمليك عين او منفعة كما سلف من تعريفها والمعدوم غير قابل للتملك (ويرد) عليهم اولان ذلك لو تم لاقتضى وجود الموصى له حين موت الموصى لاحين الوصية فان ظرف التملك هو حين الموت واما قبله فالمال باق على ملك الموصى - وثانيا - انه لا يتم فيما اذا اوصى بشيء لمن سيوجد بنحو تعليق التملك على وجوده - ودعوى انه يلزم بقاء الملك من حين الموت الى زمان وجود الموصى له بلامالك - فيها - انه لا محذور في ذلك وكم اموال بلا مالك فليكن هذا منها غاية الامر من جهة تعلق الوصية به لا يكون من قبيل المباحات الاصلية كي يكون لكل احد ان يتملكه - وثالثا - ان الملكية من الامور الاعتبارية ووجودها عين الاعتبار العقلاني - فكما ان المملوك قد يكون كليا - والمالك ايضا كذلك اما منع من الالتزام بالكية الميت - واثرا اعتبار الملكية له انتقاله منه الى ورثته.

وفي الجواهر استدلل له بان اطلاقات الوصية في الكتاب والسنة منصرفة الى

الوصية للموجود (ويتوجه) عليه انه لاوجه للانصراف سوى الغلبة وهى غير صالحة لان تكون منشأً للانصراف المقيد للاطلاق - فاذا الدليل على ذلك سوى الاجماع وتسامم الاصحاب عليه - وعليه فلا بد من الافتصار فيه على القدر المتيقن وهو المعدوم حين موت الموصى والوصية التمليلية واما الوصية العهدية النى ليس فى الوصية انشاء تملك فيها - كما لو وصى الميت فى اعطاء شىء او وقفه او نحو ذلك لمن يتولد من زيد - فلا اجد مانعا عن صحتها كما صرح به فى الجواهر - و اطلاق اشتراط الاصحاب الوجود فى الموصى له منزل بقريته ما فى كلماتهم من التعليل على التمليلية.

ولا يعتبر فى الموصى له ان لا يكون وارثا فيجوز الوصية للوارث كما تجوز للاجنبى اجماعا حكاه جماعة - ويشهد به مضافا الى اطلاق ادلة الوصية من الكتاب والسنة الاية الكريمة (١) كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين» والوالدان لابدان يكونا وارثين وان تخلف ذلك فى الاقربين على بعض الوجوه الا ان يكون الابوان ممنوعين من الارث بكفر ونحوه واللفظ اعم منه فيشمل موضع النزاع - وجملة من النصوص - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام الوصية للوارث لا باس بها - و موثقه (٣) الاخر عنه عليه السلام عن الوصية للوارث فقال (ع) تجوز قال ثم تلا هذه الاية ان ترك خيرا - الاية - وصحيح (٤) ابى ولاد الحنات عن الصادق (ع) عن الميت يوصى للوارث بشىء قال نعم او قال جائز له - ونحوها غيرها واما خبر (٥) ابى بصير عن احدهما (ع) فى الاية الشريفة كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين قال (ع) هى منسوخة نسختها آية الفرائض التى هى الموارث - فمحمول بقريته موثق محمد بن مسلم الذى استدلل الامام (ع) فيه بهذه الاية على جواز الوصية للوارث - على نسخ الوجوب بل يمكن ان يقال انه لا يستفاد منه ازيد من

ذلك من جهة ان ظاهر الاية هو الوجوب وقد نسخ ذلك بآية الموارث فلا ينافى الجواز بل الاستحباب - ثم ان الاصحاب حملوا الخبر - تارة - على التقية - و اخرى - على ارادة الكافرين من الوالدين وغير الوارث من الاقارب - وثالثة - على ارادة انها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة - واما خبر (١) القاسم بن سليمان عن ابي عبد الله (ع) عن رجل اعترف لوارث بدين فى مرضه فقال (ع) لانجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين - فهو لا يصلح لمعارضته النصوص المتقدمة فيطرح او يحمل على التقية - او على ما زاد عن الثالث .

فى اعتبار التكليف فى الوصى

المطلب الرابع فى الوصى (٩) يشترط فيه امور - الاولى (التكليف) بالبلوغ والعقل فلا تصح الوصية الى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقا ولو كان الى البالغ منضمما ولا الى مجنون كك - بلا خلاف فى شىء من ذلك فى الجملة بل عليها الاجماع وتفصيل القول بالبحث فى موارد :

١- لا يصح الوصية الى صبي بان يتصرف حال صباه واستدل له بقصوره بالصبا السالب لاقواله وافعاله عن منصب الوكالة فضلا عن الوصاية التى هى اعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها (وفيه) اولاما تقدم من ان الصبي ليس مسلوب القول والفعل وانما هو ممنوع عن التصرف مستقلا - وعليه فاذا اوصى اليه بان يتصرف باذن وليه لا يرى فى ذلك محذورا - وثانيا - ان الوصية بان يتصرف معامليا مستقلا او بالولاية على اولاده وان كانت لا تصح - اما الاول فلكونه ممنوعا عنه - واما الثانى فلانه لا ولاية له على نفسه فكيف يمكن ان يكون له الولاية على الغير واما فى غير ذينك من التصرفات والامور التى يوصى بها - فما الموجب لعدم صحة جعله وصيا فيها - فلو اوصى بان يصلى عليه بناء على شرعية عباداته - او يتصدى لتجهيزه - او يكون هو

المجرى للصيغة فى المعاملات الواقعة على ثلث ماله مثلا - أو صرف الثلث فى مصارفه و ماشا كل - لا يوجب الوجه المزبور عدم صحتها (وربما) يستدل له بان الوصاية نوع ولاية لا يصلح الصبى لتصديها والتلبس بها (وفيه) انا لانعبر عنها بالولاية حتى ياتى هذا المحذور ومجرد ان له ان يتصرف كالكيل لا يكون ولاية التى هى اعتبار عقلائى خاص منشأ لاثار - فالحق انه لادليل على المنع عنه مطلقا سوى الاجماع.

٢- المشهور انه يصح الوصية الى الصبى منضمما الى بالغ وانه لا يتصرف الصغير قبل البلوغ فاذا بلغ صار شريكا وللبالغ الاستقلال فى التصرف مادام صغيرا - والاصل فى هذه الاحكام خبر (١) على بن يقطين عن ابى الحسن (ع) عن رجل اوصى الى امرئة واشرك فى الوصية معها صبيا فقال (ع) يجوز ذلك وتمضى الميراث الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبى واذا بلغ الصبى فليس له ان لا يرضى الاماكان من تبديل او تغيير فان له ان يرده الى ما اوصى به الميت - وصحيح (٢) الصفار كنى الى ابى محمد (ع) رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار قداركو او وفيهم صغارا يجوز للكبار ان ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل ان يدرك الاوصياء الصغار فوقع (ع) نعم على الاكابر من الولدان ان يقضوا دين ابيهم ولا يحبسوه بذلك ونحوهما غيرهما وفى خبر (٣) زياد بن ابى الحلال - ما يظهر منه عدم جواز الوصية الى الصبى قبل بلوغ خمس سنين - ولكن لم يعمل به الاصحاب .

٣- وقع الخلاف بين الاصحاب فى وقت اعتبار البلوغ على قولين نقلهما الشيخ فى محكى المبسوط - احدهما - انه يعتبر حال الوصية وهذا القول اختيار الشيخ وابن ادريس ونسب الى الاكثر وظاهر المحقق اختياره - ثانيهما - ان العبرة بحال الوفاة (واستدل) للاول - بان البلوغ اذا كان شرطا لزم تقدمه على المشروط ولو بان ما اذا كان شرطا للصحة الوصية ولم تكن موجودة حال انشائها لم يكن العقد صحيحا لانتهاء الشرط المقتضى لانتهاء المشروط - و بانه منهى وقت الوصية عن التفويض

الى من ليس بالصفات والنهى المتوجه الى ركن المعاملة يقتضى فسادها - وبانه - يجب ان يكون الوصى بحيث لومات الموصى نافذ التصرف مشتملا على صفات الوصية وهو هنا منتف (ولكن) الجميع مضافا الى مامر كما ترى مصادرة على المطلوب اذ كون البلوغ شرطا مقارنة للموصية اول الكلام وكذا كونه منهيها وقت الوصية عن التفويض وكذا اعتبار كونه مشتملا للصفات نافذ التصرف حين الوصية (فلا يظهر) القول الثانى .

نعم لو قلنا بان الوصية من العقود وان قبول الوصى جزء العقد اتجه اعتبار كون الوصى قابلا للمعاهدة حال الوصية وواجدا للشرط (لا) لما افاده جمع من المحققين من ان مناط المعاهدة والمعاقة لا يتحقق بدون ذلك اذ المعاهدة مع الغير تقتضى كونهما معاك في حال الايجاب و القبول اذعية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت الى ما يلزم للغير ويلتزم الغير له والا فلا ينقذ القصد الجدى فى نفس العاقد الى المعاهدة مع من هو كالجدار او كالحمار وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا (فانه يرد عليه) ان عنوان العقد انما يطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد وليس منطبقا على الايجاب خاصة وانما شان الموجب هو الالتزام النفسائى وابرازه وهو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه فاذا كان باقيا حين القبول والتمز القابل الال لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزام امان لامحالة و تحقق عنوان العقد - مع - انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود (بل) لانه بعد ما لاربب فى انه يعتبر فى ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفسائى ان يظهره لمن هو طرفه فى المعاملة فاذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فلا يظهر له كلاظهار فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب (اللهم) الان يقال انه لو تم ذلك فى ساير العقود لم يتم فى الوصية التى يصح ايجابها فى حال يكون القابل نائما غير ملتفت او غائبا فلو كانت من العقود لا تكون على حد ساير العقود - ولكن الذى يسهل الخطب مامر من عدم كونها من العقود - فلا اشكال فى عدم اعتبار البلوغ حين الوصية .

اعتبار العقل فى الوصى

٤- يعتبر فى الوصى العقل - فلا تصح الايصاء الى مجنون مطابقا وادوارا فى دور جنونه - والكلام فى اعتبار العقل كالكلام فى اعتبار البلوغ فلا دليل له سوى الاجماع والخبر الاينى - نعم المجنون الذى يكون فاقد القصد وغير مميز لا اشكال فى بطلان الوصية اليه لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة - ومثلها الوصاية بل هى اعظم منها - بل لو طرأ الجنون على الوصى قالوا بطلت وصيته - ففي خبر (١) دعائم الاسلام عن على عليه السلام لا يزيل الوصى الاذهب عقل او ارتداد او تبذير او خيانة او ترك سنة و السلطان وصى من لا وصى له والناظر لمن لا ناظر له - وهل تعود الوصية بعود العقل جزم المصنف ره بالعدم وتردد فى الدروس - وعدم العود اظهر لعدم المقتضى للعود - ولو كان المجنون يعتوره ادوارا قال فى محكى الدروس الاقرب الصحة وتحمل على اوقات الافاقة قال والفرق بينه وبين ما اذا طرأ الجنون انصراف الوصية فى ابتدائها الى اوقات الافاقة و انصرافها هناك الى دوام عقله الذى لم يدم - وهو حسن .

(و) الثانى - من الشرائط (الاسلام) و الظاهر انه لا خلاف فى اعتباره (فى الوصى) اذا كان الموصى مسلما فلا تصح وصية المسلم الى الكافر ولو كان رحما بل ربما يدعى عليه الاجماع ولا دليل لهم على ذلك سوى دلالة آيتين على ذلك احدهما - قوله تعالى (٢) « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ثانيتهما - قوله عز وجل « لا يتخذ (٣) المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله فى شىء » لكن يتوجه على الاستدلال بالاولى - ان ظاهر الاية بقرينة

١ - ذكر صدره فى المستدرك باب ٩٩ من الوصايا حديث ٣ - و ذيله فى باب ٩٤

منها حديث ١ .

٢ - النساء آية ١٤١ .

٣ - آل عمران آية ٢٨

ما قبلها نفى الجعل في الآخرة - مع انه قد ورد في خبر (١) الهروي ان المراد من الآية نفى سبيل الحجة - مع - ان السبيل ظاهره السلطنة والوصى لسلطنة له على الموصى ويتوجه على الاستدلال بالثانية انه لا يأخذ الموصى الوصى وليا وانما يجعله وصيا بعد موته - فالانصاف انه لا دليل على المنع سوى الاجماع ان لم نعتبر العدالة في الوصى و ان لم يثبت فالأظهر الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكيلفية دون بطلان الوصية .
واما وصية الكافر لمثله فلا اشكال في جوازها ان لم نعتبر العدالة في ديننا

في اعتبار العدالة في الوصى

ثم انه ذهب جماعة منهم الشيخان والقاضى وابن حمزة والديلمى وابن زهرة الى اعتبار العدالة في الوصى وعن الغنية عليه اجماع الامامية .

واستدل له - بان الوصاية استيمان على مال الاطفال ومن يجرى مجراهم من الفقراء و الجهات التى لا يرعياها المالك و الفاسق ليس اهلا للاستيمان على هذا الوجه و ان كان اهلا للوكالة لوجوب التثبت عند خبره - و بان - الوصية تتضمن الركون باعتبار فعل ما اوصى اليه به من تفرقة المال وانفاقه وصرفه فى الوجوه الشرعية و الفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه لقوله تعالى (٢) «ولا تركنوا الى الذين ظلموا» و بان الوصية استنابة على مال الغير لاعلى مال الموصى لانتقاله عنه بعد موته و ولاية الوصى انما تحصل بعد الموت فيشترط فى النايب العدالة كوكيل الوكيل بل اولى لان تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل بخلاف الوصى فانه لا يشاركه فيها احد غالبا ولا يتبع افعاله - وبالنصوص (٣) الواردة فى من مات وله اموال و ورثة

١ - آيات الاحكام للعلامة الجزائرى عن عيون الاخبار

٢ - سورة هود آية ١١٣

٣ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب كتاب الوصايا

صغار و لاوصى له حيث اشترطت عدالة المتولى لذلك - حيث انها تسدل على ان المتولى لامر الوصاية لا بد فيه من العدالة ولا فرق بين تعيين الموصى أو الحاكم الشرعى . ولكن يتوجه على الاول ان المسلم محل للامانة كما فى الوكالة والاستيداع و يمنع كون الفسق مانعا اذا لم يكن له دخل فى حفظ المال - مع ان الموصى انما يعينه فى التصرف فيما له - فكما انه لا يعتبر فى تصرف نفسه العدالة كك فى من يعينه للتصرف - ودعوى - ان المال يخرج عن اختياره بالموت - مندفعه - بان ثلثه باق تحت اختياره - ووجوب النشبت عند خبره لم يظهر لى ارتباطه بالدليل مع انه اذا ائتمن يقبل قوله للنهى عن اتهام المؤتمن - وعلى الثانى ان الوصاية ليست ركونا - و مع التسليم فالمنوع الركون الى خصوص الظالم من الفاسق لامطلقا و كل فاسق و ان كان ظالما لنفسه - الا ان ظاهر الاية الركون الى من يظلم غيره - وعلى الثالث اولاما تقدم من كونه استنابة على مال الموصى - وثانيا انه لا دليل على المنع عن استنابة الفاسق على مال الغير فيما له ان يستناب عليه احدا واما وكيل الوكيل فتمنع اعتبار العدالة فيه بل الامر فيه يتبع اذن الموكل او ما يقتضيه مصلحته - وعلى الرابع ان موضوعها تولى عدول المسلمين الذينهم احدا لولياء مع فقد الحاكم ولا ربط لها بباب الوصاية والوصى واعتبار العدالة فى الولى لا يستلزم اعتبارها فى الوصى .

فالمتحصل مما ذكرناه اقوائية ما ذكره جماعة منهم الحللى والمحقق فى النافع والمصنف فى بعض كتبه من عدم اعتبار العدالة للاصل واطلاق الادلة - ويؤيده ماورد (١) فى وصاية الاولاد وفيهم كبار وصغار وان الصبى يصير وصيا بذلك عند بلوغه او قبله والتصرف عند البلوغ - وماورد (٢) فى وصاية المرأة التى من الغالب عدم عدالتها - وماورد (٣) من وصية الكاظم (ع) جميع ولده و منهم غير العدل وجعل الولاية بيد على (ع) لا يجدى على القول بالمنع من وصاية الفاسق - الى غير تلکم من الاخبار التى

لا ينكر ظهورها في عدم اعتبار العدالة .

ثم انه لو تمت دلالة مامر على اعتبار العدالة فهي انما تدل على اعتبار العدالة لاعلى مانعية الفسق - كما في المسالك حتى يصح استصحاب عدم الفسق فتصح الوصية الى مجهول الحال - واما ما افاده سيد الرضا تبعا للتذكرة والروضة من ان هذا الشرط انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى ويقبل خبره به لافى صحة الفعل في نفسه فلو اوصى الى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة ويمكن كون ظاهر الفسق ايضا كك لو اوصى اليه فيما بينه وبين الله وفعل مقتضاها بل لرفعله كك لم يبعد الصحة وان حكم ظاهرا بعدم وقوعه وضمائه ما ادعى فعله . فمرجعه الى انكار شرطية العدالة - وعليه فلا وجه للحكم بضمائه بعد مادل الدليل على ان الامين لا يثبتهم - وكيف كان فالأظهر عدم اعتبار العدالة فيه .

ثم انه على القول بعدم اعتبار العدالة ابتداء - قد يقال بانه لو اوصى الى عدل ثم ظهر فسقه بعدموت الموصى بطلت وصايته ووجب عزله (وعن) المختلف الاحتجاج له بان الظاهر ان الباعث الى اختيار العدل مع جواز الوصية الى غيره انما هو عدالته والوثوق بامانته فاذا خرج عن حد العدالة فبات الباعث وخرج عن الاستيمان اذا الظاهر انه لو كان حيا لاستبدل به (وفيه) اولانه من الجائز كون الباعث له على جعله وصيا - قرابته او نحو تلك لاعدالته - وعليه فمجرد الاحتمال لا يكفي في الحكم بالبطلان - وثانيا ان المدار على الانشاء لاعلى ما في نفس الموصى فاذا جعله وصيا لا بعنوان انه عادل لا وجه لبطلان وصيته بظهور الفسق او عروضة وان علم ان الباعث له على نصبه وصيا كونه عادلا - فان الآثار الوضعية تتبع الانشاء ولا ترتبط بما في النفس من الترجحات - ولذا اشتهر ان تخلف الدواعي في باب المعاملات لا يوجب الخيار .

ولا يعتبر في الوصى ان لا يكون وارثا - ولا الذكورية - ولا الوحدة - اجماعا

لاطلاق الادلة ولجملة من النصوص (١) فى الاول وخبر (٢) على بن يقطين فى الثانى - واما خبر (٣) السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آباءه عن امير المؤمنين عليهم السلام المرثه لا بوصى اليها لان الله تعالى يقول لا تؤتوا السفهاء اموالكم - فلا عراض الاصحاب عنه ومعارضته بخبر على بن يقطين لا بد من طرحه او حمله على ما لو فقد بعض الشرائط السابقة كما يشعر به التعليل -

فى الموصى به وما يعتبر فيه

المطلب الخامس فى الموصى به وهو اما عين او منفعة او حق قابل للنقل (٩) المعروف صحة الوصية فى الجميع لعمومات الصحة والنفوذ .

ثم ان الاصحاب قالوا انه ان كانت الوصية بمال او منفعة يعتبر (الملك فى الموصى به) فلا تصح الوصية بمال الغير - ولا بمال يملك - ولا بالمحرمات . اما الاول فلعدم جواز التصرف فى مال الغير كانت الوصية تمليكية او عهدية وح فان اوصى بمال الغير بان علق التمليك على موت ذلك الغير واجاز ذلك الغير صحت الوصية لانه بالاجازة تصير الوصية وصية المجيز ومستندة اليه ويصدق الوصية من المالك كما فى ساير موارد الفضولى بناء على ما هو الحق من صحة الفضولى على القاعدة وان اوصى بمال الغير بان علق التمليك على موت نفسه فاجازه ذلك الغير لم تصح لاوصية ولا تمليكا - اما الاول فلان الوصية عرفا عبارة عن تمليك المال معلقا على موت المالك لا على موت غيره فلو قال هذا لك بعد موت ابيك لا يكون من الوصية - واما الثانى فللتعليق المجمع على مبطليته للعقود واليقاعات سوى الوصية - وبذلك يظهر بطلان ما لو اوصى بماله لزيد اذا مات عمرو .

١- الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الوصايا -

٢- الوسائل - باب ٥٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢ -

٣- الوسائل - باب ٥٣ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١ -

واما الوصية بما لا يملك فان كانت على وجه التملك فبطلانها ظاهر - واما اذا كانت على وجه العهد والتخصيص وكانت فيه فائدة ولو نادرة بنحو تصحيح التخصيص فالظاهر صحتها الان فرض كون الشيء مماله فائدة ولو نادرة مع عدم قابليته للتملك لانصوره عاجلا - وان لم يكن فيه فائدة لاتصح الوصية لامتليكية ولا عهدية ولا تخصيصية .

و اما الوصية بالمحرمات كالخمر والخنزير - فان كان المملووظ في الوصية المنفعة المحرمة مثل الشرب في الخمر واللعب بآلات اللهو وما شاكل فلا اشكال في البطلان كما مر - وان اوصى بصيرورتها ملكا وفرضا عدم قابليتها للملكية فالبطلان ظاهر ايضا - واما ان اوصى بها للانتفاع بها منفعة محللة كما لو اوصى بالخمر للطللى او السراج او للتخليل او نحو ذلك من الفوائد المحللة فالظاهر صحة الوصية بها على نحو التخصيص وان شئت قلت ان له ان يوصى بانتقال حق الاولوية الثابت له الى الموصى له وعليه فتصح الوصية بالكحول الذى لا يشرب وان ماله فوائد اخر .

حكم وصية القاتل نفسه

المطلب السادس فى الاحكام - (٥) فيه مسائل - ١- (ولو جرح) الموصى (نفسه بالمهلك) او شرب سماً او نحو ذلك (ثم اوصى له تصح) وصيته على المشهور وعن الايضاح نسبتها الى الاصحاب مشعرا بالاجماع عليه - والمستند صحيح (١) ابى ولاد حفص بن سالم قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالدا فيها قلت (قيل له خل) ارايت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته قال فقال ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثا فى نفسه من جراحة او قتل اجيزت وصيته فى ثلثه وان اوصى بوصية بعدما احدث فى نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته - وما

افاده الحلّى من انه لايجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد و حيث انه حى عاقل مكلف و اوصى بوصية وقد دل القرآن على نفوذ وصية كل حى عاقل وانه لايجوز تبديلها بالبناء على صحته وصيته متعين - يردده ما حقق فى محله من ان عموم القرآن يخص بخبر الواحد الواجد لشرائط الحجية - ومن الغريب ما عن المختلف قال - قول ابن ادریس لا باس به - وعن الروضة انه حسن - وعن القواعد لوقيل بالقبول مع يقن رشده بعد الجرح كان وجها - مع ان بناء المصنف ره والشهيد الثانى على تخصيص الكتاب بخبر الواحد والصحيح مضاف الى حجيته فى نفسه معمول به بين الاصحاب سيما وان المصنف ره فى محكى المختلف علل عدم القبول بوجوه اخر من - دلالة فعله على سفهه - و عدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت - وان القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع عن نفسه وان قبول وصيته نوع ارث له - وان كانت هذه الوجوه بينة الضعف .

ثم ان الخبر مخنص بمن جرح نفسه لعله يموت لا لغرض آخر - وما لو كان ذلك على وجه العصيان لقوله فهو فى نار جهنم - وبما اذا كان فعل ذلك عمدا - و بما لو مات من ذلك - وبما الوصية فى ماله لقوله فى ثلثه - وعليه فلو اوصى بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق بالمال أو فعل ذلك سهوا أو خطأ - او لغرض آخر - او على غير وجه العصيان كما فى الجهاد فى سبيل الله - او عوفى ثم اوصى - صحت الوصية فى جميع تلكم لعموم ادلة الوصية .

ولو جرح نفسه برجاء ان يموت و اوصى ثم عوفى هل تصح وصيته - لا لاطلاق ادلة الوصية بعد اختصاص النص بما اذا مات بسلك السبب - ام لا تصح كما افاده صاحب الجواهر ره قال لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد انشاء تملك و لذا لو نساها ولم يجددها لم تنفذ على الاقوى - وجهان اوجههما الاول كما لا يخفى هذا فيما كانت الوصية بعد ما جرح نفسه بالمهلك (و) اما (لو تقدمت الوصية) فلا اشكال فى انها (صحت) من غير فرق بين ان يكون حين الوصية بانيا على ان يحدث ذلك

بعدها - وما لولم يكن بانبا عليه - لاطلاق الصحيح المتقدم.

الوصية للحمل

٢- لاخلاف بينهم (٩) لا اشكال في انه (تصح الوصية للحمل) الموجود حين الوصية وان لم تحله الحياة والوجه في ذلك اما على ما ذكرناه في شرائط الموصى له - من ان مقتضى القاعدة صحة الوصية للمعدوم وانما يلتزم بها للاجماع فظاهر واما على القول الاخر فالوجه فيه ان الحمل ليس معدوما صرفا لا يقبل التملك بعد كون الملكية من الامور الاعتبارية وهى خفيفة المؤونة فيوصى له وان مات الموصى قبل ان يولد .

