

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

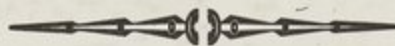
المجلد الحادي والثلاثون

من كتاب الاجارة

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا البهشتي بالمحقق الطهراني دام ظلته

رمضان المبارك - ١٤١٠



المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library



32101 047105810

Princeton University Library

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

--	--

حائق الفقه

في شرح شرائع الإسلام

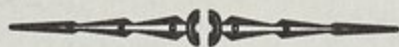
المجلد الحادي والثلاثون

من كتاب الاجارة

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

رمضان المبارك - ١٤١٠



المطبعة العلمية - قم

2271
.3553
.827
mujallad 31

هوية الكتاب

- الكتاب : حقائق الفقه
المؤلف : آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني
الناشر : المؤلف
الطبعة : الاولى
العدد : ٥٠٠
القيمة : يوزع مجاناً
التاريخ : رمضان المبارك ١٤١٠
المطبعة : العلمية - قم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى نور قلوبنا بنور معرفته و انجانا عن عذاب الجحيم بمحبة رسوله و اهل بيته و هداانا صراط المستقيم الذى هو معرفة امير المؤمنين واحد عشر من اولاده و نستله ان يثبت اقدامنا على هذا الامر و ان يوفقنا لفهم آياته و احكامه حتى نشكره لهذه النعمة العظيمة فصلواتنا و سلامنا على رسوله عليه السلام و على اهل بيته الى يوم بقائه .

﴿ كتاب الاجارة ﴾

وهى كما فى الحدائق وغيره ثابتة بالنص كتاباً و سنة ، و اجماع علماء الخاصة و العامة ، قال الله عز و جل « فان أرضعن لكم فآتهن أجورهن » و قال « لو شئت لاتخذت عليه أجرأ » و قال تعالى « قالت احديهما ياأبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الأمين » و قال انى أريد أن افكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج ، الآية .

و أما السنة فمستفيضة كما ستأتيك بذلك الأخبار .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن سنان عن أبى الحسن عليه السلام قال سألته عن الاجارة فقال : صالح لا بأس به اذا نصح قدر طاقته ، و قد آجر موسى

بن عمران عليه السلام نفسه ، واشترط فقال : ان شئت ثمانياً وان شئت عشراً فأَنْزَلَ اللهُ فيه دَأْنَ تَأْجِرْنِي ثَمَانِي حَجَجٍ فَاِنْ أُنْتَمِتْ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ وَغَيْرِ ذَلِكَ .

وفى الجواهر بعد قول المصنف كتاب الاجارة قال التى هى على نحو ما سمعته فى لفظ البيع من أن الاصح كونها نقل المنفعة ، لا العقد ، ولا الانتقال كما عرفته ، انتهى وفى الحدائق قال قد عرف بعض الأصحاب الاجارة بأنها عقد ثمرته تملك المنفعة بعوض معلوم ، وعرفها آخر بأنها عبارة عن تملك المنفعة الخاصة بعوض معلوم ، ومرجه الى أنها عبارة عن نفس العقد الذى ثمرته ذلك أو عبارة من التملك الذى هو الثمرة ، والبحث فى ذلك لاثمرة له بعد ظهور انتهى ومقصودهم ان لفظ الاجارة ولفظ البيع والصالح وغيرها اسامى للماهية المتحققة فى الخارج بالعقد الذى هو الايجاب و القبول فالاجارة ليست بعقد بل مسببه حاصلة من العقد .

و ان شئت قلت الاجارة عقد مجازاً و كان من باب اطلاق السبب و ارادة المسبب وبالجملة ان البيع والاجارة وساير العقود كلها من مقولة المعنى لا الالفاظ فان العقد لفظه ينشأ المنشى فى الخارج ويتحقق المعنى واللفظ غير قابل لانشاء فى الخارج فما هو القابل للانشاء هو المعنى بتوسط اللفظ .

فالعقد هو الايجاب والقبول اللفظان وسببان لوقوع المعنى الذى هو تملك المنفعة فالعقد سبب والمسبب هو الامر الخارجى المتحقق فى الخارجى بالعقد فالبيع تملك العين بالعوض .

وهذا يتحقق فى الخارج بالعقد فالعقد اسم للسبب ومدلوله المتحقق فى الخارج هو المسبب عن هذا العقد فالاجارة اسم لما يتحقق فى الخارج وهو تملك المنفعة لاسم للعقد الايجاب والقبول اللذان يحصل تملك المنفعة بهما فالاجارة عقد مجازاً بارادة المسبب من السبب فالبيع والاجارة وساير اسماء المعاملات كلها من مقولة المعانى وسبب ايجادها فى الخارج هو لفظ الايجاب

في ان الاجارة هي المعنى التي يتحقق من العقد اى الايجاب والقبول - ٥ -

والقبول وقال بعض تلامذة المحقق الرشتى قوله العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم النخ و كذلك عقد الاجارة نعم كثيراً ما ارادوا المسبب عن السبب ويقال عقد البيع و ارادوا المسبب الواقع في الخارج بالعقد اى بالايجاب و القبول .

وقال المحقق الرشتى بعد قول المصنف ففيه مقاصد اربعة الاول في العقد و ثمرته تملك النخ ما هذا لفظه و لفظ الاجارة مشترك بينها وبين العقد عليها عند الفقهاء نظراً الى الاطلاق الواقع في الموضوعين بان الفاظ المعاملات كالبيع والاجارة والصلح الى آخرها تارة تفسير بالعقود و اخرى بمعانيها او حقيقة في المعاني و مجاز في العقد بعلاقة السببية كما عن الشهيد الثاني انتهى .

وعلى الاول لفظ الاجارة مشترك بين السبب والمسبب اى بين اللفظ وبين المعنى وعلى الثاني لابل اريد من الاجارة معنى المتحقق باللفظ فاطلاق العقد على الاجارة على الاول حقيقة وعلى الثاني مجاز .

وقال المحقق الاصفهاني في اجارته ما هذا لفظه: أن الاجارة كغيرها من العناوين المعاملية تملك عقدي لا عقد على التملك بيانته: أن الافعال تارة مباشرة لا يحتاج الى التسبب اليها بسبب و أخرى يحتاج اليه وهو تارة يحتاج الى سبب طبيعي كالاحراق المتوقع على الالقاء في النار و أخرى يحتاج الى سبب جعلى كالمعاملات فان مضامينها يتوقف حصولها على التسبب اليها بأسباب جعلية من قول أو فعل عرفاً أو شرعاً . و عليه فمضمون الاجارة كالبيع و نحوه أمر لا يحصل الا بالعقد لأنه عين الانشاء على التحقيق بل قد ذكرنا في محله أن مفاهيم المعاملات كغيرها هي الموضوعات لها ألقاظها بما هي معان و مفاهيم انتهى محل الحاجة فلفظ الاجارة موضوع لما يتحقق في الخارج من ملكية المنفعة المعلومة واللفظ الذي يوجد هذا المعنى في الخارج يقال له العقد اى الايجاب والقبول .

وحيث يمكن ان يكون اصح ما يقال في المقام ان الاجارة تملك منافع

العين بالعرض كما ان البيع تمليك العين بالعرض فالعين بعم نفسه او ارضه او حيوانه
والاول كما اذا اجاره نفسه لعمل كالخياطة او البناء ونحوهما .

والثاني كما اجاز ارضه للزراعة او السكنى او الثالث كحيوانه لحمل الانتقال
وحيث ان المنفعة لا تحصل بدون العين فمتعلق الاجارة وان لم يذكر فيه العين
لكن العين لاجل منافعها لازم وداخل في مفهوم تمليك المنفعة لتوقفه على العين
فلاشكال بمثل انه لا يمكن بدون العين مندفع .

واظن ان هذا التعريف احسن من تعاريف المشهورة وغير المشهورة
فتمليك منفعة عين ينشأ في الخارج بلفظ ملكتك منافع الدار او آجرتك الدار
فلا يحتاج حينئذ الى النقص والابرام ببعضها دون بعضها وجعل بعضها اصح دون
بعضها اذ لا يخلو الكل عن الاشكال غاية الامر يسلم بعضها عن بعضها وبعضها
بالعكس كما في تعاريف البيع راجع ج ٢١ ص ٢٦٠ .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ فيه فصول أربعة: الاول: في العقد ﴾ وفي الجواهر أى عقد
الاجارة وهو اللفظ الانشائي الدال عليها ﴿ وثمرته ﴾ التى شرع لها ﴿ تمليك المنفعة
بعوض معلوم ﴾ قد فسر العقد فى الجواهر باللفظ الانشائي اى لفظ الايجاب والقبول
الدال على ما يتحقق منهما فى الخارج من التزام الطرفين به وقبولهما وبينان
عليه كالنكاح والبيع .

وحيئنذ كان اليق بالمقام جعل المداول نفسه تمليك المنفعة لا انه ثمرته
لامكان ان يقال فما هو ذوالثمرة وما هو وثمره الشيء غير الشيء بالبداهة مثلا
العلم بشيء وثمرته الانسانية وارشاد العباد وغير ذلك .

والايمان امر وثمرته النجاة من النار والدخول فى الجنة وان كان المراد
من الثمرة نفس ذى الثمرة فلا يحسن جداً فانهما حينئذ وان كانا واحدا اذ ليسا
بشيئين بل بشيء واحد وهو تمليك المنفعة التى عين الثمرة لهذا التمليك لكن
لا يحسن حينئذ التعبير بالثمرة انما يعبر بها فيما كان فى البين شيان ثمرة

في ان الاجارة هي المعنى التي يتحقق من العقد اى الايجاب والقبول - ٧ -

وذوها كالمثاليين والا فلا فان السؤال اولا عن حقيقة الشيء و ثانيا عن ثمرته وكيف كان فلاسائل ان يقول ان تمليك المنفعة ثمره العقد فنفسه ما هو فاجواب صحيح عليه الا بتغيير العبارة والقول بان الاجارة تمليك المنفعة والعقد سببه فلا مناص من ذلك حيث ان العقد لفظ و هو الايجاب و القبول كما عرفت من ان العقد سبب لوقوع المسبب حيث انه باللفظ يصل الانسان الى المطلوب الذى فى قلبه فاسامى المعاملات كالبيع والاجارة والنكاح كلها ما يتحقق ويوجد من العقد الذى هو اللفظ .

ثم انه مما ذكرنا يظهر عدم ورود الاشكال على هذا التعريف بمثل ان الاجارة اسم للمسببات وضعت لان يتحقق المسببات فى الخارج فلا يصح تعريفها بالعقد وجوابه ان المقصود من التعريف بيان حقيقة الاجارة و بان الاجارة ايضا تمليك العين فالاجارة يتعلق بمثل الدار فلا يصح تمليك المنفعة .

وجوابه ان تمليك الثمرة لا يكون الا بالعين فالعين داخل فى مفهوم تمليك الثمرة ولا يحتاج الى ذكر العين و من العجيب هو القول بان فى الاجارة ايضا تمليك العين موقته بداهة انه لا تمليك عين فى الاجارة اصلا بل دفع العين فى يد المستأجر بالتبع لتوقف المنافع بالعين .

ثم ان التعبير بالعقد لاجراء المعاطاة عن الاجارة فانها ليست بعقد ولا يفيد ملكا عيناً فضلا عن المنفعة وقد عرفت ما فيه فى باب البيع و انها مفيدة للملك دون الاباحة .

قال فى مفتاح الكرامة بعد قول المصنف [وفيه فصول الاول فى الماهية و هى عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله] مالفظه الغرض من ذكرهم العقد و التمليك اخراج معاطاتها فانها لا تحتاج الى عقد و ليس فيها تمليك ولا نقل و انما هى اباحة المنفعة فلا يشترط فيها توقيت المدة ولا تعيين المنفعة الغرض .

قلت قد عرفت في كتاب البيع ان المعاطاة بحكم البيع بل بيع حقيقة وان افعال الطرفين بمنزلة الصيغة وان البيع تارة يقع بالصيغة واخرى لا ، سواء كان في الاشياء الحقةرة او الجليلة وانهما مفيد للملك وانه يجرى فيها جميع ما يجرى فيها وقعت بالصيغة بل لا يتعارف عندهم الصيغة الا في الاشياء الجليلة المهمة نادراً وان القول بالاباحة كما عن كاشف الغطاء مستلزم للاشكالات الكثيرة لا يناسب الشريعة السهلة راجع ج ٢١ ص ٢٦٧ الى ٢٨٤ .

وعليه لافرق بين البيع والاجارة وغيرهما وكل ما جرى في بيعه جرى في سائر العقود والمعاطاة هي ما لا تجرى فيه العقد واللفظ ولا فرق عند العرف المتشعبة بين العقد والفعل بشهادة ان الاحكام ناظرة الى العرف وبنائهم في المعاملات على عدم اجراء الصيغة مطلقا الا نادراً وفي الاسواق وغيرها في جميع الايام يتعاملون من غير اجراء الصيغة بل لو اجرى الصيغة لعلمه عدفي نظرهم امر منكر فهي والبيع عندهم سواء فكذلك في الاجارة والصلح وغيرها .

ولذا عن المفيد ره هي بيع لازم وعن المحقق الثاني هو البيع الغير اللازم وحمل عبارة القائلين بالاباحة عليه اى على الملك الغير اللازم وعن العلامة الأشهر عندنا انه لا بد من الصيغة وهو صريح في ان غير الأشهر قائلون بعدم لزوم الصيغة بالبيع نعم القدر المسلم بين العرف والشرع خروج النكاح دائماً ومتمعة وانه لا بد منه من الصيغة المخصوصة .

فالقول بعدم الملك و الاباحة مستلزم لشرع جديد في المعاطاة ومستلزم للاشكالات الكثيرة وجواب الواقع عنها لكان من الغرائب فراجع الى ج ٢ كيف فهي مع الايجاب والقبول مساوية .

وقوى شيخنا المرتضى الانصارى قول المحقق الثاني بالملك وانه لا يخلو عن القوة للسيرة المحققة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك واستدل عليها بالايات الدالة على اللزوم كما في احل الله البيع وادفوا بالعقود فراجع حتى

فى ان الاجارة هى المعنى التى يتحقق من العقد اى الايجاب والقبول - ٩ -

تعلم كيف يكون ما عن شرح القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة ولعمري ان القول بالاباحة مع قصد كل من المتعاملين هو الملك من الصغير والكبير والعاقل والمجنون والرجال والنساء فى غاية الضعف بل لا يخطر ببال احد منهم الاباحة فمن اى ناحية نشأ القول بالاباحة .

فان كان مقصودهم هو الصيغة وبدونها لا يحصل الملك فلازمه البطلان اذ أمر الصيغة وعدمها يدور بين الوقوع وعدمه وعلى الوقوع لازم وعلى عدمه البطلان ولازمه الحرمة فالاباحة لامناً لها اصلاً .

فان قلت الاخبار المنحصرة المحلية والحرمة بالكلام تدل على المقصود . قلت اولاً لازم الحصر بالكلام ما أقول من ان المطلب بين الحلال والحرام وبين الملك وعدمه فينحصر بين الحرمة وعدمه وبين الملك وعدمه فلا كلام فى الاباحة لا اصل لها رأساً .

وثانياً ان قوله الاباحة انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ليس معناه انه بالصيغة يحلل وبعدمها يحرم .

بداهة ان معناه لو كان ذلك لازم كون المعاملة بدون الكلام محرمة لا الاباحة كما عرفت .

فالمعنى ان الكلام ان وقع بنحو كان حلالاً وبنحو آخر كان حراماً فالمحلية والحرمة هو الوصف بحال نفس الموصوف اى الكلام فالمعاطاة والوقوع بالفعل خارج عن احد الوصفين لعدم كونها كلاماً فالكلام لو وقع بنحو المطلوب يحلل وبنحو الغير المطلوب يحرم اى لفظ كان باى لسان كان فان مفاد اللفظ فى مقام النكاح ان كان بمثل آجر ترك الى ساعة بكذا يحرم وان قال زوجتك الى ساعة كان حلالاً .

وهكذا فان قال ملكتك الدار كان ملكك وان قال جعلتها فى اختيارك كان

باطلا غير حاصل للملك وكيف كان فنفس اللفظ موصوف بالحلية و الحرمة لا الانشاء بالفعل فو قوع الكلام بنحو يوجب الحلية وبنحو يوجب الحرمة لا بنحو اللفظ يحلل وبنحو الفعل يحرم فالكلام فى الاخبار بالكل اجنبى عما كانوا بصده .
وبالجمله كل من كان بقصد المعاملة بيعا او اجارة او صلحا اراد الملكية والقول بالاباحة على خلاف قصدهم ولذا قالوا ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .
والحاصل ليس من الاباحة فى الشرع عين ولا اثر ولذا حمل المحقق الثانى قول الفائلين بالاباحة على الملك المتزائل وليس ذلك الا فى مقام الضرورة وضيق العلاج وعدم امكان التعبير عنه بنحو يدفع عنهم الاشكال والا فيعلم انه غير صحيح ايضا وانه فى نهاية البعد .

ولقد اجاد المفيد ره من ان مفاد المعاطة ملك لازم فالبحت عن المعاطة بنحو انها مفيد للاباحة كما ترى الا ان يكون البحث فى ان المعاطة وابداء المعاطة بمجرد الفعل هل يصح او لا بل يحتاج الى اللفظ بحيث يدور الكلام فى الصحة والبطلان لا فى الصحة بنحو الاباحة .

فيجاب عنه؟ بالصحة وعدمه فالمقصود فى المعاملات هو الاخذ بعنوان الملكية والدفع بعنوان العوض والصيغة ايضا مفيدة لذلك بل فى المعاطة ايضا يحتاج الى اللفظ والا فلم يعلم احد المتعاملين كيفية المعاملة والجنس والقيمة فبالكلام يعين القيمة والعوض ثم يدفع ويؤخذ وبعد التكلم فى مطلوبه والعلم بقيمته يؤخذ ويدفع فيرجع المعاطة ايضا باللفظ غاية الامر لابنوان الصيغة .

كيف فانه اذا قيل فى الجواب عن وطء الجارية المأخوذة بالمعاطة كيف يصح هذا الوطاء بانه عند ارادة الوطاء يدخل فى الملك آنا ما لكان عند العرف قبيحا لا يصاعد عليه دليل بمثل ان الارادة من المملكات او انه مقتضى الجمع بين الادلة .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يفتقر﴾ تحقق مسماة ﴿الى ايجاب وقبول والعبارة

الصريحة عن الايجاب ﴿ باعتبار وضعها للدلالة عليه ﴾ ﴿ آجرتك ﴾ وأكرتتك هذه الدار مثلاً ﴿ ولا يكفى ﴾ فيه ﴿ ملكتك ﴾ بل هو مناف له ضرورة اقتضائه تمليك المنفعة ، بخلاف ملكتك هذه الدار المفيد لملك الدار فانه الظاهر من تمليك العين دون لفظ آجرتك فانه تمليك منفعة الدار لا نفسها .

واما شرائط الصحة فكلها خارجة عن نفس المحدود فالعقد هو اللفظ الذى انشأ هذا المعنى فى الخارج فاذا قال ملكتك منفعة الدار فهذا لفظ بسببه ينشأ ويتحقق معنى يعبر عنه بملكية منافع الدار فاللفظ سبب ومسببه تحقق المنافع وكذا عقد النكاح عبارة عن الايجاب والقبول الدالان عن تحقق معنى فى الخارج يعبر عنه كون المرأة للرجل والرجل للمرأة فالنكاح هو المعنى الخارجى الباقي ببقاء احد الزوجين بالفاظ يعدم بعد ايجاد المسبب بل فى حال التلفظ .

وكيف كان فهذا التعريف اولى مما فى المتن لامكان ان يرد عليه بان متعلق الاجارة ايضا هو العين لاجل ان تمليك المنفعة متوقف على العين وعلى كل حال لا يصح قوله ملكتك الدار .

و ﴿ أما لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً صح ﴾ فان السكنى يخرج عن تمليك نفس العين ﴿ وكذا ﴾ الكلام فى ﴿ أعترتك ﴾ هذه الدار سنة بكذا مريداً بها معنى الاجارة ﴿ لتحقق القصد ﴾ حينئذ ﴿ الى ﴾ نقل ﴿ المنفعة ﴾ اذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص فى العقد .

وفى الجواهر قال بل ظاهر ما وصل الينا من الادلة فى المقام وغيره كالبيع والنكاح ونحوهما التوسعة فيما يعقد به العقد ، والاكتفاء بكل لفظ يدل على انشاء المراد به حقيقة ، أو مجازاً غير مستنكر فى أمثاله ، وكفى بذلك قاطعاً لاصالة عدم النقل وغيرها انتهى .

﴿ ولو قال : بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم تصح وكذا لو قال : بعتك سكنها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان ﴾ على وجه يستهجن استعماله فى نقل المنافع مجازاً .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا فمن التحرير احتمال الانعقاد به بل في المتن ﴿ وفيه تردد ﴾ والاطهر عدم الصحة ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الاجارة عقد لازم ﴾ بخلاف ولا اشكال لقوله تعالى ادفوا بالعقود وفي مفتاح الكرامة بعد قول العلامة : وهو لازم من الطرفين قال ما هذا لفظه بلا خلاف اجده في كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض بل هي بين مصرح فيه بذلك بجعله مسألة مستقلة كالكتاب وبين مصرح فيه بذلك في مطاوى الباب وقد حكى عليه الاجماع في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر الكفاية وقد نفى عنه الخلاف في موضع آخر من مجمع البرهان لعموم الامر بالوفاء انتهى .

والظاهر لا اشكال في المسألة نصا وفتوى كتابا كما عرفت وسنة للروايات الواردة في عدم بطلان الاجارة بالبيع كما سيأتي وما ورد في الكراء كصحيح على بن يقطين عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت او السفينة سنة اذأكثر اقل قال كراه لازم الى الوقت الذي تكراه ومثله غيره مما سيأتي واذا لم يبطل الاجارة حتى تنقضى مدتها كانت لامحالة لاجل ازومها ﴿ لا يبطل ﴾ حينئذ ﴿ الا بالتقابل ﴾ المشروع .

وفي المسالك بعد قوله والاجارة عقد لازم قال لزوم عقد الاجارة موضع وفاق وعموم الامر بالوفاء بالعقود يتناوله وحينئذ فيدخل الاقالة كغيره من عقود المعاديات واما الاسباب المقتضية للفسخ فستأتي مفصلة انشاء الله انتهى . اقول ولا اشكال في ذلك بمقتضى الاخبار وانما الاشكال في ان التقابل مختص بالبيع للتصريح بالبيع اذ يعم الاجارة والظاهر هو الشمول لعدم الاختصاص فان الغرض رفع غم المؤمن عن المعاملة بيعا كان ادا الاجارة فملاك رضاية المؤمن وقضاء حاجته فيهما معا .

بل مثل مرسل الجعفرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يأذن لحكيم بن حزام في التجارة حتى ضمن له اقالة النادم نعم الاجارة فانه تجارة ايضا وغايته ان الانجار

تارة بالبيع والشراء وهو الاكثر واخرى بالاجارة وثالثة بالصلح فالظاهر مشروعية
 الاقالة فى الجميع ويسهل الامر بأنها يتم بالرضاية فلا اشكال اصلا .
 ﴿أو بأحد الاسباب المقتضية للفسخ﴾ كما اذا شرط الفسخ ان شاء ونحو
 ذلك ﴿ولا تبطل بالبيع﴾ للعين المستأجرة ، لعدم المنافاة بعد اختلاف متعلقهما
 لان متعلق الاجارة هو المنفعة ومتعلق البيع هو العين فصح بيع الذى فى اجارة
 الغير مع علم المشتري فانه حينئذ اقدم على البيع مسلوب المنفعة .
 نعم فى البين بعض ما يتوهم منه المنع وهو من دفع كما سيأتى .
 وفى الجواهر هذا لفظه ولو اتفق فسخ المستأجر بأخذ أسبابه عادت المنفعة
 الى البايع دون المشتري الذى قد استحق العين مسلوقة المنفعة الى المدة .
 وعلى كل حال فقد عرفت عدم بطلانها بالبيع لما سمعت ، بل الظاهر ذلك
 حتى لو كان المشتري هو المستأجر ، فيجتمع حينئذ عليه الثمن والاجرة ، وملك
 العين انما يستتبع ملك المنافع اذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح انتهى .
 وفيه كلام وفى مفتاح الكرامة بعد عبارة القواعد [ولا تبطل بالبيع]
 قال ما هذا لفظه : كما فى النهاية والمبسوط والكافى والوسيلة والغنية والسرائر
 والجامع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد
 والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح واطلاقها يتناول البيع
 على غير المستأجر وستعرف المصرح بذلك والمخالف والمتأمل
 وكيف كان فالبيع على غير المستأجر لا خلاف فيه ولا اشتباه وفى (الغنية)
 وظاهر المبسوط والتذكرة والاجماع عليه وفى (الرياض) لا خلاف فيه ولا اشكال
 وفى (ايضاح النافع) انه لا اشتباه فيه انما الاشتباه فى البطلان اذا بيع على المستأجر
 (قلت) هذا ايضا لا خلاف فيه الامن المصنف فى الارشاد فانه قرب البطلان
 على اشكال وانما احتمل بعضهم بطلان الاجارة احتمالا انتهى قوله واطلاقها يتناول
 البيع على غير المستأجر ولا احسن ان يقول اطلاقها يتناول البيع على المستأجر

فانه محل الاشكال لالبيع على غير المستأجر فانه صريح الروايات
وتوهم فساد البيع على غير المستأجر لاجل ان البيع اذا وقع يستتبع منافعه
فكان للمالك ومع كون العين اجارة كانت للمستأجر وفيه ان ذلك فيما لم يعلم
المشترى بالاجارة و الا فهو مقدم على قبض المبيع مسلوب المنفعة فلا اشكال
في صحة البيع ولا يبطله الاجارة بخلاف ما اذا كان المشتري هو المستأجر فان
المنافاة حينئذ متحقق .

ولكن الانصاف اندفاع ما يرد عليه وسيأتي بيانه وفي المسالك بعد عبارة
المتن قال لعدم المنافاة فان الاجارة تتعلق بالمنافع والبيع بالعين والمنافع تابعة
لكن ان كان المشتري عالما بالاجارة تعين عليه الصبر الى انقضاء المدة فان كان
جاهلا تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب المنفعة الى آخر المدة لان
اطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظرأالى الغالب ولو فسخ المستأجر
بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة الى البايع لالى المشتري ولو كان
المشترى هو المستأجر صح البيع وفي انفساخ الاجارة و جهان اجودهما بقاؤها
فيجتمع عليه الثمن و الاجرة و الثانى الانفساخ لان ملك العين يستدعى تلك
المنافع لانها نماء الملك و يضعف بان العين انما تستتبع المنافع اذ لم يسبق
ملكها بسبب آخر انتهى .

اقول فى اجارة المحقق الرشتى بعد قول المصنف ولا تبطل بالبيع قال من
غير المستأجر بلا خلاف ولا اشكال النخ و ظاهره ان فيه خلاف و ذلك لان محل
الاتفاق هو البيع على غير المستأجر كما اذا اجار العين ثم باعها بغيره فلا اشكال
ان متعلق الاجارة هو المنفعة ومتعلق البيع هو العين فلان منافات بينهما مع علم
المشترى بكون العين فى اجارة الغير والاشكال فى بيعه على المستأجر كما سيأتى .
ويدل على عدم بطلان الاجارة بالبيع روايات مثل ما عن أبي همام وأنه
كتب الى أبي الحسن عليه السلام فى رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤجر تلك

الضعيفة بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء فى ميراث الميت؟ أو ثبت فى يد المستأجر الى ان تنقضى اجارته؟ فكتب عليه السلام يشبث فى يد المستأجر الى ان تنقضى اجارته، صريح الخبر صحة الاجارة وعدم بطلانها بالبيع.

ورواه فى الكافى عن أحمد بن اسحاق الرازى قال: كتب رجل الى أبى

الحسن الثالث: «رجل استأجر» الحديث بأدنى تفاوت لا يدخل بالمقصود وما رواه فى الكافى والتهديب عن يونس وقال: كتبت الى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسماة ثم ان المقبل أراد بيع أرضه التى قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمقبل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذى تقبلها منه اليه وما يلزم المتقبل له؟ قال: فكتب: له أن يبيع اذا اشترط على المشتري أن للمقبل من السنين ماله، وظاهرها يعم البيع على نفس المستأجر.

فما يرد عليه فى مقابل الاطلاقات اجتهاد فى مقابل النصوص واللازم بيان اقسام صور المسألة وهى اربعة الاولى صورة علم المشتري بكون العين فى اجارة الغير. الثانية صورة جهله بذلك. الثالثة صورة فسخ المستأجر الاجارة باحد اسباب الفسخ علماً أو جهلاً. الرابعة كون المشتري نفس المستأجر.

اما صورة الاولى اى علم المشتري بذلك النقص فالظاهر لا اشكال فى صحة البيع مسلوب المنفعة الى مدة انقضاء الاجارة لاقدام المشتري على ضرره فلا وجه لفساد البيع حينئذ الاكون منفعة العين للمشتري لان منفعة العين لازم للعين غير منفك عنها وهنا غير ممكن لكونها للمستأجر قبلاً بالاجارة فالبيع منه كان موجباً لانفكالك المنافع عن العين ولكن هذا غير وارد مع علم المشتري بسلب المنفعة فلا يوجب فساد البيع ولا الاجارة لوقوعها فى حال عدم المانع رأساً.

الثانية ما جهل المشتري بالحال فهو مشكل لانه باع مع منافعتها فظهر مسلوباً

وهو اظهر انواع النقص ولا يختص النقص والعيب بما اذا كان فى الخلقة الاصلية فانه كل ما يعد عند العرف موجبا للضرر نوعاً عيب و حينئذ يكون المشتري مختاراً بين الصبر او الارش .

ولا يصح للبائع منعه و امره بالفسخ لانه ضرر عليه كما عرفت و كذلك الصبر فلاعلاج الا بذلك بان يلحظ هذه الارض مسلوبة المنفعة الى مدة معلومة ماهى اجارتها ومع كونها مع منافعها فى هذه المدة ماهى فيؤخذ نسبة التى هى بين الاجرتين ورد الى المشتري بهذه النسبة من اجرة المسمى فاذا كانت قيمتها فى حال التقويم مسلوبة عن المنافع الى مدة عشرون درهما ومع المنافع ثلاثون درهما كانت النسبة بينهما بالثلث ويؤخذ من البايح ثلث القيمة المسمى لا القيمة الفعلية فاذا كانت المسمى تسعة يؤخذ ثلاثة منها للمشتري سواء كانت القيمة حين التقويم ازيد من حال الاجارة او اقل لامن القيمتين حتى يجمع فى بعض الادقات بين العوض والمعوض .

فان قلت هذا يصح بنسبة النقص الراجع الى الخلقة الاصلية قلت قد عرفت ان النقص والعيب لا اختصاص له بالخلقة الاصلية بل كلما يوجب عند العرف ضرراً يدخل فى هذا الحكم و اى ضرر اعظم من ان يصبر المشتري الى سنة او سنتين حتى ينقضى مدة الاجارة بل عندهم من اشد انواع العيب ولو كانت العين المستأجرة فى حد ذاتها لاييب لها فالشئ يلحظ بجميع حالاته وعوارضه ويحكم عليه بالسلامة وعدمه فكما ان النقص فى الخلقة يوجب الضرر فكذا كل ما يوجب الضرر . ولذا قال المحقق الرشتى فى هذا المقام وهذا هو السر فى تصريح بعض الفقهاء بان نقص المنفعة عيب حكى اراد انه فى حكمه فى اقتضاء الخيار مع عدم اشتراطه فى العقد انتهى .

و كيف كان فالظاهر لا اشكال فى ذلك و ان كنت ان تعرف فانظر الى الارض الواقعة فى ساحل البحر والواقعة فى محل ومكان محفوظة عن العوارض

وكلاهما سليمان عن النقص حسب الخلقة الاصلية ومع ذلك عد عند العرف ما يكون عند ساحل البحر عيبا بخلاف الاخر فاللحاظ بحسب الخلقة الاصلية انما يكون بحسب الغالب ولا يثبت الاختصاص تدبر .

واما الثالثة اى صورة التى فسخ المستأجر باحد اسباب الفسخ بحيث صارت الارض بالامانع فهل للمشتري هو التصرف فيها لارتفاع المانع اولا فنقول فان كان المشتري فى هذه الصورة عالما بالاجارة وباع بهذا النحو فليس له التصرف حتى ينقضى المدة كالصورة الاولى اذ هو قد اقدم على هذا النحو من الشراء اى مسلوبة المنفعة فيكون منافعها للبيع الى ان تنقضى وان جهل فظهر له بعد الشراء وقبل فسخ المستأجر فهو كالصورة الثانية مختار بين الصبر او الارش واما بعد فسخ المستأجر فله التصرف فى الارض مع جميع منافعها اذا الفرض جهل المشتري بالاجارة وعلم فيما ارتفع المانع .

وبالجملة الصورة الثالثة هى الصورة الثانية غاية الامر فى الثالثة وقع فسخ المستأجر فان علم المشتري قبل الفسخ فهى عين صورة الثانية له الصبر او الاخذ بالارش فان علم بعد الفسخ كان له التصرف فى ارضه .

الرابعة ما اذا باع بنفس المستأجر فهل يفسخ البيع الاجارة او العكس او تصح كليهما فيتصرف المستأجر فى الارض تصرفا المالك فى ارضه او مسلوبة المنفعة الى ان ينقضى مدة الاجارة وفيها كلام والصحة وان كان اجماعيا ولكن المخالف هو العلامة فى الارشاد فانه قرب البطلان على اشكال و بعضهم بطلان الاجارة والمسألة غير خال عن الاشكال .

وحاصل ما اشكل فى المقام امور عمدتها ما عن الاردبيلي ره من ان صحة البيع مستلزمة لتوارد السببين على مسبب واحد فان عقد الاجارة سبب مستقل وعقد البيع سبب مستقل وكلاهما واردين على مسبب واحد وهو تملك المشتري المنفعة وبطلان الوارد العلتين على معلول واحد من البديهيات الاولى لان العلة الاولى

اذا تحققت لاينفك عنها المعلوم وبعدتحقق المعلوم فالعلة الثانية بالامورد فلو صح البيع لزم هذا المحذور .

ولا يخفى ان هذا الاشكال هو العمدة فى المقام الموجب لتوهم عدم صحة البيع بمن كان فى اجارته . والجواب ان توارد العلتين محال اذاوردتا فى آن واحد على معلول واحد لافى زمانين متعاقبين فانه بالعلة الاولى ترتب المعلوم وهو حصول ملكية منافع الارض للمستأجر وكان مالكا لمنافع العين فلامورد للسبب الثانى والعلة الثانية وهى كون البيع علة لتملك منافعها بالامورد لحصول الملكية بالعلة الاولى وهى الاجارة وهذا جار فى كل علتين مستقلتين على التعاقب فان المعلوم مستند الى العلة الاولى فعقد الاجارة علة لتحقق ملك المنافع للمستأجر ولايحتاج الى الثانية لتحقق ملكية منافع الارض مضافا الى انه تحصيل للحاصل فان قلت فالبيع باطل حينئذ العلة وهى تملك منافع الارض بالبيع غير ممكن لتقدم العلة الاولى وترتب المعلوم وهو ملكية الارض بالاجارة .

قلت حيث كان المقام مقام البيع بالمستأجر الذى يعلم كون الارض مسلوبة المنفعة اذا المنافع انفسه بالاجارة فاذا اقدم على شراء الارض اقدم على الشراء مسلوبة عن المنافع فلا توارد العلتين حينئذ على معلول واحد بل العلتين لمعلولين :

العلة الاولى عقد الاجارة ويترتب عليه معلولها وهو منافع الموقفة .
والعلة الثانية عقد البيع ويترتب عليه معلولها وهو ملكية نفس الارض دون منافعها فبالاجارة تملك منافع الارض وبالبيع تملك نفس الارض بدون منافعها فالسببان لا يرد ان على شىء واحد ولا فى آن واحد فتوهم توارد العلتين فى غير محله وكيف كان فقد يقاس بطلان البيع بمسألة عدم صحة تزويج المولى امته لنفسه بدعوى ان الملك سبب مستقل لحصول حل النكاح والتزويج ايضا كذلك فاذا صارت الامة ملكاله فائز الملكية حل النكاح فيها فلا معنى للتزويج حينئذ لاستلزامه توارد السببين فى سبب واحد فحل النكاح معلول للملكية وللعقد وهو غير جائز كما فى المقام فان البيع سبب لتملك المنافع فلامعنى لاجارة التى سبب آخر لتملك

المنافع حيث ان تملك المنفعة حينئذ معلولة للسببين عقدا لبيع وعقدا لاجارة وهو مع هذا توضيح منا محكى عن جامع المقاصد وفيه اولا كون القياس على فرض عدم بطلانه مع الفارق فان المقام ليس الاعلة واحدة لمنفعة العين المستأجرة والعملة الاخرى لبيع نفس الارض مسلوقة عن المنفعة لانه مستأجر وعلم بان منفعة الارض فعلا لنفسه الى مدة معينة فاشترى الارض بدون المنفعة ولعل ذلك الاستدلال والقياس عنه بعيد .

وقال المحقق الاصفهاني فى اجارته « ثالثها » ما عن جامع المقاصد أيضاً ، وهو أنه كما لا يمكن نكاح المملوكة ، ولا بقاء النكاح بعد الملك . فالملكية مانعة عن حدوث الزوجية وعن بقائها كذلك ملك العين يمنع عن عرض ملك المنافع وعن بقاء ملك المنافع وتقريبه أن النكاح يقتضى ملك البضع وحده فاذا ملك الرقبة لا يستقل ملك البضع لعدم بقاء الناقص بعد الاستكمال ، وملك المنافع بالاستقلال بعد ملك العين كذلك ، لان ملك العين يوجب خروج الملك السابق عن حد النقص الى الكمال فلامعنى لبقاء النقص على حاله ، والجواب أن الزوجية والملكية شرعاً متقابلتان . لقوله تعالى : الاعلى أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم ، والنقص قاطع للشركة فلذا لا يجتمعان حدوثاً وبقاءً ، وأما ملك المنافع بالاستقلال مع ملك العين فلا دليل عقلا ولا نقلا على تقابلهما وعدم اجتماعهما ، وأما التقريب المزبور الذى هو بمنزلة الجامع لتصحيح قياس مانحن فيه بملك الامة المزوجة فمندفع بأن العين ومنافعها مالان وملكان لامن باب النقص والكمال ، فلامانع من بقاء تملك المنافع على ما هو عليه من الاستقلال انتهى .

(و) كذا (لا تبطل) الاجارة (بالعدر) كما اذا حبس بعد الاجارة او فى اثنائها او صار مرصفا لم يتمكن من الانتفاع من العين فيجعل العين عند وكيله او اولاد ونحو ذلك الا ذلك الا اذا لم يمكن ذلك بوجه والافتصيح * ولا بالعدر مهما كان الانتفاع * المقصود فى الجملة * ممكناً * .

وفى الجواهر وان تخير المستأجر مع نقصان الانتفاع بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة ، كما أنها تبطل بتعذر أصل الانتفاع ، بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعة المرادة منها كما لو استأجر أرضاً للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها ، ضرورة كون ذلك كتلف العين انتهى ❊ وهل تبطل بالموت المشهورين ❊ قدما ❊ الاصحاب نعم ❊ وفى الجواهر اذ هو خيرة الشيخين فى المقنعة والنهاية والخلاف وسلاروبى زهرة وحمزة والبراج وسعيد ، بل فى الخلاف والغنية الاجماع عليه بل زاد فى الاول نسبه الى أخبار الفرقة انتهى .

قال فى الخلاف الموت يبطل الاجارة سواء كان موت المورج او المستأجر وبه قال ابو حنيفة واصحابه والليث بن سعد والثورى وقال الشافعى الموت لا يفسخ الاجارة من ايهما كان وبه قال عثمان البتى ومالك واحمد واسحق وابوتور وفى اصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها وموت المورج لا يبطلها .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم فان ما حكيناه عن بعضهم شاذ لامعول عليه وايضاً فان المكترى دخل على (عليه - خ) ان يستوفى المنفعة من ملك المكبرى فكيف يستوفى من ملك غيره وقد زال ملك المكبرى انتهى .

وكيف كان فالاقوال حينئذ ثلاثة قول بالبطالن مطلقا وقول بعدم البطلان مطلقا وقول بالبطالن بموت المستأجر دون المورج او العكس والاول مشهور بين المتقدمين والثانى مشهور بين المتأخرين والثالث عن كثير ايضا واليه يميل الشيخ فى المبسوط ايضا وقد اشار اليه المصنف بقوله .

❊ وقيل ❊ والقائل الاكثر من اصحابنا على ما فى مهذب القاضى ❊ لا تبطل بموت المورج وتبطل بموت المستأجر ❊ وفى الجواهر وفى محكى المبسوط أنه الاظهر عند اصحابنا بعد ان حكى عنهم الانفساخ بموت كل منهما ، وهو كالمتمدافع انتهى اى كالمصالح لذلك .

وكيف كان فقليل من المسائل وقعت بهذه الاختلاف وتكثر الاقوال فى

طرفيها واما ما وقع في بطلان الاجارة بالموت مطلقا ففي مفتاح الكرامة ما هذا لفظه واما القول ببطلانها بموت احد المتعاقدين فهو خيرة المقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط في موضعين منها والمراسم والمهذب والوسيلة والغنية وجامع الشرائع وهو ظاهر التذكرة بل والسرائر في موضع آخر كما ستسمع كلاميهما وهو المحكى في كشف الرموز عن البشرى وحكاية القاضى في المهذب عن السيد كما فهمه منه في التنقيح .

قال في (المهذب) تنسخ الاجارة بالموت ولا فرق في ذلك بين ان يكون الميت هو المستأجر او المؤجر وعمل الاكثر من اصحابنا على ان موت المستأجر هو الذى يفسخها لاموت المؤجر و كان شيخنا المرتضى يساوى بينهما في ذلك وظاهره بل صريحه أن كان يساوى بين موت المؤجر والمستأجر في البطلان وقال في (التنقيح) نقل القاضى عن المرتضى أنه ساوى بينهما والظاهر أن المراد في البطلان وحينئذ فنسبة القول بالصحة مطلقا الى المرتضى كما نقله ابن ادريس منظور فيه انتهى وما حكاها في السرائر عن السيد في المسائل الناصرية في مسألة المأتين منها .

(ففيه) أنه ليس فيها الاقوله في بحث العمرى وانما ورت الورثة هذه المنافع كما يرتون منافع الاجارة وهو يدل على أن موت المستأجر لا يبطلها ويمكن تأويله نعم ما قال في المختلف أن السيد لم يصرح بما نقله عنه ابن ادريس واعتذر عنه في غاية المراد بان نظره أى ابن ادريس الى أن كل من لم يبطلها بموت المستأجر لم يبطلها بموت المؤجر والقول الرابع لم يقل به احد .

(وفيه) انه قال في التذكرة مانصه وقال بعض علمائنا تبطل بموت المؤجر خاصة دون المستأجر وعكس آخرون .

وقال في (السرائر) في مسألة ما اذا استأجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلاثة انها تبطل بموت الاب لانه المستأجر ولا خلاف ان موت المستأجر

يبطل الاجارة فاذا كان بين الحكمين تلازم كما ذكره قبل ذلك في باب المزارعة كان الخلاف منفيًا (منتفيا خ ل) ايضا عن بطلانها بموت المؤجر ويكون ما حكاه هناك عن الاكثرين المحصلين غير صحيح .

(و كيف كان) فقد استدل في الخلاف على بطلانها بموت المؤجر والمستأجر باجماع الفرقة واخبارهم وقال ان قول بعض اصحابنا ان موت المستأجر يبطلها لاموت المؤجر شاذ لا يعول عليه .

وقال في (الخلاف) ايضا فيما اذا استأجر امرأة لترضع ولده ان عموم الاخبار التي وردت في ان الاجارة تبطل بالموت تتناول هذا الموضوع انتهى .

وقال في (الغنية) تنفسخ بموت أحد المتعاقدين بدليل الاجماع الماضي ذكره لان من خالف من اصحابنا لا يؤبه بخلافه في دلالة الاجماع .

وقال في (المبسوط) الموت يفسخ الاجارة سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند اصحابنا والظاهر عندهم ان موت المستأجر يبطلها وموت المؤجر لا يبطلها وفيه خلاف .

وفي موضع آخر منه اذا مات المستأجر قام وارثه مقامه عند قوم وعندنا تنفسخ الاجارة انتهى ولا تنافي بين الظاهر والظاهر لان معناه ان الظاهر عندهم بطلانها بموت كل منهما والظاهر عندهم بطلانها بموت المستأجر .

ومع ذلك قال ان الاظهر فيه خلاف .

نعم ينافي قوله الاظهر ما في الخلاف والغنية من انه شاذ لا يؤبه به ولا يعول عليه ويشهد لهما قوله في الشرائع أن بطلانها بموت كل واحد منهما هو المشهور ويشهد لما في المبسوط ما في المذهب من أن عليه عمل الاكثر وما في السرائر من نفي الخلاف فيه لكن يخدشه أن ظاهر السيد في الناصرية أن موت المستأجر لا يبطلها وان المفيد وسرار الذي هو اقدم من القاضي والشيخ انها تبطل بموت كل واحد منهما فالمتبع والوجدان يشهدان لما في الخلاف ولم نجد للصدوقين

والعماني والراوندي نصاً ولاشارة في ذلك والانه في عبارة المبسوط ان مراده بالاظهر عندهم الاظهر عند العامة كما هو عادته و بذلك يرتفع الاشكال عن القوم في عبارته (وكيف كان) فالاجماع محكي على بطلانها بموت كل منهما في الخلاف والغنية وظاهر المبسوط وكذا السرائر ان جرينا على ما ادعاه من التلازم الى آخر العبارة وانما نقلناها بطولها لتعلم كثرة الاختلاف والنزاع في ذلك وهي بليق بالاختلاف والاشكال لمن صار يتيما بفقد امام زمانه عليه السلام.

وكيف يمكن القول بالصحة مع ان قوام الاجارة بالطرفين المعينين كما هو صريح صيغة ملكتك فان صريح كاف الخطاب تملك منافع الدار او الدكان بالمخاطب واذامات انتفى من يكون مالكا فكيف ينتقل المنافع بغيره وكذا فيما مات المملك لها وملكية المنافع يتوقف على وجود من يقبل الملكية فتدوم بدوام من ملكها فتأمل

وهذا سر التحير و الترييد حتى ان المصنف عبر عن عدم البطلان بالاشبه الظاهر في الترييد فقال .

﴿وقال آخرون : لا تبطل بموت أحدهما وهو الاشبه﴾ وفي المسالك قال القولان الاولان للشيخ و الاقوى ما اختاره المص وعليه المتأخرون اجمع لان الاجارة من العقود اللازمة ومن شأنها ان لا تبطل بالموت ولعموم الامر بالوفاء بالعقود والاستصحاب انتهى .

وفي الجواهر بعد قول المصنف « وهو الاشبه » ما هذا لفظه : وهو الاشبه باصول المذهب و قواعده و اشهر بين المتأخرين بل هو المشهور بينهم بل في المسالك نسبه اليهم اجمع ولعله كذلك الا ما سمعته من ابن سعيد و ما يظهر من تذكرة الفاضل من الميل الى الاول مع أن خيرته في باقي كتبه الاخير كابن ادريس ، المصنف والفخر والشهيد بن الآبي والسيوري ، والصيمري والكركي والارديلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم ، بل نسب الى جماعة من القدماء

كالا سكا في وأبي الصلاح بل في السرائر نسبته الى الاكثرين المحصلين وفي
المختلف أن أكثر الاصحاب لم يفتوا بالبطلان هذا .

وظاهر المتن وغيره كصريح آخر انحصار الأقوال في الثلاثة لكن في التذكرة
عن بعض علمائنا البطلان بموت المؤجر خاصة الأنا لم نتحققه ، واقتصار المرتضى
وابن الجنيد على ما حكى عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر لا يقتضى
ذلك ، بل لعلمه يقتضى عدم مطلقا بضميمة عدم القول بالفصل ولعله لذا نسب غير
واحد اليهما التسوية في عدم الانفساخ .

كما أنالم نتحقق القول الثاني لاحد ، وان نسبة ابن البراج الى الاكثر
كما عرفت ، ونسبه غيره الى الشيخ ، لكن في نهاية وخلافه ما سمعت ، بل في
الاخير منهما أنه قول شاذ لا يعول عليه ، ويقرب منه ما في الغنية .

وأما مبسوطه ففيه الموت يفسخ الاجارة سواء كان الميت المؤجر أو
المستأجر عند أصحابنا ، والظاهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها ، وموت المؤجر
لا يبطلها وفيه خلاف وهو كما ترى .

نعم عن كشف الرموز أنه قول ابن طائوس ، ويمكن ارادته كالمحكى عن
الاكثر على فرض صحة الاجير الخاص ، وقد ظهر بما ذكرنا انحصار الخلاف المعتبر
به في القولين ، الاول والاخير ، ولاريب في قوة الثاني لعموم أدفواء والاستصحاب
وكون الاجارة من العقود اللازمة التي شأنها عدم البطلان بالموت ، وأطلاق ما دل
على لزوم الكرى فيها انتهى بطوله .

ولا يخفى ما في الجميع اما كون العقد اللازم غير قابل للفسخ فهو بالنسبة
الى اختيار الفسخ من احدهما بلا جهة شرعى لا الموت وهو واضح .

واما الاستصحاب فلما موضوع بعد الموت وادفوا راجع الى المتعاقدين
الموجودين وحينئذ لو استفاد من الرديات الصحة والافلامناس عن البطلان
لبداهة ان استثناء المنافع لا يمكن بالموت وان العاقدين غير موجودين والموجودون
غير عاقدين .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول العلامة (ولا بموت احد هما على رأى) قال وهو خيرة كافي ابي الصلاح والسرائر والشرائع والنافع و كشف الرموز والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والقواعد للشهيد واللمعة و المقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح والرياض

وحكاه في السرائر عن الاكثرين المحصلين و عن علم الهدى و ستعرف ما وجدناه من كلامه وفي المسالك عليه المتأخرون أجمع .

(قلت) لكن بلفظ الاشبه كما في الشرائع والنافع وايضاح النافع وستمع ان ظاهر المحقق التردد في موضعين والا قوى كما في التحرير والتنقيح وموضع من التذكرة والاصح كما في الايضاح وجامع القاصد

وقال في (الارشاد) كالكتاب على رأى فلا جزم به في شيء من هذه وقد نفى الخلاف في السرائر في باب الاجارة عن بطلانها بموت المستأجر كما ستمع نعم جزم به في كشف الرموز والمختلف واللمعة و المقتصر مع ان المصنف في التذكرة في موضع منها قال بقول الشيخ اذ مال اليه كما ستمع مضافا الى عدم جزمه به في بقية كتبه ولا ترجيح للشهيد في غاية المراد والحواشى كما ان اباالعباس لم يرجح في المذهب لكن الغالب منه فيه عدم الترجيح كما انه اى الشهيد الثانى في الروض ظاهره التوقف حيث لم يرجح هؤلاء المتأخرون المتقدمون عليه فلم يجزم به من المتقدمين الا التقى ومن المتأخرين الا كاشف الرموز .

وان شئت قلت و اباالعباس (و كيف كان) فقد احتج على ذلك في السرائر بانه الذى تقتضيه أصول المذهب والادلة القاهرة عقلا وسمعا فالعقل ان المنفعة حق من حقوق المستأجر على المؤجر فلا تبطل بموته بل يرثه وارثه لعموم آيات الارث والسمع قوله تعالى ادفوا بالعقود وهذا عقد يجب الوفاء به وابطاله يحتاج الى دليل وان نجده فان ادعى احد اجماعا فقد بينا ان اصحابنا مختلفون

واستند الى ان السيد والتقى مخالفان ولعلمه اراد باصول المذهب الاستصحاب و اصل عدم واصل اباحة التصرف للمستأجر وأصل برائة ذمته من وجوب الاجتناب والى هذه الاصول او بعضها اشار المحقق بقوله فى كتابيه انه اشبه اى باصول المذهب كما ذكره هو فى ضابط له ومازيد على ذلك فى كشف الرموز والمختلف والايضاح والمهذب والتنقيح فهذه ادلة الجماعة الذين هم اول من خالفوا مع ما فى اولها من المصادرة ورجوع اول من استدل بها عنها ومخالفته لها كما ستعرف وما كانت هذه الادلة لتخفى على الشيخين ومن وافقهما كما ستعرف وهم الذين اسسوا واصلوا وفرعوا فما عرضوا عنها مع ظهورها لكل من مارس الفن ادنى ممارسة الاخبار او سيرة او اجماع كما ادعاه الشيخ وغيره كما ستسمع كيف لا والمقنعة والنهائية متون اخبار انتهى .

وهذا حال القائلين بعدم البطلان فلا يحصل من مجموع القولين بل جميع الاقوال الا المترديد والتحير واطول الكلام حتى يظهر للمناظرين ما هو الحق فان ظهر من الروايات ما دل على احدهما فهو الحجة والا فاللازم التوقف لما عرفت من القيل والقال فى كل واحد من الاقوال الثلاثة من دون حجة فيها اصلا ما لم ينته الى دليل معتبر فان ظاهر العقد هو الاستيفاء عن ملك الموجر لا غير فاذا مات زال ملك الموجر فلا يمكن الاستيفاء .

وفى الحدائق بعد نقل الاقوال الثلاثة ونقل قول الشيخ ونقل عبارة الخلاف وغيره قال ما هذا لفظه احتج القائلون بالاول على ما نقله فى المختلف بأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت، لانه استحق بالعقد استيفائها على ملك الموجر ، فاذا مات زال ملكه عن العين ، وانتقلت الى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفائها ، لانه ما عقد على ملك الوارث واذا مات المستأجر لم يكن ايجاب الاجرة فى تركته .

ثم أجاب عن ذلك بأن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكته عليه الاجرة

كاملة وقت العقد ، قال : وينتقض ما ذكره بما لو زوج أمته ثم مات .
 أقول : الاظهر فى النقض عليهم هو ما صرحوا به فى البيع بعد الاجارة من
 أن المنتقل الى المشتري بالبيع كذلك انما هو العين مسلوبة المنافع فى تلك
 المدة و أن المنفعة باجارة قد خرجت عن ملك صاحب العين ، و به يظهر أنه
 لاعمى لقولهم أن المنافع بعد موت الموجر تحدث على ملك الوارث ، فأنها وان
 حدثت فى ملك الوارث الأنها قد صارت مملوكة قبل الانتقال الى الوارث فالوارث
 هنا كالمشتري انما انتقلت اليه العين خالية عن المنافع تلك المدة و هكذا
 القول فى موت المستأجر فان الاجرة قد صارت ديناً فى ذمته بعقد الاجارة مستحقة
 عليها للموجر ، فلا تبرء الا بأدائها حياً كان أو ميتاً .

و استدل القائلون بالقول الثانى بأن الاجارة من العقود اللازمة ، و من
 شأنها أن لا تبطل بالموت ، و لعموم « الأمر بالوفاء بالعقود » وللاستصحاب واحتج
 فى المختلف للقول المذكور حيث انه المختار عنده قال : لنا انه حق مالى و منفعة
 مقصودة يصح المعاوضة عليها و انتقالها بالميراث و شبهه ، فلا يبطل بموت صاحبها
 كغيرها من الحقوق لان العقد وقع صحيحاً و يستصحب حكمه ، لان العقد ناقل
 فيملك المستأجر المنافع به ، و الموجر مال الاجارة ، فينتقل حق كل واحد
 منهما الى ورثته انتهى ، و هو جيد ، ثم شرع فى اثبات القول بعدم البطلان
 بالروايات الى ان قال :

و بالجملة فالظاهر عندى هو القول المذكور كما عرفت مضافاً الى ما
 عرفت فى أدلة خلافه من القصور ، انتهى والاولى نقل العبارة
 قال فى المختلف بعد نقل القول بالبطلان مطلقاً وعدمه ما لفظه و فى اصحابنا
 من قال موت المستأجر يبطلها و موت الموجر لا يبطلها و فى المبسوط الموت يفسخ
 سواء كان الميت الموجر او المستأجر عند اصحابنا و الاظهر عندهم ان موت
 المستأجر يبطلها و موت الموجر لا يبطلها و فيه خلاف و قال ابن الجنييد و لومات

المستأجر قام ورثته مقامه وقال ابو الصلاح لا يبطل الاجارة بالموت ويقوم ورثة كل واحد من المالك والمستأجر مقام مورثه .

وبه قال ابن ادريس ونقله عن السيد المرتضى فى المسائل الناصرية فى المسئلة المأتين منها والسيد هناك لم يصرح بما نقله ابن ادريس عنه بل قال حيث ذكر العمرى وانما ورث الورثة هذه المنافع كما يرثون منافع الاجارة وهذا يدل على ان موت المستأجر لا يبطل وقال ابن البراج يفسخ الاجارة ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الميت هو المستأجر او المورج وعمل الاكثر من اصحابنا على ان موت المستأجر هو الذى يفسخها لاموت المورج وقد كان شيخنا المرتضى رضى الله عنه سوى بينهما فى ذلك بان بين ان الوجه فيهما واحد .

وليس هذا موضع ذكره ذلك فتذكره وقال ابن حمزة يبطل بموت ابهما كان لوجه ما قال ابو الصلاح لنا انه حق مالى ومنفعة مقصودة يصح المعاوضة عليها وانتقالها بالميراث وشبهه فلا يبطل بموت صاحبها كغيره من الحقوق ولان العقد وقع صحيحاً فيستصحب حكمه ولان العقد ناقل فيملك المستأجر المنافع به والمورج مال الاجارة فينتقل حق كل واحد منهما الى ورثته احتج المخالف بان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفائها على ملك المورج فاذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت الى ورثته فالمنافع يحدث على ملك الوارث ولا يستحق المستأجر استيفائها لانه ما عقد على ملك الوارث واذا مات المستأجر لم يكن ايجاب الاجارة فى تركته .

والجواب قدينا ان المستأجر قد ملك المنافع وملكته عليه الاجارة كاملة وقت العقد وينتقض ما ذكره بما لو زوج امته ثم مات وايضاً فوجوب الاجارة لا يكون الاسبب من المستأجر فوجب فى تركته بعد موته كما لو حفر بئراً فوقع فيها شئ بعد موته فانه يضمنه فى ماله لان السبب كان منه فى حال حياته انتهى .
اقول ان كتب من اهل الانصاف لتصدق على ما قلناه من الشك فى شمول

العام لغير طرفى العقد فان معنى الوفاء هو دفاء الطرفين ومن كان الخطاب بهما اى بالموجب والقابل لابوارثهما مع عدم كونهما داخنين فى الخطاب فالخطاب بالوفاء بالمتعاقدين لآثار الباقية من العقد فانها قائمة بهما واقصى ما يستفاد من جوابه قده بقاء آثار العقد بداهة ان الملكية كاملة من حين العقد هى اثر الايجاب والقبول القائم بالشخصين والمسلم بقائها الى زمان بقاء نفس الموجب والقابل وبفوتهما اواحدهما لا يبقى آثار العقد لعدم بقاء من اوجد الاثار وليس آثار العقد كالبناء الذى هو اثر البناء الباقى من غير احتياج الى بقاء البناء بل آثار العقد قائمة بالموجبين نظير النكاح القائم بالزوج والزوجة .

ولم يكن مقصودى القياس بل المقصود تنظير المقام فى كون اثر العقد قائما بالطرفين فى مثل المقام لافى مثل البيع واقصى المحاكمة بين الخصمين كون بقاء الملك منهما ذاريب وشك ولا يخلو عن المصادرة ففى حال العقد ملك المستأجر ملكا تاما وهو استيفاء نماء ملك المورج فاذا مات زال ملكه فانقطع نمائه عن ملكه ودخل فى ملك الوارث ولم يكن من احد طرفى العقد واضعف من ذلك جعله قده انتقاض قول الخصم بتزويج امته .

ثم مات فانه بالتزويج عقداً قد رفع يده عن امته وصار زوجة لمن زوجه وقد خرجت عن ملكه وسلطنته حيث لا يصح السلطنة على زوجة الغير وان كان التحليل للغير الى مدة معينة فمع تسليم المحلية بعد موته كان خارجا عن المقام فانه نظير العقد الباقى ببقاء الزوج ابقاء المدة فلا ربط له بالمحلل مات اوبقى مع امكان القول بزوال التحليل بعد موته

وبالجملة قيام المقام بمثله على فرض صحته قياس باطل كقياس عدم البطلان بالبيع وبعد اللتاو اللتى لا يحصل العلم بدخول ذلك فى عموم افوا الابنحو الشك الذى لا يذهب احد من الاصحاب اليه فى خصوصه وقد غفل عنه المتأخرون ومما يؤيد ما ذكرنا عدم رواية خال عن الاشكال فى خصوص المقام والعجيب من المحقق

الرشتى حيث جعل الدليل مع المتأخرين .

وقد عرفت ان كلها مخدوش فقال في اجارته بعد قوله المصنف قال آخرون لا تبطل بموت احدهما وهو اشبه ما هذا لفظه عند المصنف وقاطبة المتأخرين كما عن المسالك عدا يحيى بن سعيد وعند جملة من القداما ايضا كالاسكا في والمرضى وابى الصلاح بل عن السرائر نسبته الى اكثر المحصلين والمراد البطلان هو الفساد على ما يقتضيه ظاهر لفظه ولفظ الانفساخ فى المحكى عن كلام بعض وبعض الادلة الآتية .

ويحتمل قويا التوقف على الاجازة نحو ما صرحوا فى اجارة الوقف من البطلان المراد به التوقف على اجازة القول اللاحقة كما يأتى .

ولورود بعض الادلة ويناسبه ايضا استناد البطلان الى مراعاة حال الوارث وكيف كان فالمتبع هو الدليل وهو مع المتأخرين للاصل والعمومات والمستفيضة الواردة فى لزوم خصوص الاجارة واما البطلان فلا وجه له سوى بعض الوجوه المزيفة على ان المنفعة تنعدم لا تنقل العين الى الغير كما لو تلف والاجرة تتمتع بموت المستأجر لكونه المطالب به .

وقيل ان مضى زمان الاجارة جزء من المقتضى او شرط التأثير العقد ولذا تبطل بتلف العين ولو بعد القبض ويثبت الخيار للمستأجر بتلف الصفة بخلاف ساير العقود فاذا مات احدهما بطلت الاجارة وفيها مضافا الى النقض بما اجمعوا على صحته وعدم بطلانه بموتهما من الصلح على المنافع وتوزيع الامة الغير المشروط ببقاء المالك ان المنافع عرفا وشرعا محسوبة من الاموال قابلة للتفويض والاستثناء من العين ومقتضاه بقاء اثر المعاوضة الى آخر المدة سواء بقى الموجد والمستأجر ام لا واستقرار الاجرة فى ذمة المستأجر فيخرج من بر كته بعد الموت كساير الديون ويتلقى الوارث العين المسلوقة بالمنفعة اذا مات الموجد انتهى تأمل فى ادلته وعدم البطلان خيرة العروة وشارحها الحكيم .

بل فى تقريرات بعض المعاصرين حيث صرح بعدم مستند على بطلان احد القولين بشىء بل مقتضى القاعدة ملكية كل من الموجد والمستأجر لمانتقل اليه اداء ما انتقل عنه ملكية مطلقة غير مقيدة بحياته فاذا مات انتقل الى وارثه فالحكم بالبطلان بالموت يحتاج الى دليل ولا دليل بل مقتضى الاطلاق فى ادلة صحة العقود ولزومها الاستمرار الى ما بعد الموت .

ثم اعترف دام بقائه بعدم نص وارد فى الموت الارواية الهمداني الواردة فى موت الموجد وصدق دلالتها على عدم البطلان لولا ضعفه وانها من حيث الضعف قليل الجدوى وان مقتضى القاعدة صحة الاجارة مطلقا هذا حاصل ما يظهر من مقرره وقد عرفت منامكررا ان اشكال الضعف فى الروايات مستند الى اصطلاح جديد موجب لطردا كثر الروايات الصادرة عن المعصومين صلوات الله عليهم اجمعين بل معيار الصحة والسقم ما عند المتقدمين فى زمان الحضور والعمدة عملهم وعدمه بل سيأتى فى الجواهر ومفتاح الكرامه صحتها واولى بذكر ضعف السند هو بيان اصلاح ذيلها وكيف كان فالاشكال من حيث السند فى غير محله مع ان سوق الكلمات هو الصدور عن الامام وليس فيها شىء سوى احتمال الغلط فى الذيل وسيأتى بيانه .

وكيف كان فلولاها لم يكن لنا دليل على الصحة حيث عرفت مقضى ادلة اللزوم وعموم اوفوا وانها غير ناظر الى الموت وكيف كان فالعمدة استفادة الصحة او البطلان من الاخبار والافمع الغمض عنها كان القوى بالنظر هو البطلان ومن العجيب استدلال بعضهم لعدم البطلان بكون العقد لازما غير موجب للبطلان ولازمه ان العقد اللازم لا يعرضه البطلان وهو مصادرة واضحة فكيف يكون هذا الاعلام الناهبون الى البطلان لم يتوجهوا الى ذلك فلا جرم كان هذا الحكم من المتقدمين لجهات عقلى آخر مع خلو المسألة عن النص والحاصل معنى كون العقد لازما انه ليس لاحد الطرفين فسخره

بلاجهة لا انه لا يكون منفسخا بوجه قبل انقضاء مدته ضرورة انه اذا اجار شيئاً الى سنة ثم مات الموجر او المستأجر في اثناء المدّة ولم يكن له وارث اصلا او وقع بعد الاجارة في حبس او خربت العين او غصبت ولم يصل ايدي احد اليها فهل تنقضى الاجارة او تبقى بحالها الى ان تنقضى مدتها خصوصاً فيما لم يقبض مال الاجارة اصلا وكان مأيوسا عنه كصورة الموت بل في صورة الحبس فالقول بالثاني كما ترى فلا بد من القول بالانفساخ او النظر الى التأمل في موارد الانفساخ وعدمه حتى يحصل له اليقين بعدم الانفساخ ثم التمسك بالادلة والافمع الشك في دخول هذه الافراد لا يصح التمسك بعموم افوا للزوم لكون الشبهة موضوعية بالنسبة الى افراد العام .

والخلاف انما هو في حجية التمسك بالعموم في الشبهة المصادقية كما اذا شك في كون فرد خارجي عن مصاديق الخاص والعام مثل ما اذا قال اكرم العلماء ولا تكرم عالما فاسقا وشك في الخارج في عالم انه فاسق يدخل في افراد الخاص او عادل حتى يدخل في افراد العام واما اذا قال اكرم عالماً فشك في زيد في الخارج عالم او لا فلا شك في عدم دخوله في العام حينئذ والمقام من قبيل الثاني اذ لا شك في ان المالك في حال العقد ملك المنفعة فكان المستأجر مالكا لها ولكن الشك في ان مالكيته مختص بذاته بحيث يذهب لو مات او لابل بنحو الاعم منه ومن وارثه فلم يحرز كون الوارث من افراد المالك بنحو الاطلاق وعدمه ومعه كيف يتمسك بعموم افوا مع انه يتوقف العلم بنحو التمليك وانه مختص بنفس المستأجر او وعم وارثه .

فان قلت كيف لا يعلم مالكيته بنحو العموم مع قوله ملكتك منافع هذه الدار وما الفرق بينه وبين قوله ملكتك الدار بالعوض فكما يرثه الوارث في الثاني يرثه في الاول لوضوح انه اذا جعله الموجر مالكا صار بعده للوارث الى مدة الاجارة فلا يفسخ الاجارة كما ان الاب مالكا لامواله وبعده كان المالك هو الوارث

قلت فرق بين ماتر كه الميت من الاموال وبين الحقوق والاول لاشكال فى كونه بعدموت المورث للوارث بالكتاب والسنة بخلاف الحقوق فانه منها مثل ماتر كه الميت قابل للانتقال كحقوق الخيار والتجوير ونحوهما ومنها مشكوك والمقام من قبيل الثانى فيشك فى وارث المستأجر خصوصا فيما كانوا مختلفين فى التقوى وحفظ الدار والضيعة فيشك فى انه بعد الموت تبقى الاجارة كى يرثه الوارث او تبطل فاذا شك فى كونه وارثا فشك فى كونه مالكا بعد موت المورث بالنسبة الى العين ومنافعها فكيف يكون داخلا فى عموم ادقوا ان مع الخطاب بالمتعاقدين فالشك فى دخول مثل هذه الافراد فى العموم .

فان قلت لادجه لهذا الشك قلت فمن اين هذه الاختلافات والقول بالبطلان فلولا هذا الشك لادجه لهذه الاختلافات من الاعلام الذين لم يكن فى الدهر مثلهم فالاختلاف منهم كاشف قطعى للشك بل اليقين القطعى منهم بالبطلان وان المقام خارج عن مسألة ارث الاموال مع خروج الوارث عن تحت الخطاب حين الايجاب والقبول .

وبالجملة فرق واضح بين ارث الاموال وارث المنافع للمعلم بان الثانى موقت لا يكون له دائما فلا يعد شرعا فى الوارث بنحو الاموال مع امكان دعوى الموجر بانى لم اجر العين بمثل هذه الاشخاص .

فان قلت يدل على فساد قولهم استصحاب البقاء قلت الكلام فى اصل الثبوت والاستصحاب متفرع عليه فانه الحكم بقاء ما كان لافيهما شك فى ثبوته ومن العجيب ان مثل هذه المسألة التى محل حاجة للعموم لم يرد خبر واحد دال عليه سوى واحد مبتلى بالمعارضة صدره مع ذيله ومجمل لا يمكن استخراج الحكم منه مع ان اللازم فى مثل المقام صدور الروايات المتواترات .

كيف وقد ورد من الشرع فى امور المستحبة او المكروهة روايات كثيرة ولم يرد فى المقام الاخبار فى خصوص عدم البطلان بالبيع ولو لا بطلانه بالموت لورد فيه

ايضا فانه اولى بالبيع واكثر حاجة منه والانصاف ان المسألة لعجيب مع اجماع المتقدمين على البطلان مع انه مقدم على اجماع المتأخرين كما هو رأى بعض اساتيدنا في مجلس درسه فانهم اقرب الى زمان الحضور وبالنسبة الى الاخبار من المتأخرين .

بل يمكن بعيدا وصوابهم وظفرهم الى اخبار دلت على البطلان ولم يصلينا وبالجملة كان اللازم هو النظر الى كيفية المالكية وانه هل تكون بنحو نعم الوارث اولابل مقيد بوجود نفس المتعاقدين بحيث ولو في حال الايجاب لم يذكر الكيفية لكن في الواقع معلق عليه والانصاف انه كذلك .
فان قلت ان الظاهر من حال المتعاقدين في حال العقد هو البقاء وعدم الفسخ ولو بعد الموت .

قلت بل الظاهر على خلافه وان الغالب انما رضائهم بالمباشرة لنفس القابل فان قلت غاية ما في البين بناء على البطلان هو الاحتياج الى الاجارة فان المقصود من البطلان عدم جواز مباشرة الوارث بدون الاجارة ومعها يرتفع المحذور .

قلت الاجارة فرع الصحة فلماورد لها مع البطلان .

فان قلت السيرة عند الناس على خلاف البطلان .

قلت هي كسائر سيراتهم المذمومة .

ومن جميع ذلك ظهر عدم صحة التمسك صاحب الحدائق للزوم وعدم البطلان بما رواه في الكافي عن علي بن يقطين في الصحيح قال: سألته يعني أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال: الكرى لازم الى الوقت الذي اكتره اليه والخيار في أخذ الكرى الى ربها ان شاء أخذ وان شاء ترك .
وما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن سهل قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقل أو أكثر

قال : كراه لازم الى الوقت الذى تكاراه اليه، الحديث كما تقدم .

ثم قال بعدهما فان للمقابل بالصحة ان يستصحب المزوم حتى يقوم دليل على البطلان ثم تمسك بعدهما بخبر الهمداني فى اجارة المرأة ضيعتها ثم قال بعد نقله ما لفظه :
و بهذا المضمون أيضاً رواية أحمد بن اسحاق الأبهري عن أبي الحسن عليه السلام وحاصل الجواب بقرينة ما شتمل عليه السؤال من الشرط المذكور فيه أن حكم الورثة فى الاجارة المذكورة حكم المرأة من أن لورثتها تلك الاجارة الى الوقت المسمى فيها ، الا أنهم انما يعطون الاجرة بقدر ما مضى من تلك المدة عملاً بالشرط المذكور على المرأة .

وبالجملة فالظاهر عندى هو القول المذكور كما عرفت مضافاً الى ما عرفت فى أدلة خلافه من القصور انتهى وجه الغرابة ان الكرى اجنبية عن الموت .
و كيف كان فلم نجد الى الآن دليل معتد به اعدم البطلان فمضافا الى تقدم اجماع المتقدمين على المتأخرين فانهم اقرب الى صدور الروايات وقرائن الصحة والبطلان ومع ذلك كانوا متفقين فى البطلان وعدم وجدان دليل على خلافهم سوى اخبار الكرى وهى غير مر بوط بالمقام لانه فى الكرى كان الطرفان موجودين وعهدهما الى مدة كذا .

وقدمت وحصل الوفاء بالعقد واى* ربط بما اذا كان الطرفان اواحدهما معدومين مع وقوع عهد الاجارة بينهما .

و كيف كان فالمسألة فى غاية الاشكال من ذهاب الفحول الى البطلان والمتأخرين الى عدمه مع ان الحق على الظاهر مع الاول قال فى الخلاف ايضاً اذا استأجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلثة بطلت الاجارة وقال الشافعى ان ماتت المرأة بطلت الاجارة وان مات الاب لا تبطل وان مات الصبى ففيه قولان .

دليلنا عموم الاخبار التى وردت فى ان الاجارة تبطل بالموت وهى تتناول هذا الموضوع انتهى ولا يذهب عليك انه ليس خبر دل على البطلان الا خبر الهمداني الآتى

ويمكن تأييد المتأخرين بان يقال ان المنافع الى المدة المسمى قد جعلت للمستأجر فهو مالك لها كما عرفت في تعريف الاجارة وانها تملك المنفعة بالعوض .

وهذا حق قد ثبت لو ارث المستأجر له فهو قابل للارث كما ان الاعيان قابلة للارث فكما ان البيع تملك العين بالعوض فكذلك الاجارة تملك المنفعة بالعوض فمجرد اجراء الصيغة قد ملك المستأجر المنافع من العين الى آخر المدة المسمى فكما لو مات كان جميع امواله المعينة للوارث فكذلك جميع منافع امواله للوارث فكذلك في الموجر ينتقل بعد موته امواله ومنافعها الى وارثه .

ويمكن ان يكون ذلك علة عدم ورود الاخبار في ذلك لعدم الاحتياج بعد كون المال والمنافع والحقوق كلها للوارث فتأمل فانه بالدقة تحقيق وبالتأمل يليق فان القائلين بالبطلان مطلقا حجبتهم غير قابل لهذا البيان كما افاد المحقق الخونساري عن قباهم وكذا الفاضل المقداد ان استيفاء المنفعة يتعذر بالموت لانه استحق بالعقد استيفائها على ملك الموجر فاذا مات زال ملكه عن العين وانتقلت الى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفائها لانه ما عقد على ملك الوارث واذا مات المستأجر لم يكن أيجاب الأجرة في تركه .

وتوضيحه مضافا الى ما تقدم بما لا مزيد عليه ايضا ان الموجر ملك المستأجر منافع ملكه فمادام باقيا صح للمستأجر استيفائه من ملك الموجر واما اذا مات فقد زال ملك الموجر وانتقل الى الوارث فيكون منفعه يحدث في ملك الوارث ولم يملكه المستأجر فالمنافع تحدث في ملك الوارث لا للموجر ولو طالبها المستأجر صح للوارث قوله اني لم اجارك وكذا لو مات المستأجر فاذا آجر دارا الى سنة بعشرين دينارا فمات فهل يكون وجوب هذه الاجرة في تركه بحيث يكون على وارثه دفعها الى الموجر اذ الى وارثه لو مات ايضا فالكل كما ترى .

فعلى اللزوم لو ارادوا الفسخ لم يفسخ لعدم كون الورثة من المتعاقدين ولم يكن لهم اختيار الفسخ وان بنوا على بقائها لم يكن من اهل اتمامها غالبا فعلى

عدم البطلان لادى الى ما لا يمكن اصلاحها غالباً الا اذا اراد الورثة اتمامها بعقد جديد والمحقق الخوانساري بعد توجيهه البطلان بما عرفت من عبارته رده بقوله ولا يخفى ما فيه فان المنتقل الى الورثة الملك المسلوب المنفعة في طرف الموجر وفي طرف المستأجر ان كانت الأجرة عيناً خارجية فهي ملك الموجر وأورثته ولا تربط بورثة المستأجر وأن كانت ديناً تنتقل تركة المستأجر الى الوارث بعد خروج الدين انتهى .

ولا يخفى ما فيه فان الكلام في اصل انتقال ملك المنفعة الى الورثة بعدموت الموجر لانه منتقل مسلوب المنفعة خصوصاً بناءً على ان المنافع معدومة تدريجية الحصول غير قابلة للملكية كما سيأتي فلان ملك للورثة ينتقل اليهم وانما استأجر مورثهم ارضاً لمنافعها الخاصة بعداً فكانت المنافع داخله في ملك المستأجر دون العين وهي باقية ببقاء المستأجر فاذا ماتت زالت بالمرة وبطلت ورجعت الارض الى ملك موجرها فبالموت ينهدم الجميع كما ينهدم ذو المنافع والاعيان يرجع الى صاحبها وتنهدم الاجارة موجراً كان او مستأجراً .

تدنيب قال في الحقائق والمعجب من ابن ادريس حيث أنه ممن اختار القول بعدم بطلان الاجارة بموت المستأجر وحكم هنا ببطلان الاجارة بموت أب المر ترض محتجاً بالاجماع على أن موت المستأجر يبطلها ، والمسئلة في الموضوعين واحدة وانما هذه من جزئيات تلك المسئلة فما ذكره تحكّم معض ، وتناقض صرف انتهى وكيف كان فعمدة ما يمكن الاستدلال لعدم البطلان خبر ابراهيم بن محمد الهمداني بل صحيحه كما في الجواهر قال وكتب الى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الاجرة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجرة ما لم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها ، هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت أم تكون الاجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام ان كان: لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها

تلك الاجارة ، وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله والخبر من المشكلات .
وفي مفتاح الكرامة في مقام اثبات عدم البطلان قد تمسك به و بروايات الكراء فساق الخبر المذكور بتمامه .

ثم قال قال في (مجمع البرهان) و هي صريحة في المطلوب ولا يضر عدم صحة سندها لانها مؤيدة (قلت) الرواية صحيحة كما ستعرف قال وبيان دلالتها على المطلوب انها تدل على عدم البطلان بموت المؤجر صريحا وبموت المستأجر بالاجماع المركب (قلت) الاقوال اربعة ذكرها في التذكرة كما استسمع فلا اجماع مركب و كأنه فهم من قوله عليه السلام فلورثتها تلك الاجارة انهم يرثون عقدا جاريتها ويكون لهم ما كان لها .

وقد يقال انه لما لم يقل على ورثتها انفاذ الاجارة كما في السؤال ولم يقل الاجارة منتقضة وقال لهم تلك الاجارة اراد ان لهم تلك الاجارة التي مضى وقتها ثم بينه بان ان كان الماضي الثلث او نحوه اعطى ورثتها بقدر ما مضى فيكون اتقى من اصحاب الرأي وترك الجواب عن السؤال بطرفه .

والغالب في المكاتبات حملها على التقية والرواية كادت تكون ظاهرة في ذلك والالكان الجواب كلمة واحدة وهو اما انفاذ الاجارة أو ان الاجارة منتقضة فعدوله عن ذلك والخذ في بيان الواضحات و استعمال الاجارة بمعنى الاجرة والتزامه تقدير مضاف قاضية بالتقية أو يقول انه اراد ان امر تلك الاجارة و هي عشر سنين لورثتها ان شأوا نقضوا وان شأوا تر كوا فكانت دليلا على هذين الاحتمالين دليلا للمتقدمين ولعلمه من المعلوم أن القائلين بالبطلان يقولون ان المورثة اجازة ذلك فمعنى البطلان توقفه على الاجازة كما يأتي في مثله قريبا فليلاحظ ذلك جيدا .
سلمنا لكننا نقول انه مجمل لا يدل على احد القولين سلمنا لكن اكثر هؤلاء اعرضوا عنه و عن الصحاح الآخر فيما اذا كان المؤجر موقوفاً عليه انتهى قوله

فمعنى البطلان توقفه على الاجازة .

ففيه خلاف و رجوع عن ظاهر اللفظ بلاقرينة توجيه فان التوقف على الاجازة فيما كان اصل المعاملة صحيحا مثل الفضولي و هو على خلاف جميع القائلين بالبطلان ثم ان الظاهر منه ظهور الصحيح في الصحة وان قوله **بالبطلان** ثانيا وهو بلغت ثلثه او نصفه محمول على التقية كما هو كثير في المكاتبات ثم انه في الجواهر بعد نقله الخبر قد طال في مقام الجواب والاصلاح بما لا طائل تحته بهذا الطول فقال :

وفيه - مع كونه بعد التسليم ليس دالا الا على بطلان القول بالانفساخ مطلقا والقول به بموت الموجردون القول به في المستأجر خاصة ، ضرورة كون المفروض فيه موت الموجر ، ولا يخفى ان المقصود فعلا هو عدم البطلان بالموت وهو حاصل بالخبر غايته كون مورد الخبر موت الموجردون المستأجر والحاصل ان الكلام في بطلان الاجارة بالموت فاذا دل الخبر على عدم البطلان امكن ان يقال انه لا دليل لنا على البطلان حتى يؤيد بذلك اجماع المتأخرين على عدم البطلان .

ثم قال ره اللهم الا ان يتم الخ و حاصله ان هذا القول ضعيف لانه مبني على كون المراد من المدة في الخبر مدة الاجارة .

ومن المحتمل كون المراد من المدة مدة بلوغ الاجرة ثم أيده بان مدة الاجارة مفروض في السؤال ولا يحتاج اليه فالمقصود مدة الاجرة ثم حكى قول العلامة الطباطبائي بقوله :

لكن في مصابيح العلامة الطباطبائي ان الظاهر هو المعنى الاول ، وقوله **بالبطلان** ان كان لها وقت مسمى لم تبلغه ، كالصريح في عدم بلوغ الوقت والحمل على عدم بلوغ الاجرة في غاية البعد وفي بعض النسخ مكان لم تبلغه ولم تبلغ ، والدلالة فيه أظهر وأدحض وحمل قوله «بقدر ما بلغت» على ارادة النسبة كما سمعت ، ليس

بهذه المثابة من البعد

ثم تكلم كثيراً ولم يأت شيء يدفع الاشكال راجع العبارة حتى يفهم شيئاً يدفع به الاشكال بل لعله يكفى مثل قول العلامة الطباطبائي في الصحة من حيث اتصاله قده بمنبع الوحي وامكان استفادته من حضرته روي وارواح العالمين له الفداء بل مثل المحقق الاردبيلي والمحقق الانصاري قدس الله اسرارهما وغيرهما الى ذلك .

وقال المحقق الرشتي في مقام عدم الدليل على البطلان قال ما هذا لفظه : نعم ربما احتج عليه بخبر ابراهيم الهمداني ابن محمد قال كتب الى ابي الحسن عليه السلام الى ان ساقه فقال وفي دلالتها تأمل لان الاعلام قدس الله اسرارهم مختلفون في ظاهره فعن المجلسي في حواشي الفقيه والرياض ظهورها في البطلان بموت الموجر وبه اعترف في مفتاح الكرامة وبنى عليه ووافقه بعض مشايخنا قده وشيخنا الاستاد العلامة اعلى الله مقامه في المحكي عن درسه

وعن المحقق الاردبيلي في محكي المجمع والعلامة الطباطبائي في مصابحه ظهورها في الصحة بل وبالغ الاول ولم يرص بالظهور حتى ادعى الصراحة ومنشأ الخلاف الخلاف في المراد بالجواب لما في الفاظه من الاحتمالات القريبة من الاجمال فما ادعى بعض الاولين ان المراد بالوقت في قوله عليه السلام ان كان لها وقت معلوم الانجم المضروب للاجرة المفروض في السؤال وان المراد بقوله لم تبلغه انه لم تبلغها اجرتها فالمعنى ان المرثة ان ماتت بعد ادراك الانجم المضروب قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلك الاجرة فالاجارة بمعنى الاجرة

والمراد بالشرطية الثانية اعنى قوله وان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثة انها ماتت في الاثناء الاجل المضروب وقبل اخذ الاجرة وبقوله فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت ما هو ظاهره اعنى استحقاق الورثة اجرة الماضي من الزمان دون المستقبل ووجه دلالتها على الفساد على هذا التقدير واضح لان اختصاص استحقاق الورثة

بالماضى دون المستقبل لا يتم الابفساد الاجارة في الاثناء بموت المرأة انتهى
وكيف كان فلولا معارضة عبارة الاولى مع الثانية دلت الخبر على عدم
بطلان الاجارة بالموت تأمل فيه فانه قدزل اقدام الرجال فيه مع انه ليس بمثل
ذلك من الاشكال حيث ان الخبر صريح في بقاء الاجارة
ومحصله ان امرأة آجرت ضيعتها عشرين سنين بشرط ان يعطى اجرتها عند
كل سنة ولا يقدم الاجرة قبل مجيئء السنة مالم يمض وقتها فماتت قبل عشرين سنة
فستلوا هل يجب على ورثة المرأة انفاذا للاجارة حتى بقيت الى آخر عشرين سنة ام
يكون الاجارة مقتضية وتمت بموتها .

فاجاب ^{الشيخ} بما هو حاصله ان كان للاجارة وقت معين يسمى بها ولم تبلغه
المرأة ومات فلورثتها تلك الاجارة فالعبارة تنادى باعلى صوتها ببقاء الاجارة
وان المراد بالوقت، الوقت المسمى في الايجاب والقبول فلا ربط له بالوقت الانجم
وهو سنة بعد سنة فانه لا مورد له بالسؤال وللالجواب بل ليس له مدخل في البقاء
وعدمه فالاصل هو العلم ببقاء الاجارة او عدم بقائها فيدخل فيهما وقت الانجم
وانه ان بقيت الاجارة لزم العمل بالشرط وهو دفع مال الاجارة عند كل سنة الى
ورثة المورث وان لم يبق فلا يلزم الامامضت من عشرين سنة وحصل الموت

والجملة الثانية ايضا عبارة عن مفاد الاولى مع تبديل ما بلغت بما بقيت ففي
الخبر تصحيف جداً لكمال شباهة لفظ بلغت ببقيت واحتمال اشتباه الراى او عدم
سماعه كلام الامام قريب جدا بل لا يرتفع معارضة الجملتين الا بذلك وهو اولى
من احتمال التكرار في كلام الامام وحينئذ يستقيم المعنى فيكون قوله وان لم
تبلغ الخ تفصيلا وبيانا للعبارة الاولى فيرتفع الاشكال بتبديل بلغت ببقيت

والانصاف ان هذا الاحتمال قريب واولى مما قيل في بيان العبارة الثانية
من انه تكرر اربلاوجه او العياذ بالله يحتمل عدم توجه الامام الى ذلك كما قد يحتمل
ذلك في الفرق بين المساحة والوزن في الكر ضرورة بعد هذه الموهومات عن ساحة

المقدس المعصوم الحامل لعلوم الاولين والآخريين وانهم سلام الله عليهم وارثون لعلم من قال في حقه انا مدينة العلم وعلى بابها كما في بحث الجواد عليه السلام في مجلس المأمون وتكلم الصادق عليه السلام في المهدي لمن سمي بنته بحميراء وامره بان غير اسمها فلا طريق للسهو والغلط اليهم بخلاف احتمال التصحيف واشتباه الراوى عند الاخذ من الامام وسهوه او عدم سماع لفظه بنحو صحيح عن الامام .

وزعم انه عليه السلام قال ما بلغت مع انه في الواقع ما بقيت وكم واقع في الاخبار من قبيل ذلك وحينئذ كان المعنى مفاد الجملة الادلى وان المعنى وان لم تبلغ المرأة الى آخر مدة الاجارة و بقيت من مدتها فيعطى بصيغة المجهول ورثة المرأة بقدر ما بقي من زمان الاجارة فاذا كانت الاجارة لعشرة سنين عشرين دنائير مثلا واخذت نصفها فماتت اعطى المستأجر ورثة المرأة عشرة دنائير فالمعنى بقيت من مدة الاجارة ولم ار من تذكر لذلك خذ واغتمم .

وعلى هذا دل الخبر الصحيح على بقاء الاجارة بالموت ولا يبطلها مطلقا موجر او مستأجرا كليهما او احدهما على الظاهر وعلى هذا يكون الاشكالات على عدم البطلان تقريرا كالاتجاه في مقابل النص نعم ما استدوا على عدم البطلان باللزوم وبالاستصحاب كلها كما ترى ولولا هذا الخبر الصحيح لقلنا كما قال المتقدمون والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فضا بطمورد الاجارة أن ﴿كلما صح اعارته﴾ من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقاءه ﴿صح اجارته﴾ بلا خلاف أجده فيه نقلا وتحصيلا بل اجماعاً كذلك ، لما تقدم في العارية من أن العين المستعارة هي كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالثوب والدابة ونحوهما ، وذلك بعينه مورد الاجارة عرفاً ، ولغة التي هي المستعملة في نقل المنافع في مقابل نقل البيع الاعيان ، فينصرف الامر بالوفاء بالعقود وغيره من اطلاق كل منهما الى ذلك انتهى .

﴿و﴾ أما ﴿اجارة المشاع﴾ فهي ﴿جائزة﴾ عند المصنف ﴿كالمقسوم﴾

كما عن المسالك والروضه ، لعموم «أدوفوا بالعقود» و خصوص اطلاقات الاجارة وبه استيفاء المنفعة ممكن بموافقة الشريك وفيه تأمل لان الاجارة انما تصح فى الملك المختص لاله وغيره والاذن للشريك لا يسلم الى آخره فالمتعين هو المنع دفعا للنزاع والشورر .

وفى الحدائق قال قالوا : ويجوز اجارة المشترك بينه وبين غيره ، لعموم الادلة ولعدم ثبوت مانعية الشركة ، لامكان تسليمه واستيفاء المنفعة بموافقة الشريك ، ولو امتنع رفع الأمر الى الحاكم ، ويكون كما لو تنازع الشريكان ، والحكم انفاقى عندهم ، كما نقله فى المسالك ، ولم ينقل الخلاف فيه الا عن بعض العامة ، حيث منع الاجارة لغير الشريك انتهى .

والاظهر المنع لما عرفت ﴿والعين المستأجرة امانة﴾ لغة وعرفاً ضرورة كون الاستيلاء عليها باذن من المالك أو من يقوم مقامه ، فـ ﴿لا يضمنها﴾ حينئذ ﴿المستأجر الابتعد أو تفريط﴾ ، للاصل المستفاد من السنة فى عدة مقامات ، وبه يخرج عن عموم «على اليد» كما عرفت مكرراً ويثبت الضمان معهما لعموم من ائلف وعلى اليد حينئذ .

ويدل على عدم الضمان الامع التعدى والتفريط روايات مثل صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام «سألته عن الرجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه ، قال : ان كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء» .

وفى آخر فى المتعدى فى البغل «أرايت لو عطب البغل أليس كان يلزمنى قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه» .

وفى صحيح الحلبي «سأل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة الى مكان معلوم فنفقت الدابة ، قال : ان كان جاز الشرط فهو ضامن ، وان دخل واديا ولم

يوثقها فهو ضامن ، وان سقطت في بئر فهو ضامن ، لانه لم يستوثق منها الى غير ذلك
 ﴿ وكيف كان فـ ﴾ في اشتراط ضمانها من غير ذلك ﴿ أى التعدى
 والتفريط ﴾ نردد ﴿ ينشأ من قاعدة «المؤمنون» واطلاق أدلة العقود ، والاجارة
 ومن منافاته لمقتضى المقدار الأمانة ﴾ أظهره المنع .

وفي الجواهر بل هو الأشهر ، بل المشهور بل في جامع المقاصد باطل
 قطعاً ، بل لم أجد فيه خلافاً الا ما يحكى عن الاردبيلي و الخراساني من الميل
 الى الصحة ، وتبعهما في الرياض تمسكاً بالعموم المزبور مع ضعف المعارض ،
 لمنع منافاته على اطلاقه ، بل هو حيث لم يكن هناك شرط انتهى .

وما حكاه عن الرياض متين لعدم المنافاة مع مقتضاه مع الشرط فان عقد
 الاجارة كالعارية كانتا بمنزلة الاولية مأمونة غير ضامن فلا منافاة مع شرط الضمان
 كما في العارية مطلقاً على المختار او في الذهب و الفضة و الا لزم تخصيص ادلة
 الشروط بغير هذه الصورة ولادليل عليه فاذا لم يكن منافات في البين كما صدقه
 في الجواهر فلا اشكال ولا منافاة لهذا الشرط مع مقتضى عدم ضمان الامانة لما
 عرفت من ان عدم ضمان الامانة لو خلى وطبعه لامع شرط الضمان .

وبدل عليه خبر موسى بن بكير عن ابي الحسن عليه السلام قال رجل استأجر سفينة
 من ملاح فحملها طعاماً فاشترط عليه ان نقص الطعام فعليه ، فقال : جاز ، قلت
 انه ربما زاد الطعام قال : فقال : أيدعى الملاح أنه زاد فيه شيئاً ؟ قلت لا ، قال
 لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك ، وغيره مما دل
 على نحو ذلك .

ولا يخفى ان ادلة الايمان قد خصت بنفسها بالتعدى و التفريط فكيف
 لا يصح قابلاً لتخصيص آخر وهو شرط الضمان ولو بدون التعدى و التفريط مع
 تأييده بان الناس مسلطون على اموالهم فلم يرضوا بالاجارة الا بهذا النحو بحيث
 يضمن لو تلفت العين او نقصت ولو بدون التعدى و التفريط .

بداهة ان امر الاجارة بيدالمجبر الذى هو صاحب المال فرضى بالاجارة مع شرط الضمان مطلقاً والأ اسدباب الاجارة الانادراً نعم فيما لا يكون التلف باختيار المستأجر سماوية او ارضية فلاضمان له حتى مع شرطه ولامنافاة اهذا الشرط على شىء فضلاً عن ان يكون مع مقتضى العقد فالاجارة مقتضى لامانة يد المستأجر الامع التعدى او اشتراط الضمان ولو مع عدم التعدى .

وفى الحدائق بعد بيان الوجهين فى الصحة وعدمه قال ماهذا لفظه وعندى فيه نظر ، قدتقدم ذكره فى غير موضع ، فان أكثر الشروط الواردة على العقود أنما هى بمنزلة الاستثناء مما دل عليه أصل العقد ، بمعنى أنه لولا ذكرها لكان مقتضى العقد دخولها كما أن مقتضى البيع اللزوم ، مع أنه يدخله شرط الفسخ بلا خلاف ولاشكال .

والى ما ذكرناه من صحة الشرط المذكورمال فى الكفاية ، وعلله بما يقرب مما ذكرناه قال ويمكن ان يقال أدلة صحة العقود والشروط يقتضى صحة هذا العقد والشروط كونه مخالفاً لما ثبت شرعاً ممنوع لأن الثابت عدم الضمان عند عدم الشرط لامطلقاً انتهى فالظاهر لاشكال فى الصحة كيف وهو صريح قوله ^{الطال} جائز فى جواب فالشرط عليه ان نقص الطعام فعليه .

❦ وليس فى الاجارة خيار المجلس ❦ اجماعاً بقسميه بل المحكى منهما مستقيض أو متواتر ، مضافاً الى قاعدة اللزوم السالمة عن المعارض هنا ، بعد حرمة القياس عندنا انتهى لوضوح اختصاص الخيار بالبيع وبالنص يخرج عن قاعدة اللزوم بخلاف باب الاجارة وغيرها فان قاعدة اللزوم محكمة .

وفى الحدائق قال وقد اتفقوا أيضاً على أنه لايدخلها خيار المجلس ، لأنه مختص عندنا بالبيع ، فلاثبت فيها مع اطلاق ، أما لو شرط فالمشهود عدم صحته لأنه شرط مجهول ، لأن المجلس يختلف بالزيادة والنقصان ، وعدم قدحه فى البيع من حيث أنه ثابت فيه بالنص .

وعن المبسوط صحة الشرط المذكور وعموم المؤمنون عند شروطهم، ورد بمعارفت من أنه شرط مجهول، فيجهل، به العقد، وثبوتاه في البيع مستثنى بما ذكرناه، والله سبحانه العالم انتهى.

ولا يخفى ان قوله بالتبليغ البيعان بالخيار ما لم يفترقا مختص بالبيع والظاهر لوجه التعمد عنه الابنحو من القياس وعموم المؤمنون فيما لم يختص شيئاً بشيء وهو واضح فعموم الشروط جارية في غير صورة الاختصاص مثل خيار الشرط.

وفي الجواهر ما زجا لعبارة المتن قال ما هذا لفظه نعم لأشكال ولا خلاف في ثبوت خيار الشرط فيها، بل ربما استظهر من التذكرة الاجماع عليه لعموم دليله، ﴿و﴾ حينئذ ﴿و﴾ لو شرط الخيار لأحدهما أو لهما ﴿و﴾ أو لاجنبي ﴿و﴾ جاز سواء كانت ﴿و﴾ الاجارة على عين ﴿و﴾ معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار أو في الذمة كأن يستأجره ليبنى له حائطاً ﴿و﴾ خلافاً لبعض العامة، فلم يجوزه في المعينة ولا ريب فيه بطلانه، ضرورة كون الاجارة كالبيع بالنسبة الى ذلك ولذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت ونحوه كحكم الخيار فيه الى ان قال وبالجملة كل خيار في البيع كان دليله أو من أدلته خبر الضرار ونحوه، يتجه جريانه، بخلاف ما اختص بدليل خاص لا يجوز التعمد عنه إلا بالقياس المحرم عندنا.

وفي الحدائق ما هذا لفظه المشهور بين الأصحاب بل لا يظهر فيه مخالفة صحة خيار الشرط في الاجارة، وعموم ادلة الاجارة، وعموم ادلة صحة الشروط الا ما استثنى وليس هذا منه، وعدم ظهور مانع، ولا فرق بين شرطه لهما معاً، أو لأحدهما، أو لاجنبي كما تقدم في البيع ولا فرق بين أن تكون الاجارة لعين معينة كهذه العين. أو يكون موردها الذمة كان يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط انتهى.

لكن الاضاف انه لو صح التمسك بعموم الشرط لما يبعد صحة التمسك به لخيار المجلس في الاجارة كما صرح به في المحكي عن المبسوط والفرق ان صحة هذا الخيار في البيع لا يحتاج الى الشرط لوجود النص وفي الاجارة يحتاج الى الشرط

فىثبت خيار المجلس للاجارة بالشرط والله العالم .

الفصل ﴿ الثانى فى شرائطها : وهى ستة الاول : ان يكون المتعاقدان ﴿ مالكين ﴾ ﴿ كاملين ﴾ بالبلوغ والعقل والاختيار ﴿ جائزى التصرف ﴾ لعدم الفلاس والسفه ونحوهما من اسباب الحجر ﴿ فلو آجر المجنون لم تنعقد اجارته ﴾ ولو اجاز ولىه بعد ذلك ﴿ وكذا الصبى الغير المميز ﴾ بل ﴿ وكذا المميز الا باذن ولىه ﴾ وفى كتاب البيع قال ولو اذن الولى ، ولذا فى الجواهر قال فى المقام لم نعرف به قائلاً قبله ، وان قال هنا ايضاً ﴿ وفيه تردد ﴾ .

وفى الجواهر قال فانه غير خفى عليك عدم خصوص دليل فى المقام يصلح فارقاً بينه وبين البيع ، كما انه لا وجه ممتد به للتردد فى اصل ذلك فى المقام وفى البيع ، من غير فرق بين بلوغ الذكر عشرأ عاقلاً وعدمه ، لما تقدم هناك فلاحظ كى نعرف ماهنا انتهى .

لا يخفى عليك ان مع اذن الولى كان المعاملة فى حقيقة مع الولى بيعاً او اجارة او غيرها بل السيرة عليه بين المشرعين فربما لا يقدر على المعاملة بانفسهم فيرسلون المميزين لذلك و ترك ذلك يوجب العسر والحرج بل الضرر احياناً والمسئلة مشكلة راجع ج ٢١ ص ٢٩٠ الى ٢٩٨ .

الشرط ﴿ الثانى : ان تكون الاجرة معلومة بالوزن او الكيل ﴾ او العد ﴿ فيما يكال أو يوزن ﴾ أو يعد ﴿ ليتحقق انتفاء الفرر ﴾ والجهالة المبطله بالاجماع راجع ج ٢٢ ص ٢٢٣ ﴿ وقيل يكفى المشاهدة وهو حسن ﴾ ولكن لم يحصل بها العلم بالوزن او الكيل جدياً وانما حصل العلم بجنسه و نوعه وصفه و جياذته وردائه وهو غير كاف فيما يحتاج الى العلم بالمقدار .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ ﴿ يملك ﴾ الموجر ﴿ الاجرة بنفس العقد ﴾ وكذا المستأجر يملك المنفعة والمسألة غير خال عن الاشكال من حيث ان المنفعة غير موجودة حين العقد وانما هى امر تدريجى الحصول فكيف يملك بالعقد ويمكن

دفع الاشكال بعدم اشتراط وجود المملوك في التملك .
 قال في الخلاف ما هذا لفظه من استأجر داراً اودابة اوعبداً فان المستأجر
 يملك تلك المنفعة والموَجِر يملك الاجرة بنفس العقد حتى ان المستأجر احق
 عندنا بملك المنفعة من مالِكها وبه قال الشافعي وذهب ابو حنيفة الى ان الموَجِر
 يملك الاجرة بنفس العقد والمستأجر لا يملك المنفعة وانما تحدث في ملك المكري
 ثم يملك المكري ثم يملك المكترى من المكري حين حدوثه في ملكه فعنده
 المنفعة غير مملوكة وانما المكري يملك حدوثها والمكترى يملك من المكري
 بعد ذلك وعلى مذهبنا المكترى يملك المنفعة بنفس العقد.

[دليلنا] اجماع الفرقة و اخبارهم انتهى ولا يخفى بعد ما عن ابي حنيفة
 فان المكري اذا اكرى ملكه فبنفس الاكراء قد خرج المنافع الموجودة تدريجاً
 عن ملكه فالملك وان كان للمكري لكنه لا يملكه من المنفعة فملكه في مدة
 الاكراء قد خرج عن نحت اختياره وكما وجدت تدريجاً كان للمكترى حقيقة.
 قال في الحدائق ما هذا لفظه : قد صرحوا بأن المنفعة تملك بنفس العقد،
 كما تملك الاجرة ووجهه ظاهر مما تقدم في المسئلة الثانية من مسائل هذا المطلب
 من اقتضاء صحة المعاوضة و لزومها نقل الملك في كل من العوضين من أحدهما
 الى الآخر كالبيع، وسائر عقود المعاوضات اللازمة والاجارة من جملتها فالمنفعة
 هنا منتقل الى المستأجر بنفس العقد ، وان كان انما يستوفى فيها تدريجاً و شيئاً
 فشيئاً وهو غير مناف للملك، اذ لا يشترط في التملك وجود المملوك وملك المستأجر
 لها هنا على حسب ملك الموَجِر لها ، فانه لا اشكال في انه مالك لمنفعة نفسه ،
 وليس ذلك الا باعتبار صحة تصرفه فيها كتصرفه في العين بالنقل الى غيره . فكذا
 المستأجر باعتبار صحة استيفائها ونقلها الى غيره ، ونحو ذلك من لوازم الحقوق
 المالية انتهى.

﴿ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل﴾ وفي المالك المراد

بتمجيلها مع الاطلاق فى ادل اوقات وجوب دفعها و هو تمام العمل و تسليم العين الموجرة لان تسليم احد العوضين يسقط على المطالبة بالاخرة بمقتضى المعادضة الموجبة للملك واما مع اشتراط التمجيل فاولى و فائدة الشرط مع ان الاطلاق يقتضيه مجرد التأكيد و قد تفيد فائدة اخرى و هو تسلط الموجر على الفسخ لو شرط التمجيل فى مدة مضبوطة فاخذه و كذا لو شرط القبض قبل العمل او قبل تسليم العين الموجرة صح ووجب الوفاء لعموم الخبر انتهى .

﴿ولو شرط﴾ المستأجر مثلاً ﴿التأجيل﴾ فى الاجرة ﴿صح﴾ لعموم «المؤمنون» ﴿بشرط أن يكون﴾ الاجل ﴿معلوماً﴾ مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال نعم فى وقت الدفع خلاف بين العامة كما فى الخلاف قال اذا اطلقا عقد الاجارة ولم يشترط تعجيل الاجرة ولاتأجيله فانه يلزم الاجرة عاجلاً وبه قال الشافعى وقال مالك انما يلزمه ان يسلم اليه الاجرة جزء فجزءاً ، فكلما استوفى جزء من المنفعة لزمه أن يوفيه ما فى مقابلته من الاجرة .

وقال ابو حنيفة وأصحابه: القياس ما قال مالك ولكن يشق ذلك فكلما (فهما خ ل) استوفى منفعة يوم فعلية تسليم ما فى مقابلته ، وقال الثورى : لا يلزمه تسليم شىء من الاجرة ما لم تنقض مدة الاجارة كلها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير ، وايضاً قوله تعالى «فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن» وانما اراد فان بذلن لكم الرضاع فآتوهن اجورهن بدليل انه قال فى آخرها «وان تعاسرن فسترضع له اخرى» والتعاسر ان لا ترضى المرضعة باجرة مثلها فاخبر انها متى لم ترض باجرة (ذلك خ ل) المثل فانه يؤجر غيرها ليرضه انتهى ولا يخفى ان ظاهر الاية انه ان يقبلن الرضاع كان لهن اجورهن وان لم يقبلن وتعاسرن فلا فالية تدل على ان بالقبول يجب الاجرة اما دفعها معجلاً واعدتها فهى ساكتة عن ذلك فبالبدل تجب الاجرة و بعدمه لا تجب و الكلام فى موقع وجوب الدفع و الاية ساكتة عنه .

قال في الحدائق ما هذا لفظه لاخلاف ولاشكال في انه تملك الاجرة بنفس العقد الى ان قال لكن لا يجب تسليم الاجرة الا بتسليم العين المستأجرة ان كانت الاجارة على عين ، أو تمام العمل ان كانت الاجارة على عمل ولا يجوز تأخيرها مع الطلب ، والحال كذلك الخ .

والظاهر اتفاق الجميع بانه بمجرد العقد تعلق وجوب الاجرة على المستأجر الا انه وقت الدفع والرد اليه وقت تسليم العين او تمام العمل والظاهر لا اشكال في مثل رد الاجرة عند تمام عمل موقت كيوم او يومين مثلا كاجارة الحيوان للحمل فحينئذ برد الحيوان يجب رد الاجرة اذ اجار الخياط لخيطة لباسه فبعد الخياطة يجب رد الاجرة لا قبلا ولا بعدا الا في صورة رضا الطرفين .

لكنه مشكل في مثل اجارة دار او دكان الى سنة مثلا فلو كان اللازم وجوب رد القيمة عند تمام العمل لا يجب الرد الا بعد مضي المدة وهو تمام السنة وهو كما ترى فانه مستلزم للمضرر وتضييع الاجرة غالبا فر بما فلس المستأجر اومات والوارث آخرها وغير ذلك مضافا الى احتياج الموجد الى اخذها ومصرفها لمعاشه ولا يستقيم الا بلزوم الدفع يوما فيوما او شهرا بعد شهر ولا ينطبق الامع قول المالك فلا يجب الرد الا بمقدار الذي ينتفع من العين يوما بيوم او شهرا بشهر نعم اجارة بعض الاشياء تتوقف على اخذ الاجرة قبلا مثل الاجير للمحج او الزيادة فالظاهر هو لحاظ الشيء وبناء العرف فيه من حيث تقديم الاجرة وتأخيرها كما ان بنائهم غالبا هو الشهور اى في اول كل شهر وهو اظهر وأعلى وجمع بين وصول كل منهما الى حقه واخذ الاجرة بقدر ما ينتفع من العين ومما يدل عليه بالنسبة الى تمام العمل ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام «في الجمال والاجير قال : لا يعجز عرقه حتى تعطيه أجرته» و عن شعيب قال تكارينا لابي عبدالله عليه السلام قوماً يعملون في

بستان له و كان أجلهم الى العصر فلما فرغوا قال لمعتب : أعطهم أجورهم قبل ان يجف عرفهم .

﴿ و ﴾ كما يصح دفعة بعد تمام العمل فـ ﴿ كذا ﴾ يصح ﴿ لو شرطها ﴾ تدريجاً ﴿ في نجوم ﴾ بان يدفع في كل شهر ديناراً مثلاً فصح الكل مع الرضا .
 وفي الجواهر بعد المتن قال علي وجه التقييد فيجعل لكل أجل قسطاً معلوماً منها الاطلاق ، من غير فرق في ذلك بين الاجارة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على كلّي في الذمة انتهى . وقد عرفت وجهه و وجه غيره ﴿ واذا وقف المورث على عيب في الاجرة سابق على القبض ﴾ و ان كان متأخراً عن العقد ﴿ كان له الفسخ ﴾ المقتضى لزوال ملكه عما قبضه ، فتعود المنفعة الى ملكه اذا استلزم ذلك فسخ الاجارة لتعذر الابدال ﴿ أو ﴾ تكون له ﴿ المطالبة بالعوض ﴾ اذا لم يتعذر كل ذلك ﴿ ان كانت الاجرة مضمونة ﴾ في الذمة ظاهر المتن والشرح هو الاختيار في احدهما فيما كانت كلية الفسخ فيما لا يمكن العوض او المطالبة بالعوض فيما يمكن العوض بقرينة قوله ﴿ وان كانت معينة كان له الرد أو الارش ﴾ على حسب العيب في ثمن المبيع فيكون الحاصل ان الاجرة اما كلية واما معينة وعلى الاول ان يمكن بدل العوض طالب بالبدل والافسخ العقد وعلى الثاني كان له الرد او الارش مختاراً فيهما لان الاجرة المعينة المعيبة يمكن تبديلها بالصحيح ولو شاء رضى بالمعيب وطالبه بالارش .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده ولا اشكال ، بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالمبيع نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما اذا لم يكن الاجرة منفعة والاجرى فيه ما تسمعه انشاء الله من حكم العيب في العين المستأجرة عند تعرض المصنف له انتهى .

وفي المسالك بعد المتن قال انما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض لان الاطلاق انما يحمل على الصحيح وهو امر كلّي لا ينحصر في المدفوع اليه

فلا يجوز الفسخ ابتداء نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ وله حينئذ الرضا بالمعيب فيطالب بالارش عوض الفائت بالمعيب لتعين المدفوع اليه لان يكون عوضا بتعذره غيره واما المعينة فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر لاقضاء الاطلاق التسليم وتعيينه مانع من البديل كالبيع انتهى .

وفي الحدائق هذا لفظه قالوا : لو وجد بالأجرة عيباً سابقاً على وقت القبض فان كان الأجرة مطلقة وهي المضمونة تخير بين الفسخ وأخذ العوض وان كانت معينة تخير بين الفسخ والأرض ، وعلل الأول بأن المطلق يتعين بتعيين المالك ، وقبض المستحق كالزكاة فحينئذ له الفسخ ، لكون المعينة معينة ، وله الابدال بالصحيح الذي هو مقتضى العقد ، وهو المشار اليه بالعوض .

والتحقيق ما ذكره جملة من محققي المتأخرين أن مقتضى الأطلاق الحمل على الصحيح ، وهو أمر كلي لا ينحصر في المدفوع ، ودعوى تعيينه بما ذكر ممنوع وقضية ذلك حينئذ أنه لا يفسخ هنا ، وإنما له العوض ، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ ، وتخير بينه وبين الرضا بالمعيب مع الأرض عوض مافات بالمعيب لتعين المدفوع اليه ، من حيث تعذر عوضه ، كما هو الحكم في الثاني وهو ما اذا كانت معينة ، فانه يتخير كما قدمنا نقله عنهم بين الفسخ والرضا به مع الأرض ، من حيث أن تعيينه مانع من البديل ، كما تقدم في كتاب البيع انتهى .

قوله والتحقيق الخ فيكون الاجرة حينئذ امراً كلياً وهي عشرة دنانير كلياً على ذمة المستأجر مثلاً وهذا الامر الكلي لا يسقط الأبدفوع الفرد الصحيح الحلال ولذا لو وقعت الاجارة على الاجرة الكلية لا تبطل ان دفع الاجرة من الحرام كما هو الامر في البيع والبيع والاجارة صحيح .

غاية الامر ذمة المشتري والمستأجر مشغولة بالبايع والموجر حتى اعطاه من فرد الحلال والصحيح فليس للموجر فسخ الاجارة حينئذ مع امكان التبديل بالمعيب بالصحيح ولو لم يمكن تخير بين الفسخ او القبول مع الارش كما هو حكم عدم كون الاجرة كلية .

﴿ ولو أفلس المستأجر بالاجرة فسبح الموجر أنشأ ﴾ والا شارك الغرماء كما تقدم الكلام في ذلك وفي فروعه وفي فلس الموجر مفصلاً في باب الفلس فلاحظ راجع ج ٢٧ .

﴿ ولا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره الا أن يؤجر بغير جنس الاجرة ، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت ﴾ .
وفي الجواهر كما عن ظاهر الشيخ ، بل لعلمه ظاهر المقنعة ، أيضاً ، وان اقتصر فيها على الحائوت والدار وعلى استثناء الاحداث الا أنه كالمصنف في باب المزارعة صرح بكراهة أجارة الأرض بالاكثر قال فيها : وتكره أجارة الأرض بأكثر مما استأجرها الانسان به ، الا أن يكون قد أحدث فيها عملاً أصلحها به ، ككبرى نهر أو حفر ساقية أو اصلاح دالية أو كراب أرض واشباه ذلك .

ولا بأس أن يوجرها بأكثر قيمة مما استأجرها به اذا اختلف النوعان ، فكان مال الاجارة عيناً وورقاً واجارتها حنطة أو شعيراً وان لم يحدث فيها شيئاً وأنما يكره ذلك فيما يتفق نوعه ، أو يكون عيناً وورقاً دون غيرهما من العروض : وهذا التفصيل بين الأرض والثلاثة أحد الأقوال في المسألة ، وربما أضيف اليها الحائوت والرحى ، بل قد عرفت أن المفيد اقتصر على أدلها مع الدار انتهى .
وفي المسالك قال ما لفظه قوله ولا يجوز ان يوجر المسكن الى قوله باكثرها هذا قول اكثر الاصحاب استنادا الى روايات حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها وفي بعضها نصريح بها والاقوى الجواز في الجميع واما تعليل المنع باستلزامه الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح انتهى وقد مر الكلام مفصلاً في ج ٣٠ فراجع .

﴿ وكذا لو سكن بعض الملك لم يجزله أن يؤجر الباقي بزيادة على الاجرة و الجنس واحد ﴾ إذ هو مع أنه مشمول لأدلة المنع يستفاد حكمه من خبر أبي الربيع الآتي ، ومن الاول بالاولى وهو واضح .

نعم لأشكال كما لاخلاف نصاً ﴿و﴾ فتوى في أنه ﴿يجوز﴾ اجارة البعض المزبور وأن قل ﴿بأكثرها﴾ أى الاجرة مع اتحاد الجنس ، فضلا عن اختلافه والجواز مقتضى الاصل بل الاصول ، وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع المردي في الفقيه ولو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولكن لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من المنع ، لكونه ربا .

ولا يفهم وجه الربا مع ان شرط مع اتحاد الجنس هو المكييل او الموزون والارض ليست منها والنهي محمول على الكراهة لعدم وجه للمنع بعد هذا الاحتمال الضعيف بل الاشكال في اجارتها بالغير في مدة اجارة الاول لان الظاهر من امثال المقامات هو مباشرة نفس المستاجر لا غيره وهو ايضا يندفع بالاطلاق وعدم اشتراط المباشرة والا فلا يجوز قطعاً بل يبطل اجارة الثاني من قيد المباشرة وكيف كان فلا دليل على المنع راجع ج ٣٠ .

﴿ولو استأجره ليحمل له متاعاً الى موضع معين بأجرة﴾ معينة واشترط عليه وصوله ﴿في وقت معين﴾ ، فان قصر عنه نقص عن أجرته شيئاً ﴿معيناً﴾ ﴿جاز﴾ وفي الجواهر وفاقاً للاكثر نقلاً وتحصيلاً ، بل المشهور كذلك للاصل ، وقاعدة دالمؤمنون عند شروطهم انتهى .

﴿و﴾ أما ﴿لو شرط سقوط الأجرة أن لم يوصله فيه لم يجز﴾ وفاقاً للمشهور ﴿وكان له اجرة المثل﴾ وحاصل المتن صحة الشرط ان جعل للنقص مقدارا يكون بمقدار الترك وان كان بمقدار جميع كراه كان باطلاً وعلى الاول ينقص من المسمى وعلى الثاني كان له اجرة المثل لبطلان الاجارة .

والمسألة مشكلة لان الشرط حمل المتاع الى مكان معين في وقت معين والاجرة عينت لهما ولكل منهما مدخلية في كمال الكراهة او بتركه ينقص عن الاجرة كما اذا شرط الحمل الى الاصفهان في اول الظهر وكان غرض الشارط

الى نتائج كثيرة للحمل البها فى اول الظهر بحيث كان يفوت الغرض لو لم يحصل له ذلك .

والمتن مطابق مع الصحيح أو الموثق أو الخبر المنجبر بما عرفت عن محمد العلبى قال كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما أنى تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لى متاعاً الى بعض المعادن واشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا وكذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتنى فان احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وانه حبسنى عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً، فقال القاضى: هذا شرط فاسد ومعه كراه فلما قام الرجل أقبل الى أبو جعفر عليه السلام فقال: شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه.

والمسألة غير خال عن الاشكال وفى الجواهر بعد التكلم كثيراً قال فى خصوصه ما هذا لفظه لكن قد أشكل ذلك بالتعليق والجهالة والابهام، وأنه كالبيع بثمنين نقداً ونسيئة مثلاً، ومن هنا كان خيرة المحقق الثانى وغيره من المتأخرين البطالان فى ذلك، وطرح الخبر أو حمله على الجمالة أو نحو ذلك انتهى وبيان الترديد انه اذا شرط عليه ان حملت متاعى الى مكان معين فى وقت معين كان لك كذا وان لم تحمله الى هذا المكان فى هذا الوقت كان لك كذا او لم يكن لك اجرة اصلاً وهذا يكون ترديدا بين الاجرتين فيكون من قبيل البيع بثمنين الذى لا اشكال فى بطلانه لو وقع بنحو الترديد كما باع نقداً بثمن ونسيئةً بثمن آخر وهو المحكى عن المحقق الثانى .

ولا يخفى فساد البطالان لعدم الترديد فى الاجارة لان الاجارة وقعت بشرط حمل المتاع فى يوم كذا ومكان كذا بما يسمى ولا ترديد فيه وشرط عليه لو لم يعمل بالشرط نقص من كراه المسمى ولا ترديد فيه ايضا اصلاً بل عين تمام الكراه للعمل بنحو ما عقد ونقصها فى عدم الوفاء بالشرط فلا وجه لتوهم البطالان للترديد والترديد بان يكون الاجارة بنحو أن تحمّل متاعى الى كذا فلك كذا وان لا تحمّل

الى كذا فلك كذا اى انقص وهذا هو الترديد قطعاً بان ينعقد الاجارة بهذا النحو
 لا بنحو شق الاول ثم بعد الانعقاد خالفه لوضوح انه لو قال المورجراً استأجرتك لحمل
 متاعى كذا وكذا وقبل تمت الاجارة ووقعت منجزاً بحمل المتاع الى فلان فى وقت فلان
 ثم بعد ذلك خالف ولم يف بمهده كيف وهو ظاهر الاخبار والاستؤلة بنحو
 ذلك وانه اشترطت عليه ذلك و لم يعمل ومن المعلوم ان النزاع والسؤال انما
 وقع بعد الشروع فى العمل على خلاف ما شرط عليه لامن اول وقوع الاجارة وليس
 الا بوقوع الاجارة منجزاً على طبق الشرط ثم خالف بعد الا ان السؤال بنحو
 آجرتك كذلك باجرة وبعده باجرة حتى اجاب الامام بانه فى نقص مقدار من
 الكراء صحيح وبعده كلاً باطل .

وبالجملة الاجارة هى حملة المتاع الى مكان فى وقت معين والقبول واقع
 عليه فقد وقع الايجاب والقبول على هذا الامر المنجز وينشأ هذا المعنى فى
 الخارج ثم قال لو خالفت فلك انقص من هذا فلا ترديد لافى المشروط ولا فى الشرط
 فالشرط كالمشروط كلاهما صحيحان .

نعم ان قال ان خالفت فلا كرى له كان باطلا لامن حيث الترديد بل من
 حيث عدم ثبوت الاجرة فى الاجارة فيكون كالبيع بلائمن فالاجارة حينئذ الباطلة
 لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده والاجارة الصحيحة ضمان ففى فاسدها ايضاً
 ضمان غاية الامر المثل لا المسمى الذى يفسد والبيع بشمين بان يقال بعثت نقداً
 بعشرين ونسيئة بثلاثين بان يقع البيع بذلك لابان ذلك اخباراً للبايع حتى يختار
 المشتري ايهما شاء لبداهة ان الاول غير قابل للانشاء بخلاف الاخبار به .

والانصاف كون الاشكالات على الخبر بعيداً عن الصواب خصوصاً كونه
 كالبيع بشمين وابعده منه طرح الخبر وحملة على الجمالة تامل فى جميع ما ذكر
 فى المقام ولذا فى الجواهر رداً على المحقق الثانى وغيره من حمل الاخبار على
 الجمالة قال ما لفظه :

وهو - مع أنه كالاجتهد في مقابلة النص الذي لا يقبل الحمل على الجمالة ولو لفهم المعظم منه الاجارة - مدفوع بمنع التعليق في العقد : اذ ليس المراد منه الاجارة بالمقدار الناقص لو نقص ، كى يكون معلقاً ، بل أقصاه التعليق في الشرط وهو النقص من الاجرة ، ولا دليل على بطلانه فيه ، اذا لم يرجع الى التعليق في نفس العقد انتهى ولقد اجاد .

ومن ذلك يظهر ما في قول صاحب المسالك حيث انه بعد قوله ولو استاجر له ليحمل له متاعا الى قوله اجرة المثل قال هذا قول الاكثر و مستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم والحلبى عن الباقر عليه السلام ويشكل بعدم تعيين الاجرة لاختلافها على التقديرين كما لو باعه بثمانين على تقديرين ومن ثم ذهب جماعة الى البطلان ويمكن حمل الاخبار على الجمالة ومتى حكم بالبطلان ثبت اجرة المثل الا ان يشترط اسقاط الجميع فلاشياء مع عدم الاتيان به في المعين ولو اتى به فيه فكفيره انتهى .

وما افاده عجيب في الجملة ويظهر من قوله الا ان يشترط اسقاط الجميع ليس اجرة المثل في مطلق بطلان الاجارة بل اذا لم يشترط السقوط و الرفع شرط السقوط لو لم يعمل بسقط الاجرة رأسا فيرد عليه بطلان الشرط فيما يوجب تضييع عمل المسلم وغاية ما يوجب الحرمان من الاجرة هو سقوط المسمى لا اصل الاجرة حتى يقع العمل بلاوجه فلو شرط اسقاط الجميع تضييع عمل المسلم لوضوح انه وقع لاجله غاية الامر ليس بنحو مطلوبه فلايلقى مطلقا .

واستدل ايضا بما عن محمد بن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : كنت جالسا عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : انى تكاريت هذا يوافى بى السوق يوم كذا وكذا ، وانه لم يفعل ، قال : فقال : ليس له كراء قال : فدعوته وقلت : يا عبدالله ليس لك أن تذهب بحقه ، وقلت للاخر ليس لك أن تأخذ كل الذى عليه اصطلحا فترادا بينكما .

و رواه الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى مثله و في الجواهر بعد نقله قال وفيه أنه غير محل الفرض الذي قد عرفت اشتراط النقصان فيه ان لم يوصله فيه ، وليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بالاجرة ولاغيرها ، بل ليس في كلام الامام أن اللازم في غيره أجرة المثل ولاغيرها .

بل في حواشي ثانی الشهيدین علی روضته أن ما تضمنه الخبر من الحكم مخالف للقواعد الشرعية ، لان اللازم من تعيينه اليوم المعين والسكوت عن غيره أنه لا يستحق في غيره الاجرة ، كما قال ذلك القاضي الابرفرض اطلاقه عليه السلام على ما يوجب بطلان الاجارة فحكم عليهما بالاصطلاح لان الثابت أجرة المثل ، وهي خارجة عن المعين كما أشار اليه في كلامه .

وان كان قد يدفع بمنع اقتضاء ذلك عدم الاجرة مطلقاً حتى على نقله له في بعض مدة التعيين الذي مقتضى عقد الاجارة انتهى .

ولا يخفى ان محل الفرض هو عدم العمل على قول المكري في الجملة لا كلاً بحيث لا يوافق اصلاً فقول القاضي ليس له كراء غلط محض غاية تعدد المطلوب لا اصل المطلوب فيوجب بطلان الاجارة والاستحقاق باجرة المثل لاعدمها كلا والامام عليه السلام جمع بين الحقين بالاصلاح بينهما باعطاء الاجرة بقدر ما يحصل الرضا منهما فتأمل قال في الحدائق المشهور بين الاصحاب أنه استأجره ليحمل عليه متاعاً الى موضع معين بأجرة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئاً جاز ، ولو شرط سقوط الاجرة ان لم يوصله فيه لم يجز وكان له أجرة المثل قال الشيخ في النهاية : من اكترى من غيره دابة على ان يحمل له متاعاً الى موضع بعينه في مدة من الزمان ، فان لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزاً ما لم يحط بجميع الاجرة ، و ان أحاط الشرط بجميع الاجرة كان الشرط باطلا ، وازمه أجرة المثل ونحوه كلام ابن الجنيد ، و كلام ابن البراج وغيرهما الا ان ظاهر كلام ابن الجنيد أنه متى أحاط الشرط بالاجرة كملا ووجب

القضاء بالصلح فلا ينسقط الاجرة كلها ولا يأخذها جميعاً .

وظاهر العلامة في المختلف - ونقل عن ابنه فخر المحققين أيضاً - بطلان العقد ، لبطلان الشرط ، فتجب أجرة المثل سواء وصله في المعين ام غيره ، وسواء أحاط بالاجرة أم لا ، ولا يخفى ما فيه ، فانه اجتهاد في مقابلة النص ، كما سيظهر لك انشاء الله تعالى انتهى .

والانصاف انه بعيد عن العلامة وابنه فانه مع صراحة خبر الصحيح المصرح بصحة شرط النقص قد حكما ببطلان الشرط والعقد مع ان الامام فصل بين نقص تمام الاجرة وبين بعضها بالصحة في الثاني والبطلان في الاول .

ونظيره في البعد ما حكاه عن ابن ادریس حيث قال بعد عبارته المتقدمة ووقال ابن ادریس : والاولى عندي أن العقد صحيح ، و الشرط باطل ، لان الله تعالى قال «أدفوا بالعقود» وهذا عقد فيحتاج في نسخه الى دليل ، و الشرط اذا انضم الى عقد شرعى صح العقد ، وبطل الشرط ، اذا كان غير شرعى انتهى .

اقول سلمنا ان فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما مر منا في سابق الايام لكن نقول في المقام على فرض صحة العقد وفساد الشرط لازمه تمام الاجرة ولا يتم لان الفرض عدم العمل بما شرط عليه وان قيل بنقص الاجرة فهو العمل بالشرط ولازمه صحته .

وبالجملة الامر بالوفاء على ماذا تعلق فان تعلق على حمل المتاع في مكان معين وزمان معين باجارة معينة والنقص عنها لو خالف فلم يصح التمسك بالاية فان مقتضاها انه على فرض عدمه لا وفاء عليه فمتعلق الوفاء هو المشروط مع شرطه قال في التنقيح ما هذا لفظه .

ومنع ابن ادریس ذلك وقال : العقد صحيح والشرط باطل لانه غير شرعى ولم يدل عليه كتاب ولا سنة متواترة ولا اجماع ، بل لم يورده غير الشيخ في النهاية و كلامه ضعيف : اما ادلا فلما ذكرنا من الدلالة ، وأما ثانياً فلانسلم أنه

شرط باطل وانما الباطل ما يخالف الكتاب و السنة و هذا لا يخالفهما ، وأما ثالثاً فلانه لو بطل لأبطل العقد أيضاً لان بطلان الشرط يقتضى بطلان المشروط عقلاً واللازم باطل باعترافه فكذا الملزوم ، وأما رابعاً فلانه ليس الشرط الباطل ما لا يدل عليه كتاب ولا سنة بل الذى يدل الكتاب والسنة على بطلانه ، لان الاصل الجواز ولادلالة للكتاب و السنة على بطلانه بل على صحته كما ذكرناه ثم قال ويتفرع على المسألة فرعان : (الاول) لو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته فى الغد فلك نصف درهم (الثانى) لو قال ان خطته رومياً انتهى .

وسياتى الفرعان مع ان اللازم على المصنف ذكرهما فى المقام حيث ان دليلهما هو الدليل واشكالهما هو الاشكال اذ هو نظير البيع بشمينين

ثم ان قوله لو بطل لأبطل العقد لعله ليس فى محله مطلقاً لامكان كون بناء المطلوب على وحدته او تعدده والبطلان على الاول واذا تخلف الشرط رضى بالفاقد وغايته الخيار الا فيما كان الغرض مع الشرط ايضا بحيث كان الفاقد نقضا لغرضه فيبطل وكيف كان فبطلان المشروط بفساد الشرط غير معلوم فعليه اجرته مع عدم الشرط غاية الامر له خيار الفسخ لكنه لا يصح فى جميع الموارد ففى مثل المقام بعد تمام العمل على خلاف ما يشرط عليه يقع نزاع عدم العمل بما شرط ففسخ المالك اى فائدة بعد انفساخ العقد بتمام مدة الاجارة الا ان يقال ان الفسخ يكشف عن الفساد من اول الامر او يكون الاجارة معلقة على العمل بما شرط على الاجير فان عمل والا كان من الاول فاسداً فليس له الاجرة المثل .

وكيف كان فسواء كان الشرط فاسدا او صحيحا ولم يعمل به المشروط عليه كان للشارط هو خيار الفسخ وان شاء فسخ وبه يتجبر ضرره والحاصل يجب على المشروط عليه هو العمل بالشرط وانه ان لم يبلغ المتاع بنحو ما شرط عليه كان للشارط هو النقص من الاجرة والفرض صحته ودفعت ما يرد على الصحيح والفرض ان الصحيح الشرط الظاهر فى تعدد المطلوب لا القيد الذى عبارة عن

وحدته حتى يبطل الاجارة راجع ج ٢٠٣ ص ٢٢٩ و ج ٣٤ ص ٢٣٦ الى ٢٣٨
ومما زعم صحة التمسك به لذلك وان كان فى غير صورة النقص لوخالف
هو مارواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر
عليه السلام يقول : انى كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما انى
اكثرت من هذا دابة ليبلغنى عليها من كذا وكذا الى كذا وكذا فلم يبلغنى
الموضع فقال القاضى لصاحب الدابة : بلغته الى الموضع ؟ قال لا قد أعيت دابتي فلم
تبلغ فقال له القاضى : فليس لك كراء اذا لم تبلغه الى الموضع الذى اكثرى
دابتك اليه ، قال عليه السلام فدعوتهما الى فقلت للمذى اكثرى ليس لك يا عبدالله أن
تذهب بكراء دابة الرجل كله ، وقلت للآخر : يا عبدالله ليس لك أن تاخذ كراء
دابتك كله ولكن انظر قد رما بقى من الموضع وقد رما ركبته فاصطلمح عليه ففعلاه .
اقول اما قول القاضى فليس لك كراء ففاسد كما عرفت واما قول ابى جعفر
عليه السلام فراجع الى اجرة المثل بقدر ما ركبته فيؤل الى الصلح بينهما بعد بطلان المسمى
ببطلان الاجارة .

وكيف كان فالرواية اجنبية عما كنا بصده لان الكلام فى اشتراط النقصان
من الاجرة ان خالف ولم يوصله بمقصوده لا مطلقا والاخبار غير الصحيح الاول
دالة على المخالفة من غير دلالتها على النقص عن الكراء وحينئذ كانت الاجارة
باطلة فيكون له اجرة المثل ونظيره فى عدم دلالة على اشتراط النقصان لوخالف
ما رواه فى الفقيه صريحا فى غير الفرض ، وقال : سمعت أبا جعفر عليه السلام
يقول : انى كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : انى
اكثرت من هذا دابة ليبلغنى عليها موضع كذا وكذا فلم يبلغنى الموضع
فقال القاضى لصاحب الدابة : بلغته الى الموضع ؟ قال : لا ، قد أعيت دابتي فلم
يبلغ ، فقال القاضى ليس لك كراء ان لم تبلغه الى الموضع الذى اكثرى دابتك
اليه ، قال : فدعوتهما الى وقلت للمذى اكثرى : ليس لك يا عبدالله أن تذهب بكرى

دابة الرجل كله ، وقلت للاخر : ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كله ، ولكن انظر قدر ما بقى من الموضوع وقدر ما كبتته فاصطلحا عليه ، ففعلاء .

ونظيره من حيث زيادة العمل صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول : اكرمتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك قال : لا باس به كله ، وفي الجواهر بناء على كون المراد منه انه اشترط عليه في متن العقد ذلك ، لأنه اجارة معلقة فيكون حينئذ كاشترط النقصان في الخبر المزبور . الا انه كما ترى انتهى .

وكيف كان فاكثر الروايات غير مصرح بذكر انه لو لم يعمل نقص عن الاجرة وما اشتمل عليه كالصحيح الاول قد ورد عليه اشكالات كثيرة ايضا كما في الجواهر مثل التعليق والجهالة والايهام وكونه كالبيع بثمنين .

وكيف كان فعمدة الاشكال اثنان كونه كالبيع بثمنين وكونه الاجارة معلقة كما عرفت اما الاول فالظاهر غير وارد عليه لان اكثر ما ورد من ذلك في مثل هذه الشرائط واقعة في متن العقد منجزاً لا العقد المعلق بنحو اما هذا او هذا بل الغالب كون امثال ذلك من التكملمات الواقعة قبل العقد لان الاجارة واقعة بنحو التعليق مثلاً في البيع نقداً ونسيئة قال البايع قيمة هذا الشيء نقداً كذا ونسيئة كذا وايهما تريد فقال المشتري نقداً وقال البايع ملكتك كذا نقداً فلا يقع الانشاء مردداً بين الامرين .

واما التعليق فالظاهر انه مشكل جداً لعدم خلو الشرط او القيد عن التعليق فالشرط في متن العقد عبارة عن اجارة معلقة بلا فرق فان الشرط يوجب تعليقها كما في الجواهر وانه كالبيع بثمنين .

والحاصل يمكن ان يقال كل شرط وقع في ضمن العقد يجعل العقد معلقاً على هذا الشرط خصوصاً فيما كان الشرط خارجاً عن تحت اختيار الشارط فان شرط الكراء الى مكان معين بقيمة زائدة وعلى عدمه بقيمة ناقصة مع انه معلق

كان الشرط خارجا عن نحت اختياره لامكان عدم العمل بما شرط عليه والتعليق مضر قطعاً بالانشاء .

فاذا قال بعثك دارى شرط ان لا يكون محلاً للصنائع المحرمة كان العقد معلقاً على الشرط او آجرتك بشرط ان تبلغنى فى مكان كذا وفى وقت كذا كان معلقاً قطعاً فالشرط فى خارج العقد لا يعنى به وفى متن العقد موجب للتعليق فلا بد اولاً من اثبات اصل التعليق من جهة الشرط والقيود ثم التكلم فى خصوص المقام . اما الاول فنقول فلو قال بعثك عبداً كاتباً او فرساً سالماً او لحم شاة وهكذا فهل المبيع فى هذه الامثلة فى الواقع معلقاً بهذه القيود او لا وعلى الاول هل يفرق بينها بمثل ما اذا قال بعثك عبداً كاتباً او ان كان كاتباً بالصحة فى الاول دون الثانى حيث لم يكن فى الواقع المعلقاً فيفرق بالعبارة فلا يرتفع الاشكال الا بعمل المعلق وعدمه بحسب اللفظ والقول بان المضر ما اذا كان التعليق بمثل ان الشرطية دون ما يجعل الشرط والقيود فى موضوع الحكم بنحو الوصف كالعبد الكاتب وذلك لان قوله بعثك بشرط كذا ثم خالف اوجب الخيار .

بخلاف ما اذا قال بعثك ان كان كذا فانه لا يوجب فى الخارج مبيعاً اصلاً فانه معلق على كونه كذا .

فالمسألة مشكلة سارية فى جميع الموارد من غير اختصاص بالمقام فاذا قال آجرتك لحمل متاعى الى مكان كذا فى وقت كذا وان لم تفعل نقصت من الاجرة صح ولو خالف عما شرط عليه لم يوجب الانقضاء من الاجرة .

واما اذا قال آجرتك بعشرين درهماً ان تحمل متاعى فى مكان معلوم ويوم معلوم فالثانى معلق والاول منجز وبذلك يدفع اشكال القائلين بالتعليق فى المقام او كون الاجارة باجرتين حتى يوجب طرح الاخبار او حملها على الجمالة .

والكلام فى الشرط الواقعة من الناس لا الشرط الفلسفى ولا ما يطلق فى الاحكام الشرعية التكليفية او الوضعية كدلوك الشمس شرطاً لوجوب الصلاة ولا ما يطلق

فى متعلقات الاحكام كالطهارة والستر والاستقبال وغير ذلك فالشرط الذى جعله الله فى احكامه او متعلقات احكامه خارجة عن البحث فالمراد الشرط الذى جعله الناس فى معاملاتهم مثل العقود والايقاعات .

وعمدة الاشكال فيها هى التعليق ثم ان المحقق الخوانسارى بعد ارجاع التعليق الى الشرط وانه لادليل على بطلانه كما فى الجواهر قال ما لفظه :
ويمكن أن يقال : التكرار المذكور فى الرواية مع الاشتراط المذكور يتصور على نحوين أحدهما أن يكون الكرى على تقدير ادخال الرجل المعدن يوم كذا المقدر المعين وعلى تقدير التأخير مقداراً آخر ولا اشكال فى أنه نظير البيع بشمين أد أزيد والنحو الاخر أن يكون الكرى معيناً ليس غير واشترط براءة ذمته على تقدير التأخير وهذا ليس كالبيع بشمين أد أزيد وليس تعليقاً فى المعاملة ولا مانع من صحته فان بنينا على حفظ القواعد وعدم التخصيص فيها فلا بد من حمل الرواية على النحو الثانى أو الحمل على الجملة وان كان الحمل على الجملة بعيداً جداً ، وان قلنا بأنه لا مانع من تخصيص القواعد بالنص المعتبر فلا مانع من الصحة فى كلتا الصورتين انتهى .

