

GENERAL
LIBRARY

فصل الصافي

في شرح النبوة للإمام المحقق ابن الله العلامة
الخليفة

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظلها العالی

فَدِّ الصَّادِقِ

فِي شَرْحِ النَّبِيِّ لِلْإِمَامِ الْمُحَقِّقِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْعِلْمِيِّ
الْحَلِيِّ

تأليف:

الْفَيْهِيَّةِ الْمُحَقِّقِ سَمَاحَةَ الْحُجَّةِ آيَةَ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ صَادِقِ حَسَنِ الرُّوحَانِي
مُذَكَّلًا لِلْعِلْمِ

چاپخانه مهراستوار

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 .

132394

502

2/5/60

الفصل الثاني في الرهن

وهو لغة الثبوت والدوام - ومنه نعمة الله راهنة - وفي المسالك ويطلق على الحبس باى سبب كان - قال الله تعالى (١) «كل نفس بما كسبت رهينة» وفي المنجد الرهن حبس الشيء مطلقا - وفي عرف الفقهاء واصطلاحهم - انه وثيقة لدين المرتهن - ومرادهم بما طفحت به عباراتهم من انه شرعا وثيقة لدين المرتهن ذلك - والافمن 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 كالمغضوب - 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 لا ستيفاء 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 لأشبهه (و) لاختلاف فى انه من العقود (و) لا بد فيه من الايجاب والقبول
كسائر العقود - انما الكلام فى انه هل يعتبر ان يكون الايجاب والقبول باللفظ كما
استظهره صاحب الجواهر ممن عبر بهذه العبارة .

المعاطاة فى الرهن

ام يجرى المعاطاة فيه - وفيه قولان - وقد استدل لعدم الجريان - بوجوه (١) ما عن
جامع المقاصد قال ردا على ما افاده المصنفه فى محكى التذكرة بان الخلاف فيها
فيه كالخلاف فى البيع - ان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا (وفيه)
ما مر فى كتاب البيع مفصلا من ان جريان المعاطاة فيه انما يكون على طبق القاعدة و
عمومات البيع واطلاقه مقتضية لذلك - فكك فى المقام - اصف اليه - ما افاده صاحب
الجواهره بانه يمكن دعوى السيرة عليه هنا ايضا كالبيع (٢) ان المعاطاة ثبت جوازها
بالاجماع و الجواز غير متصور فى الرهن لانه ينافى فى الوثوق الذى به قوام مفهوم
الرهن وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع - وفيه (اولا) انه قد تقدم ان الاصل
فى المعاطاة هو اللزوم (وثانيا) انه يمكن ان يقال ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص
بالمعاملة التى تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولا يشمل مالا تجتمع معه - و بعبارة
اخرى - المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة و اما عدم اللزوم غير المجمع معها
فلا يكون مشمو لا له (و ثالثا) انه يمكن ان يجعل ذلك بنفسه دليل للزوم فيه فيقال ان
المعاطاة تفيد اصل الرهن و اما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على
ان كل رهن صحيح لازم (٣) ان القبض شرط فى باب الرهن والعقد مقتضى فيلزم من
انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط وهو محال كما حقق فى محله (واجيب)
عنه بان الشرط هو القبض والمقتضى هو الاقباض لانه به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد
المزبور (و فيه) ان المقتضى هو الاقباض والقبض معا لان الرهن من العقود ومقوم
بالايجاب والقبول فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد (فالحق) فى 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 الممتشا به الرهن بالقبض - انه ليس فى النصوص ما يدل على كون القبض شرطا فى الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء و الموجود فى الاخبار اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء - 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 و تكون موضوعيتها يتبع جعل الشارع وتمام الكلام فى محله - فالأظهر جريان المعاطاة فيه .

ثم ان الكلام فى اعتبار العربية - و الماضوية - و تقدم الايجاب على القبول - والصرحة - وماشاكل هو الكلام فى اعتبارها فى ساير العقود - فقدم عدم اعتبار شىء من تلكم ولا من غيرها مما قالوا باعباره - سوى انه يعتبر ان يكون ما ينشأ به المعاملة مبرزها عرفا - والافلومشى بقصد انشاء الرهن لا يتحقق .

كما ان اعتبار صدور العقد (من أهله) 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 و لم تجدوا كاتباً 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 ماءً 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 احد قوليه

١ - سورة البقرة آية ٢٨٤

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 نسبته 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 - و بذلك يظهر القول الثانى (٣) ما عن المفيد والشيخ فى قوله الاخر 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 بوجوده - ١ - الاية الكريمة (١) «فراهن 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 لو دلت فانما هو بمفهوم الوصف والاقبول بحجته - مع ان فى دلالتها اشكالا من وجوده - 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 قائل بوجود 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 ره من انه ضعيف السند لاشترك 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 في الاستيثاق والطمأنينة لالشرطية - او نفى لزوم - وفي الكل نظر (اما الاول) قلان الظاهر بقريظة 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 الحججة عن اللاحجة (واما الثالث) فلان الرهن المنفى يكون المراد به العين المرتهنة فظاهره ان العين لا تنصف بانها رهن ولا يتحقق هذا العنوان الا اذا كانت مقبوضة - فظهوره في نفى الصحة لا ينكر - وبه يظهر ما في الجواهر حيث انه قد بعد ابداء الاحتمال المذكور في الايراد الثالث قال بل لعل الظاهر منه ذلك اى كونه في مقام بيان عدم الاعتداد به في الاستيثاق بعد ان كان المنفى فيه العين المرهونة لا العقد الذى يوصف بالصحة والبطالان (فان قيل) كما في الجواهر ان الظاهر منه استدامة القبض للعين المرهونة باعتبار نفى الرهن بدونها منها الظاهر في 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 في تحقق الرهن لابقائه في بقاء الرهن نظير - لايبيع الا فى ملك - ولاعتق الا فى ملك - و اما كل - وبما ذكرناه ظهر انه لا حاجة الى الاضمار حتى يقول المصنف رهن ان اضمار الصحة غير معلوم ويجاب عنه كما عن الشهيد بان اضمار الصحة اولى .

٣ - خير (١) محمد بن عيسى عن ابي جعفر عليه السلام لارهن الامقبوض - وتقريب الاستدلال به كما في 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 ين 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 بلاخلاف اجده فيه (واستدل له) بانه قبض غير ماذون فيه فيكون كلقبض - وبانه قبض منهى عنه - وبانه لا يجب الاقباض عليه بالعقد فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقائه بل لا يقطع 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 قباض فى الفرع وهو معتبر فى الصحة دون القبض (ولكن) الاول مصادرة اذ كونه كلقبض 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 ينافى 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 (فالاظهر) ان مقتضى اطلاق الخبرين كفاية القبض بلا اذن بل مع النهى عنه- الا 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 ياذن 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 و ماشا كل 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 مافى يد المرتهن قبل الرهن - فان كان فى يده على وجه شرعى من وديعة او عارية او اجارة او نحو تلكم فالظاهر انه لاخلاف فى الصحة - لان المعتبر القبض الذى هو استيلائه عليه لا الاخذ بالجراحة 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 كتفاء به ايضا لما تقدم من الدليل كذا فى الحدائق - ودعوى - انه منهى عنه شرعاً فلا يكفي فى 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 فى القسم الاول - ويمكن ان يستدل للصحة فى هذا الفرع بوجه آخر - وهوان دليل الشرط ظاهر او منصرف الى اشتراط القبض فى الرهن ان لم تكن العين المرتهنة مقبوضة فمع 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 فى المقام .

حكم رهن الدين والمنفعة

المقام الثانى فى شرائط المرهون صحة ولزوما (٩) فيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب انه (يشترط فيه ان يكون عيناً) بل قيل انه لاخلاف ظاهر فيه ورتبوا عليه انه لا يصح رهن الدين - ولارهن المنفعة - فالكلام فى موردين الاول فى رهن الدين فعن السرائر والغنية دعوى الاجماع على عدم صحته، واستدل له (تارة) بظهور الادلة فى اعتبار العينية بهذا المعنى فى صحة عقده او مفهومه (و اخرى) بان القبض معتبر فى الرهن وهو غير ممكن فى الدين الذى هو امر كلي لا وجود له فى 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 فى 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 وسترعف مافيه - وان اريد به ظهور الأدلة فى ذلك بلاربطاله بالقبض فممنوع (واما الثانى) فلانه اذا عين المديون الكلى فى الفرد يصدق بقبضة قبض الدين نفسه لان الفرد عين الكلى - ولذا بنوا على الاكتفاء به فى الصرف والهبة وغيرهما مما يعتبر فيه القبض - اصف اليه انه لا يتم لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فانه مقبوض له - ولذا قالوا يصح التصارف بما فى الذمم وان ذلك تقابض منهما قبل التفرق (واما الثالث) فلانه لو تم فانما هو فى غير مالو 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 الحيشة القائمة

بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمففعة الدابة مثلا ليست ماهو فعل الراكب الذي هو من اعراضه لامن اعراض الدابة بل المضايغ لفعل الراكب - والقبض عبارة عن الاستيلاء على الشيء - فقبض العين يصدق قبض المنفعة و لذلك اكتفينا به فى الاجارة وغيرها - ويرد على الثانى مسانبه عليه هو قده فى 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 - و دعوى - ان الرهن ح هو الاجرة دون المنفعة - مند فعة - بان الرهن هى المنفعة و الاستيفاء انما يكون من الاجرة -- و الفرق واضح - فاذاً لادليل على المنع من ذلك ايضاً سوى الاجماع .

الثانية لا خلاف فى اعتبار كون العين المرهونة (مملوكة) فلو رهن ما لا يملك كالحشرات وما شا كل بطل الرهن لعدم امكان استيفاء الدين منه . كما لا خلاف فى اعتبار كون المرهون مملو كا للراهن او ما ذونا فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين بدونه - نعم لو رهن ما لا يملك وقف على اجارة المالك فان اجاز صح بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من كون صحة عقد الفضولى مع الاجارة على القاعدة للاجماع وللنص المختص بالبيع .

و هل يصح رهن الخمر ام لا وجهان - اقول انه ان بنينا على ان الممنوع خصوص بيع الخمر والافايقاع الصلح وغيره من المعاملات عليها لاشكال فيه - فالظاهر صحة رهنها لامكان استيفاء الدين ولا يعتبر فى الرهن ازيد من ذلك - وان قلنا بانه لا يجوز اخذ العوض بازاها باي عنوان كان فالظاهر عدم جواز ذلك لعدم امكان استيفاء الدين منها (وعن) المبسوط والخلاف الجواز لو وضعها على يد ذمى قال اذا استقرض ذمى من مسلم ما لو رهن بذلك خمر اعلى يد ذمى آخر يبيعه عند محل الحق فباعها واتى بثمانها جازله اخذه ولا يجبر عليه (وفيه) ان الخمر لا يتعلق بها حق للمسلم

بعد النهي عن قربها في الاخبار فالظاهر 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 واما 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 وتخييل تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه بئذ في امكان 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 فلامشروط - 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 والشهيد وغيرهم - صحته غاية الامر يوضع على يد مسلم - قيل لا يجوز ومنشأ الخلاف الاختلاف في صدق السبيل على كونه متعلقاً لحق رهانة الكافر وعدمه (وعليه) فالظاهر هو الاول - لانه اذا كان البيع عن المالك المسلم و البائع مسلماً لا يصدق ذلك - بل يمكن ان يقال بعدم اعتبار الوضع على يد مسلم - لان بيع الكافر اياه عن المسلم - لا يعد سبيلاً 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 لا دليل 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 المعتر هو امكان 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 ماشا كل .

و هل يصح الرهن فى زمن الخيار للبائع او للمشتري او لهما - فيه خلاف و قد مر

نتيجه القول فيه فى الخيارات من كتاب البيع مفصلا .

ومما فرعوا على اعتبار امكان الاستيفاء - انه لو رهن ما يسرع اليه الفساد و لا يمكن اصلاحه بتجفيف و غيره و قد شرط الراهن عدم البيع قبل الاجل لسم يصح و فى الجواهر بل لا اجد 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 (و اورد عليه) بانه على القول بوجود صيانة المال حذر امن التبذير و الاسراف و صحة الشرط و وجوب الوفاء به يقع التزام بين التكليفين (ويضعف) بان الشرط ح يبطل لانه شرط خلاف المشروع فيصح الرهن بناء على المختار من عدم مفسدة 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 مال واطلق 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 وح 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 للجهاالة 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 الفرض .

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

١- لاشكال ولا كلام فى انه يصح الرهن على الدين الثابت فى الذمة والكتاب (١) والسنة (٢) ايضا يشهدان به - فهل يعتبر ثبوته قبل الرهن - ام يكفى ثبوته مقارنا معه او متاخرا عنه ام يفصل بين المقارن و المتأخر فيكفى التقارن خاصة - وجوه و اقوال (اما) مع التقارن بان شرك بين السبب والرهن فى 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 فى الرهن كونه على حق ثابت كما ياتى فى المتأخر - وعليه - فحيث ان الشرط للسبب شرطا لاجزائه ففى الاجزاء من الرهن غير الجزء الاخير من القبول تكون هذه ولادين والمفروض اعتباره (وفيه) انه على فرض تسليم المبنى ان الرهن كساير المعاملات من الاعتباريات ومن سنخ الوجود فلا تتركب له ولا اجزاء - و عليه فاذا فرضنا التقارن بين الرهن والدين لا بين المبرزين - ففى زمان ثبوت الرهن يكون الدين ثابتا فيصدق الرهن على الدين الثابت فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال (واما) مع التأخر كما لو قال هذا الدار رهن على ما استدين منك غدا - فان كان المنشأ هو الرهن بعد الدين فلا اشكال فى الصحة - واما اذا كان المنشأ هو الرهن فعلا فقد استدل لبطالانه (تارة) بانه لا يتصور الرهن حقيقة بدونه (واخرى) بظهور الاية والنصوص فى 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 الثانى خاصة وهو يستلزم عدم اتلاف المرهون وعدم نقله عن ملكه على اشكال فيه - وهذا المعنى يتصور قبل ثبوت الحق وكون العين المرهونة متعلعة لحق الرهانة لا معنى

له الا ذلك كما ان حق الرهانة ليس الا ذلك - فعلى هذا لامحذور 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 و عموم ما دل على نفوذ المعاملات و صحتها - فاذاً لا دليل على المنع من الصحة سوى الاجماع و تسالم الاصحاب عليه .

٢- الاكثر على عدم صحة اخذ الرهن على الاعيان المضمونة - كالمغصوبة و العارية المضمونة و المقبوض بالسوم و نحوها - (واستدل) له بالاصل بعد عدم دليل للصحة لعدم الاجماع و اختصاص الاية وجملة من النصوص بالدين و عدم انصراف اطلاق باقيها بحكم التبادر الى محل الفرض - والمراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداولة في زمان الشارع وفي كون محل الفرض منها نوع شك و غموض وان علم تناول جنس الرهن - و تسميته رهناً حقيقة في اللغة و العرف 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 و عموم ادلة امضاء المعاملات الذين لا ينافيها اختصاص مورد بعضها بالدين و عدم تداول هذا العقد في زمان الشارع لعدم حمل المطلق على المقيد في المشبطين - و عدم صلاحية عدم التعارف للانصراف للمقيد للاطلاق فضلاً عن تخصيص العام - وعدم صدق الرهن عليه مكابرة واضحة - و اما امتناع استيفاء العين من المرهون - فيندفع - بانه لا يعتبر امكان استيفاء نفس الحق منه بل يكفي امكان استيفاء بدله فلو امكن اخذ العوض عند الحيولة او التلف الذي هو محل الحاجة كفي ذلك في صحة الرهن لعدم اخذ ما ذكر في مفهومه و لم 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 و عن غيره و يشهد بها مضافاً الى ما مر ما دل من النصوص على نفى الباس عن الاستيثاق بالمال - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن

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

٣- المعروف عدم جواز اخذ الرهن على الاعيان غير المضمونة - كما اذا كانت امانة فى يده كالوديعة والعارية غير المضمونة - وفى المسالك عدم جواز الرهن على الاول (اى العين غير المضمونة) موضع وفاق - وهو الحجة فيه - و الاقيما استدلل به له من عدم كونها وقت الرهن مضمونة وان احتمل تجدد سبب الضمان بالتعدى او التفريط او الائتلاف - والرهن انما يصح عند وجود سبب الضمان - نظر لمامر 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 ونحوهما - لاحتمال فساد العقد باستحقاق العوض او نقصان قدره او ما شاكل كما عن الشهيد ره وجماعة لتحقق الفائدة وهى التوثق والارتفاق - ام لا يصح اخذه لعدم علم الاستحقاق فى عهدة الثمن والمبيع واحتماله غير كاف فى 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- فى اخذ الرهن على مال الجمالة قبل تمام العمل اقوال - ثالثها ما عن التذكرة من الجواز لو شرع فى العمل وان لم يتمه و عدمه مع عدم الشروع (اقول) بناء على ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار ثبوت الحق فى صحة الرهن سوى الاجماع ان ثبت فالظاهر هو القول الاول - فان المتيقن من معقد الاجماع ما اذا لم يتحقق المقتضى للاستحقاق وفى المقام لثبوت عقد الجمالة قد تحقق - واما بناء على اعتبار ثبوت الحق فى صحته بمقتضى الادلة فالظاهر هو القول الثانى لمامر من عدم استحقاق الجعل قبل العمل ولا يقاس بالاجارة فان فيها يستحق الاجرة بمجرد العقد كما تقدم ولا فرق فى 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 الفضولى في العقود انما هو على القاعدة فلا يختص بالبيع (ولو ضمهما) اى رهن ما يملكه وما لا يملكه (لزم فى ملكه) و توقف فى ملك شريكه على الاجازة - وللمرتهن الخيار خيار التبعض ان لم يجز .

٢- (ويلزم) الرهن (من جهة الواهن) لعموم ماد (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 وماشاكل - كان رهنا قطعاً بل قيل انه لا يصح اشتراط خروجه وان كان يعد مستقلاً كحمل الدابة - فالظاهر عدم كونه رهنا اذ التبعية فى الملكية غير مستلزمة للتبعية فى الرهنية كما لا يخفى .

(٩) على اى حال لاشبهة ولا خلاف فى تبعية (فوائد الوهن) فى الملكية له وتكون للمالك (وفى 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 للرهن غلة وفوائد و تصرف فيها المرتهن وجب عليه ان يحتمسبها من دينه - ومادل على انه ان ركب الدابة او انتفع بلمنهما يجب عليه ان ينفق عليها باء ذلك .

٤- (ورهن احد الدينين ليس رهنا على الاخر) 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 قارحة 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 يجدد لهما .

٥- (وللولى الرهن مع مصلحة المولى عليه) وقد تقدم الكلام فى ذلك تحت عنوان عام فى كتاب البيع وبيننا هناك شروط تصرف الولى 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 - وبالجملة 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 محكى النهاية وهو الظاهر من الصدوق ره ومال اليه
 الفاضل الخراسانى وجماعة وقواه المحدث البحرانى 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 - و
 كيف كان فالحكم ظاهر بعد ورود النص المعتبر الذى 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 فلانعيد (واما) التصرفات الاخر - فما كان منها مانفيا
 لاستيفاء حق المرتهن من الاتلاف وشبهه فعدم جوازه ظاهر لانه تفويت لمتعلق حق
 الغير فلا يجوز كما لا يجوز اتلاف ماله .

واما غير المنافى 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 بالحجر على الراهن وقطع سلطنته ليمتحرك
 الى الاداء فلا يجوز له التصرف ذكره في المسالك ومحكى التذكرة - واليه يرجع
 ما عن الدروس من تعليقه المنع بان الغرض من الرهن الوثيقة والوثيقة مع تسلط المالك
 على البيع والوطء او غيره من المنافع الموجبة للنقص او الاتلاف (اقول) اما الاجماع
 فلم يثبت كونه تعديا - و اما النبوى فلم يثبت استناد الاصحاب اليه و لذلك
 تراهم يستدلون على المنع بوجوه اعتبارية و لو كان النبوى حجة لديهم لكاتوا
 يستدلون به - واما الوجه الاخير - فيرد على جميع تقاريره التى مالها الى شىء واحد
 انه يتم بالنسبة الى التصرف المانع عن استيفاء المرتهن حقه واما غير المانع فلا
 يصلح هذا الوجه شاهدا على المنع عنه - وعليه - فماعتن 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 يقتضى الجواز وفي جملة من النصوص (١) تجويز وطاء الامة التي ارهنت للراهن - وهي شاهدة بذلك ايضا والله العالم .

ثم انه على فرض المنع لاشكال 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 محضابل 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 وتعدت 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 يجيء 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 غر مائه 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 ١١ - من ابواب صفات القاضى - من كتاب القضاء حديث ١- ٦

المجتهد حاكما وقاضيا .

ثم انه لما كان اطلاق العقد لا يقتضى كون المرتهن وكيلا 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 ماد (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 الاخر 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 فالظاهر 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 وكيلا بعد موته - (و) كذا (لو اوصى اليه) فانه ي (تزم) فى هذين الموردين ولا تبطل الوكالة (ثم انه) لما كان الرهن وثيقة على الدين فمادام الدين باقيا يبقى الرهن (و) عليه (و) الهانة 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 اليد من موجبات الضمان الا ليد 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 بالنبوي (١) الخراج بالضمان - بدعوى ان خراج الرهن للرهن فضمانه عليه - وقد مر الكلام فيه في كتاب الغصب - وبالنبوي (٢) الاخر الذي استدل به هنا غير واحد من الاصحاب - لا يخلو 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 يرتهن العبد فيصيبه عور او ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال عليه السلام على مولاه قلت ان الناس يقولون ان رهنت العبد فمرض او انفق عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قلت ارأيت 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 الترمذى ج ٥- ص ٢٨٥- وسنن ابى داود ج ٢- ص ٢٥٥

٢- التذكرة ج ٢- ص ٣٢

٣- ٥٤٠- الوسائل باب ٥- من ابواب كتاب الرهن- حديث ٤-٦-١-

عن رجل رهن عند رجل رهنا فضع الرهن قال (ع) فهو من مال الراهن و يرتجع المرتهن عليه بما له ونحوها غيرها (الثانية) ما يدل على الضمان - كخبير (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 شىء - ومثله موثق (٢) ابن بكير - واخبار (٣) ابي حمزة - وعبدالله 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 رجح 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 يجره 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 ما دل (٦) على عدم سماع دعوى المرتهن تلف الرهن المخالف لما عليه قاعدة الايمان من سماع دعوى التلف منه لان عدمه يناهى الايمان - لعدم عمل الاصحاب به غير ابن الجنيديتعيين طرحه.

ثم انه بعد ما عرفت من الضمان فى صورة التعدى والتفريط (ف) اعلم انه (يضمن به مثله ان كان مثليا والاقيمته) 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-بيوم التعدى الذى هو يوم خروج اليد عن كونها امانية كان اولى كما لا يخفى فتدبر .

حكم الاختلاف فى القيمة

٩- (٩) لو اختلفا فى القيمة بعد التلف بالتفريط او التعدى فعن الاكثر-ان القول

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

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

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

١٠- اذا قصر مال الراهن عن ديونه - فقد يكون حيا - وقد يموت قبل اداء شىء منها -

فعلى الاول ان لم يحجر عليه فلا اشكال ولا خلاف فى 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 وظاهر 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

الثانى فالمشهور بينهم ذلك لما مر (وعن) ظاهر الصدوق وجمع من المحدثين انه يشترك مع ساير الغرماء واستندوا فى ذلك الى خبر (١) عبد الله بن الحكم عن ابي عبد الله (ع) عن رجل افلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط بماله بما عليه من الدين قال (ع) يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على ارباب الدين بالحصص و نحوه مكاتبة (٢) سليمان بن حفص (ولكن) الخبرين ضعيفان - اما الاول فلعبد الله الضعيف المرتفع القول - واما الثانى - فلان علماء الرجال لم ينصوا على توثيق سليمان ولا على مدحه - اضيف الى ذلك اعراض المشهور عنهما فالأظهر فى هذا المورد ايضا انه احق به من باقى الغرماء (٩) ح (لو فضل من الدين شىء) بان قصر الرهن عن وفاء الدين شاركت المرتهن مع الغرماء (فى الفاضل) بلا خلاف ولا اشكال لان دينه فى الذمة ولا تكون منحصر فى الرهن (ولو فضل من الرهن ٩) كان (له دين) آخر (بغير رهن) ولم يف الفاضل بما على الراهن من الديون الثابتة عليه من المرتهن وغيره (ساوى) المرتهن (مع الغرماء فيه).

١١- قد مر ان المرتهن ممنوع من التصرف فى 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 فى الارض البوريرتهن الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها و انفق عليها ماله انه يحتسب له نفقته وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحسبه من ماله الذى ارتهن به الارض حتى يستوفى ماله فاذا استوفى ماله فليدفع الارض الى صاحبها .

حكم مالو باع المرتهن الرهن

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

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

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

(۹) اما بیع المرتهن فان كان بعد حلول الاجل واشترط و كالمتهصح وسقط حق الرهانة و اما (لواذن الراهن) للمرتهن (فی البیع قبل الاجل فباع) فالمشهور بل لم ينقل الخلاف الا عن بعض متأخرى المتأخرين انه (ام) يجوز للمرتهن ان (یتصرف فی 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 (الابعدى) 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 - وبعض 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 للدين

١٣- (ولو) كان له دين على شخص ومات وعنده رهن منه - فتارة لايجد الورثة الدين - واخرى يجحدونه او يخاف المرتهن من جحودهم - وعلى التقديرين - قديتمكن من اقامة البينة - وقد لا يكون عنده بينة مقبولة - فان علم او ظن - بل (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 مالوا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى اقر بما عنده اخذ به وطولب بالبينة على دعواه واوفى حقه بعد اليمين - ومتى لم يقيم 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 يكتسب

به حديث ٤- 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 يستوفى دينه - لاطلاق الخبر -
ثانيهما المنع لوجوب الاقتصار على المتيقن فيما خالف اصل عدم جواز التصرف
فى مال الغير بغير اذنه - و الاول اظهر - نعم لو اقر بما عنده يؤخذ به ويطالب بالبينة .
وان تمكن من اقامة البينة ليس له استيفاء حقه مما فى 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 الاقتصار فيه على المتيقن من مورد الخبر
- وبالجملة - عدم جواز الاستيفاء لا يحتاج الي دليل فان القواعد العامة مقتضية له - و
انما يتوقف جوازه عليه فعدم الصراحة يكفى فى الحكم بالعدم .

التنازع فى ان الشىء رهن او ودیعة

١٤ - (٩) اذا تنازعا فى عين انهارهن او ودیعة ففيه اقوال ١ - ماهو المشهور وهو ان

(القول قول المالك مع ادعاء الودیعة وادعاء الاخر) القابض (الرهن) بل ربما
استظهر من النافع الاجماع عليه ٢ - ما عن المقنع و الاستبصار - من ان القول قول
القابض ٣ - تقديم قول القابض ان اعترف المالك بالدين والاقول المالك نسب الى ابن
حمزة ٤ - تقديم قول المالك ان كانت امانة عند القابض ثم ادعى رهايتها وقول 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 فى عداد الاقوال .

وما افاده ابن حمزة اظهر - اما فى صورة تحقق الدين فلان اليد كما تكون امانة
على الملكية تكون امانة على الحق واليد مقدمة على اصالة عدم الرهانة فيكون القابض

منكرا - ولخبر (١) عباد بن صهيب عن ابي عبد الله (ع) عن متاع في يد رجلين احد هما يقول استودعتك والآخر يقول هورهن فقال (ع) القول قول الذي يقول هو انه رهن الا ان ياتي الذي ادعى انه اودعه بشهود - وموثق (٢) ابن ابي يعفور عن الصادق (ع) في الاختلاف في مقدار الدين الذي عليه الرهن - قال فان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال احدهما 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 ابي 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 يخصص الوارد فيستفاد منه ح اصالة عدم الحكم بمال الانسان بغير قوله وان كان مدعيا فضلا عما نحن فيه مما هو مدعى عليه - وصحيح ابن مسلم - و مكاتبة المروزي المتقدمين - (ولكن) الموثق متضمن لحكم خاص في مورد مخصوص لا يتعدى عنه وعدم مخصصة المورد للوارد انما هو فيما لو كان الوارد عاما واردا لاما اذا

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

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

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

واستدل للثاني باطلاق النصوص المتقدمة - ولكن قد عرفت انه لا بد من تقييدها بالصحيح والمكاتبه (واما) ما عن ابن الجيند فالظاهر رجوعه الى القول الثاني - لان محل الخلاف بحسب الظاهر انما هو صورة ادعاء الرهانة ابتداء - واما في صورة اعتراف القابض بكون ما في يده امانة وادعى انه صار رهنا فهي 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 الذي هو اصل موضوعي مبين لحال اليد - فلا تكون ح اماراة على حقه .

الفصل الثالث في الحجر

مثلا - وهو في اللغة بمعنى المنع و التضييق - ومنه سمي الحرام حجراً لما فيه من المنع قال الله (١) تعالى «ويقولون حجرا محجورا» اي حراما محرما - وسمى العقل حجرا لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما يضر عاقبته - والمحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف في ماله شرعا - وفي المسالك المراد مطلق التصرف اعم من كونه في جميع المال وبعضه فيشمل الصبي ونحوه الممنوع من التصرف في جميع المال والمريض الممنوع من التصرف في بعض المال .

(و) كيف كان فتقيق القول بالبحث في مواضع - الاول - في (اسبابه) وهي كثيرة الا ان عادة الفقهاء جارية على ذكر (سنة) منها في هذا الباب واما سواها - كالرهن - والارتداد وما شاكل فهي مذكورة في تضايف الفقه (ثم ان) السنة المذكورة هنا مرجعها الى قسمين احدهما - ما يوجب المنع لمصلحة المحجور عليه ولحقه - والثاني - ما يوجب الحجر لحق غيره - فالاول - الصغر والجنون والسفه والثاني الباقي .

الصغير ممنوع عن التصرف في ماله

(الاول) من الستة المذكورة في هذا الباب (الصغير) والبحث فيه في طى مسائل -الاولى- انه لاخلاف في الجملة في ان الصغير من اسباب الحجر (والصغير ممنوع عن التصرف الامع البلوغ والرشد) اما منع الصغير غير البالغ عن التصرف فاجماعى في الجملة - قال في التذكرة وهو محجور عليه بالنص والاجماع سواء كان مميزا او لا في جميع التصرفات الا ما يستثنى كعباداته و اسلامه واحرامه الخ وظاهر الشرايع و غيرها ان الحجر انما هو باعتبار التصرف المالى - وما افاده المصنف اظهر - فان بعض ادلة المنع وان اخص بالتصرف المالى 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 - الاية 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 الامن جهة حجره في تصرفاته بل المراد من عدم الدفع ذلك (ثم ان) الاية الكريمة انما تدل على المنع عن تصرفات الصبى مع كونه مستقلا فيها - او كون المعاملة مستندة اليه وان كان اذن له الولى ويكون الصبى من قبيل الوكيل المفوض - بل الظاهر منها هو المنع عن القسم الثانى من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولى وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ - فالمتحصل منها عدم استقلال الصبى فى المعاملات وان اذن له الولى - و لكنها لا تدل على جعل انشائه كلائنشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له بل من تصرفات وليه وكون البيع بيعه مثلا - وهى وان اخصت بامواله الا انه يكفى فى منعه عن التصرفات

في مال غيره وسائر التصرفات غير المالية عدم القبول بالفصل .

ومنها حديث رفع القلم عن الصبي - الذي رواه (١) في محكى الخصال عن ابن
الظبيان عن امير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجيم 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 موثق (٣) عمار عن الصادق عليه السلام عن الغلام متى يجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا اتى
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 نسبه 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 الاقرار 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 و المفهوم 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 اطلاقها بطلان ذلك بالمعنيين الاولين - واما بالمعنى الثالث وهو ما لو كان الصبي آلمة محضة فلا تدل عليه - لعدم صدق كون البيع والشراء له و على هذا بنوا على عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه فالبيع مثلا انما يكون بيع الولى او الموكل والامر امره - ومجرد الصيغة لا يكون موضوع النفوذ - و لو تنزلنا عن ذلك فلا اقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبي - و نسبة الى الولى او الموكل - فلا مانع من نفوذه و مضيه بالاعتبار الثانى كما تقدم - ويشهد لما ذكرناه استثناء السفية فى بعض تلك الاخبار حيث ان السفية ليس مسلوب العبارة فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم الاستقلال فى التصرف.

ثم انه قد يستدل لذلك بالنصوص (١) المتضمنة لكون عمده الصبي وخطائه واحد - وقد استوفينا البحث فيها فى كتاب البيع و اثبتنا اختصاصها بباب الجنائيات 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 فى 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 بقريئة التعبير باليتامى - وقوله تعالى حتى سوا كانت للغاية ام للابتداء - والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال بان ياذنوا لهم فى البيع والشراء قبل البلوغ و ذلك يقتضى صحة تصرفاتهم (واخرى) بمرسل المبسوط وروى انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جازيا للتصرف (وثالثة) بالنصوص (٢) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه فانه لو التزم بخر وجهه عن حديث رفع القلم يرد عليه اباة سياقه عن التخصيص (ورابعة) بالسيرة التى

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.

ادعاها سيد الرياض (وخامسة) بخبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام في حديث نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق فسان 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 لامطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ و كان ذكر حتى اذا بلغوا النكاح زايدا - 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 وعتقه 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 ادعاها 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 عامة لجميع الموارد مع انها من قبيل الحكمة - وان كان من جهة ظهوره في الكراهة - فيرد عليه ان النهى ظاهر في الحرمة 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 استثنواها 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 (او الاحتملام او بلوغ خمسة عشرة سنة في الذكور وتسع في الانثى) على المشهور.

ونخبة القول بالبحث في موارد- الاول- في الانبات لاختلاف في ثبوت البلوغ بالانبات للشعر الخشن - وانما قيدوا الشعر بالخشن تحرزاعن الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغير و يعبر عنه بالزعب- 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 ووربما 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 مستفيضا- 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 و البيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتمل او يشعر او ينبت قبل ذلك- وخبر (٣) ابي البختری عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام قال ان رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم (اي المراهقين) يومئذ على العانات فمن وجدته انبت قتله و من لم يجده انبت الحقه بالذراى - 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 الاثنى 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 فلان 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 - وظاهر 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 اجد بهذا 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 مكتسب 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 للبلوغ 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 و لا تتوقف على تزايد و كماله فالأظهر كونه علامة البلوغ لادليلا على سبقه (وتظهر) ثمرة النزاع في قضاء ما يجب قضائه من العبادات و في نفاذ اقراره و تصرفاته المتقدمة على الاختيار بزمان يعلم عدم تاخر بلوغه عنه .

الثاني في الاحتلام - 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 .

و كيف كان فهو علامة البلوغ في الذكر و الانثى - ولا خلاف في كونه علامة له بل الاجماع بقسميه عليه - و يشهد به 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 و سواء كان بجماع او غير جماع و سواء كان في نوم و يقظة - و قوله تعالى (٢) « و الذين لم يبلغوا الحلم » و قوله تعالى (٣) « و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح . . . الخ » و المراد ببلوغ النكاح شهوة النكاح و الوطاء و القدرة على الانزال - و قوله (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 بالاحتلام و هو اشد - و موثق (٦) عبد الله بن سنان عنه عليه السلام عن قول الله عز وجل حتى اذا بلغ اشد - قال عليه السلام الاحتلام - و حديث 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 ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ٨

يحتلم المتقدم الذي رواه الفريقان - وعن الحلبي انه مجمع على روايته - والنسبى (١) المشهور المتلقى بالقبول في وصيته صلى الله عليه واله وسلم لعلي عليه السلام يا علي لا يتم بعد الاحتلام - وخبير (٢) طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسومون عند الله شافع مشفع فاذا بلغوا ائنتى عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات - وخبير (٣) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال عليه السلام اذا احتلم وعرف الاخذ والاعطاء - ومنها غير تلکم 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 الاية الثالثة جعل المدار على بلوغ النكاح - ولا تنافى بينها - فان المتحصل منها ان البلوغ عبارة عن حدوث حالة في الانسان يخرج بها عن حالة الطفولية الي غيرها وانه ينبعث عنها خروج المنى بالموطء او الاستمناء 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 احدى العلامات الاخر من الانبات 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 اجماع المسألة اثني عشر من صريح و ظاهر و مشعره و في

الجواهر بل هو معلوم وربما يشهد له التمتع بل ربما يزيد على ذلك - وعن ابن الجنييد انه في المذكر اربع عشرة سنة و في الحدائق وعن الشيخ في كتابي الاخبار و اكثر 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 في الانثى .
اما الاول فيمكن ان يستدل للمشهور بوجوده - ١ - الاستصحاب - وتقريبه من وجوه - اذ يمكن ان يستصحب 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 موضوعيا لامانع من جريانه - وليس شىء 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 - ما دل من الايات والنصوص على عدم البلوغ ما لم يبلغ الحلم - فانه خرج عنها بعد بلوغ خمس عشرة و بقى الباقي .

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

العزیز - اما حمزة فمضافا الى انه من آل اعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم - سديد الحديث كثير الرواية قدروى عنه الاجلاء كعبدالله 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) - اصف الى ذلك كله ان هذا الخبر روى الحسن بن محبوب عن عبدالعزيز عنه - وهو من اصحاب الاجماع - وبه يظهر ان عبدالعزيز 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 واقيم عليها الحدود التامة لها وعلها قال قلت الغلام اذا زوجه ابوه ودخل باهله و هو 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 خالدان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او ينبت 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 واربعة عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدهه - بناء على ارادة معنى او من كلمة او - لاستحالة الجمع - وحيث ان مقتضى السياق والترديد كون ما تقدم عليهما وقتا للتمرين فيكون البلوغ بالاكتر والالم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الاقل تمرينيا - ولعل الفرق بين المتوسط بينهما وبين ما قبلهما في التضييق 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 تقدم مهمان 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 الدهن من النصوص هو اكمال الخمس عشرة لا الدخول فيها - بل جملة منها كالصريحة فى ذلك - فلا يصغى الى ما قيل من حملها على ارادة الدخول فيها .

ثم - انه بازاء جميع ذلك طوائف من النصوص - منها ما يدل على حصوله بالاربعة عشرة - كخبر (٢) ابي 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 الذى 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 ٤٥ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٣

ومنها النصوص الدالة على حصول البلوغ بالثلاث عشرة - كموثق (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
 موثق 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 الا ان يكون سفيها او ضعيفا (ولكن) الاول لا يدل على البلوغ بل
 على خصوص وجوب الصلاة - ويؤيده ذكر جريان القلم في الاحتلام دون السن -
 والثاني وان كان لا ينبغي المناقشة في سنده ولا في دلالاته الا انه 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 و
 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 بثمان سنين كموثق (٧) الحسن بن راشد عن

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

٢- الوسائل - باب ٤٤- 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 ٤

العسكري عليه السلام اذا 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 الاثني - 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 قدر جمع عنه فى كتاب الحجر ووافق المشهور -- و كذا الثانى فى كتاب النكاح منها - ويشهد به نصوص كثيرة - كصحيح (١) الكناسى او حسنه عن الباقر (ع) الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت الحديث ونحوه حسنه (٢) الاخر او صحيحه - و موثقا ابن سنان و الحسن بن راشد المتقدمان ونحوها غيرها - و ليس بازائها خبر سوى - خبر (٣) غياث المتضمن لانها لا توطأ لاقل من عشر سنين -- وهو مضافا الى ضعف سنده و معارضته بالنصوص (٤) الكثيرة الدالة على انها توطأ لتسع سنين -- لا يكون نضا و لا ظاهرا فى عدم البلوغ قبله -- فلا اشكال فى الحكم .

ثم ان المعتبر من السنين القمرية دون الشمسية لان هذا هو المعهود من شرعنا و المعروف عند العرب وقد قال (٥) الله تعالى « ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات » و قال سبحانه (٦) « يسألونك عن الالهة قل هى مواقيت للناس والحج » وقال عزم 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 ٣٦ 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 الرشد في رفع الحجر

الرابعة (و) قد عرفت ان الوصف (الثاني) الذي يتوقف عليه رفع الحجر الرشد
في المال - وان الكتاب والسنة والاجماع تشهد بذلك - انما الكلام فيما يعلم به الرشد
قال في المتن - انه يعلم (باصلاح ماله عند اختياره بحيث يسلم من المغابنات وتقع
افعاله على الوجه الملائم) - وفي المسالك ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد بل الحق ان
الرشد ملكة نفسانية تقتضى 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 يطال 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 احداهما) اي احد الوصفين

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

الخامسة - لاختلاف (و) لاشكال في انه (يشمت) الرشد (في الرجال بشهادة

امثالهم وفي النساء بشهادتهن او بشهادة الرجال) اما الثبوت بشهادة الرجال
فلاطلاق الادلة - واما ثبوته في النساء بشهادتهن - فللاجماع المدعى في المقام و سياى

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 والعتق وما شا كل - وفيه قولان -١- انها من الاصل ذهب اليه جماعة من المتقدمين - كالكليني و الصدوق 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 ظاهر ابل لعله لاشبهة فيه بل ادعى السيدان في بحث الهبة ان عليه اجماع الامامية

وجعله فى السرائر الاظهر فى المذهب مشعرا بالشهرة عليه لاقل -٢- ما عن الاسكافى والصدوق فى احد قوليه و اباى 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 - و باستصحاب الصحة - واصالة الجواز - وبانه لو لاصحتها لما لزمته بالبرء والتالى باطل فكذا المقدم - ولا الى ما استدل به للثانى من الوجوه الاستحسانية - فالمتعين هو ملاحظة النصوص ولا بدوا لمن نقل ما استدل به لكل من القولين - فان تم دلالة كل من الطائفتين على ما استدل بهاله وسندا - 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) اباى شعيب المحاملى او صحيحه عن اباى 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) الاخر الرجل احق بماله مادام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز - وخبره (٤) الثالث عنه عليه السلام صاحب المال احق بماله مادام فيه شىء 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 - والأيراد

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 ينافى مع كونه فى مقام البيان - يدفعه قوله اذا بان له 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 بغيره 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 لقرابته 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) مرزم عنه (ع) فى الرجل يعطى الشئ 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 صبغا را يتكفون الناس بل رواه الصدوق مسندا الى جعفر بن محمد عليهما السلام - فالمتحصل

١-٢-٤- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢-٩

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

من هذه النصوص المعتبرة - 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 يبقى مجال للمناقشة .

