

التَّحْقِيقُ لَا سِتْرَ لَيْسَ عَلَى

تَحْرِيرُ الْوَسِيلَةِ

المجلد الخامس

تحقيق

السيد مرقضى سيدنا برهمي وجواد فاضل الحضائري

لَوْ تَمَرَّ الْعَامُ لَكَرَى آيَةُ اللَّهِ عَلَى الشَّكِيِّ

مجموعه آثار آية الله علی الشکی

(۱۳۴۰-۱۳۴۸ ق)

۲۷

نہایت



سرشناسه : مشکینی ادهیلی، علی، ۱۳۰۰ - ۱۳۸۶.
 هتوان و نام پدید آور : التعليقه الاستدلالیه علی تحریرالوسيله / علی المشکینی
 تحقیق الشیدمرنضی سیدابراهیمی و جوادفاضل البخشایشی
 عنوان قراردادی : تحریرالوسيله. شرح
 مشخصات نشر : قم : موسسه دارالحدیث العلمیه و الثقافیه، مرکز للطباعه والنشر، ۱۴۳۴ق. = ۱۳۹۲.
 مشخصات ظاهری : ج.
 فروست : مجموعه آثار آیه الله علی المشکینی قدس سره، ۳۷
 ISBN(8c1): 978 - 964 - 493 - 709 . 5
 ISBN: 978 - 964 - 493 - 734 . 7

وضعیت فهرست نویسی : فیبا
 موضوع : خمینی، روح الله، رهبر وبنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، ۱۲۷۹ - ۱۳۶۸
 تحریرالوسيله -- نقد و تفسیر
 موضوع : فقه جعفری -- رساله عملیه
 شناسه افزوده : سیدابراهیمی، سیدمرنضی
 شناسه افزوده : جوادفاضل البخشایشی
 شناسه افزوده : موسسه علمی - فرهنگی دارالحدیث، سازمان چاپ و نشر
 رده بندی کنگره : ۲۹۷۵ - ۳۰۲۸خ/۹۱ BP
 رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲۲
 شماره کتابشناسی ملی : ۳۳۳۷۹۱

مَجْمُوعَةُ نَافَرِ آيَةِ اللَّهِ عَلَى الشَّيْكِ

التَّحْقِيقُ لَشَيْخِ الشَّيْخِ

تَحْرِيرُ الْوَسِيلَةِ

الْمَجْلَدُ الْخَامِسُ

شبكة كتب الشيعة

تحقيق

السيد مرتضى السيد الزاهد وجماعة أهل البيت

لَوْ تَمَّ الْعَامِلُ لَوْ كَسَى آيَةَ اللَّهِ عَلَى الشَّيْكِ

shiaabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

التعليقة الاستدلالية على تحرير الوسيلة / ج ٥

آية الله على المشيقي

تحقيق: السيد مرتضى سيد ابراهيمي و جواد فاضل البغشاي

المقابلة المطبعية: حيدر الوائلي، مهدي الجوهري

نضد الحروف: محمد كطران كشمير (أبولنور)

الإخراج الفني: السيد علي موسى كيا

الناشر: دار الحديث للطباعة والنشر

الطبعة: الأولى، ١٤٣٥ ق / ١٣٩٣ ش

المطبعة: دار الحديث

الكمية: ١٠٠٠

الذمن: ٢٥٠٠٠ تومان



ایران: قم المقدسة، شارع معلم، الرقم، ١٢٥ هاتف: ٣٧٧٤٠٥٤٥ - ٣٧٧٤٠٥٢٣ - ٢٥

<http://darolhadith.ir>

ISBN(set): ٩78 - 964 - 493 - 709 - 5

darolhadith.20@gmail.com

ISBN: ٩78 - 964 - 493 - 734 - 7

* جميع الحقوق محفوظة للناشر *

كتاب المكاسب والمتاجر

وهي أنواع كثيرة نذكر جلّها والمسائل المتعلقة به في طيّ الكتاب.

مقدمة تشتمل على مسائل

(مسألة ١): لا يجوز التكبّس بالأعيان النجسة بجميع أنواعها - على إشكال في المموم، لكن لا يترك الاحتياط^(١) فيها - بالبيع والشراء وجعلها ثمناً في البيع، وأجرة في الإجارة، وعوضاً للعمل في الجمالة، بل مطلق المعاوضة عليها؛ ولو يجعلها مهراً، أو عوضاً في

كتاب المكاسب والمتاجر

وهي أنواع، نذكر جلّها وجلّ أحكامها في ضمن مسائل:

الأدلة

(١) قيل^١: لعدم الخلاف في ذلك، ولحرمتها، ولنجاستها، ولعدم الانتفاع بها منفعة محلّلة مقصودة.

ولرواية «تحف العقول»: «أو شيء من وجوه النجس (أي الأعيان النجسة)، فهذا كلّهُ حرام محزم؛ لأنّ ذلك كلّهُ منهجٌّ عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلّب فيه، فجميع تقلّبه في ذلك حرام»^٢.

١. راجع: جواهر الكلام ٢٢: ٨ - ١٤.

٢. تحف العقول: ٣٣١؛ وسائل الشريعة ١٧: ٨٤. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

الخلع ونحو ذلك، بل لا يجوز هبتها^(٢) والصالح عليها بلا عوض. بل لا يجوز التكبسب بها ولو كانت لها منفعة محللة مقصودة، كالتمسيد في العذرة. ويستثنى من ذلك، المصير^(٣) المغلي قبل ذهاب ثلثيه بناءً على نجاسته، والكافر بجميع أقسامه، حتى المرتد عن فطرة

ولحديث «دعائم الإسلام» عن الصادق عليه السلام: «وما كان محرماً أصله منهياً عنه لم يجز بيعه ولا شراؤه»^١.

ولقوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ»^٢، أي: جميع انتفاعاتها ولا فارق بينهما وغيرهما. ولقوله تعالى: «إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْفَيْسُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْوَاجُ مِنْ غُلِّ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ»^٣، فيدل على اجتناب كل رجس وهو نجس العين، ولقوله تعالى: «وَالرَّجْزُ فَاقْصِرْ»^٤، أي: عن جميع انتفاعاته، ولكن في الجميع إشكال فصلناه في محله.

(٢) لإطلاق ما سمعت من الأدلة: وللتصريح بها في رواية علي بن شعبة^٥، وكذا فيما كانت له منفعة محللة.

(٣) لكونه مالاً عرفاً قابلاً للطهارة جازر الانتفاع به؛ ولرواية «التحفة»: «وكمل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات. فهذا كله حلال بيعه وشراؤه وإسماكه واستعماله وهبته وعاريته»^٦.

ومنها خبر «الدعائم»^٧، مع أن الأقوى طهارته كما سيجيء، فلا خدشة فيه.

١. دعائم الإسلام ٢: ١٩ / ٢٣؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٦٥. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ٢.

٢. المائدة (٥): ٣.

٣. المائدة (٥): ٩٠.

٤. المدثر (٧٤): ٥.

٥. راجع: تحف العقول: ٣٣٣؛ وسائل النعمة ١٧: ٨٤. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

٦. تحف العقول: ٣٣١؛ وسائل النعمة ١٧: ٨٤. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

٧. راجع: دعائم الإسلام ٢: ١٨ - ١٩ / ٢٣؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٦٥. كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ٢.

على الأقوى، وكلب الصيد يل والماشية والزرع^(٤) والبستان والدور.

(مسألة ٣): الأعيان النجسة - عدا ما استثنى - وإن لم يعامل معها شرعاً معاملة الأموال، لكن لمن كانت هي في يده وتحت استيلائه حق اختصاص متعلق بها ناشئ: إما من حيازتها، أو من كون أصلها ماله، ونحو ذلك، كما إذا مات حيوان له قصار ميتة، أو صار عنه خمرأ. وهذا الحق قابل للانتقال إلى الغير بالإرث وغيره، ولا يجوز لأحد التصرف فيها بلا إذن صاحب الحق، فيصح أن يصالح عليه بلا عوض، لكن جعله عوضاً لا يخلو من إشكال، بل لا يبعد دخوله في الاكتساب المحظور. نعم، لو بذل له مالاً ليرفع يده عنها ويعرض فيحوزها الباذل، سلم من الإشكال، نظير بذل المال لمن سبق إلى مكان من الأمكنة المشتركة - كالمسجد والمدرسة - ليرفع يده عنه، فيسكن الباذل.

(مسألة ٣): لا إشكال^(٥) في.....

(٤) مقتضى إطلاق الأخبار عدم جواز بيع غير الصيد من الكلاب، ففي الباب الرابع عشر من أبواب ما يكتسب به من «الوسائل» تسعة أحاديث سبعة، منها صحاح وحسان تدلّ على عدم الجواز. والتاسع مرسل الشيخ: «تدلّ على الجواز، قال: «يجوز بيع كلب الصيد»، وروي: «أنّ كلب الماشية والعائط مثل ذلك»^١. فجعلوا المرسل بعد جبرها بالشهرة الحاصلة بعد الشيخ: «فتوى أكثر المتأخرين بالجواز مخصصة للصحاح ومقيّدة لإطلاقها.

لكن الأحوط عدم البيع، ونقل الثمن بعنوان الهبة وأخذ المثلث مجّاناً، ولا فرق - حينئذٍ - بين أقسام الكلاب غير الهراش.

(٥) لطهارته من غير الكلب والخنزير، ووجود النفع المعتدّ به المحلّ فيه، فهو مال قابل للمبادلة بلا إشكال. فيشملة أدلة البيع والتجارة، ويدلّ على الحكم أخبار الباب السابع والثلاثون من أبواب ما يكتسب به من «الوسائل»، فراجع.

جواز بيع^(٦) ما لا تحلّه الحياة من أجزاء الميتة؛ ممّا كانت له منفعة محلّلة مقصودة، كشرها وصوفها، بل ولبنها إن قلنا بطهارته، وفي جواز بيع الميتة الطاهرة - كالسمك ونحوه - إذا كانت له منفعة ولو من دهنه، إشكال لا يترك الاحتياط.

(مسألة ٤): لا إشكال في جواز بيع الأرواث إذا كانت لها منفعة. وأمّا الأبوال الطاهرة فلا إشكال في جواز بيع بول الإبل، وأمّا غيره ففيه إشكال، لا يبعد الجواز لو كانت له منفعة محلّلة مقصودة.

(مسألة ٥): لا إشكال في جواز بيع المتنجّس القابل للتطهير، وكذا غير القابل له إذا جاز الانتفاع به مع وصف نجاسته في حال الاختيار، كالدهن المتنجّس الذي يمكن الانتفاع به بالإسراج وطلي السفن، والصبيغ والطين المتنجّسين، والصايون ونحو ذلك. وأمّا ما لا يقبل التطهير، وكان جواز الانتفاع به متوقفاً على طهارته - كالسكنجبين النجس ونحوه - فلا يجوز بيعه والمعاوضة عليه.

(مسألة ٦): لا بأس ببيع الترياق المشتمل على لحوم الأفاعي مع عدم ثبوت أنّها من ذوات الأنفس السائلات ومع استهلاكها فيه - كما هو الغالب بل المتعارف - جاز استعماله ويستفاد به. وأمّا المشتمل على الخمر فلا يجوز بيعه^(٧)؛ لعدم قابليته للتطهير، وعدم حلّية الانتفاع به مع وصف النجاسة حال الاختيار الذي هو المدار لا الجواز عند الاضطرار.

(مسألة ٧): يجوز بيع الهرّة^(٨) ويحلّ ثمنها بلا إشكال، وأمّا غيرها من أنواع السباع،

(٦) لعلمه لإطلاق الأخبار الشاملة للميتة الطاهرة والنجسة، لكن الظاهر انصرافها إلى النجسة، مع أنّ مقتضى البيع فيها موجود والمانع مفقود بعد القول بالانصراف^١.

(٧) لعدم ماليّته بعد ورود النهي عن الانتفاع به؛ ولقوله ﷺ في رواية «التحف»: «ولأنّ ذلك محرّم أكله وشربه ولبسه وإسكاه... إلى آخره».

(٨) لكون الجميع مالاً والمنفعة محلّلة مقصودة. فتشمل عناوين نقلها الأدلّة مع دلالة

فالظاهر جوازه إذا كان ذا منفعة محللة مقصودة عند العقلاء. وكذا الحشرات، بل المسوخ أيضاً إذا كانت كذلك. فهذا هو المدار في جميع الأنواع، فلا إشكال لي ببيع العلق الذي يمتص الدم الفاسد، ودود القز، ونحل العسل وإن كانت من الحشرات، وكذا القيل الذي يتفح بظهره وعظمه وإن كان من المoux.

(مسألة ٨) : يحرم^(٩) بيع كل ما كان آلة للحرام؛ بحيث كانت منفعته المقصودة متحصرة فيه، مثل آلات اللهو كالعبدان والمزامير والبرابيط ونحوها، وآلات القمار كالترد والشطرنج

الصحيحة على الجواز في خصوص الهرة: قال^(١٠): «لا بأس بضمن الهرة»^١.
(٩) الكلام هنا في حرمة التكتسب بها بالبيع ونحوه، وأما حرمة استعمالها تكليفاً، وحرمة المال المستفاد منها، وحكم صنعها وأخذ الأجرة عليها، فلم يتعرض لها هنا وإن كان الحريّ التعرض لها أيضاً.
ثم إن الدليل على المطلب عدم المالية لها - حينئذٍ - فيكون أكل المال في قبالة أكلا له بالباطل.

ولقوله^(١١): «إن الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»^٢، فإن المراد بتحريم الشيء تحريم جميع منافعه المعتد بها.

ولقوله^(١٢) في رواية «التحف»: «وكل أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه، أو يكون فيه وجه من وجوه الفساد إلى آخره... وكلّ منهى عنه ممّا يتقرّب به لغير الله... إلى آخره»^٣ وسيأتي معنى اللهو وآلاته إن شاء الله تعالى.

ولقول الباقر^(١٣) في ذيل قوله تعالى: «فاجتنبوه» قيل: يارسول الله، وما الميسر؟ قال^(١٤): «كل ما تقوم به حتى الكعاب والجوز»^٤. والاجتناب المطلق يشمل البيع أيضاً.

١. وسائل الشريعة ١٧: ١١٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ١٤، الحديث ٣.

٢. عوالي اللآلي ٢: ١١٠ / ٣٠١، كنز العمال ٤: ٨٠ / ٩٦٢١.

٣. تحف العقول ٢٣٣: وسائل الشريعة ١٧: ٨٤، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ١٧: ١٦٥، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٥، الحديث ٤.

ونحوهما، وكما يحرم بيعها وشرائها يحرم صنعها^(١١) والأجرة عليها، بل يجب كسرها^(١٢) وتغيير هيئتها. نعم، يجوز بيع مادتها من الخشب والصفر - مثلاً - بعد الكسر، بل قبله أيضاً إذا اشترط على المشتري كسرها، أو بيع المادة ممن يثق به أنه يكسرها. ومع عدم ما ذكر ففيه إشكال. ويجوز بيع أواني^(١٣) الذهب والفضة للتزيين والاقتناء.

(مسألة ٩): الدراهم الخارجة عن الاعتبار، أو المنشوشة المعمولة لأجل غش الناس، تحرم المعاملة بها^(١٤) وجعلها عوضاً أو مَوْضُوعاً في المعاملات مع جهل من تدلّع إليه، بل

(١٠) لكونها معاونة على الإثم والعدوان، وتشجيعاً للفاحشة، وأمرًا بالمنكر وإفساداً في الأرض.

ولقوله ﷺ في رواية «التحف»: «إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها مما يجيء منه الفساد محضاً - إلى أن قال -: فحرام تعليمه وتعلّمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه وجميع التقبّل فيه...»^١.

(١١) لأنّها مادة الفساد، فلا يحبّها الله فيجب قلعها، وللنهي عن المنكر ردعاً عن شيوع الفاحشة.

(١٢) إذ المستفاد من الأدلة حرمة استعمالها في الأكل والشرب وغيرهما، وأمّا الحفاظ والاقتناء فلا. فراجع «الوسائل»، أبواب النجاسات، الباب الخامس والستون والسادس والستون وما بعدهما.

(١٣) لأنّه لا مالاية لها، فأخذ العوض بأزائها أكلٌ للمال بالباطل بالمعاملة حرام مع العلم باطله مطلقاً إلا بمقدار قيمة مادتها، وأمّا وجوب إتلافها: فلأنّها سبب للغش ومادة للفساد المبغوض فيجب قطعها.

ولرواية «التحف»: «وأنّ الحرام كلّ ما فيه فساد ممّا نهي عنه أو شيء فيه وجه فساد» و«كلّ منهى عنه ممّا يقوّي الكفر أو يوهن الحقّ»^٢.

١. تحف العقول: ٣٣٥ - ٣٣٦؛ وسائل الشريعة ١٧: ٨٥، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

٢. تحف العقول: ٣٣٣؛ وسائل الشريعة ١٧: ٨٤، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢، الحديث ١.

مع علمه وإطلاعه أيضاً على الأحوال لو لم يكن الأقوى إلا إذا وقعت المعاملة على مادتها، واشترط على المتعامل كسرها، أو كان موثقاً به في الكسر؛ إذ لا يبعد وجوب إتلافها ولو بكسرها؛ دفعاً لمادة الفساد.

(مسألة ١٠): يحرم بيع العنب^(١٤) والتمر ليعمل خمرًا، والخشب - مثلاً - ليعمل صنماً أو آلة للهو أو القمار ونحو ذلك؛ وذلك إما بذكر صرفه في المحرم والالتزام به في العقد، أو تواطئهما على ذلك؛ ولو بأن يقول المشتري لصاحب العنب مثلاً: يعني من العنب لأعمله خمرًا، فباعه. وكذا تحرم إجارة المساكن ليأجر ويحز في الخمر، أو ليعمل فيها بعض المحرمات، وإجارة السفن أو الحمولة لحمل الخمر وشبهها بأحد الوجهين المتقدمين. وكما يحرم البيع والإجارة فيما ذكر يفسدان أيضاً، فلا يحل له الثمن والأجرة، وكذا بيع الخشب

(١٤) المسألة تنقسم إلى ثلاث مسائل:

الأولى: وبيع الشيء لأن يعمل منه الحرام مع اشتراطه في ضمن العقد.
الثانية: يبيعه لذلك مع التباي عليه قلباً.

الثالثة: يبيعه مع علمهما بذلك فقط بدون الاشتراط لفظاً أو قلباً، ومثله الإجارة فيما يستأجر للحرام.

أما الأولين، فلا إشكال في حرمة البيع والإجارة؛ لكونهما - حينئذٍ - معاونة على الإثم، ولأن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه، وإقداماً للفساد وإشاعة للفاحشة.

وأما الفساد، فليكون أخذ العوض - حينئذٍ - أكلاً للمال بالباطل.

وأما الأخيرة: ففيها صحاح كثيرة تدل على الجواز، وأخرى قليلة تدل على عدمه. والفصل بينهما بحمل الأولى على بيع العنب والتمر، والثانية على بيع الخشب ليعمل صنماً أو آلة للحرام، كما هو مفاد أخبار الطرفين قول فصل كما اختاره الشيخ^١، ومع ذلك فالمسألة تحتاج إلى تأمل.

لمن يعلم أنه يجعله صليباً أو صنماً، بل وكذا بيع العنب والتمر والخشب ممن يعلم أنه يجعلها خمراً وآلة للقمار والبرابط، وإجارة المساكن لمن يعلم أنه يعمل فيها ما ذكر أو يبيعها وأمثال ذلك؛ في وجه قوي. والمسألة من جهة التصوص مُشكلة جداً، والظاهر أنها معللة. (مسألة ١١): يحرم بيع السلاح^(١٥) من أعداء الدين حال مقاتلتهم مع المسلمين، بل حال مبايحتهم معهم بحيث يخاف منهم عليهم، وأما في حال الهدنة معهم، أو زمان وقوع الحرب بين أنفسهم ومقاتلة بعضهم مع بعض؛ فلا بد في بيعه من مراعاة مصالح الإسلام والمسلمين ومقتضيات اليوم، والأمر فيه موكول إلى نظر والي المسلمين، وليس لغيره الاستبداد بذلك. ويلحق بالكفار من بعادي الفرقة الحقّة من سائر الفرق المسلمة، ولا يبعد التعدي إلى قطاع الطريق وأنسابهم، بل لا يبعد التعدي من بيع السلاح إلى بيع غيره لهم؛ ممّا يكون سبباً لتقويتهم على أهل الحق، كالزاد والراحلة والحصولة ونحوها. (مسألة ١٢): يحرم تصوير^(١٦) ذوات الأرواح من الإنسان والحيوان إذا كانت الصورة

(١٥) لكونه معاون على الإثم فيحرم، ولكونه ممّا يقوّى به الكفر والشرك ويوهن به الحق فيبطل.

ولأخبار كثيرة في الباب الثامن من «الوسائل».

وبعد التأمل في ملاك الحكم المقطوع به من الأدلّة، وملاحظة ظاهر قوله ﷺ: «حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج والسلاح»^١ وقوله ﷺ: «فمن حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو شرك»^٢ يظهر عدم الفرق بين الكفار والمسلم المعاند للحق، وبين من يقود جيشاً نحو المسلمين وقطاع الطريق، والطائفة المتجربة به إذا قصدوا إضرار المسلمين وفتك أفرادهم وإزالة الدولة الإسلامية.

(١٦) في الباب الرابع والتسعون من أبواب ما يكتسب به، عشرة روايات، الصحاح منها مخدوش الدلالة، والصرّاح منها مخدوش السند، لكن عدم الخلاف فيما إذا كانت الصور

١. وسائل الشيعة ١٧: ١٠٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٨، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ١٠٢، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٨، الحديث ٢.

مجسمة، كالمعمولة من الأحجار والفلزات والأخشاب ونحوها. والأقوى جوازه مع عدم^(١٧) التجسيم وإن كان الأحوط تركه. ويجوز تصوير غير ذوات الأرواح، كالأشجار والأوراد ونحوها ولو مع التجسيم، ولا فرق بين أنحاء التصوير من النقش والتخطيط والتطريز والحك وغير ذلك. ويجوز التصوير المتداول في زماننا بالآلات المتداولة، بل الظاهر أنه ليس من التصوير. وكما يحرم عمل التصوير من ذوات الأرواح مجسمة، يحرم التكسب به وأخذ الأجرة عليه. هذا كله في عمل الصور. وأما بيعها واقتناؤها واستعمالها والنظر إليها، فالأقوى جواز ذلك كله حتى المجسمات. نعم، يكره اقتناؤها وإمسакها في البيت.