وما افاد برجع الى ما ذكرنا فى الجملة فان المقصود هو الوجه الثانى ويكون على طبق القواعد وبالجملة تخصيص القواعد فى غاية الاشكال والبيع بشمين اشكاله التعليق والجهالة ومنافاته مع الانشاء والايجاد والظاهر من صحيح الحلبي هو الاجارة المعينة الكذائية باجرة معينة غايته شرط عليه ان لم يفعل على ما شرط نقص عن الاجرة وظاهره هو تعدد المطلوب لا وحدته فيكون بنحو الشرط لا القيد الذى هو وحدة المطلوب .

فان الظاهر من القيد والشرط كون الاول على وحدة المطلوب والثانى على تعدده والصحيح ظاهر فى انه بنحو ما شرط بتمام الاجارة مطلوبة وغيره ايضا مطلوب حيث نقص عن الكراء فليس الظاهر منه بحيث لم يطلب الا كونه بنحو

ما شرط عليه كيف فهو صريح فى التفصيل بين ارادة التمام والناقص فالصحيح جار على تعدد المطلوب فالامانع من العمل به ولا منافاة مع القواعد .

فليس الصحيح اختص بنحو ما شرط كى لا يوجب اجرة اصلا بل ظاهر فى انه اولم يقع مطلوب المكبرى لم يكن له تمام الاجرة بل بعضه فظهر الفرق بين الشروط والقيود ايضا قال الحكيم فى مستمسكه مالفظه والمتمحصل مما ذكرنا ان الضابط فى القيود هو انها مبنية على وحدة المطلوب من دون فرق بين الاعمال والاعيان الذمية والخارجية ومقتضاء البطلان مع انتفاء القصد الى ان قال :

واما الشروط المجمولة بانشاء مستقل فالظاهر انها عند العلاء كالخارجيات العينية يجرى عليها حكم تعدد المطلوب فيتمجزأ بالاذن الوارد على الشرط والمشروط فيها وان لم يكن الاذن منحللة حقيقة الى اذنين احدهما متعلقة بالمشروط والاخرى متعلقة بالمشروط بما هو مشروط الخ .

ثم انه لبعض المعاصرين دام ظله كلاما فى المقام حسب تقريرات بعض مقرريه فقال فقد ذكر الفقهاء فى تفسيره اى الشرط انه التزام فى ضمن التزام الى ان قال : الظاهر انه يرجع الى احد معينين على سبيل منع الخلواحدهما تعليق الالتزام بالعقد على تقدير خاص خارج غالبا عن اختيار المتعاملين فهو ينشئ العقد مطلقا ومن غير اى تعليق فيه نفسه الا انه يجعل التزامه بهذا العقد وانهائه له منوطا ومعلقا على تحقق امر او وصف معين .

كما لو باع العبد بشرط ان يكون كاتباً فاننا لو فشنا كيفية ارتباط البيع بكتابة العبد التى هى امر اتفاقى خارجى قد يكون وقد لا يكون نرى ان البايع لا تعلق اصل البيع على الكتابة ولا يجعل الانشاء البيعى منوطا بها كيف والتعليق فى العقود باطل بالاجماع كما انه ليس بمراد خارجا قطعاً وانما يعلق التزامه بهذا البيع المفروض وقوعه وتحققه على كل تقدير على وجود تلك الصفة بحيث لولاها لم يكن ملتزماً بهذا البيع وله الحق فى ان يرفع اليد عنه .

وهذا كما ترى مرجه الى جعل الخيار على تقدير عدم الكتابة ومن المعلوم ان التعليق فى الالتزام ليس فيه اى محذور او شائبة اشكال الى آخر كلامه الذى يزيد اجمالا على اجمال .

فقوله الا انه يجعل التزامه بهذا العقد الخلية شعري اى فرق بين تعليق نفس العقد وبين تعليق الالتزام بالعقد فان تعليق الالتزام بالعقد ليس التعليق نفس العقد فلا معنى لتعليق الالتزام بالعقد الا من حيث الالتزام بتعليق نفس العقد فكيف يصح القول بان التعليق ليس فى العقد بل فى الالتزام به فاذا علق العبد بالكتابة فى البيع معناه التزامه بدفع العبد الكاتب فلامعنى لكون العقد مطلقا من غير تعليق وكون التعليق فى الالتزام بدفع العبد الكاتب .

والحاصل تعليق الالتزام بالعقد عبارة اخرى عن تعليق نفس العقد ولامعنى لقول البايع انا علق التزام بدفع العبد الكاتب لانفس العبد وان نفس العبد مطلق من غير تعليق بشئ فاذا كان البايع ينشئ العقد مطلقا ليس عليه الادفع المطلق وهو العبد دون الكتابة والفرض خلافه .

تأمل فيما ذكرنا حتى تقدر على دفع التنافى عن قوله فهو ينشئ العقد مطلقا ومن غير اى تعليق فيه نفسه الا انه يجعل التزامه بهذا العقد منوطا ومعلقا على تحقق امر او وصف معين والسائل سؤاله ان المبيع ليس لهما مطلقا بل لحم الشاة وكيف يصح فى جوابه لم يعلق العقد بل لحم الشاة بل باللحم المطلق والالتزام بالدفع معلق بلحم الشاة لان كل عاقل يعلم انه اذا كان المبيع غير معلق بشئ لم يصح له المطالبة بما زاد عنه وانه لا يصح الالتزام بقيد وشرط مع العقد فالالتزام بالشرط عين الالتزام بالمشروط .

اللهم الا ان يكون مراده زيد عزه من الاطلاق عدم التعليق فى اللفظ لا الاطلاق بمعنى عدم القيد الخارج عن محل البحث ضرورة ان محل الكلام هو البيع والاجارة المقيدة بالوصف او القيد فقوله فهو ينشئ العقد مطلقا اى غير معلق

فى العبارة على شىء لان المراد من الاطلاق غير مقيد بوصف مثل الكتابة ويؤيده قوله بعده ومن غير اى تعليق فيه .

ويمكن ان يراد كون التعليق اذ الالتزام راجعا الى الشرط دون المشروط كما افاد فى الجواهر وان التعليق فى الشرط ولا بأس به وح لا يحتاج الى هذا التطويل الذى لا طائل تحته فيدور الكلام فى ان التعليق فى الشرط هل يضر بالمشروط اولا . وكيف كان فقد اجاب عن التعليق فى الجواهر عنه بقوله بل اقصاه التعليق فى الشرط وهو النقص من الاجرة ولادليل على بطلانه فيه اذا لم يرجع الى التعليق فى نفس العقد .

بل قد يظهر من كلامهم فى تعليق اشتراط الخيار على رد الثمن أن الصحة فيه على مقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم » كما أن مقتضاه أيضاً عدم قرح مثل هذه الجهالة فى الشرائط التى يغتفر فيها من ذلك ما لا يغتفر فى غيرها ، وليست راجعة الى أحد العوضين انتهى .

ومنه يمكن ان يقال ان جميع الخيارات معلقة على شرط فكما ان اشتراط الخيار معلق على رد الثمن فكذلك سائر الشروط ولا اختصاص له برد الثمن مثل ان يقول لو لم يكن كاتباً لى الخيار فالبيع قد وقع مطلقاً اى منجزاً وجعل فسخه بعدم حصول الكتابة فيما باع بشرطها فاشتراط خيار الفسخ معلق بعدم تحقق الكتابة وفى المقام اشتراط نقص الثمن عن المسمى مشروط بعدم العمل على ما شرط عليه فاكرأه على ان يبلغه الى مكان كذا فى وقت كذا فالاجارة ليست مطلقة وبدون القيد بل وقعت بهذه القيود من دون تعليق على نقص الكراء لو لم يف بما شرط بل وقعت منجزاً بان يقول آجرتك لحمل متاعى الى فلان فى يوم فلان واشترط عليه بانه ان خالف نقص من كراه وهذا نص الخبر الصحيح وكيف كان فالمسألة كالخبر كلاهما مشكلان فان قوله بالتالى هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه صريح فى انها مع الاحاطة بجميع الكراء باطل فان غير الجائز

باطل فاذا بطل اسقط اجرة المسمى دون اجرة المثل وهي قد تكون زيادة على المسمى فيلزم عند المخالفة زيادة الاجرة على الموافقة وان كان المراد ان صورة الاحاطة بجميع الكراء معناه السقوط رأساً كان على خلاف القاعدة المسلمة الآتية من ان الاجارة الفاسدة موجبة لاجرة المثل فيدور الامر بين المحذورين عدم الاجرة كلاً موافقا لظاهر الرواية وهو على خلاف القاعدة واجرة المثل الموجب للزيادة على الموافقة احياناً .

ولقد اعجب في المقام عبارة الشهيد في اللمعة حيث قال بما يوضحه ان الاجارة من حيث الشرط صحيحة فلا منافاة بين هذا الشرط اى شرط بلوغ المتاع الى محل الفلان وبين صحة العقد لان الاجارة مقتضية للمنع عن ضده اى عدم الاتيان بضده وهذا الشرط قد اثبت هذا المعنى والاتيان بمقتضى الاجارة وان مقتضاها العمل بما يوجر والفرض ان الشرط يدل على العمل بما يوجر ومنعه عن الترك فالاجارة صحيحة وهذا الشرط مؤكد له فلا يوجب البطلان كى ينتهى الى اجرة المثل ولا المسمى والبطلان من جهة الاخير من حيث عدم العمل بما هو وظيفته فلا يوجب الاجرة كلاً فالاجارة بحالها من دون ان يكون موجبة للاجرة اصلاً لا المثل ولا المسمى .

وهو عجيب وما ابعدهما بينه وبين ما عن ابن ادريس من فساد الشرط دون المشروط فيلزم تمام الاجرة وما عن الآخرين من فساد الشرط والمشروط بل ما ذكره مخالفة واضحة مع قول الامام عليه السلام حيث امر ببعض الكراء بل موافق لقول القاضي .

بل لعل ذلك عد عند العرف غربياً فكيف يكون الشرط على مقتضى العقد ومو كذاً لمضمون المشروط مع ان الموجر قال فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته أفهنا الشرط كان موافق لمقتضى الاجارة ومو كذاً لها وقد اشار اليه في الجواهر بعد قول المصنف اجرة المثل ما لفظه :

لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

لكن في اللعنة فيه نظر لان قضية كل اجارة المنع من نقيضها ، فيكون قد شرط قضية العقد ، فلم تبطل اجارة غاية ما في الباب أنه اذا أدخل بالمشروط وهو نقله في اليوم المعين يكون البطلان منسوباً الى الأجير ، حيث فوت الزمان المعين ولم يفعل فيه ما شرط عليه ، فلا يستحق شيئاً ، لأنه لم يفعل ما استوجر عليه ، ولا يكون البطلان حاصلًا من جهة العقد .

فلا وجه للحكم ببطلان الاجارة على هذا التقدير ، واثبات أجرة المثل ، بل اللازم عدم ثبوت شيء وان نقل المتاع الى المكان المعين في غير الزمان ، لأنه فعل مالم يؤمر به ، ولا استوجر عليه ، فالشرط المزبور حينئذ مؤكدمقتضى العقد ، لامناف له .

وفي الروضة وهذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب ، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿﴾ اذا قال : آجرتك كل شهر بكذا . صح في شهر ، وله في الزايد أجرة المثل ان سكن ﴿﴾ .

وفي الجواهر كما في المقنعة والنهاية مصرحاً في أدلها بما اذا لم يعين ابتداء المدة ولا آخرها ، فضلاً عما يعين فيه ذلك ، ولعله مقتضى اطلاق المتن وغيره اللهم الا أن ينزل على ارادة الاطلاق المنزل على الاتصال بزمان العقدانتهى فيصح في الجميع .

والمسألة غير خال عن الاشكال بعد ظاهر كل شهر هو الاتصال كما سيأتي قال في الخلاف اذا قال آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة و به قال ابوحنيفة و هو قول بعض اصحاب الشافعي و في اصحابه من قال هذه اجارة باطلة .

[دليلنا] انه لا دليل على بطلان ذلك والاصل جوازه انتهى .

ولا يخفى ان اريد القائل بالبطلان عدم الاتصال فإظهار من الاطلاق هو الاتصال نعم فالذى يمكن ان يقال هو الجهالة من حيث مقدار المدة لبداهة ان كل شهر بكذا يشمل شهوراً قليلة او كثيرة ولا بد من الاجارة من تعيين المدة كما لزم تعيين الاجرة فلا يكون اشكال من غير ذلك ضرورة ان معنى كل شهر بكذا ان جميع الشهور مقدار الاجرة بكذا فمال الاجارة معينة باللفظ واتصالها بسبب الاطلاق فلو كان فى البين قرينة على مقدار مدة الشهور فلا اشكال وباقى الكلام فيما سياتى ﴿و﴾ لعله لعدم تعيين مقدار الزمان ﴿قيل﴾ والقائل جماعة بل لعله المشهور بين المتأخرين ﴿تبطل﴾ مطلقاً حتى لو صرح بالاتصال فضلاً عن الاطلاق ﴿لتجهل الاجرة﴾ وفى الجواهر بتجهل المنفعة المستحقة فيبطل العقد بالنسبة الى جميع مورده من غير فرق بين الشهر وغيره انتهى .

والحاصل انه ان اريد بتجهل المنفعة تجهل اصل المنفعة فيه انها معلومة لكل شهر وان اريد مقدار امتدادها بحسب الزمان فلزومها اول الكلام مع تصريح مثل الشيخ على الصحة ولان اللازم من الفرر المنهى هو المنع عما لا يعلم بوجه لاما اذا علم منفعة الشيء ولم يعلم مقدار زمانه بل العقلاء يمكن ان لا يعنى بالثانى بعد معلومية الاول فارتفاع الفرر بجميع جهاته يحتاج الى الدليل كما اشار اليه فى عبارة الخلاف .

و كيف كان فلا ظن لزوم العلم بمقدار الشهور بعد العلم باجرة كل شهر فالاقوى هو الصحة مطلقاً من غير اختصاص الصحة بالشهر الاول .

قال فى الحدائق ما نصه اختلف الأصحاب فيما لو قال : آجرتك كل شهر بكذا فقيل : بالبطلان مطلقاً لجهالة العوضين المقتضية للفرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين ، فان العوض هنا المجموع ، وهو مجهول وانما عليه اجرة المثل فيما سكن لعدم صحة الاجارة والى هذا القول ذهب ابن ادريس والمختلف والمسالك وغيرهم ،

وقيل : ان الاجارة تصح في شهر وتبطل في الباقي وله اجرة المثلان سكن وهو المنقول عن الشيخين في المقنعة والنهاية وبه صرح في اللعة والشرايع وغيرهم والوجه فيه أن الشهر معلوم وكذا أجرته فلأمانع من الصحة فيه .

نعم يبطل الزايد لعدم انحصاره في وجه معين ، وان الاجرة تابعة له ثم قال ورجح المحقق الأردبيلي الصحة مطلقاً في المسئلة ، حيث قال بعد ذكر القولين المذكورين ، وهيهنا احتمال ثالث ، وهو الصحة في كل ما جلس ، واشترط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم ، ولا ضرر ولا غرر ، اذ كلما جلس شهر أعطى ذلك ، ونصفه في نصفه ، وعلى هذا انتهى وهو جيد ، ووجهه معلوم مما قدمناه في سابق هذه المسئلة من الاخبار المذكورة ، والعلل المأثورة .

اقول وقد عرفت صحة هذا القول من ثم قال ويظهر من كلام ابن الجنيد هنا القول بذلك ، حيث قال على ما نقله في المختلف : وقال ابن الجنيد ولا بأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا و كل يوم بكذا ، ولا يذكر نهاية الاجل ، ولو ذكرها عشرين سنة أدأقل أو أكثر جاز ذلك ، انتهى ، وهو ظاهر كما ترى في القول بالصحة ، ولم أقف على من نقله عنه في كتب الاستدلال كالمسالك وغيره ولا اشار اليه ، وانما المشهور في كتبهم نقل القولين المذكورين .

ثم قال والى القول بالصحة هنا يميل صاحب الكفاية وقد عرفت قوته انتهى اقول القوة في محله خصوصاً في قول ابن الجنيد من القدماء وعدم ذكرهم في كتبهم ليس دليلاً على عدم صحته .

﴿و﴾ بذلك يظهر ما في قول المصنف ﴿الاول أشبه﴾ .

وفي الجواهر ايضاً قال بأصول المذهب وقواعده التي منها داوفا بالعقود والاطلاقات الاجارة وصدق المعلوماتية عرفاً بالنسبة الى الشهر ، وفحوى صحيح أبي حمزة وغير ذلك ولكن مع ذلك فالثاني هو الاقوى ولومع فرض اتصال الشهر للجهاالة المزبورة التي ينقطع بها الاطلاق المزبور ونحوه انتهى قوله فالثاني هو

الاقوى والمراد بالثانى هو البطلان مطلقا حتى فى الشهر الاول وهو فى غاية البعد كما عرفت قال فى المسالك فى قول المصنف .

والاول اشبه وجه الاشبهية ان الشهر معلوم وكذا اجرته فلا مانع من الصحة فيه نعم يبطل الزايد لعدم انحصاره فى وجه معين والاجرة تابعة له والاقوى البطلان مطلقا للجهالة المقتضية للغرر اذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين فان العوض هنا المجموع وهو مجهول انتهى ولا يخفى ما فى دليلهم على البطلان بل قد عرفت الصحة فى الجميع ولولم يعلم مقدار المدة بعد معلومية منفعة ما علم فالاجرة من حيث زمانها مجهولة لا من حيث نفسها وبطلان هذا المقدار من الجهالة غير معلوم اذا المهم هو العلم بمقدار الاجرة لكل شهر لا العلم بمقدار عدة الشهور فلعل نظر القائلين بالبطلان الى عدم تعيين اصل الاجرة قال فى الخلاف اذا استاجر مرضعة مدة من الزمان بنفقتها وكسوتها ولا يعين المقدار لم يصح العقد وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة يصح . [دليلنا] انه اذا عين مقدار الاجرة صحة الاجارة بالاخلاف وليس على قول من قال بصحته من غير تعيين الاجرة دليل انتهى قوله اذا عين مقدار الاجرة ظاهره اجرة نفس الارضاع لا مقدار زمانه فاذا عين للارضاع شيئا صححت الاجارة ولولم يكن نظرة الى شهور الارضاع .

ومن ذلك الذى ذكرنا ظهر صحة ما فى الغنية من دعوى صحة العقد فى غير الشهر ايضا نحو ما عن الشيخ كما صح و دعوى كون المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم ، وكل شهر تسكنه كذلك فلا جهالة فيه حينئذ بالنسبة الى الشهر ﴿تفريمان﴾ ولا يخفى ان المناسب لذكرهما بعد مسألة حمل المتاع الى مكان وزمان معين ﴿الأول﴾ : لو قال : ان خطته فارسياً ﴿أى بدرزواحد﴾ فلك درهم ، وان خطته رومياً ﴿أى بدرزين﴾ فلك درهمان صح .

وفى الجواهر جمالة لاطلاق أدلتها المقتضى لاغتفار مثل هذه الجهالة

والابهام فيها خلافا للمفاضل فى المختلف فأبطلها لتطرق الجهالة فى الجعل ، فيجب
أجرة المثل وفيه منع ، كما تعرفه فى محله انشاء الله .

نعم الظاهر البطلان اجارة كما اختاره جماعة منهم ابن ادريس على ما حكى
عنه ، للابهام المنافى للملكية فى المعاوضات ، وخبر الحلبي قد عرفت أنه لا يدل
على مثل ذلك ، لكن فى اللعنة ومحكى المبسوط وغيرها الصحة فى ذلك وفى الفرع
الثانى انتهى .

و لا يخفى ان فروع الجعالة لا يناسب ذكرها فى الاجارة فلا جرم هو
من مسألة الاجارة والاشكال فى انه لو وقع الانشاء بهذا النحول كان تعليقا وغير قابل
للانشاء فيبطل لكن قد عرفت ان هذا التريد من الموجر فى مقام التكلم قبل
الاجارة حتى يختار الاجير ابهما شاء فاذا قال خط فارسيا اوجب الموجر الايجاب
بنحو آجر تك خياطة هذا الثوب فارسيا فلا اشكال لافى الجهالة ولا فى كونه نظير
البيع بالثمنين وغير ذلك فكل ما يقع من امثال ذلك من التكلم كان فى وقوع
المعاملة وبذلك يرفع الاشكال عن * الثانى لوقال : ان عملت هذا العمل فى
اليوم فلك درهمان ، وفى غد درهم * وان قال المصنف هنا * فيه تردد * ولكن
* أظهره * عنده وعندهم * الجواز * لصدق المعلومية وتوهم البطلان لتوهم
التعليق والجهالة والابهام .

وفى المسالك قال بعد قوله لوقال ان خطته فارسيا الى قوله أظهره الجواز
وجه الصحة فيهما ان كلا من الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخلو منهما
واصل الجواز ويشكل بمنع معلوميته الخ .

وقد عرفت المعلومية وما به يرتفع التعليق والابهام .

* وكيف كان * يستحق الاجير الأجرة بنفس العمل سواء كان فى ملكه *
كالثوب يخيطه فى بيته * ام ملك المستأجر ، ومنهم من فرق * بين الحالين
وفى الجواهر وهو الشيخ فى المبسوط قال فيما حكى عنه فى أثناء كلامه فى مسألة

التلف : وان كان العمل فى ملك الصانع لا يستحق الاجرة حتى يسلم ، وان كان فى ملك المستأجر استحق الاجرة بنفس العمل ، ولعله لأنه فى الثانى يسلم بخلاف الأزل قيل وفيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصير فى يد المستأجر وستعرف ما فيه انتهى وقد عرفت المسألة قبلاً وتكرارها من جهة آخر كما عن المبسوط وهو الفرق من حيث كونه فى ملك المستأجر او الاجير وهو فرق غير فارق ﴿ ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر ﴾ وفى الجواهر بل لعله ظاهر غيره أيضاً ممن أطلق استحقاق الأجير أجرته باكمال العمل ، ضرورة صدقه فى الفرض ، لاطلاق الأمر بالوفاء وقاعدة التسلط واطلاق «لا يجف عرقه» انتهى .

وذلك لان الاجير تملك الاجرة بنفس تمام العمل وتسليم احدها امر آخر لارتبطه بالملكية الاجرة والامتناع كامتناع شخص لدفع مال الغير اليه وهو خارج يوجب عدم تسليم الاجير حتى يأخذ أجرته فيكون العين بمنزلة الرهن حتى اخذ الاجرة لانه لا يملكها فهو نظيرها اخذ من مال الظالم تقاصاً حتى وصل ماله اليه و كل ذلك فى صورة عدم الاطمئنان من احدهما الى الآخر والأول كلام .

ويمكن الاستدلال فى الجملة لذلك بخبر الغنوى عن أبى عبدالله عليه السلام إشارة اليه فى الجملة «قال سألته عن رجل استأجر أجيراً ولم يأمن أحدهما صاحبه ، ودفع الأجر على يدي رجل وهلك ذلك الرجل و لم يدع وفاءً و استهلك ذلك الاجر ؟ فقال عليه السلام : المستأجر ضامن لأجر الأجير حتى يقضى الا أن يكون الأجير دعاه الى ذلك ، فرضى به ، فان فعل فحقه حيث وضعه ورضى به» هذا .

والظاهر ان الخبر اجنبى عن الدلالة عليه فان عدم اطمئنان احدهما بالآخر ودفع الآخر ودفع الاجرة على يدغيرهما لارتبط بتوقف تسليم احدهما على الآخر فتأمل فى ذلك وكيف كان فمسألة حبس الاجرة خارجة عن كونها ملكاله فان الاجير اخذها باى نحو كان ولو بالرجوع الى الحاكم او الحبس وغيرها .
وفى الجواهر قال بقى الكلام فى استحقاق بعض الاجرة ببعض العمل لم

يحضرنى الآن كلام محرر فى ذلك نعم قد سلف منافى البيع عدم وجوب التقابض على النسبة ، لأنه خلاف مقتضى العقد ، ولعله غير مانع فيه من وقوع العمل من العامل على وجه لا يربط له بما بقى ، كصلاة بعض الفرائض و نحوها مما يستحق العامل به التقييط ، لو اتفق عدم حصول التمام انتهى .

ولا يخفى ان وقوع الاجرة على عمل ظاهر فى الاستحقاق بتمام العمل دون بعضها الا اذا اخذته تقييطة على الكل فى كل يوم مقدارا حتى يتم هذا كله اذا لم يكن الاجرة مؤجلا والا فلا يستحق المطالبة الا بعد مجيء وقته وانتهاء أجله لو كان باختيار احدهما ورضائهما فلا بأس بالتعجيل .

✽ و كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه ✽ .

وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه فى شىء من ذلك بل قد يظاهر من ارسالهم ذلك ارسال المسلمات أنه من القطعيات مضافاً الى مثل ذلك بالنسبة الى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الشاملة للمقام ، والى قاعدة «احترام مال المسلم وعمله» وقاعدة «من اتلف» انتهى .

قد عرفت انه قد يؤدى الى كون البطلان موجبا لزيادة الاجرة ولا بأس به والمسألة خالية عن الاشكال مع قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فاذا بطلت يرجع الى اجرة المثل ولو زادت عن المسمى .

و الحاصل مقتضى القاعدة اذا فسدت معاملة رجع كل عوض الى صاحبه ففى مثل فساد البيع رجع المبيع الى المالك والتمن الى المشتري و حيث كان احد العوضين فى الاجارة هو المنفعة المستوفاة وهى غير قابل للرجوع الى الموجه المالك فلا جرم فيها لزم اجرة المثل بدلا عن المنافع الفائتة المستوفاة .

و فى المسالك قال بعد قوله و كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة اه انما كان الثابت مع الفساد اجرة المثل لان مقتضاه رجوع كل عوض الى مالكة ومع

استيفاء المنفعة يمتنع ردها فيرجع الى بدائها وهو اجرة مثلها واستثنى الشهيد (ره) من ذلك ما لو كان الفساد باشرط عدم الاجرة في العقد او متضمنا له كما لو لم يذكر اجرة فانه حينئذ يقوى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك وهو حسن انتهى .

وفي الرياض بعد قول المصنف [ويثبت اجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة] قال مع استيفاء المنفعة او بعضها مطلقا زادت عن المسمى ام نقصت عنه لاقتضاء البطلان رجوع كل عوض الى مالكة ومع استيفاء المنفعة يمتنع ردها فيرجع الى بدائها وهو اجرة المثل قيل الا ان يكون البطلان باشرط عدم الاجرة او عدم ذكرها في العقد بالمرّة لدخول الموجد على ذلك واستحسنه في المسالك وهو كذلك في القسم الاول للاصل ورجوعه الى العارية وان عبر عنها بلفظ الاجارة الظاهرة في عدم التبرع ولزوم الاجرة فان التصريح بعدمها بعده اقوى من الظهور المستفاد منها قبله .

فالظاهر يدفع بالنص سيما مع اعتضاده بالاصل فيرجع الى العارية بناء على عدم اشترط لفظ فيها وانه يكتفى فيهما بما دل على التبرع بالمنفعة وقد تحقق في فرض المسئلة ويشكل في الثاني لاندفاع الاصل بظهور لفظ الاجارة في لزوم الاجرة وعدم التبرع ولا معارض له يصرفه عن ذلك الظهور من نص او غيره فان عدم ذكر الاجرة لا يبدل على التبرع بالمنفعة باحدى الدلالات الثلث لاحتمال استناده الى نحو النسيان والغفلة فالأخذ بالظاهر متعين الى تحقق الصارف عنه الى العارية كما تحقق في الشق الاول و اصالة البرائة عن الاجرة بعد ظهور لفظ الاجارة في لزومها وعدم التبرع غير كافية واشترط الصراحة بلزوم الاجرة لا يلائم ما ذكره من لزومها بمجرد انتصاب الأجير للعمل بالاجر كالسمسار والدلال بل الحكم بلزومها ثمة يوجب الحكم به هنا بطريق اولى كما لا يخفى فاذا الحكم بلزوم اجرة المثل هنا اولى انتهى .

وظاهره ثبوت الحكم فى الاول وهو اشتراط عدم الاجرة دون الثانى و هو قوله او متضمنا له وهو السكوت عن الاجرة وهو غير التصريح بالعدم لامكان جهات للسكوت كالنسيان او معلومية الاجرة او تعارف فيها او حياء عن التعيين بل عدم الاجرة لاجل السكوت عن التعيين لعد عند العرف منكرأ و يذمون القائل بذلك جدا فالقوى تعلق اجرة المثل خصوصا ان السكوت عن الاجرة غالبا عن جانب الخياط مثلا حيث يحصل له الحياء غالبا عن التعيين فخط مع بنائه على اى مقدار كان او على اخذه منه ما يتعارف فيه عند العرف كما عرفت من الرياض وحيث لم يعين الاجرة كانت اجارة فاسدة و كان على المستأجر اجرة المثل و صرح به فى الحدائق ايضا ما نصه .

و اما بالنسبة الى الصورة الثانية وهى ترك ذكر الاجرة ، فانه يمكن أن يقال : ان ترك ذكره لا يدل على الرضا بعدمها ، بل هو أعم اذ قد يكون لنسيان أو جهل أو اعتقاد أنه معلوم مقرر أو أنه ينصرف الى العادة و العرف ، و يؤيده أن الأصل عدم التبرع ، ولهذا حكموا مع عدم صحة العقد باجرة المثل ، بناء على ذلك حتى يعلم المخرج عنه بدليل وبالجملة فان الترك أعم والعام لادلالة على الخاص انتهى .

وقد تلخص ان صورة الاستثناء ما اذا شرط عدم الاجرة والباقى داخل فى عموم اجرة المثل ❀ ويكره أن يستعمل الاجير قبل أن يقاطع على الاجرة ❀ بلا خلاف أجده كما فى الجواهر و وجه ظاهر لوقوع عدمه الى النزاع غالبا بخلاف التقاطع .

ويدل عليه فى خبر مسعدة بن صدقة عن أبى عبدالله عليه السلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل أجيراً حتى يعلمه ما أجره » .

وصحيح سليمان بن جعفر الجعفرى « أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلامه و غضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل فى عمل وما عينوا له أجرته فقال له

سليمان: جعلت فدك لم تدخل على نفسك فقال: انى قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته الاظن أنك قد نقصته أجرته واذا قاطعته ثم اعطيتها أجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى أنك قد زدته المحمولين على الكراهة كما فى الجواهر والكلام فى جواز الضرب لاجل ارتكاب امر مكروه عن مثله ولكن من المعلوم ان المراد من الضرب ليس الضرب الذى يضر بالمضروب بل هو صورة ضرب يكون بمنزلة تأديب مختصة حتى يتركو ما نهاهم عليه السلام.

وفى الجواهر وربما استفيد من الصحيح المزبور جواز ضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه، وفيه أنه يمكن أن يكون للمخالفة للنهى الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مرة ولا ينافى كراهيته حرمة للنهى المزبور من حيث وجوب طاعة العبد للسيد فى ترك المباح، بل المستحب فضلا عن المكروه، والامر سهل **﴿و﴾** كذا يكره **﴿﴾** أن يضمن **﴿﴾** الأجير **﴿﴾** الامع التهمة **﴿﴾** أى يغرّم عوض ما يتلف فى يده مما يضمنه ولو بغير تفریط الامع التهمة له فى اخباره عن ذلك وعن الروضة **﴿﴾** أى يغرّمه عوض ما تلف بيده بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البينة على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه ان قضينا بالنكول الامع التهمة له بتقصيره على وجه يوجب الضمان، راجع ج ٤٩ وكيف كان فالنصوص التى يظن استفادة الحكم المزبور كثيرة منها خبر خالد بن الحجاج «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص فقال: ان كان مأموناً فلا تضمنه».

وخبر حفص بن عثمان «قال: حمل أبى متاعاً الى الشام مع جمّال فذكر أن حملاته ضاع فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام قال: أنتهمه؟ قلت: لا، قال: لا تضمنه».

وخبر أبى بصير «عن أبي عبد الله عليه السلام فى الجمّال يكسر الذى يحمل أو يهريقه

فقال : أن كان مأمونا فليس عليه شيء وأن كان غير مأمون فهو ضامن .
 وخبر الحلبي قال أبو عبدالله عليه السلام : كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار
 والصانع احتياطاً للناس وكان أبي عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأمونا ، ونحوه خبر
 ابي بصير .

وفى خبره الآخر عن ابي عبدالله عليه السلام « لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك
 الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وفى رجل
 استأجر حمالاً فكسر الذى يحمل أو يهرقه فقال على نحو من العامل ان كان
 مأمونا فليس عليه شيء وأن كان غير مأمون فهو ضامن .

وصحيح الصفار وكتبت الى الفقيه عليه السلام فى رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصره
 فيدفعه الى قصار غير ليقصره فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده اذا دفعه
 الى غيره وان كان القصار مأموناً ؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له الا ان يكون ثقة مأموناً
 وخبر حذيفة بن منصور سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالاجر
 فيضيع المتاع فيطيب نفسه ان يغرمه لاهله ، أياخذونه ؟ قال : فقال : أمين هو ؟
 قلت : نعم قال : فلا يأخذون منه شيئاً .

وخبره الآخر قال له أيضاً : أن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن
 جمال حمل لهم متاعاً بأجر وأنه ضاع منه حمل قيمته ستمائة درهم وهو طيب
 النفس لغرمه لانها صناعته قال : يتهمونه ؟ قلت : لا قال : لا يغرّمونه ، بناء على
 الاجماع على عدم التفصيل فيها ، فوجب حمله فى البعض على ارادة عدم تحليفه
 للضمان ، وفى الآخر على ضمان ما يتلف فى يده بفعله أو على نحو ذلك مما قد عرفته
 وفى الجواهر بعد نقلها قال نعم لا يخفى عليك عدم وفائها بجميع ما تقدم
 اللهم الا ان يفهم ذلك من فحواؤها ويمكن دعوى كون المراد من مجموعها كراهة
 تغريم الاجير مع أمانته وعدم تهمته فى كل مقام يثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغيره
 كما هو واضح ، بل لعل حمل كلام الاصحاب على ذلك اولى خصوصاً بعد التسامح

في ادلة السنن والله العالم انتهى .

الشرط ﴿الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة﴾ للموَجِر أَدْلَمَن هو فضول عنه كما استعرف أو نائب عنه لو كالة أو ولاية بلا خلاف أجده فيه ، كما في الجواهر ﴿أما﴾ أن تكون ﴿تبعاً لمالك العين أو منفردة﴾ كالعين الموصى بمنفعته والعين الموقوفة وبيانها في كتاب الوقف ﴿و للمستأجر أن يؤجر﴾ ما اجاره بغيره لانه مالكا للمنفعة دون العين مضافاً الى عموم الوفاء بالعقود ، والمتواترة الواردة في الارض والدابة والسفينة وغيرها المتقدمة في مسألة الاجارة بالأكثر انتهى راجع ج ٣٠ .

فلا اشكال في جواز الاجارة له ﴿الأن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه﴾ لنفسه ، فانه لا يجوز حينئذ عملاً بقاعدة «المؤمنون» عند شرطهم فيجب عليه العمل بالشرط والاستيفاء بنفسه دون غيره .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو شرط﴾ عليه ﴿ذلك فسلم العين المستأجرة الى غيره ضمنها﴾ ضرورة كونه متعدياً ، وللصحيح المتقدم والاجماع المحكى عن الغنية وذلك لوضوح ان يد نفسه امانة بالنسبة الى العين لا غيره ﴿ولو آجر غير المالك تبرعاً ، قيل : بطلت وقيل : وقفت على اجازة المالك ، وهو حسن﴾ بل هو الأصح بناءً على صحة الفضولي وتعميمه لغير البيع وحينئذ ان اجاز المالك صح والافي بطل كما يبطل لو اختص الصحة في البيع .

الشرط ﴿الرابع : أن تكون المنفعة معلومة﴾ وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ، للفرق وغيره ، بل قيل : ان العامة الذين اكتفوا بالمشاهدة في البيع وافقوا هنا على وجوب العلم بقدر المنفعة فلا يجوز حينئذ على المجهولة انتهى .

فالمعلومية ﴿أما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم﴾ طولاً وعرضاً وغلظة ورقة فارسية اورومية من غير تعرض للزمان واما بتقدير المدة كسكنى

الدار ﴿شهر﴾ أو العمل على الدابة ﴿مثلاً﴾ مدة معينة ﴿والخياطة المعلومة يوماً من غير تعرض لمقدار العمل ، فإن كلا منهما ترتفع بها الجهالة .﴾
 ﴿ولو قد رآه المدة والعمل﴾ فيما يصلح كل منهما باطله ﴿مثل ان يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم قيل تبطل﴾ الاجارة ﴿لان استيفاء العمل فى المدة قد لا يتفق﴾ فلا يكون معلوم القدرة عليه لامكان حصول الموت او الاعذار الاخر وفيه ان لازمه انسداد باب اكثر المعاملات لان بناء العقلاء على حصول القدرة والبقاء فى مثل ذلك ولذا قال :

﴿وفيه تردد﴾ ينشأ من ذلك ، ومن ما ذكره فى الجواهر بقوله ومن ان المسلم خروجه من عموم الادلة معلوم العجز ، ولعله الاقوى انتهى وهو كذلك ولو بنى على هذا الاحتمال ليسرى فى العبادات لوضوح ان المصلى فى حال تكبيرة الاحرام قد يحتمل عدم بقائه الى آخر الصلاة ولازمه عدم وجوب الصلاة تأمل وهو كما ترى مع اصالة البقاء حتى يحصل العلم بخلافه .

﴿والأجير الخاص﴾ وقد عسر فى العبارات عنه بالمنفرد ﴿وهو الذى يستأجره مدة معينة﴾ كهذا اليوم او ايام بان يكون جميع اوقاته للمستأجر وحينئذ لا يجوز له العمل فى هذه الاوقات ﴿لغير المستأجر﴾ فى المدة المعينة ﴿الا باذنه﴾ بل ولاغيره من الاعمال كشرب التتن فى اثناء عمله وكالاستراحة فاذا استأجر لعمل فى وقت معين مثل يوم او اكثر بحيث كان اللازم عليه هو العمل بتمام اليوم فلا يجوز وقوع عمل منه لغيره الا باذن الموجر لوقوع مقدار من عمله وقع لغيره وهو غير جائز جداً فالبناء الذى اجير لبناء دار الغير لو عمل فى اثناء اليوم لغيره وقع ضرر على المالك لو جوب صرف تمام وقته لعمل الموجر جداً نعم يجوز له العمل فى غير مدة الاجارة كالليل و ايام البناء على التعطيل ونحو ذلك لولم يصرف قواه فى ذلك بحيث طرء عليه الضعف فى عمل وجب عليه ﴿ولو كان﴾ الأجير ﴿مشتراً﴾ بين عمل للمستأجر ولغيره كما اذا كان صانعا يعمل لاشخاص فى ساعات غير معينة

فيصرف وقته تارة لبعض واخرى لبعض في العمل في بعض اوقات النهار كالصبح
او العصر فله هو العمل للغير ايضا قبل وقت عمله المعين تبرعا ومجانا او مع الاجرة
ايضا .

وحينئذ ﴿جاز﴾ عمله لغيره من غير اذن للمستأجر لعدم ضرر عليه وقد
اشار اليه المصنف بقوله ﴿وهو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المدة﴾ اى عمل
ليس له وقت معين بل يصدر عن مجرد ارادة العامل وفي خبر عمر بن خالد عن زيد
عن آباءه عليهم السلام الاقتصار في تفسير المشترك بعد السؤال عنه «بأنه الذى يعمل لى ذلك»
وفي المسالك بعد قوله لعمل مجرد عن المدة قال الاجير المشترك هو الذى
يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة او عن المدة مع تعيين المباشرة
او مجرد عنهما فالاول كان يستأجره على تحصيل الخياطة يوما مثلا والثانى كان
يستأجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض الى وقت والثالث كان يستأجره على
تحصيل خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان وسمى مشتركا لعدم انحصار منفعته
فى شخص معين اذله ان يعمل لنفسه و غيره و صدق الاشتراك عليه حقيقة بسبب
استحقاقه العمل لغير المستأجر لان منفعته مشتركة بالفعل بين المستأجر وشخص
آخر غير الاجير ولو سماه مطلقاً كما صنع الشهيد ره كان اولى لانه فى مقابلة المقيد
وهو الخاص انتهى و التعبير بالمطلق فى مقابل المشترك فى محله و كيف كان
فالمقصود واضح والجامع مع الكل هو عدم ضرر فى فعله على الغير ﴿و تملك
المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافا الى
أن ذلك مقتضى العقد ، والمراد من انشائه ، بل هو مقتضى ما دل على افادة العقد
الملك ، وتسميته له من «أدقوا» وغيره ، لأصالة عدم اعتبار أمر آخر عليه ، كما أنه
مقتضى ما دل على حصوله بالاستيجار المتحقق بالعقد ، نحو الشراء والبيع بل لم يقل
أحد بالفصل بينهما انتهى .

فان قلت المنفعة حين العقد معدومة فكيف تملكها مع ان الملكية متوقفة على وجوده وانما يصح بمقدار يوجد تدريجاً فيملكها تدريجاً جزءاً فجزءاً كما عن بعض العامة .

قلت الجمود على ذلك مستلزم لفساد باب الاجارة وهو كما ترى لبداهة ان المستأجر وان كان لا يملك منافع العين المستأجرة قطعاً فاذا لم يملك منافعها فعلا لزم عدم تأثير العقد فعلا فى شىء اصلاً الا انه يكون مالكية العين لاجل مالكية المنافع ولولم يكن فعلاً موجوداً ولكن حيث كان موجوديتها تدريجاً مقطوع الصدور فلا بأس بمالكية المنافع المعلوم صدورها .

قوله و تملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به قد تقدم ان الاجرة تملك بالعقد والغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به ايضا ووجه ما تقدم من ان صحة المعاوضة تقتضى انتقال كل من العوضين الى الاخر والعوض من جانب الاجير او الموجد هو المنفعة فيلزم انتقالها الى المستأجر بنفس العقد وان كان انما يستوفىها على التدريج فان معنى ملكه لها كونها حقاً من حقوق فيصح له استيفائها ونقلها الى غيره وغير ذلك من لوازم الحقوق العالية وان لم يكن عيناً ولا معنى للملك الا ذلك فان كونها مملوكة للموجد قبل الاجارة معناه ان له ان يتصرف فيها كتصرفه فى العين فلما آجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه الموجد وخالف فى ذلك بعض العامة فزعم ان المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة حينئذ بل يملكها على التدريج شيئاً فشيئاً بعد وجودها و حدودها على ملك الموجد وملك الاجرة تابع لملك المنفعة فلا يملكها الموجد الا تدريجاً كذلك وليس بشىء انتهى .

﴿ وهل يشترط ﴾ هنا ﴿ اتصال مدة الاجارة بالعقد ﴾ بحيث لو كانت منفصلة لم يصح ﴿ قيل ﴾ : والقائل الشيخ ﴿ نعم ولو اطلق ﴾ بان يقول آجرتك دارى شهراً ولم يقل من هذا الوقت ﴿ بطلت ﴾ .

اقول ان اريد باتصال مدة الاجارة بالعقد وقوع الاجارة بعد تمام الايجاب كقول الموجه آجرتك دارى بكذا فلا كلام فى هذا الشرط وصحته وكون الظاهر من الشرع والعرف هو ذلك لبداهة ان كل عقد يلزم تحققه فى الخارج بمجرد انتهاء قول الموجه آجرتك من دون حالة المنتظرة و هذا المعنى ليس بمطلق اصلا وان اريد من الاطلاق معناه الحقيقى وهو كونه بحيث يقبل للتقييد وعدمه كقول الشيخ آجرتك دارى شهراً فى السنة ولم يقل من هذا الوقت بحيث يعم شهراً غير معين فى السنة فالحق مع الشيخ فى البطلان لعدم اتصال زمان الاجارة بالعقد .
و الحاصل ان كان مرادهم من الانفصال و الاتصال انه حين العقد ينفصل المدة عن العقد بمعنى عدم كون الاجارة متحققة بعد العقد بحيث كان العقد فعلا والاجارة فى شهر بعدها لامن حين العقد فبطلانه لا يحتاج الى البيان اذ معنى الانشاء هو تحقق المنشأ فى الخارج وهذا المعنى لا يلائم مع الانفصال بان يكون الانشاء فعلا والمنشأ بعد مدة فلا يصح كون العقد فى الحال والاثر متحقق بعد شهرين مثلا بان يقال فى شهر رمضان آجرتك الدار من اول محرم وبطلانه واضح سواء كان شهره معلوما كالمثال او غير معلوم ايضا كما فى مثال الشيخ بقوله شهرا .
﴿و﴾ حينئذ ﴿واطلاق﴾ ولم يقيد بقوله آجرتك من هذا الوقت كما فى مثال الشيخ ﴿بطلت﴾ الاجارة بلا كلام ولا تغريك ما افيد فى مقام الجواب عنه من الاعلام بما لا يسمن ولا يفنى من جوع فتلخص ان اتصال مدة الاجارة بالعقد شرط والاطلاق مناف له والاطلاق المقضى للاتصال هو قول الموجه آجرتك الدار فانه مطلق من حيث عدم تقييده من الان ومن غيره لكن اطلاقه ظاهر فى حين العقد .

﴿و﴾ ح ان اراد المصنف بقوله ﴿قيل الاطلاق يقتضى الاتصال﴾ هذا الاطلاق الذى ذكر ﴿و﴾ قد عرفت انه اظهر بل اقوى فضلا عن انه ﴿هو اشبه﴾ وان اراد بالاطلاق اطلاق الذى فى عبارات الشيخ من مثل قوله آجرتك دارى شهراً فلا اشكال فى عدم

ظهور الاتصال بالعقد فلامناس من البطلان كما صرح به الشيخ وهذه عبارته المحكية عن مبسوطه : او آجره الدار في شهر مستقبل بعدها دخل حين العقد ، فانه لايجوز ، وقال في المحكى من خلافه : اذا قال : آجرتك الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لايجوز .

وكذا او آجره الدار في شهر مستقبل بعدما دخل ، فانه لايجوز ، لان عقد الاجارة حكم شرعى ، ولا يثبت الا بدلالة شرعية ، وليس على ثبوت ذلك دليل انتهى وانت اذا انصفت تجد ان الاطلاق الذى حكم الشيخ ببطلانه غير متصل مدة الاجارة بالعقد بخلاف الاطلاق من مثل قول الموجب آجرتك هذا الدار بكذا فانه ظاهر في اتصال المدة بالعقد وانه بمجرد تمام الصيغة كانت الاجارة متحققة بل في الحقيقة ليس هو بمطلق اصلا لان كل متكلم عند كلامه اراد وقوع الفعل بعده لا بعد مدة الا اذا اتصل به قرينة تدل على الانفصال .

فظهر من ذلك صحة قول الشيخ وان الاطلاق بمثل الاطلاق الذى واقع في عباراته موجب للبطلان والاطلاق الذى يقتضى الاتصال هو اطلاق قوله آجرتك دارى والفرق بينهما غير خفى ومن ذلك ظهر عدم تمامية قول المصنف وقيل الاطلاق يقتضى الاتصال فانه ان اريد به اطلاق مثل آجرتك شهرا مع عدم مجيء الشهر حتى يصبح مثله فغير تام وان اريد به مثل قوله آجرتك دارى او ممتلك الى شهر بكذا فغير صحيح لانه خارج عن البحث وهو اشبه * ليس الكلام فى اتصاله وانفصاله كى ينتج به صحة مثل قوله ايضا * فلو عين شهراً * معيناً * متأخراً عن العقد قيل * والقائل الشيخ كما سمعت وابو الصلاح * تبطل * لما عرفت ولعدم القدرة على التسليم * والوجه الجواز * فحكم بالجواز مع كونه منفصلاً عن العقد وفساده غير خفى وان افاد فى الجواهر صحة ما فى المتن واجاب عما ورد على الفساد فقال وفاقاً للمشهور ، بل فى محكى التذكرة الاجماع عليه ، بل عن السرائر بعد حكاية ما سمعنا من المسبوط ما نصه لم يذكر يعنى فى المسبوط أن ذلك قولنا

أقول غيرنا ، ولا يظن ظان أن ذلك قول لأصحابنا الى آخره لعموم الأدلة .
ولأن شرط الاتصال يقتضى عدمه ، لأن كل واحد من الأزمنة التى تشتمل
عليها مدة الاجارة معقود عليه ، وليس غير الجزء الأول متصلاً بالعقد ، ومتى كان
اتصال باقى الأجزاء غير شرط ، فكذا اتصال الجميع ، والقدرة على تسليم المعقود
عليه متحققة كما هو واضح انتهى .

وهذا من الماتن والشارحين المسالك والجواهر موجب للمعجب وفيه ادلا
مانقل قده عن السرائر مما يضحك به الثكلى من ان قول الشيخ ليس من الاصحاب
مع صراحة قوله فى مبسوطه وخلافه فلو اعتمد على صحة هذا القول من السرائر
ليسرى احتمال ذلك فى جميع كتابيه وسلب عنهما الاعتماد و كل ما قال فيه يحتمل
عدم كونه قول الاصحاب وهذا الكلام من ابن ادريس لا يختص بهذه الصورة بل
هو دأبه فى كثير من الموارد ويقال هذا ليس قول اصحابنا .

وانت اذا ترجع الى نفسك وانصفت تجد خلاف ما افاد ابن ادريس وليت
شعرى كيف لا يكون مثل تلك العبارات قولاً لقول اصحابنا فهل ينقل مثل الشيخ
فى مثل تلك العبارات و فى مثل المقام قول العامة مثلاً فالقول بانه ليس قول
اصحابنا كذب محض بل استحالة حمل تلك العبارة على قول غير اصحابنا مع عدم
اشارة وقريئة اليه فكان ابن ادريس نسي قول الاصحاب القائلين بمذهب الشيخ
مثل ابي الصلاح بل الامر بالعكس وان مقتضى القواعد هو اتصال مدة الاجارة
بالعقد بل قوله ولا يظن ظان ان ذلك قول لاصحابنا افتراء لاصحابنا وكيف لم
يتوجه مع جلالة قدره بهذه العبارة وثانياً قوله لعموم الأدلة ومن جملتها ادقوا
بالعقود فاذا كان من شرط الصحة اتصال مدة الاجارة بالعقد وقد حكم المصنف آ نقابانه
اشبه فكيف يعتمد بالوفاء ومع انه فرع الصحة فهل يصح التمسك بالعموم فى
الشبهات الموضوعية فان المتيقن من صحة العقد هو اتصال مدة الاجارة بالعقد لانه
معلول لا يجوز انفكاكه عن العلة التامة فكيف يصح تحقق العلة وعقد الاجارة مع

عدم تحقق المعلوم فعلا فالاتصال لازم العلية والمعلولية واذا تحقق العلة لا يكون امر المعلول بارادة المجرى وموجد العلة فبمجرد قوله آجرتك الدار قد تحقق ملكية منافع الدارله .

ولا يصح قوله آجرتك الدار في شهر بعد هذا الشهر فان معناه لم اجرك فعلا فالعقد يجعل العين المستاجرة ملصقة بالعقد بحيث لا ينفك عن وقوع العقد ولا تقتر ببعض العبارات الواقعة من الاعلام حتى توجب تزلزلك في هذا المقام .

فقول الشيخ وليس على ثبوت مثل قوله آجرتك الدار في شهر مستقبل دليل كيف اجيب عنه بعموم الادلة وهو بيمينه مثل قول المولى اكرم العلماء فادخل المكلف في العموم من كان مشكوك العالمية لان مثل قوله آجرتك شهراً ولم يقل من الآن لم يكن اجارة متعارفة حقيقة عند العرف فكيف يصح التمسك بصحة بعموم ادفوا بالعقود ومثله لو قال في شهر الرجب آجرتك دارى من شهر رمضان مع ان الايجاب في الاجارة وفي جميع العقود ايجاده في الخارج ففي شهر الرجب هل يتحقق الاجارة في شهر رمضان مع ان الايجاب علة تامة لوقوع اثره اولا . وعلى الثانى فلا كلام وعلى الاول فلازمه انفكاك المعلول عن العلة التامة وايضا لازمه عدم جواز بيع داره قبل مجيء رمضان لو قال بعثك دارى كذلك وهو كما ترى بل قولهم ان المالك تملك الاجرة والاجير تملك المنفعة بمجرد العقد في مثل ذلك بعد تمام الايجاب هل يصح ذلك اولا والاول كما ترى والثانى التزام بالاشكال بل يجتمع في ذلك جميع الاشكالات مثل الجهالة والتعليق وعدم القدرة على التسليم والغرر وغير ذلك .

وثالثا قوله ولان شرط الاتصال يقتضى عدمه وهو العمدة فانه لاثبات عدم اشتراط اتصال المدة بالعقد فقال لان كل واحد من الازمنة التى تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه وليس غير الجزء الاول متصلا بالعقد ومتى كان اتصال باقى الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع انتهى .

وحاصل هذا البرهان ان كل واحد من هذه الازمنة التى مشتملة على مدة الاجارة معقود عليها عقد الاجارة وانه ليس منها شىء متصلا بالعقد سوى الجزء الاول وحيث كان عدم اتصال سوى الاول لاجل عدم الاشتراط فلا جرم كان الجزء الاول ايضا غير مشروط بالاتصال .

وحاصله ان جميع هذه المدة قد وقع عليها عقد الاجارة وليس منها متصلا بالعقد سوى الاول وعدم اتصالها لاجل عدم شرط للاتصال فيلزم عدم شرط للاتصال حتى الاول فاتصال الاجارة بالعقد ليس بشرط اصلا وفيه ادلا ان الذى فى رجب مثلا اذا قال آجرتك دارى شهر رمضان بكذالم يكن الشهور الواقعة فى البين مورد لعقد الاجارة الأشهر رمضان فقوله كل واحد من الازمنة معقود عليه غلط واضح بل مورد الاجارة شهر رمضان المنفصل عن عقد الاجارة بالبداهة فليس غيره شهر معقود عليه الاجارة حتى ينتج من عدم اتصالها عدم الاتصال مطلقا حتى الاول واما الاول فليس متصلا بالعقد ايضا سوى الاتصال بلفظ العقد الذى هو آلة لحصول معناه ففى رجب قد وقع اجارة فى رمضان فلا يقع فى الاول الاللفظ فمن اين يستظهر عدم شرط الاتصال مع انه على هذا القائل هو الالتزام بجميع الاشكالات الا ان يكون لهم واصل اتصل الرجب بالرمضان بالقاء ما بينهما بنحو الطفرة تأمل تعرف والحاصل عبارة الخلاف انه اذا قال آجرتك الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لا يجوز وايضا قوله لو آجره الدار فى شهر مستقبل الخ ونحن نعلم بأن كل من له ادنى حظ بالفاظ العربية يفهم بان الظاهر من تلك العبارة ان كل واحد من الازمنة ليست مشتملة على مدة الاجارة الأشهر الآتى فقط فان العبارة صريحة فى ان مورد الاجارة شهر فقط لاجميع الشهور الواقعة بعد عقد الاجارة فلا يكون جزءاً متصلا بالعقد اصلا اما غير جزء الاول فمعلوم واما الجزء الاول فالزمان المتصل بالعقد هو اللفظ الذى آلة لتحقق المدلول والنظر اليه نظر الالى والنظر الاستقلالى الى المعنى وعبارة اخرى اللفظ يثبت معنى يتحقق بعد

شهر لا متصلا بالعقد فاذا قال المتكلم آجرتك شهراً متأخراً فلم يتصل من الشهر بالعقد اصلاً لان الفرض عدم تحققه بعد فالزمان في الشهر الاول متصل بمجرد اللفظ فلا جميع الازمنة مشتملة على مدة الاجارة و لا الجزء الاول بل اذا لاحظ تلك العبارة من الشيخ من له ادعى مسكة في فهم الالفاظ قال بان المقصود هو اجارة الدار في شهر لم يات فعلاً بل يأتى في المستقبل دانه هو الذى يبطل ورابعاً قوله والقدرة على تسليم المعقود عليه متحققه ففيه ان الانسان اذا اجار داره في شهر آت بعد مدة في السنة مثلاً كيف يكون قادراً على تسليمه الدار اللازم في الاجارة .

ولو سلم ان التسليم اللازم ليس من اول الاجارة بل من اول مدتها لكنه اذا فرض للمؤجر امكان خراب الدار عند مواعدها او غضبها من لم يقدر على اخراجها من يده او موت نفس الموجر او المستأجر او موت وارثهما او حبس كل واحد من الموجر او المستأجر او مسافرة كل منهما او واحد منهما الى بلاد بعيدة بحيث لا يمكن من التسليم فكيف يصح التسليم في موقعه فهل له علم ببقاء الدار الى زمان التسليم الى المستأجر ونفس هذا المانع كاف لبطلان الاجارة في الزمن المتأخرة عن العقد . ولذا نمسك ابو الصلاح للبطلان بنفس عدم القدرة على التسليم في موقع التسليم والقول بان التسليم لازم في موقعه انما يصح لو علم بقاءه الى هذا الزمان مع شرائط التسليم والعلم بها ملازم لدعوى العلم بالغيب ومن المعجائب انهم في مثل اجارة خياطة القبا او حمل التى على حمار و نحوهما قد بلغوا الى نهاية العلم بدقائق العين المستأجرة من غلظة الثوب او رفته او طولها وعرضه او كون الحمل ثقيلًا او حقيقًا او كون الطريق سهلاً او صعوبه ونحو ذلك .

و في المقام في صحة اجارة المتعقبة عن وقت الصيغة التزموا الصحة من غير تعرض لامثال هذه الاشكالات الموجبة ادونها للبطلان فضل عن عمدتها وعمدة الاشكالات اشكال تخلف المعلول عن العلة فان الايجاب والقبول علة تامة احصول

المعلول ولا يعقل تحقق العلة في الحال و كون المعلول في الاستقبال وغاية ما يجب
 عنه كون تحقق المعلول بنحو تحقق العلة واذا جعلت العلة المعلول فيما بعد تحقق
 فيما بعد وهو كلام لا يصفى اليه اذ معناه كون تحقق العلة دائرة مدار ارادة المتكلم.
 فلم يكن حينئذ علة تامة فانها ان تحقق لا ينفك عنها المعلول و الا فلم
 يتحقق اصلا ولا معنى لتحقق التعليق فلا يصح كون الانشاء في الحال والمعلول
 في الاستقبال و الحاصل قوله آجرتك شهرا اما لقلقة اللسان او اريد به معنى و
 الاول كما ترى و الثاني اما ان يريد به معنى الاجارة فعلا او لا و الاول خلاف
 الفرض لانه بعد شهر والثاني لازمه وقوعها بعد العلة و بالجملة آجرتك اما ان
 يقع الاجارة في الخارج فعلا او لا والاول هو الحق والثاني لازمه تأخير المعلول
 عن العلة .

فان قلت اليس الاستطاعة موجبا لوجوب الحج و العلة تامة لا ينفك عن
 المعلول مع ان العلة وهى الاستطاعة حاصل فعلا والوجوب في الموسم .
 قلت الاستطاعة علة للوجوب وهو لا ينفك عن العلة فبمجرد حصولها قد وجب
 الحج من غير انفسك الا ان وقت وجوب الفعل عند مجيئ ذى الحجة كقول المولى
 لعبده اكرم زيدا عند طلوع الشمس او صم عند الطلوع فالوجوب فعلى و وقت
 العمل استقبالي بخلاف المقام فانه لا اجارة فعلا ولا يترتب عليها آثارها فالاجاب
 والقبول علة تامة لوجوب تملك الموجر المنفعة والمستأجر العين كما مر من المصنف
 قبل الشروع في المقام والاشكال الاخر اشكال التعليق وهو اظهره في المقام فمعنى
 قوله آجرتك دارى شهرا معينة في السنة معناه آجرتك دارى ان جاء شهر كذائى
 فهو بمنزلة قوله بعثك دارى ان جاء زيد او ان جاء شهر كذائى .

ومن العجيب ايضا استدلالهم بما ورد في المتعة من الاخبار الكثيرة مع انها
 على خلاف المطلوب ادل حيث قد عرفت من ان الاطلاق على قسمين احدهما
 ما لا يكون قابلا للتقييد لظهور الكلام في الاتصال بالمعقد وهو قرينة متصلة في المقام

كقوله آجرتك داري بكذا فانه ظاهر في الاجارة في الحال الحاضر لا بعد مدة من مضي الصيغة .

و كذا في المتمتع فقول الرجل للمرأة زوجتك على كتاب الله بكذا في المدة المعلومة وتقول المرأة قبلت وهذا ليس المراد الا الزوجية في الحال الحاضر و كلام الاصحاب ان المطلق ظاهر في الاتصال هو هذا المطلق مع انه ليس هو مراد الشيخ من البطالان واخبار المتمتع من هذا القبيل فهي اجنبية عمارا وما ومن زعم ان الاطلاق فيها يقتضى الاتصال صاحب الحدائق فزعم صحة الاجارة من قوله آجرتك دارا شهرا في السنة هو الصحة في شهر .

ثم نقل روايات الدالة عليه فقال وأنت خير بأني لم أقف على نص في هذا المقام ، لافى أصل المسئلة ، ولا فى شىء من فروعها ، الا أن الظاهر من جملة من الروايات الواردة فى نكاح المتمتع ، هو أن الاطلاق يقتضى الاتصال .

ففى رواية أبان بن تغلب عن أبى عبدالله عليه السلام كيف أقول اذا خلوت بها ، قال تقول: أنزوك متمتعاً على كتاب الله تعالى وسنة نبيه (صلى الله عليه وآله وسلم) لا وارثة ، ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، وتسمى من الأجر ما ترا ضيماً عليه ، قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت نعم فهى امرأتك ، وأنت أولى الناس بها ، الحديث .

وفى رواية هشام بن سالم قال : قلت : كيف نتزوج المتمتع قال : تقول : يا أمة الله أنزوك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها فى شرطها .

وفى معناها رواية أخرى له أيضاً ونحوها روايات اخر أيضاً والتقريب فيها أنها على تعددها قد اشتركت فى اطلاق العقد ، وعدم ذكر الاتصال مع حكمهم عليهم السلام بصحة العقد ، وترتب الأحكام عليه ، فلولا أن الاطلاق يقتضى الاتصال لما حكموا عليهم السلام بالصحة فى ذلك ، سيما رواية أبان وقوله فيها فإذا قالت : نعم فهى

امرأتك فانها صريحة في أنه بعد تمام العقد تترتب المنفعة ، وحل النكاح .
ومن المعلوم أن دائرة النكاح أضيق من الاجارة ، لمانكأثر في الأخبار من
الحث على الاحتياط في الفروج لما يترتب عليه من النسل الى يوم القيمة ، وهم
قداعتر فوإبان دائرة الاجارة أوسع من البيع ، فكيف النكاح ، والمنفعة في التحقيق
من قبيل المستأجرة كما يشير اليه جملة من أحكامها ، وبه يظهر قوة ما قدمنا
نقله عن الفاضلين .

ويمكن حمل كلام ابن البراج وابن ادريس عليه بأنهما انما جوزا العقد
مع الاطلاق لذلك ، وان لم يصرحا كما صرح المحقق ، وما ادعوه من الجهالة
على تقدير الاطلاق ليس في محله ، وكذا ما قيل : من أنه عام والعام لا يدل على
الخاص ، فان الجميع لا يعويل عليه ، بعد ما عرفت من دلالة النصوص على ما ذكرنا
اقول قد عرفت ان مثل هذا الاطلاق ظاهر في الاتصال فهو غير تام ايضاً فان
الاتصال المدة بالعقد ظاهر اللفظ لا ظاهر الاطلاق وليس مثله محل كلام الشيخ
لا بدلان كل عاقل يعلم ان قوله عليها فهي امرأتك هو في الحال لا في الاستقبال فهذا
الاطلاق ظاهر في الاتصال لا مطلق الاطلاق مثل ما هو في كلام الشيخ فانه لا يصح
منه استفادة الاتصال فلو وقع مثله كان استفادة الاتصال منه باطلاً ومنه يعلم
فساد تمسكه به متصلاً بكلامه المذكور برواية بكار بن كردم لاجل صحة اخذ
الاتصال من الاطلاق فقال :

ومما يؤيد القول المشهور من الصحة لوعين شهر متأخراً عن العقد ما ورد
مثله في المتعة ايضاً في رواية بكار بن كردم فقال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل
يلقى المرأة فيقول لها : زوجيني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر بعينه ، ثم يمضي
فيلقاها بعد سنين ، قال ، فقال له شهره ان كان سماه ، وان لم يكن سماه فلا سبيل
له عليها ، وهي صريحة في المراد ، انتهى .

اقول هذه الرواية مخالفة مع القواعد الواردة في النكاح مطلقاً وفي خصوص

المقام من جهات لا يمكن الالتزام به .

الاولى من جهة كون الايجاب والقبول لم يقع اصلا وانما الموجود زوجيني فكان طلب التزويج من الزوج من دون الايجاب من المرأة والقبول من جانب الزوج الثانية من جهة الاهمال بذكر المدة والمهر مع ان الاهمال بهما موجب للبطلان بلا كلام حيث انهما ركنا للصحة فيوجب البطلان مع الاخلال سواء لم يذكر اصلا او ذكر مبهما غير معينين كما هنا حيث قال شهرا من غير تعيين الثالثة فتلقاها بعد سنين وظاهره الصحة ان عين الزوج الشهر ولو بعد السنين واطلاق السنين يعم مثل العشرين وازيد ومثل هذه المتعة مما يقطع بعدم المشروعية . الرابعة ليس في الرواية قبول المرأة لذلك ومجرد الايجاب من الرجل لو سلم طلبه فهما بمنزلة الايجاب من دون القبول من المرأة لا يتحقق الزوجية وكيف كان فالظاهر عدم طريق للصحة في الرواية مع انه يرد عليه وعلى غيره ان كلام الشيخ ليس في مثل ذلك الاطلاق فان الاتصال ولو بقرائن الحالية هو ظهور اللفظ لا من اطلاقه وكلام الشيخ فيما كان اللفظ مطلقا قابلا للتقييد ولم يقيد بكونه من الآن .

ومن جميع ذلك ظهر ما يرد على الاعلام كالماتن والشارحين والمحقق الرشتي والاصفهاني وغيرهم وكيف يمكن الاستدلال عليه بالدلة . وكيف كان فقد عرفت ان المستأجر تملك المنفعة بنفس العقد وقد عرفت ايضا انها معدومة وكانت تدريجية الحصول فاذا كانت الاجارة منفصلة عن العقد كان معدوم على معدوم فاللازم هو الاتصال وعدم فصل بين العقد وبين الاجارة . ﴿و﴾ حينئذ ﴿اذا سلم العين المستأجرة﴾ للمستأجر وقبضها ﴿ومضت﴾ مدة الاجارة لو كانت مقدرة بها أو ﴿مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة﴾ وفي الجواهر لو كانت مقدرة بالعمل سواء أستوفى أم لا ، لعذر أم لا ، كما عن التذكرة التصريح به فانه اذا كان كذلك ﴿لزمته الاجرة﴾ .

وفي الجواهر بالاخلاف معتمد به حتى لو كانت الاجارة فاسدة وان كان اللازم فيها اجرة المثل فماعتن التذكرة والتحرير - من احتمال عدم شيء له فيها - في غير محله ، بل لافرق في ذلك كله بين العين الشخصية والكلية ، والتقدير بالمدة والعمل لعموم الأمر بالوفاء . واستصحاب الملك ، وعدم المانع من قبل المواجه ، وكون العين مضمونة المنافع في يده انتهى .

ولقد اجاد فيما افاد بل لعل ما حكامه عن التذكرة والتحرير عجيب فكيف يحتمل شيء على خلاف القواعد الشرعية فان الفرض تسليم العين المستأجرة بعد امكان استفادة المنافع منه وقد نرى كها بسوء اختياره او موانع آخر فمن آجر بيتا الى سنة لزم عليه بعد السنة تمام الاجرة سواء استفادها ام لا يترك المنافع تقصيرا او قصورا واحتمال العدم كما ترى .

قال في الخلاف ما هذا لفظه اذا اكرى دابة (بهيمة خ) ليركبها الى النهر وان مثلا (اويقطع بها مسافة معلومة - خ) فسلمها المكري اليه وامسكها مدة يمكنه المسير اليها (فيها خ) فلم يفعل استقرت عليه الاجرة وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لانستقر عليه الاجرة (حتى يسترها في بقاع تلك المسافة خ) .

[دليلنا] انه عقد على بهيمة وممكنه منها فاذا لم يستوف المنفعة فقد ضيع حقه والاجرة لازمة له لانها وجبت بالعقد كما لو سيرها في بقاع السفر ولم يركبها فانه يلزمه الاجرة بالاخلاف انتهى .

و يدل عليه روايات كخبر اسماعيل ابن مسلم المرؤى عن الفقيه سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال : أجزئها بكذا أن زرعتها ، أولم أزرعها أعطيتك ذلك ، فلم يزرعها الرجل قال : له أن يأخذ ، ان شاء ترك وان شاء لم يترك .

وخبر ابن يقطين سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكرى السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : الكرى لازم الى الوقت الذي اكرأه اليه والخيار في أخذ

الكرى الى ربها ، ان شاء اخذ وان شاء ترك .

وفى الجواهر قال ونحوه خبر على^١ ابنه وخبر سهل وخبر ابي بصير بل الظاهر أن المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكرى الى الوقت دفع وهم احتمال نقص الكرى بقدر التعطيل ، لو تعطلت فى بعض المدة ، واجماع الفنية على ما اذا استأجر دابة ليركبها الى مكان بعينه ، فسلمها اليه فأمسكها مدة يمكنه المسير فيها ولم يفعل وغير ذلك وحينئذ فقول المصنف .

﴿وفيه تفصيل﴾ فى غير محله انتهى ووجهه ان المتن مطابق مع الروايات الصريحة فى لزوم الاجرة بعد تسليم العين ومضى المدة بنحو الاطلاق سواء استفاد من المنفعة ام لا فلامعنى حينئذ للتفصيل لان التفاصيل كلها من افراد حكم واحد من غير موجب للفرق من حيث الحكم .

ويدل على زيادته تمامية العبارة فان قوله لزمته الاجرة جواب لقوله اذا سلم الخ فلا حالة منتظرة بعده حتى يحتاج الى قوله ففيه تفصيل وانما يحتاج اليه لولا قرأه لزمته الاجرة بحيث كان ذلك جواب اذا سلم العين واما مطلبها فواضح ايضا وكيف كان فاظن كونه زيادة فى النسخة ولذا قال فى الجواهر وان حكى عن نسخة قرئت على المصنف أنه وجد مكتوبا عليها ان المراد ان سلم العين وكانت مقيدة بمدد معينة لزممت الاجرة انتفع أم لا وأن كانت على عمل كالدابة تحمل المتاع لزممت فى المدة أجرة المثل، والاجارة على العمل باقية ، وهو أحد الوجوه المحتملة فيه فى المسالك ، فانه احتمال أن يكون المراد منه الفرق بين المعينة فتستقر دون المطلقة ، أو بين المعينة بوقت ، دون المتعلقة بالذمة مجردة عن الزمان ، فتستقر فى الاولى دون الثانية ، لأن جميع الازمنة صالحة لها ، انتهى .

وفى المسالك قال واما التفصيل الذى اشار اليه المصنف فيمكن ان يشير به الى ما ذكره الشيخ ره فى المبسوط من ان الاجرة انما تستقر فى المعينة لا المطلقة كما يفهم الاول من كلامه صريحا والثانى فحوى انتهى ويدل على زيادة التفصيل

عبارته في مختصر النافع واذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الاجرة ولو لم ينتفع انتهى ويمكن ان يكون المراد بالتفصيل افادة افراد كلى المسألة بقرينة قوله :

﴿وكذا لو استأجر داراً وسلمها ومضت المدة ولم يسكن﴾ فانه فرد مما ذكره اولاً من غير فرق فلامعنى لحمل التفصيل عليه ، فيتعين حينئذ حمله على ما ذكرنا وذلك لعدم الفرق بينه وبين قوله اذا سلم العين المستأجرة النخ ولذا في الجواهر بعد الثاني قال ظاهر في كون المراد من الاول غير المعينة فلامعنى لحمل التفصيل عليه فيتعين حينئذ حمله على الاول انتهى ثم لو فرض فرق يسير بينهما لكن ليس بحيث يصح التفصيل بينهما في الحكم .

﴿أو استأجر الحر﴾ اي كذا لو استأجر الموجد الحر ﴿لقلع ضرسه﴾ في مدة معينة ﴿فمضت المدة التي يمكن ايقاع ذلك فيها فلم يقلعه المستأجر ، استقرت الاجرة﴾ عليه فانه ايضاً داخل في كلى عمل استأجر اجيراً في وقت معين وكان الاجير باذناً نفسه لذلك ولم يفعله المستأجر استقرت الاجرة على المستأجر اذا الفرض كان الاجير مهيناً للقلع ولكن لم يأت المستأجر ، فعليه الاجرة له مع ان تركه بسوء اختياره لان الفرض لا مانع من جانب الاجير في القلع .

وفي المسالك قال المراد ان الاجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستأجر من غير عذر فان الاجرة تستقر بالتمكين المذكور ونبه بذلك على ان الاجير في هذا ونظائره بمنزلة العين المبحوث عن تسليمها سابقاً وفيه رد على التفصيل بالمعنى الثاني انتهى ﴿أما لو زال الالم عقيب العقد سقطت الاجرة﴾ فلامحل للقطع حينئذ لتعذر متعلقها شرعاً ﴿ولو استأجر شيئاً﴾ معيناً ﴿فتلف قبل قبضه بطلت الاجارة﴾ .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي التذكرة لفحوى ما دل عليه في البيع انتهى فان البيع والاجارة من واد واحد فكما لو تلف

المبيع قبل قبضه فهو من مال البايع فكذلك لو تلف العين فى الاجارة قبل القبض الى المستأجر قال فى الخلاف اذا استأجر داراً او عبداً سنة فتلف المعقود عليه بعد القبض قبل استيفاء المنفعة فانه تنفسخ الاجارة و به قال ابو حنيفة ومالك والشافعى وقال ابو ثور لانفسخ الاجارة والتلف من ضمان المكترى قال لان هذه المنفعة صارت فى حكم المقبوض كالعين .

[دليلنا] ان المعقود عليه المنفعة فاذا تعذرت وجب ان ينفسخ الاجارة انتهى ﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ لو تلفت عقيب قبضه ﴾ بالفاصلة ، بعد ما عرفت وذلك لان ملكية العين لاجل منافعتها لبداها عدم ملكية لنفس العين فى الاجارة والفرس انه بعد القبض بالافصل لم يحصل نفع فانه تدريجى فيكون بمنزلة تلف قبل القبض ﴿ أما لو انقضى بعض المدة ثم تلف أو تجدد فسوخ الاجارة ﴾ بسبب من أسبابه ﴿ صح فيما مضى ، وبطل فى الباقي ﴾ كتلف بعض المبيع ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ يرجع من الاجرة بما قابل المتخلف من المدة ﴾ .

وفى الجواهر مثلاً ان ثلثاً فثلث ، وان نصفاً فنصف مع تساوى الاجزاء ، والا كما لو كان اجرة الشتاء غير الصيف قوم اجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف وتنسب الى المجموع ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة وكذا الكلام فى المنفعة المقدرة بالعمل .

هذا كله اذا وقع عقد الاجارة على عين مشخصة اما اذا كانت كلية وقد دفع الموجه فرداً فتلف عند المستأجر فالظاهر عدم انفساخ الاجارة بل ينفسخ الوفاء المزبور ويستحق عليه فرداً آخر انتهى راجع ج ٢٣ ص ٧٠ .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا بد من تعيين ما يحتمل على الدابة اما بالمشاهدة ﴾ وفى الجواهر كما صرح به جماعة ، بل عن التذكرة انها من أعلى طرق العلم انتهى ولا يخفى ان المشاهدة ان كانت لحصول الوزن فهو غير حاصل بها و ان كانت لغيره فلا تثمر فى المقام ولو علم خفة الجنس وثقله لكن لا يعلم وزنه الذى

يؤثر في الحمل على الدابة .

﴿ واما بتقديره بالكيل او الوزن ﴾ او غيرهما ﴿ مما يرفع الجهالة ﴾ من حيث الخفة والغلظة والثقل فان كل منها يختلف في الوزن الموجب للجهالة .
 ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لا يكفى ذكر المحمل مجرداً عن الصفة ولا راكب غير معين لتحقيق الاختلاف في الخفة والثقل ﴾ بل ﴿ ولا بد ﴾ من مشاهدتهما ﴿ مع ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه وعلوه ، وهل هو مكشوف او مغطى و ذكر جنس غطائه ﴾ ونحو ذلك مما له مدخلية في الزيادة والقلة ورفع الجهالة ﴿ وكذا ﴾ لك الكلام فيما ﴿ لو استأجر دابة للمحمل ﴾ فانه ﴿ فلا بد من تعيينه ﴾ أى المحمول ﴿ بالمشاهدة او ذكر جنسه وصفته وقدره ﴾ لتوقف رفع الجهالة والفرر على ذلك .

﴿ وكذا لا يكفى ﴾ حينئذ ﴿ ذكر الآلات المحمولة ما لم يعين قدرها وجنسها ﴾ للفرر .

﴿ ولا يكفى اشتراط حمل الزاد ﴾ الذى يلزمه في السفر لنفسه ولعياله وما يتعلق به مما يكون قابلاً للزيادة والقلة فلا يصح ﴿ مالم يعينه ﴾ او يشاهده صاحب الحيوان الا ان يكون معلوماً بحسب العادة والبناء ﴿ واذا فنى ﴾ الزاد في اثناء السفر بالاكل والشرب لنفسه وما يتعلق به كالا او بعضاً فهل يكون للمستأجر ان يكمله ببذله حتى يبلغ بقدر الاول او ﴿ ليس له حمل بدله ﴾ من زاد ايضاً او غيره بدلا عن الزاد لامكان الاحتياج اليه في الطريق كما احتاج الى ما حمل في الاول ﴿ مالم يشترطه ﴾ ظاهر المصنف الاول وهو كما ترى .

ولذا عن المبسوط - من أنه ان اكله أو كل بعضه كان له ابداله واكماله على الاقوى ، بل عن التحرير أنه ليس بردى و هو في محله لانه ليس ذلك ازيد مما اشترط عليه بل بدل ما نقص لامكان صرف جميع ما حمله او لا فلولم يجز يكون بذل الاجارة بلا عوض بعده ﴿ فاذا استأجر دابة ﴾ معينة ﴿ افتقر على

مشاهدتها فان لم تكن مشاهدته فلا بد من ذكر جنسها * كالأبل * ووصفها * على وجه يرتفع الإبهام والأجمال.

* وكذا الذكورة والانوثة اذا كانت للركوب * لاختلاف الدواب بالنسبة اليه ، بل عن محكي التذكرة والتحرير انه اذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة ورداءة وجب ذكره * ويسقط اعتبار ذلك اذا كانت للمحمل * .

وفي الجواهر كما عن المسالك ومحكي التذكرة ، بل قيل : انه قضية غيرها الا ان يكون المحمول مما تضره كثرة الحركة كالزجاج والفاكهة فلا بد من معرفة حال الدابة ، كما عن التذكرة التصريح به .

* وكيف كان ففي محكي المبسوط وغيره انه * يلزم موجر الدابة كل ما يحتاج اليه * المستأجر * في امكان الركوب * على الوجه المعتاد في الدابة * من الرحل والقتب وآلته والحزام والزام * واللجام والسرج والأكاف والزاملة والخداجة .

* وفي رفع المحمل وشده * على ظهر الدابة * تردد اظهره للزوم * وفقاً لما عن الفاضل والكركي وثاني الشهيد بن وغيرهما وفي ترددات الشرائع قال : اقول : منشؤه : النظر الى اصالة براءة ذمة المؤجر ، ترك العمل بها في الصورة الاولى ، فيبقى معمولاً بها فيما عداها .

والالتفات الى أن التمكّن من الركوب واجب على المؤجر ، ولا يتم الا برفع المحمل وشده ، وحكي الشيخ في المبسوط الوجهين ، ولم يختر شيئاً انتهى والاصل عدم اللزوم * ولو أجزها للدوران بالدولاب ، افتقر الى مشاهدته لاختلاف حالته في الثقل * والخفة * ولو أجزها للزراعة فان كان لحرث جريب معلوم ، فلا بد من مشاهدة الارض او وصفها * لاختلافها بالصلابة والرخاوة * * واما * ان كان * قد استوجرت الدابة * لعمل مدة كفي تقدير المدة * عن مشاهدة الارض ووصفها وفيه تأمل .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿في اجارة الدابة للمسافر مسافة معينة﴾ فانه ﴿لابد من تعيين وقت السير ليلاً أو نهاراً﴾ كما عن الارشاد والروض ومجمع البرهان ﴿الا ان يكون هناك عادة فيستغنى بها﴾ عن ذلك .
 ﴿ويجوز أن يستأجر اثنان﴾ فصاعدا ﴿جملاً أو غيره للعقبة﴾ والتعاقب وفي الجواهر بمعنى انهما يملكان منفعتيه مشاعة، الا انها يستوفيانها على التعاقب، بلا خلاف ولا اشكال ، لاطلاق الادلة ﴿ويرجع في التناوب﴾ حينئذ زماناً أو فرسخاً ﴿الى العادة﴾ ان كانت ويقسمان بالسوية مع تساويهما، والافعلى ما وقع بينهما من التفاوت .

﴿واذا اكرت دابة﴾ مثلاً ﴿فسار عليها زيادة عن العادة أو ضربها كذلك او كبجها بالمجام من غير ضرورة﴾ أو نحو ذلك مما هو غير جائز له ﴿ضمن﴾ بلا خلاف كما اعترف به في محكي التذكرة بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل ولا اشكال لانه متعدد بفعله ، وانما له ضربها بما جرت العادة به وكذا غيره وفي ترددات الشرائع قال الكبج بالباء المنقطة من تحتها نقطة واحدة : جذب الزمام بعنف حتى يكون خارجاً عن العادة انتهى .

نعم يجوز له الضرب بما جرت العادة به لان النبي ﷺ نحس بغير جابر وضربه وذلك لان الضرب ان كان بحيث يتوقف عليه استيفاء المنافع بحيث اولاه لما يحصل مشيء الحيوان او سرعتها اللازمة فلا اشكال في الجواز وان كان بلا حاجة لذلك مثل كون الحيوان بنفسه سريع السير فان كان بحيث لا يضر بالحيوان ولا يوجب ألمه فيجوز ايضاً والافلا يجوز قطعاً بل ربما يوجب الضمان .
 ومن ذلك المعيار يمكن السراية لكل مورد من هذا القبيل كالمعلم بالنسبة الى تاديب الصبيان والوالدين والاجداد بالنسبة الى الاولاد وابتائهم بداهة انه يجوز الضرب في الجملة للضرورة ولا يجوز التعمد عن مقدارها .

وكيف كان فالمسألة خلافية في الجملة وفي الجواهر ايضاً قال:

لكن صرح غير واحد بضمن المعلم اذا ضرب الصبي للتأديب ، بل عن حدود المسالك نسبة ضمان الاب والجد له لو ادباه الى الاصحاب فضلا عن المعلم ، بل قال ان ظاهرهم الوفاق على ذلك ، بل عنه في موضع التصريح بالاجماع ، و يمكن حمل كلامهم على ما اذا تجاوز المعتاد في التأديب خطأ فلا ينافي ما هنا ح او يقال انه اجير والاجير يضمن بجنابته ، و ان لم يقصر كالطبيب ، و فيه ان الرأض ح كذلك او يجعل الاجماع فارقاً والله هو العالم .

﴿ ولا تصح اجارة العقار ﴾ للسكنى أو للزرع او للغرس او للبناء أو للجميع
 ﴿ الامع التعمين بالمشاهدة ، او بالاشارة الى موضع معين موصوف بما يرفع
 الجهالة ﴾ في الاجارة ﴿ ولا تصح اجارته في الذمة ، لما يتضمن من الضرر ﴾ .

وفي الجواهر الناشى من عزة الوجود باعتبار تعسر تحصيل الموصوف بالصفات
 الرافعة للجهالة في غير المعين ، ولذا لم يجز السلم فيه انتهى .

﴿ بخلاف استيجار الخياط للخياطة والنساج للنساجة ﴾ ونحوهما فانه تجوز
 الاجارة في الذمة فيها للاصل ﴿ و ﴾ لعدم الفرر المزبور فيها .

نعم ﴿ اذا استأجره ﴾ أى الخياط ﴿ مدة فلا بد من تعيين الصانع دفماً
 للفرر الناشى من تفاوتهم في الصنعة ﴾ بطؤ و سرعة ، و منه يحصل الفرر بدون
 التعمين .

﴿ و لو استأجر لحفر البئر ﴾ او نهر او عين فلا اشكال كما لاخلاف في
 الصحة لكن ﴿ لم يكن ﴾ له ﴿ بد من تعمين الارض ﴾ بالمشاهدة او الوصف بالاشارة
 الى موضع معين و كون الارض صلبة او رخوة ﴿ و ﴾ انه لا بد من ﴿ قدر نزولها
 وسعتها ﴾ لتوقف رفع الفرر على ذلك ﴿ و لو حفرها فانهارت ﴾ اى انهدمت
 ﴿ او بعضها لم يلزم الاجير ازالته ﴾ للاصل وغيره ﴿ و كان ذلك الى المالك ﴾ كما
 لو وقع فيها دابة أو حجر أو نحو ذلك .

﴿ ولو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي ﴾ أو تعسر ﴿ اما الصعوبة

الارض أدرض الاجير اوغير ذلك* من الموانع التى ينفسخ العقد معها او يسقط على الخيار، واختار الفسخ* قوم حفرها وما حفر منها* ثم نسب الثانى الى الاول* ورجع* الاجير* عليه بنسبته* المزبورة* من الاجرة* المسماة بالعقد، ان نصفاً فنصف وأن ثلثاً فثلث من غير فرق بين متفاوت الاجزاء ومختلفها بلا خلاف معتد به اجده فى شىء من ذلك بل ولاشكال .

و لكن قال المصنف* فى المسألة قول آخر مستند الى رواية مهجورة* فلا ينبغى التعرض له لضيق الوقت و عدم لحاظ الدقائق الحسابية من ضرب مقدار العقر فى غيره .

ويجوز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج .
وفى الجواهر بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به فى محكى الخلاف والسرائر بل فى محكى التذكرة اجماع اهل العلم على جواز استيجار الظئر تارة، واخرى الاجماع على جواز استيجارها للرضاع والحضانة، معا وللحضانة دون الرضاع انتهى. اقول تارة يكون الاستئجار للحضانة فقط اى حفظ الرضيع من تمام الجهات دون الرضاع فلاشكال فى جوازه واخرى لهما فكذلك وثالثة للرضاع فقط وهو محل الاشكال من حيث ان الاجارة لنقل المنافع لانقل الاعيان واللبن نقل العين فلا يصح وظاهر التذكرة هو الاجماع على صحته ايضا بل الاشكال فى الثانى ايضا لاشتماله على نقل العين اى اللبن .

و كيف كان فاذا جاز استئجار الظئر من الحيوان التى لها اللبن جاز استئجار المرأة لذلك و لو بدون فعل منها والظئر هى الانثى التى لها اللبن من الانسان او الحيوان .

ويدل على جوازه قوله تعالى وان تعاسرتم فترضع له اخرى وقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن والمسألة من حيث الصحة وان كان اجماعية لكنها قد يظن كونها على خلاف القاعدة من حيث ان اللازم فى الاجارة بقاء العين

المستأجرة بحالها والتلف من منافعها وفي المقام ونظائرها هو اعدام نفس العين وفنائها حيث ان العين المستأجرة هي اللبن و هو لا يبقى بحاله و نظائر المسألة كثيرة فهل يكون الاجماع والنص على خلاف القاعدة كى يختص بالمقام او مطابقا لها كى يسرى الى امثالها .

و عمدة الاشكال فى نظرهم ان الاجارة لنقل المنافع كما ان البيع لنقل الاعيان فلا يصح اجارة لبن المرأة لانه عين و تقنى تدريجا فى مدة الاجارة وقد وقع فى المقام بداع كثير ومنشأه عدم جعل اللبن من المنافع بل عين ولايجوز تعلق الاجارة بالاعيان وذهبوا لذلك الى البطلان فى اجارة المرأة للبن .
والحاصل ان كانت الاجارة للبن المرأة كان اللبن عين تالفة لا المنفعة وان كانت لفعل المرأة وهو الحضانة وتربية الطفل ونومه وغسل خرخته و كان لبنه تبعاً فالاجارة تعلقت بفعل المرأة وهو منافع لها وهو ايضا باطل اذ المقصود الاصلى هو اللبن وغيرها بالتبع فلا تصح الاجارة لالارضاع المتوقف على سائر الافعال وللارضاع الذى هو نفس اللبن ولو فرض سائر الافعال على الغير فاجارة المرأة على خلاف القواعد لكنها خصصت بالاية والرأية فتكون مختصا بالمقام دون السراية بامثالها التى ترجع الى اجارة الاعيان مثل اجارة البئر للماء والصباغ لصبغ الثوب والحمام لصف الماء والاشجار لصف الاثمار وغير ذلك

قال فى الحدائق ما هذا لفظه قد عرفت من تعريف الاجارة كما قد بينا ذكره فى صدر الكتاب أنها عقد ثمرته تملك المنفعة بعوض معلوم ، أو تملك المنفعة بعوض ، - ان الاجارة واستحقاق الاجرة انما تقع على المنافع ، لا الاعيان وحينئذ فيكون اجارة المرأة للارضاع خارجة عن قاعدة الاجارة ومستثناة بالنص آية ورواية لقوله عز وجل «فان ارضعن لكم فآثرهن اجورهن» .

والنصوص الواردة بذلك ، وهى كثيرة تأتى انشاء الله تعالى فى محلها الايق بها من كتاب النكاح فان متعلق الاجارة والذى استحققت المرأة به الاجرة هنا

هو اللبن و هو عين تالفة بالارضاع ، فيكون المعاوضة عليه خارجة عن قانون الاجارة هنا قالوا : ومثل ذلك الاستيجار للمبغ واستيجار البئر للاستسقاء منها ، فان المستوفى في الجميع انما هو من الاعيان ، وبعضهم تكلف للمتفصي عن ذلك بالنسبة الى الارض ان المنفعة التي تعلق بها الاجارة هي حملها للولد ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فمه ونحو ذلك لانفس اللبن .

ولا يخفى ما فيه من البعد والتكلف السخيف ، فانه لا يخفى ان الغرض الذاتي والمطلب الاصلى من الاستيجار انما هو اللبن ، وهذه الاشياء انما هي تابعة ، او مقدمات لذلك فالظاهر ان يقال : ان هذه المواضع المذكورة مستثناة بالنصوص من قانون الاجارة ، وكم مثل ذلك في الاحكام ، هذا ان ثبت كون ما ادعوه قانوناً كلياً وقاعدة مطردة ، مع انالم نقف له على دليل ازيد من ورود النصوص في افراد الاجارات بذلك ، وهو لا يستلزم الحصر فيما ورد ، الامع عدم وجود نص بخلافه .

فانه يمكن ادعاء ذلك قاعدة كلية ، على نحو القواعد النحوية المبنية على تتبع كلام العرب ، وهذه القاعدة ان ثبتت هنا ، فهي من هذا القبيل ، والافانى لم اقف على خبر يدل على ان القاعدة في الاجارة ما ادعوه ، والله سبحانه العالم انتهى .

وظاهره عدم تمامية كون اللزوم في الاجارة خصوص نقل المنافع ويمكن الحل بان المنافع امر عرفى وقد يكون المنافع عندهم من قبيل سكونة .
الدار ومحل التكسب والجلوس لرفع النزاع وامثال ذلك .

وقد يكون في قبيل الاعيان ايضا لكنه بحيث يعد من منافع اصل معلوم عندهم كعد الثمار من منافع الاشجار واللبن من منافع المرأة ولبن الشاة وسائر الحيوانات من منافع الحيوانات والمأمن منافع الابار والحمامات والمئمن من منافع فحل الضراب .

والتحقيق ان العين المستأجرة هي المرأة لاجل منافعها التي هي اللبن المتوقف على صرف الوقت والفعل بجعل الثدي في فم الطفل ونومه في جنبه و حفظه ونظافته فالكل داخل في الارضاع والكل بعد من منافع المرثمة ولاظن جريان الاشكالات في المقام وامثالها فاجارت البئر لمنفعتها وهو الماء وهو وان كان عينا لكنه اذا لوحظ في حد ذاته واما بلحاظ البئر فيكون من منافعها وهكذا صبغ الثياب فاجار الصباغ لمنفعتها وهو صبغ الثوب الذي من منافع الصباغ مع فعله فهو بعينه كمن اجار صانع الضرس لقلع ضرسه فالنفع مستلزم للفعل من مانعه .

فلا يكون الاجارة للفعل فقط بل نفس المرأة باعتبار فعلها ومنافعها فنقل المنافع يتوقف على العين كما ان سكونة الدار متوقفة على نقل الدار ويؤيد ذلك انه لو كان خارجا عن القاعدة لازمه عدم دليل على صحة اجارة امثالها اصلا كاجارة الاشجار للثمار والابار للماء وغيرهما فالشاة اجارها الارضاع الولد او السخلة او لضربها على الاناث .

واما اجارة الحمامات فالظاهر عدم صحتها فان الاجارة مشروط بتعيين الوقت ومقدار صرف المنافع وكلاهما مجهولان لعدم معلومية مقدار البقاء وصرف الماء فالاولى كما في الجواهر جعلها من قبيل اباحة مقدار من المكان وصرف العين بعوض معين ويؤيد ذلك عدم تعارف الاجارة من الحمامي ولا تعيين زمانه ولا مقدار مصرف مائه .

وكيف كان فالعرف يرى في اجارة المرأة للبن ان العين المستجارية نفس المرأة لابنتها ولا فعلها فان اللبن من منافع المرأة فاجارة المرأة للبن كاجارة الدار للسكونة كيف وهو صريح قوله تعالى وان تعاصرتن فسترضع له اخرى اي اذا لم تقبلن زوجاتكم فسترضع وتطلب الرضاع من المرأة الاخرى فقوله تعالى فسترضع صريح في اجارة نفسها لاجل لبنها .

وقال في الخلاف وايضا قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وانما اراد فان بذان لكم الرضاع وآتوهن اجورهن بدليل انه قال في آخرها وان تعاسرتم فسترضع له اخرى والتعاسران لا ترضى المرصعة باجرة مثلها فاخبر انها متى لم ترض (ذلك خ) باجرة المثل فانه يواجر غيرها لرضعه .

فهو صريح في اجارة نفس المرأة للارضاع فكما يصح اجارتها لغير الارضاع فكذلك تصح للارضاع غاية الامر في الارضاع يكون منفعتها ايضا من الاعيان وقال السيد الفقيه في عروته ما هذا لفظه يجوز استئجار المرأة للارضاع بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها وان لم يكن منها فعل مدة معينة الخ .

قوله وان لم يكن منها فعل راجع الى الرضاع فانه لمجرد الرضاع بدون فعل حتى جعل اللبن في فم الرضيع ونحوه .

وقال شارحها الحكيم قده بعده بلا اشكال ظاهر وهو المتيقن من معقد الاجماع على الجواز في المسألة وتقتضيه عمومات الصحة لان الارضاع من المنافع ذات المالية التي يبذل المال بازائها عند العقلاء والقرآن المجيد شاهد بذلك لقوله تعالى : فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن، فلان منافع من أخذ العوض بازائه وأما الاجارة للرضاع فالقول بجوازها محكى عن جماعة وهو ظاهر الشرائع وغيرها مما عبر فيه بجواز الاستئجار للرضاع لكنه مشكل كما أشار الى وجه غير واحد منهم جامع المقاصد لان الاجارة مشروعة لنقل المنافع لا الاعيان واللبن من الثانية.

بل يظهر من محكى التذكرة الاجماع على الفساد فيه وأنه يتم على قول المخالفين من أن الاجارة قد تكون لنقل (الاعيان) يعنى ان اجارة اللبن فاسد لانه عين وهى غير باقية مع لزوم بقاء العين فى الاجارة فالصحيح اجارة المرأة للارضاع التى هى منافع المرأة ولو كان فى فيها اللبن ايضا وقد مال اليه فى جامع المقاصد قال فى الجواهر ما هذا لفظه ولقد أجاد فى جامع المقاصد حيث أنه بعد أن ذكر احتمال المنع لتناول الاجارة الاعيان ومع ذلك فهى مجهولة وليست

موجودة قال : «ولوجه له بعد ثبوت النص» لكن قال فيه فى موجع آخر :
 «ولو قيل أن المستأجر عليه هو الفعل الذى لا ينفك عن اتلاف اللبن ، وهو
 إيصاله الى معدة الصبى وتلوين الثوب فى الصبغ فتكون العين تابعة ولا تخرج الاجارة
 عن مقتضاها أمكن» كما أنه قال فى المحكى عن التذكرة فى موضعين «الاقرب
 أن الذى يتناوله عقد الاجارة بالاصالة فعل المرأة ، واللبن مستحق بالتبعية كالبئر
 تستأجر ليستقى منها الماء ، والدار تستأجر وفيها بئر ، فانه يجوز الاستقاء منها ،
 بل عن فخر المحققين أن ذلك هو الذى حققه والده ، وقال : انه هو الذى تدل
 عليه الاية ، لانها دالة على الفعل واللبن» انتهى .

فانه قد لا يتوجه الى الاشكال اولا لوجود النص ثم صححه بان الاجارة
 تعلقت بفعل المرأة واللبن تابعة فالاجارة لا يخرج عن مقتضاها اى كانت مطابقة
 للقاعدة وايدى فى الجواهر بموافقة التذكرة ايضا وان عقد الاجارة بالاصالة هو
 فعل المرأة فالظاهر لاشكال حينئذ مع الاجماع والاية والرواية على الصحة وان
 لم يرضى به فى الجواهر فقال قلت : ذلك كله لا يقتضى بقاء الاجارة على مقتضاها ،
 ضرورة عدم الفرق فى خروجه عنه بين دخول اللبن والصبغ مع الفعل ، وبين
 استقلاله وتبعيته مع أنه المقصود الاعظم لا يقتضى ذلك انتهى .

ولا يخفى الفرق بين كون اللبن مع غيره وبين استقلاله فان اللبن منفردا
 ظاهر فى انه هو خصوص العين المستجارة وهو مشكل من حيث انه عين فانية
 بخلاف ما اذا كان معه غيره كحضانة الطفل التى يستلزم افعالا كثيرة ايضا كحفظه
 وغسل حرقة ونومه وغير ذلك .

فان الثانى يكون اللبن بينها كاحدها وان كان هو المقصود الاصلى ولكنه
 مع الاجتماع يعد الجميع من المنافع فاندفع به الاشكال ولذا جوز الارضاع
 دون الرضا المحض لكون الاجارة فى الثانى اللبن فبذلك يدخل الاول فى مقتضى
 الاجارة دون الرضا فما افاد المحقق الكركى بضميمة الدليل على الصحة تام

وكان المقام داخل في مقتضى الاجارة .

فان قلت فعلى هذا لا يصح اجارتها للرضاع وقد جوزها في الجواهر لرضاع الصبي او السخلة بعد وضوح عدم الفرق بين الصبي والسخلة فقال والاية وان كانت بلفظ الارضاع لا الرضاع لانه هو المراد به ولكن عبر به لغلبة الرضاع بالارضاع . ومن هنا يتجه جواز استيجار الشاة لرضاع الصبي ، او سخلة كما نص عليه في القواعد ، ومحكى غيرها ، بناء على القطع بعدم خصوصية للمرأة ، كالقطع بعدم الفرق بين الحرة والامة والصبي وغيره ، وان كان ظاهر الاية الاولى ، بل ربما قطع بعضهم بعدم خصوصية الرضاع فجوز استيجار الشاة للحلب ، وربما يؤيده ماورد في النصوص وحكى عليه الاجماع من جواز اعارتها لذلك ، وما تصح اعارته تصح اجارته ، كما عرفته فيما سبق انتهى .

قلت نعم على المختار لاشكال في الرضاع لما عرفت من ان اللبن عندنا يعد من منافع المرأة وان كان عيناً بلحاق نفسه فعليه يجوز الارضاع والرضاع ولكن عند القوم مشكل .

ولكن مع ذلك ان اكثرهم مال الى الجواز كصاحب الجواهر ايضا حيث قال كما قديقوى الاستيجار للرضاع من دون فعل من المرأة حتى وضع الثدي في الفم بأن يضعه المستأجر فيه دونها ، والامتصاص من الطفل ، فلم يكن عمل منها أصلاً تستحق عوضاً عليه ، فضلاً عن مقابلته بتمام الاجرة ، كما أنه لو رضع الصبي منها وهي نائمة ، استحققت الاجرة وان لم يكن منها فعل .

ومن هنا استدل الفاضل في المحكى من تحريره وقواعده على أن المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الاجر عليه ، بانفراده دون الأفعال بانفرادها ، وان اعترضه في جامع المقاصد أيضاً بأنها لانسلم استحقاق الاجرة باللبن بانفراده ، مالم يصيره المرضعة في معدة الصبي ، ولا يلزم من عدم استحقاق الاجرة بالامور الباقية ، بانفرادها استحقاقها في مقابل اللبن وحده لم لا يجوز ان يكون في مقابل

الجميع انتهى و كيف كان قد مال الى الجواز مطلقا حتى الرضاع جداً .
وقد عرفت جعل اللبن من المنافع من العروة وشارحتها الحكيم بل الرضاع
فان جواز الثاني ايضا مقتضى كونه من المنافع ولذا يجوز التعمد الى اجارة البئر
للماء ونحوها وقد قال في الجواهر بعد عباراته .

نعم لا يتعمد من ذلك الى جواز استيجار البئر للاستقاء منها ولذا منعه في
جامع المقاصد ومحكى الحواشى وموضع من التذكرة ولا الشمع للاشغال والطعام
للاكل كما صرح به في القواعد بل ظاهر السرائر الاجماع على ذلك .

نعم قد يجوز الاستقاء من البئر عند اطلاق اجارة البئر ، للاذن فيه عادة على
وجه يكون كالشرط وكذا لا يتعمد الى جواز اجارة الشجرة لثمرتها ، والدابة
لنتاجها ولا الى شئ من الظروف للامتصاص مما فيها ، ولا الى غير ذلك مما فيه اتلاف
انتهى حيث صرح بجواز اطلاق اجارة البئر والاستقاء منها والفرق واضح بين
اجارة البئر وبين اجارة الشمع و الطعام فانه لا يبقى من العين شئ اصلا
و كيف كان فقد ظهر جواز الارضاع بل الرضاع و جواز التعمد الى امثال

المسألة مما يتوهم كون المنفعة من العين .

وفي الجواهر وفي محكى التذكرة تارة أن بعض الاعيان قد يتناولها عقد
الاجارة للمحاجة والضرورة كاستيجار الحمام المشتمل على استعمال الماء واتلافه
انتهى .

وقد ظهر بحمد الله دفع الاشكالات عن المسألة كيف وقد يحتاج الانسان الى
الرضاع فضلا عن الارضاع الذى يحتاج الى غير اللبن ايضا كما في عبارة التذكرة
قده والام قد لا يكون لها اللبن فتححتاج الى الظئر اى مرضعة محبة على ولدها
لمجرد الرضاع وكفلت غير الرضاع بنفسها اومع الحضانة فلو كان على خلاف
القواعد قد يشكل امر الدين الذى بنائه على السهولة فلا جرم صح على طبق القاعدة
وفي الحدائق ما لفظه قال في المبسوط : لو استأجر ظئراً للارضاع لم يلزمها

غيره . وان شرط في العقد الحضانة مع الرضاع لزوما الامر ان ، فترضع المولود وتراعى أحواله في تربيته وخدمته وغسل ثيابه وخرقه وغيرها من أحواله .

وقال ابن الجنيدي اذا شردت على الرضاع فقط لم يكن عليها غير ذلك الا ان يكون قد اشترط دفع الصبي اليها أي الى منزلها فيكون عليها تخريجه وغسل ثيابه وما لابد للصبي منه الا ان تشترط هي لذلك أجرة على وليه .

قال في المختلف بعد نقل ذلك : وتفصيل ابن الجنيدي جيد اذا الظاهر والعرف يقضى أن الصبي اذا كان في منزلها اضطر الى الحضانة ، وكانت لازمة لها انتهى عبارة الحدائق والتفصيل كما عرفت في محله اذ ظاهر الرضاع هو وحده لا الفعل الاخر الا اذا شرط عليه دفع الصبي وذهابه الى منزلها فيكون الجميع عليه ثم ان الظئر يطلق على الانسان والحيوان المرصعة على غير ولدها وظئر المرأة والناقة على ولد غيرها اي عطفها عليه وظاءرت المرأة اتخذها ولداً ترصعه .

وفي حديث ابراهيم بن النبي عليه السلام ان له ظئراً في الجنة وفي مصباح المنير الظئر بهمة ساكنة ويجوز تخفيفها الناقة تعطفها على ولد غيرها ومنه قيل للمرأة الاجنبية تحضن ولد غيرها انتهى فالظئر هو العطف والملاقة على ولد الغير حيواناً او انساناً فالظئر اخذ المرأة ولد الغير للرضاع وفي نهاية ابن اثير الظئر المرصعة غير ولدها ويقع على الذكر والانثى

وكيف كان فهذا كله اذا أذن الزوج ﴿ فان لم يأذن فيه تردد ﴾ وفي الجواهر قال بل عن المبسوط والخلاف والسراير عدم الجواز ، لانه مالك منافعها بل لمنافاته لحق الاستمتاع بها الذي لا بد لها من التهيأ له في كل وقت محتمل ، اذ لم يعلم متى يريد منها ، ولذا لم يجزها الصوم من دون اذنه انتهى

وعبارة الخلاف هذه نصه اذا آجرت نفسها للرضاع او لغيره باذن زوجها صححت الاجارة بلا خلاف ، وان آجرتها بغير اذنه لم تصح الاجارة ، وللشافعي فيه وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني يصح الاجارة غير انه يثبت له الخيار فله أن

يفسخ الذى عقده - دليلنا انه لا دليل على صحة هذه الاجارة وايضاً فان المرأة معقودة على منافعها لزوجها بعقد النكاح فلا يجوز لها أن تعقد لغيرها فيدخل ذلك بحقوق زوجها انتهى .

غير خفى على اولى الباب ان الزوجة بجميع حالاتها فى تحت اختيار الزوج ولا يجوز لها بدون اجازتها امر اصلاحاً خصوصاً مثل الاجارة على الارض المستلزمة لاشتغال اكثر اوقات الزوجة ولا يكون للارضاع للطفل وقت معين لانه دائر مدار جوع الطفل ونظافته وغسله ليلاً ونهاراً وغير ذلك بل قد يستلزم لتكلم الاجنبى مع زوجته والنظر اليها وهو لا يجوز .

وكيف كان فهو امر معلوم وبدون اجازة الزوج امر منكر فهو من الامور المتوقفة على رضا الزوج ومنافاته لغيره الزوج اذا لم يرض بالتردد من الاجانب رجالاً ونساءً الى زوجته بل قد يكون نشرت الحرمة فيحصل المحرمية ممن لا يكون الزوج راضياً به وكيف كان فعدم الجواز اولى مضافاً الى انه مالك اللبن ولا يجوز صرفه بدون اذنه ﴿و﴾ مع ذلك قال المصنف ﴿الجواز اشبه اذا لم يمنع الرضاع حقه﴾ .
وفى الجواهر قال وفاقاً للمكر كى والفاضل ، وثانى الشهيدين ، للاصل السالم عن معارضة ماسمعت ، بعد فرض وقوع الاجارة حال عدم معارضة حق الزوجة لغيبتها ، او لمرضه او لغير ذلك من موانع الاستمتاع ، على وجه يوثق به عادة ضرورة اعتبار عدم استغراق الأوقات فى الاستمتاع الذى ليس للزوج غيره من باقى منافعها فهى مسلطة عليها ، ومنع الصوم بدون اذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت ايضاً للدليل ، ولو فرض اتفاق ارادة الاستمتاع فى الزمان المزبور كان له ذلك ، لوجوب تقديم حقه على حق المستأجر فتفسخ الاجارة حينئذ فى الزمان المزبور ويتسلط المستأجر على فسخ الباقي الى آخر كلامه .

قال فى الخلاف اذا اجرت نفسها للرضاع او لغيره باذن زوجها صححت الاجارة بلا خلاف وان اجرتها بغير اذنه لم تصح الاجارة وللشافعى فيه وجهان احدهما مثل

ماقلناه والثاني يصح الاجارة غير انه يثبت له الخيار فله ان يفسخ الذي عقده .
 [دليلنا] انه لادليل على صحة هذه الاجارة وايضاً فان المراد معقودة على
 منافعها انتهى والانصاف انه لادليل على صحة ذلك بدون رضاية الزوج كيف فاذا
 تزاحم وقت الحضانة مع وقت التمتع منها فهل يصح للزوجة مخالفة الزوج بل
 ولو كان في غير مورد المزاحمة بل كان لمجرد عدم رضاية الزوج فهل يصح
 مخالفته والذهاب الى امر الحضانة الا ترى الى ماورد من عدم اذن الرسول ﷺ
 لزوجة التي كان زوجها في السفر وكان ابوها في حال الاحتضار وارادت العيادة
 من ابوها فلم يأذن له الرسول ﷺ مع اسرار المرأة وتكرارها ذلك حتى مات
 ابوها وغير ذلك او ليس اذا ارادت الخروج ونهاها الزوج .

قد خرج بدون اذن الزوج وكانت مورد اللعن وغير ذلك من امثاله
 ولعمري ان جواز ذلك بدون اذن الزوج معلوم البطلان بل يدل عليه قوله عز من
 قائل الرجال قوامون على النساء فانه آب عن التخصيص جدا فكيف يجوز الاجارة
 اذا صرح بالعدم ونهاها عن ذلك بل هو امر منكر عند العرف بل المرأة كما صرح
 الشيخ في العبارة معقودة على منافعها .

وليس المنافع منحصرة في الوطاء جدا كى يقال ليس الوطاء في جميع
 الاوقات فلا ينافى مدة الارضاح بداهة ان المنافع كلها للزوج وطاء كانت او
 غيرها من النظر اليها في جميع الاوقات والتكلم معها فيها ولولم يكن فيها وطاء
 خصوصا انه كان اللبن منافع الرجل ومنها نشر الحرمة من اللبن .

وما في الجواهر من دعوى كون اللبن للزوج واضحة المنع ، لعدم الدليل
 ونشر الحرمة منه أعم من ذلك كما ترى فالدعوى في محلها فلا يجوز بدون اذن
 الزوج فيشكل نشر الحرمة لعدم حصولها من مال الغير ﴿و﴾ على كل حال ﴿ف﴾ لا بد
 من مشاهدة الصبي ﴿الذي﴾ استوجرت لارضاعه ، بلا خلاف أجده فيه ، لا اختلاف
 الصبيان فيه باختلافهم في الصغر والكبر .

﴿وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه قيل﴾ والقائل الفاضل وغيره
﴿نعم﴾ لاختلاف المحال في السهولة والصعوبة ﴿و﴾ لكن مع هذا ﴿فيه تردد﴾
من المصنف والحق عدم الاشتراط .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ان مات الصبي او المرضة﴾ المعينة ﴿بطل العقد﴾
وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال لتمتد المستأجر عليه حينئذ ﴿و﴾ كيف كان
﴿لموات أبوه﴾ اي المرضع ﴿هل تبطل يبني على القولين كون الاجارة هل
تبطل بموت الموجر والمستأجر ام لا والاصح عدم البطلان﴾ قال في الجواهر
في موت المستأجر اذا كانت الاجارة اصالة ، وقد عرفت الحال فيهما سابقا .

قال في الحدائق ما هذا لفظه : لا اشكال في بطلان الاجارة بموت الصبي
المرضع لفوات ما تعلق العقد باستيفاء المنفعة له ، واماموت المرضة فيبني على
الاستيجار لها من التعيين والاطلاق فان كان الاستيجار بعينها وخصوصها فلا اشكال
في البطلان ، وعليه يحتمل اطلاق من اطلق البطلان بموتها ، والحكم في موتها
والحال كذلك كالدابة المستأجرة للركوب وان كان الاستيجار في الذمة بمعنى ان
عليها تحصيل هذا العمل بنفسها او غيرها ، فالظاهر بقاء الاجارة كما في نظائر هذا
القسم من الاجارات المتعلقة بالذمة ، وحينئذ فيؤخذ ما يقوم به من تركتها لأنها
صارت مشغولة الذمة بذلك ، كساير الديون المتعلقة بالذمة ، فانها بعد فوات الذمة
ينتقل الى المال ، ويتعلق به كما صرحوا به فيؤخذ اجرة المثل لما بقي من المدة
من اصل مالها ، ويدفع الى ولي الطفل انتهى راجع الى ما تقدم في بطلان الاجارة
بالموت وعدمه .

﴿ولو استأجر شيئاً مدة معينة لم يجب﴾ ذكر ﴿تفسيط الأجرة﴾ في متن العقد
﴿على اجزائها﴾ عندنا لاطلاق الأدلة ﴿سواء كانت﴾ المدة ﴿قصيرة او متطاولة﴾
خلاف البعض العامة .

﴿ويجوز استيجار الأرض لتعمل مسجدا﴾ وفي الجواهر وغيره من الأفعال الراجعة
بلا خلاف اجده فيه ، بل عن كشف الحق نسبته الى الامامية انتهى الغرض من ذلك

محل لصلاة قوم الى مدة معينة كما هو المتعارف بين الناس من جعل مكان من الارض
 لاقامة الصلاة وعزاء الحسين عليه السلام في تمام ايام السنة او بعضها فهذا هو المراد في المسجد
 لا المسجد الاصطلاحى المحتاج الى وقف الارض للمسجد الذى لا يزول ولا يخرج
 الارض عن المسجدية التى لا تزول احكامها عنه وذلك لبداهة عدم جواز اجارة
 الارض للمسجد فان الاجارة مدتها منقضية بخلاف المسجد ﴿و﴾ على كل حال
﴿﴾ يجوز استيجار الدرهم والدينار ان تحققت لهما منفعة حكمية مع بقاء عينهما ﴿﴾
 وفى الجواهر وان كانت نادرة ولم يعد لها غالباً كازينة ، ودفع المرء مظنة
 الفقر عن نفسه ، والضرب على سكتها والوزن بهاد نحو ذلك ، وفاقا للمحكى عن الشيخ
 والفاضل والشهيد بن وغيرهم انتهى .

ولا يخفى ان منافع الدرهم والدينار عمدتها جعلهما ثمنا ومثمنا وبهذا
 للمحاذ لا يجوز الاستيجار لان اللازم فى الاجارة بقاء العين وهذا غير ممكن واما
 المنافع الاخر مثل الاجارة للتزيين فهو نادر نعم فى القلادة التى كانت من الدرهم
 والدينار صحت اجارتها كما تصح اعارتها بل قد ورد زكاتها عاريتها .

قال فى الحقائق اختلف الاصحاب فى جواز اجارة الدراهم والدينار فقال فى
 المختلف والقواعد والمبسوط بالجواز قال للانتفاع بها مع بقاء عينها مثل ان ينثرها
 ويسترجمها او يضعها بين يديه فيتجمل بها وغير ذلك ، وقال ابن ادريس : يصح لأنه
 لا مانع منه ، ثم قال : والذى يقوى فى نفسى بعد هذا جميعه انه لا يجوز ، اجارتها
 لأنه فى العرف المعهود لا منفعة لها الا باذئاب اعيانها ، ولأنه لا يصح وقفها ، فلو صح
 اجارتها صح وقفها ، نعم تصح اجارة المصاغ منهما ، وقال فى موضع آخر : لا خلاف
 فى انه لا يجوز وقفها ، لأن الوقف لا يصح الا فى الاعيان التى يصح الانتفاع بها مع
 بقاء عينها ، فاذا جاز اجارتها جاز وقفها ، وهو لا يجوز ، ولأن من غصب مائة دينار
 وبقيت فى يده سنة لم يلزمه الحاكم بأجرة ، واعترضه فى المختلف بالمنع عن الملازمة
 بين الوقف والاجارة ، فان الوقف يصح اجارته ، ولا يصح وقفه ، نعم كلما يصح

في جواز اجارة مكان للصلاة فيه وجواز اجارة الدراهم والدينار-١١٥-

اعارته يصح اجارته ، والمنع من عدم الزام الغاصب بالأجرة ثم قال والتحقيق ان نقول ان كان لها منفعة مقصودة حكومية صحت اجارتها ، والا فلا ، انتهى .
وفيه ان ظاهر منعه من عدم الزام الغاصب بالأجرة هو ان لها منفعة فيجب عليه الأجرة في مقابلة المنفعة التي فوتها على المالك ، مع ان ظاهر كلامه التوقف حيث رتب الجواز على وجود المنفعة وعدمه ، ولم يحكم بشيء من الأمرين وقد صرح بالاستشكال في بعض كتبه ، وجزم بالجواز في بعض ، وظاهر الشرايع ايضاً التردد في ذلك ، حيث عبر بما عبر به في المختلف ، وشيخنا في المسالك حيث اختار جواز اجارتها وعدمها لهما منافع تترتب على ذلك ، كما استقف عليه انشاء الله تعالى وحمل ترده على الشك في الاعتداد بتلك المنافع وعدمه .

قال (رحمة الله عليه) : لما كان شرط العين الموجهة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وكان الغرض الذاتي من هذين النقيدين لا يتم الا بذهابهما وربما فرض لهما منافع مع بقاء عينهما ، بان يتزين بهما ، ويتجمل ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة ، فان دفع ذلك غرض مطلوب شرعاً ، حتى كان الائمة عليهم السلام يقترضون أموالاً ويظهرونها للناس ، أو يدفعونها الى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم ، ليظهر بذلك غناهم ، ومن جملة الاغراض المقصودة بها ايضاً نشرها في الاعراس ثم تجمع ، والضرب على سكتها ونحو ذلك فكان القول بجواز اجارتها قوياً ، وربما اشعر كلام المصنف بالتردد في ان هذه المنافع ، هل يعتد بها وتقوم بالمال على وجه تجوز الاجارة ام لا ، لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع انها مشهورة ، وما ذاك الا للشك في الاكتفاء فيه بها ، انتهى .

اقول : ويدل على ما ذكره من اظهار التجمل بذلك ، والقرض لذلك وفعلهم عليهم السلام ذلك جملة من الأخبار ، انتهى .

والمسألة مشكلة خصوصاً فيما ورد من الاخبار الدالة على الصحة والانصاف ان المسألة تليق بالتردد وكيف يمكن الاعتماد بان الائمة يقرضون الدرهم

والدينار مع عدم حوائجهم بهما من حيث ان غرضهم من القرض مجرد اظهار الغناء عند الناس حتى يعدونهم الناس من الاغنياء واسوء حالا ما في مفاد الاخبار من اضافتهم ذلك الى بيت المال حتى يعدونهم الناس من الاغنياء مع ان الناس في تلك الازمنة كلهم من الفقراء الذين يصعب عليهم رؤية الغنى ويحسدون بذلك ويتوقعون وينتظرون منهم الاعطاء من اموالهم .

وحينئذ ان اعطاهم كان من اموال الناس ولا يجوز من حيث وجوب عين مال الاجارة الى صاحبيه لازها بها وتلفها وان لم يعطهم يبعد من حالات الائمة وكرمهم وجودهم وكيف كان فهو امر مشكل وما ورد في الجواز من هذا الامر .

منها ما رواه في الكافي عن عبدالاعلى مولا آل سام قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ان الناس يروون ان لك مالا كثيرا ، فقال : ما يسؤني ، ذلك ، ان امير المؤمنين عليه السلام مر ذات يوم على ناس شتى من قريش ، وعليه قميص مخرق ، فقالوا : اصبح على عليه السلام لامال له فسمعها امير المؤمنين عليه السلام فأمر الذي يلي صدقته ان يجمع تمره ، ولا يبعث الى انسان شيئا وان يوفره ثم قال له : بهم الأول فالاول واجملها دراهم ، ثم اجملها حيث تجعل التمر فاكسبه معه حيث لا يرى ، وقال للذي يقوم عليه : اذا دعوت بالتمر فاصعد وانظر المال فاضربه برجلك كأنك لاتعمد الدراهم حتى تنثرها ثم بعث الى رجل منهم يدعوهم ثم دعى بالتمر فلما صعد ينزل بالتمر ضرب برجله فانثرت الدراهم ، فقالوا : ما هذا يا ابا الحسن ؟ فقال : هذا مال من لاماله ، ثم امر بذلك المال فقال : انظروا اهل كل بيت كنت ابعث اليهم فانظروا ماله وابعثوا اليه ، فروى في حديث آخر مثله وفيه ان القائل كان طلحة والزبير وروى في الكتاب المذكور ايضاً عن ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام قال : ان اناساً بالمدينة قالوا : ليس للحسن عليه السلام مال ، فبعث الحسن عليه السلام الى رجل بالمدينة فاستقرض منه الف درهم فأرسل بها الى المصدق ، فقال : هذه صدقة مالنا . فقالوا : ما بعث الحسن بهذه من تلقاء نفسه الاوله مال .

و روى فيه عن عبد الأعلى مولى آل سام قال : ان علي بن الحسين عليه السلام اشتدت حاله حتى تحدث بذلك اهل المدينة ، فبلغه ذلك فتعين الف درهم ثم بعث بها الى صاحب المدينة ، وقال ، هذه صدقة مالي .

﴿تفريع و﴾ كيف كان ﴿لو استأجره لحمل عشرة اقفزة من صبرة﴾ مثلا ﴿فاعتبرها﴾ معتبر ﴿ثم حملها فكانت اكثر﴾ والجواهر كثيرة معتدأ بها لايسيرة نحو ما يتفاوت به الموازين ﴿فان كان المعتبر﴾ والمحمل عامدا ﴿هو المستأجر﴾ من غير علم من الموجر ﴿لزمه اجرة المثل عن الزيادة وضمن الدابة ان تلفت لتحقق العدوان﴾ وفي الجواهر الموجب لذلك كما صرح بذلك كلمه الفاضل والكر كى والشيخ فى المحكى عن مبسوطه ، بل قال الثانى منهم «انه لا بحث فيه» ولعله كذلك انتهى وقد يظن ضمان نصف الدابة لانه بمقدار عدم زيادة الحمل كان مأذونا فالتلف ينشأ من الزيادة فينصف الضمان الى المأذون وغير المأذون وهو ضعيف لوضوح انه لو لم يزد على عشرة اقفزة لما تلف فالتلف بتمامه مستند الى الزيادة فلو لم يزد على العشرة كان الحيوان متحملة للحمل فاضاف اليه فالتلف الحيوان وبالجملة اذا فرض انه لم يتلف لو كان الحمل بمقدار عشرة اقفزة فكان السبب للتلف هو ما زاد عليها فالزيادة سبب مستقل للضمان فماعن الارشاد والمسالك من تنصيف الضمان او توزيع الضمان على الاصل والزيادة كما عن الثانى فى غير محله فالضمان يثبت بمجرد الزيادة بحيث لم يكن قبل حصولها .

ويدل عليه روايات مثل ما عن الصيقل قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام ما تقول فى رجل اكرى دابة الى مكان معلوم فجاوزه قال : يحسب له الأجر بقدر ما جاوزه ، وأن عطب الحمار فهو ضامن ولا فرق فى الضمان بين ما كان موجب زيادة الحمل او التجاوز عن امكان المسمى .

وقد دل عليه ايضا خبر ابي ولادومثل ما عن الحلبي قال : سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ما تقول فى رجل ، تكارى دابة الى مكان معلوم فنفتت الدابة ، قال ان كان جاز الشرط فهو ضامن وأن دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن ، وأن سقطت

فى بئر فهو ضامن لأنه لم يستوثق منها وما عن الحسن بن زياد الصيقل ، عن ابي عبدالله عليه السلام فى رجل اكرى من رجل دابة الى موضع فجازا الموضع الذى تكارى اليه فنفتت الدابة ، قال : هو ضامن وعليه الكراء بقدر ذلك ، بل فى خبر ابي ولاد منها التصريح بلزوم قيمة البغل وقد مر فى ج ٢٢ ص ١٧٩ فراجع .

وفى الجواهر قال وأغرب من ذلك كله ما عن المقنعة والغنية فى نحو المقام من أن عليه أجرة الزايد بحساب ما استأجرها بل عن ثانيهما الاجماع عليه ، اذ هو مع مخالفته لقاعدة ضمان الغاصب لادليل عليه ، ويمكن حمل كلاهما على غلبة موافقة المسمى لاجرة المثل ﴿وان﴾ كان ﴿قد اعتبرها الموجر﴾ اى المالك بزعم زيادة البيع من ماله ﴿لم يضمن المستأجر أجرة ولا قيمة﴾ .

وفى الجواهر للاصل السالم عن المعارض من غير فرق ، بين الخطاء والعمد ، وبين علم المستأجر وجهله ، بل لو أمره نفسه فحملها جاهلا لم يكن عليه شيء ، بل لعله كذلك لو كان قدهياةً للتحميل المفرد بفعل الموجر كما عن التذكرة انه قواه ، لكنه تردد فيه فى المسالك انتهى .

وكيف كان فزمان الدابة لو تلفت على عهدة من كان سببا له مستأجراً كان او اجنبياً او مالكا بمعنى ذهاب التلف من كيسه لان نفسه اقدم على زيادة الحمل طمعاً لبيع امواله زيادة عن مقدار المسمى .

وقد اشار المصنف الى زيادة الاجنبى بقوله ﴿ولو كان المعتبر﴾ والمحمل ﴿اجنبياً﴾ من غير علمهما ومن غير انهما ، فهو متعد عليهما ، يضمن الدابة لصاحبها والطعام لمالكه ﴿لزمته أجرة الزيادة﴾ للموجر .

ومن ذلك يعلم ما فى عصرنا الحاضر من كون وسائل الحمل والنقل بالسيارات فلو اجار ما يسمى بماشين ونحوه الى مكان معين وحمل معين فان كان المستأجر متعمدا فيهما وحصل عيب فى السيارة لتجاوزه عن مقدار المسمى كان ضمان جميع ما يتضرر المالك عليه مع اجرة المثل عن الزيادة ولو كان نفسه فلا بمعنى وقوع الضرر على نفسه ولا فرق فى الجميع بين العلم والجهل .

الشرط * الخامس أن تكون المنفعة مباحة فلو آجره مسكناً ليحرز فيه خمراً أو دكاناً ليبيع فيه آلة محرمة أو أجييراً ليحمل له مسكراً * أو جارية للغناء أو كاتباً ليكتب له كفوياً ونحوه * لم تنعقد الاجارة ، وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة ، لامكان الانتفاع في غير المحرم ، والأول أشبه ، لأن ذلك لم يتناوله العقد * بل لعله من الواضحات بل الاجارة موجبة للمعصيان .

والفرض ان العين المستأجرة معدة لخصوص المحرمات ومجرد اماكن الانتفاع بها في غير المحرم اعم من الوقوع بل وقوع المنفعة الحلال حينئذ مظنون العدم فان من اجاره لذلك لا يجعل فيها كسباً حلالاً فالاقوى عدم الجواز ولو مع احتمال جعلها لامر حلال .

* و * كيف كان ف * هل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه : * والمراد بالمزوق هو النقوش كما اذا كان مكان جدرانها منقشا بنقوش مختلفة وتصاوير عجيبة بحيث مال الناس الى النظر اليها فاجاروا هذا المكان للنظر الى نقوشه .

* قيل * والقائل ابن ادريس * نعم * واختاره في التنقيح واستحسنه في المسالك * وفيه تردد * وفي الجواهر كما في القواعد بل منعه في محكي الخلاف والمسبوط للسفه ، لأنها منفعة ليس للمالك منعها ، كالأستغلال بالحائط والحق الجواز مع عدم السفه ، و كان كاجارة الكتاب الذي فيه خط جيد للتعلم منه انتهى اقول لو كان الاجتماع والنظر ائيه لا يترتب عليه فساد ومعصية فلا مانع له من الشرع كالتفرج الى مكان الماء والخضراء كما قيل :

ثلاثة يذهبن عن قلب الحزن الماء والخضراء والوجه الحسن

فرؤية الماء الخضراء الذي يجوز النظر اليه شرعاً لا يمنع له والنظر الى بعض النقوش كذلك .

واما ان كان الاجتماع فيه والنظر اليها موجبا للفساد وتحريك الشهوات كالامكنة المسمى في عصرنا [به سينما] فلا يجوز الذهاب اليها والاجتماع

فيها وعليه يمكن الاختلاف في الجواز والعدم راجعا الى الوجهين .
 الشرط * السادس أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها فلو آجر عبداً
 آبقا او ابلا فرت لم تصح * للسفه * ولو ضم اليه شيء * لحرمة القياس على
 البيع عندنا * و * لكن * فيه تردد * .

وفي الجواهر من ذلك ، ومن أولوية الاجارة من البيع ، لاحتمالها من الفرر
 ما لا يحتمله البيع ، انتهى بيان ذلك ان القياس فيما كان بين الاصل والفرع تساو
 من جميع الجهات ففي المقيس عليه جاز البيع مع الضميمة فكذا في المقيس
 لعدم الفرق والقياس عبارة عن حمل شيء على غيره في اثبات مثله حكمه له
 لاشتراكهما في العلة بل ظاهر الجواهر اولوية الاجارة من البيع لاقولية الفرر في
 الاجارة وفيه تأمل واضح بل يحتمل في ضميمة البيع ما لا يحتمل في الاجارة من
 الصحة في البيع دون الاجارة اذ الضميمة في البيع لاجل انه لو لم يقدر على المبيع
 كان المبيع هو الضميمة فكانه باع كليهما بخلاف الاجارة فان الاجارة فيما كانت
 المنفعة معلومة لا بد لاجلها وقعت الاجارة والضميمة في الاجارة لانفيد فائدة المنفعة
 الملحوظة في الاجارة وليست لنفسه بل لاجل استيفاء المنفعة منهما عوض الابق
 وكثيرا ما لا يحصل الغرض من الضميمة ففي مثل الابل الآبقة كانت منفعتها الحمل
 والر كوب عليها فالضميمة ان كانت ابلا اخرى فكانت هي العين المستجارة وان كانت
 غيرها فلا يفيد فائدتها بخلاف البيع فان الضميمة مكان الاصل مع كونها مجهولة
 وغير ذلك من المحظورات فالقوى هو البطلان ولو مع الضميمة وبالجملة الضميمة
 في البيع تفيد وفي الاجارة لانفيد .

* ولو * استأجر شيئا * منعه الموجد منه * اى من تسليمه أصلا واستيفاء
 منفعتها أجمع ، ولم يتمكن من جبره على أخذ العين منه ، أو تمكن ولم يفعل
 * سقطت الأجرة * .

وفي الجواهر عند الشيخ ، وفيما حكى عن التذكرة لانفساخ العقد قهرا ،

تنزيلا لذلك منزلة التلف قبل القبض ، المقتضى للانفساخ انتهى .
 وفي المسالك قال الظاهر ان سقوطها مشروط بالفسخ لتعذر حصول العين
 المطلوبة فاذا فسخ سقط المسمى ان لم يمكن دفعه والاسترجعه وبهذا صرح في
 عد ويحتمل ضعيفا كون سقوطها غير متوقف على الفسخ تنزيلا لتعذر تسليمها
 منزلة التلف فكما انه مع التلف ليس له غير الاجرة المسماة فكذا هنا واختار هذا
 الاحتمال في كرة لكن قيده بمنع الموجر المستاجر من العين من غير ان يستوفى
 المنافع وقرب بثبوت الخيار لو استوفى وما اختاره المصنف من التخيير حسن لان
 المنفعة صارت حقه وقد غصبها الموجر فيجب عليه عوضها كالاجنبى فتخيير المستاجر
 بين الفسخ فيسقط المسمى ولارجوع حينئذ بالتفاوت بين المسمى واجرة المثل وبين
 البقاء على الاجارة واخذ عوض المنفعة وهو اجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو زيادة
 اجرة المثل عن المسمى ان كان انتهى .

ولقد اجاد المصنف وشارحه في المسالك و كذا الجواهر فان سقوط اجرة
 المسمى وانفساخ العقد و كونه بمنزلة التلف على خلاف ميل المستأجر حيث ملك
 بالمسمى المنافع للعين فلا وجه لبطلانه بمنع الموجر حتى يكون ذلك وسيلة
 لابطال الموجر عقد الاجارة فالمستأجر بالخيار .

ويؤيده انه لو سقطت الاجرة بمجرد المنع من العين وبطلان الاجارة فلا ينفعها
 لو وقع بينهما كلام ونزاع فندم الموجر ورد العين اليه بل يحتاج الى عقد جديد
 ويمكن ان لا يوافق المالك بعداً بخلاف ما اذا قلنا بالخيار له وان شاء فسخ وان
 شاء بنى عليه وبطلانه باجرة المثل فليس انه بمجرد المنع من العين بطلت والفرق
 بينه وبين التلف السماوى .

مضافا الى النص ما لا يخفى فانه في التلف السماوى لا يبقى محله لبقاء العقد
 وصحته لذهاب موضوع الاجارة بخلاف المنع الابتدائى الذى يحتمل الرد اليه
 او اجبره الحاكم فلو سقطت بالمنع فلا ينفعه حكم الحاكم ايضا بالقوى بقاء العقد

وله اجباره بالدفع ان شاء وله فسخه حتى يسقط ﴿ و ﴾ ان لم يختر الفسخ كان العقد باقيا .

ولذا قال المصنف ﴿ وهل له ان يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت ﴾ بين المسمى وبين اجرة المثل فلو رده العين اليه لانتفى بالمنفعة المسمى وحيث منعه منها قد حرمه من المسمى فعليه دفع التوفير .

﴿ فيه تردد ﴾ عند المصنف ثم اختاره بقوله ﴿ والظاهر نعم ﴾ لاصالة اللزوم وانه ليس له الا المنفعة التي تسمى في العقد وفوتها المالك عليه فله الخيار وعدم الفسخ والمطالبة باجرة المثل ان زادت المثل عن المسمى والاقال المسمى .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ لم يمنع ظالم ﴾ عن الانتفاع بالعين ، بأن غصبها منه ﴿ قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ ﴾ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه ، وبين الالتزام ﴿ والر جوع على الظالم بأجرة المثل ﴾ وفي الجواهر عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله ، لما عرفت من فوات القبض الذي هو مقتضى المعاوضة .

وظاهر المصنف وغيره اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون الموجر وهو كذلك . لأصالة البراءة انتهى .

ولا يخفى ما فيه اذا فرض كون الغصب قبل القبض فهو في ضمان المالك بلا اشكال كما لو تلف بالتلف السماوى فهو بمنزلة تلف قبل القبض فهو من مال المالك كما في البيع خصوصا فيما لم يقدر من الرجوع على الغاصب كما هو كذلك غالباً فاما دام العين في يده المالك كان الضمان عليه وانما يصح له الرجوع الى الغاصب اذا كان بعد تسليم العين المستأجرة عليه واما قبله فكان الغاصب حينئذ ضامناً للمالك والمستأجر المنفعة للثانى والعين للمالك فان المستأجر امين وفي مثل غصب الغاصب لا يكون عليه شيئاً كما لو تلف بالتلف السماوى .

﴿ ولو كان ﴾ الغصب ﴿ بعد القبض ﴾ في ابتداء المدة أوفى أثنائها ﴿ لم تبطل ﴾ الاجارة لاصالة اللزوم فليس له الفسخ ﴿ و ﴾ حيث ان الغصب بعد القبض فقد خرج

عن عهدة المالك فلا جرم ﴿ كان له الرجوع على الظالم ﴾ فانه بعد القبض فكان خصم المستأجر هو الغاصب لا المالك كما هو كذلك في البيع فالغاصب ضامن لاجرة المثل للمستأجر والمعين للمالك ﴿ واذا انهدم المسكن ﴾ .

وفى الجواهر مثلاً وفات أصل الانتفاع ولم يمكن اعادته انفسخت الاجارة، لتعذر المستأجر عليه ، فله من المسمى حينئذ بنسبة ما فات من المنفعة ، انتهى والظاهر عدم انفساخ الاجارة بمجرد الانهدام بل الانفساخ مشروط بعدم امكان الانتفاع بالعين بوجه واما مع امكان الانتفاع ولو بامكان بنائها المالك بسرعة او امكان الانتفاع بوجه آخر فالاجارة بحالها الاصاله اللزوم فلا خيار حينئذ للمستأجر في الفسخ فالخيار انما يكون له اذا لم يكن الانتفاع وحينئذ تبطل الاجارة بالفسخ ولعله الظاهر من المصنف حيث قال ﴿ كان للمستأجر فسخ الاجارة الا ان يعيده صاحبه ويمكنه منه ﴾ حيث ان ظاهره ان الانهدام موجب للفسخ مع عدم اعادته المالك كما ان ظاهره عدم انفساخ الاجارة بمجرد الانهدام بل كان له الفسخ وانه ان انفسخ فسخ الاجارة والا فلا .

وبالجملة مقتضى اللزوم بقائها بحالها و كان للمستأجر خيار الفسخ .

و حينئذ ان اصلحه المالك والافسخ وبطلت و عليه من المسمى بقدر ما استفاده قبل الخراب ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ ظاهر العبارة ان التردد راجع الى الاستثناء حيث كان ظاهر المستثنى منه ان بالهدم كان له فسخ الا ان يعيده المالك فلا يكون له الخيار .

وفيه تردد من ثبوت الخيار له بالهدم الا في صورة الاصلاح ومن انه مطلقا له الخيار حتى في صورة الاصلاح كما عن جامع المقاصد والشهيد اختياره وقوته ويكون المحاصل انه بالانهدام يحصل له الخيار في الفسخ وعدمه ولو كان بناء المالك بالاصلاح .

وفى المسالك بعد العبارة قال واذا انهدم المسكن الى قوله وفيه تردد

مقتضى جواز الفسخ ان العقد لا يفسخ بنفسه ولا بد من تقييده بإمكان ازالة المانع او بقاء اصل الانتفاع فلو انتفيا معاً انفسخت الاجارة لتعذر المستأجر عليه والمراد باعادة المالك المستثناة لرفع الخيار ما كانت بسرعة بحيث لا يفوت شيء من المنافع وان قل والابقى الخيار بغير تردد ومنشأ التردد على تقدير اعادته كك من زوال المانع من عدم فوات شيء من المنافع ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب اذ لم يدل دليل على سقوطه بالاعادة وهو قوى انتهى .

وظاهره ايضا كان التردد راجعاً الى الاستثناء وانه اذا اراد الاصلاح زال المانع فلا وجه للخيار ومن ان الانهدام موجب للخيار زال المانع اولاً وحينئذ يمكن ان يختار بالانهدام الخيار مطلقاً بل لعله الحق لامكان قول المالك بالاصلاح وشرع فيه وتمادى فيه او حصل مانع آخر لاتمامه ولو بدون تقصير من المالك وكان فيه ضرر على المستأجر حينئذ فله فسخه حينئذ .

فتلخص ان الانهدام لا يوجب البطلان مطلقاً مع امكان زوال الموانع فوراً بل كان العقد بحاله لكن للمستأجر هو الخيار فيمكن له الفسخ ولو مع زوال المانع واردة المالك للاصلاح والمسألة مشككة فى الجملة قال فى الحدائق ما هذا لفظه فههنا صور: الاولى : أن تتلف العين المستأجرة لاستيفاء المنافع منها قبل القبض ، ولاشكال فى بطلان الاجارة . لأن استيفاء المنفعة أحد العوضين ، فاذا فات قبل قبضه بطل كما فى البيع ، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض فى البيع ، كما أن استيفاء البعض كقبض بعض المبيع .

الثانية : ان تتلف العين بعد القبض وقبل استيفاء شيء عن المنافع ، والحكم كما تقدم من بطلان الاجارة لفوات أحد العوضين .