واما النصوص التي استدلت بها على الخروج من الثلث فهي ايضا كثيرة-لاحظ صحيح (١) يعقوب بن شعيب سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال عليه السلام له ثلث ماله وللرثة ايضاً ونحوه خبر (٢) ابي بصير - وخبر (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام للرجل عند موته ثلث ماله و ان لم يوص فليس على الورثة امضاءه - صحيح (٤) علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام مال الرجل من ماله عند موته قال عليه السلام الثلث والثلث كثير - وخبر (٥) العلافى الامراة التي استودعت مسالا عن الصادق عليه السلام فانما لها من مالها ثلثه - و بهذا 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 لاخلاف و لا اشكال في ان المال جميعه له الى حين الموت و انما الخلاف في منعه عن التصرف و عدمه و من ما بعد الموت ليس له الا الثلث ماله - وهذا من الواضح بمكان و مع الاغماض عنه فدلالته انما هي بالاطلاق فيقيد بالنصوص المتقدمة فتخص بالوصية .

وخبر (٦) علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فاعتق مملوكه كاله 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 ١٤ ، 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) عقبه بن خالد (ويرد) على الاستدلال بهما انهما ليسا فى العتق منجزاً فى حال المرض وليس المسئول عنه صحة عتقه فى جميع العبد بل المفروض فيهما عدم صحته الا فى 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 فى الباقي - فلا ربط لهما بما هو محل الكلام .

وخبر (٢) ابى 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 احداهما بالعتق - كما يشير اليه قوله بوصية اخرى فلا ربط له بمحل الكلام .

وخبر (٣) ابى ولاد عنه عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه فى 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 مضمونها لم يقل به احدلان الابرء مما فى 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 ببيئة قال عليه السلام اذا اعطاه فى صحته جاز ونحوه خبر (٦) سماعة - وقريب منهما صحيح (٧) الحلبي - فى ابراء المرثة من الصداق (ولكنها) تدل على اعتبار الصحة فى هبة الوالد لولده و ابراء المرثة من الصداق - ولا تختص بمرض الموت - ولا بما زاد على الثلث - فهى غير

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

١٤-١١-١٥

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 - الافراد 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 بقريفة 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 التعليل 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)

١-٢- الوسائل باب ٦٧- من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١-٤

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

جميل عن ابي عبد الله (ع) في رجل اعتمق مملوكه عند موته و عليه دين فقال ان كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جازعتقه 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 التنزل و 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 حملسه على الوصية يقسح 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 (اذمات فى موضه) 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 بلا خلاف فيه بل عليه الاجماع لاصالة عدم الخروج من الاصل الامادل 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 عنوان 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 فيتعين الافتصاص على المتفق عليه - وهو

ما جعله ضابطه في المسالك قال ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض ولكن مع ذلك يبقى موارد مشكوك فيها كالصدقة المندوبة المراد بها السلامة - واما تزويج المرثة 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 وفي محكى القواعد المفلس من عليه ديون ولا مال له يفي بها - وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع - وفي المسالك نسبة هذا التعريف 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 يريدان 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 الدين المطالبة مع عدم الحلول فلعل الله يحدث بعد ذلك امرا 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 فلاحجر اجماعاً 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 مر فى الممتنع عن اداء الدين - ولا يمنع فى هذه الحال من التصرف

فى 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 فى ذمته - لانها ملكه الان وان كان لاربابها الرجوع فيها - كما
لهم المطالبة بالعوض و كما يحتسب تلك من امواله كك يحتسب اعواضها من ديونه
(٩) الرابع (مطالبة اربابها الحجر) اذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم طلبهم ذلك
الان تكون الديون لمن له الولاية عليه كاليتيم و المجنون و ماشاكل - ولو طالب هو
الحجر دون ارباب الدين - فعن التذكرة انه يحجر عليه - لان فيه مصلحة له ببرائة ذمته
فكما يجاب الغرماء فى ملتسمهم حفظا لحقوقهم يجاب هو ايضا لیسلم من حق الغرماء
ومن الاثم بترك وفاء الدين - ولما روى (١) عن النبى (ص) انه حجر على معاذ بالتماسه
خاصة - ولكن الاول وجه اعتبارى لا يصلح مستندا للحكم الشرعى - والثانى ضعيف
السند - فالظاهر انه لا يحجر عليه للاصل السالم عن المعارض .

المفلس اذا حجر عليه يمنع من التصرف فى ماله

(واذا) اجتمعت الشروط - و (حجر عليه) الحكم بطل تصرفه فى ماله مادام
الحجر باقيا) باختلاف يعتد به فى ذلك ونخبة القول فيه تقتضى البحث فى امور .
١- مع اجتماع الشروط هل للحاكم الشرعى حجره من التصرف فى ماله فيبطل
تصرفه فيه ح ام ليس له ذلك المشهور بين الاصحاب هو الاول بل لم ينقل الخلاف عن
احد سوى صاحب الحدائق ره 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 البحرانى من عدم ظهور شىء من الروايات فى ذلك كان الاجماع المذكور
حجة قطعا (ومنها) انه لا ريب فى ان ذلك من وظائف قضاة الجور و حكمهم لمانرى و
نسمع انهم يحجرون المفلس عن التصرف فى ماله - وقد دلت النصوص (٢) المتضمنة

١- التذكرة ج ٢ - ص ٥٢

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

لجعل (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 لمعنى 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 عن ملكه - بل لعله المراد من الحبس في خبر (٢) الاصمغ 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 لالسجن - 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 ييطل 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 خيف عليه منه - نعم - لوجه لمنعه من التصرف الذي لا يكون تصرفا في المال كالنكاح والطلاق والقصاص والعتق وما شاكل مما ليس تصرفا في المال - ولا التصرف المحصل للمال كالاختطاب والاصطياد - واولى منهما الانتهاب 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 كتصرف 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 باستفاد 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 - اذ المستفاد منها ان كل عقد كان النهى عنه لحق الادمى 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 بعدة) اي بعد الحجر (اذا شترى في الذمة لهم 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 وجده بعينه (ووجه) الثالث ان له حقا ثابتا في الذمة فهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء - وانه قد ادخل في مقابل الثمن مالا فيضرب بالثمن اذ ليس فيه اضاءة 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 بتعيين صرفه في قضاء ديون الموجودين تبطل الحكم بشركة الجديد

معهم المستلزم للضرر عليهم خلاف الاصل يحتاج الى دليل وعلى ذلك فيتجه القول الثاني 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 مافي وجهي الثالث .

٤- (ولو اتلف مال غيره شارك صاحبه) مع الغرماء - كما في المتن وعن

القواعد وجامع المقاصد والمسالك واستدلو له بعموم الخبر الدال على الضرب وبان- الثابت هنا من المال بغير رضا صاحبه ولكن لم اعتر على خبر يدل على الضرب شامل للفرض- و ثبوت مال في الذمة بغير رضا صاحبه- لا يقتضى مشار كته مع الغرماء- فالظاهر ما عن الاردبيلي من عدم المشاركة و قواه 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 لمادل (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) بمشاركته من اتلف ماله معهم- وهو المحكى عن الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع والمصنف في التذكرة والتحرير ام لا يشار كهم كما عن الارشاد و قواه الشهيد الثاني واختاره المحقق الاردبيلي ره وجهان .

وقد استدل للاول (بان) الاقرار كالبينة فكما انه مع قيامها الاشكال 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 الاعدم نفوذه في ماله الموجود والمشاركة تستلزم ذلك - ونمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع الاحكام ويظهر 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 يمكن المواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم انتهى .

اقول ان اخبار المقر بدين سابق ان كان واجد الشرائط الحجية بان كان المقر ثقة - بناء على حجية خبر الواحد في الموضوعات - ثبت به الدين السابق فيشملة ما دل على شركة جميع الغرماء ومنهم المقر له على هذا في المال - وان لم يكن واجد للشرائط 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 مشاركتة معهم (قلنا) انه لم يدل دليل على حجية الامارة في مثبتاتها مطلقا - وانما بنيانها مع اجتماع القيدين - احدهما كون الامارة حاكية 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 موجوداً - 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 يشمله ما دل على مشاركة الغرماء في المال وظهور حال الانسان في عدم الاقرار بدين مع عدمه - ممنوع في المقام - وعلى فرضه لا دليل على حجية هذا الظهور ما لم يفد 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 واجداً

لشرائط الحجية بان كان المقرثة (تدفع) 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 وجماعة - 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 الفلاس.

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 البايع متاعه له ان ياخذ اذا حقق له فقال عليه السلام ان كان عليه دين وترك نحو ما عليه فليأخذه 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 باقى الغرماء قصور (ولكنه) 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 فر بما يتمكن من ادائها بعد ذلك باكتساب مال ونحوه - فماعن المشهور اظهر - ثم ان تمام الكلام بالبحث في جهات .

الاولى انه ليس فى النصوص سوى احقية بماله ورده اليه و انه ليس للغرماء ان يحاصوه ولا يبدل ذلك على ان له الفسخ اللهم الا ان يقال بقريئة فهم الاصحاب ان المتفاهم عرفان 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 ياخذ عين ماله فيضرب مع الغرماء و النص دال على خلاف ذلك فانه يدل على اختصاصه بعين ماله وانه ليس له

غيرها فلاوجه لضربه مع الغرماء - اللهم الا ان يقال - ان قوله فانما رد الى صاحب المتاع نظير الامر الوارد مورد توهم الحظر لا يستفاد منه ازيد من ان له ذلك فيبقى اطلاق ادلة الضرب مع الغرماء سليمان 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 - ففى المسالك منشأهما اطلاق النص بثبوته فيستصحب الى ان يثبت المزيل - ووجوب الوفاء بالعقد وبناء البيع على اللزوم فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع الضرورة جمعا - وربما يقال على القول بثبوت خيار الفسخ لصاحب المتاع كما هو المشهور - يدخل المقام فى كبرى كلية مذكورة فى الخيارات وغيرها من المباحث المتقدمة وهى انه اذا ورد عام له عموم افرادى وعموم ازماني او اطلاق كك - وخرج عنه بعض افراده فى بعض الازمنة - وشك بعد مضى الزمان المتيقن خروج الفرد عن العام فيه - انه هل الحكم الخاص باق ام الثابت هو الحكم الثابت بالعموم - وحيث ان المختار فى تلك المسألة هو الرجوع الى العام مطلقا اى كان له عموم ازماني او اطلاق كك ولا يرجع الى الاستصحاب فى 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 فى اى وقت شاء - فلازمه ثبوت الخيار بنحو الاطلاق -- وبه يرفع اليد عن عموم ما دل على لزوم العقد لان اطلاق المقيد مقدم على اطلاق المطلق فالظاهر انه على نحو التراخي والله اعلم .

(و لو خلطها بالمساوى) كما لو اشترى زيتا فخلطه بمثله (او الادون فله عين ماله) لوجود عين ماله فيقسم ح بينه وبين المفلس (و الا) بان خلطها بما هو اجود منها (ف) عن الشيخ وفى 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 والبيض 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 محاصرة 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 بئمن 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 يمطلك 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 بالتقاط مباح لا يحتاج الى تكلف - بالاصل - و ظاهر الآية الشريفة والاخبار وهي مامر - وخبر (٣) غياث عن الصادق (ع) ان عليا (ع) كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد المالا (ولكن) الاصل لا يرجع اليه بعد الامر بقضاء الدين فانه ان وجب وجبت مقدمته - واما الآية الكريمة فهي تدل على وجوب النظر الى الميسرة واما ان تحصيلها واجب او غير واجب فهي ساكتة عنه - وبه يظهر حال الاخبار بل لو ثبت 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

٢-١- الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب الدين والقرض - حديث ١-٢

٤-٣- الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الحجر - حديث ١-٣

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 الاية بالانظار وكذا في الخبر ينافي استعماله في الدين ومؤجرته - وكذا تخلية السبيل التي في خبر غياث.

نعم لاختلاف (و) لاشكال في انه (لا) يلزم بيع دار سكناه ولا عيبد 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 ديننا وقد اراد ان يبيع داره فيقضيني فقال ابو عبدالله (ع) اعينك بالله ان تخرجه من ظل رأسه (فما) يظهر من خبر (٤) سلمة بن كهيل من لزوم بيعها - لا بد من حملها على الموسر المماطل او على الزايد عن قدر الحاجة - او التقية - او نحو تلکم (ثم ان) الظاهر من التعليل في الحسن نظرا 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 بسكناه فيها - فعليه ان يبيع داره المملوكة (نعم) اذا كان ذلك حرجا 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 يحتل 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) المضمحل اذا مات فقد حل مال القارض ونحوهما غيرهما -

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

٥-٦- الواسائل - باب ١٢ - من ابواب الدين والقرض - حديث ٣ - ٢ -

ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين السلم وغيره (فما) عن ايضاح الفخر وحواشي الشهيد من عدم حلول السلم بالموت - ضعيف - واضعف منه الاستدلال له بان للاجل قسطامن الثمن (ولايجل) الدين (بموت صاحبه) اى من له الدين كما هو المشهور بين الاصحاب- بل عن الخلاف لاخلاف فيه بين المسلمين- لعدم الموجب- واما خبر (١) ابي بصير عن الصادق (ع) اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين- فلاعراض 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 استدل 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 و تقريب الاستدلال بها كما فى الجواهر انها ترجح على ما دل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الاصحاب (ولكن) يتوجه على الاول انه لايدل على جواز اشتراء الدار والخادم من المال المحجور عليه كى يثبت فى النفقة بتتقيح المناط - وعلى الثانى ان الكفن يتعلق بعين المال بخلاف الكسوة و النفقة - وعلى الثالث انه يتم مع عدم الحجر - وامامه وتعلق حق الغرماء بالمال الموجود فهو كمن لامال له يسقط عنه وجوب الانفاق او يتعلق بذمته فاذاً لادليل عليه سوى تسالم الاصحاب عليه وكفى به مدركا (ولو مات قدم الكفن) بلاخلاف يوجد (و استدل) 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 يبدأ 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 واماد على ان الكفن من اصل المال فانما هو من مالا يكون متعلقا لحق الغير - ولا يحضرنى 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 الاقتصار 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 فليس لقصور ما عنده عن الحالة قسمت امواله على الحالة خاصة ولا يدخر منها شيء للمؤجلة بالاخلاف اذ الدائن لا يستحق شيئا قبل الاجل ولا يفسد لاجله كما مر في اول هذا الفصل ولو حلت قبل القسمة فعن التذكرة والروضة شاركت (واستدل) له - بانه - 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 ٢-١

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

وعلى الثاني - اولا - ان المقتضى غير معلوم في الاحكام الشرعية ولعله يكون الحلول دخيلا في المقتضى - وثانيا - انه في زمان امكان تأثير المقتضى لاموضوع كى يؤثر فيه لان المال تعلق به حق الغير قبل ذلك فلا وجه 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 او انه ينقضها - لاثمرة مهمة في البحث عن ذلك .

(٩) هل (يزول الحجر بالاداء) كما فى المتن والشرائح والمسالك والجواهر

وغيرها ام يفتقر الى حكم الحاكم - وجهان (وجه) الاول ان الحجر عليه انما كان لحق الغرماء ليقسموا امواله الموجودة وقد حصل (ووجه) الثانى انه لم يثبت الا باثبات الحاكم فلا يرتفع الا برفعه - والظاهر هو الاول - لان حجره انما كان فى خصوص الاموال الموجودة كما مر - فلا موضوع له كى يكون الحجر باقيا .

(السادسة الولاية فى مال الطفل و المجنون للاب والجد له فان فقد

فللوصى فان فقد فللحاكم وفى مال السفهه والمفلس للحاكم خاصة) وقد مر

الكلام فى جميع تلكم مستوفى فى كتاب البيع فى مبحث الولايات فلا نعيدو الحمد لله اولا و آخر ا .

الفصل الرابع فى الضمان

وهو التعهد المالى - الذى هو المراد منه فى جميع موارد استعماله بل ساير موارد

استعمال مشتقاته - واليه يرجع ما قيل انه عبارة عن ادخال المضمون فى عهدة الضامن - وله

قسمان - احد هما ضمان اليد و التلف و الا تلاف - ثانيهما الضمان الانشائى - ومحل

الكلام هو الثانى - اما الاول فقد مر بالبحث فيه فى كتاب الغضب .

ثم ان الضمان الانشائى لاريب فى مشروعيته فى الجملة نصا وفتوى كما ستعرف -

وحيث انه من المعاملات و بناء العقلاء و الشارع على عدم الاعتناء بالاعتبارات النفسانية

المالم 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 تشابهه 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 وتمام 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 يقتضى ذلك (واستدل) للاول في محكى 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 قطعا للاجماع على صحة الضمان مع معرفة المضمون له وان لم يعلم كونه كك - كما لا يعتبر ذلك في شيء من المعاملات فمثل هذا الغرر لو سمي غررا لا يكون مانعا قطعا (ويرد) على الثاني ان الضمان لا يتوقف على استحقاق المضمون له لذلك (واستدل) للثالث في محكى 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 صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه - و المنقول (٢) من ضمان ابي قتادة الدينارين 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 لا يعرفان المضمون عنه ايضا ولذا استدل بهما الشيخه للقول الاول - وان كان الصحيح عدم دلالتهما على شىء من الاقوال، (فالاظهر) عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه ولا المضمون له - نعم يعتبر ان يكون كل منهما معيناً خيراً - فلا يصح الضمان عن المردد المبهم لاله - لمامر مراراً ان المردد من حيث هو مردد لاحقيقة له ولا وجود .

في اعتبار رضا المضمون له

الثانية (ولا بد من رضا الضامن) اتفاقاً (والمضمون له) كما هو المشهور بين الاصحاب اما اعتبار رضا الضامن فهو من الواضحات فان اشتغال ذمته بدين بدون رضاه مناف لقاعدة السلطنة وغير هامما هو ثابت في الشرع (واما) رضا المضمون له - فيمكن ان يستدل باعتباره بوجوه - ١- الاجماع المحكى عن التحرير وفي الجواهر ادعاء كونه من قطيعات 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 لتبديل 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 مناف 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 رضاه - محتجا بان عليا عليه السلام و اباقتادة
ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن رضى المضمون له - وربما يستدل
له بموثق (١) اسحاق عن الصادق (ع) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فقال له
وليه على دينك قال عليه السلام يبرئته ذلك وان لم يوفه وليه من بعده - وبموثق (٢) ابن الجهم عن ابي
الحسن عليه السلام عن رجل مات وله على دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل
منهم فقال انت في حل مما لابي عليك من حصتي و انت في حل مما لاخوتي واخواتي
و اناضامن لرضاهم عنك قال عليه السلام يكون في سعة من ذلك وحل قلت و ان لم يعطهم
قال ذلك في عنقه قلت فان رجعت الورثة على فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم
الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الذي ملك يضمن لك عنهم رضاهم
الحديث - وبصحيح (٣) الخثعمي عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده المال
وديعة ياخذ منه بغير اذن صاحبه قال عليه السلام لا ياخذ الا ان يكون له و فاء قلت ارأيت ان
وجد من يضمنه ولم يكن له و فاء و اشهد على نفسه الذي يضمنه ياخذ منه قال عليه السلام نعم
(ولكن) يرد على الاول مضافا الى ما مر من ضعف سند الخبرين المتضمنين لتينك القضيتين
انهما يدلان على وقوع الضمان خارجا الذي عرفت انه مركب من الايجاب والقبول
فلا محالة كان المضمون له في كل مسن ذينك المورد ين حاضرا و راضيا بذلك -
اضف الى ذلك ان كلامنا من الخبرين متضمن لقضية في واقعة لا يظهر لنا حالها مع
الاعراض عما ذكرناه فلا يصح الاستدلال باطلاقهما - واما موثق اسحاق فهو مطلق يقيد
اطلاقه بما مر - و اما موثق ابن الجهم فليس ماتضمنه 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 الوديعة 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 - واما صحيح المختمى فهو يدل على جواز الاخذ من الوديعه 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 فى الجواهر الاجماع بقسميه عليه وذلك - للاجماع - ولما دل (١) على صحة الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه - ولما دل على عدم اعتبار رضا المديون فى 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 (يبوء 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 - لقاعدتى (٢) نفى الضرر والحرج - فالأظهر هو التفصيل .

التعليق فى الضمان

ثم ان المشهور بين الاصحاب اعتبار التنجيز فى 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 اناضا من لماعليه ان اذن لى ابي - او اناضا من ان لم يف المديون الى زمان
 كذا او ان لم يف اصلا - بطل - وقد استدلوا على ذلك بما استدلوا به على اعتبار
 التنجيز فى العقود و الايقاعات مطلقا وذكرنا تلك الوجوه فى كتاب البيع والاجارة
 و الجواب عنها ويظهر مما ذكرناه انه لا دليل عليه سوى الاجماع وان به يقيد العمومات.
 وانما الغرض من التعرض لذلك فى المقام - انه ربما يقال انه لا يجوز تعليق
 الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا (واورد عليه)
 سيد العروة بان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك ثم قال نعم فى مالو
 قال اناضا من ان لم يف المديون الى زمان كذا يمكن ان يقال بامكان تحقق الضمان
 منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له لانه يصدق انه ضمن الدين على
 نحو الضمان فى الاعيان المضمونة اذ حقيقته قضية تعليقية (و اورد) على ما افاده اخيرا
 جمع من المحشين بانه بعد القول بعدم تعقل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكنا
 او واقعا فى 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 فى مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل الى
 الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه الى تعليق الضمان - بل هو بمعنى تعهد ما فى ذمة الغير
 على حدو تعهد العين الخارجية وعليه فالضمان فعلى و اثره الانتقال الى الذمة على
 تقدير عدم وفاء المديون كما ان اثره فى 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

١- 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 - فالظاهر عدم اعتبار العلم به للعمومات العامة .

وعن المختلف الاستدلال للصححة 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 عن الباقر (ع) قال قلت له جعلت فداك ان على ديننا اذا ذكرته فسد على ما انا فيه فقال سبحان الله او ما بلغك ان رسول الله (ص) كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلى ضياعه ومن ترك ديننا فعلى دينه و من ترك مالا فاكله وكفالة رسول الله ﷺ ميتا ككفالته حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عنى جعلنى الله فداك - ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذ الباطل 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 لبس من الضمان المصطلح - وقد يستدل لها بحديث (٤) ضمان على بن الحسين (ع)

١- الوسائل باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

٢- الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

٣- سورة يوسف آية 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 انهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين قدره وكميته 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 - اذا لم يسم من جميع الجهات لالتحقق له - والظاهر ان مراد المصنف بما افاده في محكى التذكرة بان الصحة فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله انما ضامن للدين الذي لك عليه اما ما لا يمكن فيه العلم كضمننت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولوا احدا انتهى هو ذلك فلا يرد عليه ما قيل من انه يصح وان لم يمكن العلم به فياخذ بالقدر المتيقن .

الثانى ان لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه - ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به له - الادعوى انه اذا كان ذمته مشغولة بمثل ما للمضمون عنه يكون ذلك من الحوالة التى هي قسيم الضمان - وفيها انه لا يحيل المضمون عنه مديونه على الضامن - كى يكون حوالة - فهو داخل فى الضمان ويكون صحيحا فلا يعتبر ذلك ايضا .

انتقال المال الى ذمة الضامن

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

١ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الضمان حديث ١

٢ - ص ٧٠٦٩

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 يفد شيئا لان ذمته بريئة - نعم لو ابرأ ذمة الضامن بـ ئا جميعا اما الضامن فلانه مشغول الذمة له فتبرأ ذمته اذا ابرئه - واما المضمون عنه فلان الضامن انما يستحق الرجوع اليه بالاداء الذي قد انتفى محله بالابراء .

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 (مليبا او علم المضمون له باعساره وقت الضمان صح) والمراد بالصحة اللزوم كما ينبه 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 يكون 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 لاجن 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 اثني 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 محرر - ولكن محل الخلاف محرر واضح - فانهم اختلفوا في موارد .

١- في ضمان المؤجل حالا وانقص من اجله فان المحكى عن الفخر والكركى عدم جوازه (واستدل له) بانه ضمان مالم يجب - وبان الفرع لا يرجح 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 ووقع العقد عليه يصح - والثالث - او بالانقضاء 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 يوجب في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الاباغل والمراد بذلك اذا اتفقا على التاخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الاباغل 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 - فالأظهر عدم اعتباره .

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

نظرا الى ان الضمان مبني على الارفاق ولا ارفاق في هذين الموردين (وفيه) عدم انحصار فائدته بالارفاق - مع ان كون الارفاق معتبرا على وجه يقتضي البطلان بدونه يحتاج الى دليل ولم نجدده - 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 و اما مع التصريح بالتعجيل - فهو يقتضي الحلول (والاظهر) هو الثاني فان التصريح بالتعجيل اذن في اداء الدين معجلا - لافي 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 اذا 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 ما في ذمة المضمون عنه وقد انتقل عن ذمته وبرأت ذمته منه

وثبت في ذمة الضامن مؤجلا - نعم الضمان 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 والافلا)

بلاخلاف في ذلك في الجملة - ونخبة القول في المقام انه - تارة يكون الضمان باذن
المضمون عنه - واخرى يكون بغير اذنه - وعلى التقديرين تارة يكون الاداء باذنه -
واخرى يكون بغير اذنه - ولو كان الضمان باذنه قد يكون مع التصريح بالمجانبة -
وقد يكون بدونه ولو كان الضمان بغير اذنه والاداء معه - فقد يصرح بالرجوع اليه -
وقد لا يصرح بذلك .

فان كان الضمان باذنه لامجاننا يرجع الضامن الى المضمون عنه اذن في الاداء
اولم ياذن - وذلك لانه وان كان عقد الضمان لاقتضاء بالنسبة اليه - وليس هناك يدولا
اتلاف - الا انه قد مر في كتاب الاجارة ان الامر بالعمل والاذن فيه - واستيقاء المال
او العمل لامجاننا من اسباب الضمان وعليه فلو اذن في الضمان يكون ضامنا لما يؤديه الضامن .
وان كان الضمان بغير اذنه - او مع الاذن به مجاننا - فان كان الاداء بغير اذنه
لاشكال في انه لا يرجع اليه لعدم الموجب للضمان فان قيل ان مال المسلم وعمله
محترمان لا يذهبان هدرًا - 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 - باطلاقة يدل على الضمان - قلنا ان اتفاق الاصحاب على عدم

الضمان مع عدم الاذن في الضمان ولا في الاداء يوجب تقييدا 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 الوعد 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 ما على 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 يوجب الضمان لابمائه وعد - بل للكبرى الكلية المتقدمة المشار اليها آنفا - وعلى الثاني 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 ما له 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 لابذنه - 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 أدى - 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 الذي صالح عليه و نحوه 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 البراء 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 مفعلا (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 يكفى 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 انتضاء الخيار (او آثلا اليه) كمال الجمالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل و كمال السبق و الرماية - و الثمن فى مدة الخيار (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 - و اما 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 الاخر فقد وقع الخلاف فيهما بين الفقهاء وهناك قسم آخر لم يتعرض له الفقهاء وهو ضمان الاعيان التى تكون عند اصحابها كاموال الناس فى متاجرهم وحكم هذا القسم حكم القسمين الاخيرين (و محصل) ما ذكره فى وجه بطلان الضمان فى القسمين الاخيرين - واختصاصه بما فى الذم وجوه - وان اخص 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 عرفته انه ليس من اخبارنا بل يظهر من بعض الاخبار عدم ثبوته (و فيه) ان ادلة الضمان الانشائى المختصة به و ان كان لا اطلاق له يتمسك به الا ان ما دل على نفوذ كل عقد و معاملة عقلائية - كاية (٢) تجارة عن تراض - و قوله تعالى (٣) او فوا 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 كـون الضمان مـوجبا 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 فتامل (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 ذى اليد الي عهده او ضمها اليها يحتمل كونه من الاحكام الشرعية لامن الامور التى بيد الناس وضعا وفعلا مع هذا الاحتمال لوجه للتمسك بالعمومات (و فيه) ان المراجعة الي المرتكزات العقلائية 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 بكون العين في العهدة ليس من ضمان مالم يجب - مع - ان ضمان مالم يجب انما يكون باطلا اذا كان المنشأ هو اشتغال الذمة بالبدل فلا - 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 المغصوبة 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 التى بيد صاحبها وليس هناك ما يمنع 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 على ذلك صحة عقد التامين - فانه من قبيل ضمان الاعيان غير المضمونة

اذا المؤمن يضمن اى يتعهد ويدخل الشىء فى عهده وحيازته فى عملية التامين سواء كان ذلك من الاعيان الخارجية - او النفوس الحرة او المملوكة غاية الامر ليس ضمنا نامجانيا 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 وياخذ عمولة بازاء تعهده ولن يعبر 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 و كل تجارة عن تراض ما لم تكن مما دلت الأدلة على فساده وعليه فبما ان هذا الضمان عقد عقلائى وتجارة عن تراض - وله اركان ثلاثة - الضامن - والمضمون عنه وهو المتعهد - والمضمون له وهو المتعهد له وكل منهم يستفيد من هذه المعاملة - اما الضامن فباخذ العمولة - واما المضمون له فلضمان حقه - واما المضمون عنه فواضح فيشملة دليل التجارة عن تراض وغيره ويترتب 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 بناتهم على ذلك وبما ان هذا البناء ارتكازي فهو بحكم الذكر في ضمن العقد فيرجع اليه بحكم الشرط -٢- ان من اسباب الضمان الامر المعاملي 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 وهو ان 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 به 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 اليد وان كشف 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 ما لم يجب وقدمر ما فيه (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 ان الاظهر هو الاول - فعلى ما افاده (٩) بنوا عليه - من صحة ضمان درك الثمن فيما اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير او كان العقد باطلا - دون ما لو فسخ بخيار قالوا (لوضمن 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 احالة المديون دائته الى غيره - او احالة المديون ما في ذمته الى ذمة غيره و على هذا فلا ينتقض بالضمان لانه لاحالة فيه - واما على ما افاده المشهور من انها تحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله - فينتقض طرده بالضمان - مع - ان اعتبار شغل الذمة ينافى 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 نسبه الى اصحابنا - وعن المختلف الى علمائنا - وعن الشيخ الاجماع عليه - وفي 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 مخير في جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً فلو اكره على ان يحيل فاحال بالاكره لم يقع الحوالة - وفي المسالك تبعاً للتذكرة قال ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع

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

واما المحتمل فالوجه فى اعتبار رضاه ان حقه ثابت فى ذمة المحيل و انتقال ذلك الى ذمة المحال عليه بدون رضاه مناف لعدم جواز التصرف فى مال الغير بالرضا صاحبه و لقاعدة 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 و المسالك و الروضة - وعن بعضهم التفصيل بين ان يحوله بغير جنس ماعليه فيعتبر رضاه و بين ما لو حر له 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 ع فيعتبر فى الثانى دون الاول (اقول) ان كانت الحوالة على البرى ع فلا اشكال فى اعتبار رضاه وهذا من الموضوع بمكان قال فى المسالك بعد بنائه على عدم اعتبار رضاه - يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريئاً من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعاً - و ان كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير جنس ماعليه - فالظاهر اعتبار رضاه اذ ذلك ح بمنزلة المعاوضة الجديدة فيعتبر رضا المتعاقدين و ان كانت الحوالة على مشغول الذمة بمثل ماعليه - فقد (استدل) لاعتبار رضاه - بان الاجماع واقع على صحة الحوالة مع رضا المحال عليه و لا دليل على صحتها من غير رضاه - و بان اثبات المال فى ذمة الغير مع اختلاف الغرماء فى شدة

الافتضاء وسهولته تابع لرضاه - وباستصحاب بقاء المال فى ذمة المحال عليه للمحيل (ولكن) يتوجه على الاول ان مدرك صحة الحوالة لو كان منحصرافى الاجماع كان ما فيد تاما - وحيث ان ادلة اخرى من العمومات وخصوص اطلاق ما دل على الحوالة تسدل عليها - ومعها لاوجه 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 المحتمل يقام مقام المحيل فى القبض بالحوالة فلاوجه لاحتياجه الى رضاه من عليه الحق كما لو وكله فى القبض منه اوباع دينه على غيره (واورد عليه) بان ما فى الذمة ليس من قبيل العين الخارجية لا يتغير بتغير طرف الاضافة والاعتبار بل هو متخصص بطرفه فلا محالة بالحوالة يتبدل شخص ما فى الذمة الى شخص آخر فى ذمته مضاف الى المحتمل ومن الواضح ان تبدل ما فى ذمة الانسان متوقف على رضاه ولاوجه لقياس ذلك بالتوكيل فى القبض الذى ليس فيه تصرف فيما فى الذمة (وفيه) ان الامر بالدقة العقلية كما فيد - 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 - والاخر بالمملوك - يكون التماثل بالغير حقيقة 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 شئت قلت ان الانسان اذا ملك فى ذمة الغير كان من آثار الملكية ولو ازمها 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 فرعايته احوط .

الحوالة من العقود

ثم انه وقع الخلاف في ان الحوالة من الاقوال او العقود - و على الثانى فهل هو مركب من ايجاب من المحيل وقبول من المحتال - او مركب من ايجاب وقبولين و القبول الثانى 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 الحوالة - ونخبة القول فى المقام - ان محل الكلام ليس ما لو احوال المديون دائنه الى من عليه غير ما هو له بما عليه كما لو احوال من له عليه الدراهم الى من عليه الدنانير بان يدفع اليه الدنانير 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 غير ما على المحال عليه الا ان المحال به مساوله - 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 .

الحوالة اللازمة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الباب فى ضمن مسائل الاولى (و هو) اى مع تحقق عقد الحوالة بشرائطه (يلزم) لما مر فى الضمان من ان الادلة العامة تدل على لزومها (وينتقل المال الى ذمة المحال عليه) كما هو مقتضى الحوالة (ان كان مليا او عام باعساره والافله الفسخ) على حد ما تقدم فى الضمان لاتحاد المدرك لجميع ذلك فى الموردين 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 ابد الا ان يكون قد افلس 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 ابدا 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 بمال 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 احاله . 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 باللائم - وهكذا القول فى قوله (ع) ولو لم 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 بينه 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 البرىء 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 بالاضمان اشبه - وعن الكاشانى الاظهر انها ضمان - فى غير محله .

الثالثة (ولو) احوال ثم طالب المحال عليه بما اداه 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 المقدم 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 - فالظاهر 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 يجرى اصل آخر يعارض تلك - وه واصالة 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 حال الضمان في عدم شغل الذمة بالعوض الابد 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 اداه مما يقتضيه القاعدة - واجمال ما مر ان الحوالة على البرى عمثلا انما توجب الضمان من جهة استيفاع اعمال المحال عليه بامره - 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 فسى محكى المبسوط و الفخر و المحقق الثانى و المقدس الاردبيلى - لانها تتبع البيع فى ذلك وعن القواعد بطلت ان قلنا انها استيفاء فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارقاق - 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 ولاوجه 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 لايسقط 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 بدرهم 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 الدرهم المكسورة فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فسى الانفساخ بخلاف الحوالة التي هى معاملة مستقلة لازمة لانفساخ البيع - فالأظهر عدم بطلانها .

(٩) على البطلان (يوجع المشتري على البايع) و يستعيده (مع قبضه)

و ان لم يقبضه فهو باق فى ذمة المحال عليه للمشتري (و لو احوال البايع اجنبياً) 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 --
 ووجهه ظاهر لان الحوالة غير متعلقة بالمتبايعين فلاموهم لرفع اليد عن اصاله للزوم.
 (و لو بطل البيع) من اصله (بطلت) الحوالة (فييهما) لان الحوالة
 انما هي على ما في ذمته و انكشف بذلك عدم اشتغال ذمة المحال عليه - فهي ح نظير
 ما لو احوال شخص على من يراه مديونائهم ظهر عدم الدين .

الحوالة المستحدثة

ثم انه قد تداول بين التجار اخذ الزيادة و اعطاها 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 و الظاهر ان الحكم فيه حال 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 و قد 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 ع- عن امير المؤمنين عليه السلام لا بأس بان ياخذ الرجل
 الدراهم 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 فاشتراط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها و اشتراط ذلك قال **إِبْنُ أَبِي** لاباس ونحوها غيرها - و هي اما ظاهرة في القرض او القرض اظهر مصاديقها .

القسم الثانى ان يدفع الشخص مبلغا لسلتاجر وياخذ الحوالة من المدفوع اليه بالاقل منه والظاهر انه لاشكال 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 فى هذه المعاملة - واما الثانى فلان الربا فى القرض هو ان ياخذ الدائن من المدين الزيادة مع الشرط واما لو كان الشرط نفعاً للمستقرض كما فى القرض فلا يكون ربا بل هو جائز كما مر فى كتاب القرض .

القسم الثالث - ان يدفع التاجر مبلغا - كمائة تومان لالشخص فى بلد لياخذه فى بلد آخر مع الزيادة - فان كان ذلك بعنوان البيع صح لمامر وان كان بعنوان القرض واشتراط ذلك فى ضمن القرض بطل فانه من الربا الممنوع عنه وللفرار من الربا لا بد من اعمال بعض الحيل الشرعية (منها) ان يقرض منه بلا شرط وبعد تماميته يحول له المقرض ان ياخذ المبلغ مع الزيادة من شخص ثالث فى بلد آخر .

الكفالة

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

واما حقيقتها - فهى 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) لا تصح الكفالة على حد من حدود الله تعالى بالاخلاف - لقوله (١) - عَلَيْهِ السَّلَامُ - في المروى من طرق الخاصة والعامه لا كفالة في حد - وتمام 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 - اصف 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 والقاضي 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 تقاس بالضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور (وباحتمال)

اعتبار رضا المكفول عنه في تحقق مسماتها - فيشك بدونه في صدقها فلا يصح التمسك باطلاق دليل الكفالة والاصل عدم ترتب اثر الكفالة - ولكن يرد على الاول (اولا) انه مصادرة محضه اذ مع تحقق الكفالة وشمول ادلتها لها يلحقها حكمها وهو وجوب الاحضار الملازم لوجوب المحضور (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 عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد - بل عن الكركي انه قطعى 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 العقلائية ولا شك عندهم في صدقها بدون ذلك (وثانيا) انه لو سلم الشك في صدقها يكنى في صحة هذا القسم عموم ادلة امضاء المعاملات فلا ينبغي الاشكال في عدم اعتبار رضاه - وبما ذكرناه يظهر عدم اعتبار قبوله ايضا فهى كالحوالة والضممان - من العقود المركبة من ايجاب وقبول - وليست ايقاعا - ولا عقداً مركبا من ايجاب وقبولين .

(وفي اشتراط الاجل) في الكفالة (قولان) المشهور بين الاصحاب عدم الاشتراط فتصح الكفالة حالة - كما تصح مؤجلة (وعن) الشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة وسائر والقاضى في احد قولييه اعتبار الاجل فيها فلا تصح حالة - ولادليل لهم سوى الاقتصار على المتيقن وعدم لفائدة في المحالة وهما كما ترى - فالأظهر 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 بالموجلة 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 فبعمرو 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 وقدم 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 لبطلان 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 لانسلمه - وان امتنع الكفيل من ذلك اجبره الحاكم - وان امتنع حبسه حتى يحضره (١٠) يؤدى (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) الاصبح بن نباة 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 يرض الدائن

بذلك - ٣ - جملة من النصوص ففي مرسل (١) الصدوق قال الصادق عليه السلام الكفالة خسارة غرامة ندامة - وفي خبر (٢) الرقى عنه عليه السلام مكتوب في التورية كفالة ندامة غرامة وعلى هذا فان ادى ما عليه يرجع به على المكفول ان كان الاداء باذنه او كانت الكفالة باذنه اما في الاول فواضح واما 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 (قهرألز مه اعداته او ما عليه)

بلا خلاف ظاهر كما عن الرياض - وعليه الاجماع كما عن الصيمري .

اما لزوم اعدته فقد استدل 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 معتصدة 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

٤ - سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠

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

(ولو كان قاتلا دفعه او الدية) بمعنى انه يجب عليه دفعه وان لم يتمكن فالدية - كما يشهد بذلك - صحيح (١) حريز عن ابى عبد الله (ع) عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع الى الوالى فدفعه الوالى الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء قال (ع) ارى ان يحبس الذى خلص القاتل من ايدي 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 لواجه 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 ابوته المكفول له يبرأ الكفيل) بخلاف فى شىء من تلكم .

اما الحكم الاول - فلتعلق 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 باس 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 عيننا موضع التسليم لزم) عملا بالشرط ولا يبرأ بالدفع فى غيرهِ 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 الي 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 اجباره بالتسليم في الموضع المعين - هذا اذا عينا موضعا للتسليم (والا) 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 شىء 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 التمليك - فيه مسامحة واضحة اذا الصلح لا يتعلق بالعين و لا بالمنفعة - بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه لا بفعل او نتيجة كالمملكية ولذا لا يصح جعل مفعوله الثانى العين كما لا يخفى .