(مسألة ١٣): الغناء حرام^(١٨) فعله وسماعه والتكسب به،

مجسمة يوجب تعيين دخولها تحت الأدلة وإن كان ظاهرها الأعم من كون التمثال مجسماً أو غير مجسم، كصحيح الحلبي: «لا بأس بالتمثيل ما لم يكن شيئاً من الحيوان» فيدل بالمفهوم، وقوله ﷺ: «من صور صورة حيوان يعذب حتى ينفخ فيها». وأما الجواز في غير الروحاني: فمن أصالة الإباحة تدل الأخبار الخاصة عليه أيضاً مثل الصحيحة السابقة.

(١٧) لمدة أخبار:

منها: ظاهر صحيح يعقوب بن يزيد: «من صور صورة حيوان يعذب حتى ينفخ فيها»^١، ولا خدشة فيه إلا احتمال كون النفخ قرينة على أن الصورة مجسمة وهو كما ترى. (١٨) للإجماع والكتاب، والصالح من الأدلة، وحيث إنه لا تعرض في الأدلة لمفهومه فتشخيص موضوعه أصعب من حكمه.

أما الموضوع: فاللازم أخذ المتيقن من معانيه وتعريفه، فيدخل المصداق المشكوك فيه تحت أصالة البراءة، والظاهر أن المتيقن منه الجامع للقيود المذكورة في المتن، وهو المشتمل على ثلاثة قيود أو قيدين: الترجيع والإطراب، فيدخل ما فيه مدّ وما ليس فيه مدّ،

وليس هو مجرد^(١٩) تحسين الصوت، بل هو مدّه وترجيعة بكيفية خاصّة مطرية، تناسب مجالس اللّهُو ومحافل الطرب وآلات اللّهُو والملاهي، ولا فرق بين استعماله في كلام حقٍّ؛ من قراءة القرآن والدعاء والمريّة، وغيره من شعر أو نثر، بل يتضاعف عقابه لو استعمله فيما

ولعلّه أطرب ممّا فيه المدّ.

وأما الدليل على الحرمة تكليفاً فعلاً وسماعاً روايات الباب التاسع والتسعون من أبواب ما يكتسب به، من «الوسائل».

ففي صحيح الشّحام، في قوله تعالى: ﴿وَأَجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^١ قال: «هو الغناء»^٢. وفي صحيح أبي الصباح، في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾^٣ قال: «هو الغناء»^٤.

وفي صحيح محدّد بن مسلم: «الغناء ممّا وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾»^٥، فتدلّ على الحرمة وبطلان التكتّب به ونحوها غيرها. (١٩) قيل^٦: إنّ الشرط في تحقّق ماهيّة الغناء مضافاً إلى ما ذكر من القيود كون الكلام أيضاً باطلاً لنواً، فلا يتحقّق في القرآن ونحوه.

لكن الظاهر بشهادة العرف عدم شرط ذلك، فاسأل أهل العرف تجدهم بصراء بذلك.

١. الحجّ (٢٢): ٣٠.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٣، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩، الحديث ٢.

٣. الفرقان (٢٥): ٧٢.

٤. وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٤، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩، الحديث ٣.

٥. لقمان (٣١): ٦.

٦. وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٩٩، الحديث ٦.

٧. مفتاح الكرامة ١٢: ١٧٢ - ١٧٣: مسند الشيعة ١٤، ١٢٨، ١٢٩: جواهر الكلام ٢٢: ٤٤، المكاسب (ضمن

تراث الشيخ الأعظم) ١: ٢٩٨ - ٣٠٧.

يقطع به الله تعالى . نعم ، قد يستثنى ^(٢٠) خفاء المغنيات في الأعراس ، وهو غير بعيد . ولا يترك الاحتياط بالانقصار على زف العرائس والمجلس الممد له مقدماً ومؤخراً ، لا مطلق المجالس ، بل الأحوط الاجتناب مطلقاً .

(مسألة ١٤) : معونة الظالمين ^(٢١) في ظلمهم بل في كل محرم حرام بلا إشكال ، بل ورد

(٢٠) على المشهور ^١ : لعدة أخبار في الباب الخامس عشر من أبواب ما يكتسب به .

منها : قوله عليه السلام : «والتي تدعى إلى الأعراس ليس به بأس» ^٢ .

وقول الصادق عليه السلام : «أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس ، وليست بالتي يدخل عليها الرجال» ^٣ .

فيدل على حلية كسبها أيضاً ، مع شمول أدلة الصحة .

ثم إن ظاهر الأدلة عدم مقارنة معصية أخرى بها ، كدخول الأجانب ، واستعمال ما يحرم ذاتاً من آلات اللهو والأشربة المحرمة ، كما أنها تختص بزف العرائس ولا تعم مطلق المجالس .

(٢١) هنا مسائل أربع : الإعانة على الظلم ، والدخول في زمرة أعوان الظالم ، وأخذ الأجرة لذلك ، والعمل للظالم - أحياناً - فيما لا يرتبط بظلمهم . والثلاثة الأول كبيرة موبقة . أما الأولى : فبالأدلة الأربعة ، قال تعالى : «وَلَا تَقَافُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْفُدُوتِ» ^٤ ، وفي الباب الثاني والأربعون من أبواب ما يكتسب به من «الوسائل» صحاح صراح ، تدل على الأحكام الثلاثة :

ففي صحيح أبي بصير : سئل الصادق عليه السلام عن أعمالهم ؟ قال عليه السلام : «لا ولا مدة بقلم» ^٥ .

١ . مفتاح الكرامة ١٢ : ١٧٣ - ١٧٤ : مستند الشيعة ١٤ : ١٤١ ، جواهر الكلام ٢٢ : ٤٨ - ٤٩ .

٢ . وسائل الشيعة ١٧ : ١٢٠ ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٥ ، الحديث ١ .

٣ . وسائل الشيعة ١٧ : ١٢١ ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، الباب ١٥ ، الحديث ٣ .

٤ . المائدة (٥) : ٢ .

٥ . وسائل الشيعة ١٧ : ١٧٩ ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، الباب ٤٢ ، الحديث ٥ .

عن النبي ﷺ أنه قال: «من مشى إلى ظالم ليعينه وهو يعلم أنه ظالم، فقد خرج من الإسلام»، وعنه ﷺ: «إذا كان يوم القيامة ينادي مناد: أين الظلمة وأعوان الظلمة؛ حتى من يرى لهم قلماً، ولاق لهم دواة؟ قال: «فيجتمعون في تابوت من حديد ثم يُرمى بهم في جهنم». وأما معونتهم في غير^(٢٢) المحرمات، فالظاهر جوازها ما لم يُعدَّ من أعوانهم وحواشيهم والمنسويين إليهم. ولم يكن اسمه مقيداً في دفترهم ودوانهم، ولم يكن ذلك موجباً لازدياد شوكتهم وقوتهم.

(مسألة ١٥): يحرم حفظ كتب^(٢٣) الضلال ونسخها وقراءتها ودرسها وتدريسها؛ إن لم

وقال ﷺ: «إن أعوان الظلمة يوم القيامة في سرادق من نار»، وقال ﷺ: «من سؤد اسمه في ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيراً»،^٢ فراجع الباب الثاني والأربعون والثالث والأربعون والرابع والأربعون يتضح لك عظم ذنب العمل.

(٢٢) قد توهم^٣ أن ظاهر بعض الأخبار الحرم. لكن الإنصاف أن بعضها ظاهر في الكراهة وبعضها في التحذير عن القرب من الظالم، لئلا يقع في الحرام أو لئلا يشرب في قلبه حبه من غير اختيار ونحو ذلك.

(٢٣) للمسألة موضوع وحكم ودليل:

أما الموضوع؛ فالمراد بالحفظ: كل ما له دخل في بقاء المطالب المضلّة ممّا مثل به في المعلن وغيره. وأما الضلال، فهل يراد به الباطل في نفسه نظير كتب القصص الباطلة، أو ما يحصل به الإضلال والانحراف من جهة العقائد أو الأخلاق أو العمل؟ الظاهر هو الثاني وإن كان الأوّل أيضاً باطلاً لا مالبته له وجاز إتلافه.

وأما الكتب، فلا خصوصية فيها، بل كلّ ما يحفظ تلك المطالب من الأوراق والمسجلات والتصاویر وأنواع المخترعات الحافظ للأشياء بصورتها أو صورتها وغير

١. وسائل الشريعة ١٧: ١٧٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٤٢، الحديث ٦.

٢. وسائل الشريعة ١٧: ١٨٠، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٤٢، الحديث ٩.

٣. الحقائق الناضرة ١٨: ١١٨ - ١١٩؛ رياض المسائل ٨: ٧٩ - ١٨٠ مستند الشريعة ١٤: ١٥٤.

يكن غرض صحيح في ذلك، كأن يكون قاصداً لنقضها وإبطالها، وكان أهلاً لذلك ومأموناً من الضلال. وأما مجرد الاطلاع على مطالبها، فليس من الأغراض الصحيحة المجوزة لحفظها لغالب الناس؛ من العوام الذين يخشى عليهم الضلال والزلل، فاللازم على أمثالهم التجنب عن الكتب المشتملة على ما يخالف عقائد المسلمين، خصوصاً ما اشتمل منها على شبهات ومغالطات عجوزا عن حلها ودفعها، ولا يجوز لهم شراؤها وإسكانها وحفظها، بل يجب عليهم إتلافها.

(مسألة ١٦): عمل السحر وتعليمه^(٢٤) وتعلمه والتكسب به حرام. والمراد به ما يعمل

ذلك، ولعله يمكن التعدي من الكتب إلى كل ما يكون سبباً للإضرار في جهة من الجهات الثلاث، كبيع الأشجار التي يحسبون لها قداسة، والمزار الذي علم عدم انتسابها إلى مؤمن صالح أو علم انتسابها إلى شخص غير صالح ونحو ذلك.

وأما الحفظ، فليس المراد حفظها بظهر الغيب والدرس والتدريس والطبع والنشر. وبالجملة: كل ما له دخل في بقاء المطالب المضلة أو الأعيان المفسدة، فقط بحيث يحصل التخلص عن الحرمة بترك التعرض لهذه الأمور، بل المراد إتلافها وإعدامها مهما أمكن.

وأما الدليل، فلعدم الخلاف^١ في ذلك؛ ولحكم العقل بوجوب قطع مادة الفساد؛ ولأنه نهى عن المنكر عملاً ولغير ذلك. وأما فيما استثناه في المتن، فلعدم شمول الأدلة لها قطعاً، فأصالة الحل محكم بل قد يكون واجباً.

(٢٤) للمسألة موضوع وحكم ودليل ولواحق:

أما الموضوع؛ فالأحسن في تفسيره أن يقال: إن السحر كلام أو كتابة أو عمل خاص له أثر عجيب يحسبه الرائي خرقاً للعادة، ومن ذلك تأثيره في بدن المسحور أو قلبه أو عقله. وأما حكمه؛ فقد ادعى^٢ الإجماع على حرمة، بل ادعى بعض^٣ الضرورة، وأن مستحلّه كافر.

١. مفتاح الكرامة ١٢: ٢٠٥؛ مستند الشيعة ١٤: ١٥٧؛ جواهر الكلام ٢٢: ٥٦.

٢. مفتاح الكرامة ١٢: ٢٢٦؛ مستند الشيعة ١٤: ١١١؛ جواهر الكلام ٢٢: ٧٥. المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ١: ٢٦٦.

٣. مفتاح الكرامة ١٢: ٢٢٦؛ جواهر الكلام ٢٢: ٧٥؛ المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ١: ٢٦٥.

من كتابة أو تكلم أو دخنة أو تصوير أو نفث أو عقد ونحو ذلك يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله، فيؤثر في إحضاره أو إقامته أو إضعافه أو تحييبه أو تبغيضه ونحو ذلك.

ويلحق بذلك استخدام الملائكة، وإحضار الجنّ وتسخيرهم، وإحضار الأرواح وتسخيرها، وأمثال ذلك. بل يلحق به - أو يكون منه - الشعبة: وهي إراءة غير الواقع واقعاً بسبب الحركة السريعة.

وكذلك الكهانة^(٢٥): وهي تعاطي الأخبار عن الكائنات في مستقبل الزمان؛ بزعم أنه يلقي إليه الأخبار عنها بعض الجنّ، أو يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات وأسباب يستدل بها على مواقعها.

ولأخبار كثيرة:

منها: خبر السكوني: «ساحر المسلمين يُقتل .. وأنّ السحر والشرك مقرونان»^١، لكن روايات الباب كلّها مخدوشة. فالحقّ أنّه إن أضرّ بنفس إنسان أو حيوان أو جنّ أو ملك ممّن نهي عن إضراره فهو حرام، وإلاّ ففيه تأمل.

(٢٥) هي الأخبار عن الكائنات في المستقبل بدعوى أخذها من الأجنّة أو استنتاجها من مقدمات خفيفة موصلة، ودليلها عدم الخلاف^٢ في حرمتها؛ ولأخبار كثيرة:

منها: «من تكهن أو تكهن له، فقد برئ من دين محمد ﷺ»^٣.

وصحيح الهيثم: «من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدّقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل الله من كتاب»^٤.

١. وسائل الشيعة ١٢: ١٤٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢٥، الحديث ٢.

٢. مفتاح الكرامة ١٢: ٢٤١، جواهر الكلام ٢٢: ٩٠. مستند الشيعة ١٤: ١١٦، المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٢: ٣٧.

٣. وسائل الشيعة ١٢: ١٤٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٦، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ١٢: ١٥٠، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٣٦، الحديث ٣.

والقيافة: وهي الاستناد إلى علامات خاصة^(٢٦) في إلحاق بعض الناس ببعض، وسلب بعض عن بعض؛ على خلاف ما جعله الشارع ميزاناً للإلحاق وعدمه؛ من القراش وعدمه. والتنجيم: وهو الإخبار على البتّ والجزم عن حوادث الكون؛ من الرخص والفلاء والجذب والخصب وكثرة الأمطار وقلتها، وغير ذلك من الخير والشرّ والنفع والضرر؛ مستنداً إلى الحركات الفلكية والنظرات والاتصالات الكوكبية؛ معتقداً تأثيرها في هذا العالم على نحو الاستقلال أو الاشتراك مع الله - تعالى عما يقول الظالمون - دون مطلق التأثير؛ ولو بإعطاء الله تعالى إياها إذا كان عن دليل قطعي. وليس منه الإخبار عن الخسوف والكسوف والأهلة واقتران الكواكب وانفصالها، بعد كونه ناشئاً عن أصول وقواعد سديدة، والخطأ الواقع منهم أحياناً ناشئ من الخطأ في الحساب وإعمال القواعد، كسائر العلوم.

(مسألة ١٧): يحرم الفسّ^(٢٧) بما يخفى في البيع والشراء، كشوب اللبن بالماء، وخلط

(٢٦) أي بتشابه خلقي أو خلقي، ويدلّ عليه دعوى الاتفاق بل الإجماع^١؛ وقول النبي ﷺ: «من أتى العرفاء وصدّقه، فقد برئ ممّا أنزل الله»^٢.

وفي آخر عن الصادق عليه السلام: «ما أحبّ أن تأتيهم»^٣.

(٢٧) لا خلاف^٤ فيه، والأخبار به متواترة؛ ففي صحيح هشام، في التمر: «ليس من المسلمين من غشهم»^٥، وصحيحه الآخر: «إنّ البيع في الظلال غشّ يحرم»^٦ وغيرها من الباب. وعدم بطلان البيع، لأنّه يعدّ عيناً معيّناً، وفي غير الجنس يبطل؛ لأنّ ما قصد بالبيع لم يكن موجوداً وما كان موجوداً لم يكن مقصوداً.

١. مضاع الكرامة ١٢: ٢٦٩؛ مستند الشيعة ١٤: ١١٧، جواهر الكلام ٢٢: ٩٢؛ المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٢: ٧.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ١٤٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢٦، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٧: ١٤٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٢٦، الحديث ٢.

٤. مفتاح الكرامة ١٢: ١٨٨؛ مستند الشيعة ١٤: ١٦٨، جواهر الكلام ٢٢: ١١١.

٥. وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٦، الحديث ١ و ٢.

٦. وسائل الشيعة ١٧: ٢٨٠، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٦، الحديث ٣.

الطعام الجيد بالرديء، ومزج الدهن بالشحم أو بالدهن النباتي، ونحو ذلك؛ من دون إعلام. ولا يفسد المعاملة به وإن حرم فعله، وأوجب الخيار للطرف بعد الاطلاع. نعم، لو كان النش باظهار الشيء على خلاف جنسه - كبيع المموء على أنه ذهب أو فضة ونحو ذلك - فسد أصل المعاملة.

(مسألة ١٨): يحرم أخذ الأجرة على ما يجب^(٢٨) عليه فعله عيناً، بل ولو كفايياً على الأحوط فيه، كتفصيل الموتى وتكفينهم ودفنهم. نعم، لو كان الواجب توصلياً - كالدفن - ولم يبدل المال لأجل أصل العمل، بل لاختيار عمل خاص، لا بأس به، فالمحرّم أخذ الأجرة لأصل الدفن. وأمّا لو اختار الولي مكاناً خاصاً وقبراً مخصوصاً، وأعطى المال لحفر ذلك المكان الخاص، فالظاهر أنه لا بأس به. كما لا بأس بأخذ الطيب للأجرة للحضور

وأما النش بما لا يخفى، كخلط الأرض بالحنطة، والتمر النضوج بغيره، فلا حرمة فيه.

(٢٨) استدلل على ذلك بالوجوه التالية :

الأول: إنّ عمل المسلم ليس بمال قبل المعاملة عليه والإيجاب أسقط حرمة المعاملة. الثاني: إنّ سلطان الشخص ساقط عن عمله الواجب لإجباره عليه. فأخذ المال في قبالة أكمل له بالباطل.

الثالث: إنّ مقهوريته سلبت عند تصرّفه، وإمكان بذله للغير كالمحجور.

الرابع: إنّ إيجابه جعله ملكاً لله، فلا يملك للغير ثانياً.

الخامس: أنّه لما كان لا بدّ أن يوجد، قبذل المال في مقابلته لغو.

السادس: أنّه يشترط أن يعود نفع العمل المستأجر عليه إلى المستأجر، وأن يكون راجعاً إلى نفس العامل.

السابع: إنّ ذلك منافٍ لقصد القرية المعتبرة في العبادة.

ولا يخفى عليك الخدشة في الجبل أو الكلّ، ومع ذلك فالأحوط لزوماً العمل بما في المتن. راجع الباب التاسع والعشرون واللباب الثلاثين من أبواب ما يكتسب به. وقد يتعرّض للمسألة في الأذان، وقراءة القرآن، والقضاء بين الناس، وجهاد النفس.

عند المريض؛ وإن أشكل أخذها لأصل المعالجة؛ وإن كان الأقوى جوازه. ولو كان العمل تعدياً يشترط فيه التقرب - كالتفصيل - فلا يجوز أخذها عليه على أي حال. نعم، لا بأس بأخذها على بعض الأمور غير الواجبة كما تقدم في غسل الميت. ومما يجب على الإنسان تعليم مسائل الحلال والحرام، فلا يجوز أخذها عليه، وأما تعليم القرآن، فضلاً عن غيره من الكتابة وقراءة الخط وغير ذلك، فلا بأس بأخذها عليه. والمراد بالواجبات المذكورة ما وجب على نفس الأجير. وأما ما وجب على غيره ولا يعتبر فيه المباشرة، فلا بأس بأخذ الأجرة عليه؛ حتى في العبادات التي يشرع فيها النيابة، فلا بأس بالاستجار للأموال في العبادات كالحيج والصوم والصلاة.

(مسألة ١٩): يكره^(٢٩) اتخاذ بيع الصرف والأكفان والطعام حرفة، وكذا بيع الرقيق؛ فإن شر الناس من باع الناس، وكذا اتخاذ الذبح والتحر صنعة، وكذا صنعة الحياكة والحجامة، وكذا التكسب^(٣٠) بضراب الفحل؛ بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمرة والمرة المعينة أو

(٢٩) ففي موثق إسحاق عن الصادق عليه السلام، في السؤال عن ولده: قلت: جعلت فداك، في أي الأعمال أضعه؟ قال عليه السلام: «إذا عزلته عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت، لا تسلمه صيرفياً فإن الصيرفي لا يسلم من الزبا، ولا تسلم يتاع أكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوياء إذا كان، ولا تسلمه يتاع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار، ولا تسلمه جزاراً فإن الجزار تسلب منه الرحمة، ولا تسلمه نخاساً فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: شر الناس من باع الناس»^١. وفي خبر ابن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إني أعطيت خالتي غلاماً ونهيتها أن تجعله قصاباً أو حجّاماً أو صائغاً»^٢.

(٣٠) عن الصدوق عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن عسيب الفحل؛ وهو أجر الضراب»^٣. قال في «المسالك»: «ولا بد من ضبطه بالمرة والمرة أو بالمدة، ولو دفع إليه صاحب

١. وسائل الشريعة ١٧: ١٣٥، كتاب التجارة. أبواب ما يكتسب به، الباب ٢١، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٧: ١٣٦، كتاب التجارة. أبواب ما يكتسب به، الباب ٢١، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ١١١، كتاب التجارة. أبواب ما يكتسب به، الباب ١٢، الحديث ٣.

بالمدة أو بغير الإجارة. نعم، لا بأس بأخذ الهدية والمعطية لذلك.

(مسألة ٢٠): لا ريب في أنّ التكبّب وتحصيل المعيشة بالكذب والتمب محبوب عند الله تعالى، وقد ورد عن النبي ﷺ والأئمة  الحث والترغيب عليه مطلقاً، وعلى خصوص التجارة والزراعة واقتناء الأغنام والبقر روايات كثيرة. نعم، ورد النهي عن إكثار الإبل.

(مسألة ٢١): يجب على كلّ من يباشر التجارة وسائر أنواع التكسّب، تعلّم أحكامها والمسائل المتعلقة بها؛ ليعرف صحيحها عن فاسدها، ويسلم من الريا. والقدر اللازم أن يكون عالماً - ولو عن تقليد - بحكم التجارة والمعاملة التي يوقمها حين إيقاعها، بل ولو بعد إيقاعها إذا كان الشك في الصحة والفساد فقط، وأمّا إذا اشتبه حكمها من جهة الحرمة والحلية - لا من جهة مجرد الصحة والفساد - بجب الاجتناب عنها، كموارد الشك في أنّ المعاملة ربوية؛ بناءً على حرمة نفس المعاملة أيضاً، كما هو كذلك على الأحوط.

(مسألة ٢٢): للتجارة والتكسّب آداب مستحبة ومكروهة:

أما المستحبة: فأهمّها: الإجمال في الطلب والاقتصاد فيه؛ بحيث لا يكون مضيقاً ولا حريصاً.