انما الكلام فيما طفحت به كلماتهم من انه انما تصح الوصية (بشرط وقوعه حيا) وعلل ذلك بان الحمل لولم يولد حيا لا يقبل لان يملك لعدم ترتب اثر على ملكيته - و بقياس الوصية على الارث - فانه يتوجه على الاول - النقض بما لولم يولد حيا و مات في ساعته - والحل ما مر في الوقف من انه اذا ملك وسقط ميتا بعدولوج الروح فيه يكون ذلك ارثا لورثته - و على الثانى اننا نقول بالقياس فاذا لامدرك لاعتبار هذا الشرط سوى الاجماع .

ثم انه على المختار من كون الوصية من الايقاعات غاية الامر ان للموصى له رد الوصية لاشكال فيما سقط حيا ومات من ساعته - واما على القول بانها من العقود و يعتبر فيها القبول - فقد اشكل الامر على القوم بانه من يقبل هذه الوصية قال في المسالك و لكن يعتبرها قبول الوارث لامكانه في حقه وانما اسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذرهما كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ووجه سقوطه عن الوارث تلقية الملك عن المولود المالك لها بدون القبول والمتجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقا فيقبل وليه

ابتداء او وارثه هنا انتهى (اقول) اما اعتبار قبول الوارث فلا وجه له اصلا فان الوارث يتلقى الملك من المولود وثبوت الملكية القهرية له بحكم ادلة الارث مما لا كلام فيه فملكه يتوقف على ملكيته للمولود - فلو توقفت الملكية له على قبول الوارث لزم الدور مع انه لا وجه لاعتبار قبول غير من هو طرف المعاملة - واما قبول الولي فاعتباره ايضا لا يمكن تطبيقه على الادلة اذ مادام حملا لدليل على ولايته عليه بحيث يصح له عنه الهبة والبيع ونحوهما خصوصا قبل ولوج الروح وبعد الولادة وان كانت ولايته ثابتة عليه الا ان ظاهر الفتاوى المتضمنة استقرار الوصية بانفصاله حيا ينافي ذلك - فالمتجه عدم اعتبار القبول في هذا المورد ايضا .

الوصية للكافر

٣- في الوصية للكافر اقوال انها في محكي التنقيح في الذمى خاصة الى سبعة اقوال - ولكن العمدة منها في الذمى ثلاثة - الجواز مطلقا اختاره الشيخ في الخلاف والحلى والمحقق والمصنف ره وغيرهم - عدمه كك هو قول القاضي - التفصيل بين كونه رحما واجنبيا فتصح في الاول دون الثاني - وكذا في الحربى غاية الامر بخلاف القائل .

(و) الذى ذهب اليه جمع من الاساطين هو صحة الوصية (للذمى دون الحربى) اما الوصية للذمى فيشهد لجوازها مضافا الى اطلاق ادلة الوصية و قوله (١) تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤهم وتقسطوا اليهم بالموده » وما دل (٢) على الترغيب في البر والاحسان وجواز الصدقة (٣) علي

الكافر - جملة من النصوص - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رجل اوصى بماله فى سبيل الله فقال عليه السلام اعطه لمن اوصى له وان كان يهوديا او نصرانيا ان الله تعالى يقول فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه - وقريب منه صحيحه (٢) الاخر عن احدهما عليهما السلام - وصحيح (٣) الريان بن شبيب عن الرضا عليه السلام قلت له ان اخى اوصت بوصية لقوم نصارى و اردت ان اصرف ذلك الى قوم من اصحابنا مسلمين فقال عليه السلام امض الوصية على ما اوصت به قال الله تعالى فمن بدله بعدما سمعه الآية .

واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى (٤) «لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا اباؤهم او ابنائهم» بتقريب ان الآية متناولة للارحام وغيرهم والوصية لهم مودة - وجمع فى الحدائق بين الآية والنصوص المتقدمة - بحمل تلك النصوص على ارادة صحة الوصية وبقاء الآية على ظاهرها من عدم الجواز - فتكون الوصية له كالبيع وقت النداء (ولكن) يرد على الاستدلال بالآية - اولاما ذكره جماعة من ان النهى عن الموادة انما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله - والالزم حرمة اللطف والاکرام - وثانيا انه يقيد اطلاق هذه الآية بالآية المتقدمة - وثالثا منع كون العطية سيما اذا كانت مكافاة او تأليفا موادة - اضيف الى تلك ما ورد (٥) فى الارحام من الامر بصلتهم - وفى الابوين (٦) من الامر بمصاحبتهم فى الدنيا معروفا - ويتوجه على صاحب الحدائق رده مضافا الى ما تقدم الاجماع ظاهر على

١ - ٣ - الوسائل باب ٣٥ من ابواب الوصايا حديث ١٥ -

٢ - الوسائل باب ٣٢ من ابواب الوصايا حديث ١

٣ - المجادلة آية ٢٢

٤ - اصول الكافى ج ٢ ص ١٥٠ طبعة طهران

٥ - سورة لقمان آية ١٥ - اصول الكافى ج ٢ ص ١٥٧

التلازم بين الامرين مع ان ظاهر النصوص الجواز التكليفى ايضا فيقيدها اطلاق الآية - فلا اشكال فى الجواز للذمى .

واما الحربى - فقد استدلل لعدم جواز الوصية له - بالاجماع - وانصراف ادلة الوصية الى الوصية غير المحرمة وهذه محرمة لاية النهى عن الموادة - فالمتبع فيها اصابة عدم المشروعية - وبان - الحربى لا يملك فان ماله فى المسلمين وقد تقدم انه يشترط فى الوصية قابلية الموصى له للتملك (ويتوجه) على الاول عدم ثبوته اولا - وعدم كونه تعديا كاشفا عن رأى المعصوم ثانيا - وعلى الثانى منع حرمة الوصية للكافر اذ لا دليل لها سوى آية النهى عن الموادة - وقد عرفت حالها - اضعف اليه ان حرمة الوصية لا تستلزم فسادها وانصراف ادلتها عن الوصية المحرمة ممنوع - وعلى الثالث ان غاية ما يلزم مما افيدانه يجوز اخذه منه ولا يجب التسليم اليه وهذا لا يوجب بطلان الوصية وعدم كونها مملوكة له بل تصح الوصية ويصير الموصى به ملكا له يترتب عليه حكم ساير املاكه - فلا ظهر صحة الوصية له ايضا - لا لطلاق ادلة الوصية - ويمكن القول بشمول اطلاق النصوص الخاصة المتقدمة له فان اليهودى او النصرانى قد يكون ذميا وقد يكون غير ملتزم بشرائط الذمة وحربيا - ودعوى - انصرافها الى الذمى - لا منشأ لها سوى الغلبة وهى لا تصلح منشأ لانصراف - وما فى الرياض من انه لا عموم فيهما لكونهما نكرتين فى سياق الاثبات لا عموم فيهما للغة بل مطلقان ينصرفان بحكم التبادر الى الملتزم منهما بشرائط الذمة - فيه ان المطلق حجة كالعام - وانصرافه ممنوع لمنع التبادر .

ثم ان المصنف ذكر جملة من فروع الوصية للملوك - فعلى ما بنينا عليه من الغاء المباحث المتعلقة بالاماء والعبيد لا نتعرض لها .

٤ - (ولو اوصى لذكور واثنا تساووا الامح التفضيل وكذا الاعمام و الاخوال ولو اوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه) على مرفى الوقف والعشيرة والجير ان والسبيل والبر والفقراء كالوقف)

حكم مالومات الموصى له قبل الموصى

٥- (ولومات الموصى له قبله) أى قبل الموصى (ولم يرجع كانت) الوصية (لورثته) كما هو المشهور بين الاصحاب - وعن ابن الجنيّد والمصنف فى المختلف بطلان الوصية بموته قبل القبول - وقيل بالتفصيل بين ما اذا علم ان غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل وبين غير ذلك فلورثته - وعن الدروس ان التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص - اقول مقتضى القاعدة هو البطلان - اما على المختار من عدم اعتبار القبول وكون الرد مانعا فلان الموصى له لا يملك المال فى حياة الموصى كى ينتقل عنه الى ورثته وانتقال الموصى به الى الموصى له بعدموت الموصى وان كان ممكنا كالدية الا ان ادلة الوصية لا اطلاق لها من هذه الجهة ولا تدل عليه - فان قيل ان كون المال بحيث ينتقل الى الموصى له بعدموت الموصى من الحقوق فينتقل ذلك الى ورثته لان ما تركه الميت من مال او حق فلوارثه ولازم ذلك صيرورته بموته ملكا لورثته كما عن جماعة فى حق القبول - قلنا - انه ممنوع صغرى وكبرى - توضيح ذلك ان الحق المقابل للملك والحكم بحسب الاصطلاح عبارة عن اعتبار السلطنة على شىء او شخص فى جهة خاصة مثلا حق الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والامضاء وحق الشفعة عبارة عن السلطنة على ضم حصة الشريك الى حصته بتملكه عليه قهرا - ولكن ليس ذلك حقيقة شرعية له اذ مضافا الى عدم الدليل عليه كثير اما يستعمل الحق فى الاخبار فى الحكم وعليه فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم او الحق بالمعنى الذى ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات والقرائن ولا يستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه .

ثم ان الشيخ الاعظم ره جعل للحق اقسام (الاول) ما لا يقبل المعاوضة بالمال أى لا يقبل النقل ولا الاسقاط كحق الحضانة والولاية (الثانى) ما يقبل الاسقاط ولا يقبل النقل كحق الشفعة والخيار (الثالث) ما يكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير والمصنف ره جعل ما يصح نقله واسقاطه قسمين - احدهما - ما يصح ذلك فيه بالعوض و

مجانا - ثانيهما - ما لا يصبح ذلك فيه الامجانا كحق القسم فان لكل من الازواج نقله الى ضررتها واسقاطه الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك وعلى هذا فحيث لا يعلم ان ما اشير اليه من قبيل الحق او الحكم - وعلى فرض كونه - من قبيل الاول من اى قسم من اقسام الحق - ففساد القول المزبور صغرى وكبرى واضح .

واما على القول باعتبار القبول فيها - فالبطالان اوضح اذ مضافا الى ما ذكرناه يشهد له ان المفروض ان الايجاب مختص بالموصى له وح ان قبل الوارث لنفسه لزم عدم مطابقة الايجاب والقبول وان قبل للمورث فهو ليس وكيلاً عنه ولا ولياً عليه فلا بد من البناء على البطلان - هذا بحسب القاعدة .

واما النصوص الخاصة - فهي طائفتان - الاولى ما يدل على المشهور لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضي امير المؤمنين (ع) في رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي اوصى له قبل الموصى قال (ع) الوصية لو ارث الذي اوصى له قال ومن اوصى لاحد شاهد كان او غائب فتوفي الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته (وارد) عليه الشهيد الثاني وقبله المصنف رده في محكي المختلف بان محمد بن قيس مشترك بين جماعة احدهم ضعيف ولعله راوى الخبر فهو ساقط عن الحجية (وفيه) اولاً انه كما ذكره الشيخ في الفهرست وغيره من المحققين على ما حكى ان الذي يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة فلا اشكال فيه سنداً - وثانياً - انه لو كان في سنده شيء لكان منجرباً بعمل الاصحاب وقديماً من هذه الطائفة - خبر ان آخران - احدهما خبر (٢) محمد بن عمر الساباطي (الباهلي خل) عن ابي جعفر (ع) عن رجل اوصى الى وامرني ان اعطى عماله في كل سنة شيئاً فمات العم فكتب اعط ورثته ولكنه غير مربوط بمسألتنا وانما هو في الوصية بالتملك في كل سنة ويكون ايجاب التملك من الوصى - ومقتضى القاعدة في تلك المسألة ايضا البطلان والخبر لجهالة

راويه لا يصلح مستند للصحة - ثانيهما خبر (١) المثنى بن عبد السلام عن الصادق (ع) عن رجل اوصى له بوصية فمات قبل ان يقبضها ولم يترك عقبا قال (ع) اطلبه وارثا او مولى فادفعها اليه قلت فان لم اعلم له وليا قال (ع) اجهد على ان تقدر له على ولي فان لم تجد وعلم الله منك الجحد فنصدق بها - وهو في خصوص مورد عدم القبض وظاهر في وقوع القبول فلا يدل على هذا القول - فالمستند خصوص صحيح محمد بن قيس - الثانية - ما يدل على بطلان الوصية كصحيح (٢) محمد بن مسلم - وابي بصير جميعا عن ابي عبد الله (ع) مثل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال (ع) ليس بشيء - وموثق (٣) منصور بن حازم عنه (ع) عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى قال (ع) ليس بشيء .

ولكن الطائفة الثانية غير ظاهرة في بطلان الوصية اذ يمكن ان يكون المراد بقوله ليس بشيء ان الموت ليس بشيء قادح في الوصية لان الايصاء ليس بشيء فلا معارض لصحيح محمد بن قيس وعلى فرض النزول فغاية الامر ظهورها في ذلك والجمع بينها وبين صحيح ابن قيس يقتضي حملها على ارادة ان الموت ليس بشيء اذ حمل الظاهر على النص او الاظهر جمع عرفي - وان ابيت الاعن ظهورها في بطلان الوصية بنحو لا يصح حملها على غير ذلك فهي معارضة مع صحيح ابن قيس ويقدم هو للشهرة التي هي اول المرجحات - فاصل الحكم مما لا اشكال فيه .

انما الاشكال في امور منها انه قد يدعى اختصاص الصحيح بما اذا لم يعلم غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد فقيما اذا علم ذلك يرجع الى القواعد المقتضية للبطلان ولم يذكر ووجهها للاختصاص سوى الانصراف وان ذلك هو المتيقن منه - اما الانصراف فلا يرى له منشأ واما كونه هو المتيقن فلا يمنع عن التمسك بالاطلاق اذ الثابت في محله ان وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب ليس مانعا عن الاطلاق فضلا عن المتيقن من الخارج - فلا ظهر عدم الاختصاص .

و منها انه لومات الموصى له قبل الموصى (فان لم يكن له وارث ف) هل الوصية (لورثة الموصى) كما فى المتن وعن غيره ام لا وجهان -- اوجههما الاول فان النص وان كان فى وارث الموصى له -- ولكنه يدل على ان الوصية مسروقة للوارث فمقتضى اطلاق ادلة الارث ثبوتها للوارث ايضا .

و منها انه هل ينتقل الموصى به بموت الموصى الى الميت ثم الى الوارث - او اليه ابتداء من الموصى قولان - استدللنا بان الميت بمنزلة المعدوم فلا يقبل الملك وللأول بانه لا اشكال فى انها تقسم على حسب قسمة الموارث و لو كانت منتقلة الى الورثة من الموصى لم يكن لذلك وجه - ويتوجه على الاول ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا حقيقة لها وراء الاعتبار ولذا ربما يكون المملوك كليا - وقد يكون المالك كك -- وعليه فاعتبارها للميت لا محذور فيه اصلا بل ظاهر الادلة الدالة على انتفاع الميت بالمال ذلك - وقد مر تفصيل القول فى ذلك فى المباحث المتقدمة - وعلى الثانى انه ما المانع من كون تقسيم الوصية فى المقام بحكم الميراث من هذه الجهة ان دل على ذلك دليل - والحق ان يقال ان ظاهر النص ككون الوصية مسروقة للوارث لا المال فبعد انتقال الوصية اليهم اذا مات الموصى ينتقل المال منه اليهم كما فى ساير الوصايا .

ومنها - انه هل المدار على الوارث حين موت الموصى له او الوارث حين موت الموصى وجهان - اظهرهما الاول بناء على ما عرفت من انتقال المال من الموصى الى الورثة وانه انما ينتقل الوصية الى الورثة فان الوارث حين موت الموصى له ح يرث الوصية ولا يبقى شىء حتى يرثه الوارث حين موت الموصى - نعم لو قلنا بان الورثة لا يرثون الوصية بل يرثون المال وانه انما ينتقل المال من الموصى الى الموصى له ومنه الى ورثته كان الاوجه هو الثانى فان المدار على الوارث حين انتقال المال .

و منها انه اذا وصى له بارض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها والا - وجهان مبنيان على ان المنتقل الى الورثة هو المال او الوصية - فعلى الاول لا ترث - وعلى الثانى ترث اذ الدليل دل على محروميتها عن الارض لاعن ما يؤدى الى ملكية الارض

ودلالة الدليل على كونها على نحو الارث ولذا يجب ان تقسم على نحو قسمة الميراث لاستلزام ترتب الحكم الخاص لموروث خاص على الوصية بذلك الموروث-- كما هو واضح - وحيث عرفت ان الاظهر ان الوصية تورث والمال ينتقل من الموصى الى الورثة - فالوجه انها ترث منها .

ومنها انه هل يختص ذلك بالوصية التمليلية - ام بعم العهدية بان يوصى الى وصيه ان يعطى زيدا مثلاً شيئاً- الاظهر هو الاول لاختصاص النص بالتمليلية- وقدر ان خبر الساباطى وان دل على جريان هذا الحكم فى العهدية - الا انه ضعيف السند غير مجبور بالعمل .

الوصية بالحمل

٦- (وتصح الوصية بالحمل) بخلاف وكذا بما تحمله الدابة او الشجرة من غير فرق فى جواز الوصية بالمتجدد بين المضبوط بمدة كالمتجدد فى هذه السنة او عشر سنين او عدد كاربعة ولا فى المضبوط بمدة بين المتصل بالموت والمتاخر كالسنة الفلانية من المتجدد كل تلكم لاطلاق ادلة الوصية - ودعوى ان الحمل المتجدد بعد موت الموصى انما هو لورثته فكيف يوصى به- مندفعة اولاً- بالنقض بالوصية بسكنى الدار مدة مستقبله - وثانياً - بالحل وهو ان المالك كما يملك العين الخارجية ملكية مرسله غير محدودة بزمان كملك يتبع ملك العين منفعتها المرسله غير المحدودة فله ان يوصى بها كيف ما شاء .

٧- (ويستحب الوصية للقريب و ان كان وارثاً) وقدر الكلام فيه فى شرائط الموصى له كما انه قدم الكلام فيما افاده بقوله (و اذا وصى الى عدل ففسق بطلت) وعرفت انها لا تبطل (و) ما ذكره بقوله (يصح ان يوصى الى المروثة و) قدم ايضا صحة جعل (الصبى) وصياً (بشرط انضمامه الى الكامل والى المملوك باذن مولاه فيمضى الكامل الوصية الى ان يبلغ الصبى ثم يشتركان ولا ينقض بعد بلوغه

ما تقدم مما هو سائغ و) ايضا قد تقدم انه (لو اوصى الكافر الى مثله صح) بل عرفت صحة وصية المسلم اليه ايضا .

حكم مالواوصى الى اثنين

(ولو اوصى الى اثنين) فلا يخلو اما ان يشترط اجتماعهما (و) اما ان يجوز لهما الانفراد - واما ان يطلق (ان شرط الاجتماع او اطلق فليس لاحدهما الانفراد) بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره احدهما بالاخلاف في الاول بل عليه الاجماع عن التنقيح وعلى الاشهر في الثاني وفي الرياض بل عليه عامة المتأخرين - امامع شرط الاجتماع فظاهر لان ولايتهما لم تثبت الاعلى هذا الوجه - واما مع الاطلاق فان كان المفهوم عرفا من الاطلاق ارادة الاجتماع فكك والابان حصل الاشتباه في المراد فثبت الولاية لهما بنحو الاجتماع معلوم وثبوتها لكل واحد منفردا مشكوك فيه والاصل يقتضي عدمه - ويمكن ان يستدل له مع ذلك بصحيح (١) الصنفار كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجلان كان اوصى الى رجلين ايجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف فوقع عليه السلام لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعمل على حسب ما امرهما انشاء الله تعالى - فان قيل ان قوله عليه السلام لا ينبغي ظاهر في الكراهة فهو يدل على جواز الانفراد - قلنا ان لفظ لا ينبغي وان لم يكن في نفسه ظاهرا في الحرمة - ولكنه لا يكون ظاهرا في الكراهة ايضا - وفي المقام اريد منه الحرمة قطعا بقربة قوله ان يخالفا الميت اذ لا ريب في حرمة مخالفة الميت لتضمنها التبديل المنهى عنه كتابا وسنة وقوله عليه السلام وان يعمل على حسب ما امرهما فانه يدل على حمل الاطلاق على امره بالاجتماع ومع امره لا اشكال في عدم جواز الانفراد .

وذهب الشيخ في احد قوليه و من تبعه الى جواز انفراد كل منهما مع الاطلاق واستدل لهم بموثق (٢) يريد بن معاوية ان رجلا مات واوصى الى والي آخر - او الى

رجلين فقال احدهما خذ نصف مائتة و اعطنى النصف مائتة فابى عليه الآخر
فسئلوا ابا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال ذلك (ذاك خل) له - ولكن الاستدلال به يتوقف على
رجوع الاشارة الى القسمة و الضمير المجرور الى الطالب مع انه يحتمل رجوع
الاشارة الى الالباء والضمير الى المطلوب بل لعل هذا اولى كما عن الشيخ فى التهذيب
والمصنف ره فى المختلف وغيرهما - لقرب مرجع الاشارة - فهو ايضا يدل على
عدم جواز الانفراد (واما) ما فى المسالك من ان الاشارة بذلك الى البعيد فحمله على القسمة
انسب باللفظ (ففيه) ان المحكى عن نسخة الكافى والفقهاء عدم وجود اللام مع الاشارة
وانما هى موجودة فى نسخة الشيخ - وعند دوران الامر بين الزيادة والنقصان وان كان
الاصل مقتضيا للبناء على الثانى الا انه فى المقام بما ان الشيخ اخذ الخبر من الكافى -
فالاول لولم يكن اظهر لاريب فى تساوى الاحتمالين فيكون الخبر مجملا من هذه
الجهة - ومع الاغماض عن جميع ذلك وتسليم دلالة على ما استدلل به له - فحيث يقع
التعارض بينه وبين صحيح الصغار - فان قلنا بان الجمع العرفى بينهما بحمل الظاهر
على النص او الاظهر يقتضى حمل الموثق على ارادة المنع عن الانفراد كما فهمه
المصنف ومن بعده - والا - فيقدم الصحيح للشهرة التى هى اول المرجحات ولا رجحية
السند التى هى ثانى المرجحات - فلا اشكال فى انه ليس لكل منهما الانفراد .

(و) على هذا ف (يجبرهما الحاكم على الاجتماع لو تشاحا) وتعاسرا افراد
احدهما نوعا من التصرف ومنعه الآخر من غير ان يستبدل بهما مع الامكان لان المفروض
ان الميت جعل لنفسه وصيا فلا ولاية للحاكم فيه وانما له الاجبار لانه ولى الممتنع عن
اداء حق الغير اذ ذلك شأن من شئون القضاة والحكام فيكون ثابتا له (فان تعذر)
الاجبار ولم يمكن جمعهما (استبدل) الحاكم بهما - لانهما بامتناعهما عن الاجتماع
المشروط بحكم العدم فللحاكم ان ينصب امينا من قبله وقد يقال انهما بالتعاسر و
التشاح يفسقان فيخرجان عن الوصاية فللحاكم نصب الامين وان امكن اجبارهما -
و لكن يرد عليه مضافا الى ما مر من عدم اعتبار العدالة فى الوصى ان التشاح ان

كان مستندا الى اعتقاد رجحان ما راياه بحسب المصلحة لا الشهى و المعاندة لا يوجب الفسق .

(ولو عجز احدهما) عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه (ضم اليه) الحاكم من بعينه - فيكون النظرح للثلاثة بلاخلاف الا عن الشهيد فى الدروس فانه ذهب الى انه يضم الحاكم الى الآخر لا الى العاجز فيكون النظر لاثنتين - ويتوجه عليه ان العاجز بعجزه عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه لا يخرج عن الوصاية لجواز الوصية الى العاجز كك ابتداء اجماعا - فكذا فى الاستدامة - ولو عجز احدهما عن القيام به اصلا بموت او جنون - فعن الاكثر انه يستقل الآخر فى التصرف - وفى النافع وعن القواعد والارشاد و التحرير و الفخر والشهيدى و جماعة انه يضم الحاكم الى الآخر امين من طرفه - وجه الاول انه مع وجود الوصى لا ولاية للحاكم - و يضعف بانه بانفراده لم يجعل وصيا و الموصى لم يرض برأيه منفردا و انما جعلهما معا وصيا فلا وجه لتفرده بالتصرف ، وح فيمكن ان يقال لو لم يكن خلاف الاجماع بسقوط الآخر عن الوصاية رأسا اذ الولاية المجعلولة له انما كانت ولاية له ولصاحبه فمع تعذر الجزء ينتفى الكل فيرجع الامر الى الحاكم وله ان يجعل امينا من قبله - وح له ان يجعل الآخر باستقلاله وليا - ودعوى ان الموصى لم يرض برأيه على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الامر اليه و الا لزم التبديل المنهى عنه فى الشريعة - مدفوعة بان الموصى لم يرض برأيه فى الوصاية التى جعلها ولا عبرة بنظره فيما يجعله الحاكم - فالأظهر ان له ذلك كما ان له تفويض الامر الى غيره هذا كله مع شرط الاجتماع او الاطلاق .