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

ابى عبد الله عليه السلام الصلح جائز بين المسلمين - وعن الفقيه (٢) قال رسول الله صلى الله عليه وآله 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 ٢-١

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 - و هي قوله تعالى (٢) «و ان 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 تأمل - بل قيل في الاول ايضا - وكيف كان فهو لازم من الطرفين مع تحقق شرائطه بلاخلاف لعموم ما دل (٤) على لزوم العقد .

حكم الصلح مع الانكار

ثم ان تمام البحث في طي مسائل - الاولى - الصلح جائز (مع الاقرار والانكار) بلاخلاف 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 ديناً او عيناً 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

٣-٤- الحجرات آية ٩ و ١٠

٥- الانفال آية ٢

٦- سورة المائدة آية ٢

توضيح ذلك انه تارة يعلم المصلح 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 صلح ورثته على شيء فالذي اخذ الورثة لهم وما بقى 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 فهلك ألى ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال عليه السلام لا يجوز حتى تخبرهم ونحوهما غيرهما

ثم ان نخبة القول في ما استفاد 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 احدأ وشهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعى عالما بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بماله او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها - انتهى واحتمل الصحة في الفرض المحقق الثانى ره (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 ما لوصول في المثال على المال نفسه - وهو لا يجوز وان كان يحتمل استحقاؤه 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 مدعيين 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 ياخذ 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 لانتملها فانها في غير هذا الفرض او منصرفه اليه - ويشهد به الصحيح (١) عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصلح 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 (الاما حلل حراماً او بالعكس) وقد مرت النصوص المتضمنة لهذا الاستثناء - و مثل هذا العنوان اي تحليل الحرام وتحريم الحلال وقع مستثنى في ادلة لزوم الوفاء بالشرط - و ادلة 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 يجب 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 او الشرط وهناك تفاسير اخر وقد اشبعنا الكلام في ذلك في مبحث الشروط - وبين ان الاظهر - ان يقال ان فاعل حرم واحل في قوله (١) (ع) الاصلح احل حراما او حرم حلالا هو الصلح وهذا لا يتحقق الا بكون ما صلح عليه حرمة الحلال او حلية الحرام - واما الصلح على ترك الحلال فهو صلح على ترك التصرف دون حرمة الحلال والشيخ الاعظم بعد نقل ذلك عن المحقق النراقي في باب الشرط - اورد عليه ايرادين (احدهما) ان الحكم الشرعي امره بيد الشارع وغير مقدور للمكلف ولا يدخل تحت الجعل ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به لعدم امكان الوفاء به عقلا (وفيه) اولاً - ان شرط النتيجة لا يعتبر فيه الا كونه واقعة بسبب الشرط ولو لا الاستثناء لكننا ملتزمين بان شرط حرمة الحلال نافذ وكنا نستفيد كونها مما يقع بالسبب من عموم دليل (٢) نفوذ الشرط الشامل له - وثانياً - ان بطلان هذا الشرط من جهة اخرى غير هذه الجهة لا يكون مضراً - وثالثاً - ان الشرط المحرم للحلال لا ينحصر بشرط حرمة ما يكون حلالاً تكليفاً بل يشمل ما لو اشترط حرمة ما هو حلال وضعاً كعدم كون الطلاق بيد الزوج ونحو ذلك من الاعتبارات ومن المعلوم ان المشروط ح هو ذلك الامر في اعتبار نفسه ولو لا هذا الاستثناء و ما دل على ان الشرط المخالف للكتاب لا يكون نافذاً لكننا ملتزمين بنفوذ (ثانيهما) ان استثناء الشرط المحرم انما يكون من الشرط الذي يجب الوفاء به وليست الحرمة والحلية من افعال المكلف كى يجب الوفاء بهما (وفيه) ان الوفاء لا يختص بشرط الفعل فانه بمعنى الانهاء وعدم النقص وهذا موجود في شرط النتيجة ايضاً (فتحصل) ان هذا التفسير تام - وما ذكر في الشرط يجرى في الصلح طابق النعل بالنعل ، وتمام الكلام في ذلك في مبحث الشروط فراجع ما حققناه في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح .

١- الوسائل باب ٣ من ابواب الصلح حديث ٢

٢- الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار كتاب التجارة

عدم اعتبار العلم بالمقدار

الثالثة يصح الصلح (مع علم المصطلحين بالمقدار) المتنازع فيه (وجهلهما) باختلاف فيه في الجملة - وفي المسالك الاجماع عليه و استدلاله بصحيح (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 و طابت انفسهما - ونحوهما الموثق (٢) و اورد عليها بانه ليس في شيء منها تصريح بالصلح ولعله اريد البراء - 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) و سواء 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 المعتمدة باطلاق عبارات 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 النهى عن الغرر للفرض لوجه لما افاده من ان النسبة بينه وبين دليل جواز الصلح عموم من وجه فيتعا رضمان ويتساقطان ويرجع الى اصل الفساد - اذ دليل نفى الغرر حاكم

١-٢ - الوسائل - باب ٥ - من ابواب كتاب الصلح

٣ - التذكرة ج ١ - ص ٤٤٤

على دليل الصلح كحكومته على ادلة ساير المعاملات - وثالثا - ما عرفت من ان دليل نفي الغرر لا يشمل هذا الباب فالأظهرهى الصحة مطلقا ولا فرق فيما ذكرناه بين العلم فى الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه (فما) عن الأردبىلى قده من اعتبار العلم فى الجملة وان لم يعتبر المعلومية المعتبرة فى البيع ونحوه غير ظاهر الوجه نعم يعتبر عدم الأبهام لما مر من ان المبهم للاحقيقة له ولا تحقق - لكنه خارج عن محل الكلام .

الرابعة (ولا يبطل) الصلح (الأبراضا هما) واستحقاق احد العوضين) بلاخلاف اما عدم بطلان الصلح فى غير الموردین فلما مر من لزوم الصلح - واما بطلانه فى المورد الأول فلما مر فى كتاب الاجارة من مشروعية الأقالة فى جميع العقود - واما البطلان فى المورد الثانى فواضح .

وقوع الصلح من الشريكين على كون الربح

والخسران لاحدهما

الخامسة (ولو اصطالح الشريكان على ان لاحدهما الربح والخسران وللآخر

راس المال صح) بلا خلاف فى الجملة فيه - رالأصل فى هذا الحكم - صحيح (١) الحلبي او حسنه المروى عن الكافى عن أبى عبد الله (ع) فى رجلين اشترى كافى مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال ولك الربح وعليك التوى فقال (ع) لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد على كتاب الله عز وجل - ورواه فى 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 فى شىء من

١- الوسائل باب ٤- من ابواب الخيار حديث ٤- وباب ٣- 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 شايح - وليس هناك معاملة غير الصلح يمكن تطبيقها عليها - فلماحالة يكون المراد بها الصلح فمحصل مفادها انه ان كان القول المزبور بعنوان الصلح صح والافمجرد وعد لا يجب الوفاء به ولاينافى ذلك قوله فاذا كان شرطا يخالف .. الخ فان الصلح ايضا قيد بان لا يكون محللا للحرام والعكس .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق في ذلك بين صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة اوفى اثنائها او عند ابتدائها - اى بعد مزج المالين - ومقتضى العمومات ايضا صحة ذلك فى الموارد الثلاثة - و لاينافى فى مع مقتضى الشركة ولا يكون صلحا مخالفا للشرع لان الشركة انما تقتضى كون الربح بينهما و الخسران عليهما فكما انه لو وهب احدهما ماريحه بالآخر و ابرأه من الخسران لاشكال فى صحتها فكذلك لو وقع 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 عقدا و ايقاع امامه فلانكون 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 لاجماع 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) بلاخلاف 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- فلامحالة يكون يد كل منهما على النصف و اماره لملكته 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) عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك فقال ابو عبد الله عليه السلام اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد 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- واضعف منهما الاير ادعى الاول بانه لا يتم حلف كل منهما

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

حكم من اودعه انسان درهمين و آخر 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 مرددينهما 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 ديناراً منهما - قال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الاخر بينهما نصفين .

ثم ان هاهنا اشكالان - وهو انه لو انتقل نصفا الدرهم او الدينار الى ثالث بهبة او نحوها واشترى بمجموعهما ثوبا يعلم تفصيلا بعدم دخول الثوب بتمامه فى ملكه لان بعض الثمن ملك الغير قطعاً فلا يجوز الصلاة فيه والابسه و لسم يلتزم الاصحاب بذلك - وقد ذكر و افى دفعه امورا (احدها) ان الامتراج يوجب صيرورة كل^٣ من الدارهم او الدينارين بينهما اثلاثا فما سرق يكون من مالهما لا من مال احدهما فلا يلزم المحذور المذكور (ر فيه) ان الامتراج فى مثل المقام لا يوجب الشركة كامر - مع .. ان لازم ذلك اعطاء درهم وثلث لصاحب الدرهمين وثلثى 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 و الكلام انما هو فيما لو اجتمعا عند ثالث و اشترى بهما ثوبا و هو يعلم بعلم 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 انتقل الى ثالث يجوز تصرف الثالث فيهما واقعا فان جواز تصرف ذى اليد فى المال ظاهرا 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 و اشترى 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 .

حکم اشتباه الثوبين

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

و كيف كان فيشهد للحكم المذكور خبر (١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه 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 فى الجواهر قال مع احتمال صحة سنده فى طريق الصدوق بل الشيخ - و احتمال اختصاصه بمورده كما ترى (فما) فى المسالك من الميل الى القرعة بل عن الحلبي الجزم بها فى غير محله .

ثم ان للمصنف قده تفصيلا فى المقام قال فى محكى التذكرة انه ان يباع منفردين و تساويا فى الثمن فلكل واحد ثمن ثوب و لا اشكال وان اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة وكذا الأقل بناء على الغالب وان يباع مجتمعين صاروا كالمال المشترك شركة اجبارية (و فيه) انه ان كان كونه 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 فلعله للأقل - مع ان ذلك اجتهاد فى مقابل النص .

الثامنة) وليس طلب الصلح اقرا (بالملك لان الصلح يصح مع الانكار فطلبه لا يستلزم الاقرار لان طلبه يمكن ان يكون لاجل رفع المنازعة) بخلاف ما اذا قال يعنى أو ملكنى أو هبنى أو اجلنى أو قضيت) فان شيئا من ذلك لا يتم بدون الملك فقوله هذا اقرار بملكية صاحبه .

اقرار العاقل على نفسه جائز

(الفصل السادس فى الاقرار) 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) « و آخرون اعترفوا بذنوبهم » وقوله سبحانه (٣) « ألسنت بر بكم قالوا بلى » وقوله تعالى (٤) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم » فتامل - و من السنة اخبار - لاحظ مارواه (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 تلکم النصوص الواردة في الابواب المختلفة - منها - مادل (٨) على انه يؤخذ به في الحد بالزنا وغيره - ومنها - مادل (٩) على انه ان اقرب 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 ٦ - من ابواب الاقرار حديث ١

٨ - الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا

٩ - الوسائل باب ٥ من ابواب الاقرار

١٠ - الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الوصايا حديث ٤

يجوز ذلك - ومنها - ما دل (١) علي انه ان اقر رجل عند موته لو احد من اثنين فإيهما اقام البينة فله المال و ان لم يقم و احد منهم البينة فالمال بينهما نصفان - و منها - غير تلكم .

بيان ما به يتحقق الاقرار

وكيف كان فالنظر فيه يكون في الاركان وفي اللواحق - اما الاركان - فهي اربعة الاول الصيغة - لاخلاف بينهم (٩) لاشكال في انه (لا يختص لفظا) بل يكفي فيه كل لفظ يفيد الاخبار باى لغة كان - وعن التذكرة الاجماع عليه - وهو الحججة فيه مضافاً الى اطلاق الأدلة - فان الموضوع هو الاقرار والاعتراف وهما انما يصدقان بابراز ثبوت حق سابق كان المبرز عربياً او غيره - والمعتبر هو كون اللفظ كاشفاً في عرف المتكلم عن المعنى المطلوب ثبوته ولا عبرة باللغة هنا - كما انه لا يعتبر كون اللفظ المتكلم به على القانون العربى 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 العرفى من هذه الجملة امتناع الشهادة ومنها - ما لو ادعى عليه احد انه اقرضه فقال صدقت مقترنا ذلك منه بما يكون في المتفاهم العرفى استهزاء - ومنها - غير تلكم من الموارد التى لا تندرج تحت ضابطة كلية فان فهم العرف الذى يرجع اليه غير منضبط فلا بد فى كل مورد من ملاحظة الكلام الصادر من المتكلم ورعاية القرائن الحالية و المقالية - فان كان صريحا او ظاهرا فى الاخبار عن ثبوت الحق بحسب المتفاهم العرفى فهو اقرار والافلا .

(٩) بهذا البيان يظهر عدم تعين اللفظ بل (يصح بالاشارة المعلومة) اى المفهومة - اذ المعيار هو الاعراب عما فى الضمير بلا دخل لخصوصيات المعرب فى ذلك (وعن) بعضهم اشتراط التعذر فى الاكتفاء بالاشارة من جهة الشك فى 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) - لا 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 رهو الماتن 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 (ووجه) 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 الاخر - وبما ذكرناه يظهرها قوائية الثانى اذ قد عرفت عدم العبرة باللغة فى مقابل العرف - ودعوى - ان الاستعمال اعم من الحقيقة وان كان شايعا كما فى الرياض - مندفة 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 المقربه فمن الجائز ان يقدر 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 اقراراً ايضا اذ غايته 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 بشىء آخر صريحا يعد هذا كما لو ادعى عليه دين فقال انا مقر بان السماء فوقنا - قيل - والاية الكريمة المتقدمة (١) «أأقرتم واخذتم على ذلكم اصرى قالوا اقرنا» شاهدة به وهو غير بعيد .

حكم مالو علقه 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 شىء متوقع او معلوم المحصول فاذا اقر مثلا ان لزيد على مائة درهم اذ اعوفى فى مرضه بنذر او عهد او يمين كان ذلك اقراراً 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 بتحقق الشرط واما اذا لم يعلم به فلان الاخبار المشروط اخبار عن الملازمة بين الشرط والجزء جزماً فاذا انضم اليه تحقق الشرط خارجاً 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 اخباراً جزماً 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 ما لو 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 والمصنفه فى جملة من كتبه - بل حكى عنه نسبه الى الاصحاب .

و استدل 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 المقر به فى الذمة فى نفس الامر فيثبت ح مطلوبه اذاً 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) يصدق كلما لم يكن المال ثابتاً فى ذمته لم يكن صادقاً على تقدير الشهادة و ينعكس

بعكس التقيض الى قولنا كلما كان صادقاً على تقدير الشهادة كان المسال ثابتاً في ذمته لكن المقدم حق لافراره 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 بصدد 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 المقربه 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 الامرى 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 منسأط الاقرار بل الاخبار به - فالظاهر 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 شىء من تلکم بل عليها الاجماع عن التذكرة .
يشهد للاول حديث (١) رفع القلم المتقدم فى ابواب السابقة و للثاني

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

فى النفس .

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

وعلى هذا فلا يقبل اقرار الصبي بمال ولا عقوبة وان بلغ عشا - 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 ومدركها الاجماع وتسالم الاصحاب - بل وعليها بناء العقلاء ولم يردع الشارع الاقدس عنها - وانما لا نقيده اطلاقها بحديث رفع القلم عن الصبي من جهة الاجماع على ذلك على فرض صحة الوصية والعقود والوقف منه - ولا اقرار المجنون الامن ذوى الدور وقت الوثوق بالعقل - ولا من العبد (٥) لكن (يتبع العبد باقراره بعد العتق) ولا من المكروه - لان حديث الرقع اسقط حكم اقراره - ولخبر (٤) ابي البخترى 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 كلما تهم بانه يشترط (في المقر له اهلية التملك)

اذمعه عدمها يلغو الاقرار فلا عبرة به فلو اقر بشيء لجماد بطل .

١- الوسائل باب ٤ من الحجر - وباب ٧٨ و ٧٩ من ابواب الوصايا

٢- الوسائل باب ٥٦ من ابواب الجهاد في النفس .

٣- الوسائل باب ٥١ من ابواب الحجر -

٤- الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب الاقرار

فهل يقبل الاقرار للحمل ام لافيه تفصيل - اذتارة يبين سببا يفيد الملك له كوصية او ارث 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 للحمل دينافى ذمتى لوصية مثلا - ملك الحمل ذلك بالفعل - وان لم يكن مستقرا وليس من قبيل الاقرار على حق ثابت في المستقبل - لفرض مالكيته - و يمكن ان يقال انه اقرار بوصية او سبب للارث و هما امران سابقان على الاقرار .

واما في الصورة الثانية فالوجه الصحة عند المصنف ره والمحقق والشهيدين وسيد الرضا بل نسبه ثانی الشهيدین الى الاكثر - قالوا نظرا الى مبتدأ الاقرار والغاء ما يبطله نحو غيره من صور تعقيب الاقرار بالمنافى - وورد عليه - بان الكلام كالجملة الواحدة ولا يتم الا بآخره وقد نافى 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 ينافيه ومن ثم اجمعوا على بطلان المعلق دون المعقب بالمنافى، (اقول) قد مر ان الميزان في الاقرار هو الظهور العرفي للكلام - وعليه - فمادام لم يتم المتكلم كلامه لا ينعد 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 المطلقة - لانه لم يقربها بل بحصة خاصة منها وهي الملكية المسببة عن سبب خاص والمفروض عدم امكان تحققةها للحمل - فما اقر به ممتنع الحصول فلا يصح اقراره هذا -

واما في الصورة الثالثة - فالمتجه هي الصحة كما هو المشهور بين الاصحاب للاكتفاء في الاقرار بامكان الصحة وعبارة اخرى انه ينزل الاقرار على الاحتمال الصحيح وعن المبسوط انه نقل عن بعض الحكم بالطلان 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 للتملك 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 - حملته 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 ما مال او نسب اوحق - وقدم ان الاظهر جواز الاقرار فى الجميع لعدم دليله (ولو قال له على مال فان فسر المقربه بما يملك قبل وان قل) بلاخلاف بل عليه الاجماع فى 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 الا ان يدعى النسيان ويقبل - على تفصيل ياتى فى كتاب القضاء مفصلا - ومنه يظهر ضعف ما قيل من عدم الحبس - ولو فسر به ما لم تجر العادة بتموله كقشر الجوزة واللوزة وما شا كل - قيل لم يقبل لعدم صدق المال عليه فضلا عن انصراف اطلاقه اليه على وجه يثبت فى الذمة بل نسب ذلك الى المشهور وعن التذكرة والروضة قبوله اذ المال اعم من غير المتمول لان كل غير متمول مال ولا عكس (اقول) لاشكال فى ان المال غير الملك اذرب 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 بلاخلاف 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 اخى له تسع وتسعون نعجة -
والخبر - ان رسول الله ﷺ توفى وهو ابن ثلث وستين سنة و - عن المختلف ان
المميز في المثاليين 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
لايحتمل ذلك بعد كون تعدد التمييز - كما لو قال له على الف درهم - وعشرون درهما -
مستهجنا وبعد التمييز الاول زابدا غير محتاج اليه - وثانيا - ان الاحتمال لا ينافى الظهور
العرفى 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 الاجماع
نفسه اعترف بانه يستعمل عرفا في غير العدد وقدم 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 الجر يحصل باضافة الجزء فلاوجه لحمله على الدرهم الكامل بل يثبت به جزء الدرهم واليه يرجع في 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 درهما 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 عددين عطف احدهما على الآخر وميزا بدرهم منصوبا اذفوقه اثني وعشرون الى تسعة وتسعين - ويضعف بمامر - والحق عدم لزوم ازيد من درهم واحد - لانه ذكر شئين ح و ميزاهما بدرهم فكانه قال شىء وشىء هما درهم لان كذا حيث يحتمل لهما 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 ما فى قول المصنف ره (هذا مع معرفته والافله التفسير) فلا حاجة الى بيانه .

تعقيب الاقرار بما ينافيه

(٩) اما اللوائح الثلاثة - الاول - فى تعقيب الاقرار بما ينافيه (٥) لوقال لك على مائة مؤجلة او من ثمن خمر او مبيع ثم اقبضه او ابتعت بخيار (٦) عن جماعة منهم المصنف رهان (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 لان دعوى 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 زايدة 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 بلمحاض ظهور الكلام ومعلوم انه لا ينعقد للكلام ظهور مادام المتكلم مشغولا به وله ان يلحق بكلامه ماشاء من اللوائح - وان شئت قلت ان المقرب به بحسب ظهور الكلام هو الدين المؤجل فلا يثبت به الحصنة 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 بهور بما 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 نسبتها 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 احتمالها فلا لان الاقرار مبنى على اليقين فكلاما لم يتيقن لم يلزم بشيء ولا يخرج عنه بالظن وغيره و يسمع فيه الاحتمال و ان 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 عقلائي لا يعنى 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 المحكى 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 ووجوب ادائه اليه فسي جميع الاحوال ومقتضى الثاني عدم استقراره فيها لجواز الفسخ وعدم وجوب ادائه اليه مطلقا (وفيه) ان الثاني لا ينافي الاول بل يبين كيفيته اذ 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 - فالظاهر قبول قوله كما عن المبسوط والخلاف والقاضي والمسالك والروضة وسيدى المدارك و الرياض والمحقق الاردبيلي وغيرهم -

الاستثناء المتعقب للاقرار

الثاني - في بيان احكام الاستثناء المتعقب للاقرار - لاخلاف 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 الثانى فقد اشكل عليه بعضهم نظرا الى ان بين الاثبات و النفى واسطة فلا يلزم من انتفاء النفي اثبات الاثبات لجواز التوقف - وينتقض ذلك بالاستثناء من الاثبات - وتمام الكلام فيه في الاصول .

٢ - المشهور بين الاصحاب جواز الاستثناء من الجنس المعبر عنه (المتصل) و من غير الجنس (٩) هو الذى يقال له (المنفصل) تارة و المنقطع اخرى - اما جواز الاول فواضح - واما الثانى فيشهد به وقوعه فى الكتاب و فصيح اللغة - قال الله تعالى (١) « و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض » و قال سبحانه (٢) « فسجدوا الا ابليس كان من الجن » - و قال (٣) عزم من قائل « لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قبلا سلاما سلاما » الى غير تلكم من الموارد - وهل هو ح على وجه الحقيقة او المجاز - فيه خلاف لايهمنا فى المقام البحث عنه (ثم ان) مرادهم من الجنس كون المستثنى داخلا فى المستثنى منه لولا الاستثناء - و من غيره عدم دخوله و بذلك اندفع ما فى 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 ٢٦

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

٣- ذهب المحققون من الاصوليين والاكثر الى انه يصح الاستثناء اذا بقي 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 الايراد 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 ف (لوقال) 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 لوقال في المثال له عشرة الاثلاثة الاسبعة فيبطل استثناء سبعة وتثبت تلك كما هو واضح .

ويتفرع على الثالثة ما قاله المصنف (ه) 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 النصوية فلم يصح اخراج احدهما بعد ان نص على ثبوته وجهان - اظهرهما الاول

وذلك يظهر بعد ملاحظة انه لاخلاف ولا اشكال فى انه لوقال - 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 اذالم يستغرق وامامه فيجب العود الى الجميع - فيجرى فيه ما ذكرناه .

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

(٩) منها ما (لوقال عشرة بنقص واحدة لهم يقبل) بل يلزم بالعشرة على المشهور (واستدلوا) له - بان 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 (فالظاهر) 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- (و هو قال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم للمثانى) لانه صار لمن اقر له او لافباقره 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 للمثانى خاصة لعدم انعقاد الظهور التام لاقراره للاول مادام كونه مشغولا بالكلام وبعد ذكر بل الذى هو قرينة على الاشتباه والخطاء - فلا يصدق على ما ذكره ولا الاقرار بكونه للاول .

٢- (و يرجع فى النقد و الوزن والكيل الى عادة البلد) لان اللفاظ فى الاقرار تحمل على ما يفهم منها بحسب المتفاهم العرفى فى المحاورات وليس الا ذلك (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 عندى ثوبا فى منديل او زيتا فى جرة او حنطة فى سفينة و ماشا كل - لم يكن اقرارا بالظرف - لاحتمال ان يكون مراده - فى وبنديل وجره وسفينة لى - وكذا العكس كما لو قال لزيد عندى 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 اثنتان) 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 فسي السابق فواضح بعدما عرفت من ان التعليق لا يضرب به - وان قلنا بالاختصاص فان علم من قصده وعرف من كلامه ارادة وجود السبب الفعلي للاستحقاق له بعد مجيء رأس الشهر بان نذرله مثلا - صدق عليه الاقرار وشمله دليله - وان علم منه انه يخبر عن تحقق السبب في ذلك الوقت بان يكون بانيا 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 وتأخيره 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 والكركي وغيرهم - من ابتناء المسألة على ظهور اللفظ في كونه تعليقا او تاجيلا فعلى الاول يبطل وعلى الثاني يصح .

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لا فرق بين التعليق على رأس الشهر - او قدوم زيد مثلا - ولم يخالفهم احد الا المصنف ره في المقام حيث قال (بخلاف ان قدم زيد) والاول اظهر لانه لا فرق فيما ذكرناه بين المثاليين نعم على القول الاخر قد يقال - ان التعليق على قدوم زيد صريح في التعليق بخلاف التعليق على مجيء 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 المقدم من يرى كونه اثنين - فيقبل دعواه لو اخبر بانها 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 (٩) 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 غصبت منه 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 ولى من لا ولى 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 الاشهاد 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) المسكونى 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 المرثثة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول هذا ابنى و الرجل

١- الوسائل - باب ٤- من ابواب ميراث ولد الملائعة حديث ٤

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

يسمى فيلقى اخاه فيقول هو اخي وليس لهم بينة الى ان قال فقال سبحانه الله اذا جائت بابنها او ابنتها ولم تنزل مقرة واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزا الا مقرين ورث بعضهم من بعض ونحوهما غيرهما (ولكن) مدرك اعتبار القيدن الاولين - انه مع عدم الامكان او المعلومية يكون مخالفة الاقرار للواقع معلومة فلا يكون ماثلاً لطريق الاثبات انما يكون طريقاً 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 في وطء الشركاء الامة المشتركة مع تداعيهم جميعاً في ولدها شاهدة بذلك .

(ولا يشترط تصديق الصغير) بلا خلاف فيه وعن جامع المقاصد الاجماع عليه - لاطلاق الادلة - بل (ولا يلتفت الى انكاره بعد البلوغ) ثبوت النسب قبل البلوغ ولا ينتفى بانكاره (و يشترط) التصديق (في الكبير) كما عن المبسوط وجميع من تاخروا عنه فان ما دل على ثبوت البنوة بالاقرار مختص بالولد الصغير وفي الكبير لا بد من الرجوع الى عموماً الاقرار وهي تقتضى ثبوت النسب من جهة المقر خاصة واما من جهة الولد فهو اقرار في حق الغير ولا يكون جائزاً فيعتبر تصديقه - ثم على فرض تصديقه انما يثبت بالاقرارين خصوص البنوة والابوة دون حواشيها . لكونهما من قبيل الاقرار في حق الغير الا ان يكون قولهما واجداً لشرائط الحجية - لا يقال ان هذا الوجه يقتضى عدم ثبوت حواشي البنوة والابوة كالجسدية والعمومة وما شاكل في الاقرار بالولد الصغير - فانه يتوجه عليه انه خارج بالاجماع والنصوص الدالة على ثبوت البنوة بالاقرار التي من متفرعاتها العناوين الاخر .

هذا كله في الاقرار بالولد (و) اما (في غير الولد) فلاشكال في اعتبار تصديق الاخر - والالزم نفوذ الاقرار في حق الغير بلا دليل خاص دال عليه (ومع تصديق غير الولد ولا وارث) لهما يتوارثان بلا خلاف - ويشهد به النصوص - منها مأمور - ومنها

صحيح (١) الاعرج عن الصادق عليه السلام عن رجلين حميلين جىء بهما من ارض الشرك فقال احدهما لصاحبه انت اخى فعرفا بذلك ثم اعتقا ومكثا مقرين بالاخاء ثم ان احدهما مات قال عليه السلام الميراث للاخ بصدقان (ولا يتعدى التوارث الى غيوهما) لعدم جواز الاقرار في حق الغير - (ولو كان له) اى 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 لصغيرا - فلا خلاف في قبوله فيه واطلاق النصوص واجماع فقهاء الامة شاهدان به وانما الخلاف في الولد الكبير - ومنشأه الاجماع على ثبوت النسب مع التصادق 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 مدر كما ما قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به التي هي قاعدة عقلانية ومجمع عليها - او ما دل (٢) على انه يقبل اخبار ذى اليد عما تحت يده - او انه اذا ادعى المقر له المال كانت دعواه من قبيل دعوى لامعارض لها فيشملها ما دل (٣) على انها تسمع - ولو كان المقر له (مساوا ياله) 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- وهى النصوص الواردة في الموارد المخصوصة بل يستفاد منها ان حججه 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) اولاً (بأولى منه) كما لو اقر العم مثلاً بالاخ - (ثم) اقر ثانياً (بأولى من المقر له) كالولد (فان صدقته) المقر له بالاول (دفع) المال (الى الثالث) كان المقران عدلين ام لم يكونا - نعم - ان كانا عدلين يثبت باقرارهما النسب ويترتب عليه جميع احكامه ولو ازمه وملازماته (والا) بان اكدب الاخ العم فى كون المقر به ثانياً 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 للمثالث) و ذكر وافى وجهه انه بالاقرار الثانى يجب عليه دفع المال الى الثالث - ولكن بما انه اتلفه عليه قبل ذلك بالاقرار الاول فيكون ضامته - 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 للمثالث وفى المقام موردين للبحث - ١ - انه ان تم ذلك لا بد وان يقيد بما اذا كان بعد دفع المال الى الثانى - او مع نفى الوارث غيره - والافلو اقر باخوة شخص للميت ولم يدفع المال اليه ثم اقر بولديه شخص آخر فلا تنافى 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 للمثالث ولزوم الغرامة .

والذى يختلج بالبال عاجلاً فى وجهه وان كان يحتاج الى تأمل زايد امران (احدهما) ان قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به جارية بعد زوال ملك التصرف ان كان اقرارا بشيء فى حال ملك التصرف كما يظهر من جماعة - منهم فخر الدين فى الايضاح فى مسألة اختلاف

الولى والمولى عليه بعد الكمال حيث رجح قول الولى وقال ان الاقوى على كل من يلزم فعله غير 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 واذ 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 ببديل المال وهذا اقرار على نفسه فيؤخذ به .

(ولو اقر الولد بآخر 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 - وللاول الثلث لانه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث التركة (و) يبقى (للثانى 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 - و يمكن 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 البيعة (لابر جل و امرأتين و لابر جل ويمين) على قول وسياتى 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 في الوكالة

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

ولا اشكال في مشروعيتها وفي الجواهر بل لعلمه من ضرورة الدين وقد يستدل لها بقوله (١) تعالى « فابعثوا احدكم بور فكم هذه الى المدينة فلينظر ايها ازكى طعاما فلياتكم برزق منه وليتلطف » فان هذه وكالة - واحتمال كونه من الاذن لامن الوكالة - يدفعه ان ظاهره توكيل احدهم في الشراء بمالههم للجميع ولكنه مختص بالامم السابقة - ومع ذلك فليس في الاية ما يشهد بانها كانت مشروعة في مذهبهم كى يستصحب - واما قوله (٢) تعالى « اذهبوا بقميصي هذا فالقوه على وجه ابى بات بصيرا » فعدم كونه وكالة ظاهر ويمكن ان يستدل لها (٣) بقوله عز وجل « انما الصدقات للفقراء و المساكين و العاملين 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 سيما في الجملة منها الاشارة .

١- الكهف آية ٢٠

٢- سورة يوسف آية ٩٣

٣- التوبة آية ٤

الوكالة من العقود

وتمام الكلام بالبحث في مقامات (الاول) في العقد وما يلحق به (٩) فيه مسائل

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

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 بعدمدة (ولكن) يتوجه على الاول- اولا- ما مر في كتاب البيع في مبحث الفضولى - من ان العقد المقرون برضا المالك لا يكون فضوليا كما ذهب اليه الشيخ الاعظمه - وثانيا انه بايجاب الوكالة وان لم تتم الوكالة الا ان الاذن المتحقق في ضمنه يكفى في جواز العقد وخروجه عن الفضولية- ويتوجه على الثانى ما تقدم في كتاب البيع من ان الاظهر عدم مصرية الفصل الطويل بين الايجاب والقبول اذ كان الالتزام من الموجب باقيا (والحق) ان يقال ان حقيقة الوكالة كما عرفت هى الاستنابة فى التصرف فهى 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- التى لم يدل دليل خاص على اعتبار لفظ - او لفظ خاص فيها - يكتفى فى ايجابها وقبولها بكل لفظ او فعل دال عليهما- ويصح ان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل- فلو وكله فى بيع داره مثلا- فباعها قاصدا به قبول الوكالة يصح و يتحقق الوكالة بالبيع - وحيث ان حصول البيع والوكالة يكون فى زمان واحد يصدق عليه بيع الوكيل و يترتب عليه احكامه (و يترتب) على ما ذكرناه انه لا يكتفى فى تحقق الركلة الرضا الباطنى فى التصرف

بل لا بد له من مظهر لما اشرنا اليه مرارا من ان بناء العقلاء و الشارع على عدم الاعتناء بالالتزامات النفسانية مالم تبرز - نعم - بكفى 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 مترقبة 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) او لانه بعد كونها من العقود يشملها مع 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 يلازم 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 الخاص الموجود في ضمن التوكيل ليس اعم منها وبذلك يظهر مدرك القول الثانى - وهو الاظهر (وما) في الجواهر من

ان الاذن والوكالة يشتركان فى 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 التى 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 المشخصات والخصوصيات وحيث ان الموجودات الخارجية غير الافعال النفسانية والاولى لاتقبل التقييد بخلاف الثانية فكما له ان ياذن مع اشتراط شىء ولازمه انه مع عدم الشرط لااذن كما اعترف به قبيل ذلك فكك له ان يقيد الاذن باقتراجه مع الوكالة - ولا يقاس ذلك بالموجود الخارجى غير القابل للتقييد وحيث ان المتيقن هو الاذن مع هذه الخصوصية اى الحصنة الخاصة من الاذن - فثبوت الاذن مع انتفاء الخصوصية يحتاج الى كشف آخر والسى ذلك نظر فخر المحققين فى الايضاح قال ان الكلى لا يوجد الا فى احد الجزئيات و ليس هذا الا بالوكالة وقدرت انتهى (فالمتمحصل) انه على فرض عدم صحة الوكالة لا يجوز التصرف استنادا الى الاذن الضمنى - نعم ان احرز وجود الرضا جاز التصرف لكنه خارج عن محل النزاع .

اعتبار العلم فى الوكالة

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

وامالو وكله في احد شيئين على سبيل البدل - فان كانا متساويين في جميع الجهات فلاخطر ايضاً - وان كانا مختلفين فالظاهر ايضاً صحته من جهة ان الجهل في المقام لا يوجب الغرر اذ كون الشخص جائز التصرف في احد المالى المالك مثلاً المعين واقعا غير المعلوم للموكل لاخطر فيه عليه - واما التصرف المعاملى 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 - وبالجملة - الجهالة في الوكالة لا توجب الغرر من حيث نفسها - وامان حيث المعاملة الواقعة بعدها فالميزان فيها حال الوكيل لا الموكل - فالظاهر عدم اعتبار المعلوماتية الا بالمعنى المساق للتعين المقابل للتريد .

الوكالة جائزة من الطرفين

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

الاول في عزل الوكيل نفسه فالمشهور بينهم انه يعزل 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 جهابهمكن الاستناد اليه بعد كون الوكالة من العقود ومقتضى عموم ادلة لزوم العقد، لزومها ايضاً - و كونها جائزة من طرف الموكل لان له عزله كما ياتى للدليل الخاص لا يستلزم كونها جائزة من طرف الوكيل - فان العقد اللازم من طرف والجائز من الطرف الاخر - لامحذور 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 عوالات - فالظاهر عدم البطلان مطلقاً - بل ظاهر النصوص الاتية الحاصرة لبطلان الوكالة بما

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

الثاني في عزل الموكل الوكيل - لاختلاف (و) لاشكال في انه (لوعزله الموكل بطل تصرفه) لبطلان وكالته - والخبار شاهدة بذلك - انما الكلام في انه هل يحكم بالبطلان (مع علمه بالعزل) خاصة كما هو المشهور فلا يتعزل 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 في النهاية وابي الصلاح وابنى البراج وحمزة والحلى ام يتعزل بعزله مطلقا كما عن القواعد .

والاظهر هو الاول لجملة من النصوص لاحظ صحيح (١) هشام بن سالم عن ابي عبد الله (ع) في رجل وكل آخر على وكالة في امر من الامور واشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا اني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال (ع) ان كان الوكيل امضى الامر الذي 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 أو 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 بشيء قال (ع) نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامر 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 ابداحتى يعلمه بالخروج كما علمه بالدخول منها-
 وخبر (١) ابى هلال الرازى القريب من الصحة لتضمن سنده على جملة من اصحاب
 الاجماع قلت لابي عبد الله (ع) رجل وكل رجلا يطلق امرته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل
 فبداله فاشهد انه قد ابطل ما كان امره به وانه بداله فى ذلك قال (ع) فليعلم اهله و ليعلم
 الوكيل - وصحيح (٢) العلابن سيابة الطويل المتضمن للانكار على من فرق فى هذا
 الحكم بين النكاح وغيره وانه يتعزل فى الاول بالاشها دون الثانى - ولحكم امير
 المؤمنين (ع) بذلك مع الاشهاد وعدم الاعلام .

واما القول الثانى فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له سوى الاجماع الذى 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 يصغى 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 - التى لم تصل اليها وغايتها كونها رواية مرسله لم يعمل بها الاصحاب
 فالظاهر انه يتوقف بطلان الوكالة على اعلامه بالعزل والافهى ثابتة ابد كما صرح
 به فى النصوص .

اشترط الوكالة فى عقد لازم

٥- اذا شرط الوكالة على نحو شرط النتيجة فى 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 لان احكام الوكالة من حيث هى - 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 الركالة - حديث ٢

وهو لازم بمقتضى ادلة (١) لزوم الشرط - ونظير ذلك - ان الهبة اى التملك مجاناً جائزة يجوز للواهب الرجوع فيها - ولكن لو شرط فى ضمن عقد لازم ملكية شىء مجاناً 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 الو كالة المشترطة فى ضمن عقد جائز جائزة .

ولو شرط فى ضمن عقد الو كالة ان لا يعزله - فالظاهر انه يجب عليه عدم العزل - فهل ينعزل لو عزله الظاهر عدم الانعزال (لا) من جهة حرمة العزل فان حرمة العقد والايقاع لا تستلزم الفساد وكذا الفسخ (ولا) لما قيل من انه خلاف مقتضى الشرط فانه ان كان الشرط عدم الانعزال بالعزل كان شرطاً خلاف الكتاب 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 الو كالة كساير العقود لازمة خرج عنها ما لو لم يشترط عدم العزل بمقتضى النصوص الخاصة المتقدمة فيبقى صورة الاشرط داخلة تحت العمومات فتدبر (و بذلك) يتدفع ماورد على لزوم الو كالة ح بالدور بدعوى ان لزوم الشرط موقوف على بقاء الو كالة وبقاء الو كالة موقوف على لزومه وان كان هو غير وارد حتى على الوجهين الاولين فان لزوم الشرط ليس موقوفاً على بقاء الو كالة بل على ايقاع عقدها وقد حصل .

موارد بطلان الو كالة

٦- (٩) قد ذكر الاصحاب انه (تبطل) الو كالة (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 فتنقل الى الورثة من حيث كونها حق تركه الميت فلوارثه (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 لامطابق الوكالة (نعم) لو اشترط وكالة وارثه بعد موته صح وان كان الشرط فى ضمن عقد الوكالة - فيصير الوارث وكيلا للبقاء 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 بطلان 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 اذنتهم - وبموت (١) ابن بكير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل ارسل يخطب 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) فلم يثبتوا الاجماع التبعدى - 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 - ولذا لو وكله ثم سهى عن توكيله بالمرّة بحيث لم يبق فى خزانه النفس نفذ تصرفه - و ايضا 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 (فالمستحصل) انه لا دليل على بطلانها بموت الموكل - بل بالنصوص المتقدمة تشعر بعدم البطلان - لاحظ قوله بإلحاح فالوكالة ثابتة ابدأ حتى يعلمه بالخروج - فالظاهر عدم البطلان (نعم) اذا كان التوكيل ظاهرا او منصرفا الى حال حياته - كما لعلة الغالب - بطأت 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 اغمى عليه فيكون الوكيل اولى من الحاكم الشرعى والولى الاجبارى لانه اولى بنفسه وقد جعله لنفسه متصديا لاموره - فالصحيح ان لا مدرك له الا لاجماع ان ثبت وكان تعبديا .

الثالث في تلف المتعلق كموت المرثة 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 شىء ودفع اليه دينارا ثمنا له - ولم يقم القرينة على التقييد بما دفعه 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 مسادا بقاء المحجورية ولكن 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 مامر من المعلوماتية - احدهما - ان يكون مملو كاللموكل بمعنى كون مباشرته له ممكنة بحسب العقل والشرع فلا يجوز الوكالة في الامور المستحيلة عقلا او الممنوعة شرعا كالغصب والسرقة والقتل فلو غصب اوسرق 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 للصحة - اذ يضاف اليه ان التمسك بها على فرض دلالتها على الصحة ايضا تمسك بالعام في الشبهة المصدقية اذ لا ريب في انه خرج عنه ما يعتبر فيه المباشرة - فمع الشك في اشتراطها لا يصح التمسك بالعموم .