ومنها: إقالة النادم ^(٣١) في البيع والشراء لو استقاله.

الدابة على جهة الهدية أو الكرامة فلا كراهة^١. ولعلّه استفاده من كلمة أجر الضراب في الرواية.

(٣١) فعن بعضهم : «إن رسول الله ﷺ لم يأذن لحكيم بن حزام في تجارته حتّى ضمن له إقالة النادم، وإنظار المعسر، وأخذ الحقّ وافيّاً أو غير وافي^٢».

عن الصادق : «أيّما عبداً أقال مسلماً في بيع؛ أقاله الله عشرته يوم القيامة»^٣.

عن أبي عبد الله : «أربعة ينظر الله إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً، أو أعات لهفان،

١. مالك الأتھام ٣: ١٣٤.

٢. وسائل الشريعة ٢٧: ٣٨٦، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٦، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣، الحديث ٢.

ومنها: التسوية بين المتبايعين^(٣٢) في السعر، فلا يفرق بين المماكس وغيره؛ بأن يقلل الثمن للأول ويزيده للثاني. نعم، لا بأس بالفرق بسبب الفضل والدين ونحو ذلك ظاهراً.
ومنها: أن يقبض^(٣٣) لنفسه ناقصاً ويعطي راجحاً.
وأما المكروهة: فأمر:
منها: مدح البائع^(٣٤) لمتاعه.
ومنها: ذم المشتري لما يشتريه.

أو أعتق نسمة، أو زوج عزياً^١.

(٣٢) عن الصادق عليه السلام: في رجل يبيع للمساكت بسعر وللماكس بأزيد منه؟ قال عليه السلام: «لا يعجبني إلا أن يبيعه يبيعاً واحداً»^٢.

(٣٣) عن الصادق عليه السلام قال: «مر أمير المؤمنين عليه السلام على جارية قد اشترت لحماً من قصاب وهي تقول: زدني، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: زدها فإنها أعظم للبركة»^٣.
قال الصادق عليه السلام: «لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان»^٤.

(٣٤) عن الصادق عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الرِّبَا، والحلف، وكتمان العيب، والحمد إذا باع، والذم إذا اشترى»^٥.
وعن أحمد بن محمد بن عيسى رفعه «كان أبو أمامة صاحب رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: أربع من كنَّ فيه طاب مكسبه: إذا اشترى لم يعب، وإذا باع لم يحمد، ولا يدلس، وفيما بين ذلك لا يحلف»^٦.

١. وسائل الشريعة ١٧: ٢٨٧، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣، الحديث ٥.

٢. وسائل الشريعة ١٧: ٣٩٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ١١، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ٣٩٢، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٧، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ١٧: ٣٩٢، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٧، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٣، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٢، الحديث ٢.

٦. وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٤، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٢، الحديث ٣.

ومنها: اليمين صادقاً^(٣٥) على البيع والشراء.

ومنها: البيع في موضع^(٣٦) يستتر فيه العيب.

ومنها: الربح على المؤمن^(٣٧) إلا مع الضرورة، أو كان الشراء للتجارة، أو كان اشتراؤه

للمتاع أكثر من مائة درهم، فإن ربح قوت اليوم منه غير مكروه.

ومنها: الربح على من وعده^(٣٨) بالإحسان إلا مع الضرورة.

(٣٥) قال أمير المؤمنين عليه السلام: «يا معاشر السماسرة! أقلوا الأيمان فإِنَّهَا منقفة للسلمة،

مصحفة للربح»^١.

عن أبي الحسن موسى عليه السلام: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم: أحدهم رجل اتَّخَذَ الله بضاعة لا

يشترى إلا يمين، ولا يبيع إلا يمين»^٢.

(٣٦) قال أبو الحسن الأول عليه السلام: «البيع في ظلال غش، والغش لا يحل»^٣.

(٣٧) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ربح المؤمن على المؤمن ربا إلا أن يشتري بأكثر من مائة

درهم، فاربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجارة، فاربحوا عليهم وأرفقوا بهم»^٤.

في حديث قال: سألت عن الخير الذي روي: إن ربح المؤمن على المؤمن ربا، ما هو؟

فقال عليه السلام: «ذاك إذا ظهر الحق وقام قائمتنا أهل البيت، فأما اليوم فلا بأس بأن يبيع من الأخ

المؤمن وتربح عليه»^٥.

(٣٨) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «إذا قال الرجل للرجل: هلم أحسن بيعك.

يحرم عليه الربح»^٦.

١. وسائل الشيعة ١٧: ٤١٩، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٢٥، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٤١٩، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٢٥، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٧: ٤٦٦، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٥٨، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ١٧: ٣٩٦، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ١٠، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٧: ٣٩٧، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ١٠، الحديث ٤.

٦. وسائل الشيعة ١٧: ٣٩٥، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٩، الحديث ١.

ومنها: السوم ما بين الطلوعين (٣٩).

ومنها: الدخول في السوق (٤٠) أولاً والخروج منه آخراً.

ومنها: مبايعة الأدينين الذين لا يبالون بما قالوا وما قيل لهم.

ومنها: التمرض للكيل (٤١) أو الوزن أو العد أو المساحة إذا لم يحسنه.

ومنها: الاستحطاط (٤٢) من الثمن بعد العقد.

(٣٩) في الخبر مرفوعاً: «نهى رسول الله ﷺ عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس»^١.

(٤٠) عن أبي جعفر عليه السلام عن آبائه عليه السلام قال رسول الله ﷺ لجبرئيل عليه السلام: «أي البقاع أحب إلى الله تعالى؟ قال: المساجد، وأحب أهلها إلى الله أولهم دخولاً وآخرهم خروجاً، منها، قال: فأَيُّ البقاع أبغض إلى الله؟ قال: الأسواق، وأبغض أهلها إليه أولهم دخولاً إليها وآخرهم خروجاً منها»^٢.

قال رسول الله ﷺ: «شرُّ بقاع الأرض الأسواق، وهي ميدان إبليس، يغدو برايته، ويضع كرسيه، ويبث ذريته، فبين مطلقٍ لي قفيزٍ، أو سارقٍ في ذراع، أو كاذبٍ في سلعة، فيقول: عليكم برجل مات أبوه وأبوكم حيٌّ. فلا يزال مع ذلك أول داخل وآخر خارج»^٣.

(٤١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل من نيتته الوفاء وهو إذا كان لم يحسن أن يكيل؟ قال عليه السلام: «فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون: لا يوفي، قال عليه السلام: «هذا ممن لا ينبغي له أن يكيل»^٤.

(٤٢) نهى رسول الله ﷺ عن الاستحطاط بعد الضمنة^٥.

١. وسائل الشريعة ١٧: ٣٩٩، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ١٢، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٧: ٤٦٩، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٦٠، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ٤٦٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٦٠، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ١٧: ٣٩٤، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٨، الحديث ١.

٥. وفي نسخة: «الصفقة».

٦. وسائل الشريعة ١٧: ٤٥٢، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٤، الحديث ١.

ومنها: الدخول في سوم^(٤٣) المؤمن على الأظهر. وقيل بالحرمة. ولا يكون منه الزيادة فيما إذا كان المبيع في المزايدة.

ومنها: تلقى الرُكبان^(٤٤) والقوافل واستقبالهم للبيع عليهم أو الشراء منهم قبل وصولهم إلى البلد. وقيل: يحرم وإن صَحَّ البيع والشراء، وهو الأحوط وإن كان الأظهر الكراهة. وإنما يكره بشروط:

أحدها: كون الخروج بقصد ذلك.

ثانيها: تحقق مسمى الخروج من البلد.

ثالثها: أن يكون دون الأربعة فراسخ، فلو تلقى في الأربعة فصاعداً لم يثبت الحكم، بل هو سفر تجارة. والأقوى عدم اعتبار كون الركب جاهلاً بسعر البلد. وهل يعم الحكم غير البيع والشراء، كالإجارة ونحوها؟ وجهان.

(مسألة ٢٣): يحرم الاحتكار، وهو حبس الطعام^(٤٥) وجمعه يترتب به القلاء: مع

(٤٣) عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليه السلام، في حديث المناهي، قال: «ونهى رسول الله ﷺ أن

يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم»^١.

(٤٤) قال أبو عبدالله عليه السلام: «لا تلق، فإن رسول الله ﷺ نهى عن التلقى»^٢.

وعن أبي جعفر عليه السلام، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتلقى أحدكم تجارةً خارجاً من

المصر»^٣.

(٤٥) الأخبار في ذلك كثيرة، حملها بعض الأصحاب على الكراهة وبعضهم^٤ على

الحرمة، في خصوص الغلات الأربع، وثالث أضاف السمن والزيت، والأظهر حرمة في

١. وسائل الشيعة ١٧: ٤٥٩، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٩، الحديث ٣.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٢، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣٦، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٤، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣٦، الحديث ٥.

٤. مفتاح الكرامة ١٢: ٣٥٢، مستند الشيعة ١٤: ٤٥، جواهر الكلام ٢٢: ٤٧٧-٤٧٨.

٥. مفتاح الكرامة ١٢: ٣٥٢، مستند الشيعة ١٤: ٤٥، جواهر الكلام ٢٢: ٤٧٧.

ضرورة المسلمين وحاجتهم وعدم وجود من يبدلهم قدر كفايتهم. نعم، مجرد حبس الطعام انتظاراً لعلو السعر مع عدم ضرورة الناس ووجود البازل، ليس بحرام وإن كان مكروهاً. ولو حبسه في زمان الغلاء لصرفه في حوائجه لا للبيع فلا حرمة فيه ولا كراهة. والأقوى عدم تحققه إلا في الغلات الأربع والسمن والزيت. نعم، هو أمر مرغوب عنه في مطلق ما يحتاج إليه الناس، لكن لا يثبت لغير ما ذكر أحكام الاحتكار. ويُجبر المحتكر^(٤٦) على البيع، ولا يعين عليه السعر على الأحوط، بل له أن يبيع بما شاء إلا إذا أجحف، فيجبر على النزول من دون تسعير عليه، ومع عدم تعيينه يمين الحاكم بما يرى المصلحة.

(مسألة ٢٤): لا يجوز مع الاختيار^(٤٧) الدخول في الولايات والمناصب والأشغال من

كل ما يحتاج إليه الناس في معيشتهم لمن حاز أكثر من حاجته، والناس إليه مضطرون، فراجع أخبار الباب السابع والعشرون من أبواب آداب التجارة.

(٤٦) كما عن مولاي علي عليه السلام: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله ﷺ منع منه، وليكن البيع بيعاً سمحاً يمازِين عدل واسعاً، لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع. فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل وعاقب من غير إسراف»^١ وظاهره جواز التسعير.

(٤٧) الكلام إما في نفس قبول الولاية والغصب، أو في العمل الصادر تحت عنوانها، وكل منهما: إما أن يكون حلالاً بذاته أو حراماً، وعلى تقدير الحرمة: إما أن يجبر الشخص أو يدخل في ذلك باختياريه، وعلى التقديرين: إما أن يوفق على فعل أو ترك مشروع واجب أهم من الدخول، أو لا.

لا إشكال في عدم جواز الدخول اختياراً فيما إذا لم يصدر منه أمر واجب أهم، ولا إشكال في جوازه فيما يترتب عليها من إتلاف مال أو إضرار شخص، إذا كان أقل ممّا يترتب على متصدّي الولاية أو مساوياً له أو زائداً عليه قليلاً. كما لا إشكال في الحرمة إذا كان ذلك كثيراً مجحفاً، كإتلاف أموال طائفة، وإيادة وسائل عيشتهم وسبي حريمهم، ونحو ذلك نظير الحرمة فيما إذا انجز إلى قتل أحد، فإنه لا تقيّة في الدماء، ويجوز الدخول فيما

قبل الجائر؛ وإن كان أصل الشغل مشروعاً مع قطع النظر عن تولّيه من قبله، كجباية الخراج، وجمع الزكاة، وتولّي المناصب الجندية والأمنية، وحكومة البلاد ونحو ذلك، فضلاً عما كان غير مشروع في نفسه، كأخذ العشور والمكوس وغير ذلك من أنواع الظلم المبتدعة. نعم، يسوّغ كلّ ذلك مع الجبر والإكراه؛ بإلزام من يُخشى من التخلف عن إلزامه على نفسه أو عرضه أو ماله المعتدّ به، إلّا في الدماء المحترمة، بل في إطلاقه بالنسبة إلى تولّي بعض أنواع الظلم، كهتك أعراض طائفة من المسلمين ونهب أموالهم وسبي نساءهم وإيقاعهم في الحرج، مع خوفه على عرضه ببعض مراتبه الضعيفة، أو على ماله إذا لم يقع في الحرج. بل مطلقاً في بعضها، إشكال بل منع، ويسوّغ خصوص القسم الأول - وهو الدخول في الولاية على أمر مشروع في نفسه - القيام بمصالح المسلمين وإخوانه في الدين، بل لو كان دخوله فيها يقصد الإحسان إلى المؤمنين ودفع الضرر عنهم كان راجحاً، بل ربما بلغ الدخول في بعض المناصب والأشغال لبعض الأشخاص أحياناً إلى حدّ الوجوب، كما إذا تمكّن شخص بسببه من دفع مفسدة دينية، أو المنع عن بعض المنكرات الشرعية مثلاً، ومع ذلك فيها خطرات كثيرة إلّا لمن عصمه الله تعالى.

(مسألة ٢٥) : ما يأخذه الحكومة^(٤٨) من الضريبة على الأراضي مع شرائطها - جنساً أو

إذا قدر على القيام بمصالح الإسلام والمسلمين جوازاً بالمعنى الأعمّ، فقد يكون واجباً وقد يكون مستحباً.

(٤٨) المسألة تختص بالضريبة المسماة عندنا بـ«الماليات» التي تؤخذ من رقبة الأرض ومن الأشجار، والظاهر اختصاصها بأرض الخراج المسلّط عليها السلطان الجائر المسلم، كما هو الظاهر عند عدّة من الأصحاب، وإن احتمل بعضهم شمول الحكم لمطلق الأراضي حتّى الأنفال، وليس للمأخوذ قدر معيّن بل ما تراضى عليه السلطان والعمّال. ويشترط في جريان الحكم أمور ثلاثة:

الأول: معلومية كون الأرض خراجية، والثاني: كون الفتح بإذن الإمام العادل، والثالث: كون الأرض محيية حال الفتح. وحيثنذ: فلو فرض تحقق الموضوع في زماننا

نقداً - وعلى التخييل والأشجار، يعامل معها معاملة ما يأخذه السلطان العادل، فيبرأ ذمة الدافع عما كان عليه من الخراج الذي هو أجرة الأرض الخراجية، ويجوز لكل أحد شراؤه وأخذه مجاناً وبالموض، والتصرف فيه بأنواع التصرف، بل لو لم يأخذه الحكومة وحوّل شخصاً على من عليه الخراج بمقدار، فدفعه إلى المحتال يحلّ له، وثبراً ذمة المحال عليه عما عليه، لكن الأحوط خصوصاً في مثل هذه الأزمنة، رجوع من ينتفع بهذه الأراضي ويتصرف فيها في أمر خراجها وكذلك من يصل إليه من هذه الأموال شيء، إلى حاكم الشرع أيضاً - والظاهر أن حكم السلطان المؤلف كالمخالف - وإن كان الاحتياط بالرجوع إلى الحاكم في الأول أشد.

(مسألة ٣٦): يجوز لكل أحد أن يتقبل الأراضي الخراجية، ويضمتها من الحكومة بشيء، ويتنفع بها بنفسه بزرع أو غرس أو غيره، أو يقبلها ويضمها لغيره ولو بالزيادة؛ على كراهية في هذه الصورة، إلا أن يحدث فيها حدثاً كحفر نهر، أو عمل فيها بما يمين المستأجر، بل الأحوط ترك التقبيل بالزيادة إلا معه.

هذا، فالحكم كما في المتن، لكن الظاهر أن الأمر لا يخرج عن الفرض والتقدير، فراجع أبواب ما يكتسب به من «الوسائل»، الباب الثاني والخمسون والثالث والخمسون.

كتاب البيع

(مسألة ١) : عقد البيع يحتاج إلى إيجاب وقبول، وقد يستغني بالإيجاب عن القبول، كما إذا وكل^(١) المشتري أو البائع صاحبه في البيع والشراء، أو وكلًا ثالثاً، فيقول: «بعت هذا بهذا»، فإن الأقوى عدم الاحتياج حينئذٍ إلى القبول. والأقوى عدم اعتبار^(٢) العربية، بل يقع بكل لغة ولو مع إمكان العربي. كما أنه لا يعتبر فيه الصراحة، بل يقع بكل لفظ دال على المقصود عند أهل المحاوراة، كـ «بعت» و «ملكت» ونحوهما في الإيجاب، و «قبلت» و «اشتريت» و «ابتمت» ونحو ذلك في القبول. والظاهر عدم اعتبار الماضوية، فيجوز بالمضارع، وإن كان أحوط. ولا يعتبر فيه عدم اللحن من حيث المادة والهيئة والإعراب؛ إذا كان دالاً على المقصود عند أبناء المحاوراة، وعُدّ ملحوناً منه لا كلاماً آخر ذكر في هذا المقام، كما إذا قال: «بعت» بفتح الباء أو يكسر العين وسكون التاء، وأولى بذلك، اللغات المحرّفة.

كتاب البيع

(١) وكما في عقد النكاح إذا أجراه ولي الطرفين، كقوله: زوّجت بنت ابني ابن ابني ابني الآخر. أو أجراه أحد الزوجين وكالة عن الآخر، فقال: زوّجت موكلتي نفسي على الصداق، والنكاح والبيع ونحوهما قد تكون عقداً وقد تكون إيقاعاً.

(٢) لشمول العمومات من قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ و «بِجَارَةٍ عَنْ شَرايِصٍ»^٢ وغيرها، كل ما يسمى عقداً وتجارة عرفاً، سواء لوحظت فيها الأمور الخمسة الآتية أم لا.

كالمتداولة بين أهل السواد ومن ضاهاهم.

(مسألة ٢): الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بمثل «أشترت» و«ابتعت»؛ إذا أُريد به إنشاء الشراء، لا المعنى المطاوعى، ولا يجوز بمثل «قبلت» و«رضيت». وأمّا إذا كان بنحو الأمر والاستيجاب، كما إذا قال من يريد الشراء: بعني الشيء الفلاني بكذا، فقال البائع: بعته بكذا، فالظاهر الصحة وإن كان الأحوط إعادة المشتري القبول.

(مسألة ٣): يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؛ بمعنى عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان العقد والمعاقدة، ولا يضر القليل؛ بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب.

(مسألة ٤): يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا - بأن أوجب البائع على وجه خاص؛ من حيث المشتري أو المبيع أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، وقبل المشتري على وجه آخر - لم ينعقد. فلو قال البائع: بعث هذا من موكلتك بكذا، فقال الوكيل: اشتريته لنفسى، لم ينعقد. نعم، لو قال: بعث هذا من موكلتك، فقال الموكل الحاضر غير المخاطب: قبلت، لا يبعد الصحة. ولو قال: بعثك هذا بكذا، فقال: قبلت لموكلى، فإن كان الموجب قاصداً لوقوع البيع للمخاطب نفسه لم ينعقد، وإن كان قاصداً له أعم من كونه أصيلاً أو وكيلاً صح. ولو قال: بعثك هذا بألف، فقال: اشترت نصفه بألف أو بخمسائة، لم ينعقد، بل لو قال: اشترت كل نصف منه بخمسائة، لا يخلو من إشكال. نعم، لا يبعد الصحة لو أراد كل نصف مشاعاً. ولو قال لشخصين: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: اشترت نصفه بخمسائة، لم ينعقد، ولو قال كل منهما ذلك لا يبعد الصحة وإن لا يخلو من إشكال. ولو قال: بعث هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام - مثلاً - فقال: اشتريت بلا شرط، لم ينعقد، ولو انعكس؛ بأن أوجب البائع بلا شرط وقبل المشتري معه، فلا ينعقد مشروطاً، وهل ينعقد مطلقاً وبلا شرط؟ فيه إشكال.

(مسألة ٥): لو تمذّر التلفظ - لخرس ونحوه - تقوم الإشارة المفهومة مقامه؛ حتى مع التمكن من التوكيل على الأقوى، ولو عجز عن الإشارة أيضاً فالأحوط التوكيل أو المعاظة،

ومع تعدّهما إتشاؤه بالكتابة.

(مسألة ٦): الأقوى وقوع البيع بالمعاطاة في الحقيق والخطير. وهي: عبارة عن تسليم المين بقصد صيرورتها ملكاً للغير بالعوض وتسلم العوض بعنوان العوضيّة، والظاهر تحقّقها بمجرد تسليم المبيع بقصد التملك بالعوض مع قصد المشتري في أخذه التملك بالعوض، فيجوز جعل الثمن كلياً في ذمّة المشتري. وفي تحقّقها بتسليم العوض فقط من المشتري بقصد المعاوضة إشكال وإن كان التحقق به لا يخلو من قوّة.

(مسألة ٧): يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط الآتية ما عدا اللفظ، فلا تصحّ مع لقد واحد منها؛ سواء كان ممّا اعتُبر في المتبايعين أو في العوضين، كما أنّ الأقوى ثبوت الخيارات الآتية فيها.

(مسألة ٨): البيع بالصيغة لازم من الطرفين إلّا مع وجود الخيار. نعم، يجوز الإقالة، وهي الفسخ من الطرفين. والأقوى أنّ المعاطاة أيضاً لازمة من الطرفين إلّا مع الخيار، وتجري فيها الإقالة.

(مسألة ٩): البيع المعاطاتي ليس قابلاً للشرط على الأحوط، فلو أُريد ثبوت خيار بالشرط أو سقوطه به أو شرط آخر؛ حتّى جعل مدّة وأجل لأحد العوضين، يتوسّل بإجراء البيع بالصيغة وإدراجه فيه، وإن كان قبوله لذلك بالمقاولة قبيله والتعاطي مبنياً عليها، لا يخلو من وجه وقوّة.

(مسألة ١٠): هل تجري المعاطاة في سائر المعاملات مطلقاً، أو لا كذلك، أو في بعضها دون بعض؟ سيظهر الأمر في الأبواب الآتية إن شاء الله تعالى.

(مسألة ١١): كما يقع البيع والشراء بمباشرة الحالك، يقع بالتوكيل أو الولاية من طرف واحد أو الطرفين، ويجوز لشخص واحد تولّي طرفي العقد؛ أصالة من طرف ووكالة أو ولاية من آخر، أو وكالة من الطرفين، أو ولاية منهما، أو وكالة من طرف وولاية من آخر.