(ولو شرط الانفراد جاز تصرف كل واحد منهما) منفردا - بلاخلاف ولا اشكال لان كلا منهما وصى مستقل (ويجوز) لهما (الاقسام) بالتنصيف او التفاوت ان لم يمنع عنه الموصى ولم يحصل بالقسمة ضرر ولكن ليست هذه القسمة حقيقية فيجوز لكل منهما التصرف فى نصيب الآخر لان كلا منهما وصى فى المجموع

- وهذا كله مما لا اشكال فيه - انما الاشكال في انه هل يجوز لهما الاجتماع ح ام لا اذالم يشترط عليهما عدم الاجتماع - منشأ الاشكال ان الاجتماع مقتض صدوره عن رأى كل واحد منهما وشرط الانفراد يقتضى الرضا برأى كل واحد و هو حاصل ان لم يكن هنا اكد و مخالفته للشرط - و الحق ان يقال انه ان فهم من شرط الانفراد بواسطة القرائن الرخصة لا التضييق لا اشكال في الجواز - وان فهم التضييق فلا اشكال في عدم الجواز وان لم يظهر شىء فالظاهر عدم الجواز لان ثبوت الولاية لهما منفردين معلوم و ثبوتها لهما مجتمعين مشكوك فيه فيرجع الى اصالة الانتفاء -

حكم رد الوصية

٩- لاختلاف بين الاصحاب في انه كما ان للموصى له رد الوصية - كك للموصى ان يرد الوصاية مادام الموصى حي وان كان قد قبلها - الا عن الصدوق فيما اذا كان الموصى ابا او كان الامر منحصرا في الموصى اليه فلم يجز الرد فيهما وعن المختلف الميل اليه وفي الرياض و هو كك ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ولا يمكن دعواه باعتبار اطلاق عبارة الاصحاب بجواز الرد لعدم تبادر المقامين منه جدا - وجه الاول اطلاق النصوص الاتية .

و استدل الصدوق لعدم جواز الرد في المورد الاول - بمكانة (١) على بن الريان الى ابي الحسن (ع) رجل دعاه والده الى قبول وصية هل له ان يمتنع عن قبول وصيته فوق (ع) ليس له ان يمتنع - و ايراد سيد الرياض عليه بانه قاصر السند بسهل غريب فانه في كثير من الموارد صرح بان خير سهل يعتمد عليه - ولعدم جوازه في المورد الثاني - بصحيح (٢) الفضيل عن ابي عبد الله (ع) في رجل يوصي اليه قال (ع) اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه -

١ - الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب كتاب الوصايا

٢ - الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢

ونحوه غيره - وايد المصنف ره الاول بان امتناع الولد نوع عقوق - والثاني بان من لا يوجد غيره يتعين عليه لانه فرض كفاية (زاورد) على ذلك فى الجواهر بان نصوص الاطلاق متعدد وخبر التقييد واحد فلا يصلح لتقييد اطلاقها سيما و ان اطلاق الاخبار معتضد باطلاق الفتاوى والعقوق مبنى على امر الوالد له بذلك على وجه يؤذيه عدم القبول و وجوب اطاعة الولد فى مثل ذلك وان كان هو الظاهر لكن محل البحث عدم قبول الوصية من حيث كونها كك لاما اذا اشتملت مع ذلك على امر بالقبول و يمكن حمل المكاتبه المزبورة على ذلك بل لعله الظاهر منها فتخرج ح عن محل البحث .

اقول اما ما افاده من ان خبر التقييد واحد لا يصلح لتقييد اطلاق نصوص الرد لانها متعدد فمن غرائب الكلام اذ اطلاق القرآن يقيد بخبر الواحد كما اعترف به قدته فى غير موضع فكيف لا يقيد اطلاق النصوص المتعددة به - واما دعوى اعراض المشهور عن خبر التقييد - فيتوجه عليها ما افاده سيد الرضا من عدم تبادر المقامين من اطلاق عبائر الاصحاب حتى مع معلومية فتوى الصدوق - واما قوله ان العقوق مبنى على امر الوالد له بذلك - فيرده انه يتحقق مع طلبه منه ذلك وان لم يامر به فالانصاف تمامية ما افاده الصدوق فى الموردین - فالنصوص الدالة على جواز الرد كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (ع) ان اوصى الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل و ان شاء لم يقبل - وخبر (٢) منصور ابن حازم عنه (ع) اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لانه لو كان شاهدا فابى ان يقبلها طلب غيره ونحوهما غيرهما يقيد اطلاقها بامر -

واما فى غير الموردین فلا شك فى جواز الرد فى الجملة - والاصحاب ذهبوا الى ان له الرد مع بلوغ الرد اليه وهو حى . . . واليه اشار المصنف ره بقوله - (واذا بلغ الموصى رد الموصى اليه صح الرد والا فلا) ويمكن ان يستفاد

من النصوص المشار إليها - بجعل الغيبة والحضور كناية عن بلوغ الرد اليه وهو -
 حتى وعدمه بقربة التعليل في خبر منصور والاجماع على عدم مدخلة ذلك - نعم ذهب
 الشهيد الثاني في المسالك وسيد الرضا فيهما الى انه يشترط مع بلوغ الموصى
 الرد امكان اقامته وصيا غيره لعموم العلة المنصوصة و لانتفاء الفائدة بدونها فعلى
 هذا لو كان حيا ولكن لا يمكنه نصب احد ولو بالاشارة لم يصح الرد - وهو حسن -
 وايراد صاحب الجواهر عليه بكون المنساق من التعليل ارادة بيان واقع فهو
 شبه الحكمة لان المراد من التعليل قصد ادارة الحكم مداره ضرورة عدم لزوم
 طلب غيره اذ قد لا يريد وصية غيره هذا الذي ردها - - غير وارد - لان ظاهر التركيب
 كونه علة للحكم - والعلة تمكنه من نصب غيره لا النصب خارجا فلان في كونه
 علة بدور الحكم مدارها عدم لزوم طلب غيره .

وكيف كان فلو مات الموصى قبل الرد او بعده ولم يبلغه لم يكن للرد اثر وكانت
 الوصية لازمة للموصى اليه وان لم يقبلها اصلا على المشهور في صورة عدم القبول
 واجماعا في فرض القبول ثم الرد - ويشهد به مضافا الى النصوص المتقدمة
 صحيح (١) الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله (ع) في رجل اوصى اليه اذا بعث بها
 اليه من بلد فليس له ردها وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه - وحسن (٢) هشام
 ابن سالم عنه (ع) في الرجل يوصى الى رجل بوصية فيكره ان يقبلها فقال ابو عبد الله
 (ع) لا يخذله على هذه الحال (واورد) عليها المصنف رده في محكي المختلف
 والتحريرومال اليه في المسالك بعدم صراحتها في المطلوب لاحتمال حملها على
 الاستحباب او سبق القبول او نحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه فاثبات الحكم العظيم
 المخالف للاصول الشرعية والعقلية بمثل ذلك مشكل - وزاد ان اثبات حق على
 الموصى اليه على وجه فهرى وتسلط الموصى على اثبات وصيته على من شاء مخالف

١ - الوسائل - باب ٢٣ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٢

٢ - الوسائل - باب ٢٣ من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٤

للاصل - مضافا الى استلزام ذلك للحرص العظيم والضرر الكثير فى اكثر مواردنا و هما منفيان بالاية (١) والرواية (٢) (وفيه) ان عدم الصراحة لو سلم لا يوجب عدم العمل بالاجبار بعد كونها ظاهرة فى المطلوب وكون اكثر الفقه ثابتة بالظواهر - واثبات حق على الموصى اليه على وجه قهرى وان كان مخالفا لقاعدة السلطنة (٣) لكنها كسابر القواعد الشرعية قابلة للتقييد فما المانع من تقييدها بالنصوص المتقدمة والاحكام الضرورية والحرجية وان كانت مرفوعة الا ان المدار على الضرر او الحرج الشخصى لا النوعى - فالظاهر عدم جواز الرد الا اذا استلزم الضرر او الحرج فيرتفع ح حرمة الرد كسابر الاحكام الشرعية -

الوصية تبطل بخيانة الوصى

١٠ (ولو خان) الوصى (استبدل به الحاكم) امينا - بسلا خلاف فيه بل فى المسالك انما يتوقف عزله على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته فللحاكم ان يعزل الخائن مراعاة لحق الاطفال واموال الصدقات ونحوها واما اذا اشترطنا عدالته فانما يعزل بنفس الفسق وان لم يعزله الحاكم - وهو متين ولكن عرفت عدم اشتراط العدالة (واستدل) لجواز عزل الحاكم بان من وظائفه حفظ اموال القاصرين وحقوقهم واموال الصدقات ونحوها (وفيه) ان غاية ما يقتضيه ذلك منع الحاكم له عن استقلاله بالتصرف بل يجعل عليه ناظرا منفذا للوصاية معه على وجهها - واما دعوى انه يفهم من الموصى اشراط وصايته بامانته - وانه متى خان لم يكن وصيا فيردها ان الاثار الوضعية تابعة للانشاء ولا ترتبط بما فى النفس من الترجحات فالاولى

ان يستدل له بخبر (١) دعائم الاسلام عن على (ع) لايزيل الوصى الاذهاب عقل او ارتداد او تذيير او خيانة او ترك سنة والسلطان وصى من لا وصى له والنظر لمن لا نظره وضعف سنده مجبور بالعمل - ولو تاب ورجع فإظهار عدم عود الوصاية لعدم الدليل عليه والاصل عدمه .

وكيف كان في (لايضمن الوصى الامع التفريط) او مخالفة شرط الوصية - بلاخلاف كما في المسالك - والوجه في ذلك انه امين و يكون استيلاء يده على المال باذن مالكي وشرعى والامين لا يضمن الامع التعدي او التفريط كما سبق - واما ما دل من النصوص باطلافه على الضمان - فمحمول على ذلك - واما النصوص الدالة على ضمانه بالتبديل فمستفيضة منها - صحيح (٢) محمد بن مارد عن ابي عبدالله (ع) عن رجل اوصى الى رجل وامره ان يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصى فاعطى الستائة درهم رجلا يحج بهاعنه فقال (ع) ارى ان يغرم الوصى ستمائة من ماله و يجعلها فيما اوصى الميت في نسمة .

ثم انه قد يستشكل على القوم بان ظاهرهم في هذه المسألة ان غاية ما يوجب التعدي والتفريط وجوب الضمان عليه مع بقاءه على الوصاية - بل هو المستفاد من الصحيح ولا يوجب ذلك عزله مع انهم صرحوا في المسألة السابقة بان للحاكم ان يعزله - ويمكن دفعه بان كلمات الاصحاب في المقام انما هو لبيان الضمان خاصة ولا نظر لهم الى عزل الوصى وعدمه - واما الصحيح فلم يفرض فيه الخيانة ولعله كان فعله جهلا بتخيل انه انفع للميت بل ظاهره ذلك .

استيفاء الوصى دينه من مال الميت

١١- ولو كان للوصى دين على الميت في (له ان يستوفي دينه) مما في يده

١- ذكر صدره في المستدرک باب ٩٤ من ابواب الوصايا حديث ٣- وذيله في باب ٤٣

منها حديث ١

٢- الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

بلاخلاف فى بعض الصور - توضيح ذلك ان الوصى تارة يكون وصيا على وفاء الديون او مايشمله واخرى يكون وصيا على غيره - وعلى التقديرين تارة يمكن له اقامة البينة على حقه واخرى ليس له حجة عليه .

اما اذا كان وصيا على وفاء الديون فالظاهر انه يجوز له استيفاء دينه وان امكن له اقامة البينة - اذ هي انما تجب لاثبات الحق والمفروض انه ثابت عنده - والى ذلك نظر القوم حيث قالوا ان فائدتها احتمال كذب المدعى والمفروض عدمه - وحيث انه مخير فى جهات القضاء فلا اشكال فى ان له قضاء دينه - كما ان له ذلك لو علم بدين الاجنبى - واما موثق (١) بريد بن معاوية عن ابي عبد الله (ع) قلت له ان رجلا اوصى الى فسئلته ان يشرك معى ذاقراة له ففعل وذكر الذى اوصى الى ان له قبل الذى اشركه فى الوصبة خمسين ومائة درهم عنده ورهن بها جاما من فضة فلما هلك الرجل انشأ الوصى يدعى ان له قبله اكرار حنطة قال (ع) ان اقام البينة والافلاشىء له قال قلت له ابجل له ان ياخذ مما فى يديه شيئا قال (ع) لا بجل له قلت ارأيت لو ان رجلا عدا عليه فاخذ ماله فقدر على ان ياخذ من ماله ما اخذ اكان ذلك له قال (ع) ان هذا ليس مثل هذا - فالظاهر كونه اجنبيا عن المقام فان المفروض فى مورده ان الوصى شخصان و اناطة جواز تصرفاتهما بنظرهما معا ومن المعلوم انه لا يجوز لغير الدائن ان يؤدى الدين الا مع اثباته عنده - وبعبارة اخرى ان الكلام فى صورة ثبوت الدين عند الوصى وفى فرض الخبر لم يثبت عند احدهما - فلا ربط للخبر بما هو محل الكلام .

واما اذا لم يكن وصيا على وفاء الديون فحيث ان الدين انما يخرج من الاصل فمخرج الدين غير المال الذى بيده فالظاهر انه ليس له ان ياخذ منه مقاصة - وان شئت قلت ان المقاصة و ان كانت جائزة الا انها عبارة عن اخذ دينه من مال المدبون مع اجتماع الشرائط والميت بموته ينتقل ديونه الى امواله والثالث والارث انما يتعلقان بامواله بعد اخراجها فما فى يده متعلق بالميت و دينه انما يكون على الاموال الاخر

التي بيد الورثة فليس مورد للمقاصة - والى ذلك اشار الامام (ع) فى الموثق - و بما ذكرناه يظهر ما فى الاستدلال للجواز - بانه محسن باستيفاء دينه و«ما على» (١) المحسنين من سبيل .

ثم انه قال المصنف ربه بعد قوله له ان يستوفى دينه - (او يقترض مع الملائكة او يقوم على نفسه وياخذ اجرة المثل مع الحاجة) فها هنا احكام - الاول - ان للوصى ان يشتري من نفسه لنفسه باعتبار ولايته على المال الذى يريد شرائه بالوصاية كما هو المشهور ووجهه ان المفروض انه ماذون فى هذه المعاملة والتغاير المعتبر فى العقود بين الموجب والقابل يكفى الاعتبارى منه ولا يعتبر التغاير الحقيقى - فاطلاقات ادلة الامضاء تدل على صحته - ويشهد بها ايضا خبر (٢) الهمداني المنجبر ضعفه بعمل الاكثر قال كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصى ان يشتري من مال الميت اذابيع فيمن زاد يزيد وياخذ لنفسه فقال إِذَا يجوز اذا اشترى صحيحا - وعن الخلاف و المحلى عدم الجواز واستدلاله بوجوب التغاير بين الموجب والقابل وهو مفقود ، وبالاخبار (٣) المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذى هو بمنزلة الوصى - وبفتوى ابن مسعود - ولكن الاول قد عرفت ما فيه والاخبار المانعة عن شراء الوكيل لنفسه قد عرفت فى باب الوكالة انها محمولة على الحكم التنزيهى لدفع التهمة ولا مانع من الالتزام به فى المقام ايضا وقول ابن مسعود ليس بحجة .

الثانى - ان للوصى ان يقترض من ما فى يده مع الملائكة والمستند النصوص (٤) الدالة على جواز الاقتراض من مال اليتيم الذى تحت يد الانسان مع الملائكة - وقد مرّت النصوص فى باب - واما الاقتراض من المال الذى عين لمصارف خاصة فان علم من

١ - التوبة آية ٩١ .

٢ - الوسائل باب ٨٩ من ابواب الوصايا حديث ١

٣ - الوسائل باب ٦ من ابواب آداب التجارة

٤ - الوسائل باب ٧٦ من ابواب ما يكتسب به

الوصية الاذن فيه فلا كلام والافيمكن استفادة حكمه من تلك النصوص الواردة فى الافتراض من مال اليتيم سيما وان موردا كثيرا كونه وصيا عليه .

اخذ الوصى اجرة عمله

الثالث ان للوصى اخذ اجرة المثل مع الحاجة بلا خلاف فيه فى الجملة و ملخص القول فى هذه المسألة - ان الوصى تارة يكون وصيا على الايتام و يكون اموالهم تحت يده و يعمل لهم فيها - و اخرى يكون وصيا على صرف مال الوصية فى الموارد المقررة .

اما فى المورد الاول - فبعد اتفاق الاصحاب على جواز اخذ العوض اختلفوا فيما يؤخذ على اقوال (احدها) ان له ان ياخذ اجرة المثل من نظره فى ماله - اختار الشيخ فى احد اقواله والاسكافى والمصنف ره فى محكى القواعد والمحقق وغيرهم بل عن مجمع البيان انه الظاهر من روايات اصحابنا (ثانيها) انه ياخذ قدر كفايته ذهب اليه الشيخ فى قوله الاخر و الحلّى (ثالثها) انه ياخذ اقل الامرين فان كانت كفايته اقل من اجرة المثل فله قدر الكفاية دون اجرة المثل وان كانت اجرة المثل اقل من الكفاية فله الاجرة دون الكفاية اختاره جماعة .

ثم ان هؤلاء بين من قيد الاخذ بالحاجة ومن قال انه يجوز الاخذ ولو كان غنيا - والمحق ان يقال ان مقتضى القاعدة - والاية الشريفة - والنصوص هو اخذ اجرة المثل - اما القاعدة فظاهرة - واما الاية - وهى قوله (١) تعالى «ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف» فلان الظاهر ان المراد من الاكل فيها هو التملك أو جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك - وليس المراد منه معناه الموضوع له كما فى الايات الاخر قال الله تعالى (٢) «ان الذين باكلون اموال اليتامى ظلما» وقال عز وجل (٣) «ولا تاكلوها اسرافا وبذرا»

وقال عز من قائل (١) «لانا كلوا اموالكم بينكم بالباطل» الى غير تلکم من الايات المتضمنة لهذه الكلمة . وبالجملۃ لاشبهة في ان الاكل اريد به معناه الكنائى وهو ما ذكر - واما المعروف فظاهره ارادة ما هو المتعارف بين الناس - وعلى ذلك فتدل الآية الكريمة على انه يجوز لمن ينصدى امر الايتام ان ياخذ من اموالهم ما هو المتعارف اخذه بازاء العمل و ليس هو الا اجرة المثل - فالاستدلال بالآية للقول الثانى فى غير محله - واما النصوص فهى طائفتان . الاولى - ما يكون ظاهره فى جواز اخذ اجرة المثل - لاحظ صحيح (٢) هشام بن الحكم عن ابى عبد الله (ع) قال سألتہ عن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه فقال (ع) ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك - ونحوه غيره . وظهور هذه النصوص فى ارادة اجرة المثل لا ينكر - الثانية مالا يكون كك لكنه قابل للحمل عليه كصحيح (٣) عبد الله بن سنان عنه (ع) عن القيم لليتامى فى الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أنه ان يأكل من اموالهم فقال عليه السلام لا بأس ان يأكل من اموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى فى كتابه - و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولانا كلوا مما سرفا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل كسل بالمعروف - هو القوت وانما عنى فليأكل بالمعروف الوصى لهم والقيم فى اموالهم ما يصلحهم - و صحيحه (٤) الاخر عنه (ع) فى قول الله عز وجل - فليأكل بالمعروف - قال المعروف هو القوت وانما عنى الوصى أو القيم فى اموالهم وما يصلحهم ونحوهما غيرهما - وهذه النصوص قابلة للحمل على اجرة المثل بناء على ان اجرة المثل بحسب الغالب بالنسبة الى

١- النساء آية ٢٩

٢- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ٥

٣- التهذيب ج ٩ ص ٢٢٢ الطبعة الثانية

٤- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب ما يكتسب به حديث ١

من جعل حرفته ذلك لاتزيد على القوت فتحمل عليها والشاهد على هذا الحمل الآية والنصوص الاخر - ففي خبر (١) ابي الصباح عنه عليه السلام فان كان المال قليلا فلا ياكل منه شيئا - وفي خبر (٢) زرارة عن الباقر (ع) في الآية - سئل عنها فقال ذلك اذا حبس نفسه في اموالهم فلا يحترف لنفسه فليا كل بالمعروف من اموالهم وفي جملة (٣) من النصوص ان من تولى ابل الايتام او مواشيهم - ان له ان يصيب من لبنها - وبالجملة بعدد النصوص بعضها الى بعض يظهر ان المراد من الجميع اجرة المثل - ويؤيده ان العمل للايتام يختلف كثرة وقلة باعتبار زيادة المال وقلته - كما ان قوت الاشخاص يختلف سيما اذا قلنا بان المراد قوته وقوت عياله - فلا ترد في ان المراد اجرة المثل .

ثم ان ظاهر الآية الكريمة (٤) «ومن كان غنيا فليستغفف» عدم جواز اخذ الاجرة مع عدم الحاجة - كما عن الحلبي وفي المسالك والرياض - ويشهده مضافا الى ذلك - موثق (٥) سماعة عن الصادق (ع) من كان يلى شيئا لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى اموالهم ويقوم في ضيعتهم فليا كل بقدر ولا يسرف وان كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من اموالهم شيئا (فما) عن الشيخ والاسكافي والمصنفه في بعض كتبه من جواز الاخذ على كراهة (غير تام) والعفة لا تكون ظاهرة في الجواز كي توجب صرف ظهور الامر في الوجوب (ثم ان) ما في بعض النصوص من انه لو كان المال قليلا أو كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه أو ان عمله لو كان حفظ الدراهم والدنانير فلا يأخذ شيئا - فانما هو من جهة ان هذه الافعال لا اجرة لها في العادة .

حكم ايصال الوصى

١٢- (٩) يجوز للوصى (ان يوصى) بالموصى به اليه الى الغير (مع الاذن)

١ - ٢ - ٣ - ٥ - الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٣ -

١٠ - ٢ - ٢ كتاب التجارة .

١٢ - النساء آية ٤

من الموصى بالاخلاف لاطلاق الادلة . و (لا) يجوز له (بدونه) بالاخلاف ابصاع المنع بل عليه الاجماع كما عن غير واحد ووجهه ظاهر - وانما الخلاف فيما اذا اطلق الموصى فلم ياذن ولم يمنع - فعن المفيد والتقى وابن زهرة والحلى واكثر المتأخرين بل عامتهم انه لاتصح الوصية - وعن الاسكافى والنهاية والقاضى الجواز والكلام تارة مع قطع النظر عن النص الخاص واخرى بلحاظه .

اما الاول فقد استدل للجواز (بان) الموصى اقام الوصى مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له ومن ذلك الاستنابة بعد الموت (وبان) الاستنابة من جملة التصرفات التى يملكها حيا بالعموم كما يملكها بالخصوص لورود النص به - ويضعف الاول ان الموصى اقامه مقام نفسه فى فعله مادام حيا - ولم يقمه مقامه فى جعل القائم مقام نفسه بعد موته - والثانى ان الاستنابة فى حال الحياة الموجبة لسكون الفعل فعل الوصى غير الاستنابة بعد الموت غير المستندة اليه وايضا الاستنابة فى حال الحياة تكون جائزة للوصى الرجوع فيها بخلاف الاستنابة بعد الموت - و ان شئت قلت ان الوجهين لا يخلوان عن المصادرة - بل الاظهر بحسب القاعدة عدم الجواز لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك والاصل يقتضى عدمها - بل قيل ان المتبادر من استنابته مباشرة بنفسه او بوكيله الذى هو بمنزلة ومجبور عمله بنظره ومندرج فى وصايته دون الايصاء الى الغير المشتمل على الولاية بعد موته .

واما الثانى ففى المقام رواية استدل بها كل من الطرفين - وهى صحيحة (١) الصفار كتبت الى ابي محمد (ع) رجل كان وصى رجل فمات واوصى الى رجل هل يلزم الوصى وصية الرجل الذى كان هذا وصيه فكتب (ع) يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله (استدل) بها للقول بالجواز بتقريب ان المراد بالحق هنا حق الايمان فكانه قال يلزمه ان كان مؤمنا وفاته لحقه بسبب الايمان فانه يقتضى معونة المؤمن وقضاء حوائجه التى اهمها انفاذ وصيته (وفيه) انه من المحتمل ان يكون المراد بقوله بحقه

الوصية اليه بان يوصى وضمير حقه يرجع الى الموصى الاول والمعنى ح ان الوصية تلزم الوصى الثانى بحق الاول ان كان له قبل الوصى الاول حق بان يكون قداوصى اليه واذن له ان يوصى فقد صار له قبله حق الوصية فاذا اوصى به الزمت الوصى الثانى - ومع هذا الاحتمال يصير الخبر مجعلا لا يصح الاستدلال به .