فالحق انه في ما تعلق 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 تصح فيه وما لا تصح 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 العقلانية - 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 و النوع والشخص و الوصف والقدر والعين والذمة والنقد والنسيئة ونوع المعاملة و الزمان والمكان و ماشا كل 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 لغرض 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، (الافى تخصيص السوق) فان معنى ذلك صحة المعاملة ح لو باعه فى سوق آخر مع ان جماعة حكموا بالضمان . ووجه الاشكال ان الحكم بالضمان يتم مع عدم الاذن و الصحة 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 بالبدئية فان الاذن المفهوم ليس الامن حيث الاولوية و لا تحصل الا حين جريان المعاملة لاقبله اذ منشأ الاولوية ليس الا زيادة الثمن عما عينه وهى قبل المعاملة غير حاصله و ح 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 يداعادية مشمولة للحديث (١)

وعن المصنف ره في التذكرة التفصيل بين كون المحل المعين سوقا فعدل 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 - واما مع تعيين البلدة فبحسب 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 مازونا 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 عوم التصرف) كما اذا وكله في كل قليل وكثير ماله فعله (صح) وفاقا للشيخين والحلى والقاضى والديلمى وعامة المتأخرين عدا قليل منهم لاطلاق الادلة كما مر .

وعن الخلاف والشرايع و فخر المحققين عدم الصحة لان فيه غرراً عظيماً لانه ربما الزمه بالعقود 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 يمضى تصرفاته ح (الافى الاقرار) كما عن الاكثر امالانه 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 فـا 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 ثمننا ولا نقدا ولا حولا ولا صحيحا فالمشهور بين الاصحاب لزوم رعاية ما ينصرف اليه الاطلاق ولذا قالوا (والاطلاق 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 نسيئة مع امكان النقد وقف على الاجازة الا اذا كانت المصلحة فى النسيئة 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 - وبالجملة - المناط كون المعاملة على المتعارف او خلافه - ففى الاول تصح مع الخيار بخلاف الثانى .

٤- المشهور بين الاصحاب ان اطلاق التوكيل فى البيع (و) 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 (احدهما) انه اذا تحقق البيع باذن الموكل فقد انتقل مال الموكل الى طرف المعاملة فمافى 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 بدوان يعامل عليه مع الطرف مع هذا الشرط وعليه فلا يجب التسليم بل لايجوز بمقتضى الشرط (ثانيهما) ان بناء المتعاملين على تسليم المبيع و الثمن فالاذن فى البيع بمقتضى الظهور العرفى اذن فى التسليم فما افاد وه متين لاشكال فيه .

٥- قالوا ان اطلاق التوكيل فى البيع (و) الشراء يقتضى جواز (الرد بالعيب) والظاهر ان مرادهم ما لو كان وكيلا فى التصرف من غير ان يكون مستقلا وو كيلا مفوضا ولم يكن وكيلا 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 يقتضى الاذن بقبض المبيع كما ان اطلاقها في البيع لا يقتضى 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 الالفه ما ذون 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 يقتضى 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) بلاخلاف فيه في الجملة -- و تنقيح القول في طى 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 و قد مر اعتبار ذلك في الوكالة - نعم - يصح توكيله باذن الولي كسائر تصرفاته و معاملاته على ما مر في كتاب الحجر .

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

تلکم 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 تلکم الاخبار كون غير البالغ ممنوعا من جميع التصرفات والمعاملات الامع اذن الولى ومن جملتها التوكيل فجواز تلکم 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 -- و منشأ الوجهين ان ادلة الحجر هل تدل على سلب عبارة الصبى ام لا تدل على ذلك فعلى الاول لا يصح و على الثانى يصح -- وقدمر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب الحجر وعرفت انها لا تدل على ذلك و انه تصح معاملاته منع اذن الولى ويصح تصديه لاجراء الصيغة حيث لا يعد ذلك امر الصبى 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 صلوات الله عليه وآله ام سلمة زوجها اباه عمر بن ابى سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم .

٢- يعتبر فيهما العقل فلا يصح توكيل المجنون ولو اد وارىا 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 و عدمها 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 بماله 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 ما ذكرناه في السفه .

حكم اكراه الوكيل والموكل

٤ - المعروف بين الاصحاب عدم صحة توكيل المكره ولا وكالته - اما الاول فلا اشكال فيه لحديث (٣) رفع ما استكرهوا 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 ايقاعا 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 فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح - فالظاهر عدم صحته تعلقة الاجازة بالطلاق او الوكالة .

١ - النساء آية ٧

٢ - الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر .

٣ - الوسائل باب ٥٥ 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 ان رضى بعد ذلك بها وقبلها صحت .

واما فى الثانى - فقد يكون المكروه هو المالك كما لو قال المالك للوكيل بع
دارى او طلق زوجتى - وقد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكره 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 النائينى الصحة فى
الفرع الاول والبطلان فى الثانى .

وقد استدل 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 مكرها 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 يحرز به كون المكروه قاصدا له اذ اصابة
القصد الجارية فى افعال العقلاء انما هى فى الافعال الاختيارية دون المكروه عليها (وفيه)
اولان 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) مضافاً الى ما مر من كفايته - ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا - وفعل الوكيل
يستمد الى الموكل من جهة الوكالة - فالظاهر هى الصحة فى الفرعين .

الثانية قالوا (و) يشترط (الحرية ولو توكل العبد او واكل باذن مولاه صح.)
 الثالثة (ولا يوكل الوكيل بغير اذنه) له في التوكيل صريحا و لو بالتعميم
 كاصنع ماشئت او فحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الاذن فيه - او عجزه
 عن مباشرته وان لم يكن متسعاع علم الموكل بالعجز او ترفع الوكيل عما و كل فيه
 عادة فان توكله ح يدل بالفحوى على الاذن له في توكل الغير مع علم الموكل بترفعه
 عن مثله - ثم انه في موارد جواز التوكيل هل يكون الوكيل الثانى وكيلا عن الاول او عن
 الموكل - وتظهر الثمرة في انه على الاول ليس للموكل عزله وللوكيل ذلك وينعكس
 على الثانى - الظاهر هو الاول - ولا اقل من الاطلاق - وان للوكيل ان يوكله عن نفسه
 او عن موكله .

و لكن للمولى (و للحاكم) التوكيل (عن) الصبى والمجنون (والسفهاء والبله)
 بلاخلاف فى ذلك بل عليه الاجماع عن التذكرة والاردبيلى وهو الحججة فيه مضافا الى
 اطلاقات الأدلة فلعل منهما المباشرة بنفسه فكك بغيره .

الرابعة (ويستحب لذوى المرواات التوكيل) فى المنازعة و ان لا يتولوا
 بانفسهم - كما هو المشهور بل فى الرياض بلاخلاف فى ظاهر الاصحاب - واستدلوا له
 (١) بمارو و فى كتبهم الاستدلالية ان عليا عليه السلام و كل عقيل فى خصوصية قال ان للخصومة فتحما
 و ان الشيطان ليحضر هاوانى لا كرهه ان احضرها -- و القحم بالضم المهلكة - و
 ضعف سنده لا يضر بعد استناد الاصحاب اليه و كون الحكم استحبابيا و لكن عموم التعليل
 يقتضى عموم الحكم لغير ذوى المرواات ايضا و لم يلتزم به الاصحاب (وعن) بعضهم
 التامل فى الحكم لتحاكم (٢) النبى (ص) مع صاحب الناقة و تحاكم الوصى (ع) (٣) مع
 من راى در عطلحة عنده - و تحاكم 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 حق له عليه - بل عليه الاجماع فى محكى التذكرة وغيرها وقد استدلوا له بالاية (١) الشريفة «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (وفيه) اولا - ان ظاهر الاية بقريئة 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 فالظاهر هو الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية دون بطلان الوكالة وايضا المتيقن منه ما لو 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 القائمين بالمنع اختلفوا فى وكالة المسلم عن الكافر على المسلم - فعن جماعة المنع عنها ونسب الى اكثر القدماء - وعمامة المتأخرين على الكراهة - وقد ادعى على كل من القولين الاجماع - ولا مدرك لهم سوى الاية الكريمة وقد عرفت حالها ولكن للاجماع على المرجوحية - لاسباس بالالتزام بها والمتيقن الكراهة - واما فى باقى الصور المتصورة فى المقام فالظاهر هو الجواز بلا كراهة .

السادسة (ولا يضمن التوكيل الا بتعد او تفريط) اجماعا - لانه امين وقد مر ان الامين لا يضمن الامع التعدى او التفريط .

(ولا تبطل وكالته به) اى بالتعدى او التفريط لان مبطليته 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 وانكره الوكيل ف (القول قوله مع اليمين وعدم البينة فى عدمه) لان الوكيل امين ولا يثمن 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 وللخبير (١) فى الثانى - فى امرأة وكلت اخاها ليزوجها ثم عزلته بمحضر الشهود رادعت اعلامه بالعزل وانكره الاخ فاتيا امير المؤمنين (ع) فطلب منها الشهود فانت بالاشهود الذين عزلته بمحضرهم فشهدوا على العزل دون الاعلام فلم يقبله وامضى تزويج الاخ وحلفه والخبر طو بل (٩) كذا لو اختلفا (فى التلف او التصرف) كما هو المشهور بل عليه الاجماع فى الاول - لانه امين لا يثمن ولان اليمين على المنكر .

٢- (٩) لو اختلفا (فى الرد) بان ادعاه الوكيل وانكره الموكل فـ (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 فى التلف كك يقبل قوله فى الرد - اذلا وجه لقبول قوله فى التلف سوى ان عدم تصديقه فى دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن وقد نهينا عن اتهامه - وكذا يقال فى دعوى الرد فان عدم تصديقه فيه يندرج تحت عنوان اتهام المؤمن (ودعوى) ان المنهى عنه هو اتهام المؤمن بالتأمين العقدى فيختص بالودعة لوجه لها - سيما و قدورو (١) ان صاحب العارية مؤتمن وصاحب البضاعة مؤتمن - فالأظهر هو قبول قوله مع يمينه - ولا فرق فى ذلك بين كون الاختلاف فى الرد والوكالة باقية او بعد انقضائها - لان العين بعد انقضائها بيد الوكيل امانة مالكية الى ان يرد ها اليه - وبذلك يظهر ما فى كلمات القوم .

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

٤- (٩) يقدم (قول الموكل لو ادعى الوكيل الاذن فى 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- (ولو زوجه) امرأة مطلقا او مدعيها كاتته على تزويجها (فانكر الموكل الوكالة) يقدم قوله ان (حلف) و للمرثة ان تزوج مع عدم علمها بصدق مدعى الوكالة (و)

اختلفوا في ثبوت المهر لها و عدمه على اقوال -١- ان (علي الوكيل المهر) كملا كما عن النهاية و القاضى و قواه الحلى - ٢ - مسانقله المصنف ره قال (وقيل نصفه) نسب ذلك الى المشهور- ٣ - ما عن جماعة وهو عدم ثبوت المهر . و استدل 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 فلتفويت ايضا - و يتوجه على الثانى انه اقربا خراج بضعها عن ملكها بعوض فى ذمة الزوج لافى ذمة نفسه فلا يشمل 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) ابى حبيدة 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 المرثة ولاعدة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فان امره ان يزوجه امرأة ولم يسم ارضا ولا قبيلة ثم جمدا الامر ان يكون امره بذلك بعدما زوجه فقال (ع) ان كان للمامور بيعة انه كان امردان يزوجه كان الصداق على الامر وان لم يكن له بيعة كان الصداق على المامور لاهل المرية ولا ميراث بينهما ولاعدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا - وخبر (٣) عمر بن

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

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

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

حنظلة عنه (ع) في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت 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 فامسك 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 لوجه ثبوت المهر - في غير محلها - كما ان دعوى - ان صحيح الحذاء يدل على ثبوت مهر ونصف - مندفة بان الظاهر كون قوله (ع) ولها نصف الصداق بيانا لما اجمله اول بقوله كان الصداق على المامور لاهل المرثة وبه يعلم ان المراد بالاهل هي المرثة. واما القول الثالث فهو وان كان موافقا للقاعدة الا انه لا يصار اليه مع النص الصحيح المعمول به - فخير الاقوال اوسطها (9) ذيل خبر عمر بن حنظلة 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 عن المصنف ره وولده والشهيد والمحقق الثائنين 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 فالظاهر عدم الوجوب .

ولو علمت المرثة بصدقه في دعوى الوكالة - فقد يقال انه ليس لها ان تتزوج ما لم يطلقها وح ان امتنع من الطلاق فهل لها الفسخ او يجبر الحكام 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 تاخذ من الوكيل للتعميل 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 ويدعى الوكالة مدع من دون ان ينكره احد - واخرى يكون في مقام المخاصمة (اما) في الصورة الاولى فتثبت 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 قبول 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 (الابشاهدين عدلين) وتمام الكلام في المبني موكول الى محله - وستعرف ان للحاكم ان يحكم بعلمه - وان شهادة رجل واحد مع امرأتين تثبت بها الدعوى في غير الحقوق المالية ايضا - وعلى الجملة لاحصوية 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 المشى 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 يقتضى 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 لاعدم اتفاق حصوله فيها انتهى - وقد سبقه في ذلك سيد الرياض قال في شرح قول المحقق تبرعا مجردا عن القرية - اى من دون اشتراطها بها والانتقض بالهبة المعوض عنها والمتقرب بها الى الله فانهما 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 شىء (الثانى) 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 الشىء (الخامس) ان يهبه فى مقابل هبته بحيث تكون المقابلة بين الهبتين - اما فى الوجه الاول والثانى فيكون اعطاء المال اعطاء لا بازاء شىء بل مجانا - واما فى الوجه الثالث فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام وان قلنا بصحته فذلك الشىء وان كان يصير ملكا له الا انه للشرط لا لعقد الهبة والمال الموهوب انما يعطى مجانا لا بازاء شىء واما الوجه الرابع فهو خارج عن الهبة المعوضة بل هو بيع بلسان الهبة - واما فى الوجه الخامس - فالمقابلة انما هى بين الهبتين لابين المالين وكل من المالين مجانى ليس بازاء شىء - 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 و الاخبار المتواترة الدالة على ذلك الاتية جملة منها فى ضمن المسائل الاتية - و اما جواز هبة المشاعة - - فيشهد به مضافا الى

اطلاق الادلة - جملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق 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 ما فى 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 - و اخرى يثبت فى 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 مر تملك مجانى والانسان لا يملك ما لى 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 نحوها 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 متضائفان 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 والمحبية والمحبوبة من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل وتجتمعان فى شخص واحد ويحب الانسان نفسه ويعلم بنفسه - والسلطنة 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 - ولم 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 لهاله ان يرجع فيها قال (ع) لا (وفيه) انه كما يلائم مع الهبة المصطلحة كك يلائم مع ارادة الابرء منه - بل فى المسالك استدل به على ارادة الابرء 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 الابرء 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 اذ العفو فى هذه الموارد ابراء لمافى الذمة - انها عقدا وابقاع 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 ممضاة عنده .

فهل هي عقدا وإيقاع - الظاهر هو الثاني اذ لا حقيقة لتلك الهبة غير الاسقاط لانقل شيء الى الملك - ويمكن الاستشهاد له بجملة من الايات والروايات لاحظ قوله تعالى (١) «الان 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 الان يصدقوا» بناء على ما مر من عدم كون هبة ما على الشخص وصدقته 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 يستل من عليه الحق لا يظهر فيه منة يثقل تحملها على من عليه الحق عرفاً - فالأظهر 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 فقبض 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 الآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال عليه السلام نعم يكون وهبه ثم نزعه فجعله 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 مالو وهبه كلياً فى ذمته من دون ان يكون ثابتاً قبل الهبة فى ذمته -- وانه يصح وقبضه انما هو بقبض بعض افراده .
ثم انه اذا وهبه 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 ماعليه - ام لا -- الظاهر ان له ذلك فانه ح بحكم القبض بل لالمعنى للقبض الاجعله تحت سلطنته و اختياره فكانه بالاحتساب فدقبض الكلى على كليته وان شئت قلت ان المتهب يباذن لمن عليه الدين ان يقبض ماعليه للواهب من طرفه على وجه المعاوضة بينه وبين ماله على المتهب فلا اشكال فيه .

ثم انه قد ظهر من جميع ما قدمناه صحة هبة المنافع وقبض المنفعة انما يكون بقبض العين - بل يصح هبة الحقوق القابلة للنقل وان لم تكن من الهبة المصطلحة ولم تشملها نصوص الباب لكنه تكفى العمومات فى صحتها .

الهبية من العقود

الثانية - انما تصح الهبة (بايجاب 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 مالم تبرز فلا بد من مبرز من طرف الواهب وهو الايجاب ومن طرف المتهب وهو القبول - والقول فى ما يعتبر فيهما من العربية و الماضوية و ماشاكل هو الكلام فى ساير العقود فلا يعتبر فيهما شىء سوى كون المبرز كاشفاً عن الالتزام النفسانى عرفاً - ولا يعتبر فيهما عدم الفصل الطويل بينهما - ولا اللفظ بل يعجزى المعاطاة فيها فان قيل انه قال الشهيد الثانى فى المسالك و ظاهر الاصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً الى العقد القولى فى الجملة -

وعليه فالاجماع دليل على عدم صحة الهبة المعاطاتية (قلنا) اولان الاجماع المنقول ليس بحجة - وثانيا - ان مدرك المجمعين معلوم وهو ما ذكروه فى جميع العقود لعدم جريان المعاطاة فيها - وعلى هذا فتحل العويصة التى فى 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 النبى ﷺ والائمة عليهم السلام المعاملة مع ما يهدى اليهم معاملة الملكية - اذ كانت الهدايا تحمل اليهم فيقبلون ويرتبون آثار الملكية فان مارية القبطية قدا هداها بعض الملوك الى النبى ﷺ وكانت ام ولد له واهدى المختار الى على بن الحسين عليه السلام جارية فولدها زياد وهكذا التجأ والى جعل الهدية غير الهبة وان ذلك انما هو فى الهدية الماخوذ فى حقيقتها ارسال شىء الى شخص بقصد الاكرام والاعظام دون الهبة وجعلوا المعهود من فعل المعصومين (ع) والسيرة المستمرة على ترتيب آثار الملكية عليها بمجرد الارسال من المهدي دليلا على عدم اعتبار الايجاب والقبول للفظيين بل والفعلين ايضا فى خصوص الهدية دون الهبة.

ولكن بناء على ما قد منا من جريان المعاطاة فيها على القاعدة لاحاجة الى تكلف الفرق بينهما بعد كون الهدية فى 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 فى الهبة اصلا - بل فيها الاعطاء من جانب و الاخذ من الطرف الاخر (قلنا) ان عنوان المعاطاة لم يرد فى آية ولارواية كى يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه والمراد بها الانشاء الفعلى وهو يشمل الاعطاء من جانب واحد (فان قيل) ان المتعارف فى 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 المهدي انما يقصد التملك مجانا و يظهره بالارسال الى المهدي اليه فهو انشاء منه. وبعد الوصول الى المهدي اليه يقبل هو ذلك فيتم الايجاب والقبول ولا يضر الفصل الطويل بينهما كما مر فى كتاب البيع.

القبض شرط فى صحة الهبة

الثالثة (و) المشهورين 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 وتقریب الاستدلال به كما فى سابقه - وقوى (٣) ابى بصير عنه (ع) الهبة لا تكون ابداهة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه وتقریب الاستدلال به انه يدل على نفى الهبة بدون القبض وظاهر النفى كونه نفيا تشريعا لا تكوينيا - ومعنى النفى التشريعى عدم ترتب الاثر عليها - وعلى هذا فدلالة الخبر على نفى 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) ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) الهبة جائزة قبضت او لم تقبض قسمت او لم تقسم والنحل لا يجوز حتى

١ - ٥٣ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - ٧ - ٤

٢ - الوسائل باب ٥ - من ابواب الهبات حديث ٢

يقبض وانما اراد الناس ذلك فإخطأوا- 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 للصحة - مع انه لو كان دال على صحة كل عقلم لزم تقييده بامر- واما الخبران فالمراد من الجواز فيهما يحتمل الزوم كما فهمه الشيخ في محكي الاستبصار لا الصحة و يؤيده اطلاق الجواز عليه في روايات الهبة بذي الرحم الاتية - وفي خبر (٢) الاقرار وغير ذلك من الموارد وعلى هذا فلم يقل احد بمضمونها لاتفاق الاصحاب على عدم الزوم 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 اذا الهبة بذي 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 الزوم بل يدلان على عدمه وايضا غاية ما يدلان عليه ح جواز الرجوع في الهبة قبل القبض وهذا لا يتم مع اشتراط القبض في تأثيرها في الملكية- كما لا يتم مع حصول الملكية قبل القبض - واما حملهما على ارادة ان الهبة تؤثر في حصول الملك وان لم يقبض الذي هو مبني الاستدلال فهو يحتاج الى قرينة عليه مفقودة .

ثم انه على فرض التنزل وتسليم دلالتها على ذلك انها لا يصلحان للمقاومة مع النصوص المتقدمة المشهورة بين الاصحاب - فان الشهرة اول المرجحات فنقدم هي فالأظهر ان القبض شرط في صحة الهبة بمعنى انها لا تؤثر في حصول الملكية الا بعد القبض .

(٩) فرع المصنف على ذلك انه (لو وهبه ما في ذمته كان ابواء) وقدم الكلام في ذلك في المسألة الاولى وعرفت ما هو الحق .

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

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

٢- الوسائل باب ٣- من ابواب الاقرار

المسالك هذا مما لا خلاف فيه عندنا - وفي الرياض 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 شرطيته ظاهر في غير القبض بدون اذن الواهب بناء على قرأته 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 المتهم - اللهم الا ان يقال ان ابقاء المال عنده اقباض وعلى اى حال المتيقن من دليل الشرط اعتبار وصول المال الى يد المتهم 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 المتهم 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 الاخر (فتارة) يستدل لعدم اعتباره في الفرض بانصراف مسادل على اعتبار القبض الماذون 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 قيده كفايته انما هي بلحاظ ان قبض الولى قبض للمولى عليه فيدل على كفاية ذلك وان لم يكن هناك اذن - ولكن - يتوجه (على الاول) انه لامنشأ للانصراف 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 ما لم يحرر رضاه بذلك (و على الثالث) ان المفروض فى الخبر قبض الواهب ولاية عن الصغير فالاذن هناك موجود ولا ربط له بالمقام .

ثم انه لا خلاف (و) لاشكال فى ان (للاب و الجد ولاية القبول والقبض عن الصغير والمجنون) - كما لهما الولاية على العقود والايقات 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 وايضا 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 رهام لا كما هو المشهور - وجهان - اظهرهما الثانى لاطلاق الاخبار (ولو) وهبا للصغير ما لا يمس 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 المتهب 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 لذي الرحم او بعد التلف او التعويض وفي التصرف خلاف وقيل الزوجان كالرحم وله الرجوع في غير ذلك) فهينافروع .

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 ابى عبد الله (ع) اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والافليس له - وصحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) الهبة والنحلة يرجع فيهما ان شاء حيزت او لم تحز الا لذي رحم فانه لا يرجع فيها - وصحيح (٣) البصرى وعبد الله بن سنان (سليمان يب) عن ابى عبد الله (ع) عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها ان شاء ام لا فقال (ع) تجوز الهبة لذوى القرابة والذى 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) اماما تصدق به لله فلا واما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها اولم يحزها وان كان لذي قرابة - وصحيح (٥) زرارة عنه (ع) في حديث ولا ينبغي لمن اعطى لله شيئا ان يرجع فيه وما لم يعطه وفي الله فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت ام لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرثة فيما

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

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

٥- اور صدره في الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الهبات حديث ١ - وذيله في ٧١

تهب لزوجها حيز او لم يحز وموثق (١) عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) في حديث ولمن وهب او نحل ان يرجع في هبته حيز او لم يحز الى غير تلكم من النصوص .
 الثانية ما يدل على عدم جواز الرجوع في الهبة كخبر (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 قيئه وخبر (٣) ابي بصير عن الرجل يشتري المبيع في وهب 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 يخرجه عن يده ولو وصل اليه لربنا لربنا 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 قيئه .

ولكن الطائفة الثانية - اكثرها ضعيفة السند - واعم مطلق من الاخبار الاولة لشمولها للهبة المعوض عنها وما قصد بها القرابة 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 الاولة - فالظاهر 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 يقيد اطلاق الكبرى بمادل على

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

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 لذى الرحم وهبة احد الزوجين للآخر

٢- لايجوز الرجوع فى هبة الابوين للاولاد بعد القبض وكذا العكس ويشهد به - صحيحا محمد - و البصرى وعبدالله بن سليمان المتقدمان - ولا يعارضهما مرسل ابان المتقدم - لعدم صلاحيته للمقاومة معهما لكونهما مشهورين بين الاصحاب والشهرة اول المرجحات والاصحية سندهما - ويمكن ان يقال ان قوله فى المرسل وان كان ... الخ انما يرجع الى قوله بإجماع أولم يحزها فالمعنى انه ان لم يحزها لافرق بين ذى الرحم وغيره - فلا يعارض المرسل الصحيحين (ثم انه) مقتضى اطلاق الصحيحين عدم الفرق بين الولد وولد الولد - وبين الذكور والاناث - وبين الاولاد الصغار والكبار وانه لايجوز الرجوع فى شىء من تلكم الموارد - فما - عن السيد المرتضى فى الانتصار من جعل الهبة جائزة مطلقا ما لم يعوض عنها - شاذ لا يعأبه والغريب انه ره ادعى الاجماع عليه مع ظهور الاجماع على خلافه (واما) ما عن المبسوط من الفرق بين كبار الاولاد وصغارهم وان لزوم الهبة مختص بالصغار - فيمكن ان يكون مراده على مانبه عليه صاحب الجواهر صورة ما قبل القبض حيث انه فى الصغار لاحاجة الى القبض كما عرفت فلا يكون خلافا فى المسألة .

وكذا لايجوز الرجوع فى هبة ساير الارحام بعد القبض لاطلاق الصحيحين المتقدمين - وعن بعضهم جوازها واستدل له بمرسل ابان - لكنه قد عرفت حاله وحمله على غير الابوين والاولاد - وحمل الصحيحين عليهم جمع تبرعى لاشاهدله -

واما هبة كل من الزوجين للآخر - فعن جماعة عدم جواز الرجوع فيها لصحيح (١) زرارة عن ابى عبدالله عليه السلام انما الصدقة محدثة انما كان الناس على عهد رسول الله (ص) ينحلون ويهبون ولا ينبغي لمن اعطى الله شيئا ان يرجع فيه قال وما لم يعط الله وفى الله

فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة حيزت او لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرثة فيما تهب لزوجها حيز او لم يحز لان الله تعالى يقول «ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا» وقال «فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا» وهذا يدخل فى الصداق والهبة - هكذا فى الفروع والتهذيب - وفى الاستبصار زاد ولا يحل لكم ان تأخذوا .

ولكن المشهور بين الاصحاب هو الجواز - لصحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن رجل كانت له جارية فأذته امراته فيها فقال - هى عليك صدقة فقال (ع) ان كان قال ذلك لله فليمضها وان لم يقل فله ان يرجع ان شاء فيها - و يتوجه على الاستدلال بهانه من المحتمل ان يكون المراد بهانه حيث يكون المفروض فيه الصدقة فان قصد بها القرية فهى صحيحة والا فلا لاشتراطها بقصد القرية و لانظر له الى الهبة ويؤيده لفظه على فانه لم يجعلها صدقة لامرئته بل عليها - فلما عارض لصحيح زرارة وان كان هو ايضا لا يخلو عن اشكال لدلالته على لزومها حتى مع عدم القبض اللهم الا ان يقال انه لا يراد على الخبر من هذه الجهة لامكان الالتزام بذلك ففى هبة الزوج خاصة - او يقال ان عدم العمل ببعض الخبر لا يسقطه عن الحجية بالنسبة الى باقى مدلوله و على هذا فالمتعين هو البناء على لزوم هبة احد الزوجين للآخر - و الاحتياط فى هبة الزوج قبل القبض لا يترك (ثم) الظاهر كما قيل عدم الفرق بين الدائم و المنقطع والمدخول بها وغيرها بل والمطلقة الرجعية .

لزوم الهبة بالتلف

-- ٣ -- المعروف بين الاصحاب انه اذا تلف المال الموهوب فلا رجوع و ان كان المتهب اجنبيا بل عليه الاجماع فى بعض الكلمات و يمكن ان يستدل لذلك بوجهين .

احدهما ان المتيقن من دليل جواز الهبة فى مقابل اصالة اللزوم هو جواز رد

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

ويترب على هذا الوجه انه لو تلف البعض لاجواز الرجوع فى البعض الاخر فان المتميقن من الادلة فسخ العقد برد الموهوب بتمامه .

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

بقى الكلام فى انه اذا حدث فى العين عيب وخرجت عن خلقتها الاصلية و اوجب نقصا فيها هل يصدق قيام العين بعينها ام لا - الظاهر هو الثانى كما يشهد به مرسل (٢) جميل الوارد فى خيار العيب عن احدهما (ع) فى الرجل يشتري الثوب او المتاع فيجد فيه عيبا قال (ع) ان كان الشئ 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 اذ مات المتهب بعد القبض سقط جواز الرجوع لان القدر المتيقن الثابت بالادلة جواز الرجوع على المتهب والمرجع في غيره اصالة 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 لاصالته بعد كون المتيقن من الدليل المخرج رجوع الواهب نفسه (ودعوى) ان حق الرجوع ينتقل الى ورثته لعموم ما دل على ان ماتر كه الميت من مال او حق فلو ارثته (فيها) او لا - 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 المنتقل الى الوارث انما هو الحق المستررك اى ما يكون مطلقا وقابلا للبقاء بعد الموت وكون هذا الحق كك غير معلوم اذ لعله مختص بالواهب نفسه وبموته ينتهي 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 ادريس واكثر المتأخرين كذافي المسالك -٢- عدم سقوطه مطلقا وبقاء الجواز الثابت قبل التصرف نسب ذلك الى الاسكافي والديلمي والحلي وابن زهرة العلوي مدعيا عليه الاجماع واختاره المحقق في الشرايع -٣- التفصيل بلزومها مع خروج الموهوب عن ملكه او تغيير صورته كقصارة الثوب ونجارة الخشب و عدمه بدون ذلك كالر كوب

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

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد (الأول) 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 ومع له 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 سيان .

الثالث ما لو تصرف المتهب في العين تصرفا مغيراً للصورة - فالظاهر عدم جواز
الرجوع ح ايضا لقوله (ع) في الصحيح اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها
والافليس 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 الأدلة (وقد استدل) على عدم جواز الرجوع ح - بان - الاصل
هو اللزوم في كل عقد خرج عنه مال ولم يتصرف فيه فمع التصرف يرجع الى الاصل
الثابت بالادلة - وبان - جملة من النصوص تدل على لزوم الهبة خرج عنها قبل

التصرف خاصة - وبالاجماع - 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 الاما خرج بالدليل - وعلى الثانى ما تقدم من ان نصوص لزوم الهبة ضعيفة سندا - 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 ما اذا 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 عرفيا 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 الا ان الخارجى منه غير ممكن والتميقن 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 المصدقية فالمتعين ح البناء على اللزوم للشك فى تأثير الرجوع و الاصل عدمه .

٥- قد ظهر مما قدمناه - انه ان عاب المال عند المتهب فلا رجوع - وبه يظهر ما فى المتن

قال (فان عاب فلارش و) اما (ان زادت زيادة متمصلة) كالسمن وماشا 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 المتمصلة كالسمن والحمل سيما اذا تحقق ذلك بفعل المتهب ولا اقل من الشك في صدقه - وعليه فالظاهر عدم جواز الرجوع .

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

الهبة المعوضة لازمة

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

ولا كلام ايضاً 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 غيره - 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 الاشرط عدم القبول لعدم كونه ملزما به ولكن لو قبله صارت الهبة معوضة لا يجوز الرجوع فيها - ومع اطلاق الهبة بدون اشرط 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 يفى بالشرط للخبر (١) القاسم بن سليمان عن الصادق (ع) عن الرجل يهب الجارية على ان يثاب فلا يثاب اليه ان يرجع فيها قال عنه نعم ان كان شرط عليه قلت ارأيت ان وهبها له ولم يشبه ايظاها ام لا قال عنه 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 - وورد 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 صلى الله عليه وآله الصدقة تدفع ميتة السوء - (٥) وقال صلى الله عليه وآله 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 والديبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعدسبعين بابا من السوء (١) وقال
 الباقر عليه السلام - صنایع المعروف تدفع مصارع السوء وقال الصادق عليه السلام (٢) المعروف
 شىء سوى الزكاة فتقرىبوا الى الله تعالى بالبر وصلة الرحم الى غير تلكم من الايات و
 الاخبار (ويشترط) فى الصدقة بعد اهلية المتصدق للتصرف الايجاب والقبول لمامر
 فى الهبة - ويكتفى فيهما بالفعل كما مر - وتصح مع الفصل الطويل بين الايجاب والقبول
 (ويعتبر) فيها القبض ففى الصحيح (٣) وغيره الاتيين فى الوقف فى الرجل يتصدق على
 ولد له قد ادر كوا فقال (ع) اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث .

وتمام الكلام فى هذا المقام فى ضمن (مسائل الاولى لايحوز الرجوع فى
 الصدقة بعد الاقباض وان كانت على الاجنبى) على الاظهر الا شهر بل عليه عامة من
 تاخر وعن الحلوى الاجماع عليه كذا فى 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
 يهيمون ولا ينبغي لمن اعطى الله شيئا ان يرجع فيه قال ومالم يعط الله وفى الله فانه يرجع
 فيه نحلة كانت اوهية الحديث والمعتبرة (٥) المستفيضة انما مثل الذى يتصدق بالصدقة
 ثم يعود فيها مثل الذى يقىء ثم يعود فى قيئه (وعن) الشيخ فى الميسر جواز الرجوع
 قال ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة فى جميع الاحكام الى ان قال وكل من له الرجوع
 فى الهبة له الرجوع فى الصدقة عليه - ويرده مامر (ولو قبضها من غير اذن المالك
 قالوا لم تنتقل اليه) وقدر فى الهبة ما يظهر منه اظهرية الانتقال .

(الثانية ولا بد فى 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

الهيئة انما يكون بذلك - ويشهد به - مضافا الى الاجماع عليه المعتبرة (١) المستفيضة الدالة على انه لاصدقة الامار يد بهوجه الله سبحانه ونحوها كثير من النصوص الاتية.

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

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

الفصل الثاني في الوقف

ويطلق عليه الصدقة ايضا - بل الغالب في 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 المجارية - وحقيقته تحببب العين و تسبيل المنفعة - كما فى النبوى (١) - حبس الاصل وسبيل الثمرة - وهو ثابت بالنص والاجماع وقدورد فى الاحبار الحث عليه .

و البحث فى هذا الفصل يقع فى مطالب الاول فى العقد ومايلحق به وفيه مسائل - الاولى ظاهر الاصحاب اعتبار اللفظ فيمايشأ به الوقف وانه بدونه غير صحيح - ولقد اطالوا البحث فى اللفظ الصريح فيه وغير الصريح فى المتن (وصريح الفاظه وقفت والباقى بقريئة) وقال بذلك غيره وعللوه بانه الموضوع له لغة وشرعا - و صرح جماعة منهم بان اوقفت بالهمزة لغة شاذة - وفى المسالك والظاهر ان الصيغة بها صحيحة وان كانت غير فصيحة - واختلفوا فى حبست وسبلت فقيل انه يصير وقفا من غير توقف على القرينة وقيل لا يكون الامع القرينة والتمتجه كفاية كل مايدل على المعنى المشار اليه ولو بضميمة القرائن كما فى ساير العقود .

جريان المعاطاة فى الوقف

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

وقد استدل لعدم جريان المعاطاة فى الوقف بوجهين (احدهما) ان القول باللزوم

فيه مناف لماشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع (وفيه) اولان اللزوم لايتوقف على اللفظ كما حقق فى كتاب البيع - وثانيا ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التى يجتمع فيها الصحة مع الجواز ولايشمل ما لا يجتمع فيه معه - وبعبارة اخرى المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجمع معها فلا يكون مشمول له - وثالثا 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 فلان جعة 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 مصداق له لا يجري فيه المعاطاة (وفيه) اننا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول وهو كون الفعل مظهر اعرفا للاعتبار النفساني لا اقل 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 فالظاهر صحة الوقف المعاطاتي مطلقا وبعضه السيرة القطعية - في مثل الفرش للمساجد فان الذي استقرت سيرة المتشركة 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 تملكك 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 المعاطاتي والله العالم .

اشترط القبول فى الوقف

الثالثة اختلفوا فى اشترط القبول فى الوقف على اقوال - ١ - ما عن ظاهر الاكثر حيث ذكروا الايجاب ولم يتعرضوا لذكر القبول وهو عدم اشترطه مطلقا - ٢ - ما عن التذكرة وهو الاشترط 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 - والاقواف الخاصة وهى ما كان الوقف على جهة معينة كشخص معين او جماعة معينين فالثانى - والى هذا القول ذهب الشهيد فى الدرر ويظهر من المحقق فى الشرايع والشارح فى المسالك الميل اليه كما فى الحدائق .

والاظهر عدم اعتبار القبول مطلقا لاطلاق الأدلة بعد صدق الوقف على فعل الواقف خصوصا على القول بان الوقف فكملك لا تمليك - واصالة عدم الاشترط 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 - اضيف 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 او الالتمس بالطبقات اللاحقة اذ لم يقل احد باعتباره قبول لهم - وثانيا - بانه لو تم لاختصاص بالوقف على شخص معين او اشخاص معينين - وثالثا - قد عرفت ان الوقف فكملك لا تمليك - 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 - فالأظهر 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 .

شروط الوقف

المطلب الثانى فى الشروط - وهى اربعة اقسام - القسم الاول شروط 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 شروط الصحة وتأثير فعل الواقف فى حصول الاثر .

وكيف كان فاول شروطه (التقرب) كما هو المشهور وعن الحلبي 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 والتشبيه - وهما يقتضيان الشك 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 - و بان الاصل عدم صحة الوقف خرج عنه الوقف مع قصد القرية وبقي الفاقد له - وبالصالة التعبدية فى التكليف اذ لا ريب فى انه من المستحبات ومقتضى ذلك الاصل اعتباره فيه .

ولكن يتوجه على الاول - انه لم يثبت كونه تعبديا 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 العنواين عموما من وجه - و على الجملة لا اشكال فى انه اذا لم يقصد
القربة بالوقف لا يطلق عليه الصدقة - و اما 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 - و اما 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 لامورد للاصل المزبور - بل يمكن ان يقال ان الوقف
من الايقاعات العقلية امضاها الشارع الاقدس و لا يعتبر فيما عليه بناء العقلاء قصد القربة
و على الخامس ما حقق فى محله من ان الاصل كون المامور به توصيا 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
لامن 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 الولده
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 و خبر (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 فالاختيار 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 قيما عليها انما لا يحوز ذلك لغيره - وما دل (٢) على انه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثا - وسيمر عليك - فلا اشكال فى اصل الحكم .

وتمام الكلام فى هذا الشرط فى ضمن فروع -١- هل القبض شرط للصحة كما هو المشهور - ام للزوم كما هو ظاهر الغنية والشرايع واللمعة - 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 ما دل 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 المتخلل بين العقد والقبض ظاهر .

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

فلا يشيت النقل من الاول فلا يبدل عليه وقياس الاعتباريات بالشرط الخارجى للموجود الخارجى فى غير محله - فالمتجه كونه كاشفا .

بطلان الوقف بموت الواقف قبل القبض

٢- اذامات الواقف قبل القبض بطل الوقف بلاخلاف - واستدل له بخبر (١)
 عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) فى رجل تصدق على ولد له قد ادركوا قال اذا لم يقمضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذى يلى امره وقال عليه السلام لا يرجع فى الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله (واورد) عليه فى المسالك باحتمال ان يريد بالصدقة معناها الخاص فلا يكون دليلا 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 وزيل الخبر لا ينافيه اذ يمكن ان يكون ذلك خبرا 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 لغير الصدقة بالمعنى الاخص مشكل (اللهم) الا ان يقال ان الصدقة لها معنى عام كما يظهر من موارد استعمالها واستعمال ساير 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 مدركا .

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 يكفي قبض غيره فانه نظير قبول غير من خوطب بالايجاب - و بانه - 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 - و على الثانى ان الايجاب ليس مختصا بالموجودين بل لجميع الطبقات وعليه فكما انه مع عدم موت الطبقة الاولى يكفي بقبضهم عن قبض ساير الموقوف عليهم - فكك مع موتهم يكفي بقبض الطبقة الثانية - ويتوجه على الثالث - ان الوقف انما كان على موجود ثم معدوم و انما لم يكن العقد تاما فقد شرط من شروطه الخارج عن حقيقة الوقف سيما على ما قويناه من كون القبض شرط للزوم لاشروط 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 شا كل - 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 ففى الوقف على الاصناف يكفي قبض واحد منهم (قيل) انه لا بد من قبض الحاكم عن الجميع ولا يكفي قبض واحد منهم لان الموقوف عليه الجنس (وفيه) انه لو كان الوقف على الجميع بنحو العموم بحيث لزم التقسيم على الجميع صح ما فيدوه وفى الحقيقة منحل الى اوقاف عديدة - واما الوقف على الجنس كما لو وقف دار على العلماء فيكفى قبض

واحد منهم كما ذكروه 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 المازون 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 خصوصا مع فقد الحاكم مستنداً الى الخبرين فى غير محله وقوله إِنَّمَا 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 المعبر هو الاقباض ويشهد به قوله (ع) فى التوقيع الشريف المتقدم فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار الظاهر فى ان المناط 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 بقريئة التعدية بعن هو المخاصمة معه فى الاقباض فما افاد وه من اعتبار الاذن والاقباض هو الاظهر .