الثالثة : أن يكون التلف بعد القبض واستيفاء بعض المنفعة والحكم فيها أنه يصح فيما قبضه ويبطل فيما بقى ومثله ما لو تجدد فسخ الاجارة والحال كذلك ويرجع من الأجرة ما قابل المتخلف ويقسط المسمى على جميع المدة انتهى .

وكيف كان فالمسألة غير خال عن الاشكال بعد وضوح انه بالانهدام قد خرج عن الانتفاع فهذا التفصيل قد يحتاج اليه وانه لو انهدم قبل القبض فلا يمكن الانتفاع منه فكيف يتوقف البطلان على الفسخ بل بمجرد الانهدام قد خرجت العين عن الانتفاع الموجب للبطلان وكذا بعد القبض وقبل انتفاع بشيء من المنافع فالبطلان في القسمين اظهر وكان الضمان على المالك نعم في الثالث الذي ذكره يمكن القول بعدم البطلان بل له الخيار.

وقال المحقق الخو انسارى في جامعه واما بطلان الاجارة بتلف العين قبل القبض أو امتناع الموجر من التسليم ففي صورة تلف العين بحكم بالبطلان من جهة أن استيفاء المنفعة أحد العوضين فاذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع ، ويمكن أن يقال ان قلنا في البيع بانفساخه من جهة تلف المبيع فهو من جهة النص ولاوجه لمقايسة باب الاجارة بباب البيع نعم لو كانت العين غير قابلة لاستيفاء المنفعة أمكن القول ببطلان العقد أصلاً من جهة عدم صحة المعاوضة بخلاف مالو كانت قابلة فاتفق التلف السماوي من غير فرق بين ما كان قبل القبض أو بعد القبض لكن الحكم المذكور كانه من المسلمات بينهم وظاهر كلماتهم أن الاجارة من حين العقد مملوكة للموجر بتمامها وبالتلف قبل القبض أو بعده أدى أثناء المدة ترجع الى المستأجر كلاً أو بعضاً من حين البطلان كما في تلف المبيع قبل القبض وقد يفرق بين تلف المبيع قبل القبض والتلف في باب الاجارة حيث ان المبيع قبل القبض مال موجود قوبل بالعوض فبالتلف يعرض البطلان فلو تصرف البايع في الثمن قبل البطلان تصرف في ملكه وتلف العين المستأجرة كاشف عن عدم كون الموجر مالكاً للمنفعة الى تمام المدة فلم ينتقل ما يقابلها اليه فتصرفه في ما يقابلها تصرف فضولي في ملك الغير انتهى . قوله ان قلنا في البيع الخ اقول الانفساح في البيع بالنص ليس الامن حيث الضرر وهو موجود في الاجارة فالمالك للسراية موجود فوحدة المالك يوجب

للسراية في الاجارة ايضا .

وكيف كان فبعد التلف او امتناع الموجد من التسليم كان الخيار باقيا بحاله لان العقد يبطل والامر بيد المستأجر في الفسخ والامضاء واجبار الموجد بالبناء وان لم يمكن فالفسخ .

﴿ولو لو تمادى﴾ و آخر ﴿الموجد في﴾ امر ﴿اعادته﴾ فالخيار باق ، وان أعاده كما سمعت ، ﴿فـ﴾ ان ﴿فسخ المستأجر﴾ حينئذ ﴿رجع﴾ بنسبة ما تخلف من الاجرة ان كان سلم اليه الاجرة ﴿والادفع اليه منها ما قابل ما استوفاه منها﴾ بالاخلاف ولا اشكال في ذلك ،

ثم ان هذا كله من تحقق الضرر من جهة التلف او امتناع الموجد من التسليم فلو كان لحصول خوف للمستأجر من حصول حادثة عامة في ذلك البلد كالوباء وشيوع مرض متلف او خوف خراب البلد من جانب الخصم بحيث يوجب المنع من الإقامة فهل يبقى الخيار ايضا فالظاهر نعم لوجود الضرر بل الضرر هنا اقوى من ضرر منع الموجد فان الضرر هنا على النفس و هناك على المال والاول اقوى .

ثم انه قال في الجواهر ولو استأجر داراً للمسكني مثلاً فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد تخير في الاقوى ، وفي القواعد نظر ، ولعله فرق بين هذه المسألة والسابقة ان الخوف في تلك على المستأجر والدار بخلافه هنا فانه على المستأجر دون الدار ولذا نظر في هذه وقرب الخيار في الاولى ، الا أن الظاهر ثبوت الخيار في المقامين لقاعدة لا ضرر بعد عموم العذر شرعاً عن الاستيفاء ، بل ربما احتمل الانفساخ قهراً انتهى .

ولا يخفى انه مسألة مهمة وكثيراً ما يتحقق لها مصداق فاجار الدار للسكونة ثم ظهر خوف عام للمجتمع في الإقامة فندم المستأجر واراد النفر فالظاهر ثبوت الخيار له في الفسخ والاقامة .

الفصل ﴿ الثالث في احكامها ﴾

﴿ وفيه مسائل : الاولى : اذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة ﴾ بالخصوص
﴿ عيباً ﴾ سابقاً لم يعلمه ﴾ كان له الفسخ ﴾ .

وفي الجواهر كما عن المبسوط وغيره بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه
وعن التذكرة لا تعلم فيه خلافاً اذا كان سابقاً يوجب نقصاً تتفاوت به الاجرة
وحكى فيها عن ابن المنذر نفى الخلاف فيه ايضاً ، بل اكثر من الامثلة لذلك
وظاهر بعضها تجدد العيب فضلاً عن سابقه ، لكن تقييدهما بالمنقص ، مناف
لاطلاق جماعة وصريح آخرين كما انه صرح غير واحد بل لأجد فيه خلافاً بينهم
بل لعله معقد نفى خلاف التذكرة وابن المنذر بقريئة ما ذكره من الامثلة
عدم الفرق في ثبوت الخيار المزبور بين استيفاء بعض المنفعة وعدمه ويكون
كخيار الغبن في عدم السقوط بالتصرف ، وبذلك يفترق عن خيار العيب في البيع
الذي يتعين الارش به ، بل صريح قول المصنف كغيره ﴿ او الرضا بالاجرة من غير
نقصان ﴾ عدم الارش هنا اصلاً انتهى .

اقول لا كلام في ثبوت الخيار له بالعيب فله فسخه بلا اشكال والاشكال
في اختياره بدون الارش اذا الفرض انه معيوب وهو ضرر على المستأجر ولا
يجبره الخيار وكذا صبره مع عيبه وانما يجبر ضرره بالارش فلو لم يجز كان
مشكلاً جداً .

قال في الجواهر نعم في اللمعة « وفي الارش نظر ، وفي جامع المقاصد تارة
ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصاً للمنفعة ، فانه مع ذهاب بعض
العين يجب التقسيط قطعاً مع الخيار ، واخرى الاصح وجوب الارش وثالثة لأستبعد
ثبوت الارش كثيراً واستوجهه في المسالك ، واستحسنه في الروضة .

وكان الوجه في ما ذكره الاصحاب ان العقد انما جرى على هذا المجموع
وهو باق ، فاما ان يفسخ أو يرضى بالجميع ، وثبوت الارش في البيع للنص فلا نقاس

عليه الاجارة والضرر مندفع بالخيار الذى هو المعتقد فى جبر الضرر الناشى من لزوم العقد ، وبذلك ظهر أن الثابت الخيار خاصة فى الفرض انتهى .

قوله و ثبوت الارش فى البيع للنص فيه ان كونه فى البيع للنص ليس الا للضرر الموجود فى المقام وليس لمجرد التعبد و كون الفسخ والصبر كليهما حاضراً ولا يصلح احدهما الا الفسخ بالميل او البقاء مع الارش .

﴿ولو﴾ كانت للموصلية اى وان ﴿كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة﴾ بمعنى اذا لم يفوت به شىء أدفات به البعض كما عن المسالك قال : دلا ما اذا كان يفوت به الجميع ، لان ذلك يبطل العقد ، فالمراد عيب لم يفوت به شىء لقلته ادفات به البعض ومع ذلك كان له الفسخ او الامضاء مع الارش قال فى الحقائق ما هذا لفظه :

ثم ان ظاهر كلام الاكثر هو ما ذكرناه آنفاً من التخيير بعد ظهور العيب بين الفسخ والرضا بالاجرة وذهب جماعة منهم المحقق الثانى والشهيد الثانى الى أن له مع الرضا الارش فهو مخير عندهم بين الفسخ والرضا بالارش قال فى الروضة بعد قول المصنف وفى الأرش نظر ما لفظه : من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باق ، فاما ان يفسخ او يرضى بالجميع ، ومن كون الجزء الفائت او الوصف مقصودا للمستأجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التى هى احد العوضين ، فيجبر بالأرش وهو حسن .

اقول : فيه ما عرفت من ان اصل المسئلة غير منصوص ، والظاهر انهم ذكروا هذا الحكم هنا قياساً على البيع من انه متى ظهر عيب بالمبيع تخير المشتري بين الفسخ وبين الالتزام مع الأرش ، مع ان الأخبار ثمة لاتدل على ما ذكره كما حققناه فى البيع ، وانما هو موردنا مع ظهور العيب الخيار خاصة ، واما الأرش فانما هو مع التصرف ، واما تعليقه هنا فعليل ، فان ما ذكره من ضرره هنا بنقض المنفعة يجبر بالفسخ الذى هو احد فردي التخيير ، ولا ينحصر فى الأرش .

نعم لو لم يكن له الفسخ فان ما ذكره متجه ، لكن الأمر ليس كذلك انتهى
قد عرفت ما فيه ولزوم الارش كما في البيع لازم تدبر فدعوى ان الصبر على مطلق
العيب في العين المستأجرة ضرر في محله جداً كما ان دعوى انصراف عقد اجارة
الى العين الصحيحة كالبيع في محله ايضاً .

هذا كله اذا كانت العين المستأجرة مشخصة ، اما اذا كانت مطلقة لم يفسخ
العقد بل كان على الموجر ابداله بالصحيح وان لم يمكن تخير بين الفسخ والامضاء
مع الارش .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ : اذا تعدى في العين المستأجرة ﴿ وان كانت امانة في يده ﴾
﴿ ضمن قيمتها وقت العدوان ﴾ وفي الجواهر وأن تلفت بغيره ، كما في كل امانة
تعدى فيها بالاخلاف ولا اشكال نصاً وفتوى : بل الاجماع بقسميه عليه ، لكن على
معنى دخولها في ضمانه من ذلك الوقت الى حين التلف في يده ، فيضمن قيمتها وقتها
على الأقوى ، وقيل : على القيم ، وقيل غير ذلك ، لأن المراد ضمان قيمتها حينه
وأن تلفت بعد ذلك ، واختلفت قيمتها زيادة او نقصاً كما هو ظاهر المصنف والقواعد
ومحكي التحرير والايضاح وجامع الشرايع .

ولعله لما في صحيح ابي ولاد ﴿ قلت ﴾ : ارأيت لو عطب البغل ادنفق ادليس
كان يلزم مني ؟ قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، لكن فيه بعد ذلك ﴿ قلت ﴾ : فان اصاب
البغل كسر او دبر او عقر ؟ قال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده .
والتحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولاً لاحد في غير المقام ، وربما كان
فيه ضرر على المالك اذا فرض علو قيمتها يوم التلف عن يوم العدوان ، وقد تقدم
تحقيق المسألة ويأتي انشاء الله تعالى انتهى .

قوله لكن فيه الخ مقصوده ان قوله يوم ترده ينفي القول بيوم الغصب
فالجملتان متعارضتان وقوله لم أجد ذلك قولاً ظاهره يوم الغصب لا يوم رده فانه
لا كلام لاحد في قيمة هذا اليوم وهو غير التلف والكلام في التلف وان معيار

القيمة هذا اليوم اذ يوم الغصب وقوله ضرر على المالك وان صح اي لو كان المعيار بيوم الغصب لامكان علو القيمة الى يوم التلف فهو ضرر على المالك فانه لو كانت العين بيده لباعت بقيمة عليا .

لكن فيه انه على القول بيوم التلف مضافا بان العين لو لم يتلف عند الغاصب الى آخر عمره وبعده عند وارثه لم تنقلب الى القيمة وهكذا الى الابد لبقائها حينئذ ولازمه عدم اشتغال ذمة الغاصب حينئذ ولم يترتب عليه سوى العصيان يرد عليه انه على القول بيوم التلف يمكن ان تكون قيمته فيه في غاية التنزل وتكون قبله اضعاف قيمته بخلاف اعلى القيم فان المعيار فيه هو نهاية الترقى في القيمة فهي المعيار وان تنزل يوم التلف وغيره كان على ضرر المالك فيوم التلف فيما لم يزد على يوم الغصب .

وكيف كان فقدمر الكلام في ج ٢٢ ص ١٧٨ فراجع والعمدة فيه صحيحة ابي ولاد الحنطاط قال : اكرتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا جائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه الى النيل ، فتوجهت نحو النيل ، فلما أتيت النيل خبرت أن صاحبي توجه الى بغداد ، فانبعته وظفرت به ، وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أنحلل منه مما صنعت وارضه ، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل ، فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل .

فقال لي : ما صنعت بالبغل ؟ فقلت : قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً قال : فما تريد من الرجل ؟ فقال : أريد كراء بغلي ، فقد حبسه على خمسة عشر يوماً ، فقال : ما أرى لك حقاً ، لانه اكرتراه الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل ، وسقط الكراء ، فلما رد البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكراء ، قال : فخر جنا من عنده وجعل صاحبا البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبو حنيفة ، فأعطيته شيئاً وتحملت منه .

وحجبت تلك السنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة فقال فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها، وتمنع الارض بركتها، قال فقلت لابي عبدالله عليه السلام: فماترى أنت؟ فقال: ارى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل، ومثل كراء بغل راكبا من النيل الى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة نوقيه اياه، قال: فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ فقال: لا، لانك غاصب

قال: فقلت له: أرأيت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمنى؟ قال نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز، فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك، فقلت: انى كنت أعطيته دراهم ورضى بها وحللتنى، فقال: انما رضى بها وحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم انتهى.

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ولو اختلفا فى القيمة كان القول قول المالك، ان كانت العين المستأجرة﴾ دابة وقيل: القول قول المستأجر على كل حال ﴿من غير فرق بين الدابة وغيرها﴾ وهو أشبه ﴿بل الاظهر بل اقوى لان المستأجر منكر فالقول قوله .

وفى الجواهر قال نعم عن الشيخ فى النهاية بل وغيره أن القول قول المالك فى مطلق المغصوب من غير فرق بين الدابة وغيرها، ووضوح ضعفه على كل تقدير يغنى عن البحث عن قائمه انتهى وذلك لان القول قول منكر الزيادة على كل حال لما عرفت فى كتاب القضاء من ان اليمين على من انكر ولاصالة عدم الزيادة الا اذا كان على القول بالزيادة بينة .

المسألة ﴿الثالثة: من تقبل عمالاً﴾ فى ذمته من غير اشتراط المباشرة ﴿لم يجز

أن يقبله غيره بنقيصة* كما عن النهاية والسرائر والارشاد و التحرير بل فى المتن *على الأشهر* بل فى المسالك المشهور *الأن يحدث فيه ما يستبيح به الفصل* .

ولا يخفى عدم الاستفادة من الاخبار ازيد من الكراهة .

وفى صحيح ابى حمزة «عن ابى جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال : لا» .

وفى صحيح محمد بن مسلم «عن احدهما عليه السلام انه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ، ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال : لا الا ان يكون قد عمل فيه شيئاً» .

وفى خبره الاخر عنه ايضاً «عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل قال : لا باس قد عمل» ونحوه خبر ابى حمزة عن الباقر عليه السلام المروى عن المختلف وغاية المراد .

وخبر الحكم الخياط «قلت لابى عبدالله عليه السلام : انى اتقبل الثوب بدرهم واسلمه باقل من ذلك لا ازيد على ان اشقه ؟ قال : لا بأس به ، ثم قال : لا باس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه» .

وفى خبر ابى محمد الخياط «قلت لأبى عبدالله عليه السلام : أتقبل الثياب اخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين قال : أليس تعمل فيها ، فقلت : أقطعها وأشترى الخيوط قال لا بأس» مؤيداً ذلك كله بما مر سابقاً من النصوص المتضمنة لحرمة فضل الاجير ولا ينافى ذلك ما فى خبر على الصائغ «قلت لأبى عبدالله عليه السلام أتقبل العمل ، ثم أقبله من غلمان يعملون معى بالثلثين ، فقال : لا يصلح ذلك الا أن تعالج معهم فيه ، قال : قلت : فانى أذيبه لهم قال : فقال : ذاك عمل فلا بأس» لعدم صراحة لا يصلح فى الكراهة ، بل ولا ظهور .

وكيف كان فلا استفاد من الاخبار ازيد من الكراهة كما عن الشهيدين

والعلامة فى القواعد والتذكرة فما فى الجواهر من قوله لا يخلو من نظر فى غير محله قال :

وحينئذ فما وقع من ثانى الشهيدين من الجمع بين هذه النصوص بالكراهة لا يخلو من نظر وان وافقه على الجواز الفاضل فى القواعد والتذكرة وأول الشهيدين وثانى المحققين والخراسانى ، والا أن العمدة للفاضل فى الجواز أنه روى صحيح أبى حمزة لابأس ، كما عن السرائر روايته كذلك ، وانما الموجود فيما حضرنا من نسخة الوسائل والوافى ما حكيناه ، وفى مفتاح الكراهة ليس له فى التهذيب عين ولا أثر ، والظاهر أنه سهو وغفلة ، ثم حكى عن التهذيب ومجمع البرهان والوافى روايته كما ذكرنا انتهى .

وكيف كان فمثل قوله لا يحتمل الكراهة خصوصا اذا كان فى بعضها بمثل لابأس فانه صريح فى الكراهة فما عن هؤلاء الاعلام فى استفادة الكراهة فى غابة الجودة كما ان المراد من احداث شىء يعم جميع ما يوجد فيه من المستأجر قليلا او كثيرا واصلاحا للارض وحفظها عن الخراب وامثال ذلك .

وفى الجواهر ثم ان ظاهر النص والفتوى الاكتفاء بمسمى الحدث والعمل فيه ، وحينئذ فلا اشكال فى الجواز . وفى اللعة لا بحث كما فى الروضة الاجماع عليه ، ولم يذكر أحدهما الجواز باختلاف الجنس انتهى واختلاف الجنس عن الشيخ لتوهم لزوم الربا فى اتحادهما تدبر .

﴿و﴾ كيف كان فحيث يكون العمل فى العين ﴿ لا يجوز تسليمه الى غيره الا باذن المالك ﴾ لأنه امانة فى يده ﴿و﴾ حينئذ - ﴿ لو سلمها من غير اذن ﴾ فتلفت ﴿ضمن﴾ للتعدى كما هو واضح .

ثم اعلم انه عن المسالك بعد أن فرض المسألة على تقدير القول بجواز التقبيل ما هذا لفظه المحكى « والوجه حينئذ أنه مال الغير ولا يصح تسليمه الى غير من استأمنه عليه ، وجواز اجارته لا تنافى ، بل يستأذن المالك ، فان امتنع أى المالك

رفع الاجير أمره الى الحاكم فان تعذر احتمال جواز التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثانى وحق المالك فيقدم العامل وفاء بالعقد ويحتمل تسلطه على الفسخ لا غير لان المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء ويمنعه من شاء والحال أنه لم يرض بأمانته ولو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقبيل كان حسنا لصحيحة على بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام فى عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم الى الغير اذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه .

واذا كان الضمان ساقطامع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك ، فسقوطه مع كون المنفعة للمالك اولى ، واليه مال فى المختلف ، وابن الجنيد جواز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا ، ولكن ينبغى تقييده بكون المدفوع اليه ثقة والا فالمنع أوجه ، انتهى .

وهذا هو الظاهر من صحيح على بن جعفر - عن أخيه عليه السلام الذى هو وسألته عن رجل استأجر دابة ، فأعطاها غيره فنفقت ما عليه؟ قال: ان كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وان لم يسم فليس عليه شيء ، خلافا لما فى الجواهر حيث انه قال بعده لاصراحة فيه بل ولا ظهور فى خروج العين عن يد المستأجر الأول وانما المراد ، السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها ، وان كانت هى يد الأول ، ولا ريب فى أن الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا ذلك انتهى .

ولا يخفى ان التمسك بالصحيح من حيث جواز التسليم الى الغير فيصح التمسك به .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ : يجب على المستأجر سقى الدابة وعلفها و ﴿ حينئذ ﴾ لو أهمل ضمن ﴿ وفى الجواهر ﴾ كما فى الارشاد ، وعن الروض وظاهر النهاية والسرائر انتهى ان اريد وجوبه على المستأجر من ماله ففيه منع واضح الا ان يشترط عليه المالك نفقة الحيوان وان اريد الضمان مع لزوم الرجوع الى مالكة فهو حق فيكون المراد انه وجب عليه نفقة الحيوان والاخذ من مالكة بقدر

ما انفق ولو تر كه مع الرجوع الى المالك وتلف الحيوان عليه ضمانه وهو واضح
المسألة ﴿الخامسة﴾: اذا افسد الصانع ضمن ولو كان حاذقاً ، كالقصار يحرق
الثوب أو يخرق ، أو الحجام يعجنى فى حجامة ، أو الختان يعخن فى سبق موساه الى
الحشفة أو يتجاوز حد الختان ، و كذا ﴿الكحل﴾ و ﴿البيطار﴾ ، مثل أن يحيف على
الحافر ، أو يفصد فيقتل ، أو يعجنى ما يضر الدابة ، ولو احتاط واجتهد .

قال فى التذكرة لو ادعى الصايغ او الملاح او المكارى هلاك المتاع وانكر
المالك كلفوا البينة لانهم ادعوا خلاف الاصل فان فقدت فعليهم الضمان وقال بعض
علمائنا يكون القول قولهم مع اليمين لانهم امناء وهو اشهر الروايتين الى ان
قال وفى حديث معوية بن عمار الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الصباغ
والقصار قال ليس بضمنان قال الشيخ (ره) الوجه فى هذا الخبر انهما لا يضمنان اذا
كانا مامؤنين فاما اذا اتهمتهما ضمنهما جمعاً بين الاحاديث اذا عرفت هذا فلو ادعى
المالك التفريط وانكره فالحقول قولهم مع اليمين لاصالة البراءة انتهى .

وفى المسالك بعد قوله اذا افسد الصانع ضمن الى قوله على الاصح قال اما
الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق ولا فرق فى ذلك بين الحاذق وغيره
ولا بين المختص والمشارك ولا بين المفرط وغيره و لان التصرف فى مال الغير
بالاتلاف من غير اذن يقتضى الضمان ولا يدفعه عدم التفريط واما عدم الضمان لو تلف
من غير تفريط بغير فعله فقول انه كك بل ادعى عليه المرضى الاجماع وما اختاره
المصنف اقوى لاصالة البرائة ولانهم امناء فلا يضمنون بدون التفريط وفى كثير
من الاخبار دلالة عليه والاجماع ممنوع انتهى .

قوله فقيل انه كذلك اى فى الضمان يعنى عليه الضمان ولو لم يكن بفعله
وعليه اجماع المرضى قوله وما اختاره المصنف وهو عدم الضمان لو لم يكن بفعله
وبسبه هو الاقوى .

وقال ايضا عند قوله ﴿وكذا الملاح والمكارى ولا يضمنان الا ما يتلف عن

تفريط على الاشبه ما هو لفظه هذا هو الاقوى لما تقدم ولعدم دخولهما في اسم الصانع الذي وقع عليه الاجماع والشيخ استند في ضمانهما الى رواية ضعيفة السند انتهى اى عدم الضمان لو لم يكن بسببه وفعله ثابت في الملاح والمكارى فكلام هؤلاء الاعلام فى انه لو تلف احيانا واتفقا لم يكن ضامنا وانما يكون لو تلف بسبب عمله بحيث لو لم يكن عمله لم يمت وقد عرفت ان الموت الاتفاقي لم يكن محل كلام ايضا وان محل النزاع انه لو تلف فى حال العمل وبسببه ضامن اولا . وبالجملة ان قوله وقيل مقصوده عدم الضمان لا التفصيل بين كون التلف بفعله وعدمه كى يقال باضمان فى الاول وبعدمه فى الثانى مع ان الموت لو حصل بامر خارج ولو كان فى اثناء عمله لم يكن مربوطا بعمله .

فظاهرا كثر الكلمات هو الضمان وعدمه وهو ايضا ظاهر الاخبار وان بعضها ظاهر فى الضمان وبعضها فى عدمه والقائلون بالضمان مطلقا حيث يرون الاخبار دالة على عدم الضمان فالجئوا الى حملها على الفوت الاتفاقي مع ان الاخبار الدالة على عدم معللة بانهم امناء ولاضمان عليهم والقائلون بالعدم ايضا كذلك وكيف كان فقد وقع القوم فى الاختلاف الشديد على طرفى الالبات والنفى مثل الشيخ والسيد المرتضى وغيرهم على الضمان وامثالهم فى علو المقام على عدم وصاحب الجواهر قد حمل ما دل على عدم الموت الواقع لاسببه وفساده واضح اذ الكل يعلمون ان الموت اذا وقع بحيث لم يكن مربوطا بعمل الطبيب لوجه لتوهم الضمان عليه فقال بعد قوله على الاشبه بل لم يحضرنى خلاف فيه ، لما ستعرف من أن خلاف المرتضى وغيره فى قبول قولهما ، لافى عدم ضمانهما مع معلومية التلف كذلك انتهى .

قال فى الخلاف الختان والبيطار والحجام يضمنون ما يجنون بافعالهم ولم اجد أحداً من الفقهاء ضمنهم بل حكى المزنى ان احدا لا يضمنهم - دليلنا - اجماع الفرقة المحققة انتهى اى على الضمان وهذا ظاهر كلمات الاصحاب وانت

تنصف من نفسك وتنظر فى الصحيح من قول ابى عبد الله عليه السلام قال لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فهل ينظر الى تفصيل القوم ولاحظ فيه عدم الضمان فى غير الفعل وعمدة ما يمكن ان يقال حمل اخبار عدم الضمان على التقية وهو فى غاية البعد .

وفى الجواهر بعد قول المصنف اذا افسد الصانع ضمن قال بلا خلاف اجده فى شىء من ذلك بين المتقدمين والمتأخرين منا .

بل فى محكى الانتصار الاجماع على ضمان الصانع ، كالتخياط والقصار وما اشبههما لما جنته ايديهم على المتاع بتعد وغير تعد ، وفى جامع المقاصد والمسالك والتنقيح الاجماع على ضمان المانع ما يتلف بيده حاذقاً كان او غير حاذق مفرطاً او غير مفرط ، وفى محكى السرائر نفى الخلاف بين اصحابنا عن ضمان الملاحين والمكارين ما تجنيه ايديهم على السلع ، وفى التنقيح نفى الخلاف عن ضمان الصانع وفى الكفاية انه لا يعرف فيه خلافاً ، وفى محكى الخلاف والغنية الاجماع على ضمان الختان والحجام و البيطار الى ان قال بعد ضمان ختان قطع حشفة غلام ما لفظه الذى عن المقتصر ان عليه عمل الاصحاب وعن تعليق النافع ان عليه العمل وديات النافع انه مناسب للمذهب ، بل عن السرائر انه صحيح .

ومن ذلك يعلم الحال فى ضمان الحجام والختان ، وان لم يتجاوز لمحل القطع اذا اتفق حصول التلف بفعله ، لكن فى محكى السرائر لولم يتجاوز محل القطع مع حدقتهم فى الصنعة ، فانفق التلف ، فانهم لا يضمنون ، وعن الكفاية انه غير بعيد وفيه انه مناف لقاعدة الاتلاف وغيرها ثم قال ولكن قد يناقش بعدم صدق الجناية على ذلك ، ونحوه مما بين مستأجر عليه ومأذون فيه ، بل لعل ذلك هو التحقيق فى المسألة ، وبين ضمان الصناع لما يجنيه ايديهم وأن كان من غير تقصير منهم ، بل وكذا الطبيب والبيطار اذا حصل التلف بالطبابة والبيطرة ، ولعل ذلك مقتضى القاعدة فضلاً عن النصوص الى ان قال :

وحينئذ لا ضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعة والعمل ، وان اتفق نقصان

قيمة الثوب مثلا بحصول العمل منه ، و كذا المأمور بالختن والحجامة ونحوهما ولم يكن منه فساد وخيانة من حيث العمل المأمور به ، وأن اتفق التلف به نعم لو كان ذلك بعنوان الطبابة والبيطرة ترتب الضمان لحصول الفساد بما كان يراد منه الصلاح وان لم يكن عن تقصير والله العالم انتهى .

وظاهره قده هو ميله الى العدم والرجوع عن المشهور خصوص بقريضة نقله خبر بكر بن حبيب الآتى وخصوصا مثل ما حكاه قده عن السرائر والكفاية الموافق للقاعدة لشيء الاول كون الختان حاذق الثانى عدم التجاوز عن محل القطع وحينئذ من المعلوم ان الموت لا يكون له مدخلية فى العمل بل هو لمجرد الاتفاق او كان المزاج مهيباً للموت فلا يستند الى الختان وفى الحدائق ما هذا لفظه :

لا ضمان عليهم الا فيما يهلك مما افسدوه او يكون بشيء من جهتهم او بتفريط منهم وما اشبه ذلك ، فان هلك من غير ذلك لم يكن عليهم شيء من ذلك ، وبه قال ابو الصلاح وسالار .

وقال ابن ادريس : اختلف اصحابنا فى تضمين الصناع والمكارين والملاحين فقال بعضهم : هم ضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البيعة ، الا ان يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والفرق والنهب كذلك ، فأما ما جنته ايديهم على السلع فلا خلاف بين اصحابنا انهم ضامنون له ، وقال الفريق الآخر من اصحابنا وهم الاكثرون المحصلون : ان الصناع لا يضمنون الا ما جنته ايديهم على الأمتعة او فرطوا فى حفاظه ، وكذلك الملاحون والمكارون والرعاة وهو الأظهر والعمل عليه ، لانهم امناء سواء كان الصانع منفردا او مشتركا .

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والوجه اختار الشيخ ، لنا الاصل براءة الذمة وعدم الضمان ، فان ايديهم ليست عادية ، وهم امناء فلا يتعلق بهم ضمان الا مع تعدد او تفريط ، كالمستودع وغيره .

اقول : وعلى هذا القول جرى المتأخرون انتهى وغيرهم .

وقال فى القواعد [ولو ختن صبيا بغير اذن وليه او قطع سلعة انسان بغير اذنه او من صبى بغير اذن وليه فسرت الجنابة ضمن].

وفى مفتاح الكرامة بعده ما لفظه كما صرح بذلك كله فى التحرير وجامع المقاصد و كذا ديات الكتاب حيث صرح بالضمان فى الطفل والجنون بغير اذن الولى وفى ظاهريات التنقيح الاجماع على الضمان فى الطفل والمجنون والمملوك بغير اذن الولى والمالك والوجه فى ذلك انه اذا لم يكن هناك اذن من البائع او الولى او المالك كان عاديا بفعله قطعاً كما فى جامع المقاصد .

وقد حكي لنا فيما سلف قريبا عن مفهوم هذه العبارة ومفهوم المذهب وصريح التحرير عدم الضمان مع الاذن وقد عرفت انه خيرة السرائر وان ظاهر الاصحاب على خلافه الى ان قال بعد قوله [ولو أخذ البراءة من الولى ففى الضمان اشكال] ولا ترجيح أيضاً فى الايضاح وفى (جامع المقاصد) ان عدم الضمان أقوى وفى (الحواشى) انه قوى كما تقدمت الاشارة اليه قريبا وقد أسبغنا الكلام فى ذلك فى باب الديات وحكي لنا هناك عدم الضمان عن أحد عشر كتاباً منها المذهب والشرائع واكثر ما تأخر عنها اذا أخذ البراءة من الولى او المريض انتهى .

وعلى هذا كيف يحصل الاعتماد على صحة الضمان فى مثل ذلك الامر العظيم الذى يتوقف عليه سلامة الانسان الذى لولاه لقطع وانسد منه جميع امور الدنيا والآخرة لنفسه ولغيره لسراية ذلك الى الجميع ورفعوا اليد عن التكسب من امثال هذه الصنایع التى لا تنفك عن الضمان فاللازم هو التأمل التام فى كلمات الاصحاب والروايات الواردة فى الباب مع ان المسألة خلافية قطعاً كما عرفت من نقل عباراتهم فالمسألة بالتأمل فيها تليق وبالدفقة فيها تحقيق .

وتوهم ان القائلين بعدم نظيرهم الى الموت الواقع فى اثناء عملهم من دون ربط بالعمل فاسد لبداية انهم معللون ذلك بانهم امناء فای مناسبة لذلك بالموت الواقع قهراً من دون ارتباط بالعمل الصانعين فتأمل جيداً ويؤيد ذلك بانه لو كان

الضمان ثابتا لما ارتفع باشتراط البراءة من الولي فانه كمن قتل نفسا بشرط عدم القصاص او الدية عليه فاللازم نقل الروايات الواردة .

ثم التأمل فيها و قد نقلها في الحدائق بتمامها فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن القصار يفسد قال : كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن .

وما رواه في التهذيب عن أبي الصباح الكناني قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان ؟ قال : نعم كل من يعطى الأجر ليصلح فيفسد فهو ضامن ، وما رواه في الفقيه عن حماد عن الحلبي في الصحيح عن ابن عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده ، فقال : كل عامل أعطيته أجراً على ان يصلح فأفسد فهو ضامن .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الثوب أدفعه الى القصار فيخرقه قال : أغرمه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ولم تدفعه ليفسده وعن اسمعيل بن الصباح قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القصار يسلم اليه المتاع فخرقه أو غرقه أيغرمه قال : نعم غرمه ما جنت يداه فانك انما أعطيته ليصلح لم تعط ليفسده .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن السكوني قال : عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل استأجر رجلا ليصلح له بابه ف ضرب المسمار فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الغسال والصباغ : ما سرق منهم من شيء فهو ضامن ، أقول : يعني اذا ادعى السرقة كما هو ظاهر الخبر الاول .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن اسمعيل بن مرار عن يونس قال : سألت الرضا عليه عليه السلام من القصار والصائغ أضمنون قال : لا يصلح الناس الا أن يضمنوا .

وما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل حمل مع رجل فى سفينة طعاماً فنقص قال هو ضامن ، قلت : انه ربما زاد قال : تعلم أنه زاد فله شيئاً ؟ قلت : لا قال : هو لك وهذه الاخبار مدارك للقائلين بالضمن ويرد عليه مضافاً الى ان هؤلاء امناء ولاضمن عليهم الامع التمدى او التفريط ان الكحل معارضة مع روايات الدالة على عدم الضمان فلا بد مما يحصل الجمع من المجموع .

ومنها ما رواه فى الكافي والتهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي « قال قال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصايغ احتياطاً على اموال الناس ، وكان أبى عليه السلام يتطول عليه اذا كان مأموناً ، وروى فى الفقيه مرسلًا قال : وقال عليه السلام كان أبى يضمن القصار والصواغ ما فسد وكان على بن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم . ولا يخفى انه لا يستفاد من فعل الامامين عليه السلام الا الاحتياط الغير اللازم .

وما رواه فى الكافي والتهذيب عن أبى بصير فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى الجمال يكسر الذى يحمل او يهريقه ؟ قال ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن ، ويستفاد منه ان المأمون لا شيء عليه من الخسارة وما رواه فى التهذيب والفقيه عن أبى بصير فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام « قال : لا يضمن الصايغ ولا القصار ولا الحايك الا ان يكونوا متهمين فيجيؤن بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً ، وفى رجل استاجر حملاً فكسر الذى يحمل او يهريقه فقال على نحو من العامل : ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن .

وما رواه فى التهذيب عن بكر بن حبيب عن أبى عبد الله عليه السلام « قال : لا يضمن القصار الا ما جنت يده ، وان اتهمته احلفته . ومنها بالاسناد المتقدم « قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه ، قال : ان اتهمته فاستحلفه

وان لم تتهمه فليس عليه شيء .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن الصفار قال كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً الى القصار ليقصره ، فدفعه الى قصار غيره ليقصره ، فضاع الثوب هل يجب على القصار ان يرده اذا دفعه الى غيره ، وان كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام : هو ضامن له ، الا ان يكون ثقة مأموناً .

ومارواه في التهذيب عن حذيفة بن منصور قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل يحمل المتاع بالاجر فيضيع فتطيب نفسه ان يغرمه لاهله ، ياخذونه؟ قال فقال لي : امين هو؟ قلت : نعم ، قال : فلا ياخذون منه شيئاً ، وعن حذيفة بن منصور قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : ان معاذ بن كثير وقيساً امراني ان اسألك عن جمال حمل لهم متاعاً باجر ، وانه ضاع منه حمل قيمته ست مائة درهم وهو طيب النفس اغرمه لانه ضاعته ، فقال : يتمونه؟ قلت : لا قال : لا يغرّمونه .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن عمار في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الصباغ والقصار؟ قال : ليس بضمنان .

وما رواه المشايخ الثلاثة عن ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن قصار دفعت اليه ثوباً فزعم انه سرق من بين متاعه ، فقال : عليه ان يقيم البينة انه سرق من بين متاعه ، وليس عليه شيء ، وان سرق متاعه كله فليس عليه شيء وعن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال : كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ والصباغ احتياطاً على امتعة الناس ، وكان لا يضمن من الغرق والحرق والشيء الغالب .

وكذا ما رواه في الكافي والفقيه عن الحلبي في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال : سألت رجل جمال استكرى منه ابل وبعث معه بزيت ، الى ارض فزعم ان بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ، فقال انه ان شاء أخذ الزيت وقال : انه انخرق ولكنه لا يصدق الا بمينة عادلة .

وما رواه فى التهذيب عن الشحام قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل جمال اكرتري منه ابل و « بعثت » معه بزيت الى نصيبين فزعم أن بعض « زقاق » الزيت انخرق فاهرق فقال له : ان شاء أخذ الزيت و ان زعم أنه انخرق فلا يقبل الايئنة عادلة .

وما رواه فى الفقيه عن حماد عن الحلبي فى الصحيح عن أبى عبدالله عليه السلام فى جمال يحمل معه الزيت فيقول قد ذهب أو أهرق أو قطع عليه الطريق ، فان جاء ببينة عادلة أنه قطع عليه أو ذهب فليس عليه شيء ، والا ضمن .

وما رواه فى التهذيب والفقيه عن جعفر بن عثمان « قال : حمل أبى متاعاً الى الشام مع جمال فذكر أن حملاً منه ضاع ، فذكرت ذلك لأبى عبدالله عليه السلام فقال : أنتهمه قلت : لا قال : لا تضمنه .

وما رواه فى الكافي والتهذيب عن خالد بن الحجاج « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملاح أحمل معه الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، قال ان كان مأموناً فلا تضمنه ، هذه اخبار الباب والأصناف انه باعتبار المجموع لا تدل على الضمان فان اكثرها فى عدم ضمان المأمون فيقيد بها اخبار المطلقة فى الضمان وبعد حملها على مقيدها لا يبقى اشكال فى عدم الضمان ولكن ظاهر كلماتهم فى أصل المسألة انما هو التلف وما شابهه بيده * أما لو تلف فى يد الصانع لاسبببه ، من غير تفریط ولا تعد لم يضمن على الأصح * .

وفى الجواهر للاصل وكونه أميناً ، لكن فى المسالك « قيل : أنه كذلك فى الضمان ، بل ادعى عليه المرضى الاجماع ، وما اختاره المصنف أقوى لاصالة البراءة ، ولأنهم أمناء ، فلا يضمنون بدون التفریط ، وفى كثير من الأخبار دلالة ، والاجماع ممنوع .

قلت : خلاف المرضى واجماعه انما هو فى تصديق دعواه التلف ، وهو غير مانحن فيه من معلوم التلف فى يده بغير تعد ولا تفریط ، وتستسمع تحقيق ذلك فى

المسألة الثانية من الفصل الرابع ، و حينئذ لم اعرف الاشارة بالأصح فى المتن الى خلاف معلوم لأصحابنا انتهى .

قوله لم اعرف الاشارة بالأصح الخ اقول بالأصح صريح فى عدم الضمان اذا تلف لاسبب العمل ولم يأت قدومه فى فصل الرابع الا ذلك فقال هناك ما هذا لفظه الثانية : اذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع وأنكر المالك ، كلفوا البيئته ومع فقدوها يلزمهم الضمان .

وقيل : القول قولهم مع اليمين ، لانهم أمناء وهو أشهر الرايتين انتهى ما هنا لك وقال بعده فى الجواهر ان لم يكن رواية أيضاً اذ هو خيرة النهاية فى اول كلامه والخلاف ، والمبسوط ، والمراسم ، والكافى ، والمهذب ، والوسيلة ، والسرائر ، وجامع الشرايع ، والتذكرة ، والتحرير ، والقواعد ، والارشاد ، والمختلف ، والتنقيح ، وایضاح النافع ، وجامع المقاصد ، والرياض ، والمسالك على ما حكي عن بعضها .

قوله ان لم يكن رواية ايضاً وهو تعرض على المتن حيث قال اشهر الرايتين على عدم الضمان وحاصله ان ما قيل اشهر من حيث الرواية من القول بالضمان ثم تمسك لعدم الضمان بما تقدم فى المقام من الروايات الدالة على عدم الضمان وسيأتى فى الفصل الرابع ان شاء الله .

ثم ان الظاهر ليس فى خصوص الطبيب نص مع عدم احتياجه لدخوله فى عموم الملاك مع انه يمكن ادخاله فى النص الوارد فى الحيوانات بل فيما ورد عن امير المؤمنين عليه السلام من تطيب او تبيطر فلاشكال فى دخول الاطباء فى ذلك وشمول قوله عليه السلام فليأخذ البرائة من وليه لهم جداً وان الاطباء ان اشترطوا البرائة من الضمان كانوا بريئاً شامل لهم جداً ان شاء الله .

تنبيه ليس المراد من الامانة فى كل ما ورد فى ذلك والتعبير بانهم امين ان اهؤلاء صفة الامانة ذاتاً كصفة العدالة حتى ينتج بانهم لو لم يكونوا بهذا الوصف كانوا ضامنين .

بل المراد ان الشارع جعلهم امينا في صورة التسلط على مال او نفس او عمل
 واولم يكن كذلك ذاتا ويدل عليه اطلاقات الواردة في تلك المقامات بدهان
 اطلاق ان الحمامي امين يعم العادل والامين وغير ذلك نعم اللازم انهم لم يكونوا
 خائنين ولذا قيد الامانة بعدم التمدي والتفريط ولكن مع ذلك يشكك بانه في
 بعض الاخبار هو السؤال عن انه امين اولادظاهرة عدم لزوم صفة الامانة مع هؤلاء
 وكيف كان فهو ايضا من هذه الجهة مشكل اذ الظاهر من قواهم هؤلاء امناء
 ان الشارع جعل المستأجر مثلا امينا ولو كان فاسقا فلا يضمن بالتلف الا مع المدوان
 او التفريط مع ان انه عند سؤال السائلين عن الضمان قد اجابوا عنه بان المتلف
 امين اولاهو صريح في ان ترتب عدم الضمان على من كان في نفسه امينا ولم ار الى الان
 بيانه من احد .

وكيف كان فمثل الحمال في حال الحمل امين و لو كان في غير تلك الحالة
 لم يكن بامين بل كان فاسقا فموضوع عدم الضمان هل هو الامين الواقعي او الجعلى
 من الشارع مثلا الحمال لو سقط مال الموجر عن رأسه فهل هو ضامن اولاً ويدل على
 الضمان الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام وفي رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب انساناً
 فمات او انكسر منه شيء قال : هو ضامن، المعتضد بخبر زيد ابن علي عن آباءه
عليهم السلام انه اتى بحمال كانت عليه قارورة عظيمة كان في يدها ، فكسرها فضمنها اياه
 وكان يقول كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن، الحديث ولغيره من النصوص .
 ويدل عليه قوله عليه السلام من اتلف مال الغير فهو له ضامن .

وهو مطلق حتى في حال السهو والنوم والصحيح المتقدم عن ابي عبدالله
 في الجمال يكسر الذي يحمله او يهريقه قال ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان
 كان غير مأمون فهو ضامن والظاهر منه لزوم صفة الامانة لا ان الجمال او الحمال
 او غيرهما مأمونون تأمل في الجميع .

وفي الجواهر في مقام كون الحمال ضامناً قال ربما في جامع المقاصد من نسبتته

الى النص والاجماع الذى لم نجد ما ينافيه ، الا ما يحكى عن كشف اللثام من ان الموافق للاصول عدم ضمانه الامع التفريط ، او كونه عارية مضمونة ، قيل : ونحوه عن المسالك ، وفيه ان عدم ضمان الأمين الا بذلك فيما يتلف فى يده ، لا بفعله ، اما هو مما كان نحو الصانع ، من الأجير ونحوه فعلى قاعدة الضمان بالانلاف ، ومندرج فى النصوص السابقة وغيرها انتهى ظاهره ان الامين بحكم الشارع ولو كان فاسقا وغير مؤتمن كما ان ظاهره ان عدم الضمان فيما يتلف بيده فى حال العمل لا بفعله وقد عرفت خلافه وان محل الكلام فيما يتلف بفعله .

المسألة السادسة : من استأجر اجيراً لينفذه فى حوائجه * مثلاً * كانت نفقته على المستأجر الا ان يشترط على الأجير * .

وفى الجواهر كما فى النهاية والقواعد والارشاد والروض على ما فى بعضها ، بل فى اللمعة انه المشهور وان كنا لم نتحققه لغير من عرفت ممن تقدمه بل لعل المتحقق خلافه ، اذا العكس خيرة السرائر والتذكرة والمختلف والتحرير والايضاح وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة ، ومجمع البرهان والتنقيح والكفاية على ما حكى عن بعضها ، بل فى التذكرة عن ابن المنذر لا اعلم فى ذلك خلافاً ساكتاً عليه .

بل لعل ذلك هو الأقوى فى النظر ، ضرورة عدم اقتضاء عقداً لاجارة من حيث هو كذلك الا وجوب العوضين ، و عدم الدليل الشرعى الدال على وجوبه تقييداً انتهى .

ولا يخفى ان المسألة على القاعدة موافقة لما فى الجواهر لان النفقة لم تذكر فى العقد ولا فى خارجه وحينئذ لا يكون عليها دليل فحينئذ ان استفاد من الروايات والأفلاصل عدمها وفى البين منها هو الصحيح المروى فى الكافى والتهذيب عن سليمان بن سالم سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسمأة على ان يبعثه الى ارض . فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله

الشهر والشهرين ، فيصيب عندها يقنيه عن نفقة المستأجر ، فنظر الاجير الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه ، فكافى به الذي يدعوه ، فمن مال من ، تلك المكافاة ؟ امن مال الأجير ، ام من مال المستأجر ؟ قال : ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، والافهو على الاجير ، وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر شيئاً على ان يبعثه الى ارض اخرى فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من ؟ قال : على المستأجر وفي الجواهر بعده حيث لا يرضى بذلك وبصححة روايته قال مع جهل راويه فانه على ما قيل لم يذكره علماء الرجال ، وعدم الجابر لما عرفت بل قد سمعت الاعراض عنه ممن ذكرنا - ظاهر صدرنا وعجزا في ذكر النفقة في العقد ، وهو خارج عما نحن فيه .

وحينئذ يكون الوجه في السؤال الأول ان الأجير المشترط نفقته اذا اتفق بذلها من صديق ونحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحة المستأجر حتى يكون مستحقاً للنفقة ، وفي الثاني ان النفقة المعتبرة اجرة من غير تعرض لتفصيلها يدخل فيها مثل غسل الثياب ودخول الحمام بخلاف الداء ونحوه الا أنه يمكن القول به هنا للعموم والخبر المزبور المعمول به في الجملة الظاهر في الاكتفاء بمثل ذلك في دفع مثل هذا الفرر في الاجارة وأن وقعت النفقة جزءاً من الأجرة فضلا عن ان تكون شرطاً الذي قد صرح في محكي التذكرة هنا بعدم ضرر جهالة لأنه من التوابع حينئذ كاس الجدار كما ان ظاهر الأصحاب المفرغية من جواز الاستيجار للانفاذ في حوائجه على الاجمال اتكالا على المعتاد المقدور له واللائق بحاله من ذلك وحينئذ مع التشاح يجب على المستأجر بذل اقل مطعموم مثله و ملبوس انتهى والظاهر من الجواهر كون النفقة على عهدة الاجير بخلاف الروايتين فان الظاهر منهما على عهدة المالك ولذا ضعفهما وبانهما ليستا في كتب الرجال ولاجل ذلك قد يشكل ووقع فيها الاختلاف وقال جمع من الاعلام بكونها بعهدة المالك وكيف كان فلا اشكال فيما اذا اشترط بكونها على عهدة المالك كما هو ظاهر الروايتين

والاشكال فيما لم يشترط ذلك فلولم يثبت الروايتين من حيث الحجية فمقتضى
 الاصل عدم كونها على المالك واشدا شكالا فيما كان من قبيل الحمام وغسل الثياب
 وامثالهما فان خرجها من المسلمات عند العرف مع ان ظاهر الروايتين هو على
 المالك فاللازم في الخروج عن الاشكال هو شرط الوجود او العدم . . . واذالم يشترط
 احدهما فلا يلزم عليه شيء سوى اجرته وان كان احوط دفع قيمة ما انفق .
 المسألة (السابعة) : اذا آجر مملوكا له * صانعا مثلا * فأفسد كان ذلك لازما
 لمولاه في سعيه وكذا لو آجر نفسه باذن مولاه * المسألة محل خلاف نصا وفتوى
 فعن النهاية والكافي اطلاق كون الضمان على المولى وعن محكي السرائر اطلاق
 عدم ضمانه وتبعه في جامع المقاصد .

واما النص ففي الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل استأجر مملوكا فيستهلك
 مالا كثيرا؟ فقال : ليس على مولاه شيء وليس لهم ان يبيعهوه ولكنه يستسعى وان
 عجز فليس على مولاه شيء ، ولا على العبد شيء وظاهره عدم شيء على مولاه ولا على
 العبد لكنه مع القدرة على الكسب يستسعا المولى ويعارضه الحسن وعن ابي عبدالله
عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجر منه صانع او غيره ، قال
 ان كان ضيع شيئا او ابق منه فمواليه ضامنون . والامر سهل بعد عدم كون المسألة
 محل حاجة في هذا اليوم .

المسألة (الثامنة) : صاحب الحمام لا يضمن الاما اودع * وقبل الايداع
 * وفرط في حفظه او تعدى فيه * وفي الجواهر بلا خلاف في شيء من ذلك ولا اشكال
 بعد حمل اطلاق عدم الضمان في محكي المقنعة على ذلك انتهى ووجه ذلك ان
 الحمامي من المأمونين ويدل عليه روايات .

ففي المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام انه اتى بصاحب حمام وضعت عنده
 الثياب فضاعت فلم يضمنه ، وقال انما هو امين .

وفي خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول لاضمان

على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب ، فانه أنما اخذ الجعل على الحمام ، ولم يأخذ على الثياب ، ونحوه خبر اسحاق بن عمار عنهم عليهم السلام ايضا بدون التعليل . وفي خبر ابي البختری «عن جعفر ايضا عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان لا يضمن صاحب الحمام ، وقال : أنما يأخذ اجراً على الدخول الى الحمام ، ولكن قديفهم من الاخير وخبر السكوني الضمان باستيجاره للمحفظ وان لم يكن بتفريط ، وهو مناف لقاعدة الامانة ، ضرورة عدم الزيادة على ذلك بالاستيجار .

وللصحيح «عن رجل استأجر اجيراً فاقعه على متاعه فسرق قال : هو مؤتمن المسألة التاسعة : اذا اسقط الموجر الأجرة بعد تحققها في الذمة اي المستأجر وأن لم يستحق تسلمها صح بلاخلاف ولا اشكال بعد معلومية مشروعية البراء بلفظه او ما دل عليه من الاسقاط د نحوه نعم لو اسقط المنفعة في العين المعينة لم تسقط بلاخلاف ايضاً ولا اشكال لأن البراء لا يتناول الاما هو في الذم من اجرة او عمل فيها او منفعة كلية ، وشبه ذلك مما هي محله كما هو واضح والله العالم .

المسألة العاشرة اذا آجر عبده ثم اعتقه صح العتق قولاً واحداً لعموم ادلته لم تبطل الاجارة ايضاً كذلك للعموم ايضاً ويستوفى المستأجر المنفعة التي تنادلها العقد وللمولى مال الاجارة ولا يرجع العبد على المولى باجرة مثل عمله بعد العتق لان عمله ومنافعه قبل العتق للمولى والعتق قد تحقق بعد تحقق المنافع في ملك المولى ثم قال في الجواهر واما نفقته مدة الاجارة فهي على المستأجر قطعاً أن شرطت عليه والامع فرض عجزه عنها لعدم مال ، فعلى المعتق عند الفاضل في القواعد ، لأنه كالباقى على ملكه ، حيث ملك بعض نفعه ، وضعفه واضح الخ .

دلو آجر الوصي مثلاً صبياً مدة مثلاً يعلم بلوغه ورشده فيها بطلت الاجارة في المتيقن من البلوغ وصحت في الزمان المحتمل

من البلوغ ﴿ولو انفق البلوغ فيه فهل للمصبي الفسخ بعد بلوغه﴾ بمعنى عدم اجازة العقد الفضولي المفروض صحته التي هي القابلية لترتب الأثر ﴿قيل : نعم﴾ .
وفي الجواهر واختاره في المبسوط والقواعد والأرشاد والتذكرة والسراير وقواعد الشهيد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك لعدم الولاية له في هذا الحال فيكون التصرف فيه فضولاً .

﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ عند المصنف ﴿تردد﴾ بل عن الخلاف الجزم بلزومها لوقوع الاجارة من اهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف ، فتستحب ، وفيه ما عرفت من انه بالنسبة الى الحال المفروض ليس من اهلها ولا في محلها والجهل لا مدخلية له في تغير حكم الموضوع واقماً انتهى وعبارة المحكية عن الخلاف هذه : اذا آجر الأب او الوصي الصبي او شيئاً من ماله صحت الاجارة اجماعاً ، فان بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له ما بقي ولم يكن للمصبي فسخه ، لان العقد على غير البالغ وعلى ماله وقع صحيحاً بالاخلاف فمن ادعى ان له الفسخ بعد البلوغ فعليه الدلالة انتهى .

ولا يخفى ان صحة الاجارة في زمن غير البلوغ لا ينافي البطلان في زمان البلوغ اذ قبله لا يكون للمصبي اختيار خصوصاً لو اجاره ولوليه كالأب والجد بخلافه بعد بلوغه لان اختياره شرعاً يحصل بيده بالبلوغ فهو مالك نفسه من بعد البلوغ فيصح له اجارة ما بقي من مدة الاجارة كما يصح له الفسخ ويمكن ان يراد الشيخ في الخلاف الجزم بلزوم الاجارة ما اذا اجازه بعد البلوغ والاصح ما افاده في المبسوط من ان له فسخها وفي الحدائق بعد نقل ما في الخلاف قال ما هذا اللفظه وتبعه ابن ادريس في ذلك وقال في المبسوط : ان له فسخها فيما بقي وقيل : انه ليس له ذلك ، هو الأقوى قال في المختلف : والحق ان له الفسخ ؛ لنا ان الولاية تابعة للمصر ، وقد زال فتزول الولاية ، والعقد تابع لها ، فيزول بزوالها ، ولأنه لو عقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطلت في الزايد ، فكذا في المجهول مع وقوعه ، لأن العلم والجهل لا مدخل

لهما في ثبوت الولاية وعدمها ، انتهى .

اقول : وينبغي ان يعلم ان هنا صورتين : احديهما ان يأجره مدة يعلم بلوغه ورشده قبل انقضاءها ، كأن يأجره وهو ابن عشرين ، مدة سبع سنين ، ولاخلاف هنا فيما اعلم ان الاجارة لازمة فيما قبل البلوغ والرشد ، واما بعدهما فانه يكون موقوفاً على اجازة الصبي ، لأن زمان الولاية عليه وعلى ماله ما قبل الامرين المذكورين ، فلا اشكال في لزوم الاجارة في تلك المدة ، واما بعد حصول الأمرين المذكورين فلا اشكال ولاخلاف في زوال الولاية عنه وحينئذ فلا اشكال في توقف صحة الاجارة والحال هذه على اجازته ، لأن المقدم في هذه المدة الزائدة يصير بمنزلة الفضولي .

الثانية : ان يأجره في مدة لا يعلم ذلك ، الا أنه انفق حصوله في اثناء المدة وهذه الصورة هي محل الخلاف فظاهر كلام الشيخ المذكور هو صحة الاجارة في جميع المدة صحة لازمه لوقوع الاجارة من اهلها في وقت لا يعلم اهلها ، فتستحب . انتهى اقول مضافا الى بعد الفرض اولا لان سن الصبي ولو لم يعلم بالدقة حسب التاريخ لكن يعلم بالحدس والتخمين مثلا يعلم اجمالا كونه ابن عشرين فاذا اجاره في مدة ست سنين يعلم بدخوله في البلوغ في مدة الاجارة وثانيا المدار على صحة الاجارة هو العلم بمقدار المدة فاذا ظهر ان في هذه المدة الصحيحة قد بلغ الصبي يكشف عن ان مدة الاجارة من بعد البلوغ متزلزلة واقعا فيظهر التزلزل حين البلوغ فلا فرق في كون الامر بيد الصبي بين العلم ببلوغه في مدتها وبين عدم العلم فاذا علم بالبلوغ كان له الفسخ .

ثم انه في الجواهر متصلا بكلامه المذكور قال ما لفظه نعم لو فرض اجارة الولي المدة الزائدة على سن البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتجه لزومها وكذا الكلام في ماله وليس مفروض المسألة هنا كذلك وانما هو اجازتها في مصلحة له مستمرة باستمرار الزمان عليه ولا ريب في ان المتجه في هذا صحتها ولزومها الى حال البلوغ ولتوقف على الاجازة في غير ضرورية عدم الولاية لاحد

بعد البلوغ والرشد عليه ولو في مصالحه انتهى .

وهو في محله بل ولو رأى الولي المصلحة لما بعد البلوغ كان الاختيار بيده حين البلوغ وله الفسخ ولو علم اولم يعلم بمصلحته بعد الفسخ او رأى كون فسخه اصلح بحاله وكيف كان فبعد البلوغ كان الامر بيده في البقاء او الفسخ نعم القول بالبطلان بعد البلوغ بمجردة لكون المصلحة في فسخه كما ترى بعد كون عقد الاجارة لازماً ولا يبطل بلا جهة موجبة فماعن الارشاد من الحكم بالبطلان بعد البلوغ كما ترى الا ان يراد من البطلان ما ذكر .

المسألة الحادية عشرة: اذا تسلم * اي * اخذ اجيراً * بمقد صحيح * ليعمل له * عملاً او * صنعة فملك * الاخير * بعمله او غير عمله * لم يضمنه صغيرا كان او كبيراً حراً كان او عبداً * وفي الجواهر مع فرض عدم التفريط منه وعدم التسبب الذي يقوى على المباشرة بلا اشكال ولا خلاف بل في المسالك هو موضع وفاق مناو من العامة ، وفي التنقيح اجماع المسلمين انتهى .

قال في الخلاف اذا سلم مملوكاً الى معلم فمات حتف انفه او وقع عليه شيء من السقف فمات من غير تعد من المعلم فلا ضمان عليه ، والمشافعي فيه قولان لمثل ما قال في الوديعه - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعملية الدلالة انتهى .

وفي المسالك بعد قوله اذا تسلم اجيراً آه قال هذا الحكم موضع وفاق مناو من العامة ولانه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ولانه مستحق للمنفعة ولا يمكن استيفائها الا باثبات اليد فكانت امانة ولا فرق بين هلاكه في مدة الاجارة وبعدها اذ لا يجب على المستاجر رد العين الى مالكها على تقدير كونها مملوكة بل الواجب عليه التخلية بينه وبينها انتهى .

ولا يخفى وضوح الفرق بينه وبين ما تقدم من ارباب الصنائع اذ السابق كانت الهلاكة في حال عمل الصانع واشتغال الصانع مثل الطبيب في العمل والجراح

فى قطع الاعضاء وهنا كانت الهلاكة فى حال عمل نفسه كموت البناء فى حال اشتغاله فى البناء وبالجملة فى المقام كهلاكة نفس الصانع كالبناء والقصار والطبيب وهناك فى هلاكة المريض فى يد الطبيب فتدبر .

المسألة الثانية عشرة : اذا دفع سلمة ﴿ ومتاعا ﴾ الى غيره ، ليعمل ﴿ له ﴾ فيها عملا فان كان ممن عادته ان يستأجر لذلك العمل كالغسال والقصار فله اجرة مثل عمله ﴿ اقول اذا دفع قطعة حديد او خشبة ليعمل له شبكة او بابا مثلا وكان من يعمل شغله ذلك ويكون قيمته معلوماله وحينئذ يكون له اجرة مثل عمله ولولم يعين ولم يقاطع مع مالكة .

وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف فى الاجرة فى اصل المسألة بل ﴿ وان ﴾ لم تكن له ﴿ اى للعامل ﴾ عادة وكان العمل مما له اجرة ﴿ فيها ﴾ فله ﴿ اى العامل ﴾ المطالبة لانه ابصر بنيتة ﴿ التى ﴾ هى ارادة الاجرة عوض عمله ، وعدم قصد التبرع له فى ذلك فكان له ايضا اجرة مثله .

﴿ وان ﴾ لم يكن مما له اجرة بالعادة ، لم يلتفت الى مدعيها ﴿ .

ولا يخفى ما فيه فانه وان لم يكن لهذا العمل قيمة لكنه دفعه السلمة للعمل الكذائى فيه وامره المالك بذلك ولم يفعل العامل بدون اذنه فاللازم على المالك دفع قيمة عمله ولولم يكن لهذا الشئ الذى امر المالك به قيمة فان عمل المؤمن محترم فمدعى الاجرة فمدد وح جدا وحقه محفوظا ولقد اجاد فى الجواهر حيث قال قلت : قد عرفت ان ضمان الاجرة بالاذن انما هو لأصالة احترام العمل ، وعدم اعتياد اخذ الاجرة عليه لا ينافى احترامه فى المواقع على وجه يجعله كالمقصود به التبرع .

ودعوى - أن عدم الاجرة له فى العادة تقضى بقصد التبرع - يدفعها ان مفروض البحث هنا بيان حكم الموضوع واقماً لاحكم التداعى ظاهر أمع انه يمكن دعوى كون القول قول العامل ايضاً لانه ابصر بنيتة ، وكون العادة كذلك لا يقتضى

قصد التبرع ، كما ان عدم العادة للعامل في الصورة السابقة التي حكم فيها بالاجرة بلاخلاف في ذلك الى ان قال :

والأصل في ذلك ان الموجود في الخلاف والمبسوط الاقتصار على خصوص الصانع على ما حكى قال في الاول : « اذا سلم الثوب الى غسل ، وقال له : اغسله ولم يشترط الاجرة ولاعرض له بها ، فغسله لزمته الاجرة ، وبمعناه قوله في المبسوط اذا امره بغسله كان عليه الأجرة ، بل عن الخلاف زيادة انه أن لم يأمره بغسله لم يكن له اجرة فاراد المصنف بيان عدم اعتبار اعتياد العامل في الأجرة ولا الأمر فصرح بها في الصورتين .

وبالتأمل فيما ذكرنا بانك التحقيق في جميع اطراف المسألة على وجه لا يخفى عليك مافي كلمات بعض الاصحاب بعد الاحاطة بذلك انتهى .

وان اردت ان تعرف عبارة الخلاف والاحاطة بجميع اطراف المسألة فهذه عبارته فيه قال اذا اسلم الثوب الى غسل ، وقال له ، اغسله ولم يشترط الاجرة ولاعرض له بها فغسله لزمته الاجرة وان لم يأمره بغسله فغسله لم تكن له اجرة ، وبه قال المزني ، والذي نص الشافعي عليه انه اذا لم يشترط ولم يعرض لاجرة له ، وفي اصحابه من قال ان كان الرجل معروفاً باخذ الاجرة على الغسل وجبت له الاجرة ، وان لم يكن معروفاً بأخذ الاجرة على الغسل لم تجب له الاجرة ومنهم من قال ان كان صاحب الثوب هو الذي سأله ان يغسله لزمته الاجرة وان كان الغسال هو الذي طلب منه الثوب ليغسله فلا اجرة له ومذهبهم مانص عليه الشافعي (وخل) انه اجرة له - دليلنا - طريقة الاحتياط لانه اذا اعطاه الاجرة برئت ذمته بلاخلاف واذا لم يعطه لم تبرء ذمته بذلك انتهى .

المسألة ﴿ الثالثة عشرة ﴾ : كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة ﴿ الواجبة على الاجير ﴾ فعلى المؤجر كالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة ﴿ وفي الجواهر والا قلام فيها والكش في التلقيح والصبغ في الصباغة وان لم يكن عادة تقضى

بوجوبه على المستأجر، لدليل المقدمة انتهى ولعل الظاهر هو الرجوع على المتعارف فيه بحسب العرف .

﴿و﴾ حينئذ ف﴿يدخل المفتاح﴾ للعلق المثبت التابع لاجارة الدار لامل القفل ومفتاحه ﴿في اجارة الدار لان الانتفاع لا يتم الا بها﴾ وقد عرفت وجوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدماته .

وكيف كان فما يكون ثابتا في الدار مما يحتاج اليه المستأجر فيدخل في اجارة الدار والا فلا وعلى المالك مثل التنقية من الكناسة وتنقية الخلاء والبالوعة بل ينبغي التنقية من كل ما يضر المستأجر وعليه كئس الثلج لانه في ملكه الا اذا اشترط المالك عليه .

﴿الفصل الرابع : في التنازع : وفيه مسائل﴾ .

﴿الاولى : اذا تنازعا في أصل الاجارة فالقول قول﴾ منكرها الموافق للاصل سواء كان ﴿المالك﴾ أو غيره ﴿مع بمينه﴾ بلاخلاف ولاشكال كما عرفت في كتاب القضاء .

﴿وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر﴾ بفتح الجيم ، فان القول قول المالك الذي هو المنكر غالبا في مثل ذلك لاصالة عدم وقوعها على أزيد مما اعترف به، واحتمال التحالف - أو القول به لان كلامهما مدع ومنكر - ضعيف انتهى . وفي المسالك بعد قوله وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر قال هو بفتح الجيم اى في قدر العين المستأجرة بان قال آجر تنى الدار باجمعها بمائة فقال بل البيت منها خاصة بالمائة فان القول قول المنكر لاصالة عدم وقوع الاجارة على ما زاد عما يعترف به وربما قيل هنا بالتحالف لان كلا منهما مدع ومنكر والاقوى ما اختاره المصنف لانفاقهما على وقوع الاجارة على البيت وعلى استحقاق الاجرة المعينة وان كان توزيعها مختلفا بحسب الدعوى انما الاختلاف في الزايد فيقدم قول منكره وضابط التحالف ان لا يتفقا على شيئى كما لو قال آجر تك البيت

الفلائي فقال بل الفلائي اوقال آجر تك البيت فقال بل الحمام ومثله ما تقدم فى البيع اذا اختلفا فى قدر المبيع وفى تعيينه فالقول بالتحالف هنا دون البيع ليس بجيد انتهى .

محصل كلام الشارحين المسالك والجواهر ان معيار التحالف مالم يتفقا على قدر متيقن كما فى المثال وقد عرفت فى كتاب القضاء وغيره ذلك والامثلة لذلك كثيرة مثل ما قال احدهما آجر تك وقال الاخر أعرتنى واما اذا انتهى النزاع الى متيقن فلامورد له اصلا فانه فى المثال كان كلاهما متفقين على اجارة البيت والاختلاف فى الزيادة والمالك يقول البيت الواحد من الدار والاخر يقول تمام الدار كله وح يكون المالك منكر للزيادة راجع ج ٣٠ ص ٢١٩ .

﴿وكذا لو اختلفا فى رد العين المستأجرة﴾ الفرق بينه وبين الفرع الاول انه فى الاول كان النزاع فى مقدار العين المستأجرة وفيه فى رد اصل العين المستأجرة والمستأجر يقول رددتها والمالك منكر له ﴿أما لو اختلفا فى قدر الاجرة فالقول قول المستأجر﴾ الموافق لاصل عدم الزيادة لمستأجر يقول كانت الاجرة مائة والمالك يقول كانت مائتين فالقول قول المنكر يحمينه .

المسألة ﴿الثانية : اذا ادعى الصانع او الملاح او المكارى هلاك المتاع﴾ من غير تعد ولا نفر يبط ﴿وانكر المالك ، كلفوا البيئته﴾ على ذلك ﴿ومع فقدها يلزمهم الضمان﴾ .

وفى الجواهر على المشهور كما فى المسالك بل عن المرتضى دعوى انه أجماعنا ومن متفرقاتنا الى آخر كلماته التى هى تكرار لما عرفت آنفا فى الصانع والملاح والمكارى ﴿و﴾ كذا فيما ﴿قيل: القول قولهم مع اليمين لأنهم آمناء وهو اشهر الروايتين﴾ وقد عرفت ان الاظهر عدم ضمان هؤلاء لهذه العلة وارجاع عدم الضمان الى الموت فى اثناء العمل الغير المربوط بالعمل كى يكون القوت بسبب العمل مع الضمان كما ترى فراجع نصا ورواية .

﴿وكذا﴾ اي و كما ليس على هؤلاء ضمان مع اليمين فكذلك ﴿لو ادعى المالك عليهم التفريط فانكره﴾ في الحفظ فيكون عليهم اليمين بعدم التفريط .
 المسألة ﴿الثالثة لو قطع الخياط ثوبا قباء﴾ مدعي الاذن من المالك في خياطة القباء ﴿وقال المالك﴾ لم آمرك بذلك وانما ﴿امرتك بقطعه قميصاً فالقول قول المالك﴾ في عدم الاذن ﴿مع يمينه﴾ لانه المنكر باعتبار اصاله عدم الاذن على الوجه المزبور اذ انكار صفة الاذن كانكار اصلها .

﴿وقيل﴾ كما عن وكالة المبسوط والخلاف ﴿القول قول الخياط﴾ لاصالة براءة ذمته من الأرش ﴿و﴾ لا ريب ان ﴿لأول اشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده بل هو المشهور الموافق لاصالة عدم اذن المالك في القباء فعليه اليمين مع احتمال خطأ الخياط ﴿و﴾ كيف كان ﴿ولو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك اذا كانت الخيوط من الثوب او من المالك﴾ .

وفي الجواهر بلا خلاف اجده بين من تعرض له ، بل ولا اشكال ، لحرمة التصرف في مال الغير ، ﴿و﴾ لذا كان ﴿لا اجرة له لانه عمل لم يأذن فيه المالك﴾ هذا تمام الكلام في الاجارة الحمد لله اولاً وآخراً وصلى الله على محمد وآله .

﴿ كتاب الوكالة ﴾

بفتح الواو وكسرها ﴿ وهي ﴾ التفويض و في الجواهر وشرعاً الاستنابة
المخصوصة ، ولا ريب في مشروعيتها بل لعله من ضرورة الدين ، فلا حاجة الى
الاستدلال عليه بقوله تعالى فليأتكم برزق منه واذهبوا بقميصي هذا كى يناقش
بعدم كون الثاني من الوكالة بل والاول المحتمل انه من الاذن لانها كماستعرف
انتهى ولا يخفى ما في احتمال كون ذلك من الوكالة فان الاذن في شيء ليس من
قبيل الوكالة ولو كانت داخلة في الاذن لكنها الاذن الخاص والاكان جميع الاوامر
من باب الوكالة فباب الاوامر والامثال غير مربوط بباب الوكالة .

وتمام الكلام فيه ﴿ يستدعى بيان فصول : الاول : في العقد وهو ﴾ ما قصد
فيه الدلالة على ﴿ استنابة في التصرف ﴾ باى لسان كانت بالعربي والفارسي والقول
والفعل والايجاب بالقول والقبول بالفعل فيكون العقد مركبا من القول والفعل
ومنه يعلم صحة المعاوضة فيها بحيث يعلم من الفعل هو الايجاب والقبول
وفي الجواهر قال واما عقدها بالمعنى الأخص فمعلوم انه المركب من القولين
أيجابا وقبولا .

واما المركب من القول في الايجاب والفعل في القبول فرمماظهر من جماعة
كونه منه في العقود الجائزة لكن ان لم يكن اجماع فيه بحث .
نعم لا يعتبر فيه لفظ مخصوص ، بل قد عرفت سابقا قوة ذلك في العقد اللازم

فضلا عن الجائز حينئذ فما عدا ذلك من المعاطاة فى ذلك العقد التى لا ريب فى مشروعيتها بالسيرة المستمرة عند القائل بها ، وان كان التحقيق انها اذن لا وكالة وبذلك يظهر لك التشويش والاجمال فى كلام جملة من الأصحاب حتى قول المصنف انتهى .

﴿ولا بد فى تحققه من ايجاب دال على القصد كقوله : و كلتك او استئمتك او ماشا كل ذلك ولو قال : و كلتنى ﴾ على الاستفهام التقريرى او التحقيقى ﴾ فقال نعم ﴾ وقال : قبلت بعد قوله نعم ﴾ او اشار بما يدل على الاجابة كفى فى الايجاب . و اما القبول : فيقع باللفظ كقوله : قبلت او رضيت او ماشابهه ، و قد يكون بالفعل ، كما اذا قال : و كلتك فى البيع فباع ﴾ فيكون بيعه بعد قوله نعم فعل بمنزلة القبول نعم مجرد الرضا النفسانى غير كاف فى الايجاب والقبول القولى فضلا عن الفعلى فاذا قال انت و كيلى او و كلتك ولم يقل قبلت الايكفى رضاه واقما اذا علم الموكل برضاه .

ويمكن ان يقال بالكفاية كما باع فضولا مع العلم المالك برضاه او زوج امرأة فضولة مع علمه برضاها نعم هو مشكل وان كان يظهر من الحدائق جوازه فيما سيأتى كما سيأتى منه جواز كون القبول فعلا بل سكوتا .

ثم الدليل عليها فعن التذكرة ما لفظه الذى حكاه عنه فى الحدائق قال فى التذكرة : الوكالة عقد شرع للاستنابة فى التصرف ، وهى جائزة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله سبحانه انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ، فجوز العمل ، و ذلك بحكم النيابة عن الشخص ، و قوله تعالى «فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ، فلينظر أيتها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف» وهذه وكالة ، وقوله تعالى «اذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبى يأت بصيراً» ، فهذه وكالة .

وأما السنة فمارواه العامة ثم نقل جملة من أخبارهم ، ومنها حديث عروة

البارقي في شراء الشاة ، وحديث وكالته عنه عمر بن أمية الضيمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، وو كل أبارافع في قبول نكاح ميمونة ، ثم نقل حديثا من طرق الخاصة ، وأحال على الاحاديث الآتية في الكتاب ، الى ان قال : وقد اجتمعت الامة في جميع الامصار والاعصار على جواز الو كالة . ولان اشتداد الحاجة الى الوكالة ظاهرة ، اذ لا يمكن لكل أحد مباشرة ما يحتاج اليه من الأفعال فدعت الضرورة الى الاستئابة ، انتهى كلامه .

ولا يخفى ما في دلالة مثل انما الصدقات للفقراء ونحوه قوله فابعثوا احدكم بورقكم الخ عليها وذلك لان الظاهر منها هو الامر بكون الصدقات للفقراء ويجب على المكلفين امثال او امر الرب فهل في مثل الامر وكالة وفي مثل اطاعته قبول له كلا والأف يكون في كل ما امر شخص بشيء كان وكالة كما قال بع هذا الثوب عنى ولك كذا كما قيل .

وبالجملة الامر والامتنال شيء والوكالة والقبول شيء آخر .

والعجب انه قد قال بعد قوله تعالى اذهبوا بقميصي الخ فهذه وكالة .

واما حديث عروة البارقي فهو امر بشراء شاة فاشترى وباع فضولة وقد اجاز له النبي صلى الله عليه وسلم فهو اجنبي عن الو كالة .

وفي الحدائق بعد ما حكاه عن التذكرة بما عرفت استدل على الو كالة بما مور من الكتاب والسنة .

فقال أقول والذي وقفت عليه من أخبارهم عليهم السلام في المقام مثل ما رواه الصدوق عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لاخر اخطب لي فلانة ، فما فعلت من شيء مما قادات من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك ، فذهب فخطب له ، وبذل الصداق الحديث .

ومارواه عن حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في رجل يحمل

المتاع لاهل السوق وقد قوّموا عليه قيمة فيقولون بع فما ازددت فلك الى أنه قال فى امرأة ولت أمرها رجلا فقالت : زوجنى فلاناً الحديث ، وفيه أنه بعد أن قاول الزوج على المهر زوجها من نفسه فأبطل عليه السلام التزويج ، وموثقة سماعة عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يحمل المتاع لاهل السوق ، وقد قوّموا عليه قيمة فيقولون : بع فما ازددت فلك ، فقال لا بأس بذلك .

وفى صحيحة زرارة قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام : رجل يعطى المتاع فيقول ما زددت على كذا فهو لك فقال : لا بأس .

وفى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام أنه قال فى رجل قال لرجل بع ثوباً بعشرة دراهم فما فضل فهو لك ، قال : ليس به بأس .

والعقود فى هذه الأخبار كلها كما ترى من قبيل ما تقدم من قوله بع واعتق واشتر ، ونحو ذلك مما يدل على الاذن والاستنابة ، وليس فى شىء منها ما يتضمن القبول لفظاً وإنما تضمنت المبادرة الى امثال ما أمر به ، لكنه فى الحديث الثانى حيث خالف مقتضى الأمر وزوجها من نفسه أبطل عليه السلام التزويج ونحو ذلك فى صحيحة هشام عن أبى عبدالله عليه السلام : اذا قال لك الرجل اشتري فلانعة من عندك الحديث .

وقوله فى موثقة اسحاق بن عمار عنه عليه السلام قال : سألته عن الرجل يبعث الى الرجل فيقول : ابتع لى ثوبا فيطلب له فى السوق الحديث وفى الثانية منهما دلالة على ثبوت الوكالة من الغائب بالمكاتبة أو الارسال على لسان شخص آخر كما تقدم ذكره .

وفى رواية هشام بن سالم عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل وكل آخر على وكالة فى امضاء أمر من الأمور وأشهداه بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر ، الحديث .

وهو ظاهر فى الاكتفاء بالقبول الفعلى واطلاق هذه الاخبار ظاهر فيما

هو المشهور من حصول القبول الفعلي بالائتيان بما تعلق به الوكالة ، خلافا لما تقدم نقله عن التذكرة من اشتراط الرضا والرغبة .

وفي رواية العلاء بن سيابة «قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلا ان يزوجه من رجل فقبل الوكالة واشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجها ، الحديث وهذا الخبر مما يدل على القبول لكنه اعم من ان يكون بلفظ قبلت ونحوه او بمجرد اظهار الرضا . وفي صحيحة ابي ولاد الحنط «قال : سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة بالمدينة ، وسماها له ، والذي امره بالعراق فخرج المأمور فزوجها اياه» الحديث .

ورواية الحذاء «عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة من البصرة من بنى تميم ، فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنى تميم ، قال خالف امره» الحديث .

وفي هذين الخبرين دلالة على ما دلت عليه الأخبار المتقدمة من قوله : «زوجني او اخطب لي» والقبول فيهما انما وقع بالائتيان بما امر به . لكنه في الثاني ابطل الوكالة من حيث المخالفة .

وفي رواية محمد بن عيسى «انه بعث اليه ابو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة دينار الى رحم امرأة كانت له ، وامره ان يطلقها عنه ويمتعه بهذا المال» وفيها دلالة على ما قدمنا ذكره من ثبوت الوكالة عن الغائب بالكتابة او الارسال على لسان شخص الى غير ذلك من الأخبار التي يقف عليها المتتبع .

ولا يخفى على من تتبع الرايات الخاصة والعامة ان ما شتمت عليه من عقود الوكالة ليس فيها ازيد من الأوامر بما يريد الموكل مما يدل على الاذن له في التصرف وليس فيها لفظ «وكلتلك» ولا نحوه من تلك الألفاظ ، وكذا في جانب القبول ليس فيها ازيد من الرضا بذلك ، والمبادرة الى فعل ما وكل فيه ، وكأنهم انما اخذوا هذا اللفظ واشتقوه من لفظ الوكالة فعبروا به ، وعبروا بالقبول من حيث الدلالة على

الرضا الذى هو الأصل فى صحة العقد فسرى الوهم الى ترجيح الفرع على الأصل انتهى
وفى الجواهر فى هذا المقام قال ولكن فيه أذلا: أنه مناف لما ظاهرهم
الاجماع عليه من كون الوكالة من العقود التى لا يكفى فى قبولها مثل هذا القبول
الذى هو كإمتثال الأوامر وقضاء الحوائج واجابة الالتماس ونحو ذلك مما هو معلوم
أنه ليس قبول عقد .

وثانياً : أن المسلم من المتفق عليه وقوع قبولها عقداً أو معاطاة بالفعل ،
ولا يستلزم ذلك كونه الفعل الذى هو اثر من آثار الو كالة ومتعلق من متعلقاتها بل
يكون بفعل اجنبى من اشارة وفعل مقدمات الو كالة . ونحو ذلك من الأفعال التى
يقصد بها قبول الو كالة ودالة عليه انتهى .

وكيف كان فباب الو كالة غير الاذن وغير مطلق الرضا وبينها فرق واضح
وان كانت داخلية فى احدهما فالاذن عبارة عن مطلق الاوامر المولوى او العرفى
فاذا امر بشيء يحصل منه الاذن فى الامتثال فيعم حكم الله والناس وباب الو كالة
يختص بالناس ، فلا يقال ان الناس وكيل عن جانب الله فلا يكون مطلق الامر
والاذن وكالة جدا ﴿ولو تأخر القبول عن الايجاب﴾ فيها ﴿لم يقدح فى الصحة﴾
وفى الجواهر ولو الى سنة فصاعداً مستدلين عليه بمعلومية الصحة نصاً وفتوى
﴿فان الغايب يوكل والقبول يتأخر﴾ .

وفى الجواهر وبالنصوص المتضمنة للامر لاشخاص فى بلادنا بانه بافاد طلاق
وتزويج وبيع وشراء ونحو ذلك انتهى اقول ان اريد بالتأخر تأخر زمان وصول
الخبر ما يو كيل بحيث اذا بلغ ذلك اليه قبل قولاً فلا كلام وان اريد به تأخره
بعد وصول الخبر اليه ولو سنة بحيث لم يصدر منه عمل مما و كيل به كى يكون
قبولاً فعلاً او لفظاً ففيه كلام اذ غاية ما يفتقر فى التأخير هو تأخير مقدار البلوغ
وبعد ازم القبول فوراً فى الغائب فضلاً عن الحاضر .

وفى المسالك بعد قوله ولو تأخر القبول عن الايجاب اه قال ظاهر العلامة

في كرة ان هذا الحكم اجماعى لانه اسنده الى اصحابنا وجوز تراخيه وان كان الى سنة وتعميل المصنف الجواز بتو كيل الغائب مع تاخر القبول لا يخ من دوران جواز تو كيل الغائب مع تأخر القبول فرع جواز التراخي اذ لو قلنا بوجوب فوريته لم يصح تو كيل الغائب ولو اراد ان تو كيل الغائب جائز اجماعا فيدل على جواز التراخي امكن الاستدلال بالاجماع ايضا على جواز التراخي من غير قيد الغائب الا ان يقال الاجماع واقع في الغائب خاصة ولم يذكره احد انتهى .

والمسألة مشكلة جداً اذ جواز ذلك في الغائب غير ملازم لجوازه في الحاضر اذا لغائب لا يعلم بكونه وكيلا عن شخص فلا يصدر عنه امر راجع الى الموكل الا بعد علمه بالوكالة مثلا لو وكلت امرأة رجلا في تزويج نفسهاه ولكن الرجل حيث لا يعلم بوكالتها فلا يزوجهها فلا يرد اشكال اصلا وثمره تأخير القبول هو انه بعد علمه بذلك لا يحتاج الى الوكالة الجديدة فيكفي قوله قبلت او يفعل ما يكون قبولا فعلا .

وهذا بخلاف الحاضر فانه بعد العلم بالوكالة وعدم القبول عمدا ولو الى سنة لا يحصل العلم بصحة هذا العقد ولو من حيث سكوت الرجل وتأخره فانه يظن عدم صحة قبوله ذلك لان زمان الوكالة غير زمان القبول لو اخر القبول فاحشا فالمرأة اذا و كلمته من تزويجها ولم يزوجهها حتى مضت زمان ندمت على ذلك وزال ميلها عنه ومالت الى آخر فلا يصح انشاء العقد حينئذ لامكان زوال الوكالة وكما وكله الرجل في بيع داره في يوم علو قيمتها واخر القبول حتى تنزلت القيمة ثم باعها بقيمة نازلة فانه امر منفور عند المرف والعقلاء يذمون على ذلك وللموكل ان يقول وكالتي لك قبل ذلك لافي مثل هذا التاخير .

هذا مضافا الى ان الفورية في كل عقد لازم والا لم يكن قبولا لهذا الايجاب الواقع قبل السنة لبداهة ان انشأ العقد امر قد تحقق في الخارج بتوسط اللفظ فما لم يقبله القابل لم يقع واقعا خصوصا بعد تأخير الفاحش ومن ذلك يعلم الاشكال

في قبول الغائب اذا قبل بعد علمه اذ لا يصح تعليق الانشاء معلقا على القبول ويلزم المحذورين المذكورين .

وقد تلخص ان جوازه في الغائب لا يلزم الصحة في الحاضر مضافا الى ما ذكره الشارح الشهيد من لزوم الدوران جواز توكيل الغائب متوقف على جواز التراخي بين الايجاب والقبول وجواز تراخي متوقف على جواز توكيل الغائب .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿من شرطها أن تقع منجزة﴾ كغيرها من العقود وفي الجواهر بلا خلاف أجد فيه بل الاجماع بقسميه عليه لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دل على تسبب العقود ﴿فلو علق ب شرط متوقع﴾ كعجبيء زيد ﴿أردقت متجدد لم يصح﴾ بل قيل : انه كذلك في التعليق على أمر محقق نحو اذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيلى ، لالفوات المقارنة المزبورة ، بل للشك في تناول الاطلاقات لمثل ذلك ، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله انتهى بل هو كذلك لو علقه على ارادة شخص حاضر كان يقول و كلمتك لو شاء زيد الحاضر وهو غير صحيح بلا كلام خلافا لما في الحدائق فادعى عدم الدليل عليه .

قال بعد ذلك كون التنجيز محل اتفاق الاصحاب وعدم الفرق بين التعليق وتأخير الاذن في الوكالة مع انه يجوز عند الاصحاب وانه لا دليل على التنجيز الا الاجماع ما هذا لفظه :

ففيه أنه أى نص دل هنا على ما ذكره من بطلان العقد بالتعليق على الشرط أو الصفة المذكورين في كلامهم وأى نص دل على اشتراط التنجيز الذى ذكره وبالجملة فانه لا مستند لكل من المسئلتين ، ولالفرق بينهما الا الاجماع المدعى ، والى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الأردبيلي قال : ثم اعلم أن الاصل وعموم أدلة التوكيل - وكونه جائزاً ، ومبناه على المساهلة دون الضيق ، وما تقدم في عبارة التذكرة من أنه اذن وأمر وأنه مثل الاذن فى أكل الطعام ولا شك فى جواز تعليقه مثل ان جئت فانت مأذون فى الاكل ونحوه مع عدم مانع ظاهر

يدل على جواز التعليق ، ويؤيده جواز التعليق في العقود الجائزة مثل القراض بل هو وكالة بجعل ، والعارية وغيرها ، انتهى .

وبالجملة فمقتضى اطلاق روايات الوكالة وعمومها هو الصحة مطلقاً انتهى ولا يخفى وضوح الفرق بينهما وقد اشار المصنف اليه بقوله ﴿ نعم لو تجز الوكالة و شرط تأخير التصرف جاز ﴾ و في الجواهر بلاخلاف أيضاً فيه بل في التذكرة والمسالك الاجماع عليه انتهى لامكان تعلق غرض عقلائي بذلك وعند الامر بذلك ارتفع المانع هذا مضافا الى ان الانشاء و الابداع في الخارج ينافيه التعليق ثم ان الوكالة الى شراء عبد هل يلزم بيان اوصافه الراجعة الى رفع الفرر اولا فقال المصنف و شارح الجواهر مازجا للمعبارة بقوله :

ومن شرطها أيضاً عدم التوغل في الابهام على وجه يشك في مشروعية الوكالة فيه نحو و كلتك من غير تعيين ، أو على أمر من الامور ، أو على شيء ما يتعلق بي ونحو ذلك ، ولعله المراد مما في الرياض لانصح على المبهم والمجهول بلاخلاف فيما أعلم الى آخره ، بل عن المبسوط ﴿ و ﴾ بعض الشافعية ﴿ او و كله في شراء عبد افتقر الى وصفه ﴾ في الجملة ﴿ لينتفى ﴾ معظم ﴿ الفرر ﴾ و حينئذ لا يجب الاستقصاء في الوصف اجماعاً بقسميه ، بل ولا على نحو التسلم ﴿ و ﴾ شبهه مما اعتبر فيه العلم .

نعم ﴿ لو ﴾ أطلق أي ﴿ و كله مطلقاً ﴾ من دون أن يذكر وصفا ﴿ لم يصح ﴾ للفرر واليه اشار المصنف بقوله : ﴿ على قول ﴾ لكن ﴿ الوجه ﴾ عندنا ﴿ الجواز ﴾ كما هو صريح التذكرة والمختلف وغيرهما ، بل لا أجد فيه خلافا بيننا من غيره لاطلاق الادلة وعمومها ، وخصوص أمر النبي ﷺ عروة البارقي بشراء شاة ، بناء على أنه من التوكيل الذي هو قسم من الاذن والامر للذين لاخلاف ولا اشكال في جواز تعلقهما بنحو ذلك ، على أنه ربما يتعلق غرض بمطلق العبد و الشاة الموافقين لمصلحة الموكل .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هى عقد جائز من طرفية﴾ بلا خلاف أجده ، بل
 الاجماع بقسميه عليه ، مضافا الى ما يستفاد من نصوص المقام ، خصوصا بالنسبة
 الى الموكل وحينئذ ﴿فللو كيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل ومع غيبته﴾
 وفي الجواهر فينعزل حينئذ وان لم يعلم بذلك ، اذ احتمال توقف انعزاله
 على علم الموكل مناف لأصول المذهب و قواعده ، بعد اختصاص النصوص فى
 صورة عزل الموكل على وجه لا تقبل اندراج مثل هذه الصورة فيها انتهى .

هذا كله فى العزل من طرف الوكيل ، ﴿و﴾ اما العزل ﴿للموكل﴾ فيصح
 ﴿أن يعزله﴾ لكن ﴿ بشرط أن يعلمه العزل و ﴾ حينئذ فـ ﴿لمو لم يعلمه
 لم يعزل بالعزل وقيل : ﴾ كما عن النهاية والقاضى والحلبى وابنى حمزة وزهرة
 ﴿ان تعذر اعلامه فأشهد﴾ عليه ﴿انعزل بالعزل و الاشهاد﴾ بل عن الأخير
 الاجماع عليه .

ولا يخفى قوة انعزاله بمجرد العزل ولو لم يشهد عليه ولذا فى الجواهر قال
 وقيل : كما فى قواعد الفاضل أنه يعزل بالعزل أيضاً و ان لم يعلمه على رأى ،
 وقد حكاه غير واحد عنه انتهى ومنشأ الاشكال هو النصوص الدالة على الصحة مع
 انعزاله وظاهر الحدائق موافقة العلامة فى المختلف للمشهور .

و كيف كان فقال فى الخلاف ما هذا نصه اذا عزل الموكل و كيله عن الوكالة
 فى غيبة من الوكيل لاصحابنا فيه روايتان احدهما انه يعزل فى الحال و ان
 لم يعلم الوكيل و كل تصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا و هو
 احد قولى الشافعى او احد وجهيه و الثانية انه لا يعزل حتى يعلم الوكيل ذلك
 و كلما يتصرف فيه يكون واقعا موقعا الى ان يعلم و هو قول الشافعى الاخر و به
 قال ابو حنيفة .

[دليلنا] على ذلك اخبار الطائفة و هى مختلفة و قد ذكرناها فى الكتابين
 المقدم ذكرهما و من راعى العلم استدلل على ذلك بان قال ان النهى لا يتعلق به

حكم في حق المنهى الابد حصول العلم به وهكذا ابواب نواهي الشرعى كلها ولهذا لما بلغ اهل قبان القبلة قد حولت (تحولات خ) الى الكعبة وهم في الصلوة داروا وبنوا على صلواتهم و لم يؤمروا بالاعادة فكذلك نهى الموكل وكيهله عن التصرف ينبغى ان لا يتعلق به حكم في حق الوكيل الابد العلم وهذا القول اقوى من الاول وقد رجحناه في الكتابين انتهى .

وظاهره طائفتان من الروايات على انزاله بمجرد العزل حيث قال لاصحابنا فيه روايتان .

وقال ايضا وهي مختلفة وليس فعلا يحضرنى الكتابان حتى انظر اليهما وكيف كان فظاهره هو قول المشهور وان نهى الموكل لا يأتري في حق الوكيل وانه صح عمله وان هذا القول هو اقوى عنده من الاول ورجحه في كتابيه ببيان ان النهى اذا تعلق على المكلفين فلا يتنجز عليهم الابد حصول العلم فعمل الوكيل .

وان كان منهياً بعد العزل لكن نهيه لا يتنجز في حقه ما لم يعلم به فيصح له اعماله الراجع الى الوكالة مطلقاً حتى يعلم بالعزل كما هو كذلك في تحويل القبلة الى الكعبة في اثناء الصلاة و لم يعادوا الصلاة بل بنوا عليها مع امكان القطع ببطلانها لوقوع نصفها باطلا وواقعة على غير جهة القبلة بعد نسخ القبلة السابقة هذا و يضعف ببطلان القياس خصوصاً مع الفرق ان في النسخ لا يعلمه المكلف ويزعم ثبوته مع انه غير ثابت عند الله فلا يكلف العباد الا العمل بما ظاهره الثبوت مع انه غير ثابت فاذا امر بغيره علم بنسخ الحكم و يجب امتثالهم لحكم الجديد فوراً كان قبل الشروع او بعده او في اثنائه وهذا بخلاف الاحكام الثابتة للوكيل التي دائر مدار ثبوته واقعاً مثل التزويج والبيع والشراء فانه لا بد و ان يكون واقعاً باذن الموكل ورضاه .

ومن المعلوم انه مع العزل لا يأتري في حقه حكم الموكل فيكون اعماله بدون اذن الموكل الزوج او المالك فيكون بمنزلة عدم امر منه فيكون عقده من

دون اذن لمن له حق التزويج وح لو تحقق في البين روايتان مختلفتان فلا جرم كان الصحيح ما دل على انزاله بمجرد العزل ولو لم يعلمه الوكيل فلا يصح شيئاً من اعماله الصادرة عنه وكالة وهو منعزل في حال العقد .

وزعم انه صحيح و اذا خبره بالعزل لزم عليه الاطلاع بعدم وقوع العقد فان رضى الموكل بعد اخباره بالعزل جدد العقد ثانياً والاحكم بالبطلان .
و في المسالك بعد قول المصنف قال ما هذا لفظه يعزله بشرط ان يعلمه بالعزل الى قوله اظهر ما اختاره المصنف هو المشهور بين الاصحاب خصوصاً بين المتأخرين ومستنده اخبار عن ائمة الهدى .

الى ان قال بعد التمسك باخبار المقام ما لفظه والقول بالاكتفاء في انزاله بالاشهاد للشيخ وجماعة من الاصحاب و اختار في عد انزاله بالعزل مطلقاً نظراً الى انه عقد جاز و من حقه ان يفسخ بالفسخ على جميع الاحوال والأكان على بعضها لازماً والاخبار التي بعضها صحيح حجة عليهما ومقتضى قول المصنف هنا من وافقه على قوله كالعلامة في سائر كتبه حيث قيدوا الانزال بعلمه وعدم الاكتفاء ببلوغه بما لا يفيد العلم و ان كان بعد بل وان كان بعد بل لانهما يفيدان ظناً يجوز لتعويل عليه شرعاً و لكن لا يفيدان العلم لان مناطه من جهة الاخبار التواتر او الخبر المحفوف بالقرائن ان قلنا بافادته العلم وهو منفي فيهما فلا يعزل على مقتضى ظاهر كلامهم الا بمشافهته به او بلوغه الخبر بمن يفيد قوله التواتر والظاهر انهم لا يريدون هذا المعنى قطعاً لما قد علم من مستند الحكم خصوصاً اخبار الشاهدين فانه حجة شرعية فيما هو اقوى من ذلك والاقوى انزاله بما دل عليه الخبر الصحيح من اخبار الثقة وان كان واحداً ولا عبرة باخبار غير العدل وان تعدد ما لم يثمر العلم انتهى .

قوله والأكان على بعضها لازماً الخ اقول لامنافاة بين جواز العقد و عدم جواز فسخه لامور عرضية كما اذا كان الفسخ بوجوب فساداً فجواز اصل العقد لا يكون

دليلاً على جواز عزل الوكيل بدون اطلاعه فلا بد وان لا يعزله او اطلعه على ذلك فوراً .

وفي القواعد (ويعزل الموكل له سواء اعلمه العزل أو لا على رأى) عطف على قوله وتبطل بعزل الوكيل و في مفتاح الكرامة بعده قال ما لفظه لم يوافقه عليه احد بل تسالم الناس على خلافه نعم قال الفاضل القطيفي انه مقتضى النظر لكن الفتوى على خلافه وقال هو في المختلف أنه ليس بردي و لعل الوجه في كونه مقتضى النظر ان الاصل جواز الفسخ والالكان لازماً وانه يشترط في صحة فعل الوكيل رضا الموكل وان التجارة لابدأن تكون عن مرض .

ومن المعلوم عدم الرضا بعد الفسخ والعزل وان العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى عمله كالطلاق والعتق و أنه قد يلزم الحرج والضيق فانه قد تعرض له المصلحة ولا يتمكن من الاعلام والاشهاد والرجعة في الطلاق فلا بد وأن يكون له سبيل الى ذلك وانه لو اعتق العبد الذى و كله على بيعه او عتقه لانعزل و كذا لو باعه فاذا لم يعتبر العلم فى العزل الضمنى ففى صريح العزل اولى وللرواية التى ارسلها الشيخ فى الخلاف والمبسوط من ان الوكالة تنفسخ فى الحال ولايقف الفسخ على علم الوكيل وقد أهمل ذكرها فى الوسائل و لعل هذا القول ، يرجع الى أحد شقى القول الثانى ، لانه لا بد لقائله من ان يقول بانه يجب على الموكل الاشهاد ، لان قوله : بعد تصرف الوكيل قد عزلته غير مقبول .

(وليعلم) ان قول الصادق عليه السلام يعزاون يعنى العامة يعنى الوكيل عن الوكالة ولا تعلمه بالعزل يؤذن ببطلان هذا القول و ذهب الشيخ فى النهاية وأبو الصلاح فى الكافى وأبو جعفر بن حمزة فى الوسيلة و ابو المكارم فى الغنية والمقداد فى التنقيح الى انه لا يعزل الا بالاعلام او الاشهاد اذا لم يتمكن من الاعلام وقد نفى عنه الباس فى المختلف و حكى عن القاضى والقطب الكيدرى و حكام جماعة

كثيرون عن ابن ادريس و لم اجده فى السرائر فى الباب و لعل الاصل فى ذلك المختلف و تبعه الجماعة و ستمسح ما فى كشف الرموز عن ابن ادريس و ظاهر الغنية الاجماع عليه و لا دليل عليه من الاخبار بل هى دالة على عدم اعتبار الاشهاد الى ان قال :

(وقال فى كشف الرموز) ان بما ذكره فى النهاية رواية أعرضنا عنها مخالفتها الدلائل وهى لا تصلح معارضة انتهى لكننا لم نجد لها وقد حكى عن هؤلاء فى الايضاح أنه ينعزل بالاعلام والاشهاد من دون تقييد بما اذا لم يتمكن من الاعلام الى ان قال والمشهور بين الاصحاب خصوصا المتأخرين كما فى المسالك والكفاية أنه لا ينعزل ما لم يعلم بالعزل وان اشهد وفى (مجمع البرهان والمفاتيح) أنه المشهور و كله لم يصادف محله كما عرفت فيما تقدم ممن تقدم وهذا القول هو المحكى عن ابي على و حكاه فى جامع المقاصد عن المبسوط وما زاد فيه على أن قال فيه وجهان . (أحدهما) ان الوكالة تنفسخ فى الحال فلا يقف الفسخ على علم الوكيل . (الثانى) ان الوكالة لا تنفسخ حتى يعلم الوكيل ذلك و كلا الوجهين قد رواه أصحابنا انتهى فهو متوقف كما حكى عنه ذلك أيضا و حكاه فى كشف الرموز عن ابن ادريس و قد عرفت انا لم نجد له فى السرائر ذكرا و قد سمعت ما حكوه عنه و قد حكاه فى الخلاف عن كتابيه يعنى التهذيبين وليس للوكالة فى الاستبصار باب . (و كيف كان) فهذا القول خيرة التهذيب والخلاف وفقه الراوندى و جامع الشرائع والشرائع والنافع و كشف الرموز والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة وغيرها و تكلم كثير او نقل بعض الاخبار و بعض الاجماع على الانعزال و التكلم فيها ولم يحصل شىء منها مما يفيد فى المقام بحيث يطمئن الفقيه بصحة عدم الانعزال لبداهة ان الانعزال على خلاف القواعد فلا بد من الاطمينان الكامل عليه وهو غير حاصل جدا والنص لا يصح فيما كان على خلاف القواعد ولذا قال انه مقتضى النظر كذا قول العلامة اى قوله بالانعزال ليس بردى .

وقد عرفت انه احسن الوجهين كما عرفت وان الوجه الذى ذكر له ردى جدا اذ جواز العزل ليس من حيث انه عقد جايز لعدم المنافاة بين الجواز وبين عدم جواز العزل الامع الخبر به قبل شرعه فى العمل ومنه يعلم عدم ثمره للشهاد اذ ثمرته اثبات عزل الموكل وليس بنافع بحال الوكيل بل يضر عليه لاثباته العزل حينئذ والذى يثمر بحاله اخباره بالعزل وبدون الاخبار كان فى الواقع كالاجنبى وانما زعم كونه وكيلا وبعد ظهور الامر وبلوغ الخبر علم بان فعله عنه لا يقع للعزل كما باع مال غيره بزعم انه ماله واخبره مالكه بعدم رضاه بالبيع فكل ما فعل الوكيل واقع على خلاف الواقع ومعذور للمجهول بالعزل.

قال فى الحدائق بقى هنا شيء وهو أن ظاهر عبارة الخلاف وجود الرواية بالانعزال بمجرد العزل ، كما ذهب اليه فى القواعد ثم نقل عبارة الخلاف ثم قال بعد نقلها ما لفظه :

وانت خبير بان هذه الرواية لم تصل اليها ولم ينقلها أحد غيره وبذلك اعترف فى المختلف أيضا حيث قال : ولم نظفر بالرواية الأخرى التى نقلها فى الخلاف ، ثم انه قال فى المختلف : والظاهر عدم عزل الوكيل الا أن يعلم العزل لهذه الروايات ، ولأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات تقع باطله ، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري ، والطعام فيأكله أذ غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه بتصرف المشتري والوكيل .

ثم قال : والقول الاخر ليس بردى لأن الوكالة من العقود الجائزة فلملك كل الفسخ وان لم يعلمه الوكيل والا كانت لازمة حينئذ هذا خلف ولأن العزل رفع عقد ، لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالاطلاق والعقد ، وقول النهاية لا بأس به ، لأنه توسط بين الاقوال ، انتهى .

ونسج على منواله المحقق اردبيلى بالنسبة الى تعليل هذين القولين ، سيما قول القواعد ، وأطال المناقشة والطعن فى اسانيد الاخبار حتى أنه فى آخر البحث

قال : والمسئلة من المشكلات ، لما علمت مما تقدم انتهى .

قوله قال في المختلف الخ ولا يخفى انه على خلاف ما حكاه عنه في الجواهر فانه صرح بالعزل عن الفاضل وما نقل عنه في الحقائق هو عدم العزل ثم قوله الا ان يعلم العزل لهذه الروايات الخ ان اريد بالروايات روايات التي بايدينا فظاهرها عدم العزل لا العزل وان اريد بها ما لم يصل بايدينا فيكون بمنزلة العدم فما يكون معنى لهذه العبارة قوله ولانه لو انعزل الخ .

حاصله ان الوكيل على حسب زعمه كان وكيلا لعدم علمه بالعزل فيصدر عنه ما امره الموكل .

وحينئذ ان قلنا بعدم العزل لم يقع فيه ضرر بخلاف ما اذا قلنا بالعزل فان لازمه بطلان ما صدر عنه فربما يقع الدخول على المحرم فيكون زنا ويلزم عدم طيب الولد والدار التي باعها قد يهدمها المشتري مع انه لم يكن ملكها الى آخر ما ذكره .

ولا يخفى ما فيه فانه مضافا الى انه يرجع الى ما هو غير الواقع بمنزلة الواقع والباطل بمنزلة الصحة يرد عليه عينه في الامر بالصحة وعدم الانعزال بل المقام اخف محذورا من الصحة فانه لو قلنا بالبطلان ووقوع العقد في حال العزل ان لم يحصل دخول الى زمان بلوغ الخبر من الموكل فلا اشكال للمعلم بالبطلان وان بلغ الخبر بعد الدخول فرق بينهما ولم يحصل بعده زنا وما وقع كان مغتفرا للجهل بخلاف الحكم بالصحة فيلزم الزنا الى الابد اى مادام العمر فانه بعينه كرجل وامرأة تسالما معا بدون عقد لان ما وقع بمنزلة العدم .

ويكون المقام نظير موارد يعلم فساد النكاح كما اذا علم بكون المرأة في حال العدة او كان الزوج ممن لاط باخ زوجته قبل التزويج ثم زوج اخت الموطوء او امه او بنته او كان الزوج ممن زنا بالمرأة قبل التزويج في حال كونها ذات بعل ثم زوجها .

ففي هذه الموارد كلها كان نكاحه باطلا وعلى الصحة كان المقام من هذه الموارد ومن المعلوم ان الضرر كلما اندفع كان نفعاً فيدور الامر بين البقاء وحصول الزنا الى آخر العمر والتفريق بينهما والثاني اولى بل يجب قطعاً والفرق بين المقام وبين الموارد المذكورة عدم الحرمة الابدية في المقام فيصح العقد جديداً برضا الموكل فهو اقل ضرراً قطعاً من الحكم بالبقاء وعدم النقص والاخذ بالاقل فساداً وبالاهم من القواعد القطعية في الفقه .

ومن جميع ذلك قد ظهر وجه فساد الحكم بعدم الانزال وازوم الحكم بالبقاء وكذلك لو كان مثل ما كانت الوكالة في شراء دار الموكل ولو بعد خراب المشتري الدار او بنى فيها فضلاً عما اذا لم يقع شيء اصلاً فقول الراد باطل في الفرق بينهما وانه لو اخبر الموكل بالعزل لبطل فعله في الجميع ، قوله اجتهاد في مقابل النصوص مسلم لكنه انما يقدر فيما لم يكن النص مخالفاً لقواعد الاخر كما في المقام فان الوكالة قد بطلت فلا نكاح في البين فلا يحصل الظن بصحة النص حينئذ .

وكيف كان فالاشكال في طرفي المسألة جمل القول في تحير وترديد .

قال المصنف في مختصر النافع ايضاً ولا ينزل ما لم يعلم العزل وان اشهد بالعزل على الاصح وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل .

اقول ومعنى كون تصرفه ماض كون الاخت جعلت نفسها زوجة مع قطعها بعدم كون اخيها وكيلا فيلزم عليها تمكينها الدخول للاجنبي ودون اثباته خرط القناد نعم ان اراد بالمضى ما لم يعلم فهو مسلم وان اراد بعد الخبر بمعنى انه اذا اخبر الموكل بعزله حين العقد كان مضياً ايضاً بمعنى الحكم ببقاء النكاح فهو كما ترى وفي التنقيح بعد العبارة ما لفظه هذا قول ابن الجنيد والشيخ في الخلاف واختاره المصنف والعلامة في بعض كتبه وهو فتوى الفاضل والشهيد لوجوه .

(الاول) لو انزل ولما يعلم لزم تكليف الغافل ، لانه حكم شرعي والحكم

الشرعي لو ازم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل واللازم باطل فكذا الملازم .

(الثانى) لو انعزل قبل العلم لزم الحرج والاضرار وهما منفيان بالكتاب والسنة
أما الملازمة فلجواز أن يبيع ثوباً ويفصله المشتري أو داراً فيهدمها أو غير ذلك
مما يستلزم بطلان التصرف فيه الضرر .

(الثالث) ما احتج به الشيخ فى الخلاف ، وهو أن النهى لا يتعلق حكمه بالمنهى
الا بعد علمه ، ولذلك لما سمع أهل قبا وهم فى الصلاة أن القبلة قد حوات الى
الكعبة داروا اليها ولم يعيدوا صلاتهم الرابع الروايات الى ان ساقها .

ثم قال مانصه وقال الشيخ فى النهاية وابن حمزة والتقى والقاضى والقطب
وابن ادريس والعلامة فى القواعد أنه ينعزل بالعلم أو الاشهاد ، لكونه عقداً جائزاً
ولانه لولاه لزم ازومها فى ذلك وهو باطل ، ولانه لو أعتق العبد الذى وكله
فى بيعه أو عتقه أو باعه لانعزل ، فاذا لم يعتبر العلم فى العزل الضمنى ففى صريح
العزل أدلى .

والذى يظهر لى أنه ان أمكنه للموكل الاعلام ولم يعلمه فلا ينعزل الا
بالاعلام ، وأما اذا لم يمكنه الاعلام وظهر له مصلحة فى عزله فانه ينعزل بالعرل
وان لم يعلم ، لكن مع امكان الاشهاد يجب الاشهاد .
وانما قلنا ذلك لئلا يلزم تحمل الضرر الحاصل تبعاً وكالته و صيرورة
الجائز لازماً ليس مقتضى ذلك ، والروايات تحملها على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه
انتهى وجواب الجميع يعلم مما قدمناه .

وكيف كان فالاخبار الواردة فى المسئلة منها ما عن العلاء بن سبابه قال
دسئلت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل فقبل الو كالة
وأشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجها ، ثم انها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت
أنها عزلته عن الو كالة فأقامت شاهدين أنها عزلته فقال ما يقول من قبلكم فى ذلك
فقلت : يقولون ينظر فى ذلك فان كانت عزلته قبل أن يزوج فالو كالة باطلة
والتزويج باطل وان عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل على

ما اتفق معها من الوكالة اذا لم يتعد شيئاً مما أمرته واشترطت عليه في الوكالة .
قال : فقال يعزاون الوكيل عن وكالته ولا تعلمه بالعزل ، فقلت : نعم يزعمون
أنها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقال في الملاء انى قد عزلته بطلت وكالته
بلا أن تعلم العزل وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة وفي غيره لا
يبطلون الوكالة الا أن يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه
والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد .

فقال سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ان النكاح أحرى وأجدر
أن يحتاط فيه وهو فرج منه يكون الولد ان علياً صلوات الله عليه أنته امرأة
مستعدية على أخيها فقالت : يا أمير المؤمنين وكلت هذا أن يزوجني رجلاً فاشهدت
له ثم عزلته من ساعته ذلك فذهب وزوجني ولى بيينة أنى قد عزلته قبل أن يزوجني
فأقامت البينة .

وقال الأخ يا أمير المؤمنين انها وكلتني ولم تعلمنى أنها عزلتني عن الوكالة
حتى زوجتها كما أمرتني به فقال لها ما تقولين فقالت قد أعلمته يا أمير المؤمنين عليه السلام
فقال لها ألك بيينة بذلك فقالت هؤلاء شهودى يشهدون قال لهم ما تقولون قالوا نشهد
أنها قد قالت أشهدوا انى قد عزت أخى فلاناً عن الوكالة بتزويجى فلاناً وأنى
مالكة لأمرى من قبل أن يزوجنى فلاناً فقال أشهدتكم على ذلك بعلم منه
ومحضر قالوا ، لا قال : فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة قالوا لا قال
أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقعاً أين الزوج فجاء فقال خذيها ببارك الله
لك فيها ، فقالت يا أمير المؤمنين احلفه انى لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلى
اياه قبل النكاح قال وتحلف قال نعم يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز
النكاح وقوله مستعدية اى المستقيمة والمستنصرة والمعنى استنصرت على اخيه
فى تزويجها .

ومن الاخبار صحيح ابنى وهب ويزيد عن الصادق عليه السلام (من وكل رجلاً

على امضاء أمر من الامور فالو وكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها.

ومنها ايضا ماروى عن ابن أبى عمير عن هشام بن سالم وطريقه الى ابن أبى عمير صحيح عن أبى عبدالله عليه السلام «فى رجل و كل آخر على و وكالة فى امضاء أمر من الامور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال أشهدوا أنى قد عزلت فلاناً عن الو وكالة فقال : ان كان الوكيل أمضى الامر الذى و كل فيه قبل العزل عن الو وكالة فان الامر ماض على امضاء الوكيل كره الموكل أم رضى ، قلت فان الوكيل أمضى الامر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الو وكالة فالامر على ما أمضاء قال نعم قلت فان بلغه العزل قبل أن يمضى ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا و كل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والو وكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الو وكالة بثقة يبلغه أو يشافه بالعزل عن الو وكالة» .

والمحقق الخوانسارى بعد نقلها قال و مقتضى اطلاق الخبر الثانى و ترك الاستفصال فى الخبر الاول عدم الفرق بين التممكن من ابلاغ العزل الى الوكيل وعدم التممكن منه فالامجال للتفصيل المذكور انتهى وظاهره اختيار قول المشهور بعدم البطلان وصحة تزويج الوكيل المعزول .

وهذه روايات الباب وقوله عليه السلام فى خبر العلاء ان النكاح احرى واجدر النخ وان كان من المسلمات لكنه فى المقام رد عليه السلام على من زعم الفرق بين الو وكالة فى النكاح وغيره ومحصل ما زعم الراد انه لو و كلته فى النكاح وعزلته ويشهد عليه ازم عليها ان يخبره بالعزل وان لم يخبره كان التزويج باطلا لانه وقع بدون الو وكالة فلو بقى عليه صحيحا يوجب الزنا ومنه الولد بخلاف الو وكالة على البيع او الشراء فانه لو عزلت وشهدت عليه ازم عليها ان يخبرها حتى يكون باطلا وان لم يخبرها صحت لان الاختلاف الحاصل هو فى المال وهو قابل للمجبِران .

والحاصل اولم تخبر الوكيل بعد الشهود بطل ما فعل الوكيل فى النكاح
وصح فى البيع والشراء وحاصل قول الراد ان نكاح الوكيل باطل من حيث عدم
اخباره بالعزل فلو بقى على الصحة كان زنا وعدم طيب الولد ولا يخفى صحة قول الراد
فى ذلك واشكال عليه عدم الفرق فى البطلان بين النكاح وغيره فى ان فى كليهما
لولم تخبره بالعزل لبطل فالفرق غير فارق الا ان البطلان فى النكاح فى محله لانه
اخرى بالاحتياط بخلاف القول بالصحة الى الابد فانه يحرم الزنا دائما وعدم طيب
الاولاد فاللازم هو الحكم فى البطلان لئلا يلزم الزنا او تكراره دائما .

وبالجمله لو وكلت امرأة رجلا فى تزويج نفسها وقبل الرجل الوكالة وذهب
وبعد ذهابه ندمت وفسخت الوكالة ثم بعده زوج الرجل المرأة اما وكلته وجاء
الرجل الوكيل عند المرأة واخبرها بالتزويج وقالت قد عزلتك عن الوكالة فورا
ففى ذلك هل الاحتياط فى بقاء الزوجية مع العلم بان تزويجها لا يكون عن وكالتها
او فى بطلان التزويج ولا اظن احداً له جرأة تقدم الاول مع ان الامر بابطالها
لا يضر على شىء ولم يحصل دخول و نحوه ولا تحقق مهر للمقطع بعدم تحقق
التزويج بخلاف الامر ببقاء التزويج وعدم حصول الطيب للاولاد واشتغال الذمة
بالمهر والارث .

وبالجمله كيف يكون الاحتياط فى النكاح الذى يعلم بعد تحققه من الاصل
الاصل الذى لولم يكن برضاها يكون زنا قطعاً كما فى غير المقام والفرق انه
فى المقام زعم كونه باجازه المرأة وبعده قد ظهر عدم الاجازة ولا يقال ايضا كان
التزويج حينئذ فضولياً يحتاج الى اجازة جديدة من المرأة فانه يقال الاجازة
بعد الرد غير مفيد ولعمري ان القول بالانعزال وبطلان العقد كالشمس فى رابعة
النهار فلا بد من علاج الروايات .

ولعل رده الامام بقوله ان النكاح اجدر بالاحتياط الخ من حيث هذا التفصيل
ومقصوده كلاهما اخرى بالاحتياط رداً عليه فانه ايضا باب الاموال التى تكون فيه

الاحتياط ومع ذلك يبقى اشكال كون النكاح احرى فان الاحرائية بان يحكم بالابطال لوقوعه فى حال العزل عن الوكالة ولا يصح ابقاء النكاح على حاله الا بالتزام الشارع جعل عمل الوكيل بمجرد الوكيل على الواقع ولو بعد العزل ويؤيده سائر الاخبار فتأمل .

ويمكن ان يقال ان ماجرى بين امير المؤمنين (ع) والمرأة لعله خارج عن المقام وداخل فى باب القضاء فيكون راجعا الى المدعى والمنكر والمرأة مدعية والرجل منكر وكان على المدعى البينة ولذا امير المؤمنين عليه السلام طلب منها البينة وهى لها غير ثابتة اذ اللازم فى البينة علمها بان المرأة وكلته وهوليس كذلك فانه ايضا ترجع الى دعواها وانها ادعت الشهود لان الشهود يعلمون ذلك ولذا استل عليه السلام عنهم فقالوا لافالمدعى اذالم يثبت بينته كان على المنكر اليمين وتمت الدعوى وصح النكاح وايضا المرأة ادعت اعلام الوكيل والوكيل منكر له فالقول قوله فيممينه ثبت عدم عزلها لها فصح النكاح وغيره من غير فرق بين القسمين .

وكيف كان فيدل على البطلان بالعزل ما فى الفقيه عن عبدالله بن مسكان عن ابي هلال الرازى قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل وكل رجلا بطلاق امرأته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبداله فاشهد أنه قد ابطل ما كان أمره به وأنه قد بداله فى ذلك قال عليه السلام فليعلم أهله وليعلم الوكيل وكان اعلام أهله لادخال السرور عليها ولئلا ترغب الى تزوج آخر غيره والمعنى قد بدلتمو كل فى امر الطلاق وعزل الوكيل وحينئذ قال عليه السلام فليعلم الموكل أهله والوكيل اما اعلام الوكيل ليعلم عزله عن الوكالة وان طلاقه غير واقع واما اعلام الاهل وهو زوجته بانه عزل الوكيل والطلاق غير واقع حتى تكون مسرورة بعدم الطلاق فهذا الخبر يطابق الواقع ويقدم على ما ظاهره الحكم بوقوع مالم يوقع فتأمل فى جميع ما ذكر .

فان قلت قياس العقد نكاحا او غيره على الطلاق والعقد باطل ومع الفارق

اذالطلاق فك الزوجية والعتق فك الملكية وبعدهما لاتتعلق بغير العاقد بخلاف العزل في الوكالة فانه يتعلق بثالث وهو الذي عقد معه الوكيل وفيه ان الجامع الموجب للقياس هو بطلان العقد في حال العزل عن الوكالة من غير فرق بين الموارد فلودل الخبر على عدم صحة الطلاق من حيث ان العاقد في حال الوكالة معزول فيجربى في كل عقد كان العاقد معزولا .

اي عقد كان ففي التزويج لم يقع وفي الطلاق لم يحصل وفي العتق حصل الحرية بل لايصح اطلاق القياس بمثل ذلك فانه بمثل منصوص العلة بعد العلم بان وجه البطلان خروج العاقد في حال العقد عن العاقديّة فانه بمنزلة قوله لان " فاذا تحقق هذا المعنى في كل مورد يصح اسراء الحكم اليه ومنه يعلم صحة قياس المقام بالموت الذي سيأتي فانه لا اشكال في بطلان عقد الوكيل لو كان الموكل في حال العقد قدمات والجامع بينهما ان الوكيل فيهما بلا اذن سواء كان بقوت الموكل او بعزله ففي كل مورد لم يصادف اذن المالك في حال العقد كان العقد باطلا نعم صح عقد الوكيل ان كان عزله كرها او جبراً بخلاف عزله مع الارادة والاختيار فان العقل مضافا الى العرف يحكم بان الوكيل بالعزل قد خرج عن كونه وكيلا بل يمكن الاستدلال للمقام بما ورد في الموت .

وهو ما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل ارسل يخطب عليه امرأة وهو غائب ، فانكحوا الغائب وفرضا الصداق ثم جاء خبره بعد انه توفي بعدما سبق الصداق ، فقال : ان كان املك بعد ما توفي فليس لها صداق ، ولا ميراث ، وان كان املك قبل ان يتوفى فلها نصف الصداق ، وهي وارثة ، وعليها العدة وظهور المرسل في بطلان العقد بمجرد وقوع الموت قبل العقد وان العقد واقع في حال الموت و ليس البطلان الالعدم الاذن الذي لافرق في عدمه بين الموت وبين العزل فهذا المرسل .

وما ورد في الطلاق اقوى دليل على ما ذكرنا من لزوم القاء ماورد من ان

الوكيل اذا خرج من عند الموكل كانت وكالته ثابتة باقية فاذا تعارض النصوص تقدم ما ظاهره البطلان لانه مؤيد بالعقل والنقل والعرف .

وقد عرفت ما فى النص من ان النكاح احرى من غيره مع ان الاحرائية ينطبق مع البطلان الذى اراده الفارق بين النكاح وبين غيره كما عرفت وهذا الاشكال كاف فى القاء نصوص الباب مضافا الى النص الذى ادعاه العلامة .

وصاحب الحدائق الموافق للمشهور قال فى هذا المرسل ما لفظه فانها (اى المرسل) ظاهرة فى أنه وكل فى حال الغيبة من يخطب له ويعقد عنه ويسوق المهر ثم مات ، وقد حكم ^{بالبطلان} بصحة العقد متى وقع قبل الموت ، وبطلانه متى كان بعده وحينئذ فيتم ما ذكره من الحكم المذكور ، وان لم يتنبه أحد منهم لهذا الخبر الذى ذكرناه ، بل انما بنوا الحكم على قواعدهم المتداولة بينهم ثم انهم نبهوا على أنه وان بطلت الوكالة فى الصورة المذكورة ، لكن ما بيده يكون أمانة لأن الأمانة لا تبطل بالموت كما تبطل الوكالة الا أنه يجب المسارعة وردها على الوارث فان آخر لا يعذر ضمن ، كما تقدم فى الوديعة ، ولو تلف بغير تفریط فلا ضمان انتهى وقوله وبطلانه متى كان بعده دليل عدم مضاوية قول الوكيل بنحو الاطلاق بل يبطل اذا صادف عدم الاذن وكيف كان فالمسألة من حيث النصوص فى غاية الاشكال ويمكن تقوية المشهور بعدم الانزال بان عمل الوكيل لم يكن بدون اذن من الموكل بل مع اذنه ورضاه. فقول الوكيل وفعله صحيح بمجرد الوكيل الى ان يبلغه النهى كما هو ظاهر الاخبار .

لكن الكلام فى ان الموكل ادعى العزل والوكيل منكره فعلى الموكل هو البينة بان يشهدا بانا سمعنا قول الموكل انى قد عزلت الوكيل لابان يشهدا بالشهود على العزل فاذا لم يكن له البينة كان على الوكيل اليمين فتمت الدعوى ويحكم بصحة ما فعل .

وقد عرفت قبلا امكان كون النصوص راجعا الى باب المدعى والمنكر

وكيف كان فمالم يبلغ الخبر بالوكيل كان عمله صحيحا وبعده كان الاحوط هو البناء على البطالان عملا ببعض النصوص فلواراد الموكل البقاء فالاحوط تجديد العقد ثانيا والله العالم باحكامه .

ثم انه من جميع ما ذكرنا ظهر ما في الجواهر قال هذا المقام ما هذا لفظه .
فمن الغريب اعراضه عن هذه النصوص التي عمل بها في الجملة من لم يعمل بأخبار الآحاد ، وما هو الالكونها متواترة عنده أقطعية ، ومن هنا يمكن تنزيل كلام الفاضل على ارادة بطالان الوكالة بالعزل الذي يتبعه بطالان الجمل فيها لو كان ، وان نفذت صرفه قبل العلم بهذه النصوص ، اذ لا منافاة بين بطالانها بالعزل المزبور الذي هو مقتضى الضوابط وبين نفوذ التصرف فيما بينه وبين العلم بذلك المنصوص ، لكن يدفعه ظهور النصوص المزبورة في بقاء نفس الوكالة .
أللهم إلا أن يحمل على ارادة هذا المعنى ، وهو مع منافاته لظاهر الفتوى لامقتضى له ، ومجرد احتمال له لا ينافي العمل بالظاهر انتهى .

وكيف كان فما عن القواعد بناء على ما نقله عنه في الجواهر وان كان على خلاف الروايات لكنه موافق للقاعدة اذ لو كان الوكيل قد اعزل عن الوكالة فلا يكون ما يصدر عنه بمعتبر لاشرا ولا عقلا لان عمله بمنزلة العدم فتزويجه بمنزلة العدم لعدم الاذن من الموكل فكيف يترتب عليه الاثر .

وكذا لو باع ما كله في البيع وفي الواقع لم يكن وكيلا فلا يحصل انتقال مال الموكل الى المشتري الافضولة فضرر الحكم بالوقوع كثير و يترتب عليه مفاسد لاتعد ولا تحصى خصوصا في امر التزويج الموجب للزنا وعدم طيب الولد اذا علم بالعزل .

فالامر يدور بين الاخذ بالروايات والقاء الاشكالات وارتكاب ما هو خلاف الواقع او القاء الروايات الواردة والاخذ بما هو الواقع المسلم المتيقن من سائر الاخبار والآيات اذ هما متواتران في عدم جواز الاخذ بالزوجة من دون سبب شرعية

لثبوت العزل ولو فيما لم يشهد ومما يؤيد ما ذكرنا ان الذي مؤسس لتصحيح الروايات وتفريقها عن الضعاف قد عمل بالصحاح في المقام .

وهو يؤيد عدم ثبوت ذلك الحكم من الشارع اصلا وفي مثل المقام ان وجدت رواية في غاية الضعف ولكن كان مفاده مطابقا للقواعد تقدم على روايات صحيحة كانت على خلاف القواعد .

ومنه يعلم قوة الاعراض عن هذه النصوص لاجل رواية ضعيفة مطابقة للواقع ومن العجيب تصحيح كلام العلامة بتصديق ارادته بطلان الوكالة من حيث العزل لكن نفذ تصرف الوكيل وذلك لان ظاهره الجمع بين المتناقضين اذ معنى البطلان عدم الاثر لفعل الوكيل ومعنى نفوذ عمله التأثير لفعله وعدم بطلان الوكالة والمقدس الارد يبيى ره في شرح الارشاد قال بعد التكلم كثيراً ونقل الاخبار ما لفظه وبالجملة المسألة من المشكلات لما علمت ولهذا افتى العلامة في القواعد بالعزل مطلقاً اذا عزل له الى ان قال وقال في المختلف فالظاهر عدم عزل الوكيل الا ان يعلمه العزل لهذه الرواية اي رواية هشام بن سالم .

ثم قال والقول الاخر ليس بردى الى ان قال ويمكن ان يقال ان عقد النكاح عصمة ثابتة وفعل التوكيل مشروط برضا الموكل به محلومه (١) ودفعه يحتاج الى دليل قوي والعمل بامثال هذه الروايات في مثل هذا فيه ما فيه ويؤيده انه يجوز للموكل ابطال ما وكل فيه الخ والعجب من صاحب الحدائق حيث جعل ذلك من الاردبيلى وسوسة مع انه كل ما وقع من محقق امثال ذلك دليل على غاية دقته وعلو مقامه .

وكيف كان فالظاهر هو انه بعد بلوغ الخبر بالعزل انعزل وبطل ما يترتب على فعله قبل الخبر وانما النزاع ايضا في كفاية مطلق الخبر ولو ظنا معتبرا اولابد من العلم ولعل الظاهر كفاية الخبر المعتبر كخبر العدل اذ لا اطمئنان بعده .

(١) هذه الكلمة في شرح الارشاد بهذا النحو وانظن ان تكون فحليته .

ومن جميع ذلك ظهر الاشكال في المتن ﴿و﴾ ان ﴿الاول﴾ وهو عدم الانعزال ليس ﴿اظهر﴾ من الثانى اى من الانعزال فمراعات الاحتياط اولى والله العالم ﴿و﴾ على البناء على عدم العزل ﴿او تصرف الوكيل قبل الاعلام، مضى تصرفه على الموكل فلو وكله على استيفاء القصاص ثم عزله، فاقتصر قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه﴾ .

والمراد بالعلم بعم الظن المعتبر ولو بالعدل ولو كان واحداً فتدبر .
وفى مفتاح الكرامة ما هذا لفظه (بقي شيء) وهو ان مقتضى صحيحة معوية بن وهب وخبرى العلا بن سيابة وابى هلال حيث قيد فيها الانعزال بعلمه عدم انعزاله بالظن وان كان من عدل أو عدلين وهو قضية كلام النهاية والخلاف والمبسوط وفقه الراوندى والغنية وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والكتاب والايضاح واللمعة والمهذب والمقتصر والتنقيح وغيرها حيث قيد الانعزال فيها بعلمه كالاخبار وظاهر الغنية وغيرها الاجماع عليه .

(وفى التذكرة) فى عدة مواضع والتحرير والكتاب فيما يأتى فى مواضع وجامع المقاصد التصريح بانه لا يثبت العزل بخبر الواحد بل فى صريح جامع المقاصد وظاهر التذكرة او صريحها الاجماع عليه (وقال فى جامع المقاصد) هناك قد سبق انه اذا بلغه العزل بخبر الواحد انعزل وهذا ينافيه .

(وأجاب) بان انعزاله بخبر الواحد مشروط بثبوت العزل بعد ذلك قال ففائدة الاخبار حينئذ كون العزل الواقعى غير نافذ لولاه أى الاخبار لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل فى الواقع به انتهى .

(وحاصله) انه اذا أخبره الثقة بالعزل فله أن يتصرف فان ثبت بعد ذلك انه عزله كان تصرفه باطلا موقوفا على الاجازة وان لم يثبت لموت ونحوه كان نافذا فاذا عزله وأشهد شاهدين على عزله ولم يخبره لم ينعزل واقعا ولا ظاهرا وان أخبره الثقة انعزل واقعا لا ظاهرا و هو كما ترى لا يكاد يفهم من الاخبار

ولا كلام الاصحاب مع مخالفته للقواعد نعم اكتفى في التذكرة في موضع منها في ظاهر كلامه وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض بانزاله بخبر الثقة كما افصح به صحيحة هشام .

(قال في المسالك) لا ينزل على مقتضى ظاهر كلامهم الا بمشافهته به أو بلوغه الخبر بمن يفيد قوله التواتر والظاهر انهم لا يريدون هذا المعنى قطعاً لما قد علم مستند الحكم خصوصاً أخبار الشاهدين فانه حجة شرعية فيما هو أقوى من ذلك انتهى .

ويرفع قطعه ماسمته من الفتاوى والاجتماعات وكان قوله الظاهر مع قوله قطعاً غير ملتئم لان يرجع الى أنه ظن القطع على تقدير تحصيل هذا القطع الجارى مجرى الاجماع فهو مطالب بما أخذه اذ المصرح به قبله اثنان واخبار الشاهدين علم شرعى وليس مستند الحكم منحصرأ في خبر هشام على أنه معارض بالاخبار الثلاثة التى قيد الانزال فيها بالعلم فلا بد من الترجيح أو الجمع ان أمكن والترجيح للاخبار الثلاثة لتعاضدها فى نفسها واعتضادها بالاجماعين الصريحين واجماع الغنية و عمل الاصحاب فى ظاهرهم بها عدا أربعة منهم على ان بعضهم كالمصنف قد وافق الاصحاب فيما عدا التذكرة وفيها فى مواضع آخر .

فيحمل صحيح هشام على ما اذا أفاد خبر الثقة العلم جمعا وهو غير منكور فى بعض الثقة الا ان فيه حملا للمطلق على الفرد النادر ونظره فى خصوص ذلك لاعراض الاصحاب عنه ويمكن الجمع بحمل العلم على ما يعم الظن .

(قال فى الروضة) المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره وان كان عدلا .

(قلت) لعله هو الذى اعتمد عليه الجماعة لكنهم يخصصون الظن بالظن المستفاد من أخبار الثقة فهو مجاز فى مجاز أى تخصيص فى المجاز او تقييد العلم ونخصه بما اذا لم يخبر بالعزل الثقة لمكان صحيحة هشام وهذا جمع لاخبار

عليه لولا ما سمعت من الاجماع والفتاوى الصريحتين واطباق المعظم ظاهراً على خلافه وما وقع لهؤلاء الجماعة فهو من ضعف التتبع انتهى .

فالظاهر كفاية مطلق خبر يصح الاعتماد عليه ولو كان عدلاً واحداً اذا بطلان موافق للاحتياط الشديد بل لا يصح البناء على صحة مثل النكاح اذا اخبر عدل بالعزل سماعة من الموكل حيث قال عليه السلام في خبر ابن سالم والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه او يشافهه بالعزل عن الوكالة والله العالم .

﴿وتبطل الوكالة بالموت﴾ وفي الجواهر للوكيل قطعاً ، ضرورة اقتضاؤها نيابة لا تنتقل الى الوارث ، كما أنها تبطل بموت الموكل أيضاً ، لما قيل : من أنه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه فينتفى موضوعها انتهى فلا مال للموكل حتى يجعل صداقاً لها واحتمال بقاء ثلثه مع ان مصرفه غير ذلك منفي بالاصل فلا اشكال في اصل المسألة وليس الكلام في ثبوت ماله للصدوق ونحوه بل الكلام في اصل بقاء الموكل الذي هو الاساس لذلك فانه اما زوج او الزوجة وهما الركن في النكاح او البائع والمشتري وبموت احدهما ينتفى موضوع الوكالة .

وبدل عليه المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أرسل يخطب له امرأة وهو غائب ، فأفكحوا الغائب وفرضوا الصداق ثم جاء خبره أنه توفي بعدما سيق الصداق فقال : ان كان املك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث ، وان كان املك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق ، وهي وارثة وعليها العدة ، وهو واضح الدلالة .

وانما الاشكال فيما لم يعلم وقوع البيع او التزويج قبل الموت او بعده فيدخل في مسألة وقوع احد الحادثين لم يعلم تقدم احدهما على الاخر وكذا في المسألة المتقدمة اذا عقد على زعم الوكالة ثم بلغه الخبر بالعزل و لم يعلم وقوع العقد قبل العزل او بعده ويمكن ان يقال باستصحاب الوكالة او الحياة الى حين عمل الوكيل .

وفيه انه انما يصح لو كان الشك في اجزاء الزمان لا بالنسبة الى وقوع حادث

بخالفة كما فى المقام فانه يقطع بحدوث العزل او الموت ايضا والشك فى تقدم احدهما على الاخر فيعلم بحدوث يقين على خلاف يقين السابق بخلاف الشك فى اجزاء الزمان فلا يعلم بيقين على خلاف السابق بل فى جميع الآنات هو الشك فبعد سقوط الاصلين كان الشك فى اصل تحقق وقوع عقد الو كيل والاصل عدمه فلا بد من الاحتياط ببطلانه او تجديده برضا الموكل والله العالم راجع ج ٢ ص ١٥٦ و ج ٣٨ ص ٢١ .

﴿ و ﴾ كذا تبطل بـ ﴿ الجنون ، والاعماء من كل واحد منهما ﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل فى المسالك هو موضع وفاق ، ولعله العمدة فى ذلك انتهى .

﴿ و ﴾ كذا تبطل و كالة الو كيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه .

وفى الجواهر لكون الو كيل فرع الموكل ، فمع فرض امتناع المباشرة له فلو كيله بطريق أولى ، الا ان الانصاف - ان لم يمكن اجماع - عدم اقتضاء ذلك بطلان الو كالة ، بل اقضاء عدم نفوذ التصرف منه ، فلو فرض اتفاق زوال الحجر لم يحتج الى اعادة الو كالة حينئذ انتهى ولا يخفى ان الحجر ان كان كالجنون فى كونه مبطلا فلا جرم بزوال الحجر لا تعود فان الزائل لا يعود وان كان غير مبطل فلا يزول والثانى كما ترى ﴿ ولا تبطل الو كالة بالنوم وان تطاول ﴾ ما لم يصل الى حد الاعماء .

﴿ وتبطل الو كالة ﴾ ايضا ﴿ بتلف ما تعلقت الو كالة به كموت العبد الموكل فى بيعه ، وموت المرأة الموكل بطلاقها ﴾ وتلف الدينار الموكل بالشراء به ﴿ و كذا ﴾ تبطل الو كالة ﴿ لو فعل الموكل ما تعلقت الو كالة به ﴾ كما لو وكله فى بيع عبد ثم باعه او فعل ما ينافيه كما لو وكله على بيع عبد فأعتقه ، أو بالعكس وهو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ العبارة ﴾ حينئذ ﴿ عن العزل أن يقول : عزلتك
 أو أزلت نيابتك أو فسخت أو باطلت ، أو نقضت ، أو ما جرى مجرى ذلك ﴾ من كل
 لفظ صالح لقصد انشاء الدلالة على ذلك ، بل وكل فعل نعم لا عبرة بالفسخ
 النفساني للاصل وغيره ﴿ وإطلاق الوكالة ﴾ في البيع والشراء مثلاً ﴿ يقتضى ﴾ البيع
 و ﴿ الابتياح بضمن المثل ، بنقد البلد حالا ، وأن يتناع الصحيح دون المعيب
 و ﴾ حينئذ ﴿ لو خالف ﴾ في شيء من ذلك ﴿ لم يصح ﴾ ولم يلزم ولكن صح
 ﴿ ووقف على اجازة المالك ﴾ فيصح والامر في ثمن المثل والزيادة والنقيصة عرفي
 ﴿ ولو باع الوكيل بضمن فأنكر المالك الاذن في ذلك القدر كان القول
 قوله مع يمينه ﴿ سواء كان بقدر ثمن المثل او ازيد او انقص كما في الجواهر
 لانه منكر واليمين على من انكر هذا تأمل فيه .