وربما يستدل بهالعدم الجواز بما مر وهو ايضا غير ظاهر قال فى الرياض واما على ما يظهر منها بعد تعمق النظر فيها من ان المراد بالسؤال ان الوصى اوصى الى الغير فيما يتعلق به وجعله وصيا لنفسه فهل يدخل فى هذه الوصية وصية الموصى الاول فيلزم الوصى الثانى العمل بها ايضا ام لا فكتب الجواب بما مضى فلا وجه ايضا للاستدلال به لكونه على هذا التقدير ايضا مجعلا ومقتضاه ح ان كان للوصى الاول قبله اى قبل الوصى الثانى حق من جهة وصية الموصى الاول لزمه الوفاء به والا فلا و يكون المراد بالحق ح حق التوصية الى الوصى الثانى بان صرح له بالوصية فيرجع حاصل الجواب الى ان وصية الاول لا تدخل فى اطلاق وصية الموصى الثانى الا ان يصرح به وهو كما ترى غير مورد النزاع واطلاقه وان شمله الا انه لا عبرة به بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره فيكون الخبر بالنسبة الى مورد النزاع من جواز وصية الوصى الى الغير فيما اوصى به اليه الموصى و عدمه مجعلا محتملا لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتفق المجمع عليه وهو صورة الاذن فيها لا مطلقا انتهى و انما نقلناه بطوله من جهة انه اول ما نظرت فى الرواية قبل مراجعة كلمات القوم فيها خطر ذلك ببالى فرأيت انه قد تعرض له و بينه باحسن بيان - و لذلك اكتفيت بما ذكره -

(٩) كيف كان ؟ (لا يتعدى) الوصى (المأذون)

(٩) ويتولى الحاكم من لاوصى له) لو كان له اطفال ولم يكن عليهم ولى من الاجداد أو كان له وصايا أو حقوق او ديون . بلا خلاف لان ذلك من شئون القضاة وقد جعله

الشارع الاقدس (١) وكبلا وقاضيا فيثبت له جميع مال للقضاة من الوظائف منها ذلك -
ولانه من الامور الحسبية النسي يريد الشارع الاقدس وجودها وقد مرفى مبحث
الولايات انه يتعين تصدى الحاكم لهذه الامور - وبه يظهر انه مع فقده يتولاه عدول
المؤمنين .

لاتصح الوصية بما زاد على الثلث الا باجازة الورثة

١٣ - (وتمضى الوصية بالثلث فمادون ولوزادت) لاتكون ماضية في الزايد
و (وقف الزايد على اجازة الورثة) بلاخلاف في شىء من تلكم الاعن على بن بابويه
من نفوذها مطلقا - وحيث ان كلامه غير ظاهر في ذلك فدعوى نفى 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 .

ويشهد به اخبار صحيحة متظافرة - كخبر (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع)
في رجل اوصى باكثر من الثلث واعتق مما ليكه في مرضه فقال (ع) ان كان اكثر من الثلث
رد الى الثلث وجاز العتق - وخبر (٣) حمزان عنه (ع) في رجل اوصى عند موته وقال
اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة الممالك الخمسة الذين
امر بعتقهم قال عليه السلام ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق
منه اول شىء ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين
سمى اخيراً لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك - ونحوهما غيرهما
من النصوص المستفيضة او المتواترة الاتية جملة منها في ضمن الفروع الاتية .

وبازائها نصوص كموتق (٤) عمار عن ابي عبدالله عليه السلام الرجل احسق بماله

١ - الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١ - ٦

٢ - الوسائل - باب ٦٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢

٣ - الوسائل - باب ٦٦ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٤ - الوسائل . باب ١١ - من ابواب الوصايا حديث ١٩

ما دام فيه الروح اذا اوصى به كله فهو جائز - وموثق (١) محمد بن عبدوس اوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لابي محمد عليه السلام فكتب اليه رجل اوصى الي بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي اخت له فأربك في ذلك فكتب (ع) الى بع ما خلف وابعث به الى فبعت وبعثت به اليه فكتب (ع) الى قد وصل ونحوهما غيرهما (لكنها) لا عراض الاصحاب عنها ومعارضتها بالنصوص الاولة المشهورة بين الاصحاب التي هي اكثر عدد او اصح سنداً يتعين طرحها ولا مورد لما ذكره الاصحاب في مقام الجمع بين الطائفتين من حمل هذه على محامل بعيدة لما حقق في محله من ان ما اشتهر من ان الجمع مهما امكن اولى من الطرح لاصل له في غير الجمع العرفي .

اجازة الوارث الوصية بما زاد على الثلث

ثم ان تمام الكلام في هذه المسألة ببيان امور (احدها) انه لا اشكال في صحة الوصية بما زاد لو اجاز الورثة بعد وفاة الموصى وفي الجواهر انه اجماع بقسميه - وبشهادة به صحيح (٢) احمد بن محمد كتب احمد بن اسحاق الى ابي الحسن عليه السلام ان درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصا في مواضع و اوصت لسيدنا في اشقاصها بما يبلغ اكثر من الثلث ونحن اوصيائها واحبينا انهاء ذلك الى سيدنا فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيناها وان امرنا بغير ذلك انتهينا الى امره في جميع ما يامر به ان شاء الله قال فكتب عليه السلام بخطه ليس يجب لها في تركتها الا الثلث وان تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزا لكم ان شاء الله - وليس لهم الرجوع في اجازتهم لان الوصية بالاجازة نفذت فبطلانها بالرجوع يحتاج الى دليل .

واما اذا اجاز الوارث في حياة الموصى ففي نفوذها قولان (الاول) ما هو المشهور وهو النفوذ (الثاني) ما عن المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجامع والايضاح وشرح الارشاد وهو انه لا عبرة بالاجازة حال الحياة - وفيه نقل قولان آخران لم اظفر

بقائلهما - أحدهما - التفصيل بين كون الإجازة حال مرض الموصي فتصح وحال صحته فلا تصح - الثاني - التفصيل بين غنا 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 - و أخرى بلحاظها .

أما الأول فقد استدلل المصنف به للنفوذ بوجوه وتبعه غيره - منها - عموم قوله تعالى (١) «من بعد وصية يوصي بها أو دين» بتقريب أن مقتضى عموم صحة الوصية مطلقا - خرج عنه ما لو زادت على الثلث ولم يجزه الوارث وبقى الباقي - وأورد عليه بأنه مع الشك يرجع إلى عموم ما دل على عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث الذي هو إخص من عموم صحة الوصية - ولكنه يضعف بأن نصوص عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث قيد إطلاقها بما دل على صحتها مع إجازة الوارث فالتمسك بعمومها في صورة الشك تمسك بالعام في الشبهة المصداقية فتدبر - ومنها - أن الرد حق للورثة فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم كما لو رضى المشتري بالعيب - وأورد عليه بأنه لم يثبت الحق للورثة حال الحياة فلا معنى لاسقاطه وإذا أريد ثبوته بعد الموت فاسقاطه حال الحياة من قبيل اسقاط ما لم يجب - وفيه - أن اسقاط ما لم يجب أن كان بنحو الاسقاط على تقدير الثبوت لا محذور فيه - ومنها - أن الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث لأنه تصرف من المالك في ملكه لكن منع من الزيادة على الثلث إرفاقا بالورثة فإذا رضى الوارث زال المانع - وأورد عليه بأن زوال المانع إنما يتم على تقدير استمرار رضا الوارث أما إذا رد بعد ذلك فالإرفاق به يقتضى عدم صحة الإجازة السابقة والعمل على رده - وفيه - أن محل الكلام فعلا كفاية الإجازة في حال الحياة - وأما أنه لو رد بعد ذلك هل يؤثر الرد أم لا فهي مسألة أخرى سيأتي الكلام فيها - ومنها - أن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة لأنه أن برع كان المال له وأن مات كان للورثة فإن كان للموصي فقد أوصى به وإن كان للورثة فقد أجازوه - وأورد عليه بأن موضوع الكلام صورة الموت فالملك يكون للورثة

لكنه بعد الموت لا قبله فالاجازة قبله اجازة من غير المالك - وفيه - ان اجازة غير المالك التصرف على تقدير ملكه لا مانع من تأثيرها .

واما النص الخاص فمنه صحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به فقال عليه السلام ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته - ونحوه صحيح (٢) منصور بن حازم - وغيره ودلالاتها على نفوذ الوصية ظاهرة - ومع ذلك كله فلا يصغى الى ما عن السرائر من الاستدلال لعدم النفوذ بانها اجازة في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم بحال .

اجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصي

ثانيها - انه هل تكون اجازة الوارث تنفيذ العمل الموصى فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في الهبة وينتقل المال من الموصى الى الموصى له او ابتداء عطية من الوارث فتفتقر صحتها الى القبض، بل القبول ايضا - وينتقل المال من الوارث الى الموصى له وجهان المشهور هو الاول - وفي المسالك هو مذهب الاصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم وانما يذكر الاخر وجهها واحتمالا وانما هو قول العامة - والمرجح عندهم ما اخترناه ايضا انتهى وقد استدلل لكل من القولين بوجوه استحسانية .

والحق ان يقال انه تارة يبحث في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات - اما في مقام الثبوت فلا مانع من الالتزام بنفوذ وصية الموصى و انتقال المال منه الى الموصى له اما لان المال له حتى ما بعد موته غاية الامر بالنسبة الى ثلثه يكون مشروطا بالوصية و بالنسبة الى ما زاد عليه يكون مشروطا بهامع اجازة الوارث - واما لانه وان كان المال للورثة لكن كما يجوز تملك مال الغير باذنه بعد ما صار ملكا له كك يجوز تملكه من اول ما يكون المقتضى لدخوله في ملكه موجودا - فعلى التقديرين لا مانع من الالتزام بانتقال

المال من الموصى الى الموصى له - واما في مقام الاثبات فالموصى انما ينشأ التملك و ليس من الوارث انشاء تملك وانما كان منه اجازة ذلك الانشاء فهي تكون تنفيذا لذلك لا ابتداء تملك والنصوص ايضا ظاهرة في ذلك لاحظ - قوله **يُجِزُ** و الوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته فانه كالصريح في ان المملك هي الوصية التي اقروا بها لا الاقرار - فلا اشكال في انها تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية .

ثالثها (ولو) كانت الوصية زائدة عن الثلث و (اجاز) ما (بعض) الورثة (مضى في قدر حصته) ولا يضر التبعض بالاختلاف و ظاهر كلماتهم المفروغة عن جواز ذلك وهي كك - للعمومات - وعليه فيتم ما افاده صاحب الجواهر - قال و كذا الواجاز الجميع البعض او البعض لانحداد الجميع في المدرك انتهى - و ذكر و امثالا للتوزيع في مالو اجاز بعض الورثة - وهو انه نفرض التركة ستة وكان الموصى به ثلاثة فتزيد الوصية على الثلث بسدس المجموع فاذا كان للميت ابن و بنت كان هذا السدس مشتركا بينهما اثلاثا و لو اجاز الابن فقط صحت الوصية في ثلثي السدس و بطلت في ثلثه فتصح الوصية في اثنين وثلثين من الثلث و ان اجازت البنت صحت الوصية في اثنين وثلث من الثلث .

ثم انه كما يصح الوصية (ولو) زادت الوصية عن الثلث ان (اجاز و اقبل الموت) كما مر كك ت (صح) لو اجاز البعض دون البعض .

رابعها - لاختلاف ولا اشكال في انه (يملك) الموصى له - (الموصى به بعد الموت) من غير فرق بين مالو زادت الوصية على الثلث و اجاز الوارث او كانت بقدره فمادون (و) اما توقف الملكية على (القبول) وعدمه فقدم الكلام فيهما مفصلا عند القول في شرطية القبول فراجع .

حكم الايصاء بالواجب وغيره

خامسها - (و) لو اوصى بواجب وغيره (يقدم الواجب) فيخرج (من الاصل)

كان الواجب ماليا كالدين والحج - ام بدنيا كالصوم والصلاة كما تقدم في كتاب الحج مفصلا وعرفت ان الواجب يخرج من الاصل مطلقا لاطلاق الدين عليه في الاخبار ودلالة النصوص على ان كل دين يخرج من الاصل - والايصاء به لا يوجب صرفه الى الثلث - بلاخلاف في ذلك ويشهده صحيح (١) معاوية بن عمار عن الصادق (ع) في رجل توفي واوصى ان يحج عنه قال (ع) ان كان ضرورة فمن جميع المال انه بمنزلة الدين الواجب وان كان قد حج فمن ثلثه الحديث ونحوه الموثق (٢) وهما كما ترى صريحان في ان الوصية للحج لا توجب اخراجه من الثلث بل يخرج من الاصل مطلقا - وما فيهما من التعليل ظاهر في العموم لكل ما هو بمنزلة الدين فيشملان جميع الواجبات .

(٩) يخرج (الباقى من الثلث ويبدأ بالاول فالاول في غير الواجب) حتى يستوفي الثلث ويظل فيما زاد عليه ان لم يحز الورثة - بلاخلاف فيه - ويشهد به خبر (٣) حمرا عن ابي جعفر (ع) في رجل اوصى عند موته وقال اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه اثمان قيمة المماليك الخمسة الذين امر بعقدهم قال (ع) ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعقدهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيء ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين سمي اخيرا لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك - وضعفه منجبر بالشهرة وبرواية ابن ابي محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن موجه - ومورده ان كان خاصا الا ان التعليل ظاهر في العموم .

(ولو جمع) ما اوصى به من الواجب وغيره في الثلث بان صرح باخراجه منه (تساووا في الثلث) عملا بمقتضى الوصية وح ان كان الثلث وافيا بالجميع فلا كلام والاقيد بالواجب وان تاخر في الذكر بلاخلاف ظاهر - والتعليل في الصحيح (٤)

١ - ٢ - الوسائل - باب ٢٥ من ابواب وجوب الحج وشرايطه حديث ٤ - ٦

٣ - الوسائل باب ٦٦ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٤ - الوسائل - باب ٦٥ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

ان امرأة من اهلى ماتت واوصت الى بثلك مالها وامرت ان يعتق عنها و يتصدق وبحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال **إِنَّا** ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله عز وجل واجعل مابقى طائفة فى العتق وطائفة فى الصدقة الحديث-ظاهر فى ذلك مضافا الى اولوية الواجب عن غيره مع حصول ثبوت براءة الوصى بصرفه فيه بخلاف مالوصرفه فى غيره .

ثم انه ان اوصى بالازيد او بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ ولا حتى يتوقف الزايد على اجازة الورثة وقد يقال كما عن سيدالرياض بالاول حيث انه وجه كلام والد الصدوق الظاهر فى كون جميع الوصايا من الاصل بان مراده ما اذا لم يعلم كون الموصى به واجبا اولا واختار جماعة من المحققين منهم صاحب الجواهر ره وسيد العروة وغيرهما الثانى .

واستدل للاول - بحمل ما دل من الاخبار على انه اذا اوصى بماله كله فهو جائز وانه احق بماله مادام فيه الروح على ذلك - وبان مقتضى عمومات وجوب العمل بالوصية خروجها عن الاصل خرج عنها صورة العلم بكونها ندية - وبانه اذا كانت الحالة السابقة هو الوجوب كما اذا علم وجوب الحج عليه سابقا ولم يعلم انه اتى به ام لا يجرى الاستصحاب ويحكم بالخروج من الاصل - وبالصالة الصحة فى الوصية (ولكنها) جميعا ضعيفة - اما الاول فلما مر من ان تلك النصوص لابد من طرحها لاحملها على خلاف ظاهرها - واما الثانى فلان الخارج عن عمومات وجوب العمل بالوصية الوصية بغير الواجب فيما زاد على الثلث فالتمسك بالعمومات ح تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وهو لا يجوز - واما الثالث فلان استصحاب بقاء تكليف الميت لا ينفع فى تكليف الوارث لان تكليفه بالاخراج فرع تكليف الميت حتى يتعلق الحق باصل التركة وثبوت تكليف الميت فرع شكه واجرائه الاستصحاب لاشك الوارث وحال الميت غير معلوم انه متيقن باحد الطرفين او شك . ولا يقاس المقام بما لو شك فى نجاسة يد شخص وهو نائم مع العلم بنجاسته سابقا - الذى لا اشكال فى جريان الاستصحاب فى يده مع ان

حال النائم غير معلومة اذ في المقيس عليه لا يتوقف الحكم بنجاسته بالنسبة الى هذا الشخص على ثبوت نجاسته عنده واما في المقام فوجوب الاخراج من الاصل فرع ثبوت تكليف الميت واشتغال ذمته بالنسبة اليه من حيث هو - واما الرابع فلان المراد من اصاله الصحة ان كان اصاله صحة الوصية وضعافلا اساس لهذا الاصل وان كان المراد ان الاصل عدم تصرف الانسان في مال غيره - فيرده ان هذا الاصل لا يجري في المقام بعد عدم كون الايصاء بما للوارث معصية - فالمتحصل عدم تمامية شيء مما ذكره في وجه الخروج من الاصل .

وقد استدلل للثاني اى عدم النفوذ ما لم يثبت كونها بالواجب بظهور النصوص في ذلك لان الظاهر منها انه يقف نفوذ الوصية على اجازة الورثة بمجرد اشتمال الوصية على الازيد من الثلث وانما خرج عن ذلك ما لو علم كون ما اوصى به واجبا - وبعبارة اخرى ان الاستفادة منها بالحكم بعدم نفوذ الوصية حتى يعلم ان صدورها منه بسبب من الاسباب التي توجب الخروج من الاصل عملا بظاهر ما دل على تعاق حق الوارث بالازيد من الثلث حتى يعلم خلافه واصله النفوذ في الوصية على تقدير تسليمها انما هي حيث لا تعارض حق الغير ذكره صاحب الجواهر (وفيه) ان ما دل على توقف نفوذ الوصية بالازيد من الثلث على اجازة الورثة انما هو في مقام بيان الحكم الواقعي وخرج عنه الوصية بالواجب وهو في المقام مشكوك فيه فالتمسك بذلك الدليل العام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية وهو غير جائز - واشكل منه استدلاله بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالازيد من الثلث حتى يعلم خلافه - اذ لم تقف على ذلك الدليل المغيا بالغاية المشار اليها - واضعف من الجميع دعواه في ذيل كلامه ان ادلة صحة الوصية بما زاد على الثلث مع وجود السبب المقتضى تعارض ادلة رد الوصية فيما زاد على الثلث والنسبة عموم من وجه وتقدم الثانية اذ الطائفة الثانية اخص مطلق من الاولى فنقدم عليها لذلك ولكنه لا يصح الاستدلال بها في المقام لما مر - فالحق ان يقال ان كون ما اوصى به واجبا غير معلوم والاصل عدمه وبهذا الاصل الموضوعي يدخل في الاخبار الدالة على عدم صحتها اذا كانت ازيد من الثلث اذا عارض منها كونها بالواجب .

اذا اجاز الورثة ثم ادعوا الظن بقلة المال

سادسها - لو اوصى بما يزيد على الثلث فاجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل ففيه اقوال - الاول - انه ان كانت الوصية بمقدار من المال مشاع في التركة كنصف مساله مثلاً قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزايد فلو قالوا ظننا انه الف درهم فبان الف دينار قضى عليهم بثلاث الاف دينار بالوصية وسدس الالف درهم بالاجازة وان كانت بعين معينة كدار مثلاً لم يلتفت الى دعواهم - ذكره جماعة من الاصحاب وفي الجواهر لا اجد فيه خلافاً صريحاً - الثاني - التسوية بين المسألتين في القبول - حكى في الجواهر الميل اليه من الدروس وجعله في محكمي التحرير وجهاً وعن القواعد احتمالاً وفي المسالك لعله الاوجه - الثالث التسوية بينهما في عدم القبول اختاره صاحب الجواهر وتبعه سيد العروة وجمع من محشيها .

واستدل الاول بانه انما يقبل قولهم في المسألة الاولى لاصالة عدم العلم بالزايد مضافاً الى ان المال مما يخفى غالباً - ولان دعواهم يمكن ان تكون صادقة ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم الا من قبلهم لان الظن من الامور النفسانية فلو لم يكن فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البيعة على دعواهم - ولا صالة عدم الاجازة - وانما لا يقبل في الثانية لان الاجازة هنا تضمنت معلوماً وهو الدار مثلاً .

واستدل للثاني بالنسبة الى عدم القبول في الاول بما مر - ولعدمه في الثانية بان الاجازة وان وقعت على معلوم وهو الدار في المثال لكن كونه مقدار الثلث او ما قاربه مما تناسلوا فيه مجهولاً ولا يعرف الا بمعرفة مجموع التركة والاصل عدمه - ولكن الاصول المشار اليها لا اثر لها في المقام اصلاً وذلك لان الخلاف في المقام ليس في ما تعلقت الاجازة به فانه معلوم في كلتا المسألتين وانما المجيز يدعى انه تخيل قلة ما يجيزه .

وعليه فالحق ان يقال انه لا بد من البناء على عدم الاعتناء بما يدعيه - وذلك لانه

قد تكرر منافي هذا الشرح ان الاثار الوضعية لا تتبع ما في النفس من الترجحات ولا تاثير فيها على الانشاء فلو اشترى شيئاً لغرض من الاغراض ولم يتحقق ذلك في الخارج لا يبطل الشراء ولا يثبت له الخيار - وهذا هو الفارق بين الاثار الوضعية والتكليفية فان الاثار التكليفية تتبع الترجحات النفسانية و على ذلك ففي المقام بما ان الوارث اجاز الوصية الواقعة في الخارج و كونه ظاناً بقلة الموصى به من قبيل الاغراض والدواعي فتخلفه لا يؤثر شيئاً - فان قيل انه يكفي في رفع اثر الاجازة حديث لا ضرر قلنا انه بناء على ما تقدم منا من ان المال الموصى به وان زاد على الثلث ينتقل من الموصى الى الموصى له لو اجاز الوارث يكون ذلك من قبيل عدم النفع لا الضرر فلامورد لحديث لا ضرر - فالمتحصل ان الاظهر هو عدم القبول في كلتا المسألتين والله العالم .

المدار في الثلث على حال الوفاة

سابعها - لاختلاف بين الاصحاب في ان المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصى لاحال الوصية وعن الخلاف الاجماع عليه - ويقتضيه ظهور الدلة بل صراحة بعضها ولا يخفي ان في المقام مسألة اخرى خلطت بما هو عنوان هذه المسألة - وهي انه لو قال الموصى اعطوا ثلث مالي لزيد او نصفه او ربه او ماشا كل او قال ملكت هذا المقدار زيدا وفرضنا انه زاد ماله بعد الوصية قبل الوفاة - وهذه غير مسألة تناو هي ما لو اوصى بشئ ثم مات وكان ذلك الشئ ازيد من ثلث ماله حين الوصية وبقدرة او اقل حين الوفاة والحكم في ما هو معنون في المقام ما ذكر - واما في هذه المسألة فان كانت الزيادة متوقفاً حصولها فظاهر ايضاً الموصى قصده له ايضاً والافظاهر انه غير قاصد له بل ظاهر الحمل ارادة حال الوصية كما في سائر الموارد التي يحمل فيها العنوان على ما يكون حال الخطاب - مثلاً اذا قال الله على ان اتصدق نصف مالي فالمراد حال النذر لا ما يتجدد بعد - والى هذا نظر المحقق الثاني قده حيث قال بعد ذكر ما هو محل الكلام وان المدار على الثلث حال الوفاة هذا يستقيم فيما اذا اوصى بقدر معلوم اما اذا اوصى بثلث تركته و

كان في وقت الوصية قليلاً فتجدد له مال كثير بالارث او الوصية او بالاكتساب ففي تعلق الوصية بثلاث المتجدد مع عدم العلم بارادة الموصى للموجود وقت الوصية والمتجدد نظر ظاهر منشأه قرائن الاحوال على ان الموصى لم يرد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقفاً - و قد تقدم الاشكال فيما لو اوصى لاقرب الناس اليه وله ابن وابن ابن فمات الابن فان استحقاق ابن الابن لها لا يخلو من تردد انتهى -

و محصل الفرق بين المسألتين انه فيما هو عنوان البحث يكون النفوذ بمقدار الثلث حكماً شرعياً غير منشأ للموصى فالمتبع فيه الدليل و قد مر ظهوره في الثلث حين الوفاة - واما في هذه المسألة فالثلث هو مورد انشاء الموصى وفيه لا بد من رعاية انشائه ولا ريب انه يكون منشأ لثلث ما يتجدد اذ الم يكن متوقفاً حصوله - نعم لو احتمل حصول او انشأ ثلث ما هو داخل في ملكه حين الوفاة لا اشكال ح في ان المدار عليه ايضا الا انه غير ما هو معنون في المسألة الثانية - فلا يرد على المحقق الثاني ما افاده سيد العروة بانه يلزم العمل باطلاق الوصية الا اذا كان هناك قرينة قطعية على عدم ارادته الزيادة المتجددة - اذ يضعف ما اورده اولا ما عرفت من انه في مفروض جامع المقاصد القرينة القطعية على عدم ارادة الزيادة المتجددة موجودة وثانياً انه يكفي في رفع اليد عن الاطلاق وجود ما يصلح للقرينة ولا يعتبر القرينة القطعية هذا ما يقتضيه القاعدة .