(مسألة ١٢): لا يجوز على الأحوط تعلّق البيع على شيء غير حاصل حين العقد؛ سواء علم حصوله فيما بعد أم لا، ولا على شيء مجهول الحصول حينه. وأمّا تعليقه على معلوم

الحصول حينه - كأن يقول: بعثك إن كان اليوم يوم السبت؛ مع العلم به - فالأقوى جوازه .
 (مسألة ١٣): لو قبض المشتري ما ابتاعه بالمقد الفاسد لم يملكه، وكان مضموناً عليه؛
 بمعنى أنه يجب عليه أن يردّه إلى مالكه، ولو تلف - ولو بأفة سماوية - يجب عليه ردّ عوضه
 من المثل أو القيمة. نعم، لو كان كلٌّ من البائع والمشتري راضياً بتصرف الآخر مطلقاً فيما
 قبضه - ولو على تقدير الفساد - يُباح لكلّ منهما التصرف والانتفاع بما قبضه ولو بإتلافه، ولا
 ضمان عليه.

القول: في شروط البيع

وهي: إمّا في المتعاقدين، وإمّا في الموضين

القول: في شرائط المتعاقدين

وهي أمور:

الأول: البلوغ^(١)، فلا يصحّ

القول في شروط البيع

(١) لا إشكال في ثبوت بعض الأحكام في حقّ الغير البالغ كما أنّه لا إشكال في عدم
 ثبوت بعضها الآخر في حقّه، وقد وقع الاختلاف في قسم ثالث .
 أمّا الأول: فكلّ الأحكام الوضعيّة غير الموقوفة على النّيّة، كضمانه بالإتلاف وجنابته
 وحدثه وطهارته بدنه ونجاسته. وكإسلامه مع التميّز ولو كان أبواه كافرين، بل وارتداده بعد
 الإسلام لكن لا يقام عليه الحدّ. وكشرعيّة عباداته وصحتّها بمعنى استحباب الجميع في
 حقّه. كما وردت به الأخبار^١. وكالحيازات وإحياء الموات وحقّ السيق والتقاط اللقطة بل
 واللقيط.

١. راجع: رسائل الشيعة ٤: ١٨، كتاب الصلاة، أبواب أعداد الفرائض ونوافلها، الباب ٣ و ٤: ١٠، ٢٣٣، كتاب
 الصوم، أبواب من يصحّ منه الصوم، الباب ٢٩، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٥؛ مستدرک الوسائل ٣: ١٨، كتاب الصلاة،
 أبواب أعداد الفرائض ونوافلها، الباب ٣ و ٤.

بيع الصغير^(٢) - ولو كان مميزاً، وكان بإذن الولي - إذا كان

مستقلاً في إيقاعه ؛ على الأقوى في الأشياء الخطيرة، وعلى الأحوال في غيرها، وإن كان الصحة في اليسيرة إذا كان مميزاً مما جرت عليها السيرة لا تخلو من وجه وقوة، كما أنه لو كان بمنزلة الآلة - بحيث تكون حقيقة المعاملة بين البالغين - مما لا بأس به مطلقاً، وكما لا تصح معاملة الصبي في الأشياء الخطيرة لنفسه، كذلك لا تصح لغيره أيضاً إذا كان وكيلًا؛ حتى مع إذن الولي في الوكالة. وأما لو كان وكيلًا لمجرد إجراء الصيغة، وكان أصل المعاملة بين البالغين، فصحته لا تخلو من قرب، فليس هو مسلوب العبارة، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط.

وأما الثاني: فكالعقود والإيقاعات المنشأة منه بالاستقلال، وبدون إذن الولي كالبيع والنكاح والطلاق.

وأما الثالث: فكإجراتها بعنوان الوكالة من غيره، بإذن الولي ونحو ذلك.

القول في شروط المتعاقدين

(٢) لأنه محجور عليه إجماعاً^١، مميزاً أو غير مميز، في جميع تصرفاته عدا ما استثنى.

ولقوله ﷺ: «أما علمت أن القلم رفع عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق...»^٢.

ولقوله ﷺ: «الصبي والمجنون عمدما خطأ، تحمله العقلة، وقد رفع عنهما القلم»^٣.
ولقوله ﷺ: «متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة؟ قال ﷺ: إذا احتلم، قلت: فالجارية؟ قال: إذا تزوجت ولها تسع سنين...»^٤.

١. غنية النزوع ٢: ٢١٠، السرائر ٣: ٢٠٦، جواهر الكلام ٢٦: ٤.

٢. وسائل الشريعة ١: ٤٥، كتاب الطهارة، أبواب مقدمة العبادات، الباب ٤، الحديث ١١.

٣. وسائل الشريعة ٢٩: ٩٠، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٣٦، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ١: ٤٣، كتاب الطهارة، أبواب مقدمة العبادات، الباب ٤، الحديث ٢.

الثاني: العقل، فلا يصح بيع المجنون.

الثالث: القصد، فلا يصح بيع غير القاصد كالهازل والغالط والساهي.

الرابع: الاختيار^(٣)، فلا يقع البيع من المكره، والمراد به الخائف على ترك البيع من جهة توعيد الغير عليه بإيقاع ضرر أو حرج عليه. ولا يضر بصحته الاضطرار^(٤) الموجب للإلجاء؛ وإن كان حاصلًا من إلزام الغير بشيء، كما لو ألزمه ظالم على دفع مال، فالتجأ إلى بيع ماله لدفعه إليه. ولا فرق في الضرر المتوعد بين أن يكون متعلقًا بنفس المكره - نفساً أو عرضاً أو مالاً - أو بمن يكون متعلقاً به كعياله وولده؛ متى يكون إيقاع المحذور عليه بمنزلة إيقاعه عليه، ولو رضي المكره بعد زوال الإكراه صحح ولزم.

(مسألة ١): الظاهر أنه لا يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفضي^(٥) بالتورية، فلو ألزم بالبيع وأوعد على تركه، فباع قاصداً للمعنى مع إمكان أن لا يقصد، أو يقصد معنى آخر غير البيع، يكون مكرهاً إذا كان التفضي مشكلاً ومحملاً لوقوعه في المحذور، كما هو

(٣) والمراد به: قصد اللفظ والمعنى الإنشائي مع إرادة وقوعه في الخارج، من غير إلزام من ناحية أحد، سواء كان عن رضی بالوقوع الخارجي أم لا. في مقابل الإكراه الذي هو: إنشاء اللفظ وقصد حدوث المعنى الإنشائي من غير رضاه بذلك، لإلزام من يخاف من ضرر مخالفته.

ويدل على هذا الشرط قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ».

وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ الْمُسْلِمِ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ».

وقوله ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»، وغيره من الأدلة.

(٤) وهو قصد اللفظ والمعنى الإنشائي وإرادة وقوعه في الخارج، بلا إلزام له من أحد، ولو لم يكن طيب النفس بالوقوع، كمن يبيع ماله لإنجاء نفسه من دين موبق أو مرض مهلك.

(٥) فإن حمل جميع الأخبار الواردة في الإكراه على صورة عدم إمكان التفضي بعيد أو غير صحيح، وأما في صورة كمال السهولة فالظاهر عدم صدق الإكراه.

كذلك نوعاً في مثل المقام. وأما مع التفاته إلى التوبة وسهولتها له بلا محذور فمحل إشكال، بل اعتبار عدم سهولتها كذلك لا يخلو من وجه.

(مسألة ٢): لو أكرمه على أحد الأمرين: إما بيع داره، أو عمل آخر، فباع داره، فإن كان في العمل الآخر محذور ديني أو دنيوي يتحرز منه، وقع البيع مكرهاً عليه، وإلا وقع مختاراً.

(مسألة ٣): لو أكرمه على بيع أحد الشئين على التخيير، فكل ما وقع منه لدفع ضرره يقع مكرهاً عليه، ولو أوقعهما معاً فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأول مكرهاً عليه، دون الثاني إلا إذا قصد إطاعة المكره بالثاني فيقع الأول صحيحاً، فهل الثاني يقع صحيحاً أو لا؟ وجهان أوجههما الأول. ولو أوقعهما دفعة ففي صحته بالنسبة إلى كليهما، أو فساد ذلك، أو صحة أحدهما والتعيين بالقرعة، وجوه لا يخلو أولها من رجحان، ولو أكرمه على بيع معين فضم إليه غيره وباعهما دفعة، فالظاهر البطلان فيما أكره عليه والصحة في غيره.

الخامس: كونهما مالكين للتصرف، فلا يقع المعاملة من غير المالك إذا لم يكن وكلاً عنه أو ولياً عليه - كالأب والجد للأب والوصي عنهما والحاكم - ولا من المحجور عليه لفسه أو فلس أو غير ذلك من أسباب الحجر.

(مسألة ٤): معنى عدم الوقوع من غير المالك للتصرف عدم النفوذ والتأثير، لا كونه نقواً^(٦)، فلو أجاز المالك^(٧) عقد غيره، أو الولي عقد السفه، أو الغرماء عقد المفلس، صحح ولزم.

(٦) فإن أدلة الفضولي - كما ستجيء - حاکمة بعدم لغوية العبارة بالكلية، بل تكون بنية العقد قابلة لنسخ الروح بإجازة من مالك الملك، أو من له الدخل في التملك.

(٧) هذه المسألة معروفة بعقد الفضولي، أي: عقد من لا حق له في البيع، فإنه لا يبيع إلا في ملك، أي: ملك البيع لا المبيع، وقد اتفق الأصحاب^١ على بطلان إيقاعه، لكن المشهور^٢ عندهم صحة عقده بمعنى: توقفه على إجازة من له حق في العقد إنشاءً أو رضاءً. كسب

١. غاية المراد ٣: ٣٧، المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٣: ٣٤٦.

٢. أنظر: مفتاح الكرامة ١٢: ٥٩١؛ مستند الشيعة ١٤: ٢٧٤؛ جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٣.

غير المالك، وبيع الراهن بدون إذن المرتهن، وعقد البكر بدون إذن الأب، وعقد الرجل على بنت أخ الزوجة أو بنت أختها، وغيره.

وقد قسّموا المسألة على ثلاثة أقسام: بيع غير المالك بقصد المالك مع عدم سبق المنع من المالك، بيع غير المالك مع سبق المنع منه، بيع غير المالك لنفسه.

والدليل على الصحة: عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ و«تِجَارَةٌ عَنْ قَرَضٍ»^٢؛ فإنَّ العقد والتجارة بعد إمضاء المالك لا يرتبط بالمالك، ويحسب عقداً وتجاراً له، فيجب الوفاء بها.

وحديث عروة البارقي^٣، حيث باع شاة النبي ﷺ بدون إذنه، فأمضاء النبي ﷺ، فصَحَّ البيع.

وصحيحة محمد بن قيس: فيمن سافر أبوه وباع الابن جارية الأب، فجاء الأب فخالف أولاً ثم أجاز البيع فصَحَّ^٤.

مقتضى الأدلة الخاصة هو الكاشفة، كما يظهر بالتأمل كشفاً حقيقياً؛ راجع رواية البارقي ومحمد بن قيس وغيرهما.

وأما مقتضى الأدلة العامة فقد يقال: إنَّ إمضاء العقد سبب لارتباطه مع المالك من حين الإمضاء وليس هذا إلا النقل.

ويردّ أن مضمون الإجازة هو إمضاء ما وقع في السابق، وكأنّه نفخ روح له من حين وجوده، فالإمضاء يجعل العقد مرتبطاً بالممضى من حين انعقاده، فيجب عليه ترتيب أثره من ذلك الحين، وحكم الأمور الاعتبارية سهل لا يقاس بالواقعيات.

الكلام في العين الخارجية لا في الكلي الذمي والبطلان لأمر؛ أهمّها أخبار تدلّ عليه

١. المائدة (٥): ١.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. عوالي الآلي ٣: ٢٠٥/٣٦، كنز العمال ١٣: ٤٩٣/٣٧٢٨٤.

٤. وسائل الشريعة ٢١: ٢٠٣، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٨٨، الحديث ١.

(مسألة ٥) : لا فرق في صحة البيع الصادر من غير المالك مع إجازته، بين ما إذا قصد وقوعه للمالك أو لنفسه، كما في بيع الغاصب، ومن اعتقد أنه مالك، كما لا فرق بين ما إذا سبقه منع المالك عنه وغيره؛ على إشكال فيه. نعم، يعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبقيتها بركة المالك بعد العقد، فلو باع فضولاً ورده المالك ثم أجازها، لغت الإجازة على الأقرب وإن لا يخلو من إشكال، ولو رده بعد الإجازة لغا الرد.

(مسألة ٦) : الإجازة كما تقع باللفظ الدال على الرضا بالبيع بحسب مفاهيم العرف ولو بالكناية، كقوله: «أمضيت» و«أجزت» و«أنفذت» و«رضيت» وشبه ذلك، وكقوله للمشتري: «بارك الله لك فيه» وشبه ذلك من الكنايات، كذلك تقع بالفعل الكاشف عرفاً عنه، كما إذا تصرف في الثمن مع الالتفات، ومن ذلك ما إذا أجاز البيع الواقع عليه معه؛ لأنها مستلزمة لإجازة البيع الواقع على المثل، وكما إذا مكنت الزوجة من نفسها بعنوانها إذا زوجت فضولاً.

(مسألة ٧) : هل الإجازة كاشفة عن صحة العقد الصادر من الفضولي من حين وقوعه، فتكشف عن أن المبيع كان ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد، أو ناقلة بمعنى كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها؟ وتظهر الثمرة في النماء المتخلل بين العقد والإجازة، فعلى الأول نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع، وعلى الثاني بالعكس. والمسألة مشككة؛ لا يترك الاحتياط بالتخلص بالصلح بالنسبة إلى النماءات.

باطلاقها، كقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^١ أي: ما ليس بيعه تحت اختيارك. وصحيح يحيى، عن الصادق ﷺ: يقول الرجل: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة بعينها، أربحك كذا وكذا؟ قال ﷺ: «لا بأس، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^٢ ويدل على المطلوب أكثر أخبار ذلك الباب.

١. الفقيه ٤: ٨ / ٤٩٦٨؛ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ١٢، الحديث

١١٢ كز: الصالح ٤: ٥٢ / ٩٤٥٩.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٥٢، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٨، الحديث ١٣.

(مسألة ٨) : لو كان المالك راضياً بالبيع باطلاً، لكن لم يصدر منه إذن وتوكيل للغير في البيع والشراء، لا يبعد خروجه عن الفضولي، سيما مع التفاته بالعقد والرضا به. نعم، لو كان بحيث لو التفت إليه صار راضياً فهو فضولي وخارج عن موضوع المسألة. وأما إذا كان راضياً لكن لم يلتفت تفصيلاً إليه، فهو أيضاً كافٍ في الخروج عن الفضولي بوجه لا يخلو عن قوة. (مسألة ٩) : لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية، فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلًا فتيين خلافه يكون من الفضولي، ويصح بالإجازة. وأما العكس - بأن تخيل كونه غير جائز التصرف فتيين كونه وكيلًا أو ولياً - فالظاهر صحته وعدم احتياجه إلى الإجازة على إشكال في الثاني. ومثله ما إذا تخيل كونه غير مالك فتيين كونه مالكا، لكن عدم الصحة والاحتياج إلى الإجازة فيه لا يخلو من قوة.

(مسألة ١٠) : لو باع شيئاً فضولياً ثم ملكه - إما باختياره كالشراء، أو بغيره كالإرث - فالبطالان بحيث لا تجدي الإجازة لا يخلو من قوة.

(مسألة ١١) : لا يعتبر في المميز أن يكون مالكا حين العقد، فيجوز أن يكون المالك حين العقد غيره حين الإجازة، كما إذا مات المالك حين العقد قبل الإجازة فيصح بإجازة الوارث، وأولى به ما إذا كان المالك حين العقد غير جائز التصرف لمانع من صغر أو سفه ونحوهما ثم ارتفع المانع، فإنه يصح بإجازته.

(مسألة ١٢) : لو وقع بيع متعده على مال الغير، فإما أن تقع على نفسه أو على عوضه. وعلى الأول: فإما أن تقع من فضولي واحد، كما إذا باع دار زيد مكرراً على أشخاص متعددين، أو تقع من أشخاص متعددين، كما إذا باعها من شخص بفرس، ثم باعها المشتري من شخص آخر بحمار، ثم باعها المشتري الثاني بكتاب وهكذا. وعلى الثاني: فإما أن تقع من شخص واحد على الأعواض والأثمان بالتراخي، كما إذا باع دار زيد بثوب، ثم باع الثوب ببقير، ثم باع البقر بفراش وهكذا، وإما أن تقع على ثمن شخصي مراراً، كما إذا باع الثوب في المثال المذكور مراراً من أشخاص متعددين، فهذه صور أربع، ثم إن للمالك في جميع هذه الصور أن يجيز أيما شاء منها، ويصح بإجازته ذلك العقد المجاز، وأما غيره فيحتاج إلى

تفصيل^(٨) وشرح لا يناسب هذا المختصر .

(مسألة ١٣): الردّ الذي يكون مانعاً عن تأثير الإجازة - على إشكال قد مرّ - قد يكون مانعاً عن لحوقها مطلقاً ولو من غير المالك حين العقد، كقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك ممّا هو ظاهر فيه، كما أنّ التصرف فيه بما يوجب فوات محلّ الإجازة - عقلاً كالإتلاف، أو شرعاً كالعتق - كذلك أيضاً. وقد يكون مانعاً عن لحوقها بالنسبة إلى خصوص المالك حين العقد - لا مطلقاً - كالتصرف الناقل للعين مثل البيع والهبة ونحوهما؛ حيث إنّ بذلك لا يفوت محلّ الإجازة إلّا بالنسبة إلى المنتقل عنه، فللمنتقل إليه أن يجيز؛ بناءً على عدم اعتبار كون المجيز مالكاً حين العقد كما مرّ. وأمّا الإجازة فلا تكون مانعة عن الإجازة مطلقاً حتّى بالنسبة إلى المالك المؤجر؛ لعدم التنافي بينهما، غاية الأمر أنّه تنتقل العين إلى المشتري ملوثة بالمنفعة.

(مسألة ١٤): حيثما لم تتحقّق الإجازة من المالك؛ سواء تحقّق منه الردّ أم لا كالمتردّد، له انتزاع عين ماله مع بقائه ممتّن وجده في يده، بل وله الرجوع إليه بمنافعه المستوفاة^(٩) وغير

(٨) ففي الفرض الأوّل: إذا أمضى المالك البيع الأوّل توقّف صحّة الثاني على إجازة المشتري الأوّل وهكذا، وإذا أمضى الأخير بطل ما قبله، وإذا أجاز الوسط بطل ما قبله وصار ما بعده كالقسم الأوّل.

وأما الفرض الثاني: فإجازة الأوّل تصحّح ما بعدها، وإجازة الأخير تصحّح ما قبلها، وإجازة الوسط تبطل ما قبلها وتصحّح ما بعدها.

وأما الفرض الثالث: فإجازة الأوّل تصحّح البيع الأوّل وتحوج البيوع التالية على إجازة المالك أيضاً، فيصحّ الجميع إذا أجاز الأوّل.

وأما الفرض الرابع: فيصحّ ما أمضاه المالك ويتوقّف ما بعده إلى إمضاء المشتري الثاني وهكذا. والمسألة مع ذلك ذات شقوق.

(٩) أمّا المستوفاة: فلقاعدّة الإتلاف؛ ولقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه»^١ لأنّ المنفعة مال، ولقاعدة الإحرام.

المستوفاة على الأقوى في هذه المدة، وله مطالبة البائع الفضولي برد العين ومنافعها إذا كانت في يده وقد سلمها إلى المشتري، وكذا له مطالبة المشتري برد العين ومنافعها التي استوفاهَا أو تلفت تحت يده^(١٠)، ولو كانت مؤونة لردّها له مطالبتها أيضاً. هذا مع بقاء العين. وأمّا مع تلفها فيرجع يبدلها إلى البائع لو تلفت عنده. ولو تماقت أيادي متعدّدة عليها؛ بأن كانت - مثلاً - بيد البائع الفضولي وسلمها إلى المشتري، وهو إلى آخر وهكذا؛ وتلفت، يتخير المالك^(١١) في الرجوع بالبديل إلى أيّ منهم، وله الرجوع إلى الكلّ مؤزّعاً عليهم بالتساوي أو بالتفاوت، فإن أخذ البديل والخسارة من واحد ليس له الرجوع إلى الباقيين. هذا حكم المالك مع البائع والمشتري وكلّ من وقع المال تحت يده. وأمّا حكم المشتري مع البائع الفضولي، فمع علمه بكونه غاصباً ليس له الرجوع إليه بشيء مما رجع المالك إليه، وما وردت من الخسارات عليه. نعم، لو دفع الثمن إلى البائع فله استرداده مع بقاءه، والرجوع إلى بدله لو تلف أو أُلِف، ومع جهله بالحال فله أن يرجع إليه بكلّ ما اعترم للمالك، وبكلّ خسارة وردت عليه في ذلك؛ من المنافع والتماءات وإنفاق الدابة وما صرفه في العين وما تلف منه وضاع؛ من الغرس أو الزرع أو الحفر وغيرها، فإنّ البائع الفضولي ضامن لدرك ذلك كلّهُ، وللمشتري الجاهل أن يرجع بها إليه.

(مسألة ١٥): لو أحدث المشتري لمال الغير فيما اشتراه بناءً أو غرساً أو زرعاً، فللمالك إلزامه بإزالة ما أحدثه وتسوية الأرض، ومطالبته بالأرض لو نقص من دون أن يضمن ما يرد عليه من الخسران. كما أنّ للمشتري إزالة ذلك مع ضمانه أرض النقص الوارد على الأرض، وليس للمالك إلزامه بالإبقاء ولو مجاناً. كما أنّه ليس للمشتري حقّ الإبقاء ولو بالأجرة.

وأما غير المستوفاة: ففيه أقوال، أظهرها الضمان لكونه مالاً تلف تحت يد القابض، ولذا يحسب في باب الإجارة مقبوضاً قبض العين، ولقاعدة الاحترام، وقاعدة على اليد. (١٠) هذا تفصيل ما أجمله، أولاً بقوله: له انتزاع عين ماله بل وله الرجوع، وكان الأولى حذفه.

(١١) لضمان الجميع بقبضهم، وشمول قاعدة على اليد على قبضهم. وأمّا قوله: «مع جهله بالحال» فلكونه مغروراً من قبل البائع، والمغرور يرجع إلى من غره.