وفي المسالك بعد قوله ولو باع الوكيل بضمن المثل الخ قال ما هذا لفظه
 هذا الاختلاف راجع الى صفة الوكالة و كما يقبل قول الموكل في اصلها فكذا
 في صفتها لانه فعله فهو اعرف بحاله و مقاصده الصادرة عنه ولاصالة عدم صدور
 التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل و نبه بقوله ولو باع الوكيل على ان
 فائدة هذا الاختلاف انما هو مع وقوع التصرف لان الوكالة قبله تندفع بمجرد
 الانكار لا يقال ان دعوى الموكل حينئذ يستلزم جعل الوكيل خائناً لتصرفه على
 غير الوجه المأمور به فيكون القول قوله لانه امين والاصل عدم الخيانة كما سيأتى
 لانا نقول ان ذلك انما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض متعلقاتها
 كما لو ادعى الموكل عليه بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة تأخر
 قبضه عن تقبيل المبيع او التعدي فيه بوجه وهنا ليس كك لان اختلافهما في
 صفة التوكيل يؤل الى الاختلاف في اصله لان الموكل منكر لاصل الوكالة على
 الوجه الذي يدعيه الوكيل وبالجملة فالوجه الذي يقتضى القبول في اصلها يقتضيه
 في صفتها فالقول الذي نقله المصنف ضعيف انتهى .

وحاصله عدم الفزق في تقدم قول الموكل بين انكار اصل الوكالة وبين انكارها بوصف القلة فكما يكون في دعوى اصل الوكالة القول قوله فكذلك في دعوى كيفية الوكالة فاذا ادعى الوكيل وكلني في بيع الدار بخمسين دينارا او نسيئة او في مكان او زمان او بزيد وانكر الموكل الاذن بمثل ذلك كان القول قوله لانه منكر واليمين على من انكر .

والحاصل ان الموكل اذا انكر الاذن بنحو ادعاء الوكيل كان الاصل عدم التوكيل على ما ادعاه وقال المصنف في نفعه ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر فالقول قول الموكل مع يمينه وفي التنقيح بعده قال هذا قول الشيخ في المبسوط وحكم باستعادة العين كما ذكره المصنف وقال في النهاية يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك .

قال العلامة والوجه الاول، لانه بيع ظهر بطلانه فكان للمالك العين ويحمل قول الشيخ في النهاية على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك .

وكذا القول قول المالك لو وكل في شراء عبد فقال الوكيل اشتريته بمائة وقال المالك بثمانين ، لانه غارم .

وقال الشيخ في المبسوط : القول قول الوكيل كما يقبل قوله في الرد والتلف وهو أجود ، لان قوله مقبول فيما هو وكيل فيه ، أما لو ادعى عدم الاذن في الشراء بمائة بل بثمانين مثلا فالقول قوله لما تقدم انتهى .

ولا يخفى نقله عن المبسوط في اول كلامه كون القول قول الموكل وفي ذيله قول الوكيل والمسألة مشككة وكون القول قول المالك هو الظاهر من محكي النهاية قال فيه : واذا اختلف الواسطة وصاحب المتاع فقال الواسطة قلت لى : بعه بكذا وقال صاحب المال : بل قلت : بعه بكذا واكثر من الذى قال ولم يكن لاحدهما بيئة على دعواه كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله

وله أن يأخذ المتاع ان وجده بعينه ، وان كان قد احدث فيه ما ينقصه أو استهلك ضمن الوساطة من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع انتهى .

والظاهر ان تقدم قول الموكل محل اتفاق مع انه مشكل دليلنا انه مدع بانكاره الاذن في الاقل فهو يدعى امرأزائد أو الاصل عدمه فالوكيل لو يدعى كونه باربعين كان معنى عدم الاذن في الاربعين رجوعه الى الاذن في الخمسين وهو الزيادة وهي على خلاف الاصل فمرجع عدم الاذن بنحو ما قال الوكيل هو الاذن في الزيادة فيصير المنكر مدعياً لان المدعى من كان قوله على خلاف الاصل والحاصل انكار الاذن قد يكون معناه ادعاء الزيادة فكون القول قول المالك مطلقاً غير صحيح لانه في انكار الاقل اراد اخذ الزيادة من الوكيل فقوله مخالف للاصل نعم يصح ذلك لو كان انكاره للاكثر كما وكله في شراء فرش او فرس فقال الوكيل اشتريته بمائة وقال الموكل بشماتين فالقول قوله لان الاصل عدم الزيادة فانكار الموكل يصحح قوله اذا كان في اصل الاذن او الاذن في الاكثر بحيث اذا خبره الوكيل بالاكثر كذبه وقال بل اشتريت بالاقل كما قال اذنى لك بالاقل فان الاصل عدم الشراء بالاكثر.

لانرى في الاختلاف مع الخياط فقال المالك امرتك بخياطة الثوب قميصاً وقال الخياط بل امرتنى قباءاً فقباء أقل لو كان الاختلاف في اصل الاذن في القطع كان القول قول المالك واما الاختلاف في القميص او القباء كان القول قول الخياط لان المالك بدعواه القميص يطلب ارشاً وهو الزيادة فنقول في المقام الموكل بانكار عدم الاذن في القلة يطلب زيادة ثمن المبيع فقوله مخالف مع الاصل فالاقوى بطلان عدم الفرق بين الاذن في اصل الوكالة وبينه مع الكيفية الخاص خلافاً للمشهور بعد كون الدليل معنا .

وفي مفتاح الكرامة ما هذا لفظه قد قال هنا في التذكرة انه اذا اختلف الخياط ومالك الثوب فقال الخياط امرتنى بقطعه قباء وقال المالك بل قميصاً كان

القول قول الخياط مع انها لو اختلفا في أصل الاذن كان القول قول المالك والفرق بينهما بان المالك هناك يريد الزام الخياط بالارش والاصل عدمه وهنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة وان لزمه الثمن فانما لزمه بحكم اطلاق البيع انتهى ومثله ما في المبسوط ومعناه ان الموكل لا يدعى على الوكيل غرامة وانما يثبت الثمن لصاحب الجارية انتهى فجعله مدعيًا بإرادة الزام الخياط بالارش والاصل عدمه . قال في الخلاف اذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب اذنت لك في قطعه قميصاً ، وقال الخياط اذنت لي في قطعه قباء وقد فعلت فالقول قول الخياط ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني ان القول قول صاحب الثوب ، وبه قال ابن ابي ليلى - دليلنا - على ما ذهبنا اليه ان صاحب الثوب مدع بذلك ارش القطع على الخياط فعليه البيئته ، والافعل على الخياط اليمين انتهى . الا ترى قوله ان صاحب الثوب مدع بذلك ارش القطع على الخياط فكان مدعيًا كان عليه البيئته وفي المقام اذا انكر المالك الاذن في الاقل اراد بذلك زيادة ثمن المبيع فهو مدع الادعاء الزيادة فالاقوى عدم تمامية ما هو المشهور .

وقد يشكل في المقام ايضا بامكان التداعي فان الوكيل كما يدعى الاذن في الاقل فكذلك الموكل يدعى الاذن في الاكثر فالموكل يدعى و كلكم بالخمسين والوكيل يدعى و كلكم في المهر او البيع بربعين متحالفان وان خالفه في الجواهر فقال كما أنه ليس من مسألة التداعي في شيء ، وان كان جواب الموكل بل و كلكم بكذا ، ضرورة عدم كون ذلك دعوى منه عليه ، لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئاً ، وانما المعتبر منه ما تضمن انكار دعوى الوكيل .

ومن هنا كان الحكم كذلك في صورة اختلافهما في عين الموكل فيه ، كالعبد والفرس ، وفي جنس الثمن الموكل على البيع به ، أو زمانه أو مكانه ، فان القول في الجميع قول الموكل ، لانه منكر ، وليس من التداعي في شيء ، وان حكى عن بعض الناس توهمه انتهى .

وفي كلامه ما لا يخفى فان قوله قد عديم كون ذلك دعوى منه الخ لوضوح ان انكار دعوى الموكل قد يتغير بتغير اللفظ وليس به مناط بعد كون المعيار حقيقة كما عرفت فكما يمكن ان يقول الوكيل قد اذنت لى فى الاقل مما تدعيه والموكل ينكره فكذلك يمكن للموكل ان يقول و كلتك فى الازيد والوكيل منكره فكل منهما مدعى ومنكر فاللازم لحاظ اصل الدعوى لاجعل كل واحد منهما نفسه مدعيا او منكرا بتغيير اللفظ بل فى مقام الدعوى قد يتغير الفاظها من شخص واحد فنفس الوكيل قد يقول و كلتنى فى البيع باربعين وقد يقول ما و كلتنى بخمسين وقد يقول انت قلت لى بعه باربعين وغير ذلك و كل واحد جواب غير الاخر فلو كان المعتمد ما تضمن انكار دعوى الوكيل فيختلف الدعوى اذ جواب الاول ما و كلتك باربعين وجواب الثانى بل و كلتك بخمسين وجواب الثالث انا قلت لك بعه بخمسين والكل جواب المنكر مع ان الفرق بينها بما لا يخفى .

ومنه يعلم فساد قوله فى الجواهر كالعبد والفرس فانه فىهما كان موردا للتحالف لما عرفت آنفاً فى كتاب القضاء من ان موردا للتحالف ما لا يكون بينهما قدر متفق بينهما وهذه الامثلة كلها من ذلك .

فاذا قال الموكل قد اذنتك فى البيع او الشراء للعبد و ادعى الوكيل بل فى الفرس لا يكون شىء مما يتقبله كلاهما وكذا لو قال كان الاذن فى رمضان او فى الطهران ويقول الاخر بل فى الشوال او القم مثلا فيتحالفان فما يصح فى الجواب ان يقال معيار التحالف عدم اتفاقهما فى شىء .

وفى المثال كلاهما متفقان فى الاقل والنزاع فى الاكثر فالجواب الصحيح كون الاقل قدر المتيقن بينهما والاصل حينئذ لمنكر الزيادة اى الوكيل فان قلت النزاع فى الاذن بنحو الاقل والاصل عدم الاذن بنحو ما ادعاه المنكر قلت قد عرفت ان الاذن فى الزيادة معناه دعوى الزيادة وهو على خلاف الاصل والمدعى من كان قوله على خلاف الاصل فالاصل مع المنكر وانما يكون قول الموكل

مطابقاً للاصل اذا كان دعواه في اصل الاذن لافى الاذن في الزيادة .

وكيف كان فعلى القول بتقدم قول الموكل وانكار الاذن في البيع يبطل البيع ويرد العين التي باعها الوكيل ان كانت باقية وقد اشار اليه المصنف بقوله ﴿ثم﴾ بعد حلف المالك ﴿تستعاد العين﴾ من المشتري بعد فرض اعترافه بالوكالة ﴿ان كانت باقية ومثلها اذ قيمتها ان كانت تالفة ، وقيل :﴾ والقائل الشيخ في محكي من نهايته ﴿يلزم الدلال﴾ أى الوكيل ﴿اتمام ما حلف عليه المالك وهو بعيد﴾ لان البيع باطل حسب انكار الموكل فحكمه ما في المتن لاغرامة الوكيل فانه فيما صح البيع ولذا في الجواهر هو مخالف لاصول المذهب وقواعده ، ومن هنا حمل على تعذر استعادة العين ومساواة القيمة لما ادعاه المالك انتهى .

نعم ما ذكره المصنف في استعادة العين لو بقيت ومثلها اذ قيمتها على القاعدة على فرض بطلان الوكالة المستلزمة لبطلان البيع لكنك قد عرفت الفرق بين انكار اصل الاذن او الاذن المشتمل على الزيادة وما ذكره مسلم في الاول دون الثاني .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿ان تصادق الوكيل والمشتري على الثمن﴾ الذي قد ادعى الوكيل الاذن فيه ، ﴿و﴾ كان قد ﴿دفع الوكيل الى المشتري السلعة فتلفت في يده كان للموكل الرجوع على ايهما شاء بقيمته﴾ . وفي الجواهر قال يوم التلف ان كانت قيمة لثبوت عدوانهما معاً بظاهر الشرع انتهى وجه عدوانهما تصادقهما واتفاقهما على ان ثمن المبيع هو الاقل على خلاف قول الموكل فعليه كان للموكل الرجوع الى ايهما كان اما الوكيل للخيانة واما المشتري للتوافق . وفي المسالك قال بعد قوله فان تصادق الوكيل الى قوله وما اغترمه اذا حلف الموكل على نفى ما ادعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة الى الوكيل واما المشتري فان صادق على الوكالة ثبت في حقه كك والافلا بل يلزمه اليمين على نفى العلم ان ادعى عليه فان نكل ردت على الموكل وتوقف ثبوت البطلان بالنسبة اليه

على يمين اخرى ثم اما ان تكون العين باقية او تالفه فان كانت باقية وثبت قول الموكل بالنسبة الى المشتري استرجعها ورجع المشتري بالثمن ان كان دفعه ولم يصدق الوكيل في دعواه والارجع باقل الامرين من الثمن وقيمة المبيع انتهى * لكن ان رجع على المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل * اذا لم يكن قد دفع اليه الثمن * لتصديقه له في الاذن * وفي أن الموكل ظالم له برجوعه عليه . * وكيف كان فـ * ان رجع * المالك * على الوكيل * بقيمة ماله الذي ادعاه * رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من ثمنه وما اغترمه * .
توضيحه ان المراد بالثمن مثل الاربعون الذي انكره الموكل والمراد بالقيمة هو الخمسون الذي ادعاه والزيادة هي التي اغترمه الوكيل ففي البين قيمة وثمان وثمانون يكون الثمن اقل من القيمة كما ذكرنا اخرى القيمة اقل من الثمن كما اذا كان الثمن ثمانين والقيمة مائة .

وفي الجواهر قال لأن الثمن ان كان أقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواه ، وأنه ظالم بأخذ الزايد من القيمة ، فلا يرجع به على المشتري ، وان كانت القيمة أقل لم يفرم سواها ، لكن يبقى الزايد مجهول المالك ظاهراً ، لأن الموكل لا يستحقه بزعمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل فليس له قبضه فينزعه الحاكم ، ويتوصل الى تحصيل مالكة ، كذا في المسالك انتهى .

وفي الحقائق بعد تقرير الكلام كالمشهوره ل فهذا خمس صور .

الأولى : أن تكون العين باقية ، ولم يصدق المشتري الوكيل . فان الموكل يسترجع العين من كل من كانت في يده ، ويرجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي دفعه اليه ان دفع اليه ذلك الى ان قال :

الخامسة : رجوع الموكل على الوكيل مع التلف فانه في هذه الصورة يرجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه ، وما اغترمه ، لأنه ان كان الثمن

هو الأقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواء ، وأنه ظالم يأخذ الزائد من القيمة فلا يرجع به على المشتري ، وان كانت القيمة التي اغترمها الأقل فانه لم يفرم سواها ، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهراً ، مثلاً ثمنه الذي باع به ثمانون درهماً ، والذي اغترمه للمالك مائة درهم ، فانه انما يرجع بالثمانين ، خاصة للعملة المذكورة أو ان الثمن مائة درهم ، والذي اغترمه ثمانون درهماً ، فانه انما يرجع بما اغترمه .

بقي الكلام في هذه العشرين الزائدة ، فانها مجهولة المالك ، لأن الموكل لا يستحقها بزعمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بانكار الموكل ، فليس له قبضه ، وينتزع الحاكم الشرعي ، ويتوصل الى تحصيل مالكة ، هذا خلاصة كلامهم في المقام .

ولو قيل : بالتصدق بهذا الزائد المجهول في جميع هذه الصور عن صاحبه ، كما في المال المجهول الصاحب ، كان وجهاً لدخوله تحت عموم أخبار تلك المسئلة والله سبحانه العالم انتهى .

توضيح ذلك انه بعد بطلان الوكالة بمخالفة الموكل ما باق الثمن في بيع ماله بزيادته فلا جرم ان كان الثمن اقل كما باع المبيع بثمانين وقال الموكل انما اذنتك بمائة فاخذ منه المائة فالوكيل يرجع الى المشتري بثمانين لانه يعلم ان الثمن ثمانون والموكل قد ظلم واخذ الزيادة فلا يصح للوكيل اخذ الزيادة من المشتري فاقل القيمتين حينئذ ثمانون وان باع الوكيل المبيع بمائة وقال الموكل كان قيمته ثمانين وبعث بازيد من قيمته واخذ من الوكيل ثمانين والفرض انه اخذ الوكيل من المشتري مائة حيث ان مائة ثمن مبيع الموكل .

ومع ذلك غرم للموكل بثمانين فيزيد عشرين مما اخذ عن المشتري مع انه يفرم للموكل بثمانين لاعتراف الموكل بانه ثمن مبيعه واخذ الوكيل عن المشتري زيادة من الثمن بعشرين فان المائة بزعم الوكيل هو الثمن فالعشرين

الزائدة عن الثمن بقى في يد الوكيل حسب الظاهر بلامالك اما الموكل لزمه ان الثمن ثمانين اما الوكيل لانه يغرر هذه الثمانين ايضاً .

ولا يخفى ان الظاهر كون العشرين الزائدة للمشتري ولا يصح جعلها مجهول المالك اذ الوكيل وان باعه بمائة لكن الفرض ان مالكة وهو الموكل منكروه وقال قيمته ثمانين فيعلم منه ان الوكيل اخذ من المشتري زيادة عن القيمة بعشرين ولو في حال المعاملة كان على يقين بكون القيمة مائة لكن بعد اعتراف الموكل بانها ثمانين لزم عليه رد العشرين بالمشتري كمن اخذ من احد زيادة عن حقه اشتباها فالمجهول مالكة فيما لم يعلم المالك اصلاً وكيف كان .

فالمسألة مشكلة ومن جميع ما ذكر يعلم ان رجوع الوكيل الى المشتري باقل من القيمة او الغرامة في صورتين لكن كون الزائد بعشرين مثلاً في صورة كون الثمن مائة مع قول الموكل بانه ثمانون وقد عرفت ان اللازم ارجاعه الى المشتري .

لكنك قد عرفت ان جميع ذلك مبنى على كون القول قول المالك مطلقاً والافعل على كون القول قول الوكيل بيمينه وصحت الوكالة فلا يصح النوبة الى هذا النزاع .

لكنك قد عرفت ان القول قوله في ادعاء الاقل كما اذا قال لم اذنك في البيع بخمسين بل بالاربعين فحيث يدعى عدم الزيادة فالاصل معه فصح ما ذكر في هذه الصورة والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ، ان ﴿اطلاق الوكالة في البيع يقتضى﴾ الاذن في ﴿تسليم المبيع ، لانه من واجباته﴾ باعتبار اقتضائه ازالة ملك البايع عن المبيع وادخاله في ملك المشتري .

﴿وكذا﴾ ذكروا ان ﴿اطلاق الوكالة في الشراء يقتضى الاذن في تسليم الثمن لكن﴾ ظاهرهم الاتفاق على انه ﴿لا يقتضى﴾ اطلاق ﴿الاذن في البيع﴾

الاذن فى قبض الثمن ، لأنه قد لا يؤمن على القبض * وكذا اطلاق الاذن فى الشراء لا يقتضى الاذن فى قبض المبيع ، لانه قد لا يؤمن عليه أيضا كما فى الجواهر نعم لو علم الوكيل بعدم محذور فى القبض والاقباض منه لزهده المشتري وتقواه وكونه من المعروفين بالصالح فلا بأس بالقبض والاقباض بل يجب لان المعاملة اقتضاه القبض والاقباض بل لولا ذلك لكان الثمن او الثمن فى معرض الخطر .

* وعلى اى حال كان * (للو وكيل) فى الابتياح مثلا * أن يراد بالمعيب لانه من مصلحة العقد * كما هو كذلك فى معاملة نفس الموكل فالو وكيل بمنزلة فمراعات مصلحة حاله يقتضى كون عمله على وفق علمه * مع حضور الموكل وغيبته * لكن * لو منعه الموكل لم يكن له مخالفته * .

الفصل * الثانى فى ما التصح فيه النيابة ، وما تصح فيه أما مالا تدخله النيابة فضابطه ما تعلق قصد الشارع بايقاعه من المكلف مباشرة * بنص أو اجماع أو نحوه ما فاذا ثبت مطلوبة المباشرة فلا معنى للوكالة فيه * كالطهارة * من الحدث * مع القدرة * ترابية كانت أو مائية * وان جازت النيابة فى غسل الاعضاء عند الضرورة * وفى الجواهر أومسحها بالتراب إلا أن المتولى للنية هو النائب والا لم يصح بل فى المسالك وهذه الاستنابة ليست توكيلا حقيقيا ، ومن ثم تقع من لا يصح توكيله كالمجنون ، وفيه أنه لا يقتضى عدم صدق الوكالة فى تولى البالغ العاقل انتهى .

* والصلاة الواجبة مادام حيا * .

وفى الجواهر بالاصل الا فى مثل ركعتى الطواف فى النيابة فى الحج عن الحى العاجز ، بناء على شرعيته تبعا للمنوب فيه فضلا عن ركعتى الطواف المندوب وركعتى الزيادة انتهى .

وقد عرفت فى سابق الايام من انه لو كان شخص لم يصل ولم يصم فى مدة عمره عمداً او جهلا وعلم فى مدة هر مه بذلك فندم ولم يقدر بالانتيان ما فات عنه قضاء ولم يتمكن من الوصية بالقضاء عنه اما لعدم وجود شخص قابل لذلك او عدم مال اجار من يفعل ذلك صح منه النيابة لكل ما لم يقدر على الانتيان بنفسه فى غير يومه الحاضر

منها فانها حيث كان مشروطاً بالامكان باى نحو يقدر عليه فلامحالة يجب الاتيان به وهو ميسور فالكلام فى العبادات المتر وكفمنه فى جميع عمره مع عدم امكان اتيانه بنفسه راجع ج ١٣ ص ٢٧٩ .

هذا كله للحى واما الميت فلا كلام ظاهراً فى جواز النيابة عنه فى صومه وصلاحه .

قال فى الجواهر وأما غيرهما من النوافل ومطلق الصوم المندوب فى المسالك وفى جواز التوكيل فيه نظر ، واطلاق جماعة من الأصحاب المنع من الاستنابة فى العبادات يشملهما ، وان تقيد الاطلاق فى غيرهما .

قلت : قد يستفاد من النصوص مشروعية اهداء الثواب فى جميع المندوبات للحى والميت ، بل قد يستفاد منها فعلها عنه على وجه يترتب الثواب له كما أشرنا اليه سابقاً فى العبادات . نعم لادليل على شرعية النيابة فيه على وجه يسقط خطاب التذب عن المكلف ، بل هو باق على ندييته له ، وان ترتب ثواب له على فعل الغير بنية النيابة عنه فلا حظ وتأمل .

ومن ذلك يعلم الحال فى اطلاق عدم جواز النيابة فى العبادات حتى جعله فى المسالك أصلاً وان خرج منه ما خرج بالأدلة الخاصة ، وفيه : أنه ليس فى العبادة الا الفعل بقصد القرية ، وان الشارع جعل ذلك سبباً لترتب الثواب عليه ، وهو غير مناف للنياية فيه فيندرج فى عمومها الذى مقتضاه مشروعية جعل الفعل الغير فعل الانسان نفسه بالاذن والتوكيل من الطرفين انتهى .

﴿ وكذا ﴾ الكلام فى ﴿ الصوم ﴾ الواجب والمندوب الراجع الى يومه الذى كان فيه فلا يجوز النيابة ان قدر على الاتيان به والا فيسقط بالعجز وفى الجواهر ما هذا لفظه ما ز جامع المتن وان قال فى جامع المقاصد : « ان ظاهرهم عدم جواز النيابة فيه مطلقاً ، واجباً كان أو مندوباً مادام حياً ، بل ﴾ و ﴿ مثله ﴾ الاعتكاف ﴾ المعتبر فيه الصوم ﴾ والحج الواجب مع القدرة ﴾ أما مع

العجز فقد عرفت البحث فيه في كتاب العجز .

﴿ والايمان ﴾ حتى الايلاء ﴿ والنذور والغصب ﴾ وسائر المعاصي المعلوم ترتب الاثم على فاعلها كالزنا واللواط ﴿ والقسم بين الزوجات ، لانه يتضمن استمتاعاً والظهار ﴾ الذي صيغته مختصة بالمظاهر ومنكر من القول وزور وبمعنى اليمين ﴿ واللعان ﴾ الذي حقيقته الدعاء على نفسه ان كان مفترياً ، أو شهادة أو يمين ﴿ وقضاء العدة ﴾ التي هي لاستبراء الرحم ﴿ والجنابة ﴾ ونحو ذلك انتهى والكل معلوم لانها تكاليف شخصية نظير وطء الواجب من الزوجة .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الالتقاط ﴾ المملك ﴿ والاحتطاب والاحتشاش ﴾ وعن القواعد فيه نظر ، وعن التذكرة الجزم بعدم الصحة في الالتقاط لعدم ما يدل على الدخول في ملك المحيز قهراً .

وفي الجواهر قال نعم ظاهر قوله ^{بالتالي} « من أحيى ، أو حاز ، أو نحوهما اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستيلاء عليه ، والادخال تحت سلطانه الذي هو الملك عرفاً في ترتب الملك شرعاً ، فهو حينئذ من الاسباب الشرعية في حصول الملك ولامانع من جريان النيابة فيه ، كغيره من الاسباب لعموم الوكالة كما هو واضح بادنى تأمل انتهى .

وفيه ان الظاهر من قوله ^{بالتالي} « من أحيى او حاز هو كون المباشر لنفسه فلا يقبل النيابة قطعاً بل يقع لنفس النائب ولو كان قصده المنوب عنه الا اذا كان نفسه كالمنوب عنه وفي الحدائق مانصه وأما الالتقاط والاحتطاب والاحتشاش فالكلام فيهما مبني على ما تقدم تحقيقه في الشريعة في المسئلة الثانية من الفصل الثالث اللواحق من الكتاب المذكور ، ومن ذلك يعلم أن هذه الاشياء مما قد اختلف فيه كلامهم .

﴿ و ﴾ مما لا يقبل النيابة ﴿ اقامة الشهادة الاعلى وجه الشهادة على الشهادة ﴾ وفي الجواهر بل هي ليس من الوكالة بل النيابة في شيء ، وانما هي شهادة على الشهادة ، ولكن لها شبه في النيابة ، و من هنا صح الاستثناء ، ولو بجعلها

من الافراد المجازية لها .

وأما القضاء والحكم بين الناس وقسمة القبيء والغنيمة ففي جامع المقاصد **«أنه يصح التوكيل فيه»** ومراده ولوقريئة ما تقدم له سابقا ما في المسالك من جواز تولية الامام غيره في القضاء ، وكذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع الاذن في ذلك وتسمية هذا النوع وكالة مجاز ، واستثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة ، بل من أكمل العبادات ، الى أن قال : **«وانما قيدنا تولية القضاء بالامام أو نائبه الخاص لعدم امكان تولية منصوبه العام وهو الفقيه في زمان الغيبة لغيره ، لان غيره ، ان كان جامعاً لشرائط الفتوى كان مساوياً للاول في كونه نائباً للامام فيه أيضا ، والا لم يتصور كونه قاضياً ، لما انفق عليه الاصحاب من اشتراط جميع شرائط الفتوى في القاضى ، نعم يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه اليمين انتهى .**

ولقد اجاد جامع المقاصد على ما حكاه عنه ولا يردده قوله قده لكن فيه مواضع للمنظر كدعوى أنه من العبادات التي من شرط صحتها النية ، وكدعوى عدم تصوره في زمن الغيبة لما ذكره مما يعتبر في القاضى لانائبه في القضاء ، بمعنى جواز توليته قول حكمت الذي فيها الفصل بين المتخاصمين ، فهي كغيرها من الاسباب التي يصح فيها التوكيل ، فالاولى الاستناد فيه الى الاجماع على عدم قبوله للنيابة ان كان انتهى .

وقد عرفت في كتاب القضاء ما يردده راجع ج ٤٨ ص ٩ ثم قال **«أما رد السلام فقد جزم في جامع المقاصد بعدم صحة التوكيل فيه ، وانه متعلق بمن سلم عليه ، معلاله بأن وجوبه فوري والتوكيل مؤد الى فواته ، وفيه أن مجرد ذلك لا يصلح للمانعية ، لامكان تصورها مع عدم فواتها .**

﴿واما ما تدخله النيابة ، فضابطه : ما جعل ذريعة الى غرض لا يختص بالمباشرة﴾ وقد بينه المصنف وشرحه في الجواهر مازجاً للعبارة فقالا **«يكفى في ذلك عدم العلم باعتبارها ، لعموم مشروعية الوكالة والنيابة كما عرفت ، ﴿كا﴾**

نواع ﴿البيع﴾ و ﴿توابعه من﴾ ﴿قبض الثمن﴾ و دفع المشمن ، و الاقالة ، و اثبات الخيار و الفسخ به ، و نحو ذلك .

﴿و﴾ كذا ﴿الرهن و الصلح و الحوالة﴾ و الكفالة ﴿و الضمان و الشركة و الوكالة و العارية و في الاخذ بالشفعة و الابرء و الوديعة﴾ و الوصية ﴿و قسم الصدقات﴾ و قبضها و دفعها ﴿و عقد النكاح﴾ و توابعه من ﴿فرض الصداق﴾ و الفسخ بالعيب ﴿و الخلع﴾ و المباراة ﴿و الطلاق﴾ و غيرها ﴿و استيفاء القصاص﴾ و ان شرع المتشفى ﴿و قبض الديات ، و في الجهاد على وجه﴾ لان المقصود به حماية الدين ، و حراسة المسلمين ، فلا يتعلق الغرض فيه بمعين .

نعم لو فرض تعيينه بتعيين الامام اياه اجوده رأيه في الحرب أو بتوقف الدفع عليه ، لم يجوز التوكيل فيه : و في جامع المقاصد هذا هو المراد بقوله على وجه ﴿و في استيفاء الحدود مطلقا﴾ مع حضور المستحق و غيبته ، و سواء كان الحد لادمي أو لله تعالى .

﴿و﴾ كذا يجوز التوكيل ﴿في اثبات حدود الآدميين﴾ التي هي أحد حقوقهم ، ﴿أما حدود الله سبحانه﴾ و تعالى ﴿فلا﴾ و فسره في الجواهر بقوله يجوز عند المصنف و الفاضل في القواعد ، بل تحريره المنع منه مطلقا ، الا في حد القذف انتهى .

ولا يخفى ان اجراء الحدود من المسائل المهمة في زمن الغيبة و بتركه يترك اكثر احكام الشرعية مع ان حلال محمد ﷺ حلال الى يوم القيامة و حرامه حرام الى يوم القيامة و كيف يصح ترك حد الزنا و اللواط و غير ذلك خصوصا في مثل يومنا الذي عم الفسق جميع الناس و اكثرهم من الفاعلين للمعاصي و ما يوجب الحد و باب ذلك و ان كان كتاب الحدود الانية انشاء الله لكنه لا بأس بتذكره اجمالا . و لقد اجاد في الجواهر حيث قال مانصه لكن في التذكرة صرح بجوازه في اثبات حد الله فضلا عن الادمي ، محتاجا بأن النبي ﷺ و كل أنيساً في اثبات

الحد واشتيفائه جمعياً حيث قال له «فان اعترفت فارجمها» وبدخول ذلك في نيابة النواب الذين كانوا يرسلونهم الى الأطراف ، ولعله الاقوى في النظر ، فيجوز للامام ونائبه العام ذلك، ولا ينافيه درء الحد بالشبهة . نعم ليس لأحد توكيل غيره في ذلك ، لاستواء المكلفين في الحسبة ويمكن حمل عبارة المصنف وغيره على ذلك انتهى .

والانصاف عدم صحة المتن بظاهره راجع ج ٢٠ ص ٢٥٢ .

قال في الحدائق ما هذا نصه ومنها أيضاً التوكيل في اثبات الحدود التي هي حق الله سبحانه ، وأما ما يتعلق بالادميين فقد جوزوا الوكالة فيه ، ووجه المنع من التوكيل فيها أنه مبنية على التخفيف ، ولقوله فإن «ادراً الحدود بالشبهات» والتوكيل يؤدي الى اثباتها ، والقول بذلك مذهب الفاضلين ، في غير التذكرة . وأما في التذكرة فإنه قال : ويجوز التوكيل في اثبات حدود الله سبحانه وبه قال بعض العامة ، ثم نقل خبراً من اخبار العامة يدل على انه فإن و كل في اثبات الحد واشتيفائه ، قال : ولأن الحاكم اذا استناب نائباً في عمل فإنه يدخل في تلك النيابة الحدود واثباتها فاذا دخلت في التوكيل بالعموم فبالاختصاص اولى ثم نقل عن الشافعي المنع من التوكيل في اثباتها محتجاً بما تقدم ثم رده بأن للتوكيل ان يدرك بالشبهة والى هذا القول قال في المسالك محتجاً بما ذكره العلامة هنا واجاب عن دليل المانع بما اجاب به هنا ايضاً انتهى فالظاهر جواز اجراء الحد في حقوق الله ايضاً بل واجب جدا لحفظ النظام واطمئنان الناس باجراء الاحكام في حق من ظلم على اهلهم ونسائهم .

﴿ و ﴾ كذا يجوز التوكيل ﴿ في عقد السبق والرماية ﴾ كغيره من العقود ﴿ والعق والتدبير والكتابة وفي الدعوى ، وفي اثبات الحجج والحقوق ﴾ وغير ذلك ﴿ ولو وكل على كل قليل وكثير ﴾ هل يصح اولاً ﴿ قيل لا يصح لما يتطرق من احتمال الضرر ﴾ .

و في الجواهر بعثت جميع عبيده ، و تطليق جميع نسائه ، و هبة جميع املاكه و نحو ذلك ، مما لا يوجه ❊ و قيل يجوز ، و يندفع الاحتمال باعتبار المصلحة و ❊ لكن قال المصنف : ❊ هو بعيد عن موضع الفرض ❊ الذي هو العموم المزبور .

❊ نعم لو وكله على كل ما يملكه صح لانه يناط بالمصلحة ❊ مع علم الوكيل بصلاح ذلك للموكل و عدم احتياجه بعد ذلك و عدم ندامته و عدم وقوعه في ضرر عظيم بل كان بحيث لو خطأ الموكل في ذلك و عدم علمه بعواقب الامر لبينه له و يحفظه عن الوقوع فيه .

الفصل ❊ الثالث في الموكل ❊ ❊ و يعتبر فيه البلوغ و العقل و أن يكون جائز التصرف فيما و كل فيه مما تصح فيه النيابة فلا تصح وكالة الصبي ❊ لسلب عبارته و فعله ❊ مميزاً كان اولم يكن ❊ أذن فيه و ليه اولم يأذن ، كما عرفته غير مرة .
نعم ❊ ولو بلغ عشرين جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية و الصدقة ❊ و العتق ❊ و الطلاق على رواية ❊ .

و في الجواهر بل في جامع المقاصد نسبة القول بها في الثلاثة الاول الى الشيخ و جماعة ، بل فيه ان القول به وان كان مشهوراً الا ان مستنده غير واضح .
قلت : ستعرف في كتاب الوصية أن الاقوى جوازها فيه ، اذا كانت بالمعروف لارحامه و غيرهم ، وفاقاً للمشهور ، اما غيرها فمحل بحث و منع و حينئذ لا بأس بتوكيله فيها ضرورة ترتب صحتها على جواز ذلك له ، لان احتمال اعتبار المباشرة في الجواز له كما ترى ، بل الظاهر بعد جوازه له ، جواز توليه لغيره ممن يجوز منه صبيّاً ايضاً و غيره انتهى .

و اشكاله غير خفي لعدم تدبره و فهمه و كمال عقله و رشده و ربما يحصل فيه الفساد فلا بد من التأمل في موارده و لذا كان محل خلاف بين الاعلام مع اختلاف الروايات بحيث يمكن ان يحمل ما ورد في الجواز على صورة بلوغه

ورشده لامكان البلوغ بسن العشرة والافكييف يصح مع كونه مسلوب العبارة عند الكل في جميع معاملاته وعباداته مع كثرة حصول الفساد في البر والمعروف الذي يحتاج الى العلم بانه بر ومعروف اولاً وبالجملة ان المسألة مشكلة نصاً وفتوى فاللازم نقل بعض الاقوال في المقام فعن الدروس عن المفيد وسلاور والحلي عدم نفوذ وصيته الا في البر والمعروف ، وعن ظاهر ابن حمزة عدم نفوذها مطلقاً وعن الفاضل انه انفذها مطلقاً تارة ، ومنعها مطلقاً اخرى .

وعن الدروس : ولو اعتق ففى نفوذها قولان للفاضل ، قال : وادلى بالنفوذ اذا علق الوصية على حرية .

وعن الشيخ في النهاية ، وصية الصبي في المعروف اذا كان له عشر سنين اذا كان وضع الشيء مواضعه ، ومردودة في غير البر ، ومتى كان سنه اقل من ذلك لم تجز وصيته ، قال : و قد روى أنه اذا كان ابن ثمان سنين جازت وصيته في الشيء اليسير في ابواب البر ، والاول احوط و أظهر ، وكذا يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين ، وهبته وعتقه اذا كان بالمعروف في وجه البر ، واما ما يكون خارجاً عن ذلك فليس بممضى على حال ، وبذلك قال ابن البراج .

وقال الشيخ المفيد : اذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته في المعروف في وجوه البر ، وكذلك المحجور عليه لسفه اذا وصى في بر او معروف جاز وصيته ولم يكن لوليه الحجر عليه في ذلك ، ولا تجوز وصية الصبي والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف ، وهبتهما باطلة ، ودفعتهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة اذا وقعا موقع المعروف .

وقال سلاور : السفية لا تمضى وصيته الا في وجوه البر والمعروف خاصة ، والصبي ان بلغ عشر سنين جازت وصيته أيضاً في البر والمعروف خاصة ولا تمضى هبته ولا دفعه ، وكذلك السفية .

وقال أبو الصلاح : لا تمضى وصية من لم يبلغ عشر سنين ، والمحجور عليه الا ما يتعلق بابواب البر وهذه الاقوال كما ترى مخالفة للقواعد .

ولذا حكى عن محمد بن ادریس: الذي يقتضيه اصول مذهبنا ان وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة، سواء كانت في وجوه البر أو غير وجوه البر، وكذلك صدقته وعتقه وهبته، لان وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه، ولانه بلا خلاف محجور عليه، غير ماض فعله في التصرف في أمواله بغير خلاف بين الامة، واقوله تعالى «وابتلاوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم»، فأمرنا بالدفع للاموال اليهم بعد البلوغ، وهو في الرجال الاحتلام او الابنات او خمس عشرين سنة وفي النساء الاحتلام ايضاً او الابنات او بلوغ سبع سنين او العمل او الحيض مع ايناس الرشد وحده، ان يكون مصلحاً لماله، مصلحاً لدينه ومن اجاز شيخنا وصيته وعتقه وهبته ليس كذلك، لقوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم»، ورفع القلم عنه يدل على انه لاحكم لكلامه وانما هذه اخبار آحاد اوردها في النهاية ايراداً انتهى.

ولقد اجاد فيما افاد وهو مطابق للعقل والشرع لتواتر الاخبار على عدم اعتبار قول الغير البالغ ومنه ظهر ضعف ما عن ابن حمزة قال انما تصح وصية الحر البالغ كامل العقل او في حكمه ونفاذ تصرفه في ماله، وحكم كمال العقل يكون للمراهق الذي لم يضع الاشياء في غير مواضعها فان وصيته وصدقته وعتقه وهبته بالمعروف ماضية دون غيرها انتهى ان اراد بقوله او في حكمه هو غير البالغ وانظر من الكل ضعفاً ما عن ابن الجنيد.

وقال: اذا وصى الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز فانه على خلاف الكل نصاً وفتوى وكل الروايات والفتاوى على سلب عبارة الصبي مع بداهة عدم كمال رشده وعقله وامكان صدور عمل فاسد منه ولذا اعرض عنها ابن ادریس مع انها متواترة وكانت مورد قبول عنده بل مال اليه في المختلف فقال ما لفظه المحكي وهذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة، لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف

فى المال عنه انتهى .

وعن الشهيد فى المسالك ، قال : وابن ادريس سد الباب واشترط فى جواز الوصية البلوغ كغيرها ونسبه الشهيد فى الدروس الى التفرد بذلك ، ولا ريب أن قوله هو الأشبه لأن هذه الروايات التى دلت على الحكم وان كان بعضها صحيحاً الا انها مختلفة ، بحيث لا يمكن الجمع بينها ، و اثبات الحكم المخالف للاصل بها مشكل ، انتهى .

ولقد اجاد قده و منه ظهر عدم تمامية ما فى الحدائق قال مالفظه أقول : لا يخفى على المتأمل فى هذه الأخبار وهى أخبار المسئلة كملاً أنه متى ضم بعضها الى بعض مطلقها الى مقيدها ، و مجملها الى مفصلها ، و عامها الى خاصها ، فانه ينتج منها جواز وصية ابن عشر سنين ، اذا كان ذات ميميز : وكانت وصيته موافقة لوصية العلاء من وضع الأشياء مواضعها ، وهو المشار اليه بالوصية بالمعروف يعنى بين العلاء ، وهذا أمر متفق عليه منها ، باعتبار ما قلناه من ضم بعضها الى بعض ، واختلافها فى ما عدا ذلك لا يوجب ردها فيما اتفقت فيه .

وبذلك يظهر ما فى قوله أنها مختلفة لا يمكن الجمع بينها ، فانه على اطلاقه ممنوع ، وممن قال بالقول المشهور و جزم به المحقق وشيخنا الشهيد .

وأما ما ذكره فى المختلف من أن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً ، فانه قد اعترضه شيخنا الشهيد فى شرح الارشاد بأن الاحتياط للموارث مع عدم الحجر عليه انفاذها ، اللهم الا ان يريد بذلك أن الاحوط للموصى له أن لا يقبل وصية الصبى وفيه بعد ، امكان كون الوصية فى جهة عامة أو لطفل مولى عليه ، فلا يتصور الاحتياط هنا ، وان أراد به معنى آخر فلا بد من افادته ، واقامة الدليل عليه وبالجملة فالاقدام على رد ما تظاهرت به الفتوى واشتهرت به الرواية من طريق أهل البيت عليهم السلام مشكل ، انتهى وهو جيد نفيس .

وأما ما تقدم نقله عن الدروس من الخلاف فى السفيه بما ذكره ، فلم أقف

له فى الاخبار على أثر انتهى .

ولا يخفى انه على الفقيه هو التامل فى جميع الروايات .

وكيف كان فمن الاخبار ما رواه الصدوق فى الصحيح عن أبى عمير عن أبان عن عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال : قال أبو عبدالله عليه السلام اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته ، ورواه الكلينى .

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : اذا أنى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز .

وما رواه الشيخ فى التهذيب فى الموثق عن منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته .

وعن عبدالرحمن بن أبى عبدالله فى الموثق عن أبى عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الصبى خمسة أشباراً كلت ذبيحته ، واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته ، وعن أبى بصير وأبى ايوب فى الموثق عن أبى عبدالله عليه السلام فى الغلام ابن عشر سنين يوصى ؟ قال : اذا اصاب موضع الوصية جازت .

وما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله تعالى مراقدهم) فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته ، لاولى الارحام ، ولم تجز للمغراء .

وعن أبى بصير فى الصحيح والظاهر أنه المرادى عن أبى عبدالله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته ، فاذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته ،

وظاهره جواز الوصية من ابن سبع سنين و هو كما ترى كخبر ابن مسلم فان قوله عليه السلام ولم يدرك يشمل اقل من ابن سبع سنين ايضا كقبله من خمسة اشبار

و كذا قوله أحدهما عَلَيْهِمَا قال : يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل ، و وصيته و صدقته وان لم يحتمل ، وعلى اى حال فالظاهر القوى هو المنع عن نفوذ اعمال غير البالغ كما فى المسالك

فلا يصح وكالة البالغ خلافا للمصنف فيجوز و كالتة ﴿ و كذا يجوز ﴾ لغير البالغ الذى بلغ عشا ﴿ ان يتوكل فيه ﴾ بان يكون غير البالغين الذين بلغوا عشر سنين و كيلا عن البالغين وفيهما ما عرفت

﴿ و كذا لا تصح وكالة المجنون ﴾ مطبقاً و أدواراً ، بلا خلاف ﴿ و لا اشكال بل قد عرفت اتفاقهم ظاهراً فيما تقدم على انه ﴾ لو عرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكالة ﴿ بل والاذن ، وان تأمل فيه المحدث البحرانى بل مال اليه ، لكنه فى غير محله ، كما أوضحناه سابقاً

﴿ و على اى حال ﴾ للمكاتب ﴾ المشروط و المطلق ﴿ أن يوكل ﴾ فى البيع والشراء ونحوها ﴿ لانه يملك التصرف فى الاكتساب ﴾ فجاز له الوكالة فيه ، خصوصاً على المختار من انه يملك ﴿ وليس للعبد القن أن يوكل الاباذن مولاه ﴾ وان قلنا بملكه ، لكونه محجوراً عليه ﴿ ولو وكله انسان ﴾ باذن مولاه ﴿ فى شراء نفسه من مولاه صح ﴾ للعمومات ﴿ وليس للوكيل أن يوكل من الموكل الاباذن منه ﴾ بصريح اللفظ أو ظاهره ، أو قرينة حال أو مقال ، بلا خلاف ﴿ ولو كان المملوك مأذوناً له فى التجارة ﴾ عن نفسه أو مولاه ﴿ جاز ﴾ له ﴿ أن يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ﴾ كغيره من المأذونين ، ﴿ لانه كالمأذون فيه ﴾ صريحاً بلا خلاف ﴿ ولا يجوز ﴾ له ﴿ أن يوكل فى غير ذلك لانه يتوقف على صريح الأذن عن مولاه ﴾ أو كالصريح ﴿ وله أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه ، من غير اذن مولاه مما تصح فيه النيابة كالاتفاق ﴾ ونحوه .

﴿ و انما هى كالحجر لفسه أو فليس فيجوز ﴾ للمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه ، من طلاق و خلع و ماشابهة .

وفي الجواهر مما هو غير داخل في الحجر أما ما حجر عليه فيه ، فلان يجوز وكالته فيه لعدم كونه جائز التصرف حالها ، وهي استنابة ﴿ ولا ﴾ يجوز ان ﴿ يوكل المحرم في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ﴾ بل ظاهرهم الاتفاق عليه لعدم جواز ذلك للموكل حتى يصح له الوكالة فيه .

﴿ وللاب والجد أن يوكلوا عن الولد الصغير ﴾ في كل مالهما الولاية فيه كغيرهما من الأولياء ، ﴿ و ﴾ كذا ﴿ تصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ﴾ أو ضرورة لوجود المقتضى وعدم المانع والمراد بالغائب كون الموكل خارجاً عن مجلس الطلاق فما عن ابن سماعة من الخلاف في ذلك لا ينبغي الالتفات اليه بل ﴿ وللمحاضر على الأظهر ﴾ .

وفي الجواهر الأشهر بل المشهور ، بل عن ابن ادریس نفى الخلاف فيه بين المسلمين ، لعدم الوكالة وخصوص ترك الاستفصال في صحيح الاعرج وغيره انتهى وفي المسالك قال بعد قوله في الطلاق عن الغائب اجماعاً وللمحاضر على الأظهر هذا هو المشهور بل ادعى عليه ابن ادریس ره الاجماع ولان الطلاق قابل للنيابة والا لما صح توكيل الغائب لعدم صحیحة سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل امر امرأته التي رجل يطلقها يجوز ذلك فقال عليه السلام نعم من غير استفصال وهو يفيد العموم ومنع منه الشيخ وجماعة جمعاً بين ما تقدم وبين اطلاق رواية زرارة عنه عليه السلام لا يجوز الوكالة في الطلاق بحملها على المحاضر وهي مع ضعفها قاصرة عن الدلالة انتهى .

فالظاهر القوي جواز الوكالة للغائب والمحاضر لان اكثر الناس عواماً غير وارد بالفاظ العربية فلا جرم لا بد لهم وكيلاً في الطلاق كان حاضر عند الطلاق في المجلس او غائباً وقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق كان المقصود منه طرد الاجنبى في امر مثل الطلاق اجباراً او كرماً لا مثل الوكيل الذي في حال الطلاق عين الموكل الذي اخذ بالساق فتدبر فما هو المحكى عن الشيخ والقاضى والتقوى من منعهم

في الحاضر لقوله **عليه السلام** الطلاق بيد من اخذ بالساق غير تام راجع ج ٢٧ ص ١٩ .
 ﴿ولو قال الموكل اصنع ماشئت كان دالا على الاذن في التوكيل﴾ عن
 الموكل وعن نفسه ﴿لانه تسليط على ما تتعلق به المشيئة﴾ الذي يندرج فيه
 الفرض لعموم لفظة الموصول ﴿ويستحب﴾ استجابا ارشاديا ﴿أن يكون الوكيل
 تام البصيرة فيما وكل عارفا باللغة التي يتحاور بها﴾ في موكل فيه ، حتى لا يقع
 في الجهالة في امر الموكل ، بل عن ابن البراج وظاهر أبي الصلاح وجوبه ولكنه
 ضعيف .

﴿وينبغي للمحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة عنهم﴾ والخصومة
 لهم لكن ﴿يكره لذوى المرات﴾ من أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين
 لا يليق بهم الامتهان ﴿أن يتولوا المنازعة بأنفسهم﴾ ويشهد لذلك ما روى عن
 علي **عليه السلام** أن للخصومة قحما ، وأن الشيطان ليحضرها ، واني لا كره أن احضرها ،
 ويؤكد ذلك فيما اذا كانت مع ذوى الالسنمة البذية لانهم لا يبالون بما خرج عن
 افواههم .

وفي الجواهر قال ولا ينافى ذلك مخاصمة النبي **صلى الله عليه وآله** مع صاحب الناقة الى
 رجل من قريش ، ثم الى علي **عليه السلام** ومخاصمة علي **عليه السلام** مع رجل رأى عنده درع
 طلحة ، فقال له : انها درع طلحة أخذت غلو لا يوم البصرة ، فأنكره ودعاه الى
 شريح القاضي فمضى **عليه السلام** معه اليه ، وهي مشهورة ، ومخاصمة علي بن الحسين **عليهما السلام**
 مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر ، فان الدواعي والضورات
 الرافعة للمكراهة في حقهم **عليهم السلام** قائمة انتهى راجع ج ٥٠ ص ٣٩ .

الفصل ﴿الرابع في الوكيل ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل﴾ وفي
 الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ، فلا تصح وكالة الصبي الا فيما عرفت ، والمجنون
 بعد سلب عبارتهما ، وما عن ابن البراج من استثناء الاذن في دخول دار الغير
 وايصال الهدية من سلب عبارة الصبي خارج عما نحن فيه انتهى قد عرفت عدم

صحة وكالة غير البالغ ولاللو وكيل كذلك عن البالغين ولو كانوا ابناء عشر سنين ﴿و﴾ كذلك لا يعتبر ولا يجوز وكالة البالغ العاقل ، ﴿لو كان فاسقا أو كافراً أو مرتدا﴾ فان هذا ينافى كون الوكيل متصفا بصفة الامانة فليست الامانة الا يجعل الشارع له الامانة ولهؤلاء لا يصح جعل الامانة .

﴿و﴾ حينئذ لا يصح قوله ﴿لو ارتد المسلم لم تبطل الوكالة﴾ لما عرفت من ﴿أن﴾ الارتداد مانع فلا يسلم قوله ﴿الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداء ، فكذا استدامة﴾ وذلك لوضوح انه مناف مع كونه أميناً لان الخيانة على النفس اشد من خيانتها على الغير والكافر والمرتد خائن على نفسه بالقائها في النار بالارتداد والكفر فكيف يمكن للشارع الحكم بكونه أميناً بعد وضوح صفة الامانة للوكيل ذاتا او جعلاً مع ان اللازم فى الوكيل عدم الخيانة وعدم صدور عمل له على خلاف ميل الموكل وهو يتوقف على تقوى شخص حتى يلاحظ عدم فعل يكون على خلاف رضا الموكل والكل منتف في المرتد فطريا كان اولاً فالحق عدم صحة الوكالة له مطلقاً لا ابتداءً ولا استدامة ولو كان غير فطرى او امرأة فتدبر فلا تصح وكالة الكافر والمرتد ولا كونه موكلاً ولا وكيلاً .

﴿و﴾ كيف كان فالضابط فى الوكيل هو أن ﴿كل ماله أن يليه بنفسه﴾ ويجوز له بمعنى جواز أصل الفعل له ، ولو لعدم دليل الحرمة ﴿وتصح النيابة فيه ، صح أن يكون وكيلاً فيه﴾ يعنى ان معيار الصحة ان يصح اتيانه ونيايته معا فالعبادات كلها خارجة لعدم النيابة فيها للحى الاما عرفت ﴿وتصح وكالة المحجور عليه لتبذير أدفلس﴾ لان لهما المباشرة بانفسهما من دون حرمة لهما والحرمة هى التصرف فى اموالهما لافى افعالهما المباحة ومنها الوكالة .

﴿ولا تصح نيابة المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله ، كابتىاع الصيد وامساكه وعقد النكاح﴾ لما عرفت من ان « كل ماله أن يليه بنفسه » صح للوكيل نفياً واثباتاً ، اذا لفرض ان المحرم لا يليه بنفسه الصيد وابتىاعه وامساكه .

﴿ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها﴾ لزوجها ولغيره ، بلا خلاف فيه بيننا ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، ولعمومات الوكالة ، ﴿وهل تصح في طلاق نفسها قيل﴾ والقائل الشيخ ﴿لا﴾ يجوز لاشتراط المعايرة بين الوكيل والمطلقة ﴿وفيه تردد﴾ .

وفي الجواهر بل منع ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المعايرة الاعتبارية نحو ما سمعته في غير المقام من نظائره انتهى .
وفي الحدائق ما هذا لفظه ومنها وكالة الرجل لزوجته في طلاق نفسها منه قال في المبسوط : واما المرءة فأنها تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء وفيه خلاف بين أصحابنا ، والظاهر أنه لا يصح ، وتبعه ابن ادريس قال في المختلف : والوجه عندى الجواز ، لنا أنه فعل تدخله النيابة صدر من أهله في محله ، فكان واقعاً ، عملاً بالاصل ، ولا يخفى أن ما استدل به ، لا يخرج عن المصادرة ، وأنه عين المدعى ، واما التمسك بأصالة الصحة فهو أيضاً لا يخلو من الاشكال انتهى ولا يخفى ما في قول العلامة انه فعل يدخله النيابة مع قوله الطلاق بيد من اخذ بالساق فانه عندالدقة مضافا الى ظهوره في الاختصاص فيكون كالواجبات التي محبوبيتها الاثيان مباشرة ان جواز ذلك مستلزم للعسر والحرج والضرر بالنسبة الى الزوج اذ حينئذ كلما مالت الى غيرها طلقت نفسها فيزول بناء تعيش الزوج والتفرقة بين الاطفال وغير ذلك بل لاجل ذلك امر شارع امر الطلاق بيد خصوص الزوج ولعل قول الحدائق لا يخرج عن المصادرة رداً عليه ناظر اليه والمرأة منبع الشهوات والفساد فلا يصح ذلك قطعاً نعم صح في طلاق غيرها التي لازوجة لبعلمها ايضاً بوجود هذا الملاك في زوجة زوجها ايضاً لانها ضرة لها وعداوتها لها ذاتية فلو كان طلاقها بيدها لحصل الطلاق لها بلاوجه حسدا و عداوة ﴿وتصح وكالتها﴾ عندنا ﴿في عقد النكاح﴾ ايجاباً وقبولاً ﴿لان عبارتهما معتبرة فيه عندنا﴾
و في الجواهر للعمومات خلافاً للشافعي المانع من توكلها فيه ايجاباً

وقبولا ، كالمحرم و ليس بشيء كما ذكرناه فى محله ﴿ ويجوز وكالة العبد اذا أذن له ﴿ مولاه ﴾ للمعمومات ، ﴿ ويجوز أن يوكله مولاه فى اعتاق نفسه ﴾ ولا كلام فيه لمطلوبية الحرية وغلبتها على الرقية ﴿ ولا يشترط عدالة الوالى ولا الوكيل فى عقد النكاح ﴾ .

وفى الجواهر بلا خلاف فيه بيننا ، بل ولا اشكال ، فيجوز للاب و الجد ذلك وان كانا فاسقين ﴿ ولا يتوكل الذمى على ﴾ تحصيل حق من ﴿ المسلم للذمى ولللمسلم على القول المشهور ﴾ بل فى التذكرة والتنقيح و عن ظاهر المذهب والمسالك وغيرهما الاجماع عليه .

ولا يخفى انه لو كان ذلك لتسلط الذمى على المسلم للذمى بمعنى الاخذ من المسلم للذمى فلا يجوز لكونه سبيلا للكفار على المسلم ان المراد بالذمى هو الكافر كما فى المسالك فلا فرق بينهم اصلا خصوصا الذمى فى عصرنا الحاضر الذين لا يلتزمون باعطاء الجزية وبشرائط الذمة نعم صحت الوكالة لو كان لاخذ حق من مسلم للمسلم بل قد يجب كفاية اذا كان مسلم ظالما لحق مسلم آخر ولا يمكن له احقاق حقه من مسلم ظالم لحقه فيتموسل بذمى لذلك فلا يتم قول المصنف ولا للمسلم لانه احسان و ما على المحسنين من سبيل ﴿ وهل يتوكل المسلم للذمى على المسلم فيه تردد ﴾ وخلاف . وفى الجواهر فعن ظاهر المفيد والشيخ فى النهاية والديلمى و أبى الصلاح وابن زهرة المنع ، بل عن الاخير منهم الاجماع عليه ، ﴿ والوجه ﴾ كما عن عامة المتأخرين ﴿ الجواز على كراهية ويجوز ان يتوكل الذى على الذمى ﴾ لو كان المسلم فى مقام عدم حق الذمى مع القدرة والافالحرمة قوية لاستلزامه ايداء المسلم من الذمى ﴿ ويقتصر الوكيل فى التصرف على ما أذن له فيه ﴾ صريحا أو ظاهرا ﴿ وما تشهد العادة بـ ﴾ ارادة ﴿ الاذن فيه ﴾ من حيث تعلق الوكالة ﴿ فلو أمره ببيع السلعة بدينار ﴾ مثلا ﴿ نسيئة فباعها بدينارين نقدا صح ، وكذا لو باعها بدينار نقدا الا أن يكون هناك غرض صحيح

يتعلق بالتأجيل ❊ .

وفى الجواهر كالخوف على الثمن مع الحلول ونحوه ، فانه حينئذ لا يجوز التعدى واذا وقع كان فضولا ، بل لعل المتجه مافى المسالك وغيرها من عدم جواز التعدى مع احتمال الغرض الصحيح احتمالا معتداً به انتهى .

وفيه تأمل والحكم ببطلان هذه الو كالة مع عدم الاجازة وبطلان البيع مشكل جدا ❊ أما لو امره ببيعه حال اقباعه مؤجلا ام يصح ❊ ولم يمض ❊ ولو كان بأكثر مما عين ، لان الاغراض تتعلق بالتعجيل ❊ الا ان يفهم عدم تحلل الحلول ❊ ولو امره ببيعه فى سوق مخصوص فباع فى غيره بالثمن الذى عين له ، او مع الاطلاق بثمان المثل صح ، اذا الغرض تحصيل الثمن ❊ فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذ لاجل اسهلية البيع .

❊ اما لو قال : بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح ولو تضاعف الثمن ، لان الاغراض فى الغراء تنفقات ❊ بتفاوت الاشخاص ، فلا يجوز التخطى خصوصا فيما يوجب ضررا على الموكل .

❊ وكذا ❊ لا يجوز التخطى فيما ❊ لو امره بأن يشتري بعين المال فاشترى فى الذمة أو ❊ أمره بالشراء ❊ فى الذمة ❊ على الوجه المزبور ❊ فاشترى بالعين ❊ بل يكون فضولا ❊ لانه تصرف لم يؤذن فيه ، و هو مما تنفقات فيه المقاصد ❊ ولا يخفى ان هذا الفرع عين قوله لو امره ببيعه حالا مع ان الثانى وهو الامر فى الشراء بالذمة مع اشتراطه بالعين اولى بالصحة من العكس وهذه الفرقات متشابهات بادنى تفاوت بحيث كانت مخالفتها غير معلوم البطلان .

❊ واذا ابتاع الوكيل ، وقع الشراء عن الموكل ❊ الذى قصد نائبه الشراء له ❊ ولا يدخل فى ملك الوكيل ❊ عندنا لعدم القصد ولعدم ملكه العوض ❊ لانه لو دخل فى ملكه لزم أن ينعق عليه أبوه و ولده لو اشتراهما ، كما ينعق أبو الموكل وولده ❊ لو باع الوكيل عبدا كان اب الموكل او ولده .

﴿ولو و كل مسلم ذميا﴾ مثلا ﴿فى ابتىاع خم ر لم يصح﴾ لعدم جواز شراء الخمر للمو كل فلا تقع النىابة فىه كسائر المحرماء كالخنزىر وآلاء اللهو والشطرنج الذى ام اللهوىاء والنظر الیه كالنظر الى فرج الام و مس الید الیه كمس الید الى الخنزىر .

﴿و كل موضع يبطل﴾ فىه ﴿الشراء للمو كل﴾ للمخالفة او لغيرها ﴿فان كان سماه عند العقد﴾ لفظا ذنىة ﴿لم يقع عن أحدهما﴾ أما عن الو كىل فلان المفروض قصد غيره ، وأما عن الو كل فلغرض مخالفته ، فلم يكن و كىلا عنه كما اذا اشترى عن نهاء الشراء عنه نعم يكون العقد حينئذ فصولا ﴿وان لم يكن سماه قضى به على الو كىل فى الظاهر﴾ .

و فى الجواهر المقضى مباشرة الشراء له باعتبار كون الخطاب معه وأما فى نفس الامر فمع عدم اجازة الو كل تخص بتجديد العقد مع البائع ، فان لم يتمكن أخذ المبیع مقاصة ، فلو فرض زيادته اوصل لاىصال الزاىد للبایع انتهى غير خفى ان وقوع الشراء للو كىل يتوقف على قصده انعدم التسمية اعم من قصده له وهو مع ذلك يتوقف على عدم كونه و كىلا مفوضا والا كان اللازم وقوعه باذن الو كل ولا يجوز بذونه وقول الشارح مقضى مباشرة و كون الخطاب معه غير تام اما المباشرة فباعتبار كون الشراء للمو كل والفرض بطلانه لعدم الاذن بنحو ما اشتراه و كون الخطاب معه اول الكلام فانه بلحاظ مو كله فاذا فرض بطلانه فكان الخطاب خطاب باطل و بنظر الجاهل صحیح فالعاملة مع الاجارة صحت و بدونها باطلة يجب رد ما اشتراه الى البایع واخذ ثمنه فلو تلفت العين بيد الو كىل لزم علیه مثله او قيمته واخذ ثمنه .

والحاصل لو اشترى الو كىل على خلاف ميل الو كل كما اشترى النسيئة مع امره بالنقد مثلا فاما يسمى فى العقد مو كلا او لا يسمى بمعنى السكوت فى حال العقد او ينوى لنفسه والاول باطل لانه لا يقع لاللمو كل للمخالفة ولاللو كىل

لقصده الموكل والثاني لا يقع لعدم قصده نفسه إذ غايته السكوت في حال العقد وهو أعم من قصد نفسه وعدمه والثالث يصح لو كان وكالته غير مفوضة حتى يصح المعاملات لنفسه أيضاً لعدم صحة أعماله لنفسه أو غيره ولو كان جميع أمور الموكل موكولاً إليه بحيث لا يصح له عمل بدون إذنه والمعاملة لو لم ينو أحد وقوع لغوا إلا إذا كان من أصلها لنفسه فلا يحتاج حينئذ إلى التعيين لفظاً أو نية للتعيين القهري حينئذ ولكن وأما لو كان المغير فلا بد من التعيين الصحيح .

﴿وكذا﴾ الكلام فيما ﴿لو أنكر الموكل الوكالة﴾ وحلف على ذلك أي يبطل كون الشراء له ، ﴿لكن ان كان الوكيل مبطلاً﴾ ولم يذكر الموكل لفظاً ولا نية وكان الشراء بالذمة ﴿فالمملك له﴾ أي الوكيل ﴿ظاهراً وباطناً وان كان محققاً﴾ ونواه ﴿كان الشراء للموكل باطناً﴾ وللوكيل ظاهراً وحاصل العائن والشارح الجواهر في صورة انكار الموكل الوكالة وعدم ذكر الوكيل من له المعاملة لالفاظاً ولا نية كان الشراء للموكل باطناً وللوكيل ظاهراً وليت شعري ما اراد بذلك مع ان الفرض صورة تصديق الموكل بعدم الوكالة الموجبة لبطلان المعاملة .

ومن المعلوم انه لو انكر الموكل الوكالة كانت المعاملة بدون الاذن وغايتها انه فضولية فان اجازها الموكل صححت والا باطلت ولم يرتبط بالوكيل اصلاً وعدم تعيين الوكيل كون المعاملة للموكل تكون منوية له قهراً فإذا انكرها وحلف سقطت عن الاعتبار كلاسلمنا عدم وقوعها للموكل لانكاره الوكالة لكنه لا وجه لوقوعها للوكيل ظاهراً وباطناً لما عرفت آنفاً ان المعاملة متقومة بالقصد والوكيل ساكتة عن التعيين وايضا المعاملة اما واقعة لشخص حقيقة اولاً ولا معنى لوقوعها لشخص ظاهراً ولا حقيقة او العكس وايضا ان كان محققاً ونوى الموكل وهو ابطله بعدم الوكالة فكيف يكون له باطناً وللوكيل ظاهراً تأمل وتدبر .

﴿و﴾ اعجب من الجميع قول المصنف ﴿طريق التخلص أن يقول الموكل

ان كان لي فقد بعته من الو وكيل * وذلك لان الفرض انه انكر المعاملة وحلف على ذلك وهذا الطريق قول من شك في الوكالة لا الانكار بنحو القطع كما هو المفروض وايضا اذا احتتمل كون المعاملة للوكيل ظاهرا ارباطنا كيف يمكن للمو كل القول بانه ان كان لي فقد بعته فانه على القطع بانه ليس له واسوء حالا قول المصنف بانه .

* فيصح البيع . ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط * فانه لو لم يكن هذا تعليقا لما تحقق تعليق اصلا وقد اتفقوا بطلان ما اذا قال ان جاء زيد فقد بعته الدار قال في الخلاف اذا قال ان قدم الحاج او جاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع فان ذلك لا يصح ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يصح - دليلنا - انه لا دليل على صحة هذا العقد ، و عقد الوكالة يحتاج الى دليل انتهى فما الفرق بينه وبين المقام .

فان قلت الفرق ان في المقام يعلم كونه مال المو كل فلا تعليق اصلا . قلت كيف يكون ماله وقد انكر الوكالة الموجبة لفساد الشراء اللازم منه عدم صيرورة المبيع ماله فهو كمن لم يعلم مجيئي زيد في قوله ان جاء زيد فبعته الدار مثلا او فقد بعته و كيف يتحقق الملكية اللازمة في الخارج بمجرد الانشاء مع انه تعليق على كونه له وما الفرق بينه وبين قوله ايضا ان شاء عمر و فقد بعته فقد ظهر انه لا يصل النوبة بقوله * ويتقاصان * .

* و * كيف كان فعلى قول المصنف * ان امتنع المو كل من البيع جاز * للوكيل * ان يستوفى عوض ما اداه الى البايع عن مو كله من هذه السلعة ، ويرد ما يفضل عليه * ولو بالدس في ماله * اذ يرجع بما يفضل له * .

وفي الجواهر فيترقب له ما لا يتمكن من المقاصة منه به بمجرد انكار الوكالة لاطلاق أدلة المقاصة من قوله تعالى «من اعتدى» وقوله تعالى «والحرمات قصاص» وغير ذلك * ولو د كل اثنين * مثلا * فان شرط الاجتماع * من كل منهما * لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف و كذا لو اطلق * .

وفي الجواهر الو كالة لهما بأن قال و كلتكما أو انتما و كيلاي أو نحو ذلك مما هو ظاهر في ارادة و كالتهما من حيث الاجتماع بل لا يبعد الاكتفاء في ذلك بعدم ظهور ارادة الانفراد ، لوجوب الاقتصار على المتيقن بعدان لم يكن ظهور في الانفراد انتهى .

اقول الو كالة في اكثر من الواحد ان شرط معها الاجتماع فلا كلام اما قوله و كذا لو اطلق ففيه كلام اذ غاية ما في الاطلاق انهما و كيلان و شرط الاجتماع يحتاج الى قيد لا بد من التذكير به و الا فالاصل عدمه بل الظاهر عدم الاحتياج الى اكثر من الواحد في امر واحد الا ان يكون المقصود بالانفراد ان كل واحد و كيلا في شيء غير ما يكون الاخر و كيلا فيه بل الظاهر من الاثنان هو الاحتياج بكل واحد على حدة كمن احتاج الى عبيد و اماء متعددة و لا يكفيه الواحد منهما هذا مضافا الى انه ليس في الاكثر اثار في الاجتماع الا النزاع و المخالفة في اكثر الادقات و كان رأى احدهما على خلاف الاخر و حينئذ لا يمكن الاخذ لا بقول احدهما ولا بقولهما و يكون نقضا لغرض الموكل .

و كيف كان فلو سلم ذلك لانسلم في صورة الاطلاق لما عرفت و من كونه لا يخلو من اختلاف الرأيين و حينئذ اختيار احدهما ترجيح بلا مرجح و ترك قولهما موجب لترك الو كالة فلا جرم في صورة الاطلاق بحمل على انفرادهما في حوائج الموكل و الله العالم و منه ظهر عدم تمامية قول المصنف .

﴿ ولو مات احدهما بطلت الوكالة ﴾ و كذا ما في الجواهر من قوله مع اشتراط الاجتماع ، لانقضاء المركب بانتفاء أحد جزأيه و ذلك لان الموكل بل كل من جعل معيناً لشغله اكثر من الواحد كان نظره الى تحقق مقصوده بنحو انتم و اكمل والا لم يزد على الواحد شيئاً و انه لو حصل حادث لاحدهما بقي الاخر مكانه حتى لا يتحقق نقض الغرض لانه بسببه ذهب اثر الآخر ايضاً كما في صورة النزاع و غاية ما يمكن المقصود من الاجتماع هو عدم حصول نقص من اعمالها

او خيانة لاحدهما فيرجع النظر الى الاستكمال لانقص و يؤيده انه لو سئل عن الشارط والبعاعل لذلك لومات احدهما بطل عمل الاخر قال لا .
وبالجملة شرط الاجتماع لاستيفاء المقصود بنحو احسن لانتر كه كلاك كان ذلك الشرط فيما علم الشارط عدم حصول مقصوده بالواحد فضم اليه آخر لا كماله واما ما عن دعائم الاسلام عن ابي جعفر محمد بن علي (ع) * وان أمر رجلين أن يبيعا له عبداً فباعه أحدهما لم يجز بيعه الا ان يجعل البيع لكل واحد منهما على الافراد اولهما معاً اذا اجتماعاً فهو محمول على صورة عدم اطمئنان بفعل احدهما وحدة وبيعه وهو خارج عن محل البحث .

ويؤيده ان الغرض اذا كان حصول البيع قد حصل من احدهما من غير مدخلية للاخر اصلا فليس ذلك الا لخوف الخيانة من احدهما وحده من ثمنه اوشى آخر وهو امر قد يتفق وخارج عن الكلية ويحتاج الى قرائن يعلم منها ان نظر الشارط هو الاجتماع لانه بحيث يلزم في كل ما جعل لذلك اثنان كان المقصود كونهما معاً بمنزلة واحد حتى لو كان بنحو الاطلاق قد حمل على ذلك فالغالب ان نظر الاجتماع ما ذكرنا الا اذا كان قرينة على الخوف من الواحد .

﴿و﴾ من جميع ذلك ظهر انه لو سلم ذلك ايضاً * ليس للمحاكم أن يضم اليه اميناً * لعدم ولايته على الموكل الذي قد انتفى موضوع وكالته بالموت وعلى كل حال هذا في صورة الاجتماع * اما لو شرط الافراد ، جاز لكل منهما ان يتصرف غير مستصحب رأى صاحبه * بلا خلاف و لا اشكال * و لو وكل زوجته * أو عبده * او عبد غيره * في شيء * ثم طلق الزوجة و أعتق العبد لم تبطل الوكالة * .

وفي الجواهر للاصل بل في جامع المقاصد ومحكى التذكرة انتهى ويمكن ان يقال ان الوكالة مرتبطة بعدم خروج الزوجة عن الزوجية والعبد عن العبدية وان الوكالة بلحاظ ان كل واحد منهما في تحت اختياره وتسلطه على احدهما

فلا نظره الى الوكالة لو لم يكن الزوجة او العبد في تحت اختياره سيما ما عن ظاهر المسالك من عدم بطلانها بالبيع لبداها ان جميع اختيارات العبد حينئذ للمشتري فكيف يصح للعبد فعل الوكالة للغير بدون اذن مولاه الجديد فلا يصح العقد حينئذ جدا واما في الطلاق وان لم يكن مانع في البين لكن يمكن قبولها من حيث كونها زوجته بحيث لو علمت بالطلاق لما قبلت الوكالة، ومع ذلك فالامر في الطلاق اسهل .

وفي الجواهر ايضاً ما هذا لفظه ولكن قد يناقش بعدم ما يدل على صحة مثل هذا العقد الذي لا اشكال في توقيفه على الاذن المعترف في الاستدانة ، كالاتداء ضرورة اتحاد مدرك اعتبارها ، و فرق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداء فانه من الفضولي حينئذ وبين محل الفرض الذي قد وقع فيه العقد صحيحاً للمالك فلا يتصور انقلابه فضولاً انتهى .

ولقد اجاد ﴿ اما لو اذن لعبد في التصرف بماله ﴾ على وجه الاستخدام به ﴿ ثم اعتقه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع لـ ﴾ لاستخدام با ﴿ للملك ﴾ بخلاف عقد الوكالة .

﴿ واذا وكل انسانا في الحكومة لم يكن ﴾ ذلك منه ﴿ اذنا في قبض الحق ﴾ مالم تكن ثم قرائن ﴿ اذ قد يوكل من لا يستأمن على المال ﴾ فلا يجوز له حينئذ ذلك ﴿ و كذا لو وكله في قبض المال ، فانكر الغريم ، لم يكن ذلك اذنا في محاسنته ، لانه قد لا يرتضى للمخضومة ﴾ تقصوده عنها ، بل وان كان اهالها .

﴿ فرع لوقال : و كلتك في قبض حقى من فلان فمات ، لم يكن له مطالبة الورثة ﴾ لعدم اندراجه في عبارة الوكالة ﴿ اما لوقال : و كلتك في قبض حقى الذى على فلان كان له ذلك ﴾ اقول و حيث كان المدار على الفهم العرفى فلا فرق بين القسمين ﴿ ولو وكله في بيع فاسد ﴾ مثلاً للتأجيل بأجل غير معلوم ونحوه او

ابتياع كذلك ﴿ لم يملك ﴾ الو كالة في ﴿ الصحيح ﴾ سواء كانا عالمين او جاهلين
و يمكن ان يقال قد لا يعلم المو كل بفساد ذلك والوكيل عالم به فيحملها على
الوكالة الصحيحة فالوكالة ثابتة على الصحيح والالزم الو كالة في امر باطل .

وفيه ان الو كالة في بيع فاسد لافى بيع صحيح فالصحيح لا و كالة فيه
والباطل لا يقع فلا يتمقدح الو كالة قال في الخلاف اذا وكله في بيع فاسد مثل
ان يوكله في البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدم الحاج وادراك الثمار لم
يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يملك بذلك
البيع الصحيح فاذا باع او اشترى الى اجل معلوم صح البيع والشراء .

[دليلنا] انه لم يوكله في هذا العقد فيجب ان لا يصح وانما وكله في غيره
فاذا فسد فيجب فساد الو كالة . انتهى .

﴿ وكذا ﴾ اي و كذا لا يملك الصحيح ﴿ لو وكله في ابتياع معيب ﴾
وفي الجواهر لا يجوز له التخطى الى شراء الصحيح لتفاوت الاغراض الامع قرينة
حال او مقال تقضى التعدي انتهى .

ولا يخفى الفرق بينه وبين ما قبله ابداهة ان الاغراض الصحيحة قد تتعلق
بالفاسدة كمن كان حرفته ابتياع الفاسدة لقللة ثمنها ثم يعمرها ويصلحها و باعها
باعا لا القيم ولذلك لا يحصل غرضه الا بالفاسدة دون الصحيحة ﴿ ولو كان لانسان
على غيره دين فوكله أن يبتاع له به متاعاً جازاً بلاخلاف ولا اشكال ﴾ و لكن
لا ﴿ يبرأ ﴾ الا ﴿ بالتسليم الى البايع ﴾ .

الفصل ﴿ الخامس ﴾ فيما به ثبتت الو كالة و ﴿ لاخلاف في انه ﴾ لا يحكم ﴿
ثبوت ﴾ بالو كالة بدعوى الو وكيل ولا بموافقة الغريم ﴿ وان الزم باقراره، الا انه
ليس اثباتاً شرعياً يمضى على المو كل لو انكر ﴾ مالم يقم بذلك بينة، وهي شاهدان ﴿
جامعان للمشرائط وكذا بالاستفاضة التي لا تفيد العلم .

﴿ ولا تثبت ﴾ أيضاً ﴿ بشهادة النساء ، ولا بشاهد واحد وامرأتين . ولا بشاهد

ويمين ، على قول مشهور ﴿ وفي الجواهر في الجميع ، بل في المسالك دلاً علم به مخالفاً ، بل في جامع المقاصد والتنقيح نفيه ، بل في التذكرة ومجمع البرهان الاجماع عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عن كشف اللثام عن الشيخ في المبسوط في كتاب الشهادات أنه قوى قبول شاهد وامرأتين في الطلاق والمخلع والوكالة والوصية والنسب وروية الأهلة .

بل حكى عن الصدوق والمفيد والشيخ في النهاية وسالاروابنى حمزة وزهرة ماهو ظاهر في قبول شهادة النساء فيها وان كان الذي تقتضيه قواعد المذهب الادل انتهى ولا يخفى ان كانت الشهادة بالواحد وامرأتين حجة لكون الامرأتين بمنزلة العادل الواحد فلا فرق في ذلك بين الموارد والافلاحجية له اصلاً فالحق مع القائلين بالصحة وانه قوى ولا وجه لكونه على خلاف قواعد المذهب واما قوله ولا يشاهد ويمين قد مر في باب القضاء ان المدعى لو لم يكن له بينة اى الشاهدان بل شاهد واحد فصح شهادة الواحد مع ضم يمين المدعى فيمالم يكن الدعوى على الميت والافعلى المدعى مضافاً الى البينة لزوم ضم اليمين ففي الدعوى الميت البينة مع يمين المدعى وفي الحى شاهد واحد مع يمين المدعى وكيف كان فكون الشاهد الواحد مع اليمين محل اتفاق في الاموال وقد عرفت هناك منا ان الدعوى يعم الحقوق وفي مثل دعوى الوكيل الوكالة يثبت دعواه بالبينة او شاهد واحد مع يمين المدعى راجع ج ٥٠ ص ٣٥

وتثبت ايضا بتصديق الموكل وهو واضح ﴿ واوشهدأ حدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظراً الى العادة في الاشهاد ، اذ جمع الشهود لذلك في الموضوع الواحد قد يعسر ﴿ ولأن المشهود عليه في الحقيقة متحد .
﴿ وكذا لو شهدأ حدهما ﴿ باستفادة ﴿ أنه وكله بالعجمية ﴿ من الموكل ﴿ والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ﴿ وهو الانصاف بكونه وكيلاً .

﴿واوختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال﴾ في عقده :
 ﴿وكلنك ويشهد الآخر أنه قال : استنبتک لم تقبل﴾ في المشهود ﴿لأنها شهادة
 على عقدين ، اذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للآخرى﴾ والفرض عدم ثبوت كل
 منهما ﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردد﴾ عند المصنف ﴿اذمرجه الى أهماشهدا
 في وقتين﴾ على امر واحد وهو الوكيل غاية احدى الصيغتين بلفظ الوكيل والآخرى
 بلفظ الاستنابة أى كنت نائبا عنى ﴿أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل واقتصرا
 على ايراد المعنى﴾ الذى هو كونه وكيلًا ﴿جاز وان اختلفت عبارتهما﴾ بخلاف
 ولا اشكال ، ﴿واذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بعلمه﴾ .

وفى الجواهر قال كغيرها من حقوق الناس وحقوق الله تعالى ، بل عن الانتصار
 والخلاف والغنية والسراير الاجماع عليه ، فما عن أبى على من الخلاف فى ذلك ،
 فى غير محله انتهى وفيه كلام راجع ج ٤٩ ص ٥٥ .

﴿تفريع لو ادعى الوكيل عن﴾ موكل ﴿غائب﴾ مثلا ﴿فى قبض ماله من
 غريم﴾ أى مديون ﴿فان انكر الغريم فلا يمين عليه﴾ قال فى الخلاف مانصه اذا
 كان لرجل على غيره دين فجاء آخر فادعى انه وكيله فى المطالبة وانكر ذلك الذى
 عليه الدين فان كان مع الوكيل بينة اقامها وحكم له بها وان لم يكن معه بينة
 اقامها وحكم له بها وان لم يكن معه بينة وطالب من عليه الدين باليمين لا يجب
 عليه فان ادعى عليه علمه بذلك لم يلزمه ايضا اليمين و به قال الشافعى وقال
 ابو حنيفة يلزمه اليمين بناء منه على اصله انه لو صدقه اجبر على التسليم اليه
 ونحن نبنى على اصلنا انه لو صدقه من عليه الدين فى توكيله لم يجبر على
 التسليم اليه .

[دليلنا] الاصل براءة الذمة وايجاب اليمين عليه يحتاج الى دليل شرعى

ولادليل فى الشرع يدل عليه انتهى.

﴿وان صدقه﴾ فى الوكالة ﴿فان كانت عينا لم يؤمر بالتسليم﴾ وفى الجواهر

ما هذا لفظه من الحاكم عند الرفع اليه لتعلق اقراره في حق الغير الذي لم تثبت الوكالة في حقه ، لتصديقه المحتمل لكذبه ، وغيره ، ولكن لا يمنعه لو دفع باعتبار عدم المعارض ، ومن هنا لم أجد خلافاً في شيء من ذلك الا معن مجمع البرهان من التأمل في عدم وجوب التسليم مع التصديق ، وانه ان تم لم يجز له الدفع انتهى وقال في الخلاف متصلاً بعبارة المتقدمه آتفا اذا صدقه من عليه الدين في توكيله لم يجبر على التسليم اليه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ان كان ذلك ديناً اجبر على الدفع اليه وان كان عيناً فالمشهور من مذهبه انه لا يجبر عليه وعنه رواية اخرى شاذة انه يجبر عليه .

[دليلنا] انه لا دليل على اجباره على ذلك ولان ذمته مرتبهة بالوديعة والدين وغيره ولا يقطع على برائتها بالدفع الى الوكيل المدعى له ذلك وتصديقه اياه لأن لصاحبه ان يكذبهما فينبغي ان لا يجب عليه التسليم انتهى .
والمسألة مشكله فانه بمد تصديقه بانه وكيل للموكل وان عينه بيده وعنده كيف لا يجب رده اليه باحتمال كذبه وعدم نفوذ اقراره بزعم كونه يرجع نفعه الى الغير وهو الموكل مع ان الذين يخرج من ماله .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ لو دفع اليه كان للمالك ﴾ الذي لم يثبت في حقه الوكالة ولو بيمينه ﴿ استعادتها ﴾ من كل منهما للعدوان المتحقق فيهما بظاهر الشرع ﴿ فان تلفت ﴾ بغير تفريط ﴿ كان له الزام أهما شاء ﴾ بالكل أو البعض لذلك ﴿ مع ﴾ فرض ﴿ انكاره الوكالة ، ولا يرجع أحدهما على الآخر ﴾ لو رجع عليه ، لكونه ظالماً عندهما في رجوعه ﴿ وكذا ﴾ الكلام بالنسبة الى الامر بالتسليم ﴿ لو كان الحق ﴾ الذي ادعى الوكالة عليه ﴿ ديناً ﴾ ولكن ﴿ فيه تردد ﴾ .

وفي الجواهر وخلاف ، بل لعل الاقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفاقا للمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وعن المحلى لاختصاص الاقرار في حقه ضرورة أنه يدفع الدين من خالص ماله واذا أنكر من له ذلك فهو على حجته خلافاً للمحكي

عن الشيخ ويحيى بن سعيد ، والفاضل في الارشاد ووالده والكاشاني ، من مساواته للعين ، لان تسليمه انما يكون عن الموكل ولا ينفذ اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ، ولانه لا يؤمر به الا اذا كان مبرء للذمة على وجه يطالب به بعد ذلك ، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للاشهاد عليه . وهنا ليس كذلك كما عرفت ، ولان الدافع على جهة كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه ، والدفع على غير هذا الوجه غير واجب .

والجميع كما ترى ، ضرورة عدم توقف الامر بتسليمه على نفوذ اقراره في حق الغريم ، بل يكفي فيه تعلقه في حقه من غير معارضة لحق الغير ، فهو كما لو اقر بالحوالة عليه من الغريم لشخص خاص ، فانه لا اشكال في أمره بالدفع اليه وان لم ينفذ ذلك في حق الغريم ، بل هو على حجته بالاخلاف أجده بين من تعرض لذلك انتهى .

وظاهره وجوب الدفع ما في الذمة بل قواه خصوصا فيما ورد من حمل فعل المسلم على الصحيح في كليهما فيحمل على صدق الوكيل في الوكالة وصدق الغريم في الدين له .

وفي الحدائق بعد تقسيم المسألة الى اربع صور والتكلم في الاول والثاني قال ما هذا لفظه الثالثة : أن يصدق الغريم مدعى الوكالة ، والحق الموكل فيه عين في يده ، والحكم أنه لا يؤمر بالتسليم اليه لجواز كذبهما معاً ، وهذا الاقرار انما تعلق بحق المالك فلا يسمع ، لأن له أن يكذبهما معاً ، لكن لو دفع والحال هذه جاز بناء على علمه بصحة الوكالة و تصديقه له فيها ولأنه لا منازع غيرهما الآن ويبقى الموكل على حجته ، فاذا حضر وصدق الوكيل برئت ذمة الدافع ، وان كذبه فالقول قوله مع بيمينه الى ان قال الرابعة : الصورة بحالها و يكون الحق ديناً ، وهل الحكم هنا كما تقدم في سابق هذه الصورة أدأنه يجب الدفع اليه ؟ وجهان : للاول منهما أن تسليمه انما يكون عن الموكل ، ولا يثبت اقرار

الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه ، ولأن التسليم لا يؤمر به الا اذا كان مبرراً للذمة ، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لماله حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك ، لأن الغائب يبقى على حجته وله مطالبة الغريم بالحق لو أنكر الو كالة ، وللتأني ان هذا التصديق انما اقتضى وجوب التسليم من مال المقر نفسه ، لامن مال الموكل ، وانكار الغائب لا يؤثر في ذلك ، فلا مانع من نفوذه ، ولعموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

أقول : ومن أجل ذلك تردد في الشرايع ، وفي التذكرة ذكر الوجه الثاني احتمالاً ، ولم يتعرض لذكر الوجه الاول ، فقال : وان كان ديناً احتمال وجوب الدفع اليه ، لاعترافه بأنه مستحق للمطالبة ، والفرق بين الدين والعين ظاهر انتهى وظاهره ايضاً هو الميل الى الرد في الدين دون العين كما نقل عن التذكرة ذلك والحاصل يمكن القول بعدم وجوب الرد مطلقاً في العين والذمة كما مر في الخلاف لان اقراره راجع الى الغير وهو الموكل ويمكن التفصيل بينهما بعدم وجوب الدفع في العين لذلك فالغريم ذمته مشغولة للموكل فلا يبرء الا بالحجة القطعية والفرض ان العين التي للموكل عنده فلا يصح له الدفع الا مع بينة الوكيل المدعى للو كالة ووجوب الرد في الدين لان معنى الاقرار خروج مافي الذمة عن مال الغريم فالاقرار راجع اليه لالي الموكل فيلزم عليه ابراء ذمته عليه بالدفع .

فان قلت على هذا يجري القول بالرد في الاول اذا فرض ان اقراره راجع الى نفسه واقرار العقلاء على أنفسهم جائز ففي كليهما لزم الدفع قلت كلا فانه في الاول كان اللازم دفع مال الموكل لان فرض عين معين فلا يلزم الرد الا بالحجة القطعية وهي البينة من الوكيل المدعى وبدونها لا يجب الرد عليه فالاقرار يرجع الى ان ماله عنده بخلاف الثاني فان معنى الاقرار خروج مافي الذمة عن نفسه وماله فالاقرار في العين راجع الى الغير وفي الذمة راجع الى نفسه فلا يجب الرد في الاول ويجب في الثاني التفصيل متعين كما اختاره في الجواهر والوجه معلوم فالعين كان للموكل بلا كلام فالاقرار

به اقرار بمال الغير فلا اعتبار به فلا دليل عليه فلورد^١ وكان على خلاف الواقع كان للموكل هو الرجوع الى كل واحد من الوكيل او الغريم ومع التلف في ايدي احدهما هو آخذ منه المثل او القيمة بخلاف الاقرار بما في الذمة فان اللازم خروجه عن نفسه فيكون اقرارا على نفسه ويجب الدفع الى الوكيل .

و﴿لكن﴾ ينبغي ان يعلم انه ﴿في هذا﴾ القسم اي كون الدين في الذمة ﴿لودفع﴾ الغريم ما في ذمته الى الوكيل ﴿لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لانه لم يمتزح﴾ منه ﴿عين ماله﴾ حتى يصح له المطالبة ﴿اذ﴾ الفرض كون ماله في الذمة وهو ﴿لا يتعين الاقبضه او قبض وكيله﴾ وبدون قبض نفسه او الوكيل لا يكون المال مال المالك .

و﴿والفرض﴾ هو ﴿اي المالك﴾ ينفي كل واحد من القسمين ﴿اي قبض نفسه او قبض وكيله المسلم كونه وكيلا وهو معلوم اما قبض نفسه فهو المفروض واما قبض وكيله والفرض عدم ثبوت كون الآخذ وكيلا .

والحاصل وجه عدم رجوع الموكل الى الوكيل في هذه الصورة كون ماله في ذمة الغريم فما دام لم يأخذه لم يكن ماله فالوكيل الغير الثابت لو اخذه لم يأخذ مال الموكل بخلاف القسم الاول اي كون مال الموكل هو العين فانه لنفسه المالك قطعا فلو اخذه الوكيل اخذ مال الموكل فيصح له الرجوع اليه لعدم ثبوت وكالته .

و﴿اذا كان مال الموكل باقيا على ذمة الغريم ولو مع دفعه الى الوكيل كان للموكل الرجوع على الغريم لعدم جواز الدفع الا الى المالك فلو لم يدفع اليه بل الى الوكيل كان﴾ للغريم ان يعود ﴿بعد غرامته اذ قبلها في وجه﴾ على الوكيل ان كانت العين باقية اذ تلفت بتفريط منه و لا درك عليه لو تلفت بغير تفريط ﴿لتصديقه بوكالته المقتضية عدم ضمانه .

وفي الجواهر ما لفظه وقد ظهر لك بما ذكرنا انه على المختار يجب على

الغريم اليمين لو ادعى الوكيل عليه العلم بوكالته في الدين دون العين ، للقاعدة المشهورة المعلومة ﴿و﴾ هي ﴿كل موضع يلزم الغريم التسليم﴾ فيه ﴿لواقر به يلزمه اليمين اذا أنكر﴾ .

وقال أيضاً بعده وقد عرفت أنه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق ، فيتوجه عليه اليمين مع انكاره انتهى .

الفصل ﴿السادس﴾ : في اللواحق وفيه مسائل الاولى ﴿لاخلاف بين المسلمين ولا اشكال في أن﴾ الوكيل ﴿سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقي﴾ أمين ﴿بالنسبة الى أنه﴾ لا يضمن ما تلف في يده الامع التفريط أو التمدي ﴿وفي الجواهر كغيره من الأئمة الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النص والاجماع فيما مضى من الكتب السابقة وكذا بالنسبة الى تصديقه بدعوى التلف ، الا ما يحكى عن بعض العامة ، فيما اذا ادعاه بأمر ظاهر ، وأما بالنسبة الى قبوله في الرد ، وفي الاقرار على الموكل وغير ذلك ، فسيأتى البحث فيها انتهى . قال في الحقائق ما هذا لفظه المشهور في كلام الأصحاب بل ادعى عليه الاجماع أن الوكيل أمين لا يضمن الامع التمدي أو التفريط ، وقال في شرح القواعد أنه بلوح من كلامهم أنه لاخلاف في ذلك بين علماء الاسلام .

أقول : ان اريد بكونه أميناً هو قبول قوله بيمينه في كل ما يدعيه من تلف المبيع والثمن بعد قبضه ، ورده على الموكل مثلاً ، وقبول قوله في فعل ما وكل فيه ونحو ذلك فكلامهم لا يساعد عليه ، وان اريد أن ذلك في بعض هذه الأفراد فالأدلى التخصيص بتلك الأفراد المرادة ، الا أن تعليلاتهم في المقام يقتضى العموم كما ستقف عليه ، وهانحن نسوق لك جملة من عباراتهم في المقام .

قال في المسالك - بعد قول المصنف لو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين ، ولأنه يتعذر اقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع بقوله دفعاً للالتزام ما تعذره غالب ، ما لفظه - : المراد تلف المال الذي بيده على وجه الأمانة لتدخل

فيه العين الموكل في بيدها قبله ، وثمنها حيث يجوز له قبضه بعده ، والعين الموكل في شرائها كذلك ، ووجه القبول مع مخالفته للأصل بمد الإجماع ما ذكره المصنف ، ولا فرق بين أن يدعى تلفها بسبب ظاهر كالحرق والفرق ، أو خفي كالسرق عندنا ، وفي حكمه الأب والجدة والحاكم وأمينه والوصى ، وقد تقدم الخلاف في قبول قول بعض الأمناء ، انتهى ثم حكى عن التذكرة موارد في ذلك منها ما قال .

وقال في التذكرة : الوكيل أمين ، ويده يدأمانة لا يضمن ما يتلف في يده إلا بعد أن يفرط ، فإن تلف ما قبضه من الديون والأمانات أو الأعيان من الموكل أو غيره ما يضمن عليه سواء كان وكيلاً بجعل أو بغير جعل فإن تعدى فيه كما لو ركب الدابة أو لبس الثوب أو فرط في حفظه ضمن إجماعاً ، وكذا باقى الأمانات كالوديعة وشبهها ، وبالجملة الأبدى على ثلاثة أقسام : يدأمانة كالوكيل والمستودع والشريك وعامل المضاربة ، والوصى والحاكم وأمين الحاكم ، والمرتهن والمستعير على وجه يأتى ، ويدأمانة كالمقاصب والمستعير على وجه والمسادم والمشتري شراء فاسداً ، والسارق ، ويد مختلف فيها ، وهى يد الأجير المشترك كالفقار والصائغ والحايك والصناع وما أشبه ذلك ، وفيها للشافعية قولان ، وعندنا أنها يدأمانة ، إذا عرفت هذا فكل يدأمانة لاضمان على صاحبها إلا بعد أن يفرط ، لأنه لو كلف الضمان لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر فاقترضت المحكمة زوال الضمان عنهم ، انتهى .

ومنها ما قال وقال فى موضع آخر : إذا ادعى الوكيل تلف المال الذى فى يده للموكل أو تلف الثمن الذى قبضه بثمن متاعه ، وأنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه ، وعدم البيينة ، لأنه أمينه ، فكان كالمودع ، ولأنه قد يتعذر إقامة البيينة عليه ، فلا يكلف ذلك ، ولا فرق بين أن يدعى التلف بسبب ظاهر ، الى آخر كلامه ومنها ما قال وقال فى موضع آخر : إذا اختلفا فى الرد فادعاه الوكيل

وأنكره الموكل ، فإن كان وكيلا بغير جعل احتمل تقديم قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع مالكة ، فكان القول قوله مع اليمين كالودعي ، و يحتمل العدم لأصالة عدم الرد ، والحكم في الاصل ممنوع ، وان كان وكيلا بجعل ، فالوجه أنه لا يقبل قوله ، لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وهو أحد قولي العامة .

والثاني أن القول قول الوكيل ، لأنه وكيل ، فكان القول قوله كالوكيل بغير جعل : لاشتراكهما في الأمانة ، وسواء اختلفا في رد العين أوردتها ، وجملة الأمانة على ضربين : أحدهما - من قبض المال لنفع مالكة لاغير ، كالمودع والوكيل بغير جعل ، فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا وغيرهم لأنه لو لم يقبل قولهم لانتفع الناس عن قبول الامانات ، ولحق الناس الضرر ، والثاني - من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل ، والمضارب ، والأجير المشترك والمستأجر ، والمرتهن ، فالوجه أنه لا يقبل .

ثم قال وهذا الكلام مؤذن بأن الوكيل ليس أميناً مطلقاً ، والا لقبول قوله في الرد ، وسيأتي مزيد تحقيق لهذا الحكم انشاء الله تعالى في مسائل النزاع . ومنها ما قال وقال في مواضع اخر اذا ادعى الوكيل الرد الى الموكل فالاقوى أنه يفتقر الى البينة ، ثم نقل عن الشافعي تقسيم الأمانة الى ثلاثة أقسام قسم يقبل قوله في الرد بيمينه ، وهم المودعون ، والوكلاء بغير جعل ، ومنهم من لا يقبل الا ببينة وهم المرتهن والمستأجر ، ومنهم من اختلف فيه على وجهين ، وهم الوكلاء بجعل والشريك ، والمضارب ، والأجير المشترك الى آخره .

ثم قال وهذا الكلام يؤذن بأنه لا فرق بين الوكيل بجعل وغيره في عدم قبول قوله الا بالبينة ، مع أن ظاهره في الكلام الأول التردد فيما اذا لم يكن الوكالة بجعل ومنها ما قال وقال في موضع آخر : اذا وكله في بيع أذبة أو صلح أو طلاق أو عتق أو ابراء أو غير ذلك ، ثم اختلف الوكيل والموكل فادعى الوكيل أنه

تصرف كما أذن له ، و أنكر الموكل وقال : لم يتصرف بعد ، فان جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله الا ببينة ، لأن الأصل عدم ، وبقاء الحال كما كان وان جرى قبل العزل فالأقرب أنه كذلك .

وأن القول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الى آخره ، و سيأتي الكلام في هذه المسئلة أيضاً ، وتصريح غيره بخلاف ما صرح به ، و مرجعه الى الخلاف في قبول قول الوكيل وعدمه ، و بذلك يظهر لك أن مادعى من الاجماع المتقدم ذكره غير تام الا في صورة دعوى التلف ، حيث أن ظاهرهم الاتفاق على قبول قول الوكيل فيه .

وأما دعوى الرد و دعوى التصرف فهو محل خلاف و اشكال عندهم ، مع أن التعليل الذي ذكره في قبول دعوى التلف زايداً على الاجماع ، و هو لزوم امتناع الناس عن قبول الأمانات مع الجاء الحاجة الى ذلك ، جارفي هذين الأمرين الى ان قال الا أنه يمكن أن يقال : لا يخفى أن مقتضى الأخبار التي تقدمت في كتاب الودیعة دالة على النهي عن اتهام من ائتمنه ، المشعر ذلك بقبول قوله في جميع ما يدعيه ، كون الوكيل كذلك وأن كان بجعل لان الجعل انما هو في مقابلة السعي والعمل وهو غير مناف للائتمان ولا ريب أن الائتمان في الوكالة أشد وأبلغ منه في الموادة ، لأنه في الوكالة مؤتمن على الحفظ والتصرف بجميع أنواع التصرفات المأذون فيها ، بخلاف الودعي فانه مأمون على الحفظ خاصة ، ولا ريب أيضاً أن الائتمان الذي رتب عليه هذه الأحكام في الودیعة ليس الاعبارة عن الوثوق بالمدفوع اليه في عدم الخيانة ، والمخالفة لأمر المالك ، ولهذا وردت الأخبار بما خانك الأمين ولكن ائتمنت الخائن ، بمعنى أنه متى حصلت الخيانة من المدفوع اليه فالتقصير انما هو منك ، حيث لم تثبت في الفحص عن حال المدفوع اليه ، وكونه أميناً والا فمتى ثبت عندك أمانته والوثوق به فانه لا يحصل منه خيانة ، والائتمان بهذا المعنى مشترك بين جميع الامناء ودعياً كان أو وكيلاً أو مستعيراً

أمرتها إلى آخر عبارته .

ولقد اجاد في عباراته الناقله عن التذكرة من الاختلاف وعدم استفادة الامانة بقول الوكيل وقد نقلت تمام عباراته المشتملة على عبارات التذكرة ليظهر حال ما قيل في اصل اثبات الامانة وفي ما هو المراد من الامانة من ان الظاهر من قوله **إِنِّي لَأَمِينٌ** ما خانك الامين هو ان هؤلاء امين واقعا و الا فلا معنى لهذه العبارة بل اللازم ان يقول يجب عليك الحكم بالامانة وان لم يكن كذلك واقعا بل ظاهر عبارة الحدائق هو الاول حيث قال بعد الرواية فالتقصير انما هو منك الخ .

و حينئذ ما معنى لقول المصنف و شارحه الجواهر لا خلاف بين المسلمين ولا اشكال في ان [الوكيل امين] وان كان المقصود من الامانة انه لا يضمن ما كان بيده الامع التعدى فهذا لا يحتاج الى وصف الامانة بل يجب التعبير بمثل ان ما يتلف بيد الوكيل ونحوه لا يترتب عليه الحكم بالضمآن وهذا يناسب قوله تعالى .

وما على المحسنين من سبيل وهذا يناسب مطالبة اليمين منه ولعمري ان المسألة مشككة فان معنى الامين هو الامانة الواقعية مع انه في موارد التي يحكم بالامانة قل ما يتفق الامين الذي معروف عند الناس بالامانة فقوله **إِنِّي لَأَمِينٌ** ما خانك الامين هو الامين المعروف عند الناس بالامانة فهي صفة موجودة يعرفونهم بذلك كما يعرفون امام الجماعة بالعدالة .

فمعنى ما خانك الامين هو الامين الحقيقي و ان الذى حصل له الخيانة من اشتباه من جعله اميناً مع ان هذا المعنى غير مفهوم من موارد لما عرفت من ان اكثر الشركاء والوكلاء والمستأجرين من الخائنين فكيف يكونون امناء فهو اصل الاشكال و المستفاد ان الشارع حكم لهم بالامانة لا انهم امين و يؤيد ذلك ان الناس في طلب الشريك والمستأجر لم يكونوا بصدد الامانة بل يجعل الشريك شريكاً للاحتياج من غير ان يكون اميناً بل لو تجسسوا كان ذلك من حيث عدم ذهاب اموالهم لان حيث انهم لو اتلفوا حكم لهم بالامانة فلو كان المراد من الامين هو الامين الواقعي

الذى لم يكن مورد اشتباه الناس بحيث كان معروفاً بالامانة لزم منه انسداداً أكثر المعاملات خصوصاً في زماننا الذى كان الامين كبريت احمر وان كان المراد من الامين من الحكم بامانة ما بيده بمعنى عدم الضمان لو تلف او سرق و ان لم يكن كذلك واقعا .

و بالنسبة الى غير ما بيده كما يؤيدده ايضا مطالبة اليمين منه فهو المناسب لاستعمال الامانة في موارد سواء كان الوكيل في هذه الموارد وكيلا جملا وهو من جعل نفسه لاعمال الموكل في مقابل الاجرة او لم يكن كذلك كما في موارد العارية والوديعة فان يدهما يد امانة مع انه لم يكن يجعل اجرة لهما و امثالهما . فالمسألة في غاية الاشكال وقد يشكل في موارد الاختلاف بين الوكيل و الموكل بادعائه عدم الاذن في البيع بهذا المقدار وقول الوكيل بالاذن بهذا المقدار فيرجع الى خيانة الوكيل فان معناه ان الوكيل لم يعمل على طبق قول الموكل وهو ينافى كون الوكيل أميناً كما صرح به الشهيد واجيب بان المضروكات الخيانة في اصل الوكالة لافى بعض متعلقاتها .

و هذا الجواب مبنى على كون الوكيل اميناً ذاتاً بحيث لا يجوز جعل الفاسق اميناً وهو كما ترى ويؤيده تقييد الامانة بعدم التعدى والتفريط فان الامين الحقيقى الذى بمنزلة العدالة لا يكون فعله عن تعدى وتفريط .

وكيف كان فاللازم هو التأمل التام والمسألة غير محررة في كلام الاصحاب فان الامين ان اراد اياه من كان معروفاً بهذه الصفة فهو خلاف وان اريد به من جعل امر الغير بيده جملا او عدماً كان بمنزلة الامين الواقعى ولو لم يكن اميناً حقيقة فالاستدلال لعدم الضمان بانه امين بلا وجه بل الوجه هو التمسك بالاحسان وسيأتى في باب التنازع ما يؤيد ما ذكرنا والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية اذا كان اذن الوكيله أن يوكله عنه أو عن نفسه فلا اشكال وان أطلق ، فظاهر القواعد ومحكى السرائر والتذكرة و صريح جامع المقاصد

ومحكى مجمع البرهان أنه يو كل عن المو كل ، واحتمل غير واحد أنه يو كل عن نفسه لان المراد التسهيل عليه ، ولكن ظاهر المتن التخيير بينهما .

وعلى كل حال ﴿ فان و كل عن مو كله كانا و كيلين له ﴾ بلاخلاف ﴿ وتبطل وكالتهما ﴾ معا ﴿ بموته ﴾ اى المو كل و جنونه ، ﴿ ولا تبطل بموت أحدهما ولا بمزل أحدهما ، صاحبه ﴾ لعدم ارتباط وكالة أحدهما بو كالة الاخر ، انما كان الاول واسطة عن المو كل فى و كالته .

﴿ وان و كله عن نفسه ﴾ حيث يكون له ذلك بالاذن من المو كل فيه فلا جرم ﴿ كان له ﴾ اى للمو كل ﴿ عزله ﴾ وتبطل و كالته بموته و جنونه ، وبمزل المو كل له ، بلاخلاف ولاشكال ، ضرورة أنه فرعه ، ﴿ فان مات المو كل ﴾ أو جن أو غمى عليه أو عزل الاول ﴿ تبطل و كالتهما ﴾ معا ﴿ وكذا ان مات و كيل الاول ﴾ أو جن تبطل و كالة الثانى وهذا كله لاشكال فى شىء منه .

المسألة الثالثة ﴿ لاخلاف ولا اشكال فى أنه ﴾ يجب على الو كيل تسليم ما فى يده الى المو كل ﴿ او و كيله ﴾ مع المطالبة وعدم العذر فان امتنع ﴿ حينئذ على وجه نافي خطاب الرد عرفاً ﴾ من غير عذر ضمن ﴿ قطعاً بل ﴾ و ﴿ اجماعاً للعدوان فى استمرار يده بعد انقطاع الاذن فى ذلك بالمطالبة .

نعم ﴿ لو كان ﴾ له ﴿ هناك عذر لم يضمن ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اذا كان فى الحمام او فى حال الصلاة المضيقه وفيها او حبس من ظالم او حال مرض ونحوها مما عده العرف عذراً وهو معلوم ولولم يكن دليل عليه من الشرع لكنه مطوى فى التأخير بدون العذر .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ ﴿ لو زال العذر فأخر التسليم ضمن ﴾ لو تلف والافلا يترتب عليه سوى العصيان ﴿ و لو ﴾ امتنع مثلاً من الرد بعد المطالبة به ثم ﴿ ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع ، او ادعى الرد قبل المطالبة ، قيل لا تقبل دعواه ، و ان اقام بينة ﴾ لتكذيبه لها بالاقرار المفروض سابقاً واختاره جماعة .

﴿والوجه﴾ عند المصنف ﴿انها تقبل﴾ لعموم البينة على المدعى وفيه ما لا يخفى بدهة قبول قول المنكر الغير المسبوق بامتناع رد المال الى صاحبه ومعه يسقط عن الاعتبار جدا .

المسألة ﴿الرابعة﴾ : كل من في يده مال لغيره ﴿ممن تتوجه له الدعوى به ولو غصبا لامثل الزكاة والخمس﴾ ﴿أدفي ذمته﴾ كذلك ﴿فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض﴾ حال وقوعه ﴿ويستوى في ذلك ما يقبل قوله في رده وما لا يقبل الابينة ، هر بامن الجحود المفضى الى الدرك أو اليمين وفصل آخرون بين ما يقبل قوله في رده﴾ كالوديعة ﴿وما لا يقبل﴾ كالعارية ﴿فأوجبوا التسليم في الاول﴾ وان لم يشهد ﴿وأجازوا الامتناع في الثاني الامع الاشهاد﴾ .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿الاول أشبه﴾ عند المصنف ومن تاخر عنه ولا يخفى عدم تمامية ذلك بنحو الاطلاق اذ ربما لا يكون صاحب الحق غير متمكن من اقامة الشهود خصوصا اللزم هو بثوت عدالتهما عند من امر بالاشهاد فيؤخر اداء الدين بل قد يكون محذورات اخر لاقامة الشهود مع ان اللزم رد مال الغير فورا مع المطالبة فالحق هو وجوب رد المال الى صاحبه من الاعتناء بهذا الاحتمال .

قال من الجواهر بل في محكي السرائر تقييد الحكم بما اذا لم يؤد الاشهاد الى تأخير الحق ، فان أدى الى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين ، بل عن الاردبيلي التوقف في أصل الحكم ولعله كذلك للعقل والنقل كتابا وسنة في وجوب دفع الحق الى صاحبه مع مطالبته ، وخصوصاً مع الضرر العظيم في تأخيره عنه ، وتعذر الاشهاد المعبر أو تعسره في كثير من المقامات فلا يخالف ذلك الاحتمال ترتب ضرر عليه بالانكار ، مع أن الأصل عدمه ، وربما يطمئن الدافع في كثير من المقامات بعدم وقوعه منه على أن الاشهاد المزبور لا يرفع الاحتمال المذكور ، لامكان موت الشهود وغيبتهم وخروجهم عن تأهل

الشهادة ، بل يمكن ان يدعى عليه العلم بخطاء الشهود ونحو ذلك ، فيتوجه عليه اليمين الذي يمكن انكار كونها ضرراً على الحالف بحيث يجوز له منع الحق عن مستحقه ، الى غير ذلك مما لا يخفى انتهى.

بل قد يكون عذر اقامة الشهود سبباً لتأخير دفع مال الناس فالأظهر عدم اللزوم خصوصاً اذا كان من بيده مال الغير من اهل الصلاح والتقوى الذي يبعد في حقه الانكار .

المسألة ﴿الخامسة﴾: الوكيل في الابداع اذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ﴿ وفي الجواهر قال اذا أنكر الودعي بلا خلاف محقق أجده فيه وان حكى في المسالك القول بوجوب الاشهاد الا أنالم نجد له لأحد من أصحابنا انتهى ووجه عدم لزوم الاشهاد ان قبول الوديعة من باب الاحسان وما على المحسنين من سبيل خصوصاً فيما اذا صعبت عليه اقامة الشهود المقبولة عنده بل قد يكون عسرياً وحر جيامنقيين في الشرع مضافاً الى انه نوع توهين للودعي .

﴿و﴾ أما ﴿لو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن﴾ لو أنكره كما عن الشيخ والفاضل في جملة من كتبه ، وولده والشهيد بن والمحقق الثاني للتفريط ﴿و﴾ لكن في المتن ﴿فيه تردد﴾ وكذا القواعد ، بل كأنه قال به في محكي المختلف ، بل عن الاردبيلي الجزم بذلك ولعله لعدم صدق التفريط عرفاً لا أقل من الشك ، والاصل عدم الضمان ، مضافاً الى السيرة والله العالم .

المسألة ﴿السادسة﴾: اذا تعدى الوكيل في مال الموكل ﴿بلبس اور كوب او غيرهما من التصرفات﴾ ضمنه ﴿قطعا﴾ ﴿و﴾ لكن ﴿لا تبطل وكالته﴾ على بيعه مثلاً بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، الا ما يحكى عن أبي علي وأحد وجهي الشافعية ﴿لعدم التماضي﴾ بين الضمان بسببه الشرعي ، وبقاء الوكالة المستصحب المحتاج رفعه الى فاسخ شرعي او انشاء عزل المالك انتهى .

ولا يخفى كون التعدي مخالفاً مع الامانة ثم ان قول المصنف ضمنه هل

يكون المراد اذا تلف بالتعدى اولابل وان كان سالما وقابلا للبيع والاول وان صح لكن لا بد له من بيانه والثاني غير تام ان لو كان نفس التعدى موجبا للضمان ولو مع بقاءه لزم الضمان ثانيا لو تلف وهو على خلاف النقل والنقل بل لامعنى للضمان مع بقاء العين كما عرفت بعض الكلام في العارية راجع ج / ٣٠ ص ٣٥٤ قال السيد الفقيه في عروته : اذا تعدى ثم عاد كما لو لبس الثوب الموكل في بيعه ثم نزعه وتاب أو فرط في حفظه ثم عاد الى حفظه فهل يبقى على الضمان الحاصل بالتعدى أو التفريط أولا ؟ ظاهر المشهور ذلك وقد صرحوا به في الوديمة وأنه اذا أخرجهما من الحرز ثم أعادها اليه بقي على الضمان فلو تلف بأفة سجادية يكون عليه عوضه ، وهو مشكل لان المقر وض عدم بطلان الوكالة بذلك ، وكذا في الوديمة و العارية لان من احكام المذكورات عدم الضمان فالقدر الخارج هو التلف حال التعدى أو التفريط ولا مجرى للاستصحاب بعد تحقق عنوان مالا ضمان معه ، انتهى .

وكيف كان فما حال الوكيل في امر الوكالة فانه اشكال في الضمان مع التعدى والتلف واما مع توبته وعوده الى الحفظ فقد زال حكم الضمان وقد عرفت في الوديمة عدم معنى الضمان مع بقاء الوديمة ولو باخراجه عن الحرز ثم الاعادة وقال ايضا بعد العبارة لا يبطل الوكالة بالتعدى والتفريط في مال الموكل كما أشرنا اليه وان كان الوكيل ضامناً لان المبطل لها هو الفسخ أو العزل كما ان الامر كذلك في مثل الرهن والوديمة والعارية ، وحينئذ فلو كان وكيلاً في البيع فباع صح ويخرج بالبيع عن الضمان ، ولو قلنا بمقالة المشهور من بقاءه ولو بعد العدول عن التعدى وذلك لانه مأذون فيه بمقتضى الوكالة فيكون بمنزلة تسليمه الى المالك ولا فرق في ذلك بين ما قبل تسليم المبيع الى المشتري وما بعده ، خلافاً للثانين فقالوا : « بقاء الضمان في الأدل لاحتمال انفساخ البيع بالتلف قبل القبض » .

وفيه ان الانفساخ من حين التلف لامن الأول فبمجرد البيع الصحيح يخرج عن الضمان ومنه يظهر انه لافرق بين كون البيع خيارياً أولاً ، ولو كان الخيار للمشتري ولا يضمن الثمن أيضاً اذا قبضه بناء على ما ذكرنا من الخروج عن الضمان بالعدول عن التعدي ، واما بناءً على ما ذكره المشهور فلا يخلو عن اشكال انتهى للمثنيين اي الكر كى والشهيد .

وكيف كان فلو باع الوكيل ما تعدى فيه وسلمه الى المشتري براء من ضمانه وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في المسالك ، بل في محكى التذكرة الاجماع عليه لأنه تسليم مأذون فيه فجرى مجرى قبض المالك المعلوم انقطاع الضمان به ، ولا يكون الثمن مضموناً لعدم التعدي فيه ظاهر المانن والشارح الجواهر بالبيع يخرج عن الضمان ولو بتعدي في المبيع قبل البيع فلور كب الفرس او حمل عليه ثم باعه بالبيع وقد تسلم المبيع بيد المشتري فكانه سلم اليه المالك حيث ان يد الوكيل يد الموكل وبالجملة لاشكال عندهم بالوصول الى المشتري وظاهرهما بل واقعا ارتفاع الضمان بالتعدي فيه وهو معلوم فان الضمان فيما لو تلف بالر كوب او الحمل عليه .

واما لو سلم بعد التعدي والتوبة فيرتفع الضمان ونتيجته انه لو باعه وسلمه الى المشتري زال الضمان نعم بقي الاشكال لو لم يسلم الى المشتري بعد لاحتمال تلفه قبل القبض وحينئذ لاشكال ايضا من حيث خيانة المشتري لان المفروض زوال ضمانه بعد التوبة بالبيع الصحيح وحينئذ الضمان قبل القبض راجع الى الموكل الوكيل فانه من التلف قبل القبض فهو من مال بايعه .

وفي المسالك قال لاختلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم الى المشتري لما ذكره المصنف ولان المشتري قد ملكه فاذا وصل اليه باذن المالك زال الضمان وانما الكلام في زواله بمجرد البيع فانه يحتمل ذلك لخروجه عن ملك الموكل به ودخوله في ملك المشتري وضمانه وعدمه لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض

المشترى فىكون التلف على ملك المو كل وهذا اقوى انتهى حاصله انه حينئذ تلف قبل القبض فانه فى مال المو كل فىكون ضمانه عليه واورد عليه فى الجواهر بان كونه فى ملك المالك بالتلف قبل القبض مبنى على كون الفسخ من اصله فانه حينئذ يكشف عن عدم الانتقال من البايع الى المشتري بل بقى على ملكه فىكون تلفه من ماله .

واما لو قلنا بان الفسخ من حينه فكان المبيع داخلا فى ملك المشتري حيث انه مالكة حين التلف .

وفيه اولاً ان الكلام كله فيما قبل القبض لا فيما بعد قبض المبيع .
وثانياً ان قاعدة تلف قبل القبض لا ربطها على كون الفسخ من اصله او من حينه والالزم كون القاعدة مبنياً على ذلك والفرض خلافه وان التلف قبل القبض من البايع فلا ربط للتلف قبل القبض على كون الفسخ من حين التلف او من الاصل كى يكون على الاول التلف فى ملك المشتري .

وعلى الثانى من مال البايع الذى هو المو كل فانه بظايره غير تام اذ مقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه هو ان التلف من مال البايع كان الفسخ من الاصل او من حين التلف اذ لم يقيدوا القاعدة بذلك ففى كليهما من مال البايع لانه قبل القبض والحاصل كون التلف من مال البايع هو قبل القبض دخل فى ملك المشتري كما على الحين اولاً كما على الاصل فان قولهم التلف قبل القبض من مال بايعه فيما لم يقبض فعلة كونه من مال البايع عدم القبض فهو اجنبى عن بحث عن الاصل او الحين فتمام الملاك هو القبض وعدمه ولو كان فى ملك المشتري كما اذا قلنا بان الفسخ من حين التلف .

والحاصل معنى كونه من حين الفسخ وان كان المبيع داخلا فى ملك المشتري من اول البيع لكن الفرض انه قبل القبض من مال مالكة فقبل القبض تمام العلة وان كان داخلا فى ملك المشتري فسواء قلنا بان الفسخ من الاصل او من حين التلف فانه فى كليهما من مال البايع اما الاول واضح من حيث ان التلف يكشف عن عدم

انتقال الملك الى المشتري وعلى الحين وان كان داخلا فى ملكه لكنه قبل القبض فهذا المبنى لا يثمر بحال القاعدة فقاعدة قبل القبض اعم مما كان داخلا فى ملك المشتري اولا .

والحاصل لو كان ذلك مبنيا على كون الفسخ من الاصل او حينه لزم اختصاص القاعدة بما اذا كان من الاصل مع انه ليس كذلك فالتلف قبل القبض من مال البايع ولو قلنا بان الفسخ من حينه هذا واما ايهما كان فراجع ج ٢٣ ص ٧٠ الى ٩٠ .
 المسألة ﴿السابعة﴾ اذا أذن الموكل لو كيله فى بيع ماله من نفسه فباع جاز ﴿ وفي الجواهر بناء على جواز اتحاد الموجب والقابل ، كما هو المشهور بل المجمع عليه بين المتأخرين بل عن التذكرة الاجماع عليه فى ثلاثة مواضع ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص ماورد منه فى الجرد والأب و الوصى و بعض النصوص الآتية انتهى .

ولا يخفى ان مسألة اتحاد الموجب والقابل امر واضح عند العرف فضلا عن الشرع لان المقصود حصول المعاملة فى الخارج وهو متحقق بهذا الاعتبار ولا يحتاج الى التعدد فى الخارج ولانه امر حرجى فربما لا يكون التعدد متيسرا بل ربما يكون ضروريا ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ من المصنف وفى الجواهر مما عرفت ومن أن المنساق من الأدلة التغاير ، لا أقل من الشك ، والأصل عدم ترتيب الاثر ، ولذا حكى الخلاف فيه عن جماعة ، بل عن غاية المراد نسبتها الى كثير من أصحابنا .

﴿ وكذا ﴾ التردد حاصل ﴿ فى النكاح ﴾ و انه هل يصح الوحدة فى الايجاب و القبول اولا وفى الجواهر قال ان الاصح الاول ، وأنه لاشك فى تناول الأدلة ، انتهى .

وذلك لان التعدد الاعتبارى كاف فى مثله ولا يكفى التعدد حقيقة و لانه ربما يؤدى التعدد الى العسر والحرج بل الضرر بل قد يؤدى الى الوقوع فى الحرام بخلاف كفاية الواحد فانه به يتحقق البيع او الشراء او النكاح فلا اشكال فى

المسألة كما لا اشكال فيما اشار اليه في الجواهر ايضاً حيث قال انما الكلام فيما اذا أطلق الموكل البيع او الشراء مثلاً .

فهل يدخل الوكيل - فيجوز له البيع والشراء من نفسه من دون اعلام الموكل لصدق البيع والشراء فيندرج - في الموكل فيه الى ان قال اولاً انتهى والمسألة محل خلاف .

قال الفقيه في عروته اذا وكله في شراء جنس و كان عنده من ذلك الجنس هل يجوز له أن يبيعه مما عنده وكذا لو وكله في بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه أولاً؟ اما مع الاذن أو المنع من الموكل صريحاً أو ظاهراً أو دلالة القرائن على أحد الأمرين فلا اشكال في الجواز أو العدم .

واما مع الاطلاق مع عدم الانصراف ففيه قولان؟ المشهور على المنع لجملة من الأخبار .

وجماعة على الجواز وهو الأقوى اشمول الاطلاق فان البيع من مال نفسه أو الشراء لنفسه بيع وشراء وقد وكله فيها مضافاً الى موثقة اسحاق بن عمار وخبر ميسر .

والأخبار المانعة محمولة على الكراهة لكونه في معرض الخيانة فان النفس خدوع أو التهمة كما يشعر بكل منهما بعض تلك الأخبار ، لكن الأحوط مع ذلك في غير صورة الاطمينان بالأمن من الأمرين الترك لاحتمال كون المعرضية لأحد الأمرين حكمة في الحكم بالحرمة انتهى .

ومما يدل على الجواز بما ورد من جواز أن يأخذ لنفسه من وكل على تقسيم مال للمحاديث ، وكان بصفتهم ، جواز حج الوصي بنفسه عن هو وصى عنه كما في الجواهر لكمال المشابهة مع المقام ويدل على الجواز خبر اسحاق بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيء الرجل بدينار يريد منى دراهم فأعطيه أرخص مما أبيع ، قال : اعطه أرخص ما تجده .

خبر ميسر دقلت له بجيئنى الرجل فيقول تشتري لى ويكون ماعندى خيراً من متاع السوق قال : ان امت أن لا يتهمك فاعطه من عندك ، وان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق .

وظهور الخبرين فى الجواز غير خفى ولذا فعن الفاضل فى التذكرة والمختلف والنهاية والتلخيص ولو احق رهن القواعد وولده فى الايضاح والشهيد فى الحواشى وصريح أبى الصلاح أو ظاهره الجواز ، خلافا لما عن المبسوط والخلاف والارشاد وو كالة القواعد فانه العدم بل عن التذكرة أنه المشهور لبعض مآظمه النهى المحمولة على الكراهة بقريئة الدالة على الجواز كما مر آفا والنصوص المتوهمة للمنع كخبر ابن الحكم عن الصادق عليه السلام اذا قال لك الرجل اشتر لى فلا تعطه من عندك ، وان كان الذى عندك خيراً منه .

وخبر اسحاق سأله عليه السلام أيضاً عن الرجل يبعث الى الرجل ، فيقول له : ابتع لى ثوباً . فيطلب له فى السوق فيكون عنده مثل ما يبعث له بالسوق فيعطيه من عنده قال : لا تقربن هذا ولا يدنس نفسه ان الله عز وجل يقول «ان اعرضنا الامانة» الى آخره وان كان ماعنده خيراً مما يبعثه فى السوق فلا يعطيه من عنده .

وخبر القلانيسى «قلت لابى عبد الله عليه السلام : الرجل - يجيئنى بالثوب فأعرضه فاذا أعطيت به الشىء زدت فيه وأخذته قال : لا تزده .

وخبر ابن أبى حمزة «سمعت الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال : جعلت فداك انى رجل ابيع الزيت يا تينى من الشام فأخذ لنفسى مما أبيع قال : ما أحب لك ذلك ، قال انى لست أنقص لنفسى شيئاً مما أبيع ، قال : بعه من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً ، أرايت لو أن الرجل قال لك : لا أنقصك رطلا من دينار كيف كنت تصنع لا تقربه .»

وفى الجواهر ولعل الاقوى الاول المصدق عرفاً وامكان حمل النصوص

المزبورة بعد الغض عما فى السند والاجمال فى الجملة فى خبر القلاسى منها كما يظهر من حواشى التهذيب على ضرب من الكراهة للتهمة ونحوها ، خصوصا مع اشعار قوله فيها لا يدنس ونحوه بذلك انتهى .

وكيف كان فمضافا الى عدم الفرق فى الاغراض وان المقصود هو البيع او الشراء وهو حاصل بنحواتهم واحسن مما كان فى السوق بل يعلم بالقطع ان مقصود الأمر بالبيع او الشراء شىء معين هو وصوله اليه فاذا كان عند المخاطب ما يطلبه فما الفرق بين الشراء من السوق او مما وجد عنده .

وكذا فى البيع فاذا قال بعه هذا لى فلانظر الى خصوص المشتري سواء كان غريبا او قريبا فليس المنع وعدم الحب الا لاجل عدم توهم صاحبه التهمة بل لفظ احب صريح فى الكراهة .

ويظهر الخيانة ايضا تمسكا بآية اباة الامانة من الجبال والارض مع ان من المعلوم انه ليس من الخيانة وهى امر لو ظهر على صاحبه وقع فى سوء وكراهة وليس كذلك فى المقام بل ربما يحسن حاله بذلك ويفرح .

وكيف كان فرواية الجواز قرينة على حمل النهى على الكراهة . مضافا الى استفادة الكراهة من نفس اخبار المنع ثم انه يناسب المقام ما افاد الفقيه فى عروته قال لو دفع للمو كىل مالا من خمس أو زكاة أو نذر أو صدقة أو غيرها ليفرقه على اشخاص معينين لا يجوز له التعدى عنهم وان كان هو أو غيرهم بصفتهم أو اولى بها منهم فان خالف ضمن ، وان دفع اليه ليفرقه على عنوان هو من أفراد ذلك العنوان ، فان كان هناك نص أو ظاهر فى أحد الأمرين من خروجه أو دخوله أو قرينة على أحدهما فهو المتبع ، وان لم يكن بأن أطلق فهل يجوز له الأخذ لنفسه أيضاً وعدها كأحدهم أم لا ؟ قولان المشهور على الجواز ، وعن جماعة عدمه . والأقوى هو الأول لجملة من النصوص .

منها : صحیحة عبدالرحمن بن الحجاج : «عن الرجل يعطى الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة ، قال عليه السلام لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره ولا يجوز أن يأخذ إذا أمره أن يضعها في مواضع مسماة إلا بإذنه ، وأما صحیحه الآخر الدال على عدم الجواز ، فلا يقبل المعارضة مع النصوص المزبورة فينبغي أن يحمل على الكراهة بل هو مقتضى الجمع الدلالي العرفي ، فلا ينبغي الاشكال في المسألة ، ولا فرق بين ما إذا كان الدافع عالماً بدخوله في العنوان أولاً ، بل ولو كان معتقداً لعدمه انتهى .

الفصل ﴿ السابع في التنازع وفيه مسائل الاولي : اذا اختلفا في الو كالة ، فالقول قول المنكر لانه الاصل ﴾ لقوله عليه السلام «اليمينه على المدعى واليمين على من أنكر» سواء كان المنكر الموكل ، أو الو كيل .

﴿ ولو اختلفا في التلف ﴾ وعدمه ﴿ فالقول قول الو كيل ﴾ وان كان مخالفاً للاصل ﴿ لأنه أمين ﴾ .

وفي الجواهر بالنسبة الى ذلك ، بمعنى كونه مقبول القول فيه ، بلا خلاف أجده ، بل لعلمه كذلك بين المسلمين ، فضلا عن صريح الاجماع في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك على ما حكى عن بعضها ، بل ظاهر الاكثر ومعقد الاجماع ونفي الخلاف ما هو صريح بعض من عدم الفرق بين كونها بجعل وبدونه ، ضرورة كونه أمينا على كل حال ، بل وبين كون التلف المدعى بسبب ظاهر ، كالغرق والحرق ، أو خفي كالسرقة ونحوها ، وان حكى عن الشيخ في الوديعة الخلاف في ذلك الا أن المحكى عنه هنا التصريح بذلك ، ولعلمه لذا كان ظاهر المسالك الاجماع على ذلك هنا .

و قد عرفت فيما مضى من الكتب السابقة ما يدل من النصوص وغيرها على قبول دعوى الامين في ذلك مطلقا ، حتى في الصانع انتهى .

اقول قد عرفت ما يتعلق بالمقام فلا تكررره واجماله لاشكال فى قبول قول الامين لكن الكلام فى المراد بهذا الامين مع كثرة الخائنين الا ان يقال المراد من قبل شيئاً من شخص لابد وان يكون قوله متبعاً فيه سواء كان كذلك حقيقة او لا حتى الصانع لو اتلف ما صنع فيه لم يكن ضامناً كان قوله مقبولاً فيه بالخصوص و كيف كان فراجع الى ما تقدم قبيل ذلك فيها وفى جميع ما يأتى من احكام التنازع حتى تعرف ان المراد من الامين هو فى خصوص ما قبيل عن شخص ويمكن له الخيانة من غير ما بيده فيجتمع مع الخائن اى لا يكون الامين خائناً لما سلم اليه وان كان فاسقاً او خائناً لغيره وكثيراً ما يقال فى شخص فاسق انه امين اى لا يصدر منه خيانة بالنسبة الى اموال من بيده .

ويؤيده قولهم بجواز وكالة الكافر والمراد من الامين فى تلك الموارد هو الامين الواقعى او يحكم الشارع وان لم يكن اميناً .

وعلى الاول فلم يصح منه مطالبة اليمين عند ادعاء التلف وهو مخالف لقواعد القضاية بل يمكن ان يكون قبول قوله لتعذر اقامة البينة عليه كما اشار اليه ﴿ وقد يتعذر اقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع ﴾ واكتفى ﴿ بقوله ﴾ اى بيمينه ﴿ دفعا للترام متعذره غالباً ﴾ وظاهره ان وظيفة الوكيل البينة فانه مدعى لكنه حيث يتعذر اقامة البينة غالباً لعدم حضور الشهود عند التلف فاكتفى عن بينته بيمينه حتى انقطع الدعوى وارتفعت فهو من المصنف نوع ترديد من القطع بان وظيفته اليمين .

وفى الجواهر بعد المتن قال لقاعدة العسر والمخرج والاحسان والامانة بل قد يستفاد من التعليل فى بعض النصوص الواردة فى قبول قول المرأة فى الحيض والظهار منه ونحو ذلك ، افعاد هذه القاعدة أيضاً هي «أن كل أمر يتعذر اقامة البينة عليه غالباً أو يتعسر ، يقبل قول مدعيه بيمينه» انتهى .

فعلية ان وظيفته اليمين يمكن للبديلية عن البيعة تأمل .
 ﴿ولو اختلفا في التفريط﴾ ولو بالتعدى فيه ﴿فالقول قول منكره ، لقوله
 ﴿البيعة على المدعى ، واليمين على من أنكر﴾ كما هو واضح .
 المسألة ﴿الثانية اذا اختلفا في دفع المال﴾ الذى هو فى يد الوكيل من حيث
 وكالته ﴿الى الموكل فان كانت﴾ الوكالة ﴿بجعل كلف البيعة ، لأنه مدع﴾ .
 وفى الجواهر شرح بجعله بقوله قابض لمصلحة نفسه ، فلا يساوى الوديعة
 ﴿وان كانت بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة﴾ فى الاحسان ﴿وهو قول مشهور﴾
 وفى الجواهر كما عن الصيمرى والكفاية ، بل عن غاية المراد أنه مذهب
 الشيخ والاتباع ، بل عن ظاهر المذهب البارع أو صريحه الاجماع انتهى .
 هذا تفصيل للجعل وغيره وانه ان كانت الوكالة بجعل الوكيل ومصلحة
 نفسه فلا يكون القول قوله لانه مدع و كانت دعواه على نفعه فوظيفته البيعة وان
 لم يكن بجعله ونفعه بل لمجرد الاحسان كالوديعة فالقول قوله بيمينه واشكاله
 تبديل بينة المدعى بيمينه فان الوكيل مدع فى دفع مال الموكل ومع جميع
 ما تقدم من الاشكالات يشكل طلب اليمين عوضا عن البيعة .
 ﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ كما عن ابن ادريس و جماعة من المتأخرين ﴿القول
 قول المالك وهو الأشبه﴾ .

وفى الجواهر باصول المذهب وقواعده التى منها البيعة على المدعى واليمين
 على من أنكر ، ومنها أصالة عدم الرد غيرها ، ولا ينافى ذلك قبول قوله فى الوديعة
 للنص والاجماع ، بعد حرمة القياس ، وان حصل الجامع الذى هو الامانة ، والاحسان
 والقبض لمصلحة المالك وتأدية عدم القبول الى انسداد باب قبول الامانة الا أن الجميع
 كما ترى ، لا يطابق المذهب بعد عدم معلومية كون ذلك هو العلة شرعا ، والامانة
 أعم من قبول القول فى الرد ، كما أن النهى عن الاتهام لا يقتضى ذلك ، بل ظاهره
 خلاف ذلك .

بل وكذا قاعدة الاحسان الظاهرة فى نفى السبيل على المحسنين فى احسانه لافى قبول دعواه ، على أنه لو سلم أن من مقتضاها ماتحن فيه لاتجه القبول بلايمين لأنه نوع سبيل ، كما أضعنا ذلك فى الوديعة والعارية انتهى .

والانصاف ورود الاشكال تأمل ﴿أما الوصى فالقول قوله فى الانفاق﴾ .
وفى الجواهر مازجالعبارة المصنف على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلا عن دعوى التلف من غير تعد ولا تفریط بلاخلاف اجده فيه ، لأنه امين بالنسبة الى ذلك و ﴿لتمعذر البينة فيه﴾ بل والبيع للمصلحة والقرض لها ونحو ذلك مما ادعاه حال أمانته ﴿دون﴾ دعوى ﴿تسليم المال الى الموصى له﴾ بعد بلوغه ورشده الذى هو كدعوى الرد فى المسألة السابقة .

بل فى المسالك أن ظاهرهم عدم الخلاف فى تقديم قول الموصى له ، واليتميم فى عدم القبض هنا ، ولعله كذلك للفرق بينه وبين ما تقدم بأن دعوى الرد هنا على من لم يأتمنه ، بخلافه هناك .

وفى محكى المبسوط قد جعل ذلك ضابطا فى كل أمانة حتى فى الوديعة لو ادعى ردها على الوارث ، وان كان قد عرفت عدم الفرق عندها بين الجميع فى أن القول قول منكر الرد افى الوديعة المدعى ردها على المالك أو وكيله للنص والاجماع لما عرفت انتهى .

وهذه المسألة فى الاشكال كسابقها ومن الجميع يظهر ان البينة ليست ثابتة للمدعى بل قد تتغير و تتبدل باليمين فيما اقتضت المصلحة او كان المورد مورد الاحسان فتأمل .

﴿وكذا القول فى الأب والجد والحاكم وامينه مع اليتيم اذا انكر القبض عند بلوغه ورشده وكذا الشريك والمضارب ومن حصل فى يده ضالة﴾ وفى الجواهر أو لقطعة لانحداد المدرك فى الجميع وهو عموم قوله «البينة على المدعى واليمين على من انكر» بعد عدم اقتضاء الامانة وقاعدة الاحسان القبول فى ذلك وبعد حرمة القياس

على الوديعه كما عرفت الكلام فيه والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة اذا ادعى الوكيل ﴿وقوع ﴿التصرف ﴿الذى وكل عليه ﴿وأنكر ﴿ذلك ﴿الموكل مثل أن يقول : بعث ﴿المتاع وتلف الثمن منى مثلا ﴿أد ﴿قال ﴿قبضت ﴿المبيع لك مثلا وتلف منى وأنكر ذلك الموكل ليرتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عينا أو قيمة وفى الثانى عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه .

﴿قيل ﴿والقائل غير واحد ان ﴿القول قول الوكيل ، لأنه أقر بماله أن يفعلهُ .

وفى الجواهر قال فيندرج تحت الاصل المعروف الذى هو من ملك شيئا ملك الاقرار به ، وعليه بنوا نفوذ اقرار الصبى فيما له أن يفعلهُ كالوصية والعتق والتصدق ، وكذا قبول قول العبد المأذون فى التجارة فيما يتعلق بها ، والولى فى تصرفه بمال المولى عليه انتهى .

ولا يخفى انه على ذلك يكون فى اكثر الموارد القول قول المدعى اذ قل مورد لا يمكن للوكيل المدعى ذلك الاقرار فانه وكيل فيما له ان يفعلهُ فاقراره نافذ مع انه خلاف القواعد القضائية فانه حينئذ طرح قول المنكر لما فعلهُ ومع ذلك صح قوله لاقراره .

ولذا قال ﴿ولو قيل : القول قول الموكل ﴿لأصالة العدم ﴿أمكن ﴿. وفى الجواهر قال بل فى جامع المقاصد هو أمتن دليلا ، وعن مجمع البرهان كأنه أظهر وعن موضع من التذكرة أن القول قوله خصوصا اذا كان النزاع بعد القزل وان كنت لم أنحققه .

و ﴿لكن ﴿مع ذلك كله ﴿الأول أشبه ﴿بأصول المذهب وقواعده التى منها ما سمعت ومنها انه امين الخ .

ولا يخفى ان مقتضى تقدم قوله من حيث انه امين ان لا يجرى فى حقه قوانين

القضائية وانها لغير موارد الدعوى غالبا فانه امين لا يصح مؤاخذته بتأخر قوله ولو كان مدعيا فالامين بمعنى غير خائن كما عرفت فيما تقدم من قوله ما خانك الامين تقدم قوله في جميع الموارد .