٥- اذا وقف الاب على اولاده الاصاغر لم يحتج الى قبض جديد لالعدم اعتبار القبض اصلا لانصراف ادلته عنه - فانه يرده 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 ولصحيح صفوان المتقدم - وصحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) فى الرجل يتصدق على ولده وقد ادر كوا اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من

لم يدرك من ولده فهو جائز لان والده هو الذي يلي 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 باس به جمودا على الاطلاق .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه انه لو وقف اجنبي على الصغير (يتولى الولي القبض عن الطفل و) ايضا ظهر مما قدمناه في الفروع السابقة - ان (للمناظر 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 في الجواهر بلاخلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه - و في المسالك اشتراط تنجيزه موضع و فاق - ولا دليل بالخصوص لاعتباره في الوقف وانما ذكر وافي وجه الاعتبار ما ذكره وجه لاعتباره في مطلق العقود - وقدم الكلام في ذلك في كتاب البيع وغيره من الكتب المتقدمة و عرفت عدم تمامية شيء من ما ذكر - وانه لا دليل له سوى الاجماع وعلى ذلك فحيث افاد صاحب الحداثق في المقام وهذا الشرط لم اقف عليه في جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط وكتاب السرائر لابن ادريس وكذا المقنعة للشيخ المفيد ره فانه لم يتعرض احد منهم لذكره في الكتب المذكورة انتهى - فالقول بعدم الاعتبار قوي لعدم الاجماع - سيما في التعليق على الصفة التي لا بد من وقوعها - و اما التعليق على وصف موجود او شرط متحقق - فلا اشكال في صحته كما مر تفصيل القول

فى ذلك .

عدم اعتبار الدوام فى الوقف

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

واستدل له بالاجماع - وبان - التأييد معتبر فى مفهومه ولذا قالوا ان لفظ وقفت صريح فى الوقف بخلاف ساير الالفاظ فانها بضميمة القرائن - وبالنصوص المشتملة على اوقاف الائمة عليهم السلام فانها مشتملة على التأييد لاحظ خبر (١) ربيعى بن عبد الله عن ابي عبد الله (ع) فى صورة وقف امير المؤمنين (ع) بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على ابن ابي طالب (ع) وهو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عاشن وعاش عقبن فاذا انقرضوا فهى لذى الحاجة من المسلمين الحديث ونحوه خبر (٢) عجلان ابي صالح فى 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 بتلابنا لامشوية فيها ولا رد ابدا 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 فى الشخص مع ان سياق الاشتراط يقتضى تاخره عن ركن العقد اعنى الموقوف عليهم - وبالأصل - فان المتعين من دليل مشروعية الوقف صورة التأييد وفى غير هاتين الى اصالة الفساد .

ولكن يتوجه على الاول عدم ثبوت كونه تعديدا - وعلى الثانى ان التأييد غير

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

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

قريئة على الآخر فتامل- وثانيا انه ليس فى الثانى سوى تفسير قوم الموقت بالموقف عليه والسائل لم يستل عن ذلك حتى يكون عدم جوابه تقرير الهم - بل سئل عن ما يصح من ذلك وما لا يصح واجاب عليه السلام 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 و الحدائق وعن التذكرة نسبة الى علمائنا وعن السرائر الاجماع عليه - وهو الحججة 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) طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رجلا تصدق بدار له وهو ساكن فيها فقال عليه السلام الحين اخرج منها -- واربعة - بمكاتبة (٢) على بن سليمان الى ابيه الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لى ولدولى ضياع ورثتها عن ابي و بعضها استفدتها ولا آمن الحدثنان فان لم يكن لى ولد وحدث بى حدث فما ترى جعلت فداك - لى ان اقف بعضها على فقراء اخوانى و المستضعفين او ابيعها و اتصدق بثمانها عليهم فى حياتى فانى أتخوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتى فان وفتتها فى حياتى فلى ان آكل منها ايام حياتى ام لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك فى امر ضياعك فليس لك ان تاكل منها من الصدقة فان انت اكلت منها لم تنفذ ان كان لك ورتة فبيع و تصدق ببعض

ثمناها في حياتك وان تصدقت امسكت لنفسك ما يقوتك 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 ايقاف 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 يبيعها لنفسه - وبعبارة اخرى لم يؤخذ في حقيقة الوقف التملك بالغير كي يكون ابقاء المالك المنفعة في ملكه منافيا له - وعليه فلامانع 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 لامانع 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 يقوتك 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 شرط لنفسه

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

والحق ان يقال - انه تارة يشترط على الموقوف عليه ان يؤدى دينه او يدرم مؤنثه من ماله و لو من غير منافع الوقف فلا اشكال فى صحة الوقف و الشرط ان اجتمعت ساير شرائط صحة الشرط - اذ لم يجعل المنفعة لنفسه - و اخرى يشترط عليه اداء دينه مثلا من منفعة الوقف لكن بعد تملكه اياها - وهذا ايضا خال عن الاشكال و يكون الوقف و الشرط صحيحين - وثالثة يشترط استثناء مقدار ديونه من منفعة الوقف - وهذا ايضا خال عن الاشكال و الفتاوى متفقة على صحة ذلك - و رابعة يجعل الوقف على نفسه بمقدار دينه مثلا و على غيره و هذا موجب لبطلان الوقف بالنسبة الى نفسه و لكن لا وجه لبطلانه بالنسبة الى غيره فيما يخصه و هو الزايد عن مقدار دينه فيصح وقفه له و يبقى بمقدار دينه فى ملكه و له ان يفعل به ماشاء - فالمتحصل عدم البطلان فى شىء من الموارد .

وبذلك يظهر حكم مالو شرط نفقة زوجته الدائمة و اما لو شرط نفقة اولاده او غيرهم من اقر بائه او نفقة زوجته الانقطاعية - فلا موجب للاشكال اصلا .

٢- لا كلام فى انه يجوز ان يجعل مقدارا من المنافع لحق التولية و ح فان جعل التولية لنفسه جازله اخذ ذلك المقدار - اذ ليس ذلك من الوقف على النفس لعدم كون المتولى موقوفا عليه بل انما ياخذ مقدارا من المال بازاء تصديده لذلك و تعبته

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

في بيان صور امكان انتفاع الواقف

٣- اذا وقف الواقف على صنف من الاصناف كالعلماء او الفقراء او الزوار وما شاكل و كان منهم فان كان المراد التوزيع عليهم - فهو بالنسبة الى نفسه من قبيل الوقف على النفس فلا يجوز وان كان المراد بنحو بيان المصرف كما هو الغالب المتعارف - ففيه اقوال - منها - جواز انتفاعه مطلقا ذهب اليه المشهور - ومنها - عدم الجواز مطلقا ذهب اليه الحلبي والمصنف ره في 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 في الاجماع لان الموقوف عليه عنوان العالم او الفقير او الزائر والملحوظ جهة العلم او الفقر او الزيارة ولانظر 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 منه فانه لا يجوز الاخذ في 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 في بلده و كان هو الامام في ذلك المسجد او الاعلم في 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 والظاهر هو الجواز .

واولى من جميع ذلك الاوقاف العامة على الجهات العامة كالمساجد والقناطر والخانات للزوار والمدارس لاهل العلم وماشاكل فانه لا اشكال 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 (و) الشرط (لو) وقف (و) شرط (عوضه) اليه عند حاجته وعن المرتضى الاجماع عليه وذهب جماعة الى بطلان الوقف منهم الحللى مدعىا عليه الاجماع - وفي المتن (صار حبسا) - والاول اظهر اما على المختار من صحة الوقف المنقطع الاخر فواضح - واما 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 مناف 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 جواز الرجوع فى الصدقة (وبانه) يرجع الى شرط الخيار ولا يجرى فى الوقف خيار الشرط ولا خيار الاشرط - 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 ابى عبدالله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شىء من المال فانا احق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا او يمضى صدقة قال (ع) يرجع ميراثا على اهله - وفى نقل آخر وقال ان احتجت الى شىء 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 فى الخبر الاول - و بالرجوع اليه فى الخبر الثانى بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر فى بطلانه .

ولكن الاول يتوجه عليه مامر 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 للاحدوثه - وعلى الرابع انه تحديد لمقدار بقائه صدقة - اضيف اليه ان الوقف بغير قصد القربة لا يكون صدقة فهو اخص من المدعى الا ان 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 يلقى وقفا - قيل ويؤيده التعبير بالرجوع فانه ظاهر فى انه قبل ذلك كان وقفا والافعلى البطلان يكون باقيا فى ملكه ولا معنى ح للرجوع وهذا وان كان ايضا غير تام الا انه يوجب اجمال الخبرين فلا يصح الاستدلال بهما فالأظهر صحة الوقف والشرط .

واما القول بصحته حسبما كما فى المتن فلا وجه له سوى اعتبار الدوام فى الوقف -

اذح لايمكن وقوعه وقفا وانما يقع حبسا من جهة ان قصد هذا المعنى قصد لتحقيقه الحبس ولايضر اعتقاد كونه وقفا 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 الاخر - 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 وقفا لاشكال في انه اذالم تحصل الغاية ولم يرجع المال اليه يبقى على وقفيته ولا يرجع بالموت ميراثا - وكذا على القول بصحته حبسا ولكن المحكى عن المحقق القمي ره انه بعد اختياره كونه حبسا قال انه يرجع بالموت الى الورثة وان لم تتحقق الحاجة واسنده الى جماعة من العلماء - ولعل نظره الشريف الى ان الحبس حيث لا يكون مستلزما للخروج عن ملك الحابس فبموته ينتقل اصل المال الى الورثة حسب سائر امواله و حيث ان منافعه والتسلط على المال من حين الموت للورثة فحبس المورث وتمليكه المنفعة من ذلك الزمان تصرف في ملك الغير فيكون باطلا - او يكون الى اطلاق الخبرين - ولكن الاول مندفع بما مر في كتاب الاجارة - من ان المالك يملك العين و منفعتها المرسلة اللاموقته بحال حياته فله تمليكها - واما الخبر ان فقد مرانها مجملين - فالظاهر عدم عوده ميراثا مع عدم تحقق الحاجة .

الوقف على من ينقرض غالباً

٥- (ولو جعله الى امد او لمن ينقرض غالباً) صح الوقف وقفا في الموردين

اما الاول فلما مر من عدم اعتبار الدوام في الوقف - واما الثاني فلانه لو سلم البطلان في الاول لامجال للبناء عليه فيه اذالجماع 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 الاخر فبالظهور (ثم ان) المصنف رهاستدل على صحته وفقا
 في محكي المختلف بان الوقف نوع تمليك وصدقة - فيمتنع اختيار المالك في التخصيص
 وغيره - وبان تمليك الاخير ليس شرطافي تمليك الاول والالزم تقدم المعلول على علته
 وبالخبر (١) الوارد في وصية فاطمة (ع) حيث جعلت امر صدقاتها الى اولادها مع
 احتمال الانقراض - ويرد الاخير انه لعلها كانت عالمة بعدم الانقراض مع انه ليس في
 الخبر كونه وقابل ظاهره الوصية وما قبله بان من يدعى بطلانه وفقا انما يقول به من
 جهة كون الدوام شرطا ولا يلزم من ذلك كون تمليك الاخير شرطا بل اللازم بيان
 المصرف الاخر ايتحقق الدوام - وبه يظهر ما في الاول - فالصحيح ما ذكرناه (ثم انه)
 على القول ببطلانه وفقا يصح حبسا لما مر من انه لا حقيقة له سوى ايقاف العين في
 مدة معينة .

ثم انه على تقدير كون الوقف على من ينقرض او الى امد حبسا -- لاشكال
 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 وفقا - 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 يخرج 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 بخروجه 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 (٣) 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 مالکها طلقا - ولا وقف الدين كما اذا كان له على الغير عشر شياة 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 و الظاهر تمامية ما افادوه من عدم صحة وقفها لان الوقف كما عرفت عبارة عن تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة - و هذا لا يتصور فى المنفعة فان الانتفاع بها انما يكون بائلافها فلا يتصور فيها تحبیس 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 و سنة بغيره بحكم الصراحة فى بعض و التبادر فى آخر والشك فى دخوله فى الوقف - وبان - الوقف يقتضى اصلا يحتمس و ذلك يقتضى امرا خارجيا يحكم عليه بالتحبیس و الدين فى الذمة امر كلى لا وجود له فى الخارج فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم - و بان - المهية الكلية لما لم يكن لها وجود فى الخارج لم يكن الموقوف موجودا 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

يقتضى اصلا يحتبس لكن كما يكون الكلى فى الذمة مملوكا للغير و مالا و يقع عليه البيع - ككك 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 باناه لو وقف على صنف يكون من عليه الدين واحدا منهم يكون ذلك قبضا للكلى بكليته 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 كانها المعقود عليها ابتداء - و المهية الكليه غير المتصفة بنحو من انحاء التحقق لا يصح وقفها قطعا ولكن الكلام فى الكلى المتحقق فى الذمة الذى يعرضه الملكية ويقع عليه البيع و ماشاكل و هوليس 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 نفي الغرر بناء على عدم اختصاصه بالبيع وبشموله لكل عقد و ايقاع - وان كان الجهل به غير مستلزم للغرر 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 بالقرعة - كما ظهر انه لا اشكال فى وقف الكلى فى المعين كوقف مائة ذراع مثلا من القطعة المعمة 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 والاختبار 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 الواقف فعلا وان كان مملوكا لغيره ، فذهب جماعة منهم المحقق فى الشرايع والمصنف ربه 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 ربه فى بعض كتبه والشهيد الثانى فى الروضة وفخر الاسلام وقواه سيد الرياض .

واستدل له بان عبارة الفصولى لاثرها وتأثير الاجازة فيما عد محل النص المختص بالبيع والشكاح غير معلوم - وبان - الوقف فك ملك فى كثير من موارد ولا اثر لعبارة الغير فيه - وبانه - يعتبر فى الوقف القرابة 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 الفصولى اذا اجازه المالك يستند اليه ويكون كالعقد الصادر عنه بلا فرق فى ذلك بين كون اثره الملكية او فك المملك او الزوجية او غيرها - وعلى الثالث اولا النقص بوقف الوكيل وثانيا بالحل وهو ما مر من عدم اعتبار القرابة فيه وعلى فرض اعتبارها يكفى نية القرابة حين الاجازة التى بها يستند

الوقف الى الواقف ولادليل على اشتراط مقارنتها للصيغة - فالأظهر صحته .
 الشرط الرابع ان يمكن ان (ينتفع بها مع بقائها وان كانت مشاعة) فلا يصح وقف
 الاطعمة والغواكه 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 - (٩) جمعها المصنفره في قوله (جواز تصرف
 الواقف) فلا يجوز وقف الصبي والمجنون والمكره والمفلس والسفيه بلا خلاف في
 شيء من تلكم بل عليها الاجماع في محكي الغنية ويشهد بها ادلة الحجر المتقدمة في باب
 - نعم - في خصوص وقف الصبي البالغ عشر سنين خلاف بين الاصحاب فبين - من صححه
 كالطوسي والمفيد والاسكافي والتقي وغيرهم - ومن افسده كسلار والحلي والمحقق
 والمصنف والشهيد وفي الرياض 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) زرارة عن ابي
 جعفر (ع) اذا تمي على الغلام عشر سنين فانه يجوز له ما في ماله ما اعتق او تصدق او وصى
 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 يحتملم قال (ع) نعم اذا وضعها فى موضع الصدقة ونحوها غيرها - والايراد عليها بمخالفتها للقواعد والاحتياط والاصل كما ترى - ولكن يرد على الاستدلال به ان كون المراد بالصدقة المعنى الاعم غير ظاهر والتميقن 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 سيجد

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

وعلموه بان الملكية صفة وجودية تستدعى محلا موجودا .

واورد عليه فى ملحقات العروة - اولا - بالنقض بما اذا كان تبعا لموجود فانهم يجوزونه كما اذا وقف على اولاده الموجودين ومن سيجد منهم وكما فى سائر البطون اللاحقة - وثانيا - بانه لا فرق فى عدم المعقولية بين كون المالك معدوما او المملوك مع انهم يجوزون تمليك الكلى فى الذمة ويجوزون تمليك المنافع وليست موجودة بل تستوفى شيئا فشيئا - ويجوزون الوصية بما تحمله الجارية او الدابة - وثالثا - انه لا اشكال فى 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 امام له بالفعل والوقف على فقراء قرية مع عدم وجود فقير فيها فعلا وهكذا - ورابعا - ان الوقف ليس تمليكا - وخامسا - ان الملكية من الامور الاعتبارية فوجودها عين الاعتبار العقلائى وليست كالسواد والبياض المحتاجين الى محل خارجى بل يكفيها المحل الاعتبارى .

ويتوجه على ما افاده اولا - ان الوقف للمعدوم يتبع الموجود انما يكون بالوقف له بعد وجوده ولا يكون المال وقف له 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 صر فابل له تحقق اعتبارى وهو يكفى في عروض الملكية له وهذا بخلاف المعدوم المطلق والمنفعة ليست عبارة عن استيفاء المنتفع الذى هو من اعراضه بل عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل فمنفعة الدابة حيثية كونها صالحة لان تتركب وهذه انما تصير فعلية بالاستيفاء الذى هو عبارة عن الانتفاع ومن المعلوم ان تلك الحيثية متحققة بتحقق العين ولذا يجوز تمليك المنفعة المرسله للغير - ويتوجه على الرابع ان الوقف ليس تمليكا للعين ولكنه تسبيل للمنفعة على الموقوف عليه - فاذا لم يكن مورد للتسبيل لم يكن وقفا - وعلى خامس ما افاده انه لا اشكال فى ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا تحتاج فى اعتبارها الى معروض خارجى ولكنها تتوقف على ان يكون لها طرف فى اقق الاعتبار والمعدوم بقول مطلق لا يصلح لذلك .

والحق ان يقال ان حقيقة الوقف هو تحسيس الاصل وفى ذلك لا يحتاج الى وجود الموقوف عليه - وتسبيل المنفعة ولو كان التسبيل بنحو جعل المنفعة بعد ما يوجد لا يجعلها له بالفعل لارى فيه محذورا والظاهر انه فى 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 تحسيس الاصل و تسبيل المنفعة كليهما على امر متاخر موجب للبطلان للاجماع - واما اذا كان التحسيس فعليا و التعليق انما يكون فى تسبيل المنفعة فلا اجماع على بطلانه - فان قيل انه يعتبر فى الوقف القبض والمعدوم لا يمكن ان يقبض قلنا انه يمكن ان يقبض الحاكم والمتولى - مع انه لا فورية فى 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 السوقف على الحمل قالوا لان الوقف تمليك ولا يعقل تمليك المعدوم - ويرده مضافاً الى ما مر ان الحمل

موجود وهو قابل للملكية واشتراط ارثه بتولد 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 و ماشا كل فلا اجماع على بطلان الوقف اذا كان اشخاصها غير موجودين .

كما ان المتيقن من معقد الاجماع هو البطلان فى المعدوم فى اول الوقف اما لو وقف على طبقات طولية فمات الطبقة الاولى و لم يكن من الطبقة الثانية احد موجودا - بل وجد بعد مضى 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 فى كل مورد بدأ بمن لا يصح الوقف عليه كالوقف على نفسه و ماشا كل ثم بمن يصح .

واستدل للاول - بان المرتبة المتأخرة انما تتلقى الوقف من المرتبة السابقة و هو غير ممكن فى الفرض (وبان) مراد الواقف من السلسلة الطولية المرتب بقيد الترتيب فلا يمكن الحكم بالصحة فى 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 فى 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 الذى يجعله يصير الوقف لهم - وعن الثانى بان المراد الواقعى لا عبرة به و ظاهر الوقف على المراتب كالوقف على جماعة فى عرض واحد - انما هو انحلال الوقف الى اوقاف عديدة - كما فى بيع ما يملك وما لا يملك و ماشا كل ذلك

من الموارد فبطلان بعضها لا يوجب بطلان الجميع الا ان يقيد في انشائه - وعن الثالث بان يمكن ان يلتزم بصحة الوقف للموجود بعد انقضاء مدة المعدوم - ويجاب عن اشكال التعليق بان مثل هذا التعليق الناشئ من فساد الوقف بالنسبة الى بعض من دون ان يكون انشاء الوقف تعليقيا لا يوجب البطلان كما ذكروا 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 فكك يقال في المقام بالنسبة الى التعليق - وعليه - فيكون هذا من الوقف المنقطع الاول فيكون صحيحاً - وفي المدة التي كان الوقف للمعدوم 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 بلا خلاف وعليه الاجماع كما عن الغنية وعن المبسوط الذي يقتضيه مذهبه انه لا يصح الوقف على المجهول - وحق القول فيه ان التعيين المقابل للابهام والترديد اعتباره عقلي فان المراد لا وجود له ولا تحقق وبالمعنى المقابل للمجهول كما لو كان معيناً واقعا 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 .

(١٠) الثالث (اهلية التملك) فلا يصح السوقف 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 فلادليل 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 وهياكل العبادة المبتدعة ولا وقف الدابة لحمل الخمر والخنزير - والوجه فى ذلك ظاهر فان الوقف تحبىس للاصل وتسييل للمنفعة ولا يصح تسييل المنفعة المحرمة - وهل يجوز الوقف على من يعلم انه يصرف منافع الموقوفة فى المحرمات من الزنا و شرب الخمر وجهان بل قولان - اظهرهما الجواز - ويظهر وجهه مما قد مناه فى البيع على من يعلم انه يصرف المبيع فى الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا - وقد بسطنا القول فيه فى كتاب البيع واكثر ما ذكر فى وجه المنع فى تلك المسألة جارية هنا ويضاف دعوى انصراف الادلة - وانه يعتبر القربة فى الوقف ولا تحصل مع العلم بصرفها فى الحرام - وحيث عرفت عدم تمامية تلك الادلة وقدمر ايضا عدم اعتبار القربة فى الوقف فينحصر دليل المنع بانصراف الادلة والله العالم .

جعل الواقف النظر لنفسه

المطلب الثالث فى اللواحق - وفيه مسائل - ١- لاختلاف (٥) لاشكال فى ان (له جعل النظر لنفسه) مادام حيا والى مدة مستقلا وبالشركة - وعن المختلف الاجماع عليه - وفى الرياض وهو الحجة فيه مضافا الى الاصل والعمومات كتابا وسنة خلافا للحلى فمنع عن صحة هذا الشرط وافسد به الوقف وهو شاذ ومستنده غير واضح انتهى - وكيف كان فيشهد له عموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط بل مادل (٢) على ان الوقوف على حسب ما بوقفتها اهلها - وفى المسالك الاصل فى حق النظر ان يكون للواقف لانه اصله وحق من يقوم بامضائه وصرفه فى اهله - فهذا مما لا كلام فيه - كما انه لا كلام فى

١- الوسائل - باب ٤- من ابواب الخيار

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

ماذا 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 تلکم من الاخبار.

انما الكلام فيما (ان اطلق) ولم يشترط النظر في متن العقد الى احد - فقد صرح غير واحد بانہ (كان) التولية (لاربابه) و ذكر في المسالك وتبعه غير واحد انه بينى الحكم هنا على انتقال الملك فان جعلناه للواقف او الموقوف عليه مطلقا فالنظر له وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معينا والله تعالى ان كان عاما فالنظر 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 الواقف وتوقف تصرف الموقوف عليه على اذنه - لقلنا بعدم التولية بهذا المعنى لاحد وان الانتفاع بالواقف 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 والمعبر 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 ولادليل على جواز تصرفه فيه بعد ذلك - واستصحاب الجواز لايجرى سيما بعد تبدل الموضوع اما تبدل الملك الى عدمه - او الملك المطلق الى غير المطلق - واللموقوف عليهم لتعلق حق البطون المتاخرة بالمال نعم لهم التصرف فى تنميته واصلاحه

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

٣- الوسائل باب ٤ من الوقوف والصدقات حديث ٨

ونحو ذلك مما يرجع الى انتفاعهم به واما ولايتهم على نحو ولاية المتولى المنصوب بحيث تمضى اجارتهم على البطون اللاحقة مثلا- فلادليل 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 لاحظوا حوالهم 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 يعدم بموته - واما مع اعطاء المنصب يكون الحاكم واسطة لاثباته بنحو يسكون المنصب من قبل الله تعالى بجعل الحاكم فلاوجه لانعدامه بموته بل هو يكون باقيا .

الثانى انه لايجب 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 - وكونه 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 استدلاله فى الجواهر باطلاق الامر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين و من له تعلق بالعقد - و يرد 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 استدلل 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 لايجوز عزله مادام بقاء الاهلية .

الرابع لاشكال في انه لايشترط 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 الحدائق ره - و كيف كان فمقتضى الاصل وعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط عدم اعتبارها فيه - واما 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 وذوو 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 - واما الاجماع فثبوته ثم تعديته محل نظر - فالاقوى ما عن 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 لايجوز لهما قسمة الوقف ولاقسمة 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 الا انصرف اطلاقه الى ما هو المتعارف من التعمير و الاجارة و استيفاء العوض و جمع الحاصل و قسمته على الموقوف عليهم و نحو ذلك و لا يجوز لغيره التصدى لذلك لقوله **عَلَيْهِ** (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) كعمارة المساجد و المدارس و اعانة الحجاج و الزوار و نفع طلبة العلم و ماشا كل - 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 و النصارى (بطل) الوقف بلاخلاف 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 و قد مراعتبار حلية المنفعة - و بذلك 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 بدله من معبد - والاشكال فيه من جهة عدم تمكن الكافر من قصد القربة - مندفع - بعدم اعتبار قصد القربة اولاً - وتمشى قصد القربة 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 - ثايتها - الجواز فى الابوين دون غيرهما - رابعها - الجواز مطلقاً - خامسها المنع كك - مقتضى اطلاق ادلة الوقف والعقد الجواز مطلقاً - وبشعبه ايضا قوله تعالى (٢) «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم» وما دل (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 الفطرى ملك لورثته وقد مراعتبار 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 مافيه عند ذكر شرائط الموقوف - واما الثانى فيرد على الاستدلال به - اولاً ما ذكره جماعة من ان النهى عن الموازة انما هو من حيث كونه يحاد الله ورسوله والاحرم اللطف والاكرام - وثانياً انه يقيد اطلاق هذه الاية بالاية السابقة اضيف الى ذلك كله ماورد (٥) فى الارحام من

١- الوسائل - باب ٣٠ - من ابواب مقدمات الطلاق - وباب ٤ - من ابواب ميراث

الاخوة والاجداد وباب ٣ - من ابواب ميراث المجوس .

٢- الممتحنة آية ٩

٣- الوسائل باب ٣١ من ابواب فعل المعروف - وباب ٢١٩١٩ 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 ولا المقتضى 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 المحاوراة ان المراد المعنى العام - كك قد يكون بواسطة القرائن الحالية والمقالية على ارادة المعنى الخاص وفي مثل ذلك لاوجه 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 فقراء المسلمين والكافر الى فقراء ملته) لان لفظ الفقراء وان كان عاما لانه جمع محلى باللام الان شامد الحال قرينة على الاختصاص (٩) لو وقف (على المسلمين) انصرف (الى المصلى الى القبلة) مطلقا - وعن الحلى الاختصاص بالمحققين اذا كان الواقف محقا 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 الاستفادة من جملة من النصوص (٢) ان الايمان عبارة عن الاقرار باللسان و التصديق بالجنان والعمل بالاركان - واورد عليهم بان جملة اخرى (٣) تدل على انه

١- سورة لقمان آية ١٥

٢-٣- راجع الكافي ج ٢ بمضمونها روايات فيه .

عبارة عن الاقرار باللسان والتصديق بالجنان - والجمع بحمل الاولى على الفرد الاكمل
اولى من الجمع بتقييد الثانية بالاولى - ويتوجه على الاستدلال وجوابه - ما امر مسنان
العرف العام مقدم على اللغة ولاشبهة في ان الايمان في العرف العام للاسب - 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 غائباً - 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 العرفى اعم
من الانتساب اليه من طريق الابن والبنات .

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

لا يلزم التفضيل فى هذا المقام .

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

(اقول) قد استدلل للمشهور بالاجماع وقد ادعاه السيد ابن زهرة - وبما عن الحلبي والتنقيح ان به رواية فان تم الاجماع - والافالظاهر تمامية ما افاده الحلبي - وان كان يبقى الاشكال ح فيما اذالم 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 خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى ان يكن خيراً منهن» ويقول الشاعر - وما ادري وسوف اخال ادري - اقوم الحص ام نساء .

(٩) لو وقف على (العشيوة) 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 اذالم يعلم من قصده الاعم او الاخص .

(٥) 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 يلبى داره الى اربعين ذراعاً) وهو مختار الماتن هنا - وعن الغنية الاجماع عليه - وقيل انه الى اربعين داراً واختاره صاحب الحدائق ره (وجه) الاول ما تقدم من انه المحكم اذالم يكن للواقف عرف خاص وفقدت القرائن المفيدة لغير ما هو المفهوم من اللفظ عرفاً (وجه) الثاني ما عن الخلاف من نسبه الى روايات اصحابنا واجماعهم (وجه) الثالث نصوص كثيرة - كصحيح (٢) جميل او حسنه عن ابي جعفر (ع) حد الجوار اربعون داراً 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 وماشاكل دون الالفاظ المتداولة بين اهل العرف واللغة المستعملة فى مجموعات الناس كالوقوف والنذر والحلف وماشاكل - فان المعيار كما مر هو العرف الخاص ثم العام - وسره ماتقدم-وعلى وجه الثانى ان الاجماع لعلمه من جهة ما ذكره بعضهم بموافقه لمقتضى العرف والعادة - والروايات لم تصل الينا - فالظاهر هو الاول .

(٩) لو وقف (على سبيل الله) جازصر ففى (كل مايتقرب به اليه) كما لا يخفى - والقول باختصاصه بالجهاد كما عن ابن حمزة - اوقسمته اثلاثا ثلث للغزاة وثلث للحج وثلث للعمرة كما عن الشيخ - لادليل عليه - ولو كان له مولى عتاقه اى المولى من الاعلى وهو المعتقله - و مولى نعمه 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 ارد صرفه فيهم جازله 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 ٤٤٤ باب حق الجوار

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

المتقدمة فى ارض وقفت على المحتاجين من ولد فلان وهم كثيرون متفرقون فى البلاد - قال ^{عليه السلام} وهى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف وليس لك ان تتبع من كان غائباً فلاتنا فى ما ذكرناه - فان المفروض فيها كون المحتاجين من تلك القبيلة كثيرين متفرقين فى البلاد فهو قرينة على ارادة الوقف لفقرائهم الموجودين فى البلد ولا تدل على لزوم تتبع الحاضرين فى البلد - او عدمه - فالمتبع ما بيناه (و) كيف كان فقد ظهر مما اسلفناه فى 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 بقى فى المقام (مسائل) لا بد من التعرض لها (الاولى) اذا بطلت المصلحة الموقوفة عليها) فالمشهور انه ؛ (صرف فى وجوه البر) بل لاختلاف فيه ظاهراً وان كان قول المحقق فى النافع وقيل يصرف فى البر مشعرا بترده فيه - نعم فصل فى المسالك بين ما لو كان الوقف على مصلحة تنقرض غالباً فيجرب عليه حكم منقطع الآخر - وبين ما اذا كانت مما يدوم غالباً فالمتجه ما ذكره المشهور وبين ما يكون مشتمبه الحال ففى 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 فى المصلحة المعينة فيصرف فى وجود البر (وبان) الوقف على المصلحة فى الحقيقة وقف على المسلمين وتعذر 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 الى مصلحة اخرى من مصالح المسلمين مع عدم مكانه - 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 وحبسه مستمراً مادام كونه باقيا يوجب التوسعة في المصلحة الموقوف عليها ويكون حبسه بالنحو الذي ذكرناه وبهذا البيان يندفع ما ورد على الوجهين المزبورين بان المفروض انه قصد الخصوصية فلا يبقى العام بعد فواتها والامكن ان يقال في الوقف على اولاد زيد اذا انقضوا 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 كخبر (٢) محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن (ع) اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الابا باواحد منها كيف يصنع بالباقي فوقع ^{الصلح} الابواب الباقية اجعلها في وجوه البر - وخبر (٣) علي بن يزيد (فرقد خ ل) صاحب السابري اوصى الى رجل بتركته فامرني ان احج بهاعنه فنظرت في ذلك فاذا هي شيء يسير لا يكفي للحج فسألت ابا حنيفة وفقهاء اهل الكوفة فقالوا تصدق بها عنه الى ان قال فلقيت جعفر بن محمد عليهما السلام في الحاجر الى ان قال قلت تصدقت بها قال ^{الصلح} 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 تايدا كما صنعها 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 المررد 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 على بن راشد قال سالت ابا الحسن (ع) قلت جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتي بالفى 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 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 اولى ولا يضر نقصان حصة 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 ماد (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 وقتت 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 - وبخبر (٣) ابي طاهر البلالى كتب جعفر بن حمدان استحلت بجارية الى ان قال ولى ضيعة قد كنت قبل ان تصير الى هذه المرثة سبيلتها على وصاياى وعلى ساير ولدى على ان الامر فى الزيادة والنقصان منه الى ايام حياتى وقد اتت بهذا الولد فلم الحقه فى الوقف المتقدم المؤبد واوصيت ان حدث بى حدث الموت ان يجرى عليه مادام صغيرا فان كبر اعطى من هذه الضيعة جملة مائتى دينار غير مؤبد ولا تكون له ولا لعقبه بعد اعطائه ذلك فى الوقف شىء فرأيتك اعزك الله فورد جوابه يعنى من صاحب الامر ارواحنا فداء - اما الرجل الذى استحل بالجارية الى ان قال واما اعطائه المائتى دينار واخرجه من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما اراد - فان ظاهره جواز تغيير الوقف مع الشرط .

(ولو اطلق واقبض لهم يصح) تغييره بالاخراج او الادخال او التثريب 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 جازان يشترط معهم من يتجدد له من الاولاد وان لم يشترط

١- الوسائل- باب ٤- من ابواب الخيار

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

٣- الوسائل- باب ٥- من ابواب الوقوف حديث ٤

ذلك فى العقد وعن القاضى موافقته بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين ووافقته 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 ابى الحسن (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبيئه لهم اله 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 فى الصدقة الجارية اى الوقف لا ينكر -

والثانية ما يدل على ما ذهب اليه الشيخ ره - كصحيح (٢) على بن يقطين عن ابى 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 ابى عبد الله (ع) فى 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) بيئته وقوله (ع) بعد ان ابانهم - وربما يجمع بحمل النفى فى الاولى على الكراهة .

فالحق ان يقال ان صحيح ابن الحجاج غير ظاهر فى 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 و بذلك يظهر ما فى الجمعين المذكورين فالظاهر ماهو المشهور .

(ولو شرط نقله بالكلية او اخرج من يريد بطل الوقف) عند الاكثر بل عليهما الاجماع فى كثير من الكلمات فالكلام فى 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 - وفى محكى 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 و شرط نقله عنهم فان ذلك ابطال للوقف باختياره .

وكيف كان فقد استدل للبطلان فى هذه المسألة - تارة بما ذكره المحقق الثانى ره وحاصله ان هذا الشرط بمنزلة شرط الخيار الممنوع بالاجماع - واخرى بانه شرط مناف 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 و قفا على الموقوف عليهم ومع الشرط يكون مقتضاه بمقتضى قوله بإطلاق الوقف على حسب ما يوقفها اهلها انتقاله الى غيره كما لو وقف على اولاده الفقراء ثم على غيرهم فانه بانتفاء الفقريين نقل 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 لمدل (١) على وجوب نفقة المملوك على مالكة و على الواقف ان قلنا ببقائها على ملك الواقف - ودعوى - انصراف مدل على وجوب نفقة المملوك على مالكة عن مثل هذا المالك الذي صار مثل الاجنبي - ممنوسة - وان قلنا بخروجها عن ملك الواقف وعدم دخولها في ملك الموقوف عليه - كما هو الاظهر فقد يستدل لوجوب نفقتها على الموقوف عليه بمدل على وجوب حفظ النفس المحترمة والمال المحترم - وفيه - اولا انه لا دليل على ذلك في 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 كفاثيا - ويمكن ان يستدل له بان العين امانة شرعية في يد الموقوف عليه فيجب حفظها وهو متوقف على تعليفها وسقيها ولا يبعد دعوى كون الشرط الضمني في ضمن عقد الوقف ذلك .

واما مصارف تعمير الاملاك الموقوفة ومؤونة اصلاحها للاستنماء بها وما تحتاج اليه في بقائها مع عدم تعيين الواقف فتكون من نمائها مقدما على حق الموقوف عليهم - نعم لهم ان يعطوا عوضه من غيره واذ 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 الضمني الذي عليه بناء الواقف حين الوقف فانه اذا وقف دارا ابداعلى الفقراء او العلماء او غيرهم - لامحالة يكون المرتركز في ذهنه صرف مقدار من نمائها

١ - الوسائل باب ١٣٥٤ و ١٤ من ابواب النفقات كتاب النكاح و باب ٩ من ابواب احكام

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 و (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 الصلبي فلا يشمل اولاد الاولاد ولا اولاد البنين ولا اولاد البنات - واستدل للاول

بصدق الولد على و لدا ولدو هكذا - ويدفعه - انه لا يكفي صدقه بماله من المعنى

للعوى بل الميزان صدقه بما هو المفهوم منه عرفا كما مر - ومع عدم القرينة لا يبعد انصرافه

الى الصلبي - 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 تصير 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 الارض وهي التي تتشرف بكونها متحيثة بحيشية كونها بيت الله تعالى . وهذا لا يكون في المنفعة اللهم الا ان يقال نفس قابلية الارض لان تجعل مسجدا منفعة محللة يقع عليها الاجارة فيجعل الارض مسجدا - مع ان المسجد اسم للموقوف مؤبدا كما عن جامع المقاصد ولذلك بنينا على ان عنوان المسجدية غير قابل للزوال فالارض 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 تام .

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 والا فلا وجه لاعتبار ان تكون المدة طويلة - ومع الاغماض عن جميع ما ذكرناه الشك في انه هل يصح جعل الارض 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 الاوقاف 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 ونقيده 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 التنزيلي وهو الاستصحاب عليه وهو في المقام يقتضى عدم الجواز لاصالة عدم الوقف بنحو يشملها - وبعبارة اخرى - اصالة حرمة التصرف في الاموال حتى يثبت المجوز - وعلى الثانى ان اصالة عدم الاشتراط لا تثبت وقوع الوقف على المطلق - اذ غاية 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 الثانى يثبت الاول - مندفعة بان مثبتات الاصول ليست بحجة - فالظاهر عدم جواز التصرف .

وان علم انه وقف على جماعة كالذكور من اولاده مثلا وشك في ان الوقف عليهم خاصة - اومع اشراك الاناث - يكون ثبوت نصف الوقف على الذكور معلوما والنصف الاخر مردد بين ان يكون لهم او للاناث فيعامل معه معاملة المال المررد 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 يقتضى عدمه - فان قيل - انه في الفرض السابق يجرى اصالة عدم الوقف على الاناث ويترتب عليه كونه بتمامه للذكور - قلنا - ان هذا الاصل لا يثبت كون تمام المال للذكور لعدم حججته 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 قد هما اذالم يعلم انه وقف على الذكور خاصة -

او على الاناث كك او انه 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 والرقيبى

خاتمة - فى مسائل تتعلق بالسكنى والعمرى والرقيبى - وهى باجمعها ثابتة بالاجماع والنصوص المستفيضة الاتية جملة منها - والكلام فيها فى طى مسائل - الاولى - (يفتقر السكنى والعمرى والرقيبى الى ايجاب وقبول) بلاخلاف الا فيما لو اطلقها ولم يقترنها بالعمراو مدة فاحتمل بعضهم عدم احتياجها ح الى القبول - ومستند الحكم ان الاصل عدم انتقال شىء 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) بلاخلاف 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 ورد العين بعده إليه 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 فىه 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 والعمرى فقال عنه 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 ابى الحسن موسى (ع) عن رجل جعل دار سكنى لرجل ايام حياته او 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 عنه لا ينقض البيع السكنى كك سمعت ابى يقول قال ابو جعفر عنه لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن تبعه على ان الذى اشتراه لا يملك ما اشترى حتى تنقضى 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 مارواه (٤) عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ايمار رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانما هى للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاها - وهو مضافا الى ضعف سنده محجوج بما مر .

الثالثة ان من يسكن غير داره- تارة يعين للسكنى مدة معينة كعشر سنين مثلا ويسمى بالرقيى- 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 المعمر - 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 والحبيس حديث ١

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب السكنى والحبيس حديث ١

٣- الوسائل باب ٢٤ من ابواب الاجاره حديث ٣

٤- التذكرة ج ٢ ص ٤٤٩

العناوين الثلاثة عموم مطلق بان يكون السكنى عامة للجميع وح ان اقترنت بالمدة يطلق عليها الرقيبي ايضا- وان اقترنت بالعمر يقال لها العمرى - او تكون النسبة عموما من وجه كما عن الاكثر- لاجتماع السكنى مع كل منهما فيما لو قرن تملك المنفعة بالسكنى و مشخصات احدهما كالسكنى مدة العمر فى العمرى ومدة معينة فى الرقيبي - وافتراقها عن كل منهما باقتران التملك بالسكنى خاصة ويفترقان عنها بمجرد التملك عن الاسكان وتقييدد 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 والرقيبي فى غير المسكن: كلام ستمتعرض له انشاء الله تعالى .