ولكن في المقام نصوصاً خاصة تدل على ان المال المتجدد ايضا يلاحظ في مثل هذه الوصية - لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس قلت له رجل اوصى لرجل بوصية من ماله ثلث اربع فيقتل الرجل خطأ يعنى الموصى فقال (ع) يجاز لهذه الوصية من ماله ومن دينه وخبر (٢) السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال امير المؤمنين (ع) من اوصى بثلاثة ثم قتل خطأ فان ثلث دينه داخل في وصيته ونحوهما غيرهما فان الظاهر ان الحكم بجواز الوصية من دينه التي هي مال لم يكن يتوقعه - من جهة كونها مالا لا لخصوصية في الدية - وعليه فالبناء على ان المدار في هذه المسألة ايضا على القدر المشاع في

مجموع المال الموجود حال الوفاة اوجه وبما ذكرناه يظهر انه لا فرق في احتساب الدية من التركة وخروج الثلث منها بين ما اذا كان القتل خطئاً - أو كان عمداً أو صالحاً أو لياثته قاتله على الدية - بواسطة النصوص الدالة على ان تلك الدية ايضاً بحكم مال الميت لاحظ -
 خبر (١) عبد الحميد عن ابي الحسن الرضا (ع) عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا واتخذ اهله الدية من قاتله عليهم ان يقضوا دينه - قال (ع) نعم قلت وهو لم يترك شيئاً قال (ع) انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دينه - ونحوه خبر يحيى (٢) الازرق عن ابي الحسن (ع) فان اطلاقهما شامل للعمد - وخبر (٣) ابي بصير عن ابي الحسن موسى بن جعفر (ع) قال قلت فان هو قتل عمداً أو صالحاً أو لياثته قاتله على الدية فعلى من الدين على اولىائه ام من الدية او على امام المسلمين - فقال (ع) بل يؤدوا دينه من دينه التي صالح عليها اولىائه فانه احق بدينه من غيره .

حكم الوصية المبهمة

١٢ - في الوصايا المبهمة (ولو اوصى بجزء ماله) ولم يكن هناك قرينة من عرف او عادة على تعيينه (ف) فيه قولان (احدهما) ما عن المفيد والاسكافي والديلمي والقاضي وابن زهرة والمصنف ردهنا وجماعة - وهو انه كان الموصى به (السبع) وهو المنسوب الى الاكثر بل عن ابن زهرة الاجماع عليه (ثانيهما) كونه العشر ذهب اليه الصدوق والطوسي في كتابي الاخبار والمصنف رده في المختلف وولده والشهيد في الدروس واللمعة و المحقق الثاني - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فيدل على الاول نصوص كصحيح (٤) البرزنجي عن ابي الحسن (ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله

١ - ٢ - الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب الدين والقرض - حديث ١

٣ - الوافي - باب اولياء الدم من ابواب القصاص ج ٢ - ص ١٩٢ -

٤ - ذكر في صدره في الوسائل - باب ٥٤ - من ابواب الوصايا حديث ١٢ وذيله في باب ٥٥

فقال واحد من سبعة ان الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منها جزء مقسوم - قلت رجل اوصى بسهم من ماله فقال (ع) السهم واحد من ثمانية ثم قرأ انما الصدقات.. الخ ومثله صحيح (١) اسماعيل بن همام ونحوهما غيرهما - ويشهد للثاني روايات كثيرة مستفيضة كادت تبلغ التواتر - كخبر (٢) عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة قال ان امرأة اوصت الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلان فسالت ابن ابى ليلى فقال ما ادرى ما الجزء - فسالت ابا عبد الله (ع) عن ذلك فقال كذب ابن ابى ليلى لها عشر الثلث ان الله تعالى امر ابراهيم فقال اجعل على كل جبل منهن جزء وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشيء - وفي معناه خبر (٣) معاوية بن عمار عنه (ع) ومثله (٤) حسن ابن ابان بن تغلب عن ابى جعفر (ع) وخبر (٥) ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) وغير تلکم من الاخبار وهذه وان كانت اكثرها ضعيفة السند - الا ان فيها الحسن بل والصحيح فان المصنف ره فى محكى المختلف ذكر ان حديث ابن سنان صحيح ولم يذكر فى سنده ابن سيابة بل جعل الراوى عن الامام عبد الله بن سنان بلا واسطة وقد رواه الشيخ كسك فى الاستبصار فيكون صحيحاً - وكك الشهيد فى محكى الدروس جعله صحيحاً - فالطائفتان متعارضتان - وحيث ان كلا من القولين مشهور بين الاصحاب فلا مورد للمرجح الاول من مرجحات باب التعارض فيتعين الرجوع الى ثانى المرجحات وهي صفات الراوى - وهي تقتضى تقديم النصوص الاولى لاصحية اسنادها - فالمتجه انه السبع .

(٩) لو اوصى ؛ (السهم) كان الموصى به هو (الثلث) على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر كما فى الرياض و النصوص (٦) دالة عليه - كصحيح البزنطى المتقدم وغيره - وعن الصدوق والشيخ و ابن زهرة انه السدس للرضوى (٧) و

١-٢-٣-٤-الوسائل باب ٥٤ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١٣-٢-٣-١-١٩

٦-الوسائل باب ٥٥ - من ابواب كتاب الوصايا

٧-المستدرک باب ٢٧ - من ابواب الوصايا حديث ٣

العامى (١) وقول (٢) إياس بن معاوية - والكل كما ترى (و) لو أوصى بـ (الشيء) من ماله كان هو (السدس) بلا خلاف والنصوص (٣) هنا متفقة .

(ولو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة صحت من الثلث فإن لم يزد أو أجازوا كان الموصى له كآحدهم) غاية الأمرهم يرثون المال بالارث 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 و بنت وقال أعطوا زيدا كآحد ولدى - (أعطى الأقل إلا أن يعين الأكثر) لأن ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه هذا هو المشهور بين الأصحاب - ومحصله أن الموصى له يكون بمنزلة وارث آخر فيضاف إلى الورثة ويتساوى الموصى له والورثة أن تساوا وإن تفاضلوا جعل كآلهم نصيباً (وعن) جماعة من العامة أنه يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب آحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال - ويقسم الباقي بين الورثة - أن تعددوا لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وإن كان له اثنان فنصفه - وإن كانوا ثلاثة فثلثه (ومال) إليه المصنف ره في محكمي التحرير وجعله قريباً من الصواب ثم رجح مذهب الأصحاب وأجاب عن حجتهم - بأن التماثل يقتضى شيئين والوارث لا يستحق شيئاً إلا بعد الوصية النافذة بالوارث الموصى له بمثل نصيبه ولأن نصيب له إلا بعد الوصية فح يجب أن يكون مال الموصى له مما ثلث 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 تبديلاً لها والضابط عندنا أن يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فيقام 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

٥- (١٩٠) اوصى بوجوه (نسي الوصى وجهها) منها او اكثر صرف المنسى فى وجوه البر - وكذا لونسى جميع الوجوه - او كان وجهها واحدا فنسيه - ولم يعلم به من الاول او غير ذلك مما تعذر الصرف فى مصرفها كما هو المشهور بين الاصحاب - وعن الشيخ قده فى بعض فتاويه والحلى والمصنف هنا انه ي (رجع ميراثا) يشهد للاول خبر (١) محمد بن الريان كتبت الى ابي الحسن عليه السلام اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الابابا واحدا كيف يصنع فى الباقي فوق عليه السلام الابواب الباقية اجعلها فى البر - وخبر (٢) ابن ابي عمير عن زيد النرسي عن صاحب السابري اوصى الى رجل بتركته فامرني ان احج بهاعنه فنظرت فى ذلك فاذا هي شىء يسير لا يكفى للحج فسألت ابا حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بهاعنه الى ان قال فلقيت جعفر بن محمد - عليهما السلام فى الحجر - الى ان قال فقال ما صنعت قلت تصدقت بها قال (ع) ضمننت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فانت ضامن - وبعضهما النصوص الكثيرة الواردة فى نظائر المسألة - لاحظ ماورد (٣) فى المنذور للكعبة - وماورد (٤) فى الوصية بالف درهم لها - قال الصدوق روى (٥) عن الائمة عليهم السلام ان الكعبة لانا كل ولا تشرب وما جعل هديا لها فهو لزوارها - وقرب منه غيره ونحوه ماورد فى غير ذينك الموردين - فان المستفاد من تلكم النصوص ان كل ما اوصى به لوجه فنسى ذلك بالكلية او تعذر صرفه فيه يصرف فى وجوه البر فعلى هذا لا يصفى الى ما استدل به للقول الاخر ببطلان الوصية بامتناع القيام بها - مع ان الملازمة ممنوعة - وايضا فان المال خرج عن ملك الوصى فلا موجب لرجوعه ميراثا .

١ - الوسائل باب ٦١ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٢ - الوسائل باب ٣٧ من ابواب كتاب الوصايا حديث ٢

٣ - ٢ - الوسائل باب ٢٢ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج

ثم ان ذلك كله فيما لو اوصى لجهة من الجهات او لطائفة من الطوائف غير المعلومة او لشخص مرددين اشخاص غير محصورين - واما لو اوصى لشخص وتردد بين شخصين او اشخاص محصورين فالنصوص المتقدمة غير شاملة له - اما غير الاول منها فواضح - واما الاول فلان مورده عدم حفظ الوصى بقول مطلق فلا يشمل ماله حفظ في الجملة - وفي مثل ذلك لابد من الرجوع الى القاعدة في المال المردد بين شخصين او اشخاص وهي تقتضى التوزيع بالسوية كما مر الكلام في ذلك غير مرة .

حكم الوصايا المتضادة

١٦- لاختلاف (و) لاشكال في انه (يعمل بالاخير من المتضادين فان لم يتضادا تمل بهما) ان لم يزد على الثلث (ولو قصر الثلث بدأ بالاول فالاول) وتحقيق القول ببيان امور .

الاول انه يتحقق التضاد باتحاد الموصى به واختلاف الموصى له كما لو اوصى بدار معينة لزيد ثم اوصى بها لعمر - او اوصى بمبلغ معين لزيد ثم قال ما اوصيت به لزيد فهو لعمر - والظاهر انه لاشكال في انه يعمل بالاخيرة من الوصيتين لان الثانية ح تكون رجوعا عن الاولى ولكنه يتم مع عدم نسيان الاولى واما مع نسيانها والذهول عنها فلا يكون هذرجوعا عن الاولى .

الثاني انه لو كانت كل من الوصيتين مطلقة كما اذا اوصى لزيد بمائة ثم اوصى لعمر بمائة - او اوصى لزيد بدار ثم اوصى بدار آخر لعمر وزادتا على الثلث - صحت الاولى وتوقفت الثانية على الاجازة كما مر الكلام فيه - وعرفت ان ما ورد من النص في العتق بواسطة ما فيه من التعليل يدل على ذلك .

الثالث انه لو اوصى بثلثه لواحد وبثلثه لآخر - فهل هي وصايا متضادة فيعمل بالاخيرة - ام لا فبالاولى - قال الشهيد في المسالك ان كلام الاصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا وكك !فتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد

انتهى - وملخص القول فيه - انه قد يقال كما عن الحلّى والمحقق الشيخ على - ان الاصل في الوصية ان تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الامكان وانما تكون الثانية نافذة اذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملا للبيع على معناه الحقيقي وح فيتحقق التضاد فى مثل ما لو قال اوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمر وفيكون الثانى ناسخا للاول فيقدم واولى منه ما لو قال ثلث مالى (ولكن) يتوجه عليهما ما افاده فى المسالك قال ان الاطلاق فى الوصية وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيح اما النافذة بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعا الا ترى ان الوصية بجميع المال توصف بالصحة ووقوف ما زاد على الثلث على الاجازة ولا يقول احد انها ليست صحيحة الى ان قال لان جميع التركة مستحقة للموصى حال حياته اجماعا فقد اوصى بما يستحقه ومن ثم حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث وصحة هبته له وان توقف على اجازة الورثة انتهى وان شئت قلت ان اطلاق الوصية انما يقتضى ارادة معنى ما تعلق به واما الصحة والفساد شرعا بمعنى النفوذ لعدم المانع او عدمه لمانع او لفقد شرط فخارجتان عن مدلول الوصية فحيث ان الوصية الثانية تعلق بما اخرج قبل ذلك عن ملكه فهي مقرونة بالمانع فلا تصح الامع الاجازة والى ذلك اشار الامام (ع) فى الصحيح المتقدم لانه اعتق بعدمبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك - نعم - لو قال لزيد ثلثي ثم قال ثلثي لعمر وكان الثانى فسخا للاول ومضادا معه اذ ظاهرهما انه اوصى بشيء واحد مرتين - فتدبر حتى لا يشتبه عليك الامر .

ما يثبت به الوصية

١٧ - (وتثبت الوصية بالمال بشاهدين عدلين وبشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين واربع نساء وتقبل الواحدة فى الربع والاثنان فى النصف والثلث فى الثلاثة ارباع ولا تثبت الولاية الابرجلين) بلا خلاف ظاهر فى شيء من تلكم وقد

اشبعنا الكلام فى الجميع بل وفى شهادة اهل الذمة بها وفروعها فى كتاب الشهادات -
وسيمر عليك فلا رى وجها لاعادة ما ذكرناه .

١٨ - (وتصرفات المريض من الثلث وان كانت منجزة) عند المصنف ره
وجماعة وقد مرفى كتاب الحجر تفصيل الكلام فى ذلك وعرفت ان الاظهر كون منجزات
المريض من الاصل لامن الثلث .

حكم اقرار المريض بالدين

(واما الاقرار) فى حال المرض الذى يموت فيه (ف) فيه اقوال - احدها - انه
ينفذ من الاصل مطلقا وهو مذهب الديلمى والحلى مدعىا عليه الاجماع - ثانيها - انه
(ان كان متهمها) فمن الثلث واليه اشار المصنف ره بقوله (فكك- والافمن الاصل)
وهو مذهب الشيخين والمصنفه والمحقق والاكثر - و اضاف جمع منهم قيدا آخر
لمخروجه من الاصل وهو كونه عادلا - ثالثها - انه ان كان الاقرار لاجنبى فالنفسيل بين
كونه متهمها فمن الثلث و غير متهم فمن الاصل وان كان للوارث فمن الثلث مطلقا
وهو مذهب المحقق فى النافع - رابعها - تعميم الحكم للاجنبى بكونه من الاصل وتقييد
ذلك فى الوارث بعدم التهمة نقله فى الحقائق ولم يذكر قائله وهناك اقوال اخر وقد
انها ها بعضهم الى سبعة - والكلام تارة فيما يقتضيه القواعد و اخرى فيما يقتضيه
النصوص الخاصة - اما القواعد فهى تقتضى خروجه من الاصل مطلقا - لعموم ما دل على ان (١)
اقرار العقلاء على انفسهم جائز - ولما قيل من انه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه ولا
يمكن التوصل اليه الا بالاقرار فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له
ممنوعا من حقه وكلاهما مفسدة واقتضت الحكمة قبول قوله - والايراد على الثانى كما
فى الحقائق والرياض بانه كما يحتمل ان يكون الاقرار لما ذكره يحتمل ان يكون لمجرد

حرمان الوارث و منعه وان ذمته غير مشغولة - يندفع بما اخترناه من كون منجزات المريض من الاصل فلو كان قصده ذلك كان له التوصل اليه بالهبة وغيرها - واما النصوص الخاصة فهي طوائف - منها - ما يدل على ان الاقرار ان كان للوارث يفصل بين كونه منهما فمن الثلث وغير منهم فمن الاصل - كصحيح (١) منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى لبعض ورثته ان له عليه ديننا فقال عليه السلام ان كان الميت مرضيا فاعطه الذي اوصى له ومثله غيره - والمراد بالمريض ليس هو كونه عدلا بل ظاهره ما يقابل كونه منهما - و منها ما يدل على هذا التفصيل بالنسبة الى الاقرار للاجنبي كصحيح (٢) ابن مسكان عن العلاء بن السابري عن ابي عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلان وماتت المرثة فاني اولياؤها الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال ولانراه الا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء افيحلف لهم فقال عليه السلام ان كانت مأمونة فيحلف لهم و ان كانت متهمة فلا يحلف و يضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه - و هاتان الطائفتان لاتعارض بينهما - و منها ما يدل على ان المقربه للوارث مطلقا يخرج من الثلث كصحيح (٣) اسماعيل بن جابر عنه عليه السلام عن رجل اقر لوارث له و هو مريض بدين له عليه قال عليه السلام يجوز عليه اذا اقربه دون الثلث - وفي المسالك ان ظاهره غير مراد لانه اعتبر نقصان المقربه عن الثلث وليس ذلك شرطا اجماعا - وفيه - ان الظاهر منه ارادة الثلث فما دون فقد وقع التعبير بمثل هذه العبارة في جملة من موارد الاحكام وعليه حمل قوله (٤) تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين » اى اثنتين فمافوق فلا اشكال من هذه الجهة - لكنه اعم مطلق من الطائفة الاولى فيقيد اطلاقه بها - و منها ما ظاهره الاخراج من الاصل

فى الاقرار للوارث كصحيح (١) ابى ولاد عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل مريض اقر عند الموت لوارث بدين له عليه قال يجوز له ذلك الحديث - وهذه الطائفة ايضا اعم مطلق من الاولى فيقيد اطلاقها بها - ومنها ما يدل على رد الاقرار مطلقة - كخبر (٢) السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام انه كان يرذالنحلة فى الوصية - و ما قر به عند موته بلائبت ولاينة رده - فان الظاهر ان المراد من قوله - يرد النحلة فى الوصية انه يجعلها من قبيلها فيكون الجار والمجور متعلقا بيرد - وقوله وما اقربه ... الخ جملة اخرى و دالة على رد الاقرار مطلقا - ولكنه حيث لم يعمل بظاھر احد فلذا حمله الشيخ على ارادة رده من الاصل و ان اخرج من الثالث - فيقيدح اطلاقه بالطائفتين الاوليتين ومنها ما تضمن التفصيل بين كونه مليا وغيره - كصحيح (٣) الحلبي عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل اقر لوارث بدين فى مرضه ايجوز ذلك قال عليه السلام نعم اذا كان مليا و نحوه صحيحه (٤) الاخر عنه عليه السلام والضمير الذى يكون اسم كان يحتمل رجوعه الى الوارث و الغرض من ذكر ملائته كون ذلك قرينة على صدق المقر له - ويحتمل رجوعه الى المقر و يجعل ذلك كناية عن صدقه وامانته - وعلى التقديرين يتحد مفادهما مع مفاد الاولى - وانما يجعل الملائة كناية عما ذكر - من جهة عدم القائل بظاھرهما - فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من مجموع النصوص بعدد بعضها الى بعض انه ان كان المقر متهما فيخرج من الثالث - والا فمن الاصل - ثم انه لا يهمننا البحث فى ان العدالة و عدم الاتهام متساويان بحسب المصاديق وان العادل غير متهم و الفاسق متهم كما عن التذكرة - ام تكون النسبة بينهما عموما من وجه قرب عادل بحسب الموازين الظاهرية متهم - ورب فاسق موثوق به من هذه الجهة كما هو الاظهر بعد كون المدار على الاتهام وعدمه وان الظاهر من كونه مرضيا كونه غير متهم لاعادلا .

١ - ٢ - الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١٢ - ٢ - ١٢

٣ - ٤ - الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٧ - ٥ - ٥

ثم ان الماخوذ في بعض النصوص - الاقرار عند حضور الموت و في بعضها الاقرار وهو مريض - ومقتضى الجمع بين الاخبار هو البناء على ان الموضوع هو الاقرار في مرض الموت بشرط كونه قريبا منه عرفا (9) اما مقاله المصنف رهان (هذا الحكم يتعلق بمطلق المرض الذي يحصل به الموت وان لم يكن مخوفا) فمراده الاطلاق من حيث كون المرض مخوفا او غير مخوف لامن حيث ما يتناول مدته بعد الاقرار وغيره - فعلى هذا لو اقر في ابتداء السل و طال مرضه الى ان مات لا يكون اقراره مشمولا لهذا الحكم - والى هذا نظر المصنف ره في محكى التذكرة حيث نقل في السل اقوالا منها انه ليس بمخوف في ابتدائه وان كان مخوفا في آخره لان مدته يتناول فابتدائه لا يخاف منه الموت عاجلا فاذا انتهى خيف .

احتساب ارش الجناية والدية من التركة

١٨- (ويحتسب من التركة ارش الجناية والدية) فتعلق بهما الديون والوصايا وسائر ما يتعلق بالتركة - من غير فرق في الدية بين دية الخطاء ودية العمد - ويشهد بذلك النصوص (١) الكثيرة الواردة في الابواب المتفرقة وقد مر الكلام في الدية في آخر المسألة الثالث عشرة - وبه يظهر حال ارش الجناية مسع ان النص الخاص دال عليه - وربما يقال ان الحكم فيهما موافق للاعتبار لان الميت احق بنفسه من غيره ووجهه بعض الاساطين بانه لما كان المقتول عمدا او مسن اورد عليه الجناية هو الذي ملك نفس قاتله عوضا عنه او ملك ايراد الجناية بمثل ما اورد عليه وكانت الولاية على مملكته عفوا واستيفاء او ابدالا بالمال لوليه فلو صالح القاتل بالدية - والجاني بالارش تدخل هي في ملكه لافي ملك الولي فيكون سبيلهما سبيل سائر امواله - وكيف كان النصوص الخاصة تغنينا عن هذه الوجوه الاعتبارية .

١- الوسائل باب ٢٢ من ابواب الدين - وباب ١٤ - ٣١ من ابواب الوصايا - وباب

١٩ - وتصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية تصرف كالأب ولو انتفت صحت في اخراج الحقوق عنه) وقدر الكلام في هذه المسألة في ذيل المطلب الثاني في شرائط الموصى وعرفت انه انما يصح وصية الأب والجدة بالولاية على الصغار ولا تصح وصية الحاكم والموصى بها وعرفت حكم وصية الأب أو الجدة بهامع وجود الآخر كما عرفت حكم الوصية باخراج الحقوق وما شاكل .

بقي الكلام في ما يتعلق بخصوص هذه العبارة فان قوله يصح الوصية على كل من للموصى ... الخ - يدخل فيه وصية الأب مع وجود الجد فانه يصدق ان الموصى له عليه ولاية - مع ان المشهور المنصور انه ليس له جعل الولاية للغير مع وجود الجد ثم انه لو وصى في اخراج الحقوق الى غير الورثة وكانوا كبارا ليس للموصى التصرف في التركة لاجل ذلك الا باذنهم اما لانهم شركاء في المال - اولان تمام المال لهم - على القولين في انتقال التركة اليهم بالموت مطلقا - بمقدار لا يقابل الموصى به والدين فان اذنوا فلا كلام والا جبرهم على الاداء من المال او من اموالهم الآخر فان لم يمكن ذلك رفع امره الى الحاكم ليلزمهم باحد الامرين - وان لم يمكن ذلك ايضا جازله ان يبيع من التركة ما يقضى به الوصية ويوفى به الدين .

حكم الوصية باخراج الولد من الميراث

٢٠ - (ولو اوصى باخراج بعض ولده من الميراث لم تصح) باختلاف

فيه في الجملة بل عليه الاجماع اذ لم يخالف في المسألة بكليتها غير الصدوقين والشيخ والاولان التزما بالصحة في الولد الذي قد احدث الحدث المذكور في الخبر الانى - والشيخ التزم بهافيه في الجملة حملا للمخبر الانى على انه قضية في واقعة - وعلى ذلك فالاجماع على عدم الصحة في الجملة ثابت - وكيف كان فيشهد للبطلان مضافا الى ذلك - والى انها مخالفة للكتاب والسنة فتلغو - والى انها من الحيف في الوصية الذي

ورد فيه (١) انه من الكبائر - خبر (٢) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام ما بالي اضرت بولدي (بورثني خل) اوسرقتهم ذلك المال - وخبر (٣) مسعدة عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام من عدل في وصيته كان كمن تصدق بهافي حياته ومن جار في وصيته لقي الله عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض - وصحيح (٤) سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام في رجل كان له ابن يدعيه ففاه و اخرجته من الميراث وانا وصيه فكيف اصنع فقال عليه السلام لزمه الولد لاقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه .

وبازاء تلکم - مارواه (٥) الصدوق والشيخ عن وصي علي بن السري فقلت لابي الحسن موسى (ع) ان علي بن السري توفي واوصى الى فقال له فقلت وان ابنه جعفر وقع على ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث فقال (ع) لي اخرجه ان كنت صادقا فبصبيته خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له اصلحك الله انا جعفر ابن علي السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الى ميراثي من ابي فقال لي ما تقول فقلت له نعم هذا جعفر بن علي السري وانا وصي علي بن السري قال فادفع اليه ماله فقلت اريد ان اكلمك فقال فادن فدنوت حتى لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على ام ولد لايه فامرني ابوه واوصى الى ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتي موسى بن جعفر بالمدينة فاخبرته و سأله فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلقتني ثلاثا ثم قال انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه الخبل بعد ذلك (ولكن) وصي السري الراوي للخبر مجهول الاسم و الوثاقة

١- الوسائل - باب ٤٦ - من ابواب جهاد النفس

٢- الوسائل - باب ٥- من ابواب الوصايا - حديث ١

٣- الوسائل باب ٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

٤-٢- الوسائل - باب ٩٠ - من ابواب الوصايا - حديث ١-٢

ولا يعمل بخبره وايضا فى طريقه المعلى وهو مشترك بين الثقة والضعيف - مع - ان الاصحاب اعرضوا عنه وهو معارض بما مر فلا سبيل الى العمل به .