وبالعجالة قد عرفت فيما تقدم من الكلمات المحكية عن التذكرة عدم تحقق تقدم قوله بنحو الاطلاق وان كلماته لا يخلو عن تردد وريب خصوصا في الوكيل بجعل نفسه وخصوصا ان قوله على خلاف الاصل فان الاصل عدم الرد وعدم التلف وخصوصا في مسألة لم يكن له دليل يقطع بذلك ان الظاهر من قوله **«لما خانك الامين الظاهر في ان الامين امين واقعي وهو على خلاف المعلوم المتحقق في الخارج حيث يظهر ان اكثر الخيانات من الموارد التي حكم بكونها امينا راجع ما تقدم قيل ذلك .**

المسألة **﴿ الرابعة : اذا اشترى انسان سلعة ، وادعى ﴾** بعد ذلك **﴿ أنه وكيل لانسان فانكر ﴾** الانسان وكالته **﴿ كان القول قوله مع يمينه ﴾** لان الاصل عدم الوكالة **﴿ ويقضى على المشتري بالثمن ﴾** لظهور مباشرة العقد في كون الشراء له **﴿ سواء اشترى بعين أو في الذمة ، الا أن يكون ذكر انه يبتاع له في حالة العقد ﴾** أو قامت البينة على ان عين الثمن للموكل أو نحو ذلك ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا .

﴿ ولو قال الوكيل : ابتعت ﴾ بقصد أنه **﴿ لك فانكر الموكل أو قال ابتعت ﴾** بقصد أنه **﴿ لنفسى فقال الموكل : بل لى فالقول قول الوكيل ﴾** يمينه **﴿ لانه أبصر بنيته ﴾** .

وفي الجواهر المتعلقة بفعله بلاخلاف ولااشكال ، مع فرض كون الاختلاف في النية التي لاتعلم الا من قبله انتهى .

ولا يخفى خفاء الفرق بين ادعاء الوكالة وادعاء كون البيع للموكل مع

انكار الموكل وانه في كليهما كان القول قول الموكل لانه منكر فيجمل قوله في الاول قوله دون الثاني فقول الوكيل تحكيم بل هو كذلك في قوله بل لى فانه في معنى الانكار لكون البيع له .

ففى الجميع كان القول قول المنكر وهو الموكل .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا زوجه امرأة ﴾ بعنوان التوكيل كما فرضه جماعة بل هو المراد من اطلاق المصنف وغيره بقرينة قوله ﴿ فانكر الوكالة ولايينة كان القول قول الموكل مع يمينه ﴾ لانه منكر بلاخلاف ولااشكال كما فى الجواهر لكنه قد عرفت سابقا من انه اذا انكر الوكالة ازم البطلان لكونه واقعا للموكل وهو ينكره فلايتم قوله : .

﴿ ويلزم الوكيل مهرها ﴾ لان المهر فرع صحة العقد والفرض خلافه بعد انكار الموكل وقد استدلل عليه بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى رجل زوجته أمه ولم يقبل فقال : ان المهر لازم ، لانه بناء على تنزيله على دعوى الوكالة .

بل عن الشيخ واتباعه العمل به على ظاهره ، وهو فى غاية الاشكال اما بتزيله على دعوى الوكالة فهو خلاف بعد عدم التذكر فيه واما ظاهر الخبر فلايصح العمل به لان المهر فرع صحة العقد فيبعد انكار الرجل كان العقد باطلا نعم ان جوزه صح لكونه فضوليا من الام .

﴿ و ﴾ اماما ﴿ روى ﴾ من ﴿ نصف مهرها ﴾ فهو ايضا غير تام لعدم ما يوجبه واما خبر عمر بن حنظلة عن ابي عبدالله عليه السلام فى رجل قال لآخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قادت من صداق ، أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك رضائى وهو لازم لى ، ولم يشهد على ذلك ، فذهب وخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه . فلما رجع اليه ، انكر ذلك كله ، قال يفرم لها

نصف الصداق عنه ، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها .

فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له ، حل لها أن تتزوج ، ولا يحل
للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها ، لان الله تعالى يقول : « فامسك
بمعرفة أو تسريح باحسان » فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل
وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام وقد أباح الله عز وجل لها ان تتزوج .
قوله **إِنكَرَ** ذلك كله ظاهر في بطلان العقد لانه لم يسم الوكيل
نفسه كى يقع له بل يسمى الموكل والغرض انه ينكره .

اما قوله **إِنكَرَ** وذلك انه هو الذي ضيع حقها ظاهره خلاف فان الوكيل
لا يقصر في ذلك بل وظيفته العمل بالوكالة وعدم الاشهاد ايضا على الاعتماد ولا يكون
من احكام عمل الوكيل هو الاشهاد في كل ما صدر عنه والازم على الوكيل
ان الصق عليه الشاهدين دائما في كل شيء صدر عنه للموكل وسلمنا لزومه .
وقد تر كنه ليس عليه شيء سوى العصيان ولا يوجب كون العقد الواقع
للغير ثابتا على نفس الوكيل فكيف يكون حل لها التزويج الباطل وكيف كان
فالخبر بظاهره مشكل .

واما صحيح أبي عبيدة عنه **إِنكَرَ** ايضا وفي رجل أمر رجلا ان يزوجه امرأة
من اهل البصرة من بنى تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم ، قال :
خالف أمره ، وعلى الأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولأعداء عليها ولأميراث
بينهما فقال بعض من حضر فان أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضا ولا قبيلة ثم
جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه .

فقال : ان كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على
الأمر وان لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور ولأهل المرأة ولأميراث بينهما
ولأعداء عليها ، ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صدقا وان لم يكن سمي لها
فلا شيء لها .

قوله **الْبَيْتُ** خالف امره صحيح وعصيان و لازمه بطلان العقد والفرق بينه وبين خبر الاول ان العصيان لا يترتب عليه بخلاف الصحيح لكن كلاهما باطلان لاموجب لصيرورة العقد الباطل صحيحا للو كيل .

ثم لو سلم كان العقد للو كيل صحيحا ولزوم نصف المهر فيما اراد الطلاق ولكن ليس في الرواية عزم طلاقها حتى يلزم عليه نصف المهر .

ثم لو سلم كان نصف المهر على الو كيل للمرأة ولا ربط له باهلها .

ثم سلمنا جميع ذلك لكنها لم تمت كى يحكم **الْبَيْتُ** بعدم الارث سلمنا الموت فكيف لا يكون بينهما ميراث وقد زوجها الو كيل دائما فانه الظاهر من التزويج فالتزويج اما باطل او صحيح وعلى الاول لارث في البين وعلى الثانى ثبوته وهو ثمن التركة لو لم تكن غيرها والذي ينقص هو المهر فيما لم يدخل عليها دون الارث هذه ماورد على الخبر الصحيح **﴿و﴾** لاجل جميع ما ذكرنا **﴿قيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر﴾** وقد عرفت ان وجهه بطلان الو كالة وعدم وقوع العقد للو كيل **﴿و﴾** عدم لزوم غرامة شىء على احد منهما .

ومن جميع ذلك لازم عدم تمامية قوله **﴿يجب على الموكل أن يطلقها﴾** . نعم لا بأس به احتياطا فيما بينه وبين الله تعالى بلاخلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد لا ريب فيه وقد نطق به الكتاب والسنة من قوله تعالى **﴿فامسك بمعروف﴾** وقاعدة الضرر والضرار وحفظ الانساب ونحو ذلك **﴿ان كان يعلم صدق الو كيل ، وأن يسوق اليها نصف المهر و﴾** لا ريب فى أن **﴿ هذا ﴾** القول **﴿قوى﴾** .

وفي الجواهر بحسب القواعد ، بل مال اليه جماعة منهم الفاضل وولده وثانى الشهيدين ، بل جزم ثانى المحققين بأنه أصح انتهى قوله هذا اشارة الى البطلان كما فى الحدائق .

والانصاف ان الحكم بالقوة قوى لو اريد بل هو ارسال المسلمات وكيف يكون صحيحا مع عدم كونه للوكيل وانكار الموكل وكالته وكيف يكون العقد عقداً له وكيف يكون المهر عليه .

وفي الحدائق قال اختلف الأصحاب فيما لو وكله على أن يزوجه امرأة ، فعقد له على امرأة ثم أنكر الموكل الوكالة بذلك ، فقيل : القول قول الموكل يمينه ، لأنه منكر ، ويلزم الوكيل مهرها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، قال : ويجوز للمرأة أن تتزوج بعد ذلك ، غير أنه لا يحل للموكل فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يطلقها ، لأن العقد قد ثبت عليه ، وبه قال ابن البراج .

وقال في المبسوط : ان الذي على الوكيل إنما هو نصف المهر ، قال في المسالك : وهو المشهور بين الأصحاب ، وبه قال ابن ادريس ، ثم قوى بعد ذلك مذهب النهاية .

وقيل : يبطلان العقد نقله في المختلف عن بعض علمائنا ، قال بعض علمائنا : اذا أنكر الموكل الوكالة كان القول قوله مع اليمين ، فاذا حلف بطل العقد ظاهراً ولا مهر ، ثم الوكيل ان كان صادقاً وجب على الموكل طلاقها ونصف المهر ، قال في المختلف : وفيه قوة .

احتج الشيخ على القول الأول بأن المهر قد ثبت بالعقد ، ولا ينتصف الا بالطلاق ، ولم يحصل فيجب الجميع ، استدل على ما ذهب اليه في المبسوط برواية عمر بن حنظلة الى ان ساقها ثم قال ، رواه في التهذيب والفقيه .

وظاهر الشرايع والمختلف كما سلف تقوية القول بالبطلان ، وهو ظاهره في المسالك أيضاً ، حيث قال بعد نقل الخبر المذكور : وفي سند الحديث ضعف ، ولو صح لم يمكن العدول عنه ، والقول الثالث الذي اختاره المصنف قوى ، ووجهه

واضح ، فانه اذا أنكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهراً ، ومن ثم بباح لها أن تتزوج ، وقد صرح به في الرواية ، فينتفى المهر أيضاً ، لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد ، ولأنه على تقدير ثبوته انما يلزم الزوج ، لأنها عوض البضع ، والوكيل ليس بزواج ، نعم لو ضمن الوكيل المهر كله أو بعضه لزمه حسب ما ضمن ، ويمكن حمل الرواية عليه ، وأما وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الأمر ووجوب نصف المهر فواضح ، انتهى .

ومرجع ردهم الخبر الى ما اشتمل عليه من ايجاب نصف المهر على الوكيل ، مع أنه ليس هو الزوج مع بطلان العقد بعد حلف الموكل ، فلا يترتب عليه مهر ، ولهذا جوز لها أن تتزوج ، بناء على ذلك ، ولا شك في قوته بالنظر الى العقل ، الا أنه من الجائز كون الزام الوكيل بنصف المهر انما هو عقوبة له حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد ، والأحكام الشرعية لا مسرح للمعقول في الاطلاق عليها ، وأسبابها ، ويؤيد هذه الرواية صحيحة أبي عبيدة الحذاء المرورية في الفقيه والتهذيب دالى ان ساقها ؟ .

ثم قال وزاد في الفقيه «فان لم يكن سمى لها صداقاً فلا شيء لها» ، والرواية كما ترى صحيحة صريحة فيما دلت عليه الرواية الأولى ، ويؤكد السؤل الأول من هذه الرواية أيضاً ، والمفهوم من جملة هذه الروايات أن المرأة بالعقد عليها استحققت المهر على الزوج ، لكن لما أنكر الزوج الوكالة ولاينة ، وحلف انتفى النكاح .

ولكن جعل حقها من المهر على الوكيل ، حيث ضيع حقها بعدم الاشهاد على الوكالة ، واذا كان وجوب ذلك على الوكيل انما هو لما ذكرناه ، فلا ينافيه بطلان العقد ، الأثرى ان العقد في السؤل الأول من الصحيحة المذكورة باطل ، حيث انه ليس هو المأمور به ، مع أنه ^{الطلاق} حكم على الوكيل بنصف المهر عقوبة

له انتهى والكل كما ترى .

وكيف كان ان المسألة مشكلة نصا وفتوى اما النص فظاهرها وقوح
غير الواقع واقعاً .

واما الفتوى والفرض هو على طبق النص .

ولقد اجاد المصنف من حيث البطلان و لم يعتن بالنص الوارد فيه .
ونحن و ان لم نقل بعدم حجية الخبر الوارد لكنه فيما كان النص مطابقاً
للقاعدة و لكن المصنف بين المسألة ايضاً في مختصر نافعته بنحو القوم من غير
بيان بطلانه لكن الفاضل في تنقيحه بعد قوله : اذا زوجه مدعيأ وكالته فأفكر
الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الوكيل مهرها وروى نصف مهرها
لانه ضيع حقها وعلى الزوج ان يطلقها [سراً] ان كان وكل و بعد نقل قولى
الشيخ فى النهاية والمبسوط .

قال ما هذا لفظه (الثالث) نقل المصنف فى الشرائع المحكم ببطلان العقد
ظاهراً ولاشئ على الوكيل ولاالموكل ، لان الانتكار مقتضى لرفع العقد ولزوم
المهر مقتضى لثبوتة فلايجتمعان ، ولان المهر عوض البضع والوكيل لم يصل
اليه شئ وهو فتوى العلامة ، ونقله عن بعض علمائنا ولم نقف عليه .

والذى يقتضيه النظر أن العقد لما بطل ظاهراً بانتكار الخروج فلا يترتب
عليه حكم الا مع قيام البينة و الفرض عدمها ، و لا تسلم أن الوكيل فرط بل
الزوجة مفرطة بقبول قوله بغير بينة . نعم ان كان قد ضمن المهر لزمه ، وعلى
ذلك تحمّل انتهى .

ولقد اجاد ايضاً خصوصاً فى ان المفرطة هى الزوجة من حيث ان وظيفتها
سؤال اقامة البينة من الوكيل فانه يدعى وكالته عن الموكل فى تزويجها من
فلان فلزم على المرأة شهوده على ذلك وكيف كان فما افاد متين وما ابعد ما بينه

وبين ما افاد المحقق الخونسارى بعد الاعتراف بان الاخبار على خلاف القاعدة فقال ما هذا لفظه :

وقد يقال هذه الأخبار وان كانت على خلاف القاعدة من حيث عدم وجوب المهر مع بطلان النكاح ظاهراً مع انه انما يكون على الزوج لاعلى الوكيل الا انه يجب العمل بها تعبداً وحكمة المحكم ما اشير اليه فى بعضها من تقصير الوكيل فى ترك الاشهاد على و كالتة اذ غيره ثم ان هذا اذا ذكر لها مهراً واما اذا زوجها بدون ذكر المهر فلا شىء لها ثم لها أن تتزوج اذا لم تعلم بالو كالة و على الزوج طلاقها مع صدق الوكيل والافهه آثم وليس للمرأة أن تتزوج مع علمها بصدق الوكيل و هل يجوز للمحاكم الشرعية حينئذ اجبار الزوج على الطلاق والظاهر عدمه نعم لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية ويحتمل أن يكون لها الفسخ انتهى .

هذا خلاصة آراء الاصحاب فى ذلك ورد النص فى غاية الاشكال والجرء على الله لكنه ليس بادون من ردها بمثل ضعف الراوى ونحوه والله يعصمنا عن الزلل والخطاء فانه العالم باحكامه .

المسألة السادسة : اذا و كله فى ابتياع عبد فـ ﴿ ادعى أنه ﴾ اشتراه ﴿ له ﴾ بمأة فقال الموكل : اشتريته بشمانين ، فالقول قول الوكيل ﴿ .

وفى الجواهر ما زجا للمتن كما اختاره جماعة منهم الشيخ فى المحكى من مبسوطه ﴿ لانه مؤتمن ﴾ والفعل فعله من غير فرق بين كون الثمن من غير مال الموكل اذ فى ذمته ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل القول قول الموكل كان أشبه ﴾ بأصالة البراءة من الزايد ونحوها ﴿ لانه غارم ﴾ انتهى .

قد عرفت ماتقدم مناقورية قول الموكل لانه يدعى اقلية الثمن وعدم زيادته والاصل عدم الزيادة فراجع مسألة انكار الموكل زيادة الثمن .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ قال فى محكى المبسوط ﴿ اذا اشترى ﴾ الو كىل ﴿ لمو كله ﴾ مصرحاً بذلك فى العقد وان الشراء للمو كل فمادام لم يدفع الثمن ﴿ كان البايع بالخيار ان شاء طالب الو كىل ﴾ بالثمن ﴿ وان شاء طالب المو كل ﴾ لان البايع باع بالو كىل فىكون له مطالبة ثمن مبيعه ولاوجه للاشكال بانه لاوجه لرجوعه على الو كىل بل الو كىل اولى بالرجوع عليه لانه المشتري ومقتضى المعاملة هو المسئول بدفع الثمن بل كان للبايع اخذه لاغير مدعيا بان المشتري انت لا المو كل ولا فرق حينئذ بين علم البايع بالوكالة و جهله بل عنده المتمعن لدفع الثمن هو المشتري ولا اقل من خياره بين الرجوع بايهما كان فقوله :

﴿ والوجه اختصاص المطالبة بالمو كل مع العلم بالوكالة ، واختصاص مطالبة الو كىل مع الجهل بذلك ﴾ غير تام بل فى القسمين الو كىل اولى بالمؤاخذة لدفع الثمن خصوصا فيما كان الثمن عينا بيد الو كىل .

المسألة ﴿ الثامنة اذا طالب الو كىل ﴾ الثابتة و كالتة من كان عنده حق لمو كله ﴿ فقال الذى عليه الحق : لا تستحق المطالبة ﴾ لى ولم يذكر أزيد من ذلك ﴿ لم يلتفت الى قوله ﴾ كما عن المبسوط وغيره ﴿ لانه مكذب لبينة الوكالة ﴾ لان الفرض فيما كانت الوكالة ثابتة فمطالبته بمطالبة المو كل فىجب عليه الدفع فورا كما هو فى كل مديون مع مطالبة صاحب الدين مع قدرة المديون بل لعله لا يجوز للمديون الصلاة فى سعة الوقت مع المطالبة و القدرة كما قيل نعم ان لم يثبت و كالتة عند من كان الحق عليه فله المنع و المطالبة بالبينة لان الو كىل مدع لذلك .

﴿ ولو قال : عزلك المو كل ﴾ سمعت بالبينة مثلا لأنها دعوى شرعية لكن ﴿ لم يتوجه على الو كىل اليمين ﴾ لكن حيث ان اليمين كان على نفع الغير وهو المو كل لم يسمع لان اللازم كون السماع فيما كان اليمين بحال نفسه لا الغير ﴿ الا ان يدعى ﴾ من عليه الحق ﴿ عليه ﴾ اى على الو كىل ﴿ العلم ﴾ اى يقول للو كىل

انت تعلم بعزلك فيقول الوكيل والله لاعلم لى بالعزل ولا يخفى ان اليمين على نفى العلم ايضا راجع نفعه الى الغير اى الموكل .

﴿ وكذا لو ادعى ان الموكل ابرأه ﴾ من الحق أو أداء اليه فان كل واحد من ذلك الامور مما يصح ادعائه لمنكر الوكالة فكان عليه البينة .

المسألة ﴿ التاسعة ﴾ وفي الجواهر لاختلاف بيننا بل وبين كافة المسلمين و لا اشكال في أنه ﴿ تقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه ﴾ كما تقبل عليه لعموم ما دل على قبول خبر العدل بخلاف ما هو و كيل فيه ، فانها لا تقبل فيه للتهمة كما عن الشيخ والحلي والفاضل و غيرهم التصريح به بل هو المشهور بل لم أجد فيه خلافا لها انتهى .

اقول و حيث ان خبر العدل حجة و قبول فصحة شهادة العادل على موكله سواء كان في نفعه او ضرره فيما لا يرتبط بامر الولاية كما اذا كان و كيلا في بيع داره او شرائها له او تزويج امرأة له او طلاقها فانه كما قيل لا تقبل المتهمة و كون الشهادة في امثالها نفعاً او ضرراً له مما يجزى نفعاً الى نفس الوكيل و لا يخفى عدم مناسبة لذلك مع العدالة كما عرفت منافي كتاب الشهادات و حينئذ عدم القبول مورد تأمل .

فمن التذكرة: تقبل شهادة الوكيل مع الشرائط على موكله مطلقاً و تقبل لموكله في غير ما هو و كيل فيه ، كما لو كلفه في بيع دار فشهد له بعد ، ولو شهد فيما هو و كيل فيه ، فان كان ذلك قبل العزل لم تقبل ، لأنه متهم حيث يجزى الى نفسه نفعاً ، وهو ثبوت ولاية التصرف لنفسه ، وان كان بعد العزل ، فان كان قد خصم الغريم فيه حال و كالتة لم تقبل منه أيضاً ، لأنه متهم أيضاً ، حيث يريد تمشية قوله ، و اظهار الصدق فيما ادعاه أو لا وان لم يخاصم سمعت شهادته عندنا انتهى راجع ج ٥١ ص ٢٤٥ .

والمسألة غير خال عن الاشكال وعن الاردبيلى ره هو الاشارة الى ما ذكرناه

حيث قال : وأما وجه عدم على أحدهما فهو التهمة ، ووجه عدم القبول حين الو كالة فيما وكل فيه جر النفع وفيهما تأمل ، اذ قد لا يكون جر نفع ، ولا نسلم كون مطلق الولاية والو كالة نفعاً ، بل قد يكون مضراً ، وكذا التهمة وكون مثلها مانعاً - من قبول الشاهد المقبول - يحتاج الى الدليل ، بعد الدليل على قيام شهادة العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع ، فتأمل انتهى .

وفي الحدائق بعده قال وهو جيد وان ردهما في الجواهر بقوله لكنه كما ترى كالاتجاه في مقابلة الاجماع انتهى ويزيد في ضعفه قوله في مقابلة الاجماع الظاهر في عدم نص حتى قابله في مقابل النص والاجماع حاله معلوم مما ذكرناه في الكتب المتعددة فقال فيه :

ولعله اذا حكى عن الاردبيلي منع كون مطلق الو كالة والولاية نفعاً يمنع من شهادة العدل المقبول ، و تبعه على ذلك صاحب الحدائق ، لكنه كما ترى كالاتجاه في مقابلة الاجماع بل قد يشك في تناول الشهادة لمثله ضرورة كونه شهادة له في الحقيقة واو من حيث الو كالة والولاية نحو شهادة المرتين وشبهه ، وتسمع الكلام فيه في محله انشاء الله .

وقال ايضا ولكن عن أبي على قبول شهادة الوصي بمال اليتيم ، بل عن كشف اللثام الميل اليه مؤيداً له بمكانة الصفار ، ولعل الوكيل أدلى فما عن الاخير من الجزم بعدم القبول فيه وصيلة الى القبول في الوصي في غير محله ، اللهم الا أن يكون الوجه الجمود على مكانة الصفار انتهى راجع ج ٥١ ص ٢٥٧ .

﴿ولو عزل قبلت﴾ عندنا ﴿في الجميع﴾ وفي الجواهر ولو فيما له ولاية عليه لعدم التهمة حينئذ وعدم الخصومة فهو كما لو شهد قبل التوكيل في شمول ادلة القبول له وما عن بعض العامة من عدم القبول بمجرد التوكيل واضح الضعف فلا اشكال حينئذ في القبول ﴿مالم يكن أقام بها﴾ وردت للتهمة كما عن التحرير وغيره ﴿أذ شرع في المنازعة﴾ التي هو و كيل فيها فلا تقبل حينئذ للتهمة بارادة

اظهار ما ادعى به ولتحقق الخصومة .

المسألة ﴿العاشرة : لو وكله بقبض دينه﴾ مثلاً ﴿من غريم له﴾ فاخذ الدين من الغريم ﴿فاقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم﴾ ايضاً بانى دفعت اليه دينك ﴿وأنكر الموكل﴾ القبض منه ﴿فالقول قول الموكل﴾ .

وفى الجواهر وفاقاً للمبسوط والتذكرة و القواعد و غيرها ، بل فى شرح الصيمرى نسبته الى فتوى الاصحاب الالفخر ، لأن الدعوى انما هى بين المالك والغريم ، ولا نزاع بينه وبين الوكيل ، وليس فى الادلة ما يقتضى الزام الموكل باقرار الوكيل فيما و كل فيه مع عدم الخصومة معه .

ولا يخفى ما فيه من دعوى كون النزاع بين المالك والغريم فقط وهو مما ينكره العرف جداً بداهة انه عليه كان الوكيل اجنبياً عن الدعوى والنزاع و كانه لا يكون و كيلاً وهو كما ترى اذ هو اخذ بالدين واقربه مع ان اقراره لو لم يلزم الموكل فلا يكون قوله بالتلف ونحوه بملزم له ومعناه لا يكون بامين ولا يتبع قوله اذ معنى اقراره انى اخذت منه فالقرار صحيح كما انه لو لم يدع التلف لم يكن كلام للموكل مع غريمه فاقرار الوكيل يخرج عن الدعوى و صار طرفى الدعوى حينئذ الموكل والوكيل والفرض هو امين يقبل قوله مؤيد باقراره .

والحاصل انا اقر الوكيل بانى اخذت منه الدين فكيف يكون الغريم داخل فى الدعوى دون الوكيل فالوكيل اقر بالاختذ والغريم صدقه فيكون الغريم مبرأً ذمته لانه دفع الدين باذن الموكل وبقى الوكيل والموكل فيكون الدعوى بينهما فدعوى كون الغريم داخل فى الدعوى دون الوكيل بعيد عن الاعلام .

﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿فيه تردد﴾ اى فى كون القول قول الموكل وكون الدعوى بين الموكل والغريم تردد بل قطعى العدم فان الوكيل مأمور باخذ مال الموكل عن غريمه وقد اخذ به باقراره فخرج الغريم بذلك عن الدعوى وليس للموكل كلام معه مع اقراره وكيله بذلك والفرض ان الاقرار لو صول ماله

اليه فان قلنا بكون القول قوله لانه امين فلا كلام والا كان عليه اليمين فيخرج عن الامانة ومنه يظهر فساد قول الجواهر في بيان وجهي التريديد بقوله مما سمعت ومن نفوذ قول الوكيل على المو كل باعتبار كونه أمينه ، والفعل فعله ، الا أنه كما ترى لادليل عليه اذا كانت الدعوى مع غيره انتهى .

و منه يظهر عدم الفرق بينه وبين قوله ﴿أما لو أمره ببيع سلعة﴾ مثلا ﴿وتسلمها و قبض ثمنها فتلف﴾ الثمن ﴿من غير تفريط﴾ على دعوى الوكيل ﴿فأقر الوكيل بالقبض ، و صدقه المشتري ، وأنكر المو كل فالقول قول الوكيل لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث أنه سلم المبيع ولم يسلم الثمن فكانه يدعى﴾ المو كل ﴿ما يوجب الضمان﴾ على الوكيل ﴿و هناك﴾ أي في المسألة الاولى ﴿الدعوى على الغريم﴾ دون الوكيل وقد عرفت عدم الفرق وان في كليهما كانت الدعوى على الوكيل ولذا قال المصنف وتبعه غيره ﴿وفي الفرق نظر﴾ وقد شرحه في الجواهر بقوله لان الاختلاف في المقامين في فعل الوكيل فمع فرض كون قوله مقبولا فيه ينبغى عدم سماع دعوى المالك في المقامين انتهى .

وكيف شرعى كيف يكون بينهما فرق اما كون القول قول الوكيل فهو مسلم وعليه دعوى اتفاق الفتاوى عليه ومحصله بيع الوكيل بوكالة المو كل واخذ ثمنه وتلفه باقراره وتصديق المشتري هذا التلف .

واما في الاولى فو كله بقبض دينه عن الغريم واخذه والى هنا لافرق بينهما قطعا فانه في الاولى قبض الدين للمو كل وتلف وفي الثانية قبض ثمن سلعة المو كل فتلف ففي كليهما تلف مال المو كل بيد الوكيل وفي كليهما اقر الوكيل بالقبض اى بقبض الدين او الثمن .

لكن في الاولى صدقه الغريم وفي الثانية صدقه المشتري ففي كليهما قد اقر الوكيل بالاخذ والفرق ان مصدقه في الاولى هو الغريم .

وفي الثانية هو المشتري فهذا الفرق من امر خارج وهو في الاولى كان

اخذ الدين وفي الثانية كان اخذ الثمن فهل ترى فرق من حيث كون الدعوى وصيرورة الثانية على الوكيل وفي الاولى على الغريم وهو عجيب بالدافع في الاولى هو الغريم وفي الثانية هو المشتري .

وفي كليهما كان الاخذ للمال هو الوكيل ديناً او ثمناً للبيع وفي كليهما قد تلف المال بيد الوكيل وله مصدق بهذا التلف فالمال قد تلف في كليهما بيد الوكيل بلا تعدد وتفریط على اقراره وتصديق مصدقه والموكل قد انكر على الوكيل بالتلف وهو تهمة وخيانة في حق الوكيل يرده الامانة .

فالقول قوله في كليهما ولا معنى لكون الدعوى على الاول بينه وبين الغريم وفي الثانية بينه وبين الوكيل فقبول قول الوكيل في الثانية دون الاولى تحكم وفي ترددات الشرائع بعد قول المصنف لو وكل بقبض دينه من غريم له الخ قال : منشأه : النظر الى كون الوكيل مدعياً والموكل منكرأ ، فيكون القول قوله ، عملاً بقوله عَلَيْهِ «واليمين على من أنكر» .

والالتفات الى كون الوكيل أميناً ، فيكون القول قوله ، ولانه أقر بماله أن يفعله اقول ولازم ذلك ايضاً عدم الفرق غاية الامر الوكيل منكر اكي يقدم قوله وعليه في الثانية ايضاً كذلك حيث ان الموكل منكر والوكيل يدعى التلف ولازمه انه فيهما كان القول قول الموكل وهو كما ترى فالحق كون القول قول الوكيل وانه بعد اقراره باخذ المال كانت الحجة قد تمت على الموكل وليس له دعوى عدم ثبوته في كليهما .

وصاحب الجواهر حيث ذهب الى الفرق وان دعوى الادلى بين الموكل والغريم والثانية بينه وبين الوكيل قال لا يثبت دعواه ايضاً بقوله ما هذا لفظه :
ونزيده وضوحاً بأن الدعوى متى كانت من الموكل على الوكيل لا رادة تغريمه مثلاً فالقول قول الوكيل لأنه أمينه والفعل فعله ، ومتى كانت على اجنبي لم يكن اقرار الوكيل مؤثر في عدم سماعها بل تبقى على حكم ساير الدعاوى

ففى مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كل منهما ، فاذا اعرض عن الوكيل ووجه الدعوى على المشتري وطالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنه باق فى ذمة المشتري ولا يكون اقرار الوكيل بالقبض مسقطا للدعوى ، بعد ان لم تكن الخصومة معه انتهى .

ولا يخفى انه كلما زاد فى توضيح المطلب يزيد على اشكاله فان الدعوى كما قال من الموكل على الوكيل لاراده نفي ريمه وليس لاجنبى مدخلية فى ذلك فان اراد بالاجنبى الغريم فهو خلاف قوله وان اراد غيره فهو لم يرسله الى الغريم فالارسال الى اجنبى وهو الغريم والفرض ان الاجنبى قد اعطى الوكيل مال الموكل باذنه وقد اقر الوكيل عليه فعدم قبوله عدم قبول قول الوكيل وهو كما ترى نعم لو لم يقر الوكيل بالاخذ منه كانت الدعوى بينه وبين الغريم ثم قال والاصل فى هذه المسألة ما فى محكى المبسوط وهو مع التأمل كالصريح فيما قلناه فى تحقيق المسألة .

قال: اذا وكل رجل رجلا فى قبض دين له على غيره فادعى الوكيل أنه قبضه منه وسلمه اليه ، أو قال : تلف فى يدي ، وصدقه من عليه الدين ، وقال الموكل لم يقبضه منه ، قال قوم : ان القول قول الموكل مع يمينه ولا يقبل قول الموكل والالامدين الابينة ، لأن الموكل يدعى المال على المدبى دون الوكيل لأنه يقول انا لأستحق عليك شيئا ، لأنك لم تقبض المال ، وانما مالى باق على المدبى ولهذا اذا حلف طالب الذى عليه الدين ولا يثبت بيمينه على الوكيل شيئا فاذا كان كذلك كان بمنزلة أن يدعى من عليه الحق دفع المال اليه ، وهو ينكر ، فالقول قوله ، وكذلك هي هنا وهذا اقوى انتهى .

اقول وفيه ما لا يخفى اول قوله فادعى الوكيل انه قبضه مع تصديق من عليه الدين كيف يصح للموكل قوله لم يقبضه منه فان قبض الوكيل قبض من الموكل بلا كلام والالام يكن الوكيل وكيلا ولم يكن قوله متبعا وهو كما ترى ومع قبول ذلك وانه وكيل يسقط قول الموكل ولا يصح منه مطالبة البينة على الدفع

بل اقرار الوكيل هو بمنزلة البيعة للمغريم .

وقوله وانما مالى باق على المدين معناه ان الوكيل ليس بوكيل وهو باطل فقول الوكيل بالاخذ منه بعد فرض كونه وكيلا مع اعتبار قوله يسقط الغريم عن الدعوى وليس للموكل اخذه ومطالبة البيعة على دفعه اصلا فبعد اعتراف الوكيل بالدفع صارت الدعوى مع الوكيل ولزم مؤاخذه الموكل من الوكيل نعم الدعوى انما يكون مع الغريم لو انكر الوكيل او ادعى الدفع الى الوكيل وهو منكره بخلاف صورة اقرار الوكيل بدفعه واخذه .

وقد تلخص ان املاك الدعويين واحد وفي كليهما مع الوكيل وقوله متبع فيهما والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان في لو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه ولو قيل : برد المبيع على الموكل كان أشبه ﴿ كما عن الفاضل في القواعد أقرب والفخر في محكي الايضاح أصح ، وثانى الشهيد في المسالك أقوى .

وعبارة المسالك هذا القول الاول للشيخ ره معللا بما ذكر وموضع الخلاف ما اذا علم كونه وكيلا كما يرشد اليه التعليل والاقوى ما اختاره المصنف ره لان الملك له والوكيل نائب عنه والبايع في الحقيقة هو الموكل ووصول الثمن اليه وعدمه لامدخل له في هذا الحكم اصلا بل لا يجوز رده على الوكيل لانه ينعزل بالبيع ان لم يكن وكيلا في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب وكيف كان فقول الشيخ ضعيف وكذا تعليله انتهى اقول الوكيل تارة وكيل في نفس بيع هذا الشيء بحيث ينعزل بعده واخرى كان وكيلا مفوضا لامورات الموكل وفي الاول يتعين دفع الثمن الى الموكل لان الوكيل بعد البيع اجنبي وتمت وكالته وعلى الثانى يختار بين رد على احدهما فالاقوى حينئذ جواز الرد على ايهما كان وقد تم ما يتعلق بالوكالة بعون الله تعالى واستعين به من اتمام كتاب الوقوف والصدقات والهبات - والحمد لله اولاً وآخراً .

﴿كتاب الوقوف والصدقات﴾

﴿والنظر﴾ فيه يحصل ﴿في العقد والشرائط واللواحق، الاول: الوقف عقد ثمرته تحبيس الاصل واطلاق المنفعة﴾ .

ولا يخفى ان الوقف من العبادات المهمة والصدقات الجارية العظيمة والثمرات العالية النافعة لما بعد موت الواقف ولذا في اكثر اخباره عبر عنه بالصدقة وهو ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع بل العقل فانه اعلى مساعدة ومعانة على الناس عموماً وخصوصاً .

ويدل عليه ومن الاخبار ما رواه في الكافي والتهذيب عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الاثلاث خصال صدقة أجرها في حياته ، فهي تجرى بعد موته ، سنة هدى سنتها ، فهي يعمل بها بعد موته ، أو ولد صالح يدعوله .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس يتبع الرجل بعد موته من الاجر الاثلاث خصال ، صدقة أجرها في حياته ، فهي تجرى بعد موته ، وصدقة مبتولة لا تورث ، أو سنة هدى فهي يعمل بها بعده ، أو ولد صالح يدعوله .

وعن معاذية بن عمار في الصحيح « قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام ما يلحق الرجل بعد موته ؟ قال : سنة يسنها يعمل بها بعد موته ، فيكون له مثل أجر من عمل بها من غير أن ينتقص من أجورهم شيء ، والصدقة الجارية تجرى من بعده والولد الطيب يدعو لوالديه بعد موتهما ، ويحج ويتصدق ويعتق عنهما ، ويصلي ويصوم عنهما ، فقلت : أشركهما في حجي ؟ قال : نعم .

وعن أبي كهمس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ستة تلحق المؤمن بعد وفاته ولد يستغفر له ، ومصحف يخلفه ، وعرس يغرسه ، وقليب يحفره ، وصدقة يجريها

وسنة يؤخذ بها من بعده .

وعن اسحق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام يتبع الرجل بعد موته ثلاث خصال صدقة أجريها في حياته ، فهي تجرى له بعد وفاته ، وسنة هدى سنها فهي يعمل بها بعد موته ، وولد صالح يدعوله .

هذه روايات الباب الهادية لنا طريق الثواب والوصول الى الخيرات بعد الموت الذى ينسد الى الناس طريق الخير ولا يمكن لهم تحصيل شىء من التجارات المربحة النافعة الا ما يقدم الانسان بيده لنفسه وأخوه لقبره .

فالانسان يمكن له تحصيل التجارات الكثيرة النفع بعد فوته وذهابه من هذا العالم بالمال وانت اذا تفكرت في حالك في عالم الآخرة وفي القبر الذى لامونس لك يكون قريباً لك في حال وحدتك تعلم ان اعلا طريق النجاة والخلص ان يقدم لنفسك من الاموال في زمان حياتك من الحج والزكاة والخمس وسائر الخيرات .

وقد ورد في الخبر ان الميت في القبر اذا صار حيا ويقول رب ارجعون لعملى اعمل صالحا فيما تركت اى ارجعنى الى الدنيا حتى ادفع زكاة مالى فيقدم لنفسك صدقة جارية حتى ينفعك بعد وفاتك والموقوفات عبادة عن صدقة جارية بعد الموت يصل ثوابها الى روح الواقف مادامت باقية .

وحينئذ يقول الانسان ياليت كان جميع اموالى كذلك وارسلتها بيدي املك الحالة .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿اللفظ الصريح فيه وقفت﴾ بلا خلاف كما في المسالك،
﴿لاغير﴾ وفي بعض اللغات الشاذة اوقفت ، ولا بأس بالعقد بها على شذوذها ﴿أما﴾
لفظ ﴿حرمت وتصدقت﴾ .

وفي الجواهر فلا خلاف في عدم صراحتها فيهما فيه كما اعترف به غير واحد بل حكى الاجماع في المسالك ، ومحكى التنقيح ﴿فلا يحتمل على الوقف الامع

القرينة لاحتمالهما مع الانفراد ﴿ عن قرينة حال أو مقال ﴾ (غير الوقف) لا اشتراكهما بينه وبين غيره .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو نوى بذلك الوقف من دون القرينة دين بنيته ﴾ كما عن الخلاف والمبسوط والغنية والسراير وغيرها من كتب المتأخرين وفى الجواهر فالمراد من الادانة بنيته هو ايكاله الى دينه وقصده فيما بينه وبين ربه ، فيعامل كلامهما معاملة حاله فى الواقع مع فرض عدم المعارض .

﴿ نعم لو أقر أنه قصد ذلك ﴾ أى الوقف بالكناية ﴿ حكم عليه بظاهر الاقرار ﴾ فى الظاهر فيكون كالصريح حينئذ من هذه الجهة ، وان بقى حكم الادانة بحاله فى الواقع أيضاً ، هذا .

وعن محكى التذكرة اذا أنى بالكناية فالمقترن الزايد عليه اما لفظ اونية ، فاللفظ ان يقرن اليه صدقة موقوفة أو محبسة الى ان قال : وأما النية فينظر ان أضاف اللفظ الى جهة عامة كان قال : تصدقت بهذا على المساكين بنية الوقف ، فالاقرب الحاقه بالصحيح ، وان أضافه الى معين ، فقال : تصدقت عليكم أو عليك لم يكن وقفا على الأقوى .

وعن المسالك وغيرها أن الفرق غير واضح وفى الحدائق بعد قوله اللفظ الصريح هو وقفت وغيره يحتاج الى القرينة قال وقد ظهر مما ذكرناه أن الالفاظ المعبر بها فى عقد الوقف منها ما هو صريح فيه ، لا يتوقف على قرينة اجماعاً وهو افظ وقفت . ومنها ما هو متوقف على القرينة اجماعاً كحرمت وتصدقت وأبدت .

ومنها ما هو مختلف فيه كحبست وسبلت ، فذهب جمع منهم العلامة فى التذكرة والقواعد الى أنهما صريحان ، كوقفت ، ومثلهما احبست بزيادة الهذبة بغير اشكال ، نظراً الى الاستعمال العرفى لهما فيه مجردين ، كما ورد فى الخبر النبوى (صلى الله عليه وآله وسلم) المتقدم فانه أطلق عليه تحبيس الأصل ، ورد بأن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب ، والظاهر وجود القرينة فى هذا الاستعمال

ومعها لا إشكال فيه انتهى .

﴿ولو قال حبست أو سببت قيل : يصير وقفا وان تجرد لقوله قوله وحبس الأصل وسبل الثمرة ﴿ فيكون صريحا في الوقف كما عن الخلاف والغنية والجامع والتذكرة والكيديرى ، بل فى الاول الاجماع عليه ﴿ وقيل لا يكون وقفا لاجمع القرينة ﴿ كما عن الاكثر لعدم الوضع له والاستعمال اعم ﴿ اذ ليس ذلك عرفا مستقرا بحيث يفهم مع (عند-خ) الاطلاق ﴿ لأقل من الشك والأصل بقاء الملك ﴿ وهذا أشبه ﴿ وفى الجواهر بأصالة عدم النقل والانتقال ، وعدم ترتب أثر الوقف وأحكامه ، خصوصا مع معلومية اشتراك كل منهما معنى بين الوقف وغيره ، والخبر انما يدل على حصول الوقف بهما معا ، لا بكل واحد منهما ، فيكون صريحا فى عدم صراحتها التى هى بمعنى وضع اللفظ للموقف الذى معناه مر كب من معناهما ، كما هو واضح بأدنى تأمل انتهى .

ولا يخفى صراحة اللفظين فى الوقف فيما كان فى مقام الوقف فالقرينة على تعيين الوقف معلوم ولولم يعلم مراده وشك فيه فالظاهر من اللفظ ايضا هو الوقف وغيره يحتاج الى قرينة .

ثم انه قال فى الجواهر وربما توهم من عدم تعرض المصنف للقبول عدم اعتباره فيه وكذا فى غيره ولكن فيه انه يمكن اكتفاء المصنف عنه بذكر كونه عقدا ومن المعلوم اعتباره فى معناه الخ .

ولا يخفى بعده فان المصنف ممن ذكر لكل عقد بعد الايجاب القبول ولو فى العقود الجائزة فكيف اهمل فى ذكره هناك مع وجوبه فتركه مما يظن عدم كونه شرطا للصحة واللزوم .

وفى المسالك فى هذا المقام ما لفظه واعلم ان ظ كلامه حيث اعتبر الايجاب ولم يتعرض للقبول انه غير معتبر فى الوقف مط وهو ظاهر الاكثر واحد الاقوال فى المسئلة ووجه اصالة عدم اشتراطه اذ ليس فى النصوص ما يدل عليه ولانه كالأباحة

خصوصاً اذا قلنا ان الملك فى ينتقل الى الله تعالى ولانه فك ملك فى كفى فى
 الايجاب كالمعتق واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق المعتق منافع نفسه
 والقول الثانى اعتباره مط لاطباقهم على انه عقد فىعتبر فىه الايجاب والقبول كساير
 العقود ولان ادخال شىء فى ملك الغير بدون رضاه بعيد ولاصالة بقاء الملك على
 مال مالكة بدونه وفصل ثالث فاعتبره ان كان الوقف على جهة خاصة كشخص معين
 او جماعة معينين لما ذكر ولامكان القبول حينئذ وان كان على جهة عامة كالفقراء
 والمسجد لم يعتبر لانه حينئذ فك ملك ولان الملك ينتقل فىه الى الله تعالى بخلاف
 الاول فانه ينتقل الى الموقوف عليه وقد يظهر من المصنف فيما يأتى اختياره ولعله
 اقوى انتهى وظاهره وجوب هذا التفصيل ونظيره فى الحدائق قال : الموضع
 الثانى : اختلف الأصحاب (رضوان الله عليهم) فى اشتراط القبول فى الوقف بعد
 الاتفاق على الايجاب فظاهر الاكثر حيث ذكرنا الايجاب ولم يتعرضوا لذكر
 القبول هو عدم اشتراطه مطلقا ، وهو أحد الأقوال فى المسئلة ، وعلل بأن الأصل
 عدم الاشتراط ، ويؤيده أنه ليس فى النصوص ما يدل عليه ولأن الوقف كالأباحة
 خصوصاً اذا قلنا أن الملك فى ينتقل الى الله عز وجل ، ولأنه فك ملك فى كفى
 فىه الايجاب كالمعتق ، واستحقاق الموقوف عليه النفقة كاستحقاق المعتق منافع نفسه
 وقيل ، باعتباره مطلقا ، ونقل عن التذكرة ، لاطباقهم على أنه عقد ، فىعتبر
 فىه الايجاب والقبول كسائر العقود ، ولأن ادخاله فى ملك الغير بغير رضاه بعيد ،
 ولاصالة بقاء الملك على مالكة بدونه .

وقيل : بالتفصيل وهو اعتباره ان كان على جهة خاصة ، كشخص معين الى
 ان قال و انت خبير بان الذى يظهر لى من تتبع الأخبار هو القول الأول لخلوها
 من ذكر ذلك فى الوقوف الخاصة والعامة انتهى .

اقول والظاهر ان القول بالتفصيل قوى لعدم تحقق الوقف بدون القبول ان
 كان على شخص خاص لامكان عدم قبوله واما اللزوم مطلقا فىنا فيه الاخبار

السالكين عن القبول فالجمع بين الجميع هو التفصيل المذكور فلا بد أولاً من نقل ما ورد
فمنها الخبر المروي عن الفقيه في الصحيح عن ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام،
«قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدارله في المدينة في بنى زريق فكتب بسم الله
الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب عليه السلام الحديث» .

والتقريب فيه كما في الحدائق أنه لو كان القبول شرطاً لنقله عليه السلام في حكاية
الصدقة التي كان المراد بها الوقف لأنه ليس الغرض من حكاية ذلك الايضاح الأحكام
في المقام ، و ظاهره لزوم الوقف وصحته بهذا اللفظ الذي كتبه عليه السلام في ذلك ،
وإثبات شيء يزيد على ذلك يتوقف على الدليل ، وأصالة العدم أقوى مستمسك ،
في المقام انتهى .

و منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن عجلان أبي صالح «قال . أملى علي
أبو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حي
سوى بداره التي في بنى فلان بحدودها صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث حتى يرثها
وارث السموات والأرض وأنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقروا فهي
على ذى الحاجة من المسلمين» ، والانصاف دلالة على عدم لزوم القبول .

فان الظاهر منه انه وقف على اشخاص معينة وهو فلان وعقبه حتى انقروا
ولم يكن فيه ذكر قبولهم ولم يقل للفلان قبل هذا الوقف لنفسك .

ومن هنا حديث صدقة الكاظم عليه السلام بأرض له على أولاده المروي في الكافي ،
وفيه هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام بأرض بمكان كذا وكذا وحد الأرض
كذا وكذا كلها وتخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها و شربها من
الماء الى أن قال : تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء
ثم ذكر قسمة الغلة بعد عمارة الأرض وما يحتاج اليه عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين
وذكر شرطاً في البنات الى أن قال : صدقة حبساً بتلابناً لامشوبة فيها ، ولاردأ بدأ
ابتغاء وجه الله تعالى سبحانه والدار الآخرة لا يحل لمؤمن يؤمن بالله واليوم

الآخر أن يبيعها ولا شيئاً منها ، ولا يهبها ولا ينعلمها ولا يغير شيئاً منها مما وصفته حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

ومن الأخبار فى الوقوف العامة خبر وقف امير المؤمنين عليه السلام العين التى فى ينبع ، والخبر مرادى فى التهذيب عن أيوب ابن عطية الحذاء وقال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قسم نبي الله الفىء فأصاب علياً عليه السلام أرض فاحترق فيها عيناً فخرج ماء ينبع فى السماء كهيئة عنق البعير فسمها ينبع فجاء البشير يبشره فقال عليه السلام بشر الوارث هى الصدقة الحديث .

وهو ايضا كسابقه والانصاف عدم ذكر من القبول فى هذه الاخبار مع كونه على اشخاص معينة بل من مساق الاخبار يظهر ان الوقف مع انه من العقود لا يحتاج الى القبول فانه عمل لله وهو قابل له ولا يحتاج بعد الايجاب الى ذكر شىء بل صريح قوله عليه السلام بشر الوارث هى صدقة هو عدم لزوم قبول الوارث فانه صريح البشارة فان البشارة يطلق فيمن كونه مترقبا لشيء ويميل اليه بحيث كان له نوع يأس من ذلك وحصوله بحيث اذا وجد به بشر به لسره وفرحه و يكون قبوله نفس سروره ولو كان القبول لازما لقال عليه السلام بدل بشر الوارث قبل وقل للوارث ان يقبلوا وكذا قول الكاظم عليه السلام بارض على اولاده لم يكن ذكر من القبول اصلا وكان للاولاد الى يوم يرث الله الارض اى يوم القيامة حتى اذا كان على شخص معين وكيف كان فلا يستفاد من الاخبار كون القبول شرطا للصحة والالزام كون هذه العقود باطلا لخلوها عن القبول مع اصالة عدم الاشتراط فيصح الوقف بنفس الايجاب وخرج المال عن ملكه فى سبيل الله وانما الاشكال فى القبض لاجتماعهم على انه من شرائط الصحة ولازمه انه لم يكن الايجاب ايجابا بدون القبض .

والحاصل لو جعلنا القبض من شرائط الصحة معناه كون الايجاب بدون القبض غير مؤثر لترتب الاثر ووجوده بمنزلة عدم الامع القبض ولا يصلحه الا يكون القبض من شرائط اللزوم وبدونه صحيحا مؤثرا الا انه يصح الرجوع

ولذا لو مات الواقف قبل القبض والاقباض بطل فكان صحيحا بدون القبض و بطل بالموت فقيل التسليم والقبض كان صحيحا وله الخيار بمقتضى قوله الشريف ارواح العالمين له الفداء فكل مال يسلم فصاحبه فيه بالخيار وهو صريح في انه لو لم يسلم الواقف الى اهله كان الواقف بالخيار .

وكيف كان فكون القبض من الشرائط محل اتفاق بينهم ولكن هل يكون المراد بمعناه الصحة كى يكون الوقت بدون القبض غير صحيح و باطلا ادلا بل المراد بها اللزوم فالوقف بدون القبض جائز قابل لر جوع الواقف عنه ومع القبض لا يجوز ﴿ و ﴾ حيث ان ذلك مشكلا في الجملة عبر المصنف بقوله ﴿ لا يلزم ﴾ عقد الوقف ﴿ الا باقباض ﴾ الذى هو القبض بالاذن فجعل المراد بالصحة هو اللزوم وكيف كان فالاقباض هو القبض بالاذن و هو المتيقن و لا يصح بدون اذن الواقف قال السيد فى عروته المشهور على انه يشترط أن يكون القبض باذن الواقف ، فالشرط هو الاقباض فلو قبض الموقوف عليه بدون الاذن لم يكف ، وعن صاحب الكفاية التوقف لعدم الدليل .

وقديستدل على المشهور بما فى الخبر السابق « فكل مال يسلم فصاحبه بالخيار حيث جعل المناط تسليم الواقف ، لكنه معارض بما فى خبر عبيد بن زرارة وصحيح محمد بن مسلم من قوله اذا لم يقبضوا فهو ميراث و بما فى صحيحة صفوان من قوله ^ط : « ولم يخاصموا حتى يحوزوها » فان ظاهره جواز المخاصمة مع الواقف للقبض والمسألة محل اشكال ، والأحوط اعتبار الاذن - مع انه مقتضى أصالة عدم الأثر بدونه ، وربما يعلل بانه بدون الاذن تصرف فى مال الغير وهو حرام ، وفيه - مع انه اخص من المدعى ان النهى متعلق بأمر خارج فلا يوجب البطلان ، مضافاً الى امكان منع الحرمة بعد صدور العقد انتهى .

وكيف كان فالمراد بالقبض فى كلماتهم هو اللزوم كما فى الحدائق للصحة بمعنى البطلان بعدمه فعليه كان لكل منهما فسخه بدون القبض وصاحب الجواهر

حيث رأى اللزوم خلاف الصحة اراد ان يرجعه اليها فقال وهذا اي اللزوم لا ينافي كونه مع ذلك من شرائط الصحة التي هي بمعنى ترتب الأثر من ملك الموقوف عليه المنفعة وغيره كما سيصرح به المصنف وغيره بل فرعوا عليه البطلان بموت الواقف قبله وغيره ضرورة كون المراد هنا بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامة أدبيان أن وقوع العقد لا يقتضى وجوب الاقباض الذى هو من شرائط الصحة انتهى تأمل فيه فانه من القائلين بان القبض من شرائط الصحة .

وكذا عبارة المسالك حيث قال بعد قوله ولا يلزم الا بالاقباض لا خلاف بين اصحابنا في ان القبض شرط لصحة الوقف فلا ينعقد بدونه كما لا ينعقد بالايجاب مجردا عن القبول او بالعكس فيكون القبض جزء السبب الناقل للملك وعبارة المصنف بنفى اللزوم قد لا يفيد ذلك ولكنه فيما سيأتى سيصرح بما ذكرناه حيث يقول فى القسم الرابع والقبض شرط فى صحته وتظهر الفائدة فى النماء المتخلل بين العقد انتهى . وبالجملة ان المصنف اراد من شرط الصحة شرط اللزوم فمع القبض لازم وصحيح وبدونه صحيح وغير لازم وبذلك يدفع اشكال لزوم عدم الايجاب بوحدته علة والمسألة مشكلة حيث ان ظاهر النصوص انه لو مات الواقف قبل القبض كان ميراثا وظاهره عدم الصحة بدون القبض لعدم اللزوم والا كان الصحيح ان يقول **القبض** للوارث هو الامضاء او الرد .

وهو مشكل اذ بناءً عليه ان المؤثر للنقل ليس الايجاب فقط بل هو والقبض الحاصل بعدمدة طويلة وهو كما ترى فان السبب التام للنقل هو الايجاب فقط . وقد عرفت فى بعض كتبنا اشتراط الصحة فى الهبة بالقبض وانه لو لم يصح الا بالقبض كان معناه عدم وجود الايجاب والقبول علة فالوقف مع كونه من العقود اللازمة ما لم يقبض كان جائزا يمكن الرجوع عنه ويزول بموت الواقف قبل القبض وهو وان كان من شرائط الصحة لكن بمعنى اللزوم وانه لو لم يقبض كان صحيحا ولكن

جائزا فان شئت قلت ان القبض من شرائط اللزوم و بدونه صحيح و جائز و صح الرجوع عنه .

ولا يخفى انه عليه كان التعبير بذلك اولى اى جعل القبض من شرائط اللزوم لكن ادعى ان المصنف فى القسم الرابع قال والقبض شرط فى صحته قال فى الحدائق ما هذا لفظه لا خلاف فى اشتراط القبض فى صحة الوقف و تمامه بحيث أنه بعده لا رجوع فى الوقف ، و أما قبله فله الرجوع ولومات قبله رجوع ميراثاً ، بمعنى أن الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل وتمامه القبض ، و على هذا فالعقد فى نفسه صحيح ، الا أنه غير ناقل الا بالقبض ولهذا جازفسخه قبل القبض ، و بطل بالموت قبله .

ومن ذلك يعلم أن النماء المتخلل بين العقد والقبض للمواقف وربما عبر بعضهم بأنه شرط فى اللزوم والظاهر أن مراده ما ذكره لا ما يتبادر من ظاهر هذه العبارة انتهى ولا يخفى بان عبارته ايضا ظاهر فى شرط اللزوم ولا فرق بينه وبين هذه العبارة والا كان معنى شرط القبض الصحة التى هى اللزوم و هو ايضا عبارة اخرى عن اللزوم وصرح من الجميع عبارة الخلاف قال ما لفظه من شرط لزوم الوقف عندنا القبض وبه قال محمد بن الحسن وقال الشافعى والباقون ليس من شرط لزومه القبض [دليلنا] اجماع الفرقة و ايضا فاذا قبضه لا (فلا) خلاف فى لزوم الوقف وليس على لزومه قبل القبض دليل .

ومما يرد على كون القبض شرطا للصحة انه لو لم يقبض فى حال العقد لزم بطلانه فلائمة للقبض بعده الابتجديد العقد اللهم الا ان يقال ان الصحة معلق على القبض فاذا قبل تحقق الوقف وتستقر .

و كيف كان فالظاهر ان الايجاب و القبول سببان مستقلان لحصول الملك ولم يكن لشيء آخر مدخلية فى ذلك فلو كان القبض شرطا للصحة لزم كونه جزء سبب ايضا وهو خلاف فبالايجاب يتم الملكية جائزاً و بالقبض يلزم و قدم نظيره

فى الهبة فراجع اليه واما الروايات فمنها .

مارواه الصدوق فى كتاب كمال الدين وتمام النعمة بسنده الى محمد بن جعفر الاسدى فيما ورد عليه من جواب مسائله من محمد بن عثمان العمري (رضى الله عنه) عن صاحب الزمان (صلوات الله عليه) ، ورواه الطبرسى فى الاحتجاج عن أبى الحسين محمد بن جعفر الاسدى عن محمد بن عثمان عن صاحب الزمان عليه السلام قال : وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يحل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار ، وكل ما سلم فلاخيار فيه لصاحبه احتاج أولم يحتاج افتقر اليه أو استغنى عنه ، الى أن قال .

وأما ما سألت من أمر الرجل الذى يجعل لنا حيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها ويعمرها ، ويؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها ، و يجعل مابقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيما عليها ، انما لا يجوز ذلك لغيره و استدل الاصحاح (رضوان الله عليهم) هنا بجملته من الأخبار التى بلفظ الصدقة بناء على ما فهموه منها من حمل الصدقة فيها على الوقف ، وسيأتى نقلها انشاء الله تعالى فى محلها .

ومنها مارواه الشيخ عن عبيد بن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى رجل تصدق على ولد له قد أدركوا : قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لان الوالد هو الذى يلى أمره وقال : لا يرجع فى الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله .

ولا يخفى ان الروايات صريحة فى ان القبض موجب للزوم وبعده لا يصح الرجوع عن الوقف و قبله كان جائزاً صح الرجوع منه الا ترى قوله ارداح العالمين له الفداء فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كل ما سلم فلاخيار فيه صريح فى معنى كون القبض موجبا للزوم وعدمه موجبا للجواز وكذلك قول أبى عبد الله عليه السلام فاذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث صريح فى انه قبل القبض متززل قابل للرد

على المالك وانه بالقبض صار لازماً .

والمراد بالصدقة في تلك الروايات هو الوقف بدون كلام وان قلت ظاهر كونه فهو ميراث هو البطلان قلت هو على فرض عدم قبول الوارث فانه حينئذ جائز قابل للرد فان الجواز لازمه جعله ميراثاً دون اللازم بل يمكن ان يقال ان الامر بالجائز بمجرد موت المالك يبطل فانه بالموت يزول ويكون مال الوارث .
واما قوله عليه السلام لا يرجع في الصدقة فانما يكون بعد القبض بقريئة قوله اذا تصدق بها فانه فيما وصل بيد المستحق .

والعجب من صاحب الحدائق حيث قال وبهذه الرواية استدل الاصحاح (رضوان الله عليهم) على أن موت الواقف قبل الاقباض يبطل للوقف ، و موجب لرجوعه ميراثاً حيث أنهم فهموا من الصدقة هنا الوقف انتهى فانه كما عرفت كونه ميراثاً لاجل جوازه فلا ظهور له في البطلان بدون القبض مضافاً الى انهم غفلوا عن صريح قول صاحب الامر عليه السلام كما عرفت .

و كيف كان فمع هذه الصراحة لاظن بما استفادته الاصحاح في كون القبض شرطاً للصحة بل لا يعقل كونه جزءاً لا يوجب في السبب والالزام الفصل الطويل بين الجزئين منها الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدله أن يحدث في ذلك شيئاً ، فقال : ان كان أدقها لولده ولغيرهم ، ثم جعل لها فيما لم يكن له أن يرجع و ان كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، وان كانوا كباراً لم يسلمها اليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها ، لأنهم لا يحوزونها وقد بلغوا .

قوله عليه السلام لم يكن له ان يرجع الخ و ذلك من حيث انه حينئذ قد حصل شرط اللزوم و هو القبض و ذلك لان القبض قبل جعل القيم لهم فاذا قبض و لزم كانوا بصدد القيم لافي صورة كون العقد متزلاً لادفي مورد الزوال وهو واضح .

و ايضاً قوله عَلَيْهِ وان كانوا كباراً الخ صريح ايضاً فى جواز الرجوع قبل التسليم لابعده .

وكيف كان فالظاهر لوجه للتأمل فى ذلك فضلا عن المنع وان القبض شرط فى لزوم الوقف وفى الجواهر ما هذا لفظه لكن فى جامع المقاصد والمسالك نفى الخلاف من كونه شرطاً فيها مكرراً ، بل فيها الاجماع على ذلك وان كان قد يناقش بما قد يظهر من الغنية من كونه شرطاً فى اللزوم حيث انه بعد أن ذكر شرائط الصحة .

قال : «فأما قبض الموقوف عليه أذ من يقوم مقامه فى ذلك فشرط فى اللزوم، بل لعله صريحها بعد التأمل فى جميع كلامه ، وحينئذ يكون هو مقدا جماعها بل لعله ظاهر اللمعة أيضاً حيث ذكر أولاً أنه لا يلزم بدون القبض باذن الواقف فلومات قبله بطل ، الى أن قال ، وشرطه التنجيز والردام الى آخره ولادلالة فى تفريعه البطالان بالموت قبله على ارادته الصحة من اللزوم ، اذ من المحتمل بل الظاهر كونه من العقود الجائزة فيلحقه حكمها من البطالان بالموت، ولو للنصوص الدالة على ذلك فى الصدقة بناء على ارادة الوقف منها ، أو ما يشمله انتهى .

قوله ولادلالة فى تفريعه البطالان الخ يعنى ان بطالانه بالموت قبل القبض لا يدل على كونه شرطاً للصحة كما زعموا لجواز ان يكون البطالان حينئذ لجوازه قبل القبض فالامر الجائز بالموت غالباً ينهدم ويبطل بخلاف صيرورته لازماً .

ثم قال قده عقيب كلامه المتقدم واما النصوص المتضمنة لبطالان الصدقة بالموت قبل القبض ، فمع أن الاستدلال مبنى على ارادة الوقف منها أو ما يشمله لاتدل على اشتراطه فى الصحة وان ذكره غير واحد ، اذ من الممكن ما سمعت من كونه عقداً جازماً يفسخ بالموت ومثله ولو لهذه النصوص ، والخروج عن ذلك فى الصدقة غير الوقف لدليل لا يقتضى الخروج عنه فى الوقف أيضاً ، ومع الاغضاء عن ذلك كله فالمتجه كونه شرطاً كاشفاً لاجزاء سبب كما حرره فى المسالك

وتبعه غيره لما عرفت من وجود مقتضى الصحة فلا وجه حينئذ لجعل الثمرة في النماء المتخلل فتأمل جيداً انتهى .

قال السيد الفقيه في عروته : اذا مات الواقف قبل القبض بطل بلاخلاف ، ويدل عليه خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام : « في رجل تصدق على ولد له قد ادر كوا ، قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، وقال عليه السلام : لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله فان صدر الخبر على ما فهمه الأصحاب شامل للوقف ، اما خاص به أو اعم منه ومن الصدقة بالمعنى الأخص ، ولا وجه لما عن المسالك من احتمال اختصاصه بالتالي فلا يكون دليلاً انتهى .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿ اذا تم ﴾ الوقف بجميع شرائطه المعتبرة فيه ﴿ كان لازماً ، لا يجوز الرجوع فيه اذا وقع في زمان الصحة ﴾ بالاجماع بقسميه عليه عندنا ،

وفي الجواهر بل هو كاضروري من مذهبنا ، خلافاً لأبي حنيفة فجوز للواقف الرجوع به بل لورثته الا أن يرضوا به بعد موته فيلزم ، أو يحكم به حاكم مع أن تلميذه أبا يوسف لما قدم الى بغداد كان على قوله ولكن حدثه اسماعيل بن ابراهيم بن علي عن ابن عوف عن ابن عمر خلافاً فقال هذا لا يسع احد خلافاً ولو تناهى الى أبي حنيفة لقال به ، مع أن المحكي عن أبي حنيفة أنه قال : ان أوصى بالوقف لزم في الثلث ، وفي الخلاف ، تناقض ، لأنه جعله لازماً في ثلثه في مرضه المخوف ولم يجعله اذا نجزه لازماً في جميع ماله في حال صحته وان كان قديراً ففرق بينهما بعد تسليم ارادة لزوم الوقف منه انتهى .

هذا كله لو وقف في زمان الصحة ﴿ أما لو وقف في مرض الموت ﴾ فهل كما لو وقف في زمان الصحة ايضاً اولاً ﴿ فان أجازة الورثة ﴾ فكذلك من الاصل وكذلك على المختار قد نفذ من الأصل ﴿ والا اعتبر من الثلث ﴾ لكونه حينئذ ﴿ ك ﴾ باقى

منجزاته من ﴿الهبة والمحابة في البيع﴾ ونحوهما ﴿وقيل يمضى من أصل التركة﴾ والظاهر ان ﴿الاول﴾ ليس ﴿اشبه﴾ بالقواعد فان للانسان اختيارا له مادام حيا كما مر والروايات في طرف المسألة كثيرة وقد فصلناه في ج ٢٨ ص ٣١ الى ٥٥ وقد اخترنا كون المنجزات في مرض الموت من الاصل كهبته ومهاباته في البيع وصدقته ونحو ذلك فمن اراد الاطلاع عليه فراجع اليه فالحق ما قيل من كونها من الاصل .

﴿و﴾ اما على القول القائلين بانها من الثلث كالمصنف والشارح ف ﴿لمو وقف ووهب وأعتق وباع فحايى ولم يجز الورثة ، فان خرج ذلك من الثلث﴾ اى كان الثلث بقدر الجميع ﴿صح وان عجز﴾ عن الجميع ولم يبلغ الكل فهل ﴿بديء بالاول فالاول﴾ لأنه هو السابق في التعلق ﴿حتى يستوفى قدر الثلث ثم يبطل ما زاد﴾ اولالعدم الفرق بين السابق واللاحق وغيرها حيث ان الجميع من مصاديق الثلث فلا بد وان يقسم في الجميع بحيث وصل الكل .

ولا يخفى ان المسألة غير حال عن الاشكال وان كان الاصح عند التأمل هو الاول فالاول لامن حيث انه هو السابق بمقتضى السابقون السابقون بل من حيث انه قد تعلق عليه الحكم الوقف بناء على التعليق في مورد لم يكن عليه معارضا اصلا فلو وقف بستانا وكان بقدر الثلث وما زاد صح وكان لازما بعد القبض فيما يحتاج الى القبض ولا يمكن له الرجوع ثم وهب داره وهكذا الى ان يكون باق من الثلث فاذا تم الثلث وكان بقدر البستان والدار مثلا فلا يكون له ثلث بعدهما فلو عتق ارباع محاباتا لم يكن له ثلث حتى يقع عن الثلث وكان من الثلث بنظر المالك غفلة عن أنه غير موجود شيء منه فالباقي وقع بلا محل فعلى القول بكون المنجزات من الثلث لائتلك له لما بقى فيبطل تدبر فيه فانه دقيق .

﴿وهكذا الوأرضى بوصايا﴾ متعددة من غير فرق فالجميع من الثلث ان وصل الجميع والأول فالاول ببيان المذكور بلا اشكال لعدم محل فيما

لم يكن ثلث في البين .

﴿و﴾ انما الاشكال ﴿لو جهل المتقدم﴾ منها وان لم يصل الجميع فيقسم بين الجميع ولذا ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه ، لكن فيما اذا أوصى ﴿يقسم على الجميع بالحصص﴾ لعدم الترجيح في احدها على الاخر ولا يخفى انه ايضا في صورة الامكان .

﴿و﴾ قال المصنف ﴿لو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسنا﴾ لانها لكل أمر مشتبه ، وله القرعة بكتابة سبع رفاع في أحدها الوقف وفي الثانية العتق ، وفي الثالثة البيع ، وفي الرابعة الوقف والعتق ، وفي الخامسة الوقف والبيع ، وفي السادسة العتق والبيع ، وفي السابعة اجتماع الثلاثة ، ثم يخرج واحدة ، فان ظهرت بأحد المنفردين قدم ، واخرج اخرى ، فان ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره عمل به ثانياً واستغنى عن الثالث ، وان ظهر السابق مع غيره والثلاثة أطرحتا واخرج غيرها كما ذكر ، وان ظهر أدارقة الثلاثة أفاد الاجتماع اوراقتين جمع بينهما سابقا وحكم بتأخر الثالث وبالجملة ، فالمدار على كتابة رفاع تصح على جميع الاحتمالات ، والله العالم .

﴿و﴾ واذا وقف شاة كان صوفها ﴿الذى على ظهرها﴾ ولبنها الموجود ﴿في ضرعها﴾ داخلا في ﴿ما اقتضاه﴾ الوقف ﴿من تسبيل الثمرة﴾ ما لم يستثنه نظرا الى العرف كما لو باعها ﴿ .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده بين من تعرض له من الفاضل والشهيد والكركي وغيرهم بخلاف الحمل بل وبخلاف ثمرة النخل والشجر ونحوهما فانه لا عرف يقتضى ذلك إلا أن الانصاف عدم خلوه من الاشكال بحسب ما نجده الآن ، بل قد يشك في أصل الحكم حتى مع التصريح ببناء على عدم اقتضاء عقد الوقف تملك نفس الثمرة وانما اقتضائه ذلك بادخال العين الموقوفة في ملك الموقوف عليه ، فتكون الثمرة نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرف فيه ببيع و نحوه بخلاف الثمرة ،

ومن المعلوم أن ذلك انما يكون في النماء المتجدد دون ما حصل من النماء الذي هو ملك الواقف فانه لا يتصور تملكه من حيث التبعية المزبورة كما هو واضح انتهى
اقول فالظاهر من العرف دخول كل ثمرات العين حتى الحمل في الوقف من حين الوقف بل لامعنى لكون العين وقفاً كان حمليه للغير بل كان جميع ثمراته الموجودة في حال الوقف وما يوجد للموقوف عليهم و كل ثمراته بعد حينئذ من العين لامن الثمرات كى يقال عدم اقتضاء تملك العين تملك ثمرتها .

﴿ النظر الثاني في الشرائط و هي أربعة أقسام : ﴾ القسم ﴿ الأول : ﴾ في شرائط الموقوف هي أربعة ﴿ الأول ﴾ أن تكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها ، ويصح اقباضها ، فلا يصح وقف ماليس بعين كالدين ﴿ معجلة ومؤجلة على المؤسر والمعسر ﴾ وكذا ﴿ الكلى كما ﴾ لوقال : وقفت فرسا أو ناضحاً أو داراً ولم بعين ﴾ .

وفي الجواهر وأن وصفها بأوصاف معلومة ، بل وكذا المنفعة ، لأن العين تطلق في مقابل الثلاثة التي لا يصح وقف شيء منها للشك في تناول أدلة الوقف لذلك ، ولاتفاق الأصحاب ظاهراً ، انتهى .

اقول ما افاده هو المعتمد بل غير العين خلاف المتعارف و خلاف ما امكن الاستفادة منه بل لانمكن والاستفادة من فرس معين لم يقع عليه صيغة الوقف والكلى ليس في الخارج ولان الاستفادة من قوله ﴿ كذا ﴾ حبس الاصل وسبل الثمرة هو كون اصل معين محفوف بحيث يستفاد من ثمراته فيخرج من حبس الاصل المعين الخارجى غيره كوقف المنافع او الكلى او ما في الذمة .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا اشكال كما لا خلاف بيننا في أنه ﴿ يصح وقف المقارو الثياب لأنث والالات المباحة ﴾ نحو ذلك مما ﴿ ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاء عينه ﴾ لا كمنفعة أعيان الملاهى ونحوها ، ولا مالا منفعة له أصلاً ، أو لا منفعة له الا باتلاف عينه ، كالطعام والشمع ونحوهما ، بلا خلاف

أجده في شيء من ذلك والكل واضح .

﴿وكذا يصح وقف الكلب المملوك﴾ ككلب الصيد والماشية والزرع والحائط بناء على ملكيتها ﴿والسنور﴾ وغيرها ولا يخفى ما في جعل وقف السنور التي عبارة عن الهرة ولها أسماء كثيرة ولا يكون لها فائدة أصلاً لا يتصور وقفها فلا يتم قوله ﴿لا يمكن الانتفاع به﴾ لعدم الانتفاع وعدم تصور وقف هذا الحيوان نعم صح في الكلب المملوك يجعلها وقفاً لقرية أو محلة يحفظ أموال الجميع فتأمل ﴿ولا يصح وقف الخنزير لأنه لا يملكه المسلم﴾ وكذا غيره من كلب الهراش وكل ما لا يدخل تحت يد المسلم على وجه يملك منفعته بخلاف أجده فيه .

﴿ولا وقف الأبق لتعذر التسليم﴾ ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه بالوقوف عليهم ﴿وهل يصح وقف الدراهم والدينار قيل : لا﴾ يصح ﴿وهو الأظهر لأنه لانفع لها إلا بالتصرف فيها﴾ وهو مناف للوقف المقضى بقاء الأصل ﴿وقيل ، يصح﴾ كما أرسله في محكي المبسوط ﴿لأنه قديراً لها نفع مع بقائها﴾ كالترزين بها ، وفيه ما لا يخفى إذا كان بمنوان الدراهم والدينار نعم إذا صار معدة للترزين كالقلادة منهما صح وقفهما أي القلادة المصنوعة منهما لعموم الناس بحيث من احتاج إلى التزين أعادها ثم ردها حتى يستفاد منهما غيره .

وعن التحرير أنه يصح وقف الحلوى إجمالاً ﴿ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه﴾ مع عدم الإجازة قطعاً ﴿ولو أجاز المالك قيل : يصح ، لأنه﴾ بالإجازة صار ﴿كالوقف المستأنف وهو حسن﴾ .

وفي الجواهر وفقاً للمحكي عن التحرير في آخر اللمعة والحواشي وشرح الإرشاد للفخر ، والروض النخ وفيه تأمل إلا أن يجدد ضيعة الوقف ﴿ويصح وقف المشاع﴾ وفي الجواهر بخلاف أجده فيه عندنا بل الإجماع بقسميه عليه بل نصوص التصديق به مستفيضة أو متواترة ، فيدخل فيه الوقف ، أو يراد منه بل في الغنية أنه مورد قوله ^{بإطلاق} حبس الأصل وسبل الثمرة ، فماعن الشيباني - من عدم الجواز

لعدم امكان قبضه - واضح الضعف لما عرفت .

﴿و﴾ لأن ﴿قبضه﴾ هنا ﴿كقبضه في البيع﴾ كما هو واضح انتهى والمسألة غير خال عن الاشكال لاجل قبض الشريك ولكن ظاهر النصوص الصحة فلا جرم كان في مورد رضاية الشريك .

و يدل عليه صحيحة الحلبي «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال : يجوز ، قلت : أ رأيت ان كان هبة؟ قال : يجوز» ورواية أبي بصير «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقة مالم تقسم ولم تقبض؟ فقال : جائزة انما أراد الناس النحلة فأخطأوا» و الاشكال في قوله انما اراد الناس .

قال في الحدائق بعد نقلهما وأما قوله «وانما أراد الناس الى آخره» فهو لا يخلو من خفاء وغموض ، واحتمل فيه بعض الأصحاب احتمالات بعيدة ، الا أنه من المحتمل قريباً بمعونة ما قدمناه في الأمر التاسع من المسئلة الثالثة أن المراد انما أراد الناس من لفظ الصدقة في مثل صدقة الدار النحلة والهبة أخطأوا في ذلك بل المراد به الوقف ، كما يشير اليه قوله عليه السلام فيما قدمنا أن الصدقة محدثة ، انما كانت النحلة والهبة وتسمية بعض أفرادها ، هو ما كان مقرراً بالقرابة صدقة محدث من العامة ، وانما الصدقة معنى الوقف انتهى .

فلا اشكال في اصل المسألة ﴿القسم الثاني﴾ : في شرائط الواقف ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف وفي وقف من بلغ عشرين مميذا ﴿تردد﴾ بل خلاف وقد عرفت الخلاف نصا وفتوى .

﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿المردى جواز صدقته والاولى المنع﴾ وفي الجواهر بل هو الاصح ﴿لتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد﴾ وفي الجواهر ومن المعلوم عدم تحقق الأول منهما ببلوغ العشر ، ودعوى كونه بلوغاً بالنسبة الى خصوص ذلك واضحة المنع ضرورة أن البلوغ مرتبة خاصة لانفاذ فيها في ذلك انتهى .

وقد عرفت منا المنع مطلق في الجميع حتى بتحقيق البلوغ بالانبات والاحتلام
او البلوغ الى خمسة عشر سنة راجع ص ٢٠٣ الى ٢٠٨ .

﴿و﴾ كيف كان فلا اشكال في أنه ﴿يجوز أن يعجل الواقف النظر﴾
في الموقوف ﴿لنفسه﴾ خاصة ﴿ولغيره﴾ كذلك ولهما معا على الاشتراك
والاستقلال .

وفي الجواهر قال بل ولا خلاف الا ما يحكى عن ابن ادريس ، والموجود
في محكى السرائر في عداد الشروط ، ومنها أنه لا يدخله شرط خيار للواقف في
الرجوع فيه ، ولا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو ، وليست صريحة ،
ولذا نفى الخلاف عنه من دون استثنائه غير واحد ، وقطع به آخر ، ونفى الشبهة
عنه ثالث ، والا كان محجوجا بعموم الادلة وخصوصها بل مقتضى الاطلاق نصاً
وفتوى عدم الفرق في ذلك بين كونه عدلاً أو فاسقاً كما صرح به غير واحد بل
لم أجد فيه خلافاً وان احتمله في المسالك ، لكن في الرياض تبعاً للكفاية فيه
قولان ولم نتحققه .

نعم قد صرح غير واحد باعتبارها في غيره ، بل في الكفاية أنه المعروف
من مذهب الأصحاب ، بل في الرياض دعوى حكاية الاتفاق عليه ، وان كان فيه
مالا يخفى انتهى .

قوله وليست صريحة وفيه ان قوله ولا ان يتولاه هو بنفسه او بغيره أصرح
شيء في هذا المقصود ولا يصح رده بعدم الصراحة ونفى الخلاف عنه ليس لعدم
صراحة ذلك في المنع بل يمكن لعدم الاعتناء بهذا القول كانه ليس هذه المخالفة
منه بشي او لاجل انه معلوم النسب وليس ذلك بقليل فكثير اما يدعى الاتفاق او
الاجماع مع قول المخالف فكانه لا يجعلون ذلك مضراً بالاتفاق وكيف كان فاصل
المطلب صحيح جدا فيجوز جعل الواقف ناظراً لوقفه وان لم يكن عادلاً .

وفي الحدائق ما هذا لفظه أنه صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بأنه

يجوز للمواقف أن يجعل النظر لنفسه في الوقف وغيره أيضاً ، ولو لم يعين كان النظر الى الواقف ، أو الموقوف عليهم ان قلنا بانتقال الملك اليه ، والا فالى الحاكم الشرعى ، والذي تدل على الاول الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط الا ما حلل حراماً أو حرم حلالاً انتهى .

اقول ما ذكر في المتن من المسلمات للموقف فلا بد وان يجعل لنفسه ناظراً يقوم بامر الوقف ان لم يقدر بنفسه والا فلا احتياج الى الغير مع انه لا يضره ايضاً فيجعل ناظراً يعينه بامر الوقف مادام حياً وبعد موته ولا يصح غيره الدخالة في امر الوقف الا بنظره او نظر من عينه الواقف فان نظره ايضاً نظر الواقف .
والحاصل اذا عين الواقف ناظر لوقفه فهل يصح لذلك الشخص ايضاً تعيين آخر بعده او لا كى يكون الامر بيد الحاكم .

وبالجملة ان الموت لكل من هو في الوجود فان كل شيء هالك الا وجهه فالواقف لا بد له من تعيين آخر بعده او في زمن حياته والكلام في انه كالواقف يصح له ان يجعل عمل الوقف بعده او معه في حياته او لا بل على الحاكم تعيين ناظر بعد فوت الواقف او ناظره وهو امر مهم في المقام لا بد للتذكير فيه .
فنقول فتارة يأذن له الواقف النظارة في امر الوقف بنفسه مادام حياً وكذا بعده شخصاً معيناً آخر او من يعينه الناظر فجعل الواقف له اختيار امر النظارة بنفسه او غيره فلا اشكال حينئذ اصلاً واخرى جعل له النظارة مادام حياً ساكتاً عما بعده والظاهر ايضاً لا اشكال فان نظره كما يعتبر عند الواقف بالنسبة الى شخصه فكذلك لمن اعتبره بعده وهكذا نعم لو نهاه عن تولية غيره كان الامر الى الحاكم .

وقال السيد في عر وته : اذا لم يعين الواقف متولياً في ضمن صيغة الوقف فهل التولية له أو للموقوف عليهم أو للحاكم ، أو يفصل بين الوقف الخاص فللموقوف عليهم ، وبين الوقف العام فللحاكم أقوال « وربما » تبنى المسألة على أن العين

الموقوفة تبقى على ملك الواقف أو تنقل الى الموقوف عليهم أو الى الله مطلقاً ، أو يفصل بين الخاص فتنتقل اليهم والعام فاليه تعالى ، فعلى القول بالبقاء للمواقف وعلى القول بالانتقال الى الموقوف عليهم مطلقاً أو فى الخاص فلهم ، وعلى القول بكونه لله فللمحاكم .

والاقوى كونها للمحاكم مطلقاً وليست للمواقف ولا للموقوف عليهم ، اما الواقف فلخروج الامر من يده وصيرورته كالأجنبى وان قلنا ببقاء ملكه لان هذه الملكية لاقتضى التولية على المملوك ، ولا مجرى لاستصحاب جواز تصرفاته اما على عدم بقاء ملكيته فواضح و اما على بقائها فلان الجواز من آثار الملك المطلق لامن آثار مطلق الملك واما الموقوف عليهم فلتعلق حق البطون اللاحقة فليس لهم الولاية على الوقف على نحو ما يكون للمتولى المنسوب من قبل الواقف بحيث تمضى اجارتهم له على البطون اللاحقة .

نعم لهم التصرف فى تنميته واصلاحه ونحو ذلك مما هو راجع الى انتفاعهم به ، من غير فرق بين القول بملكهم وعدمه بعد كونهم مالكين للمنفعة أو للانتفاع به ، وكونهم مالكين له على القول به لا يقتضى ولايتهم على نحو ما للمتولى المنسوب ، كما ان عدمه لا يوجب عزلهم بالمرة ، هذا فى الادواق الخاصة ، واما فى العامة فليس لهم أمر أصلاً انتهى .

ويمكن الاستدلال للتولية والقيم ومن قام بامر الوقف باذن الواقف بحيث لا يمكن للغير الدخول فيه بالروايات الواردة مثل وصية فاطمة عليها السلام وخصوصاً التوقيع الخارج من الناحية المقدسة كما تقدم .

وفيه وأما ماسألت من أمر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها من قد يقوم بها ويعمرها ويؤدى من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل مابقى من الدخل لناحيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها انما لا يجوز ذلك لغيره ، الحديث ومثل مايدل على خبر صدقة فاطمة عليها السلام بحوائطها حيث جعلت النظر

فيه لعلى عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين عليهما السلام ثم الأكبر من ولدها لما روى في الكافي والفقيه والتهذيب في الصحيح عن أبي بصير .

قال ، قال ابو جعفر عليه السلام : ألا أقرئك (احديثك - خ) بوصية فاطمة عليها السلام ؟ قال: قلت: بلى: فأخرج حقاً أوسطاً فأخرج منه كتاباً فقرأه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اوصت به فاطمة بنت محمد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اوصت بحوائطها السبعة العواف والدلال ، والبرقة ، والمثيب والحسنى والصافية ، و ما لأم ابراهيم الى علي بن ابي طالب عليه السلام فان مضى علي فالى الحسن فان مضى الحسن فالى الحسين فان مضى الحسين فالى الأكبر من ولدى - شهد الله على ذلك ، والمقداد بن اسود والزبير بن العوام و كتب علي بن أبي طالب عليه السلام .

وروى أن هذه الحوائط كانت وقفاً . وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ياخذ منها ما ينفق على أضيافه ومن يمر به فلما قبض جاء العباس خاصم فاطمة عليها السلام فيها ، فشهد علي عليه السلام وغيره أنها كانت وقفاً على فاطمة .

وفي مجمع البحرين ما لفظه وكان لفاطمة عليها السلام سبعة حوائط منها العواف بالعين المهملة والفاء والمثيب بالناء المثلثة والباء الموحدة بعد الياء المثناة التحتانية ومال ام ابراهيم عليها السلام انتهى .

وفي ملاذ الاخبار قال في بعض النسخ بالعزاف الى ان قال وفي القاموس العزاف كشداد رمل لبنى سعد او جبل بالدهناء على اثني عشر ميلا من المدينة والبرقة قال في النهاية برقة بضم الباء وسكون الراء بالمدينة به مال كانت من صدقات رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والمثيب قال في القاموس المثيب بكسر الميم مال بالمدينة احد صدقاته صلى الله عليه وآله وسلم الخ .

ومنها حديث وقف علي عليه السلام امواله التي له في ينبع وفيه أنه يقوم علي ذلك الحسن عليه السلام يأكل منه بالمعروف ، ثم ذكر بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده الى من يختاره الحسين عليه السلام ويثق به الحديث ملخصاً .

ومنها صدقة الكاظم عليه السلام بأرضه، وقد جعل الولاية فيها إلى الرضا عليه السلام وابنه ابراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر، هذا كله مع الشرط لنفسه أو لغيره هذا.

وقد ظهر من جميع ذلك جواز اتولية الواقف لنفسه ولغيره مطلقا فكل ما صرح به امر التولية صح وهل يعتبر فيمن يقبل ذلك كونه عادلا فيه خلاف تبوتا وعدماً والاولى بل الاقوى عدم ثبوتها وان كان اولى واحسن لكنه لا دليل عليه فان قلت قد اكتفى بتصريح العدالة بمثل جعل الحسن والحسين عليه السلام قلت فلازمه كون المتولى معصوما ايضا وهو كما ترى.

وكيف كان فقد اشار المصنف الى ما يتعلق بعدم تعيين الواقف المتولى بقوله ﴿فان لم يعين﴾ الواقف ﴿الناظر كان النظر الى الموقوف عليهم بناء على القول بالملك﴾.

قال بعده في الجواهر ما هذا لفظه ونحوه في القواعد ومحكى التحرير والجامع وغيرها، واليه يرجع ما عن جماعة من اطلاق كونه للموقوف عليهم، وما في المسالك من أنه ان جعلنا الملك للواقف او للموقوف عليه مطلقاً فالنظر اليه وان جعلناه للموقوف عليه ان كان معيناً، والله تعالى ان كان على جهة عامة فالنظر في الاول للموقوف عليه وللحاكم الشرعى في الثانى و كذا غيرها مما صرح فيه بتولية الحاكم ان كان عاماً و ان كان على معين وليه بنفسه لمعلومية ابتناء ذلك على كونه في العام لله أو للمفقرء وعلى كل حال فالولى الحاكم انتهى.

وفي الحقائق قال وأما لولم يعين فانه يبني القول في ذلك هنا على أنه هل ينتقل الوقف عن الواقف بالوقف أم لا؟ و على الأول فهل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقاً، أو لله سبحانه مطلقاً، أو للموقوف عليه ان كان على جهة عامة؟ وعلى الأول والثالث فالنظر لكل منهما، وعلى الثانى والرابع فالنظر للحاكم، حيث لا يوجد الخاص ويصير الواقف في ذلك كالأجنبى، وسيأتى الكلام في تحقيق

المسئلة المذكورة ان شاء الله تعالى انتهى .

والمسألة كانت من الغرائب ان ظاهر جميع ادلة الوقف هو خروج المال عن ملك المالك الى ان يرث الله الارض وقوله عَلَيْهِ صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الارض وكذا ظاهرها عدم دخول الملك فى ملك الموقوف عليهم من اول الامر فانهم انما يملكون المنافع فقط بل لعل فيه ايضا كلام فانهم يملكون الانتفاع من الموقوفة فقط من السكنونة فيها والاستفادة من منافعها فعلى هذا قد خرج عن ملك المالك والوارث والموقوف عليهم فلا يدخل فيه بعد الخروج عن الملك اذا وقف دارا او ارضا او غيرهما فانه يزول ملك الواقف وعليه اكثر اصحاب الشافعى وخرج ابن سريج قولاً آخرانه لا يزول ملكه لقول النبي ﷺ حبس الاصل وسبب الثمرة وتحبب الاصل يدل على بقاء الملك . [دليلنا] اجماع الفرقة ولانه لا خلاف انه يقطع تصرف الواقف فى الرقبة والمنفعة وهو المعنى بزوال الملك مثل البيع والعتق ومعنى التحبب الذى ذكره عمر فى خبره هو انها صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث فرجع معنى التحبب الى ذلك دون ما ذكره ابن سريج انتهى والعجيب ما حكاه عن ابن سريج حيث زعم ان التحبب فى ملك المالك ولا يفهم ان المراد به حبسه فى سبيل الله و كان حبسا لله تعالى . وحينئذ فلولم يعين المالك لوقفه التولية لشخص فلا جرم مادام حياته كان الامر بيده وبعده كان باختيار الموقوف عليهم او الحاكم وهذا لا يتوقف على الملكية فهذا البناء فاسد كما انه لو جعل الحاكم لتولية الوقف شخصا لا يرتبط بكونه مالكا فالاختيار بعد فوته فى التولية بيد المتولى سواء كان الموقوف عليهم او الحاكم فوجوب رجوع المال الى المالك او الموقوف عليهم ساقط بالكل . ومنه يعلم ان جواز التولية لا يرتبط بالملك فيجوز للموقوف عليهم لان استفادة المنافع او الانتفاع فرع المتولى فهم محتاجون اليه واما الحاكم فهو وظيفته الشرعية ومما ذكرنا يظهر انه لو جاز بيع الوقف كما قلنا به فى موارد الخوف او التلف لا يرجع ثمنه الى المالك او وارثه او الموقوف عليهم .

نعم لو فرض ان الواقف وقف على شخص خاص او اشخاص متعينة صح نزاع المالكية والأقوال من صرف الثمن في شيء كان نتيجته نتيجة الوقف كى يبلغ ثوابه الى روح الواقف من الوقف في مكان آخر ارشء آخر وهكذا فابتناء المسألة على هذه الاقوال اوهن من بيت العنكبوت فان صراحة روايات الوقف خروج الملك عن ملك المالك بمجرد وقوع الصيغة فاذا قال صدقة لاتباع ولا توهب معناه ان الملك الكذائى قد خرج عن ملكية المالك بحيث لا يكون قابلاً للنقل الى غير الله لا الهبة ولا ثمن بيعه ولا غيرهما فاذا خرج عن ملك الواقف . فلا يعود بعد الطول الكثير فان مازال لم يعد جدا خصوصا مثل قولهم عليه السلام صدقة بتلابتاً اى منقطعة بعد الوقف عن صاحبها ولا يعود اليه لم يعد فاللازم هو التكلم فى اصل المسألة فاذا لم يجعل الواقف المتولى فى ضمن عقد الوقف فهل يصح له جعله بعد العقد كما يصح فى ضمن العقد بان يقبل المتولى باذنه اصلاح امورات الوقف والنظارة فى امره وامره غيره بعده بنحو ما لوجعل له ذلك فى نفس العقد او لا يصح كما لا يصح لغير المأذون منه فيه كلام .

والظاهر من المسالك عدمه قال ويصير الواقف فى ذلك بعد العقد كالأجنبي لكنه بعيد لان اولوية جعل الناظر بعد ذلك له ايضاً ولا يختص بكونه فى ضمن العقد وتوهم كونه كالأجنبي لعله بعيد .

ولادليل على سقوط شرط النظارة عنه بعد العقد بحيث لا مدخلية له اصلاً والقدر المتيقن خروج ماله عن امواله بالوقف واما اولويته من سائر الناس بحاله فله جعل الناظر والتولية لمن صلح لذلك وبالاذن لغيره بعده لمن صلح لذلك ويجب على القابل الوفاء بالشرط فان الواجب على المشروط عليه هو القيام بوظيفته فان الظاهر من ادلة الشرط هو الحكم التكليفى لا مجرد تسلط المشروط له على الفسخ لو خالفه المشروط عليه بل يجب عليه الوفاء بالشرط وعصى بالمخالفة وانه بعد الشرط ان خالف الزمه الحاكم بالعمل بالشرط ان لم يلتزم بالقيام به بل

وكما لا يجوز عليه المخالفة لا يجوز للمواقف عزله ايضاً الا ان يشترط عليه العزل ان شاء فالعزل بعد الجعل لا يصح الا بالشرط كما انه على المشروط عليه لا يجب القبول ايضاً واما بعد القبول كان عليه العمل على طبق وظيفة الشرعية .

وفي الجواهر ما هذا لفظه ثم الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف، لا يجوز له عزله مطلقاً ، لعموم الأمر بالكون مع الشرط ، وان كان لا يجب على المشروط له القبول ، للاصل بل لو قبل لم يجب عليه الاستمرار لما في الدروس والروضة من أنه في معنى التوكيل .

وفي المسالك ولأنه غير واجب في الأصل فيستصحب فاذا رد صار كما لناظر له ابتداء فيتمولاه الحاكم ، أو الموقوف عليه، ويحتمل العاكم مطلقاً ، لخروج الموقوف عليه من استحقاق النظر بشرطه ، فعوده اليه يحتاج الى دليل ، بخلاف الحاكم فان نظره عام ، وقد تبعه السيد في عروته فقال ليس للمواقف أن يعزل من شرط توليته في ضمن العقد بعد قبوله بل قبله أيضاً ، وكذا ليس للحاكم عزله مادام باقياً على الأهلية ومع خروجه عنها ينعزل أو يعزله الحاكم ، وهل له أن يعزل نفسه بعد قبوله أولاً ؟ وجهان . بل قولان ؟ أقواهما الأول لعدم الدليل على لزومها عليه - مع ان مقتضى الاستصحاب بقاء جواز الرد الثابت له قبل القبول .

وقد اورد في الجواهر على المسالك بقوله قلت : قد يناقش في جواز الرد بعد القبول باطلاق الأمر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين وغيرهما ممن له تعلق بالعقد والقبول بالنسبة اليه حينئذ رضاه بما اشترط له منه ، ودعوى أنه في معنى التوكيل كما ترى ، ضرورة عدم الدليل وعدم القصد بل ربما يومئ في الجملة الى ما قلناه وجوب القيام بما تقتضيه النظارة عليه مع عدم الرد لكونه من مقتضى العقد المزبور، انتهى .

اقول المناقشة واردة على الشهيد لان الامر بالوفاء يلزمه البقاء والايكون نقضا للوفاء وكيف كان فيبقى الكلام فيما اذا لم يعين الواقف الناظر لوقفه لامن

حين العقد ولا بعده في زمانه مع امر الوقف يحتاج الى ناظر يحفظه وهل يكون على الموقوف عليهم او الحاكم او لا وفي المسالك بعد قوله بجواز الناظر فسخ النظارة اذا جعله الواقف ناظرا قال ما هذا لفظه :

فاذا رد صار كما لا ناظر له ابتداء فيتمتولاه الحاكم او الموقوف عليه ويحتمل الحاكم مط لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه فعوده اليه يحتاج الى دليل بخلاف الحاكم فان نظره عام و كما يجوز شرط النظر لواحد ومتعدد موجود يجوز جعله لمعدوم تبعا كسوقه في بطون وذريته و ماشا كل ذلك عملا بعموم الامر بالوفاء بالشرط ثم ان شرط للناظر شيئا من الربيع جاز وكان ذلك اجرة عمله ليس له ازيد منه .

وان كان اقل من الاجرة وان اطلق فله اجرة مثل عمله على الاقوى .
واعلم ان وظيفة الناظر في الوقف العمارة او الا وتحصيل الربيع وقسمته على المستحق وحفظ الاصل والغلة ونحو ذلك من مصالحه هذا كله مع الاطلاق ولو فرض اليه بعضها اختص به ولو شرك معه غيره مط اشتركا على الاجتماع كما امر او خص كلا به صلاحة اختص بحسب ما عين او فرض لكل منهما الاستقلال على الاجتماع والانفراد اتبع ولو اختص احدهما بالعدالة او بقى عليها ضم اليه الحاكم حيث لا يكون منفردا او انضم الى الموقوف عليه ان انتقل اليه النظر كما تقدم وحيث يتحقق الناظر بوجه لا يجوز التصرف في شيء من الاعمال المذكورة ولا في شيء من الغلة الا باذنه وان كان المتصرف هو المستحق لها والناظر غيره مستحق عملا بالشرط هذا هو الذي يقتضيه اطلاق النص والفتوى انتهى .

ومحصل ما افاد امور لازمة قد عرفت الاشارة الى بعضها الاول لولم يعين الواقف الناظر الذي يتولى امر الوقف لافي ضمن العقد ولا في بعده كان على الحاكم ان يعين ناظرا يحفظ الوقف ونظر اليه للموقوف عليهم واحداً كان او متعددا ان ربما يحتاج الى اكثر من الواحد فكما يجوز التعدد لنفس الواقف فكذلك للحاكم

لولم يعينه الواقف بان ينظرا الى امورات الوقف .

بل يجوز للناظر الذي يتعين ان يعين آخراً بعده لو كان بمثل ذلك مأذوناً من الحاكم كما هو كذلك لو شرط عليه نفس الواقف فله النظارة بامور الموجودين والمعدومين الذين سيوجدون الثاني انه للناظر شيئاً من الربيع اى النماء والزيادة والحاصل بجميع انواعه ان شرط عليه الواقف او الحاكم ولا يجوز الزيادة مما شرط عليه ان عين له وان اطلق فبقدر اجرة مثل عمله وما يحتاج اليه الثالث تحصيل الربيع وقسمته الى الموقوف عليهم واحدا او متعددا من دون تعدد وتجاوز في ذلك وفي حق الموقوف عليهم هذا اجمال الكلام وسيأتى تفصيل بعض ذلك في محاله ثم ان للمسيد الفقيه امور راجع الى المقام ينبغي ذكرها .

الاول انه قال : يجوز للواقف أن يجعل ناظراً على المتولى ، وحينئذ فان ظهر من كلامه ان مراده من نظارته اطلاعه على أعمال المتولى وتصرفاته لا يعتبر فيها اذنه بل اللزوم اطلاعه ، وان ظهر ان مراده رأيه وتصويبه لم يجز الآ باذنه وتصويبه وان شك في مراده لزم الأمران .

الثاني انه قال : ليس للمتولى تفويض التولية الى غيره الا اذا كان الواقف اذن له في ضمن اجراء الصيغة ، من غير فرق بين صورة عجزه عن التصدى وعدمه نعم يجوز له توكيل الغير اذا لم يشترط عليه المباشرة ، كما يجوز له ايكال الأمر الى الحاكم الشرعى .

الثالث انه قال : اذا عين الواقف مقداراً من المنافع للمتولى تعين كثيراً كان اقليلاً وان كان أقل من اجرة عمله ، وليس له حينئذ مزيد ، وان اطلق استحق بمقدار اجرة عمله ، لكن استشكل صاحب الحدائق في ذلك لان منافع الوقف انتقلت الى الموقوف عليه واخراج شيء منها يحتاج الى دليل - مع ان الناظر انما رضى بذلك مجاناً وفيه ان حق التولية من مؤن تحصيل المنافع .

نعم اذا لم يكن المتولى شخصاً خاصاً وكان هناك من يتصدى تبرعاً تعين

ولا يجوز دفع الاجرة الى غيره ، ثم ان حق التولية يمكن أن يكون مستثنى من الوقف فلا يكون المتولى من الموقوف عليهم ، ويمكن أن يكون من الوقف فيكون المتولى أيضاً من الموقوف عليهم .

الرابع انه قال : اذا عين الواقف وظيفة المتولى ومن اريد منه من العمل فهو المتعين ، واذا اطلق انصرف الى ما هو المتعارف من التعمير والاجارة واستيفاء العوض ودفع الخراج وجمع الحاصل وقسمته على الموقوف عليهم أو نحو ذلك وليس لغيره التصدي لذلك حتى الموقوف عليهم ففى التوقيع .

واما ما سألت من أمر الرجل الذى يجعل لنا حيتنا ضيعة فيسلمها الى من يقوم بها وي عمرها ويؤدى من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقى من الدخل لنا حيتنا فان ذلك لمن جعله صاحب الضيعة لا يجوز ذلك لغيره . نعم بعد حصول المنافع وتعين مال للموقوف عليه لا يشترط فى تصرفه اذن المتولى ، لأن الحاجة الى المتولى انما هى فى المذكورات ، و حينئذ فاذا كان الموقوف عليه متحداً له أن يأخذ ما تعين له من غير اذن ، ولا وجه لاشكال صاحب المسالك فيه وانه آثم فى تصرفه بغير اذن المتولى وان كان مالكا ، وذلك لأن التوقف على اذنه لا يشمل مثل ذلك ، فلا يكون فى أخذه آثماً . نعم لو كانوا متعددين كانت القسمة عليهم من شغله أيضاً انتهى .

وفى الحدائق ايضا بيان امور راجعة الى المقام قال ما هذا لفظه :

الثالث - الناظر من قبل الواقف على قسمين أحدهما - أن يكون مشروطاً فى العقد ، واذا كان كذلك فانه لا يجوز للواقف عزله ، عملاً بوجوب الوفاء بالشرط الا أن يظهر ما يوجب عزله .

وثانيهما - ما لم يكن كذلك ، بان نصبه بعد العقد بالنظر المتناول فانه يجوز عزله متى شاء ، لانه حينئذ فى حكم الوكيل الذى يجوز عزله بعد الوكالة متى أراد .

الرابع - لو شرط للناظر شيئاً من الربيع صح و كان ذلك اجرة عمله ليس له أزيد منه وان كان أقل من الأجرة وان أطلق فله مثل أجره عمله .

أقول : ان أريد بالاطلاق هو عدم ذكر شىء معين ، مع ذكر ما يوجب ان له أجره ، فما ذكره جيد ، وان أريد وقوع العقد خالياً من التعرض لذلك نفيًا ولا اثباتاً فما ذكره مشكل ، لأن الوقف قد انتقل بالعقد الى من عينه الواقف من الموقوف عليه ، واخراج شىء منه يحتاج الى دليل ، وليس فى العقد ما يبدل على ذلك كما هو المفروض ، والنصوص الدالة على جواز جعل الواقف ناظرًا للوقف خالية من ذلك ، والظاهر أن الناظر انماضى بذلك مجاناً فلا يستحق أجره الخامس - قد صرح حوابان وظيفة الناظر فى الوقف العمارة له أولاً ، وتحصيل

الربيع وقسمته على المستحق ، وحفظ الأصل والغلة ، ونحو ذلك من مصالحه .
أقول : وقد صرح بذلك فى التوقيع المتقدم ذكره وهو المفهوم من اطلاق باقى الأخبار ، ومقتضاه انه لا يجوز التصرف فى شىء من الأعمال المذكورة ، ولا فى الغلة الا باذنه ، ولو كان التصرف من الموقوف عليه وهو مقتضى اطلاق كلام الأصحاب أيضاً الى آخر ما ذكره .

القسم الثالث . فى شرائط الموقوف عليه * هو على ما اشتهر فيما بينهم أنه * يعتبر فى الموقوف عليه شروط أربعة * الأول : * أن يكون موجوداً * والثانى أن يكون * ممن يصح تملكه * والثالث : * أن يكون معيناً * الرابع : * أن لا يكون الوقف عليه محرماً * وكيف كان * ولو وقف على معدوم ابتداء لم يصح كمن وقف على من سيولد له او على حمل لم ينقل * .

وفى الجواهر فانه وان كان موجوداً وصحت الوصية له وعزل الميراث له الا أنه بحكم المعدوم بالنسبة الى الوقف للاجماع المزبور ، أو لعدم قابليته للملك انتهى فالوقف على من سيولد بعد ذلك وكذا الحمل غير صحيح ولو كان وضع الحمل قريباً .

ولا يخفى ان باب الخدشة فيه واسع لعدم الفرق بين الوصية والوقف فان المراد ان كان بالموجودية فالحمل موجود في الموردين والافلا في الموردين وعلى كل حال لو كان الشرط هو الموجودية كان الحمل موجودا غاية الامر مستور عن النظر فلا يصح جعله من المعدومين وان كان المراد عدم الاهلية فالاولى جعل الشرط هي لا الموجودية مع ان عدم الاهلية ايضا غير معلوم وان كان للموت فبعد وضع الحمل ايضا كذلك .

و كيف كان فالمراد بالموجودية لا يخرج الحمل فانه موجود لا المعدوم نعم لو وقف لطفل لو تحقق حملة صح البطلان من حيث ان اصل الحمل غير معلوم وفي المسالك ما هذا لفظه قوله او على حمل لم ينفصل تفريع الحمل على المعدوم لا يخ من تجوز لانه في نفسه موجود غاية استتاره وانما يشار كه في الحكم لعدم صحة الوقف عليه من جهة اخرى وهي اهلية الموقوف عليه للتملك فانها شرط من حيث ان الوقف اما تملك العين او المنفعة ان قلنا ان الوقف يملكه الموقوف عليه واما تملك المنفعة ان لم نقل به والحمل لا يصلح اشياء منهما والفرق بين الوقف عليه والوصية ان الوصية تتعلق بالمستقبل وليس فيها نقل في الحال بخلاف الوقف فانه تسليط على الملك في الحال فيشترط اهلية المنتقل اليه له انتهى ولقد اجاد من حيث عدم صحة تفريع الحمل على المعدوم ولكن يبقى عليه اشكال عدم الاهلية فان المراد من الاهلية ليست هي الاهلية الفعلية ولو في حال الوقف بل المقصود هو الاهلية العرفية ولو بحال بعد وضع الحمل بداهة عدم فرق عرفا بينه وبين حال كونه في الرحم بمعنى عدم كونه مضر في الفصل بهذا المقدار والفرق بينه وبين الوصية ايضا غير خفى فان الاهلية في الحمل ايضا يتعلق بالمستقل وليس في حال الحمل نقل واصل النقل لو قلنا به كان في الحال باعتبار بعد الحمل في زمان قابل والوصية كذلك فان النقل في حال الحمل في زمان قابل كذلك كيف .

ولولم يكن نقل في حال الحمل كيف يضمن بحاله في الاستقبال فانه فرع النقل في الحال والحاصل لافرق بين الوقف والوصية في حال الحمل اصلا بل حال نفع المال والاستفادة منه عينا او منفعة في الوقف اقرب من الوصية فانه في الاول بعد وضعه وتولده وفي الثاني بعد فوت الموصى وربما يطول كثيرا .

وبالجملة لا ارى فرقا بين الحمل والوصية فلو صح في الثاني لصح في الاول والا فلا يصح فيهما على انه لو كان المراد بالاهلية هي الفعلية يلزم عدم جعل الارث له اذ ليس في هذا الحال له اهلية للمال مع ان اللازم جعل سهم الذكور له لاحتمال كونه كذلك .

وكيف كان فالحمل عند القوم غير موجود بالاتفاق والموجود بعنوان الحمل ليس موجودا بعنوان الانسان الخارجى القابل للوقف عليه فلا يصح الوقف للحمل مستقلا كما اذا قال وقفت الدار لهذا الحمل .

﴿ أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فانه يصح ﴾ بلا خلاف فيه بل الاجماع بل جميع الادلة .

﴿ و ﴾ على هذا ﴿ لو بدء بالمعدوم ثم بعده على الموجود ﴾ لم يصح على المعدوم لما عرفت ولكن هل يقتضى ذلك بطلان العقد رأساً ﴿ قيل ﴾ : ﴿ هو كذلك ﴾ لا يصح ﴿ حينئذ لان المشروع فيما وقف اولا للموجود كما وقف لزيد ثم للحمل فيكون وقفه وعقده صحيحاً بخلاف ما لو وقف اولا للحمل فانه كما عرفت وقف باطل فلا جرم كان عقده باطلا اذا تعلق بامر باطل فاذا بطل فلا ينعقد حتى بالنسبة الى الموجود لان تعلق العقد من الاول وقع على امر باطل فلا يسرى من الباطل الى الصحيح الابنحو الطفرة وهو صرف النظر عن الباطل و كانه لم يكن حتى يقع العقد اولا على الصحيح وهو كما ترى .

فاذا كان الوقف فعلا للمعدوم وهو الحمل بدون ان يكون لزيد فعلا وقف حتى يتولد الحمل ثم تعيش في الدنيا الى ما شاء الله ثم بعد فوته تحقق الوقف لزيد لانه

لا يصل النوبة الى زيد الا بعد تمام مدة بقاء الحمل مثلاً وفي مثله لا كلام في البطلان وهو المقطوع من الاول ولازمه تعطيل الوقف والموقوف عليه وهو زيد بل قد يكون عمر الحمل بعد تولده اطول من عمر موجود ثم موجود وهكذا وهذا هو المراد ببطلان العقد رأساً حتى بالنسبة الى الصحيح .

والحاصل لو كان المراد من العبارة ما ذكرنا فيبطل العقد بالنسبة الى المعدوم والموجود كما قيل لا يصح فانه منقطع الاول فلما محل لصحته اصلاً كما في المسالك فلا يصح القول بالصحة بالنسبة الى الموجود كما عن خلاف الشيخ ومبسوطه ولاله مناسبة بتفريق الصفقة في بيع ما يملك وما لا يملك كما فيه ايضاً .

واما لو كان المراد بالعبارة هو الوقف لهما عرضاً لا طولاً نظير هذا البيع الذي باع البايع فعلاً امرين صح احدهما ويبطل الاخر بان يكون المراد هو الوقف الفعلي للمعدوم والموجود بان يقع الوقف بمجرد الصيغة لهما اقصاه انه ابتداء بالمعدوم سهواً او عمداً فلا اشكال في الصحة في الموجود من غير ان يكون فساد الوقف في المعدوم موجبا لفساد الصحيح كما لا يوجب فساد بيع ما لا يملك صحة بيع ما يملك .

ويمكن ان يكون ذلك هو المراد من العبارة بقريئة تنظير مثل الشيخ بالصفقة ويبعد منه عدم توجهه بانه مقطوع الاول فيما كانا في الطول فجعله عرضاً دليل على ان الوقف فيهما عرضاً وفعلاً ويكون تقريباً وتنظيراً مثل قول القائل جائني جبل وزيد فبطلان مجيء الجبل موجب لتعلق جائني بزيد و يبطل في الجبل و بطلان الاول لا يوجب بطلان الثاني ولا يكون من منقطع الاول وغيره فلا يرد الاشكالات الثلاثة التي قد ذكرها المسالك في عبارته فانه قد فرض المسألة في الطول والترتيب .

فقال قده بعد عبارة المصنف ولو بدء بالمعدوم ثم بعده على الموجود ما هذا الفظه هذا هو المنقطع الاول وصورة كثيرة يجمعها عدم صحة الوقف على الطبقة

الاولى سواء كانت معدومة كما مثل ام موجودة ولكن لا يقبل الملك كما ذكره في المسئلة الاخرى بعدها وقد اختلف الاصحاب في حكمه فذهب المصنف والمحققون منهم الى بطلان الوقف رأساً لانه لو صح لزم اما صحة الوقف مع عدم موقوف عليه او مخالفة شرط الواقف وجريانه على خلاف ما قصده والتالى بقسميه باطل فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة لانه مع الصحة ان لم يجب اجراؤه على من يصح الوقف عليه المذكور او غيره لزم الاول وان انصرف الى من يصح الوقف عليه وينزل الاخر منزلة غير المذكور لزم الثاني الى آخره.

وحاصله على فرض بعيد وهو كون الوقف بنحو الطولية يلزم على الصحة احد امور الثلاثة وهي مع توضيح منا .

الاول كون الوقف بلا موقوف عليه لان الفرض كون الوقف او اعلى الباطل مثل الوقف على نفسه او الحمل او المجهول والفرض انه طولا ومعناه ان الوقف الصحيح بعد مضي الباطل فما دام نفس الواقف او الحمل بعد وجوده باقيا لم يصل النوبة بالصحيح فحينئذ يكون الوقف بلا موقوف عليه ان نفس الوقف على الحمل باطل فلا يكون موقوفا عليه الصحيح الابد احدهما ولو بعد مضي زمان الكثير.

وقد عرفت ان هذا الاشكال وارد على الطولية لا العرضية فان معنى العرضية كما هو الظاهر كون الوقف على الباطل والصحيح في عرض واحد اقصاه انه بالنسبة الى الباطل غير واقع ويصح في حق الصحيح فيقسم سهم الصحيح عليه من اول الوقف وعلى هذا يرتفع الاشكالين الآخرين ايضا لان الوقف حينئذ لا يكون معلقا على مضي امر الباطل بل من حال الوقف متحققا .

واما الثالث وهو كونه على خلاف قصد الواقف وهو ايضا باطل فانه يرد عليه لو كان على الطول وحينئذ كان قصد الواقف وقوع الوقف من اول الامر والفرض عدمه فيكون على خلاف قصده واما لو كان الباطل والصحيح كلاهما داخلين في الوقف في عرض واحد اي معا فيكون على طبق قصده اقصاه ان الباطل يخرج

وكان خروجه بسوء اختيار الواقف او جهله من ادخاله فى الوقف من كان لا يدخل فيه شرعاً .

وبالجمله ان كان الوقف على الطول والترتيب فالحق مع القائلين بالبطلان والافالحق هو الجواز ونحن نذكر العبارات حتى يعلم مقصودهم ومنهم صاحب الحدائق وظاهره جعله المسأله من الاول فقال فيه :

قد عرفت أن من شرائط الوقف اخراجه عن نفسه ، ولاخلاف فى بطلانه لو وقف على نفسه ، سواء اقتصر على ذلك او جعله بعد نفسه لغيره ، انما الخلاف فيما اذا جعله لغيره بعد ذكر نفسه وهو الوقف المنقطع الاول فقيل : بالصحة فيه وهو قول الشيخ فى المبسوط والخلاف ولا فرق فى ذلك بين أن يقفه أولاً على نفسه أو على غيره ممن لا يجوز الوقف عليه ، ومرجه الى منقطع الأول والمشهور فى كلام الأصحاب بطلان الوقف من أصله ثم نقل عبارتى الخلاف والمبسوط الآتية الى ان قال :

واستدل العلامة فى المختلف والشهيد الثانى فى المسالك على البطلان كما هو المشهور بما ملخصه أن اللازم من القول بالصحة أحد أمور ثلاثة اما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه ، أو وقوع وقف المشروط ، أو عدم جريان الوقف على حسب ماشرطه الواقف ، واللوازم كلها باطله ، ويرجع فى توجيه الملازمة الى ما ذكره ثمة .

ثم قال والظاهر فى الاستدلال على ذلك هو ما رواه فى الكافى عن على بن سليمان الى ان ساقها وغيره الى ان قال والظاهر عندى فى الاستدلال على بطلان الوقف المنقطع الأول هو أن يقال : لا ريب أن الأصل عصمة المال من الانتقال الا بدليل شرعى ، و لم نعلم من الشرع صحة الوقف بهذه الكيفية ، فان الأخبار الواردة فى الوقف عنهم ^{عليه السلام} فعلاً أو أمراً أو تقريراً انما اشتملت على الوقف أولاً على من يصح الوقف عليه ، ثم على من عقبه به ، فلو صدره بمن لا يصح الوقف عليه

من نفسه ، أو غيره من الافراد المشار اليها آنفاً فالحكم بالصحة يتوقف على دليل وليس فليس ، وتخرج الروايات المذكورة شاهدة على ذلك ، وان كان موردها أخص والمفهوم من عبارة المبسوط أن القائل بالصحة انما هو من المخالفين ، لان مرعى لفظ الناس ذلك ويعضده ما ذكره من التعليل العليل فانه الأربط بمذاهب العامة وان استحسنته هنا وتبهم فيه ، كما أن قوله الذي يقتضيه مذهبنا ، فيه اشارة الى الاتفاق عليه عندنا وتعليله المذكور جيد ، كما ذكرنا انتهى .

قوله ولم يعلم من الشرع صحة الوقف بهذه الكيفية الى آخره ظاهرة في كون الوقف بنحو الطولية والترتيب والافلو كان بنحو العرضية وكونه من اول الامر وقفا للصحيح والباطل لما يصل النوبة بهذا التفصيل فانه صحيح في حال العقد غايته لم يصح في الباطل بعينه وكان نظير بيع مالا يملك ويملك معاً ثم ان ارجاع عبارة المبسوط الى المخالفين عجيب منه .

قال السيد الفقيه في عروته لو وقف على معدوم و موجود على القول بعدم جواز الوقف على المعدوم مطلقاً أو في خصوص الذي قلنا بعدم جواز الوقف عليه صح بالنسبة الى الموجود في مقدار حصته وبطل بالنسبة الى حصة المعدوم ، وكذا لو وقف على موجود وبعده على معدوم .

واما لو بدأ بالمعدوم ثم الموجود فلاشكال في بطلانه بالنسبة الى المعدوم واما بالنسبة الى الموجود فالمشهور بطلانه أيضاً ، وعن الشيخ في خلافه ومبسوطه صحته بالنسبة اليه ، وتبعه في ذلك بعض ، وكذا الحال لو بدأ بمن لا يصح الوقف عليه من جهة أخرى ، مثل الوقف على نفسه أو على المملوك أو على المجهول فان المشهور على بطلانه بالنسبة الى من يصح الوقف عليه أيضاً وعن الشيخ صحته في حقه والأقوى الصحة والتبعيض فان الظاهر انه لا فرق في التبعيض بين كونهما في العرض أو في الطول ، كما فيما نحن فيه فان المرتبة المتأخرة أيضاً تتلقى من الواقف ، وما قد يقال : من ان مراد الواقف في السلسلة الطولية المرتب بقيد

الترتيب فلا يمكن الحكم بالصحة في البعض دون البعض ، محل منع اذ لا فرق بين الترتيب والجمع بينها في التقييد بالمجموع وعدمه ، اذ في الجمع أيضاً يمكن أن يقال : ان مراده المجموع فلا يمكن الحكم بصحة البعض دون البعض . نعم اذا علم ارادة التقييد فاللازم الحكم بالبطلان سواء في الطولى والعرضى ، هذا . واستدلال : المشهور القائلين بالبطلان بان اللازم من الحكم بالصحة أحد المحاذير الثلاثة ، اما الوقف بلاموقوف عليه ، أو الوقف المشروط أى المعلق أو كون الوقف على خلاف ماقصده الواقف ، اذ لو قلنا : بصحة من حين وقوعه مع عدم الموقوف عليه ازم الأول ، وان قلنا : بكون الموقوف عليه هو الموجود أو من يصح الوقف عليه بعد انقضاء مدة المعدوم أو من لا يصح الوقف عليه ازم الثانى ، وان قلنا : ان الموقوف عليه هو الموجود أو من يصح من حين وقوع الوقف ازم الثالث .

والجواب: انا نختار الوجه الثانى ولا محذور فيه اذ التعليق وتأخر أثر السبب انما يضر اذا كان الانشاء كذلك ، واما اذا لزم ذلك من جهة بطلان الوقف بالنسبة الى البعض فلا مانع منه ، نظير ما يقولون : ان الجهل بمقدار الثمن أو المثلث انما يضر فى البيع اذا كان حين الانشاء .

واما اذا لزم ذلك من قبل تبعض الصفقة فلا ضرر فيه ، وهما بيننا ظهر ان منافع الوقف قبل انقضاء مدة المعدوم أو غيره ممن لا يصح الوقف عليه باقية على ملك الواقف وانه لا وجه لما قديقال : من كونها للفقراء أو كونها لمن بعده انتهى ويرد عليه ما لا يخفى من انه جعل البحث طولا لاعراضا ومع ذلك صححه من حيث التبعض والصحة من حيث الصحيح والباطل من حيث الباطل .

وقد عرفت انه لا يتصور الا فيما كان الوقف عرضا لا طولا اذ معنى الطولية حصول نوبة الوقف بموقوف عليه بعد تمام مدة الباطل وانه على فرض الطولية يرد الاشكالات الثلاثة حيث ان كونه مقطوعاً حينئذ معلوم والمشروط اى معلق على

ذهاب مدة الباطل ايضا معلوم وقصد الواقف وقوع الوقف من الاول ايضا معلوم .
وما اجاب عن الاشكالات على فرض الطولية غير دافع للاشكالات .
وكيف كان فهو اجنبى عن المقام والحكم بالبطلان من المصنف وغيره مع
انه لا يكون من قبيل المنقطع الاول من حيث انه ان ابتداء بالباطل يمكن سريته
الى الصحيح كما يمكن ان يقال فى بيع ما يملك وما لا يملك بالبطلان فى الجميع
وكيف كان ففى الخلاف قال اذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد
او حمل لم يوجد اورجل مجهول وما شبه ذلك ثم بعد ذلك على اولاده الموجودين
فى الحال وبعدهم على الفقراء والمساكين بطل الوقف فيما بدء بذكره لانه لا يصح
الوقف عليهم وصح فى حيز الباقي لانه يصح الوقف عليهم وللشافعى فيه قولان
بناء على تفريق الصفقة فاذا قال بتفريق الصفقة قال مثل ما قلناه واذا لم يقل بذلك
ابطل الوقف فى الجميع .

[دليلنا] انه ذكر نوعين احدهما لا يصح الوقف عليه والاخر يصح فاذا بطل
فى حيز من لا يصح الوقف عليه صح فى حيز من يصح الوقف عليه لانه لا دليل على
ابطاله ولا مانع يمنع منه (فيه) انتهى ظاهر العبارة وقوع الجميع فى صيغة واحدة
بعضها عقيب بعض حيث قال صح فى حيز من يصح الوقف

وكذا ظاهر المصنف حيث قال و لو بدء بالمعدوم ثم بعده على الموجود
وقوع الصحيح والباطل فى عرض واحد اى يكون كليهما فعلا نحو قوله اعط زيدا
وعمرأ فلو كان المراد ماهو الظاهر من العبارة فلا اشكال اصلا فانه فى الباطل لما
توقف على نفسه والمعدوم باطل وفى الموجود صحيح سواء قدم المعدوم ام الموجود
بان يقول وقفت الدار للحمل ولزيد .

وهذا هو الظاهر من العبارة ولا اشكال .

وقال فى المبسوط : اذا كان الوقف منقطع الابتداء ، ومتصل الانتهاء ، بأن
يقف أولا على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كمن يقف على نفسه أو

عبده أو المجهول أو المعدوم أو الميت ، ثم على الفقراء والمساكين ، الذى يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف ، لانه لا دليل عليه ، وفى الناس من قال يصح تفريق الصفقة ، واذا قال : لا يصح تفريق الصفقة بطل الوقف فى الجميع ، وبقي الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه ، ومن قال : يصح تفريق الصفقة أبطله فى حق من لا يصح الوقف عليه ، وصححه فى حق الباقيين ، وهذا قوى يجوز أن يعتمد عليه ، لأننا نقول بتفريق الصفقة ، انتهى .

ولا يخفى ان مبنى المسألة على صحة تفريق الصفقة فى البيع وعدمه واختياره الصحة اقوى شاهد على ان المسألة ليست مرتبة وطولا فلا مانع من الصحة بل مثل ذهاب الشيخ الى ذلك يكون قرينة معينة على ذلك فلا يتم ما فى المسالك والجواهر ردا على الخلاف .

والمبسوط فانه بمذوق المصنف وقيل قال والقائل الشيخ فى محكى خلافه ومبسوطه يصح على الموجود ثم نقل عبارة الخلاف كما عرفت ثم حكى حاصل المبسوط بما هذا لفظه وقال فى الثانى ما حاصله أنه مبنى على صحة تفريق الصفقة التى اعترف بالقول بها الى ان قال وعن يحيى بن سعيد فى الجامع موافقته فى الصحة فى حق الباقيين ، و كانه مال اليه فى غاية المراد الخ ثم رده بقوله .

وفيه - مضافاً الى ما عرفت - أنه مبنى على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذى قد تقدم الكلام فيه فى محله ، بل فى المسالك أنه مناف أيضاً لاعتبار اخراج الواقف نفسه عن الوقف ولو وفاء دين او غلة سنة فى سنة فى صحة الوقف ، وتشبيهه له بمنقطع الوسط رد له الى المتنازع فانه بمثابة منقطع الاول فيما بعد انقطاع ، وان أراد فيما قبله فالفرق واضح انتهى .

الضمير فى انه راجع الى الصحة فى الموجود وان صحته مبنى على عدم بطلان الشرط اى التعليق وحيث كان صحة وقف الموجود موقوفاً ومعلقاً على ذهاب مدة وقف الباطل قال بما حاصله ان صحة وقف ما لا مانع منه مبنى على عدم بطلان الشرط

اى التعليق فى العقد لكنه مبطل فالتفكيك بين الباطل والصحيح بالباطل فى الاول والصحة فى الثانى موجب لتعليق الوقف حيث ان منافع الوقف الى الموقوف عليه معلق على انقراض وقف الباطل كالوقف على نفسه او المجهول او الحمل ولكنك قد عرفت ان العقد ليس طوليا كى يكون وقف الجامع للشرائط معلقا على ذهاب وقف الباطل وانقراضه بل كلاهما فى عرض واحد والواقف وقف شئيه ما يبطل وما يصح دفعة ومعا وليس فيه تعليق بل الوقف فى الصحيح صحيح وفى الباطل باطل كبيع ما يصح مع ما لا يصح دفعة وصفقة كالخنزير والشاة فيبطل البيع فى الخنزير ويصح فى الشاة فما تقسط هو الباطل ويسقط عنه سهمه راجع ج ٢٢ ص ٧٢ الى ٨١ .

نعم لو قلنا ببطلان بيع ما يملك وما لا يملك كان وقفه ايضا كذلك فيكون فى المقام كلاهما باطلين والغرض صحة بيع ما يملك كالشاة فالمقام كذلك كما صرح به فى المبسوط .

والعجب من الحدائق حيث زعم ان ذهاب الشيخ الى صحة ما لا مانع من وقفه دون الاخر تقيية من تعبيره بقوله وفى الناس ولم يتوجه بقوله وهذا قوى فانه ولو فرض ان هذا القول للمامة .

ولكن لو صح بحيث لقواها فهل يضرنا مع قوته وصحته بمجرد كونه للمامة كلا والالزم التعصب والعناد وليس دأبنا ذلك وان القول الصحيح لو كان لزم الالتزام به من اى قائل ومذهب كان والرشد فى خلافهم فيما كان خلافهم فى امر كان باطلا عندنا ومخالفتنا مع العامة فى امر الولاية ليس للعناد والتعصب بالنسبة اليهم بل لفساد قولهم وعنادهم بالنسبة الى على بن ابي طالب عليه السلام فانه بعد تصريحات كثيرة من الكتاب والسنة على وصية على عليه السلام تخلفوا واعرضوا عن ذلك ويكذبون الرسول ﷺ .

وقوله بان الرجل ليهجر عند مطالبة القلم والدوات فى حال الاحتضار مع

قوله تعالى في حقه ﷺ وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى كان ذلك لمجرد العناد والتعصب فلو كان قواهم حق لاتبعناه فلو فعل الرسول ﷺ ما في حق على في يوم الغدير في حق ابي بكر ويقول في مجمع من الناس من كنت مولاه لا بوبكر مولاه لكننا نحن معاشر الشيعة كلنا نتبعوه ﷺ وجعلنا الخليفة بعده ابا بكر ولكن هيهات هيهات وانى لهم بذلك وبالجملة مع تصريح الشيخ بصحة تفريق الصفة مع ظاهر عبارته في العرض لا الطول لامتني لقول الحدائق بالتقية فانه موجب لتضعيف قول الحق وتقوية الباطل وهو القول بفساد الوقف في الفاقد والجامع .

مع ما قد عرفت من تكرارنا لاهميته عدم المانع من القول بالصحة في الجامع ولا وجه لبطلانه الا توهم الطولية ومنه يظهر فساد قول السيد الفقيه من جهة ان القول بالصحة في الجامع يجمع مع العرضية والطولية هذا .
وفي التنقيح بعد قول المصنف ما لفظه وهنا فوائد :

(الاولى) لو وقف على معدوم ابتداء للشيخ قولان : أحدهما الصحة لانه ذكر نوعين أحدهما يصح فيه والاخر لا يصح في من يصح و يبطل في الاخر ، وثانيهما البطلان وهو اختيار المصنف بالعلامة وعليه الفتوى ، لان الوقف انشاء والانشاءات علل الاحكام والعلل يجب اتصالها بمعلولاتها زماناً والمعلول هنا استحقاق منافع الوقف فوجب أن يكون المستحق حاصلًا حال الوقف لكنه غير حاصل في الحال أما الاول فلان الفرض عدمه ، وأما التابع له فلان استحقاقه في الحال مخالف لشرط الواقف ، فانه شرط أن يكون الاستحقاق بعد انقراض الاول انتهى .

ويرد عليه النقص بالطبقة الثانية والثالثة وهكذا في الوقف الصحيح اذا انشاء وعلل الاحكام حاصل و لازمه عدم انفكك المعلول عن العلة مع انه ليس حاصلًا اللطبقة الاولى وغيرها لا يتحقق الا بعد ذلك فان قلت الطبقات المترتبة بعد الاولى قد انشأت كذلك اى كانت حاصلة بعداً فبعد فيحصل على طبق انشاءه .

قلت المعلول ليست دائراً مدار جعل العلة والانفكك وعدمه ليس باختيار

الجاعل والعلل والمعلول الشرعية كالواقف .

ولا يصح ان يقال انها معرفات فالعلة بمجرد وقوعها يتحقق معلولها اريد لايجادها اولابداها ان طلوع الشمس علة للاضاءة وغروبها للظلمة وقد تحققنا بذلك فالطبقة المتأخرة اما لا يكون بمناط الانشاء والعلية والمعلولية او يكون وعلى الاول لا يرد اصل الاشكال وعلى الثانى يرد عليك النقض المذكور .
نعم قد اتى فى امر الثالث بما هو الحق حيث ذهب الى التفصيل المذكور وصحة الجامع للشرائط اذا كان الوقف لهما عرضا فقال ما هذا لفظه (الثالثة) لو وقف على وجود ومعدوم معاً احتمل اختصاص الموجود به ، لان العطف يقتضى تساوى النسبة والموقوف وهو المجموع ، فهو يقتضى ثبوته لكل واحد واحد ، لكن ثبوته للمعدوم باطل فيكون للموجود . واحتمل أن يكون للموجود النصف ، لاقتضاء العطف التشريك ، ولانه اضافة الى المجموع من حيث هو مجموع فلا يعطى لواحد والثانى أقرب انتهى .

ولقد اجاد وهو مقتضى التحقيق كما عرفت من اول البحث الى هنا منا .
واما قوله مناف ايضا لا اعتبار اخراج الواقف نفسه فيما لو وقف الواقف على نفسه ففيه انه اذا حكمنا بالتفريق بينهما والقول بالبطلان فى خصوص الوقف على نفسه قد خرج الواقف عن وقفه ايضا اذ الفرض كونهما عرضا فيقدر سهم الواقف وهو النصف ويخرج عن الوقف ويرجع الى الواقف وبقي نصفه الاخر للموقوف عليه من اول الوقف لاطولا ومعنى خروجه ان الموقوف يقسم بينهما ونصفه لمن وقفه صحيح والباقي يرد الى الواقف ايضا .

وانت اذا احطت خبراً بما ذكرنا تعرف وجه القولين صحة وسقماً وانما مسألتنا لا يكون مر بوطا بمثل الطولية كى يرد عليه احدا الاشكالات الثلاثة وانما يرد على القول بصحة احدهما دون الاخر لو كان الوقف بنحو الترتيب .
بيان ذلك انه لو كان بنحو العرضية فمن اول الامر جعل الواقف كليهما

داخلا في الوقف وجعل لكل منهما سهما وحيث كان سهم مثل الحمل او نفس والواقف ونحوهما باطلا قد اسقطه الشارع عن الوقفية ولكن سقوطه لا يضر بحق من وقع وقفه صحيحا فيسقط الباطل دون الصحيح .

واما على الطولية والترتيب معناه جعل الواقف في الوقف هذا الباطل اولاً ثم بعده هذا الصحيح ففي زمان عدم انقضاء الباطل لاسهم للموجود الصحيح وحيث كان الاول باطلا ولم يتحقق للثاني فعلا سهم فبطلانه وفرض سقوطه يوجب محرومية الموجود اذ لم يتحقق له شيء اصلا فكون الموقوفة بعد سقوط الاول للثاني يحتاج الى الدليل . واما لو جعل من اول الامر حقا لهما في عرض واحد فاذا سقط فرض الباطل بقي فرض الموجود بحاله بنفس الصيغة .

وبعبارة آخر ثبوت الموقوفة للفاقد على العرضية كان بجعل الواقف بنحو الشركة غاية لم يمضه الشارع فيسقط وسقوط سهمه لا يبطاله لارتباط ثبوت سهم الاخر فتساويهما بجعل الواقف لا يوجب سقوط حق الموجود بل باق بحاله ويسقط عن الفاقد للشرائط بسقوط نفسه بخلاف الطولية فلم يجعل الواقف للموجود شيئا الا بعد انقضائه فاذا حكم الشارع ببطلانه وسقط مع حقه ليس للموجود شيء حتى يثبت له ولو بالاستصحاب خذوا غنم فلا اشكال في التفصيل بين البطلان للمعدوم والصحة للموجود .

ومنه ظهر عدم تمامية ما في عروة السيد من صحة التفصيل على العرضية والطولية اللهم الا ان يقال على الطولية ايضا لا يضر القول بصحة الجامع للشرائط فقط ولا يلزم التعليق على انقراض الفاقد ببيان ان الفرض هو بطلان الاول فاذا كان وقفه باطلا تقدم قول الشرع على الواقف فانه وان عين الباطل اول في الوقف كنفسه او الحمل او العبد لكنه ملغاة عند الشرع فلا يعنى به .

وبذلك البيان لافرق في التفصيل والقول بالصحة في الجامع للشرائط فقط فانه بعد القاء الشرع الباطل كان الاول وقفاً هو الجامع فلا تعليق في البين ولا كون

الوقف بلا موقوف عليه تدبر .

ثم ان كان مرادهم بالوقف على المعدوم هو الحمل وقد عرفت عدم تمامية ما يقال فى عدم جواز الوقف عليه مع صحة الوصية له وقد ظهر عدم الفرق بينهما كما فصل ذلك الفقيه فى عروته ولا يخلو ذكره عن فوائد فقال ما لفظه :
فى شرائط الموقوف عليه وهى امور .

أحدها : أن يكون موجوداً فلا يصح الوقف على المعدوم الذى لا يمكن وجوده بعد ذلك أيضاً كما لو وقف داراً على زيد لسكنائه بتخييل انه موجود فتبين موته قبل ذلك .

واما اذا وقف على من سيوجد من أولاده فظاهرهم الاجماع على عدم جوازه أيضاً ، بل ظاهرهم الاجماع على عدم جواز الوقف على الحمل ، قالوا : لان الوقف تمليك ولا يعقل تمليك المعدوم فان الملكية صفة وجودية تستدعى محلاً موجوداً ، ولهذا لا تصح الوصية للمعدوم ، وهذا من الوهن بمكان .

اذا ولا : لا يتم فى الحمل فانه موجود ودعوى عدم قابليته للملكية ولذا لا تصح الوصية له كما ترى اذ لا فرق بين الحمل والرضيع خصوصاً مع فصل قليل كما اذا كان قبل الوضع بربع ساعة واشترط ارثه بتولده حياً ، ليس لعدم قابليته للملكية بل للدليل الخاص فلا يصح القياس عليه ، ولذا استشكلنا على حكمهم فى الوصية له باشرط تولده حياً .

وثانياً : يرد عليهم النقض بما اذا كان تبعاً لموجود فانهم يجوزونه ، كما اذا وقف على أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم وكما فى سائر البطون اللاحقة فان تمليك المعدوم لو كان غير معقول لم يكن فرق بين الاستقلال والتبعية ، وما فى الجواهر ومن ان معنى تبعية البطن الثانى للاول ان الشارع جعل عقد الوقف سبباً لمالك المعدوم بعد وجوده فالوجود حينئذ كالقبض أحد أجزاء العلة التامة فى ثبوت الملك له لانه مالك حال عدمه ، فيه انا نقول بمثله فى المعدوم أولاً أيضاً .

وثالثاً : لافرق في المعقولية وعدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك مع انهم يجوزون تملك الكلى في الذمة - مع انه ليس شيئاً موجوداً في الخارج وأيضاً يجوزون بيع الثمار قبل برزها عامين اذ مع الضميمة ، ويجوزون تملك المنافع وليست موجودة بل يستوفى شيئاً فشيئاً ويجوزون الوصية بما تحمله الجارية أو الدابة ونحو ذلك .

ولو كانت الملكية تحتاج الى محل موجود لم يتفاوت الحال بين كون المالك معدوماً أو المملوك ، ولادوجه ولا طائل فيما ذكره صاحب الجواهر - في دفع اشكال تملك المعدوم حيث قال : وفي مثل بيع الثمار يمكن منع تحقق الملك حقيقة ، بل اقصاه التأهل للملك والاستعداد له على حسب ملك النماء لملك الاصل وملك المنفعة لملك العين ، فهو من قبيل ملك أن يملك لانه ملك حقيقة بل بالأسباب المقررة استحق أن يملك المعدوم بعد وجوده لانه مالك للمعدوم حقيقة انتهى ، مع انه كيف يتحقق البيع حينئذ مع كونه تملكاً حقيقة .

ورابعاً : ان التحقيق ان الملكية من الأمور الاعتبارية فوجودها عين الاعتبار العقلاني ، وليست كالسواد والبياض المحتاجين الى محل خارجي ، بل يكفيها المحل الاعتباري ، بل أقول : ان جميع الاحكام الشرعية من الوجوب والحرمة ونحوهما وكذا سائر الوضعيات وأحكام الموالى بالنسبة الى العبيد والاسلاطين بالنسبة الى الرعايا ، اعتبارات عقلائية حقيقة عين الاعتبار ولا وجود لها في الخارج غير الاعتبار فيكفيها المحل الموجود في اعتبار العقل ، كيف والالزم عدم تعلق الوجوب بالصلاة والحرمة بالزنا الابد وجودهما في الخارج نعم مبانيها من الحب والبغض والارادة والكرهه أعراض خارجية ، ويتفرع على ما ذكرناه من التحقيق مطالب كثيرة .

وخامساً : ان الوقف ليس تملكاً كما مر مراراً الى آخره والمقصود ان مثالهم للمعدوم بالحمل فرقا بينه وبين الوصية له في غير محله واما الوقف على نفسه

فاستدلوا على بطلانه بروايات منها مارواه فى الكافى عن على بن سليمان قال: كُتبت اليه معنى أبا الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لى ولد لى ضياع ورثتها من أبى وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثنان ، فان لم يكن لى ولد وحدث بى حدث فماترى جعلت فداك ؟ لى أن أدقف بعضها على فقراء اخوانى والمستضعفين أو أبيعها وأنصدق بثمانها فى حياتى عليهم ؟ فانى أنتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتى ، فان أدققتها فى حياتى فلى أن آكل منها أيام حياتى أم لا ؟ فكتب عليه السلام : فهمت كتابك فى أمر ضياعك ، وليس لك أن تأكل منها ، ولا من الصدقة ، فان أنت أكلت منها لم تنفذ ، الحديث والظاهر ان مراده عليه السلام عدم النفوذ لو كان قصده ذلك قبل الوقف وحينئذ لا ينفذ لا بعد تمام الوقف ضرورة ان الاكل بعد وقفه لا يوجب البطلان

﴿ و ﴾ من جميع ذلك ظهر ان قوله ﴿ الاول ﴾ وهو عدم الصحة فيهما لا يكون ﴿ اشبه ﴾ باصول المذهب بل خلاف اصوله كما عرفت كما ظهر فساد ما فى الجواهر فى تقرير عدم الصحة فتأمل جيداً .