وعلى ما مر (فان عين مدة لزوم) ولا يجوز له الرجوع ما لم ينقض المدة (ولومات المالك قبلها) كما هو المشهور بل صرح جماعة بجهالة القائل بخلافه - ويشهد به مضافا الى ما دل على لزوم العقد مطلقا خصوصا روايات تقدمت جملة منها - دالة على وجوب العمل بالشرط - فما - عن الشيخ والحلبى 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 - لما مر - 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 تزد على الثلث - والى خبر (١) خالدين نافع البجلي عن ابى عبدالله (ع) - ويتوجه على الاول ان المالك فى حال حياته يملك المنفعة المرسلة وله ان يملكها كما مر فى الاجارة - وعلى الثانى انه ضعيف السند

لخالء الذى هو اما مى مجهول ولغيره - مع انه فىما لوجعل له مءة عمر المالك .
 (ولو قال) اسكنك (مءة حىائى بطلت بموته ولومات الساكن قبله انقل
 الحق الى وراثته مءة حىائه) بلاخلاف ويشهد به ما دل على لزوم العقد والنصوص
 المشار اليها - وفى خصوص الحكم الثانى اءلة الارث - وصحيح (١) محمد بن قيس
 عن الباقر (ع) عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى فى العمرى انها جائزة لمن اعمرها فمن اعمر
 شيئاً ما دام حىافانه لورثته اذا توفى .

(ولو) اطلق السكنى و (لم يعين) لهامءة معلومة ولاعمر ا اصلا صح السكنى
 بلاخلاف ولكن (كان للمالك اءراجه متى شاء) - بلاخلاف - لموثق (٢) الحلبي
 عن ابى عبدالله (ع) فى حديث - عن رجل اسكن رجلا ولم يوقت له شيئاً قال يءرجه
 صاحب الدار اذا شاء - ونحوه صحيحه (٣) الاخر او حسنه .

ثم انه وقع الخلاف فى انه هل يلزم الاسكان ولو فى الجملة كىوم ونحوه مما يسمى
 اسكانا فى العرف والعاءة 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 ينا فى ذلك فانها
 تدل على ان له ان يءرجه من الدار متى شاء ومن المعلوم ان الاءراج انما يكون بعد
 الاسكان (ودعوى) ان السكنى بهذا النحو باءلة للغرر والتميقن من الدليل صءتها
 فهى غير مشمولة لاءلة وجوب الوفاء بالعقد كى يحكم بلزومها (منءفة) بان
 دليل الصءة يقيد دليل نفى الغرر - فهو عقد صحيح - مشمول لدليل وجوب الوفاء -
 ثم لومات المالك والحال هذه هل تبطل السكنى بالمرءة - لانها بعد تحقق المسمى من
 العقود الجائزة وهى تبطل بموت احد المتعاقدين - ام لا تبطل غاية الامر لورثة
 المالك اءراجه كما كان لنفسه - وجهان اظهرهما الثانى - لما مر من عدم الدليل على
 هذه الكلىة - 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 ٢ -

٤- المائءة 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 مسلوبة المنفعة فى مدة لغرض له فيها - والمانع عن صحة البيع الجهل بالمبيع - ولا يعتبر العلم بالمنفعة قطعاً ولذا يصح بيع ما لا يعلم منفعتة .

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 للملوك 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 مضائفة غير متعين يكون هو ايضا غير متعين قابلا للتقييد و مضائفة مسكنية الدار القائم بالسكن غير متعين لان سكنى زيد غير سكتى 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 ينافى كونه لامتعين فيقبل التعينات الخاصة و يقبل بقاءه على حاله من عدم التعين فيكون مطلقا .

الحبس

الخامسة - فى الحبس ولم يتعرض الاكثر لاحكامه مستوفى ولم يتعرضوا لعقده 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 فى الوقف - وعليه فجميع ما ذكرناه من الاحكام و الشروط فى الوقف جارية فى الحبس - والظاهر انه لا خلاف بينهم فى شىء منها - ولعله لذلك لم يستوفوا احكامه فى المقام و قدم فى بعض مسائل الوقف ما يوضح ذلك. (و) انما الكلام فى المقام فى موردين - الاول فى 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 ابى جعفر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى فى العمرى انها جائزة لمن اعمرها الحديث - وصحيح (٢) يعقوب بن شعيب عن ابى عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم يخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش

١ الوسائل باب ٨ - من ابواب كتاب السكنى والحبيس - حديث ٢

٢ - الوسائل باب ٦ - من ابواب كتاب السكنى والحبيس - حديث ٢

فإذامات فهي حرة فتباق الامة قبل ان يموت الرجل بخمس سنين او ستة ثم يجدها ورثته اللهم ان يستخدموها قد رما ابقت قال عليه السلام إذامات 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) فالمشهور انه يد (لمزمه اذامات 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 مالك لايهمنا 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 القرابة 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 ماخوذة 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 و ذكر غير واحد من الاصحاب ان الوصية منقولة من وصى يصى بالمعنى الاخير الى ان قال والاولى نقلها من الوصية بمعنى العهد .

اقول الظاهر تمامية ما فى الجواهر كما صرح به جمع من اهل اللغة فى كتبهم كالصحيح والقاموس والمنجد - ومحصله ان الوصية انما هى اسم مصدر للايضاء او التوصية لامصدر للثلاثى ولا اسم مصدر له - وانها بمعنى العهد لا غير كما يرشد الى ذلك الايات القرآنية - وهى قوله تعالى (١) «وصية لازواجهم» وقوله تعالى (٢) «من بعد وصية يوصى بها او دين - ومن بعد وصية يوصى بها او دين ومن بعد وصية توصون بها او دين» وغير تلكم من الايات بل الرباعى الماخوذ منه الوصية - ايضا استعمل فى ضمن ساير مشتقاته فى 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 بالديه حسنا» (٦) الى غير تلكم من الايات الكريمة .

ثم انه حيث لا يكون للشارع اصطلاح خاص فى الوصية وانما اطلقت على التصرف الخاص وهو العهد فى حال الحياة بما بعد الوفاة - لكونه من مصاديق معناها العام -- فالصحيح ان يقال انها فى عرف المتشرعة والفقهاء عبارة - عن العهد بشيء من تمليك عين او منفعة او تسليط على التصرف فى حال الحياة بما بعد الوفاة - وانما اضفنا 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 فى

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

المذكورة من اضافة قيد التبرعية لاجرا ح الوصية بالبيع والتمليك معاوضى .

ثم ان الوصية اما تمليكية او عهدية - 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 .

و الاصل فى شرعيتها 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 هى حق على كل مسلم - وخبر (٤) سليمان بن جعفر عنه عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله 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 تاكيد الفضيلة - بل الظاهر عدم استفادة ازيد منها من مجموع النصوص بعضها الى بعض - او 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 مالم تبرز - و اما اعتبار القبول - ففيه وجوه وبعضها اقوال (١) عدم اعتباره مطلقا بل يكون الرد مانعا اختاره بعض متأخري المتأخرين (٢) عدم اعتباره في 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 يدخل 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 محكى عن المبسوط (ثم ان) الظاهر من استدلالاتهم ارادتهم من الجزئية او الشرطية الجزئية أو 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 ما يعتبر فيها من شرائط الموصي والموصى له - والموصى به (يردها) ان آية (١) المشروعية مطلقة سيما بواسطة ما في ذيلها من قوله «فمن خاف من موص جنفا» 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 - وص الاتية الدالة على وجوب العمل بالوصية على الموصى اليه اذا لم يرد او اذارد ولكن لم

يبلغ الموصى الرد - فان ذلك ينافى اعتبار القبول .

وقد استدل على اعتبار القبول فيهما مطلقا - او في خصوص التمليلية منها جزءا أو شرطا - أو في 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 جزءا (وفيه) ان ذلك ينافى 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 ينافى 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 القهرى 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 القهرى كثير - اليس الانسان يملك فى ذمة من اتلف ماله عوض ماله - وكذا من جنى عليه بما يوجب الدية - اليس الارث من الملك القهرى - وكذا الوقف وهكذا فلما مانع من كون المقام كك - وقد التزم الاصحاب فى الوصى بانه لو مات 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 الاعظمه - وهو اصالة عدم انتقال المال مع عدم القبول - ويرده انه لامجال للرجوع الى الاصل مع الدليل وقدم وجوده (فتحصل) ان الاظهر كون الوصية من الايقاعات مطلقا وان القول بدخل القبول فيها ضعيف - والاجماع المدعى عليه فى الجملة بعد معلومية مدرك المجمعين كما ترى - واضعف من ذلك القول بكونها من الايقاعات ومع ذلك يعتبر القبول فى تحقق الملكية لقاعدة السلطنة أولان ادلة نفوذ الوصية انما تدل على نفوذها على نحو ما كان له فى حال الحياة - اذ لا تتعقل نفوذ الوصية وصحتها ومع ذلك لا يترتب عليها اثرها وهو الملكية ولو اقتضى ما ذكر فى وجهه شيئا لاقتضى عدم صحتها بدون القبول ولولا الاجماع وتسلم الكل لقلنا بعدم مانعية الرد عنها - ولكن قال المحدث البحرانى ظاهرهم الاتفاق عليها - وتكرر فى كلمات الشيخ الاعظم دعوى الاجماع عليها - وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليها - وكفى بذلك حجة لها (ولا يخفى) ان ذلك بالنسبة الى الموصى له واما الموصى اليه اى الوصى فسياتى الكلام فيه .

ثم ان المتيقن من دليل الرد المانع مانعية الرد بعد الموت قبل القبول - ففى 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 فى حال الحياة - اما الصورة الاولى فالظاهر من كلماتهم كون مانعية الرد فيها من المسلمات - واما فى الثانية فالظاهر عدم الخلاف فى عدم مانعيته - واما فى الثالثة فعن الشيخ وابن سعيد مانعيته وان الرد قبل القبض يؤثر فى البطلان (واستدلاله) باشتراط القبض فى صحتها - لاشتراكها مع الوقف والهبة فى العلة المقتضية وهى العطية المتبرع بها مع اولوية الحكم فى الوصية من حيث انها معلقة فيها بخلاف العطية فى الهبة والوقف فانها فىهما منجززة (وفيه) ان الاظهر عدم اشتراط القبض فيها كما هو المشهور - وما ذكر فى وجه اعتباره استحسان محض لا يستند

اليه في الحكم الشرعي (فان قيل) إن الوصية من العقود المجائزة 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 الادلة لوجهه للالتزام به - فالظاهر عدم تأثير الرد في هذه الصورة ايضا - واما في الرابعة - اي ما لو كان الرد في حال حياة الموصى - فالظاهر عدم بطلانها اذا كان الموصى باقيا على ايجابه منتظرا لان يدوله فيقبله (ودعوى) الاجماع على بطلان الايجاب في جميع الموارد بالرد ولذا قالوا في ساير العقود انه لو رد 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 فلان مانع من البناء على الصحة لو قبل بعد الرد .

هذا كله في الرد - واما 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 (وعلمه) بان الوصية تملك بعد الوفاة فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية - وان القبول اما كاشف او جزء السبب و على كل تقدير يمتنع اعتباره قبل الموت اذ الكاشف عن الشيء لا بدوان يتاخر عنه ويمتنع الملك قبل وفاة الموصى - 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 فالظاهر ان له القبول في حال حياته - ومما ذكرناه في الرد ظهر صحة القبول بعد الرد كان الرد في حال حياة الموصى او بعد وفاته الا ان يكون في حال الحياة والموصى يرفع اليد عن وصيته - فتدبر .

ايقاع الوصية بالفعل الدال عليها والكتابة

(و) 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 الالفاظ - 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 ذا 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 (و) لافرق فى ذلك بين (التعذر لفظا) والتمكن منه - فمافى المتن وعن غيره من التقييد بالتعذر بل وبعدم القدرة على التوكيل لواجه له - 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 - فيدل على الاكتفاء بها العمومات على ما مر (ودعوى) ان الكتابة ليست مصداقا فى العرف والعادة لعنوان عقدا و ايقاع

فليست آلة لايجاد عنوان بها كما عن المحقق النائيني ره (مندفعة) بان عناوين العقود والايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية واللفظو كذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك وعليه فكما يصح الاخبار بالكتابة كك يصح 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 استدل به 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 - و رابعة 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 يامرهم بذلك فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر وغيره - وعن التذكرة 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 - فيعدم القول بالفصل تثبت في غيره - و المبتلان بانه يدل على ان التنفيذ كك من خواص الولد نظير قضاء الصلاة و الصوم فتدل على عدم حجية الكتابة المجردة عن القول فيقيده بالعمومات - وللتفصيل الاول بظهور النقل الثاني فيه - وللثاني منه بان منطوقه يدل على صحة الوصية بها للولد و مفهوماه 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 دلالاته) فالذي يظهر لي منه انه يدل على ان الكتابة المجردة من دون ان يكون

هناك قرينة تشهد بكونها بعنوان الوصية وبداعى انشائها لا تكون حجة على الوصية اذ من الجائز انه انما كتب ذلك لينظر 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 باعتراه - وعليه فيمكن القول بدلالته على صحة الانشاء بها اذ لو لم تصح لما كان وجه لاخذ الولد باعتراه - ولا يحتمل الاختصاص بالولد - فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال .

اذا وصى بامر ين وقبل الموصى له احدهما

الثالثة - المعروف بين الاصحاب انه لو وصى له بشيئين بايجاب واحد فقبل الموصى له احدهما ورد الاخر صح فيما قبل و بطل فيما رد و كذا لو وصى له بشيء فقبل بعضه مشاعا او مفروزا ورد بعضه الاخر - 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 و القبول و هى مفقودة فى المقام - و اجاب عنه صاحب الجواهر به تارة بان الوصية ليست من العقود المعتبر 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 انفراهما - ولعله الى هذا يرجع ما افاده المحقق الثانى به من ان الوصية لما كانت تبرعا محضا لم تربط 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 للموصى له رد الوصية فكما ان له رد الكل له رد البعض -

وكذلك على القول بان القبول من قبيل الشرط لاجزاء للعقد (ودعوى) انه لا اطلاق يشمل الوصية بالبعض لان كل جزء وان كان موضوعا للوصية لكنه في حال الاجتماع ولا يشمل حال الانفراد فلاموضوع لدليل الصحة و النفوذ (فيها) او الانقضاء بما اذا اوصى بما يزيد على الثلث فلم يقبل الورثة فانه لا اشكال في صحة الوصية بالنسبة الى الثلث فيستكشف من ذلك شمول دليل الوصية للوصية بالبعض - و ثانيا بالحل بان الوصية بشيئين وصية بكل منهما لان الوصية توزع عليهما فلكل منهما نصف الوصية فان الوصية من قبيل الوجود فكما انه لو اوجد شيئين في الخارج او الذهن يصح ان يقال انه اوجد كلا منهما كك في الوجودات الاعتبارية فكل من الشيئين تعلق به الوصية فيشملها اطلاقات ادلة الصحة - و اما على القول بان القبول جزء للعقد فبعد انحلال العقد الى عقدين يكون قبول احدهما مطابقا لايجاب له ولم يدل دليل على اعتبار المطابقة بين القبول و مجموع ما انشأ بايجاب واحد - ولذلك بنينا على صحة البيع مع تبعض الصفقة ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين مالو علم من حال الموصى ارادته تمليك المجموع من حيث المجموع و بين مالو علم من حاله عدم قصد له في الاجتماع اذ المدار في الانشائات على الانشاء لا ما في نفس المنشأ فما لم يشترط في الانشاء جاز فيه التبعض وان كان غرضه الاجتماع .

الرابعة (وانما تصح) الوصية (في السائغ) ولا تصح في المعصية كمساعدة الظالم في ظلمه - بلا خلاف اجد فيه ويشهده الاية الكريمة (١) «فمن خاف من موص جنفا او اثما» وفي خبر (٢) محمد بن سوقة عن الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه الاية فقال عليه السلام نسختها التي بددها فمن خاف من موص جنفا او اثما قال يعنى الموصى اليه ان خاف جنفا من الموصى اليه في ثلثه فيما اوصى به اليه مما لا يرضى الله عز ذكره

١ - البقرة آية ١٨١ .

٢ - الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوصايا حديث ١ -

من خلاف الحق فلا تائم عليه اى على الموصى اليه ان يرده الى الحق والى ما يرضى الله عزوجل فيه من سبيل الخير - وفى المرسل (١) المضممر ان الله تعالى اطلق للموصى اليه ان يغير الوصية اذالم تكن بالمعروف وكان فيها حيف ويردها الى المعروف لقوله عزوجل 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 اذتبديل 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 اصالة المنع و بعدم امكان تنفيذها - فهى كالوصية بغير المقدور اذالممتنع 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- كموثق (٢) يريد العجلى عن ابي عبد الله (ع) لصاحب الوصية ان يرجع فيها ويحدث فى وصيته مادام حيا- وصحيح (٣) ابن مسكان عنه عليه السلام قضى امير المؤمنين (ع) ان المدبر من الثلث وان للرجل ان ينقض وصيته فيز يدفيها و ينقر منها ما لم يموت- 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) لاشكال فيما لو رجع قولاً او فعلاً مع قصد الرجوع به - وكذا لاشكال فيما اذا كان الفعل موجبا لعدم

١- الوسائل باب ٣٨ من ابواب الوصايا حديث ٢

٢- ٣- ٥- الوسائل- باب ١٨ من ابواب كتاب الوصايا- حديث ٤- ١- ٣

٤- الوسائل- باب ١٩- من ابواب كتاب الوصايا- حديث ١

امكان بقاء الوصية كما لو باع ما وصى به او وهبه او ماشا كل مما يوجب خروج المال عن ملكه فينتفى بذلك موضوع الوصية.

انما الاشكال فيما لو تصرف فى الموصى به تصرفا اخرجه عن مسماه - من دون ان يقصد به الرجوع - كما لو اوصى بطعام فطحنه او بدقيق فمعجنه 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 المنافى وبقاء العين على حالها كما يقال ذلك فى النذر المعلق كما لو نذر ان يعطى داره لزيد ان رزق ولد أفكاه نذر ان يبقى السدار الى ان تعطى زيدا - وعليه فكما ان التصرف المنافى ح كاشف عن رفع اليد عن الوصية كذلك التصرف المغير للعين كاشف نوعى عن رفع اليد عن الوصية - ولازم الوجه الاول البطلان حتى مع العلم بعدم قصد الرجوع - والثانى البطلان مع عدم احراز عدم قصد الرجوع .

وبه يظهر ان ما افاده الشهيد الثانى من عدم بطلان الوصية لو فعل المغير للاسم لمصلحة العين لدفع الدور عنها ونحوه - انما يتم لو كان منشأ البطلان الوجه الثانى دون الاول فتفريعه ذلك على الوجه الاول غير تام .

وعلى ما ذكرناه لو علق الموصى وصيته باسم الاشارة و نحوه مما لم يذكر فيه الاسم ثم تصرف فى الموصى به تصرفا مغيرا - فحيث ان الوجه الاول لا يجرى هنا وينحصر الوجه فى الثانى - فلو علم من قصده عدم الرجوع لا تبطل الوصية بذلك - والى هذا نظر المصنف فى محكى التذكرة - لاما توهمه المحقق و الشهيد الثانى - من انه يفصل بين الوصية بالمعين والوصية بالمطلق وانه تصح الوصية بالمعين وان تغير الاسم بخلاف الوصية بالثانى فان الوصية تبطل بمجرد تغير ما عنده من افراده لو كان - فان هذا شىء لا يمكن ان يتفوه به متفقه فضلا عما هو فى الصف الاول من الفقهاء المحققين فانه فى الوصية بالمطلق اى الكلى لا تبطل حتى مع التصرف المتلف للأفراد لعدم كون التصرف واردا على ما هو متعلق الوصية - وهذا من الواضح بمكان .

ولومات الموصى - فهل لورثته 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 مآثره الموصى فهو لو ارثه - فلنا 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 ترکه الميت بل ينتفى بالموت لانتفاء موضوعه نعم يمكن البناء على جواز تصرفهم فيه ظاهرا مالم ينكشف تعقب القبول نظرا الى استصحاب عدم القبول بناء على جريانه فى الامور الاستقبالية - ولا يجوز ذلك على ما اخترناه لان استصحاب عدم الرد على المختار يقتضى عدم جواز التصرف وكون المال للموصى له فتدبر .

من شرائط الموصى البلوغ

المطلب الثانى فى شرائط الموصى - وذكروا له شروطا (٩) قد جمعها المصنف ره فى قوله (يشترط صحة تصرف الموصى) وتفصيل ذلك انه يعتبر فيه ام-ور - الاول البلوغ فلا تصح وصية غير البالغ بلا خلاف وعليه الاجماع فى الجملة - ولعله من القطعيات كما صرح به بعضهم - لمادل 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 الحللى والمصنف فى المختلف والمحقق الثانى فى جامع المقاصد والشهيد الثانى فى المسالك عدم الصحة واستدل للاول بجملة من النصوص

١- النساء آية ٤

٢- الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١ - و باب ٣٦ من ابواب

القصاص فى النفس حديث ٢- و باب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه و باب ٢ من ابواب الحجر

كصحیح (١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فى ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حدم معروف وحق فهو جائز - ومصحيح (٢) البصرى عن ابى عبد الله (ع) اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته - وموثق (٣) منصور عنه (ع) عن وصية الغلام هل تجوز قال (ع) اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته - ومثله موثق (٤) البصرى عنه - وموثق (٥) ابى بصير وابى ايوب عنه عليه السلام فى الغلام ابن عشر سنين 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 عشر سنين واوصى بثالث 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 العشر سنين - 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 بو او كما حقق فى محله فى الاصول - ولكن لما كان العقل معتبرا لجماعا لزم تقييد اطلاق ما تضمن العشر المقابل للعطف بو او - ويلزمه تقييد ذلك فى الشرطية الاخرى لئلا يكون شرط العشر بلا فائدة فتكون النتيجة اعتبار الامر بن معاى العقل و بلوغ العشر سنين .

ومنها انه فى بعض الاخبار ذكر الحد المعروف والحق وفى آخر اصابة موضع

١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - ٧ - الوسائل - باب ٤٤ - من ابواب كتاب الوصايا -

حديث ٤ - ٣ - ٧ - ٥ - ٦ - ١

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

٩ - التهذيب - باب وصية الصبى والمحجور 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 ابى 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 فائبات 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 يبقّى مع ما قدمناه مورد لما عن 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 فكك - ولكنها كما افاده المحقق شاذة - ومخالفة لاجماع المسلمين لانها تدل على حصول البلوغ بذلك فيتعين طـرحها وان عمل بها ابن الجنيد فى المقام .

الثانى العقل - فلاتصح وصية المجنون - لاجماع ولحديث رفع القلم المتقدم آنفا - وعدم قصده - نعم تصح وصية الادوارى منه اذا كانت فى دور افاقته لانه ح عاقل فلामنع 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 المقام .

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 البرو المعروف أو مطلقا بل عن ظاهر الغنية الاجماع 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 لئلا 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 بنفسه ولم يلتزم موابه 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 ظهر جواز وصيته لعدم معارضتها الحق الغرماء لتقدم الدين عليها

الخامس الحرية .

السادس ان لا يكون قاتل نفسه و سياتى الكلام فيه عند تعرض المصنف ره لهذه المسألة .

الوصية بالولاية على الاطفال

مسألة - لاختلاف فى انه يصح لكل من الاب و الجد الوصية بالولاية على

الاطفال مع فقد الاخر - وفى الجواهر ان عليه الاجماع بقسميه - والمستند جملة من الاخبار - كموثق (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 باس به من اجل ان اباه 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 ويكرههم عليه ونحوهما غيرهما .

ثم ان المشهور انه لاتصح الوصية بالولاية من احدهما مع وجود الاخر بل الظاهر عدم المخلاف فيه - وهو المتجه - فان ادلة الوصية بالولاية لا اطلاق لها تشمل صورة وجود احد الوالدين - واما ادلة ولاية الموصى كان هو الاب او الجدة فدلتها على ولايته على الصغير بالنسبة الى ما بعد موته حتى مع وجود الاخر 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 لسقضاة و الحكم له الا انه لم يثبت له ولاية نصب الولى بعده فالمرجع اصالة عدم ترتب الاثر - واما الوصى فولايته مجعولة من قبل الموصى و المجعول 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 للاخرين مزاحمتة 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 للاخرين مزاحمته فالعمدة ما ذكرناه .

ولا ولاية فى ذلك للام على المشهور وفى الجواهر بلاخلاف معتدبه - الاصل بعد عدم الدليل - وعن ابن الجنيديان لها الولاية بعد الاب اذا كانت رشيدة - والاصحاب نقلوا عنه الفتوى دون الدليل ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به له .

فى الموصى له

المطلب الثالث فى الموصى له - قالوا - و يشترط (وجود الموصى له) حال الوصية فلو اوصى لميت اول من ظن وجوده فبان ميتا عند الوصية لم تصح - وكذا لو اوصى لماتحملة المرثة فى الزمان المستقبل - اول من يوجد من اولاد فلان بلاخلاف اجده فى شىء من تلكم بل عن نهج الحق والتذكرة الاجماع عليها كذا فى الجواهر (وعلموه) 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 لاجن الوصية فان ظرف التملك هو حين الموت واما قبله فالمال باق على ملك الموصى - وثانيا - انه لا يتم فيما اذا اوصى بشىء لمن سيوجد بنحو تعليق التملك على وجوده - ودعوى انه يلزم بقاء الملك من حين الموت الى زمان وجود الموصى له بالمالك - فيها - انه لا محذور فى ذلك وكم اموال بلا مالك فليكن هذا منها غاية الامر من جهة تعلق الوصية به لا يكون من قبيل المباحات الاصلية كى يكون لكل احد ان يملكه - وثالثا - ان الملكية من الامور الاعتبارية ووجودها عين الاعتبار العقلانى - فكما ان المملوك قد يكون كليا - والمالك ايضا كسك لا مانع من الالتزام بالكية الميت - واثرا اعتبار الملكية له انتقاله منه الى ورثته .

وفى الجواهر استدل له بان اطلاقات الوصية فى الكتاب والسنة منصرفة الى

الوصية للموجود (ويتوجه) عليه انه لاوجه للانصراف سوى الغلبة وهى غير صالحة لان تكون منشأً للانصراف المقيد للاطلاق - فاذا لادليل على ذلك سوى الاجماع وتسامم الاصحاب عليه - وعليه فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن وهو المعدوم حين موت الموصى والوصية التمليلية واما الوصية العهدية التى 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 بقرينة ما فى كلماتهم من التعليل على التمليلية.

ولا يعتبر فى الموصى له ان لا يكون وارثا فيجوز الوصية للموارث كما تجوز للاجنبي 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 للموارث لا باس بها - و موثقه (٣) الاخر عنه عليه السلام عن الوصية للموارث فقال (ع) تجوز قال ثم تلا هذه الاية ان ترك خيرا - الاية - وصحيح (٤) ابى ولاد الحنات عن الصادق (ع) عن الميت يوصى للموارث 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 بقرينة موثق محمد بن مسلم الذى استدلل الامام (ع) فيه بهذه الاية على جواز الوصية للموارث - 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) لا تجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين - فهو لا يصلح لمعارضته النصوص المتقدمة فيطرح او يحتمل 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 لا قواله 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 ارى 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) اننا لانعبر عنها بالولاية حتى ياتى هذا المحذور ومجرد ان له ان يتصرف كالكيل لا يكون ولاية التى هى اعتبار عقلائى خاص منشأ الآثار - فالحق انه لا دليل على المنع عنه مطلقا سوى الاجماع.

٢- المشهور انه يصح الوصية الى الصبى منضمنا 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 المرثة 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 كتبت الى ابى محمد (ع) رجل اوصى الى ولده وفيهم كبار قدادر كو 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 فاذا 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 اذكون البلوغ شرطا مقارنا للوصية اول الكلام وكذا كونه منها 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 للمشرط (لا) لما افاده جمع من المحققين من ان مناط المعاهدة والمعاقدة لا يتحقق بدون ذلك اذ المعاهدة مع الغير تقتضى كونهما معاكك فى حال الايجاب و القبول اذ معية المتعاقدين انما هى معية شاعر ملتفت الى ما يلزم للغير ويلتزم الغير له والافلا 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 و ابرازه وهو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه فاذا كان باقيا حين القبول والتزم القابل الاهل لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لامحالة و تحقق عنوان العقد - مع - انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود (بل) لانه بعد ما لا ريب فى انه يعتبر فى ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفسائى ان يظهره لمن هو طرفه فى المعاملة فاذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالأظهار 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 مطبقا وادوارا فى دور جنونه- والكلام فى اعتبار العقل كالكلام فى اعتبار البلوغ فلا دليل له سوى الاجماع والخبر الاثنى- نعم المجنون الذى يكون فاقد للقصد 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 لايزيل الوصى الاذهاب عقل او ارتداد او تبذيرا او خيانة او ترك سنة و السلطان وصى من لاوصى له والناظر لمن لاناظر 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 و تحمل على اوقات الافاقة قال والفرق بينه وبين ما اذا طرأ الجنون انصراف الوصية فى ابتدائها الى اوقات الافاقة و انصرفها هناك الى دوام عقله الذى لم يدم- وهو حسن .

(٩) الثانى - من الشرائط (الاسلام) و الظاهر انه لاخلاف فى اعتباره (فى الوصى) اذا كان الموصى مسلما فلا تصح وصية المسلم الى الكافر و لو كان رحما بل ربما يدعى عليه الاجماع ولادليل 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 و من يفعل ذلك فليس من الله فى شىء » لكن يتوجه على الاستدلال بالاولى - ان ظاهر الاية بقريته

١ - ذكر صدره فى المستدرک باب ٤٩ من الوصايا حديث ٣ - و ذيله فى باب ٤٤

منها حديث ١ .

٢ - النساء آية ١٤١ .

٣ - آل عمران آية ٢٨ .

ماقبلها نفى الجعل في الآخرة - مع انه قدورد في خبر (١) الهروي ان المراد من الآية نفى سبيل الحججة - مع - ان السبيل ظاهره السلطنة والوصى لسلطنة له على الموصى ويتوجه على الاستدلال بالثانية انه لا ياخذ 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 فالظاهر الجواز .

ثم انه على القول بالمنع المتيقن منه الحرمة التكليفية 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 يرعاها 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 و انفاقه و صرفه فى الوجوه الشرعية و الفاسق ظالم لا يجوز الركون اليه لقوله تعالى (٢) «ولاتركنوا 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 - و بالنصوص (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 منعه 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 - ودعى - ان المال يخرج عن اختياره بالموت - مندفعه - بان ثلثه باق تحت اختياره - ووجوب الثبوت عند خبره لم يظهر لى ارتباطه بالدليل مع انه اذا ائتمن يقبل قوله للنهى عن اتهام المؤتمن - وعلى الثانى ان الوصاية ليست كونا - و مع التسليم فالمنوع الركون الى خصوص الظالم من الفاسق لاطلقا و كل فاسق و ان كان ظالما لنفسه - الا ان ظاهر الاية الركون الى من يظلم غيره - وعلى الثالث او لاماتقدم من كونه استنابة على مال الموصى - وثانيا انه لا دليل على المنع عن استنابة الفاسق على مال الغير فيما له ان يستناب عليه احد او اما وكيل الوكيل فممنوع اعتبار العدالة فيه بل الامر فيه يتبع اذن الموكل او ما يقتضيه مصلحته - وعلى الرابع ان موضوعها تولى عدول المسلمين الذينهم احد الاولياء 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 الحلبي والمحقق فى النافع والمصنف فى بعض كتبه من عدم اعتبار العدالة للاصل واطلاق الأدلة - 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 تلكم من الاخبار التى

١ - ٢ - الوسائل - باب ٥٠ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١-٢

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

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 الرياض تبعا للمتذكرة والروضة من ان هذا الشرط انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل خبره به لافي صحة الفعل في نفسه فلو اوصى الى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه فعقل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة ويمكن كون ظاهر الفسق ايضا كك لو اوصى اليه فيما بينه وبين الله وفعل مقتضاها بل لر فعله كك لم يبعد الصحة وان حكم ظاهرا بعدم وقوعه وضمائه ما ادعى فعله . فمرجهه الى انكار شرطية العدالة - وعليه فلا وجه للحكم بضمائه بعد ما دل الدليل على ان الامين لا يتهم - 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 له على 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 الوصي ان لا يكون وارثا - ولا الذكورية - ولا الوحدة - اجماعا

لاطلاق الادلة ولجملة من النصوص (١) في الاول وخبر (٢) على بن يقطين في الثاني - واما خبر (٣) السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آباءه عن امير المؤمنين عليهم السلام - المرثة لا يوصى 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 -

في الموصى به وما يعتبر فيه

المطلب الخامس في الموصى به وهو اما عين او منفعة او حق قابل للنقل (٩) المعروف صحة الوصية في الجميع لعمومات الصحة والنفوذ .
ثم ان الاصحاب قالوا انه ان كانت الوصية بمال او منفعة يعتبر (الملك في الموصى به) فلا تصح الوصية بمال الغير - ولا بما لا يملك - ولا بالمحرمات .
اما الاول فلعدم جواز التصرف في مال الغير كانت الوصية تمليلية او عهدية وح فان اوصى بمال الغير بان علق التملك على موت ذلك الغير واجاز ذلك الغير صححت الوصية لانه بالاجازة تصير الوصية وصية المجيز ومستندة اليه ويصدق الوصية من المالك كما في ساير موارد الفضولي بناء على ما هو الحق من صحة الفضولي على القاعدة وان اوصى بمال الغير بان علق التملك على موت نفسه فاجازه ذلك الغير لم تصح لاوصية ولا تملিকা - اما الاول فلان الوصية عرفا عبارة عن تملك المال معلقا على موت المالك لا على موت غيره فلو قال هذاك بعد موت ابيك لا يكون من الوصية - واما الثاني فللتعلق المجمع على مبطليته للعقود والايقاعات سوى الوصية - وبذلك يظهر بطلان ما لو اوصى بماله لزيد اذ 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 الا ان فرض كون الشيء مما له فائدة ولو نادرة مع عدم قابليته للملك لا تصوره عاجلا - وان لم يكن فيه فائدة لا تصح الوصية لاتمليكية ولا عهدية ولا تخصصية .

واما الوصية بالمحرمات كالخمر والخنزير - فان كان الملحوظ في الوصية المنفعة المحرمة مثل الشرب في الخمر واللعب بالآلات اللهو وما شا كل فلا اشكال في البطلان كما مر - وان اوصى بصيرورتهما ملكا او فرضنا عدم قابليتها للملكية فالبطلان ظاهر ايضا - واما ان اوصى بها للانتفاع بهامنفعة 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 وانما له فوائداخر .

حكم وصية القاتل نفسه

المطلب السادس فى الاحكام - (و) فيه مسائل - ١- (ولو جرح) الموصى (نفسه بالمهلك) او شرب سما او نحو ذلك (ثم اوصى لم تصح) وصيته على المشهور و عن الايضاح نسبتة 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 خالداً 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 و ان اوصى بوصية بعدما احدث فى نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته - وما

افاده الحللى من انه لايجوز تخصيص القرآن بخبر الواحد و حيث انه حى عاقل مكلف و اوصى بوصية و قد دل القرآن على نفوذ وصية كل حى عاقل و انه لايجوز تبديلها فالبناء على صحته و صيته متمين - يردده ما حقق فى محله من ان عموم القرآن يخص بخبر الواحد الواجد لشرائط الحجية - و من الغريب ما عن المختلف قال - قول ابن ادريس لا باس به - و عن الروضة انه حسن - و عن القواعد لوقيل بالقبول مع يقين رشده بعد الجرح كان وجهها - مع ان بناء المصنف ره و الشهيد الثانى على تخصيص الكتاب بخبر الواحد و الصحيح مضافا الى حجيتها فى نفسه معمول به بين الاصحاب سيما وان المصنف ره فى محكمى المختلف علل عدم القبول بوجوه اخر من - دلالة فعله على سفهه - و عدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت - و ان القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع عن نفسه و ان قبول وصيته نوع ارتثله - و ان كانت هذه الوجوه بيئة الضعف .

ثم ان الخبر مختص بمن جرح نفسه لعله يموت لا لغرض آخر - و ما لو كان ذلك على وجه العصيان لقوله فهو فى نار جهنم - و بما اذا كان فعل ذلك عمدا - و بما لو مات من ذلك - و بالوصية فى ماله لقوله فى ثلثه - و عليه فلو اوصى بما يتعلق بالتجهيز و نحوه 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 لطلاق ادلة الوصية بعد اختصاص النص بما اذا مات بسلك السبب - ام لا تصح كما افاده صاحب الجواهر ره قال لا يخلو من نظرمع فرض عدم تجدد انشاء تملك و لذالو نساها و لم يجددها لم تنفذ على الاقوى - و جهان او جهما 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 بانبا 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 تحمله الحياة والوجه في ذلك اما على ما ذكرناه في شرائط الموصى له - من ان مقتضى القاعدة صحة الوصية للمعدوم وانما لم نلتزم بها للاجماع فظاهر واما على القول الاخر فالوجه فيه ان الحمل ليس معدوما صرفا لا يقبل التملك بعد كون الملكية من الامور الاعتبارية وهي 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 ب قياس الوصية على الارث - فانه يتوجه على الاول - النقص بما لولم يولد حيا و مات في ساعته - والحل ما مر في الوقف من انه اذا ملك وسقط ميتا بعد ولوج الروح فيه يكون ذلك ارثا لورثته - و على الثاني 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 يعتبر هنا قبول الوارث لامكانه في حقه وانما اسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة ووجه سقوطه عن الوارث تلقيه 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 فملكته تتوقف 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 الولى فاعتباره ايضا لا يمكن تطبيقه على الادلة اذ مادام حملا لادليل 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 محكى 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 القاضى -- التفصيل بين كونه رحما واجنبيا فتصح في الاول دون الثانى - وكذا فى العربى غاية الامر يختلف القائل .

(و) الذى ذهب اليه جمع من الاساطين هو صحة الوصية (للذمى دون الجوبى) اما الوصية للذمى فيشهد لجوازها مضافا الى اطلاق ادلة الوصية و قوله (١) تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم بالمودة » وما دل (٢) على الترغيب فى البر والاحسان وجواز الصدقة (٣) على

١ - الممتحنة آية ٨

٢ - الوسائل باب ٣ من ابواب فعل المعروف كتاب الجهاد

٣ - الوسائل باب ١٩ من ابواب الصدقة كتاب الزكاة

الكافر - جملة من النصوص - كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رجل اوصى بماله في 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 اختي 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 في 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 - او لا ما ذكره جماعة من ان النهي 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 ارثا ليقام وادة - اضيف الى تلك ما ورد (٥) في الارحام من الامر بصلتهم - وفي الابوين (٦) من الامر بمصماحتها في الدنيا معروفا - ويتوجه على صاحب الحدائق ره مضا فالى ما تقدم الاجماع ظاهر اعلى

١ - ٣ - الوسائل باب ٣٥ من ابواب الوصايا حديث ١-٥

٢ - الوسائل باب ٣٢ من ابواب الوصايا حديث ١

٤ - المجادلة آية ٢٢

٥ - اصول الكافي ج ٢ ص ١٥٠ طبعة طهران

٦ - سورة لقمان آية ١٥ - اصول الكافي ج ٢ ص ١٥٧

التلازم بين الامرين مع ان ظاهر النصوص الجواز التكليفي ايضا في قيد بها اطلاق الاية - فلا اشكال في الجواز للذمي .

واما الحربى - فقد استدلت لعدم جواز الوصية له - بالاجماع - وانصراف ادلة الوصية الى الوصية غير المحرمة وهذه محرمة لاية النهى عن الموادة - فالمتبع فيها اصالة عدم المشروعية - وبان - الحربى لا يملك فان ماله فى المسلممين وقد تقدم انه يشترط فى الوصية قابلية الموصى له للملك (ويتوجه) على الاول عدم ثبوته اولا - وعدم كونه تعديبا كاشفا عن رأى المعصوم ثانيا - وعلى الثانى منع حرمة الوصية للكافر اذ لا دليل لها سوى آية النهى عن الموادة - وقد عرفت حالها - اذ صنف اليه ان حرمة الوصية لا تستلزم فسادها وانصراف ادلتها عن الوصية المحرمة ممنوع - وعلى الثالث ان غاية ما يلزم مما افيد انه يجوز اخذ 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 - فالظاهر 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 الذمي - لا منشأ لها سوى الغلبة وهى لا تصلح منشأ للانصراف - وما فى الرياض من انه لا عموم فيهما لكونهما نكرتين فى سياق الاثبات لا عموم فيهما لغلبة بل مطلقان ينصرفان بحكم التبادر الى الملتزم منهما بشرائط الذمة - فيه ان المطلق حجة كالعام - وانصرافه ممنوع لمنع التبادر .

ثم ان المصنف رده ذكر جملة من فروع الوصية للملوك - فعلى ما بيننا عليه من الغاء المباحث المتعلقة بالاماء والعبيد لا نتعرض لها .