ثم انه على القول بعدم الصحة وقع الخلاف فى انها تبطل رأسا كما عن الاكثر - ام تكون هذه الوصية جارية مجرى الوصية بجميع ماله لمن عدا الولد فتمضى فى الثلث خاصة ان لم يجز الولد ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب القرينة وهو مختار المصنف - فى محكى المختلف وعن الخراسانى انه استظهره (وجه) الاول ان اخراجه من الميراث اعم من الوصية بالمال لباقي الورثة وان لم يرجع الحصة اليهم الا ان ذلك ليس للوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لا توارث وربما لا يعلم حين الوصية من يرثه ولا يخطر بباله فلا دلالة فى اللفظ مطابقة ولا تنضمنا ولا التزاما (ولكن) يرد عليه انه كما لو اوصى باخراجه من الثلث لا اشكال فى الصحة ويكون ذلك وصية بصرف الثلث ففى غيره فكك فى المقام فانه لا يعتبر فى الوصية سوى العهد بما اراده ولا يعتبر فيها قصد عنوان الوصية وعلى ذلك فالإبضاء باخراجه من الميراث إبضاء بصرف المال كله فى باقى الورثة فيترتب عليها حكمها فما افاده المصنف - ره اوجه .

كتاب الشفعة

الذى ذكره المصنف - فى آخر كتاب المتاجر - ولكننا حيث اكتفينا بكتابنا منها ج الفقه فى شرح المكاسب للشيخ الاعظم - الذى هو اربع مجلدات و استوفينا البحث فيما يرجع الى المتاجر من المباحث - عن شرح كتاب المتاجر للتبصرة فرأينا انه بقى المسائل المتعلقة بالشفعة التى تعرض لها المصنف - ره فاجيبنا ادراجها فى المقام - لثلا يفوت عنا باب من ابواب الفقه - لم نكتبه فى هذا الشرح .

وكيف كان فهى عبارة عن استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع - و الاصل فى شرعيتها بعد الاجماع المحقق والمحكى مستفيضا - النصوص المتواترة التى ستمر عليك جملة منها فى ضمن المسائل الانية - فلا اشكال فى انه

(اذا باع احد الشريكين حصته في ملكه كان للآخر الشفعة) غاية الامر (بشروط)
- وتنقيح القول فيه في مقامات -

ما ثبت فيه الشفعة

الاول فيما ثبت فيه الشفعة لاختلاف بين الاصحاب كما نقله غير واحد في ثبوتها
في العقار الثابت القابل للقسمة كالأراضي والبساتين والمساكن وفي الشرايع
والنافع والمسالك وغيرها الأجماع عليه وفي الجواهر عليه الأجماع بقسميه
بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر - كالنصوص من الطرفين - وإنما الخلاف في غير
ذلك من الأموال - وفيه أقوال كثيرة - ذهب أكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين منهم
الشيخان وابن الجنيّد وأبو الصلاح وابن أدريس إلى ثبوتها في كل مبيع منقول كان
أم لا قابلاً للقسمة أم لا - وفيه آخرون ؛ (أن يكون الملك مما يصح قسمته) - وعن
جماعة وهم أكثر المتأخرين اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة و منشأ
الاختلاف اختلاف النصوص - وتنقيح القول بالبحث في موردن - أحدهما في
اختصاصها بغير المنقول وعدمه - الثاني في أنه هل تختص الشفعة بما يصح قسمته
أم نعم غيره .

أما الأول فيشهد لثبوتها في كل مبيع منقول كان أو غير منقول مرسل (١) يونس
عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام عن الشفعة لمن هي وفي أي شيء هي ولمن تصلح
وهل تكون في الحيوان شفعة وكيف هي فقال عليه السلام الشفعة جائزة في كل شيء من
حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه
فشريكه أحق به من غيره وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحدهم - ورواه الصدوق مرسلًا
إلا أنه قال الشفعة واجبة - وهذا الخبر دلالة واضحة - وسنده قوى على الظاهر

اذلاهم لعدم اعتباره سوى ارساله ووجود محمد بن عيسى بن عبيد في طريقه وشيء
منهما لا يوجب وهنا فيه - اما ارساله فلان المرسل من من اجمعت العصابة على تصحيح
ما يصح عنه - واما محمد فلانه وان ضعفه جماعة الا ان الظاهر ان منشأ تضعيف هؤلاء
تضعيف الصدوق - والصدوق ضعفه لتضعيف ابن الوليد كما صرح به مرارا ، وتضعيف
ابن الوليد انما هو لكون اعتقاده انه يعتبر في الاجازة ان يقرأ على الشيخ او يقرأ الشيخ
عليه ويكون السامع فاهما لما يرويه وكان لا يعتبر الاجازة المشهورة بان يقول اجزت
لك ان تروى عنى وكان محمد بن عيسى صغير السن ولا يعتمدون على فهمه عند القراءة
ولا على اجازة يونس له - ولكنه كما ترى ولذا قال النجاشي وذكر ابو جعفر بن بابويه عن
ابن الوليد انه قال ما تفرد به محمد بن عيسى من كتب يونس وحديثه لا يعتمد عليه - و
رأيت اصحابنا ينكرون هذا ويقولون من مثل ابي جعفر محمد بن عيسى سكن بغداد -
مع ان جماعة من ائمة الفن وثقوه - فلا اشكال في سند الخبر - اصف الى ذلك كله ان
العمل به مشهور بين القدماء و الشهرة بين متقدمي اصحابنا توجب جبر و هن
الخبر لو كان فالخبر من حيث السند معتبر ومن حيث الدلالة صريح في المطلوب - فلا
توقف في الحكم .

وبعضه النصوص الدالة على ثبوت الشفعة في المملوك كصحيح (١) الحلبي
عن ابي عبد الله (ع) انه قال في المملوك يكون بين شركاء فبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبه
انا حق به اله ذلك قال (ع) نعم اذا كان واحدا - ومثله صحيح (٢) ابن سنان عنه (ع) - و
اما ما في ذيل الصحيح الاول قيل له في الحيوان شفعة قال (ع) لا - ومثله خبر (٣) سليمان
ابن خالد عن ابي عبد الله (ع) ليس في الحيوان شفعة - فمحمولان على عدم ثبوت الشفعة
في الحيوان مع تعدد الشركاء بقريته مارواه (٤) الصدوق باسناده عن البرزطي عن ابن سنان

عنه (ع) في حديث انه قال لاشفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا - ولعدم قول احد من الاصحاب بالتفصيل بين المملوك الانسي والحيوان في ذلك الاما عن مختلف المصنفه - وايضا يعضده حسن (١) هارون بن حمزة الغنوي - عن ابي عبد الله (ع) عن الشفعة في الدورأ شئء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بهامن غيره فقال (ع) الشفعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن - بناء على كون العبارة كما ذكر - ولكن قد ذكر في بعض النسخ في البيوت بدل في البيوع .

وقد استدل باختصاصها بغير المنقول - باصالة عدم التسلط على مال الغير الا بطيب نفسه خرج منها المجمع عليه وبقي الباقي - وبما دل على نفيها عن الحيوان والسفينة والطريق - وبخبر (٢) جابر عن النبي (ص) لاشفعة الا في ربع او حائط -- وبالنصوص الاتية الدالة على اختصاص الشفعة بما لم يقسم بدعوى ظهورها في كون مورد الشفعة القابل للقسمة بخلاف الحيوان ونحوه بل ذكر الارف التي هي علامة الحدود في بعضها في قسمة الاراضي مشعر بان موردها خصوص الاراضي - وبمرسل (٣) الكليني قال - وروي ايضا ان الشفعة لا تكون الا في الارضين والدور فقط - وبخبر (٤) عتبة بن خالد عن ابي عبد الله (ع) قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن وقال لاضرر ولا ضرار وقال اذا رفت الارف وحدت الحدود فلا شفعة - قال المصنف في محكي المختلف بعد نقل الخبر وهو يدل بمفهومه على انتفاء الشفعة في غير الارضين والمساكن اما ولا فلتعليق الحكم عليهما - واما ثانيا فلقوله (ع) لاضرر ولا ضرار .

ولكن الجميع كما ترى - اما الاول فلانه يجب الخروج عن الاصل بالدليل وقد تقدم - واما الثاني فلما عرفت من عدم نفيها عن الحيوان - واما نفيها عن السفينة والطريق

١- الوسائل - باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١

٢- المستدرک باب ٥ من ابواب الشفعة - حديث ٦

٣- الوسائل - باب ٨ من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٢

٤- الوسائل - باب ٥ من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١

فسياتي الكلام فيه - واما الثالث فلانه مرسل لا يعتمد عليه - واما الرابع فمضافا الى ماسياني من عدم الاختصاص بما لا ينقسم ان قابلية القسمة اعم من وجه من المنقول واما الخامس فلضعفه بالارسال - واما السادس فمضافا الى ضعفه بمحمد بن عبد الله بن هلال المهمل - ، انه لا يدل على الاختصاص لان تعليق الحكم عليهما لا يدل على نفيه عن غيرهما الاعلى القول بمفهوم الوصف - واما التعليل فالظاهر انه للحكم بثبوت الشفعة فيهما لالنفيه عما عداهما - وعليه فالمراد بالضرر الضرر الذي انيط به وجه الحكمة في ثبوت الشفعة لاضرر نفى سلطنة المالك عما ملكه كما عقله المصنف ره - فالرواية حجة بعمومها المستفاد من التعليل فيها لما عليه اكثر القدماء كما افاده سيد الرياض فالأظهر ثبوتها في كل مبيع -

ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم

و اما المورد الثاني - فعن جماعة من قدماء الطائفة ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة ايضا كالعضايد و الدكاكين والحمامات المضيق والنهر و الطريق الضيق و ما شاكل - ومال اليه الشهيد الثاني في المسالك وجمع ممن تبعه وقواه سيد الرياض - وعن الشيخ و سلار و ابني حمزة و البراج و المصنف ره و المحقق و الفخر و الشهيد انها لا تثبت فيه وفي المسالك انه المشهور خصوصا بين المتأخرين و عن التذكرة نسبته الى اكثر علمائنا و ان قال صاحب الحقائق ان الشهرة انما وقعت بعد العلامة - وجه الاول اطلاق الأدلة .

و استدلل للثاني بخبر (١) السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاشفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق - وليس المراد الواسعين اتفاقا فيكون المراد الضيقين - و خبره (٢) الاخر نحوه وزاد ولا في رحي ولا في حمام - و بخبر (٣) طلحة

١ - ٢ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١ - ٢

٣ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٨ -

ابن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة مالم تورف يعني تقسم - ومثله خبر (١) جابر انما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل مالم تقسم - باعتبار ان لم لا تدخل الاعلى ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بها ولو وقتا ولذا لا يصح ان يقال السيف لم تقسم وان صح لا يقسم فالنفي بها ح بمعنى عدم الملكية لا بمعنى السلب - وبالاخبار الدالة على اختصاص الشفعة بمالم يقسم كمرسل (٢) جميل عن احدهما عليهما السلام الشفعة لكل شريك لم يقاسم ونحوه غيره باعتبار ظهور يقاسمه ولا يقاسمه في ذلك - وبان غرض الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو ارادها المشتري وهذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعة فيه - وباصالة بقاء الملك على ملك مالكة واثبات الشفعة مخالف له فيفتقر الى دليل.

و لكن يتوجه على الاول انه يعارضهما - حسن (٣) منصور بن حازم قلت لابي عبد الله عليه السلام داربين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة وبنها وتركوا بينهم مساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال عليه السلام نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والا فهو طريقه يجيء حتى يجلس ذلك الباب ونحوه الموثق الاتي - فان قيل انه مختص بالطريق - قلنا لا يضر ذلك بعد الاجماع المركب على العموم وبناء الاستدلال بالخبرين على ذلك - وعلى الثاني - او لامنع ظهور لم تقسم في عدم الملكية وثانيا ان ما يدل على الاختصاص بذلك هو النبوى الضعيف وخبر طلحة لا يدل على الاختصاص الاعلى القول بمفهوم الوصف مضافا الى ضعف سنده - وعلى الثالث - انه لا اشكال في ظهور يقاسمه ولا يقاسمه في ذلك الا ان الكلام في اختصاص الشفعة بما يقبل القسمة فلو كانت ادلة الشفعة مختصة بهذه النصوص وامثالها لقلنا بالاختصاص - وكذا لو كان لها مفهوم دالة به على الاختصاص ولكن الاطلاقات موجودة وهذه

١ - المستدرک باب ٣ من الشفعة حديث ٨

٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٣

٣ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الشفعة - حديث ٣

الاخبار لامفهوم لها - وعلى الرابع - انه لم يذكر الضرر علة لهذا الحكم فى شىء من الاخبار نعم خبر على بن عقبة مشعر بذلك - مع ان متعلق الضرر فيه غير معلوم ومن المحتمل ان يكون هو سوء الشريك او نفس الشركة الجديدة بل قد يقال ان هذا اظهر مما ذكر فى الاستدلال - ولذا استدل السيد المرتضى قده وتبعه غيره بهذا الوجه لثبوت الشفعة فى المسألة قائلان المقتضى لثبوت الشفعة وهو ازالة الضرر عن الشريك قائم فى غير المقسوم بل هو اقوى لان المقسوم يمكن التخلص من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره - وعلى الخامس ان الاصل لا يرجع اليه مع الدليل - فالمتحصل مما ذكرناه ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة .

اعتبار انتقال الحصة بالبيع

المقام الثانى فى الشرائط المعتبرة فى ثبوتها (9) هى امور - احدها (ان يمتثل الحصة بالبيع) فلا تثبت لو انتقلت بهبة أو صلح أو صداق أو صدقة أو اقرار - كما هو المشهور وعن غير واحد الاجماع عليه وفى الجواهر ولعله كذا لان خلاف ابن الجنيد فى ذلك حيث اثبتتها فى الهبة بعوض وغيره غير قادح فى محصل الاجماع فضلا عن محكيه وفى المسالك بعد الاعتراف بان هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعا قال وليس عليه دليل صريح وانما تضمنت الروايات ذكر البيع وهو لا ينافى ثبوتها بغيره ومن ثم خالف ابن الجنيد فاثبتها بمطلق النقل حتى بالهبة بعوض وغيره لما اشرنا اليه من عدم دليل يقتضى التخصيص ولاشتراك الجميع فى الحكمة الباعثة على اثبات الشفعة وهو دفع الضرر عن الشريك ولو خصها بعقود المعاوضات كان اقعده - وتبعه غيره .

فمحصل ما يستفاد من عبارته فى وجه ثبوت الشفعة فى غير البيع امران - احدهما - عدم دليل يقتضى التخصيص - ثانيهما - اشتراك الجميع فى الحكمة (ولكن) الاول يضعف بان عدم الدليل على التخصيص لا يكتفى فى الحكم بالعموم بعد اعترافه باختصاص

النصوص بالبيع اذالتعدى عنه يحتاج الى دليل من خارج او اطلاق وعموم فى الاخبار يشمل غير البيع والمفروض عدمهما وبدون ذلك يكون المرجع اصالة عدم السلطنة ويضعف الثانى - اولا ان الحكمة لاتصلح وجها للتعدى فان ذلك شأن العلة المنصوصة لا الحكمة فمع الاعتراف - بكون ما ذكر حكمة كيف يتعدى عن موردها - وثانيا - ما تقدم من عدم معلومية الحكمة فكما يحتمل ان تكون ما ذكر كك يحتمل ان تكون ما نقلناه عن السيد المرتضى ره - اضعف الى ذلك ضعف سند ما تضمنها كما مر فهذا القول ضعيف .

ويشهد لعدم ثبوتها فى غير البيع مضافا الى ما مر مارواه (١) يونس عن بعض رجاله عن ابي عبد الله (ع) الشفعة جائزة فى كل شىء من حيوان او ارض او متاع اذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره - فانه بمفهوم الشرط يدل على عدم ثبوت الشفعة فى غير البيع بناء على ما هو الحق من انه لافرق فى ثبوت المفهوم للشرط بين الشرط الواحد والمتعدد - وما افاده سيد الرضا من ان هذا المفهوم محتمل للورود مورد الغلبة - يدفعه ان الظاهر من اخذ كل قيد فى الموضوع دخله فى الحكم والحمل على الغلبة يحتاج الى قرينة مفقودة فى المقام - ويؤيد ذلك - مفهوم قوله عليه السلام فى حسن (٢) الغنوى الشفعة فى البيوع - وانما لم نستدل به لاختلاف النسخ فى لفظ - البيوع - وفى بعضها - البيوت - ويؤيده ايضا ما استدلل به لهذا القول المصنف ره فى محكى المختلف والشهد الثانى قده فى المسالك لعدم ثبوت الشفعة فى غير المعاوضات وهو - صحيح (٣) ابي بصير عن الباقر (ع) عن رجل تزوج امرأة على بيت فى دار له وله فى تلك الدار شركاء قال عليه السلام جائز له ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء عليها - وجه التأييد اشعاره بان نفيها من جهة كونها صداقا لا من

١ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الشفعة حديث ٢

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

٣ - الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب الشفعة حديث ٢

جهة تعدد الشركاء - فالمنتج اختصاص الشفعة بالمبيع فلا تثبت مع انتقال الحصه بغير البيع .

فى اعتبار اشاعة المبيع

(٩) ثانيها (ان يكون المبيع مشاعا مع الشفيع حال البيع او يكون شريكا

فى الطريق او النهر او الساقية) على المشهور شهرة عظيمة - وعن غير واحد من الاساطين نسبته الى مذهب الاصحاب الالعماني - ولم يستثنه بعضهم - اما العدم الاعتناء بمخالفته - اولان كلامه قابل للحمل على ثبوت الشفعة فى غير المشاع اذا كان شريكا فى الطريق - وكيف كان فيشهد لاعتبار الاشاعة - وعدم ثبوتها مع التمييز والقسمه - نصوص كثيرة كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لا تكون الشفعة الا لشريكين مالم ينقاسما - وقوى (٢) السكونى عنه عليه السلام فى حديث لاشفعة الا لشريك غير مقاسم - وخبر (٣) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة - ونحوها غيرها - بل يشهد به ما دل على عدم ثبوت الشفعة للجار واختصاصها بالشريك - كحسن (٤) الغنوى عن ابي عبدالله عليه السلام عن الشفعة فى الدور شىء واجب على الشريك - ويعرض على الجار فهو احق بها من غيره فقال عليه السلام الشفعة فى البيوع (تخل) اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن - وخبر (٥) الباقى عنه عليه السلام الشفعة لا تكون الا لشريك ونحوهما غيرهما - واما النبوى (٦) المروى من طرق العامة - ان الجار احق بالشفعة - او بشفعته - فلضعفه واعراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه .

١-٢-٣. الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١-٢-٣

٢. الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

٥-الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

٦- اخرجه ابوداود فى ٢٢ كتاب البيوع ٧٣ باب فى الشفعة حديث رقم ٣٥١٨ كذا

واما ثبوتها مع عدم الاشاعة اذا كان شرى كفى الطريق او النهر أو الساقية فقد استدل له باخبار منها صحيح (١) منصور او حسنه عن الصادق عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد فى عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل شركائه فى الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال عليه السلام ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة - قالوا وبه يقيد اطلاق ما دل على عدم ثبوت الشفعة مع عدم الشركة (وفيه) انه يدل على ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء ولم يعمل به الاصحاب - وليس الخبر متضمنا لحكمين احدهما ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء ثانيهما ثبوت الشفعة مع الاشتراك فى الطريق كى يقال ان عدم العمل ببعض الخبر لمعارض اقوى لا يوجب طرحه بالنسبة الى ما لمعارض له بل هو متضمن لحكم واحد وهو ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء فى ما كانت الشركة فى الطريق فتدبر - ومنها حسن (٢) منصور عنه (ع) عن دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة وبنها وتركوا بينهم ساحة فيهما ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال عليه السلام نعم ولكن يسد بابا ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابا فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والافهو طريقه يجرى حتى يجلس ذلك الباب وقريب منه الموثق (٣) استدل بهما المصنفه فى محكي التذكرة (وبرد عليه) ما اورده غير واحد من ان ظاهرهما ثبوت الشفعة فى بيع الطريق خاصة ولا تعرض فيهما لبيع الدار مع الممر - فاذا لا دليل له سوى الاجماع - وهو الحجة فى ثبوتها مع الاشتراك فى الشرب والا فلاخبار غير متعرضة له (ثم) هل يختص الحكم بصورة شركة سابقة على القسمة فى ذات الطريق كما عن ظاهر جماعة ام يعم غيرها كما هو ظاهر الاكثر لاستدلالهم للثبوت بالنص غير المختص بها - وجهان - اظهرهما الاول على ما قويناه من انه لا مدرك لهذا الحكم سوى الاجماع فان المتيقن من معقده ذلك .

فى اعتبار ان لايزيد الشركاء على اثنين

(٩) ثالث الشروط (ان لايزيد الشركاء على اثنين) كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا بل هى كك كذا فى الجواهر بل عليه الاجماع فى الاستبصار والسرائر والتنقيح كما فى الرياض (وعن) ابن الجنيـد ثبوـتها مع الكثرة مطلقا وقواه المصنفـه فى محكمى المختلف بعد ذهابه الى المشهور وخطأ ابن ادريس فى دعواه الاجماع (وعن) الفقيه ثبوـتها مع الكثرة فى غير الحيوان (وفى) الشرايع نقل المحقق قولاً آخر وهو ثبوـتها فى الارض مع الكثرة وعدم الثبوت فى العبد الالـل واحد ولم يذكر قائله ولا ظفر به غيره .

ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار - منها - ما يدل على عدم الثبوت مع كون الشفيع ازيد من واحد - كصحيح (١) عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة - ومرسل (٢) يونس المتقدم عنه عليه السلام اذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره فان زاد على الاثنين فلاشفعة لاحد منهم ونحوهما غيرهما - ومنها - ما يدل على ثبوـتها مع تعدد الشفعاء كخبر (٣) السكونى عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن على عليهم السلام الشفعة على عدد الرجال - ومثله خبر (٤) طلحة بن زيد - وصحيح (٥) منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام عن دار فيها درر وطريقهم واحد فى عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه فى الطريق ان ياخذوا بالشفعة فقال عليه السلام ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك ولاشفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة - ونحوه فى ذلك حسنه (٦) - وموثقه (٧) - وخبر (٨) عتبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قضى

١-٢-٣-٤-الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب الشفعة حديث- ١- ٢- ٣- ٤- ٥- ٦-

٥- ٦- ٧-الوسائل - باب ٢- من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١- ٢-

٨-الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب الشفعة - حديث ١

رسول الله (ص) بالشفعة بين الشركاء - و اقل الجمع ثلاثة - ومنها - ما دل على اختصاص المنع عن الثبوت مع تعدد الشركاء بالحيوان - وهو خبر (١) عبد الله بن سنان عن مملوك بين شركاء اراد احدهم ان يبيع نصيبه قال ^{البيع} يبيعه قلت فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه اعطنى قال (ع) هو احق به ثم قال لاشفعة فى الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحداً قال الصدوق ومفهوم هذه الرواية ثبوتها فى غيره اذا كان اكثر .

والحق فى المقام ان يقال اما خبر ابن سنان فلا يدل على التفصيل الذى ذكره الصدوق اذ لمفهوم له كى يدل على ثبوت الشفعة فى غيره اذا كان اكثر الاعلى تقدير القول بمفهوم اللقب - واما الطائفتان الاوليتان فقد جمع بينهما فى المسالك بقوله ان رواية ابن سنان التى هى عمدة روايات الباب لا صراحة فيها حيث انه اثبتت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق او ما فى معناه والمطلوب لا يتم الا اذا اريد ثبوتها بين الشريكين لالهما ثم قال ولا ينافيه قوله ولا تثبت للثلاثة اذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة لجواز ارادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر وهذا وان كان خلاف الظاهر الا ان فيه طريق الجمع (وفيه) ان قوله فى صحيح ابن سنان - ما لم يتقاسما كالصريح فى ارادة ثبوت الشفعة بين الشريكين - وقوله لشريكين انما هو باعتبار فرض بيع كل واحد من الشريكين حصته ثم قوله فى تلوزاك فاذا صاروا ثلاثة ... الخ صريح فى عدم ثبوتها مع التعدد والمحمل المذكور فى كلامه له مما لا مورد له عند العرف .

واما الجمع بين الطائفتين بحمل الجمع فى نصوص الثانية على الاثنين فهو وان تم فى جملة منها الا انه لا يتم فى اخبار منصور لان الجمع فيها بالاضافة الى من ياخذ بالشفعة فكون اقل الجمع اثنين لا يغنى شيئاً فانها ح تدل على ثبوت الشفعة للشريكين اذا باع ثالثهما حصته فالانصاف تعارض الطائفتين ويتعين الرجوع الى المرجحات وال ترجيح للنصوص الاولى لانها اشهر بين الاصحاب والشهرة اول المرجحات .

واما ما فى المسالك من ان الترجيح للثانية لان خبر منصور اصح طريقا (ففيه) ان اصحية السند انما تكون فى المرتبة المتأخرة عن الشهرة ومع الشهرة لا توجب هى تقديم احد المتعارضين على الآخر - مع - ان اصحية طريق خبر منصور من خبر عبدالله بن سنان غير معلومة - فمع الاغماض عن الشهرة - تكون النصوص الاولى مقدمة لمخالفتها للعامة فالأظهر عدم ثبوتها مع زيادة الشركاء على اثنين .