﴿ و كذا ﴾ ظهر ايضاً لك الحال فيما ﴿ لو وقف على من لا يملك ثم على من يملك ﴾ بان يقف اولاً على العبد او الحيوان او الملك بناء على ان العبد لا يملك على خلاف مختارنا ثم بعده وقف على من يملك كالانسان فقال المصنف ﴿ وفيه ﴾ ال ﴿ تردد ﴾ والخلاف المزبور ﴿ و ﴾ لكن ﴿ المنع أشبه ﴾ اى البطلان فى كليهما اشبه ووجهه انه جعلها طولاً وقد عرفت ان الظاهر من ذلك انه عرضاً دفعة فيهما من غير ترتيب فيكون فى ما لا يملك باطلاً وفى ما يملك صحيحاً بعين ما عرفت .

ويمكن ان يكون وجه تردده ذلك ولا فرق بينهما وفى الجواهر بعد العبارة تأييد للمنع قديين ووجهه بالترتيب والطولية الموجبة لخلو الوقف عن الموقوف عليه ولا نظيل بذكره فراجع .

و كذا فى المسالك فقال بعد قوله و كذا لو وقف على من لا يملك ما لفظه

الحكم فيه كما تقدم ويزيد القول بالصحة هنا ضعفا لو كان من لا يملك لا يفرض انقراضه كالوقف على الميت او الحائط او يجهل وقف انقراضه كالوقف على الملك فان انصراف الوقف ابتداء الى من يصح الوقف عليه خلاف الشرط ولا مدة معلومة تترقب حتى يكون هناك شرط منضم الى وقف منجز كما قاله لكن الشيخ ههنا جزم بانتقال الوقف الى من يصح عليه ابتداء كما حكينا عنه ولا يخفى ما فيه انتهى .
وقوله ويزيد اى القول بالصحة هنا اضعف من مسألتنا لامكان كون ما لا يملك اطول انقراضا او لا انقراض له اصلا فعلى الجامع للشرائط حينئذ يلزم انقطاع الوقف عن ادل الامر فى كل الاحوال كما لو كان الوقف للادل لحائط او ميت او ملائكة التى لاموت لها ضرورة ان الوقف لو كان طوليا وقع فى المرتبة الادلى للفاقد عن الشرائط وفى الثانية للجامع معها فيكون الوقف منقطع الابتداء فصح صحة الوقف للجامع ليس له من الموقوفة شيى الى ما شاء الله .

وفى التنقيح بعد قوله : وان يكون ممن يملك ما هذا لفظه هنا فوائده :
(الاولى) لا كلام فى تملك الموقوف عليه للمنافع ، وحينئذ يشترط كونه ممن يملك ، فلو وقف على الجدار او الدابة او على من لا يمكن نسبة الملك اليه كجبريل والجن بطل .

(الثانية) لو وقف على الحمل أمكن الصحة لتملكه الوصية والبطلان لعدم القطع بحياته ولانه لم يثبت ملكه ابتداء الا فى الوصية . وفرق بينها وبين الوقف لان الوقف يملك فى الحال والوصية تملك فى المال .

﴿ وكيف كان فقد عرفت أنه لا خلاف بيننا كما لا اشكال فى أنه ﴾ لا يصح ﴿ الوقف ﴾ على المملوك ﴿ بجميع أفراده المشتركة و نحن وان قلنا بما لكية المملوك فى ج ٢٥ ص ٧٩ لكن المانع من الوقف هنا كونه محجورا عليه .

﴿ ولا ينصرف الوقف الى مولاه ﴾ كون المفروض ﴿ أنه لم يقصد بالوقفية ﴾ وانما كان قاصدا للبعد ﴿ هل يصح الوقف على الجهاد اولا والظاهر نعم بل

كما فى الجواهر لاختلاف ولا اشكال فى انه **﴿ يصح الوقف على المصالح ﴾** الراجعة الى كافة الناس والاشكال فى الوقف على المصالح من حيث ان الوقت لا يصح الاعلى من كان قابلا للقبول ملكا او منفعة والجهات لا يكون قابلة لذلك .

وبالجملة الملكية صفة وجودية فلا بد لها من محل موجود .

وتوهم انها امر اعتبارى كما ترى والالزم تعلق الحجج والزكاة بامر اعتبارى لكن الجهات امر اعتبارى وليس قابلة للملكية ويضعف بان الجهات و المصالح راجعة الى اهل هذه المصالح والجهات فلا يكون الوقف لمجرد المصالح بل باعتبار العلماء او الناس او الفقراء .

فلا اشكال حينئذ فى الوقف فى الجهات فان الوقف فى الحقيقة الى مصاديق الجهات فالوقف للمسجد راجع الى اهل المسجد لعبادتهم فالنفع والانتفاع لمن صلى فيه والوقف للقناطر وقف للعابرين عنها وهكذا .

ثم انه قد يختلج ببال بعضهم صحة كون الدولة مالكا فانها ايضا وان كانت اعتباريا لكنه بلحاظ من كان امور المملكة بيدهم فهذا الامر الاعتبارى منشأ الافراد الخارجية فصح كونهم مالكا .

قلت الكلام فى المقام لوجعل مال للجهات وانه صحيح باعتبار اهلها قرابة الى الله وقفا او نذرا او هبة ونحوها لان ما يؤخذ من الانسان قهرا وظلما كانوا مالكين فالمقام فى الدفع اليهم قرابة لافى الاخذ عنهم ظلما فما ابعدهما بينهما واخذ عن الناس ظلما باى نحو وجهه كان حراما وضا مانا فضلا عن كونهم مالكا .

ولازم توهم ذلك كون الاخذ بعنوان شىء مثل ما يسمى [بماليات] والعشريات ونحوها كونهم مالكا له وهو خلاف بل كان ضامنا .

نعم لو وقف لهم قرابة من حيث ان امور اصلاح المملكة بايديهم لكان بالدفع مالكا على القول بالمالكية ويكون داخلا فى عنوان المقام كالعلماء والطلاب والفقراء فالفرق بينهما بين فان الدولة وان كانت ليست شخصا معيناً خارجيا حتى

يصح تملكه بل عبارة عن جمع يكون اماره مصالح المملكة بايديهم ولا يعقل كون هذه الهيئة مالكا لشيء الا اذا دفع اليهم لاما يأخذون .

فالدولة اى الهيئة المصلحة لامور المملكة قد اخذت من الناس عكس الجهات والاخذ كان ظلما فلان مناسبة لدخول الدولة فى المصالح فلان المالكية لها بالنسبة الى الاموال المأخوذة ولا بالنسبة الى الامور التسلطية كقتل الناس وحبسهم ظلما وضربهم فان المالكية لمثل هذه الشئون ليس لاحد بعد الاثمة الاطهار الا للفقير الجامع للشرائط فقط فى امور معينة محدودة كحفظ مال اليتيم او الغائب و نحوهما من الامور القليلة لايتمثل الامر بالخراب والبناء واخذ مال الناس والتسلط عليهم وامره بطلاق الزوجة وتزويج المرأة و خراب المساجد وبنائها فى الاراضى الغصبية وان كان المراد بالدولة شخص خاص كملك المدينة المعينة فهو مالك لاموال نفسه لو كان لا الاموال الذى يأخذ من الناس غصبا وقهرا .

فلوجه لكونه مالكا لاموال الناس وانفسهم بوجه بخلاف الجهات فى المقام ﴿ كالقناطر ﴾ وهى البناء المعقودة للعبور من الماء او الارض ويقال لها بالفارسية [به بل] : نحوها من كل شيء يرجع الى منافع المسلمين لمعاشهم وعباداتهم كالمدراس والحمام وتزويج العزاب ﴿ والمساجد ﴾ لعموم الأدلة ولا ينافى ذلك عدم قابليتها للملك ﴿ لان الوقف فى الحقيقة على ﴿ الناس ﴾ المسلمين ﴾ وان وقعت هى فى اللفظ والقصد الأدلى ﴿ لكن ﴾ المراد حقيقةهم باعتبار انتفاعهم فى ذلك ﴿ هو ﴾ حينئذ ﴿ صرف الى بعض مصالحهم ﴾ وكذا الوقف على أ كفان الموتى ومؤنة حفر قبورهم فالمراد بالجهات جهات الخيرات للناس .

ولذا دفع الاشكال فى المسالك بعد قول المصنف بما هو لفظه اشار بالتعميل الى جواب سؤال اليرد على صحة الوقف المذكور من حيث ان هذه المصالح المذكورة وشبهها لا تقبل التملك وهو شرط صحة الوقف كما سلف وتقرر الجواب ان الوقف وان كان لفظه متعلقا بالجهات المذكورة الا انه فى الحقيقة وقف على المسلمين

القابلين للتملك غاية ما هناك انه وقف على المسلمين باعتبار مصلحة خاصة لانهم المنتفعون بها فان الغرض من المسجد ترددهم اليه للعبادة واقامة شعار الدين ونحوه فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه على وجه مخصوص وهو جازب ومثله الوقف على اكفان الموتى ومؤنة حفر قبورهم ونحو ذلك انتهى فالجهات راجعة الى المسلمين القابلين للتملك منفعه او انتفاعا .

ومن المعلوم ان المسلمين قابلون للتملك .

﴿ولا يقف المسلم على الحربى وان كان رحما﴾ وفاقاً للمشهور كما عن المسالك ، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح وهو واضح ضرورة عدم رضا الشارع بمعاونته واعانته بالصدقات بل ماله للمسلمين وفيه لهم فكيف يصح اعانته بالصدقات التى اهمها الوقف عليهم والمراد بالحربى هو الكفار الذين فى مقام المحاربة مع المسلمين واخراجهم من بيوتهم ونحو ذلك وفى مثل عصرنا يعم الحربى الذمى فانهم يخلعون انفسهم عن اداء الجزية وعدم وجود من ياخذ عنهم فالذمى فى عصرنا بحكم الحربى او نفسه كما يظهر من الجواهر راجع ج ٢٤ ص ١٣١ الى ١٣٤ .

وكيف كان فلا دليل على اعانة الحربى بوجه مضافا الى قوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الاخرى وادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم او ابنائهم الاية والوقف نوع مودة فيكون منهيا عنه خصوصا اذا اشترطنا فى الوقف القرابة فان النهى ينافيها .

ولا يخفى صراحة الآيه فى التخويف والتحذير عن الموادة والمعاونه من كان فى مقام الخصومة مع الله ورسوله حتى لو كان آباءهم وابنائهم وصريح الآيه هو النهى عن اكرام الاب والابن منهم ومع الآيه لا يصل النوبة بقوله الوقوف على حسب ما يوقفها فانه فى موارد الجواز لا المنع الصريح من الكتاب ولو بالنسبة الى الاب . نعم انما يشكل امر الآيه بآيه اخرى وهى قوله عز من قائل لا ينهاكم الله عن الذين

لم يقانلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم والاية فالجمع بالجواز فيمن لا يصل ضررهم الى المؤمنين ويكون سلماً لهم فالمؤمن لا يقف ماله بمثل من حاد الله ورسوله بل لو وقفوا وقفوا لمن لا ضرر له بالاسلام والمسلمين فالآية الاولى راجعة الى المضررين بالاسلام والمسلمين بخلاف الثانية و بذلك وقع الاختلاف بين الاصحاب بالجواز وعدمه والتفصيل بالرحم وعدمه وبين كونه الاب او الابن وعدمه لقوله وصاحبهما في الدنيا معروفا ووصينا الانسان بوالديه حسنا فانه ليس من الصحبة بالمعروف ترك صلتهما مع حاجتهما فيجب الجمع بين الادلة وكيف كان فالقول بالمنع مط ضعيف وقول المصنف لا يخ من وجه كذا في المسالك والاقوى هو المنع كما في المتن وانه لا يكون قابلا للملك فبمجرد الوقف انتقل ما يملك الى المسلمين وليس كالارتداد الذي انتقل ماله الى الورثة في حال الارتداد ثم ملك بعده مالا فيملك امواله الحاصلة بعد الارتداد بخلاف الحربي فان الحربي كل ما يصل الى يده انتقل الى المسلمين جديدا كان او قديما .

وتوهم انه يملك جديدا فاسد جدا وتأمل ﴿ويقف﴾ المسلم ﴿على الذمي ولو كان أجنبيا﴾ فهو محكى عن التذكرة والتبصرة ، وموضع من التحرير والدروس وايضاح النافع انتهى .

وفيه كلام بل منع خصوصا لو لم يعمل بشرائط الجزية فانه حربي حينئذ ولذا عن الرياض المناقشة في أصل دلالة العمومات على الجواز مطلقا بكون المراد من قوله ﴿الذمي﴾ الموقوف ، الى آخره وغيره ، الوقوف الصحيحة المتضمنة لشرائط الصحة انتهى ولقد اجاد كما عرفت من ان حسب ما يوقفها مع شرائط الصحة لا مطلقا ﴿ولو وقف على الكنايس والبيع﴾ التي هي معا بدهم فانه ﴿لم يصح﴾ بلا خلاف أجده فيه بل عن ظاهر المبسوط والغنية نفيه بين المسلمين لكونه اعانة لهم على ما هو محرم عليهم من التعبد فيها انتهى .

وعدم الجواز من الواضحات لانه وقع فيها من المحرمات الممنوعة ادونها

عبادة غير الله وغيرها والعبادة اذالم يكن بامر الله كان بمنزلة العدم بل عدمها اولى واهل هذه الكنائس كلهم على خلاف امر الله .

﴿ وكذا ﴾ فى عدم الصحة ﴿ لو وقف على معونة الزناة ﴾ فى زناهم من المسلمين فضلا عن غيرهم ، ﴿ أو قطاع الطريق أو شاربى الخمر ﴾ أو غيرهم لا شتر اكلهم معهم فى المنع عن معاونتهم على الاثم ﴿ وكذا لو وقف على كتب ما يسمى الان بالتوراة والانجيل ﴾ بلا خلاف لانه كتب الضلال فلا يجوز صرف المال فيهما وجعلهما فى اختيار الناظرين فيها مع كثرة الايات والاخبار الدالة على ان نبوة رسول الله ﷺ وقرآنه قد نسخ نبوة سائر الانبياء وكتبهم المحرفة المشتملة على الموهومات مثل مصارعة الله مع يعقوب وغير ذلك مع قوله تعالى ولكن رسول الله وخاتم النبيين ولا ريب فى ضلالة كتبهم ﴿ لانها محرفة ﴾ ولو فى الجملة وبه صارت من كتب الضلال التى لا يجوز نسخها والنظر فيها لغير النقض ولذا .

كما فى الجواهر غضب رسول الله ﷺ على عمر لما رأى فى يده شيئا من التوراة ووقال له : أفى شك أنت يا بن الخطاب ، ألم آت بها بيضاء نقية ، ولو كان أخى موسى حيا لما سمعه الا اتباعى ، وهو دليل على ان الانبياء كلهم لورادنا نبينا قد آمنوا به ﷺ والله تعالى قد اوضح فى كتابه المطالب بقوله انا هديناه السبيل اما شاكرا واما كفورا وقوله ايضا قد تبين الرشد من الغي .

فلا يبقى للانسان المنصف طريق الى الشك والريب فى طريق الحق الا العناد والحقد والخيانة الباطنية الا ترى الى قوله عز من قائل الذين آتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابنائهم البقرة ١٤٦ يعنى بكثرة توصيف الله النبى يعرفونه اهل الكتاب كما يعرفون ابنائهم فكما يعرفون ابنائهم من غير ريب وشك فكذلك يعرفون النبى بغير ريب وشك من زيادة بيان الله فيه وادصافه المختصة به ﷺ فمع هذا لو تركوه ولم يؤمنوا ليس الاعنادا وحقدا وقد اتم الله عليهم الحجة مع انه ﷺ اتى بمعجزات بجميع نواعها ومنها المعجزة الباقية وهى القرآن

الذى نادى باعلاصوته وان كنتم فى ريب مما نزلنا على عبدنا فأنوا بسورة من مثله
وايضا قوله عز من قائل قل لأن اجتمعت الانس والجن على ان يأتوا بمثل
هذا القرآن لا يأتون بمثله وغيرها من الايات وهذا الخطاب من الله من عصر نزول
الايات الى يوم القيامة بالذين ينزلون فى كرات السموات و مع ذلك مع هذه
القدرة العظيمة العلمية لم يقدروا على الايمان بمثله هذا الذى ذكر من حيث الكتاب
واما من حيث السنة فلا تعد ولا تحصى فلا ريب فى كون الاسلام بمعنى
الاقرار بالنبي ﷺ والقرآن وخلافة اوصيائه الاثنى عشرية هو الحق الثابت الذى
كان ناج للانسان من النار وغيره موجب للدخول فيها بلا كلام وعلى هذا كان
كتبهم كتب الضلال وموجب لاضلال الناس فالوقف على كتبهم والبحث عنها
وتدريسها غير جائز قطعا وكذا المعاونة لهم فى بعض اموراتهم مما يرجع الى
ترويج كتبهم المحرمة ونظير التوراة والانجيل كتب العرفاء والفلاسفة خصوصا
كتب محيي الدين فانها اظهر افراد الضلالة الراجعة الى ان كل الموجودات عبارة
عن ذات واحدة وليس بينها وبين الرب فرق الا بالشدة والضعف على قول بعضهم
وبلا فرق كما هو قول اكثرهم حتى انه اذا اشكل عليهم بلزوم الحلول والاتحاد
اجاب فى الاسفار بان الحلول اذا كان فى الخارج شيئا حتى يصدق حلول
احدهما فى الاخر واما لو كان جميع الموجودات واحدا فلا يصدق الحلول تأمل
وتدبر فى ذلك فكل ما يبحث عن هذا العلم كان من كتب الضلال ويحرم وقفها
والاعانة على وقفها .

وجميع الاشكالات ناشر من اصالة الوجود وانه معنى واحد سار فى جميع
الموجودات واما على القول باصالة الماهية كما عليه اكثر المحققين واعظهم
المحقق الداماد فى القبسات والافق المبين وغيرهما من كتبه وان الوجود معنى
عرضى فاذا جعل الجاعل الماهية فى الخارج عرض عليه الوجود بمعنى الكون
والثبوت راجع ج ٤٨ .

﴿و﴾ أما ﴿لو﴾ وقف الكافر ﴿على البيع والكنائس أو أحد الكتابين﴾
﴿جاز﴾ بلاخلاف أجده فيه كما عن المقتصر الاعراف به بل عن ظاهر التنقيح
الاجماع عليه .

﴿والمسلم اذا وقف على الفقراء كذلك انصرف﴾ عرفا ﴿الى﴾ ارادة ﴿فقراء﴾
المسلمين دون غيرهم ﴿وان كان اللفظ جمعاً﴾ ﴿من هنا﴾ ﴿لو﴾ وقف الكافر
كذلك ﴿بأن جعل عنوان وقفه الفقراء﴾ انصرف الى فقراء نحلته ﴿أيضا لما﴾
عرفت بلاخلافه .

﴿ولو وقف على المسلمين انصرف الى من صلى الى القبلة﴾ كما عن الاكثر
فان من صلى اليها يحكم بحكم الشارع وَالصَّلَاةُ ويحفظ بذلك دمائهم واموالهم
فلا يجوز قتلهم واخذ اموالهم لكنه لا ينجيهم من عذاب أليم جدا الا بالايمان
بالائمة اثنى عشر اولهم على بن ابي طالب واخرهم المهدي روى وارواح العالمين
بفدائهم فالوقف عليهم لامانع منه .

واما الوقف على كتبهم كالببيع والوقف لهم او لعامة الناس فما يكون من
اثبات خلفائهم ورد أئمتنا فلايجوز قطعا بل يحرم شديدا ولايجوز النظر اليها
الأ لمن يقدر على ردها و كان عرضه من المطالعة اليها هو ذلك فانه يجوز بل
قديم يجب ان لم يقع على ايدى غيره .

﴿ولو وقف على المؤمنين انصرف الى الاثنى عشرية ، وقيل﴾ والقائل الشيخ
وجماعة ﴿الى مجتنبى الكبائر﴾ منهم التى منها الاصرار على الصغائر ﴿والاول﴾
أشبه ﴿لعدم الدليل على اعتبار ذلك فى الايمان والالزم كون العصاة خارجا عن﴾
الايمان فمن اعترف بامامة الائمة الاثنى عشر كان مؤمنا حقيقة و ان كان من
اهل الكبائر ويرجى لهم العفو والرحمة والنجاة من النار ولو بعد دخولها بقدر
معاصيهم ﴿ولو وقف على الشيعة فهو﴾ فى عرفنا الآن ﴿للامامية﴾ .

وفى الجواهر خاصة كما اعترف به فى الرياض ، بل فى المسالك حكاه

عن بعض من تقدمه ، لكن قال : هو غريب بناء منه على أن الشيعة من شايح علياً عليه السلام في الامامة مقدماله على غيره ، بعد النبي صلى الله عليه وآله انتهى .

ولا يخفى ان المراد المستفاد من جميع الاخبار هو كون الشيعة من شايح عليا مع اولاده المعصومين باجمعهم لا خصوص علي عليه السلام فقط فالشيعة الذي اعترف بوصايته ثم توقف في اثناء اولاده ليس هو بشيعة عرفا بل حقيقة لان الشيعة من شايح عليا مع قوله والثابت من قوله عليه السلام في رجوع الناس بعده الى غيره من سائر الائمة الاثني عشرية لانعد ولا نحصى فكيف يصح الاعتراف بامامة علي عليه السلام مع عدم قبول قوله في اولادهم وهو نظير العامة القائلون بنبوة النبي قطعا واما قوله لا يقبلون .

فكم صرح بان بعدى علي وصيى وكم وردت من نفس العامة في مناقبهم في شأن علي عليه السلام وتصريح النبي صلى الله عليه وآله بذلك .

ومع ذلك قد تر كوا عليا وهذا الامر لا يلتئم مع الاقرار بالنبي حتى طلب صلى الله عليه وآله في حال احتضاره القلم وما يكتب فيه حتى يكتب ما يرفع النزاع بعده فاذا توجه عمر بذلك قال ان الرجل ليهجر أفيجمع بينه وبين التصديق به مع شهادة الرب بانه ما ينطق عن الهوى ان هو الاوحى بوحي وكيف اجاز بنفسه ان يقول ذلك فالايمان بشخص لا يكون الا بالتصديق بقوله في كل شيء قال لهم ﴿ و ﴾ ح لا يدخلون ﴿ الجارودية ﴾ ولا الاسماعيلية من فرق الزيدية في الشيعة وان شايعتا عليا .

الان ترى الى الخبر الذي يزورون جمع من محبى الرضا عليه السلام ولا يقبلهم عليه السلام ولا يأذن لهم فى الدخول فى الباب ولا يكلم معهم مع انهم من المؤمنين الاثني عشرية قطعا بحيث يحزنون و ارسلون اليه عليه السلام وسئلوا نقصيرهم فقال انتم قلتم نحن من شيعتكم ليست فيكم هذا مضمون الخبر فكيف يدخلون هؤلاء فى الشيعة مع انهم لا يؤمنون بجميع الائمة اثني عشرية عليه السلام .

فلا يتم قول المصنف بدخول الجارودية فى الشيعة دون غيرهم من فرق الزيدية دون وظاهر المتن ان الزيدية فرقتان فرقة داخلون فى الشيعة وهم الجارودية فانهم يشايعون عليا عليه السلام فى الامامة وفرقة يخرجون عن الشيعة وهم الاسماعيلية والكيسانية والواقفية والفظحية وغيرهم ، الا أن المصنف اقتصر على الجارودية من فرق الزيدية للقول : بامامة الشيخين من باقى فرقهم وانقرض الطوائف الاخر وعلى كل حال فالقول بالانصراف المزبور هو المشهور بين الاصحاب كما فى المسالك ولا يختص به فرقة نحلة الواقف خلافاً للمحكى عن ابن ادريس .

وفى المسالك ما هذا لفظه اسم الشيعة يطلق على من قدم عليا فى الامامة على غيره بعد النبى صلى الله عليه وسلم ولا شبهة فى كون الامامية منهم وكذا الجارودية من فرق الزيدية وكذا الاسماعيلية حيث لا يكونوا ملاحدة واما باقى فرق الشيعة كالكيسانية والواقفية والفظحية فداخلة لكن لانقرضهم استغنى عن ذكرهم والقول بانصرافه الى من ذكره المشهور بين الاصحاب تبعاً للشيخ ره وفصل ابن ادريس ره فقال ان كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام على شاهد حاله وفحوى قوله وخصص به فصرف فى اهل نحلته دون من عداهم عملاً بشاهد الحال ونفى عنه فى كرة الباس وهو حسن مع قيام القرينة على ارادته لفرقه ومع اشتباه الحال فالحكم بعموم اللفظ كالمسلمين وربما قيل باختصاص الاسم بالامامية وهو غريب وخص الجارودية من فرق الزيدية لانه لا يقول منهم بامامة علي عليه السلام دون غيره من المشايخ سواهم فان الصالحية منهم والسلمانية و البترية يقولون بامامة الشيخين وان اختلفوا فى غيرهما والجارودية نسبة الى ابي الجارود واسمه زياد بن المنذر انتهى .

قد عرفت ان الشيعة فى عرف الناس هو الاثنا عشرية فى هذا اليوم وغيرهم لا يكون ناج ولا اهل فلاح اصلاً ولو كانوا ممن شايح عليا عليه السلام الا فيمن مات قبل الرجوع الى غير الائمة الاثنى عشرية والا فلا يكونون من الشيعة الناجية

كالفطحية والواقفية وادلهم اتباع عبدالله الافطح اخواسماعيل ابنان للمصادق عليه السلام من اب وام والواقفية هم تابعون لاسماعيل قال الشهرستاني الافطحية قالوا بانتقال الامامة من الصادق عليه السلام الى ابنه عبدالله الافطح وهو اخواسماعيل من ابيه وامه وامهما فاطمة بنت الحسين بن الحسن بن علي وكان اسن^١ اولاد الصادق انتهى موضع الحاجة ولعمري ان ذلك من العجائب وهذان الابنان للمصادق ارواح العالمين له الفداء وهل ينهيان الناس عن هذه العقيدة الفاسدة ام لا .

وعلى الاول فكيف حال الناس مع النهي عن الاعتقاد بامامتهما وقد اثبتوا على ذلك وعلى الثاني فهل يسمعان النهي عن ذلك عن ابيهما ام لا وعلى الاول كيف لم يزجرا الناس عن الاتباع لهما وعلى الثاني كيف لم يقل الامام بفساد هذه العقيدة وان الامام بعده ابنه الكاظم عليه السلام وكذا الواقفية المتوقف على الكاظم عليه السلام والرجوع الى ابنه راجع ج ٢٠ ص ٢٠٢ قال في التنقيح بعد قوله : والزيدية من قال بامامة زيد ما هذا لفظه الزيدية في التحقيق كل من قال بامامة علي والحسين عليهما السلام امامة كل من خرج من نسل أحد الحسنين عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه ، فلذلك قالوا بامامة زيد ولم يقولوا بامامة ابيه سيد العابدين عليه السلام لعدم قيامه والفظحية : من قال بالافطح والاسماعيلية : من قال باسماعيل ابن جعفر عليه السلام . والناوسية : من وقف على جعفر بن محمد والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام . والكسانية : من قال بامامة محمد بن الحنفية انتهى .

ولعمري ان الشيطان عدو مبين كما قال عز من قائل الم اعهد اليكم يا بنى آدم ان لاتعبدوا الشيطان انه لكم عدو مبين والفظحي والواقفي الذي وقف على موسى بن جعفر كانوا من اصحاب الائمة خصوصا الباقر والصادق وهم ناقلون لروايتهم يسمعون امر الامامة عن الباقر والصادق عليهما السلام وهو عجيب اذ دأبهما هداية الناس وهذا الامر اهم ما يوجب للناس الاعتراف به وانهم عليهما السلام بالقطع واليقين قد هدى الناس اليه لكن ذلك ليس باعجب من نصب الرسول عليا عليه السلام يوم الغدير

بحضور الوف من الناس بامر الرب تعالى يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك من ربك الخ
 وحصول البيعة من الجميع حتى قال الفلان والفلان بخ بخ لك يا على ^{عليه السلام}
 اصبحت مولاي ومولا كل مؤمن ومؤمنة ومع ذلك قد نقضوا هذه البيعة العظيمة
 المأمور بها من الرب مع التصريح في كتابه وقد اشار اليه في زيارة الجامعة أئمة
 المؤمنين فقال الى ان قال فلما مضى المصطفى صلوات الله عليه وآله اختطفوا
 الغرة وانهزوا الفرصة وانهكوا الحرمة وغادروه على فراش الوفاة واسرعوا
 لنقض البيعة ومخالفة الموائيق المؤكدة وخيانة الامانة المعروضة على الجبال

الراسية وابت ان تحملنها وحملها الانسان الظلوم الجهول الى ان قال:

حتى نقضوا عهد المصطفى في اخيه علم الهدى والمبين طريق النجاة من
 طرق الردى وجرحوا كبد خير الورى في ظلم ابنته واضطهاد حبيبته واهتضام
 عزيزته بضعة لحمه وفلزة كبده وخذلوا بملها وصغروا قدره واستحلوا محارمة
 وقطعوا رحمه وانكروا اخوته الى آخره فويل لهم من يوم القيامة يوم نقول
 لجهنم هل امتلأت وتقول هل من مزيد .

وكيف كان فامر الولاية والهداية واضحة كما قال انا هديناه السبيل اما شاكراً
 واما كفوراً والناس بسوء اختيارهم قد تروا الهداية والافكياف يمكن عدم تذكر
 الامام اصحابه بامر الولاية وكيف تروا الحججة البالغة وذهبوا الى ابنه الذي
 لا ينزل في حقه نص من الكتاب او السنة ولذلك قد تروا الاصحاب رض
 روايات الفطحية والواقفية لاشتراط العدالة في الراوى ولعمري ان ترك الولاية
 من اعظم المعاصى وتاركهم تاركوا الضرورة .

وكيف كان فالشيعة هم المعتقدون بامامة الائمة الاثنى عشرة اولهم على بن
 ابي طالب وآخرهم المهدي روى وارواح العالمين لهم الفداء كما ان الشيعة في
 هذا العصر لا يصدق على غير ما ذكر ولا يفيد غير الائمة الاثنى عشرية اصلاً ولو انكر
 واحداً منهم .

قال في المسالك ان المعروف من اطلاق القائل بالمذهب المشهور ان المؤمن معتقد امامة الاثني عشر كما ذكرناه دون غيرهم ولم يذكر واشترط امر آخر ولكن الشهيد في الدروس صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم بناء على انه لازم المذهب وفي اشتراطه نظر وان كان ادلى ويلزمه اشتراط اعتقاد افضليتهم على غيرهم وغيره من معتقدات الامامية المجمع عليها عندهم والفتاوى خالية عنه والظاهر يشهد بخلافه انتهى وكيف كان فكما انه كل ما اطلق الشيعة كان المنصرف منه هو الامامية ﴿هكذا اذا وصف الموقوف عليه بنسبة دخل فيها كل من اطلقت عليه﴾ الا أن تكون هناك قرينة صادقة وهذا هو الضابط في جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات ﴿و﴾ على كل حال ﴿لو وقف على الامامية، كان للاثني عشرية﴾ خاصة لأنهم ﴿لو وقف على الزيدية كان للقائلين بامامة زيد بن علي﴾ بن الحسين ﴿عليه السلام﴾ وكذا ﴿الحال﴾ لوعلقهم بنسبة الى أب، كان لكل من انتسب اليه بالابوة كالهاشميين : فهو لمن انتسب الى هاشم من ولد أمي طالب ﴿عليه السلام﴾ والحداد والعباس وأمي اهب، والطالبيين فهو لمن ولده أبو طالب عليه السلام ﴿منهم﴾ خاصة بلاخلاف ولا اشكال في شيء من ذلك بل ﴿و﴾ لا اشكال في أنه ﴿يشترك الذكور والاناث﴾ في ذلك ﴿المنسوبون اليه من جهة الاب نظر إلى العرف﴾ اذا كان بلفظ لا يخص أحدهم، كالهاشمية والعلوية، بل والهاشميين والعلويين ونحوهم مما يفهم ارادة الجنس منه أدهو مبنى على التغليب ﴿و﴾ أما المنتسبون اليه بالام ف﴿فيه﴾ خلاف الاصحاب ﴿وقد حققنا في كتاب الخمس دخولهم من جانب الام ايضا راجع ج ١٣ ص ١٩٩ الى ١٢٣﴾ ولو وقف على الجيران رجع الى العرف ﴿.

وفي الجواهر كما في القواعد والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والروض والمسالك النخ ﴿وقيل﴾ : لمن يلي داره الى اربعين ذراعاً وهو حسن ﴿وعن المسالك وغيرها نسبتها الى المشهور، بل في محكي الغنية وظاهر التنقيح الاجماع عليه .

﴿وقيل﴾ تحديده ﴿الى اربعين داراً من كل جانب﴾ صغيرة كانت أو كبيرة ﴿وهو مطرح﴾ .

وفي الجواهر وفي غيره شاذ وفي ثالث ليس بشيء ، كل ذلك للقطع بمخالفة العرف له وجعله عرفاً شرعياً غير مجد في الالفاظ المتداولة بين اهل العرف في غيره كما هو المفروض انتهى مسألة مشككة من حيث النص الى مقدارها الواردة فيه واشكل منه حملها على التقية مثل مارواه جميل بن دراج في الحسن أو الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «حد الجوار أربعون داراً من كل جانب ، من بين يديه ومن خلفه ، وعن يمينه وعن شماله» .

وعمر بن عكرمة عنه عليه السلام أيضاً « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله» .

وعمر بن عكرمة عنه عليه السلام أيضاً في حديث طويل في آخره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر علياً وسلمان وأباذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا يمان لمن لم يامن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثة ، ثم أومأ بيده الى أربعين داراً من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله» .

وفي الجواهر بعد نقلها قال لكنها محمولة على التقية من العامة الذين حكموا بذلك للمرسل عن عائشة «أن النبي سئل عن حد الجوار فقال: الى أربعين داراً، انتهى وليس في المرسل من كل جانب ولا يخفى ضعف حمل هذه الاخبار على التقية مع ان زمان صدورها زمان النبي صلى الله عليه وسلم وانه امر علياً بذلك والتقية فيما صحت كان بعد زمانه صلى الله عليه وسلم والروايات في مقام الحث والترغيب في امر الجيران كما في خبر زياد التوصية فيهم حتى يظن انها يرثون ولا اشكال حينئذ بالاختذ بمضمونها وعظم حقهم وليس مربوطا بباب الوقف عليهم فاللازم هو التكلم في ذلك وانه لو وقف على الجيران فلا يخلو اما ان يعينهم الواقف فلا اشكال .

وان اطلق فيرجع الى العرف لوضوح صدق اربعين داراً من كل جانب خارج

عن وقف الجيران عرفا بل العرف بعدما هو اقرب الى داره والروايات فى احترامهم وعدم الاذية اهم والله العالم .

﴿ولو وقف على مصلحة﴾ كمسجد وقنطرة ونحوهما ﴿فبطل رسمها﴾
 وأثرها بالمرة ﴿صرف فى وجوه البر﴾ وفى الجواهر كما هو المشهور على ما اعترف به
 غير واحد ، بل لم أقف على رادله من الأصحاب عند المصنف فى النافع حيث نسبه
 الى قول ، مشعراً بترده فيه ، وقد نسبه فى محكى المهذب الى الندرة وغيره الى
 الضعف انتهى والترديد والضعف والندرة فى محله اذا الظاهر نظر الواقف فى بناء
 مثل المسجد هو الدوام وكذلك القنطرة ولو اتفق خرابها لا يوجب صرف المال
 فى وجوه البر الذى ينفى فورا ومقصود الواقف حصول البر دائما لادفعة وتم فلا بد
 وان يبيعه وئمنه يصرف فيما يقرب بمقصوده مثل مسجد وقنطرة اخرى او نحوها
 فيجوز كل ما يصدق عليه البر وكان باقياً ونظر الواقف هو جهة البر من اى شئ
 كان وكيف كان نظره الى امر باق فلا يجوز صرفه فيما زال وينفى ومنه يعلم
 فيما حكى عن المسالك من ان صرفه فى وجوه البر انبب بمراعاة غرضه الاصلى بدهاة
 ان غرضه الاصلى هو امر باق لا الذى يقضى دفعة .

وفى التنقيح عند قوله : ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر
 ما لفظه القول للشيخين وابن ادريس ، والمصنف يستضعف ذلك . وبيانه : ان مذهب
 الشيخ أن الوقف على من ينقرض غالباً يرجع الى الواقف أذواته بعد الانقراض
 فلم لا يكون هنا كذلك .

قلت : فى ذلك نظر ، اذ للشيخ ان يجيب بأن الوقف على المسجد مثلاً أو القنطرة
 وقف فى الحقيقة على المسلمين فاذا بطلت لم ينقرض المسلمون فيصرف الى مصالحهم
 فى غيرها لكن الى ما هو اقرب تشبهاً بتلك المصلحة ، كما اذا وقف على مسجد
 فبأهلها أو على قنطرة فانقطع الماء فانه يصرف الى مسجد آخر أو قنطرة أخرى .
 لانه لا يلزم من زوال الشخص زوال الصنف ، لجواز تعلق غرض الواقف به أو بنوعه ،
 فلا يتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب انتهى .

ولقد اجادوا ما ورد من الخبر «عن انسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصى الاباباً واحدا منها كيف يصنع بالباقي فوق ^{باب} الأبواب الباقية اجعلها في وجوه البر» ونحوه خبر طويل يتضمن «أنه لو أوصى رجل بتر كتفه الى رجل وأمره أن يحج بها عنه ، قال الوصى : فنظرت فاذا شيء يسير لا يكفى للحج ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا تصدق به عنه ، فتصدق به ، ثم لقي بعد ذلك أبا عبد الله ^{عليه السلام} فسأله وأخبره بما فعل ، فقال : ان كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان ، وان كان يبلغ ما يحج به ، فأنت ضامن .

ففيه ان الخبر الاول والا ورد في الوصية وهي غير الوقف وثانيا هو فيما خالف الوصية فيمكن ان يأمره الامام بصرف الباقي في وجوه البر حيث ان الباقي في يد الوصى الخائن فلو لم يصرف في وجوه البر لتلف الباقي كلا على انه في مورد الوصية ليس المنطوق من الصرف وجوه البر بل ما بينه الموصى فاذا خالف مورد الوصية فوجوه البر اقرب بمقاصده دون شيء آخر فيكون كمن وصى بصلاة له فصام عنه .

واما المقام فان نظر الواقف بقاء وجه خير له على الدوام وهو حاصل له بوقف نظير فان ما وقف ما لا يدرك كله لا يترك كله ومنه يعلم الجواب عن الخبر الثاني فانه مع دروده في الوصية ولا يصح قياس الوقف به كان ظاهره مطابقا للقاعدة اذ لم يف ما امره بالحج وهو من وجوه البر و اذا لم يف به فعل وجه بر يفى بما جعل له .

وبالجملة صرف الباقي بعد ذهاب الجهة بالمرة في وجوه البر غير تام ويؤيده ما في الجواهر من قوله وربما احتمل وجوب الصرف في الفرض الى ما شابه تلك المصلحة فيصرف وقف المسجد في مسجد آخر ، والمدرسة الى مثلها ، اقتصارا على المتيقن الاحتمال ارادة المثالية فيما ذكره مصرفا في الوقف المراد تأييده أو دفعوى ما دل على صرف آلات المسجد بعد اندراسه أو خرابه في مسجد آخر على ملاحظة

الشارع الاقرب الى نظر الواقف انتهى .

﴿واو وقف على وجوه البر﴾ الذى هو كما قيل : اسم جامع للخير كله ﴿وأطلق صرف فى الفقراء والمساكين و كل مصلحة يتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى﴾ انتهى بالاخلاق محقق أجده ، وان تعلق بعض وجوهه فى الاغنياء أيضاً بعد أن يكون من الخير المأمور بفعله .

ولا يخفى ان ظاهر العبارة وقف المال على وجوه البراى الذى كان من جنس الدراهم والدينار و هو غير صحيح لفنائهما فورا مع ان اللازم فى الوقف بقاء العين والاستفادة من منافعه ولا يصح وقف عين لا يبقى كوقف الثلج فى الصيف وانما يصح بعنوان الصدقة كى يصرف نفسه فى وجوه البر .

وبالجملة اطلاق الوقف على نفس العين الغير الباقية مشكل فلا بد وان يكون مراده شيئاً باقياً اصله كدار او ضيعة ونحوهما بل هو المتمين لعطفه على الجهة اى وقف شىء باق قبل فى الخلاف يجوز وقف الارض والمقار والدور والرقيق والسلاح و كل شىء يبقى بقاء متصلاً ويمكن الانتفاع به وبه قال الشافعى انتهى موضع الحاجة فاللازم فى الوقف كونه قابلاً للبقاء حتى يستفاد من ثمرته ﴿ولو وقف على بنى تميم﴾ ونحوهم مما هو غير محصور ﴿صح ويصرف الى من يوجد منهم﴾ وفى الجواهر ولا يجب عليه تتبع غيرهم ، بل لا يجب استيعاب الموجودين ، وهو معلوم لعدم لزوم اتصاله الى جميع الافراد ﴿وقيل :﴾ والقائل ابن حمزة منا والشافعى من غيرنا ﴿لا يصح لانهم مجهولون﴾ فيعتذر المصنف ﴿والاول هو المذهب﴾ خبر النوفلى و كتبت الى أبى جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان ، وهم كثير متفرقون فى البلاد فأجاب عليه السلام ذكرت الارض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان بن فلان ، وهى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف ، وليس لك أن تتبع من كان غائباً ، ﴿ولو وقف على الذمى جاز لان الوقف تمليك ، فهو كإباحة المنفعة وقيل

لا يصح ، لانه يشترط فيه نية القرابة ﴿ وهي مفقودة وقيل لا يصح ﴾ الاعلى احدى الابوين وقيل يصح على ذوى القرابة ﴿ المأمور بمعاشرتهما بالمعروف ، وقيل يصح على ذوى القرابة خاصة .

﴿ والاول أشبه وقد عرفت ان الذمى لا يؤدي الجزية بحكم الحربى فلا يجوز ﴾ وكذا يصح على المرتد ﴿ كما فى القواعد والمسالك والجواز هنا يمكن ان لاستمائه الى الاسلام فان الارتداد انتقل اليه من الاسلام فهو غير الكافر خصوص فى المرأة وخصوصاً على المختار من قبول توبته : ﴿ وفى ﴾ الوقف على ﴿ الحربى تردد ، أشبهه المنع ﴾ كما عرفت ثم ان الوقف على امثال ذلك حيث ينقطع بموتهم فلا بد له من بيان حكم بعد انقضائهم مع انه لم ذكر لما بعدهم فان اراد صنف الحربى او المرتد فبعيد فى الغاية والشخص لا يبقى فهل يصح الوقف او لافيه كلام فلوفرز ان الوقف صحيح من حيث كونه حربياً لكن من حيث موته وعدم بيان لما بعده هل يصح اولاً .

قال فى الخلاف اذا وقف على من يصح انقراضه فى العادة مثل ان يقف على ولده وسكت على ذلك فمن اصحابنا من قال لا يصح الوقف ومنهم من قال يصح فاذا انقرض الموقوف عليه رجع الى الواقف ان كان حياً وان كان ميتاً رجع الى ورثته وبه قال ابو يوسف والمشافعى فيه قولان احدهما لا يصح والاخر يصح فاذا انقرضوا رجع الى ابواب البر ولا يعود اليه ولا الى ورثته .

[دليلنا] ان عوده الى البر بعد انقراض الموقوف عليهم يحتاج الى دليل وليس فى الشرع ما يدل عليه والاصل بقاء الملك عليه او على ولده انتهى . ولا يخفى ما فيه فان الملك قد خرج عن الملكية بالوقت فعوده يحتاج الى دليل وباقى الكلام الى محله وسيأتى بعض الكلام فى الوقف المنقطع .

﴿ ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف ﴾ على المشهور بل لم أفق على المشهور بل لم أفق فيه على مخالف ﴿ وكذا لو وقف على غير معين كان

يقول على أحد هذين ، أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكل باطل ❊ والكل واضح ❊ وإذا وقف على أولاده ، أو أخوته أو ذى قرابته ، اقتضى الاطلاق اشتراك الذكور والاناث والاقرب والابعد ❊ بعد فرض التساوى فى صدق القرابة عرفاً ❊ والتساوى فى القسمة ، الا ان يشترط ترتيباً ❊ فيهم ❊ (أو اختصاصاً) ❊ لبعضهم على بعض ❊ (أو تفضيلاً) ❊ .

وفى الجواهر له على آخر بزيادة النصيب ولو للاتنى أو الابدع بلا خلاف معتد به وتوهم كونه بمثل للذكر مثل حظ الانثى بدون الشرط كما ترى ❊ ولو وقف على أخواله وأعمامه تساوا جميعاً ❊ لانه مقتضى جعل الواقف متساويا بمقتضى ظاهر لفظه فعلى هذا لا يرتبط بمسألة الارث الا اذا جعله الواقف كذلك نعم قد يشكل ذلك بالمحكى عن ابن الجنيدي من أنه روى عن الباقر عليه السلام اذا اوصى بشيء معين لاعمامه وأخواله كان لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث .

وفى الجواهر والرواية ليست فتوى ، والوصية غير الوقف ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف ، قد عرفت آنفاً بطلان قياس الوقف على الوصية وتام الكلام فى الوصية ان شاء الله .

❊ (وإذا وقف على أقرب الناس اليه ❊ ففى القواعد وغيرها بل المشهور ❊ فهم الابوان والولد ، وان سفلوا ، فلا يكون لأحد من ذوى القرابة شيء ، مالم يعدم المذكورون ثم الاجداد والاخوة وان نزلوا ، ثم الاعمام والاخوال على ترتيب الارث ، لكن يتساوون فى الاستحقاق ، الا أن يعين التفضيل) ❊ .

وفى الجواهر لتساويهم فى سبب الاستحقاق ، لكن فى محكى المبسوط أن المتقرب بالابوين من الاخوة ، الاقرب مطلقاً ، لأن الانفراد بقرابة يعجز مجرى التقدم بدرجة .

وقواه فى محكى المختلف ، بل اختاره فى محكى التحرير بل زاد الأعمام والاخوال فجعل المتقرب بالابوين منهم مقداً على غيره وان كان متقرباً بالام الذى عن

بعضهم استبعاد دخوله ، وخروج المتقرب بالأب انتهى .

وفيه ما لا يخفى لبعد ذلك عن اقرب الناس فانه هو الابوان وان عليا والولد وان نزوا الاقرب فالاقرب .

القسم الرابع في شرائط الوقف وهي اربعة : الدوام ، والتنجز والاقباض ، واخراجه عن نفسه وفي الجواهر بالاخلاف أجده في الادل بمعنى عدم توقيته بمدته كسنة ونحوها ، بل الاجماع محصله ومحكيه - في الغنية وعن الخلاف والسرائر - عليه ، وبذلك يخص عموم «ارفوا بالعقود» بناء على انه منها ، بل وعمومات الوقف أيضاً ان لم نقل باعتبار ذلك في مفهومه كما هو ظاهر تعبيره عنه بالشرطية ، والا فلا شمول فيها له حينئذ ، انتهى .

ظاهره عدم الخلاف في الدوام وعدم صحته بمدته كسنة وغيره واخبار الدوام يخص عموم «ارفوا بالعقود» حيث ان الاية اعم من الدوام وغيره بل هذه الاخبار تخص عموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها .

وحينئذ ﴿فلو﴾ وقفه ﴿قرنه بمدته بطل﴾ لان الفرض ان في الوقف الدوام فينا فيه التوقيت فاذا قال وقفت الى سنة كان باطلا لان الظاهر من اللفظ هو الوقف فيكون وفقاً باطلا واما لولم يعلم ارادة الوقف فهل التوقيت ارادة الحبس الى هذه المدة كما انه لو اتى بلفظ الحبس مع قيد التأييد يكون وفقاً اولاً .

وظاهر المسالك ان لفظ الوقف والحبس مشتركان يظهر المراد بالقرينة والوقف اذا قيد بالمدّة كان حبساً والحبس اذا قيد بالتأييد كان وقفاً المسألة مشكلة من حيث ظهور لفظ الوقف في الوقف المؤبد ولو بدون قيد الا بدلا ان الوقف والحبس مشتركان بل متنافيان وذلك لظهور الاخبار في الدوام كما تقدم فاذا ظهر اللزوم في الوقف اريد منه اللزوم بمجرد اللفظ من دون قيد فلا جرم لو قيد بالمدّة كان باطلا لانه حبساً .

وفي الجواهر بعد قوله بطل قال ما هذا لفظه قطعاً مع فرض ارادته وفقاً ،

واما اذا لم يعلم فهل يكون التوقيت قرينة على ارادته حبسا كما صار التأبيد قرينة على ارادة الوقف لو كان اللفظ حبسا ولو لاصالة الصحة ، صرح المصنف والشهيدان في الدروس والمسالك والروضه بالاول منهما ، وفي جامع المقاصد فيه قوة ، لكن قد يناقش بعدم صلاحية ذلك صارفاً عن المعنى الحقيقي ، ولو بملاحظة اصالة الصحة التي لامدخلية لها في الدلالة على المقصود الشامل للمصحح والفاقد بعد ظهور اللفظ في الحقيقة المقتضية للفساد انتهى .

ولقد اجاد في البطلان مع قيد التوقيت وعدم صحة ارادة الحبس مع الشك فضلا عن ان يكون فيه القوة مع قواهم صدقة لاتباع ولا توهب فالمراد بالوقف صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث حتى يرثها وارث السموات والارض فمع قيد التوقيت كقوله وقفت الى سنة يطرح لانه يحمل على الحبس اللازم منه الصحة والشك لا يكون صارفاً عن معنى الحقيقي والعجب حينئذ من صاحب المفاتيح حيث قال اشترط التأبيد لادليل عليه بل الاصل والعمومات تنفيه .

وقد عرفت في ص ٢٧٠ ما يدل على العمومات الدالة عليه وان بالوقف قد خرج الملك الى ان يرث الله الارض وفي الحقائق بعد نقله عنه قال ما هذا لفظه : لا يخفى ان العقود الشرعية الموجبة لنقل الاملاك يجب الوقوف فيها على ما رسمه صاحب الشريعة من الكيفية والشروط فعلا او أمراً بذلك ، والأوقاف التي صدرت منهم عليه السلام كما قدمنا لك جملة منها ، قد اشتملت على التأبيد لقواهم حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض ، وهو كناية عن دوامها الى يوم القيامة ، والخروج عنها بغير معارض سفسطة ، وبه يظهر ما في تمسكه بالأصل والعموم ، فانه ناش عن الغفلة عن ملاحظة الأخبار المذكورة كما لا يخفى ، وحينئذ فلو قرنه بمدة معينة كسنة مثلا أو وقف على من ينقرض غالباً فانه يبطل الوقف بغير خلاف انتهى .

فالظاهر لا اشكال فيه كيف والابدية معروفة في اذهان العرف ويطلق على

الاراضى الماضية من سنين كثيرة بانها اراضى موقوفة فكان فى اذهانهم كانت كذلك الى الابد فكيف يقال ان الوقف مشترك مع الحبس مع ان فى كليهما مطوى ابدية الموقوتية .

وفى مفتاح الكرامة بعد قوله المصنف و دوامه قال ما هذا لفظه باجماع الفرقة واخبارهم كما فى (الخلاف) و اجماعا كما فى (الغنية) و (السرائر) فى آخر كلامهما عند انتهاء ذكر الشروط وقد يظهر ذلك من (المهذب البارع) و (ايضاح النافع) حيث اخذهم مسلما فى اثناء كلام لهما و به صرح فى (الكافى للتقى) و (النهاية) و (المبسوط) و (التهذيب) و (الاستبصار) و (الوسيلة) و (جامع الشرايع) و (الشرايع) و (النافع) و (التذكرة) و (التحرير) و (الارشاد) و (التبصرة) و (المختلف) و (الدروس) و (اللمعة) و (المهذب البارع) فى موضعين و (جامع المقاصد) و (ايضاح النافع) فى اثناء كلام له (الروض) و (الروضة) و (الرياض) .

وهو المستفاد من كلامهم جميعاً عند ذكر الصيغ وغيرها ومع ذلك كله قال فى (المقاييس) انه المشهور وهو اهون من نسبه فى (الكفاية) الى جماعة و ظاهرهما التردد فى ذلك (كالايضاح) و (المسالك) و موضع من (التذكرة) و ستسمع الشبهة التى دعتهم الى ذلك .

(والحجة) على ذلك بعد الاجماع المعتمدة بالفتاوى الاصل السالم عما يصلح للمعارضة اذا الاخبار بين متبادر منها الوقوف الموبدة و بين صريحة فى ذلك كالاخبار الواردة فى وقوف الائمة عليهم السلام (بل الشيخ) فى (كتابه الاخبار) جعل هذه الاخبار من ادلة اشتراط الدوام مخصصة لعموم الاية ان قلنا انه عقدا و بشمول العقود للايقاعات وان كان لنا فى كلام (الشيخ) تأمل و يمكن حمله على ارادة ان ذلك يظهر منها بملاحظتها جميعها لان كلامها حجة مستقلة فليلاحظ .

ولا ينافى ذلك فتوى الاكثر بالصحة فيما ليس بمؤبدلانه اعم من صحته وفقاً و حسباً و الجمع بين كلمتهم يوجب تعيين الاخير كما صرح به جم غفير كما ستسمعه

مفصلا لكنه يشكل بالنسبة الى من صرح بكون المنقطع يصح وقفا كالغنية وغيرها كما يأتي والافاشراطه والصحة فيما ليس بمؤبد مما لا يجتمعان كما قاله جماعة انتهى .

فالظاهر عدم الاشكال في ان لفظ الوقف عبارة عن الوقف المؤبد وسيأتي تمام الكلام في الموقت بل المسألة بحسب الروايات اظهر من الشمس ومع ذلك وقع لبعضهم الاختلاف .

وليت شعري ما يريدون المخالفين من قوله ^{الظلال} صدقة لاتباع ولا توهب ولا نورث حتى يرثها وارث السموات والارض وكيف يكون الاشكال من مثل صاحب المقاييح وشارحه الوحيدره حيث قال فيه ما هذا لفظه ومنها تأييد الوقف واشراطه هو المشهور لان التأييد من لوازمه كذا قالوا فلو قرنه بمدة كسنة اداكثر بطل الا اذا قصد به التحبيس فانه يصح وكان حسبا لاشتراك الوقف بين المعنيين فكما صح الوقف بلفظ الحبس مع القصد كذلك صح الحبس بلفظ الوقف معه ثم لوجمله وقفا لمن ينقرض غالبا كما لو وقف على ولد زيد مثلا واقتصر عليه من دون بيان مصرفه بعده فقد نقل الشيخ في المبسوط والخلاف عن بعض اصحابنا القول ببطلانه لان مقتضى الوقف التأييد فالمنقطع غير صحيح .

كما لو قرنه بمدة ابتداء ولان المنقطع يجعل الوقف على المجهول وهو باطل ويضعف الاول بمنع اقتضائه التأييد والثاني بانه في الابتداء غير مجهول .

واما بعد الانقراض فلا يحكم ببقائه وقفا حتى يكون وقفا على مجهول بل يحكم بكونه وقفا الى ان انقرض الموقوف عليه ثم يصير بعد ذلك ملكا لورثة الواقف واليه ذهب الشيخ والاسكافي وجماعة لان اشراط التأييد في الوقف مما لا دليل عليه بل الاصل وعموم الامر بالوفاء بالمعقود ونظايره ينفي اشراطه ولانه وقف على قوم باعيانهم فلا يتخطى الى غيرهم ولتوقيع العسكري ^{الظلال} في مكانة الصفار الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها وحكم العلامة وجماعة بصحته ورجوعه بعد

الانقراض على معنى انه حبس لا وقف لاشتراك اللفظ واطلاقه على المعنيين .
وقواه الشهيد الثانى بشرط قصد الواقف و اراد به الحبس لامطلقا كما هو الظاهر من
كلامهم لان القصد هو المعين لاحد المعنيين فلا يحمل على احدهما الا بقول
الواقف و ابرازه ما فى ضميره الخ وفيه ما لا يخفى على المتأمل ونظيره ما افاد السيد
الفقيه فى عروته فقال ما هذانصه :

الشرط الثانى : الدوام بمعنى عدم توقيته بمدة كعشر سنين مثلا على المشهور
المدعى عليه الاجماع فى كلام جماعة ، وربما يستدل عليه بالأخبار المتضمنة لاوقف
الائمة عليها السلام فانها مشتملة على التأييد ، لكنه كما ترى ، وقد يقال : ان التأييد معتبر
فى مفهومه ولذا يجعل لفظ وقف صريحا فى ارادة الوقف بخلاف سائر الالفاظ
فانها بضميمة القرائن وهو أيضا كما ترى ، فالعمدة الاجماع ان تم ، وعليه فلو قرنه
بمدة لا يكون وقفا .

وهل يصح حبساً أو يكون باطلا قولان ؟ والأقوى الأول لان قصد هذا المعنى
قصد لحقيقة الحبس ولا يضر اعتقاد كونه وقفا بعد انشاء ما هو حبس حقيقة ودعوى ،
تباين الوقف والحبس فان مقتضى الأول الخروج عن ملكه الى ملك الموقوف
عليه بخلاف الحبس فان العين فيه باقية على ملك الحابس «مدفوعة» بأن الخروج
عن الملك ليس من مقتضى الوقف بما هو وقف بل انما يجىء من قبل التأييد
والمفروض انه لم يقصده ، اذا التحقيق كما سيجىء ان حقيقة الوقف هو الايقاف
وحيث ان قصد التأييد استلزامه الخروج عن ملكه والافلا .

والدخول فى ملك الموقوف عليه ممنوع حتى فى المؤبد ، والحاصل ان
الايقاف قدر مشترك بين الوقف والحبس ولا فرق بينهما الا بقصد التأييد وعدمه ،
فمع عدم قصده يصير حبساً قهراً ، ويمكن أن يستدل على الصحة وان كان حبساً
فى الواقع بصحيح ابن مهزيار انتهى .

وقد تبعه فيما افاد بما افاد هؤلاء المخالفين ومن العجيب قوله بان الخروج

عن الملك ليس من مقتضى الوقف فان الخروج عن الملك مر كوز في اذهان الواقفين من عوامهم وعالمهم وانهم بصدد خروج الملك عن اموالهم حتى لا يقع في ايدي الورثة .

وكيف يصح ان ينسب اليهم انهم يقصدون بالوقف حبس اموالهم الى مدة فقط وبعده يرجعون اليه مع انه خلاف قواهم عَلَيْهِمُ ولا تورث والانصاف انه عجيب منه والاستدلال بالصحيحة سيأتي ولعمري ان عمدة ما يقال في المقام في المانعين هي الصحيحتان لمهزيار و ابن صفار حيث انه عند عدم تأمل الدقة فيهما قدبوهم بطلان اشتراط التأييد وان الصحيح هو اشتراط التوقيت وما ابعدهما بينهما .

اقول ومما يرد على القائلين بان الوقف والحبس مشتركان في المعنى ويصح استعمال كل واحد مكان الاخر هو ان الوقف حبس دائم والحبس حبس موقتي والوقف خروج المال راساً والحبس خروج المال موقتا فلكل منهما معنى غير مال الاخر وفي الحبس رجاء وصول اُمده وفي الوقف قطع الرجاء من الامد وفي الوقف بعده لا يجوز للواقف التصرفات المالكية وفي الحبس يجوز لانه ملكه ولم يخرج عن ملكه وفي الوقف قد خرج ولفظ الوقف بنفسه ظاهر في التأييد وعكسه لفظ الحبس فالفرق بينهما اوضح خلافا لتوهم ان المال غير خارج عن ملك الواقف وما ابعده ما بينه وبين قوله صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث فان لازمه الخروج عن المال .

فلا يجوز استعمال الحبس في الوقف الا اذا اتى بقيود خارج عن الحبس المطلق كما اذا قال حبست تلك الاراضي او البستان او الدار للمفقرات حبسا لاتباع ولا توهب ولا تورث فبالقيود يعلم المراد كونه وقفا فظهر مما ذكر نفاذ قول هؤلاء الاعلام رض وعمدة ما يوجب ذهابهم الى عدم التأييد هي صحيح علي ابن مهزيار قلت له بعض مواليك عن آبائك عَلَيْكُمْ ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة وانت أعلم بقول آبائك عَلَيْكُمْ

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، فَكَتَبَ عَلَيْهِ السَّلَامُ هُوَ كَذَلِكَ عِنْدِي .

وصحيح ابن الصغار وكتبت الى أبي محمد عَلَيْهِ السَّلَامُ أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو ، فقد روي أن الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة واذا كان موقتا فهو صحيح مسمى ، وقال قوم : ان الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه ، فاذا انقرضوا فهو للمفقرات والمساكين الى أن يرث الله عز وجل الأرض ومن عليها قال : وقال آخرون : هو موقت اذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للمفقرات والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها والذي غير موقت ان يقول : هذا وقف ولم يذكر أحدا ، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل ؟ فوقع عَلَيْهِ السَّلَامُ : الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله .

اما صحيح ابن صغار فهو بيان للموقت وانه موقت الى يوم القيامة فالموقت الذي اعتمد المخالف على صحته وجعل ذلك دليلا على عدم التأيد على خلافهم ادل فهم استدلون به على عدم اشتراط التأيد وصحة الموقت والصحيح يدل على اشتراطه غاية انه تصرف في الموقت وان التوقيت تارة الى يوم القيامة فيوم يرثها الارض عبارة الاخرى عن التأيد فمن هذه الجهة لا يضر الصحيح القائلين بالتأيد .

فلا يتم قول الفيض وشارحه بان اشتراط التأيد لادليل عليه اذ الصحيح على خلافه وادفوا بالعقود عبارة عن عقد صحيح لا الباطل الى سنة فالصحيح على خلافهم فضلا عن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لا تباع ولا توهب ولا تورث والمعجب انه مع التصريح بعدم الارث اختلفوا بانه بعد انقضاء الموقوف عليه يرثه الواقف او وارثه او الموقوف عليهم فالصحيح عبارة اخرى عن التأيد يعنى ان الوقت لا يصح بدون قيد الدوام .

والجواب ايضا يؤيد صحة كلا القسمين من القيد الى يوم القيامة والذي لم يكن له قيد وان كليهما حسب ما يوقفها اما القيد الى يوم القيامة فهو نص في التأيد والمطلق الذي قوله هذا وقف فهو موكول الى نفس اللفظ الذي مأخوذ

فيه التأييد فالمعنى صحة الوقت سواء جعله الواقف الى ان يرث الله او بدونه لان في المطلق بلا قيد انكالا على ظاهر اللفظ .

ومنه يعلم الجواب عن صحيح ابن مهزيار فان معنى كل وقف الى وقت معلوم اى معلوم الى الابد ولو بقريئة صحيح الصغار وكل وقف الى غير وقت معلوم باطل كما اذا وقته بوقت مجهول كقوله وقفت عليه الى ان يجيىء زيد من هند مثلا فالمحصل منه ولو بضميمة صحيح ابن صغار هو الصحة في الوقف المؤبد خذوا غنتم .

وفي الجواهر رداً على الشهيد الذى زعم ان الوقف لو قيد بمدة بطل وقفا ولكن يصح حبساً لاشتراك الوقف والحبس فى المعنى فيمكن اقامة كل واحد مقام الاخر فاذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قريئة ارادة الحبس مع قصد الحبسية قال ما هو لفظه ومن ذلك يظهر لك ان ما اتعب به نفسه حتى انه ذكر ادلة المسألة الآتية وما فيها من الشهرة وغيرها فى هذه المسألة فى غير محله واشتباه وكان الذى ادقعه فى ذلك ما فى الكفاية من نسبة القول باعتبار الدوام الى جماعة الى ان قال كما انه غره فى الاستدلال فى المقام على الصحة حبساً بالصحيحين فقال الاظهر الاستدلال الى ان ساق الصحيحين .

ثم قال : وهما وان دلا ظاهراً على الصحة وقفا الا ان حملهما على الصحة حبساً متعين جدا ، جمعا بينهما وبين ما دل على كون التأييد شرطا و رجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه ارثا فانه من لوازم الحبس كما يأتى انشاء الله تعالى .

وفيه انه لا وجه لما ذكره فى الصحيح الثانى المشتمل على تفسير الموقت فيه بما سمعت ، بل هو شاهد على ارادته أيضاً من الصحيح الاول كما ذكره شيخ الطائفة خصوصاً بملاحظة كونه المعروف فيما بينهم من السؤال والنزاع فيه ، لا المقرن بمدة الذى لم يعرف قديماً وحديثاً قول بصحته وقفاً ، ولأقل من احتمال

ذلك فيها على وجه يرتفع ظهورها فكيف يصح الاستدلال بها .
ومنه يعلم كون المراد من معاهد الاجماع على اعتبار الدوام عدم
التوقيت بمدته كما هو صريح ابن زهرة وغيره ، والا كان ما سمعهم منهم من الخلاف
فى صحته وقفا لو وقف على من ينقرض غالبا متدافع مع ذلك ، ضرورة منافاته
للاجماع على اعتبار الدوام المنافى لذلك .

ولقد اجاد فيما افاد فالوقف مأخوذ فيه الدوام والمراد بالدوام عدم تقييده
بوقت فنفس عدم التقييد بالوقت معناه الدوام او كان القيد قيد التمام ايضا كما
فى الصحيح ثم قال متصلا بكلامه ايضا ما هذا لفظه :

ودعوى كون النزاع فى صحته حبسا وعدمها لاوقفا لا يخفى بطلانها على
من له أدنى ممارسة ودرية كدعوى الاستدلال بعموم الجواب فى الثانية على المطلوب
ضرورة كونه كما ستعرف دال على الصحة منقطعا لا للحبس ، وبذلك كله ظهر لك
الخط فى كثير من كلمات المتأخرين فى تحرير موضوع المسألة الذى قد عرفت
أنه لا كلام فى بطلانه وقفا فى الاقتران بمدته ، وانما الكلام فى صحته حبسا بمعنى
أن ذلك قرينة على قصده الحبس أولا ، وقد سمعت الحال فيه انتهى .

ومحصله هو القطع ببطلان الوقف الموقت بوقت قلنا بصحة الحبس المؤبد
اولا فلو قلنا بالصحة لاربط ببطلان الوقف المقيد بوقت ولا ينبغى خلط احدهما
بالاخر فلادليل على صحة وقف المقيد بوقت وقد عرفت حال صحيح صفار وان
مراده بالقيد هو الدوام فان قلت القيد بمعنى الدوام مجاز لا يعتد به قلت لا يضر
القائلين بالبطلان بعد كون المراد به التأبيد و لو مجازا على ما زعم لان الذى
يضر القائلين بالبطلان هو الصحيحان فاذا كان المراد بالقيد هو الدوام و لو مجازا
فلا كلام لاحد فى الصحة وفى البطلان مع الموقت بقيد ليس كذلك فان
قلت فعلى هذا لارجح للوقف الموقت فانه باطل قلت وقف الموقت باطل لا الدائم
ولو مع انقطاع الموقوف عليه لانه بعده يجعل شيئا آخر مكانه كى يبقى الوقف

وتمام الكلام في محله والعبارة التي اشار اليه من الكفاية هي هذه :

السابع الدوام عند جماعة من الاصحاب فلوقرن الوقف بمدة كسنة مثلا فقيل انه يبطل وقيل انه يصح ويصير حبساً وهو الاقوى لصحیحة علی بن مهزيار وصحیحة محمد بن الحسن الصفار وهذا يسمى منقطع الاخر ولوا انقطع اوله او وسطه او طرفاه ففيه قولان ولا يبعد القول بالصحة ولو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده كما لو وقف على اولاده واقتصر او على بطون تنقرض غالباً ففي صحته وقفاً او حبساً او بطلانه اقوال والصحة اقرب لصحیحة علی بن مهزيار وصحیحة محمد بن الحسن الصفار فاذا انقرضوا قيل يرجع الى ورثة الواقف وقيل الى ورثة الموقوف عليهم وقيل. يصرف في وجوه البر ولعل الترجيح للادول وهو قول الاكثر انتهى .

ونظيره قال الخوانساري وأما التأييد في الحبس فالظاهر أنه مجمع عليه ولولا الاجماع لأشكل اثبات لزومه بما استدل به من الأخبار المتضمنة لأدواق الائمة صلوات الله عليهم لا يمكن أن يكون التأييد المذكور فيها قيداً من دون المدخلية في حقيقة الوقف كما أن التأييد غير مأخوذ في حقيقة الوقف المفسر بالتحبیس انتهى .

ولا يخفى ما في الاعتراف بالقيود فيها والقول بعدم مدخلية القيد في التأييد كما ترى .

قال في الحدائق ما هذا الفظه وانما الخلاف هنا في مواضع ثلاثة : الاول فيما لوقرنه بمدة معينة ، فانه هل يصح أن يكون حبساً فلا يبطل بالكلية أم لا؟ قولان: وبالثاني منهما صرح المحقق في الشرايع ، لان شرط الوقف الدوام ، فيبطل ، لعدم حصول الشرط ، وبالاول صرح الشهيد في الدروس ، واختاره في المسالك، قال : لوجود المقتضى وهو الصيغة الصالحة للحبس ، لاشتراك الوقف والحبس في المعنى ، فيمكن اقامة كل منهما مقام الاخر ، فاذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قرينة لارادة الحبس ، كما لوقرن الحبس بالتأييد فانه يكون وقفاً كما مر ، وهذا

هو الاقوى ، لكن انما يتم مع قصد الحبس ، فلو قصد الوقف الحقيقى وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط ، انتهى .

أقول : من الظاهر انه يمكن ارجاع القول الاول الى ما ذكره من هذا التفصيل ، فان تعليل القول المذكور بما تقدم من قوله ان الدوام شرط فيبطل الوقف بعدم الشرط ، يشير الى ذلك ، حيث أن غاية ما يعطيه هو بطلان الوقف لابطلان الحبس ، والا لاحتاج فى بطلان الحبس الى أمر زائد على ما ذكره من أنه غير مذكور فى كلامه القول بالصحة ، وكونه حبسا صرح ابن ادريس أيضاً فقال والوقف لا يصح الا أن يكون مؤبداً على ما قدمناه ، فلا يصح أن يكون موقفاً فان جملة كذلك لم يصح الا أن يجعله سكنى أو عمرى أو رقبى على ما سنبينه عند المصير اليه .

والأظهر فى الاستدلال على الصحة فى الصورة هو ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مراقدهم) فى الصحيح عن على بن مهزيار الى ان قال بعد سوجه وسوق صحيح الصفار .

الثانى : لو وقف على من ينقرض غالباً ولم يذكر المصرف بعده ، كأن وقف على أولاده واقتصر على بطن أو بطون ، فهل يصح وقفاً أو حبساً أو يبطل ؟ اقوال ثلاثة الخ .

وكيف كان فالاقوال الثلاثة ناشئة عن اشتراط التأييد فى الوقف وهذه اقوال الاصحاب وقد جعل الكل فى ترديد فى امر التأييد فى الوقف ولازمه بطلان الوقف لمن ينقرض غالباً كما سيأتى من المصنف بل فى جميع الصور الا نادراً ينقرض الوقف على الموقوف عليهم ولازمه البطلان فانه اذا كان الوقف مشروطاً بالدوام فلا جرم كان لمن ينقطع وينقرض باطلاً اذ ليس بدوام حينئذ فالوقف لمن ينقرض اذ الى بطون ينقرضون كان باطلاً لانه موقت ودوامه الى ان ينقرض لامحالة والا لازم ان يقولون ولو كان موقفاً كان حبساً لا الحكم بالبطلان .

وقد مر ما في الجواهر من حكمه بالقطع بالبطلان بعد قول المصنف بطل .
وكيف كان فالمسألة في غاية الاشكال لو كان التأييد في الوقف معناه
الى يوم القيامة كما هو الظاهر من صدقة امير المؤمنين عليه السلام فان الظاهر منه كون
الموقوفة الى ان يرث الله الارض لاتباع ولا توهب ولا تورث هو بقاء الوقف وان
ذهب الموقوف مع انه ليس مرادا بالقطع اذ ليس شيء يبقى الى يوم القيامة .
فلا جرم كان المقصود هو تبديل العين الموقوفة بعد فنائه الى شيء آخر
مكانه بداهة ان صدقة لاتباع الى هذا الوقت اشارة الى شيء معين خارجي وهو
دار خارجي في المدينة وهي غير باق قطعاً وكذا من سكن فيها .

وقد اشار الى واحد منها وهو فناء الموقوف عليه حيث قال عليه السلام وانه قد
اسكن صدقته هذه فلانا وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذى الحاجة من المسلمين
مع ان نفس الدار ايضا غير باقية الى هذا اليوم فليس معناه وامثاله ابقاء الوقف
اعم من نفس العين ومن الموقوف عليه بمعنى انه في حال الوقف .

وان كانت العين الموقوفة و الموقوف عليه شيئين جزئيين في الخارج
لكن عند انقراضه وفناء العين عوض عنهما باخرين فاذا انقرض الموقوف عليه
وعقله فللمسلمين المحتاجين واذا فنت العين و خربت عوض بثمانها داراً اخرى
او شيئاً آخر قريب منها في قصد الواقف و على اى حال دوام الوقف و الموقوف
عليه الى يوم القيامة مما يقطع بعدم ارادته نعم هذه العبارات كناية عن الدوام
وبالجملة معنى الوقف هو حبس المال لله لالنفسه وهو مذکور في تعريفه

بداهة ان تحببب العين معناه ابقاء العين بنفسه اذ ثمنه لله فلو اتفق ذهاب العين
فان اشترط فيه الدوام بطل بفقده كان بصيغة الوقف او الحبس وان لم يشترط لم
يبطل بايهما كان وقد مر قوله في الكتاب في تعريف الوقف وعرفه ايضا في نافع
بقوله اما الوقف فهو تحببب الاصل واطلاق المنفعة فالوقف تحببب اصله وعينه
باى صيغة تحقق والفرض انه اشترط بالدوام ولو بعد ذهاب الاصل فللازمه بطلان

المنقطع اى الوقف بما هو منقطع او بطلانه عند فناء الاصل وان لم يشترط بالدوام فلازمه صحة الرجوع عنه و كلاهما مشكل ولم ار ان يحرر البحث كما ينبغى بل الوقف بنحو لا يباع ولا يرث الى يوم يرث الله الارض نادر جداً .

﴿ و ﴾ كيف كان فكما يبطل الوقف مقيداً بوقت ف ﴿ كذا ﴾ يبطل ﴿ لو علقه بصفة متوقعة ﴾ الحصول او متيقنة كما عرفت فان الانشاء هو الابداء ومع التعليق لانحقق فى البين مع وجود العلة التامة مطلقاً ﴿ و ﴾ كيف كان كما ظهر لك بطلان التعليق ف ﴿ كذا ﴾ ظهر لك من لزوم التأيد انه ﴿ او جعله ﴾ وفقاً ﴿ لمن ينقرض غالباً ، كان يقفه على زيد ويقتصره اذ يسوقه الى بطون ينقرضون غالباً ، اذ يطلقه فى عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض و ﴿ انه ﴾ لو فعل ذلك قيل : يبطل الوقف ﴿ كما عن المبسوط .

وفى الجواهر قدانى بما هو بعيد فانه بعد قول المصنف ما يصنع به بعد الانقراض قال ان هذه مسألة ثانية لا يتفرع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور مع ان كل هذه الفروع من حيث تأيد الوقف وانه لو لم يشترط فيه التأيد لم يلزم بطلان هذه الفروع وقد عرفت انه مشكل جداً بل يمكن ان يقال لم يتحقق مثله فى جميع الدنيا فمن زمان الشروع فى الاسلام و بعثة النبى ﷺ اى وقت تحقق ويبقى الى الان فيكون منقطع الاخر فالمسألة فى غاية الاشكال فلم يبق شىء الى ان يرث الله الارض بدهاة انه كناية عن بقاء الوقف ولو بتبديل الوقف بعد فوائده وخرابه الى يوم القيامة بل لازمه بقاء الاراضى موقوفة من زمان الائمة الى عصرنا الحاضر اذا الوقف فى زمنهم كان متعارفاً واقماً فى الارض .

وقد خرب بمرور الايام ومضى السنين و السنوات حتى وقف فاطمة عليها السلام لاولاده فى حوائطها السبعة فان قولها سلام الله عليها فان مضى الحسين فالى اكبر اولادى كان المراد هو الاكبر من حيث الرتبة والمقام قطعاً هم احد عشر من اولادها وبعدهم ينقطع فهذا الاشكال وارد جداً والتأيد فى الوقف اجماعى والحل

هو التصرف في مراداتهم في التأييد وانه مادام موقوف عليه موجودا فانه يصدق عليه الدوام ايضا .

فان قلت هذا حبس لصدق الحبس عليه .

قلت اللفظ هو الوقف والقصد ايضا هو الوقف فلا يصدق عليه الحبس بل وقف مؤبد وان التأييد لازم وشرط في الوقف مادام الموقوف عليه باقيا لعدم المعنى لبقائه لولم يكن من يقبله فالوقف باق ببقاء من له اهلية الملكية للمنافع بل لعل نظر الواقف كذلك بحيث اذا سئل عنه انقطع الاولاد قال اللازم بقاء الوقف الى ان يكون واحدا منهم وبعده ان امكن التبديل والا يصرف في الوجوه البرية فالتأييد ليس تأييدا الى يوم القيامة بل الى بقاء الموقوف عليهم وبذلك يندفع اكثر الاشكالات .

ولا يتم قول المصنف ولو فعل ذلك اى جعل الوقف لمن ينقرض غالبا قيل يبطل الوقف كما سيأتي فماذا كرهه جمع بين جميع الكلمات مخصوصا من ذهب الى اشتراط التأييد .

وقد ظهر لك الحال من جميع ما ذكر في هذه المسألة وان الظاهر عدم بطلان الوقف في جميع ما ذكره من الوقف على من ينقرض وقد عرفت ان اكثر الوقوف بل جميعها ينتهي الى عدم فعلى البطلان يلزم تخصيص الاكثر المستهجن بل يلزم من تشريع الوقف مشروطا بالدوام عدمه لعدم وقف لا ينتهي الى عدم الموقوف عليه فيكون الوقف باطلا وبالجملة القول بالبطلان كما ترى و نظيره في الضعف هو القول بالحبس فالمراد بالتأييد هو التأييد مادام الموقوف عليه باقيا ﴿و﴾ لذا قال ﴿وقيل : يجب اجراؤه حتى ينقرض المسمون﴾ اى يجب ابقاء الوقف الى بقاء ما يسمون ويجعلون في الوقف في حال الصيغة فان قال الواقف وقفت لاولادى كان الوقف الى آخر اولاده وان قال ولاولاد اولادى بقى الى تمامهم وهكذا ثم ينقض ويتم ويبطل الوقف بانقرض اولاده واولاد اولاده

فالوقف له التأييد ببقاء الموقوف عليه .

وفى الجواهر مالفظه بمعنى أنه يصح وقفا كما هو صريح جماعة ، بل فى جامع المقاصد نسبه الى الشيخين والمختلف والتذكرة وأكثر الأصحاب بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناء على ارادة المساواة فى الحكم من التصريح بكونه حبساً .

وبذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب فى المسألة فى المختلف ومحكى الايضاح نسبة صحته وقفا الى الشيخين وابن الجنيد وسلاو ابن البراج وابن ادريس وقال ابن حمزة «يكون حبسا بلفظ الوقف» وعن المذهب البارع مثل ذلك .

وفى التنقيح نسبه الى النافع والشيخ وابنى حمزة وادريس والعلامة وفى محكى المقتصر أنه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف ونسبه الى الشيخين وتلميذهما وأبى على وابن ادريس والمحقق فى النافع وقد سمعت مافى جامع المقاصد ، ولانتمت كلماتهم الأعلى ما ذكرنا مؤيداً بأن المفهوم من أدلتهم وعنوانهم وغير ذلك كون البحث فى صحة الوقف المنقطع آخره وبطلانه .

ومن المعلوم أن المراد مع قصد الوقفية ، وهذا لا يمكن القول بصحته حبسا ضرورة كون الحبس عقداً آخر يحتاج الى قصد مستقل وهو مباين لقصد الوقف المقضى لنقل العين للموقوف عليه وخروجهما عن الواقف بخلاف الحبس فلا يتصور حينئذ القول به فى مفروض المسألة الأعلى ارادة المساواة له فى الحكم كما هو واضح بأدنى تأمل انتهى .

وقد عرفت ان اكثر افراد الوقف الصحيح وقع كذلك وانه جعلوا وقفا لاولادهم واولاد اولادهم مثلاً ساكتاً عما يقع بعدهم وقد كثر مثل هذه الادقات وكم ينتفى من النسل عقباً بعد العقب بحيث لا يبقى لهم اسم ولا رسم وكم رجلاً وامراً يقتلون فى عصرنا بحيث لا يبقى من احدهم عين ولا اثر وكثير فى معركة الحروب وبعضهم بزلة الارض وقدهم لكون الوفاة من الرجال والنساء وقد كان منهم الواقف

والموقوف عليه ولما بعدهم ومن امثال تلك القضايا لكثير وقل ما يتفق وقف للاولاد
وادلاد الاولاد وبقيت نسلهم الى يوم المعاد اذ قريب منه فالأكثر وقع مقطوع
الاخر بل في الأكثر كان الواقفون ساكتين عما بعد نسلهم .

فلو كان هذا الوقف باطلا او كان حبسا لم يكن لنا وقف صحيح فهذا
القول مبنى على ما ذكرناه من التأييد مادام بقاء الموقوف عليه وهو احسن الاقوال
ويكون جمعا بينها ويصح الوقف الى انقضاء المسمين في الوقف وبعدهم يكون
سالبة بانتفاء الموضوع فان بقى من ماله ولم يتعينه لما بعد الموقوف عليهم
يصرف في وجوه البر بقصد الواقف والله العالم .

﴿د﴾ اذا قال انه ﴿هو الاشبه﴾ باصول المذهب وقواعده ، لا لكثير مما
ذكره مما هو محل للنظر ، خصوصا مثل قول الفقيه في عروته من عدم خروج
المال عن ملك الواقف بالوقف وعدم اشتراط التأييد مع صراحة صدقة لاتباع
ولانوهب ولانورث فالمال قد خرج عن ملك مالك وليس للوارث حتى يرثه كما
سيأتي في محله والوقف يكون دائما وغير ذلك فالتأييد مادام بقاء الموقوف عليه
مع قصد الواقف كذلك فان الوقوف حسب ما يوقفها اهلها .

وكيف كان فقد ظهر دوام الوقف بدوام الموقوف عليه فيبقى ما بقى
ويزول بزواله فبعد الزوال ان بقى المال او ثمنه صرف في وجوه الخير للواقف
فانه اقرب بمقصوده ولا يعود الى الواقف او وارثه فان الواقف قد اخرج المال
عن نفسه كيف وهو معنى الوقف في مقابل الحبس كما في المنقطع وبعدهم الخروج
فعوده يحتاج الى دليل ومنه ظهر عدم تمامية قول المصنف وغيره بقوله ﴿ فاذا
انقرضوا رجع الى ورثة الواقف وقيل الى ورثة الموقوف عليهم ﴾ وقيل: يصرف
في وجوده البر ﴿د﴾ ان ﴿الاول اظهر﴾ واشخه بل المشهور كما في الجواهر وذلك
لان الواقف قد اخرج المال عن نفسه والموقوف عليه ليس لهم الا المنافع للوقف
بل الانتفاع فقط فالعين ليس لهم وكذا بدله فليس الا وجوه البر .

ولا يخفى ان هذه المسألة ايضا في غاية الاشكال عند القوم ولكن بحمد الله

تعالى لا اشكال عندى اصلا وانه ازم صرف ما بقى اما وقف شيء آخر له او يصرف في وجوه الخير وفي سبيل الله لان الظاهر من قوله طَبَقًا صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث هو صريح في خروج المال عن ملك الواقف فلامال له ولا وارث .

والظاهر ان هذا النزاع بعده خصوصا على قول المصنف وانه اظهر لعجيب واما الموقوف عليهم فهو ايضا واضح لان في الوقف ليست ملكية لمن وقف له بل صدقة لاتباع الخ صريح في عدم كونه ملكا لاحدهم وليس قابلا لتملك لاحدا اصلا والموقوف عليه انما يملكون المنافع لملكية العين والا لجاز لهم بيع ملكهم اذا لفرض كونه ملكا ولازم الملك جوازه بل يمكن القول بان لهم الانتفاع لملكية المنافع والاجاز بيع المنافع ايضا من الثمار والنتاج ونحوها .

وهذا مضافا الى عدم امكان الملكية لهم الا اذا كان الموقوف عليهم معينين محددين يصح الملكية بنحو التشريك فيها واني لهم بذلك اذا وقف عليهم وعلى اعقابهم المعدومين فاذا صح البيع فهل يصح للمجميع فابن حق اللاحقين وان باعوا بعضها والفرض كان الجميع للمجميع ممن كان موجوداً او غير موجود فان قلت عدم جواز البيع لا يكون مانعا عن الملكية فانه كثيراً ما يكون الانسان مالكا لشيء .

ولا يجوز له بيعه كما في ام الولد كما سيأتى من المصنف قلت قياسه على المقام مضافا الى بطلان القياس كان مع الفارق ان في ام الولد لا يجوز البيع من حيث ان اللازم بقائها حتى تلد فتمتق من نصيب ولدها من الارث واني له بذلك في المقام .

فان قلت عدم جواز البيع للموقوف عليه ايضا كذلك لانه موجب لذهاب حق الباقيين من الطبقة اللاحقة فلا يجوز ذلك قطعا مع كونهم مالكين .

قلت لو كان ملكا لهم لجاز البيع للموجودين منهم ان غيرهم كانوا معدومين فليسوا فعلا قابلا للتملك فلو كانوا موجودين قد تحقق لهم الملكية

فان الملكية صفة وجودية لا بد له من محل موجود فلا ملك لهم ما داموا معدومين فلو كان الموجودون مالكيين لجاز لهم البيع سلمنا انهم ايضا ما لكون فجاز للموجودين البيع المختص لانفسهم مع انه لا يجوز لهم أصلا فليس الالعدم كونهم مالكيين فاذا لم يكن لهم المال فبعد انقراضهم لا يكون لواثرهم شيئا .

وبالجملة المسألة في غاية الاشكال حتى اختار المصنف هنا القول برجوع المال الى ورثة المالك وفيما سيأتى برجوعه الى ورثة الموقوف عليهم وهنا قال الاول اظهر وبعده في الجواهر واشهر بل المشهور وفيما سيأتى من المصنف في اللواحق تخير القول الثاني فالمسألة باقواله الثلاثة محل اشكال وكلام بين الاعلام حتى يرى من مثل العلامة تارة اختار الاولى واخرى اختار الثاني ونحن نذكر عبارته الحدائق بما نقله من ذكر الاختلاف والاقوال ثم التعرض للكلمات صاحب الجواهر حتى يستظهر الحق بعون الله تعالى قال فيه ما هذا لفظه .

أما لو انقراضوا فقد اختلف الأصحاب فيمن يرجع اليه ، فقيل : برجوعه الى ورثة الواقف ، وقيل : ورثة الموقوف عليهم ، وقيل : انه يصرف في وجوه البر ، وبالأول قال الشيخ وسلا رابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف بل في أكثر كتبه ، والمحقق في الشرايع ، وأسنده في المسالك الى الأكثر ورجحه .

وبالثاني قال الشيخ المفيد وابن ادريس وقواه العلامة في التحرير .

وبالثالث قال ابن زهرة ، قال : وقد روى أنه يرجع الى ورثة الواقف ، والأول أحوط ، ونفى عنه البأس العلامة في المختلف ، وظاهر الشهيد في الدروس التوقف في الحكم المذكور ، حيث اقتصر على نقل الاقوال في المسئلة ، الى ان قال واستدل للمقول الأول بأنه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكلية ، وانما تناول أشخاصاً فلا يتعدى إلى غيرهم ، ولظاهر قول العسكري عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله تعالى والواقف انما وقفه هنا على من ذكره ، فلا يتعدى الى غيرهم ، ويبقى أصل الملك لمالكه انتهى .

قوله واستدل للمقول الاول بانه بالوقف لم يخرج عن ملك المالك بالكلية وفيه ان الظاهر من خبر الصدقة خروجه عن الملك خروجاً لا يعود اليه اصلاً حتى قال عليه السلام لا تباع ولا توهب ولا تورث فمن باعها او هبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً فمع هذا التأكيدي كيف يقال بعدم الخروج عن ملك الواقف وانه ايضاً لا يخرج عن العين .

ومنه يعلم ان البشارة بمثل ذلك بالورثة بشارة على هذا الثواب العظيم الى يوم القيامة فالواقف لامال له حتى يرثه الوارث .

وقوله انما تناول اشخاصاً فلا يتعمد الى غيرهم قد عرفت ان الوقف للمتاييد مادام الموقوف عليهم باقياً فالوقف لهم من حيث المنافع وبعده يصرف فى سبيل الله فالملك قد خرج عن ماله وجعل للموقوف عليهم مادام بقوا واذا انقرضوا يصرف فى سبيل الله لانه يبقى للمالك كى يرثه وارث الواقف فاصل توهم كون المال يرجع الى وارث الواقف او الموقوف عليهم امر موهوم .

ومن العجيب ما فى الجواهر حيث قال بعد ادعائه ان المال حيث خرج عن ملك الواقف لزم دخوله فى ملك الموقوف عليهم لعدم كون المال بالمالك ما هذا الفظه .

ودعوى كونه لله واضحة الفساد ، ضرورة أن المتصدق قصد بصدقته خصوص الموقوف عليه ، و مقتضى شرعية ذلك ترتب ما قصده عليه لا غيره ، على أن رب العزة تعالى عن شبه ملك الادميين ، وانما هو مالك السموات والأرضين وما نحن فيه من الملك العالى المختص بالادميين ، وملكه بالمعنى المزبور انما هو لوليه كما فى النص ، والتزام ذلك هنا معلوم الفساد ، ضرورة عدم كون العين الموقوفة من الانفال التى هى للامام عليه السلام بحق الامامة ، كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام كما هو واضح انتهى .

حيث زعم قده ان مالكية الله تعالى نظير مالكية الناس وهو باطل فنفاه

عن كونه لله بتوهم ان الواقف قصد خصوص الموقوف عليه وفيه ان قصده الخصوصية لا يكون تملكية للمعين اصلاً لان ملكية شئ متناهى لامور غير متناهية باطلة جداً كما اذا كان الموقوف عليهم هو الاولاد ثم اولاد الاولاد ثم العلماء ثم الفقراء فانه غير محصورين لا يصح كون المحصور ملكا لهم ولو بعداً فبعد فيكون نظير ملكية الاراضي المفتوحة عنوة لجميع المسلمين من الموجودين و المعدومين الى يوم القيامة وهذه الملكية ليست ملكية للمعين بل ملكية الانتفاع ولذا لا يجوز التصرفات الموجبة لرفع يد الباقيين الى يوم القيامة ولا البناء الموجب لذهاب حق غيرهم فلا جرم يصرف المال في وجوه البر للواقف فان غرضه دوام الصدقة فاذا لم يقع بنفس العين الموقوفة فلا بد من بدله من عين آخرا و ممن عين التي وقفه . فلاشكال في كون المالك بالوقف يخرج المال عن نفسه كلاً ودائماً ولم يدخل في ملك الموقوف عليهم ولذا عن الفاضل في قواعد حيث انه بعد أن جزم بزوال الوقف عن مالكة قال : و ثم ان كان مسجداً فهو فك ملك ، كالتحرير ، وان كان على معين فالأقرب أنه يملكه ، وان كان على جهة عامة فالأقرب أن الملك لله تعالى انتهى ومن المعلوم ان المعين مثل شخص معين فلم يجعل الملك للموقوف عليهم اذا كثروا بل لعل في الشخص المعين ايضاً لم يكن ملكا للمعين بل يكون حبساً له فسيأتي الكلام فيه ومن جميع ذلك ظهر ما في الاستدلال بانتقال الملك الى الموقوف عليهم قبل الانقراض فيستصحب بداهة انه كما عرفت لا ينتقل مال الى الموقوف عليهم كي يستصحب .

وقديتمسك لصحة ذلك و كون الموقوف عليهم مالكا بمثل صدقة الكاظم عليه السلام هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه السلام تصدق بأرضه بمكان كذا وكذا وحد الأرض كذا وكذا كلها ونخلها وأرضها وبياضها وماؤها وأرجائها وحقوقها وشربها من الماء وكل حق قليل أو كثير هولها في مرفق أو مظهر أو مفيض أو مرض أو ساحة أو شعبة أو مشعب أو مسيل أو عامر أو غامر ، تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من

صلبه الرجال أو النساء، إلى آخره .

وفيه بعد الفراغ عن ان المراد بالصدقة هو الوقف ان الخبر لم يدل على كون التصدق بالعين بل يمكن كونه بالمنافع خصوصا بعد القطع بكونه وقفاً وبه يمتاز عن مطلق الصدقة الظاهرة في العين خصوصا بضميمة القواعد الاخر فالخبر لا يدل على كون الوقف عليهم وقف العين .

وبالجملة قوله عليه السلام هذا ما يصدق الخ صريح في الوقف لا مطلق الصدقة وكون المال ملكا للموقوف عليه لم يكن له دليل اصله ان شئت ان تعلم ما ذكرناه فانظر الى الاخبار .

منها خبر الحلبي ، عن أيوب ابن عطية قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قسم رسول الله صلى الله عليه وآله الفء فأصاب علياً عليه السلام أرض فاحترق فيها عينا فخرج منها ماء ينبع في السماء كهيئة عنق البعير فسامها عين ينبع فجاء البشير ببشره ، فقال : بشر الوارث بشر الوارث هي صدقة بتابلا في حجيج بيت الله وعابر سبيله لاتباع ولاتوهب ولاتورث ، فمن باعها أو هبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا .

وخبر عجلان أبي صالح قال : املى أبو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حى " سوى بداره التي في بنى فلان بحدودها صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض ، وانه قد أسكن صدقته هذه فلانا وعقبه ، فاذا انقرضوا فهي على ذى الحاجة من المسلمين .

وفي الوسائل رواه الصدوق كما يأتى ورواه الكليني وخبر ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال . تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدارله في المدينة في بنى زريق فكتب : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبي طالب وهو حى سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والأرض ، واسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن ، فاذا

انقرضوا فهي لذى الحاجة من المسلمين .

وهذه الروايات صريحة في امور ثلاثة الاول في ان الواقف اذا وقف شيئاً قد اخرجته عن ملكه ولا يجوز له التصرف والرد والبيع والهبة بوجه ولا يكون للوارث ارث اصلاً الثاني ليس للموقوف عليهم عين الموقوفة ولا يصح لهم البيع والقرض خلاف الروايات الثالث انه عند انقراض الموقوف عليهم كانت العين لذى حاجة من المسلمين وهو عبارة عن كونه في سبيل الله وبعد هذه النصوص كان خلافه مخالفاً للنصوص .

ومن العجيب مع ان قوله بتأبلاً الظاهر في انقطاع المال عن الواقف مع ذلك قال كان المال للموقوف عليهم توهماً لعدم صحة كون المال بلامالك اى بقتلا بائمة عن الواقف فلو لم يكن للموقوف عليهم لازم كون المال بلامالك فيكون للموقوف عليهم عينا ومنفعة وفيه كون الملك بلامالك امر غير ثابت اولاً حيث ان كثيراً من الاموال كانت بلامالك كما كثر الاراضى التى بقيت بلامالك حتى يحجرها انسان فصارت مالكة بالتحجير والحيازة فقبله بلامالك فكم من كنوز فى تحت الارض زال ماليتها ولم يكن لها فعلاً مالك اصلاً .

وحينئذ اذا جعل الواقف العين للموقوف عليهم كان مادام حياً فاذا مات يصرف المال فى سبيل الله ومثل الدار يجعل فى حوائج المسلمين ولا يبطل الوقف بل كانت العين بحالها وان خرجت عن قابلية الانتفاع بيعت وصرف ثمنها فى سبيل الله .

وكيف كان فلا يكون خبر نص فى كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم كما يعلم ايضاً انه بمجرد الوقف قد خرج الملك عن ملك المالك فعوده اليه اذ الى وارثه يحتاج الى دليل والعجب انه فى الجواهر رده بانه كالاتجاه فى مقابل النصوص والفتاوى .

وذلك لما عرفت من ان الخبر على خلافه فلا سبيل للمال بعد بطلان الوقف

من جعله مثل عينه اذ ثمنه الى الواقف حتى يصل فيضه وثوابه اليه ايضا ثم انه فى الحدائق متصلا بما مر من كلامه بعد اسطر قال ما لفظه :

واستدل للقول الثانى بانتقال الملك الى الموقوف عليه قبل الانقراض ، فيستصحب ، ولأن عوده الى الواقف بعد خروجه يفتقر الى سبب ولم يوجد ، ولأنه نوع صدقة ، فلا يرجع اليه .

وللثالث بما ذكره العلامة فى المختلف ، ونفى عنه البأس حيث قال : ولا بأس بقول ابن زهرة ، لانتقال الوقف من الواقف ، وزوال ملكه عنه .

والمعجب ان هذه الحجة التى احتج بها لابن زهرة ترجع الى ما استدل به على القول الثانى ، وهو فى المختلف قد أجاب عن ذلك بالمنع من كون الواقف مطلقاً ناقلاً بل المؤبد ، قال : ومنع من كون الموقوف عليه مالكا الامع التأييد وما أجاب به عن ذلك الدليل لازم له فى رد دليله المذكور انتهى .

فليس للموقوف عليهم الا المالكية للمنافع كالمستأجر للمعين والمال بمجرد الوقف قد خرج عن ملك الجميع ودفع فى سبيل الله الى يوم القيمة فلا محالة لو نفى الموقوف عليهم كلاً او خربت العين الموقوفة فانه يمكن تبديله بما هو باقى له فعل والله يصرف فى وجوه الخير للواقف .

فان قلت فهذا تصديق بكونه للواقف .

قلت ثوابه غير عين ماله والفرق بينهما واضح فالمال يصرف فى سبيل الله وثوابه الى الواقف غايته تارة ثواب الاصل واخرى ثواب بدله اذ ثمنه وهو معنى بقاءه لله الى يوم يرث الله الارض فيصرف فى وجوه الخيرية وهى كل ما هو سبيل الى الثواب كالحيح والصوم والصلاة والانفاق وكيف كان فسيأتى تمام الكلام عند ذكره المصنف فى اللواحق ان شاء الله .

﴿ و ﴾ على اى حال ﴿ لو قال : وقفت اذا جاء رأس الشهر اذ ان قدم زيد لم يصح ﴾ فى الجواهر بالاخلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه ، اما ذكرناه

غير مرة من منافاة التعليق على متيقن الحصول أو متوقفه النخ وهو واضح .
 ﴿و﴾ كيف كان وقد عرفت البحث في أن ﴿القبض شرط في صحته﴾ بل
 قد عرفت انه ليس شرطاً لصحته بل شرط للزومه ﴿فلو وقف ولم يقبض ثم مات
 بطل وكان ميراثاً﴾ فعلى عدم الصحة فواضح وعلى عدم اللزوم ايضاً كان المال
 للوارث لعدم استقراره للموقوف عليه ولكن لا يخفى عدم دلالة النصوص في اشتراط
 القبض مطلقاً كى يلزم الا اذا كان من تملكه واحداً او متعدداً معلوماً فيقبض هذا
 الواحد او الجميع المعدودين .

﴿ولو وقف﴾ ما في يده ﴿على اولاده الا صغار﴾ الذين هو ولى عنهم ﴿كان
 قبضه قبضاً عنهم، وكذا الجدد للاب﴾ بالاخلاف أجده فيه كما في الجواهر والمسألة
 سهلة مضافاً الى دلالة الروايات مثل خبر عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام انه
 قال في رجل تصدق على ولد له قد أدر كوا قال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث
 فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأن الوالد هو الذى يلي أمره .
 وقال : لا يرجع فى الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله .

وخبر على بن جعفر المروى عن قرب الاسناد عن كتابه اذا كان أب تصدق
 على ولد صغير فانها جائزة ، لانه يقبض لولده اذا كان صغيراً ، وصحيح محمد بن
 مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه قال فى الرجل يتصدق على ولده ، وقد أدر كوا : اذا
 لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز
 لان والده هو الذى يلي أمره ، وغير ذلك ﴿وفى الوصى تردد ، أظهره الصحة﴾ .
 وفى الجواهر ولم أجده لغيره عدا ما يحكى عن التحرير ، وما تشعر به عبارة
 النافع ، و كانه للتردد فيه فى غير موضع ، باعتبار اتحاد الموجب والقابل فيه ،
 المغتفر فى الأب والجد ، للنصوص ، الا أنه قد بينا ضعف ذلك ايضاً فى غير موضع ،
 والمراد هنا أن التردد لذلك ، لا دعوى ان ولاية الوصى ضعيفة ، فلا تقتضى سيرورة
 قبضه قبضاً عنهم ، التى هى واضحة الفساد ، اذ لا اشكال فى عدم مدخلية ذلك ، كما

لاشكال في كفاية قبضه عنهم في الوقف من أجنبي والهبة انتهى .
 والحاصل تارة الولي وقف على اولاده واخرى الوصي وقف على اولاد
 الموصى وفي الولي لاشكال في القبض لان قبضه قبض عن الصغير فقبضه بمنزلة
 قبض نفس الولد واما لو وقف الوصي فقبض عنهم هل هو كما قبض الولي عنهم
 فقد تردد فيه المصنف من لزوم التعدد في الايجاب والقبول وقبض الوصي ليس
 كقبض الولي من حيث الاتحاد للمغيرة بين الوصي وولد الموصى ولزوم التعدد في
 الايجاب والقبول شرط فان جعلنا الوصي بمنزلة الاب كي يكون قبضه قبض الولد
 فصح والا فلا يصح كونه متصداً للايجاب والقبول بوحده وفيه كفاية التعدد الاعتباري
 في جميع موارد الايجاب والقبول ﴿ولو وقف على نفسه لم يصح﴾ .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد بل عن التذكرة
 نسبتها الى علمائنا ، بل في محكي السرائر الاجماع ، وهو الحججة ، مضافا الى عدم
 تعقله الخ وذلك كما بينه ان الوقف اما نقل المنفعة او العين او قلنا به وكل واحد غير
 معقول الى نفسه لانه مالك للعين والمنفعة والظاهر ان عدم الصحة لذلك فانه تحصيل
 للحاصل ولا يصح تسبيل المنفعة الى نفسه بل الى الغير ولكن العمدة هي الروايات .
 مثل خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام «أن رجلا تصدق
 بدار له وهو ساكن فيها فقال : الحين اخرج منها ، وبعض النصوص الآتية في مسألة
 اشتراط العود اليه عند الحاجة . وهو صريح في المنع وظاهر بعضها جواز الاكل
 منه والسكونة معهم كخبر ابي الجارود الآتي .

هذا ولكن لا يخفى عدم دليل على بطلان الوقف على النفس وما وجد دل
 على عدم جواز الوقف التصرف والاستفادة عما وقفه الا ان يقال بالاولوية وايضاً
 المرض من الوقف على نفسه هو ملكيته على القول بالملك للموقوف عليه او جواز
 الانتفاع منه وكلاهما حاصلان له بدون الوقف فما اراد من الوقف عليه هو
 حاصل له بدون .

و كيف كان فكما لا يصح الوقف على نفسه واضح ﴿و كذا﴾ لم يصح الوقف من أصله ﴿لو وقف على نفسه ثم على غيره﴾ لكونه حينئذ منقطع الأول الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه ، ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ ﴿يبطل فى حق نفسه ويصح فى حق غيره والأول أشبه﴾ و قد مرت المسألة مفصلاً وأنه لو كان الوقف بنحو الترتيب والطولية لبطل فى كليهما لكونه من منقطع الأول وأما لو كان بنحو العرضية والوقف فى كليهما فى زمن الواحد من أول الوقف فلا يوجب بطلان الأول بطلان الثانى بل فى الأول باطل وفى الثانى صحيح وقد اشار إليه فى الجواهر بقوله نعم لو عطف الغير عليه بالواو فالأقوى الصحة فى النصف لعدم الانقطاع فيه لبقاء موقوف عليه ابتداء وهو الغير ، فإن الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع ، بل كل واحد منهما ، فيبطل النصف فى حقه ، ويصح فى النصف الآخر الذى لا مانع من الصحة فيه انتهى .

فإن العطف بالواو يجعل المعطوف والمعطوف عليه فى عرض واحد معاً بخلاف العطف «بثم» فإنها للترتيب والطول فيصح فى الأول الوقف فى المعطوف عليه دون المعطوف وفى الثانى حيث يجعل الوقف طويلاً يبطل فى كليهما لأنه يكون من منقطع الأول راجع ص ٢٩٧ الى ٣١٠ .

﴿و كذا لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه أو ادرار مؤنته لم يصح﴾ وفى الجواهر بلاخلاف معتد به أجده فيه ، بل ظاهر المسالك نسبه الى الاصحاب ، معللانه بأن الوقف يقتضى نقل الملك والمنافع عن نفسه ، فإذا شرط ذلك ونحوه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فيبطل الشرط والوقف معاً بل مقتضى اطلاق بعض ما هو صريح آخر من عدم الفرق فى ذلك بين دين معين وعدمه وادار مؤنته مدة معينة وعدمه ، وبين تقدير ما يأخذه منه أو اطلاقه ، وبين الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة ، كل ذلك للقاعدة المزبورة .

والا فليس فى النصوص الامكانية على بن سليمان الى ان ساقها وساق خبر طلحة بن زيد الظاهر فى الخروج عن داره بمجرد الوقف ثم قال مع ان فى خبر أبى الجارود عن الباقر عليه السلام لا يشتري الرجل ما تصدق به . وان تصدق بمسكن على ذى قرابة فان شاء سكن معهم وان تصدق بخادم على ذى قرابة خدمه انشاء الله . بل عن النهاية اذا وقف انسان مسكنا جازله أن يقعد فيه مع من وقف عليه ، وليس له أن يسكن غيره فيه ، ولعله نظر الى الخبر المزبور الذى لا بد من حمله على اذن الموقوف عليه ، والا كان مخالفاً للقواعد وغيرها ولا جابر له . نعم ليس فى تلك المكاتبه وغيرها اخراج النفس ، بل ولا جميع ما ذكره ، فيكون منشأ القاعدة المزبورة ، ولكن الظاهر عدم اقتضاها بطلان اشتراط ذلك على جهة الاستثناء له من التسبيل الذى قصد به بالوقف لقاعدة «المؤمنون» و«الموقوف» وغيرها .

بل ربما كان المراد من قوله عليه السلام فى المكاتبه المزبورة ، وان تصدقت أمسكت لنفسك ما بقوتك ، كما عساه يظهر من عنوان الحرفى الوسائل ، أفصاها بطلان استحقاقه له من حيث كونه وقفاً لاعتبار اخراج نفسه من عينه ومنفعته ، لانحو ما ذكرناه الراجع الى وقف عين وتسييل منفعتها الخارجة عما استثناءه ، فهو حينئذ كوقف العين المستأجرة مدة مثلاً ، وربما يشهد له فى الجملة ما تقدم له سابقاً من دخول اللبن والصوف الموجودين فى الشاة الموقوفة ما لم يستثنه ، بل حكينا عن الفاضل فى التذكرة أن وقف البقرة للمحرث مثلاً خاصة يقتضى بقاء باقى المنافع من اللبن وغيره للواقف انتهى .

اقول ظاهره كون عدم الجواز مشكل عنده بل عدم جواز الاستفادة من ثمار الفواكه بعد الوقف ولو بعنوان الدخول فيه ساعة او ليلاً او نهاراً او فى الجملة كالمسافر بين مضافاً الى عدم ثبوت منعه عند الشرع بمقتضى هذه الاخبار كان عند العرف ايضاً امر منكر .

و كيف يصح منع الواقف من الدخول في بستانه الموقوفة والاستراحة فيها والاكل من ثمارها ونحو ذلك مع ان الواقف محسن وما على المحسنين من سبيل اما مكاتبة علي بن سليمان الى ابي الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لي ولد ولي ضياع ورثتها عن ابي وبعضها استغفرتها ولا آمن الحدثنان فان لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فماترى جعلت فداك ، لي أن أقف بعضها على فقراء اخواني والمستضعفين أرايبعها وأنصدق بثمانها عليهم في حياتي ، فاني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فان وفتتها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا ، فكتب عليه السلام فهمت كتابك في أمر ضياعك ، فليس أن تأكل منها من الصدقة فان أنت أكلت منها لم تنفذ ان كان لك ورثة ، فبع وتصدق ببعض ثمنها في حياتك ، وان تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك ، مثل ما صنع أمير المؤمنين . فبعض عباراتها متعارضة مع الاخرى مثل قوله فليس ان تاكل منها من الصدقة فانها ظاهرة في عدم الجواز وقوله وان تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك صريح في الجواز .

بل لعل الظاهر من قوله فانت اكلت منها لم تنفذ ظاهر في بطلان الوقف لاعدم الجواز الذي مجرد الحرمة فان الظاهر كون الاكل في حال وقوع الوقف وهو مضافا الى اشكاله لا يصح الالتزام به بوجه و كيف فبعض عبارتها الصحة كما اشار اليه في الجواهر حيث قال وان تصدقت أمسكت لنفسك مع انها معارضة بخبر ابي الجارود فالمسألة حسب الرواية مشكلة وخبر ابي الجارود صريح في الجواز حيث قال عليه السلام فان شاء سكن معهم وكذا قوله وان تصدق بخادم فان الصدقة حينئذ بالخادم .

والحاصل كما يصدق بذى قرابة مسكنا كذلك يصدق بهم خادما فالوقوفه تارة مسكن واخرى خادم وقوله خدمه اى طلب منه الخدمة فكما يسكن ويقعد في دار جعلت وقفها لذى قرابته فكذلك اخذه خادما وقفه لهم فيجوز الاستفادة من عين الموقوفة للواقف .

فلو لم يجز ذلك لم يجزله اخذ الخادم فى الخدمة الذى وقفه لذى قرابته
فخبر ابي الجارود ظاهر فى صحة التمتع للمواقف من نمار الموقوفة والسكونة
فيها والاستفادة من الخادم لهم وغير ذلك ففرق بين اشتراط هذه الامور فى ضمن
العقد وبين جوازه بدون الاشتراط .

فانه لو اشترط كان على خلاف مقتضى العقد اذ مقتضاه خروجه عن ملكه
فاذا خرج فشرط الاستفادة والتمتع منها خلاف الخروج عن ملكه فان لازم
الشرط عدم خروجه عن الملك بخلاف عدم الشرط لكن يجوز له هذه التصرفات
بمقتضى دلالة الخبر مع ان فيه كلام ايضا بل لعل الشرط بالنسبة الى الغير
لاشكال وبالنسبة الى نفسه مشكل ضرورة ان لكل انسان ضيف قد يمر عليه
فى الموقوفة فلا يصح من الضيافة والاكرام جدا بل هو ظاهر الاخبار ايضا
مثل ما دل على فعل النبى ﷺ وفى عروة الفقيه ما لفظه .

لو شرط أكل أهله أو أضيافه و من يمر عليه أكل أتباعه من الوقف
جاز كما حكى من فعل النبى ﷺ فى خبر أحمد عن أبى الحسن الثانى عليه السلام انتهى
ويدل عليه ما رواه فى الكافى عن أحمد بن محمد والظاهر أنه البرزنى
فى الصحيح « عن أبى الحسن الثانى عليه السلام قال : سألته عن الحيطان السبعة التى
كانت ميراث رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لفاطمة عليها السلام فقال : لانما
كانت وقفاً ، و كان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يأخذ اليه منها ما
ينفق على أضيافه ، والتابعة تلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام
فيها فشهد على عليها السلام و غيره أنها وقف على فاطمة عليها السلام وهى الدلال ، والعواف
والحسنى ، والصافية ، ومالأم ابراهيم والميثب ، والبرقة » .

وفى الحدائق بعد نقله قال ورواه الصدوق والشيخ مرسل وفيه بدل والتابعة
تلزمه فيها ومن يمر به ، وظاهر الخبر المذكور أنه (صلى الله عليه وآله وسلم)
وروقف هذه الحوائط فى حياته على فاطمة عليها السلام ، وشرط الأنفاق منها على أضيافه

وما ينوبه وهو المشار اليه بالتابعة اى ما يتبع الانسان مما يهمله ويعينه انتهى .
 وفى الجواهر فى هذا المقام قال كما لا تنافى شرط أكل أهله منه ، بل
 وأضيفه ومن يمر به والتابعة ، فيصح حينئذ كما حكى من فعل النبى صلى الله
 عليه وآله وسلم فى خبر أحمد عن أبى الحسن الثانى عليه السلام بل نحو ذلك عن فاطمة
عليها السلام أيضاً فى صدقتها .

بل فى الدروس والرياض ولا يقدح كونهم واجبي النفقة وتسقط نفقتهم ان
 اكتفوا به ، وهو متجه فى غير الزوجة والمملوك . أما هما فيشكل برجوع ذلك
 الى نفسه أيضاً ، ولذا قال فى الأول منهما بعد ماسمعت : « ولو شرط أكل الزوجة
 ففيه نظر من عود النفع اليه » ومن توهم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها وان
 كان فيه أنه لا نظر فى جواز أكلها ، وانما الكلام فى اشتراط نفقه الزوجة ،
 وهو الذى قلنا أنه من شرط النفع لنفسه ، وكذا مملوكه ولو كان حيواناً انتهى
 ولا يخفى ان عمدة الاشكال فى النظر رجوع المذكورات الى نفسه وعدمه
 وعلى الاول لا يجوز ولا يصح الرجوع الى الوقف للنفس كاشتراط نفقة الزوجة
 فان النفقة كانت على نفسه واذا شرطها على الغير بان يدفع عن نفسه كان من
 الوقف على نفسه اذ الوقف على النفس معناه دفع ضرر عنه او رجوع منفعة اليه
 وهذا الشرط دفع ضرر او رجوع منفعة اليه فلا يجب النفقة بعد الشرط ولذا لا يجوز
 وكذا ما هو مثله بخلاف مثل ضيف ورد عليه او اكل نفسه شىء منه اذا بلغ
 الى ما وقفه ونحو ذلك فانه لا يرجع الى الوقف لنفسه .

ولكن يشكك بان قوله فى خبر ابى الجارود فان شاء سكن معهم فان ظاهره
 السكونة الدائمة معهم اللهم الا ان يحمل على سكونة مقدار قليل بنحو الضيف
 وفى المسالك بعد قوله وكذا لو وقف على غيره قال لما كان قاعدة مذهب
 الاصحاب اشتراط اخراج الوقف عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه من حيث
 ان الوقف يقتضى نقل الملك والمنافع عن نفسه فاذا شرط الواقف قضاء ديونه او

ادار مؤنته او نحو ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضاه فيبطل الشرط و الوقف معاً ولا فرق بين ان يشترط قضاء دين معين وعدمه ولا بين اشتراط ادار مؤنته مدة معينة ومدة عمره ومثله شرط الانتفاع به مدة حيوته او مدة معلومة وسواء قدر ما يؤخذ منه او اطلقه لوجود المقتضى في الجميع ومن جوز الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الاشياء مطلقاً ومنع الاشتراط المذكور مختص بنفسه فلو شرط اكل اهله منه صح الشرط والوقف كما فعله النبي صلى الله عليه وآله في صدقته وشرطته فاطمة عليها السلام كذلك وكذا لو شرط ان ياكل الناظر منه او يطعم غيره فان كان وليه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط ولا يكون ذلك شرطاً للنفع على نفسه انتهى .

وظاهر قوله ومن جوز الوقف على نفسه الخ هو القول بالجواز ايضاً وكيف كان فالوقف على نفسه وما رجع الى نفسه لا يصح .

﴿أما لو وقف على الفقراء﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ثم صار فقيراً ، أو على الفقهاء﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ثم صار فقيهاً صح له المشاركة في الانتفاع﴾ وفي الجواهر بل والاختصاص به ، لأنه ليس وفقاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم ، فان الوقف بهذا الوجه ليس وفقاً على الاشخاص المتصرفين بهذا الوصف بل على الجهة المخصوصة ، ولهذا لا يعتبر قبواهم ، ولا قبول بعضهم ولا قبضهم وان أمكن . انتهى وهو المعتمد ﴿ولو شرط عوده اليه عند حاجته صح الشرط ، وبطل الوقف وصار حبساً ويعود اليه مع الحاجة﴾ .

وفي الجواهر التي يرجع في مصداقها الى العرف على حسب غيرها من الالفاظ ﴿ويورث﴾ مع عوده بها او مطلقاً كما ستعرف انتهى وذهب الى البطلان في نفعه فقال ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان اشبههما البطلان واختاره في كشف الرموز فقال بعد قول المصنف لنا ان المقتضى للوقف التأبيد وهو شرط في صحته فمتمى انتهى انتهى الوقف ولقد اجاد .

وفي المسالك ما هذا لفظه البحث هنا يقع في موضعين الاول في صحة هذا الشرط وفيه قولان احدهما واختاره المعظم بل ادعى المرضى عليه الاجماع صحة العقد والشرط ولعموم ادفوا بالمقود والمؤمنون عند الشرطهم وقول المسكرى الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ولخصوص رواية اسمعيل بن الفضل قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال ان احتجت الى شيء من ماله او من غلته فاني احق به اله ذلك وقد جعله لله وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل ايرجع ميراثا او تمضى صدقته قال يرجع ميراثا على اهله والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقريظة الباقي ولان الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالاجارة وثانيهما البطلان ذهب اليه الشيخ ره في احد قوليه وابن ادريس والمصنف في النافع لان هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف لان الوقف اذا تم لم يعد الى المالك على حال فيكون فاسدا و يفسد به العقد الخ .

والمسألة مشكلة لدلالة النص والقاعدة على البطلان لما عرفت من اشتراط الوقف بالتأييد ولو مادام الموقوف عليهم باقيا وهذا الشرط على خلاف التأييد مع ان الوقف معلق على عدم الحاجة وقد عرفت عدم صحة التعليق وانه مناف لانشاء الوقف وتحققه في الخارج .

اما النص فهو خبر اسماعيل بن الفضل قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير ، وقال : ان احتجت الى شيء من المال فأنا احق به ترى ذلك له ؟ وقد جعله لله يكون له في حياته ، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا الى اهله اذ يمضى صدقة ؟ قال يرجع ميراثا الى اهله ، وظاهره هو البطلان والموقوف «من اذقف أرضا ثم قال : ان احتجت اليها فأنا احق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث» قال في الجواهر بعدهما ما هذا لفظه .

واكن اختلف فيه الأصحاب ، فبين قائل ببطلان ذلك من أصله كما عن ابي

على وابنى حمزة وادريس والآبى ، بل حكاه فى المختلف عن الشيخ فى المبسوط أيضاً وان كنا لم نتحققه نعم هو ظاهر النافع والحرك والكفاية ، لمنافاة الشرط المزبور دوام الوقف ، بل هو من التعليق ، ولظهور قوله يرجع ميراثاً ، فى ارادة البطلان ، ولأنه صدقة ولا يجوز رجوع الى صدقة ، ولو جوب اخراج نفسه من الوقف .

وبين قائل بصحته وقفاً ان احتاج كان منقطعاً ، والأكان مؤبدا كما هو صريح كلام السيد فى الانتصار ، مدعياً عليه الاجماع ، والفاضل فى المختلف والقطيفى فى المحكى عن ايضاحه وظاهر المقنعة والمراسم ، بل فى المسالك نسبة صحة الشرط الى السيد والمعظم تارة واخرى قال : وان العمل بخبر اسماعيل بن الفضل اتفاق من الأصحاب أومن أكثرهم .

وعلى كل حال فلا ريب فى أنه الأقوى ، لعموم «الوقف» و«المؤمنون» وعدم الرجوع بالصدقة التى لم يكن التصديق بها على الوجه المزبور ، وليس هذا من جواز ادخال الواقف نفسه فى الوقف قطعاً بل هو تقييد للوقف بما يقتضى انتهائه ، ودوام الوقف غير شرط كما عرفت سابقاً من صحة الوقف المنقطع ، ولان تعليق فيه على وجه ينافى عقد الوقف انتهى ولقد اجاد فى تقرير المنع وبيانه ولكن مع ذلك لم يرض به وفى الحدائق ما هذا لفظه : اختلف الأصحاب فيما لو شرط الواقف فى عقد الوقف عوده اليه عند الحاجة ، والخلاف هنا وقع فى موضعين : أحدهما فى صحة هذا الشرط وبطلانه ، والمشهور الأدل ، بل ادعى المرتضى (رضى الله عنه) الاجماع عليه ، قال : ومما انفردت به الإمامية القول بأن من وقف وقفاً جازاً يشترط أنه ان احتاج اليه فى حال حياته كان له بيعه ، والانتفاع بشمنه ، وبه قال الشيخ المفيد والشيخ فى النهاية ، وابن البراج ، وسالار . والمحقق فى الشرايع ، والعلامة والشهيد الثانى فى المسالك وغيرهم .

وقيل : بالثانى وهو مذهب ابن ادريس ، مدعياً عليه الاجماع ، والشيخ فى المبسوط ، وابن حمزة ، وابن الجنيد ، والمحقق فى النافع ، احتج الأدلون على

ما ذكره في المسالك ، وقبله العلامة في المختلف بالاجماع المنقول في كلام المرتضى وعموم «أوفوا بالعقود» والمؤمنون عند شرطهم ، وقول العسكري عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها الخ .

ولا يخفى ما في أدلة الحصة اما الاجماع فهو معارض باجماع السرائر على البطلان بل هو الدليل على عدم اعتبار الاجماع وعدم خلوه غالبا عن المعارض .

ومعه لا ينعقد فان الاجماع هو اتفاق الكل واما عموم اوفوا بالعقود فلازمه

التمسك به فيما كان الوقف باطلا قطعا فانه عقد حينئذ ومن العلوم ان التمسك

فيما كان العقد صحيحا في كل مورد وهل يصح التمسك لصحة البيع باوفوا فيما باع

خمرا مع انه عقد فالتمسك بالعمومات ليس الا بعد احراز الصحة وكذا التمسك

بالشرط والصحة في كليهما مصادرة وانهما اول الكلام فان شرط الرجوع مخالف

لمقتضى العقد في التأيد وكيف يصح في الوقف والحبس غير مذكور في الصيغة

واضعف من ذلك هو التمسك بان الوقوف على حسب ما يقفها ولازمه لو وقف الواقف

وقفا باطلا كان التمسك به يصححه اذ الباطل ايضا حسب ما يقفه الواقف وهو عجيب

واما التمسك برواية ابن الفضل فالظاهر منه هو البطلان لا الصحة فان قوله

عليه السلام يرجع ميراثنا ليس الا لاجل بطلان الوقف بشرط العود من اول الامر فلا ينتقل

العين الموقوفة الى الغير ولا يخرج عن ملك الواقف بل بقي على حاله بالملكية

الثابتة له قبل الوقف ولذا كان ميراثنا والحاصل ان اللازم اخراج الواقف الموقوف

عن ماله منجز الامعلا على عدم الحاجة فانه مضافا الى التعليق لم يخرج المال عن

ملكه بل بقي بحاله للواقف اذ وارثه على فرض موته وهو معنى البطلان .

وبالجملة يشترط في الوقف التأيد وهو ينافي اشتراط الرجوع به فانه عدم

التأيد فالشرط ينافي مقتضى العقد حيث قال عليه السلام صدقة لاتباع ولا نورث فكيف

يمكن اشتراط عوده فقوله بالعود وكون المال ميراثا من حيث بطلان الوقف من

اول الامر لانه يصح الشرط وعاد المال اليه ويكون للورثة .

فان قلت الشرط هو عود الموقوفة عند الحاجة و الفرض ان الشارط قبل حصول الشرط مات فيبطل الشرط وبقى الوقف على الصحة .

قلت فاللازم حينئذ عدم كون المال ميراثا و الفرض حكمه ^{بالبطلان} بالميراث فليس الالعدم خروج المال عن ملك المورث من اول الامر فالبطلان و الميراث لاجل ذلك و من جميع ما ذكر ظهر ما في كلمات صاحب الجواهر و من تابعه من عدم تمامية ما افاد و منه يظهر ما في عروة الفقيه فراجع و تأمل فيه و من الغريب ردا على القائلين بالبطلان قوله بما هو نصح .

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى ابن ادريس الاجماع على البطلان ، و من هنا حكم بخطائه في المختلف قال : دفانه قد ذكرنا ما صرنا اليه وهو قول أكثر علماءنا ، حتى أن السيد المرتضى ادعى الاجماع عليه ، واحتج عليه بأن كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف ، و ما يشترط فيه ، فاذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه و اعترض على نفسه بأن هذا شرط يناقض كونه وقفا و حسبنا بخلاف غيره من الشروط ، و اجاب بأنه غير مناقض لأنه متى لم يختر الرجوع فهو ما مضى على سبيله ، و ان مات قبل العود نفذ نفوذا ثابتاً .

وهذا حكم ما افاده في عقد الوقف ، فكيف يكون نقضا لحكمه ، و لا يقاس على العتق لبطلانه و للمفرق بعدم صحة دخول الشرط مطلقاً في العتق ، بخلاف الوقف الذي لافرق بين هذا الشرط و غيره في الجواز ، ثم اعترض وقال : فان قيل : قد خالف ابن الجنيد فيما ذكرتموه ، ثم اجاب بأنه لا اعتبار به ، و قد تقدمه اجماع الطائفة ، و تأخر أيضاً عنه ، و انما عول على ظنون له و حسابات و اخبار شاذة لا يلتفت الي مثلها انتهى .

و قد ظهر الجواب عن الجميع و اما قوله تابعاً لاختيار الواقف وهو عبارة اخرى عن الوقوف على حسب ما يقفها و معناه امر الوقف باختيار الواقف فصح الوقف على نفسه و على المعدوم و على الحمل و على العود عند الحاجة و غير ذلك

تأمل في الجميع حتى لا تقع منك شرط مخالف لمقتضى العقد اذ مقتضى الوقف عدم عود المال اليه اصلاً ويكون صدقة لا توهب ولا تباع ولا تورث فكيف يكون تورث بالشرط وتعود بالشرط اعاذنا الله من مزال الاقدام والاقلام .

وفي الحدائق ايضاً بعد ابطاله القول بالصحة قال استدلال القائلون بالقول الثاني على ما نقله في المسالك ، بأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف لان الوقف اذا تم لم يعد الى المالك على حال ، فيكون فاسداً ويفسد به العقد .

والعجب أنه في المسالك مع تصديه الأنتصار للقول المشهور، والجواب عما أورد على أدلته ظاهرة القصور لم يتعرض للجواب عن استدلال الخصم المذكور، وكيف يمكنه الجواب عنه ، وهو قد اعترف بذلك في مسألة ما لو وقف على غيره ، وشرط قضاء ديونه، أو ادار مؤنته ، حيث قال: ثمة اذا شرط الواقف قضاء ديونه او ادار مؤنته أو نحو ذلك ، فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فبطل الشرط والوقف انتهى .

ولاريب أن مقتضى الوقف الذي ذكره هو عدم العود الى الواقف بوجه ، وحينئذ فكما أنه يبطله شرط قضاء الديون وادار المؤنة ، كذلك يبطله اشتراط الرجوع اليه لحاجته وقرره .

وبالجملة فان الظاهر من الأخبار المتقدمة هو البطلان باشتراط الرجوع بأحد الوجوه المذكورة في مواضع هذه المسئلة ، لبطلان هذه الشرط من الأكل من الوقف ، أو شرط قضاء ديونه ، أو الرجوع عند الحاجة لاشتراك الجميع في العلة المقتضية للمنع ، وهو الخروج عن مقتضى الوقف .

قال في المختلف : احتج المانعون بأنه شرط ينافي عقد الوقف ، فيبطل لتضمنه شرطاً فاسداً ، والجواب المنع من منافاة الشرط العقد ، وانما يكون منافياً لولم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط ، انتهى الى آخر عبارة الحدائق الا ترى الى قوله لولم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط فانه مضافا الى المصادرة

ومجرد الدعوى خلاف قوله صدقة لاتباع ولا توثق وخلاف التأييد في الوقف .
 ﴿ولوشروط اخراج من يريد بطل الوقف﴾ وفي الجواهر بلا خلاف أجده
 فيه كما عن المبسوط اعترافه به ، بل قيل ظاهره نفيه بين المسلمين انتهى وذلك
 لانه بعد الوقف قد تعلق المنافع بمن كان داخلا في عنوان الموقوف عليهم
 فلا يكون للمواقف اخراجه ﴿ولوشروط ادخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز
 سواء وقف على اولاده أو على غيرهم﴾ .

وفي الجواهر معلمين له بان هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف ، فان بناءه
 على جواز ادخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود ، واشترط ادخال من يريد ادخاله
 في معناه ، بل أضعف منه لانه قد يريد ، فيكون في معنى اشترط دخوله ، وقد
 لا يريد فيبقى الوقف على أصله ، فاذا جاز الاول ، اتفقا جاز الاخر كذلك ، أو
 بطريق أولى انتهى .

ولا يخفى ما فيه ان كما لا يصح للمواقف الاخراج فكذلك لا يكون الادخال
 بعد اجراء الصيغة وشموله مصاديق عنوان الموقوف عليهم فلامورد لغيره اصلا
 ولا يقاس ذلك بمن سيوجد او سيولد فانهم داخلون في الوقف في حال انعقاد
 الصيغة بتبع الموجودين بخلاف بعد العقد وهو واضح فانه ان دخل في عنوان
 الموقوف عليهم فلا يحتاج الى الادخال والا فلا يجوز الادخال اصلا .

وفي الجواهر ولعله لذا أبطله بهما في ظاهر الدروس كما حكاه عنه في
 جامع المقاصد وغيره قال فيها : «وليس له ادخال غيرهم معهم ، وان كانوا أطفاله
 على الأصح ، ولا اخراج من يريد ولوشروطه في العقد بطل وفي محكي المبسوط
 ولو شرط أن يخرج من شاء منهم ، ويدخل في ذلك من شاء ، وأن يفضل بعضهم
 على بعض ان شاء ، أو يسوى بينهم ان شاء كان ذلك كله باطلا ، لانه شرط
 التصرف فيما هو ملك لغيره ، بلا خلاف ، وقد روى أصحابنا أنه يجوز أن يدخل

فيهم غيرهم ، وأما الاخراج والنقل فلا خلاف عندنا أيضاً في عدم جوازه ، انتهى وهو في محله .

﴿ وكيف كان فهذا كله في الشرط على النحو المزبور ﴾ أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيولد لم يجز وبطل الوقف ﴿ في المشهور بل قد سمعت نفي الخلاف عنه في محكي المبسوط ، بل قيل : ان ظاهره ارادة نفيه بين المسلمين ، لكن في القواعد على اشكال ، بل في الدروس لأقرب جوازه ، وفي محكي التذكرة لوقال : هذا وقف على أولادى سنة ثم على المساكين صح اجماعاً .

﴿ وكيف كان ف ﴾ لقبض معتبر ﴿ في الصحة او اللزوم ﴾ في الموقوف عليهم أولاً ﴿ وأن شار كهم في طبقتهم من يتجدد من المعدومين ﴾ ويسقط اعتبار ﴿ غير ذلك ﴾ من القبض ﴿ في بقية الطبقات ﴾ .

وفي المسالك قال لانهم لا يتلقون الملك عن الاول وقد تحقق الوقف وازم بقبضه فلو اشترط قبض الثانى لا تقلب العقد اللازم جازوا بغير دليل وهو بطلان عبارة بعضهم في باقى الطبقات ، لعموم الادلة واطلاقها التى اقتصر فى الخروج عنهما على هذا المقدار .

﴿ ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء ﴾ أو نحو ذلك ممن لا يمكن حصول القبض منهم أجمع ﴿ فلا بد ﴾ بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك ﴿ من ﴾ قبض الحاكم الذى هو الولى العام أو ﴿ نصب قيم ﴾ منه ﴿ لقبض الوقف ﴾ ولا يكفى قبض بعض المستحقين فانه ليس هو الموقوف عليه بل الجنس الذى لا يتحقق القبض بالنسبة اليه الا قبض جميع أفراد الولى العام دون بعض افراده ومن هنا كان قبض الحاكم للزكاة قبضاً للفقراء اجمع وموجباً لبراءة ذمة الدافع .

وفي المسالك قال لما كان القبض معتبراً في صحة الوقف وكان الوقف على مثل الفقراء والفقهاء وفقاً على الجهة كما سلف لم يمكن اعتبار قبض بعض مستحقي الوقف

لانه ليس هو الموقوف عليه فى الحقيقة واذا كان الوقف على جهة من جهات
مصلحة فلا بد من قابض للوقف ولما كان الحاكم هو الذى يرجع اليه حكم
هذه المصالح كان نصب القيم لقبض وقفها اليه وهو المراد من اطلاق نصب القيم
واولى منه او قبض بنفسه ولو نصب المالك بنفسه قيما للقبض فالاقرب الاجزاء
خصوصاً مع فقد الحاكم ومنصوبه و محل النصب قبل ايقاع الصيغة ان اعتبرنا
فوريته والاقبله او بعده و هو الاقوى انتهى . ﴿ ولو كان الوقف على مصلحة
العامة كالقناطير كفى ايقاع الوقف من اشتراط القبول ﴾ والمسجد ونحوهما
﴿ كفى ايقاع الوقف عن اشتراط القبول ﴾ وفى المسالك قال هنا حكمان احدهما
ان الوقف على المصالح العامة كالقناطير والمساجد لا يشترط فيه القبول ووجهه
ظاهر لان القبول يكون من الموقوف عليه وقد عرفت ان الموقوف عليه فى مثل
ذلك هو الجهة ولا يعقل اعتبار قبولها بخلاف ما لو كان الوقف على معين فان قبوله
مممكن فبممكن القول باعتباره ويفهم من قول المصنف ان القبول معتبر فى غير
الجهة ولم يتقدم منه ما يدل على اعتباره والثانى قبض الوقف فى مثل ذلك ولا ريب
فى اعتباره مطلقاً ثم ان كان لتلك المصلحة ناظر شرعى من قبل الواقف تولى
القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم لان الناظر مقدم عليه فان لم يكن لها
ناظر خاص فالقبض الى الحاكم انتهى .

اقول القبول يتوقف على وجود من كان قابلاً له بداهة انه لا يصح ان يقول
بالجدار قبلاً ولا يمكن القبول الامن شخص او اشخاص معينين فالوقف على الجهات
لا يصح منه اشتراط القبول فانها وان كانت بلحاظ الناس لكنه ليس واحداً شخصياً
كى يصح منه القبول ولا يكفى قبض البعض عن الجميع .

انما الكلام فى قول المصنف ومن تأخر عنه هنا ، ﴿ وكان القبض الى
الناظر فى تلك المصلحة ﴾ الذى هو مبنى على اعتبار القبض فى الوقف مطلقاً ،
حتى أنه فى المسالك نفى الريب عنه ، كما أن فيها وفى غيرها أيضاً أنه ان كان

لتلك المصلحة ناظر شرعى من قبل الواقف تولى القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم ، لأن الناظر مقدم عليه ، فان لم يكن لها ناظر خاص فالقبض الى الحاكم ﴿ ولو وقف مسجداً صح الوقف ، ولو صلى فيه واحد ﴾ باذنه بنية أنه قبض له ، بل حتى لو كان هو الواحد ، ﴿ وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيها ولو واحد ﴾ كذلك لتحقق القبض حينئذ بذلك ، ولعل دايمله ما يقال من الاجماع المستفاد من الايضاح ، وجامع المقاصد ، وان كنا لم نتحققه .

﴿ ولو صرف الناس فى الصلاة فى المسجد أدنى الدفن ولم يتلفظ بـ ﴾ صيغة ﴿ الوقف لم يخرج عن ملكه ﴾ بلاخلاف أجده فيه هنا ﴿ وكذا لو تلفظ بالعقد ولم يقبضه ﴾ بل فى المسالك هذا موضع دفاق ، وانما به به على خلاف أبى حنيفة حيث جعل الوقف متحققاً بالاذن مع الصلاة وبالدفن كذلك محتجاً بالعرف ، وقياساً على تقديم الطعام للضيف ، والعرف ممنوع ، والفرق ظاهر .

﴿ النظر الثالث فى اللواحق وفيه مسائل : الاولى : الوقف ﴾ وفى الجواهر اذا تم زال عن ملك الواقف عند الاكثر ، بل عن المشهور بل فى محكى الغنية والسرائر الاجماع عليه ، وهو الحجة على ما تفرده أبو الصلاح فى ظاهر المحكى من كافيته من البقاء على ملك الواقف ، مضافاً الى امكان دعوى القطع به من النصوص التى ستسمع بعضها فى اثبات انتقاله الى الموقوف عليه ومضافاً الى دعوى كون ذلك هو المراد من انشائه الذى شرع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقى العقود ، وان جعل لها شرائط صحة ولزوم ، خصوصاً بعد ملاحظة كونه قسماً من الصدقات . انتهى .

ولا يخفى ان هواء قداقروا ان الوقف اذا تم زال عنه ملك الواقف فالنزاع بانه بعد انقراض الموقوف عليهم ينتقل الوقف الى ملك وارث الواقف فى غير محله كما عرفت قبلاً والمسألة مكررة من المصنف حيث ذهب فى مسألة انقراض الموقوف عليه الى رجوع الوقف الى درنة الواقف وهنا الى ملك الموقوف عليه

فقال بل الأقوى ما أطلقه المصنف من أنه ﴿ينتقل الى ملك الموقوف عليه﴾ كما عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر والتذكرة والارشاد و شرحه لولده وجامع الشرايع والتحرير والمختلف ، سواء كان على معين أو غير معين أوجهة عامة حتى المسجد والمقبرة التي وقف على المسلمين مثلاً ، بل في المسالك نسبة ما في المتن الى الأكثر وعن غيرها الى المشهور ، انتهى .

ففيه كلام لماعرفت فيما تقدم من عدم مال في البين كى ينتقل الى الموقوف عليهم بداهة ان المال قد ذهب في سبيل الله و يبقى عند الله الى يوم يرثه الارض فلما معنى لبقائه كى ينتقل الى غير الله .

وفي الحدائق ما هذا لفظه فالكلام هنا يقع في مقامين : الأول - أنه هل ينتقل الموقوف بالوقف عن ملك الواقف أم لا ؟ المشهور الأول ، و نقل عن ظاهر أبي الصلاح وأسنده في المسالك أيضاً الى اختيار جمع من العامة أنه يبقى على ملك الواقف ، احتج الأولون بأن الواقف يزبل التصرف في العين و المنفعة ، فيزيل الملك كالعق ، ولأنه لو كان باقياً على ملكه لرجعت اليه قيمته .