٤- (ولو اوصى لذكور واناث تساوي الامع التفضيل وكذا الاعمام و الاخوال ولو اوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه) على مرفى الوقف و العشيورة والنجير ان والسبيل والبر والفقراء كالوقف)

حكم مالومات الموصى له قبل الموصى

٥- (ولومات الموصى له قبله) اى قبل الموصى (ولم يرجع كانت) الوصية (لورثته) كما هو المشهور بين الاصحاب - وعن ابن الجنييد والمصنف فى المختلف بطلان الوصية بموته قبل القبول - وقيل بالتفصيل بين ما اذا علم ان غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته - وعن الدروس ان التفصيل المذكور حق وبه يجمع بين النصوص - اقول مقتضى القاعدة هو البطلان - اما على المختار من عدم اعتبار القبول وكون الردمانعا 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 اقساما (الاول) ما لا يقبل المعاوضة بالمال اى 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 يصح 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 - فالبطلان 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 وكيفا عنه ولا وليا 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 فتوفى الموصى له الذى اوصى له قبل الموصى قال (ع) الوصية لو ارث الذى اوصى له قال ومن اوصى لاحد شاهدا كان او غائبا فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارث الذى اوصى له الا ان يرجع فى وصيته قبل موته (واورد) عليه الشهيد الثانى وقبله المصنف ره فى محكى المختلف بان محمد بن قيس مشترك بين جماعة احدثهم ضعيف ولعله راوى المخبر فهو ساقط عن الحجية (وفيه) او لانه كما ذكره الشيخ فى الفهرست وغيره من المحققين على ما حكى ان الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقة فلا اشكال فيه سنداً - وثانيا - انه لو كان فى سنده شىء لكان منجربا بعمل الاصحاب وقديدكر من هذه الطائفة - خبير ان آخران - احدهما خبر (٢) محمد بن عمر الساباطى (الباهلى خل) عن ابي جعفر (ع) عن رجل اوصى الى وامرنى ان اعطى عماله فى كل سنة شيئا فمات العم فكتب اعط ورثته ولكنه غير مربوط بمسألتنا وانما هو فى الوصية بالتمليك فى كل سنة ويكون ايجاب التملك من الوصى - ومقتضى القاعدة فى 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 عقباً قال (ع) اطلبه وارثا او مولى فادفعها اليه قلت فان لم اعلم له ولياً 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 جميعاً عن ابي عبد الله (ع) سئل 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 التزل فغاية الامر ظهورها في ذلك والجمع بينها وبين صحيح ابن قيس يقتضى 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 الاشكال فيه .

انما الاشكال في امور منها انه قد يدعى اختصاص الصحيح بما اذا لم يعلم غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد ففيما اذا علم ذلك يرجع الى القواعد المقترضة للبطلان ولم يذكر ووجهها للاختصاص سوى الانصراف وان ذلك هو المتيقن منه - اما الانصراف فلا يرى له منشأً واما كونه هو المتيقن فلا يمنع عن التمسك بالاطلاق اذ الثابت في محله ان وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب ليس مانعاً عن الاطلاق فضلاً عن المتيقن من الخارج - فالأظهر عدم الاختصاص .

و منها انه لومات الموصى له قبل الموصى (فان لم يكن له وارث ف) هل الوصية (لورثة الموصى) كما فى المتن و عن غيره ام لا و جهان -- اوجههما الاول فان النص وان كان فى وارث الموصى له - ولكنه يدل على ان الوصية موروثه للوارث فمقتضى اطلاق ادلة الارث ثبوتها للوارث الوارث ايضا .

و منها انه هل ينتقل الموصى به بموت الموصى الى الميت ثم الى الوارث- او اليه ابتداء من الموصى قولان - استدلل للثانى 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 ولاحقيقة لها وراء الاعتبار ولذا بما يكون المملوك كليا - وقد يكون المالك كك -- وعليه فاعتبارها للميت لامحذوفه اصلا بل ظاهر الادلة الدالة على انتفاع الميت بالمال ذلك - وقدمر 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 كون الوصية موروثه للوارث لا المال فبعد انتقال الوصية اليهم اذ اقامت الموصى ينتقل المال منه اليهم كما فى ساير الوصايا .

ومنها - انه هل المدار على الوارث حين موت الموصى له او الوارث حين موت الموصى و جهان - 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 و انه انما ينتقل المال من الموصى الى الموصى له و منه 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 او لا - و جهان 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 لاتستلزم 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 زيدها مثلاً شيئاً- الاظهر هو الاول لاختصاص النص بالتمليلية- وقدمر ان خبر الساباطى وان دل على جريان هذا الحكم فى العهدية - الا انه ضعيف السند غير مجبور بالعمل .

الوصية بالحمل

٦- (وتصح الوصية بالحمل) بلاخلاف 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 من دفعة اولاً- بالنقض بالوصية بسكنى الدار مدة مستقبله - وثانياً - بالحل وهو ان المالك كما يملك العين الخارجية ملكية مرسله غير محدودة بزمان كك يملك بتبع ملك العين منفعتها المرسله غير المحدودة فله ان يوصى بها كيف ماشاء .

٧- (ويستحب الوصية للمقرب و ان كان وارثاً) وقدمر الكلام فيه فى شرائط الموصى له كما انه قدمر الكلام فيما افاده بقوله (و اذا وصى الى عدل ففسق بطلمت) وعرفت انها لا تبطل (و) ما ذكره بقوله (يصح ان يوصى الى المروثة و) قدمر ايضا صحة جعل (الصبى) وصياً (بشرط انضمامه الى الكامل والى المملوك باذن مولاه فيمضى الكامل الوصية الى ان يبلغ الصبى ثم يشتر كان 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 ف (ان شرط الاجتماع او اطلق فليس لاحدهما الانفراد) بل عليهما الاجتماع فيه بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وان باشره احدهما بلا خلاف في الاول بل عليه الاجماع عن التنقيح وعلى الاظهر في الثاني وفي الرياض بل عليه عامة المتأخرين - اما مع 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 فتبوت الولاية لهما بنحو الاجتماع معلوم وثبوتها لكل واحد منفردا مشكوك فيه والاصل يقتضى عدمه - و يمكن ان يستدل له مع ذلك بصحيح (١) الصنف كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين يجوز 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 بقرينة 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 قوله 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 ما ترك و اعطنى النصف مما ترك فابى عليه الاخر
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 والفقيه 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 لو لم يكن اظهر لاريب فى تساوى الاحتمالين فيكون الخبر مجملا من هذه
الجهة - ومع الاغماض عن جميع ذلك وتسليم دلالة على ما استدل 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 .

(٩) على هذا ف (يجبرهما الحاكم على الاجتماع لوتشاحا) وتعاسر افراد
احدهما نوعا من التصرف ومنعه الاخر من غير ان يستبدل بهما مع الامكان لان المفروض
ان الميت جعل لنفسه وصيا فلا ولاية للمحاكم 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 عدم للمحاكم ان ينصب امينا من قبله وقد يقال انهما بالتعاسر و
التشاح يفسقان فيخرجان عن الوصاية فللمحاكم نصب الامين و ان 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 التمشى و المعاندة لا يوجب الفسق .

(ولو عجز احدهما) عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصية بمرض ونحوه (ضم اليه) الحاكم من يعينه - فيكون النظرح للثلاثة بلاخلاف الا عن الشهيد فى الدروس فانه ذهب الى انه يضم الحاكم الى الاخر لالى 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 الاخر فى التصرف - وفى النافع وعن القواعد والارشاد و التحرير و الفخر والشهيدى و جماعته انه يضم الحاكم الى الاخر امين من طرفه - وجه الاول انه مع وجود الوصى لولاية للحاكم - و يضعف بانه بانقراده 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 الاخر عن الوصاية رأسا اذ الولاية المجمعولة 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 الاخر باستقلاله وليا - ودعوى ان الموصى لم يرض برأيه على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الامر اليه و الا لزم التبديل المنهى عنه فى الشريعة - مدفعة 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 (الاقتسام) بالتنصيف او التفاوت ان لم يمنع عنه الموصى ولم يحصل بالقسمة ضرر ولكن ليست هذه القسمة حقيقية فيجوز لكل منهما التصرف فى نصيب الاخر 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 اقتضى 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 حيا 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 تبادل المقامين منه جدا - وجه الاول اطلاق النصوص الاتية .

و استدل الصدوق لعدم جواز الرد في المورد الاول - بمكاتبة (١) على بن الريان الى ابي الحسن (ع) رجل دعاه والده الى قبول وصية هل له ان يمتنع عن قبول وصيته فوقع (ع) ليس له ان يمتنع - وايراد سيد الرياض عليه بانه قاصر السنند 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 - والثانى بان من لا يوجد غيره يتعين عليه لانه فرض كفاية (واورد) 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 المزبوره 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 اذا اطلاق القرآن يقيد بخبر الواحد كما اعترف به قده فى غير موضع فكيف لا يقيد اطلاق النصوص المتعددة به - واما دعوى اعراض المشهور عن خبر التقييد - فيتوجه عليها ما افاده سيدالرياض من عدم تبادر المقامين من اطلاق عبارات 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 الموردين - 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 الموردين 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 بقريئة التعليل في خبر منصور والاجماع على عدم مدخلية ذلك - نعم ذهب الشهيد الثانى فى المسالك وسيد الرياض فيه الى انه يشترط مع بلوغ الموصى الرد امكان اقامته وصيا غيره لعموم العلة المنصوصة و لانتفاء الفائدة بدونه فعلى هذا لو كان حيا ولكن لا يمكنه نصب احد ولو بالاشارة لم يصح الرد - وهو حسن - وايراد صاحب الجواهره عليهما 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 الذى ردها - - غير وارد - لان ظاهر التركيب كونه علة للحكم - والعلة تمكنه من نصب غيره لا المصعب خارجا فلان فى كونه علة يدور 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 فى صورة عدم القبول واجمعا فى فرض القبول ثم الرد - ويشهد به مضافا الى النصوص المتقدمة صحيح (١) الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله (ع) فى رجل اوصى اليه اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان فى مصر يوجد فيه غيره فذلك اليه - وحسن (٢) هشام ابن سالم عنه (ع) فى الرجل يوصى الى رجل بوصية فيكره ان يقبلها فقال ابو عبد الله (ع) لا يخذله على هذه الحال (واورد) عليها المصنف ره فى محكى المختلف والتحرير ومال اليه فى المسالك بعدم صراحتها فى المطلوب لاحتمال حملها على الاستحباب اوسبق القبول اونحو 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 للحرج العظيم والضرر الكثير في اكثر مواردنا و
 هما منفيان بالاية (١) والرواية (٢) (وفيه) ان عدم الصراحة لو سلم لا يوجب عدم
 العمل بالاخبار بعد كونها ظاهرة في المطلوب وكون اكثر الفقه ثابتة بالظواهر -
 واثبات حق على الموصى اليه على وجه قهري وان كان مخالفا لقاعدة السلطنة (٣)
 لكنها كساير القواعد الشرعية قابلة للتقييد فما المانع من تقييدها بالنصوص المتقدمة
 والاحكام الضرورية والحرجية وان كانت مرفوعة الا ان المدار على الضرر او الحرج
 الشخصي لا النوعي - فالظاهر عدم جواز الرد الا اذا استلزم الضرر او الحرج فيرتفع
 ح حرمة الرد كساير الاحكام الشرعية -

الوصية تبطل بخيانة الوصي

١٠ (ولو خان) الوصي (استبدل به الحاكم) امينا - بلا خلاف فيه بل في
 المسالك انما يتوقف عزله على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته فللحاكم ح
 ان يعزل الخائن مراعاة لحق الاطفال واموال الصدقات ونحوها واما اذا اشترطنا
 عدالته فانما ينعزل 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 في النفس من الترححات فالاولى

١ - الحج آية ٧٨

٢ - الوسائل باب ١٢ - من كتاب احياء الموات

٣ - البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

ان يستدل له بخبر (١) دعائم الاسلام عن علي (ع) لايزيل الوصى الاذهاب عقل او ارتداد او تبذير او خيانة او ترك سنة والسلطان وصى من لاوصى له والناظر لمن لاناظر له وضعف سنده مجبور بالعمل - ولو تاب ورجع فالظاهر 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 يستوفى دينه) مما في يده

١- ذكر صدره في المستدرک باب ٤٩ من ابواب الوصايا حديث ٣- وذيله في باب ٤٤

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 و اخرى 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 الوصية 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 ايحل له ان ياخذ مما فى يديه شيئا قال (ع) لا يحل له قلت ارأيت لو ان رجلا اعد اعليه 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 لتغير 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 - فلاربط 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 المدين 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 الملائنة 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 ما ذون 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) الهمدانى المنجبر ضعفه بعمل الاكثر قال كتبت مع محمد بن يحيى هل للوصى ان يشتري من مال الميت اذا بيع فيمن زاد يزيد وياخذ لنفسه فقال عليه السلام يجوز اذا اشترى صحيحا - وعن الخلاف و الحلوى عدم الجواز واستدلاله بوجوب التغاير بين الموجب والقابل وهو مفقود ، وبالاخبار (٣) المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذى هو بمنزلة الوصى - وبقنوى 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 ولامانع من الالتزام به فى المقام ايضا وقول ابن مسعود ليس بحجة .

الثانى - ان للوصى ان يقترض من ما فى يده مع الملائنة والمستند النصوص (٤) الدالة على جواز الاقتراض من مال اليتيم الذى تحت يد الانسان مع الملائنة - وقد مرت النصوص فى بابها - 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 الاقتراض من مال اليتيم سيما وان مورداكثرها كونه وصياً عليه .

اخذ الوصى اجرة عمله

الثالث ان للوصى اخذ اجرة المثل مع الحاجة بلاخلاف فيه فى الجملة و ملخص القول فى هذه المسألة - ان الوصى تارة يكون وصياً على الايتام و يكون اموالهم تحت يده ويعمل لهم فيها - واخرى يكون وصياً 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 الحللى (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 فقيراً 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 ياكلون اموال اليتامى ظلماً» وقال عز وجل (٣) «ولاناكلوها اسرافاً وبداراً»

وقال عز من قائل (١) «لانا كلوا اموالكم بينكم بالباطل» الى غير تلکم من الايات المتضمنة لهذه الكلمة . وبالجملة لاشبهة في ان الاكل اريد به معناه الكنائى وهو ما ذكر - واما المعروف فظاهرة ارادة ما هو المتعارف بين الناس - وعلى ذلك فتدل الاية الكريمة على انه يجوز لمن يتصدى امر الايتام ان ياخذ من اموالهم ما هو المتعارف اخذه بازاء العمل و ليس هو الا اجرة المثل - فالاستدلال بالاية 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 سألته عن من 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 أله ان يأكل من اموالهم فقال ^{بالباطل} لابس 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 و لانا كلوا مما سر افوا وبادارا ان يكبروا و من كان غنيا فليستعفف و من كان فقيرا فليأكل كسل بالمعروف - و القوت وانما عنى فليأكل بالمعروف الوصى لهم والقيم فى اموالهم و 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 و ما 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 ٢٤٤ 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 الاية 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 الاية - 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 ترديد في ان المراد اجرة المثل .

ثم ان ظاهر الاية الكريمة (٤) «ومن كان غنيا فليستعفف» 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 لاتشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من اموالهم شيئا (فما) عن الشيخ والاسكافي والمصنف رده في بعض كتبه من جواز الاخذ على كراهة (غير تام) والعفة لاتكون ظاهرة في الجواز كى توجب صرف ظهور الامر في الوجوب (ثم ان) ما في بعض النصوص من انه لو كان المال قليلا أو كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج نفسه أو ان عمله لو كان حفظ الدراهم والدنانير فلا ياكل شيئا - فانما هو من جهة ان هذه الافعال لاجرة لها في العادة .

حكم ايصاء 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 -

١٠-٢-٤ كتاب التجارة.

١٢- النساء آية ٤

من الموصى بلاخلاف لاطلاق الادلة . و (لا) يجوز له (بدونه) بلاخلاف ايصام المنع بل عليه الاجماع كما عن غير واحد ووجهه ظاهر - وانما الخلاف فيما اذا اطلق الموصى فلم ياذن ولم يمنع - فعن المفيد والتقوى 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 لكون 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 ومجور 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 الي 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 انقاد 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 قد اوصى اليه واذن له ان يوصى فقد صار له قبله حق الوصية فاذا اوصى بها لزم الوصى الثانى - ومع هذا الاحتمال يصير الخبر مجملا 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 مجملا و مقتضاه 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 مجملا 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 بيالى فرأيت انه قد تعرض له و بينه باحسن بيان - و لذلك اكتفيت بما ذكره -

(٩) كيف كان (لا يتعدى) الوصى (المأذون)

(١٠) ويتولى الحاكم من لا وصى 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) وكيلًا وقاضيًا فيثبت له جميع مال القضاة من الوظائف منها ذلك -
ولانه من الامور الحسبية التى 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 فما دون ولو زادت) لا تكون ماضية فى الزايد

و (وقف الزايد على اجازة الورثة) بلا خلاف فى شىء من تلكم الاعن على بن بابويه
من نفوذها مطلقا - وحيث ان كلامه غير ظاهر فى ذلك فدعوى نفي الخلاف فيه بل الاجماع
عليه فى محلها - وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - وفى الرياض بل عليه اجماع العلماء
كما صرح به فى الغنية والتنقيح والتذكرة .

ويشهد به اخبار صحيحة متظافرة - كخبر (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع)
فى رجل اوصى باكثر من الثلث واعتق مما ليكه فى مرضه فقال (ع) ان كان اكثر من الثلث
رد الى الثلث وجاز العتق - وخبر (٣) حميران عنه (ع) فى رجل اوصى عند موته وقال
اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر فى 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 الثانى والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان فى 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 فى ضمن الفروع الاتية .

وبازائها نصوص كموثق (٤) عمار عن ابي عبد الله عليه السلام الرجل احق 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

مادام فيه الروح اذا اوصى به كله فهو جائز - وموثق (١) محمد بن عبدوس اوصى رجل بتر كته متاع وغير ذلك لابي محمد عليه السلام فكتب اليه رجل اوصى الي بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي اخت له فأريك في ذلك فكتب (ع) الى بع ما خلف وابعث به الى فبعث ربعت به اليه فكتب (ع) الى قد وصل ونحوهما غيرهما (لكنها) لاعراض الاصحاب عنها ومعارضتها بالنصوص الاولة المشهورة بين الاصحاب التي هي اكثر عدد او اصح سندا 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 - ويشهد 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 واحبين انهاء ذلك الى سيدنا فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيناها وان امرنا بغير ذلك انتهيما 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 - احدهما - التفصيل بين كون الاجازة حال مرض الموصى فتصح وحال صحته فلا تصح - الثانى - التفصيل بين غنا الوارث فتصح اجازته بلا استدعاء وبين فقره او باستدعاء من الموصى فلا تصح - والكلام تارة فيما يستفاد من الادلة مع قطع النظر عن النصوص الخاصة - و اخرى بلحاظها .

اما الاول فقد استدلل المصنف به للنفوذ بوجوه وتبعه غيره - منها - عموم قوله تعالى (١) «من بعد وصية يوصى بها او دين» بتقريب ان مقتضى عمومه صحة الوصية مطلقا - خرج عنه ما لو زادت على الثلث ولم يجزه الوارث وبقى الباقي - واورد عليه بانه مع الشك يرجع الى عموم ما دل على عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث الذى هو اخص من عموم صحة الوصية - ولكنه يضعف بان نصوص عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث قيد اطلاقها بما دل على صححتها مع اجازة الوارث فالتمسك بعمومها فى صورة الشك تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية فتدبر - ومنها - ان الرد حق للورثة فاذا رضوا بالوصية سقط حقهم كما لورضى المشتري بالعيب - واورد عليه بانه لم يثبت الحق للورثة حال الحياة فلامعنى لاسقاطه واذا اريد ثبوته بعد الموت فاسقاطه حال الحياة من قبيل اسقاط ما لم يجب - وفيه - ان اسقاط ما لم يجب ان كان بشحو الاسقاط على تقدير الثبوت لامحذور فيه - ومنها - ان الاصل عدم اعتبار اجازة الوارث لانه تصرف من المالك فى ملكه لكن منع من الزيادة على الثلث ارفاقا بالورثة فاذا رضى الوارث زال المانع - واورد عليه بان زوال المانع انما يتم على تقدير استمرار رضا الوارث اما اذا ردد بعد ذلك فالارفاق به يقتضى عدم صحة الاجازة السابقة والعمل على رده - وفيه - ان محل الكلام فعلا كفاية الاجازة فى حال الحياة - واما انه لورد بعد ذلك هل يؤثر الرد ام لانهى مسألة اخرى سيأتى الكلام فيها - ومنها - ان المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى والورثة لانه ان برء كان المال له وان مات كان للورثة فان كان للموصى فقد اوصى به و ان كان للورثة فقد اجازوه - واورد عليه بان 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 لامانع 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 ودالاتها على نفوذ الوصية ظاهرة - ومع ذلك كله فلا يصحى الى ما عن السرائر من الاستدلال لعدم النفوذ بانها اجازة في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم بحال .

اجازة الوارث تنفيذ عمل الموصي

ثانيها - انه هل تكون اجازة الوارث تنفيذ العمل الموصى فلا يعتبر فيها شىء مما يعتبر فى 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 - وفى 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 استدل لكل من القولين بوجوه استحسانية .

والحق ان يقال انه تارة يبحث فى مقام الثبوت واخرى فى مقام الاثبات - اما فى مقام الثبوت فلما منع 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 فى ملكه موجودا - فعلى التقديرين لامانع 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 تنفيذاً لذلك لا ابتداء تملك والنصوص ايضا ظاهرة في ذلك لاحظ - قوله **بِإِذْنِ** و الوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته فانه كالصريح في ان المملك هي الوصية التي اقروا بها الا 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 المفروغية عن جواز ذلك وهي كك - للعمومات - وعليه فيتم ما افاده صاحب الجواهر - قال و كذا الواجاز الجميع البعض او البعض لاتحاد الجميع في المدرك انتهى - و ذكر و امثالا للتوزيع في مالو اجاز بعض الورثة - وهو انه نفرض التركة ستة و كان 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 (صح) لو اجاز البعض دون البعض .

رابعها - - لاختلاف ولا اشكال في انه (يملك) الموصى له - (الموصى به بعد الموت) من غير فرق بين مال و زادت الوصية على الثلث و اجاز الوارث او كانت بقدره فمادون (و) اما توقف الملكية على (القبول) و عدمه 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 - و ما 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 يستوفى الثلث ويبطل فيما زاد عليه ان لم يعجز الورثة - بلاخلاف فيه - ويشهده به خبر (٣) حمرا عن ابى 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 بعتهم قال (ع) ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعتهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيء ذكر ثم الثانى 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 ابى 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 بانصرح باخراجه منه (تساووا في الثلث) عملا بمقتضى الوصية وح ان كان الثلث وافيya بالجميع فلا كلام والاقيدأ 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 ٤٤ من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

٤ - الوسائل - باب ٤٥ - من ابواب كتاب الوصايا حديث ١

ان امرأة من اهلى ماتت واوصت الى بثلك مالها وامرت ان يعتق عنها و يتصدق و يحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال إِبْرَاهِيمُ ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله عز وجل و اجعل مابقى طائفة فى العتق و طائفة فى الصدقة الحديث-ظاهر فى ذلك مضافا الى اولوية الواجب عن غيره مع حصول تيقن برائة الوصى بصرفه فيه بخلاف مالو صرفه فى غيره .

ثم انه ان اوصى بالازيد او بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذوا 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 اوليا و اختار جماعة من المحققين منهم صاحب الجواهر ره و سيدالعروة و غيرهما الثانى .

و استدلل للاول - بحمل ما دل من الاخبار على انه اذا اوصى بماله كله فهو جائز و انه احق بماله مادام فيه الروح على ذلك - و بان مقتضى عمومات وجوب العمل بالوصية خروجها عن الاصل خرج عنها صورة العلم بكونها ندية - و بانه اذا كانت الحالة السابقة هو الوجوب كما اذا علم وجوب الحج عليه سابقا ولم يعلم انه اتى به ام لا يجرى الاستصحاب و يحكم بالخروج من الاصل - و باصالة الصحة فى الوصية (ولكنها) جميعا ضعيفة - اما الاول فلما مر من ان تلك النصوص لا بد من طرحها لاحملها على خلاف ظاهرها - و اما الثانى فلان الخارج عن عمومات وجوب العمل بالوصية الوصية بغير الواجب فيماز اد على الثلث فالتمسك بالعمومات ح تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية وهو لا يجوز - و اما الثالث فلان استصحاب بقاء تكليف الميت لا ينفذ فى تكليف الوارث لان تكليفه بالخراج فرع تكليف الميت حتى يتعلق الحق باصل التركة و ثبوت تكليف الميت فرع شكه و اجرائه الاستصحاب لاشك الوارث و حال الميت غير معلوم انه متيقن باحد الطرفين او شك . و لا 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 فى المقيس عليه لا يتوقف الحكم بنجاسته بالنسبة الى هذا الشخص على ثبوت نجاسته عنده واما فى 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 فى مال غيره - فيرده ان هذا الاصل لا يجرى فى المقام بعد عدم كون الايصاء بما للوارث معصية - فالمتحصل عدم تمامية شىء مما ذكره فى وجه الخروج من الاصل .

وقد استدل للثانى اى عدم النفوذ ما لم يثبت كونها بالواجب بظهور النصوص فى 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 المستفاد منها الحكم بعدم نفوذ الوصية حتى يعلم ان صدورها منه بسبب من الاسباب التى توجب الخروج من الاصل عملا بظاهر ما دل على تعاق حق الوارث بالزائد من الثلث حتى يعلم خلافه واصله النفوذ فى الوصية على تقدير تسليمها انما هى حيث لاتعارض حق الغير ذكره صاحب الجواهر (وفيه) ان ما دل على توقف نفوذ الوصية بالازيد من الثلث على اجازة الورثة انما هو فى مقام بيان الحكم الواقعى وخرج عنه الوصية بالواجب وهو فى المقام مشكوك فيه فالتمسك بذلك الدليل العام تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية وهو غير جائز - واشكل منه استدلاله بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد من الثلث حتى يعلم خلافه - اذ لم تقف على ذلك الدليل المتغيا بالغاية المشار اليها - واضعف من الجميع دعواه فى 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 فتقدم عليها لذلك ولكنه لا يصح الاستدلال بها فى المقام لما مر - فالحق ان يقال ان كون ما اوصى به واجبا غير معلوم والاصل عدمه وبهذا الاصل الموضوعى يدخل فى الاخبار الدالة على عدم صحتها اذا كانت ازيد من الثلث اذا اخرج منها كونها بالواجب .

إذا اجاز الورثة ثم ادعوا الظن بقلة المال

سادسها - لو وصى بما يزيد على الثلث فاجاز الورثة ثم قالوا ظننا انه قليل ففيه اقول - الاول - انه ان كانت الوصية بمقدار من المال مشاع في التركة كنصف ماله مثلاً قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزايد فلو قالوا ظننا انه الف درهم فبان الف دينار قضى عليهم بثلث الالف دينار بالوصية وسدس الالف درهم بالاجازة وان كانت بعين معينة كدار مثلاً يلتفت الى دعواهم - ذكره جماعة من الاصحاب وفي الجواهر لا يجد فيه خلافاً صريحاً - الثاني - التسوية بين المسألتين في القبول - حكى في الجواهر الميل اليه من الدروس وجعله في محكى التحرير وجهاً وعن القواعد احتمالاً وفي المسالك لعلة الواجهة - الثالث التسوية بينهما في عدم القبول اختاره صاحب الجواهر وتبعه سيد العروة وجمع من محشيها .

واستدل للاول 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 يكتب فيه باليمين لزم الضرر لتعذر اقامة البيعة على دعواهم - ولاصالة 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 تسامحوا 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 البتاء 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 طائفا 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 و الله 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 مسألةتنا وهي ما لو وصى بشي ء ثم مات وكان ذلك الشي ء ازيد من ثلث ماله حين الوصية وبقدره او اقل حين الوفاة والحكم في ما هو معنون في المقام ما ذكر - واما في هذه المسألة فان كانت الزيادة متوقعا حصولها فظاهر ان الموصى قصده له ايضا والافظاهر انه غير قاصد له بل ظاهر الحمل ارادة حال الوصية كما في سائر الموارد التي يحمل فيها العنوان على ما يكون حال الخطاب - مثلا اذا قال لله على ان تصدق نصف مالي فالمراد حال النذر لا ما يتجدد بعد - والى هذا نظر المحقق الثاني فده حيث قال بعد ذكر ما هو محل الكلام وان المدار على الثلث حال الوفاة هذا يستقيم فيما اذا وصى بقدر معلوم اما اذا وصى بثلث تركته و

كان في وقت الوصية قليلاً فوجد 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 المتبحد حيث لا يكون تجدده متوقفاً - و قد تقدم الاشكال فيما لو اوصى لا قرب 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 هـ - وعنوان 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 لم 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 خصوصاً 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 خطأً يعنى الموصى فقال (ع) يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديتة وخبر (٢) السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال امير المؤمنين (ع) من اوصى بثلثه ثم قتل خطأً فان ثلث ديتة داخل في وصيته ونحوهما غيرهما فان الظاهر ان الحكم بجواز الوصية من ديتة 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 وليائه 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) الأزرق 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 وليائه قاتله على الدية فعلى من الدين على وليائه ام من الدية او على امام المسلمين - فقال (ع) بل يؤدوا دينه من دينه التي صالح عليها وليائه فانه احق بدينه من غيره .

حكم الوصية المبهمة

١٤ - في الوصايا المبهمة (ولو اوصى بجزء ماله) ولم يكن هناك قرينة من عرف او عادة على تعيينه (٥) فيه قولان (احدهما) ما عن المفيد والاسكافى والديلمى والقاضى 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 الصدوقان والطوسى فى كتابى الاخبار والمصنف رده فى المختلف وولده والشهيد فى الدروس واللمعة و المحقق الثانى - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فيدل على الاول نصوص كصحيح (٤) البرزنى عن ابي الحسن (ع) عن رجل اوصى بجزء من ماله

١ - ٢ - الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب الدين والقرض - حديث ١

٣ - الوافى - باب اولياء الدم من ابواب القصاص ج ٢ - ص ١٩٢ -

٤ - ذكر فى صدره فى الوسائل - باب ٥٤ - من ابواب الوصايا حديث ١٢ وذيله فى 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 ادري ما الجزء - فسألت 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 تغلب عن ابى جعفر (ع) وخبر (٥) ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) وغير تلكم 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 فلامورد للمرجح الاول من مرجحات باب التعارض فيتعين الرجوع الى ثانى المرجحات وهى صفات الراوى - وهى تقتضى تقديم النصوص الاولى لاصحية اسنادها - فالمتجه انه السبع .

(٩) لو اوصى بـ (السهم) كان الموصى به هو (الثلثين) على الاظهر الا شهر بل عليه عامة من تاخر كما فى الرياض والنصوص (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 ٤٧ - من ابواب الوصايا حديث ٣

العامى (١) وقول (٢) اياس بن معاوية - والكل كما ترى (٩) لو اوصى بـ (الشيء ٤) من ماله كان هو (السدس) بلاخلاف والتصوص (٣) هنا متفقة .
 (ولو اوصى بمثل نصيب احد الورثة صحت من الثلث فان لم يزد او اجازوا
 كان الموصى له كاحدهم) غاية الامرهم يرثون المال بالارث و هذا بالوصية -
 (فلو اوصى بمثل نصيب ابنه وليس له سواه اعطى النصف مع الاجازة والثلث
 بدونها ولو كان له ابنان - فالثلث ولو اختلفوا) كما لو كان له ابن و بنت وقال
 اعطوا زيدا كاحد ولدى - (اعطى الاقل الا ان يعين الاكثر) لان ذلك هو المتيقن
 و الزايد مشكوك فيه هذا هو المشهور بين الاصحاب - ومحصله ان الموصى له يكون
 بمنزلة وارث آخر فيضاف الى الورثة ويتساوى الموصى له والورثة ان تساوا وان
 تفاضلوا جعل كاقبلهم نصيبا (وعن) جماعة من العامة انه يعطى مثل نصيب المعين او مثل
 نصيب احدهم اذا كانوا متساويين من اصل المال - ويقسم الباقي بين الورثة - ان تعددوا
 لان نصيب الوارث قبل الوصية من اصل المال فاذا اوصى له بمثل نصيب ابنه
 وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وان كان له اثنان فنصفه - وان كانوا ثلاثة فثلثه (ومال)
 اليه المصنف ره فى محكى التحرير وجعله قريبا من الصواب ثم رجح مذهب الاصحاب
 واجاب عن حجتهم - بان التماثل يقتضى شيئين والوارث لا يستحق شيئا الا بعد الوصية
 النافذة بالوارث الموصى له بمثل نصيبه ولا نصيب له الا بعد الوصية فح يجب ان يكون
 مال الموصى له مما ثلثه نصيبه بعد الوصية وعلى ما ذكره من ان الوصية مع الواحد
 بالجميع ومع الاثنين بالنصف ومع الثلاثة بالثلث لا يكون هناك نصيب للوارث مماثل
 لنصيب الموصى له وهو خلاف مدلول الوصية فيكون تبديلا لها والضابط عندنا ان
 يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم
 الموصى بنصيبه وعند اولئك الباقيين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن
 وصية - انتهى .

حكم نسيان مورد الوصية

٥- (ولو) اوصى بوجوه (نسي الوصى وجهها) منها واكثر 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 ميواتا) 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 النرسى عن صاحب السابرى اوصى الى رجل بتركته فامرني ان احج بهاعنه فنظرت فى ذلك فاذا هى 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) ضمنت 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 لا تاكل ولا تشرب وما جعل هديا لها فهو لزوارها - وقرب منه غيره ونحوه ماورد فى غير دينك 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 يصغى 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 مالو حفظ في الجملة - وفي مثل ذلك لا بد 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 شمل 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 لعمرو - او اوصى بمبلغ معين لزيد ثم قال ما اوصيت به لزيد فهو لعمرو - 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 هذو رجوعا عن الاولى .

الثاني انه لو كانت كل من الوصيتين مطلقة كما اذا اوصى لزيد بمائة ثم اوصى لعمرو بمائة - او اوصى لزيد بدار ثم اوصى بدار آخر لعمرو وزادتا على الثلث - صححت 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 بثلثة لواحد وبثلثة لآخر - فهل هي وصايا متضادة فيعمل بالاخيرة - ام لا فبالاولى - قال الشهيد في المسالك ان كلام الاصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا وكك ! لفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعددة بل الكتاب الواحد

انتهى - وملخص القول فيه - انه فديقال كما عن الحلبي والمحقق الشيخ علي - 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 حمل للبيع على معناه الحقيقي وح فيتحقق التضاد في مثل ما لوقال اوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو فيكون الثاني ناسخا للاول فيقدم واولى منه ما لوقال ثلث مالي (ولكن) يتوجه عليهما ما افاده في المسالك قال ان الاطلاق في 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 اول فقد شرط فخارجتان عن مدلول الوصية فحيث ان الوصية الثانية تعلقت بما اخرجته 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 لعمرو كان الثاني 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 الا بوجاهدين) بلاخلاف ظاهر فى شيء من تلكم وقد

اشبعنا الكلام فى الجميع بل وفى شهادة اهل الذمة بها وفروعها فى كتاب الشهادات -
وسيمر عليك فلاارى 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 مدعيا عليه الاجماع - ثانيها - انه
(ان كان متهما) فمن الثلث واليه اشار المصنف ره بقوله (فكك- والافمن الاصل)
وهو مذهب الشيخين والمصنف ره والمحقق والاكثر - واذاف جمع منهم قيدا آخر
لخروجه من الاصل وهو كونه عادلا - ثالثها - انه ان كان الاقرار لاجنبى فالتفصيل بين
كونه متهما فمن الثلث وغير 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 الحدائق 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 - والابراد على الثانى كما
فى الحدائق 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 متهما فمن الثلث وغير متهم 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 متهما - ومنها ما يدل على هذا التفصيل بالنسبة الى الاقرار للاجنبي كصحيح (٢) ابن مسكان عن العلابيا ع السابري عن ابي عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرثة فاتي اولياؤها الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال ولانراه الاعندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء افيحلف لهم فقال عليه السلام ان كانت مامونة فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه - وهاتان الطائفتان لاتعارض بينهما - ومنها ما يدل على ان المقربه للوارث مطلقا يخرج من الثلث كصحيح (٣) اسماعيل بن جابر عنه عليه السلام عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه قال عليه السلام يجوز عليه اذا اقر به 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 » اي اثنتين فما فوق فلا اشكال من هذه الجهة - لكنه اعم مطلق من الطائفة الاولى فيقيد اطلاقه بها - ومنها ما ظهره الاخراج من الاصل

١-٢-٣- الوسائل باب ١٤ من ابواب كتاب الوصايا - حديث ١-٢-٣

فى الاقرار للوارث كصحيح (١) ابى ولاد عن ابى عبدالله 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 يرد النحلة فى الوصية - و ما قر به عند موته بلائبث ولا بينة رده - فان الظاهر ان المراد من قوله يرد النحلة فى الوصية انه يجعلها من قبيلها فيكون الجار والمجور متعلقا ببرد - وقوله وما اقربه ... الخ جملة اخرى و دالة على رد الاقرار مطلقا - ولكنه حيث لم يعمل بظاهاه احد فلذا حمله الشيخ على ارادة رده من الاصل و ان اخرج من الثلث - فيقيدح اطلاقه بالطائفتين الاوليتين ومنها ما تضمن التفصيل بين كونه مليا وغيره - كصحيح (٣) الحلبي عن ابى عبدالله 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 والغرض من ذكر ملائته كون ذلك قرينة على صدق المقره - ويحتمل رجوعه الى المقر و يجعل ذلك كناية عن صدقه و امانته - وعلى التقديرين يتحد مفادها مع مفاد الاولى - وانما يجعل الملائة كناية عما ذكر - من جهة عدم القائل بظاهاه - فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من مجموع النصوص بعدد بعضها الى بعض انه ان كان المقر متهما فيخرج من الثلث - والافمن 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 فرب 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 لاعدالا .

١ - ٢ - الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٤ - ١٢

٣ - ٤ - الوسائل - باب ١٦ - من ابواب كتاب الوصايا - حديث ٧ - 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 ره ان (هذا الحكم يتعلق بمطلق المرض الذي يحصل به الموت وان لم يكن مخوفا) فمراده الاطلاق من حيث كون المرض مخوفا او غير مخوف لان حيث ما يتناول مدته بعد الاقرار وغيره - فعلى هذا لو اقر في ابتداء السل وطال مرضه الى ان مات لا يكون اقراره مشمولا لهذا الحكم - والى هذا نظر المصنف ره في محكي 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 مع 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 من اورد عليه الجناية هو الذي ملك نفس قاتله عوضا عنه او ملك ايراد الجناية بمثل ما اورد عليه وكانت الولاية على مملكه عفوا او استيفاء او ابدالا بالمال لوليه فلو صالح القاتل بالدية - والجاني بالارش تدخل هي في ملكه لافي ملك الولي فيكون سبيلهما سبيل ساير امواله - وكيف كان النصوص الخاصة تغنينا عن هذه الوجوه الاعتبارية .

١- الوسائل باب ٢٤ من ابواب الدين - وباب ١٤ - ٣١ من ابواب الوصايا - وباب

٥٩ من القصاص في النفس - وباب ٢٣ من ابواب الدية في النفس .

١٩ - وتصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية تصرف كالأب ولو انتفت صحت في اخراج الحقوق عنه) وقدمر الكلام في هذه المسألة في ذيل المطلب الثاني في شرائط الموصى وعرفت انه انما يصح وصية الأب والمجد بالولاية على الصغار ولا تصح وصية الحاكم والوصى بها وعرفت حكم وصية الأب أو المجد بهامع وجود الآخر كما عرفت حكم الوصية باخراج الحقوق وما شا كل .

بقي الكلام في ما يتعلق بخصوص هذه العبارة فان قوله يصح الوصية على كل من للموصى ... الخ - يدخل فيه وصية الأب مع وجود المجد فانه يصدق ان الموصى له عليه ولاية - مع ان المشهور المنصور انه ليس له جعل الولاية للغير مع وجود المجد ثم انه لو اوصى في اخراج الحقوق الى غير الورثة وكانوا كبارا ليس للموصى التصرف في التركة لاجل ذلك الا باذنهـ 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 الاخر 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) بلاخلاف

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 الاتي - والشيخ التزم بهافيه في الجملة حملا للمخبر الاتي 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 اضمرت بولدي (بورثتي خل) او سرقتهم 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 اخرجه من الميراث وانا وصيه فكيف اصنع فقال عليه السلام لزمه الولد لاقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه .

وبازاء تلكم - مارواه (٥) الصدوق والشيخ عن وصي علي بن السري قلت لابي الحسن موسى (ع) ان علي بن السري توفي واوصى الى فقال له فقلت وان ابنه جعفر وقع علي ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث فقال (ع) لي اخرجه ان كنت صادقا فسيصيه خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال له اصلحك الله انا جعفر ابن علي السري وهذا وصي ابي فمره فليدفع الي ميراثي من ابي فقال لي ماتقول 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 علي ام ولد لايه فامرني ابوه واوصى الي ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتي موسى بن جعفر بالمدينة فاخبرته و سألته فامرني ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلفني ثلاثا ثم قال انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه الخبل بعد ذلك (ولكن) وصي السري الراوي للمخبر مجهول الاسم و الوثيقة

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 بمخبره وايضاً 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 رأساً كما عن الاكثر -
ام تكون هذه الوصية جارية مجرى الوصية بجميع ماله لمن عدا الولد فتمضى فى
الثالث خاصة ان لم يجز الولد ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة وهو
مختار المصنفه فى محكى المختلف وعن الخراسانى انه استظهره (وجه) الاول ان
اخرجه من الميراث اعم من الوصية بالمال لباقي الورثة وان لزم رجوع الحصص اليهم
الا ان ذلك ليس للوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لاتوارث وربما لا يعلم حين
الوصية من يرثه ولا يخطر بباله فلا دلالة فى اللفظ مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما (ولكن) يرد
عليه انه كما لو اوصى باخرجه من الثالث لاشكال فى الصحة ويكون ذلك وصية بصرف
الثالث - فى غيره فكك فى المقام فانه لا يعتبر فى الوصية سوى العهد بما اراده ولا يعتبر
فيها قصد عنوان الوصية و على ذلك فالايضاء باخرجه من الميراث ايضاء بصرف
المال كله فى باقى الورثة فيترتب عليها حكمها فما افاده المصنف ره اوجه .