ولو حفر بئراً أو كرى نهراً - مثلاً - وجب عليه طمها وردّها إلى الحالة الأولى لو أراد المالك وأمكن، وضمن أرض النقص لو كان. وليس له مطالبة المالك أجره عمله، أو ما صرفه فيه من ماله وإن زاد به القيمة، كما أنّه ليس له ردّها إلى الحالة الأولى بالطم ونحوه لو لم يرض به المالك. نعم، يرجع^(١٢) إلى البائع الغاصب - مع جهله بالحال - بأجرة عمله وكلّ ما صرف من ماله وكلّ خسارة وودت عليه. وكذلك الحال فيما إذا أحدث المشتري فيما اشتراه صفة من دون أن يكون له عين في العين المشتراة كما إذا طحن الحنطة أو غزل ونسج القطن أو صاغ الفضة. وهنا فروع كثيرة تتعرض لها في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

(مسألة ١٦): لو جمع البائع بين ملكه وملك غيره، أو باع ما كان مشتركاً بينه وبين غيره، نفذ البيع في ملكه بما قبله من الثمن. وصحّته في ملك الغير موقوفة على إجازته، فإن أجازته وإلا فللمشتري خيار فسخ البيع من جهة التبعيض إن كان جاهلاً. هذا إذا لم يلزم من التبعيض مع عدم الإجازة محذور، كلزوم الربا ونحوه، وإلا بطل من أصله.

(مسألة ١٧): طريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن: أن يقوم كلّ منهما بقيمته الواقعية، ثمّ تلاحظ نسبة قيمة أحدهما مع قيمة الآخر، فيجعل نصيب كلّ منهما من الثمن بتلك النسبة، فإذا باعهما معاً بستّة، وكانت قيمة أحدهما ستّة وقيمة الآخر ثلاثة، تكون حصّة ما كانت قيمته ثلاثة من الثمن - أي الستّة - نصف حصّة الآخر، فلاحدهما اثنان وللآخر أربعة. لكن هذا يصحّ في نوع البيوع المتعارفة، التي لا يختلف فيها السبّاعان حال الانفراد والانضمام. وأمّا مع اختلافهما فيها - زيادة أو نقصان أو بالاختلاف - فلا. والظاهر أنّ الضابط: هو تقويم كلّ منهما منفرداً بلحاظ حال الانضمام، ثمّ يؤخذ من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

(١٢) ترجع هذه الأمور كلّها إلى مقتضى قواعد أربع:

الأولى: إنّ الناس مسلّطون على أموالهم.

الثانية: أنّه ليس لعرق ظالم حقّ.

والثالثة: من أتلف مال الغير فهو له ضامن.

الرابع: إنّ خطأ أحد في تصرفاته الماليّة وغيرها لا يحمل على آخر ما لم يكن مغروراً

(مسألة ١٨): يجوز للآب^(١٣) والجدة للآب - وإن علا - أن يتصرفا في مال الصغير بالبيع

من قبله، فإنه: «وَلَا تَزِدُّ وَازِرَةً وَزَرَ أُخْرَى»^١. وحينئذ فلمالك الأرض إلزام المشتري بالتخليه بلا جبران خسارته الواردة، كما أنَّ للمشتري نقل ماله عن المحل، رضي المالك أم لم يرض. وللمشتري جبران نقض خسارة الأرض أو تلف شيء منها إذا كان عالماً بالحال، وكما أنه لو كان جاهلاً أيضاً لا يتحمل المالك ضرره لأنه لم يفره.

وأما قوله: «نعم يرجح» فلا أنه صار مغروراً من قبله.

(١٣) جواز تصرفهما في ماله تكليفاً أو ولايةً، كالاقتراض والإقراض، والاتجار بمالهما، والأخذ بعنوان النفقة إذا كانا فقيرين مع غنى الصغير أمر، والولاية على أنفسهما بنحو الحكم الوضعي أمر آخر، والظاهر ثبوت كلا الأمرين في حقهما بالنسبة إليه. فما يدل على الأول: صحيحة ابن مسلم: «إِنَّ الْوَالِدَ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا يَشَاءُ»^٢.

وخبر حسين ابن أبي العلاء: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال عليه السلام: «قوته بغير سرف إذا اضطرَّ إليه»^٣.

ومما يدل على الثاني: فعوى سلطنتهما على تزويج البنت في صغرها، ورواية سعيد بن يسار: «أَنَّهُ وَمَالُهُ لِأَبِيهِ»^٤.

ورواية الرضا عليه السلام: في علة تحليل مال الولد لو والده، أنَّ الولد هو موهوب لو والده في قوله تعالى: «يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّا ثَائِلُونَ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ»^٥.

وصحيح أبي حمزة: «أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لا تحب أن تأخذ من مال أبيه إلا ما يحتاج إليه مما لا بد منه: إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»^٦.

١. الأنعام (٦): ١٦٤.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٢، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٥، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ٨.

٤. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣-٢٦٤، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ١٠٤.

٥. الشورى (٤٢): ٤٩.

٦. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٦، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ٩.

٧. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ٢.

والشراء والإجارة وغيرها، وكلّ منهما مستقلّ في الولاية. والأقوى عدم اعتبار العدالة فيهما، ولا يشترط في نفوذ تصرّفهما المصلحة، بل يكفي عدم المفسدة، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بمراعاتها. وكما لهما الولاية في ماله بأنواع التصرفات، لهما الولاية في نفسه بالإجارة والتزويج وغيرهما إلّا الطلاق^(١٤)، فلا يملكانه بل يُنتظر بلوغه. وهل يلحق به فسخ عقد النكاح عند موجه وهبة المدة في المنة؟ وجهان، بل قولان، أقواهما المدم^(١٥)، وليس لغيرهما من الأقارب الولاية عليه حتى الأم والأخ والجدة للأُم، فإنهم كالأجانب.

(مسألة ١٩): كما للأب والجدة الولاية على الصغير في زمان حياتهما، كذلك لهما نصب القيم^(١٦) عليه لبعده وفاتهما، فينفذ منه ما كان ينفذ منهما؛ على إشكال في التزويج. والظاهر اعتبار المصلحة في تصرفه، ولا يكفي عدم المفسدة. كما أن الأحوط فيه اعتبار العدالة؛ وإن كانت كفاية الأمانة والوثاقة ليست ببعيدة.

وأما عدم العدالة؛ للأصل، وإطلاق الأخبار، وكذا عدم اشتراط المصلحة في تصرّفاتها.

(١٤) فإنه لا ولاية للوليّ على طلاق زوجته المولى عليه، ولو كان تزويجه بيده؛ لصحيفة فضل: عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟ قال عليه السلام: «لا بأس». قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام: «لا»^١.

وموثقة عبيد: قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»^٢.

(١٥) أي: أن فسخ نكاح الصغير أو بذل مدة زوجته المنقطة ليس كالطلاق ممّا استثنى من الولاية، بل هما من شؤون أصل الزوجية وآثارها فيثبتان للوليّ.

(١٦) وذلك من شؤون ولايتهما عليه، فلو لم يعد تركه تضييعاً له وكان له كامل لإدارة أموره لم يجب النصب للأصل وإلّا وجب ذلك، ويكون للقيم ما يكون لهما من الولاية على نفوسهم، وكذلك الكلام في تعيين الوصيّ لأموالهم، ويجب كونهما أميناً، والاحتياط بتعيين

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٨٠، كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٣، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٨٠، كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق، الباب ٣٣، الحديث ٢.

(مسألة ٢٠): إذا فقد الأب والجذ والوصي عنهما، يكون للحاكم الشرعي - وهو المجتهد العادل - ولاية التصرف^(١٧) في أموال الصغير مشروطاً بالنفقة والصلاح، بل الأحوط له الاقتصار على ما إذا كان في تركه الضرر والفساد. ومع فقدان^(١٨) الحاكم يرجع الأمر إلى

العادل، وكون تصرفهما منوطاً بالمصلحة لا بعدم المفسدة لا ينبغي تركه.

وقوله ﷺ: على إشكال في التزويج. من جهة ظهور أخبار البسبب في انحصار ولاية التزويج على الأب والجذ، فراجع «الوسائل» الحديث الرابع عشر، أبواب أولياء العقد، الباب الثاني عشر، وغيرهما من الأبواب، وراجع أيضاً: باب النكاح في أولياء العقد من الفقه، وكتاب الوصية منه.

(١٧) لعدة أدلة وأخبار، قال الشيخ ﷺ ما خلاصته: كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج إن احتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه^١، فإنه معنى قوله ﷺ: «جعلته حاكماً»^٢، وقوله ﷺ: «مجاري الأمور بيد العلماء بالله»، الأمانة على حاله وحرامه^٣، وقوله ﷺ: «وأما الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا»^٤ انتهى.

ولقاعدة نفي الضرر، مع أنه من الأمور التي هي من شؤون الولاية العامة ومن مناصب الفقيه والرئيس الذي يرجع إليه.

ولقوله ﷺ: «وقد جعلته عليكم قاضياً»^٥، ولقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»^٦. (١٨) فإن كل أمر يكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغاً عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية، فالظاهر جواز توليه لأحد عدول المؤمنين،

١. المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٣: ٥٥٣-٥٥٤.

٢. وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٧، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١، الحديث ١.

٣. تحف العقول: ٢٢٨، مستدرک الوسائل ١٧: ٣١٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١، الحديث ١٦.

٤. وسائل الشيعة ٢٧: ١٤٠، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١، الحديث ٩.

٥. وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٩، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١، الحديث ٦.

٦. مستند أحمد ١: ٢٥٠، سنن الترمذي ٢: ٢٨١/ ١١٠٨: كثر المال ١٦: ٣١٣/ ٤٤٦٧١.

المؤمنين بشرط العدالة على الأحوط، فلهم ولاية التصرف في أموال الصغير بما يكون في فعله صلاح وغيطة، بل وفي تركه مفسدة على الأحوط.

القول: في شروط العوضين

وهي أمور:

الأول: يشترط في المبيع^(١) أن يكون شيئاً على الأحوط، ممتولاً؛ سواء كان موجوداً في

كالتصرف في مال اليتيم عند الضرورة، ونجهيز ميت لا ولي له، والتصرف في مال معرض للتلف ونحوها، ولقوله تعالى: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»^١، وقوله ﷺ: «كُلُّ مَسْرُوفٍ صدقة»^٢.

وأما العدالة: فهو مقتضى الأصل، وصحيحة محمد بن إسماعيل، فيمن جعله الجائر وصياً للميت: «إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد، فلا بأس به»^٣. قوله: «مثلك» أي: في الوثاقة والأمانة.

القول في شروط العوضين

(١) كالواحد من المبيع والمثمن، إما أن يكون عيناً خارجياً، أو عيناً كلياً في ذمة البائع أو المشتري، أو كلياً في ذمة غيرهما، أو منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة، أو عملاً مثل الكتابة والخيطة، أو حقاً قابلاً للنقل كحقي التحجير والاختصاص، أو حقاً قابلاً للإسقاط كحق القذف والخيار والشفعة.

والظاهر جواز جعل الجميع مبيعاً غير الأخير، فيقول البائع: بعتك الدار، أو بعتك منساً من حنطة في ذمتي، أو بعتك الحنطة التي لي على زيد، أو بعتك منفعة الدار سنة وركوب الدابة شهراً، أو بعتك حق تحجيري للأرض الفلانية؛ وذلك لصديق البيع والتجارة عن

١. المائدة (٥): ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٦: ٢٨٥، كتاب الأمر والنهي، أبواب فعل المعروف، الباب ١، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ٣٦٣، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ١٦، الحديث ٢.

الخارج أو كلياً في ذمة البائع أو في ذمة غيره، فلا يجوز على الأحوط أن يكون منفعة كمنفعة الدار أو الدابة، أو عملاً كخياطة الثوب أو حقاً، وإن كان الجواز - خصوصاً في الحقوق - لا يخلو من قوة. وأما الثمن فيجوز أن يكون منفعة أو عملاً متمولاً، بل يجوز أن يكون حقاً قابلاً للنقل والانتقال، كحَقِّي التحجير والاختصاص، وفي جواز كونه حقاً قابلاً للإسقاط غير قابل للنقل - كحَقِّي الخيار والشفعة - إشكال.

الثاني: تعيين مقدار^(٢) ما كان مقدراً بالكيل أو الوزن أو العدّ بأحدها في العوضين، فلا تكفي المشاهدة، ولا تقديره بغير ما يكون به تقديره، فلا يكفي تقدير الموزون بالكيل أو العدّ، والمعدود بغير العدّ. نعم، لا بأس بأن يكال جملة ممّا يمدّ أو ممّا يوزن، ثم يمدّ أو يوزن ما في أحد المكييل، ثم يحسب الباقي بحسابه لو أمن من الاختلاف والجهالة. وهذا ليس من تقديرهما بالكيل.

تراص على الجميع. فتشمله عومات البيع والتجارة، وفي صدقهما على قوله: بعتك حقّ القذف، أو حقّ الخيار والشفعة إشكال.

وأما جعلها ثمناً، فالظاهر جواز الجميع حتّى الحقّ القابل للإسقاط، كحقّ الخيار والشفعة، فيقول البائع: بعتك الكتاب على أن تسقط حقّ الشفعة من هذا الملك. فيقول المشتري: قبلت وأسقط حقّي.

(٢) بلا خلاف في المسألة؛ لدعوى الإجماع^١ عليها، ولما اشتهر عن البيع من رواية: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^٢.

ولصحيح الحلبي: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً، فإنّه لا يصلح بيعه مجازفة»^٣. والمراد من التسمية: اعتبار العرفي، فالمعنى: كلّ ما اعتبر في العرف تقديره بكيل ونحوه. فاللازم بيعه بذلك الاعتبار ولا يجوز بيعه جزافاً.

١. غنية الزوج ٢: ٢١١؛ تذكرة الفقهاء ١٠: ٥٣؛ مستند الشيعة ١٤: ٣٢٧؛ جواهر الكلام ٢٢: ٤٠٦ و ٤١٧.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤١، الحديث ٣.

٣. وسائل الشيعة ١٧: ٣٤١، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٤، الحديث ١.

(مسألة ١): يجوز الاعتماد^(٣) على إخبار البائع بمقدار المبيع، فيشتره مبيعاً على ما أخبر به، ولو تبين النقص فله الخيار^(٤)، فإن فسح يرد تمام الثمن، وإن أمضاه ينقص من الثمن بحسابه.

(مسألة ٢): تكفي^(٥) المشاهدة فيما تعارف ببيعهم حملاً، كالتبن والعشب والرطبة وكبعض أنواع الحطب. نعم، لو تعارف في بعض البلدان ببيعهم مطلقاً حملاً تكفي فيه، ومثل ذلك كثير من المائعات والأدوية المحرزة في الظروف والقناني منّا تعارف ببيعها كذلك، فلا بأس ببيعها كذلك ما دام فيها، ويكفي في بيعها المشاهدة، بل الظاهر^(٦) أن المذبح من الغنم قبل أن يسليخ تكفي فيه المشاهدة، وبعده يحتاج إلى الوزن. وبالعجولة: قد يختلف حال الشيء باختلاف الأحوال والمحال، فيكون من الموزون في محلّ دون محلّ وفي حال دون حال، وكذلك الحال في المعدود أيضاً.

(٣) لصحيح ابن محبوب: «أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مربعة، فلا بأس إن اشترته ولم تكله أو نزنه إذا أخذه المشتري الأول بكيل أو وزن»^١.
ورواية محمد بن حمران: اشترينا طعاماً، فزعم صاحبه أنه كاله. فصدّقناه وأخذناه بكيّله، قال عليه السلام: «لا بأس»^٢.

(٤) فإنه مقتضى تبعّض الصفقة، وسيجيء في بحث الخيار ذلك إن شاء الله تعالى.
(٥) العلة في اشتراط كلّ ذلك خروج البيع عن الجهالة والغرر المنهي عنه، ليشمله عموم الوفاء والتجارة عن تراض، فلو حسب لدى العرف معلوماً - كما في تلك الموارد - فلا مانع من شمولها.

(٦) فإنه قبل السليخ يكون كحال حياته ممّا يكفي فيه المشاهدة وبعده يكون لحمًا بعد من الموزون، وذلك كصوفه وكالثمر على الشجر ونحوهما.

١. وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٦، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٥، الحديث ٧.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٥، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٥، الحديث ٤.

(مسألة ٣) : الظاهر عدم كفاية المشاهدة في بيع الأراضي التي تقدّر مآليتها بحسب المتر والذراع، بل لا بدّ من الاطلاع على مساحتها، وكذلك كثير من الأبواب قبل أن يخاط أو يفصل. نعم، إذا تعارف عدد خاص في أذرع الطاقات من بعض الأبواب، جاز بيعها وشراؤها اعتماداً على ذلك التعارف ومبنيّاً عليه، نظير الاعتماد على إخبار البائع.

(مسألة ٤) : لو اختلف البلدان في شيء؛ بأن كان موزوناً في بلد - مثلاً - ومعدوداً في آخر، فالظاهر^(٧) أن المدار بلد المعاملة.

الثالث : معرفة^(٨) جنس العوضين وأوصافهما التي تتفاوت بها القيمة وتختلف لها الرغبات؛ وذلك إمّا بالمشاهدة أو بالتوصيف الراجع للجهالة. ويجوز الاكتفاء بالرؤية السابقة فيما جرت العادة على عدم تغييره إذا لم يعلم تغييره، وفي غير ذلك إشكال، بل عدم الجواز قريب.

الرابع : كون العوضين^(٩) ملكاً طلقاً، فلا يجوز بيع الماء والعشب والكلأ قبل حيازتها.

(٧) لخروج البيع عن الغرر في كلّ محلّ بما يناسب مقتضى عرفه.

(٨) الشكّ في أصل وجود العوضين، والجهل بجنسهما، والشكّ في مقدارهما، والجهل بأوصافهما الدخيلة في القيمة والمالية، والجهل بالقدرة على التسليم وعدمه، والجهل بكونه نقداً أو نسيئةً أو كونه نقداً أو سلفاً، والجهل بمحلّ تحويل الجنسين إذا كان له مؤونة ونحوها، وغير ذلك مما تورث الخطر والنزاع في أمرهما، كلّها من مصاديق الغرر. وقد اشتهر أنّه ﷺ نهى عن بيع الغرر، والخبر مخصّص للعمومات، فلا بدّ من إحراز عدمها.

(٩) هذا الشرط ينحلّ إلى شرطين : أحدهما : كونهما ملكين للبائع والمشتري. والثاني : كونهما طليقين.

ويتفرّع على الأوّل : ما ذكره من عدم جواز بيع المباحات التي لم تدخل في ملك إنسان بالإحياء، كالأرض والحياسة كسائر ما يؤخذ منها، وعلى الثاني : بطلان البيع فيما ليس طلقاً، كبيع الرهن الرهن، والناذر ما نذر صدقة مثلاً، والمشتري للعين إذا كان للبائع خيار، والعين التي قد حلف صاحبها عدم بيعها، وبيع الهدي لمن عيّنه للذبح والورثة لعين الموصى

والسُّوك والوحوش قبل اصطیادها، والموات من الأراضي قبل إحيائها. نعم، إذا استنبط بئراً في أرض مباحة، أو حفر نهراً وأجرى فيه الماء المباح كالشطّ ونحوه، ملك ماءهما، فله حينئذ بيعه، وكذا لا يجوز بيع الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولو باع الراهن ثم افتك فالظاهر الصحة من غير حاجة إلى الإجازة، وكذا لا يجوز بيع الوقف إلا في بعض الموارد. (مسألة ٥): يجوز بيع الوقف في مواضع:

منها: إذا خرب الوقف^(١٠) بحيث لا يمكن الانتفاع بعينه مع بقائه، كالجذع البالي، والحصير الخلق، والدار الخربة التي لا يمكن الانتفاع حتى بعمرتها. ويلحق به ما إذا خرج عن الانتفاع أصلاً؛ من جهة أخرى غير الخراب، وكذا ما إذا خرج عن الانتفاع الممتد به بسبب الخراب أو غيره؛ بحيث يقال في العرف: لا منفعة له، كما إذا تهدمت الدار، وصارت عرصة يمكن إيجارها بمبلغ جزئي، وكانت بحيث لو بيعت وبذلت بمال آخر يكون نفعه مثل الأول أو قريباً منه، هذا كله إذا لم يبرج العمود، وإلا فالأقوى عدم الجواز. كما أنه إذا قلت^(١١) منفعته، لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم، فالظاهر عدم جواز بيعه ولو أمكن أن يشتري بشئ منه ما له نفع كثير. هذا كله إذا خرب أو خرج عن الانتفاع فعلاً. وأمّا إذا كان يؤدي بقاءه إلى خرابه ففي الجواز إشكال، سيما إذا كان أداؤه إليه مظلوناً، بل عدم الجواز فيه لا يخلو من قوة. كما لا يجوز بلا إشكال لو فرض إمكان الانتفاع به بعد الخراب، كالانتفاع السابق بوجه آخر.

ومنها: إذا شرط الواقف^(١٢) بيعه عند حدوث أمر؛ من قلّة المنفعة، أو كثرة الخراج، أو

بها للغير قبل اطلاعه، والمشتري للعين مع حقّ الشفعة للغير والغنيمة قبل القسمة وغيرها. (١٠) الكلام في الوقف المؤبد دون المنقطع، سواء أكان وفقاً تملكياً كالوقف على زيد وأولاده، أم تحريراً وفكّ ملك كالمدارس والربط وكجذوع المسجد وآلاته وحصوه، والظاهر خروج أرض المسجد عن الحكم.

(١١) لوجوب حفظ الوقف عن حسب ما يوقفها أهلها.

(١٢) لعموم الوقوف عن حسب ما يوقفها أهلها، فإنّ الشرط أيضاً صار كجزء من مفهوم

وقوع الخلاف بين الموقوف عليهم، أو حصول ضرورة وحاجة شديدة لهم، فإنه لا مانع حينئذ من بيعه وتبديله على إشكال.

(مسألة ٦): لا يجوز بيع^(١٣) الأرض المفتوحة عنوة؛ وهي المأخوذة من يد الكفار قهراً المعمورة وقت الفتح؛ فإنها ملك للمسلمين كافة، فتبقى على حالها بيد من يعمرها، ويؤخذ خراجها ويصرف في مصالح المسلمين. وأما ما كانت موافقاً حال الفتح ثم عرضت لها الإحياء فهي ملك لمحييها، وبذلك يسهل الخطب في الدور والمقار وبعض الأقطاع من تلك الأراضي التي يعامل معها معاملة الأملاك؛ حيث إنه من المحتمل أن المتصرف فيها ملكها بوجه صحيح، فيحكم بملكية ما في يده ما لم يعلم خلافها.