احتج الآخرون بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم) «حبس الأصل وسبب الثمرة» وسيأتى أن التحبيس على الآدمى لا يخرج عن الملك ولجواز ادخال من يريد مع صغر الأجلاد ، ولو انتقل لم يجز ذلك ودليل الصغرى قد تقدم ، والكبرى ظاهرة ، وأجيب عن الأول بأن المراد بتحبيس الأصل أن يكون محبوساً على ملك الموقوف عليه ، وما في معناه لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، والملك انما زال على هذا الحد من الشرائط ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج ، فان منه ما يخرج عن الملك ، مع أن هذا الحبس ليس هو ذلك ، لانه قسيمه ، فلا يكون قسماً منه : بل هذا حبس أقوى .

وعن الثاني بأن ادخال من يريد من أولاده ان سلم ، فبدليل من خارج .

أقول : لا يخفى على من لاحظ الاخبار المتقدمة سيما أخبار صدقاتهم عليهم السلام

ووقوفهم أنه لا يرتاب في دلالتها على خروج الوقف عن ملك الواقف ، وصيرورته كالأجنبي خصوصاً ما دل على نصب القيم بذلك الوقف ، وان مورد الصدقة فيها التي هي عبارة عن الوقف كما عرفت هو العين بأن قصد المتصدق بها ابتغاء وجه الله سبحانه بمعنى أنه أخرج هذه العين عن ملكه الى ملك أدائك الموقوف عليهم ابتغاء وجه الله ، ويؤكد قوله عليه السلام في بعضها صدقة بتلابناً أي منقطعة عن صاحبها الأول ، ومباعدة عنه ، فان البتل لغة القطع ، والبت أيضاً بمعناه ، وفي حديث صدقة الكاظم عليه السلام وفي حديث صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بأمواله هذه صدقة واجبة بتلة حياً أنا أرميناً ينفق في كل نفقة يبتغى بها وجه الله الى آخره ، وبتلة منقطعة عن صاحبها . وفي صحيح محمد بن مسلم والحلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألناه عن صدقة رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وصدقة فاطمة عليها السلام قال : صدقتها لبني هاشم وبني المطلب ، واللام للملك ، ونحوه رواية أبي مريم ، وبالجملة فالظاهر أنه لا خلاف في ضعف القول المذكور ، انتهى .

وفي المسالك قال ما هذا لفظه الكلام هنا يقع في موضعين أحدهما ان الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف ام يبقى على ملكه فالمشهور وهو اختيار المصنف ره انتقاله عنه لان الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فيزيل الملك كالمعتق ولانه لو كان باقيا على ملكه لرجعت اليه قيمته كالمملك المطلق ويظهر من ابي الصلاح من علمائنا وهو اختيار جماعة من العامة انه لا ينتقل عن ملكه لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم حبس الاصل وسبيل الثمرة من حيث ان الحبس على الادمى لا يخرج عن الملك ولجواز ادخال من يريد مع صغر الاولاد ولو انتقل لم يجز ذلك ودليل الصغرى قد تقدم والكبرى ظاهرة .

واجيب عن الاول بان المراد بتحبس الاصل ان يكون محبوساً على ملك الموقوف عليه وما في معناه لا يباع ولا يوهب ولا يورث والمملك انما زال على هذا الحد من الشرايط ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج فان منه ما يخرج عن

الملك مع ان هذا العبس ليس هو ذاك لانه قسيمه فلا يكون قسمان بل هذا حبس اقوى وادخال من يريده مع اولاده ان سلم فبدليل خارج والاقوى الاول والثانى على تقدير القول بانتقاله عن ملكه الى من ينتقل فذهب الاكثر ومنهم المصنف الى انه ينتقل الى الموقوف عليه لما اشار اليه المصنف به من انه مال مملوك لوجود فائدة الملك فيه وهى ضمانه بالمثل او القيمة وليس الضمان للمواقف ولا غيره فيكون للموقوف عليه الى ان قال واحتج فخر الدين على الانتقال اليه برواية على بن سليمان النوفلى المتضمن للسؤال عن ارض موقوفة على قوم منتشرين متفرقين فى البلاد فاجاب ابو جعفر الثانى عليه السلام بانها لمن حضر البلد الذى فيه الملك ووجه الاستدلال من اللام المفيدة للملك وان المحكوم عليه هو الارض لامنفعتها لانها المذكور سابقا وفيه نظر لان الحكم لو كان على الارض لما استحق من غاب عن البلد منهم شيئا منها وهو خلاف الاجماع وانما الحكم انه لا يجب تتبع من غاب مع انه لو تتبع جاز ومثله مالو ذهب فربق من البلد و حضر فربق آخر فان الحكم ينعكس وهو ينافى الملك المذكور وكيف كان فالاقوى الانتقال اليه كما ذكر لكن هذا انما يتم فى الموقوف عليه المعين المنحصر اما لو كان على جهة عامة او مسجد وغيره فالاقوى ان الملك فيه لله تعالى لتساوى نسبة كل واحد من المستحقين اليه واستحالة ملك كل واحد او واحد معين او غير معين للاجماع واستحالة الترحيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لا اختصاص الحاضر به انتهى .

قوله وسبب الثمرة الخ ولا يخفى ان المراد من العبس هو العبس لله بمعنى عدم بيعها ولا هبتها ولا اراثها لا العبس على الادمى كى لا يخرج عن ملك المالك الواقف والانصاف انه بعيد بل لا يتوهم اصلا فلا كلام فى ان الملك قد خرج عن ملك الواقف بمجرد الوقف فالملك يكون لله لا طريق لاحد الى تملكه اصلا ومنه يظهر فساد انه لو لم يبق على ملك المالك دخل فى ملك الموقوف عليه توهماً لعدم كون الملك بالمالك كما مر مفصلا وقوله وفى معناه لا تباع الخ غير خفى ان لا تباع ولا

توهب صفة للمحبس لامتلاك الموقوف عليه قوله فيكون الموقوف عليه عدم كون الضمان على الواقف فمعلوم وعلى الموقوف عليه من حيث انه تلف بيده مال غيره ايضا فعلى فرض التعدي يكون ضامنا لكل من كان شريكا في المنافع لكونه سببا لقطع المنافع عنهم .

قوله وجه الاستدلال من اللام المفيدة للملك والانصاف ان الاستدلال بمثل ذلك في غاية البعد اذا اللام ليست منحصرة في الملك بل تستعمل للاختصاص كقوله السرج للفرس بداهة انها حينئذ ليست بملك لعدم قابلية الفرس او الدابة للملك وللتعليل وقد كثرت استعمالاتها فيه كقوله لان زيدا ضارب وقد افيد في الشعر:

اللام للملك وشبهه وفي تعدية ايضا وتعليل قفى

وقوله ^{الملك} بانها لمن حضر البلد اى يختص لمن حضر البلد دون غيرهم والاختصاص من حيث المنافع لالملكية والمحكوم عليه حينئذ هو منفعة الارض لانفسها ولذا رده بقوله وفيه نظر ومن العجيب ان الشهيد مع الاعتراف بورود الاشكال قال: فالاقوى الانتقال اليه اى الى الموقوف عليه وقد تقدم ما يدل على فساد الملك للموقوف عليه هذه كلمات القوم بل المصنف وانه اختار في المقام رجوع الوقف الى الموقوف عليه .

ومن العجيب استدلاله بقوله ^{لأن} فائدة الملك موجودة فيه ^{فان} عمدة فائدة الملك جواز البيع وهو غير جائز وفائدة الملك ليست منحصرة في المنافع والضمان والا فالامستأجر يملك منافع العين عدم كونه مالكا فمجرد الاستفادة الموقوف عليهم من المنافع لا يوجب كونه مالكا فان قلت المستأجر يملك المنافع دون العين قلت الموقوف عليه ايضا يملك المنافع دون العين واعجب من ذلك ان المصنف في مقام دفعه الاشكال عن نفسه قال ^{والمنع} من البيع لا ينافيه كما في ام الوالد ^{غيره} مع أنه ^{قد} يصح بيعه على وجه ^{آخر} .

وقد عرفت الجواب عنه فيما تقدم ولانكره راجع ص ٣٤٦ الى ٣٥٥ وتكرار المصنف لاجل ادخاله فيه مسائل العبيد في هذا المقام فقال ^{فلو} وقف حصة من

عبد ﴿ ثم اعتقه ﴾ بتمامه ﴿ لم يصح العتق ﴾ فيما وقفه وفي المسالك قال هذا من جملة الفروع على انتقال الملك عن الواقف ولا فرق بين كون الموقوف حصة من العبد وجميعه لاشتراكهما في المعنى وانما فرضه في العصة ليتفرع عليه ما سيأتى من وقف الشريك حصة انتهى .

وعليه لا يصح عتق عبده بعد وقفه نصفه ﴿ لخروجه عن ملكه ﴾ ودخوله في ملك الموقوف عليه .

﴿ و ﴾ كذلك ﴿ لو اعتقه الموقوف عليهم ﴾ فانه ﴿ لم يصح ايضا ﴾ ولو كان ملكا لهم لكنه لا يصح ﴿ لتعلق حق البطون به ﴾ فعتقهم موجب لذهاب حق الباقيين ﴿ ولو اعتقه الشريك ﴾ صح ﴿ مضى العقد في حصته ﴾ نفسه فانه بالمباشرة ولم يسر في العصة التي صار ملكا للموقوف عليهم فمع عتقه حصته مباشرة لا يقوى على السراية في صحة الاخرى .

﴿ و ﴾ لذا ﴿ لم يقوّم عليه ﴾ حصة اخرى وعدم التقويم لاجل عدم السراية وذلك ﴿ لان العتق ﴾ من الشريك انما ينفذ في حصة نفسه و ﴿ لا ينفذ فيه ﴾ اى في عتق النصف الاخر مع انه ﴿ مباشرة ﴾ فاذا لا ينفذ المباشرة في العتق ﴿ فأدلى ان لا ينفذ فيه سراية ﴾ لان المباشرة اقوى ولازمه انه بمجرد عتق حصة نفسه بالمباشرة والاختيار يحصل عتق النصف الذى للموقوف عليهم ومع هذه القوة له لا ينفذ في الصحة الاخرى مع ضعفه بالنسبة الى المباشرة ﴿ و ﴾ وجه عدم النفوذ في حصة الموقوف عليهم انه ﴿ يلزم من ﴾ النفوذ و ﴿ القول بانقاله الى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق ﴾ وحصول الحرية قهرا وهو ضرر على الموقوف عليهم .

﴿ و ﴾ لاجل ذلك ﴿ يفرق بين العتق مباشرة ﴾ فانه لا يلزم منه ضرر على الغير وانما يوجب صحة عتق حصة نفسه ويصير هذا النصف حراً ونصفه الاخر رقا عند الموقوف عليهم ﴿ وبينه سراية ﴾ ﴿ لان العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشرة وفي شريكه ﴾ وهو موجود في حصة نفسه فلا يكون ضررا

على الموقوف عليهم .

﴿ وليس كذلك افتكاكه ﴾ عن الرق و صيرورته حراً لان الملك ليس بينه وبين الشريك فقط كى لا يلزم محذور ذهاب حق الباقيين بل بين كثير من الموقوف عليهم فلو حصل الافتكاك قهراً ﴿ فانه ازالة للرق ﴾ و صيرورته حراً ﴿ شرعاً ﴾ فلا يصح فيما يوجب الضرر ﴿ فيسرى ﴾ عليهم قهراً ﴿ فى باقيه ويضمن الشريك القيمة ﴾ مع انه لا يصح ﴿ لانه يجرى مجرى الاتلاف ﴾ والحاصل ان السراية وان كانت قهرية وهى مقتضية للنفوذ لكن مانعه عنها صورة كثرة الموقوف عليهم ومع ذلك قال المصنف ﴿ وفيه تردد ﴾ وفى مفردات الشرايع قال: القول الاول ذكره الشيخ رحمه الله فى المبسوط والفرق بين العتق مباشرة وبين العتق سراية من المصنف رحمه الله .

ومنشأ ترده فيه : النظر الى كون عتق السراية جارياً مجرى الاتلاف والاتفات الى تعلق حق البطون به ، فلا يفيد فيه العتق سراية ، ولما فيه من الاضرار المنفى شرعاً .

واقائل أن يمنع قوة المباشرة ويدعى قوة السراية ، بدلالة انها مزيلة للرق مطلقاً ، بخلاف المباشرة ، لتوقف ازالتها على سبق الملك على العتق ، ولا جرم أن الذى لا يتوقف مباشرته على شرط ، أقوى من المتوقف تأثيره عليه انتهى .

ولا يخفى ما فيه من ان القوة لو سلم فيما لم يكن مانعاً من تأثيره ومع المانع من كونه موجبا للاضرار على الغير فلا تأثير له مع القوة فضلا عن ان القوة محل كلام وبالجملة ان المدعى ان تأثير السراية بمنزلة اتلاف مال الغير وحصول الحرية على رغم الموقوف عليهم فلا يؤثر اصلاً بخلاف المباشرة فانها اختياري ومحل وقوعه فيما كان الملك لنفس العتق فيعتق ملك نفسه اختياراً مباشرة .

نعم ما وقع فى هذا النزاع كله موقوف على دخول الملك فى ملك الموقوف عليهم بعد الوقف والا فرجع الى الله ومصرفه الامور الاخير بعد انقراض الموقوف

عليهم او العين الموقوفة فيسقط النزاع من رأس .

قال في الحدائق ما هذا لفظه : لو كان العبد مشتركاً بين اثنين بالمناصفة ، فوقف أحدهما نصفه ، ثم أعتق الآخر نصفه فهل يسرى عليه ويعتق أجمع ، أم لا ؟ قالوا يبني على أن الملك في الوقف هل بقي للمواقف ، أم انتقل الى الله تعالى ، أم الى الموقوف عليه ؟ فعلى الأولين لاسراية لانه على تقدير عدم انتقاله عن الواقف في معنى اعتاقه ، وهو ممتنع أيضاً لما يستلزم من ابطال حق الموقوف عليه ، وعلى تقدير انتقاله الى الله تعالى يكون في معنى التحرير الذي لا يقبل التحرير ثانياً .
وأما على تقدير انتقاله الى الموقوف عليه فان الأكثر على عدم السراية أيضاً ، قيل : بل كاد أن يكون اجماعاً ، وعلل بأن العتق لا ينفذ في الحصاة الموقوفة مباشرة ، كما تقدم ، فبالأولى أن لا ينفذ فيها سراية .

وقيل : بالسراية والفرق بين المباشرة والسراية بما هو مذكور في كلامهم دلهم في المقام كلام لافائدة في التعرض لذكره ، فانه لا يخفى على من لاحظ أخبارهم عليه السلام في المقام ، أن جميع ما أطالوا به من الكلام والنقض والابرار كله نفع في غير ضرام لأنها قد صرحت كما تقدم ذكره بأنه بعد عقد الوقف الجامع لشرائط الصحة يجب ابقاء العين الموقوفة ، بمعنى أنه لا يتصرف فيها بنقل ، وانما المتصرف في حاصلها بصرفه على من وقف عليه من بطون أو جهة أو مصلحة ، وأنه يجب ابقاء العين على الوجه المذكور الى أن يرثها الله تعالى وارث السموات والارض ، وهو كناية الى التأييد الى يوم القيمة ، وهو معنى الخبر النبوي «حبس الاصل وسبب الثمرة» ولا معنى لحبسه الاعدم التصرف فيه بوجه ناقل عما هو عليه بعد الوقف ، ونحوه قول أمير المؤمنين عليه السلام المتقدم ، «يجعل المال على أصوله وينفق الثمرة» وبذلك يظهر لك أن هذا الخلاف والتفريع على ما ذكره من تلك الأقوال التي قد عرفت خردج أكثرها عن جادة الاعتدال كله تطويل بغير طائل والله العالم انتهى .

المسألة ﴿الثانية﴾: اذا وقف مملوكاً ﴿ففى محكى المبسوط﴾ كانت نفقته فى كسبه شرط ذلك اذ لم يشترط ﴿وفى الجواهر وان قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه﴾ ، لأن نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار . نعم ﴿ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم﴾ بما لا ينعتق به ، كانت نفقته على الموقوف عليهم ﴿ولو قيل فى المسألتين كذلك﴾ أى انها عليهم بناء على الانتقال اليهم ﴿كان أشبه﴾ بالأدلة ﴿لأن﴾ها مطلقة فى أن ﴿نفقة المملوك تلزم المالك﴾ من غير فرق بين الموقوف عليه وغيره .

﴿ولو صار مقعداً﴾ مثلاً ﴿انعتق عندنا فتسقط﴾ حينئذ ﴿عنه الخدمة و عن مولاه نفقته﴾ لصيرورته حراً . المسألة ﴿الثالثة﴾: لو جنى العبد الموقوف عمداً ، لزمه القصاص ﴿بلاخلاف﴾ ، ﴿فان كانت دون النفس بقى الباقي وقفاً﴾ للأصل ، ﴿وان كانت نفساً اقتصر منه﴾ ، وبطل الوقف ﴿حينئذ بانتفاء موضوعه﴾ دليس للمجنى عليه استرقاقه ﴿ ، لما فيه من ابطال الوقف مع لزوم بقاء العين .﴾ وان كانت الجنابة خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه ﴿بناء على الانتقال اليهم﴾ لتعذر استيفائها من رقبته ﴿الموقوفة﴾ ، لاقتضاء ذلك بطلان الوقف فى الكل والبعض .

﴿وقيل﴾: ﴿كما عن الشيخ أيضاً﴾ يتعلق المال ﴿بكسبه﴾ ، لأن المولى لا يعقل عبده ولا يجوز اهدار الجنابة ، ولا طريق الى عتقه فيتوقع ﴿فيتعين ذلك جمعا بين الحقين﴾ وهو ﴿هنا﴾ أشبه ﴿عند المصنف وفقاً للمقواعد وغيرها﴾ أما لو جنى عليه فان أوجب الجنابة أرشاً ﴿لكونها خطأ أركان الجنائي حراً حيث لا يجوز قصاصه للعبد بل يؤخذ منه الدية﴾ فللمو جودين من الموقوف عليهم ﴿دون غيرهم﴾ .

﴿وان كانت نفساً أو جيب القصاص فاليهم﴾ بناء على أنهم المالكون ، بل ربما احتمل ذلك حتى على القول بكون المالك هو الله تعالى شأنه ، من حيث استحقاتهم

المنفعة ﴿ وان أوجب دبة أخذت من الجانى ﴾ قطعاً ﴿ وهل يقام بها مقامه ﴾ اى بالدية مقام المقتول كى يكون هو وقفا اولى ﴿ قيل : نعم ﴾ واختاره فى المسالك ﴿ لأن الدية عوض رقبته وهى ﴾ ليست ملكاً تاماً للموجودين هى بل ﴿ هى ملك ﴾ للبطون ﴿ بها ، ولا يكون ذلك الا بشراء مثلها ووقفها .

﴿ وقيل : لا ، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم ﴾ اعين ما سمعته فى الارش ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ﴿ لأن الوقف ﴾ تعلق بالعين الذى فرض تلفها ، المقتضى لبطلان الوقف وانقطاع حق البطون ، و﴿ لم يتناول القيمة ﴾ .

المسألة ﴿ الرابعة : اذا وقف فى سبيل الله انصرف الى ﴾ جميع ﴿ ما يكون وصلة ﴾ وطريقاً ﴿ الى الثواب ، كالاغزاة والحج والعمرة وبناء القناطر والمساجد ﴾ ونفع المحاويج .

﴿ وكذا الوقال فى سبيل الله ﴾ تعالى ﴿ وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحداً ﴾ بمقتضى الفهم عرفاً ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لا يجب قسمة الفائدة أثلاثاً ﴾ لعدم الدليل المسألة ﴿ الخامسة اذا كان له موال من أعلى وهم المعتقون له وموال من أسفل وهم الذين أعتقهم ثم وقف على مواليه ، فان علم أنه أراد أحدهما ﴾ بقرينة حال أذمقال ﴿ انصرف الوقف اليه ﴾ بلاخلاف ولااشكال ، ﴿ وان لم يعلم انصرف ﴾ الوقف ﴿ اليهما ﴾ دفاقا للمشهور ، كما عن الدروس ،

المسألة ﴿ السادسة : اذا وقف على أولاد أولاده ، اشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم ﴾ كما عن الشيخ ﴿ وأثانهم ﴾ وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع صريحاً وظاهراً عليه من غير واحد ، بل لعلمه لااشكال فيه بناء على تناول اسم الولد الذى هو بمعنى التولد منه لهما حقيقة ، وان كان هو محل تأمل فى عرفنا الآن ، انتهى .

ولا يخفى ان الاشكال فى الحقيقة ليس فى ان ولد الولد اولا بل الاشكال

حينئذ في انه يشمل على الولد بلا واسطة ويختص بولد الولد لو كان عبارة الواقف هو ولد الولد بان يقول وقفت على ولد الولد كما هو صريح المتن بدهاه انه لو كانت العبارة هي ﴿من غير تفصيل﴾ لا يعم الولد الصلب اصلاً لظهور اللفظ في اولاد الاولاد واما البحث عن ان اولاد الاولاد اولاد فالظاهر لا اشكال فيه والا لم يكن الحسنان اولاد رسول الله فانهما اولاد الاولاد اى اولاد فاطمة مع ان رسول الله ﷺ اطلق عليهما ابنان والاصل في الاستعمال هو الحقيقة ولا يصح القول بان الاستعمال اعم من الحقيقة بل الاصل في الاستعمال هو الحقيقة ما لم يكن قرينة على خلاف ذلك راجع ج ١٣ ص ٩٩ الى ١٢١ .

وكيف كان فلود جدت قرينة دلت على المراد والا فالظاهر كون المراد اولاد الاولاد .

واما الاشكال من حيث الذكور والاناث فلا وجه له ان كان اللفظ هو الاولاد فانه يعم الذكر والانثى بلا كلام الا ان اخص باحدهما وفي الجواهر ما هذا لفظه: ثم لا يخفى عليك أن المراد هنا بيان اندراج اولاد البنين والبنات في الدرجة الاولى في اولاد الاولاد لصدق الولد على الذكر والانثى لبيان دخول اولاد اولاد الذكور والاناث من الدرجة الثانية والثالثة وهكذا كما احتمله في الرياض وأشكله في اولاد بنات اولاد الواقف بناء على المشهور بأنهم ليسوا باولاد حقيقة لاولاده بخلاف اولاد اولاده الذكور فانهم اولاد اولاد حقيقة ، وان نزلوا اجماعاً اذ هو كما ترى مناف لما تسممه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على اولاده واولاد اولاده بالبنين فيما لو قال : اولادى ، واولاد اولادى ، لدعوى الانصراف عرفاً فلا وجه لاحتمال ارادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح انتهى .

ومما ذكرنا بعد المراجعة بجلد ١٣ يعلم عدم تمامية قوله فراجع ﴿أما لو قال من انتسب الى منهم لم يدخل اولاد البنات﴾ وفي الجواهر قال على الاشهر بل المشهور ، بل يمكن دعوى الاجماع من الجميع ، فان المرضى وابن

اءرلس وان قالا فىما لو قال اولاءى واولاء اولاءى انه ولد ، لكن لا يلزم القول منه بصدق الاءناساب المفهوم منه عرفا ، خلاف ذلك .

ومن هنا قال فى محكى السرائر فى الباب انما اراد الشاعر بقوله « بنونا بنوا بنائنا » الى آخره الاءناساب ، بمعنى أن اولاء البناء لا ينسبون الى أهمم ، وانما ينسبون الى أبهمم ، ولس كلامنافيه ، بل فى الولااء وهى مءءققة من جهة الام من غير خلاف ، والذكرا والائى فىه سواء ونحوه عن الخلاف وقء أءمانا نحن سابقا الى نحو ذلك ، وقلنا : ان اولاء البناء وان كانوا اولاءا حقىقة الا أنهم لا سءءقون الخمس الذى عنوانه اسم القبلة الخاص بالذكور ، ومن ىءولء منهم وحينئذ فما عن الأءرلر - من أن فى ءءول اولاء البناء فى الفرض نظرا وعن اىضاح النافع أن الفرض ضعيف وعن الكفاية أن الاءهر الرجوع الى العرف بل عن الاءضاح وءامع المقاصء ، أن الخلاف مع المرئى وابن اءرلس - فى غير محلله انءهى وقءم الكلام بما لامزىء علىه فى ج ١٣ فراءع .

﴿ ولو وقء على اولاءه انصرف الى اولاءه لصلبه ولم ىءءل معهم اولاء اولاء ﴾ وفاقا للمشهور ﴿ وقيل : ﴾ لمانع المقنعة والكافى والنهاية والمهءب والسرائر وبعض نسخ النافع . واللمعة والأءرلر ﴿ بل ىءءرك الجمىع ﴾ لصدق الولء على الجمىع حقىقة ﴿ و ﴾ لارب فى أن ﴿ الاول أءهر ، لان ولد الولء لا يفهم من اءلاق لفظ الولء ﴾ .

وفى الجواهر مانصه وان قلنا انه حقىقة ، لمعلومية اءءلاف أفراء المءواطى فلا ىنافى الاءءصاص بغيره كونه حقىقة ، ضرورة رجوعه الى انسباق بعض أفراء المءلق عنء الاءلاق ، وربما ىؤىءه قراءء النصب فى قوله تعالى « ووصى بها ابراهىم بنىه وىمقوب » واءءمال كونه لءفءخم شأن ىمقوب كما فى عطف ءبرئىل على الملائكة فى قوله تعالى « من كان عءءا لله » الى آخره خلاف ظاهر المءف وبذلك ىظهر لك سقوٲ الاءتاب هنا فى الاسءءلال على كونه ولءا

حقيقة مطلقاً ، أوفى خصوص ولد الذكر دون الانثى ، لما عرفت من أن وجه المسألة ما ذكرنا ، اللهم إلا أن يمنع الأنسيق المزبور ، فيتجه الاستدلال المذكور حينئذ ، وقد ذكرنا مختارنا فيه غير مرة أن ولد الولد ولد حقيقة ، من ذكر كان أو انثى ، انتهى .

ويؤيد قوله صلى الله عليه وآله الحسن والحسين ابناي ﴿ ولو قال على أدلادى وأولاد أدلادى اختص بالبطنين ﴾ وفي الجواهر دون ما نزل ، الامع القرينة ، بناء على ما عرفت من الأنسيق المزبور من غير فرق في ذلك بين الذكور والاناث انتهى وهو في محله .

﴿ ولو قال : على أدلادى فاذا انقرضوا وانقرض أولاد أدلادى فعلى الفقراء فالوقف لأولاده ﴾ لصلبه خاصة بناء على ما عرفت ﴿ فاذا انقرضوا قيل : ﴾ كما عن الشيخ حاكياً له عن بعض ﴿ يصرف الى أولاد أولاده ، فاذا انقرضوا فالى الفقراء ﴾ والآن لكان ذكرهم لغوا ، وفي الدروس أنه قوى ، اما لقرينة الحال واما لشمول لفظ الولد للنافلة ، كقول المفيد وجماعة ، وكانه مال اليه أيضاً في غاية المراد ، قال : عملاً بالظاهر والقرينة المقالية يجعل ذلك المجاز وارداً مورد اللفظ ، ولا شك أن عطف الانقرض ، على الانقرض مشعر بذلك ، والآن لكان الوقف منقطعاً ، والوقف شأنه الدوام .

﴿ وقيل : لا يصرف الى أولاد الادلاد لان الوقف لم يتناوهم ، لكن يكون انقرضهم شرطاً لصرفه الى الفقراء ﴾ بناء على صحة منقطع الوسط ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة أنه لادلالة في اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف ، لمطابقة ولا تضماً ولا التزاماً إذ لا تلازم بين اشتراط انقرضهم ، وبين كونه وقفاً عليهم .

اقول لو ادعى مدع ان اللفظ ظاهر في انقرض اولاد الصلب اولاد اولاد الادلاد وهكذا الى ان انقرض جميع اولاد الادلاد وبمد الجميع يكون للفقراء

فهو غير بعيد والله العالم .

المسألة ﴿السابعة﴾ : اذا وقف مسجداً ﴿مثلاً﴾ فخرّب أو خربت القرية أو المحلة ﴿وفي الجواهر التي هو فيها لم تبطل بذلك مسجديته ، للأصل بعدم إمكان الانتفاع به ، ولو فيما يأتي وحينئذ لم يعد﴾ لذلك ﴿إلى ملك الواقف ، ولا تخرج العرصة عن الوقف﴾ وان لم يبق من آثاره غيرها ، أذهى العمدة في المسجدية بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا .

نعم في المسالك هذا كله يتم في غير المبنى في الأرض المفتوحة عنوة حيث يجوز وقفه ، تبعاً لآثار التصرف فانه حينئذ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار ، لزوال المقتضى للاختصاص ، وخروجه عن الأصل ، انتهى اما حكم كونه في تلك الاراضي فسيأتي انشاء الله في محله واما حكم غير تلك الاراضي كما ذكر وحينئذ ان امكن استفادة المسجدية ولو بصلاة واحدة ولو في نفس العرصة فتبقى على حاله والاباعث واشترى بثمنه مكان آخر للمسجدية ولو بمقدار كفاية ثمنها والاصرف الثمن في سبيل الله للواقف .

﴿ولو أخذ السيل﴾ مثلاً ﴿هيئتاً فيئس منه كان الكفن للورثة﴾ ان كانوا والافعل على عموم المؤمنين كفاية .

المسألة ﴿الثامنة﴾ : اذا تهدمت الدار ﴿ ولم يبق من آثارها شيء ﴾ لم تخرج العرصة ﴿ بذلك ﴾ عن الوقف ولم يجز بيعها ﴿ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالفاضل والشهيدين وغيرهم ، لأن الخراب لا يصلح لنقض الوقف وابطاله ، مع بنائه على التأييد ، وعلى عدم جواز بيعه ، ولأن العرصة من جملة الموقوف ، وهي باقية ، بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلا عن بعض العامة ، فجوز بيعها ، اذا تهدمت ، ولم يمكن عمارتها كالمسجد ، و في المسالك تقييده في غير الأرض الخراجية على نحو ما سمعته في المسجد الى ان قال :

هذا كله مع عدم ملاحظة الدارية في وقفه ، أما اذا لاحظ الواقف في وقفه

لها حيثية كونها داراً، فمتى بطل كونها كذلك بحيث خرجت عن قابلية ذلك يمكن المحكم ببطلان الوقف حينئذ بذهاب موضوعه، بل يمكن التزامه في النخلة الموقوفة الملاحظة في وقفها تسبيل ثمرتها أيضاً إذا اسقطت كما ستسمعه انشاء الله تعالى انتهى .

ولا يخفى انه لو قيدت الدار بهالزم بنائها على الدار ايضاً لو امكن واوبقدر كفاية مقدار من العرصه او بيعها كلا واشترى داراً آخر اقل قيمة مع الادلى ولا يرد عليه اشكال انه الجديدة ليست موقوفة لامكان اقامة قصد الواقف بالدار ابداءوا بتبديل دار آخر عند خرابها وتفصيل امثال ذلك فيما سيأتى فتوهم بطلان الوقف لعله في غير محله نعم يمكن ذلك اذا علم من قصده خصوص هذه الدار وقفا ﴿ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جازيبيعه﴾ والمسألة محل خلاف بيعه والوجه المنع ﴿ولو لم يقع خلف﴾ بينهم ﴿ولا يخشى خرابه بل كان البيع انفع لهم قيل يجوز بيعه﴾ ولا يخفى ان مسألة جواز بيع الوقف من المشكلات لكن الظاهر من الاكثر جوازه وظاهر العبارة ان الجواز في موردين احدهما يخشى خرابه والثاني كان البيع انفع وكلاهما مشكل الاول ان مجرد الخشية لا يكون مجوزاً الا ان يكون المراد من الخراب هو النزاع والقتل واما الثاني وهو كونه انفع بحال الموقوف عليهم وهو مخالف لجميع الاخبار الشديدة في المنع كفواهم صدقة لاتباع كيف والانفعية في غالب الادقات حاصل للموقوف عليهم ونظيره اشتراط حصول الاحتياج .

ويلزم من وجود هذا المجوز عدمه وهو محال لتصادف اكثر الموقوفات مع الانفعية والاحتياج الموجبة لجواز البيع بل امر جواز البيع لعله عجيب مع الاخبار الشديدة الظاهرة في عدم كون الملك للموقوف عليهم وأنه للجميع فكيف يصح البيع للموجودين دون الباقيين في الطبقات المتأخرة والبحث عن الجواز ان صح فمبنى على دخول الملك في ملك الموقوف عليهم .

وهو اول الكلام بدهاه انه لو كان الملك لله يصرف في وجوه الخير بعد

انقرضهم وكيف يصح بيع ماليس لهم وقد عرفت فى مسألة عتق احد الشريكين نصفه المختص به فيما وقف شريكه نصفه الاخر ان عتقه صحيح فى نصف نفسه ولايسرى فى نصف الموقوف كى يكون كله حرا معللابان نصف الموقوف ليس مختصا بالموجودين بل بين جميع الموقوف عليهم وهو اتلاف لمال الغير فكيف يصح فى المقام تجويز البيع بمجرد الانتفاع او الحاجة مع انه على دخول الملك فى الموقوف عليهم ايضا ليس لبعضهم بل للجميع الى حين بقاء الوقف .

فلايصح لهم البيع بمجرد كونه انفع بحالهم ولا يصح تغيير الوقف بوجه كيف وعلى حصول المجوز للبيع لايجوز التصرف فى ثمنه بل يجب صرفه فى موارد الخير كالزيارة و اقامة العزاء والحج واطعام الطلاب والفقراء ونحو ذلك لاصرفه للموجودين وفيه الخلاف من وجهين اتلاف حق الباقي وفناء الوقف بالكل فان اللازم فى الانفعالية لحاظ حال الواقف لاالموقوف عليهم .

فانه السبب لحصول الانتفاء لهم وغرضه وصول الاجر والثواب اليه بعد فوته لايبعه وصرف ثمنه الا اذا كان انفسهم من الفقراء فيصرف لهم من حيث انهم من مصاديق وجوه الخير اللازم لهم صرفه لابعنوان انهم مالكين ولعمري انه لمجيب فلايجوز البيع بوجه للحاظ الانفعالية وكان مخالفا لغرض الواقف بل الرب تعالى والمسلم من الجواز فيما تحقق مقدمات قتل النفوس .

والا فلايجوز البيع بزعم الاختلاف ويدل على المنع صحيح جميل بن دراج قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله ونحوه عن الكاظم عليه السلام ودلالته صريحة فى عدم ملكية الوقف مطلقا ولا ثمنه بل يرجع الى الله .

وبالجمله ان الوقف بمجرد اتصافه بالوقف والصدقة قدخرج عن ملك مالكة الظاهري وبقي على ملك مالكة الحقيقي بمعنى عدم جواز بيعه وهبته مادام باقيا قابلا لاستيفاء المنافع فكما لا يكون فى مثل ثوب الكعبة او حصر المسجد مليكا

لاحد بل يرجع بعد خرقه و كسره الى ملك الله يصرف في امثاله في هذا المكان او مكان آخر.

فكذلك في الوقف على الفقراء او العلماء او الطلاب والكل مؤبد ولا يكون كل واحد منها مفيداً لملك احد والفرق في مدة بقائهما فان وقف مثل الدار اكثر دواماً بالنسبة الى ثوب الكعبة وحصير المسجد مع ان كلا منهما غير مفيد للملك ويجوز بيع كليهما ايضا عند ارتفاع المنافع عنهما باداء الخراب والخلق والكسر او النزاع المنتهى الى الفتنة والقتل اذ من كلمة الحكيم بعيدان يحكم بعدم جواز البيع حتى فيما لا يترتب عليه ثمرة اصلا فانه مساوق لتضييع المال الذى بعيد عن مذاق الشرع لكن لا بمجرد الحاجة بل فيما صدق مجوز البيع كما سيأتى.

وكيف كان فالكلام هنا فى جواز بيع الوقف فى موارد المعينة كخرابه وخروجه عن الانتفاع او وقوع نزاع بين ارباب الوقف وغير ذلك مما ياتى وعلى اى حال ان مسألة بيع الوقف من المشكلات ولذا قد كثر فيه اقوال الاعلام واختلف فيها اختلافاً فاحشا حتى صدر عن السرائر عدم الجواز بوجه او زال وخرّب وضيع بالكل بل عن بعض الاكابر والاساطين ان عدم جواز البيع داخل فى مفهومه ومن مقوماته اى يبنى من اول الامر على عدم خروجه عن الحبس وان كان هو غير تام لبداهة ان عدم جواز البيع كان له لو خلى وطبعه بالعنوان الاول مع قطع النظر عن العناوين الثانوية .

فلا يجوز لولا طرّما يوجب البيع قال شيخنا فى مكاسبه ما لفظه : واعلم ان لاصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة اقوالا احدها عدم الخروج عنه اصلا و هو الظاهر من كلام الحلّى حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره والذى يقتضيه مذهبنا انه بعد وقفه وقبضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغيّره عن وجوهه وسبله ولا يبيعه سواء كان يبيعه اعود عليهم ام لا

وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره او يحصل بحيث لا يجدى نفعا ام لا .

قال الشهيد ره بعد نقل اقوال المجوزين وابن ادريس سد الباب وهو نادر مع قوته وقد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد قال ان الخلاف الذي حكيناه بين اصحابنا انما هو اذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه الى غيرهم واما اذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه الى غيره الى ان يرث الله الارض لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين اصحابنا انتهى .

وفيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور اقوال كثير من المجوزين في المؤبد وحكى المنع مطلقا عن الاسكافي وفخر الاسلام ايضا الا في آلات الوقوف واجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع قال الاسكافي فيما حكى عنه في المختلف ان الموقوف عليه دقيقا او غيره لو بالغ حاله الى زوال ما سببه منقعة ولا بأس ببيعه وابدال مكانه بثمنه ان امكن او صرفه فيما كان ينصرف اليه منفعتة اورد ثمنه على منافع ما بقى من اصل ما حبس معه اذا كان في ذلك صلاح انتهى .

وقال فخر الدين في الايضاح في شرح قول والده قدس سرهما ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به او انكر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق فالاقرب جواز بيعه قال بعد احتمال المنع وعموم النص في المنع والاصح عندى جواز بيعه وصرف ثمنه في مماثل ان امكن والافقى غيره انتهى ونسبة المنع اليهما على الاطلاق لا بد ان يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف وسيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي ايضا فلاحظ الثاني الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد وهو المحكى عن القاضى حيث قال في محكى المهذب اذا كان الشيء وقفا على قوم ومن بعدهم الى غيرهم

وكان الواقف قد اشترط رجوعه الى غير ذلك الى ان يرث الله ولى الارض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه .

فان كان وقفا على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه الى غيرهم حسب ما قدمناه وحصل الخوف من هلاكه او فساده او كان باربابه حاجة ضرورية يكون بيعه اصلح لهم من بقاءه عليهم او يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدى الى فساده فانه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم على حسب استحقاقهم فان لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه ولا يجوز هبة الوقف ولا الصدقة به ايضا انتهى .

صريح كلام السرائر عدم جواز البيع فى المؤبد وكذا غيره كثيرا ولعل وجهه كون التأبيد مع البيع المستلزم لعدمه متنافيان فى المؤبد ثم ان ظاهر كلام شيخنا ان المؤبد ايضا على قسمين احدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم والثانى ما لا يكون ملكا لاحدهم ومحل الكلام فى جواز البيع وعدمه فى الاول الذى هو مفيد للملك لا الذى لا يكون ملكا هذا . و الظاهر من ادلة المنع بل الجواز بل حال الواقفين خلاف ذلك وان الوقف المؤبد حبس العين لله وتسميل المنافع و انه بمجرد الوقف قد خرج عن تحت يد الواقف وسلطنته فلو قال هذا وقف للفقراء بعدا فبعد كان لهم حق الانتفاع لمن حضره واحتاج اليه عدة بعد عدة وطائفة بعد طائفة الى ان يرثه وارث السموات والارض و ظاهر ذلك انقطاع يد الواقف عن ملكه رأسا و اما الموقوف عليهم فالظاهر ان الواقف جعل لهم الى الابد منافع هذا الملك دون اصل الملك ودون اختصاص ذلك ببعضهم فلازمهما خروج الملك عن ملك الواقف والموقوف عليهم كما فى وقف المساجد والمدارس وعليه يسقط الفروع المذكورة فى الكتاب من تلقى الوقف من الواقف او الموقوف عليهم . والحاصل جواز بيع الوقف على خلاف الاصل والقواعد كما حكى عن ابن ادريس .

وبالجملة فالظاهر القوى عدم جواز المبيع وافناء الوقف بالمرة فى الوقف المؤبد الذى كان الغرض حفظ العين لردام منفعه كيف واضطرار والحاجة لا يختص بحال دون حال ولا زمان دون زمان بل لا يخلو وقف الا وقد وقع بتلك الحالات فى اثنا عشر للموقوف عليهم فجواز البيع مستلزم لعدم بقاءه الى الابد وهو ينافى قوله لاتباع ولا توهب فيلزم من وجوده عدمه وهو محال جدا بخلاف مثل وقوع الفتنة بسببه والاختلاف والنزاع بين اربابه فان جواز البيع حينئذ بحكم العقل وكان مراعاة حفظ النفوس ورفع الخصومة اولى من حفظ النفع المالى بل مثل ذلك لا ينافى عموم لاتباع ولا توهب انظاهره كونه كذلك لو خلى وطبعه مع قطع النظر عن العوارض الحادثة فى الايام .

فلا ينافى جواز البيع بالعناوين الثانوية كالاضرار ورفع الفتنة فالنظر البدوى الابتدائى يقتضى المنع فى المؤبد الا فيما هو المسلم من الجواز كرفع الفتنة والاختلاف بان يبيع ويوقف شىء لا يتحقق فيه النزاع والاختلاف عن قبل الواقف بدلا عن عينه الموقوفة ومثله اداءه الى الخراب وعدم نفع لبحال الواقف ولا موقوف عليهم بحيث يكون بقاءه مستلزما لتلفه بالكل فيجوز ايضا .

وكيف كان فالمناسب اولا نقد عبائر هؤلاء الاصحاب وقد جمعها شيخنا المرتضى فى مكاسبه فقال ما هذا لفظه قال المفيد فى المقنعة الوقوف فى الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا ان يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب الى الله بصلاتهم او يكون تغيير الشرط فى الموقوف اعود عليهم وانفع لهم من تركه على حاله واذا خرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه لم يجز له الرجوع فى شىء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجوهه وسبله .

ولو اشترط الواقف فى الوقف انه متى احتاج اليه فى حياته لفقير كان له بيعه وصرف ثمنه فى مصالحه جازله فعل ذلك وليس لارباب الوقف بعد وفات

الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع او هبة او يتغيروا شياء من شروطه الا ان يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان او غيره او يحصل بحيث لا يجد نفعا فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه وكك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه كان لهم حله ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الاسباب والضرورات انتهى كلامه و قد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد جواز بيع الوقف في خمسة مواضع وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغير الشرط الى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم ووفات الواقف فلاحظ وتأمل .

ثم ان العلامة ذكر في السرائر ان قول المفيد بانه لا يجوز الرجوع في الوقف الا ان يحدث الى قوله انفع لهم من تركه على حاله متأول ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد .

وقال في الانتصار على ما حكى عنه ومما انفردت الامامية به القول بان الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه وان ارباب الوقف متى دعيتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج بانفاق الامامية .

ثم ذكر خلاف ابن الجنيد ورده بكونه مسبوقا وملحوقا بالاجماع وانه انما اول في ذلك على ظنون له وحسبان واخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها انتهى ثم قال واما اذا صار بحيث لا يجدي نفعا اودعت اربابه الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لانه انما جعل لمنافعهم فاذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه ولم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذي ذكرناه انتهى .

وقال في المبسوط وانما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا وهو انه اذا خيف على الوقف الخراب او كان باربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به فح يجوز لهم بيعه ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى .

ثم احتج على ذلك بالاخبار وقال سلا ر فيما حكى عنه ولا يخلو الحال فى الوقف والموقوف عليهم من ان يبقى ويبقوا على الحاد التى وقف فيها او تغير الحال فان لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف لاهبته ولا تغيير شىء من احواله وان تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على اى وجه كان او لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه وصر فى ثمنه فيما هو انفع لهم انتهى .

وقال فى الغنية على ما حكى عنه ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لا يجدى نفعا وخيف خرابه و كانت باربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة ولان غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فاذا لم يبق له منفعة الاعلى الوجه الذى ذكرنا جاز انتهى .

وقال فى الوسيلة ولا يجوز بيعه يعنى الوقف الا باحد شرطين الخوف من خرابه او حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به انتهى .

وقال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه وانما يملك بيعه على وجه عندنا وهو اذا خيف على الوقف الخراب او كان باربابه حاجة شديدة وقال فى الجامع على ما حكى عنه فان خيف خرابه او كان بهم حاجة شديدة او خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الانفس جاز بيعه انتهى .

وعن النزهة لا يجوز بيع الوقف الا ان يخاف هلاكه او يودى المنازعة فيه بين اربابه الى ضرر عظيم او يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة ويكون بيع الوقف اصلح لهم انتهى .

وقال فى بيع ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقائه الى خرابه لخلق بين اربابه ويكون البيع اعود وقال فى كتاب الوقف واد وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه ولولم يقع خلف ولا يخشى خرابه بل كان البيع انفع لهم قيل يجوز بيعه والوجه المنع انتهى .

ومثل عبارة الشرايع فى كتاب البيع والوقف عبارة القواعد فى الكتابين

وقال في ير لايجوز بيع الوقف بحال ولو انهدمت الدار لم يخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها ولو وقع خلف بين ارباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه اصحابنا .

ثم ذكر كلام ابن ادريس وفتواه على المنع مطلقا وتنزيله قول بعض الاصحاب الجواز على المنقطع ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد .

ثم قال ولو قيل بجواز البيع اذا ذهب منافعه بالكلية كدار انهدمت وعادت موانا ولم يمكن من عمارتها ويشترى بثمانه ما يكون وقفا كان وجهاً انتهى وقال في بيع التحرير ولايجوز بيع الوقف مادام عامرا ولو ادى بقائه الى خرابه جاز وكذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين اربابه مع بقائه على الوقف انتهى .

وعن بيع الارشاد لا يصح بيع الوقف الا ان يخرب او يؤدي الى الخلف بين اربابه على رأى وعنه في باب الوقف لا يصح بيع الوقف الا ان يقع بين الموقوف عليه خلف ويخشى به الخراب وقال في كتاب الوقف على ما حكى عنه والوجه ان يقال بجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التممكن من عمارته او خوف فتنه بين اربابه يحصل باعتبارها فساد انتهى .

وقال في كتاب البيع لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه اذ القصد منه التأييد نعم لو كان بيعه اعود عليهم لوقوع خلف بين اربابه وخشى تلفه او ظهور فتنه بسببه جوزاً كثر علمائنا بيعه انتهى وقال في غاية المراد بجوز بيعه في موضعين خوف الفساد بالاختلاف واذا كان البيع اعود مع الحاجة .

وقال في س لايجوز بيع الوقف الا اذا خيف من خرابه او خلف اربابه المؤدى الى فساد .

وقال في اللمعة لو ادى بقائه الى خرابه لخلف اربابه فالمشهور الجواز انتهى وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه ان لاصحابنا في بيع الوقف اقوال متعددة اشهرها جوازه اذا وقع بين اربابه خلف وفتنة وخشى خرابه ولا يمكن سد الفتنة

بدون بيعه وهو قول الشيخين واختاره نجم الدين والعلامة انتهى .

وقال في التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به اصلا جاز بيعه وعن تعليق الارشاد يجوز بيعه اذا كان فسادا يستباح فيه النفس وعن ايضاح النافع انه جوز بيعه اذا اختلف اربابه اختلافا يخاف معه القتال ونهب الاموال ولم يندفع الا بالبيع قال فلو امكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه انتهى ومثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرايع .

وقال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارة القواعد الى موافقة الاكثر ان المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع .

احدها اذا خرب واضمحل بحيث لا ينتفع به كحصير المسجد اذا اندرست وجذعه اذا انكسر . ثانيها : اذا حصل خلف بين اربابه يخاف منه تلف الاموال ومستنده صحيحة على بن مهزيار ويشترى بثمنه في الموضعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان ويتولى ذلك الناظر الخاص ان كان والا فالحاكم .

ثالثها : اذا الحق بالموقوف عليه حاجة شديدة ولم يكن ما يكفيهم من غلة وغيرها لرؤية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه رفع مقامه وقال في الرضة بل الاقوى في المسئلة ما دل عليه صحيحة على بن مهزيار عن ابي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه اذا وقع بين اربابه خلف شديد علمه عليه السلام بانه ربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس وظاهر ان خوف ادائه اليهما او الى احدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك قال ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وان احتاج اليه ارباب الوقف ولم يكفهم غلته او كان اعود او غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه انتهى ونحوه ما عن الكفاية .

هذه جملة من كلماتهم المرورية او المحكية انتهى كلامه بطوله زيد في

علو مقامه ونظيره في نقل كثرة الاقوال في الجواهر في كتاب البيع فانه قد طال الكلام بنقل الاقوال وتكلم فيها كثير اذ ذكر كثرة اضطراب الاصحاب كثر الله امثالهم ومن جملة كلماته بعدها انه قال هذا مجموع ما وقفنا عليه من عبارات الأصحاب أو حكيت لنا ، وقد تبين منها أنهم ما بين مانع من بيع الوقف مطلقاً ، ومجوز له في الجملة ، ومتوقف عن الحكم كالفاضلين والشهيد في النافع وظاهر التحرير واللمعة .

وان الأكثر على جواز البيع في الجملة ، لكن كلامهم في تعيين محل الجواز والسبب المجوز على ما ترى من الاختلاف الشديد الذي قلماً اتفق مثله في شيء من المسائل ، حتى انفرد كل منهم بقول ، بل صارت كل عبارة لهم قولاً مستقلاً ، وخالف الواحد منهم نفسه في الكتاب الواحد ، فذهب في كتاب البيع الى شيء وخالفه في الوقف الى آخر ، وربما اتفق لبعضهم الاختلاف في المقام الواحد ما بين أول كلامه وآخره .

وليس المراد عدم اشتراك الاقوال في شيء من الاسباب اذ الافراد لحصوله في اكثرها كما يأتي التنبية عليه ، بل عدم التوافق بين القولين منها إذا كثر في تمام القول نفيًا واثباتًا ، وان كان ذلك قد يتوهم في بعضها كالمراسم مع الانتصار والوسيلة مع المبسوط ، اذ بعد النظر تتبين المخالفة فيها ايضاً من بعض الوجوه والذي يدور عليه أقوال المجوزين من مشترك ومختص اثني عشر امراً .

الأول كون الوقف منقطعاً غير مؤبد كما في الفقيه والكافي والمهذب على اختلاف بينها فيما يجوز منه على ما سبق بيانه .

الثاني عكس الأول وهو أن يكون مؤبداً غير منقطع وهو قول السيوري حيث أجاز بيع المؤبد خاصة ، اذا آل امره الى الخراب لاختلاف الارباب بحيث يعطل ولا ينتفع به .

الثالث الضرورة الداعية الى ثمن الوقف على ما في المقنعة والانتصار والنهاية

والمراسم والغنية وكنز الفوائد وحواشي التحرير .

الرابع صيرورة الوقف بحيث لايجرى نفعا كما في المقنعة والمراسم ومحتمل

الانتصار .

الخامس خراب الوقف مع عدم وجود عامر له كما في المقنعة والخلاف و

المختلف ووقف التذكرة وظاهر الانتصار .

السادس تأدية بقائه الى خرابه مطلقا كما في ظاهر التحرير في كتاب البيع ،

اول وقوع الخلف بين اربابه كما عن تلخيص المرام .

السابع خشية الخراب للوقف اما مطلقاً كما في النهاية وغاية المرام اول وجود

الحاجة الشديدة المانعة عن عمارته كما في ظاهر المبسوط والوسيلة والجامع او

لوقوع الخلف بين اربابه كما في المعالم ووقف الشرايع والقواعد والارشاد .

الثامن وقوع الخلف الشديد بين ارباب الوقف مطلقاً على ما في الروضة

والمسالك او بشرط التأدية الى الفساد مطلقاً كما ، في الدروس وغاية المراد وكنز

الفوائد وحواشي التحرير .

التاسع الخراب مع الخلف بين الأرباب كما في بيع الارشاد .

العاشر التأدية الى الخراب لخلف الأرباب مع كون البيع أعود كما في بيع

الشرايع والقواعد .

الحادى عشر الخوف من الخراب معللا بالخلف مع الاعودية كما في بيع

التذكرة .

الثاني عشر صيرورته بحيث لايجدى نفعا مع خشية خرابه كما في الغنية

وحكى الشهيد في الدروس وغاية المراد عن المفيد جواز بيع الوقف اذا كان

البيع أعود على الموقوف عليهم وانفع لهم وتبعه عليه جملة المتأخرين انتهى .

وفي الحدائق قال قد صرحوا بأن من الشرائط : ان يكون المبيع طلقاً

فلايصح بيع الوقف العام مطلقا . بضميمة كان او بغير ضميمة .

والمشهور : استثناء موضع خاص ، الا انهم قد اختلفوا في شروطه اختلافاً شديداً فاحشاً ، حتى من الواحد في الكتاب الواحد في باب البيع وباب الوقف ، فقلماً ما يتفق فتوى واحد منهم فضلاً عن المتعديدين ، وان اردت الاطلاع على صحة ما قلناه فارجع الى شرح الشهيد على الارشاد ، فانه قد بلغ الغاية في ذلك ، في بيان المراد ثم نقل عبارة الشهيد في غاية المراد الى ان قال و منه يعلم ان في المسألة اقوالاً الخ .

ولقد اجاد في الجواهر حيث قال في مقام المنع من البيع ما نصه و منها النصوص الواردة فيما وقع منهم عليه السلام من الوقوف المشتملة على صريح النهي عن البيع ونحوه بل يكفي فيه قولهم «الوقوف على حسب ما يقفها اهلها» ان الواضح ارادة الواقف من الوقف تأييد حبس العين واطلاق المنفعة ، وبذلك كان من الصدقة الجارية ، التي ورد البحث عليها وانها من التي لا ينقطع عمل ابن آدم منها بعد موته بل الظاهر ان التأييد المزبور من مقتضيات الوقف و مقوماته ، كما أن نفى المعاوضات على الأعيان مأخوذ فيه ابتداءً ، خصوصاً بعدم ملاحظة تعلق حق العقاب به ، بل يمكن دعوى ضرورية ذلك من أعوام المتشعبة ، فضلاً عن علمائهم ، ومن هنا اتفق الأصحاب على أن الأصل فيه المنع ، وان اختلفوا فيما خرج عنه بالدليل أدبر عنه بل في السرائر نفى الخلاف عن عدم جواز بيعه اذا كان مؤبداً ونزل خلاف الأصحاب في المنقطع منه .

ولعله لما عرفت ، بل منه يعلم عدم جواز الانقطاع في الوقف ، وأنه ان وقع منقطعاً يبطل أذ يقع حبساً كما نعرفه في محله انشاء الله خلافاً لبعضهم فجوزوه وقفاً ، كما يأتي تحقيقه انشاء الله في محله الى ان قال بعد كلام طويل وأما بيع الوقف لشدة حاجة أهله ، أو لكون البيع أعود لهم أو نحو ذلك .

فلا ريب في مخالفته للقواعد الشرعية ، بل لما هو كالمعلوم من الشرع من أن الوقف مبنى على عدم ذلك كله ، و مما ذكرنا تعرف الوجه في كلام

جملة من الأصحاب ، فانه قد وقع الاختلاف بينهم فى هذه المسألة على وجه لم نعر على نظيره فى مسألة من مسائل الوقف انتهى وهى فى غاية الجودة .
 وكيف كان فمعنى الوقف كما ذكره حبس العين لاجل بقاء المنفعة و دوامها فهذا المعنى وجواز البيع بمجرد عرض الحاجة متناهيان فمعنى كون هذا العين حبس و باق انه لا يباع ولا يوهب ولا يفنى بل يبقى مابقى الدهر لولم يعرض عليه ما يفنيه كالخراب وقصد الواقف ايضا كان الدوام وانه لا يباع حتى يرثها الذى يرث السموات والارض فلا جرم لزم العمل على طبق هذا القصد بان لا يكون على خلافه الاقدام بل يبقى بحاله الى الابد و بالجملة لامعنى للبيع الا لخوف الخراب او الفتنة او امر أهم من بقائه والاختبار كلها على خلاف البيع راجع ص ٢٧٠
 وكيف كان فلو صح نزاع البيع انما يكون فى المنقطع دون المؤبد بل القوم اجروه على اصله فيه من عدم تغيير الوقف بحال فنظر الائمة بل الواقف كلهم الى بقاء الوقف كى يكون ذخيرة ليوم الاحتياج و يوم الذى قطع يده عن الخيرات والثواب حتى يكون له امر باق الى يوم القيامة بل يمكن القطع بعدم رضا الواقف بالبيع قبل زوال الموقوف الا اذا كان امر أهم من بقاءه وهو يقدم على رضا الواقف والا فلا يجوز تغيير الوقف مهما امكن وعلى فرض بيعه يجب ايضا بدله مهما امكن وقفا او نحوه فان مقصود الواقف اعم ايضا من عينه او بدله للضرورة .
 وكيف كان فهذا الذى مر هو ادلة المنع واما ادلة الجواز فعدة روايات منها ما رواه المشايخ الثلاثة فى كتبهم الأربعة بطرق متعددة اكثرها صحيح عن على بن مهزيار فقال : كتبت الى ابي جعفر الثانى عليه السلام ان فلانا ابتاع ضيعة فادققها وجعل لك فى الوقف الخمس ، وسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أدتقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة ، فكتب الى " أعلم فلانا أنى أمره أن يبيع حصتى من الضيعة وياصل ثمن ذلك الى " وان ذلك رأى انشاء الله تعالى ، ويقومها على نفسه ان كان ذلك أرفق له .

قال : وكتبت اليه ان رجلا ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيقة اختلافا شديداً وأنه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده ، فان كان ترى ان يبيع هذا الوقف ويدفع الى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته ، فكتب اليّ بخطه واعلمه أن رأيي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف أن يبيع الوقف فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الانفس والاموال .

وفيه اولا ظاهره معارضة مع قوله صدقة لانباع الخ حيث لم يقيدہ بالتبليغ بالحاجة والفقر والانفع والاختلاف ومعارضة مع غيره مثل ما عن الكاظم عليه السلام فيما وقفه ولا يحل لمؤمن بالله تعالى واليوم الآخر أن يبيعها ، ولا يبتاعها ، ولا ينحلها ولا يغير شيئاً منها، الى آخره ، ومثل صحيح جميل رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صفار آله ان يرجع فيها قال : لا ، الصدقة لله وهو الموافق لغتوى المنع مطلقا وقد حملته على صورة عدم القبض كما في الحدائق والجواهر وغيرهما .

وحينئذ ان الامر بالبيع لاجل بطلان الوقف بعدم القبض والامر ببيع حصته عليه السلام وارسال ثمنه اليه لا لان الوقف صحيح ويجوز بيعه وفيه اولا ان القبض شرط في اللزوم للصحة وبدونه ايضا صحيح فامره بالبيع من حيث عدم اللزوم لامن حيث صحة الوقف حتى يظهر منه جواز البيع وثانيا ان وقف السائل الصحة فضول قطعا لعدم امر الامام بذلك ولم يجزه عليه السلام وامره بالبيع رد لقبضه واجازته فالامر بالبيع لذلك وانه باطل بدون الاجازة لانه صحيح ومع ذلك امر ببيعه فلا يبدل على جواز بيع الوقف .

فالحق في الجواب ما عرفت من كون وقفه حصته عليه السلام فضولي وهو باطل من وجهين الاولى بطلان الفضولي في الوقف خصوصا وقلنا بكون الوقف من الايقاعات الثاني على فرض صحته يحتاج الى الاجازة والامام بالامر بالبيع رده وابطله فالوقف يبطل من هذه الجهة لامن جهة جواز بيعه بل يمكن ان يقال ببطلان الوقف لان الوقف فيما كان من مال الواقف لامن مال الموقوف عليه حتى ينتقل اليه مال الواقف بعد

الوقف وهنا كان المال من الموقوف عليه فانه بعد جعل مقدار الخمس له ^{القبض} صار ملكا له ولا معنى لوقف مال الغير على نفسه والحاصل على القول بانتقال الملك بعد الوقف الى الموقوف عليه لا يصح هذا الوقف وانما يصح اذا كان المال مال الواقف لا مال نفس الموقوف عليه فانه ان قصده كون المال بالوقف ملكا له فكان تحصيله للمحاصل والفضولي في الوقف على فرض صحته فيما اذا جعل مال زيده مثلا وقفا للمعمرو فاذا اجاز صار مال زيد وقفا لا مال نفسه صار ملكا له .

ثم انه على فرض صحة البيع انما كان في المنقطع فلو اغمض عن الجميع كان الوقف منقطعا وعدم جوازيه لا يوجب الجواز في المؤبد فالرواية هي عمدة الدليل على جواز البيع ومع ذلك حالها كما ترى والخمس لا يجوز صرفه في الوقف الذي كان نفسه او منافعه لنفس الامام فكيف يجوز لهذا الرجل جعل خمسة ^{القبض} وقفا خارجا عن تحت يده اقلنا تأملون فيه وعدم تعرض الامام للرجل لذلك بنحو الشدة لطفا ولعدم ايذائه .

وقال المجلسي ربه وايضا لا يصح وقف مال الرجل على نفسه فلذا امره ببيعه الخ فلو لا خوف مخالفة الاصحاب لذهبنا الى عدم الجواز مطلقا كما عن ابن ادريس فانه موافق لاخبار المنع والمسلم من المخروج عن تحت الاخبار هو صورة وقوع الفتنة المظنة لقتل النفوس فان مراعاته مقدم واخسه صورة الاحتياج وكون البيع انفع بحالهم ولازمه عدم الوقف من اول الامر ولو قيل بان ذلك يحصل في الاثناء قيل فلازمه بطلان اكثر الموقوفات اذ قل منها ما لم يعرضه الاحتياج فيها .

وكيف كان فهذه الرواية لا دلالة فيها على جواز البيع ولا يحتاج رده بعدم القبض لعدم وجوبه بنحو كلي ولو سلم فهو شرط للزوم لا الصحة ولا يكون الملك للموقوف عليهم حتى يكون لهم البيع وهو الاصل في هذا الباب وليس لهم الا حق الانتفاء بل كان الملك بمجرد الوقف داخلا في ملك الله .

قال في الحدائق ما لفظه والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف

عن ملك الأدميين واختصاصهم ، لا كونه مباحاً كغيره مما يملكه الله تعالى ، انتهى وهو يرجع الى ما ذكرناه .

وفى حديث وقف أمير المؤمنين عليه السلام أمواله على جهة الطاعات والقربات وصلة الرحم بعد أن جعل الولي القيم بذلك الحسن ثم الحسين عليه السلام ثم من يختاره الحسين عليه السلام ماصورته وأن يشترط على الذي يجعله اليه ان يجعل المال على أصوله ، وينفق الثمرة حيث يأمره به من سبيل الله ، وذوي الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب القريب والبعيد لا يباع منه شيء ولا يوهب ، ولا يورث ، الحديث ، وليس فيه كما ترى أزيد من أنه بعد الوقف يجب ابقاء أصوله على ما هي ، ولا يتصرف فيها بشيء من هذه التصرف ونحوها ، و يصرف العاصل في الوجه الذي عينه ، ولادلالة فيه على الانتقال لاحد ، وهو ظاهر في الرد على القول المشهور من أنه ينتقل في هذه الصورة الى الموقوف عليه .

وليس في الخبر أيضاً على طول ما يشعر بأنه أقبضه أحداً ، بل ظاهره أنه مدة حياته عليه السلام كان في يده يصرفه في الوجوه المذكورة ، وبعد موته فوض الأمر فيه الى الحسن ثم الى الحسين عليه السلام ثم من ذكره في الخبر ، ولو كان القبض في هذه الصورة شرطاً في صحة الوقف لوقعت الاشارة اليه في الخبر ، واحتمال أنه قبضه بالولاية العامة وان أمكن ، الا أن الظاهر بعده ، انه فرغ وجود الدليل على اشتراط القبض في هذه الصورة ونحوها ، وقد عرفت أنه لا دليل على ذلك فيها سوى الصورة المتقدمة انتهى .

وفى الجواهر في بيان الرواية ما هذا لفظه: الحق أن الرواية مع أنها مكاتبة لادلالة فيها على جواز بيع الوقف مطلقاً خصوصاً المؤبد ، أما صدرها المتضمن بيع حصّة الامام فالامر فيه ظاهر . لأن القبض شرط في الوقف ، وهو غير متحقق في حصته عليه السلام بالفرض ، وحمله على توكيل الواقف على قبضه عنه قبل بيعه لادليل عليه ، كما لادلالة في الحديث على القبول ، وامره ببيع حقه من الضيعة

ليس نصا فيه ، لاحتمال قبوله على غير جهة الوقف .

ومن الجائز علمه بتفويض أمر تلك الحصة اليه ، بل كونها من الخمس الثابت له بأصل الشرع ، كما احتمله العلامة المجلسى رحمه الله فيما حكى من حواشيه على التهذيب ، فيكون تصرف الواقف فيها بالوقف فضلا باطلا لعدم الاجازة ، أو لعدم جوازه لعدم جواز وقف مال الشخص على نفسه .

ثم على تقدير تحقق الشرط فمقتضى ذلك جواز بيع المنقطع دون المؤبد وحمله على كونه وفقا على امام المسلمين مع كونه خلاف الظاهر ، يقتضى جواز بيع المؤبد من دون شرط ، ولا قائل به الا أن اختلاف ارباب الحصاص الباقية على ما هو المفروض فى آخر الرواية ، هو الم يجوز لبيع هذه الحصة وامعان النظر فى هذا الحديث يابى ذلك ، وظاهر الحديث الثانى يدفعه .

وأما عجز الرواية المتضمن لجواز بيع حصة غير الامام من الضيمة ، وهو محل النظر فيها فظاهره الانقطاع كما فهمه الصدوق ومن تبعه ، اذ لا تعرض فيها لذكر الاعقاب فلا يصح التمسك بها فى جواز بيع المؤبد كما فعله الاكثر ، و مع ذلك فليس فيها ما يدل على تحقق الاقباض ولا حصول القبض بالفعل .

فيحتمل أن يكون تجويز بيعه لعدم تمامية الوقف كما نبه عليه فخر المحققين أو لكون الوقف فيه بمعنى الوصية كما ذكره بعض المتأخرين ، أو أن المراد منه الايقاف لا الوقف بمعنى أنه أوقفه لان يوقفه الوقف الشرعى ، وربما يؤمى اليه أو الى عدم تمامية الوقف تضمنه لجواز بيع الواقف ، كما يقتضيه ظاهر الجواب وصريح السؤال اذ لو كان وفقا تماماً لانقطع تصرف الواقف فيه ببيع وغيره ، وان للموقوف عليه بيعه فى بعض الوجوه على المشهور ، ومن هذا يعلم عدم تعلق الحديث بالمدعى ، فان المقصود ببيع الموقوف عليه ، ومدلول الحديث بيع الواقف وهو خلاف المقصود انتهى .

ولقد اجاد فى اجوبته وعمدتها انه بمال الغير لا يصح الوقف على الغير وبذلك يرد على المحقق الخوانسارى فى جامعه قول دلولاشبهة الاجماع لأمكن القول

بالبقاء على ملكية الواقف كحبس العين مدة قابلة للانتفاع بها ، فالأظهر حمل
 الرواية على صورة عدم تمامية الوقف والشاهد عليه أمر الامام عليه السلام على ما فى الرواية
 ببيع حصته أو التقويم على نفسه الا أنه يشكل من جهة أنه مع عدم تمامية الوقف
 لم يخرج عن ملك الواقف بمجرد انشاء الوقف وعدم القبض فكيف يؤمر ببيع الحصه
 أو التقويم على نفسه هذا مع أن حصه الامام عليه السلام كيف جوز بيعه مع أنها من
 الوقف فلا يبعد أن يكون أمر الامام عليه السلام بالبيع وتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم
 بعنوان الولاية المخصوصة به عليه السلام فتحصل الاشكال فى الأخذ بظاهر الرواية مع
 حفظ الأصول والقواعد انتهى .

وذلك ان قوله مع عدم تمامية الوقف لم يخرج عن ملك الواقف غير تام
 لانه مع عدم تمامية الوقف كان الملك للامام فان الفرض هو خمس له عليه السلام فمجرد
 جملة خمس يخرج عن ملكه ودخل فى ملك الامام فمعنى قوله لم يخرج عن
 ملك الواقف لامعنى والواقف لملك له بعد اخراج الخمس فهو عمدة الاشكال
 وان خمس الذى للامام لا يجوز وقفه للامام وانما يصح للامام وقفه للغير .

ومما يدل على الجواز مارواه المشايخ ايضاً فى الحسن والصحيح عن الحسن
 بن محبوب عن على بن رباب عن جعفر بن حيان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام
 عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمه وادصى لرجل ولعقبه
 ليس بينه وبينه قرابة ثلاثمائة درهم فى كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من أبيه
 وقرابته من أمه فقال : جائز للذى ادصى له بذلك ، قلت : رأيت ان لم يخرج
 من غلة تلك الأرض التى اوقفها الا خمسمائة درهم .

فقال : أليس فى وصيته ان يعطى الذى ادصى له من الغلة ثلاثمائة درهم
 ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه ؟

قلت : نعم قال : ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفى الموصى
 له ثلاثمائة درهم ، ثم لهم مابقى بعد ذلك ، قلت : رأيت ان مات الذى ادصى له ؟

قال : ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى احد منهم ، فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد كان الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد الى ما يخرج من الوقف ، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقت الغلة ، قلت : وللمورثة قرابة الميت أن يبيعوا الارض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة حينئذ ، قال نعم اذا رضوا كلهم وكان المبيع خيراً لهم باعوا .

وفيه ان قوله عليه وادصى الخ في غاية الاشكال لعدم جواز ادخال غير الموقوف عليهم في الوقف قوله عليه وادصى لرجل اى ادصى الرجل الواقف لرجل ولعقبه مع انه ليس بينه وبين الرجل الواقف قرابة فادخل في الموقوف عليهم احنبيا ولعقبه الى ماشاء الله بثلاثمائة درهم في كل سنة ومن المعلوم بطلانه لوضوح انه ان كان الوقف وقع لهم ايضا صح وكان داخلا في الموقوف عليهم سواء كان الموقوف عليهم مالكا للمعين او المنافع والفرس ان الوقف وقع لقرابة ابيه وامه لاهذا الرجل .

وليست الوصية داخلة في الوقف خصوصا تقدمه عليه الموصى له على الموقوف عليهم فهو من قبيل اعطاء حق ذى حق على غير ذى حق على خلاف رضا هم بل يمكن محرومية الموقوف عليهم كلا لو لم يف الغلة للجميع وانه عليه قدم حق الغير عليهم الى ان يكونوا باقين والانصاف ان العمل بمثله في مقابل العمومات المؤكدة في المنع بعيد بل لا يصح العمل بمثل هذه مع ضعفها كما في المسالك قال بعد نقلها ما هذا لفظه ومال الى العمل بمضمونها من المتأخرين الشهيد في شرح الارشاد والشيخ على ده مع ان في طريقها جعفر بن حنان و حاله مجهولة عند الاصحاب ولم يذكره احد من علماء الرجال بمدح ولا غيره فالعمل بخبره فيما خالف الاصل والاجماع في غاية الضعف انتهى .

وهو في غاية المتانة ومخالفة الخبر مع القواعد كثيرة جدا لانه على خلاف مقتضى العقد فان مقتضاه تمام الغلة للموقوف عليهم لا بعضها و بعضها للغير فضلا

عما اذا كان تمامها للغير ومن المعلوم ان الشرط لو كان مضرأ بسهم موقوف عليهم لا يجوز كما هنا حيث صرح الراوى بانه لو لم تبلغ الغلة بمقدار خمسائة فاجاب بان ثلاثمائة الغلة لزم ردها الى الرجل ثم ان بقى كان للموقوف عليهم فلو لم تحصل الاثلاثمائة فقط ازم ردها الى الرجل .

ولو لم يكن شيئاً للموقوف عليهم الى زمان حصول الغلة بمازادت فمازادت لهم ولو كان قليلا حتى سئل الراوى انه لومات من اوصى له فاجاب عليه السلام بان ثلاثمائة لو ارثه مادام بقى منهم واحد فان لم يبق احد كان للموقوف عليهم .

ومن تأمل في هذه الالفاظ علم بان ذلك ليس من الامام الا ان يسقط من الخبر شيئاً له مدخل في الصحة ولا يوافقه الفتاوى ولذا قال الشهيد خالف الاصل والاجماع خصوصا على القول بان الملك بعد الوقف ينتقل الى الموقوف عليهم وكيف ملكهم نماء عينهم الى الغير بدون رضاهم حتى لو حصلت القلة في الغلة كان للغير ويكون المالك محروما الى ان يحصل الزيادة بل يمكن ان لا تحصل الزيادة ابداً واعظم اشكالا قول السائل ولورثة قرابة الميت ان يبيعوا اذا احتاجوا النخ فاجاب نعم وذلك لان جواز البيع مع بقاء ورثة الموصى له كيف يصح مع حكمه عليه السلام بان مادام بقى احد منهم ليس لورثة الواقف شيء فاذا لم يكن لهم شيء مع بقائهم وعدم بلوغ الغلة بقدرهما كيف يصح لهم البيع لانه حينئذ كان الجميع لورثة الموصى له وجواز البيع يوجب منعهم عن ذلك والفرض عدم تقييد الامام جواز البيع بعدم وجود ورثة الموصى له ومع عدم التقييد يمكن اجتماع الورثتين وحينئذ ان قدم ورثة موصى له كان على خلاف الوقف و ان قدم ورثة الواقف والفرض منهم عليه السلام عن الاخذ بالغلة ما بقى واحدا منهم وبالجمله امره عليه السلام بجواز البيع اما مع ورثة الموصى له او مع عدمهم و على الثاني كان اللازم على الامام التقييد بعدمهم وعلى الاول ان قدم ورثة الموصى له ظلم على الموقوف عليهم وان قدم الموقوف عليهم كان مخالفا لقوله .

نعم قد يسهل الامر لو كان الملك بالوقف دخل في ملك الله حينئذ للتأمل فيه مجال لا يمكن ادخال غيرهم معهم تأمل ومن الغريب ان صاحب الجواهر لم يتكلم فيما ذكرنا شيئاً بل قال فيها ما هذا لفظه :

واما الخبر الثاني فهو مع أنه مكتوبة ايضاً لادلالة فيه على المؤبد ضرورة عدم ذكر ما يقتضى التأيد فيه ، ولو سلم فاشترط رضاء الكل يقضى عدم جواز البيع ، ضرورة عدم امكان حصوله بعد فرض كونه مؤبداً التجدد الموقوف عليهم ، آناً فأنا على ان المذكور شرطاً في السؤال لم يتعرض له في الجواب الظاهر في الاكتفاء في جواز البيع بعد رضى الكل بكون البيع خيراً لهم ، فلا بعد أن يكون المراد من هذا الخبر ما تسمعه من خبر الاحتجاج ، بل ربما يؤمى اليه ذكره في سؤاله الدال على ما ذكرناه من كفاية ذلك في جواز البيع ، دون المذكور في السؤال الذي قد سمعت التعبير به بمن عرفت .

و الظاهر أن المراد بما اجاب به روى له الفداء من عدم جواز بيع ما كان من الوقف على امام المسلمين الكناية عن المؤبد منه ، كما أن المراد بالثاني المنقطع ، على معنى أن لكل من الموقوف عليه منهم بيع ما يقدر على بيعه وهو ماله من استحقاق المنفعة ، فله حينئذ نقله يصاح أو غيره .

و للجميع نقل ذلك ايضاً ، لا أن المراد بيع نفس العين الموقوفة ، ولذا عدل ^{الخط} عن التعبير عن ذلك بما سمعته من العبارة خصوصاً بعد ان لم يكن لهم ملكاً تاماً .

ولذا يعود الى الواقف بعد انقراضهم ، و ليس مطلق الملك كاف في البيع فان المرهون مملوك ولا يباع ، فلعل المراد من ملكهم اياه استحقاق النماء والمنفعة لملك البيع ، بل قد يناقش في أصل انتقاله اليهم ، و ان استحقوا المنفعة ، و حينئذ لم يكن وجه لبيعهم اياه ، نعم قد يقال بجواز بيع الواقف له كالعين المستأجرة انتهى .

ومن العجيب انه قد علم يتكلم فيما ذكرنا ولم يتعرض لهذا الاشكال بل جعل رد الاشكال في عدم كون المكاتبه من المؤبد كى يكون جواز البيع فى المنقطع مع ان ظهور المكاتبه فى الموقت ايضا اول الكلام فان القرابة ظاهرة فى الدوام والا فكان جميع الارواق ولا اقل من اكثرها من المنقطع مع ان الاشكال فى جعل دخول الغير فى الموقوف عليهم وجعل حقهم للغير .

وهذا جار فى المؤبد والمنقطع مع ان فى كون المراد من امام المسلمين هو المؤبد كلام ايضا فى ربط بين امام المسلمين وبين المؤبد بل الامر بالعكس فان الوقف على امام المسلمين مثل الوقف على زيد فكونه من المنقطع من البديهيات اذ ليس الكلام من حيث المقام كى يقال نسبة زيد الى امام المسلمين نسبة القطرة الى البحر بل من حيث الشخص .

ومن المعلوم ان الرجل وقف على الجواد عليه السلام وهو الوقف المنقطع مع انه امام المسلمين تأمل فيما ذكرنا ،

[ومنها ما رواه] الطبرسى فى الاحتجاج عن العميرى وعن صاحب الزمان عليه السلام انه كتب اليه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور ، اذا كان الوقف على قوم باعياهم وأعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز ، الا أن يجتمعوا كلهم على ذلك ؟ وعن الوقف الذى لا يجوز بيعه ؟

فأجاب عليه السلام اذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه ، و اذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومنفرقين انشاء الله .

وفيه ان الظاهر منه جواز بيع الملك بمقدار يقدرون على بيعه و ان لم يكن الكل حاضرين و كيف يجمع بينه و بين ما دل على قوله صدقة لاتباع الخ و كيف يقسم بينهم مقدار المختصة به ثم يبيعون المختصة بهم دون مالباقيين

ولامعنى لبيع المنافع ولا للاعيان الا فيما جعل الملك ملكا للموقوف عليهم وهو كما ترى وموارد جواز البيع انما يصح لو صرف انتمن في وجه الله من الامور الخيرية فيكون بهذا اللحاظ بالنسبة الى الموقوف عليهم بمثل عدم الجواز ان ليس الجواز بمعنى صرف الثمن في حوائجهم بل يكون للمواقف ايضا تأمل .

[ومنها ما رواه] الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن أبي طاهر ابن حمزة قال : كتب اليه و عن محمد بن عيسى العبيدي قال : كتب احمد بن حمزة الى ابي الحسن عليه السلام مدين وقف ثم مات صاحبه وعليه دين لا يقىء بماله ، فكتب عليه السلام يباع وقفه في الدين ، والانصاف ان هذه الروايات لا يقاوم اخبار المنع فن كل واحد لا يخلو عن خدشة واشكال ويرد على هذا الخبر ان الدين وان كان اهم ويجب اداؤه مهما امكن ولكن ان كان لنفسه مال لا يمثل الوقف الذي قد دخل بالوقف في ملك الله وصار متصفا بصدقة لاتباع وليس اهم الامنافع الملك مع انهم للجميع وليس اهم ان يحرروا غيرهم فظاهره رد دين موجب لتحقق دين فليز من وجوده عدمه [ومنها ما رواه] الشيخ والصدوق باسنادهما عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد بن الفرج عن علي بن معبد قال : كتب اليه محمد بن احمد ابن ابراهيم بن محمد في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأل عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاما ادقفه عليهم عشر سنين ثم هو حر بعد العشر السنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون اذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ، فكتب لا .

وأما خبر الغلام فهو خارج عن الوقف المؤبد ومع ذلك نهى عليه السلام عن بيعه قبل بلوغ عشرين سنة .

والحاصل لم يظهر لي خبر صحيح يظهر منه الجواز الا فيما كان البيع اهم من بقاء الوقف كما اشار اليه المصنف في عبارة الكتاب ونحوها عبارة القواعد المشتملة على الجواز فيما يوجب عدم البيع الفتنة وقتل النفوس وذهاب الاموال .

وأما مثل تحقق الحاجة وكون البيع انفع بحالهم ففي غاية الاشكال فقد ظهر من جميع ذلك عدم جواز بيع الوقف الا فيما يوجب بقاء الفتنة و قتل النفوس وغيره .

والعجب من الذين زعموا الجواز لمجرد كون البيع انفع بحالهم والانصاف انه في غاية البعد في مقابل العمومات الظاهرة في عموم المنع ومثل ما عن ابن ادريس مع ان الانفعالية في كل زمان يمكن وجوده ويلزم منه ارتفاع الوقف كما عرفت ومثله اشتراط جواز البيع لو احتاج الى الوقف لان الاحتياج اليه كثيرا قد حصل ولازمه ارتفاع الوقف وفي التنقيح بعد قوله : ولا يجوز اخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه الا ان يقع خلف فيؤدي الى فساده على تردد قال ما هذا لفظه :

أما الاول فلما تقدم من خبر العسكري عليه السلام ، فلو خرب المسجد لم تخرج العرصة عن الوقف لرجاء عمارته وعمارة القرية أو صلاة العارضة به ، وكذا لو خربت الدار أو القرية .

وأما الثاني - وهو عدم جوازيه - فقال ابن ادريس لا يجوز بيعه مطلقاً سواء خرب أولاد سواء وقع فتنة بين أربابه أو لا ، محتجاً برواية ابي علي بن راشد عن الكاظم عليه السلام : لا يجوز شراء الوقف .

وقال الثلاثة بجوازيه اذا آل الى الخراب ، وزاد المفيد والمرضى وسائر وابن حمزة أو تكون لهم حاجة ضرورية داعية الى بيعه . واحتجوا برواية علي ابن مهزيار عن ابي جعفر عليه السلام وانه كتب بخطه جواباً لسؤاله : ان رائي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس .

وفصل التقى والقاضي وابن بابويه فقالوا ان كان مؤبداً لا يجوز بحال وان كان حسباً جازي به بالشرط الذي ذكره واحتجوا برواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام : اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا : فان مفهومها يدل على عدم التأييد

وبأنه جمع بين الروايتين الاولتين .

ومنشأ تردد المصنف الخلاف المذكور والحق أنه في صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع ، لانه ليس ملكاً لهم لما تقدم . اللهم الا اذا اتفقوا مع العابس أو وارثه على البيع ، فانه جائز لبقائه على ملك العابس أو وارثه . وأما المؤبد فلا يجوز بيعه قطعاً في صورة كونه أنفع ، لمنافاته قصد الواقف ومفهوم الوقف ولعدم اختصاصهم بتملكه بل هو ملك أيضاً لباقي البطون ، والرأية منافية فلا يعمل بها . وأما اذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث يتعطل ولا ينتفع به أصلاً فيجوز بيعه والالكان ابقائه اتلافاً واضاعة للمال وهو منهي عنه شرعاً .
ثم هنا فوائد :

(الاولى) اذا بيع وأمكن شراء غيره يكون وقفاً ووجب لكونه أذوق لقصد الواقف ، فانه اذا لم يكن تأييده بحسب الشخص فليكن بحسب النوع .
(الثانية) اذا أمكن شراء مثله يكون أولى ، لما قلناه من كونه أشبه بفرض الواقف .

(الثالثة) ان كان ثم ناظر شرعى تولى البيع والشراء المذكورين والافال كماكم (الرابع) هل بمجرد الشراء بالعين بصير وفقاً أو يفتقر الى ايقاع صيغة شرعية الظاهر الثانى .

(الخامسة) لو انكسرت خشبة من الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع بها الا للنار جازيبيها واشترى بثمانها ما يصير وفقاً كما قلناه انتهى .

وفي مفتاح الكرامة بعد قول المصنف (ولا يصح بيع الوقف ولا نقله) .

قال كما نصه بذلك رواياتهم وبانه لا يحل ذلك ل احد (افصحت) به عباراتهم فى مطاوى كلماتهم خصوصاً عند كلامهم على جواز بيعه عند خرابه لخلف بين اربابه وانحوه كما استسمع و (انعقدت) عليه اجماعاتهم .

فقى (السرائر) ان الذى يقتضيه مذهبنا انه بعد وقفه وتقبضه لا يجوز

الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه وسبله ولا بيعه الى ان قال لاناقد انفقنا جميعا على انه وقف وانه لا يجوز حله ولا تغييره عن وجوهه وسبله (ثم) قال بعد ذلك لانه اجماع منا على ذلك .

وفي (الغنية) ايضاً الاجماع على انه لا يجوز الرجوع في الوقف ولا تغييره عن وجوهه ولا سبله (والحاصل) ان ذلك من القطعيات بل كاد يكون من الضروريات ثم اطال الكلام في نقل الاقوال في المنع والجواز بما لا مزيد عليه وكذا في الجواهر وقد عرفت عبارة شيخنا الانصارى في مكاسبه وحيث كانت المسألة في غاية الاشكال فلا باس بنقل عباراته ايضاً فقال ما هذا لفظه : قد تقدم الكلام في المسئلة في باب البيع وقد استوفينا فيها الكلام وبلغنا فيها ابعاد الغايات وفي (غاية المراد) ان عبارات الاصحاب هنا مشككة .

وفي (المسالك) انها قد اضطربت اضطرابا عظيما حتى من الرجل الواحد في الكتاب الواحد (ولا بد) من بيان ذلك هنا على سبيل الاجمال (فنقول) قد تتبعنا (كتب) اصحابنا من (المقنعة) الى (الرياض) مرة بعد اخرى وكرة بعد اولى في البيوع و الوقوف في الاصول القديمة و فيها القديم الصحيح مع كمال التامل والتروى مع تكرر جملة منها عندنا فما تجده مخالفا لما حكيناه في اصل او منقول عنه فهو وهم في النقل او غلط في الاصل .

(فنقول) قد جوز (في جملة) من كتبهم بيع الوقف اذا خرب و (في جملة) منها عند خوف خرابه و (في جملة) عند خوف خرابه لخلف بين اربابه .
 و (في جملة) اذا ادى بقائه خرابه (ولعل) من جوز بيعه في هذه المواضع الثلاثة فبالادلى ان يجوز في الموضوع الاول وهو عند تحقق خرابه (والكتب) التي حكم بجواز بيعها في الموضوع الاربعة كادت تبلغ ثلثين كتابا او تزيد كما ستعرف (لكنها) اختلفت في بعض القيود (وقد جوز) بيعه اذا وقع بين اربابه خلف شديد .
 (في جملة) من كتبهم ايضاً (وجوز في جملة) منها بيعه مع خوف الفتنة والخلف بين اربابه بحيث يحصل باعتبارهما فساد (ولعل) القائل بالجواز في هذا

الموضع يوافق ما قبله (والكتب) التي اختير فيها جواز بيعه في هذين الموضعين تبلغ (خمسة عشر كتابا) او تزيد مع اختلاف فيها في التعبير كما استسمع .
 (وقد فهم جماعة) ان المواضع الستة متوافقة في الجملة وقد جوز بيعه في بعضها اذا وقع بين اربابه خلف من دون وصفه بكونه شديدا وفي بعضها اذا ادى بقائه الى الخلف وجوز بيعه في جملة منها ما اذا كان بالموقوف عليهم حاجة ضرورية او شديدة وهي (عشرة كتب) اذا كثر (وجوز في بعضها) ما اذا كان بيعه اعود او كان بقائه لا يجدي نفعاً وفي (بعضها) ما لو شرط الواقف بيعه عند حصول ضرر به كالخراج من الظالم .

(فمما جوز) بيعه فيه اذا خرب (المقنعة) و (الانتصار) و (المراسم) و (الخلاف) على الظاهر منه و (التذكرة) و (التحرير) و (الارشاد) و (المختلف) و (الكتاب) و (تعليق الارشاد) و (مجمع البرهان) و كذا (جامع المقاصد) .

وفي (الانتصار) الاجماع عليه وقد قيد فيه الخراب بما اذا لم يجد نفعاً (فينطبق) عليه معقدا جماع (الغنية) كما استسمع وفي (المقنعة) بما اذا لم يوجد له عامر وفي (الكتاب) بما اذا خرج عن الانتفاع وفي (الخلاف) بما اذا لم يرج عوده و (في التذكرة) و (المختلف) بعدم التمكن من عمارته و (جمع) بين هذين (في التحرير) وقد يكون المراد من الجميع معنى واحد .

(وجوز) في (الكافي) بيع الوقف المنقطع عند خرابه (ولعل) مراد من قيده بما اذا خرج عن الانتفاع ما اذا لم يمكن الانتفاع به في الجهة المقصود كحصير يبلى و جذع ينكسر ان قد جوز في (التذكرة) و (الكتاب) و (الايضاح) و (الدروس) و (جامع المقاصد) بيع حصر المسجد و جذوعه حيث لا ينتفع بها فيه ولا في غيره وانما ينتفع بها في الاحراق قالوا فانها تباع فيه (وهومما) لا ريب في جوازه وان (خالف) فيه بعض (الشافعية) وفي (المبسوط) ان انقطعت نخلة من ارض الوقف او انكسرت جاز بيعها لارباب الوقف لانه قد تعذر الانتفاع بها على الوجه الذي شرطه وهو اخذ ثمرتها وقيل لا يجوز والاول اقوى انتهى فتأمل جيدا

(ومما جوز) فيه بيعه عند خوف خرابه (النهاية) و (المبسوط) و (المهذب) و (فقه الراوندى) و (الوسيلة) و (الواسطة) و (الغنية) و (الجامع) و (كشف الرموز) و (س) و (المقتصر) و نقله (كاشف الرموز) عن شيخه و فى (الغنية) الاجماع عليه مع تقييده بما اذا صار لا يجدى نفعا و ظاهر (المبسوط) و (فقه الراوندى) الاجماع على ذلك فالامعا و انما يملك بيعه على وجه عندنا و هو اذا خيف على الوقف الخراب او كان باربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام به (وزيد) فى (فقه القرآن) و اريخاف وقوع خلاف بينهم (وقد عبر) فى (النهاية) و (المهذب) بخوف هلاكه و فساد و الظاهر انه بمعنى خوف خرابه و لهذا نظمناه فى هذا السلك (وزاد) فى (المقتصر) اذا تعطل (فان) ارجعنا هذا الى ما قبله توافق اجماع (الانتصار) و (الغنية) و (المبسوط) و (الفقه) و (مما جوز) فيه بيعه عند خوف خرابه لـخلف بين اربابه (الشرايع) فى موضع منها و (الكتاب) و (التحرير) و (الارشاد) و (مما جوز) فيه اذا ادى بقائه الى خرابه (التحرير) و (قدقيد) فى (التخلص) كالكتاب لـخلف بين اربابه .

و (قال) فى (اللمعة) اذا ادى الى خرابه لـخلف بين اربابه فالمشهور الجواز فليلاحظ هذا فان المصرح بذلك قبله انما المصنف فليكن معناه اذا خيف خرابه لـخلف اربابه فيرجع الى ما قبله (وقد زيد) فى (الكتاب) و (التهذيب) و (الاستبصار) و (الشرايع) كون البيع اعود (و نحو ذلك) ما فى موضع (من المفاتيح) .

و فى (التنقيح) اذا آل الى الخراب لاجل الاختلاف بحيث لا نتمتع به اصلا جاز بيعه (وقد يكون) قضية ما فى (الشرايع) حيث استشكل فيما اذا لم يقع خلف و لا خشى خراب بل كان البيع اعود ثم اختار المنع انه يجوز بيعه عند احدهما (وقد جوز) فى (المبسوط) بيعه اذا وقع خلف بين اربابه و فى (فقه الراوندى) اذا خيف وقوع خلاف بينهم .

و فى (الارشاد) لا يجوز بيعه الا ان يخرب او يؤدى الى الخلف بين اربابه

وظاهر الاردبيلي الموافقة على ذلك (وتردد) في (النافع) فيما اذا وقع خلف. وود الى الفساد (وجوز بيعه) في (المسالك) و (الروضنة) و (الكفاية) و (المقاتيح) اذا وقع خلف شديد (قال) في (الروضنة) وقد علله (ع) بانه ربما جاء فيه تلف الاموال والنفوس وظاهره ان خوف الاداء اليهما ليس بشرط كما فهمه المشهور (ومما جوز) فيه بيعه اذا خيف وقوع فتنة وخلف بين اربابه يحصل باعتبارهما فساد (النهاية) و (المهذب) و (فقه الراوندي) و (التذكرة) و (التحرير) و (المختلف) و (الدروس) و (غاية المراد) و (جامع المقاصد) و (ايضاح النافع) للمقطبي و (تعليقه) على يع لكن (القاضي) في (المهذب) ذكر ذلك في المنقطع (والراوندي) لم يعتبر الفساد وليعلم انه في (الدروس) نسب قول ابن (ادريس) بالمنع الى الندرة فظاهره ان الجواز في الجملة مجمع عليه .

وفي (جامع الشرايع) و (تعليق الارشاد) انه يجوز بيعه اذا كان فساد يحتاج فيه النفس وهذا كله قديوافق ما قبله (ويرشد) الى ذلك ما حكيناه عن (اللمعة) من حكاية الشهرة كما سمعت وما في (كشف الرموز) حيث قال قال (الثلاثة) و (سلار) يجوز بيعه اذا كان ذلك انفع للموقوف عليهم واصح .

و (اوضح) منه قوله في (التنقيح) قال (الثلاثة) يجوز بيعه اذا آل الى الخراب و زاد (المفيد) و (المرضى) و (سلار) و ابن حمزة اذا كان لهم حاجة ضرورية ولولم يفهم ان مراد الجميع واحداً لكان كذباً صريحا (وينبه على ذلك) .

قوله في (لف) سوغ (الشيخان الوقف اذا خيف وقوع فتنة بين اربابه او خراب او تعذرت عمارته (وانت) قد سمعت ما في (المقنعة) و (النهاية) و (الخلاف) و (المبسوط) و (ينبه) على ذلك قوله في (التذكرة) بعد ان نقل عبارة (المقنعة) و (الانتصار) و (الخلاف) و (المبسوط) ونسب مثل ذلك الى (سلار) و (ابن حمزة) (ثم) نقل كلام (القاضي) و (التقى) .

قد اتفق هؤلاء العلماء على جواز بيعه في الجملة لكنه لم ينقل كلام

(التقى) على وجهه كما ستعرف (وقال) في (غاية المراد) بعد ان نقل العبارات هذه عبارة معظم المجوزين (وتسب الشهيد) في حواشيه جواز بيع غير المؤبد الى (المعظم) كما ستسمع فتأمل وفي (تعليق الارشاد) ان اكثر الاصحاب لا يعتبر خرابه في جواز البيع وفي (جامع المقاصد) و(المسالك) جوزه في الجملة الاكثر (واعظم) من ذلك انه قال في (الرياض) في شرح قوله في (النافع) لا يجوز بيعه الا ان يقع خلف يؤدي الى فساده على تردد مانصه فيجوز بيعه حينئذ (عند الشيخين) و(غيرهما) بل في (الغنية) على الجواز الاجماع (وكذا) في كلام (المرضى) الا انهما عبرا عن السبب الموجب بغير ما في العبارة .

(ومع ذلك) قد اختلفا بانفسهما فتراه كيف نسب ما تردد فيه في (النافع) الى (الشيخين) و(غيرهما) (مع) ان احدا لم ينص صريحا على ما في (النافع) وقد عرفت) وستعرف انهما لم يختلفا (ومن لحظ) كتب الاستدلال التي تعرض فيها لنقل الاقوال ظهر عليه ما ادعيناه (ولو كان) خوف الخراب غير غيره في المعنى او الحكم او المراد مما يمكن اتحاده معه لما صح لابي المكارم ان يدعى الاجماع ولم يتقدمه سوى الشيخ وابن حمزة ولاصح (لشاهد) في (اللعمعة) دعوى الشهرة (وكذلك الحال) في اجماع (الانتصار) بالنسبة الى ما قيده به الى ان قال وكذا (الغنية) اذا كان بحيث لا يجدى نفعاً .

(وجوزه) في (المقنعة) ما اذا كان بيعه اعود وفي (الشرايع) و(كشف الرموز) و(الكتاب) وغيرها اختيار المنع في هذا الفرع و في (المهذب البارع) ان باقى الاصحاب على خلاف المفيد في هذا الفرع وفي (الايضاح) ان عليه اكثر العلماء (وقال الصدوق) في (الفقيه) يجوز بيع الوقف على قوم دون عقبهم وان وقف عليهم وعلى اولادهم ما تناسلوا ومن بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله الارض ومن عليها لم يجز بيعه ابدا فقد جوز بيع المنقطع دون المؤبد والظاهر انه اراد جواز ذلك للمواقف او وارثه كما ستسمع .

(ونحوه) ما في (المهذب) حيث قال فيه لا يجوز بيع المؤبد على وجه من الوجوه فان كان وقفا على قوم مخصوصين وليس فيهم شرط يقتضى رجوعه الى غيرهم وحصل الخوف من هلاكه او فساده او كان باربابه حاجة ضرورية و يكون بيعه اصالح لهم من بقاءه عليهم او يخاف وقوع خلاف بينهم يؤدي الى فسادفانه يجوز حينئذ بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم فان لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه .

(وجوز في الكافي) بيعه فيما اذا وقفه على اقاربه او غيرهم و جعل اليهم بيع الرقبة عند الحاجة او عند خرابها دون حالتى الفنا وعمارها انتهى فقد جوزه ايضا في المنقطع (لكن) ليس (كالمهذب) كما نسبوه اليه (وقاله) في (غاية المراد) تجوز بيع المنقطع اشد اشكالا من الكل .

وقد سمعت انه نسبه في (الحواشى) الى (المعظم) ولو انه فهم منه ما استظهرناه خف الاشكال اوزال (هذا كلام) المجوزين لبيعه (واما المانعون) فعن ابي على انه اطلق المنع وهو في المؤبد خيرة (السرائر) و(الايضاح) و(شرح الارشاد) لولده (وقد حكى) عن (السرائر) انه حكى الاجماع على المنع مطلقا والاصح مانسبه اليها في (غاية المراد) من انه ادعاه على تحريم المؤبد (وقد) نقلنا كلام (السرائر) برمته في باب البيع (وقد سمعت) (ان الشهيد) في (الدروس) قال ان قول ابن (ادريس) (نادر على قوته كما سمعت انه في (حواشيه) قال (ان الصدوق) و (المعظم) على جواز بيع غير المؤبد ولعله يريد انه حيث ياذن المالك او وارثه للمحبوس عليه في ذلك (لكن) قد ينافيه جعله في (غاية المراد) الاشكال شديدا فتأمل الى آخر عبارته الواقعة في جواز البيع وعدمه في الوقف المؤبد دون المنقطع وان الحكم بالجواز في المؤبد في غاية الاشكال من الجميع حتى لا يكون عبائر الاصحاب القائلين بجواز البيع خال عن التردد والريب بمعنى ان حكمهم بالجواز ايضا لا يكون على قطع بذلك كما هو كذلك كما عرفت و ستعرف ان الحكم

بالجواز مخالف مع العمومات الدالة على انه صدقة لاتباع فكيف يمكن تجويز البيع بمجرد الانفعالية والاحتياج او شرط البيع وقول ابن ادريس قوى بل اشد اشكالا عدم دليل على حصول الملك للموقوف عليهم فمن اين يجوز لهم البيع مع ان الجواز فرع كونهم مالكيين وليس فى البين دليل صريح دل على ملكية الموقوف عليهم بالوقف .

وغاية ما يمكن ان يقال كونهم مالكيين نحو ملكية الاراضى المفتوحة عنوة فانها ملك لجمع المسلمين فكما لا يجوز لساكنين فى تلك الاراضى تصرف يوجب محرومية المعدومين فكذلك الموقوف عليهم فلهم حق الانتفاع من الموجودين والمعدومين الى يوم الدين فللموقوف عليهم نحو انتفاع مادام حيوا ثم بعدهم طبقة اخرى الى آخر الطبقات فلكل واحد نحو استفادة ثم انتقلت الى آخر .
وقد عرفت ذلك منّا مراراً فاذا وقف بستانا للعلماء او الفقراء هل يكونون مالكا لعين البستان كلا فالبستان لهم واغيرهم فالملك بمعنى ان لهم حق الانتفاع بحيث لا ينافى مع حق الغير فلو كان يظهر من الاخبار الملك كان بهذا المعنى بقرينة الحالية والمقالية ولازمه ابقاء الثمن للباقين باى نحو كان باقياهم مثلا او شيئاً آخر بمنزلة العين الموقوفة ولا اقل يصرف فى وجوه الخير للمواقف فان المتيقن هو خروج اصل المال عن ملكه بالوقف لاثوابه .

وغرضه من الوقف حبس العين وتسييل المنفعة لاجل ثوابه .

فلا فرق فى المؤبد بين القسمين الذين جعله شيخنا الانصارى فى مكاسبه فكما لا يجوز البيع بنحو التصرف فى ثمنه فى تملك العين فكذلك فى فك الملك اذا خرج عن الاستفادة مطلقا كما لا يجوز للمتصرفين فى اراضى المفتوحة عنوة تصرف يوجب محرومية المعدومين الى يوم القيامة .

ولذا كان لنا كلام مع المتصرفين بنحو ذلك والعدر عن البيع يتبع البناء الموجب لاشغال جميع الاراضى ملكا للموجودين كما ترى وتامم الكلام فى بابه

و كيف كان فلم يبق لنا خبر سالم ظهوره في جواز البيع وقد عرفت ان عمدتها صحيح ابن مهزيار عن ابي جعفر الثاني الجواد عليه السلام روحى فداه وفدى أبيه عليهما السلام وظاهره باع رجل ضيعة وجعلها بما فيها مع خمس الذى للامام دفقا فبح ان الخمس الذى للامام كيف يجعله دفقا فانه وظيفة نفس الجواد عليه السلام لو شاء ومال الى جعل خمس الذى له للمعلماء او الفقراء لان فلانا جعل خمس ماله دفقا له فالوقف بمال الغير لا يصح واو فضولة اذ بمجرد قوله دفقت قد تم الوقف ولا يكون معلقا على اجازة المالك فلا يصح عن الغير بل يصح فى ملك نفسه او ملك من كان مأذونا منه وكلاهما مفقود اذ الخمس انتقل الى الامام عليه السلام بمجرد بيع الضيعة وليس له حق وقفه للامام وعلى فرض صحة الفضولى انما يصح لو صحت بالاجازة .
ولذلك قد يتوهم كون الوقف ايقاعا لا عقداً ولذا قيل بعدم وجوب القبول بل القبض وانه بمجرد الصيغة قد انعقد فوقف مال الغير للغير باطل فالوقف يصح لكل مكلف ان يوقف بنفسه ماله لو شاء لا غيره يقف مال الغير لنفسه هذا الغير فاذا سئل ابن مهزيار عن صحة بيع وقف ماله فاجاب عليه السلام ببيع حصته يعلم انه دفقا باطلا فبقيت حصته بحالها كما قبل الوقف لانه وقف صحيح امر بجواز بيعه فهذه حال عمدة اخبار الجواز .

وقد عرفت منا ما يرد على خبر ابن حنبل بمثل محرومية موقوف عليهم وتقديم الاجنبى عليهم فكيف بحال ما دل على الجواز بمجرد الاحتياج او الانفعالية فى مقابل فى العمومات المانعة .

لكن الانصاف هو عدم صحة القول ببطلان البيع بنحو الاطلاق حتى فى صورة خروج الملك عن الانتفاع به وبقائه على حاله حتى يتلف بنفسه كالجذع البالى والحصير الخلق فانه لا يمكن الالتزام بعدم صحة البيع حينئذ كما بن ادريس بل اللازم هو الجمع بين عدم الجواز وبين الجواز بمثل وقوع الفتنة والقتل ونحو ذلك مما هو دفعه اهم من بقاء الوقف بحاله بل مناف حينئذ لغرض الواقف فان

غرضه بقاء الخير والثواب لا الشر والفساد فالاولى هو الاشارة الى الموارد التي تعرض لبيانه شيخنا المرضى في متاجره فقال :

اذ اعرفت جميع ما ذكرنا فاعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور الاولى ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالحيوان المذبوح والجذع البالى والمحصر الخلق والاقوى جوازيهه وفاقالمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم جريان ادلة المنع اما الاجماع فواضح .

واما قوله لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحالة واما قوله بإطلاق الوقف على حسب ما يوقفها اهلها فلا يدل على المنع هنالانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من احكام الوقف وان ذكر فى متن العقد للاتفاق على انه لا فرق بين ذكره فيه وتركه وقد تقدم ذلك فى تضعيف قول من قال ببطلان العقد اذا حكم بجوازيهه ولو سلم ان المأخوذ فى الوقف ابقاء العين فانما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذره هنا والحاصل ان جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع اذا اجتمع اذن البطن الموجود مع اولياء سائر البطون وهو الحاكم او المتولى . والحاصل ان الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بين تبديله بما يبقى وينتفع به الكل .

والاول تضييع مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه وبه يندفع استصحاب المنع مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وهو انتفاع جميع البطون بعينه وقد ارتفع قطعا فلا يبقى ما كان فى ضمنه واما الثانى فمع منافاته لحق ساير البطون يستلزم جواز بيع البطن الاول اذ لا فرق بين اتلافه ونقله و الثالث هو المطلوب انتهى و ما افاد فى محله . بل يمكن ان يقال انه ليس من باب الاستثناء عن موارد عدم الجواز بل

هو تخصص وخروج العين عن الوقفية وصيرورتها معدومة حينئذ والكلام فيما كان الوقف بحاله واما لو بلغ بما لا يمكن الانتفاع له بحال فعدم الصحة وابقائه بحاله تضييع للمال وهو بعيد عن مرام الشارع فيدور الامر بين تضييع المال و بين بيعه وصرف ثمنه للمواقف او الموقوف عليهم ثم قال قدس الله سره :

الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتبر به بحيث يصدق عرفا انه لامنفعة فيه كدار انهدمت فصارت عرصة توجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتاداً به فان كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به لاما كان منفعته كمنفعة العرصة فلا ينبغى الاشكال فى عدم الجواز وان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته اكثر من منفعة العرصة بل ساوى منفعة الدار ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقضى للمنع .

و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً وقد تقدم التصريح من العلامة فى السراير بانه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف ولم يجز بيعها .

اللهم الا ان يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور على النفع المعتبر به بحسب جال العين فان الحمام الذى يستاجر كل سنة مائة دينار اذا صارت عرصة توجر كل سنة خمسة دراهم او عشرة لغرض جزئى كمجمع الزبائل و نحوه يصدق عليه انه لا يجدى نفعاً وكذا القرية الموقوفة فان خرابها بقرونها و هلاك اهلها ولا تكون تسلب منافع اراضيها رأساً ويشهد لهذا ما تقدم عن السراير من جعل عرصة الدار المنهدمة مواثلاً لا ينتفع بها بالكلية مع انها كثير امانتاجر للاغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً ويشمله الاجماع المدعى فى الانتصار والغنية لكن الخروج بذلك عن عموم ادلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حسب العين وعموم قوله ^{الغاية} لا يجوز شراء الوقف مشكل .

ويؤيد المنع حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلمة
بناء على جواز الانتفاع بها في وجوه آخر كالتسقيف وجعلها جسرا ونحو ذلك الى
ان قال :

نعم لو كان قليلا في الغاية بحيث يلحق بالمعدوم امكن الحكم بالجواز
لانصراف قوله بإطلاق لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة وكذا حبس العين
وتسبيل المنفعة انما يجب الوفاء به مادام المنفعة المعتمدها موجودة والافمجرد
حبس العين وامساكه ولو من دون منفعة لوجب الوفاء به لمنع عن البيع في
الصورة الاولى ثم ان الحكم المذكور جار فيما اذا صارت منفعة الموقوف قليلة
لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرنا فيه انتهى وهو حق ايضا بل هو نظير
الصورة الاولى .

والفرق بينهما قليل فيجربى في الاولى ما في الثانية الا في بقاء منفعة
قليلة للثاني دون الاولى و لاجل ذلك توقف في الحكم في جواز البيع وعدمه
كما ذكره .

ثم قال الصورة الثالثة ان تخرب بحيث يقل منفعة لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم
والاقوى هنا المنع وهو الظاهر من الاكثر في مسألة النخلة المنقلمة حيث جوز
الشيخ في محكي الخلاف بيعها محتجا بان لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه لان
وجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده ومنعه الحللي قائل لا يجوز بيعها بل
ينتفع بها بغير البيع مستندا الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع
وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها لامكان التسقيف بها ونحوه .

وحكى موافقته عن الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني واكثر المتأخرين
وحكى في الايضاح عن والده قدس سرهما ان النزاع بين الشيخ والحلي
لفظي واستحسنه لان في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها والحلي فرض
وجود منفعة ومنع لذلك بيعها قيل ويمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة

المعدلهالوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ ولا يخلو عن تأمل .
وكيف كان فالاقوى هنا المنع واولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف
من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع الا اذا قلنا بجواز بيعه اذا كان اعود وسيجيء
تفصيله انتهى ويشهد لما ذكره ما عرفت مما ذكرنا من عدم الجواز وعبارات اكثر
الاصحاب فى المنع فراجع .

قال الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه
وظاهر المراد منه ان يكون ثمن الوقف ازيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً بجملة
وجود الموقوف عليه .

وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد وقد تقدم عبارته فراجع وزيادة النفع
قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود وقد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون
اذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه والاقوى المنع مطلقاً وفاقاللاكثر بل
الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك وعلى تقديره فقد تقدم
عن السراير ان كلام المفيد متأول .

وكيف كان فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل
على طبق انشاء الواقف وقوله ^{الغالب} لا يجوز شراء الوقف وغير ذلك وعدم ما يصلح
للمنع عدا رواية ابن محبوب عن على بن رباب عن جعفر بن حنان قال الى ان
ساقها وساق رواية المروية عن الاحتجاج الى ان قال :

وكيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الاشكال على جواز
البيع بمجرد الانفعالية اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عداماتوهمه ظاهر عبارة
المفيد المتقدمة ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى انتهى ولم يبين
قدم ما اردناه على رواية ابن حنان فانه العمدة فى رد الرواية .

ثم قال الصورة الخامسة ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة وقد تقدم
عن جماعة تجوز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه

ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة ويرده ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الارض لمؤنة سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى وهذا اقل مراتب الفقر الشرعى والمأخوذ من عباير من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة و بينها وبين مطلق الفقير عموم من وجه اذ قد يكون فقير او لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة فى بعض الاوقات من يقدر على مؤنة سنة فالرواية بظاها غير معمول بها مع انه قد يقال ان ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضى الكلى وكون البيع انفع ولو لم يكن حاجة .

وكيف كان فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الأجماعان المعتضدان بفتوى جماعة وفى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين وجماعة من القدماء الى الخلاف بل معارضته بالاجماع المدعى فى السرائر اشكال انتهى قد عرفت ما اردناه على جواز البيع بمجرد الضرورة الشديدة .

ثم قال الصورة السادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة او اذا كان فيه مصلحة البطن الموجود او جميع البطون او عنه مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلامة ومن تاخر عنه فى ذلك فقال فى الارشاد ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج والمؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمنه فالوجه الجواز انتهى .

وفى القواعد ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه و شراء غيره بثمنه او عند خرابه وعطلته او خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه صحة الشرط اشكال ومع البطلان فى ابطال الوقف نظر انتهى .

وذكر فى الايضاح فى وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال فاذا

جاز بغير شرط فمع الشرط اولى وفي وجه المنع ان الوقف للتأيد والبيع ينافيه قال والاصح انه لا يجوز بيع الوقف بحال انتهى .

وقال الشهيد في س ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم او وقوع الفتنة بينهم فادلى بالجواز انتهى .

ويظهر منه ان للشرط تأثيرا وانه يحتمل المنع من دون الشرط والتجويز معه .
وعن المحقق الكركي انه قال التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف اذا بلغ تلك الحالة لانه شرط مؤكد وليس بمناف للتأيد المعتبر في الوقف لانه مقيد واقعا بعدم حصول احد اسباب المنع والا فلا للمنافات فلا يصح حينئذ حبسها لان اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وفقا مناف لذلك لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وفقا ولا حسبا انتهى .

اقول ويمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز لعموم الوقوف على حسب ما يوقفها والمؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع فبالمقتضى الوقف فلعله مناف لاطلاقه ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرد مسوغاته فان التحقيق كما عرفت سابقا ان جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فاذا بيع خرج عن كونه وفقا انتهى .

قد عرفت ان هذه الصورة والصورة الرابعة التي كون البيع انفع اسوء حالا بالنسبة الى البيع من غيرها وكيف يصح بيع الوقف مع هذه الشدة وانه صدقة لا تباع بمجرد كونها انفع او محل الحاجة فلا يتم ما استدل عليه مثل رواية حنان ونحوها وان اهتم الاصحاب بها غاية الاهتمام ثم قال الصورة السابعة ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما او ظنا وهو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العباير المتقدمة والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه وقد يكون لالذالك والخراب المعلوم او المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتدابه وقد يكون على وجه نقص المنفعة واما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق

اوازيد فلايجوز بيعه الاعلى مااستظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من ان تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه وقد عرفت ضعفه .

وقد عرفت من عباير جماعة تجوز البيع في صورة التأدية الى الخراب ولو تغير الاختلاف ومن اخرى تقيدهم به الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف الاموال والانس وان لم يعلم اويظن بذلك فان الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب انتهى قد عرفت مما سبق هو الالتزام بذلك لكونه اهم من بقاء الوقف . ثم قال الصورة التاسعة ان يؤدي الاختلاف منهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف الصورة العاشرة ان يلزم فساد يستباح منه النفس والاقوى الجواز مع تادية البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعيا معتمدا على فاسواء كان لاجل الاختلاف او غيره والمنع في غيره من جميع الصور . اما الجواز في الاول فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فان الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فاذا فرض العلم او الظن بانقطاع شخصه فدار الامر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لانوعه كان الثاني اولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف اصلا انتهى .

اقول هذه الصور الاخيرة قريب الافق والاباس بالالتزام بجواز البيع في هذه الصور كما عرفت لكن حتى المقدور يجب مراعاة عدم زوال الوقف ولو بتبديله الى مكان اخر بشئ او شيء آخر يصح نفعه للمواقف ثواباً والى الموقوف عليهم منافعا لا البيع بمعنى تصرف الموقوف عليهم المال او الثمن بل نفسه قد اشار اليه فانه اذا لم يبيع انقطع شخصه ونوعه واما اذا بيع وباع بمثمنه شيئا آخر مثله وانقطع مثله لكنه لا ينقطع نوعه .

قال السيد في عروته اذا وقف وشرط عوده اليه عند حاجته ، فالأكثر على صحة الشرط وكونه وقفاً ، و عن المرتضى (قده) دعوى الاجماع على ذلك ،

وجماعة على بطلانه من الأصل و منهم ابن ادريس مدعياً عليه الاجماع ، وعن بعضهم صحته حبساً ، والأقوى هو القول الأول لعموم - أدفوا بالعقود - و نحوه وقوله (ع) : «الوقوف على حسب ما يوقفها» وحينئذ فان لم يحتج بقى وقفا وان احتاج رجع ملكاً وبموته يصير ميراثاً .

ومرجع الشرط الى قوله : وقفت مادمت غنياً . فيكون نظير الوقف على من ينقرض غالباً فهو وقف الى غاية محتملة الحصول ولا مانع منه بعد عدم اشتراط التأييد في صحة الوقف ، كما لا مانع من قوله : وقفت على أولادى ماداموا عدولا أوالى أن يفسقوا . أوماداموا فقراء فلا فرق بين جعل الغاية وصفاً من الأوصاف الموقوف عليه أوصفاً من أوصاف الواقف كما نحن فيه .

واستدل للمقول بالبطلان بخبر اسمعيل ابن الفضل عن أبى عبدالله (ع) : «عن الرجل يتصدق ببيع ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال : أن احتجت الى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أديمضى صدقة ، قال (ع) : يرجع ميراثاً على أهله .

ونقله في المسالك وقال : «ان احتجت الى شيء من مالى أومن غلته فاني أحق به أله ذلك وقد جعله الله وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً ... الى آخره و«خبره لآخر عنه أيضاً . «مرأدقف أرضاً ثم قال : ان احتجت اليها فانا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث» فان حكمه (ع) بالرجوع الى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها وعن رجوعه ميراثاً وعدمه ، اذا شرط هذا الشرط في الخبر الاول وبالرجوع اليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه

وفيه : انه يمكن أن يكون المراد من الخبرين انه اذا شرط ذلك ثم حصلت الحاجة وعاد اليه ثم مات يرجع ميراثاً ولا يبقى وقفاً ، وحينئذ يكون

دليلاً على الصحة .

ولذا استدل بعضهم بهما على القول الأول ، ويؤيده التعبير بالرجوع فإنه ظاهر في أنه قبل ذلك كان وقفاً والأفعلى القول بالبطلان يكون من الأول له ولم يخرج عن ملكه حتى يرجع إليه بالحاجة - مع أنه يمكن أن يكون المراد البطلان إذا اراد كونه أحق به مع بقائه على الوقفية .

وحينئذ لا دخل لهما بمسألتنا ، وهي خروجه عن الوقفية وعوده ملكاً ، ويؤيده قوله : أذ من غلته على ما نقله صاحب المسالك ، فإنه ظاهر في أن مراده الأحقية مع البقاء على الوقفية ، والانصاف أن الخبرين أن لم يكونا أظهر في الدلالة على القول بالصحة يكونان من المجمل فالمرجع العمومات ، هذا واستدل للبطلان بوجوه أخرى ضعيفة .

منها : أن الشرط المذكور مناف لمقتضى الوقف الذي هو البقاء أبداً ، وفيه ، أن هذا مقتضى إطلاقه لا مطلقه .

ومنها : أنه يرجع إلى الوقف على النفس ، وفيه ، أن مقتضاه زوال الوقفية عند الحاجة لا الأحقية مع بقائه عليها .

ومنها : أنه يوجب التعليق فإنه حينئذ علقه على عدم الحاجة ، وفيه ، أنه علق بقائه لأصل الوقفية .

ومنها : أنه مناف لما دل على عدم جواز الرجوع في الصدقة ، وفيه ، أنه تحديد لمقدار بقائه صدقة - مع أن الوقف إذا لم يكن بقصد القرية لا يكون صدقة فهو أخص من المدعى .

ومنها : أنه يرجع إلى شرط الخيار ولا يجري في الوقف خيار الشرط ولا خيار الاشتراط ، وفيه ، أن مقتضاه زوال الوقفية وعوده ملكاً فهو غاية لها لأن يكون له الخيار في الفسخ وعدمه . انتهى موضع الحاجة .

قوله لعموم ادفوا وفيه أن التمسك بها فرع صحة العموم وعدم منافاته مع

العمومات الدالة على عدم الجواز وقوله الوقوف الخ .
 وفيه انه ناظر الى شروط صحيحة فيكون دائراً مدار الشرط الصحيح من
 الواقف لامطلقا وقوله مرجع الشرط الى قوله وقفت مما دمت غنيا وفيه انه تقييد
 باطل والوقف مشروط بالتأييد قوله واستدل للقول بالبطلان بخبر الخ .
 وفيه ان التمسك فى محله وقوله ميراثا من حيث بطلان الشرط الموجب
 لبطلان الوقف فيبقى العين على ملك المالك قوله واستدل للبطلان الخ وفيه ان
 كلها قوية فجرى الحق على قلمه الشريف بما ظاهره الرد قوله فيه ان مقتضاه
 زوال الوقفية وفيه ان المانع هو ذلك وان شرط يرجع الى زوال الوقفية و هو
 باطل قوله :

ومنها انه يوجب التعليق وفيه ان التعليق فى محله قوله مناف اما دل على
 عدم جواز الرجوع فى الصدقة فيه انه حق وهو ظاهر الاخبار كلا قوله الى خيار
 الشرط وفيه انه الحق ولا يصح هذا الشرط اما دل على التأيد .
 وكيف كان فحيث كانت المسألة مهمة و الاختلاف فيها فى نهاية الشدة
 حتى من شخص واحد كما عرفت وان الجواز حيث كان عندهم مشكلا ايضا مع
 عمومات الوقف فالتجئوا الى ارجاع كلام المجوزين فى الوقف المنقطع كما اذا
 وقف لمن انقرض الموقوف عليهم مثل ما اذا وقف على اولاده فقط او مع اولاد
 اولاده فقط فلو جوز البيع انما كان فى المنقطع دون المؤبد .

وشيخنا المرتضى الانصارى بعد نقل الاقوال قال اذا عرفت ما ذكرنا فيقع
 الكلام تارة فى الوقف المؤبد واخرى فى المنقطع اما الاول فالذى ينبغى ان
 يقال فيه ان الوقف على قسمين احدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون
 منفعتهم فلهم استيجاره واخذ اجرته ممن انتفع به بغير حق والثانى ما لا يكون
 ملكا لاحد بل يكون فك ملك نظير التحرير كما فى المساجد والمدارس
 والربط بناء على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة فان

الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنه احد بغير حق فالظاهر انه ليس عليه اجرة المثل .

والظاهر ان محل الكلام فى بيع الوقف انما هو القسم الاول واما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك وبالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لافيما لم يكن ملكا وحينئذ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المادة عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجز بيعه وصراف ثمنه فى احداث مسجد اخر او تعميره

والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد .

نعم ذكر بعض الاساطين بعد ذكر انه لا يصح بيع الوقف العام لعدم تمامية الملك بل لعدم اصل الملك لرجوعها الى الله ودخولها فى مشاعره انه مع الياس عن الانتفاع به فى الجهة المقصودة يوجب للزراعة ونحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها ان كان مسجداً مثلاً واحكام السجلات لئلا يقلب اليد فى قضى بالملك وتصرف فائدها فيما يماثلها من الادوات مقدما للاقرب والاحوج والافضل احتياطاً ومع التعارض فالمدار على الراجح وان تعذرت صرف الى غير المماثل كك فان تعذرت صرف فى مصالح المسلمين .

واما غير الارض من الالات والفرش والحيوانات وثياب الضرايح ونحوها فان بقيت على حالها امكن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى اعدت له كانت على حالها والاجعلت فى المماثل والافقى وغيره والافقى المصالح على نحو ما مر وان تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها او مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرجوع الى حكم الاباحة والعود ملكاً للمسلمين ليصرف فى مصالحهم والعود الى المالك ومع الياس عن معرفته يدخل فى مجهول المالك ويحتمل بقائه على الوقف ويباع احترازاً عن التلف والضرر وانزوم الجرح ويتصرف مرتباً على النحو السابق وهذا هو الاقوى كما صرح به بعضهم انتهى

و فيه ان اجارة الارض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونه ملكا للمسلمين ولو على نحو الارض المفتوح عنوة لكنه غير ثابت والمتميقن خروجه عن ملك مالكة اما دخوله في ملك المسلمين فنفي بالاصل نعم يمكن الحكم باباحة الانتفاع للمسلمين لاصالة الاباحة ولا يتعلق عليهم اجرة ثم انه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع .

القسم الثاني من الوقف ماورد في بيع ثوب الكعبة وهبته مثل رواية مروان بن عبد الملك قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجة وبقي بعضه في يده هل يصلح له ان يبيع ما اراد قال يبيع ما اراد ويهب ما لم يرد وينتفع به ويطلب تركه قلت ايكفن به المؤمن لميت قال لا قيل وفي رواية اخرى يجوز استعماله وبيع نفسه وكذلك ما ذكره في بيع حصير المسجد اذا خلقت وجذوعه اذا خرجت عن الانتفاع .

اللهم الا ان يقال ان ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبذوران للبيت والمسجد فيكون كساير اموالهما ومعلوم ان دقية اموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الاول وليس من قبيل نفس المسجد فهي ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع انتهى .

ومحصل ما افاد ان الوقف المؤبد ايضا قسما ان احدهما ان يكون ملكا للموقوف عليهم ،

والثاني عدم الملك اصلا بل فك ملك مثل المساجد والمدارس ومحل الكلام في جواز البيع وعدمه في الاول دون الثاني لعدم الجواز بوجه .

وفيه اولاه في الاول ايضا لم يكن ملكا ولذا حكى عن بعض الاساطين عدم الملك للموقوف عليهم وثانيا ان ما ذكره في القسم الثاني كالمسجد والمدارس والحصير لهما وسائل الآلات من الانفاق على عدم جواز بيعها غير تام كما افاد هذا البعض جواز بيع العرصة من مثل المدارس والآلات اما لبيع المماثل واما الشيء

آخر يعود ثوابه الى الواقف واما الانفاق لوجه الله حيث يعد في وجه الله
و كيف كان فليس الانفاق في عدم جواز البيع بل كلا القسمين من المؤبد
يجرى فيها النزاع وجود او عدم وفي كليهما لم يكن ملكا لاحدهم وانما يكون
فيها حق الانتفاع او المنفعة والفرق في بعض الموارد فرق لا يكون له دخل في
الجواز وعدمه فالاولى جعل النزاع في المؤبد مطلقا في مقابل المنقطع .

وان الوقف المؤبد جاز بيعه في بعض الموارد سواء كان فيما زعم ملكا
للموقوف عليهم ام كان فك للملك كما عرفت من بعض الاساطين فالمعيار خروج
الوقف عن الانتفاع عرصة كانت او من قبيل لألات .

﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿لوانقلعت نخلة من الوقف قيل:﴾ والقائل الشيخ
في محكي مبسوطه ونهايته ﴿يجوز بيعها لتعذر الانتفاع بالبيع وقيل:﴾ والقائل
ابن ادریس ﴿لايجوز لامكان الانتفاع بالاجارة للتسقيف وشبهه﴾ .

وعن المختلف أن النزاع بينهما لفظي ، لان الشيخ فرض عدم الانتفاع الا
بالبيع ، وابن ادریس فرضه بالتسقيف ونحوه .

والحاصل النخلة المنقلعة ليس لها نفع عند الشيخ فيجوز بيعها و يجوز
الانتفاع بها عند ابن ادریس فلايجوز .

﴿وهو﴾ اي الانتفاع ﴿اشبه﴾ فلايجوز و وجه كون النزاع لفظيا ان
النزاع بين الانتفاع وعدمه بحيث لو كان عدم الانتفاع معلوما عندهما فلانزاع
لهما في المنع فكان الشيخ قال بعدم الانتفاع بالبيع وابن ادریس قائل بالانتفاع
فالنخلة وان كانت مما يملك في ضمن البستان او القرية و مع ذلك قد وقع في
جواز بيعها الاختلاف من حيث وجود النفع لها بالتسقيف او الجسر او الاحراق .
فلايجوز وعدمها فيجوز فبعدم النفع يخرج عن طريق الوقف و لذا قلنا
مكررا بانه لوجاز بزعم عدم النفع ليس ثمنها لان يصرف الموقوف عليهم بل ان
كان لهم نفع ايضا للموقوف عليهم بجهة من الجهات فنفس العين والاجعل مماثل
له بالوقف والايصرف في وجوه الخير فالنزاع جار في القسمين و كذلك في ثوب

الكعبة وقد اشار قده اليه بعد الاشارة اليه فى كلامه المتقدم فيما يتصل بكلامه ايضا بقوله ثم ان الظاهر من بعض العباثر المتقدمة بل المحكى عن الاكثر ان الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود الا ان ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو انه يشتري بثمنه ما يكون وفقا على وجه يندفع به الخلف تحصيليا لمطلوب الواقف بحسب الامكان وهذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمة الثمن على الموجودين او على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون فى البديل كالمبديل لكن الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر فتعين الاول وهو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التامل فى الرواية .

ولا يخفى ان الحق هو ما حكاه عن البعض كجامع المقاصد وغيره وهو التحقيق فى المقام ان الموقوف عليهم ليسوا بالمالكين كى يكون الثمن لهم فلا محالة يصرف فيما يكون اقرب بمقصود الوقف لو امكن وكيف كان لو صح بيع الوقف انما يصح فيما لو صرف الثمن بنحو ما وقف او شبيها به بحيث يكون مرضيا عند الواقف فان نظره الى بقاء هذا الامر الى يوم القيامة لا للبيع بوجه يتصرفون فى ثمنه وكيف كان فالقول بعدم الجواز كما عن بعض الاساطين ولعله كاشف الغطاء من ان عدم صحة بيع الوقف من حيث عدم الملك لالعدم تمامية الملك فاذا لم يكن ملكا لهم فكيف يجوز بيع الوقف لهم مع ان السالبة بانتفاء الموضوع حيث ان جواز البيع فرع كونهم مالكيين وهذا الامر لو لوحظ لينتفع فى امور كثيرة كوطء الامة الموقوفة وتزويجها وغير ذلك مما سياتى وهو الاصل الكلى الذى يدور عليه كلماتنا وهو الذى بنى عليه ابن ادريس وهو المستفاد ثم قال متصلا بكلامه ايضا .

داما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف من ينقرض بناء على صحته كما هو

المعروف فاما ان نقول ببقائه على ملك الواقف و اما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم و على الثانى فاما ان يملكوه ملكا مستقراً بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم و اما ان يقال بعوده الى ملك الواقف و اما ان يقال بصيرورته فى سبيل الله فعلى الاول لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك انتهى .

ولا يخفى ان الوقف المنقطع بين بطلانه وصحته حبسا لاوقفا .
 وكيف كان فعلى كونه حبسا انما يرجع الى الواقف او وارثه على فرض موته وفى مفتاح الكرامة قال واما اذا قلنا بصحة الوقف المنقطع الاخر وانه بعد انقراض الموقوف عليه يكون فى وجوه البر فهو بمنزلة المؤبد فمتى جاز فى المؤبد جاز فى المنقطع (لكنه نادر جدا بل لا قائل به و انما) احتاط به فى (الغنية) (وقد قلنا) فى باب البيع ان كلام (المقنعة) و (ثمانية وعشرين) كتابا ذكرناها معها عام شامل للمؤبد وغيره و لعل غير المؤبد خارج عن ذلك لانه ليس وقفا (وقد نسب الشهيد) فى (حواشيه) الى (التحرير) انه قال ان كان على قوم معينين جاز بيعه والا فلا (ولم نجد) ذلك فى بيع (التحرير) ولا وقفه .

(وليعلم) ان صريح كلام (المفيد) و (علم الهدى) و (ابى يعلى) و (الشيخ) فى (النهاية) و كذا (القاضى) فى (المهذب) ان الثمن حيث يباع ينتفع به الموقوف عليهم و اجماع (الانتصار) محكى على ذلك وهو الظاهر من (المبسوط) وغيره من جميع ما تقدم (بل) اجماع (الغنية) ينطبق عليه عدا (التذكرة) .

(والمختلف) و (التمنيح) و (المقتصر) و (جامع المقاصد) و (تعليق الارشاد) و (المسالك) و (الردضة) و (مجمع البرهان) و (تبع) فان فى (التذكرة) و (المختلف) انه ان امكن شراء شىء بالثمن يكون وقفا على اربابه كان اولى فان اتفق مثل الوقف كان اولى والا جاز شراء مهما امكن مما يصح وقفه والا يكن صرف الثمن الى البايعين يعملون به ماشاءوا .

ونحو ذلك مافى (المفاتيح) قال فى (المختلف) ان فيه جمعاً بين التوسل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النص الدال على عدم تجوز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد واذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وامكن بحسب النوع وجب .

وفى (التنقيح) اذا امكن شراء غيره يكون وفقاً وجب واذا امكن شراء مثله يكون اولى فقد حكم فى الاول بالوجوب دون الثانى وفى (جامع المقاصد) الحكم بالوجوب فى المقامين و نحوها فى (الحواشى) و (تعليق الارشاد) . و (المسالك) و (الروضه) وفى (المقتصر) يصرف ثمنه فى ملك يستعمله ارباب الوقف ومهما امكن المماثلة كان اولى وفى (مجمع البرهان) اذا امكن شراء شىء آخر خال عن المفسدة يمكن وجوبه لحفظ مقصود الواقف مهما امكن . وفى (ايضاح النافع) لا يجب ابتياع غيره يكون وفقاً نعم هو احوط انزال الاختلاف معه وفى (الكفاية) لا علم على ذلك حجة والنص غير دال عليه (قلت) بل الخبر الصحيح دال على دفع ذلك اليهم كما ستسمع (والوجه) فيما ذكره هؤلاء هو التوسل الى ما يكون اقرب الى غرض الواقف بحسب الامكان صيانة لحق الواقف ومافى البطون عن التضييع وقد سمعت مافى المختلف قالوا ويتولى ذلك اى البيع والشراء الناظر الشرعى والا الموقوف عليهم ان انحصروا والا فالناظر العام (وقال بعضهم) لا بد من ايقاع الصيغة حتى يصير وفقاً .

(وانت خبير) بان هذا الحكم غير مطرد على جميع الاقوال (وذلك) لان (من المجوزين) من جعل السبب شدة احتياج الموقوف عليهم لعدم وفاء الغلة بذلك و مقتضى ذلك انما هو اكل ثمنه والتصرف فيه (ومنهم) من جعل السبب خوف خرابه لخلف بين اربابه وحينئذ فلامعنى للشراء لجريان ذلك فيه ايضاً لانه كما يخاف على الاول من ذلك يخاف على الثانى .

(نعم) يتم ذلك بناء على من يجعل علة الجواز خرابه و عدم الانتفاع به

بالكلية انتهى .

وأنت اذا تأملت في جميع ما ذكر قد احطت بجميع اطراف المسألة وتعرف موارد الاحتياط وتعلم ان الموقوف عليهم لا يملكون العين وتعلم موارد جواز البيع وموارد التي لزم العلم بالعمل بضمن الوقف وقد اطلت الكلام في بيان ذلك و نقل الاقوال لاهمية المسألة و سيأتي في آخر الكتاب ما يتعلق بالوقف المنقطع والله يحفظنا من مزال الاقدام .

المسألة التاسعة : اذا آجر البطن الأول الوقف مدة معينة مثلاً ﴿ ثم انقروا ﴾ أجمع ﴿ في أثنائها فان قلنا أن الموت يبطل الاجارة ﴾ في الملك المطلق ﴿ ولا كلام ﴾ راجع الى ص ٢٠ الى ٤٠ ضرورة أولوية المقام منه ﴿ وان لم نقل فهل يبطل هنا ؟ فيه تردد ﴾ والجواهر من اطلاق ما دل على صحة الاجارة وانزومها عموماً وخصوصاً ، و من انكشاف دخول غير مالهم من المدة في مدتهم ﴿ اظهره البطلان ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والروض والروضة والمسالك ، بل لا أجد فيه خلافاً انتهى .

اما وجه الاولوية انه اذا قلنا ببطلان الاجارة اذا آجر نفس المالك فمات ففي المقام اولى بالبطلان من ان الموقوف عليهم ليسوا بمالكين تماماً بل اصل الملك لهم واغيرهم وان الواقف وقف للجميع ومما سيأتي بعدهم لا للموجودين فقط فكأنهم اجاروا حقهم مع حق غيرهم و حينئذ فغايتها الصحة في حقهم وأما من حيث الباقي فيبطل حتى اذا اجازوا ايضاً حيث ان اللازم كون المميز موجوداً حين الاجازة والفرض عدمه حينها هذا مضافاً الى اشكال اعظم من اجارة المالك وهو عدم كون الموقوف عليهم مالكين على التحقيق و انما يكون لهم الانتفاع وكيف يكون الاصحاب غير متعرضين عن ذلك الابعضهم فالحق ببطلان الاجارة حتى مع الاجازة ولذا حكم المصنف بالبطلان وقال ﴿ لأننا بينا أن هذه المدة

ليست للموجودين * .

وفى الجواهر ضرورة اقتضاء الوقف تسبيل المنفعة للموقوف عليه مدة العنوان الذى يجعله الواقف لأزيد ، والبطن الثانى يتلقى عن الواقف كالأول ، ولذا لانضى اجارته مدة يعلم بالمادة زيادتها على حياته انتهى .

فاذا اجار الموقوفة عليهم الى مدة خمس سنة فمات بعد السنتين تبطل فى الثلاثة باقية ويصل النوبة بمن يوجد فيبطل الاجارة بالنسبة اليهم ولو قلنا بصحة اجارة المالك بعد موته نعم ان كان المراد بالبطلان عدم الاجارة ففيه كلام .

قال فى الخلاف اذا وقف على بطون فاكرى البطن الاول الوقف عشر سنين فانقضوا لخمس سنين فان الاجارة تبطل فى حق البطن الثانى ولا تبطل فى حق البطن الاول وللشافعى فيه قولان (وجهان) احدهما مثل ما قلناه والثانى لا تبطل لان الموت لا يبطل الاجارة .

[دليلنا] انا قد دللنا (بيئنا) ان الموت يبطل الاجارة وايضا فانا نبين انهم تصرفوا فى حق الغير فيجب ان يكون تصرفهم باطلا انتهى .

وفى الحدائق بعد نقل عبارة الشرائع قال ما هذا لفظه أقول : الكلام هنا يقع فى موضعين : الأول - فى بطلان الاجارة وعدمه بموت البطن الأول بناء على عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، كما هو الاظهر ، و ظاهر المشهور القول بالبطلان هنا ، وجعلوه من جملة المستثنيات من قاعدة عدم بطلان الاجارة بموت الموجر ، وعلل البطلان بما أشير اليه من قوله : ان هذه المدة ليست للموجودين وتوضيحه أن ملك الموجر هنا لما آجره غير تام ، لمشاركة باقى البطون له فى ذلك بأصل العقد ، والموجر انما يملك مدة حياته ، وبعدها ينتقل الملك الى غيره فبموته يتعين انتهاء حقه ، فتكون اجارته بالنسبة الى بقية المدة تصرفاً فى غير حقه ، متوقفاً على اجارة البطن الذى بعده ، و من ذلك يظهر أن صحة الاجارة فى هذه المدة التى اشتمل عليها العقد مراعاة ببقاء الموجر ، فلو مات فى أثناءها

تبيين بطلان الاجارة فى المدة الباقية .

ومما ذكر يظهر وجه الفرق بين اجارة البطن الأول من الموقوف عليهم بالنسبة الى من بعده ، واجارة المالك بالنسبة الى الورثة ، فان اجارة المالك تصرف فى ملكه المستقل به حال حياته ، حتى لو أراد اتلافه بالكلفية لم يكن للوارث اعتراض فى ذلك ، والوارث انما يتلقى الملك بعد موته ، بخلاف الوقف فان البطن الاول غير مستقل بالملك كما عرفت ، بل البطن الأخيرة مشاركون له فى الاستحقاق بأصل العقد ، لا أنهم انما يتلقونه بعد موته كما فى الورثة ، ووجه التردد فى المسئلة مما ذكر ، ومن أن المتصرف حينئذ كالمالك ، فكان تصرفه ماضياً انتهى .

وكيف كان فان قلنا بالصحة مع الاجارة ﴿ فيكون ﴾ فى الفرض ﴿ للبطن الثانى الخيار بين الاجارة فى الباقى وبين الفسخ فيه ﴾ .

وفى الجواهر قال ما هذا لفظه لأنه من الفضولى ، وهو المراد من البطلان المزبور وان كان قد يشكل ألا : بعدم المجيز له فى المال بناء على اشتراط ذلك فى الفضولى وفرض عدمه ، اللهم الا أن يجعل الناظر الولى على ذلك ، إلا أنه كما ترى وثانياً : بعدم الملك والمالك حال العقد ومجرد تأهل العقد لملكهم لو وجد والى يجعله من الفضولى الخ .