كتاب الشفعة

الذى ذكره المصنفه فى آخر كتاب المتاجر - ولكننا حيث اكتفينا بكتابنا
منها ج الفقاها فى شرح المكاسب للشيخ الاعظم ره - الذى هو اربع مجلدات و
استوفينا البحث فيما يرجع الى المتاجر من المباحث - عن شرح كتاب المتاجر للتبصرة
فراينا انه بقى المسائل المتعلقة بالشفعة التى تعرض لها المصنف ره فاحبينا ادراجها
فى المقام - لثلا يفوت عنا باب من ابواب الفقه - لم نكتبه فى هذا الشرح .
وكيف كان فهى عبارة عن استحقاق احد الشريكين حصص شريكه بسبب انتقالها
بالبيع - و الاصل فى شرعيتها بعد الاجماع المحقق و المحكى مستفيضا - النصوص
المتواترة التى ستمر عليك جملة منها فى ضمن المسائل الاثنية - فلا اشكال فى انه

(اذا باع احد الشريكين حصته في ملكه كان للاخر 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 كالا راضى والبساتين والمساكن وفسى الشرايع والنافع والمسالك وغيرها الاجماع عليه وفي الجواهر عليه الاجماع بقسميه بل المحكى منهما مستفيض او متواتر - كالتصوص من الطرفين - وانما الخلاف في غير ذلك من الاموال - وفيه اقوال كثيرة - ذهب اكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين منهم الشيخان وابن الجنييد وابو الصلاح وابن ادريس الى ثبوتها في كل مبيع منقولاً كان ام لا قابلاً للقسمة ام لا - وفيه آخرون : (ان يكون الملك مما يصح قسمته) - وعن جماعة وهم اكثر المتأخرين اختصاصها بغير المنقول عادة مما يقبل القسمة و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص - وتنقيح القول بالبحث في موردین - احدهما في اختصاصها بغير المنقول و عدمه - الثاني في انه هل تختص الشفعة بما يصح قسمته ام نعم غيره .

اما الاول فيشهد لثبوتها في كل مبيع منقولاً كان او غير منقول مرسل (١) يونس عن بعض رجاله عن ابي عبد الله عليه السلام عن الشفعة لمن هي وفي اي شيء هي وللمن تصلح وهل تكون في الحيوان شفعة وكيف هي فقال عليه السلام الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على الاثنين فلا شفعة لاحد منهم - ورواه الصدوق مرسلًا الا انه قال الشفعة واجبة - وهذا الخبر دلالة واضحة - و سند قوی علی الاظهر

اذلا موهم 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 .

ويعضده 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 اماما 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 الانسى والحيوان في ذلك الاماعن مختلف المصنفه - وايضا يعضده حسن (١) هـ - ارون بن حمزة الغنوي ع - ن ابي عبد الله (ع) عن الشفعة في الدورأ شىء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بهامن غيره فقال (ع) الشفعة في البيوع اذا كان شريكافهو احق بها بالثمن - بناء على كون العبارة كما ذكر - ولكن قد ذكر في بعض النسخ في البيوت بدل في البيوع .

وقد استدل باختصاصها بغير المتقول - باصالة عدم التسلط على مال الغير الا بطيب نفسه خرج منها المجمع عليه وبقي الباقي - وبمادل على نفيها عن الحيوان والسفينة والطريق - وبخبر (٢) جابر عن النبي (ص) لاشفعة الا في ربيع 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 الاراضى مشعر بان موردها خصوص الاراضى - وبمرسل (٣) الكليني قال - وروي ايضا ان الشفعة لا تكون الا في الارضين والدور فقط - وبخبر (٤) عقبة 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 محكى 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 ٤

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 ماسياتى 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 لان نفيه عما عداهما - وعليه فالمراد بالضرر الضرر الذي انيط به وجه الحكمة فى 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 فى كل مبيع -

ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم

و اما المورد الثانى - فعن جماعة من قدماء الطائفة ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة ايضا كالعضائد و الدكاكين والحمامات المضيقة والنهر و الطريق الضيق و ما شاكل - ومال اليه الشهيد الثانى فى المسالك وجمع ممن تبعه وقواه سيد الرياض - وعن الشيخ و سلار وبنى حمزة و البراج و المصنف ره و المحقق و الفخر و الشهيد انها لا تثبت فيه و فى المسالك انه المشهور خصوصا بين المتأخرين و عن التذكرة نسبته الى اكثر علمائنا و ان قال صاحب الحدائق ان الشهرة انما وقعت بعد العلامة - وجه الاول اطلاق الأدلة .

و استدلل للثانى بخبر (١) السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاشفعة فى سفينة و لافى نهر و لافى طريق - وليس المراد الواسعين اتفاقا فيكون المراد الضيقين - و خبره (٢) الاخر نحوه و زاد و لافى رحى و لافى 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 يعنى تقسم - ومثله خبر (١) جابر انما جعل رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة فى كل مالم تقسم - باعتبار ان لم لا تدخل الاعلى ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بها ولو وقتا و لذا لا يصح ان يقال السيف لم تقسم وان صح لا يقسم فالنقى 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 فى ذلك - وبان غرض الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو ارادها المشتري وهذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعة فيه - وبالصالة 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 دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة و بناها 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 يجىء حتى يجلس ذلك الباب ونحوه الموثق الا ترى - فان قيل انه مختص بالطريق - قلنا لا يضر ذلك بعد الاجماع المركب على العموم وبناء الاستدلال بالخبرين على ذلك - وعلى الثانى - او لامنح ظهور لم تقسم فى 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 فى ظهور يقاسمه ولا يقاسمه فى ذلك الا ان الكلام فى 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 الحصبة بالبيع

المقام الثانى فى الشرائط المعتبرة فى ثبوتها (9) هى امور - احدها (ان ينتقل الحصبة 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 كك 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 فاثبتتها 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 يكفى فى الحكم بالعموم بعد اعترافه باختصاص

النصوص بالبيع اذ التحدى 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 للتحدى فان ذلك شأن العلة المنصوصة لالحكمة فمع الاعتراف - بكون ما ذكر حكمه كيف يتحدى 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 الرياض 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 عَلَيْهِ السَّلَامُ فى حسن (٢) الغنوى الشفعة فى البيوع - وانما لم نستدل به لاختلاف النسخ فى لفظ - البيوع - وفى بعضها - البيوت - و يؤيده ايضا ما استدل 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 الشركاء قال عَلَيْهِ السَّلَامُ 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 - فالمتجه 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 نسبة 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 والقسمة - نصوص كثيرة كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لان تكون الشفعة للشريكين ما لم يتقاسما - وقوى (٢) السكونى عنه عليه السلام فى حديث لاشفعة للشريك 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 ابى عبدالله عليه السلام عن الشفعة فى الدور اىء 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) البقباق عنه عليه السلام الشفعة لان تكون للشريك 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 استدلل 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 لشركائه 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 يعيد 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 الهذلك قال عليه السلام نعم ولكن يسد بابها ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت ويسد بابها فان اراد صاحب الطريق بيعه فانهم احق به والافهو طريقه يجىء حتى يجلس ذلك الباب وقريب منه الموثق (٣) استدلل 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 - فاذاً لا دليل له سوى الاجماع - وهو الحجة فى ثبوتها مع الاشتراك فى الشرب والافلاخبار 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 الشر كاء على اثنين

(٩) ثالث الشروط (ان لايزيد الشر كاء 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 الجنيد ثبوتهام مع الكثرة مطلقا وقواه المصنفه فى محكى المختلف بعد ذهابه الى المشهور وخطأ ابن ادريس فى دعواه الاجماع (وعن) الفقيه ثبوتهام مع الكثرة فى غير الحيوان (وفى) الشرايع نقل المحقق قول آخر وهو ثبوتهام فى الارض مع الكثرة وعدم الثبوت فى العبد اللواحد 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 لشرىكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة - ومرسل (٢) يونس المتقدم عنه عليه السلام اذا كان الشىء بين شرىكين لا غيرهما فباع احدهما نصيبه فشرىكه احق به من غيره فان زاد على الاثنين فلا شفعة لاحد منهم ونحوهما غيرهما - ومنها - ما يدل على ثبوتهام 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 دور 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 ولا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة - ونحوه فى ذلك حسنه (٦) - وموثقه (٧) - وخبر (٨) عقبه بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قضى

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

٥-٦-٧-الوسائل - باب ٤- 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 لبيد يبيعه قلت فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه اعطني 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 الذي ذكره الصدوق اذ لا مفهوم 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 اللهما ثم قال ولا ينافيه قوله ولا تثبت لثلاثة اذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة لجواز ارادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الاخر 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 يبنى شيئاً فانها ح تدل على ثبوت الشفعة للشريكين اذا باع ثالثهما حصته فالانصاف تعارض الطائفتين ويتعين الرجوع الى المرجحات والترجيح للنصوص الاولى لانها اشهر بين الاصحاب والشهرة اول المرجحات .

واما 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 عبد الله بن سنان غير معلومة - فمع الاغماض عن الشهرة - تكون النصوص الاولى مقدمة لمخالفتها للعمامة فالظاهر 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 مهز يارسالت 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 يمتظر مجىء شريكه صاحب الشفعة - قال (ع) - ان كان معه بالمصر فليمتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفيعته فى الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فليمتظر 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 الايراد 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 التي حقيقتها كما امر الاستحقاق بعد البيع - وعليه فيمكن ان يكون المراد من طلب الشفعة الاخذ بها كما يشعر به قوله وبطلت شفيعته وان كان لو ابقى على معناه الحقيقي لما كان قادحا في الاستدلال - اضيف الى ذلك ما افاده سيد الرياض قال مع احتمال ان يكون اللاحق على تقدير صحة ما ذكره من باب تنقيح المناط القطعي لا القياس الخفي - وعلى الجملة فالمستفاد من الحسن ان الشفيع اذا كان غير قادر على دفع الثمن بعد ثلاثة ايام فلا شفعة له ففي الحقيقة يكون التحديد بثلاثة ايام تحديدا لعدم القدرة القادح في الاخذ بالشفعة -

في فورية المطالبة مع المكنة

المقام الثالث في الاحكام وفيه مسائل - ١ - (٩) يجب (ان يطالب على الفور مع المكنة) كما عن الشيخ في كتبه الثلاثة والقاضي وابن حمزة والطبرسي والمصنف في كتبه والشهيد بن وعامة المتأخرين وعن التذكرة انه المشهور وعن الشيخ الاجماع عليه - وذهب المرتضى والاسكافي ووالد الصدوق والحلي والحلي الى انها على التراخي لا تسقط الا بالاسقاط -

استدل الاول بان الاصل عدم ثبوت الشفعة وعدم التسلط على ملك الغير بغير رضاه فيقتصر فيها على موضع الوفاق - وبان التراخي فيها لا ينفك عن ضرر على المشتري فانه لا يرغب في عمارة ملكه مع علمه بتزلزله وانتقاله عنه فيؤدي الى تعطيل ملكه وذلك ضرر عظيم - وبحسن على بن مهزيار المتقدم وتقريب الاستدلال به كما في محكي المختلف انه ^{لا يملك} حكمه بطلان الشفعة بعد مضي ثلاثة ايام ولو كان حق الشفعة ثابتا على التراخي لم تبطل شفيعته بل كانت تثبت له متى حصل الثمن لانها تثبت كك وان لم يطالب فلا تؤثر

المطالبة بها التي هي احد اسباب وجودها في عدمها - وبالنبوي (١) الشفعة كمنشط العقال اي اذالم يبتدرفاب كالبعير يحل عقاله - والآخر (٢) الشفعة لمن وابثها - 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 اذ ازرع اوبنى ان قلنا به - وان كان المراد بالضرر عدم رغبة المشتري في التعمير مثلا لاحتمال الاخذ 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 - اصف اليه انه مع علمه بالشفعة لشريكه يكون مقدما 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 ولاقل من احتمال ذلك وهذا غير مربوط بمسالتنا هذه من فورية الاخذ وعدمها - وعلى الاخيرين انها عاميان ضعيفان غير منجبرين بالاستناد .

وبما ذكرناه يظهر مدرك القول بالتراخي - واستدل له مضافا 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 فيقول 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 لدليل 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 عام لجميعها - والحق في تلك

المسألة هو الرجوع بعدمضى زمان اليقين الى عموم العام لا الى استصحاب حكم الخاص
ففى المقام دل الدليل بعمومه على عدم التسلط على مال الغير خرج عنه اول ازمة العلم
بيع الشريك فبعدمضى زمان اليقين - يشك فى بقاء التسلط وعدمه فيرجع الى عموم العام
لا الى استصحاب حكم الخاص - واما الثالث فيرد بان المدعى انما هو كون ثبوت الحق فى
زمان قصير وانه بانقضائه يسقط لانها امده لان ترك المطالبة من مسقطات الحق الثابت فى نفسه
فتحصل ان القول بكونها على الفور او التراخى يبتنى على وجود اطلاق لادلة ثبوتها
وعدمه فعلى الاول تكون على نحو التراخى وعلى الثانى تكون على نحو الفور .

ثم انه على القول بالفور لاشكال فى ان ذلك فى صورة عدم كون التاخير لعذر والا
كما لو كان فى السفر ولم يطلع على بيع الشريك حصته او اطلع ولم يتمكن من الاخذ
بالشفعة مباشرة او بالتوكيل فيه وما شاكل - لم تبطل شفعته بلاخلاف ومرسل (١) ابن
محبوب الدال على ثبوت الشفعة على الغائب بعد حضوره يشهد به - وقد اختلفت كلماتهم
فى بيان الضابط لما لا يخل بالفورية وايضا اختلفوا فى بعض المصاديق - ولعله احسن
ما قيل فى المقام هو انه - كلما كان التاخير لغرض صحيح او عذر معتبر لا يخل بالفورية -
والوجه فى ذلك ان اطلاق ما دل على كونه احق من غيره يقتضى عدم الفورية مطلقا ولا
اطلاق لما استدل به على الفورية و المتيقن منه صورة الاهمال فى الاخذ بالشفعة دون
الاعذار التى يتعلق بها غرض العقلاء .

ثم ان وجوب المبادرة على القول به ليس هو وجوبها بكل وجه ممكن بل المرجح
فيها العادة والعرف فيكفى 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 التى يعتادها وانتظار الجماعة وتحرى الرفقة حيث يكون

الطريق مخوف فيصحبهم هو او وكيله 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 والافمجرد 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 غائبا امام مع حضور المشتري فلا يعد شيئا من هذه عذر الان قوله اخذت بالشفعة لا ينافى شيئا من 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 مشاعا مع طلق فباع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح ثبت حق الشفعة لصاحب الطلق بلا خلاف ولا اشكال لوجود المقتضى وانتفاء المانع هكذا قالوا - وسياتى 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 نسبة الحلى الى الاكثر وهو عدم ثبوتها مطلقا (ثالثها) ما عن السيد المرتضى ره وهو ثبوتها مطلقا وجوز للامام و خلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين او على المساجد ومصالح المسلمين وكك كل ناظر بحق فى وقف عن وصى اوولى - واستند فيه الى الاجماع .

و الحق ان يقال ان فلنا 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 بما لكىة الجهة - لاشفعة لانصراف النصوص الى مال مشترك بين فردين - واما فى الوقف على الشخص او الصنف مع انحصاره فى فرد. فالظاهر ثبوتها لاطلاق الادلة - 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) بلاخلاف بل عليه الاجماع عن الاستبصار والمبسوط و السرائر و المسالك وغيرها - ويشهد به قوى (١) السكونى عن ابى 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 المسالك .

٤ - (وياخذ الشفيع بما وقع عليه العقد) اى بما يمثله (وان ابواه) البايع (من بعضه) لاطلاق النص والابراء من بعض بعد البيع كالهبة اياه لادخل له بالمعاملة التى ياخذ فيها الشفعة - كما انه لو كان قيمة الشقص ازيدا و اقل ياخذ 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) لو لم 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) ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على بيت فى داره وله فى 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 بغير البيع او تعدد الشركاء وقدم اعتبار وحدة الشفيع وكذا اعتبار كون الانتقال بالبيع .

ومنها حسن (٢) الغنوى عن ابى عبد الله عليه السلام الشفعة فى البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها بالثمن - استدله المصنف ره بتقريب ان الاحقية بالثمن انما تحقق فى المثل لان الحقيقة غير مرادة اجماعا فيحمل على اقرب المجازات الى الحقيقة و هو المثل (وفيه) ان المراد بالثمن ليس ما جعل عوضا فى البيع - بل الظاهر ان المراد به العوض الذى يعطيه الشفيع - فالمراد به انه احق بها ولكن لامجانا بل بعوض والتعبير عنه بالثمن بلحاظ ما هو المعروف من التعبير عما يعطيه المشتري فى البيع بالثمن - بازاء المبيع المعبر عنه بالثمن - مع انه لو سلم ان المراد به ما جعل عوضا فى البيع يكون المراد جنس الثمن الشامل لمثله او قيمته - ولعله اليه اشار الشهيد الثانى - 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

قيميا فالاقرب اليه قيمته .

ومنها صحيح (١) على بن رثاب عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبزوجوه قال عليه السلام ليس لاحد فيها شفعة (واورد) عليه تسارة بضعف السندلان في طريقه الحسن بن سماعة و هو واقفي - و اخرى بانه مروى عن كشف الرموز - هكذا - رجل اشترى دراهم برقيق او متاع - فهو يدل على عدم ثبوت الشفعة في غير الاراضى 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 اولكونها غير قابلة للقسمة اولغير ذلك وبالجملة فان المانع عن الشفعة غير مذكور واسباب المنع كثيرة فلا رجه لحمله على المتنازع اصلا (ولكن) يتوجه على الاول - اول انه مروى عن قرب الاسناد بسند صحيح ولداعبرنا عنه بالصحيح - وثانيا ان المحقق في محله حجية الخبر الموثق ولا يعتبر في الحجية كون الخبر صحيحا - وعلى الثانى ان مافى كشف الرموز لا يصلح ان يقاوم لما فى 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 فى السؤال وليس هو الا كون الثمن قيميا - اللهم الا ان يقال ان المذكور فى السؤال امران - احدهما ما ذكر - ثانيهما كون المبيع دارا الظاهرة فى ارادة المجموع لابعضها المشاع ولم يذكر فى الجواب ان المنع للاول او الثانى - غاية الامر انه لو لم يكن دليل آخر لقلنا باختصاص المنع بما اذا اجتمع العنوانان ولكن لوجوده يبنى على ان المنع للثانى دون الاول (وما) فى الجواهر من ظهور الخبر فى ان المسقط للشفعة . كون الثمن المذكور قيميا و يحكون دالاعلى المطلوب الذى هو نفى الشفعة لو حصل سببها بالشركة فى الطريق او البثرا والبعض او الجوار اوغير ذلك لان المراد ولو بقرينة الجواب ان السائل لما سئل عن الشفعة فى 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 فى الجواب كان

ما أفيدتاما - ولكنه لم يذكر فيه وإنما هو مذكور 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 ما لم 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) فالمعروف بينهم انه (اجل ثلاثة ايام و ينظر لو كان في بلد آخر بما يمكن وصوله اليه مع ثلاثة ايام ما لم يستضر المشتري) بل لا جد خلافا بينهم في ذلك .

اما التاجيل المزبور فيشهد به حسن (١) على بن مهزيار بالنهدي سألت ابا جعفر

الثاني إبلا عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إبلا ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والافليع وبطلت شفته في 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 الافلاشفعة له (والايراد) عليه بانه ظاهر في الشفعة قبل البيع كما في 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 في دفعه ثلاثة ايام وان ادعى كونه في بلد آخر يضاف الى ثلاثة ايام مقدار من الزمان يمكن وصوله اليه ورجوعه فان دفع الثمن وابطلت شفته وليس في الخبر ما يشهد باختصاصه بصورة العجز بل اطلاق قوله لم ينض الثمن شامل لصورة المماطلة ايضا - ثم ان ظاهره كما مر الاختصاص بمالواخذ بالشفعة وكان التأخير في دفع الثمن - ومع عدم الاخذ بها قدم انه لا وقت للاخذ - بل يجوز له التراخي .

واما تقييد الحكم بما اذا لم يتضرر المشتري فهو وان كان مشهورا وفي الرياض ظاهرهم الاطباق عليه لكن لم اجدا يمكن ان يستدل به له - في مقابل اطلاق النص اذ لم يذكر سوى ما دل (١) على نفى الضرر والضرار مؤيدا باناطة ثبوت الشفعة بنفى الضرر فينبغي 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 المالي غير متوجه - والضرر في تأخير دفع الثمن ملازم لجواز التأخير فالخبر اخص مطلق من دليل نفى الضرر فيقدم عليه فتأمل .

ثبوت الشفعة للغائب والقاصر

٦- (وثبتت) الشفعة (للمغائب) وان طالت غيبته (ويطالب) بها (مع حضوره)

ان لم يتمكن من الاخذ فى الغيبة بنفسه او بوكيله - بلاخلاف فيه - ويشهدله مضافا الى اطلاق الادلة غير المعارض بمادل على الفور على القول به اذ قدمرانه على القول بالفور فى الاخذ يكون ذلك فيما ليس للشفيع عذر فى التاخير فلا يشمل المقام - قوى (١) السكونى عن ابي 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 تثبت الشفعة (للسفيه والصبى والمجنون) بلاخلاف لاطلاق الادلة - ولهم وللولى عنهم (المطالبة) فاما ان (يطالبون مع زوال الاوصاف او) يطالب (الولى عنهم) قبل زوالها - امامطالبتهم بعد زوال الاوصاف فلان تاخير 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 مادام 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 كسائر التصرفات من بيع ماله وابقاع الصلح عليه وما شاكل يدل عليه مادل عليها مضافا الى خبر السكونى المتقدم فى خصوص الصبى الملحق به المجنون لعدم القول بالفصل - ولاشتركا مع الصبى فى الاحكام بحسب الغالب كما يشهد به الاستقراء .

حكم مالو اورد المشتري نقصا على مورد الشفعة

٧- (و الشفيع ياخذ) الشقص المبيع (هن المشتري) لان المال انتقل اليه وهو يملك عنه فلا تسلط له على اخذه من البايع هكذا استدلو الـ ويرده انه بعد الاخذ بالشفعة يكون الشقص المبيع ملكا للشفيع فله اخذه من كل من وجد مالـه عنده ويجب عليه تسليمه - فالظاهر ان له اخذه من كل منهما (نعم) اذا كان المبيع سلمه البايع الى المشتري الاول ليس للشفيع مطالبة من البايع لما مر والظاهر ان مراد المشهور من انه ليس له الرجوع على البايع - هو هذه الصورة فلا يراد عليهم .

(٩) متى كان كك فـ (در كه عليه) اي على المشتري - لو ظهر استحقاق الشقص فيرجع عليه بالثمن وغيره مما يغيره على ما فصل - ولا فرق في ذلك بين كونه في يد المشتري او يد البايع بان لم يكن قبضه - ثم انه اذا اورد المشتري نقصا على المبيع من تلف بعض الاجزاء او وصف من الاوصاف ونقصت قيمته بذلك - فلا اشكال في ان الشفيع ياخذ بالثمن - كما هو مقتضى ظاهر اخبار الاخذ بالشفعة مضافا الى المرسل الاتي .

انما الكلام في انه هل يكون المشتري ضامنا للشفيع بالمقدار التالف كما هو المشهور لو كان التلف بعد المطالبة - ام يكون ضامنا اذا تلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن - ام لا يكون ضامنا لشيء بل الشفيع مخير بين اخذه بالثمن - او تركه كما اختاره جمع منهم الشيخ في المبسوط وسيد الرياض - وجوه (وجه) الاول ان الشفيع استحق بالمطالبة اخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا انتقص بفعل المشتري ضمنه له (وجه) الثاني ان ايجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم (ولكن) الاول يبتنى على القول بتملك الشفيع الشقص بالمطالبة دون الاخذ وهو غير ظاهر بل الظاهر انه يملكه بالاخذ لظهور الأدلة والاصل - ويرد الثاني انه لا يجب دفع الثمن في مقابل بعض المبيع بل هو مخير بين ذلك وبين تركه رأسا فلا ظلم (فالظاهر) عدم الضمان لان المشتري تصرف في ملكه تصرفا جائزا فلا يكون مضمونا عليه .

واولى بذلك ما لو كان النقص بأفة سماوية فانه يدل على الاخذ بتمام الثمن وعدم الضمان المرسل (١) المنجبر بعمل الاكثر - كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم وكان شريكه الذى له النصف الاخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها وذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كاملا الذى نقد في ثمنها فقال له ضع عنى قيمة البناء فان البناء قد تهدم وذهب به السيل من الذى يجب فى ذلك - فوقع عليه السلام ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله .

حكم اشتراء ما فيه الشفعة بثمن مؤجل

٨- (ولو كان الثمن) الذى اشترى به ما فيه الشفعة (مؤجلا) ففيه قولان - احدهما - ما عن الخلاف والمبسوط والاسكافى والطبرسى و هو ان الشفيع بالخيار بين الاخذ بالثمن عاجلا وبين التأخير الى الحلول واخذه بالثمن وقت حلوله - ثانيهما ما عن المفيد والشيخ فى النهاية والقاضى والحلى و المصنف واكثر المتأخرين بل عامتهم و هو انه ي (اخذ الشفيع فى الحال - والزوم كفيلا اذا) اراده المشتري و (لم يكن) وفيها (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 يصير الى وقت الحلول فيطالب بالشفعة مع الثمن (واجيب) عنه بانه لا يلزم من عدم تساوي الذمم ثبوت احد الامرين المذكورين لا مكان التخلص بالكفيل امامطلقا او مع عدم الملائة - وبانه يستلزم احد محذورين اما اسقاط الشفعة بعد ثبوتها ان اخر الى حلول الاجل للاخلال بالفورية المستلزم لبطانها او الزام الشفيع بزيادة وصف فى الثمن ان اخذ بالشفعة و عجل الثمن لان تعجيله زيادة

وصف فيه من غير موجب .

و استدل للثاني بما مر من الجواب الثاني عن الدليل للمقول 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 الزم بذلك لم 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 و الشفيع 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 ينتزع الشيء من يده - وبانه اعرف بعقد - 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 عيناً في زمان سابق على العقد عليها فاقع العقد ثم ادعى المشتري تغييرها - قالوا اي قدم قول المشتري لانه الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه الابينة تقوم عليه او باقراره - ولكن يضعف ذلك في المقام ثبوت حق الانتزاع للشفيع قطعاً 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 مطلقاً 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 يدعى الزيادة (وظاهر) المسالك اختيار ان القول قول الشفيع لان الاصل معه في ما هو مورد النزاع وهو قدر الثمن لا صالة عدم الزيادة فيكون الشفيع منكر والمشتري مدعي فيدخل في عموم ما دل على ان (١) اليمين على من انكر (واورد عليه) بان اصالة 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 و الشهداء وغيرهم على ما حكى عن بعضهم الى الاول وفي المسالك نسبتته الى الاكثر - وعن الشيخ في النهاية وموضع من الخلاف والقاضى والطبرسى انها لاتورث بل تبطل بموت الشفيع وعن المبسوط نسبتته 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 الي عدم العثور على النبوى ان الاستدلال بالكتاب والسنة لهذا الحكم يتوقف على ثبوت امرين - احدهما كونه حقا قابلا للانتقال لاحكاما شرعيا كجواز الرجوع فى الهبة و ساير 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 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 دال 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 المجعول الشرعى الكلى - اضمف 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 ١٨٠ وسورة النساء آية ٧

٢ - الوسائل باب ١ 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 بتري الا انه قال في محكي الفهرست
ان كتابه معتمد وعن المجلسي 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 وان 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 - وطلاق مشكوك الزوجية وما شاكل
فلامانع منه - لان مفهوم العقد والايقاع معلق عليه في الواقع من دون تعليق المتكلم
فالظاهر هو السقوط .

الثانى ما اشار اليه المصنف ره بقوله (بخلاف مالو بارك) للمشتري او للمبايع
فقال بارك الله تعالى لكما فى البيع او هو مبارك لكما او نحو ذلك فان فيه ايضا قولين
و ادعى سيد الرياض ان كل من قال بالبطلان و السقوط فى الموضوع الاول قال به هنا
و كذا من قاعدتم البطلان قال به فى هذا الموضوع - الا المحقق فى النافع و المصنف
ره هنا و محكى الارشاد .

و كيف 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 - و على الثانى مامر من عدم اعتبار الفورية - مع ان القول المزبور لا ينافيها
فالظاهر عدم السقوط هنا .

و بما ذكرناه يظهر الحال فى الموضوع الثالث و هو ما لو شهد على البيع - اذ لا دليل على
سقوط الشفعة سوى دلالة على الرضا بالبيع و قد عرفت عدم كونه مسقطا - فتحصل - ان الاظهر
انه لو بارك (او شهد) لا يسقط الحق - فلا وجه لما فى المتن من البناء على السقوط مع احدهما
وان قال (على اشكال) هذا تمام الكلام فيما يتعلق بمباحث الشفعة - و بذلك يتم المجلدات
من كتابنا فى الفقه - و انما اخر هذا الجلد فى الكتابة عن المجلدات اللاحقة له
بحسب ترتيب الكتاب لانى كنت محبوسا منذ مدة طويلة - و لم يكن كتب الحديث و الفقه
عندى - و كان تحصيلها صعبا - فكنت اكتب كل ما تمكنت من العثور على الكتب المربوطة
بذلك الباب - و لذا اخر هذا الجلد عن المجلدات الاخر - و قد وقع الفراغ منه
فى اليوم التاسع عشر من شهر ربيع الاول سنة ١٣٨٩ من الهجرة النبوية - فى قرية
ميكون - و مادريك ماميكون - و الحمد لله اولوا آخر او يتلوه فى الطبع الجزء السابع
عشر فى النكاح .

فهرس الجزء السادس عشر من كتاب

فقه الصادق

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
٢٩	التنازع فى كون شىء رهنا او ودیعة	٣	الفصل الثانى فى الرهن
	الفصل الثالث فى الحجر	٤	جریان المعاطاة فى الرهن
٣٢	الصغير ممنوع عن التصرف فى ماله	٥	فى اشتراط القبض فى الرهن
٣٦	علامات البلوغ	٩	حكم رهن الدين والمنفعة
٤٦	منجزات المريض تخرج من الاصل	١٢	فى اعتبار امكان قبض المرهون
٥٣	الفلس من اسباب الحجر	١٣	فى اعتبار امكان البيع
٥٦	حكم تصرف المفلس بعد الحجر	١٤	الحق الذى يجوز اخذ الرهن عليه
	مشاركة المقر له بالدين السابق مع	١٨	رهن الحامل ليس رهنا للحمل
٥٧	الغرماء		الراهن والمرتهن ممنوعان من
٥٩	اختصاص الغريم بعین ماله	١٩	التصرف
٦٢	عدم جواز مطالبة المعسر	٢١	اشتراط وكالة المرتهن فى البيع
٦٣	فى الزام القادر بالتكسب	٢٣	المرتهن امين لا يضمن
٦٤	عدم الزام المفلس ببيع دار سكنه	٢٥	حكم الاختلاف فى القيمة
٦٥	ينفق على المفلس من ماله الى يوم القسمة	٢٦	حكم بيع المرتهن الرهن
٦٦	يقسم المال على الديون الحالة	٢٨	حكم مالو خاف جحود الوارث للدين

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
	الكفيل مخيرين دفع المكفول أو		الفصل الرابع في الضمان
٩٨	ماعليه	٦٨	في اعتبار صدور الضمان من اهله
٩٩	اطلاق الغريم من يد صاحب الحق	٦٩	في اعتبار رضا المضمون له
	الفصل الخامس في الصلح	٧١	في اعتبار رضا المضمون عنه
١٠١	دليل مشروعية الصلح	٧١	في اعتبار التنجيز في الضمان
١٠٢	حكم الصلح مع الانكار	٧٢	عدم اعتبار العلم بمقدار الدين
	حكم الصلح المحلل للحرام أو العكس	٧٤	انتقال المال الى ذمة الضامن
١٠٤		٧٥	ضمان الحال والمؤجل
١٠٦	عدم اعتبار العلم بالمقدار	٧٨	رجوع الضامن على المضمون عنه
	وقوع الصلح من الشريكين على كون	٨٠	حكم ضمان الاعيان
١٠٧	الربح والخسران لاحدهما	٨٢	حكم عقد التامين
	حكم مال وادعى احدهما درهمين و	٨٣	الضمان المستحدث
١٠٩	الاخر احدهما	٨٤	ضمان العهدة
	حكم من اودعه انسان درهمين وآخر		الحوالة
١١٠	درهما		في اعتبار رضا المحيل والمحتمل و
١١١	حكم اشتباه الثوبين	٨٦	المحال عليه
	الفصل السادس في الاقوار	٨٨	الحوالة عقد لازم
١١٣	اقرار العاقل على نفسه جائز	٩١	بعض فروع التنازع
١١٤	بيان مابه يتحقق الاقرار		حكم مال و احوال المشتري بالثمن ثم رد
١١٦	حكم مال وعلقه بشرط	٩٢	البيع
١١٧	حكم مال و قال ان شهد فلان فهو صادق	٩٣	الحوالة المستحدثة
١١٨	بيان ما يعتبر في المقر		الكفالة
		٩٥	شروط الكفالة

العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
بيان ما يعتبر في المقر له	١١٩	عدم جواز التوكيل بغير اذن الموكل	١٥٥
بيان ما يعتبر في المقر به	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
اشترط 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 المعاطاة في الوقف	١٨٥

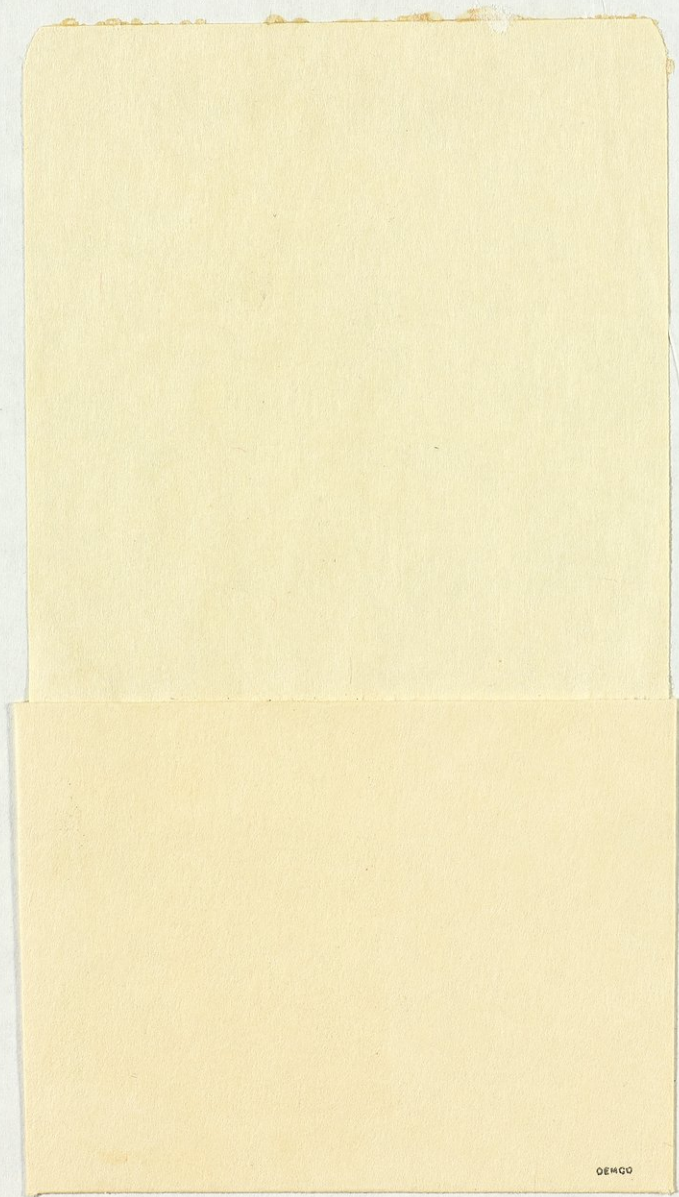
العنوان	رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة
اشترط القبول والتقرب و الاقباض	١٨٧	عدم اعتبار العدالة فى المتولى	٢١٧
فى الوقف	١٨٧	فى الوقف على الكافر	٢١٨
بطلان الوقف بموت الواقف قبل	١٩١	بيان مفاد بعض الفاظ الوقف	٢١٠
القبض	١٩١	حكم ما اذا بطلت المصلحة الموقوف	٢٢٤
اشترط القبض فى الوقف على	١٩٢	عليها	٢٢٤
الجهات العامة	١٩٢	حكم تغيير الوقف عن هيئته	٢٢٤
عدم اعتبار التنجيز - والدوام - فى	١٩٤	نفقة المملوك ومصارف تعمير الاملاك	٢٣٠
الوقف	١٩٤	على الموقوف عليه	٢٣٠
حكم الوقف على النفس	١٩٧	استيجار الارض لتجعل مسجدا	٢٣١
حكم ما لو شرط الواقف شرطا لنفسه	١٩٩	حكم ما اذا شك فى اعتبار قيد فى	٢٣٢
فى بيان صور امكان انتفاع الواقف	٢٠٠	الموقوف عليه	٢٣٢
شرط عود الوقف ملكا	٢٠١	فى السكنى والرقيبى والعمرى	٢٣٤
حكم الوقف على من ينقرض غالبا	٢٠٣	فى الحبس	٢٣٩
فى اعتبار كون الموقوف عينا معينة	٢٠٥	الفصل الثالث فى الوصايا	
ومملوكة	٢٠٥	بيان حقيقة الوصية	٢٤١
شرائط الواقف	٢٠٨	حكم القبول فى الوصية	٢٤٢
حكم الوقف على من سيوجد	٢٠٩	حكم الرد فى حال حياة الموصى	٢٤٤
اشترط تعيين الموقوف عليه	٢١٢	ايقاع الوصية بالفعل والكتابة	٢٤٧
جعل الواقف النظر لنفسه	٢١٣	حكم ما لو اوصى بامرئىن وقبل الموصى	٢٤٩
التولية على الاوقاف العامة للحاكم	٢١٥	له احدهما	٢٤٩
الشرعى	٢١٥	جواز رجوع الموصى فى الوصية	٢٥١
ليس للواقف عزل المتولى	٢١٦	بيان ما يعتبر فى الموصى	٢٥٣

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
٢٩٧	اجازة الوارث تنفيذ لعمل الموصى	٢٥٦	الوصية بالولاية على الاطفال
٢٩٨	حكم الايضاء بالواجب وغيره	٢٥٨	فى الوصية للمعدوم
	حكم ما اذا اجاز الوارث ثم ادعو الظن	٢٥٩	الوصية للاقارب
٣٠٢	بقلة المال	٢٦٠	فى اعتبار التكليف فى الوصى
٣٠٣	المدار فى الثلث على حال الوفاة	٢٦٤	عدم اعتبار العدالة فى الوصى
٣٠٥	حكم الوصية المبهمة	٢٦٧	فى الموصى به وما يعتبر فيه
	حكم الوصية لاجنبى بمثل نصيب	٢٦٨	حكم وصية القاتل نفسه
٣٠٧	احد الورثة	٢٧٠	الوصية للمحمل
٣٠٨	حكم نسيان مورد الوصية	٢٧١	الوصية للكافر
٣٠٩	حكم الوصايا المتضاده		حكم مالو مات الموصى له قبل
٣١٠	ما ثبت به الوصية	٢٧٤	الموصى
٣١١	حكم اقرار المريض بالدين	٢٧٨	الوصية بالمحمل
	احتساب ارش الجناية والدية	٢٧٩	حكم مالو اوصى الى اثنين
٣١٤	من التركة	٢٨٢	حكم رد الوصى الوصية
	حكم الوصية باخراج الوالد من	٢٨٥	بطلان الوصية بخيانة الوصى
٣١٥	الميراث	٢٨٦	استيفاء الوصى دينه من مال الميت
	كتاب الشفعة	٢٨٩	اخذ الوصى اجرة عمله
٣١٨	ما ثبت فيه الشفعة	٢٩١	حكم ايضاء الوصى
٣٢١	ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم		عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث
٣٢٥	اعتبار انتقال الحصه بالبيع	٢٩٤	الامع الاجازة
٣٢٧	اعتبار ان لا يزيد الشركاء على اثنين		

رقم الصفحة	العنوان	رقم الصفحة	العنوان
	حكم ما لو اورد المشتري نقصا على	٣٢٩	اعتبار قدرة الشريك على دفع الثمن
٣٤٠	مورد الشفعة	٣٣٠	فى فورية الاخذ بالشفعة
٣٤١	حكم اشترء ما فيه الشفعة بثمان مؤجل	٣٣٣	ثبوت الشفعة فى الوقف
٣٤٢	حكم الاختلاف فى قدر الثمن	٣٣٥	ثبوت الشفعة مع كون الثمن قيميا
٣٤٣	الشفعة لا تورث	٣٣٧	حكم ما لو ادعى الشفيع غيبة الثمن
٣٤٥	مسقطات الشفعة	٣٣٨	ثبوت الشفعة للغائب والقاصر

جدول الخطاء والصواب

صواب	خطاء	س	ص
الغصب	الغصب	٢١	٤٧
شاهدة	مشاهدة	٢٠	٧٤
الحوالة	الحوالة	١٨	٩٢
موجود	مودجو	١٨	١٠٥
يدعيه	تدعيه	٨	١١٤
الحاكم	الحكام	٢٠	١٦٠
المعينة	المعة	٢١	٢٠٦
ينقص	ينقر	١٥	٢٥١
يصح	نصح	٢	٢٤٣
اوصى	الوصى	١٢	٢٧٥



OHMCO

FEB 29 1980

FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882591