الخامس: القدرة على التسليم^(١٤)، فلا يجوز بيع الطير المملوك إذا طار في الهواء، ولا السمك المملوك إذا أرسل في الماء، ولا الدابة الشاردة. وإذا لم يقدر البائع على التسليم وكان المشتري قادراً على تسلمه، فالظاهر الصحة.

الوقف، فيجب العمل به، ولقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^١، فإن الجواز ليس منافياً لحقيقة الوقف بل لإطلاقه، فيسوغ عند طرؤ المسوغات.

(١٣) لصحيح الحلبي، قال: سئل أبو عبدالله ﷺ عن السواد، ما منزلته؟ فقال ﷺ: «هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»^٢. ولصحيح صفوان: قلت لأبي عبدالله ﷺ: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال ﷺ: «ومن يبيع ذلك هي أرض المسلمين»^٣.

(١٤) للإجماع المدعى من عدة^٤ على عدم جواز بيع السمك في الماء والطير في الهواء، ولنهى النبي ﷺ عن الفرر، وهذا نوع من الفرر، فالنهى هنا يوجب فساد المعاملة، كما مر في الحواشي السابقة.

١. وسائل الشريعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٢. وسائل الشريعة ١٧: ٣٦٩، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٢١، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ١٥: ١٥٥، كتاب الجهاد، أبواب جهاد العدو، الباب ٧١، الحديث ١.

٤. غنية النزوع ٢: ٢١١-٢١٢، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٨، مستند الشيعة ١٤: ٣٢٢، جواهر الكلام ٢٢: ٣٨٤.

القول : في الخيارات^(١)

وهي أقسام^(٢) :

القول في الخيارات

الأول : في خيار المجلس

(١) الخيار : هو السلطنة ؛ ومتعلّقه قد يكون شخصاً كسلطنة الأب على الصغير ، وقد يكون مالا كسلطنة الإنسان على أمواله ، وقد يكون عقداً أي أمراً اعتبارياً عقلاً ، قابلاً للإمضاء والتثبيت والفسخ والإبطال كملك الإنسان لفسخ العقود الجائزة وعقد الفضولي والوارث لفسخ ما زاد عن الثلث من عقود مورثه ، وملك العمّة والخالة لفسخ عقد بنت الأخ والأخت ، وملك الزوجين لفسخ عقدهما في العيوب والشروط ، وملك ذي الخيار في الخيارات التي سيجيء بيانها وغيرها .

(٢) أنهاها في «اللمعة»^١ إلى خمسة عشر قسمًا :

١ - خيار ما يفسد ليومه : أي ما يفسده المبيت في يومه ، فللمشتري في أول الليل الخيار في فسخ العقد .

٢ - خيار التدليس : ويتحقّق في بيع الأمانة مع اشتراط البكارة أو صفة كمال أخرى ، أو بشرط خلوها عن نقص خاص ثمّ ظهر خلافه ، فللمشتري الفسخ . وهذا كخيار الفسخ للزوجين في العيوب المجوّزة له ، وكاشتراط صفة كمال وعدم نقص في ضمن العقد في باب النكاح .

٣ - خيار التصرية : وهي جمع اللبن في ضرع الحيوان المبيع بترك حلبه ، فيتخيّل المشتري كونه كثير اللبن ثمّ يظهر الخلاف .

٤ - خيار الاشتراط : أي تخلف ما شرطاه في المبيع أو الثمن من كمال أو جهات

الأول: خيار المجلس^(٣)

إذا وقع البيع للملتبائمين الخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا ولو بخطوة وتحقق بها الافتراق عرفاً، سقط الخيار من الطرفين ولزم البيع، ولو فارقا من مجلس البيع مصططحين بقي الخيار.

أخرى، كمكان التسليم وزمانه، أو كون الدابة حاملاً أو غيرها.

٥- خيار الشركة: كما لو اشترى مبيعاً فظهر كون بعضه للغير ولزم كون المشتري شريكاً معه، أو امتزاج المبيع بعد البيع بحيث حصلت الشركة.

٦- خيار تعذر التسليم: فلو ظهر كون المبيع أو الثمن أمراً غير مقدور التسليم كان للآخر خيار التعذر.

٧- خيار تبعض الصفقة: كما إذا اشترى سلعة من رجلين ففسخ أحدهما، أو كان بعضه مستحقاً للغير فرد البيع.

٨- خيار التفليس: فلو حكم بإفلاس أحد، فممن وجد نفس متاعه التي باعها منه تخير في فسخ عقده وأخذ متاعه الباقي، ذكره المصنف^١.

الأول: خيار المجلس:

(٣) أي خيار المحلل الذي وقع فيه العقد، سواء كان في حال الجلوس أو القيام أو المشي، فهو باقٍ مع بقاء الفصل الموجود بين الطرفين حال العقد ويزول بزواله العرفي، لعدة صحاح:

منها: صحيح الحلبي: «أيما رجل اشترى من رجل يماً، فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»^٢.

١. تحرير الوسيلة ٢: ٢٠، كتاب الحجر، القول في الفس، مسألة ٨.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٩، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٢، الحديث ٤.

الثاني: خيار الحيوان

من اشترى حيواناً^(٤) ثبت له الخيار إلى ثلاثة أيام من حين العقد. وفي ثبوته للبائع أيضاً إذا كان الثمن حيواناً إشكال^(٥)، بل عدمه لا يخلو من قوة.

(مسألة ١) : لو تصرف المشتري في الحيوان تصرفاً يدل على الرضا^(٦) دلالة نوعية،

الثاني: خيار الحيوان:

(٤) أما كونه للمشتري؛ فلعدم الخلاف في ثبوته له، وللإجماع المدعى^١، وللصحيح كثيرة:

منها: صحيح علي بن أسباط عن الرضا عليه السلام: ما الشرط في الحيوان؟ قال عليه السلام: «ثلاثة أيام للمشتري»^٢.

ولصحيح الحلبي: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»^٣.

وأما الحيوان، فالظاهر عمومته لكل حيوان يقصد إبقائه وحياته من الأنعام وغيرها حتى دود القز والجراد والسماك والعلق وغيره، لصحيح الحلبي: «في الحيوان كله الشرط ثلاثة أيام»^٤.

(٥) لأن ما يدل من الأخبار على ثبوته للطرفين فيما إذا كان المبيع فقط حيواناً، أو ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان باتعاً كان أو مشترياً، لا يقاوم ما ذكرناه وإن كانت صحاحاً، فراجع المفصلات.

(٦) لعدة أخبار: منها: صحيح ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه فلا شرط له»^٥.

١. غنية الزروع ٢: ٢١٩؛ الدروس الشرعية ٣: ٢٧٢؛ مستند الشيعة ١٤: ٣٧٣؛ جواهر الكلام ٢٢: ٢٤.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١، الحديث ٥.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ١٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٣، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ١٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٣، الحديث ١ و ٣.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ١٣، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٤، الحديث ١.

ويكشف عنه كشفاً غالباً، سقط خياره، مثل نعل الدابة وأخذ حافرهما وقرض شعرها وصبغها بل وصبغ شعرها إلى غير ذلك، وليس مطلق التصرف منه، ولا إحداث الحدث كركوبها ركوباً غير معتد به وتعليقها وسقيها.

(مسألة ٢) : لو تلف الحيوان في مدة الخيار فهو من مال البائع^(٧)، فيبطل البيع ويرجع إليه المشتري بالثمن إذا دفعه إليه.

(مسألة ٣) : العيب الحادث في الثلاثة من غير تفريط من المشتري لا يمنع عن الفسخ والرد.

المآلث: خيار المشرط

أي الثابت^(٨) بالاشتراط في ضمن العقد، ويجوز جعله لهما أو لأحدهما أو لثالث، ولا

ومكاتبة الصفار: «إذا أحدث فيها حدثاً فلا خيار»^١. ويستفاد ما في المتن من قوله ﷺ: «فذلك رضى منه».

(٧) لعدة روايات: منها: صحيح ابن سنان: عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدثاً على من ضمان ذلك؟ فقال ﷺ: «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري»^٢.

ومرسل ابن رباط: «إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»^٣.

(٨) لا خلاف في صحة هذا الشرط ولا يتقدر عندنا بقدر: للإطلاق، ونقل الإجماع^٤ عليه مستفيض، ولصحاح كثيرة:

منها: صحيح ابن سنان: «المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز»^٥.

١. وسائل الشريعة ١٨: ١٣، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٤، الحديث ٢ و ٤.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ١٥، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٥، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ١٥، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٥، الحديث ٥.

٤. الانتصار: ٤٣٤ / مسألة ٢٤٦: الخلاف ٣: ٣١، مستند الشريعة ١٤: ٣٨١، جواهر الكلام ٢٢: ٣٢.

٥. وسائل الشريعة ١٨: ١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٢.

يتقدّر بمدة، بل هي بحسب ما اشترطه قلّت أو كثرت، ولا بدّ من كونها مضبوطة من حيث المقدار ومن حيث الاتصال والانفصال، نعم، إذا ذكرت مدة معينة - كشهْر مثلاً - وأطلقت فالظاهر اتّصالها بالمقدّر.

(مسألة ٤): يجوز أن يشترط لأحدهما أو لهما الخيار بعد الاستثمار والاستشارة - بأن يشاور مع ثالث في أمر العقد - فكلّ ما رأى من الصلاح إبقاء له أو فسحاً يكون متبعاً. ويعتبر في هذا الشرط أيضاً تعيين المدة، وليس للمشروط له الفسخ قبل أمر ذلك الثالث، ولا يجب عليه لو أمره^(٩)، بل جاز له، فإذا اشترط البائع على المشتري - مثلاً - بـ «أنّ له المهلة إلى ثلاثة أيام حتّى يستشير صديقه أو الدّلال، فإن رأى الصّلاح يلتزم به، وإلّا فلا» يكون مرجعه إلى جعل الخيار له على تقدير أن لا يرى صديقه أو الدّلال الصّلاح، لا مطلقاً، فليس له الخيار إلّا على ذلك التقدير.

(مسألة ٥): لا إشكال في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، بل يجري^(١٠) في كثير

وفي بعضها: «فيما وافق كتاب الله». وفي موقّ إسحاق: «إلا شرط حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»^١.

ولأنّه إذا كان تلف الكلّ من البائع فتلف البعض، كذلك لو لم يكن أولى.

(٩) فإنّ معنى الاستيمار: أنّ له الفسخ لو أمره بالفسخ، لا كونه ملزماً بالفسخ لو أمره المستأمر بالفتح، أو أن يفسخ نفس المستأمر.

(١٠) هذا الخيار يوجب جواز العقد بالعرض، فلا يجري في العقود الجائزة بالذات، كالمضاربة والوكالة والوديعة ونحوها، ويجري في جميع العقود اللازمة كالإجارة والصّلع والمزارعة والمساقاة والوقف وغيرها؛ لعدم الخلاف في ذلك في الجملة، ولعموم صحيحة ابن سنان: «المسلمون عند شروطهم»^٢، بل ولعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٣ بعد صيرورة الشرط جزءاً منها.

١. وسائل الشيعة ١٨: ١٧، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٢.

٣. المائدة (٥): ١.

من العقود اللازمة، ولا إشكال في عدم جريانه في الإيقاعات، كالطلاق والعتيق والإبراء ونحوها.

(مسألة ٦): يجوز اشتراط الخيار^(١١) للبائع إذا ردّ الثمن بعينه أو ما يعمّ مثله إلى مدّة معيّنة، فإن مضت ولم يأت بالثمن كاملاً لزم البيع، وهو المسمّى ببيع الخيار في العرف. والظاهر صحّة اشتراط أن يكون للبائع فسخ الكل برّد بعض الثمن أو فسخ البعض برّد بعضه. ويكفي في ردّ الثمن فعل البائع ما له دخل في القبض من طرفه وإن أبى المشتري من قبضه. فلو أحضر الثمن وعرضه عليه ومكّنه من قبضه فأبى وامتنع، فله الفسخ.

(مسألة ٧): نماء المبيع ومنافعه في هذه المدّة للمشتري، كما أنّ تلفه عليه، والخيار باقٍ مع التلف إن كان المشروط^(١٢) الخيار والسلطنة على فسخ العقد. فيرجع بعده إلى المثل أو

والظاهر عدم جريانه في الإيقاعات؛ لعدم الخلاف^١ فيه. ولأنّ مفاد هذا الشرط يرجع إلى التسلّط على الفسخ ومشروعيّة الفسخ في الإيقاعات لا دليل عليه.

(١١) هذا يسمّى به بيع الشرط ومعناه: أن يبيع أحد شيئاً ويأخذ الثمن ويشترط مع المشتري أنّه متى جاء بالثمن إلى مدّة معيّنة كان المبيع له. ويدلّ عليه الإجماع^٢ والنصوص المستفيضة:

منها: موثّق إسحاق: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه، فقال: أبيعك وأرى هذه وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشرط لي إن أنا جئتك بشئها إلى سنة تردّها عليّ، قال: لا بأس بهذا إن جاء بشئها ردّها عليه^٣، والمراد بمجيئه للثمن: إحضاره وجعله قادراً على قبضه، سواء قبل ذلك أم ردّ.

(١٢) التردّد مبنيّ على أن متعلّق الخيار في المقام وسائر الخيارات العقد أو استرجاع العين كما ذكرنا المسألة إجمالاً في أوّل البحث، والظاهر - كما سيحيي - هو الأوّل كما هو

١. غايّة المراد ٣: ٣٧، المكاسب (ضمن ترات الشيخ الأعظم) ٣: ٣٤٦.

٢. مفتاح الكرامة ١٤: ٢٠٥، مستند الشيعة ١٤: ٣٨٤، جواهر الكلام ٢٢: ٣٦.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ١٩، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٨، الحديث ٦.

القيمة، وساقط إن كان المشروط ارتجاع العين بالفسخ، وليس للمشتري^(١٣) قبل انقضاء المدة التصرف الناقل وإتلاف العين إن كان المشروط ارتجاعها، ولا يبعد جوازهما إن كان السلطنة على فسخ العقد.

(مسألة ٨) : الثمن المشروط رده إن كان كلياً في ذمة البائع، كما إذا كان في ذمته ألف درهم لزيد، فباع داره بما في ذمته، وجعل له الخيار مشروطاً برد الثمن، يكون رده بأداء ما كان في ذمته وإن برئت ذمته عما كان عليه بجعله ثمناً.

(مسألة ٩) : إن لم يقبض البائع الثمن أصلاً؛ سواء كان كلياً في ذمة المشتري، أو عيناً موجوداً عنده، فهل له الخيار والفسخ قبل انقضاء المدة المضروبة أم لا؟ وجهان، لا يخلو أولهما من رجحان. ولو قبضه، فإن كان الثمن كلياً، فالظاهر أنه لا يتعين عليه رد عين ذلك الفرد المقبوض، بل يكفي رد فرد آخر ينطبق الكلّي عليه، إلا إذا صرح باشتراط رد عينه. وإن كان عيناً شخصياً لم يتحقق الرد إلا برد عينه، فلو لم يمكن رده لتلف ونحوه سقط الخيار، إلا إذا شرط صريحاً برد ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين. نعم، إذا كان الثمن ممّا انحصر انتفاعه المتعارف بصرفه - لا ببقائه - كالنقد، يمكن أن يقال: إن المساق من الإطلاق في مثله ما يعمّ بدله ما لم يصرّح بالخلاف.

(مسألة ١٠) : كما يتحقق الرد بإيصاله إلى المشتري يتحقق بإيصاله إلى وكيله المطلق، أو لمي خصوص ذلك، أو وليّه كالحاكم لو صار مجنوناً أو غائباً، بل وهدول المؤمنين في مورد ولايتهم. هذا إذا كان الخيار مشروطاً برد الثمن أو رده إلى المشتري وأطلق. وأمّا لو اشترط رده إليه بنفسه وإيصاله بيده لا يتعدى منه إلى غيره.

(مسألة ١١) : لو اشترى الولي شيئاً للمولى عليه بيع الخيار، فارتفع حجره قبل انقضاء

الحال في الثمن، والاحتمال الثاني يحتاج إلى التصريح به.

(١٣) وذلك لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، فلا يجوز للمشتري ما يناقض ذلك المقصود.

المدة ورد الثمن، فالظاهر تحقّقه^(١٤) بإيصاله إلى المولّي عليه، فيملك البائع الفسخ بذلك، ولا يكفي الردّ إلى الوليّ بعد سلب ولايته. ولو اشترى أحد الوليّين كالأب، فهل يصحّ الفسخ مع ردّ الثمن إلى الوليّ الآخر كالجدّ؟ لا يبعد ذلك، خصوصاً فيما إذا لم يتمكّن من الردّ إلى الأب في المثال. وأمّا لو اشترى الحاكم - ولاية - فالأقوى عدم كفاية الردّ إلى حاكم آخر مع إمكان الردّ إليه، ومع عدم إمكانه يرّد إلى حاكم آخر. وهذا أيضاً - كما مرّ في المسألة السابقة - فيما إذا لم يصرح برده إلى خصوص المشتري بنفسه، وإلا فلا يتعدّى منه إلى غيره.

(مسألة ١٢): لو مات البائع ينتقل هذا الخيار - كسائر الخيارات - إلى ورثته. فيردّون الثمن ويفسخون، فيرجع إليهم المبيع على قواعد الإرث، كما أنّ الثمن المردود أيضاً يوزّع عليهم بالحصص. ولو مات المشتري فالظاهر جواز الفسخ برّد الثمن إلى ورثته. نعم، لو جعل الشرط ردّه إلى المشتري بخصوصه وبمنفسه وبمباشرة، فالظاهر عدم قيام ورثته مقامه، فيسقط الخيار بموته.

(مسألة ١٣): كما يجوز^(١٥) للبائع اشتراط الخيار له برّد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراطه له برّد الثمن، والظاهر المنصرف إليه الإطلاق فيه ردّ العين، فلا يتحقّق برّد بدله ولو مع التلف، إلّا أن يصرح برّد ما يعمّ البدل، ويجوز اشتراط الخيار لكلّ منهما برّد ما انتقل إليه.

(١٤) لأنّه ليس الغرض عرفاً إلّا إيصال الثمن إلى من له السلطنة على أخذه فيأخذ المبيع، فلا فرق بين الوليّ والمولّي عليه إذا صار وليّاً ومولّي آخر إذا كان له الولاية أيضاً. وكذا القيمّ والوصيّ والحاكم إذا صار المشتري مجنوناً، وحاكم آخر إذا تعذّر الوصول إلى الأوّل ونحو ذلك، إلّا إذا كان هناك اشتراط خاصّ كما تعرّض له في المتن.

(١٥) كلّ ذلك لعموم: «المسلمون عند شروطهم» ونحوه، ولو كان يشمل بعضها الأدلّة الخاصة الواردة في الباب.

الرابع: خيار الغبن^(١٦)

وهو فيما إذا باع بدون ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مع الجهل بالقيمة، فللمغبون خيار الفسخ، وتعتبر الزيادة والنقص مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى مائة دينار بأقل منه بكثير^(١٧) مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن؛ لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم. وهكذا غيره من الشروط. ويشترط فيه أن يكون التفاوت بما لا يتسامح فيه في مثل هذه المعاملة، وتشخيص ذلك موكول إلى العرف، وتختلف المعاملات في ذلك، فربما يكون التفاوت بنصف العشر بل بالعشر مما يتسامح فيه، ولا يعد غبناً، وربما يكون بعشر العشر غبناً ولا يتسامح فيه، ولا ضابط لذلك، بل هو موكول إلى العرف.

(مسألة ١٤): ليس للمغبون مطالبة الغائب بتفاوت القيمة، بل له الخيار^(١٨) بين أن يفسخ

الرابع: خيار الغبن

(١٦) غبن الناس في البيع وغيره مع العلم حرام تكليفاً؛ لموثق إسحاق: «غبن المسترسل سحت»^١، وخبر الميسر: «غبن المؤمن حرام»^٢.

(١٧) هذا بإطلاقه غير صحيح إلا مع تناسب قلة الثمن مع وجود الخيار، فلو باع ما يساوي ألفاً بدينهم مع جعل الخيار لنفسه، فالظاهر أن له خيار الغبن أيضاً.

(١٨) للإجماع المحكي^٣ المعتضد بالشهرة المحققة؛ ولصحيح زرارة: أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»^٤، وفي مرسل ابن مسكان: «لا ضرر ولا ضرار على مؤمن»^٥، فإن لزوم هذا البيع وعدم تسلط المغيون على فسخه ضرر عليه فيكون مرفوعاً.

فإن معنى الرواية أن الشارع لم يحكم حكماً ضررياً ولم يرض تصرفاً فيه ضرر، فكل عقد يكون لزمه ضررياً بيماء أو غيره - كالصلح والإجارة والمزارعة والمساقاة لغبن أو

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣١، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٧، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٧، الحديث ٢.

٣. غنية الزروع ٢: ٢٢٤؛ مفتاح الكرامة ١٤: ٢٢٣؛ مستند الشيعة ١٤: ٢٨٨؛ جواهر الكلام ٢٣: ٤١.

٤. وسائل الشريعة ١٨: ٣٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٧، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ١٨: ٣٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٧، الحديث ٥.

البيع أو يرضى به بالثمن المسمى، كما أنه لا يسقط خياره يذل الطرف التفاوت. نعم، مع تراضيهما لا بأس به.

(مسألة ١٥): الخيار ثابت للمغبون من حين العقد^(١٩)، وليس بحادث عند علمه بالغبن، فلو فسخ قبل ذلك وصادف الغبن انفسخ.

(مسألة ١٦): لو اطلع على الغبن ولم يبادر بالفسخ، فإن كان لأجل جهله بحكم الخيار فلا إشكال في بقاءه، وإن كان عالماً به فإن كان باتياً على الفسخ غير راضٍ بالبيع بهذا الثمن لكن أخر الفسخ لغرض، فالظاهر ببقاؤه. نعم، ليس له التواني فيه بحيث يؤدي إلى ضرر وتعطيل أمر على الغابن، بل ببقاؤه مع عدم البناء على الفسخ - وإنما بدا له بعد ذلك - لا يخلو من قوة.

(مسألة ١٧): المدار في الغبن هو القيمة حال العقد، فلو زادت بعده لم يسقط ولو قبل علم المغبون بالنقصان حينه، ولو نقصت بعده لم يثبت.

(مسألة ١٨): يسقط هذا الخيار بأمر:

الأول: اشتراط سقوطه^(٢٠) في ضمن العقد، ويقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت مقصودة عند الاشتراط وشملته العبارة، فلو كان المشروط سقوط مرتبة من الغبن كالعشر فتبين كونه الخمس، لم يسقط، بل لو اشترط سقوطه وإن كان فاحشاً أو أفحش، لا يسقط

غيره - فلزومه منفي بالقاعدة، فيثبت الخيار.