اعتبار قدرة الشريك على دفع الثمن

(و) رابع الشرائط (ان يكون الشريك قادرا على الثمن) بلا خلاف و ظاهر المسالك بل صريحها الاتفاق عليه - قال الشهيد فى شرح قول المحقق - الشفيع كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن - هذا تعريف للشفيع باعتبار قيوده المتفق عليها انتهى وفى محكى مجمع البرهان دليل اشتراط القدرة فى الشفعة على الثمن ... يمكن ان يكون اجماعا .

وكيف كان فيمكن الاستدلال له بحديث (١) نفى الضرر والضرار حيث ان اخذ الشفيع بالشفعة وهو عاجز عن دفع الثمن ضرر على البائع وهو رفع الاحكام الوضعية كالتكليفية سيما هذا الحكم الذى حكمته الضرر - وقد يستدل له بحسن (٢) على ابن مهزيار سالت ابا جعفر الثانى عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها ابيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة - قال (ع) - ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفيعته فى الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافته والا فلا شفعة له (واورد عليه) بان مورده الشفعة قبل البيع وان الذى ينتظر به هو الشريك الذى

١ - الوسائل - باب ١٢٧ من ابواب احياء الموات حديث ١

٢ - الوسائل - باب ١٠ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

يريد ان يبيع لا المشتري وهو خارج عن محل البحث وهو الشفعة بعد البيع (وفيه) ان اساس هذا اليراد على كون المراد بصاحب الارض هو المالك الاول دون المشتري - وهو غير ظاهر بل من المحتمل ان يكون المراد به صاحبها بعد البيع وهو المشتري و يؤيد هذا الاحتمال بل يعينه اطلاق لفظ الشفعة التى حقيقتها كمامر الاستحقاق بعد البيع - وعليه فيمكن ان يكون المراد من طلب الشفعة الاخذ بها كما يشعر به قوله وبطلت شفعته وان كان لو ابقى على معناه الحقيقى لما كان قادحا فى الاستدلال - اضيف الى ذلك ما افاده سيد الرياض قال مع احتمال ان يكون اللاحق على تقدير صحة ما ذكره من باب تنقيح المناط القطعى لا القياس الخفى - وعلى الجملة فالمستفاد من الحسن ان الشفيع اذا كان غير قادر على دفع الثمن بعد ثلاثة ايام فلا شفعة له ففى الحقيقة يكون التحديد بثلاثة ايام تحديد لعدم القدرة القادح فى الاخذ بالشفعة -

فى فورية المطالبة مع المكنة

المقام الثالث فى الاحكام وفيه مسائل - ١ - (٩) يجب (ان يطالب على الفور مع المكنة) كما عن الشيخ فى كتبه الثلاثة والقاضى وابن حمزة والطبرسى والمصنف فى كتبه والشهيدى وعامة المتأخرين وعن التذكرة انه المشهور وعن الشيخ الاجماع عليه - وذهب المرتضى والاسكافى ووالد الصدوق والحلى والحلى الى انها على التراخى لا تسقط الا بالاسقاط -

استدل الاول بان الاصل عدم ثبوت الشفعة وعدم التسلط على ملك الغير بغير رضاه فيقتصر فيها على وضع الوفاق - وبان التراخى فيها لا ينفك عن ضرر على المشتري فانه لا يرغب فى عمارة ملكه مع علمه بتزلزله وانتقاله عنه فيؤدى الى تعطيل ملكه وذلك ضرر عظيم - وبحسن على بن مهزيار المتقدم وتقريب الاستدلال به كما فى محكى المختلف انه لا يملك حكم بطلان الشفعة بعد مضى ثلاثة ايام ولو كان حق الشفعة ثابتا على التراخى لم تبطل شفعته بل كانت تثبت له متى حصل الثمن لانها ثبتت كك وان لم يطالب فلا تؤثر

المطالبة بها التي هي احد اسباب وجودها في عدمها - وبالنسبة (١) الشفعة كنشاط العقال اي اذا لم يتدرب كالبعير يحل عقاله - والاخر (٢) الشفعة لمن وابتها - ولكن يتوجه على الاول ان مقتضى اطلاق ادلة الشفعة اي اطلاقها الزماني ثبوتها على نحو التراخي ومعه لامجال للرجوع الى الاصل - وعلى الثاني انه ان كان المراد به الضرر المالي فهو مجبور بالارش اذا زرع او بنى ان قلنا به - وان كان المراد بالضرر عدم رغبة المشتري في التعجير مثلاً لاحتمال اخذ منه - فهو مردود بما عن الانتصار من انه يمكن ان يتحرز المشتري من هذا الضرر بان يعرض المبيع على الشفيع ويبدل التسليم اليه فهو بين امرين اما ان يتسلم او يترك الشفعة فيزول الضرر واذا فرط في ذلك فهو المقدم على الضرر - مع ان ذلك لا يعد ضرراً عرفاً - اذ صنف اليه انه مع علمه بالشفعة لشريكه يكون مقدماً على ذلك - وعلى الثالث انه انما يدل على ان الشريك اذا اخذ بالشفعة - ولم ينض الثمن ينتظر ثلثة ايام لما عرفت من ظهور طلب الشفعة في اخذها ولا اقل من احتمال ذلك وهذا غير مربوط بمسالتنا هذه من فورية الاخذ وعدمها - وعلى الاخير ينال انها عاميان ضعيفان غير منجبرين بالاستناد .

وبما ذكرناه يظهر مدرك القول بالتراخي - واستدل له مضافاً الى ذلك باصالة عدم الفورية - وبان البيع سبب في استحقاق الشفعة والاصل ثبوت الشيء على ما كان الى ان يثبت المزيل - وبانها حق من الحقوق المالية والاصل فيها ان لا تبطل بالامساك عن طلبها (ولكن) يضعف الاول - انه ان اريد بالاصل الاستصحاب فيثول الى الثاني - وان اريد به غيره فلا اصل له - بل الاصل بقتضى الفورية كما مر - والثاني بان الصحيح عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية وان شئت قلت ان المقام على فرض عدم الاطلاق للدليل ثبوت الشفعة من مصاديق المسألة المعروفة وهي انه اذا دل دليل عام على ثبوت حكم لجميع الافراد نظير ما اذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم وخرج منه فرد خاص من ذلك لكن وقع الشك في ان ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الازمنة او اعم لجميعها - والحق في تلك

المسألة هو الرجوع بعدمضى زمان اليقين الى عموم العام لا الى استصحاب حكم الخاص ففي المقام دل الدليل بعمومه على عدم التسلط على مال الغير خرج عنه اول ازمة العلم ببيع الشريك فبعدمضى زمان اليقين - يشك في بقاء التسلط وعدمه فيرجع الى عموم العام لا الى استصحاب حكم الخاص - واما الثالث فيرد بان المدعى انما هو كون ثبوت الحق في زمان قصير وانه بانقضائه يسقط لانها امده لان ترك المطالبة من مسقطات الحق الثابت في نفسه فتحصل ان القول بكونها على الفور او التراخي يبتنى على وجود اطلاق لادلة ثبوتها وعدمه فعلى الاول تكون على نحو التراخي وعلى الثاني تكون على نحو الفور.

ثم انه على القول بالفور لا اشكال في ان ذلك في صورة عدم كون التأخير لعذر والا كما لو كان في السفر ولم يطلع على بيع الشريك حصته او اطلع ولم يتمكن من الاخذ بالشفعة مباشرة او بالتوكيل فيه وما شاكل - لم تبطل شفيعته بلا خلاف ومرسل (١) ابن محبوب الدال على ثبوت الشفعة على الغائب بعد حضوره يشهد به - وقد اختلفت كلماتهم في بيان الضابط لما لا يخل بالفورية وايضا اختلفوا في بعض المصاديق - ولعله احسن ما قيل في المقام هو انه - كلما كان التأخير لغرض صحيح او عذر معتبر لا يخل بالفورية - والوجه في ذلك ان اطلاق مادل على كونه احق من غيره يقتضى عدم الفورية مطلقا ولا اطلاق لما استدل به على الفورية و المتيقن منه صورة الاهمال في الاخذ بالشفعة دون الاعذار التي يتعلق بها غرض العقلاء .

ثم ان وجوب المبادرة على القول به ليس هو وجوبها بكل وجه ممكن بل المرجع فيها العادة والعرف فيكفي مشيه الى المشتري للاخذ بها بالمعتاد وان قدر على الزيادة وانتظار الصبح لو علم ليلا ولا يمنع من ذلك ايضا الصلاة اذا حضر وقتها وكذا مقدماتها ومتعلقاتها الواجبة والمندوبة التي يعتادها وانتظار الجماعة وتحري الرفقة حيث يكون

الطريق مخوفاً ليصحبهم هو او وكيه ونحو ذلك بل المستفاد من حسن على بن حمزة ان الامر اوسع من ذلك فانه وان كان فيما لو اخذ بالشفعة ولم ينض الثمن لكن لما كان الغرض الاصلى هو اخذ الثمن والا فمجرد قوله اخذت بالشفعة ليس موضوع الاثر فبتنقيح المناط يستفاد جواز التاخير الى ثلاثة ايام .

وبما ذكرناه يظهر ما فى كلام الشهيد الثانى ره فى المسالك فانه بعد بيان جملة من الاعذار قال هذا كله اذا كان غائباً امام مع حضور المشتري فلا يعد شيئاً من هذه عذر الان قوله اخذت بالشفعة لابن ابي شيثان ذلك - فان محل الكلام ومورد فتوى الفقهاء بجواز التاخير وعدمه انما هو القول المزبور مع دفع الثمن لابدونه فلا عبرة بالتمكن منه مع عدم التمكن من دفع الثمن فالمدار على الدفع لاعلى القول المزبور .

ثبوت الشفعة فى الوقف

٢- (ولو) كان الوقف مشاعاً مع طلق فباع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح ثبت حق الشفعة لصاحب الطلق بلا خلاف ولا اشكال لوجود المقتضى وانتفاء المانع هكذا قالوا - وسيأتى الكلام فيه و ان انعكس - بان (باع صاحب الشقص الطلق نصيبه) ففيه اقوال (احدها) ما اختاره الماتن هنا وهو انه (جاز لصاحب الوقف الاخذ بالشفعة) و ظاهره جواز الاخذ بها للموقوف عليه ولعله يكون نظره الى ما عن اكثر المتأخرين من ثبوت حق الشفعة للموقوف عليه مع وحدته - واما لو كان الوقف على الجهات او على الاصناف فلا شفعة فيه (ثانيها) ما عن جماعة بل نسبته الحلى الى الاكثر وهو عدم ثبوتها مطلقاً (ثالثها) ما عن السيد المرتضى ره وهو ثبوتها مطلقاً وجوز للامام وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين او على المساجد ومصالح المسلمين وكك كل ناظر بحق فى وقف عن وصى او ولى - واستند فيه الى الاجماع .

و الحق ان يقال ان قلنا بعدم انتقال الوقف الى الموقوف عليه فلا ينبغى التوقف

فى عدم ثبوت الشفعة لفقد الشركة المشترطة فى ثبوتها اتفاقا فتوى ونصا ولازم ذلك عدم ثبوتها فى عكس المسألة وقد اتفقوا على ثبوتها فيه - وان بنينا على انتقاله اليه فان كان الموقوف عليه متعددا فلا شفعة لفقد شرط عدم تعدد الشركاء - وان كان واحدا ففى الوقف على الجهة على القول بمالكية الجهة - لاشفعة لانصراف النصوص الى مال مشترك بين فردين - واما فى الوقف على الشخص او الصنف مع انحصاره فى فرد. فالظاهر ثبوتها لاطلاق الأدلة - ودعوى انه ملك ناقص بالحجر على المالك فى التصرف - فيها ان نقص الملك لم يدل دليل على منعه عن ثبوتها ومن ثم يثبت لغيره ممن يحجر عليه - وحيث ان الاظهر عدم انتقال الوقف الى الموقوف عليه - فالوجه عدم ثبوت الشفعة اصلا وعكسا .

٣ - (ولا يثبت للذمى) شفعة (على المسلم و يثبت للمسلم عليه) بلا خلاف بل عليه الاجماع عن الاستبصار والمبسوط والسرائر والمسالک وغيرها - ويشهد به قوى (١) السكونى عن ابي عبد الله عليه السلام ليس لليهودى والنصرانى شفعة - ومثله خبر (٢) طلحة بن زيد والمراد عدم ثبوتها لهما على المسلم للاجماع على ثبوتها لهما على غيره كما فى المسالک .

٤ - (ويأخذ الشفيع بما وقع عليه العقد) اى بما يملكه (وان ابراه) (الباع (من بعضه) لاطلاق النص والبراء من بعض بعد البيع كالهبة اياه لادخل له بالمعاملة التى يأخذ فيها الشفعة - كما انه لو كان قيمة الشقص ازيدا و اقل يأخذ بالثمن الذى وقع العقد عليه ولا يلزمه ما يغرمه المشتري بسببه من دلالة واجرة ناقذ ووزان وغيرها اذ ليست من الثمن .

ثبوت الشفعة مع كون الثمن قيميا

(٩ لولم يكن) الثمن الواقع عليه العقد (مثليا) بل قيميا كالجوهر و الثياب والمنفعة والحق وماشاكل (اخذ بقيمته) على الاظهر الاشهر - بل لعله عليه عامة من تاخر الامن ندر ممن تاخر عن تاخر وفاقا للمفيد والمبسوط والحلى كذا في الرياض وعن الخلاف وابن حمزة والطبرسي والمختلف انه تسقط الشفعة .
وجه الاول اطلاق الادلة وعمومها واستدل الثاني بروايات .

منها صحيح (١) ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له وله في تلك الدار شركاء قال جاز له ولها ولاشفعة لاحد من الشركاء عليها (وفيه) انه يمكن ان يكون وجه عدم ثبوت الشفعة عليها كون ما انتقل اليها غير البيع او تعدد الشركاء وقدم اعتبار وحدة الشفيع وكذا اعتبار كون الانتقال بالبيع .

ومنها حسن (٢) الغنوي عن ابي عبد الله عليه السلام الشفعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن - استدله المصنف ره بتقريب ان الاحقية بالثمن انما تتحقق في المثل لان الحقيقة غير مرادة اجماعا فيحمل على اقرب المجازات الى الحقيقة و هو المثل (وفيه) ان المراد بالثمن ليس ما جعل عوضا في البيع - بل الظاهر ان المراد به العوض الذي يعطيه الشفيع - فالمراد به انه احق بها ولكن لا مجانا بل بعوض والتعبير عنه بالثمن بلحاظ ما هو المعروف من التعبير عما يعطيه المشتري في البيع بالثمن - بازاء المبيع المعبر عنه بالثمن - مع انه لو سلم ان المراد به ما جعل عوضا في البيع يكون المراد جنس الثمن الشامل لمثله او قيمته - ولعله اليه اشار الشهيد الثاني - حيث قال ان اقرب المجازات الى الحقيقة بحسب الحقيقة فان كان مثليا فالاقرب مثله وان كان

١ - الوسائل باب ١١ من ابواب كتاب الشفعة حديث ٢ -

٢ - الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

قيما فالأقرب اليه قيمته .

ومنها صحيح (١) على بن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبزوجوهر قال عليه السلام لبس لاحد فيها شفعة (واورد) عليه تسارة بضعف السندلان في طريقه الحسن بن سماعه و هو واقفي - و اخرى بانه مروي عن كشف الرموز - هكذا - رجل اشترى دراهم برقيق او متاع - فهو يدل على عدم ثبوت الشفعة في غير الاراضي فلا ربط له بالمقام - و ثالثة بان نفى الشفعة اعم من كونه بسبب كون الثمن قيميا او غيره اذ لم يذكر ان في الدار شريكا فجاز نفى الشفعة لذلك عن الجار وغيره او لكونها غير قابلة للقسمة او لغير ذلك وبالجمله فان المانع عن الشفعة غير مذكور واسباب المنع كثيرة فلا وجه لحمله على المتنازع اصلا (ولكن) بتوجه على الاول - و الا انه مروي عن قرب الاسناد بسند صحيح ولذا عبرنا عنه بالصحيح - وثانيا ان المحقق في محله حجية الخبر الموثق ولا يعتبر في الحجية كون الخبر صحيحا - وعلى الثاني ان ما في كشف الرموز لا يصلح ان يقاوم لما في الجوامع العظام وكتب الفروع - وعلى الثالث ان اسباب المنع وان كانت كثيرة الا ان مقتضى قاعدة التطابق بين السؤال و الجواب ان المنع لخصوص ما ذكر في السؤال وليس هو الا كون الثمن قيميا - اللهم الا ان يقال ان المذكور في السؤال امران - احدهما ما ذكر - ثانيهما كون المبيع دارا الظاهرة في ارادة المجموع لابعضها المشاع ولم يذكر في الجواب ان المنع للاول او الثاني - غاية الامر انه لو لم يكن دليل آخر لقلنا باختصاص المنع بما اذا اجتمع العنوانان ولكن لوجوده يبني على ان المنع للثاني دون الاول (وما) في الجواهر من ظهور الخبر في ان المسقط للشفعة كون الثمن المذكور قيميا و يحكون دال على المطلوب الذي هو نفى الشفعة لو حصل سببها بالشركة في الطريق او البئر او البعض او الجوار او غير ذلك لان المراد ولو بقرينة الجواب ان السائل لما سئل عن الشفعة في الدار المشتراة بالثمن المزبور اجاب الامام عليه السلام ان لاشفعة لاحد فيها على كل حال من حيث ان ثمنها ما ذكره السائل (بضعف) بانه لو كان ذلك مذكورا في الجواب كان

ما أفيد تاما - ولكنه لم يذكر فيه وإنما هو مذکور في السؤال عن قضية شخصية فيها عنوانان - والامام عليه السلام اكتفى في مقام الجواب ببيان نفى الشفعة ولا يعلم دخل كون الثمن قيميا في نفيها أصلا - فالانصاف ان الخبر غير ظاهر في المنع ، فضلا عما افاده المحقق الثاني ره وصاحب الجواهر ره من كونه نصا في الباب - فالمتجه ثبوتها مع كون الثمن قيميا .

ثم هل العبرة بالقيمة حال العقد كما هو المعروف بينهم - أو حال الاخذ - أو أعلى القيم من حال العقد الى حال الاخذ - أو الأعلى من يوم العقد الى وقت الدفع كما في الايضاح وجوه (وجه) الاول انه وقت استحقاق الثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال الى القيمة (وجه) الثاني انه يجب على الشفيع في ذلك الحين فيعتبر قيمته وقت الوجوب حيث يتعذر العين (وجه) الثالث انه اخذ قهري كالغصب (ويتوجه) على الاول ان حال العقد وان كان وقت استحقاق الثمن بمعنى انه ان اخذ بالشفعة يجب عليه رد الثمن ولكنه مالم يفسخ لا يستحق الثمن - فوقت استحقاق الثمن حين الاخذ بالشفعة - وكذا وقت الوجوب فالقول الثاني اظهر (ويتوجه) على الثالث انه و ان كان اخذاً قهريا لكنه باذن من له الولاية على الجميع فقياسه بالغصب مع الفارق - مضافا الى ما مر في كتاب الغصب من منع ذلك فيه ايضا ولذا جعل هذا القول في محكي غاية المراد مما لا وجه له .

حكم مالو ادعى الشفيع غيبة الثمن

٥- (ولو ذكر) الشفيع (غيبة الثمن) فال معروف بينهم انه (اجل ثلاثة ايام و ينظر لو كان في بلد آخر بما يمكن وصوله اليه مع ثلاثة ايام مالم يستضر المشتري) بل لا جد خلافا بينهم في ذلك .

اما التاجيل المزبور فيشهد به حسن (١) على بن مهزيار بالنهدي سألت ابا جعفر

الثانى عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أو يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال عليه السلام ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والافليسيع وبطلت شفעתه فى الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه الافلا شفعة له (والايراد) عليه بانه ظاهر فى الشفعة قبل البيع كما فى الحدائق - قد مرجوا به عند ذكر شرطية القدرة على الثمن - فالمستفاد من هذا الخبر انه ينظر الشفيع ان لم يكن له مال او كان وماطل فى دفعه ثلاثة ايام وان ادعى كونه فى بلد آخر يضاف الى ثلاثة ايام مقدار من الزمان يمكن وصوله اليه ورجوعه فان دفع الثمن وابطلت شفעתه وليس فى الخبر ما يشهد باختصاصه بصورة العجز بل اطلاق قوله لم ينض الثمن شامل لصورة المماطلة ايضا - ثم ان ظاهره كمال الاختصاص بما لو اخذ بالشفعة وكان التأخير فى دفع الثمن - ومع عدم الأخذ بها قدم انه لا وقت للاخذ - بل يجوز له التراخي .

واما تقييد الحكم بما اذا لم يتضرر المشتري فهو وان كان مشهورا وفى الرياض ظاهرهم الاطباق عليه لكن لم اجدهما يمكن ان يستدل به له - فى مقابل اطلاق النص اذ لم يذكر او سوى ما دل (١) على نفى الضرر والضرر مؤيدا باناطة ثبوت الشفعة بنفى الضرر فينبغى ان يكون حيث لا يلزم من وجه آخر لانه مع التعارض ينبغى الرجوع الى حكم الاصل وعدم الشفعة - الا انه يمكن ان يوجه عليه بان الضرر المالى غير متوجه - والضرر فى تأخير دفع الثمن ملازم لجواز التأخير فالخبر اخص مطلق من دليل نفى الضرر فيقدم عليه فتأمل .

ثبوت الشفعة للغائب والقاصر

٦- (وثبتت) الشفعة (لـ) الغائب (و) ان طال غيبته (و يطالب) بها (مع حضوره)

ان لم يتمكن من الاخذ فى الغيبة بنفسه او بوكيله - بلاخلاف فيه - ويشهدله مضافا الى اطلاق الادلة غير المعارض بمادل على القور على القول به اذ قد مر انه على القول بالقور فى الاخذ يكون ذلك فيما ليس للشفيع عذر فى التأخير فلا يشمل المقام - قوى (١) السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام ليس لليهودى والنصرانى شفعة وقال لاشفعة الا لشريك غير مقاسم وقال قال امير المؤمنين عليه السلام وصى اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له الشفعة اذا كان له رغبة وقال (ع) للغائب شفعة.

(و) كذا ثبتت الشفعة (للسفيه والصبي والمجنون) بلاخلاف لاطلاق الادلة - ولهم وللولى عنهم (المطالبة) فاما ان (يطالبون مع زوال الاوصاف او) يطالب (الولى عنهم) قبل زوالها - اما مطالبتهم بعد زوال الاوصاف فلان تأخير الاخذ انما يكون عن عذر فلا تسقط الشفعة - فان قيل على القول بجواز الاخذ بها للولى لو قصر الولى لزم سقوطها بناء على المعروف من سقوط حق الشفعة بالتقصير فى الاخذ - قلنا ان تقصير الولى لا يوجب سقوط حق المولى عليه - فان قيل ان ظاهر الادلة ثبوت الحق عند العقد - وثبوته بعد الكمال يحتاج الى دليل آخر - قلنا ان الحق ثابت للقاصر من حين العقد غاية الامر ادام قاصرا يكون الاخذ جائزا للولى و بعد الكمال ياخذ بنفسه فليس الحق متجددا عند الكمال بل هو مستمر من حين العقد وانما المتجدد اهلية الاخذ ودليله ح مادل على رفع المنع بالكمال - واما جواز مطالبة الولى قبل زوال الوصف والاخذ بها فلان ذلك كسابر النصرفات من بيع ماله وابقاع الصلح عليه وما شاكل يدل عليه مادل عليها مضافا الى خبر السكونى المتقدم فى خصوص الصبي الملحق به المجنون لعدم القول بالفصل - ولاشترائه مع الصبي فى الاحكام بحسب الغالب كما يشهد به الاستقراء .

حکم مالو اورد المشتري نقصا علی مورد الشفعة

۷- (و الشفیع یاخذ) الشقص المبیع (من المشتري) لان المال انتقل الیه وهو یتملك عنه فلا تسلط له علی اخذه من البایع هکذا استدلو الیه ویرده انه بعد الاخذ بالشفعة یكون الشقص المبیع ملکاً للشفیع فله اخذه من کل من وجد مالہ عنده ویجب علیه تسلیمه - فالأظهر ان له اخذه من کل منهما (نعم) اذا کان المبیع سلمه البایع الی المشتري الاول لیس للشفیع مطالبته من البایع لأمرو الظاهر ان مراد المشهور من انه لیس له الرجوع علی البایع - هو هذه الصورة فلا یراد علیهم .

(و) متى كان كك (دركه علیه) ای علی المشتري - لو ظهر استحقاق الشقص فیرجع علیه بالثمن وغیره مما یغرمه علی ما فصل - ولا فرق فی ذلك بین كونه فی ید المشتري او ید البایع بان لم یكن اقبضه - ثم انه اذا اورد المشتري نقصا علی المبیع من تلف بعض الاجزاء او وصف من الاوصاف ونقصت قیمته بذلك - فلا اشكال فی ان الشفیع یاخذه بالثمن - كما هو مقتضى ظاهر اخبار الاخذ بالشفعة مضافا الی المرسل الاثنی .