وعلى كل حال فمع الفسخ ﴿ و ﴾ تسليمهم الاجرة ﴿ يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف ﴾ .

وفى الجواهر قال بلا خلاف ولا اشكال فينسب أجرة مثله الى آجره مثل مجموع المدة ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قد آجره سنة بمائة ومات بعد انقضاء نصفها ، وفرضنا أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوى ستين وأجرة مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين رجوع المستأجر بثلثى المائة كما هو واضح انتهى وهو كما افاد .

و في الحدائق ما هذا لفظه الثاني ما ذكره من قوله ويرجع المستأجر على تركه الاولين ، و هو محمول على مالو دفع الاجرة للبطن الاول ، والافلا رجوع ، والمراد بمقابل المتخلف الذي يرجع به على ما ذكره في المسالك ، هو أن ينسب أجرة مثله الى أجرة مثل مجموع المدة ، و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قد آجره سنة بمائة ومات بعد انقضاء نصفها وفرض أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوي السنتين وأجرة مثل النصف الماضي تساوي ثلاثين ، رجع بثلثي المائة ، وعلى هذا القياس انتهى .

فان السنتين تزداد على الثلاثين بثلاثين فيكون ضعف الثلاثين فيرجع في المثال بثلثي المائة .

المسألة ﴿العاشرة لو وقف على الفقراء﴾ مثلاً ﴿انصرف الى فقراء البلد ، ومن يحضره﴾ من غير البلد ﴿وكذا لو وقف على العلويين وكذا لو وقف على بنى أب منتشرين ، صرف الى الموجودين ، ولا يجب تتبع من لم يحضر﴾ فان الجميع من واد واحد في عدم ارادة الاستيعاب .

وفي خبر علي بن محمد بن سليمان النوفلي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام وقال كتبت اليه أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثير متفرقون في البلاد ، فأجاب عليه السلام ذكرت الارض التي وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان هي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتبع من كان غائباً ﴿لموضع المشقة﴾ وغيره أيضاً وهو معلوم .

﴿لا يجوز للموقوف عليه وطى الامة الموقوفة﴾ بلا كلام ﴿لانه لا يختص بملكها﴾ وان كان مالكا الا أن للبطون اللاحقة له حقاً على القول بانتقال الملك اليهم والافلا ﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو أودلها كان الولد حراً﴾ لان وطءها غير معدود من الزنا كى لا يكون حراً لعدم كونه ولد حراً حيث نزل انه مالك في الجملة ﴿ولا﴾ يجب ﴿قيمة﴾ هـ ﴿عليه﴾ لمن بعده من البطون ، ﴿لانه﴾ المستحق له

الآن اذا الولد بمنزلة كسبها وثمرة البستان ، وحينئذ - ﴿ لايجب له على نفسه غرم ﴾
وكذا لامهر عليه للبطون الآتية كذا في الجواهر .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ - ﴿ هل تصير ﴾ الامة في القرض ﴿ أم ولد ؟ قيل : نعم ﴾
كما عليه المبسوط وغيره وفي المسالك الكلام هنا يقع في موضعين وهما ايضا
موضع التردد .

احدهما هل تصير ام ولد ام لافيه قولان ووجه الاول نحقق علوقها منه في
ملكه على القول بانتقال الملك اليه لانه مبني عليه وهذا هو السبب في صيرورتها
ام ولد بالنص والاجماع .

ووجه الثاني ان السبب هو وقوعه في الملك التام المختص بالمالك المعين
والاختصاص هنا لان حق باقى البطون متعلق بها الان فلا يجوز ابطاله وهذا راجع
الى منع دعوى سببية ما ادعى سببته الخ .

والمحصل ان السبب للعلوق هو الملك التام و هو غير موجود فلا يحصل
كونها ام ولد مع كون ولده حراً لانه تابع للاب .

و بالجملة اولاً لا ينتقل الملك الى الموقوف عليهم فلا يكون أمه حينئذ
ملكاً ولو سلم لما كان تاماً لكونها بين الجميع فلا يكون ام ولد للزوم كون العلوق
واقعة عن الملك التام .

وفي مكاسب شيخنا الاعظم ما نفظه ثم ان المشهور اعتبار الحمل في زمان
الملك فلو ملكها بعد الحمل لم نصر ام ولد خلافا للمحكي عن الشيخ وابن حمزة
فاكتفيا بكونها ام ولد قبل الملك .

ولعله لا لاطلاق العنوان ووجود العلة و هي كونها في معرض الانعتاق من
نصيب ولدها ويرد الاول منع اطلاق يقتضى ذلك فان المتبادر من ام الولد صنف
من اصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملو كية كالمدير والمكاتب
والعلة المذكورة غير مطردة ولا منعكسة كما لا يخفى انتهى .

و يدل عليه الصحيح عن محمد بن ما ردد عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يزوج الجارية تلد منه اولادا ثم يشتريها فتمسكت عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدوله في بيعها قال هي امته ان شاء باع مالم يحدث عنده حمل وان شاء اعتق ، فالامر بالبيع في زمان لم تكن حاملا في ملكه بل جميع اولادها كان في وقت لم يكن ملكا له ومن حين يشتريها ان حملت كانت ام ولد له والا فلا والظاهر لا اشكال فيه .

وقد عرفت منا كرا راً عدم انتقال ملك الى الموقوف عليهم فالامة الموقوفة لا تكون ملكا لاحد اصلا نعم ولدها كان حرا لانه تابع لايه الحر ولاجل ذلك لا يجب قيمته على ابيه لانه بمنزلة ثمرة البستان لو كانت الموقوفة بستاناً .

﴿ و ﴾ حينئذ لا ﴿ تنعتق ﴾ الام ﴿ بموته ﴾ لان الفرض عدم كونها ام الولد وسبب علوقها غير حاصل ﴿ : تؤخذ القيمة من تر كتته لمن يليه من البطون ، وفيه تردد ﴾ .

وفي الحدائق قال بقى الكلام هنا في موضعين أحدهما أنه هل تصير بالاستيلاء أم ولد ، أم لا ؟ قولان : وعلل الاول بتحقيق العلوق منه في ملكه على القول بانتقال الملك اليه ، لان مبنى الكلام على ذلك ، وهذا هو السبب في صيرورتها ام ولد بالنص والاجماع وعلل الثاني بأن السبب انما هو العلوق في الملك التام المختص بالملك المعين ، والملك هنا غير مختص به ، لان باقى البطون حقهم متعلق بها الآن ، وهو يرجع الى منع ما ادعى من سببته السبب الاول ، لانها يقوم عليه كلها بالاستيلاء ، ولا شىء من أم الولد كذلك بالاستقراء ، ولما نفاة الوقف الاستيلاء انتهى .

﴿ ويجوز تزويج الامة الموقوفة ﴾ ﴿ و ﴾ في الجواهر لا اشكال في أن مهرها للموجودين من ارباب الوقف ، لانه فائدة كأجرة الدار ﴿ فلا مدخلية لمالك العين حينئذ .

ولا يخفى ان تزويج الامة انما يصح لو لم يكن ملكا للمزوج فالصحة مبنيّة على عدم الملكية واما لو قلنا بان الملك من الواقف ينتقل الى الموقوف عليهم فالامة اذا وقفت صارت ملكا لهم فالمالك ولو في بعضها لا يصح له التزويج المهم الا ان يقال ان الملك الذي لا يجوز معه التزويج هو ملك اليمين الذي باعها مالكها فانه حينئذ لا يصح التزويج لحصول الحلية بالملك اليمين واما الملك الحاصل من الوقف فلا حيث لا يصح معه وطئها وفيه عدم الفرق بين اسباب الملكية مع امكان عدم الصحة ايضا لاجل عدم رضا الكل لكونها مشتركة بين الجميع ولازمه جواز الوطاء لورضى الكل فلا فرق في الملكية بين الاثراء او سائر الاسباب كالهبة والانتقال ارثا او وقفا فالمانع عدم الملكية وعدم رضى الكل بالتزويج . ونحن وان احتملنا في بعض المجلدات الجواز مع ملك اليمين لكون سبب الحلية حينئذ شيئا من ملك اليمين والعقد فيزيد في الحلية والجواز لكنه غير تام لتداخل احكام كل واحد منهما فيها مع انه لا يصح اذا احكام التزويج مباين مع احكام ملك اليمين قطعا فان لازم ملك اليمين جواز بيعها ولازم التزويج عدمها وهكذا فالحق عدم صحة تزويج المالك من كانت مملوكة له لتوارد السببين على المسبب الواحد فعلى القول بانتقال الملك لا يصح التزويج ولو برضا الكل .

ومما ذكرنا ظهر عدم تمامية ما في المسالك قال بعد قول المصنف ما هذا الفظه: لاختلاف عندنا في جواز تزويجها لانه عقد على بعض منافها يجرى مجرى الاجارة وفيه تحصيل لها وهو غرض مطلوب شرعا وانما منع منه بعض الشافعية من حيث انها اذا جلت منعت عن العمل وربما ماتت في الطلق وظاهر ان مثل هذا لا يمنع واما كون المهر للموجودين فلما اشار اليه المصنف به من العلة من انه فائدة من فوائدها وعوض عن منفعتها المختصة بهم فيكون عوضها كك انتهى .

✽ وكذا ولدها من نساءها اذا كان من مملوك أو من زناء ✽ اذ هو كثر مرة البستان

﴿و﴾ حينئذ ﴿يختص به البطن الذي تولد معهم﴾ والحاصل ان ولدها ان كان من مملوك كما اذا كان احد من الموقوف عليهم عبداً وقلنا بانتقال الملك الى الموقوف عليهم وبان العبد صح مالكا وكان وطنها باذن مولاه او كان من الزنا لحر فلا يكون حرا والاول معلوم والثاني لعدم ثبوت الابوة و البنوة بينهما ولو كان الزاني حرا ففي الموضعين كان الولد كثمره البستان للموقوف عليهم لو لم نقل بكون الولد حينئذ وقفا كماه ايضا كما قد يقال : ﴿فان كان من حر بوطن صحیح كان حراً﴾ بلا خلاف ولا اشكال تغليبا لجانب الحرية بالتبعية لاشرف الابوين ﴿الا أن يشترطوا﴾ عليه ﴿رقيته في العقد﴾ فانه يكون رقاً حينئذ لو قلنا بصحة هذا الشرط وهو مشكل ايضا فان ولد الحر حر بالشرع فلا يؤثر فيه الشرط فان الشرط لا يكون مشرعا .

﴿ولو وطأها الحر بشبهة ، كان الولد حراً﴾ لأنها كان كالصحيح بالنسبة الى ذلك ، ﴿و﴾ لكن ﴿عليه قيمته﴾ طلقاً ﴿للموقوف عليهم﴾ بناء على ما عرفت كما لو وطأ غير الموقوفة شبهة ، لانه السبب في ائلاف النماء على أهله كما هو واضح ، ومحرر في محله .

﴿ولو وطأها الواقف كان كالاجنبي﴾ بناء على خروجها عنه عينا ومنفعة بالوقف هذا كله في الوقف .

ولا يخفى ان هذه الاحكام الصادرة عن المصنف وشارحين من كلامه قد وقع فيها بحث طويل وكلام كثير ونزاع عظيم ولكنه ليس ينبغي في مثل هذا العصر صرف الوقت في امثالها مع ضيق الوقت وقرب الاجل اذ ليس لها مورد ولا يكون عبد ولا اماء في هذا العصر .

ومما يرد على الجميع ان كلها مبني على دخول الملك في الموقوف عليهم وقد عرفت انهم غير مالكين للمعين فلا يتم اكثرها وليس دأبنا التعرض فيها الا لضرورة تعرض المصنف لها .

ثم ان الكلام الى هنا فى الصدقة الخاصة التى لاتباع ولا توهب ولا تورث ﴿واما الصدقة﴾ التى غير الوقف وقد ورد فيها روايات كثيرة فى كثرة الثواب والحث على فعلها وقدم فى ص ٢٦٥ ﴿فهى عقد يفترق الى ايجاب وقبول﴾ بلا خلاف محقق اجده فيه ، بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندى والغنية والكفاية والمفاتيح الاجماع عليه ، بل صريح بعض وظاهر آخر اعتبار ما يعتبر فى العقد اللازم فيها انتهى .

وهى مستحبة ويستحب وقوعها سراً كما عن على بن الحسين حيث وقعت عنه سراً ويكفى المعاطاة فيها وانما يشترط فيها القربة ﴿واقباض﴾ اى القبض بالاذن ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لوقبضها المعطى له ، من غير رضا المالك لم ينتقل اليه﴾ لعدم حصول الاقباض الذى هو بمعنى القبض بالاذن ، كما فى كل مقام كان القبض فيه من شروط الصحة .

ويدل عليه حسنة عميد بن زرارة عن الصادق عليه السلام فى رجل يتصدق على ولد له قد أدر كوا فقال : اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، ﴿و من شرطها نية القربة﴾ بالاخلاف احسنى حماد و صحيحه عن أبى عبدالله عليه السلام لاصدقة ولاعتق الا ما اريد به وجه الله عز وجل ، بل هو امر واضح لضرورة ان العمل لغير الله لا يسمن ولا يغنى من جوع فالقربة بمعنى وقوعها لله ولغيره كان رياءً و كان من المعاصى الكثيرة بل هو الشرك بالله العظيم وقد ورد انه تعالى قال فيما وقع عمل غيره انا خير شريك فخذ اجرك من شريكك وان لم يكن بقصد الرياء كان عمل بغير ثواب فان الاعمال بالنيات فيكون حينئذ نظير غسل اليد والنظافة فان كان بقصد القربة فله اجر وثواب والا فلا اجر له فارادة الثواب يتوقف على قصد القربة انما الكلام فيها فى جواز الرجوع عنها بعد القبض و قبل التصرف فهل يجوز الرجوع عنها كما فى الهبة اذ لا يكون بحكم الهبة ولا يجوز الرجوع عنها مطلقاً .

ويدل على عدم كونه بحكم الهبة صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى وجه الله عز وجل» وخبر المحكم «إنما الصدقة لله فما جعل لله فلا رجعة له فيه» وغير ذلك من النصوص مثل الراجع في صدقته مثل الراجع في قيمته .

﴿ و ﴾ لذا قال في - ﴿ لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصح ﴾ بل عن السرائر والتذكرة وظاهر المفاتيح وكذا الغنية الإجماع عليه ، للعموم المقتضى ذلك والخصوص الذي عرفته ، ﴿ لأن المقصود بها الإجر وقد حصل فهي كالهبة المعوض عنها ﴾ .

وفي الجواهر وكالعبادة التي لا خيار فيها ، مضافاً إلى أدلوية اللزوم في المقام منه في الهبة المنوى فيها القرابة المحكي عليه الإجماع عن الانتصار والغنية والتذكرة ان لم تكن هي ، كما عرفته سابقاً انتهى .

بل مضافاً إلى الأخبار الصادرة عن الشرع في عدم جواز الرجوع كان عملاً قبيحاً عند العرف وانهم لا يعدون الرجوع من فعل العاقل المتصف بالإنسانية لما فيه من نوع ضرر على المأخوذ ونوع خجلة وكسر عليه ويقع في قلبه الحزن بل عداوة عليه .

لكن مع ذلك كله عن المبسوط ، والمهذب وفقه الراوندی ان صدقة التطوع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ، ومن شرطها الإيجاب والقبول ، ولا تلزم إلا بالقبض أو - ما يجري مجراه ، وكل من له الرجوع في الهبة ، له الرجوع في الصدقة .

وفي الجواهر ولا ريب في ضعفه حتى قال وما أبعد ما بينه ، وبين المحكي عنه في النهاية ، والمفيد في المقنعة ، من أن ما تصدق به لوجه الله فلا يجوز أن يعود إليه بالبيع أو الهبة أو الصدقة ، وان رجوع بالميراث كان جائزاً .

ولعله لقول الصادق عليه السلام في صحيح منصور بن حازم «إذا تصدق الرجل بصدقة

لم يحل له أن يشتريها ، ولا يستوهبها ولا يستردها الا في ميراث، المحمول على الكراهة لمعارضته للعمومات التي هي أصول المذهب وقواعده ، بل عن المحقق حمل عبارة النهاية على ذلك ، بل عن ابن ادريس نفى الخلاف عن جواز الرجوع بذلك ، ولعله تحمل عبارة المقنعة على ذلك أيضاً .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ الصدقة المفروضة ﴿ التي عبارة عن الزكاة منها خاصة لا غيرها ﴾ محرمة على بنى هاشم الأ صدقة الهاشمي أو صدقة غيره عند الاضطرار . ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم ﴿ راجع ج/ ١٢ ص ١٤٣ مطلقاً أو ما عدا النبي ﷺ والائمة ﷺ منهم ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً .
ومن الغريب أنه بناء على أن الصدقة هي الهبة المتقرب بها وكذا الهدية وأن المندوبة محرمة على النبي ﷺ والائمة ﷺ يتوجه تحريمها حينئذ عليهم الأ مع عدم ملاحظة القرية ويمكن القطع بعدمه ، و منه يعلم كون كل منهم مفهوماً مستقلاً عن الآخر .

﴿ مسائل ثلاث الاولى ﴾ : قد عرفت أنه ﴿ لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء عوض عنها أو لم يعوض ، لرحم كانت أو لاجنبى على الاصح ﴾ .
لما قد عرفت من ان الصدقة غير الهبة ولذا لا يجوز الرجوع فيه بخلاف الهبة فيجوز قبل التصرف و كان المتهب غير ذى رحم .

بل و منه يعلم عدم حرمة الهدايا و التحف على النبي ﷺ و الائمة فلو كانت صدقة فقد تحرم على النبي والائمة بناءً على حرمة الصدقة المندوبة عليهم لكنه يشكل ذلك بجعل الصدقة من الاوصاف اللاحقة بالهبة كما عن تذكرة فلاشكال لهم في اخذ الهبة اما بجعل كل واحد غير الاخر و اما بجعل المندوبة غير محرمة .
والانصاف كون كل واحد غير الاخر مفهوماً وحقيقة و المحرم عليهم هو الصدقة دون الهدايا

المسألة ﴿ الثانية ﴾ : يجوز الصدقة على الذمي ﴿ وغيره من الكافر غير الحربى

﴿وان كان أجنبياً﴾ على الاصح ﴿لقوله ﷺ﴾ «على كل كبد حراء أجر» ولقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم وقد مر الكلام فيهما في الوقف .

المسألة ﴿الثالثة﴾ : صدقة السر التي تطفى غضب الرب ﴿أفضل من﴾ صدقة ﴿الجهر﴾ في المندوبة منها لا الواجبة ، قال الله تعالى «و ان تخفوها و تؤنوها الفقراء فهو خير لكم» و عن الصادق عليه السلام «و الله الصدقة في السر أفضل منها في العلانية» الى غير ذلك ، ﴿الا أن يتهم في ترك المواساة ، فيظهرها دفماً للتهمة﴾ وفي الجواهر التي تجنب عنها سيد الرسل ﷺ مع بعده عنها فضلا عن غيره أو قصد الاقتداء به أو ترغيب الناس ، أو نحو ذلك مما يقترن به الجهر على وجه يرجح على مراعاة السرية التي هي أرجح من الجهرية من حيث نفسها انتهى هذا كله في المندوبة و أما الواجبة فالأفضل اظهارها حتى يكون ذلك تشريفا للناس ويميلون الى دفع الواجبات كالزكاة والخمس وسهم الامام ويخرجون عن تهمة عدم دفع الواجبات و ايضا كان الناس مأمورين بدفع اموالهم الواجبة الى الامام عليه السلام وحملها اليهم وهو مناف للمكتمان وصرح ان سرها سبعين ضعفا على الجهر بل عن ابن عباس «أن صدقة السرفى التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفاً ، وصدقة الفريضة علانيتها أفضل من سرها بخمسة وعشرين ضعفاً» .

ويكره الصدقة بجميع ماله على ما صرح به غير واحد ، ولعله لقوله تعالى «يسئلونك ماذا ينفقون ، قل العفو» أي الوسط وقوله تعالى «ولا تبسطها كل البسط» و اذا أنفقوا لم يسرفوا ، وقوله عليه السلام «أفضل الصدقة عن ظهر غنى» .

و وجهه معلوم ان يكون للانسان مادام حياته احتياجاً الى المال لنفسه و عياله و اولاده و عشرته فيكون له خفة لنفسه و عندهم فيلزم ان يكون له مال يصرف لنفسه ولهم حتى لا يكون عندهم خفيفاً فان الله تعالى يجب ان يكون عنده شريفاً محترماً عند الناس هذا تمام الكلام في الوقف .

﴿كتاب السكنى والعمرى والحبس﴾

حيث ذكر ما يتعلق بالحبس بعدهما .

وفى المسالك بعد قوله كتاب السكنى و العمرى والحبس وهى عقد الى آخره قال الضمير يعود الى السكنى بقرينة التانيث و ان كان الحكم فى الحبس كك وان كان الادلى عوده اليهما فى تغليب السكنى على ما يعم العمرى والرقبى تجوز فانهما اعم منها من وجه فلو جعل عنوان الكتاب السكنى و توابعها او يصرح بالجميع كما فعل جماعة كان ادلى انتهى .

﴿وهى عقد﴾ بالمعنى الاعم الشامل للمعاطاة حيث ان العقد لفظى وفعلى و﴿يفتقر﴾ فى الصحة ﴿الى﴾ معنى ﴿الايجاب والقبول﴾ وفى الجواهر ولو فعلا بلاخلاف ولاشكال ، ويفتقر فى المزوم الى اللفظين منه على نحو غيرهما من العقود اللازمة التى شرعت المعاطاة فيها ، على أنها من أفرادها ولا فرق فى ذلك بين كونها مطلقة ، أو مقترنة لمدة أو عمر ، كما هو ظاهر الأصحاب النخ .

وفى المسالك ما لفظه لا اشكال فى افتقار السكنى وقسميها الى الايجاب و القبول حيث يقترن بمدة او عمر اما مع اطلاقها فظاهره انه كك كغيرها لان الاصل ان لا ينتقل شىء الى ملك الغير بدون قبوله وهنا المنتقل المنفعة فى الجملة ويمكن القول بعدم اشتراط القبول هنا لانها حينئذ بمعنى اباحة السكنى لجواز الرجوع فيها متى شاء كما سيأتى ويمكن الجواب حينئذ بانها تصير عقدا اجازيا وذلك لا يمنع من اشتراط القبول كتنظيره او نقول بانها مع الاطلاق لازمة فى مسمى الاسكان وانما يجوز الرجوع فيها بعد تحقق المسمى كما صرح به تذكرا وحينئذ ولا اشكال فى اعتبار القبول لانها من العقود اللازمة فى الجملة وان طرء عليها الجواز بعد انقضاء المسمى انتهى .

﴿و﴾ أما ﴿القبض﴾ وفى الجواهر فلا خلاف أجدّه فى اعتباره فيها أيضاً ،

بل فى الرياض عن ظاهر جماعة و صريح آخر الاجماع عليه . نعم فى جامع المقاصد ينبغى أن يكون اشتراطه على القول باللزوم ، أما على عدم اللزوم فانه بمنزلة العارية ، والظاهر أن مراده ما فى الروضة من أنه انما يشترط على تقدير لزومها ، أما لو كانت جائزة فالاقباض شرط فى جواز التسلط على الانتفاع الخ غير خفى ان السكنى تحققها بالقبض وهو شرط للزوم لا الصحة كما عرفت و بدونه لايلزم وعن المبسوط والمهذب وفقه الراندى والسرائر و غيرها انه يقتدر فى صحتها الى الايجاب والقبول ، ولزومها الى القبض .

وفى الجواهر ولعله لا يخلو من قوة ، لان العمدة فى اشتراطه اجماع الخلاف وهو انه انما يقتضيه ، لا الصحة التى هى من مقتضى العمومات والاطلاقات قال فى المحكى عنه : اذا أتى بواحدة منها أى العقود الثلاثة ، وأقبضه فقد ازممت العمرى ثم ادعى عليه اجماع الفرقة وأخبارهم .

لكن ظاهر الأكثر و صريح بعض أنه شرط فى الصحة انتهى .

وفى الحدائق اعلم أن انتقال المنفعة الى الغير اما على وجه اللزوم أم لا والثانى فى العارية والاول اما مع خروج العين عن الملك أم لا ، والأول الوقف والثانى اما بعوض أم لا ، والأول الاجارة ، والثانى العمرى التى هى محل البحث هنا ، ومنه يظهر أن ثمرتها هو التسليط على المنفعة مجاناً مع بقاء الملك لملكه ثم أنه ينبغى أن يعلم أن الاختلاف فى هذه الالفاظ اعتبارى بحسب اختلاف ما تضاف ، والمرجع الى أمر واحد ، فاذا قرئت بالاسكان قيل سكنى ، واذا قرئت بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى ، واذا قرئت بمدة معينة قيل رقبى ، من ارتقاب المدة وخروجها أو رقبه الملك ، وقد يقترن باثنين منها كأن يقول أسكنتك هذه الدار مدة عمرك ، فيقال سكنى لاقرانها بالاسكان ، و عمرى لاقرانها بالعمر و لو قال : أسكنتكها مدة كذا وكذا ، قيل : سكنى و رقبى ، ولو قال : أرقبتكما تحققت الرقبى خاصة ، وتنفرد السكنى فيما لو أسكنه إياها

مطلقا وتنفرد العمري فيما لو كان للعمري في غير مسكن انتهى .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿فائدها التسلط على استيفاء المنفعة﴾ تمام المدة المشترطة ﴿مع بقاء الملك على﴾ ملك ﴿مالكه﴾ وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، إلا ما يحكى عن الشيخ والراوندى وابن البراج من اقتضاها نقل العين في خصوص مالو قال : هذه الدارك عمرك ولعقبك من بعدك ، مع أنالم تتحقق ذلك عن الشيخ وابن البراج ، بل المتحقق عن أدلهما خلافه انتهى .

ولا يخفى فيما حكاه عنهم لو ارادوا بالانتقال الملك فانهم ليسوا مالكين سواء كان مرادهم مالكين مطلقا ولو بعد تمام المدة او المالكين في ايام المدة بداهة ان ملك المالك في تلك الايام صار حسباً عندهم وبعد تمام المدة يرجع اليه الى وارثه وهو واضح وليس لهم الا السكنونة فيها بنفسه وعيالاته لا لغيره ولا الاجارة ولا التسكين مجانا ونحو ذلك كما سيأتى بالشرط ورضى المالك اللهم الا ان يقال كان مقصودهم التملك وحينئذ لا يحتاج الى لفظ عمرك ولعقبك و يكون حينئذ يبيع وخارج عن المقام ويدل على لزوم الرد على المالك او وارثه خبر حمران لآنى .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿يختلف عليها﴾ أى السكنى ﴿الأسماء بحسب اختلاف الاضافة ، فاذا اقترنت بالعمري قيل : عمري﴾ وسكنى ﴿وبالاسكان﴾ وحده ﴿قيل سكنى﴾ خاصة ﴿وبالمدة﴾ المعينة ﴿قيل :﴾ سكنى ﴿ورقبى﴾ .

وفي الجواهر اما من الارتقاب ، أو من رقبة الملك ، فالسكنى حينئذ مع تعلقها بالمسكن ، وكون الصيغة بلفظها أعم منهما ، وان كانا هما أعم منها من وجه آخر وهو فيما اذا كانت الصيغة بلفظ أعمرك وأرقتك فانهما حينئذ عمري ورقبى ، ولا يقال : سكنى ، أو كان موردهما غير المسكن بل دابة و نحوها ، كذا في المسالك حاكياً له عن الأكثر ، بل ستمتع فيما يأتي التصريح منه بأن

العمرى والرقبى المتعلقة بالمسكن هما كالسلم و الصرف بالنسبة الى البيع ، أى قسم خاص من السكنى .

لكن لا يخفى عليك أولاً : أن مقتضاه اطلاق السكنى عليهما وان كانت الصيغة بلفظهما ، كاطلاق البيع على السلم والصرف .

وثانياً : أن المعلوم من النص والفتوى تباين العقود ، وأنه لا يجتمع عقدان فى عقد واحد ، ضرورة كون كل منهما سبباً مستقلاً فى نفسه ، كما أن المعلوم منهما هنا أن هذه العقود الثلاثة كغيرها من العقود ، بدليل - اختلاف مواردها فى كثير من المقامات وغيره ، ومع فرض اتحاد مواردها واتحاد الصيغة القابلة لكل منها يجب التمييز بالنية والقصد ، كاصلاح والبيع والهبة المعوضة انتهى .

وعن المبسوط والخلاف والمهذب وفقه القرآن للمراوندى والغنية والسرائر أن صورة الرقبى صورة العمرى ، الا أن اللفظ يختلف ، فانه يقول : أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو حياتى والرقبى ، يحتاج أن يقول أرقبتك هذه الدار مدة حياتك أو حياتى ، بل عن المبسوط لافرق بينهما عندنا و عن المهذب وما يفرق به بعض الناس ليس مذهباً لنا اقول وعلى ذلك لا يخفى ما فى لفظه ايضا .

وفى محكى التذكرة عن على عليه السلام الرقبى والعمرى ، سواء ، وفى محكى الخلاف أن العمرى عندنا سكنى ، وعن الجامع أن العمرى والرقبى بحكم السكنى وعن صبيح العقود أن العبارات شتى والمقصود واحد ، وعن المختلف بعد أن ذكر كلام المبسوط والمهذب والوسيلة والكافى والسرائر قال : وهذه اختلافات لفظية وفى الجواهر قلت : لاشكال فى أن المقاد واحد مع فرض كون المورد المسكن .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿العبارة عن العقد أن يقول : اسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك ، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمرى أو مدة معينة﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف ولاشكال فى أصل جواز العقد بذلك الى ان قال

ثم انه غير خفى عليك وجه المناسبة فى العمرى أما الرقبى ﴿ اما من الارتقاب او من رقبة الملك ﴾ فالظاهر أنها من الارتقاب الذى هو الانتظار ، لانتظار كل منهما المدة المضروبة ، أو من رقبة الملك باعتبار دفع الرقبة اليه لاستيفاء المنفعة ، وعن بعض أصحابنا أن الرقبى يقول : جعلت خدمة هذا العبد لك مدة حياتك أو مدة حياتى ، وكأنه أخذها من رقبة العبد الا أنا لم نعرفه ، كما اعترف به غيرنا . بل فى الحدائق انكار أصل عقد الرقبى ، لعدم وجود لفظها فى شىء من نصوصنا ، وان كان فيه عدم اعتبار ذلك فى ثبوت العقد ، خصوصاً بعد المرسل عن على عليه السلام المتقدم ، بل عن الخلاف نسبتته الى أخبارنا ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تلزم ﴾ السكنى وأختها ﴿ بالقبض وقيل : ﴾ والقائل
الشيخ على ما فى التنقيح ﴿ لا تلزم ﴾ مطلقاً ﴿ وقيل : ﴾ والقائل أبو الصلاح ﴿ تلزم
ان قصد به القربة والأول أشهر ﴾ .

وفى الجواهر بل المشهور بل فى المسالك هو المعروف من مذهب الاصحاب بل فيها ايضاً لم نقف على قائل بالقولين الآخرين ، بل فى محكى الخلاف اذا أتى بواحدة منها أى العقود الثلاثة وأقبضه فقد لزمت العمرى ، ثم ادعى عليه اجماع الفرقة واخبارهم ، ولعله الحجة مضافاً الى قاعدة اللزوم واستصحابه انتهى .

والقول الاخير كما ترى لان القربة لامدخلية لها فى اللزوم والجواز وكفى فى اللزوم بالقبض قوله تعالى اوفوا بالعقود .

ويدل على اللزوم بنحو ما شرط روايات مثل خبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان قد جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط ، وان كان جعلها له ولعقبه بعده حتى يفنى عقبه ، فليس لهم ان يبيعوا ولا يرثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول ، وهو معنى اللزوم مادام الحياة مع هذا الشرط وبعده لعقبه مع هذا الشرط ومضمر حمران سألت عن السكنى والعمرى ؟ فقال : ان الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حياته سكن

حياته ، وان كان لعقبه فهي لعقبه كما شرط حتى يقنوا ، ثم ترد الى صاحب الدار .
وفى الحدائق قال لاخلاف في انه لايلزم شيء منها قبل القبض ، واختلفوا
في انه هل تلزم بالقبض المشهور ذلك ، وقيل: بالعدم ، لاصالة بقاء الملك لملكه
فهي كالعارية ، وحينئذ تلزم ، ان قرنت بالقربية ، و الا فلا ، لانه في معنى
الهبة المعوضة ، وهذان القولان الاخيران نقلهما الاصحاب في كتب الاستدلال
بلفظ قيل : ولم يصرحوا بالقائل ، ولاريب في ضعفهما لدلالة الاخبار المذكورة
على اللزوم بعد حصول القبض انتهى .

اذا عرفت هذه الاخبار الصريحة في اللزوم حسب الشرط المعولة عند
الاصحاب فلا يعارضها خبر أبي البختری المروي عن قرب الاسناد عن جعفر عن
علي عليه السلام أن السكنى بمنزلة العارية ان أحب صاحبها أن يأخذها أخذها ، وان
أحب أن يدعها فعل أي ذلك شاء ، القاصر عن ذلك من وجوه .

وفى الجواهر حملة على السكنى المطلقة ، بل لعلها هي السكنى ، وأما
المحدود بالعمر والمدة المعينة فهي العمري ، والرقي ، كما سمعت الكلام فيه
سابقاً انتهى .

وسياتى ما فيه ﴿ولو قال : لك سكنى هذه الدار﴾ مثلاً ﴿ما بقيت﴾ أنت
﴿أو﴾ ما ﴿حييت﴾ أنت ﴿جاز﴾ . بلاخلاف ولااشكال ، لعموم الادلة ، وخصوصها
التي تقدمت الاشارة اليها ﴿و﴾ مقتضاها أن السكنى ﴿ترجع الى المسكن بعد
موت الساكن﴾ لان ذلك هو مقتضى شرطه الذي شرطه كما عرفت حيث قال
لك سكنى هذه ولم يقل ملكتك الدار فجعل له مجرد السكونة في داره احسانا
ولازمه عودها الى مالكها بعده بل تعبير المصنف بقوله ﴿على الاشبه﴾ لعله
عجيب ان ظاهره كونه محل خلاف بيننا .

ولذا في الجواهر بعده قال مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا ، ولم نجده كما
اعترف به غيرنا أيضاً بل في محكي المبسوط أنه الصحيح على مذهبنا ، بعد أن حكى
في المسألة قولين الصحة والبطالان ، وأن القائلين بالصحة منهم من قال : انها تكون

للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده ، ومنهم من قال : انه اذا مات رجعت الى المعمر أو ورثته ان كان هو مات ، وظاهره ان هذه الاقوال للامة خصوصاً بعد أن كان المحكى عن أكثر اصحاب الشافعى انتهى .

وما افاد فى محله بل كونها للساكن على خلاف القواعد بل المعلوم بعدم كونها للساكن فلا يناسبه التعبير بالاشبه الظاهر فى امكان صحة خلافه بل لامورد لكونها لعقبه بعد موت الساكن مالم يقيد بها بعقبه .

بل حكى عن (نكت النهاية) ان الذى يرجح فى ذهنى انه لا تكون لعقبه السكنى الا اذا جعلها له ولعقبه بعده ولو جعل السكنى له مدة حيوة المالك ولم يتلفظ بجعلها لعقبه بعده ومات المجمعول له بطلت السكنى لانه ليس بتملك بل هو اشبه بالاباحة وان كان لازماً فلا يتعدى المجمعول له وما ذكره فى النهاية يطالب بدليله انتهى (قلت الدليل عليه اجماع الخلاف) .

فهو قد طالب بدليل من قال بعدم العود الى المالك والعجب انه فى مفتاح الكرامة قد اتى بدليله وهو بدعوى اجماع الخلاف مع انه لم يقل بذلك حتى نفسه فى الخلاف كما سيأتى بل ذلك لا يعود الى وارثه فيما قيد بقوله ولعقبك وانما يعود اليهم حينئذ من حيث الانتفاع فقط كما دل عليه خبر حمران المتقدمة وفى الحدائق بعد نقل قول المصنف قال ونسبة القول المذكور الى الاشبه مؤذن بالخلاف فى ذلك ، والظاهر أن منشأ ذلك ما ذكره الشيخ فى المبسوط حيث نقل فى أصل المسئلة قولين بالصحة والبطالان ، ثم نقل عن القائلين بالصحة أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم الى أنها للمعمر مدة بقائه ، ولورثته من بعده ، وقال آخرون منهم : أنه اذا مات رجعت الى المعمر أو الى ورثته ان كان مات قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا .

وأنت خير بأن الظاهر أن الخلاف الاول والثانى انما هو للامة لما علم من عادة الشيخ فى الكتاب المذكور ويشير الى ذلك قوله اخيراً وهذا هو الصحيح

على مذهبننا ، فانه ينقل اقوال العامة ويختار منها ما يوافق مذهبه . و اخبارنا المتقدمة ظاهرة بل صريحة فى بطلان هذه الأقوال المذكورة عداما ذكرنا من الأنتقال الى المالك بعدانقضاء مدة الأسكان ان قرن بمدة ، أو موت الساكن ان قرن بحياته الى ان قال :

قال فى الدروس : ولو قال : هى لك عمرى ولعقبك لم يملكها المعمر ، بل ترجع بعد موت العقب الى المالك ، وظاهر الشيخ عدم رجوعها لخبر جابر عن النبى ﷺ ، انتهى .

أقول والخبر المذكور هو ما رواه جابر أن النبى ﷺ قال أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فانما هى الذى يعطاها ، لا ترجع الى الذى أعطها ، فانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث وأنت خبير بأن هذا الخبر غير موجود فى كتب اخبارنا والظاهر أنه عامى انتهى

وحاصل الاشكال على المصنف كما فى الجواهر هو التعبير بلفظ على الاشبه فانه ظاهر فى كون الخلاف عندنا مع انه ليس كذلك بل عليه اخبار كثيرة بل العقل ضرورة انه مجرد احسان المالك لا التمليك عليه ولو ارثه فهو عجيب عن الشيخ لو كان نظره الى ظاهره ﴿أما لو قال فاذا مات رجعت الى فانها ترجع قطعاً﴾ وفى الجواهر بلاخلاف ولاشكال بل عن المبسوط والخلاف اجماع الفرقة عليه ، مع زيادة وأخبارهم فى الثانى ، وان كان لافرق بين ذلك والاول سوى التصريح وعدمه ، وهو ليس فارقاً كما هو واضح انتهى

ولا يخفى عليك عدم الفرق بين الاول والثانى كما ذكره الشارح بل كانه عجيب فانه قد يعبر عن المطلب الواحد بعبارات مختلفة ﴿ولو قال : أعمارك هذه الدارك ولعقبك ، كان عمرى﴾ فيجرى عليها حكمها من لزومها مادام العقب فاذا انقرضوا رجعت المنفعة الى المالك

وأما العين فهى على ملك المالك ﴿ولم تنقل منه الى المعمر﴾ بالفتح وكان

كما لو لم يذكر العقب ، على الأشبه ❀

قال فى الخلاف اذا قال امرتك ولعقبك فان هذه عمرى صحيحة ويملك المعمر له المنفعة دون الرقبة فان قال امرتك فاذا مات هو يعود اليه وان قال ولعقبك فاذا مات عقبه عاد اليه وبه قال مالك والشافى فى القديم على قول ابى اسحق وعندنا ان قال امرتك مدة حياتى فانها له مدة حيوته فان مات المعمر او لا كان لورثته الى ان يموت المعمر فاذا مات عاد الى ورثته وان مات المعمر او لا بطل العمرى وقال الشافى فى الجديد اذا جعلها عمرى لانعود اليه ولا الى ورثته بحال وبه قال ابو حنيفة

[دلينا] اجماع الفرقة واخبارهم وقال ابو الطيب الطبرى قوله القديم اشبه بالشبهة (بالسنة) وقوله الجديد اقيس انتهى

❀ واذا عين للسكنى مدة ، لزم بالقبض ❀ لما عرفته سابقاً ❀ ولا يجوز الرجوع فيها الا بعد انقضاءها ، وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع ❀ السكنى ❀ وان مات المعمر ❀ بالفتح اى الساكن وبالجملة جعل المالك داره مثلاً للمغير بمدة عمر نفسه بان تكون سكنى داره للمغير مادام حياته وح كان منفعة السكنى للمغير وبعده لوارثه ولولا الاتفاق عليه اصح ان يقال ان مقصود المالك بمدة عمره على فرض بقاء المعمر بالفتح حيث ان المالك امره لا المغير ولو بعد وبالجملة نظره الى سكونه نفسه لا وارثه فان كاف الخطاب اشارة اليه لا المغير نعم صح ما قالوا لو قال ولعقبك .

ولذا قال ❀ وينتقل ما كان له ❀ اى للساكن ❀ الى وارثه حتى يموت المالك ❀ وفى الجواهر قال بل عن الشيخ فى الخلاف أن عليه اجماع الفرقة و أخبارهم ، معتزداً بما فى المسالك وعن غيرها من نفي الخلاف فيه انتهى .

والحاصل ان السكنى والعزى عكس الوقف فانه فى المقام لا ينتقل الملك اصلاً بل باق على ملك مالكة بخلاف باب الوقوف فانه بمجرد الوقف قد خرج

عن ملك المالك ودخل في ملك الله وذلك للاخبار الكثيرة التى قد عرفت بعضها هذا بالنسبة الى الوقف واما بالنسبة الى بعض هذه الثلاثة الى الاخر فقد عرفت عدم الفرق من حيث الحكم بل يفرق بينها من حيث الاسم فقط فانه ان سميت السكونة بالاسكان كانت سكنى و ان سميت بالعمرى كانت عمرى او بالرقيبى كانت رقبى فاذا قال أسكنتك دارى مدة عشرين سنة او مدة عمرك كانت سكنى واذا قال اعمرتك دارى مدة حياتك او حياتى كانت عمرى .

وكيف كان فلا فرق بينها من حيث الحكم فسواء قال اسكنت دارى مدة حياتك او اعمرتك دارى كذا كانت منفعة السكنى للمساكن ولو بعد موت المالك ولو قال مدة حياتى كانت المنفعة للمساكن ولو بعد موت الساكن فانه حينئذ لورثة الساكن فالحكم واحد ﴿ولو قرنها بموت المعمر﴾ بالفتح ﴿ثم مات﴾ المالك قبله ، لم يكن لورثة المالك ازعاجه ، لقاعدة اللزوم وغيرها مما عرفته سابقاً ، بالاخلاف معتدبه أجده فيه ، كما فى الجواهر .

هذا كله اذا مات المالك والمعمر حتى أما اذا مات هو والفرض أن الغاية عمره ﴿لم يكن لوارثه﴾ شىء ﴿ورجعت الى المالك﴾ بالاخلاف ولا اشكال .
وفى الجواهر قال ثم لا يخفى عليك أن مورد النصوص فى العمرى عمر أحدهما وعمر عقب المعمر بالفتح لكن يقوى فى النظر التعدى الى غير ذلك من عمر الاجنبى كما عن الشهيد الفتوى به فى بعض فوائده ، ونفى عنه البأس فى المسالك وبعض من تأخر عنها ، لعموم الامر بالوفاء ، بالعقود ، «والمؤمنون» وخصوص مضمحل حمران وغيره مما تقدم سابقاً ، ولصدق اسم العمرى فى الجملة ، المدلول على شرعيتها فى بعض الاخبار من غير تقييد بعمر أحدهما ، كما فى المسالك ، بل مقتضى ذلك التعدى الى غير ذلك من عمر حيوان بل جماد ، ولو نفس العين التى هى مورد العمرى ، وان كان الاحوط عدمه ، وأحوط منه الاقتصار على ما فى خصوص النصوص انتهى .

ولا يخفى ما فى التعدى بل الظاهر من قول المالك ولعقبك هو اولاده الذين بعده ولو طال المدة فلا يشمل الاجنبى والامر بالوفاء هو مقدار استفادة من ظهور اللفظ فان العقد قد وقع على الوفاء بعقب الشخص الظاهر فى ولده لا غير فضلا عن التعدى الى عمر حيوان ونحوه نعم ان صرح المالك بذلك كما قال ايام حياتك وعقبك بل الاجنبى فلا بأس بذلك .

﴿ولو أطلق المدة ولم يعينها﴾ بمثل خمس سنين او عمر المالك او الساكن ﴿كان صحيحاً﴾ عند القوم لكنه مشكل عندى الامع التعيين ولكن فى الجواهر قال بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الادلة و عمومها ، ﴿و﴾ لكن ﴿له الرجوع متى شاء﴾ لحسن الحلبي أو صحيحته عن أبي عبدالله عليه السلام ، وخبر أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه عنه أيضاً المتقدمين سابقاً ، لكن ظاهر الاخراج فيهما كما هو المحكى من تعبير الاكثر لا ينافى لزوم العقد الذى هو مقتضى ما عرفته سابقاً من أدلته الشاملة لاجميع الافراد فيما يتحقق به مسمى السكنى ، كما عن العلامة فى التذكرة التصريح به ، ووافق عليه أول الشهيدين وثانى المحققين فيما حكى عنهما انتهى .

ظاهره ان مسمى السكنى كاف فى ارادة اللزوم يعنى بمجرد جعل السكنى ولو بدون قيد المدة كاف فى اللزوم ومع ذلك ان الاخراج لا ينافيه فكون مسمى السكونة كافية فى اللزوم فاذا لم يقيد بزمان فيشمل الاقل كيوم او يومين فيصدق فيه اللزوم وبعده صار جائزاً صح للمالك اخراجه ومنعه عن التوقف .

ولا يخفى ما فيه ومحصله ان السكنى عقد لازم مع القيد اما بتعيين المدة كما يقول اسكنتك دارى مدة عشرين سنة مثلاً او كان القيد مدة عمر المالك كاسكنتك دارى مدة عمرى او عمر الساكن كما يقول اسكنتك دارى مدة عمرك فالعقد حينئذ لازم ولا يصح منعه واخراجه بعد العقد والقبض والسكونة .

واما لو لم يقيدلا بالزمان ولا بجهة احدهما فيدعى عدم الخلاف فى الصحة

واللزوم في الجملة ولكن مع جواز رجوع المالك وهو مشكل في الغاية وحينئذ
اما ان يقال بالبطلان او الصحة بدون اللزوم او اللزوم في الجملة ولو يوماً بحيث
صح الرجوع عنه بعده والكل خلاف أما البطلان فهو على خلاف النص دل على
الصحة وأما الصحة بدون اللزوم فهو على خلاف كون عقد السكنى لازماً او اللزوم
مع جواز رجوع المالك وهو جمع بين النقيضين .

ولا بد اما من القول باللزوم و عدم جواز الاخراج و اما القول بالبطلان
ولعله هو الحق كما يبطل العمري بالاطلاق .

وفي المسالك ما هذا لفظه هذا تنمة حكم السكنى من حيث اللزوم وعدمه
والحاصل انها من العقود اللازمة مطلقاً الا في صورة واحدة و هي ما لو اطلق
السكنى ولم يعين لها وقتاً فانها حينئذ من العقود الجائزة مطلقاً كما يظهر من
العبارة كعبارة الاكثر الى ان قال بعد التمسك بالخبر و قال في كرة انه مع
الاطلاق يلزم به الاسكان في مسمى العقد و لو يوماً والضابط ما يسمى اسكاناً
وبعد للمالك الرجوع متى شاء وتبعه على ذلك المحقق الشيخ على ره واحتج
له برواية الحلبي وقد عرفت انها دالة على ضده بل يمكن الاحتجاج له بمادل
على لزوم غيره من العقود كعموم ادقوا بالعقود فلا بد من الحكم هنا بلزومه وقتاً
معاملاً بالدليل ثم يرجع الى الجواز جمعاً بين الآية ورواية الحلبي وغيرها وفيه
نظر لان الرواية مخصصة الآية لدالاتها على جوازه مطلقاً كما خصت الآية بسائر
العقود الجائزة بدليل من خارج انتهى.

ولا يخفى ما فيه اذ التخصيص لا يكون جزافاً وبلاجهة بل كل مورد خص
العموم لجهة من الجهات فالآية لودلت على الوفاء بالعقود و قلنا بلزوم السكنى
يجب الوفاء به اذ تعين الوقت و عدمه لا يكون مما يوجب الجواز والفرس ان
السكنى ليس من العقود الجائزة لامع القيد ولا بدونه فكيف يمكن تخصيص الآية
بالعقد اللازم الا ترى في قوله انها من العقود اللازمة الا في صورة واحدة مع

عدم دليل عليه .

والمسألة على ما عليه القوم من المعجائب فإنه من قبيل الجمع بين الضدين لزوم العقد وجوازه ولازم اللزوم عدم الاخراج من محل السكونة ولازم الجواز جواز اخراجه وجوابه اعجب حيث اكتفى في اللزوم بمسمى الاسكان ولو يوما فصار جائزا بلا جهة توجيه .

واما قول العلامة وهو لزوم الاسكان ولو يوما و بعد اللزوم صار جائزا بلا جهة وسبب فيكون للمالك الاخراج فكما ترى فما اعجب هذا الامر اذا لازم اللازم معناه استعداده للبقاء والدوام حتى يرفعه رافع ومانع كالفسخ بل اذا اعترف بتحقق اللزوم بمسمى الاسكان .

فلوشك فيه من حيث نأثير التقييد وعدمه كان محكوما بالبقاء على اللزوم بحكم الاستصحاب اذ ليس الشك حينئذ في المقتضى بل في الرفع بعد الاقرار بتحقق اللزوم بمسمى الاسكان ولعل الحق هو البطلان اذا لم يقيد بالوقت فجواز الاخراج ان شاء لذلك فان العقد يقع باطلا ولا الزام على عدم نقص العقد لعدم عقد حينئذ ولا يصححه ما اتعب في الجواهر نفسه الشريف ولا صاحب المسالك ولا حقائق ولا غيرهم فان قلت لا يظهر من الخبر بطلانه وهو ما رواه المشايخ الثلاثة (عطر الله مرقدهم) عن أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل أسكن رجلا داره حياته قال: يجوز له وليس له أن يخرج.

قلت : فله ولعقبه ؟ قال : يجوز، وسألته عن رجل أسكن رجلا ولم يوقت له شيئا قال يخرج صاحب الدار اذا شاء»

وكذا ما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده قال: يجوز لهم وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره حياته ؟ قال يجوز ذلك ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره ولم يوقت ؟ قال : جائز ويخرج

اذا شاء فان قوله جائز على خلاف البطلان .

وفيه ان اطلاق الجواز واخراج له لاجل البطلان اى خر وجه جائز لا كون العقد جائزاً فالمعنى انه حيث لم يوقت بوقت كان العقد باطلا فان صحته وازومه بتعيين الوقت كما ان صحة الوقف بتعيين التأييد فلزوم هذا العقد ولو بلحاظ جميع اخبار المقام وصحته بتعيين الوقت حيث كان بدون التعيين غير على المالك والسالكين لانه لم يعلم المالك حتى خلس منه ولم يعلم السالك متى اخرجه فهذا دليل على بطلان العقد فالجواز والاخراج متفرعان على البطلان لا الصحة .

فيرفع الاشكال حينئذ والابقي سؤوال ان العقد اللازم كيف يجوز الاخراج منه ولا يكون الجواب الا بالاستثناء من غير دليل والحاصل ان قوله الطلاق جائز ويخرجه اذا شاء ان الجواز راجع الى الاخراج منه لا الى اصل العقد ولذا يبينه بقوله ويخرجه وعدم التصريح ببطلان العقد لوضوح بطلانه لانه غير يرى ان جعل الاسكان للسالكين بنحو الاطلاق يشمل يوماً ومائة سنة حيث ان كليهما من افراد الاطلاق ولذا قال في جواب ولم يوقت جائز واخرجه ان شاء .

ومحصل الجواب ان العقد باطل من حيث عدم التعيين ولكنه ليس حراماً وانما يكون بلائز من حيث الحكم باللزوم بل يجوز له الاخراج ان شاء وعدمه احساناً وتفضلاً .

ومن العجيب جعل الاطلاق فى السكنى صحيحاً جائزاً وجعل العمرى بالاطلاق باطلا مع ان العمرى لا يحتاج الى التوقيت بل لفظه مشتمل على التوقيت فان معناه الى آخر العمر فهو موقت بمجيئى الاجل ومعين بمقدار بقاءه والاجمال من حيث عمر احدهما لامن حيث اشتقاق اللفظ ولو قال اسكنتك الدار عمرى ادعرك ارتفع الاشكال رأساً واما الاشكال بمجهولية اصل مقدار العمر فهو معفو لان تشريع السكنى والعمرى على هذه المجهولية .

قال فى التنقيح ما هذا لفظه : (الاولى) لابدمن تعيين المدة فى غير العمرى

ومطلق السكنى ، لما علم من قاعدة الشرع أن كل ما يكون الى أجل لابد أن يكون معيناً مضبوطاً .

خالفنا ذلك فى العمرى بحكم الاشتقاق . نعم لوقال «أعمرتك» وأطلق بطل لجهالة صرفه الى عمر أحدهما . ويحتمل كونه كالاسكان المطلق . والاول أقوى للفرق انتهى .

والعبارة صريحة فى ان لفظ عمرى من حيث الاشتقاق معلوم معناه والاجمال من ناحية عمر المالك او الساكن .

وكيف كان فجعل الاطلاق فى السكنى صحيحا جائزا وفى العمرى باطلا لعله عجيب لكون الامر بالعكس وان اللازم جعل العمرى صحيحا لتميئها . قال فى الجواهر ما هذا لفظه هذا كله فى السكنى المطلقة أما العمرى والرقبى فالظاهر بطلانها مع الاطلاق ، كما قطع به فى الدروس فى الاول ، ولم يتعرض للرقبى ، ولعله لانحادها معها فى الحكم انتهى .

وفى المسالك بعد قول المصنف ما هذا لفظه هذا حكم اطلاق السكنى ولم يتعرض لحكم الرقبى والعمرى لواطئهما ويمكن القول بفساد العمرى حينئذ مع الاطلاق لاقتضاءها الاقتران بعمر اما لاحدهما كما هو المشهور او مطلقا كما قرناه فاذا لم يعينه بطلت للجهالة كما لو عين مدة غير مضبوطة حيث يعتبر تعيينها والصحة اقامة لها مقام السكنى لاشتراكهما فى كثير من المعانى والاحكام ومناسبتهما على الوجه الذى قرناه سابقا فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع وكذا القول فى الرقبى وادلى بالصحة هنا لان اطلاقها باعتبار رقبة الملك او ارتقاب المدة التى يرضيها الملك ممكنة هنا بطريق الحقيقة و استعمالها فى السكنى كاستعمال احد المترادفين مكان الاخر وان اختلفا من جهة اخرى وهذا قوى وفى الدروس قطع ببطلان العمرى مع الاطلاق ولم يتعرض للرقبى وفى السرير قطع بانه مع اطلاق العمرى والرقبى يصح ويكون للمالك اخراجه متى شاء كالسكنى انتهى

والمراد باطلاق العمرى عدم تعيين عمر المالك او الساكن لما عرفت من ان اصل اشتقاق العمرى من العمر وقد عرفت ايضا ان مجهولية مقدار العمر ليس مضرا لانه فى هذا المورد قد جعل فاصله معلوم والجهل من حيث احدهما وبالتعيين صح فاطلاقه وعدم التعيين باحدهما مبطل .

قال فى الخلاف اذا قال امرتك واطلق لم تصح العمرى وكان باطلا وقال الشافعى فى الجديد يكون عمرى صحيحة و يكون له فاذا مات يكون لورثته وقال فى القديم ان العمرى تبطل كما قلناه وبه قال ابو حنيفة وقال مالك العمرى صحيحة ويكون المنفعة له فاذا مات رجع و قال ابواسحق فى الشرح مثل قول مالك فصارت المسئلة على قولين احدهما تبطل كما قلناه و لآخر تصح .

[دليلنا] ان هذه اللفظة مجملة لانه يجوز ان يراد بها تملك الرقبة ويجوز ان يراد بها مدة حيوته واذا احتملت ولم يعلم المراد وجب بطلانها لان الاصل بقاء الملك انتهى .

ولا يخفى ما فى اطلاق الاجمال عليه فان احتمال الملكية من هذه العبارة فى غاية الاشكال بل ممنوع جدا بل ظاهر فى السكونة مدة عمره ولا اجمال فيه ابداً فانه من حيث الاشتقاق معناه واضح و من حيث احدهما ان كان الخطاب يعين الساكن فلا يشمل المالك فلا اجمال فيه بوجه لان معناه اللغوى معلوم والاجمال من حيث مقدار حياة المعمر اى الى آخر عمره او الى مقدار منه فيكون مطلقا من هذه الجهة فيبطل ولو قال امرتك الى آخر عمرك فلا اجمال فيه فانه لا يعلم منه مقدار السكونة .

قال فى الجواهر ما هذا لفظه : و التحقيق عدم مشروعية الجميع ، للاصل السالم عن معارضة الأدلة الظاهرة فى غير الفرض : فلا يصحان مع الاطلاق ، ولا استعمال العمرى فى الرقبى ولا العكس لما عرفت من أنها عقود متمايزة ، و أما استعمال لفظ كل منهما فى عقد الآخر فهو مبني على ما حررنا فى محله من جواز

العقد اللازم بكل لفظ صالح للدلالة ، ولو على جهة المجازية كما هو الأقوى ،
أو يعتبر لفظ مخصوص ، وهذا غير ما نحن فيه كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا يتوهم اختصاص مورد العمري والرقيبي بمورد السكنى
بل هو أعم ان ﴿كل ماصح وقفه ، صح اعمارها من دارو مملوك واثث﴾ .
وفى الجواهر وغير ذلك كما صرح به كثير من الأصحاب ، بل لا جد فيه
خلافاً بل عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه ، للعمومات انتهى و هو خبر محمد
بن قيس المتقدم سابقاً صحيح محمد بن مسلم .

فمورد العمري و الرقيبي اعم من السكنى لامكان كونهما غير السكونة
بخلاف السكونة فانها تختص بما هو قابل لها وهو خبر يعقوب بن شعيب عن أبي
عبدالله عليه السلام سألته عن الرجل يكون له الخادمة تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه
ماعاش ، فاذا مات فهي حرة فتأبى الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو
سنة ثم يجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت؟ قال : اذا مات الرجل
فقد أعتقت ، وهما فى الرقيبي ، فكان على المصنف أن يذكرها مع العمري ، الا
أنك قد عرفت أن ذلك ونحوه لعمومية تساويهما فى الحكم .

﴿د﴾ على كل حال فـ ﴿لا يبطل﴾ عقد العمري ﴿بالببيع بل يجب أن يوفى
المعمر﴾ مثلاً ﴿ما شرط له﴾ بل العمري او السكنى بهما .
وفى الجواهر كما لا تبطل بالاجارة بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن دعوى
تحصيل الاجماع عليه ، كما عن ظاهر التنقيح أو صريحه ، مضافاً الى الأصل .

وقال ايضا استتقرب الفاضل فى محكى التحرير البطلان ، بل عن ايضاح
النافع القطع به واستشكل فيه فى القواعد ومحكى المختلف وموضع من التذكرة
والايضاح والتنقيح ، وجزم بالصحة فى محكى الارشاد ، فاختلف كلامه فى كتبه
ولعل ذلك مما عرفت ، ومن أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ، ولهذا
لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه ، والغرض أن زمان استحقاق المنفعة مجهول ، فيتجهل

المبيع ، ولذا منع الاصحاب من بيع المسكن الذى تعتد فيه المطلقة بالاقرار
اجهالذوقت الانتفاع به ، ومن المعلوم ان المقام اولى منه ، لامكان استثناء الزوج
مدة يقطع بعدم زيادة العدة عليها ، بخلاف المتنازع انتهى .

وفى هذه العبارات وفى قوله بعد عبارة المصنف بلا خلاف كما ترى والعبارة
صريحة فى عدم بطلان العمرى بالبيع وهو حق والكلام فى بطلان البيع بالعمرى
اذا فرض ان العمرى عقد لازم ولا يفسخ الا بفوت الساكن فلا يصح بيعها ولا
اجارتها والكلام فى بطلان البيع لوقوعها مسلوبة المنفعة الى ما شاء الله فربما
يطول عمر الساكن الى المائة فمثل هذا البيع للدار مثلا كيف يصح .

ومن العجيب قياس البيع بالاجارة وانه كما لا ينقض الاجارة البيع فكذلك
لا ينقض البيع السكنى مع ان مدة الاجارة قليلة يمضى فى مدة قليلة وكيف
بالسكنى التى مادامت العمر فائده لهذا البيع مع عدم قدرة له على اخراج
الساكن حتى بعد موت الساكن اذا شرط بقائها لعقبه ايضا فان السكونة حينئذ
لوارث الساكن .

فالمسألة مشكلة لذلك ولوجود النص على الصحة وعدم نقض البيع والقول
بطلان البيع ليس اجتهادا فى مقابل النص فان النص هو النص الثابت الذى ليس مخالفا
لنصوص آخر وكيف كان فهو مارواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أ: الحسن عن الحسين
بن نعيم عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال : سألته عن رجل جعل داره سكنى ارجل
«ابان» حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده قال : هى له ولعقبه من بعده كما شرط ،
قلت: فان احتاج الى بيعها يبيعها قال : نعم ، قلت : فينقض بيعه الدار السكنى ؟
قال : لا ينقض البيع السكنى ، كذلك سمعت أبى عليه السلام يقول : قال أبو جعفر عليه السلام
لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ، ولكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك
ما اشترى حتى ينقض السكنى على ما شرط والاجارة ، قلت : فان رد على المستأجر
ماله وجميع مالزمه من النفقة والعمارة فيما استأجره ؟ قال : على طيبة النفس

ويرضى المستأجر بذلك لأبأس،

والرواية صريحة في عدم بطلان البيع مع ان اشكالها ترتفع بذيلها حيث صرحت الرواية بالبيع على من كان المشتري نفس المعمر اى الساكن او فيما اذا كان مدة السكنى قليلة بحيث يمضى قليلا وفي مثلها لا اشكال .

و الظاهر لا مناص من ذلك اصلا وهذا كله مع علم المشتري بالحال فيبطل البيع واما مع جهله بالسكنى صح ولكن معه الخيار فى الفسخ او الصبر على تمام مدة مسلوبة المنفعة و يمكن بذلك دفع الاشكال عن النص لان جواز البيع فى مثل ذلك اى علم المشتري بان الدار وقعت سكنى و حان قبل مسلوبة المنفعة الى انقراض اولاد الساكن

وفى جامع المقاصد بعد نقل الرواية قال ما هذا لفظه اذا تقرر هذا ، فالمشتري ان كان عالماً بالحال فلا خيار له بل يصبر حتى تنقضى المدة ، وان كان جاهلا تخير بين الصبر مجاناً الى انقضاء المدة و بين الفسخ ، لأن فوات المنفعة عيب ، (لكن ان كان البيع للساكن امكن الصحة)

ثم قال بعد قول العلامة (ره) : (ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال) ما هذا لفظه ايضا هذا جار مجرى التقييد لما اقتضاه الكلام السابق من صحة البيع مع الاسكان ، و تحقيقه : ان السكنى ان كانت مطلقة أو مقيدة بمدة معلومة صح بيع المسكن معها قطعاً ، وان قرنت بالعمر ففي صحة البيع اشكال ينشأ من عموم «أزفوا بالعقود» وانه لا منافاة بين البيع والسكنى ، لأن موردهما مختلف ، و للرواية السالفة عن الكاظم ^{عليه السلام} فانها صريحة فى ذلك ، وهو اختيار ابن الجنيد .

ومن ان المنفعة هى الغرض المقصود فى البيع ، واهذا لا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، و زمان استحقاق المنفعة فى محل النزاع مجهول . و قد منع الأصحاب من بيع المسكن الذى تعتد فيه المطلقة بالاقراء ، لجهالة وقت الانتفاع

فهنا أدلى ، لامكان استثناء المطلق اذا باع مدة يقطع بعدم زيادة المدة عليها بخلاف ما نحن فيه ، وللمنظر فى كل من الطرفين مجال . انتهى
والمسألة مشكلة لكن بعد التصريح فى الرواية بما تقدم فلا اشكال والاشكال كل الاشكال لو قرنت السكنى بالعمر حيث انه ح لايصل النوبة الى زمان يمكن الاستيفاء من المبيع فيبطل لامحالة بخلاف صورة علم المشتري لاقدامه على ضرره او كونه ممن جعلت السكنى له او كانت مدة السكنى قليلة فتدبر والله العالم فلا بأس به

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه ﴾ هو ﴿ وأهله وأولاده ، ولا يجوز أن يسكن غيرهم الا ان يشترط ذلك ﴾ .

وفى الجواهر كما صرح به جماعة ، بل فى جامع المقاصد نسبتته الى الاكثر بل فى المسالك وغيرها نسبتته الى المشهور والظاهر ارادة ما فى النافع وغيره من أن اطلاقها يقتضى أن يسكن بنفسه ، ومن جرت عادته باسكانه معه ، ولذا نسبه فى التنقيح ، الى الشيخ ، والقاضى والمشهور ، قال : وعليه الفتوى .

لكن قد يظهر من بعض المتأخرين الخلاف بينهم ، فى ذلك ، حتى أنه فى الكفاية قال : يلحق بأهله و ولده من جرت العادة باسكانهم كالعبيد ، و الاماء والخدام والمرضة والضيف وغيرهم ، وفى غيرها عن جماعة أيضاً الحاق الدابة اذا كان الموضع معداً لمثلها ، وجواز وضع ما جرت العادة بوضعه من الامتعة والغلة وفى التنقيح يعجز من الغلة قدر الحاجة ، والظاهر عدم الخلاف بينهم فى ذلك ومراد الجميع أن المدارعلى ما يفهم عرفاً من مثل الاطلاق المزبورالذى هو كغيره من الخطابات العرفية ، وليس هو الا سكناه نفسه وتوابعها انتهى ، ولا بأس بما ذكر لولم يصف على ما كان قبلا .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لا يجوز له أن يؤجر السكنى كما لا يجوز أن يسكن غيره ﴾ .

وفى الجواهر بعارية ونحوها ، ضرورة اقتضاء الاجارة ثبوت السكنة على موردها ، والفرض أن التملك له قد وقع على وجه خاص .

لكن فى السرائر : والذى يقتضيه اصول المذهب أن له جميع ذلك ، وأن له اجارته وانتقاله واسكان غيره معه ، سوى ولده وامرأته ، سواء اذن له فى ذلك أم لا ، لان منفعة هذه الدار استحقها ، وصارت مالا من أمواله وحقاً من حقوقه فله استيفائها كيف شاء ، بنفسه وغيره ، وما أوردته شيخنا فى نهايته فلا شك أنه خبر واحد قليلا ما يورده أصحابنا فى كتبهم ، فشيخنا المفيد لم يورده فى مقنناته ولا السيد المرتضى ولا المحصلون من أصحابنا انتهى .

وانت اذا تأملت فى كلامه لازمه بطلان كتاب النهاية لانها بتمامها مشتملة على اخبار واحد ليس بحجة اصلا فانه قد مكررا ذكر ان ما اوردته شيخنا فى النهاية اوردته ايراداً لا اعتقاداً و اعتماداً مع ان قل ما يوجد فى الاخبار خبر محفوظ بالقرائن القطعية ولازمه ان جميع الاخبار توردت ايراداً .

ونتيجة ذلك طرح كثرة الروايات الواردة والنهية كتاب يجعل فيها مفاد جميع الاخبار المعمولة عند الاصحاب وكانت الصحيحة الواردة فى كتب المودعة لجميع الاخبار التى لولا جمعها لاندرس الدين ويترك الشريعة والعجيب تركها والعمل بخبر لم يوجد فى جميع الاخبار كما ادعاه فى الجواهر والمحدث بقبح كان ظاهراً فى ملكية الساكن فى المقام نفس العين او منافعها بحيث يصح له اجارتها ويكون مالا من أمواله بحيث يكون له استئنائها كيف شاء .

وليت شعري ان المذهب كيف يقتضى ذلك وهل اقتضاؤها من هذه الاخبار المدونة فى الكتب او غيرها وعلى الاول تنفيها حجة وعلى الثانى لم نعثر على واحد منها فضلا عما كان ظاهراً اصول المذهب لان اصول المذهب لا يستفاد الا من الاخبار المنفية حجيتها عنده .

ولعمري انها لعجيب خصوصاً قوله وصارت مالا من أمواله بدهاة انه صارت

مالا بنحو ما ملكه المالك ولا يملكه بنحو اجارة ملكه بمن لا يكون المالك مائلا باجارته بل قد لا يرضى بدخول القدم في داره من بعض الناس مع ان المسلم هو اسكان نفسه ومن لا يمكن مفارقتة كالاولاد والعيال والضيف لا يمثل الاجارة بالغير ايضا بل هو تصرف ينكره العرف .

والانصاف ان ما افاد ابن ادريس عجيب واعجب منه من واقفه على ذلك واعجب المعجائب قوله المحكى سواء اذن له في ذلك ام لا فان الاشكال يرتفع باذن المالك واما صورة عدم الاذن الذى عبارة اخرى عن النهى عن ذلك كيف يصح له المخالفة واعجب من الجميع قوله المحكى لان منفعة هذه الدار استحقها الخ بداهة ان الاستحقاق له ليس بنحو الاطلاق بل استحقه بنحو الرضا للمالك لاعلى خلاف رضاه ومن المعلوم ان المالك احسن اليه بالسكونة في داره لنفسه ولاهل بيته ولا يرضى بذلك وقوع البيت بيد غيره لاجل سكونته لامكان ان يكون ميله للسكونة بلاعوض بحال الشخص المعين بل كان من اسكن فيها غيره قد يكون مورداً اغضبه واشد اشكالا في اجارته للغير لعدم امكان دفعه واخرجه خصوصافى عصرنا الحاضر الذى اذا دخل الغير فى دار المالك لم يمكن اخراجه منها فكيف يصح له ذلك .

وبالجملة ان عقد السكنى والعمر ان لا يقتضى الملكية بوجه اصلا لاصل الملك وهو واضح ولا للمنفعة كما فى الاجارة بداهة ان المالك انما اباح له السكونة فى ملكه لنفسه ولما يتعلق به من اولاده واهل بيته لا يزيد ولا يظهر من الادلة الامجرد الانتفاع فلا يملكون الساكنين شيئا سوى الانتفاع فيكون نظير الاباحة لهم مدة معينة فلو اجاروا كانت فضولية يحتاج الى اجازة المالك وكانت مال الاجارة للمالك لالساكنين فكيف يتمسك به (الناس مسلطون على اموالهم) للساكنين بل هو جار للمالك .

و كيف كان فلا يجوز له ما زاد عن المتعارف عن سكونته ﴿الاباذن المسكن﴾

أى المالك ورضاه به ولم يمنعه عنه .

وكيف كان فلم يكن المسألة بكثير اشكال بالنسبة الى الاخبار و القواعد ولم يكن فى خبر اشارة الى ما ذكره ابن ادریس بل الكل علل خلافه ففى خبر أبى الصباح ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سئل عن السكنى والعمرى ، فقال : ان كان جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط ، وان كان جعلها له ولعقبه بعده حتى يفتى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار الى صاحبها الاول .
وخبر الحلبي ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يسكن الرجل داره ، قال يجوز ، وسألته عن الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : يجوز وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ، قلت : فرجل أسكن داره حياته قال يجوز ذلك الحديث . قوله عليه السلام فيهما وليس لهم النخ صريح فى عدم جواز البيع ومن المعلوم ان نحوه الأجارة و صريح فى لزوم الرجوع الى مالكة وليس فيهما وغيرهما اشارة الى كون الساكنين مالكين للمنافع بحيث لهم الاجارة وادخال من يشاء فى دارهم والعجب مما فى الجواهر فانه بعد التعرض له فى الجملة و الايراد عليه قال مالفته :

ولولا ذلك لاتبه كلام ابن ادریس ، ضرورة اقتضاء عقد السكنى وأختيها ملك المنفعة ، التى هى السكنى ، والناس مسلطون على أموالهم وكون مورد العقد سكناء لا يقتضى اختصاص تملكه بمباشرة ، والا لاقتضى ذلك فى الاجارة للسكنى ، أدلر كواب أدحو ذلك مما كان المستأجر فيه مورداً ، لاشطاً ، و دعوى ظهور عقد السكنى فى ذلك ممنوعة كل المنع ، وأولى بذلك عقد العمرى والرقيبى ، بل قد يقال : ان منافع الاعيان لا تشخص بفعل المستوفى لها ، ضرورة عدم كون فعله حينئذ من منافعها المملوكة له ، وانما الفعل مملوك لفاعله انتهى وهو منه اعجب اذ مبناء حجية الاخبار الاحاد وكيف يؤيده فى مثل ما كان على خلاف الاخبار بل العرف ولعل قوله ولولا ذلك اشارة الى الخبرين أى

لولا دلالتهما على خلافه لانجه كلامه فنقول مع قطع النظر عنهما وغيرهما اى شئ يكون سببالاتجاه كلامه وهل يصح تمسكه بقوله الناس مسلطون على اموالهم وهل يكون للساكن مال حينئذ وهل يملك المالك اليهم مالا فلا ينتقل اليهم الا حق الانتفاع والاستفادة من منافع الملك والدار من غير ان يكون المنافع لهم ولا يكون يملك المالك تملكها اصلا لالاعين ولا المنفعة كى يصح اهم الاجارة فالتمسك بالناس فرع كونهم مالكين لشيء وائى لهم بذلك واما لهم الانتفاع فقف ومورد العقد ايضا ذلك وسكناه .

وظاهره بل صريحه عرفاً بل عقلاً هو مباشرة الساكن فيختص الانتفاع بالمباشر وهو نفس الساكن ومتعلقه عرفاً فلا يصح الاجارة وسكونة الغير وقياس ذلك بالاجارة مع عدم تسليم صحة الا بالشرط قياس مع الفارق اذ فى الاجارة ملك المنافع من المالك فصح له الاجارة بالغير مع الشرط والا فلا يصح فى الاجارة وهذا من صاحب الجواهر لعجيب اذ فساد القياس واضح والفرق البين ولو مع قطع النظر عن اصل البطلان ومن الغريب دعوى الممنوعة عن ظهور عقد السكنى فى المباشرة مع ان الممنوعة اظهر من الشمس الامع الشرط ولا يكون للساكن الا حق الانتفاع دون الملك لالاعين ولا المنافع .

ونظيره فى الفساد ما فى المسالك حيث قال بعد المتن هذا هو المشهور بين الاصحاب محتجين على ذلك بان الاصل عصمة مال الغير من التصرف فيه بغير اذنه خرج من ذلك ما اذن فيه وهو سكناه بنفسه و من فى معناه فيبقى الباقي على اصل المنع وخالف ابن ادريس ره فى ذلك فجوز له اسكان من شاء واجارته ونقل الملك كيف شاء يملكه اياها بالعقد اللازم فساغ له التصرف فيها كيف شاء كماله يملكها بالاجارة وكغيرها من امواله . واجيب بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناول غيره وفيه نظر فكيف كان فالعمل على المشهور وان كان كلام ابن ادريس لا يخلو من قوة واما جاز عند الاصحاب اسكان اهله

وإلادته مع اقتضاء الصيغة عندهم سكنائه بنفسه لدلالة العرف على ذلك والحق العالمية في كرهه من جرت العادة باسكانه معه كغلامه وجاريته ومرضعة ولده وهو حسن لدلالة العرف عليه أيضاً وكذا الضيف والداية إذا كان في الدار موضع يصلح لها عادة النخ .

وجه الضعف والفساد بعد الإقرار بالعمل على المشهور أنه قوياً قول ابن إدريس من غير بيان وجه القوة وقد عرفت ضعفه مما ذكرناه في رد صاحب الجواهر وقد ورد على الشهيد أيضاً بمثل ما ذكرناه في الحدائق فإنه بعد نقل عبارة النهاية والتكلم على ابن إدريس قال ما هذا لفظه .

أقول : لا يخفى أنه ليس في شيء من أخبار المسئلة ما يدل على هذا الحكم المذکور بوجه فقول ابن إدريس أن ما أورده الشيخ في النهاية خبر واحد ، إنما هو من قبيل ما قدمنا ذكره في غير موضع من أنه لما كان أكثر ما يذكروه الشيخ في هذا الكتاب قد جرى فيه على ما أورده في الأخبار ، ظن ابن إدريس أن جميع ما في الكتاب من فتاوى الشيخ من ذلك القبيل ، والأفهمه أخبار المسئلة كملاً كما قدمناه ، وهي كما ترى خالية من التعرض لذلك .

ولهذا إن الأصحاب إنما استندوا في ادخاله من ذكره إلى العرف ، حيث إن ظاهر اللفظ إنما يدل على إسكان ذلك الرجل وحده ، ولكن حيث دل العرف على دخول من ذكره حكموا بوجوب دخولهم ، وهذا أيضاً إن العلامة في التذكرة ألحق من جرت العادة أيضاً باسكانه ، مثل عبده وجاريته ومرضعة ولده لدلالة العرف على ذلك وكذا الداية والضيف إذا كان في الدار موضع يصلح لها وكذا أحرار الغلة فيها ونحو ذلك مما جرت العادة به ولا بأس به ثم قال رد أعلى المسالك : وما ذكره شيخنا المتقدم ذكره من النظر في جواب الأصحاب عن حجة ابن إدريس لأعرف له وجهاً ، فإن غاية ما يدل عليه لفظ السكنى هو السكنون في تلك الدار لا مطلق الانتفاع ، كما يدعيه ابن إدريس ، و مطلق الانتفاع إنما يترتب على الاجارة لأعلى السكنى الصريح في خصوص هذه المنفعة ، إن أراد جميع

منافها فممنعه ظاهر ، وان اراد هذه المنفعة الخاصة فهو مسلم .
ولكن بالنسبة اليه خاصة ، لأن قوله أسكنتك فى معنى أذنت لك فى السكون
والاذن انما حصل له خاصة ، ولكن لما كان مقتضى العرف والمادة هو تبعية من
جرت العادة بملازمته له كازوجة والأولاد ونحوهم ادخلناهم فى الاذن من هذه
الجهة ، واما غيرهم فلا يدل العرف عليه ، ولا يدخل تحت مفهوم اللفظ كما عرفت
فكيف يتم ما ذكره ابن ادريس والحال كذلك .

و بالجمله فأصالة العدم حتى يقوم الدليل على خلافه أقوى مستمسك ،
فالظاهر هو القول المشهور انتهى وما افاد فى محله وكيف كان فالمسألة عند
القوم مشكلة قال فى المختلف ما هذا لفظه :

مسألة قال الشيخ فى النهاية اذا اسكن انسان غيره لم يجز للمساكن ان
يسكن معه غيره الا ولده واهله ولا يجوز له سواهم ولا يجوز للمساكن ايضا يواجره
ولا ان تنقل عنه ويسكن غيره الا باذن صاحب المسكن وكذا قال ابن البراج
وقال ابن ادريس الذى يقتضيه اصول المذهب ان له جميع ذلك واجارته وانتقاله
عنه واسكان غيره معه سواء ولده وامرأته سواء اذن له فى ذلك او لم ياذن اذا كان
اول ما اسكنه قد اطلق السكنى لان منفعة هذه الدار استحقها وصارت مالا من
امواله وحقا من حقوقه فله استيفائها كيف شاء بنفسه وبغيره .

وما اورده شيخنا فى نهايته فلاشك فى انه خبر واحد و قليلا ما يورده
اصحابنا فى كتبهم فشيخنا المفيد لم يورده فى مقننته ولا السيد المرتضى ولا
المحصلون من اصحابنا والمعتمد الاول لنا ان الاصل عصمة مال الغير وحفظه عن
تسلط غير المالك عليه خرج عنه المسكن بالاذن واهله و اولاده قضية للعرف
فصار كالمأذون فيه نطقا بقى الباقي بالمنع و الجواب عن ما ذكره المنع من
الاستحقاق المطلق بل انما يستحق على حدهما جعل له و هو السكنى ولا يتناول
الاجارة وغيرها لعدم الاذن فيه نطقا وعرفا انتهى .

ونظيره في نقل عبارة السرائر والجواب عنه بادنى فرق عبارة جامع المقاصد وفي الجواهر ايضا قال ، وبالجمله ان كلمات هؤلاء المتأخرين في غاية التشويش لا يمكن الجمع بين تعليلهم المزبور وقولهم أن الاجرة للساكن اذا أذن المالك وقولهم بارث حق السكنى فيما اذا كان الغاية عمر المالك ، وبين قولهم أنه ملك على وجه خاص انتهى .

غير خفى ان تشويش الكلمات يضرنا بالمقصود لانه نافع مع عدم تماميته مثل ان الاجرة للساكن فانه على خلاف العرف والعقل فضلا عن الشرع و مع الاذن لا يكون دليلا على تملك المنافع بل هو اباحة في اباحة ، اباحة لاصل السكنى و اباحة لاجرتها واشد فساداً ارث حق السكنى ولو كانت الى آخر العمر ونحوه كونه ملك على وجه خاص اذ ليس ذلك الامجد احسان و ارفاق على الساكن

في احكام الحبس

ثم ان المصنف بعد اتمام مسائل السكنى والعمرى شرع في مسائل الحبس وهو قسمان قسم حبس في سبيل الله مثل غلام حبس لخدمة بيت الله او المسجد او فرش او سراج ونحوهما حبس للمشاهد المشرفة فلا يجوز تغييرها ابدأ بل يخرج عن ملك مالها ولا يكون لما حبس و كذا بعد تغييرها صرف ايضا فيها وقسم حبس الآدمى واحداً كان او اكثر وفي الثانى ان كان مطلقا بطل بموت الحابس ويرد الى وارثه وان كان مقيدا بزمان كخمس سنة مثلاً لزم في هذه المدة ورد الى الحابس بعدها .

فقال المصنف ﴿ واذا حبس فرسه ﴾ ثلاثاً ﴿ في سبيل الله تعالى ﴾ شأنه ﴿ اذ غلامه في خدمة البيت أو المسجد لزم ذلك ولم يجز تغييره مادامت العين باقية ﴾ بلا خلاف وفي الجواهر بعده قال بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به الحلبي وغيره قال في المحكى من نوادر قضاء سرائره : واذا كان الحبس على مواضع قرب العبادات مثل الكعبة و المشاهد و المساجد ، فلا يعاد الى الاملاك ، ولا تنفذ فيه

المواريث ، لانه بحبسه على هذه المواضع ، خرج عن ملكه عند أصحابنا بخلاف مضافا الى ماتقدم من النصوص في الصدقة المتضمنة لعدم جواز الرجوع في كل ما يعطى الله تعالى شأنه ، بل صريح ما سمعته من الحلبي نفى الخلاف في الخروج عن الملك ، فضلا عن اللزوم .

لكن في المسالك ظاهر العبارة انه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره مادامت العين باقية وفيه منع الظهور المزبور ، ولعل السيرة قديماً وحديثاً في فرش المساجد والمشاهد المشرفة بناء على أنه منه على ذلك ، بل لعل قصد العباس ذلك أيضاً ، بل ربما كان ثوب الكعبة الذي قد تضمنت النصوص جواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للمتبرك من أيدي الخدمة منه أيضاً بل قديقال : ان مقتضى السيرة الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان فلا يحتاج صحته بل ولالزومه الى لفظ ، فضلا عن أن يكون عقداً محتاجاً الى القبول من الناظر والحاكم انتهى .

قوله في المسالك ظاهر العبارة الخ نظرنا الى قوله فيه الى هذه الجملة وظاهر العبارة انه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره مادامت العين ولا بد من نقل تمام العبارة .

قال بعد المتر هذه الاحكام مختصة بالحبس الذي عقد الكتاب له مع السكنى ولم يتعرض لحكمه الا هنا ولم يستوفها جيدة ولا غيره فانه لم يتعرض لعقده وافتقاره الى القبض وعدمه والضابط ما يصح حبسه فانه انما ذكر اموراً مخصوصة من المال وكذا ما يجوز الحبس عليه فانه ذكر وجوها خاصة ايضاً وكذا فعل الاكثر .
وخلاصة ما ذكر هنا من حكمه انه ان وقع على غير آدمي كالجهات المذكورة من سبيل الله ونحوه لزم ابداً ولم يصح الرجوع فيه مط وان كان على آدمي فان اطلق بطل بموت العباس وان عين مدة لزم فيها اجمع .

والموجود من النصوص في هذا الباب ماروي من قضاء امير المؤمنين عليه السلام

برد الحبس وانفاذ المواريث و الاصحاب حملوارده على القسم الثانى وهو ما اذا وقع مع آدمى فانه يرد الى العايس بعد موته ولم يذكر على الاول سنداً و كانه وفاقى ولكن يعتبر فيه مع المقدم القبض صرح به فى التذكرة و اعتبر فى السراير القرينة ايضا و ظاهر العبارة انه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه و عدم جواز تغييره مادامت العين و صرح فى الدروس بخروجه عن ملكه بالمقدم بخلاف الحبس على الانسان فانه لا يخرج قطعا كالسكنى انتهى .

و حيث كانت تلك العبارة فى القسم الاول فى عبارة المصنف جعلها الشهيد راجعا الى الاول فقال هذه العبارة مشعرة بعدم خروج الملك عن ملكه وان الروايات الظاهرة فى قضاء امير المؤمنين وان كانت ظاهرة فى عدم خروج الملك عن المالك و يجب الرد اليه لكن كلها راجعة الى القسم الثانى وليست راجعة الى الاول .

و الحاصل ان الاصحاب ردها الى الثانى الذى هو الحبس على لآدمى ففى هذا القسم دليل على عدم خروج الملك عن ملك المالك فلا دليل على خروج الملك فى الاول سوى الاتفاق و عبارة المصنف فى الاول مشعرة فى عدم خروج الملك عن ملكه ايضا و انه باق على ملك المالك كالقسم الثانى .

ولا يخفى ما فيه فان قوله ولا يجوز تغييره مادامت العين باقية مع انه لا دلالة له على البقاء بوجه يؤيد الخروج عن الملك فان المعنى ان ما جعل الله لزم حفظه و عدم تغييره مادامت العين بحالها و يمكن الانتفاع عنها فهو ناظر الى عدم جواز تغييره من جانب الناس فانه لله لزم ابقاءه لحفظ ما حبس له فلا نظر الى ابقاءه فى ملك مالكه اصلا بل السيرة على خروجه عن ملك المالك و البقاء فى ملك الله حتى او تغير بمضى الزمان ايضا يحرم الخروج عن الحسية فوراً و حتى الامكان يصرف فى الله حسباً لشيء آخر او مكان آخر و نحو ذلك كما عرفت فى الوقف .

ثم ان هذا الذى ذكرت مبنى على ارادة المحبوس من العين اى مادام نفس

الذى حبس باقية لايجوز تغييره واما لو اريد من العين هو المحبوس له اى الكعبة والمسجد اى مادام المسجد والمشاهد باقية لايجوز تغييره المحبوس كما يؤيد ذلك تذكير الضمائر فى مقابل بقاء العين فالمراد بالعين هو الذى حبس له ذلك الغلام او الفرس .

وحينئذ ايضا يدل العبارة على خروج الملك عن المالك فان الظاهر بقاء مثل المساجد والمشاهد خصوصا الكعبة المعظمة صانها الله عن جميع الشرور وايدى الظالمين ويحفظها عن شرور الموجودين فى عصرنا المعنى مادام بقاء المسجد والمشهد يجب عدم تغير ما حبس له فالعبارة حينئذ اولى فى الدلالة على خروج الملك عن مالكه وباقيا للحرم والمسجد الى زمان بقاءه حيث كان المحبوس له باقيا .

وبالجملة لاشعار فى تلك الجملة فى بقاء الملك على ملك المالك اصلا سواء اريد بالعين هو نفس المحبوس او المحبوس له فضلا عن الظهور كما عرفت من الجواهر هذا كله فى القسم الاول وقد ظهر ان الروايات الحاكية عن قضاء امير المؤمنين عليه السلام كلها راجعة الى ما اذا حبس الآدمى الذى هو القسم الثانى ومما ذكرنا يظهر لك عدم تمامية ما توهم من اشعار العبارة فى عدم خروج الملك فى الاول ايضا .

وفى جامع المقاصد بعد عبارة القواعد كعبارة المصنف قال ما هذا لفظه وهو قسمان: أحدهما: ان يحبس فرسه فى سبيل الله او غلامه فى خدمة البيت الحرام أو المشهد أو المسجد أو معونة الحاج ، فاذا فعل ذلك على وجه القرية لزم ولم يجز له فسخره بحال . وصرح المصنف فى التحرير ، وشيخنا فى الدروس : بأن هذا القسم يخرج عن ملك المالك ولا يعود ، وفى الدروس : انه يخرج بالعقد ، ومقتضى ذلك عدم توقفه على القبض ، وهو مشكل .

وعبارة المصنف هنا وفى التذكرة شعر بعدم الخروج عن الملك حيث قل

(ولا يجوز تغييره مادامت العين باقية) ، وقال في التذكرة أيضاً في مطلق الحبس أنه كالوقت المنقطع الى ان قال ايضا بعد عبارة القواعد (ولو حبس شيئاً على رجل فان عين وقتاً لزم ويرجع الى الحابس أو ورثته بعد المدة ، وان لم يعين كان له الرجوع متى شاء) ما هذا لفظه :

هذا هو القسم الثاني ، وقد صرح في الدروس بعدم خروجه عن الملك ، وهو الذي يقتضيه النظر ، وعبارة المصنف هنا ، وفي التحرير ، والتذكرة وان لم تكن صريحة في ذلك إلا أن الظاهر أن مراده ذلك أيضاً .

ورواية ابن اذينة البصرى عن أبي جعفر عليه السلام بان دامير المؤمنين عليه السلام قضى برد الحبيس وانفاذ المواريث ، دليل على بقاء الملك و لم يفرق في التذكرة بين الحبس على الفقراء او على زيد وللمنظر فيه مجال انتهى قلت مورد الرواية هو الثاني والظاهر ان وجه النظر في عدم الفرق بينهما مع ان الفرق واضح هو توهم اشعار تلك العبارة في بقاء الملك ايضاً في الاول قال في الدروس ما هذا لفظه ويجوز حبس الفرس و البعير في سبيل الله و المملوك في خدمة بيوت العبادة ويخرج ذلك عن الملك بالعقد بخلاف الحبس على الانسان فانه يعود الى الحابس او وارثه بعد انقضاء مدة الحبس انتهى غير خفى في ان العبارة في خروج الاول عن ملك المالك في غاية الوضوح خصوصاً في تفصيله بينه وبين الحبس على الانسان وتصريحه بانه في الحبس على الانسان يعود الملك الى الحابس والتفصيل قاطع للاشتراك وفي الحديث ما قلته المعروف من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف أنه اذا حبس فرسه أو بعيره في سبيل الله أو غلامه في خدمة المسجد أو بيت الله الحرام أو بيت العبادة ، لزم ذلك ولم يجز تغييره مادامت العين موجودة ، وفي التذكرة أنه يعتبر فيه القبض ، و في التحرير صرح بأنه يعتبر فيه القرابة ، و ظاهر من حكم بلزومه وعدم جواز تغييره مادامت العين موجودة ، هو عدم الخروج عن ملك المالك ، وفي الدروس صرح بخروجه عن ملكه بالعقد ، بخلاف الحبس على

الانسان كما سيأتي .

وصرح بعضهم بأنه يصح الحبس على جميع القرب ، وأما اذا حبس على آدمي فإن أطلق ولم يعين مدة بطل بموت العابس ، وعاد الى وراثته ، والاصحاب حملوا ما تقدم من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برد الحبس وانفاذ المواريث على هذا الفرد ، وهو صريح الخبر الحادى عشر ، وعليه يحمل اطلاق الخبر الثانى عشر ، وان عين مدة لازم فى تلك المدة ، وبعد انقضائها يرجع الى العابس أو وراثته ، وعلى هذا فلا دليل لهم على الحبس المقيد بمدة ، ولا على الحبس فى سبيل الله الاظهار الاتفاق على ذلك ، والافانه لا تعرض له فى شىء من الأخبار المتقدمة ، وليس فى الباب غيرها انتهى .

وكيف كان فقد اشار الى الثانى بقوله ﴿أما لو حبس شيئاً على رجل﴾ مثلاً ﴿ولم يعين وقتاً ، ثم مات العابس كان ميراثاً﴾ وفى الجواهر لأجد فيه خلافاً ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ﴿وكذا لو عين مدة وانقضت كان ميراثاً لورثة العابس﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف ، ولا اشكال فى ذلك ، ولا فى لزومه اليها ، لعموم «ادفوا» و «المؤمنون» الخ فى الحقيقة فى صورتين كان الحبس ميراثاً احدهما عدم تعين الوقت فبالموت كان ميراثاً والثانى تعين الوقت فبمضيه كان ميراثاً فكون الحبس ميراثاً بشئين بالموت فيما لم يعين الوقت وبمضى الوقت فيما عينه ولو لم يعينه وكان حيا فله الرجوع متى شاء .

والاشكال كله فى ذلك كما تقدم فى السكنى التى لاتعين وقتها وقد ورد النص فى جواز السكنى حينئذ وصحة رجوع المالك مع ان العقد لازم وفى المقام ايضا اذا لم يعين مقدار حبس شىء على الانسان فقبل حياته يصح الرجوع مع كون العقد لازماً وهما واحد وقد عرفت جميع الاجوبة التى يقال فى السكنى وكلها غير رافع للاشكال لكن مسألة صحة الرجوع وجواز العقد حينئذ مشهور فيهما

بل اجماعى عند الاصحاب ولكن لنا فى الموردین تأمل .

و كيف كان فى القواعد ﴿وان لم يعين كان له الرجوع متى شاء﴾ ويمكن
كون جواز الرجوع لاجل البطلان بدون التعيين كما تقدم منافى للسكنى وبعده
عبارة المصنف ثم مات الحابس فانه مع البطلان لجازله الرجوع ولو قبل الموت
ويمكن ان يكون العقد بدون التعيين جائزا فى الموردین فيجوز للمالك الرجوع
فى الموردین كما يصح بعد موته الرجوع للوارث فان الرجوع فى المقام بدون
التعيين لاجل جواز العقد هناك

و كيف كان فجواز الرجوع قد تحير الاصحاب فى المقام خصوصا فيما مر
ولا يندفع الاشكال الا بالقول بجواز العقد بدون التعيين .

قال الوحيد قد فى شرحه على المفاتيح بعد نقل صحيح الحلبي ما لفظه
ولا يشترط فى السكنى ذكر المدة بلا خلاف فان اطلق ولم يعينها كان للمالك ان
يخرجه متى شاء على المشهور لموثقة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال سئلته عن
رجل اسكن رجلا داره ولم يوقت له شيئا قال يخرجه صاحب الدار اذا شاء .
وحسنة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل امكن رجلا داره ولم
يوقت قال جائز ويخرجه اذا شاء وهل يشترط فى العمرى والرقبى ذكر العمر
او المدة وتعيين العمر فى العمرى والمدة فى الرقبى قطع العلامة فى التحريم بعدم
الاشتراط فيهما قال اذا قال لك عمرى هذه الدار واطلق لم يلزمه شيء معين وكان
له اخراجه متى شاء وان قبض وكذا فى الرقبى واحتمله الشهيد الثانى اقامة اهما
مقام السكنى لاشتراكهما فى كثير من الاحكام فيكون استعمالها فيها كاستعمال
السلم فى مطلق البيع .

ثم قوى عدم الاشتراط فى الرقبى باعتبار قرب معناها معنى السكنى والاشتراط
فى العمرى لاقتضاها الاقتران بعمر احدهما كما هو المشهور او مطلقا كما
قطع به الشهيد فاذا لم يعين عمر احدهما او مطلقا بطلت للجهالة كما لو عين

مدة غير مضبوطة حيث يعين نعينها وقطع الشهيد فى الدروس ببطلان العمرى مع الاطلاق ولم يتعرض للرقبى .

والمستفاد من ظاهر المذهب من ترادف الثلاثة عدم الاشتراط فيها مطلقا كما فى التحرير .

هذا كله فى الاطلاق واما مع تعيين المدة فالمشهور لزوم الثلاثة كما يأتى الى ان قال بعد قول المصنف ولا يلزم شىء منها قبل القبض اجماعا وبعده يلزم الجميع على المشهور لعدم الامر بالوفاء وخصوص النصوص الامع عدم تعيين المدة فله الرجوع متى شاء كما مر فى السكنى ما هذا لفظه .

واما السكنى المطلقة الغير الموقنة فالمشهور انها من العقود الجائزة فللمالك الرجوع متى شاء للنص وقد تقدم و لو جوزنا الاطلاق فى العمرى والرقبى كانتا كالسكنى المطلقة فى عدم اللزوم وحكى عن بعض اصحابنا القول بعدم لزوم شىء من العقود الثلاثة مطلقا سواء كانت مطلقة او موقنة للاتصال عدم اللزوم الى ان قال بعد قول العلامة فى التذكرة بما عرفت من ان حاصله لو لم يعين هو مسمى اللزوم ولو يوما وبعده يكون جائزا كما مر بما هو لفظه ودلالاتها على ذلك غير واضحة فالقول المشهور هو اسد الاقوال انتهى .

ولا يخفى ان المسألة قد تقدم فى السكنى المطلقة وذكرت جميع الاحتمالات هناك حتى مثل قول العلامة باللزوم بمقدار المسمى لو لم يعين وبعده يجوز اخراج المالك لكن المسألة من شدة اشكالها واهميتها البحثنى الى التكرار لارتباط المقام ايضا مع ما هناك .

و كيف كان فظاهر الفيض والشارح الوحيد بل المشهور ان السكنى المطلقة من العقود الجائزة وقد صرحا مكررا ولزومها بالتعيين وهذا ايضا قد مر ولا يمكننا القبول ولذا قال العلامة باللزوم بقدر المسمى ثم صار جائزا يجوز للمالك اخراجه و كلاهما مشكل والثانى معلوم .

والاول كيف يكون العقد لزومه وجوازه بالتميين و عدمه لكون العقود كلها يكون لازما الا اذا خرج عنه بالدليل اللهم الا ان يقال ان صحيح الحلبي دليل على الجواز .

وكيف كان فلو قلنا بذلك لاندفع الاشكال عن السكنى المطلقة كما تقدم احتمالاه بل عن العمرى و الرقبى والحبس لكون الجميع واحدا وهذا القول لو صح احسن من القول بالبطلان ومن القول باللزوم بقدر المسمى ثم الجواز فانه بلاوجه خصوصا مع ظهور النصين وقبول الفحلين وحكاية الشهرة عليه والظاهر انه قوى وعليه ينحل اشكال الذى اوردناه عليه فى السكنى المطلقة فانه ح جائز لنفسه او لو ارثه الرجوع ويصح ايضا فى المقام ما ذكر فى السكنى بان يقال لولم يقيد فى العمرى او الحبس مقدارهما جاز للمالك هو الرجوع كما هو صريح عبارة القواعد و المصنف فانه بالحكم بالجواز يصح للمالك الرجوع عنه بل قوله قدمه ولو جوزنا الاطلاق فى العمرى النخ صريح فى ان الثلاثة كلها واحد فى الحكم فى عدم اللزوم لجواز الاطلاق فى الثلاثة قطعا خصوصا ما حكاه عن بعض الاصحاب من عدم لزوم الثلاثة مطلقا ولو مع قيد الوقت .

وكيف كان فلو قلنا بجواز السكنى والعمرى والرقبى اذا كانت بدون القيد يكون مفادها مفاد العارية فى اباحة المالك الرجوع فصح عبارة المصنف و القواعد اذا لم يعين الحبس على انسان جازله الرجوع

ثم ان عليه يندفع اشكال عظيم ايضا وهو كون اللازم من لزوم عقد السكنى والعمرى هو كون مال الوارث خارجا عن تحت اختياره مادام الساكن له الحياة فضلا عن بقاء عقبه فرما يطول انقضاء عقبه الى مائة سنين بل اكثر بخلاف جواز رجوع المالك او الورثة فانه بناء على جوازها مطلقا ولو مع القيد يخرج ما وقع سكنى او العمرى عن يد الساكن او عقبه من دون اشكال .

لكن فى الجواهر ونحوه العلامة وغيرهم ذهبوا الى لزوم العقد وان كان

مبتلى باشكال عظيم وهو القول بكفاية المسمى فى اللزوم ثم صار العقد جائزاً
وكيف كان فلو حبس شيئاً على الناس ولم يقيده بزمان فمات المحبوس له
كان لورثته الرد وجعله ميراثاً فانه بالموت يتم الوقت فلا يجوز البقاء ح عند
ورثة المحبوس له وكيف كان فيدل عليه اخبار.

فمنها صحيح ابن اذينة قال : دكنت شاهداً لابن أبى ليلى فضى لرجل
جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت و قنافات الرجل فحضر ورثته عند ابن
أبى ليلى ، وحضر قرابته التى جعل لها غلة الدار فقال ابن أبى ليلى أرى أن أدعها
على ما تر كها صاحبها ، فقال له : محمد ابن مسلم الثقفى أمان على بن أبى طالب
عليه السلام قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت ، فقال : وعلمك ؟

فقال سمعت أبا جعفر محمد بن على عليه السلام يقول قضى : على بن أبى طالب
عليه السلام برد الحبس و انفاذ الموارث ، فقال ابن أبى ليلى : هذا عندك فى كتاب ؟
قال : نعم قال : فأرسل اليه و ائتمنى به ، فقال محمد بن مسلم : على أن لا ننظر
فى الكتاب الا فى ذلك الحديث ، فقال : لك ذلك ، فأحضر الكتاب فأراه الحديث
عن أبى جعفر عليه السلام ، فرد قضيته .

والصحيح ظاهر فى امرين الاول هو الحبس على الانسان والثانى هو الامر
برده بعد موت العابس الى وارثه فهو دليل على احد شقى التفصيل الذى صرح
به المصنف من ان الحبس اما على معابد العبادة واما على الانسان .

ومنها المكاتبه عن ابن معبد قال : كتب اليه محمد بن أحمد بن ابراهيم
سنة ثلاث و ثلاثين و ماأتمن يسأله عن رجل مات وخلف امرأة و بنين و بنات و خلف
لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حر من بعد عشر سنين فهل يجوز لهؤلاء
الورثة بيع هذا الغلام ، وهم مضطرون اذا كان على ما وصفته لك جعلنى الله فداك
فكتب عليه السلام لا يبيعه الى ميعات شرطه الا أن يكونوا مضطرين الى ذلك فهو جائز
لهم ، بناء على ارادة الحبس من الوقف فيه كما هو غير بعيد لان كليهما حبس

وجواز بيعه قرينة ارادة الحبس .

وهو ايضا دليل على عدم خروجه عن الملك مع كونه حبسا على الانسان وخير يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول : هي لفلان تخدمه ماعاش : فاذا مات فهي حرة فتأبى الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم بجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت ؟ قال : اذا مات الرجل فقد عتقت .

وخبر عبد الرحمن الجعفي قال : كنت اختلف الى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس ، فكان يدافني فلما طال شكوته الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : أو ما علم أن رسول الله أمر برد الحبيس وانفاذ المواريث ، قال : فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل ، فقلت انى شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لى كيت وكيت قال : فحلفنى ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك ؟ فحلفت له ، فقضى لى بذلك .

والخبر صريح فى المراد ولا بد من شرحه اولاً قال كنت اختلف اى كان لى اياب وذهاب عنده فى مواريث ليقسم لنا ونأخذ سهمى و كان فيها حبيس اى دار اعطاها مورثنا لسكونة شخص فكان ابوليلى يدافنى ولم يحكم لى فى ارثى فى هذه الدار بعد فوت مورثى .

فلما طال ذلك شكوته الى ابي عبد الله عليه السلام فقال عليه السلام او ما علم ابوليلى ان هذا الحكم من رسول الله قال فأتيته ثانيا الى ابي ليلى ففعل مثل ما كان يفعل قبلا ويطر دنى ولم يجبنى فقلت له انى شكوتك الى جعفر بن محمد عليه السلام فقال عليه السلام لى كيت وكيت وهو كناية عن نقل الحكم عن رسول الله برد الحبيس و انفاذ المواريث اى قال لى ابوليلى بان الامام كذا نقل عن رسول الله فقلت له نعم فحلفنى وقسمنى بانه كذا نقل عن رسول الله فحلفت له بذلك النقل عن رسول الله عليه السلام فقضى لى بذلك وقسم سهمى من المواريث و من الدار التى اسكنته مورثى

فعلى هذا فالخبر اقوى دليل على صحة الحكم بعدم خروج الحبس عن ملك المالك مع صراحة قول الصادق عليه السلام ونقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و عدم علم القاضى بذلك وانه اذا علم امر برده .

وهذه الروايات تمام الدلالة على رد الحبس على الوارث بخلاف الوقف فان الملك خارج عن ملك المالك و منه يعلم عدم صحة الوقف المنقطع الاخر بان يقول وقفت عليك فانه حبس لاوقف فانهما متقابلان ولا يصح كون الحبس من اقسام الوقف بل هو قسم لا قسم و الايلزم كون الوقف خارجا عن ملك المالك وعدمه ارجوع الملك في الحبس الى المالك بخلاف الوقف فالوقف الى وقت او الى شخص دار الامر بين بطلانه وبين كونه حبساً و منه يظهر فساد ما في الجواهر قال و منه يعلم قوة ما تقدم منا من كون الوقف المنقطع قسماً من الوقف مشروع من نفسه ، لانه حبس كما ذكره ، و الا لاقتضى بطلانه بموت الحابس ، نحو ما سمعته هنا في الحبس المطلق ، لاموت المحبوس عليه ، بل وكان جائزاً على ما ذهب اليه الفاضل انتهى .

وفيه ما تقدم آنفا من مخالفة احكام الوقف مع احكام الحبس فلا يكون الوقف المنقطع من اقسام الوقف بلا كلام لان التأييد ضد للتقييد فدار الامر بين صحته حبساً وبطلانه كما في الخلاف قال اذا قال وقفت هذا على فلان سنة بطل الوقف وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني يصح فاذا مضت سنة صرف الى الفقراء والمساكين ويبدء بقرباته لانهم اولى بصدقته .

[دليلنا] ان من شرط صحة الوقف التأييد فاذا وقف سنة لم يجعله مؤبداً فوجب ان يبطل لانه لم يعلقه بما لا ينقرض وعلى المسئلة اجماع الفرقة واخبارهم انتهى واما كونه من اقسام الحبس فهو معلوم قطعاً من حيث عدم خروج المال واما الكلام في عدم انقطاع الوقف بموت الحابس بل باق الى انقرض الموقوف عليهم فمن حيث ان ذلك بالقرائن اللفظية بل بنفس اللفظ الظاهر في البقاء وعدمه و

بالجملة اذا قال وقفت لابدله من ذكر دوام الموقوف عليه كما يقول على اولادى واولادهم واذا انقرضوا فالى الامور الخيرية كصرف منافعه الى الزيارات والعزاء ونحو ذلك واما اذا قال وقفت لزيد فيكون بمعنى حبست عليه فيعلم الوقفية والحبسية من متعلقه فان كان ما يدل على الدوام فهو وقف والافحس فالحبس مقابل للوقف الدال على الدوام وينحصر الحبس بخصوص من ذكره قليلا كان او كثيرا ويرجع بعد الحابس الى وارثه .

قوله والالاقتضى بطلانه النخ.

وحاصله ان الوقف المنقطع وقف لانه حبس اذ او كان حبسا ازم انقضائه بموت الحابس مع انه يمكن عدم تمام الوقت لبقاء موقوف عليهم بعد بخلاف ما اذا كان وقفا فانه يدوم حتى ينقضى بموت الموقوف عليهم هذا محصل دليل على كونه وقفا لا حبسا.

والحاصل اذا قال هذا وقف على زيد ولده مثلا ان جعلناه وقفا صح وينقضى بانقضاء زيد وولده بخلاف ما اذا جعلناه حبسا فانه ينقضى بفوت زيد مع انه بقى بعد ولده وفيه انه ان تكلم فيهما بمثل هذا المثال بان يقول حبست على زيد وولده بلا فرق بينهما فى انقضاء الوقف او الحبس وعدمه ففى مثال زيد وحده ثم الوقف او الحبس بموته وفى مثال وولد لا يتم الوقف او الحبس بموت زيد بل يتم وينقضى بفوت ولده ايضا فالفرق بينهما ليس الابتقيير اللفظ فسواء استعمل لفظ الوقف او الحبس وان اريد انه فى الوقف قال وقفت على زيد وولده وفى الحبس يقول حبست على زيد وتمايمته وعدمها راجعة الى زيادة الولد وعدمه لافى صيغة الوقف او الحبس حيث لا فرق بين اللفظين فاذا قال حبس على زيد وولده يقتضى الحبس اذا انقضى كلاهما . وكذا اذا قال وقفت عليهما فلا فرق حينئذ فاذا تحقق عدم الفرق ففى كليهما لم يخرج الملك عن ملكية المالك فلا يكون وقفا لانه فيه يخرج الملك عن ملكه فقد تلخص صحة اطلاق الحبس عليه دون الوقف ولكن هذا كله مما شاة مع الاصحاب

والا فيقطع الحبس بموت الحابس سواء كان المحبوس عليه واحداً او متعدداً وسواء كانت بصيغة الوقف او الحبس اذا الفرض كلاهما واحد وان المال لم يخرج عن ملك المالك .

فلا يصح قوله حبست لك ولمعقبك لتضييع مال المالك او وارثه وهو السر في حكم رسول الله ﷺ برد الحبس لانه ليس بعد الحابس ماله مال بل مال الوارث ويجب الرد اليهم فتوهم اطلاق اخبار الحبس لما بعد موت الحابس غير صحيح كما عرفت مما تقدم من اخبار الحبس بل يظهر منها ومن غيرها كخبر الحميري وخبر الدال على الجواز بقدر الثلث وغير ذلك كون الصحة فيما كان محدودا بعمر الساكن وبعده كون المال لوارث المالك .

فلا يصح للمالك فعل ما يكون مسادقا مع تلفه لامكان ان يكون عمر الساكن بلغ الى خمسين ومائة وعمر المالك قد تم بعد الاسكان وكذا العمرى فلو جاز فيهما السكونة الى زمان عمر الساكن لزم كون الدار التي مال وارث المالك باقيا في يد الغير واولادهم الى ما شاء الله

ولا يصح لهم المطالبة والاخذ والفرض ان في السكنى والعمرى تحبس المال كذلك مع انه ليس لاحد حبس ماله بعده بحيث لا يصل الى الورثة شيئا فر بما يموت الورثة صغيراً وكبيراً ذكوراً وانثاءً مع غاية احتياجهم في زمان حياتهم مع كون دارهم في يد الغير فر بما يحتاجون الى السكونة في دارهم مع عدم القدرة على اشتراء الدار خصوصا في مثل عصرنا الحاضر الذي كانت الدور بقيمة لا يقدر اكثر الناس على شرائها .

ولعمرى انه عجيب يحتاج الى العلاج ان السكنى والعمرى والتحبس في النهى والفتوى ليست منحصرة ح بمقدار زمان حياة المالك بل ولعقبه ايضا وليس اهم هذا المقدار من التصرف في اموال الورثة شرعا وعقلا وعزماً مع ان عبارات الاصحاب مطلقة في الجواز في زمان حياة الساكن بل ولعقبه لو صرح به في العقد وهو حكم

ضررى عسرى فالحق هو صحة قول ابن الجنيد عملا بالخبر البجلي الآنى ولا يتم ما عليه المشهور .

ولا ينحل الاشكال الا بعدم زيادة قيمة الدار عن الثلث وصرح الحابس بذلك ايضا فلا يجوز للورثة اخذه لا مكان جعل منافعها هي سكونتهم الى انقراضهم واما مع زيادتها فلا يصح و يجوز للورثة مطالبتها لخبر البجلي وقد عمل به ابن الجنيد .

وخبر الحميرى الدال على ان مفاد الثلاثة مفاد العارية جائز لمالكه الرجوع كلما اراد بل هو اقوى فان مفاد كون العقد جائزا مطلقا و لو مع قيد المقدار كما هو قول بعض .

والخبر هو مارواه عبدالله بن جعفر الحميرى فى كتاب قرب الاسناد عن السندى بن محمد عن أبى البخترى «عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أن السكنى بمنزلة العارية ، ان أحب صاحبها أن يأخذها أخذها ، وان أحب ان يدعها فعل أى ذلك شاء» وبناءً عليه يندفع الاشكال بتمامها بل هذه موافقة لسهولة الشريعة وكون الناس مسلطون على اموالهم وربما كان فى ذهنه الاحسان باخيه وبعده رأى شيئا يوجب ندامته على ذلك بل هو موافقة للقواعد ولعدم الضرر والحرج والعسر والعمرى والرقيب عين السكنى فى الحقيقة والحكم والظاهر عدم لزوم عقد الثلاثة .

ويدل على الجواز ايضا ما رواه فى الكافى والتهذيب عن الحلبي فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : يجوز لهم وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا .

قلت : فرجل اسكن رجلا داره حياته ؟ قال يجوز ذلك ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره ولم يوقت ؟ قال : جائز ويخرجه اذا شاء ، والخبر ان يؤبدان ما افاد الوحيد والفيض من جواز السكنى والعمرى بدون القيد فالضمير فى قوله

طَيَّبَ جَائِز رَاجِعَ إِلَى السَّكْنَى الْمُسْتَفَادِ مِنْ قَوْلِهِ اسْكُنْ نَظِيرَ اَعْدَلُوا هُوَ اقْرَبُ الْمَتَّقَى فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْعَدْلِ الْمُسْتَفَادِ مِنْ قَوْلِهِ اَعْدَلُوا أَي سَكُونَةَ بَدُونِ الْقَيْدِ سَكُونَةَ جَائِزًا وَكَذَا اخْتَارَهَا لِإِبْجَادِ الْمَعْنَى فِي الثَّلَاثَةِ .

[فان قلت] عدم نقض البيع الاجارة والسكنى كما فى قوله طَيَّبَ لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى دليل على لزوم السكنى بحيث لا ينقضها البيع فاذا باع ما اسكنه الغير لا تبطل السكنى فهو دليل على لزوم السكنى وانه اقوى من البيع وان المشتري يملكها مسلوبة المنفعة وكذا لو باع ما اجاره فان المشتري يملكه مسلوبة الى ان انقضى مدة الاجارة .

قلت هذا فى صورة التقييد بالوقت والكلام فى الجواز فيما لم يقيد بزمان فبدونه يكون عقدا جائزا أما من الماتن والشارح الوحيد قوى خصوصا مع نسبتها الى المشهور .

ويؤيد ذلك ايضا بالقواعد الشرعية و عدم جواز الانسان اخراج ماله الا منجزاً مطلقاً واما معلقاً فى الثلث والمقام ليس منهما والانصاف انه مع الرايتين لا يحصل الوثوق بما دل على حبس المال على عمر الساكن و لعقبه فانه مخالف للقواعد الشرعية وخروج المال عن تحت اختيار صاحبه الى ما شاء الله وقد قال طَيَّبَ فى خبر الحميرى ان السكنى بمنزلة العارية .

ولا يخفى ما فى صحة مضمونه وان المال عند الساكن كانه عارية عن المالك والساكن يحفظ ماله الى ان يأخذ عنه فلاشكال حينئذ ويكون ظاهر الروايات الدالة على كون المال عند الساكن وبعده عند عقبه كلها بنحو الاباحة وهو قرينة على رفع اليد عن ظهور غيرها فى اللزوم فيجوز كون الدار عند الساكن جوازاً وكذا لعقبه من دون لزوم اصلاً بحيث اى زمان اراد الاخذ كان له ذلك .

وكذا الصحيح الحلبي الدال على الجواز بل مع خبر البجلي الدال على عدم جواز كون المال اكثر من الثلث و عدم جواز الانسان تضييع مال الوارث

وجعله عند الغير الى ماشاء الله مع كثرة احتياجهم اليه فليس للانسان من امواله الا الثلث تعليقا والكل تنجيزاً ففي هذا المقدار كان له ذلك و كل من السكنى والعمرى والتحبس يكون نظير الوصية التي لا يكون له لزوما الا في الثلث لا ازيد وحينئذ ان كانت قيمة الدار ازيد من الثلث صحت السكنى او العمرى بقدر ثلثها فلو كانت الدار الواقعة في الساكن ثلثا للمالك صح له ذلك ولا يكون لوارثه شيئاً ويكون نظير الوصية بمنافع ثلث ماله الى مدة خمس عشرة مثلاً وبعدها يصرف عين المال فيما عينه وكيف كان فالمسئلة في غاية الاشكال و الاقوى عدم جواز اكثر من مدة عمر المالك .

ويدل عليه ما رواه البجلي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدة حياته ، يعنى صاحب الدار ، فمات الذى جعل السكنى وبقي الذى جعل له السكنى أ رأيت ان أراد الورثة أن يخرجوه من الدار ألهم ذلك ؟ قال : فقال : أرى أن يقوم الدار بقيمة عادلة وينظر الى ثلث الميت ، وان كان فى ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للمورثة أن يخرجوه ، و ان كان الثلث لايفى بثمن الدار فلهم أن يخرجوه ، قيل له : أ رأيت ان مات الرجل الذى جعل له السكنى بعدموت صاحب الدار تكون السكنى لورثة الذى جعلت له السكنى قال : لا .

وفى الوسائل رواه الكليني عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن ابن محبوب نحوه . ورواه الصدوق باسناده عن الحسن بن محبوب . قال الشيخ ما تضمن هذا الخبر من قوله يعنى صاحب الدار غلط من الراوى وروهم منه فى التأويل ، لان الاحكام التي ذكرها بعد ذلك انما تصح اذا كان قد جعل السكنى حياة من جعلت له السكنى اقول قول الشيخ يعنى صاحب الدار غلط من الراوى ، صحيح فان الضمير فى مدة حياته يرجع الى الساكن لا للمالك فانه لو يرجع الى المالك لامعنى لهذا الحكم المترتب عليه اذ لو جعل بقدر عمر المالك قدتم حكم

السكنى ويصل الدار الى ايدى ورثة المالك .

وحاصل السؤال جعل رجل داره للغير الى مدة حياة هذا الغير فمات المالك وبقي الساكن وهل لورثة المالك الرجوع الى الساكن لاخراج الدار اولا هذا سؤاله الاول فقال **الشيخ** فى جوابه ان الدار ان كان بقدر الثلث لم يكن للورثة مطالبة الدار اذ للانسان ثلث ماله والفرض انه اسكنها باى مقدار كان عمره وبعد موته اخرج الورثة الدار عن يد ورثة الساكن و يصرفون فيما عين لهم المورث والسؤال الثانى غير مربوط بالمقام .

وحاصله لومات الساكن ايضا بعد موت المالك فهل لورثة الساكن ايضا السكونة قال **الشيخ** فى الجواب لا لان السكونة الى زمان حياته و الفرض انه قد مات فالاشكال حينئذ فيما جعل المالك داره للساكن فى مدة حياته ومن الممكن ان يطول حياته الى مائة سنة مع موت المالك وكون ورثته محتاجا الى السكونة فى الدار .

وحيئنذ ان كانت قيمة الدار بقدر ثلث ماله لا اشكال فيه لاختياره فى ثلث ماله فليس للورثة هو الاعتراض بل لا يحتاجون حينئذ لبقاء الارث فى الزائد عن الثلث لهم وامالو كانت القيمة ازيد من الثلث وكانت الورثة محتاجون اليه فلا يصح فان الامر حينئذ بيد الورثة ان اجازوا صحت والا فلهم رد السكنى واخذ الدار وبالجملة على حسب القواعد الشرعية المنتسبة الى الدين والمذهب عدم صحة تضييع مال الغير ولو بقدر ذرة عمل سواء كان مال الغير مطلقا او مال نفسه المنتقل الى الغير ومن المعلوم ان الانسان بالنسبة الى ماله مختارا اذا دفع عن نفسه ورده الى الغير تنجيذا بيما اذ صلحا اذ هبة ونحو ذلك فلا اعتراض له من الشرع او تعليقا بقدر الثلث .

فى المقام ان جعل سكنى داره للساكن بل لعقبه مع كونه اكثر من الثلث فان كان بنحو التنجيز فلا كلام والاف بقدر الثلث ففى مثل ذلك و كونه زائدا عن الثلث

لا يكون لانجيزاً ولا تعليقاً جائزاً والأول معلوم لعدم الخروج عن نفسه وكذا
الثانى للزيادة عن الثلث فيكون ذلك بمنزلة من جعل ما تركه فى قعر البحر بنحو
لا يقدر على الوصول به احد من الورثة .

وبالجملة المال اذا لم يخرج عن نفسه فى حياته اختياراً ليس الزائد عن
الثلث له اصلاً بل للغير فيجب عليه حفظه لهم لما بعد حياته فتلحقه كتلف مال
الغير وتضييعه كتضييع مال الصغير ان كان له صغير .

[فان قلت] كيف يكون تضييعاً مع رجوع الدار الى الورثة .

[قلت] نعم فى زمان طويل محتمل لمائة سنة ومحتمل لموت الصغير والكبير
من اهل المالك وهو على خلاف العقل فضلاً عن الشرع والعرف .

[فان قلت] السكنى لازمة فكيف يجوز ردها .

[قلت] قد عرفت جوازها مجموعاً .

[فان قلت] انص والفتوى على خلافه .

[قلت] القواعد لآخر على وفقه لان الانسان لا يجوز له اخراج المال بعهده

عن تحت اختيار الورثة .

[فان قلت] ان السكنى والعمرى والتحبيس من المنجزات الصحيحة .

قلت المنجز الذى يصح هو ان يخرج المال عن ملكيته لاجسه فى مكان

لا يقدر الورثة عليه فهو بمنزلة المعلقة التى لا يجوز له اكثر من الثلث .

[وان قلت] فكيف يصح رد الاخبار المعمولة بها .

قلت حملها على الجواز جمعاً بين الجميع لا يكون رداً بل عمل بها وايضا

قد عرفت ان مورد التحبيس هو الحبس على حياة العابس وان رسول الله ﷺ قد

امر برد الحبس على خلاف حكم القاضى والفرس ان حكم الثلاثة واحد بل

صحح ابن اذينة صريحاً فى جعل الرجل غلة داره لبعض قرابته وهو نظير جملة

سكنى داره لبعض قرابته مثل اولاده مثلاً فمات الرجل المالك واراد القاضى ان

يحكم بثبوت الغلة للاقارب الساكن ليكون لهم بعد موت المالك .

ورده محمد بن مسلم بقول النبي ﷺ وأمره ﷺ برد الحميس بمجرد موت المالك وظاهره اختصاص الصحة الى موت المالك ونحن نلتزم بذلك فمع ان ظاهر المجموع من حيث المجموع هو كون الحكم جوازا يلتزم بلزومه الى حياة المالك لا يزيد بل قد عرفت ما عن نكت النهاية عن المصنف انه اذا قال اسكنتك دارى معناه مادام حياتى لحياتك .

وكيف كان فكون الحكم لبقاء السكونة للساكن ولعقبه على الجواز لامانع منه دون اللزوم للزوم رفع اليد عن ظهورها في اللزوم بما عرفت من نقلها فهذه الاخبار حاكمة على ادلة السكنى والعمرى وشارحة لهما وان كل من هذه الثلاثة انما تصح الى زمان حياة المالك لا يزيد فانه ظلم على الورثة و مساق مع ترك اموالهم عن ايديهم بل هو ترك حقيقة كما اذا كان عمر الساكن طويل و كان اموال ورثة المالك في يد الساكن صغيرا وكبيرا .

[فان قلت] هذا مجرد احتمال لامكان كون فوت الساكن قبل موت المالك

والاصل عدم بقاءه بعده

[قلت] فكذلك امكان كونه بعدموت المالك بكثير كما عرفت لعدم العلم بمقدار العمر لاحد فيكون جعل المال خارجا عن اختيار الورثة ولا يجوز له ذلك مطلقا فالجمع بين اخبار الباب واخبار التحميس واخبار الوصية وسائر القواعد لا يقتضى اكثر بمقادير الخبر الجلى

[فان قلت] السكنى الى بقاء عمر الساكن منجز او معلق والثانى كما ترى

والاول صحيح

[قلت] قد عرفت ان المنجز معناه اخراج المال عن الملكية لاجسه و

اخرجه عن اختيار الورثة فانه بمنزلة المعلق فلا يصح الا فى الثلث

ومما ذكرنا يظهر فساد توهم كونه محولا على الوصية كما ذهب اليه فى

التنقيح قال بعد قول المصنف فى النافع : و كذا لو قال له عمر ك لم تبطل بموت المالك مال ما لفظه هذا قول الاكثر . لانه عقد منجز مع صحة العاقد فلم تبطل بموته ، وقال ابن الجنيد ان كانت العين تقصر عن الثلث لم يكن للمورثة اخراج الساكن ، وان زادت كان لهم ذلك ، محتجاً برواية خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام و ليس فيها دلالة على أن المالك اسكنه فى حياته فتحمل على الوصية مع أن فى فقهما اضطراباً ، لان العين اذا لم تنتقل الى المعمر لادجه لتقويمها فان كان ولا بد تقوم المنفعة انتهى

قوله و ليس فيه دلالة على ان المالك اسكنه فى حياته ولا يخفى ما فى فساده فلا كلام فى الوصية مع ان الوصية بقدر الثلث ممضاة لا يزيد والر رواية بينت و شرحت ذلك و انه لو كانت قيمة الدار ازيد من الثلث ليس لورثة الساكن شىء فلا يصح الوصية بما زاد عن الثلث

وقوله ليس فيها دلالة الخ كيف لا يكون فيها دلالة على ان المالك اسكنه اليس فى قوله عن رجل جعل سكنى داره مدة حياته دلالة على ان المالك اسكنه مع ان العبارة صريحة فيه اى رجل جعل سكنى داره للساكن فيها فمات الساكن بعد السكونة والعبارة صريحة بحيث لا يمكن بغير لفظها بيانها و الاضاف انه عجب منه مع ان الكلام ليس فى الوصية بل صدر عن المالك عمل السكنى والامام عليه السلام حكم بالصحة لو كان بقدر الثلث فيكون منافعتها فى اختيار الساكن ما بقى و بعد فوته يخرج الورثة عن تحت يده الدار و يصرفون عينها فى الثلث الممورث

وعلى هذا لا يتم رواية الواردة فى السكنى والعمرى والتحبس الا فيما لا يضرر على الورثة بحال فينحصر الصحة فيما اذا كانت الثلاثة غير زائد عن حياة المالك بحيث لا يضرر على الورثة شيئاً تدبر فلا يتم العبارات المطلقة بالنسبة عمر الساكن فضلاً عن عقبه الا فيما ذكرناه ولا يعارضها المطلقات بعد كونها معارضة بجميع ما دل على الارث .

قال فى الحدائق ما هذا لفظه لاختلاف بين الاصحاب فى أنه لو قرن السكنى بعمر المالك ثم مات الساكن قبل المالك فإنه ينتقل الحق الى وراثته مدة حياة المالك ، كغيره من الحقوق والأموال التى يرثها الوارث ، انما الخلاف فيما لو قرنت بعمر المعمر و هو الساكن ثم مات المالك قبله ، فالمشهور أنه لا يجوز لورثة المالك ازعاج المعمر و اخراجه مادام حياً ، لأن الأصل فى العقد اللزوم وهو قد استحق بالعقد المنفعة مدة حياته ، حيث أنها قرنت بعمره الى ان قال

وذهب ابن الجنيد الى تفصيل فى ذلك ، فقال : اذا أراد ورثة المالك اخراج الساكن بعد موت المالك نظر الى قيمة الدار ، فان كانت تحيط بثلث الميت لم يكن لهم اخراجه ، وان كان ينقص عنها كان ذلك لهم .

ويدل على ما ذهب اليه الخبر السادس حيث فصل فيه كما ذكره ، قال الشيخ فى كتابى الأخبار بعد ايراد الخبر المذكور ما تضمن هذا الخبر من قوله « يعنى صاحب الدار . فإنه غلط من الراوى و وهم منه فى التأويل ، لأن الأحكام التى ذكرها بعد ذلك انما تصح اذا كان قد جعل السكنى حياة من جعل له السكنى فحينئذ يقوم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه الى ان قال :

واما اذا جعل السكنى حياة صاحب الدار فإنه يبطل السكنى بموته ولم يحتج الى تقويمه واعتبار الثلث وربما أدهم هذا الكلام منه موافقته لابن الجنيد مما ذهب اليه ، الا أن الظاهر أنه انما أراد به بيان بطلان هذا التأويل ، بناء على ما اشتملت عليه الرواية من هذا الحكم الى ان قال :

ومن ذلك يظهر أن العمل على القول المشهور لتأييده بما قدمناه من الاخبار انتهى غير خفى ان رواية البجلي حيث كانت على خلاف المشهور و خلاف سائر الروايات كان هم الاصحاب بردها وعدم العمل بها فوردوا عليها باضطراب المتن او جهالة روايته و صاحب الحدائق بان هذا التفصيل يناسب حال مرض الموت لاحال الصحة فزعم ان المالك فى اسكان داره فى مقام الوصية وغفل عن ان مقام

الاسكان اجنبى عن مقام الوصاية .

الحمد لله اولاً وآخراً مادام بقائه وخلوده .

هذا تمام الكلام فى كتاب الوقف وبقى منها بعض الفروع ولكن خوف

مجيء الاجل منعنى من تفصيل اكثر فانى فى اوان السفر الى الله .

ويتلوه انشاء الله احكام الهبات فى مجلد اثنى وثلثين وقد وقع

الفراغ من تسويد ما فى هذه الاوراق بيد الحقير العاصى

محمد رضا بن الحسين المشتهر بالمحقق

غفر الله له ولوالديه بحق محمد وآله الطاهرين

فى يوم العشرين من ربيع الاول سنة ١٤١١

مطابقاً لسنة ١٣٦٩ وارجو من اخوانى

المؤمنين وعباده الصالحين ان

يسئل الله تعالى فى اتمام

جميع المجلدات

وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

فهرس الكتاب

الصفحة	العنوان
٣	كتاب الاجارة
٥	فى ان الاجارة هى المعنى التى يتحقق من العقد اى الايجاب والقبول
١١	فى لزوم ايجاب والقبول
١٣	فى عدم بطلان الاجارة الا بالتقابل
١٥	فى ان الاجارة لا تبطل بالبيع
١٩	فى بطلان الاجارة بالموت وعدمه
٣٧	فى دلالة خبر الهمدانى على عدم البطلان
٤٣	فى ان العين المستأجرة امانة
٤٥	فى صحة اشتراط الضمان فى الاجارة
٤٧	فى عدم ثبوت خيار المجلس فى الاجارة
٥١	فىما اذا كان فى الاجرة عيب
٥٣	فى دلالة خبر الهمدانى على عدم البطلان
٥٥	فى اشتراط نقص الاجرة على تقدير عدم الحمل فى الوقت المعين
٦٣	فى ان الشروط هل يوجب التعليق اولا
٦٩	فى قول الموجر آجرتك كل شهر بكذا

الصفحة	العنوان
٧٧	كراهة الاستيجار قبل ان يقاطع على الاجرة
٨١	فى لزوم كون المنفعة معلومة
٨٣	فى تملك المنافع بنفس العقد
٨٥	فى اشتراط مدة الاجارة
١١١	فى عدم جواز الاجارة للزوجة اذا لم يأذن الزوج لها
١١٣	فى جواز اجارة مكان للصلاة فيه وجواز اجارة الدراهم والدينار
١١٧	فيما لو تجاوز عن مقدار الحمل والسير
١١٩	فى لزوم كون المنفعة مباحة
١٢١	لزوم ان المنفعة مقدورة ولا تصححه الضميمة
١٢٣	فيما لو غصب الغاصب العين
١٢٧	فيما لو كان فى العين المستأجرة عيب
١٢٩	فيما لو تعدى فى العين المستأجرة ضمن
١٣١	فى كراهة من تقبل عمل بالاكثر وتقبل غيره بالانقص
١٣٥	فى ضمان تلف العين فى ايدى الصناع وعدمه
١٤٧	فى ان من استأجر اجيراً لا يكون نفقته عليه
١٤٩	فى عدم ضمان الحمامى لمال من دخل فيه
١٥١	فى اجارة الصبى مدة يدخل فيه بلوغه
١٥٣	فى لزوم الاجرة فى كل ما امر به المالك
١٥٥	فيما يدخل فى الاجارة
١٥٧	فى لزوم الايجاب والقبول فيها
١٥٨	كتاب الوكالة
١٥٩	فى الدليل على ثبوت الوكالة

الصفحة	العنوان
١٦٣	فى تأخر القبول عن الايجاب
١٦٥	فى اشتراط التنجيز فى العقد
١٦٧	كون الو كالة من العقود الجائزة
١٦٩	فى انزال الو كيل بالعزل
١٨٧	فى ان الو كالة تبطل بالموت
١٨٩	فىما لو انكر المو كل اذنه للو كيل
١٩٧	فى ان الو كالة فى البيع يقتضى تسليم المبيع
١٩٩	فىما لا يصح فيه النيابة
٢٠٣	فىما يعتبر فى المو كل
٢٠٥	فى وصية من بلغ عشرين
٢٠٩	فى صحة الو كالة فى طلاق الغائب والحاضر
٢١١	فى ان الارتداد والكفر صانع عن الو كالة
٢١٣	فى عدم صحة و كالة الزوجة فى طلاق نفسها
٢١٥	فى فروعات الو كالة
٢١٧	فىما و كل المو كل اثنين
٢٢١	فىمن و كل زوجته ثم طلقها او باعها
٢٢٣	فروعات الشهادة بالو كالة وتصديق الغريم الو كيل
٢٢٥	ما يثبت به الو كالة
٢٣٥	فى مو كل اذن لو كيله فى اتخاذ و كيل آخر
٢٣٧	انه لو تعدى الو كيل فى مال المو كل ضمن
٢٣٩	فى ان اذن البيع للو كيل يعم الاذن لنفس الو كيل
٢٤٥	فى مو كل اذن لو كيله فى اتخاذ و كيل آخر

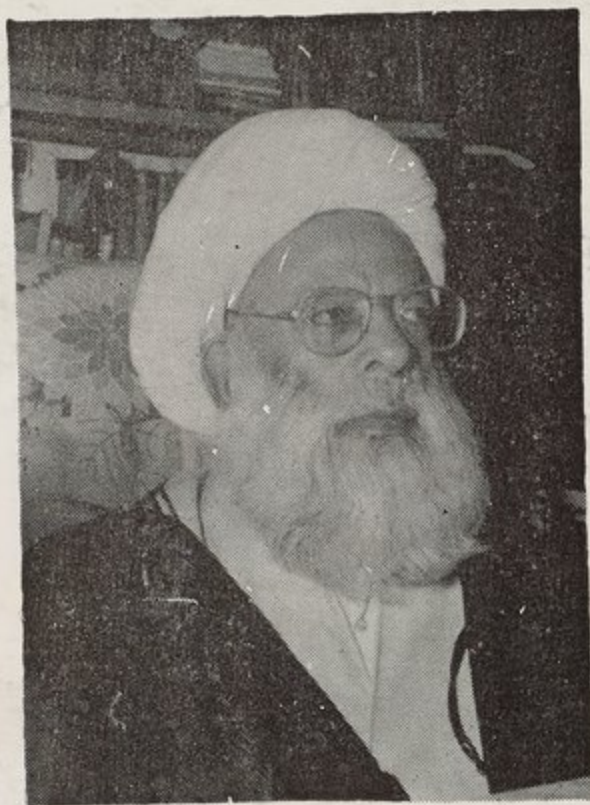
الصفحة	العنوان
٢٤٩	فيما زوج امرأة بالو كالة فانكر الو كالة
٢٥٥	فيما زوج امرأة بالو كالة فانكر الولاية
٢٥٧	في ان الو كيل هو المتمعين لاخذ ثمن المبيع لاالموكل
٢٥٩	فيما تقبل الشهادة وفيما لا تقبل
٢٦١	فيما وكله بقبض دينه فانكر الموكل قبضه
٢٦٥	كتاب الوقوف والصدقات
٢٦٥	في تعريف الوقف
٢٦٩	في عدم اعتبار القبول في الوقف
٢٧٣	في ان القبض من شرائط اللزوم دون الصحة
٢٧٩	فيما لو وقف في مرض الموت
٢٨١	في انه يشترط في الموقوف ان تكون عيناً
٢٨٥	في جواز جعل الواقف تولية وناظراً لوقفه
٢٨٩	فيما يتعلق بالتولية
٢٩٥	في شرائط الموقوف عليه وعدم صحة الوقف للحمل
٢٩٧	فيما دل على بطلان الوقف المنقطع الاول
٣٠٣	في ان الوقف بالنسبة الى جامع الشرائط صحيح
٣١٣	في صحة الوقف للمجهات
٣١٧	في عدم الوقف على التوراة والانجيل
٣٢٣	فيما يتعلق بالقطعية والواقفية
٣٢٥	فيما لو وقف على الجيران
٣٢٧	فيما اذا وقف على الجهة
٣٢٩	فيما لو وقف على وجوه البر

الصفحة	العنوان
٣٣١	فى بعض الفروع
٣٣٥	فى نقل كلام شارح المفاتيح
٣٣٧	فيما يستفاد من الصحيحين
٣٣٩	فى اشتراط الدوام فى الوقف
٣٤٧	فى ان المال بعد انقراض الموقوف عليه يصرف فى وجوه البر
٣٤٩	فى اضطراب الاصحاب فى الاقوال الثلاثة
٣٥٥	فى بعض فروع الوقف
٣٥٧	جواز اشتراط الوقف ادارة معاشه وعدمه من الموقوفة
٣٦١	فيما لو شرط عوده اليه عند الحاجة
٣٦٧	لو شرط اخراج من يريد او يدخل
٣٧١	فى اللواحق
٣٧٥	فى الفروع الراجعة الى العبيد
٣٧٩	فى بعض فروع آخر
٣٨٣	فى جواز بيع الوقف فى الموارد المعينة وعدمه
٣٨٩	فى نقل كلمات القوم على ما فى مكاسب الشيخ
٣٩١	فى نقل الاقوال فى بيع الوقف وعدمه
٣٩٣	فى مجوزات بيع الوقف
٣٩٧	فى ادلة جواز البيع وعدمه
٤٠٣	فيما يرد على روايات الباب
٤١٧	فيما يرد على جواز بيع الوقف وعدمه
٤١٩	فى نقل كلمات شيخنا المرتضى
٤٣١	فى جواز بيع النخلة المنقلة وعدمه

الصفحة	العنوان
٤٣٥	فى بطلان اجارة الوقف بموت البطن الاول
٤٣٧	فىما يتعلق بانه موقوفة
٤٤٣	فىما يتعلق بالصدقة
٤٤٦	كتاب السكنى والعمرى والحبس
٤٤٧	فىما يتعلق بالسكنى وعمرى
٤٥٧	فىما لو اطلق المالك ولم يمين مقدار السكونة
٤٦١	الكلام فى بطلان السكنى والعمرى بالبيع والاجارة وعدمه
٤٦٥	اطلاق السكنى طاهرة فى السكونة لنفسه لامع الاجنبى
٤٧٣	فى احكام الحبس
٤٧٧	فى الحبس على الآدمى
٤٧٩	فى ان العقد بدون تعيين جائز
٤٨١	فى ان العقد بدون التعمين جائز
٤٨٣	فى ان الوقف المنقطع لآخر حبس
٤٨٥	فى عدم صحة الحبس على عمر الساكن
٤٩٥	فهرس الكتاب



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
July - Sept. 1995
We're Quality Bound



تمثال مبارک حضرت آیة الہ العظمیٰ جناب قاضی حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب خجائت الفقہ