(١٩) اختلفوا في أن علم المغبون بالغبن شرط لحدوث الخيار فلا خيار قبله، أو أنه كاشف عن وجوده، فقبله أيضاً كان موجوداً؟

والظاهر من أدلة الباب هو الثاني؛ لظهورها في أن العلة لجعل هذا الحق - أعني الحكم الوضعي - هو تضرر المغبون وهو يحصل بنفس العقد.

(٢٠) لعموم: «المسلمون عند شروطهم»، والظاهر في شمول العموم ملاحظة المراتب الملحوظة للمغبون، فأية مرتبة لاحظها المسقط فهي الساقطة دون غيرها، فعليه تصح الشقوق التي ذكرها الماتن في هذه المسألة ويكون نظيرها - حينئذٍ - المسألة التالية، إذ لا فرق بين الإسقاط في ضمن العقد والإسقاط بعده.

إلا ما كان كذلك بالنسبة إلى ما يحتمل لمي مثل هذه المعاملة لا أزيد، فلو فرض أن ما اشتراه بمائة لا يحتمل فيه أن يسوى عشرة أو عشرين، وأن المحتمل فيه من الفاحش إلى خمسين والأفحش إلى ثلاثين، لم يسقط مع الشرط المذكور إذا كان يسوى عشرة أو عشرين. هذا كله إذا اشترط سقوط الخيار الآتي من قبل العشر - مثلاً - بنحو التقييد، ويأتي الكلام في غيره في الأمر الثاني.

الثاني: إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن إذا أسقطه على تقدير ثبوته. وهذا أيضاً كسابقه يقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت مشمولة للعبارة، فلو أسقط مرتبة خاصة منه كالعشر فتبين كونه أزيد، لم يسقط إذا كان الإسقاط بنحو التقييد بأن يسقط الخيار الآتي من قبل العشر - مثلاً - بنحو العنوان الكلّي المنطبق على الخارج بحسب وعائه المناسب له، وأما إذا أسقط الخيار^(٢١) المتحقق في العقد بتوهم أنه مسبب من العشر، فالظاهر سقوطه؛

(٢١) كم من فرق بين النظر إلى نفس الخيار المسبب عن الغبن - وملاحظة مراتبه المختلفة وإسقاط مرتبة خاصة منها، وكون توجه النفس إلى مراتب الغبن، كالعشر والخمس بلحاظ كونها مرآة لما يسقط من المراتب. وهذا هو المراد من المسألة السابقة وأول هذه المسألة - وبين النظر إلى أصل وجود الخيار وإسقاطه وكون وجود الأسباب داعياً لملاحظة التسبب الذي يراد إسقاطه، وحينئذ لا يكون اختلاف مراتب الأسباب كالخمس والعشر دخليلاً في عدم السقوط لو أخطأ المسقط في دواعيه والكلام هنا في هذا المقام.

وقوله ﷺ: «وكذا الحال في اشتراط» أي: لا فرق في اللحاظ الثاني بين هذه المسألة والمسألة قبلها.

وقوله ﷺ: «وكذا يأتي ما ذكر» أي: إذا صالح على مرتبة من الخيار، فتسقط تلك المرتبة ويبقى أصل الخيار وإن ظهر بطلان الصلح. بخلاف إسقاط الأصل على النحويين الآخرين؛ أي الصلح بالإسقاط من أول الأمر أو بعد ثبوت العقد.

هذا وبعد في العبارة إشكال، واللازم تجديد النظر؛ للإجماع^١ على أن تصرف ذي

سواء وصفه بالوصف المتوهم أم لا، قلو قال: أسقطت الخيار المتحقق في العقد الذي هو آت من قبل العشر، فتخلف الوصف سقط خياره على الأقوى، وأولى بذلك ما لو أسقطه بتوهم أنه آت منه. وكذا الحال في اشتراط سقوطه بمرتبة وإن كان فاحشاً بل أفحش، وكذا يأتي ما ذكر فيما صالح على خياره فبطل إن كان بنحو التقييد، فتبين الزيادة: دون النحوين الآخرين، وكما يجوز إسقاطه بعد العقد مجاناً يجوز المصالحة عليه بالموض، فمع العلم بمرتبة الغبن لا إشكال، ومع الجهل بها صحح المصالحة مع التصريح بعموم المراتب: بأن يصالح على خيار الغبن المتحقق في هذه المعاملة يأتي مرتبة كانت.

الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن فيما انتقل إليه بما يكشف كشفاً عقلياً عن الالتزام بالعقد وإسقاط الخيار، كالتصرف بالإتلاف، أو بما يمنع الرد، أو بإخراجه عن ملكه كالبيع اللزام، بل وغير اللزام، ونحو التصرفات التي مر ذكرها في خيار الحيوان. وأما التصرفات الجزئية نحو الركوب غير المعتد به والتعليل ونحو ذلك مما لا يدل على الرضا فلا. كما أن التصرف^(٢٢) قبل ظهور الغبن لا يسقط، كتصرف الغائب فيما انتقل إليه مطلقاً.

(مسألة ١٩): لو فسخ البائع المغبون البيع، فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري باقياً على حاله استرده، وإن كان تالفاً أو متلفاً رجع إليه بالمثل أو القيمة، وإن حدث به عيب عنده - سواء كان بفعله أو بغيره؛ من أفة سماوية ونحوها - أخذه مع الأرض، ولو أخرجه عن

الخيار فيما انتقل إليه إجازة وفيما انتقل عنه فسخ؛ وعموم العلة في صحيح ابن رناب، في حديث خيار الحيوان: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضى منه فلا شرطه^١؛ ولكونه إسقاطاً للخيار عند العرف.

(٢٢) في المسألة اختلاف، لكن حيث قلنا: بأن معنى الخيار السلطنة على العقد دون العين، فلا يفرق بين تصرف المغبون أو إخراجه عن الملك وعدمهما، فمع الجهل لا يدل شيء منهما على الرضى بالعقد. كما لا إشكال في عدم سقوطه بتصرف الغائب كما صرح به في المتن.

ملكه بوقف أو معاملة لازمة، فالظاهر أنه بحكم الإللاف^(٢٣) فيرجع إليه بالمثل أو القيمة، وإن كان ينقل غير لازم - كالبيع بخيار والهبة - ففي جواز إلزامه بالفسخ وإرجاع العين إشكال، ولو رجعت العين إلى المشتري بإقالة أو عقد جديد أو فسخ قبل رجوع البائع إليه بالبدل، لا يبعد أن يكون له إلزامه برّد العين ولو كان الانتقال السابق لازماً. ولو نقل منفعتها إلى الغير بعقد لازم كالإجارة لم يمنع ذلك عن الفسخ، كما أنه بعد الفسخ تبقى الإجارة على حالها، وترجع العين إلى الفاسخ مسلوب المنفعة، وله سائر المنافع غير ما ملكه المستأجر لو كانت، وفي جواز رجوعه إلى المشتري بأجرة المثل بالنسبة إلى بقية المدة وجه قوي، كما يحتمل أن يرجع إليه بالنقص الطارئ على العين من جهة كونها مسلوقة المنفعة في تلك المدة، فتقوم بوصف كونها ذات منفعة في تلك المدة مرة، ومسلوقة المنفعة فيها أخرى، فيأخذ مع العين التفاوت بين القيمتين، والظاهر أنه لا تفاوت غالباً بين الوجهين.

(مسألة ٢٠): بعد فسخ البائع المغبون لو كان المبيع موجوداً عند المشتري، لكن تصرف فيه تصرفاً مغيراً له إما بالنقص أو بالزيادة أو بالامتزاج، فلو كان بالتقصيص أخذه ورجع إليه بالأرض كما مر، ولو كان بالزيادة، فإما أن تكون صفة محضة كطحن الحنطة وقصارة الثوب وصياغة الفضة، أو صفة مشوبة بالعين كالصبغ إذا كان له عين عرفاً، أو عيناً محضاً كالغرس والزرع والبناء.

أما الأول فإن لم يكن للزيادة دخل في زيادة القيمة يرجع إلى العين، ولا شيء عليه، كما أنه لا شيء على المشتري، وإن كان لها دخل في زيادتها يرجع إلى العين، وفي كون زيادة القيمة للمشتري - لأجل الصفة - فيأخذ البائع العين ويدفع زيادة القيمة، أو كونه شريكاً معه في القيمة، فيباع ويقسم الثمن بينهما بالنسبة، أو شريكاً معه في العين بنسبة

(٢٣) الظاهر أن خروج المبيع عن ملك الغائب، سواء أكان لازماً كالوقف والبيع، أم جائزاً كالبيع الخياري، والهبة سبب لصدق عدم بقاء العين شرعاً في ملكه، واللازم - حينئذٍ - الرجوع إلى مثله أو قيمته، والأصل بقاء تلك العقود وعدم بطلانها.

تلك الزيادة، أو كون العين للبائع، وللمشتري أجرة عمله، أو ليس له شيء أصلاً، وجوه:
أقواها الثاني^(٢٤)، ولا يكون البائع ملزماً بالبيع، بل له أخذ المبيع وتأدية ما للمشتري بالنسبة.
أما الثاني فيأتي الوجوه المذكورة فيه أيضاً.

وأما الثالث فيرجع البائع إلى المبيع، ويكون الغرس ونحوه للمشتري، وليس للبائع إلزامه بالقلع والهدم ولا بالأرض، ولا إلزامه بالإبقاء ولو مجاناً، كما أنه ليس للمشتري حق الإبقاء مجاناً وبلا أجرة، فعلى المشتري إما إبقاؤها بالأجرة، وإما قلعها مع طم الحفر وتدارك النقص الوارد على الأرض، وللبائع إلزامه بأحد الأمرين، نعم، لو أمكن غرس المغلوع - بحيث لم يحدث فيه شيء إلا تبدل المكان - فللبائع أن يلزمه به، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين الزرع وغيره. وأما إن كان بالامتزاج، فإن كان بغير جنسه بحيث لا يتميز فكالمدوم يرجع بالمثل أو القيمة؛ من غير فرق بين ما كان مستهلكاً وعدّ تالفاً، كما إذا خلط ماء الورد بالزيت أو انقلب إلى حقيقة أخرى عرفاً، ولا يترك الاحتياط بالتصالح والتراضي في غير صورتين؛ وإن كان جريان حكم التالف في الخلط الذي يرفع به الامتياز لا يخلو من قوة. وإن كان الامتزاج بالجنس فالظاهر ثبوت الشركة بحسب الكمية وإن كان بالأردأ أو الأجود، مع أخذ الأرض في الأول، وإعطاء زيادة القيمة في الثاني، لكن الأحوط التصالح، خصوصاً في الثاني.

(مسألة ٢١): لو باع أو اشترى شيئين صفقة واحدة، وكان مغبوناً في أحدهما دون الآخر، ليس له التبعض^(٢٥) في الفسخ، بل عليه إما قسح البيع بالنسبة إلى الجميع، أو الرضا به كذلك.

(٢٤) لكلّ منها وجهٌ وجهه أو غير وجهه إلا الأخير، لكنّ الأظهر هو مختار المتن، كما اختاره العلامة الأنصاري أيضاً في «المكاسب»^١.

(٢٥) فإنه ليس هنا إلا بيع واحد - وإن كان متعلقاً - لأشياء، فلا دليل على الفسخ إلا في ذلك البيع وإن لوحظ له أجزاء اعتبارية.

الخامس: خيار التأخير

وهو فيما باع شيئاً ولم يقبض تمام الثمن، ولم يسلم المبيع إلى المشتري، ولم يشترط تأخير تسليم أحد الموضين، فحينئذ يلزم البيع ثلاثة أيام^(٢٦)، فإن جاء المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبائع فسخ المعاملة. ولو تلف السلعة كان من مال البائع، وقبض بعض الثمن كلا قبض.

(مسألة ٢٢): الظاهر أن هذا الخيار ليس على الفور، فلو أخر الفسخ عن الثلاثة لم يسقط إلا بأحد المسقطات.

(مسألة ٢٣): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وبإسقاطه بعد الثلاثة، وفي سقوطه^(٢٧) بالإسقاط قبلها إشكال، والأقوى عدمه. كما أن الأقوى عدم سقوطه ببذل المشتري الثمن بعدها قبل فسخ البائع، ويسقط لو أخذه بعدها بعنوان الاستيفاء لا بعنوان آخر، وفي سقوطه بمطالبة الثمن وجهان، الظاهر عدمه.

(٢٦) للإجماع المحكي^١. ولأن الصبر مطلقاً مظنة الضرر، ولروايات مستفيضة:

منها: صحيح علي بن يقطين: عن الرجل يبيع المبيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ قال ﷺ: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض يعهه وإلا فلا بيع بينهما»^٢.

وصحيح زرارة: «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»^٣.

وفي الباب السادس روايات أغلبها تدل على المطلب، وقوله ﷺ: «وقبض بعض الثمن». لإطلاق بعض الأخبار؛ وللتصريح به في خبر الحجاج في الحديث الثاني.

(٢٧) إذ الظاهر أن حدوئه يكون بعد الثلاثة، فإسقاطه قبلها كإسقاط باقي الخيارات قبل تحقق العقد.

١. الخلاف ٣: ٢٠ / مسألة ٢٣؛ تذكرة الفقهاء ١١: ٧٢؛ مستند الشيعة ١٤: ٣٩٧؛ جواهر الكلام ٢٣: ٥١.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٩، الحديث ٣.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٢١، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٩، الحديث ١.

(مسألة ٢٤) : المراد بثلاثة أيام: هو بياض اليوم، ولا يشمل الليالي، عدا الليلتين المتوسطتين، فلو أوقع البيع في أول النهار يكون آخر الثلاثة غروب النهار الثالث. نعم، لو وقع في الليل تدخل الليلة الأولى أو بعضها أيضاً في المدة. والظاهر كفاية التلفيق، فلو وقع في أول الزوال يكون مبدأ الخيار بعد زوال اليوم الرابع، وهكذا.

(مسألة ٢٥) : لا يجري هذا الخيار في غير البيع من سائر المعاملات.

(مسألة ٢٦) : لو تلف المبيع كان من مال البائع^(٢٨) في الثلاثة وبعدها على الأقوى.

(مسألة ٢٧) : لو باع ما يتسارع إليه الفساد؛ بحيث يفسد لو صار بائناً، كالبقول وبعض الفواكه واللحم في بعض الأوقات ونحوها، وبقي عنده وتأخر المشتري، فللبائع الخيار^(٢٩) قبل أن يطرأ عليه الفساد، فيفسخ البيع ويتصرف في المبيع كيف شاء.

السادس: خيار الرؤية

وهو فيما إذا اشترى شيئاً موصوفاً غير مشاهد، ثم وجده على خلاف ذلك الوصف؛ بمعنى كونه ناقصاً عنه، وكذا إذا وجده على خلاف ما رآه سابقاً، فيكون له خيار الفسخ^(٣٠).

(٢٨) في الثلاثة وبعدها؛ لقاعدة: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه^١.

وتوهم تعارضها بعد الثلاثة مع قاعدة «كل مبيع تلف في زمان الخيار، فهو مقن لا خيار له» إذ مقتضى حدوث الخيار للبائع بعد الثلاثة عدم كون التلف منه بل من المشتري.

مندفع؛ لما سيجيء من عدم العموم لهذه القاعدة، واختصاصها ببعض الخيارات، وعدم كون خيار التأخير منها، مع أن الاستصحاب عند التعارض مُحَكَّم.

(٢٩) قد بيّنه في الخيارات التي لم يتعرض لها المصنّف مستقلاً.

السادس: خيار الرؤية:

(٣٠) للإجماع المحقق^٢، ولقاعدة نفي الضرر، ولصحيح جميل؛ في رجل اشترى

١. عوالي الاكبي ٢/ ٢١٢: ٥٩؛ مفتاح الكرامة ١٤: ٣٠٨؛ جواهر الكلام ٢٣: ٨٣.

٢. مفتاح الكرامة ١٣: ٢١٩؛ مستند الشيعة ١٤: ١٤٠٥؛ جواهر الكلام ٢٣: ٩٢.

وفيما إذا باع شيئاً بوصف غيره، ثم وجده زائداً على ما وصف، أو وجده زائداً على ما يراه سابقاً، أو وجد الثمن على خلاف ما وصف؛ أي ناقصاً عنه، فله خيار الفسخ في هذه الموارد.

(مسألة ٢٨) : الخيار هنا بين الرد والإمسك مجاناً، وليس لذي الخيار الإمساك بالأرش. كما لا يسقط خياره ببذله، ولا بإبدال العين بالأخرى. نعم، لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه أخذ الأرض للميب، لا لتخلف الوصف.

(مسألة ٢٩) : مورد هذا الخيار^(٣١) بيع العين الشخصية الغائبة حين المبيعة. ويشترط في صحته: إما الرؤية السابقة مع حصول الاطمئنان ببقاء تلك الصفات، وإلا ففيه إشكال^(٣٢)، وإما توصيفه بما يرفع به الجهالة عرفاً؛ بأن حصل له الوثوق من توصيفه الموجب لرفع الغرر؛ بذكر جنسها ونوعها وصفاتها التي تختلف باختلافها الأثمان ورغبات الناس. (مسألة ٣٠) : هذا الخيار لوري عند الرؤية على المشهور، وفيه إشكال^(٣٣).

ضيعة رأى بعضها دون البعض، فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ﷺ: «لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة، ثم بقي قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية»^١. والمراد جعل ما رأى منها أمارة على ما لم يره فانكشف الخلاف، وقد ادعى^٢ الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع كما وصف أو كما رآه سابقاً. (٣١) إذ في بيع الكلّي لا خيار قطعاً، بل يبذل الفرد غير الواجد للأوصاف بما هو واجد لها.

(٣٢) لكنّه غير وجيه، فإنّ الاستصحاب مُحكّم في هذه الموارد أيضاً، إلّا أن يخالفه ظاهر حال الشيء.

(٣٣) فإنّ صحيح جميل: «كان له في ذلك خيار الرؤية»^٣ ناظر إلى أصل ثبوت الخيار لبقائه ودوامه، ومقتضى الاستصحاب وإن كان دوامه بدوام مجلس الرؤية أو أزيد، إلّا

١. وسائل الشيعة ١٨: ٢٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٥، الحديث ١.

٢. مفتاح الكرامة ١٣: ٢٢١؛ العبداني الناضرة ١٩: ٥٦؛ مستند الشيعة ١٤: ٤٠٥؛ جواهر الكلام ٢٣: ٩٤.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٢٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٥، الحديث ١.

(مسألة ٣١): يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد إذا لم يرفع به الوثوق الرافع للجهالة، وإلا فيفسد ويفسد العقد، وبإسقاطه بعد الرؤية، وبالتصرف في العين بعدها تصرفاً كاشفاً عن الرضا بالبيع، وبعدم المبادرة إلى الفسخ بناء على فوريته.

السابع: خيار العيب (٣٤)

وهو فيما إذا وجد المشتري في المبيع عيباً، فيختار بين الفسخ والإمساك بالأرض ما لم يسقط الرد^(٣٥) قولاً أو بفعل دالّ عليه، ولم يتصرف فيه تصرفاً مثيراً للعين، ولم يحدث فيه

أنّ في كون المقام من موارد الرجوع إلى الأصل، إشكال؛ لاحتمال دلالة «أوفؤوا بالعقود» على العموم الزماني في مقابل ما دلّ على التخصيص بخيار الرؤية.

(٣٤) هذا الخيار يمتاز عن سائر الخيارات، بكونه ذا شقين بمعنى أنّ ذا الخيار مخير بين فسخ العقد، وإمضائه مع أخذ الأرض. ويدلّ على الحكم:

أولاً: عدم الخلاف في المسألة، بل الإجماع^١ على التخيير بين الردّ والأرض.

وثانياً: إنّ إطلاق العقد عند العرف بمنزلة اشتراط السلامة، فكأنّهم شرطوا سلامة

العوضين في ضمن العقد قولاً، فيشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم»^٢.

وثالثاً: عدّة أخبار في أبواب الخيار؛ منها: مرسل جميل، فيمن وجد العيب فيمن اشتراه،

قال ﷺ: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن»^٣.

ورابعاً: قاعدة الضرر؛ إذ لا إشكال في أنّ لزوم هذه المعاملة ضرر بالنسبة إلى من انتقل

إليه المبيع.

(٣٥) مسقطات هذا الخيار على أقسام ثلاثة: مسقط الردّ فقط، ومسقط الأرض فقط.

ومسقط كليهما. فأشار هنا في ضمن بيان بقاء الخيار إلى عدّة مسقطات الردّ:

١. غنية النزوع ٢: ٢٢١؛ جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٦؛ المسالك (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٥: ٢٧٥.

٢. وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٦، الحديث ٣.

عيب عنده بعد خيار المشتري المضمون على البائع، كخيار الحيوان، وكخيار المجلس والشرط إذا كانا له خاصة. والظاهر أنَّ الميزان في سقوطه: عدم كون المبيع قائماً بعينه بتلف أو ما يحكمه أو عيب أو نقص وإن لم يكن عيباً. نعم، الظاهر أنَّ التغير بالزيادة لا يسقطه إذا لم يستلزم نقصاً ولو بمثل حصول الشركة. وكيف كان مع وجود شيء مما ذكر ليس له الرد، بل يثبت له الأرض خاصة^(٣٦). وكما يثبت هذا الخيار للمشتري إذا وجد العيب في المبيع، كذلك يثبت للبائع^(٣٧) إذا وجدته في الثمن المعين. والمراد بالعيب^(٣٨) كل ما زاد أو نقص

منها: عدم إسقاطه في ضمن العقد، كما سيشير إليه في المسألة التالية.

ومنها: عدم إسقاطه بعد العقد قولاً.

ومنها: عدم إسقاطه بفعل دالّ عليه، كبيع المعيب مع علمه بالعيب.

ومنها: عدم التصرف المغير.

ومنها: عدم حدوث عيب مضمون على البائع؛ كما إذا كان المبيع حيواناً أو كان للمشتري

فقط خيار المجلس أو الشرط، فاتفق حدوث عيب آخر في المبيع عند المشتري.

ومنها: كل مورد لا يصدق قيام العين على حالها بتلف أو تغير كخياطة الثوب، وهو

الميزان الكلّي لكل تلف أو تغير حدث في المبيع فأوجب سقوط الخيار.

(٣٦) لمرسل جميل المذكور: «وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صيغ يرجع بنقصان

العيب»^١، ونظيره رواية عقبة.

(٣٧) لجريان جميع الأدلة المذكورة في صورة كون المبيع معيباً في عكسه أيضاً عدا

الثالث، لكن عدم التعرض فيها للثمن من جهة غلبة كون الثمن نقداً وكون المعيب فيه قليلاً،

وإلا فالظاهر إلغاء خصوصية المبيع فيها.