انما الکلام فی انه هل یكون المشتري ضامنا للشفیع بالمقدار التالف كما هو المشهور لو كان التلف بعد المطالبة - ام یكون ضامنا اذا تلف من الشقص شیء یقابل بشیء من الثمن - ام لا یكون ضامنا لشیء بل الشفیع مخیر بین اخذه بالثمن - او تركه كما اختاره جمع منهم الشیخ فی المبسوط و سید الریاض - وجوه (وجه) الاول ان الشفیع استحق بالمطالبة اخذ المبیع كاملا وتعلق حقه به فاذا انتقص بفعل المشتري ضمنه له (وجه) الثاني ان ايجاب دفع الثمن فی مقابلة بعض المبیع ظلم (ولكن) الاول یتنی علی القول بتملك الشفیع الشقص بالمطالبة دون الاخذ وهو غیر ظاهر بل الظاهر انه یملكه بالاخذ لظهور الأدلة والاصل - ویرد الثاني انه لا یجب دفع الثمن فی مقابل بعض المبیع بل هو مخیر بین ذلك و بین تركه رأسا فلا ظلم (فالأظهر) عدم الضمان لان المشتري تصرف فی ملكه تصرفا جائزا فلا یكون مضمونا علیه .

واولى بذلك ما لو كان النقص بأفة سماوية فانه يدل على الاخذ بتمام الثمن وعدم الضمان المرسل (١) المنجبر بعمل الاكثر - كتبت الى الفقيه رحمه الله في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم وكان شريكه الذى له النصف الاخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سبل خسار فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال له ضع عنى قيمة البناء فان البناء قد تهدم وذهب به السبل - الذى يجب فى ذلك - فوقع رحمه الله ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله .

حكم اشتراء مافيه الشفعة بثمان مؤجل

٨- (ولو كان الثمن) الذى اشترى به مافيه الشفعة (مؤجلا) ففیه قولان - احدهما - ما عن الخلاف والمبسوط والاسكافى والطبرسى و هو ان الشفيع بالخيار بين الاخذ بالثمان عاجلا وبين التأخير الى الحلول واخذه بالثمان وقت حلوله - ثانيهما ما عن المفيد والشيخ فى النهاية والقاضى والحلى و المصنف واكثر المتأخرين بل عامتهم و هو انه ؛ (اخذ الشفيع فى الحال - والزم كفيل اذا) اراده المشتري و (لم يكن) وفيما (مليا على ايفاء الثمن عند الاجل) .

واستدل للاول فى محكى الخلاف والمبسوط بان الشفعة قد وجبت بنفس الشراء والذمم لانتساوى فوجب عليه الثمن حالا او يصبر الى وقت الحلول فيطالب بالشفعة مع الثمن (واجيب) عنه بانه لا يلزم من عدم تساوي الذمم ثبوت احدا لمرين المذكورين لا مكان التخلص بالكفيل امامطلقا او مع عدم الملائمة - وبانه يستلزم احدا محذورين اما اسقاط الشفعة بعد ثبوتها ان اخر الى حلول الاجل للاخلال بالفورية المستلزم لبطلانها او الزام الشفيع بزيادة وصف فى الثمن ان اخذ بالشفعة و عجل الثمن لان تعجيله زيادة

وصف فيه من غير موجب .

و استدلل للثاني بما مر من الجواب الثاني عن الدليل للقول الاول ولكن يتوجه عليه ان الفورية لا دليل على اعتبارها كما مر فتاخير الاخذ بالشفعة لا يستلزم بطلانها ومع التسليم قدمر انه فيما اذا لم يكن التاخير لغرض عقلائي ولعذر والا فلا يوجب سقوطها حتى على القول بالفورية و التاخير في المقام انما هو لمراعاة حال المشتري و ثمنه عن الذهاب فتاخير الاخذ بالشفعة لا محذور فيه - واما تعجيله بثمان حال فان ازم بذلك لزم زيادة وصف في الثمن وان جعل الخيار له فلا يلزم المحذور المذكور - مع ان تعجيل الثمن لا يوجب عدم صدق الاخذ بالثمن الذي هو الماخوذ في الاخبار فان زيادته حكمية لا تنافي صدق العنوان (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر هو كونه بالخيار بين الاخذ بالثمن عاجلا وبين التاخير الى الحلول وبين الاخذ بهافي الحال و تاخير الثمن الى الاجل مع الكفيل - ودعوى - انه احداث قول ثالث - فيها - انه لا محذور فيه في امثال هذه المسألة المبتنية على القواعد ولم يرد فيه نص خاص .

حكم الاختلاف في قدر الثمن

٩- (٩) لو اختلف المشتري والشفيع في الثمن الذي وقع عليه العقد بعد اتفاقهما على وقوع الشراء فادعى الاول انه الف مثلا - والثاني انه خمسمائة فالمشهور بين الاصحاب ان (القول قول المشتري مع يمينه في كمية الثمن اذا لم يكن للشفيع بينة) واستدل له بانه الذي ينزع الشيء من يده - وبانه اعرف بعقده - وبانه ذواليد - وبان الذي يترك لو ترك هو الشفيع اذ لا يطلبه المشتري للاخذ بالشفعة فيما يدعيه - وبان المشتري لا دعوى له على الشفيع اذ لا يدعى شيئا في ذمته ولا تحت يده وانما الشفيع يدعى استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به والمشتري ينكره ولا يلزم من قوله اشتريت بالاكتر بان يكون مدعى عليه وان كان خلاف الاصل لانه لا يدعى استحقاقه اياه عليه ولا يطلب تغريمه اياه .

اما الوجه الاول فقد استدل به الفقهاء في موارد عديدة منها ما لو شاهد عينا في زمن سابق على العقد عليها فاقعا العقد ثم ادعى المشتري تغييرها - قالوا يقدم قول المشتري لانه الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه الابينة تقوم عليه او باقراره - ولكن يضعف ذلك في المقام ثبوت حق الانتزاع للشفيع قطعا وانما الخلاف فيما يجب دفعه فلو تم هذا الوجه لزم تقديم قول الشفيع لانه الذي ينتزع منه الثمن واما الثاني فيضعف بانه لا خلاف في العقد بل وقوعه متفق عليه وانما الخلاف فيما وقع عليه العقد وكونه اعرف به ممنوع مطلقا وعلى فرضه لا يوجب هذه الاعرفية تقديم قوله .

ويتوجه على الثالث ان حجية قول ذي اليد حتى بالنسبة الى الامور السابقة على اليد غير ثابتة - كما ان حجية قوله فيما خرج عن تحت يده غير ثابتة فلا دليل على حجية قوله بالنسبة الى الثمن ولا بالنسبة الى ثمن ما بيده - وعلى الرابع ان الشفيع لا يترك لو ترك فيما هو محل الدعوى وهو قدر الثمن اذ ليس النزاع في الاخذ بالشفعة - واما الوجه الخامس فيرده ان ما يدعيه الشفيع من استحقاق ملكه بالشفعة لا نزاع فيه - وبالنسبة الى القدر الذي محل النزاع تكون الدعوى للمشتري على الشفيع لانه يدعي الزيادة (وظاهر) المسالك اختيار ان القول قول الشفيع لان الاصل معه في ما هو مورد النزاع وهو قدر الثمن لاصاله عدم الزيادة فيكون الشفيع منكرا والمشتري مدعي فيدخل في عموم ما دل على ان (١) اليمين على من انكر (واورد عليه) بان اصاله عدم الزيادة لا تصلح لاثبات كون الثمن هو الناقص (وفيه) انه بعد ما لا يلزم في الاخذ بالشفعة دفع الثمن اولا - لو اخذ بالشفعة انشاء فقد انتقل اليه المبيع على كل تقدير وثبت الثمن في ذمته فاصالة عدم الزيادة تصلح لاثبات عدم اشتغال ذمته بازيد من ما يدعيه الشفيع فهذا القول اظهر -

لاتورث الشفعة

١٠- (٩) قد وقع الخلاف بينهم في ان (الشفعة) هل (تورث كالاموال) ام لا تورث ذهب المفيد والمرضى وابو على والشيخ في بيع الخلاف والحلى والمصنف والشهيدان وغيرهم على ما حكى عن بعضهم الى الاول وفي المسالك نسبته الى الاكثر - وعن الشيخ في النهاية وموضع من الخلاف والقاضى والطبرسى انها لاتورث بل تبطل بموت الشفيع وعن المبسوط نسبته الى اكثر الاصحاب .

و استدلل للاول بانها حق للميت فتورث لظاهر القرآن (١) و السنة (٢) و للنبوى ما تركه (٣) الميت من حق فلو ارثه - ولكن مضافا الى عدم العور على النبوى ان الاستدلال بالكتاب والسنة لهذا الحكم يتوقف على ثبوت امرين - احدهما كونه حقا قابلا للانتقال لاحكاما شرعيا كجواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة اذ الحكم الشرعى لا يورث - ثانيهما كونه حقا لا يكون وجود الشخص ولا حياته مقوما له و الا فلا يصدق عليه انه حق متروك - وشىء من الامرين لم يثبت اذ لم يدل دليل على انه من الحقوق وقد مر ضابط الحق و الحكم فى كتاب الوصية و عرفت انه حتى لو اطلق الحق على شىء فى الاخبار لا يكون ذلك دالا على انه حق مصطلح فضلا عن ما اذا لم يطلق عليه كما انه لا دليل على بقاءه بعد الموت - والاستصحاب لا يجرى لعدم جريانه فى المجمعول الشرعى الكلى - اصف الى جميع ذلك ورود نص خاص دال على انها لاتورث وهو - خبر (٤) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام فى

١ - سورة البقرة آية ٨٠ وسورة النساء آية ٧

٢ - الوسائل باب ١٠ من موجبات الارث

٣ - لم اعثر على هذا الخبر فى كتب الاحاديث من العامة والخاصة و ان استدلل الفقهاء به فى الكتب الفقهية كمفتاح الكرامة والرياض والجواهر والمسالك وغيرها .

٤ - الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب الشفعة حديث ١

في حديث ان رسول الله ﷺ قال لا تورث الشفعة - فان قيل انه ضعيف السند لطلحة - قلنا -
اولا انه وان قال جماعة انه عامي وقال اخرون انه بترى الا انه قال في محكي الفهرست
ان كتابه معتمد وعن المجفسي الثاني انه كالموثق و اذا انضم الى ذلك رواية صفوان
ابن يحيى عنه وعمل اكثر المتقدمين بخبره هذا كما عن المبسوط - لا يبقى شك في الاعتماد
عليه فالأظهر انها لا تورث .

ثم انه على القول بانها تورث وقع الكلام في كيفية ارثها و ما ذكرناه في كيفية
ارث الخيار جار في المقام - فلا حاجة الى الاعادة .

مسقطات الشفعة

- ١١ - اختلفت كلمات الاصحاب في امور انها هل تسقط الشفعة ام لا - بعد
اتفاقهم على انها تسقط بالاسقاط بعد البيع .

(و) الاول (لو اسقط الشفعة قبل البيع) فالاسكافي والشيخ والمحقق في
النافع و المصنف هنا وفي جملة من كتبه وولده والمقداد و الكركي والشهيد الثاني و
الفاضل الخراساني على ما حكى عن بعضهم على انه (لم تبطل) وعن الارشاد البناء
على السقوط و ان قال على رأى وهو ظاهر غاية المراد و مجمع البرهان - وفي الشرايع
فيه تردد (وجه) السقوط ان الحق له فاذا اسقطه سقط كما لو اسقطه بعد البيع (واستدل
للاول - بعموم الأدلة - وانه انما يستحق المطالبة بعد البيع ولاحق له قبله فاذا اسقط
قبله فقد اسقط ما ليس له ومجرد الرضا بالبيع لا يكفي في سقوط الحق فلا سبيل الى
القول بانه لبقاء الرضا به بعد البيع يكون مسقطا لها (وفيه) انه لو اسقط حقه منجزا
كان ذلك اسقاطا لما لم يجب واما لو اسقطه معلقا فلا محذور فيه الا التعليق وعدم الجزم
الممنوع عنه في العقود فضلا عن الايقاعات - وهو هنا لا يضر اذ المتيقن من دليل المنع
كما مر في كتاب البيع التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الانشاء عليه - اما في

المقام و امثاله - كبراء ما احتمل اشتغال ذمته به - و طلاق مشكوك الزوجية وما شا كل
فلا مانع منه - لان مفهوم العقد والايقاع معلق عليه في الواقع من دون تعليق المتكلم
فالظاهر هو السقوط .

الثاني ما اشار اليه المصنف ره بقوله (بخلاف مالو بارك) للمشتري او للبائع
فقال بارك الله تعالى لكما في البيع او هو مبارك لكما او نحو ذلك فان فيه ايضا قولين
و ادعى سيد الرياض ان كل من قال بالبطلان و السقوط في الموضع الاول قال به هنا
و كذا من قاعد البطلان قال به في هذا الموضع - الا المحقق في النافع و المصنف
ره هنا ومحكي الارشاد .

وكيف كان فقد استدل لسقوط الحق هنا -- بتضمنه الرضا بالبيع و بمنافاته
الفورية (ولكن) يتوجه على الاول ان الرضا بالبيع ليس مسقطا و لعله يرضى به لياخذ
بالشفعة - وعلى الثاني ما مر من عدم اعتبار الفورية - مع ان القول المزبور لا ينافيها
فالظاهر عدم السقوط هنا .

وبما ذكرناه يظهر الحال في الموضع الثالث وهو مالو شهد على البيع - اذ لا دليل على
سقوط الشفعة سوى دلالة على الرضا بالبيع وقد عرفت عدم كونه مسقطا - فتحصل - ان الاظهر
انه لو بارك (او شهد) لا يسقط الحق - فلا وجه لما في المتن من البناء على السقوط مع احدهما
وان قال (على اشكال) هذا تمام الكلام فيما يتعلق بمباحث الشفعة - وبذلك يتم المجلدات
من كتابنا في الفقه - وانما اخر هذا الجلد في الكتابة عن المجلدات اللاحقة له
بحسب ترتيب الكتاب لاني كنت محبوبا منذ مدة طويلة - ولم يكن كتب الحديث والفقه
عندي - وكان تحصيلها صعبا - فكنت اكتب كل ما تمكنت من العثور على الكتب المربوطة
بذلك الباب - ولذا اخر هذا الجلد عن المجلدات الاخر - وقد وقع الفراغ منه
في اليوم التاسع عشر من شهر ربيع الاول سنة ١٣٨٩ من الهجرة النبوية - في قرية
ميكون - وما دريك ما ميكون - والحمد لله اولوا آخر او يتلوه في الطبع الجزء السابع
عشر في النكاح .

فهرس الجزء السادس عشر من كتاب

فقه الصادق

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
الفصل الثاني في الرهن	٣	التنازع في كون شيء رهنا ووديعة	٢٩
جريان المعاوضة في الرهن	٤	الفصل الثالث في الحجر	
في اشتراط القبض في الرهن	٥	الصغير ممنوع عن التصرف في ماله	٣٢
حكم رهن الدين والمنفعة	٩	علامات البلوغ	٣٦
في اعتبار امكان قبض المرهون	١٢	منجزات المريض تخرج من الاصل	٤٦
في اعتبار امكان البيع	١٣	الفلس من اسباب الحجر	٥٣
الحق الذي يجوز اخذ الرهن عليه	١٤	حكم تصرف المفلس بعد الحجر	٥٦
رهن الحامل ليس رهنا للحمل	١٨	مشاركة المقر له بالدين السابق مع	
الراهن والمرتهن ممنوعان من		الغرماء	٥٧
التصرف	١٩	اختصاص الغريم بعين ماله	٥٩
اشتراط وكالة المرتهن في البيع	٢١	عدم جواز مطالبة المعسر	٦٢
المرتهن امين لا يضمن	٢٣	في الزام القادر بالتكسب	٦٣
حكم الاختلاف في القيمة	٢٥	عدم الزام المفلس ببيع دار سكناه	٦٤
حكم بيع المرتهن الرهن	٢٦	ينفق على المفلس من ماله الى يوم القسمة	٦٥
حكم ما لو خاف جحود الوارث للدين	٢٨	يقسم المال على الديون الحالة	٦٦

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
الفصل الرابع فى الضمان		الكفيل مخبرين دفع المكفول أو	
فى اعتبار صدور الضمان من اهله	٦٨	ماعليه	٩٨
فى اعتبار رضا المضمون له	٦٩	اطلاق الغريم من يد صاحب الحق	٩٩
فى اعتبار رضا المضمون عنه	٧١	الفصل الخامس فى الصلح	
فى اعتبار التنجيز فى الضمان	٧١	دليل مشروعية الصلح	١٠١
عدم اعتبار العلم بمقدار الدين	٧٢	حكم الصلح مع الانكار	١٠٢
انتقال المال الى ذمة الضامن	٧٤	حكم الصلح المحلل للحرام أو العكس	
ضمان الحال والمؤجل	٧٥		١٠٤
رجوع الضامن على المضمون عنه	٧٨	عدم اعتبار العلم بالمقدار	١٠٦
حكم ضمان الاعيان	٨٠	وقوع الصلح من الشريكين على كون	
حكم عقد التامين	٨٢	الربح والخسران لاحدهما	١٠٧
الضمان المستحدث	٨٣	حكم ما لو ادعى احدهما درهمين و	
ضمان العهدة	٨٤	الاخر احدهما	١٠٩
الحوالة		حكم من اودعه انسان درهمين وآخر	
فى اعتبار رضا المحيل والمحتمل و		درهما	١١٠
المحال عليه	٨٦	حكم اشتباه الثوبين	١١١
الحوالة عقد لازم	٨٨	الفصل السادس فى الاقوار	
بعض فروع التنازع	٩١	اقرار العاقل على نفسه جائز	١١٣
حكم ما لو احال المشتري بالثمن ثم رد		بيان مابه يتحقق الاقرار	١١٤
البيع	٩٢	حكم ما لو علقه بشرط	١١٦
الحوالة المستحدثه	٩٣	حكم ما لو قال ان شهد فلان فهو صادق	١١٧
الكفالة		بيان ما يعتبر فى المقر	١١٨
شرائط الكفالة	٩٥		

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
بيان ما يعتبر في المقرله	١١٩	عدم جواز التوكيل بغير اذن الموكل	١٥٥
بيان ما يعتبر في المقربه	١٢١	وكالة الكافر عن المسلم	١٥٦
حكم الاقارير المجهولة	١٢٢	في اختلاف الموكل والوكيل	١٥٧
تعقيب الاقرار بما ينافيه	١٢٤	بيان ما به تثبت الوكالة	١٦١
الاستثناء المتعقب للاقرار	١٢٥	كتاب الهبات	
جملة من فروع الاقرار	١٢٩	بيان حقيقة الهبة المعوضة وغيرها	١٦٢
في الاقرار بالولد والنسب	١٣١	حكم هبة ما في الذمة	١٦٣
الفصل السابع في الوكالة		الهبة من العقود	١٦٧
دليل مشروعيتها	١٣٦	الهبة قسم من الهبة	١٦٨
الوكالة من العقود	١٣٧	القبض شرط في صحة الهبة	١٦٩
اعتبار التنجيز في الوكالة	١٣٨	عدم اعتبار الاذن في القبض	١٧١
اعتبار العلم فيها	١٣٩	ثبوت ولاية القبول والقبض للاب	١٧٢
الوكالة جائزة من الطرفين	١٤٠	حكم الهبة من حيث اللزوم والجواز	١٧٣
اشترائط الوكالة في العقد اللازم	١٤٢	حكم الهبة لذى الرحم ومن احد	
بيان ما به تبطل الوكالة	١٤٣	الزوجين لآخر	١٧٥
فيما تصح فيه الوكالة	١٤٦	لزم الهبة بالتلف	١٧٦
عدم جواز تعدى الوكيل الماذون	١٤٨	التصرف المسقط للرجوع	١٧٨
ما يقتضيه اطلاق التوكيل	١٥٠	الهبة المعوضة لازمة	١٨١
اعتبار اهلية التصرف في الموكل و		في الصدقة	١٨٢
الوكيل	١٥١	في الوقف	
حكم اكراه الوكيل والموكل	١٥٣	جريان المعاظة في الوقف	١٨٥

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
اشتراط القبول والتقرب و الاقباض	١٨٧	عدم اعتبار العدالة فى المتولى	٢١٧
فى الوقف	١٨٧	فى الوقف على الكافر	٢١٨
بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض	١٩١	بيان مفاد بعض الفاظ الوقف	٢٢٠
اشتراط القبض فى الوقف على الجهات العامة	١٩٢	حكم ما اذا بطلت المصلحة الموقوف عليها	٢٢٤
عدم اعتبار التنجيز - والدوام - فى الوقف	١٩٣	حكم تغيير الوقف عن هيئته	٢٢٤
حكم الوقف على النفس	١٩٧	نفقة المملوك ومصارف تعمير الاملاك	٢٢٦
حكم مالو شرط الواقف شرطا لنفسه	١٩٩	على الموقوف عليه	٢٣٠
فى بيان صور امكان انتفاع الواقف	٢٠٠	استيجار الارض لتجعل مسجدا	٢٣١
شرط عود الوقف ملكا	٢٠١	حكم ما اذا شك فى اعتبار قيد فسى	٢٣٢
حكم الوقف على من ينقرض غالبا	٢٠٣	الموقوف عليه	٢٣٢
فى اعتبار كون الموقوف عينا معينة ومملوكة	٢٠٥	فى السكنى والرقبى والعمرى	٢٣٤
شرايط الواقف	٢٠٨	فى الحبس	٢٣٩
حكم الوقف على من سيوجد	٢٠٩	الفصل الثالث فى الوصايا	
اشتراط تعيين الموقوف عليه	٢١٢	بيان حقيقة الوصية	٢٤١
جعل الواقف النظر لنفسه	٢١٣	حكم القبول فى الوصية	٢٤٢
التولية على الاوقاف العامة للحاكم الشرعى	٢١٥	حكم الرد فى حال حياة الموصى	٢٤٤
ليس للواقف عزل المتولى	٢١٦	ايقاع الوصية بالفعل والكتابة	٢٤٧
		حكم مالواوصى بامر ين وقبل الموصى له احدهما	٢٤٩
		جواز رجوع الموصى فى الوصية	٢٥١
		بيان ما يعتبر فى الموصى	٢٥٣

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
الوصية بالولاية على الاطفال	٢٥٦	اجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصى	٢٩٧
فى الوصية للمعدوم	٢٥٨	حكم الايصاء بالواجب وغيره	٢٩٨
الوصية للاقارب	٢٥٩	حكم ما اذا اجاز الوارث ثم ادعوا الظن	
فى اعتبار التكليف فى الوصى	٢٦٠	بقلة المال	٣٠٢
عدم اعتبار العدالة فى الوصى	٢٦٤	المدار فى الثلث على حال الوفاة	٣٠٣
فى الموصى به وما يعتبر فيه	٢٦٧	حكم الوصية المبهمة	٣٠٥
حكم وصية القاتل نفسه	٢٦٨	حكم الوصية لاجنبى بمثل نصيب	
الوصية للحمل	٢٧٠	احد الورثة	٣٠٧
الوصية للكافر	٢٧١	حكم نسيان مورد الوصية	٣٠٨
حكم مالو مات الموصى له قبل الموصى		حكم الوصايا المتضاده	٣٠٩
الموصى	٢٧٤	ما ثبت به الوصية	٣١٠
الوصية بالحمل	٢٧٨	حكم اقرار المريض بالدين	٣١١
حكم مالو اوصى الى اثنين	٢٧٩	احتساب ارش الجناية والدية	
حكم رد الوصى الوصية	٢٨٢	من التركة	٣١٤
بطلان الوصية بخيانة الوصى	٢٨٥	حكم الوصية باخراج الوالد من الميراث	٣١٥
استيفاء الوصى دينه من مال الميت	٢٨٦	كتاب الشفعة	
اخذ الوصى اجرة عمله	٢٨٩	ما ثبت فيه الشفعة	٣١٨
حكم ايصاء الوصى	٢٩١	ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم	٣٢١
عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث		اعتبار انتقال الحصص بالبيع	٣٢٥
الامع الاجازة	٢٩٤	اعتبار ان لا يزيد الشركاء على اثنين	٣٢٧

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
اعتبار قدرة الشريك على دفع الثمن	٣٢٩	حكم ما لو اورد المشتري نفصا على	
فى فورية الاخذ بالشفعة	٣٣٠	مورد الشفعة	٣٤٠
ثبوت الشفعة فى الوقف	٣٣٣	حكم اشتراء ما فيه الشفعة بثمن مؤجل	٣٤١
ثبوت الشفعة مع كون الثمن قيميا	٣٣٥	حكم الاختلاف فى قدر الثمن	٣٣٢
حكم ما لو ادعى الشفيع غيبة الثمن	٣٣٧	الشفعة لا تورث	٣٣٤
ثبوت الشفعة للغائب والقاصر	٣٣٨	مسقطات الشفعة	٣٣٥

جدول الخطاء والصواب

ص	س	خطاء	صواب
٤٧	٢١	الغصب	الغصب
٧٤	٢٠	مشاهدة	شاهدة
٩٢	١٨	الحوالة	الحوالة
١٠٥	١٨	مودجو	موجود
١١٤	٨	تدعيه	يدعيه
١٦٠	٢٠	الحكام	الحاكم
٢٠٦	٢١	المعة	المعينة
٢٥١	١٥	ينقر	ينقص
٢٦٣	٢	نصح	يصح
٢٧٥	١٢	الوصى	اوصى



FEB 29 1980

FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882591