(٣٨) فإنه معناه لغة، وفي الموثق عن زرارة: «أبما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو

عوار»^٢.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٦، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٦، الحديث ٢.

عن المجرى الطبيعي والخلقة الأصلية، كالعمى والمرج وغيرهما.

(مسألة ٣٢): يثبت هذا الخيار بمجرد العيب واقعاً عند العقد وإن لم يظهر بعد، فظهوره كاشف عن ثبوته من أول الأمر، لا سبب لحدوثه عنده، فلو أسقطه قبل ظهوره سقط، كما يسقط بإسقاطه بعده، وكذلك باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وبالتالي من العيوب عنده؛ بأن يقول: يمتنع بكل عيب، وكما يسقط بالتبزي من العيوب الخيار، يسقط استحقاق مطالبة الأرض أيضاً، كما أن سقوطه بالإسقاط في ضمن العقد أو بعده تابع للمجعل.

(مسألة ٣٣): كما يثبت الخيار بوجود العيب عند العقد، كذلك يثبت بحدوثه بعده قبل القبض^(٣٩). والعيب الحادث بعد العقد، يمنع عن الردّ لو حدث بعد القبض وبعد خيار المشتري المضمون على البائع كما مرّ، ولو حدث قبل القبض فهو سبب للخيار، فلا يمنع عن الردّ والفسخ بسبب العيب السابق بطريق أولى.

(مسألة ٣٤): لو كان معيوباً عند العقد وزال العيب قبل ظهوره، فالظاهر سقوط الخيار، بل سقوط الأرض - أيضاً - لا يخلو من قرب، والأحوط التصالح.

(مسألة ٣٥): كيفية أخذ الأرض: بأن يقوم الشيء صحيحاً ثم يقوم معيباً، وتلاحظ النسبة بينهما، ثم ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة، فإذا قوم صحيحاً بثمانية ومعيناً بستة وكان الثمن ستة، ينقص من الستة اثنان وهكذا. والمرجع في تعيين ذلك أهل الخبرة، والأقوى اعتبار قول الواحد الموثوق به من أهلها؛ وإن كان الأحوط اعتبار ما يعتبر في الشهادة

وفي خبر محمد بن مسلم: «كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»^١.

(٣٩) فإن تلف المبيع وتعيّبه قبل القبض على عهدة البائع، فيكون كالحادث قبل البيع سبباً للخيار، والمراد بخيار المشتري المضمون على البائع خيار الحيوان وخيار المجلس والشرط إن كانا للمشتري فقط، فإن التلف والتعيّب في أزمان هذه الثلاثة أيضاً على عهدة البائع.

من التعدّد والعدالة .

(مسألة ٣٦): لو تعارض المقومون في تقويم الصحيح أو المعيب أو كليهما، فالأحوط التخلص بالتصالح، ولا تبعد القرعة، خصوصاً في بعض الصور .

(مسألة ٣٧): لو باع شيئين صفقة واحدة فظهر الميب في أحدهما، كان للمشتري^(٤٠) أخذ الأرض أو ردّ الجميع، وليس له التبعيض برّد المعيب وحده. وكذا لو اشترك اثنان في شراء شيء وكان معيماً، ليس لأحدهما ردّ حصته خاصة إن لم يوافقه شريكه على إشكال فيهما، خصوصاً في الثاني. نعم، لو رضي البائع بجوز ويصحّ التبعيض في المسألتين بلا إشكال.

القول: في أحكام الخيار

وله أحكام مشتركة بين الجميع، وأحكام مختصة ببعض لا يناسب هذا المختصر تفصيلها .

فمن الأحكام المشتركة: أنّه إذا مات من له الخيار انتقل خياره^(١) إلى وارثه؛ من غير

(٤٠) وكذا ما لو اشترك اثنان في شراء المعيب، والمسألتان مشهورتان، بل ادّعى الإجماع على ثانيتهما، لأنّ نفس التبعيض عيب يمنع الردّ، والظاهر أنّ الإشكال من جهة إمكان جبران ضرر البائع بخيار تبعّض الصفقة له حينئذٍ .

القول في أحكام الخيار

(١) بلا خلاف بين الأصحاب، وادّعى الإجماع في بعض أنواعه؛ ولأنّه من الحقوق كالشفعة والقصاص، ولقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾^٢.

١. أنظر: الخلاف ٣: ١١٥ / مسألة ١٩٣؛ غنية النزوع ١: ٢٢٣؛ جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٨؛ المكاسب (ضمن ترات الشيخ الأعظم) ٥: ٣٠٩.

٢. أنظر: مستند الشيعة ١٤: ٤١٢؛ جواهر الكلام ٢٣: ٧٥؛ المكاسب (ضمن ترات الشيخ الأعظم) ٦: ١٠٩.

٣. النساء (٤): ٧.

فرق بين أنواعه. وما هو المانع عن إرث الأموال - لنقصان في الوارث كالقتل والكفر - مانع من هذا الإرث أيضاً، كما أنَّ ما يحجب به حجب حرمان - وهو وجود الأقرب إلى الميِّت - يحجب به هنا أيضاً. ولو كان الخيار متعلقاً بمال خاص يحرم عنه بعض الورثة، كالأرض بالنسبة إلى الزوجة، والحبوة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر، فلا يحرم ذلك الوارث^(٢) عن الخيار المتعلق به مطلقاً.

(مسألة ١): لا إشكال فيما إذا كان الوارث واحداً، ولو تعدّد فالأقوى أنَّ الخيار للمجموع^(٣)؛ بحيث لا أثر لفسخ بعضهم بدون ضمّ لفسخ الباقيين؛ لا في تمام المبيع، ولا في حصته.

(مسألة ٢): لو اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم، فإن كان عين الثمن موجوداً دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أخرج من مال الميِّت. ولو لم يكن له مال، ففي كونه على الميِّت واشتغال ذمته به - فيجب تفرينها بالمبيع المردود إليه، فإن بقي شيء يكون للورثة، وإن لم يف بتفريغ ما عليه يبقى الباقي في ذمته - أو كونه على الورثة كلٌّ بقدر حصته، وجهان، أوجههما أولهما^(٤).

(٢) لأنَّ العين الخارجي من الموضع والمعوّض أمر والسلطة على العقد أمر آخر، والدليل يمنع الزوجة أو غير الولد الأكبر عن الأول، فيبقى الثاني تحت عموم الإرث، ولأنَّ المنتقل عن الميِّت إن كان ثمن ما منع عنه الوارث، فيريد أن يرده فيرث منه حصته، وإن كان بالعكس فله السلطة على ردِّ ما عنده ولو استلزم الحرمان عن عوضه بعد ردِّه.

(٣) إذ ليس هنا إلّا خيار واحد وسلطة وحيدة على العقد غير قابل للتبعض، لا السلطات بعدد الوراث ولا الميعّضات كذلك، ونتيجة ذلك: أنَّهم إذا اجتمعوا جميعاً على الفسخ حصل الفسخ وإلّا فلا أثر لفعلمهم.

(٤) فإنَّ أدلّة الإرث تقتضي سلطنتهم على الفسخ، ثم لو لم يف المردود بدين الميِّت يكون مديوناً لا مال له لأداء دينه، فلا يجب على أحد إلّا الإمام، فإنّه مؤدّي دين من لا مال له إذا قدر، كما في الرواية، راجع الجزء الثالث عشر من «الوسائل» الباب التاسع الحديث الثاني والثالث والرابع والخامس.

القول : فيما يدخل في المبيع عند الإطلاق

(مسألة ١) : من باع بستاناً دخل فيه الأرض^(١) والشجر والنخل، وكذا الأبنية من سوره وما تعدّ من توابعه ومرافقه، كالبنر والناعور إذا جرت العادة بدخوله فيه، والحظيرة ونحوها. بخلاف ما لو باع أرضاً فإنه لا يدخل فيها النخل والشجر الموجودان فيها إلا مع الشرط. وكذا لا يدخل الحمل في ابتاع الأم ما لم يشترط، إلا إذا كان تعارف يوجب التقييد كما أنّه كذلك نوعاً. وكذلك الحال في ثمر الشجر. ولو باع نخلاً فإن كان مؤبّراً فالثمرة للبائع، ويجب على المشتري إبقاؤها على الأصول بما جرت العادة على إبقاء تلك الثمرة، ولو لم يؤبّر كانت للمشتري، والظاهر اختصاص ذلك بالبائع، أمّا في غيره فالثمرة للناقل بدون الشرط والتعارف؛ سواء كانت مؤبّرة أو لا، كما أنّ الحكم مختصّ بالنخل، فلا يجري في غيره، بل الثمرة للبائع إلا مع الشرط أو التعارف الموجب للتقييد.

(مسألة ٢) : لو باع الأصول وبقي الثمرة للبائع واحتاجت الثمرة إلى السقي، يجوز لصاحبها أن يسقيها، وليس لصاحب الأصول منعه، وكذلك العكس. ولو تضرّر أحدهما بالسقي والآخر بتركه، ففي تقديم حقّ البائع المالك للثمرة أو المشتري المالك للأصول، وجهان، لا يخلو ثانيهما^(٢) من رجحان. والأحوط التصالح والتراضي على تقديم أحدهما ولو بأن يتحمّل ضرر الآخر.

القول فيما يدخل في المبيع عند الإطلاق

(١) ليست للمسألة قاعدة كلية شرعية، أو عقلية بل الأمر تابع للقرائن والشواهد المقرّنة للعقد ولو كانت انصراف عرف المحلّ.

نعم، في «الوسائل»، أبواب أحكام العقود، الباب الثاني والثلاثون، روايات تدلّ على أنّ ثمر النخل للبائع الذي أبرّها، وتحمل أيضاً على عرف المحلّ. ثمّ إنّ ظاهر بيع الأصول خروج الثمار عن مورد العقد. ولو فرض التبعيّة فيها أيضاً كانت مُحكّمة.

(٢) إذ البيع للأصول يقتضي سلطنة المشتري على السقي، فلا بدّ للبائع من التزامه، ولو تنزّلنا فالأجود تقديم حقّ من يكون ضرره أقوى ومع التساوي فالتصالح. وهسل المراد الضرر المالي أو الحالي؟ ظاهر المشهور الأوّل.

(مسألة ٣) : لو باع بستاناً واستثنى نخلة - مثلاً - فله الممر إليها والمخرج ومدى جرائدها وحقوقها من الأرض، وليس للمشتري منع شيء من ذلك. ولو باع داراً دخل فيها الأرض والأبنية الأعلى والأسفل إلا أن يكون الأعلى مستقلاً من حيث المدخل والمخرج والمرافق وغير ذلك؛ مما يكون أمارة على خروجه واستقلاله بحسب العادة. وكذا يدخل السرايب والبنر والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه، بل السلم المثبت على حذو الدرج. ولا يدخل الرحي المنصوبة إلا مع الشرط، وكذا لو كان فيها نخل أو شجر إلا مع الشرط؛ ولو بأن قال: وما دار عليها حائطها، أو تعارف موجب للتقييد، كما هو كذلك غالباً، ولا يبعد دخول المفاتيح فيها.

(مسألة ٤) : الأحجار المخلوقة في الأرض والمعادن المتكوّنة فيها تدخل في بيعها، بخلاف الأحجار المدقونة فيها كالكنوز المودعة فيها ونحوها.

القول: في القبض والتسليم

(مسألة ١) : يجب على المتبايعين^(١) تسليم الموضعين بعد العقد لو لم يشترط التأخير، فلا يجوز لكل منهما التأخير مع الإمكان إلا برضا صاحبه، فإن امتنعا أجبراً، ولو امتنع

القول في القبض والتسليم

(١) الكلام إما في موضوع الإقباض والقبض أو في حكمهما. أمّا الموضوع ففيه اختلاف كثير، لكنّ الأظهر أنّ الإقباض: إخراج الشيء عن تحت السلطنة، والقبض: جمعه تحت الاستيلاء والسلطنة. فرواية عقبة بن خالد: «حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»،^١ كناية عن الإقباض، كما أنّ التعبير بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت»^٢ كناية عن القبض، وكثيراً ما يلزم الإقباض القبض.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢٤، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٠، الحديث ١.

٢. عوالي الآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ مستدرک الوسائل ١٤: ٧، كتاب الوديعة، الباب ١، الحديث ١٢: كنز العمال ١٠:

أحدهما أجبر، ولو اشترط البائع أو المشتري تأخير التسليم إلى مدة معينة جاز، وليس لصاحبه الامتناع عن التسليم في زمان تأخير صاحبه بالشرط. نعم، لو اتفق التأخير إلى حلول الأجل، فالظاهر أن له ذلك إذا امتنع المشروط له. وكذا يجوز أن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار، أو ركوب الدابة، أو زرع الأرض، ونحو ذلك، مدة معينة. والقبض والتسليم فيما لا ينقل - كالدار والعقار - هو التخلية برفع يده عنه ورفع المناقبات، والإذن منه لصاحبه في التصرف بحيث صار تحت استيلائه، وأما في المتقول - كالطعام والثياب ونحوهما - ففي كونه التخلية أيضاً، أو الأخذ باليد مطلقاً، أو التفصيل بين أنواعه، أقوال، لا تبعد كفاية التخلية في مقام وجوب تسليم العوضين على المتبايعين؛ وإن كان ذلك لا يوجب خروجه عن ضمانه وعدم كون تلفه عليه - على احتمال غير بعيد - وإن لم يكتف بها في سائر المقامات التي يعتبر فيها القبض؛ مما لا يسع المقام تفصيلها.

(مسألة ٢): لو تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال البائع (٢)، فينفسخ

ويختلف العنوانان باختلاف أجناس الأشياء، فلو أعطى البائع مفتاح البيت للمشتري، أو قال: خلّيت بينك وبين الأرض المبيعة. فقبله المشتري. فقد حصل الإقباض والقبض. ومنه يعلم الحكم في الأمور الصغار؛ فإن دأبهما فيها ربّما تكون أضيّق.

وأما الكلام في الحكم فهما واجبان في البيع فوراً ما لم يكن في البين شرط مخالف لهما؛ لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وهما مع ذلك قد يقعان موضوعين للأحكام الكثيرة كتوقف صحة الوقف والهبة والصرف والسلم، وضمان البائع للمبيع، وجواز بيع بعض الأشياء الذي لا يجوز بيعه قبل القبض عليهما وغير ذلك.

(٢) إجماعاً مستقيماً أو محققاً؛ وللنبوي المشهور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه لهو من مال بايعه»؛ ومعناه: بطلان البيع في آتات قبل التلف ورجوع كلّ مال إلى صاحبه.

١. مفتاح الكرامة ١٣: ٣٣١، مستند الشيعة ١٤: ١٤٠٠، جواهر الكلام ٢٣: ١٨٣، المكاسب (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٥: ٢٣٨.

٢. عوالي اللآلي ٣: ٢١٢ / ١٥٩، مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٣، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٩، الحديث ١.

البيع ويعود الثمن إلى المشتري، ولو حصل للمبيع نماء قبل القبض - كالتاج والثمرة - كان للمشتري، ولو تعيب قبل القبض كان المشتري بالخيار بين الفسخ والإمضاء بكل الثمن، وفي استحقاقه لأخذ الأرض تردد، والأقوى عدم^(٣).

(مسألة ٣): لو باع جملة فتلّف بعضها قبل القبض، انفسخ البيع بالنسبة إلى التالف، وعاد إلى المشتري ما يخصه من الثمن، وله فسخ العقد والرضا بالموجود بحصته من الثمن. (مسألة ٤): يجب على البائع^(٤) - مضافاً إلى تسليم المبيع - تفرينه عما كان فيه من أمتعة وغيرها؛ حتى لو كان مشغولاً بزرع آن وقت حصاده وجبت إزالته، ولو كان له عروق تضرّ بالانتقال كالقطن والذرة، أو كان في الأرض حجارة مدفونة، وجبت إزالتها وتسوية الأرض، ولو كان فيها شيء لا يخرج إلا بتغيير شيء من الأبنية، وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم، ولو كان فيه زرع لم يأن وقت حصاده، ففي حق إبقائه إلى أوان حصاده بلا أجرة إشكال لا يترك الاحتياط^(٥) بالتصالح.

ولرواية عقبة: في رجل اشترى متاعاً ولم يقبضه... فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال عليه السلام: «من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بينه، فإذا أخرجه فالمتاع ضامن»^١.

(٣) فعن «الخلافة»^٢ وعدة^٣ دعوى عدم الخلاف على عدم الأرض هنا، ومنصرف دليل ضمان البائع هو المبيع مستقلاً مع أنّ الحكم مخالف للأصل، فيقتصر فيه على مورد الاتفاق وهو تلف الكل أو البعض لا التعيب، ومقتضى قاعدة الضرر جواز الفسخ فقط.

(٤) لو كان الإقباض حاصلًا بدون التفريغ، فهو وجوب نقسي لوجوب تفريغ أموال الناس عن الإشغال بماله، وإلا فهو شرطي مقدّمة لتحقيق التسليم.

(٥) من أنّه إذا رأى المشتري ما اشتراه مشغولة، فلا يثبت له أكثر من الخيار.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢٤، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١٠، الحديث ١.

٢. الخلافة ٣: ١٠٩ / مسألة ١٧٨.

٣. الرازي ٢: ٢٩٨، جامع الخلاف والوافاق ٢٦٢؛ مفتاح الكرامة ١٣: ٣٢٩؛ جواهر الكلام ٢٣: ١٥٨؛ المكاسب

(ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٦: ٢٨٢.

(مسألة ٥) : من اشترى شيئاً ولم يقبضه، فإن كان ممّا لا يكال ولا يوزن جاز بيعه قبل قبضه. وكذا إذا كان منهما وباع تولية؛ أي بما اشتراه. وأمّا لو باع بالمراوحة ففيه إشكال، والأقوى جوازه^(١) على كراهية، لكن لا يبنّي ترك الاحتياط. هذا إذا باعه من غير البائع، وإلا فلا إشكال في جوازه مطلقاً. كما أنّه لا إشكال فيه فيما إذا ملك شيئاً بغير الشراء، كالمراث والصدّق والخلع وغيرها، بل الظاهر اختصاص المنع - حرمة أو كراهة - بالبيع، فلا منع في جعله صدّاقاً أو أجره وغير ذلك.

القول: في النقد والنسيئة

(مسألة ١) : من باع شيئاً ولم يشترط فيه تأجيل الثمن يكون نقداً^(٢) وحالاً، فللبائع بعد تسليم المبيع مطالبته في أي وقت، وليس له الامتناع من أخذه متى أراد المشتري دفعه إليه. ولو اشترط تأجيله يكون نسيئة^(٣)؛ لا يجب على المشتري دفعه قبل الأجل وإن طوّل،

ومن أنّه صار مالكا للعين، فله إلزام الشاغل عن المزاحمة، والأوّل غير بعيد. (٦) روايات الباب هنا كأقوال الأصحاب مختلفة، وأولى الوجوه للجمع حمل المانعة على الكراهة، فراجع أبواب أحكام العقود الباب السادس عشر «من الوسائل»، لكنّ البحث في خصوص بيع المكيّل أو الموزون مراوحة قبل الكيل والوزن لغير من عليه الحقّ، وسائر الصور تبقى تحت عمومات الجواز.

القول في النقد والنسيئة

(١) البيع ينقسم بانقسامات، فمنها: النقد والنسيئة والسلم والكالئ بالكالئ، فإطلاق العقد يقتضي النقد؛ لانتقال العوضين بتماميّة العقد، فيجب على كلّ الخروج عن عهدة مال صاحبه متى طوّل؛ ولموثّق عتار: «الثمن إذا لم يكونا اشتراطاً فهو نقد»^١.
(٢) فلا بدّ من تعيين الأجل؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر.^٢

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣٦، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ١، الحديث ٢.
٢. وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب أداب التجارة، الباب ٤٦، الحديث ٣.

كما أنه لا يجب على البائع أخذه إذا دفعه المشتري قبله. ولا بد أن يكون الأجل معيناً مضبوطاً؛ لا يتطرق إليه احتمال الزيادة والنقصان، فلو اشترط التأجيل ولم يعين أو عين مجهولاً بطل البيع، والأقوى عدم كفاية تعيينه في نفسه مع عدم معرفة المتعاقدين.

(مسألة ٢): لو باع شيئاً بثمن حالاً وبأزيد منه إلى أجل؛ بأن قال: بعتك نقداً بحشرة ونسينة إلى سنة بخمسة عشر وقبل المشتري، ففي البطلان إشكال^(٣)، ولو قيل يصحته وأن للبائع أقل الثمنين ولو عند الأجل فليس ببعيد^(٤)، لكن لا يترك الاحتياط. نعم، لا إشكال في البطلان لو باع بثمن إلى أجل وبأزيد منه إلى آخر.

(مسألة ٣): لا يجوز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه؛ بأن يزيد في الثمن^(٥) الذي استحققه البائع مقداراً ليؤجله إلى أجل كذا. وكذلك لا يجوز أن يزيد في

(٣) لذهاب أكثر المتأخرين^١ إلى البطلان؛ للجهالة والغرر؛ وللخير: «من ساوم بثمنين: أحدهما عاجلاً والآخر نظرة، فليسّم أحدهما قبل الصفقة»^٢. وقلوله^٣: «نهى النبي ﷺ عن البيعين في بيع»^٤.

(٤) لصحيح ابن قيس وخبر السكوني^٥، وهذا ليس ببعيد، فالنتيجة - حينئذٍ - اشتغال دمة المشتري بالثمن الأقل وإن أخر تسليمه إلى الأجل. وهذا حكم على خلاف القاعدة ثبت لدليل، فراجع أبواب أحكام العقود، الباب الثاني الحديث الأول والثاني.

(٥) لأنه رباً ولا فرق في الربا بين التراضي عليه في أول المعاملة أو بعدها؛ لقوله تعالى: «وَحَرَّمَ الرِّبَا»^٦، أي: الزيادة للأجل، بل هو مورد نزول الآية، وكذا الفرع الذي بعده، وكذا قوله ﷺ: «على جهة البيع»، بأن يبيع الثمن القليل الحال بالكثير المؤجل، أو يصالحه عنه، أو يقول: إن تركت مطالبة دينك فلك عليّ كذا، فكل ذلك من مصاديق الربا.

١. مفتاح الكرامة ١٣: ٦٣٧-٦٤٨، مستند الشيعة ١٤: ٤٣٩، جواهر الكلام ٢٣: ١٠٢، المكاسب (ضمن ترات الشيخ الأعظم) ٦: ٢٠٤.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٣٧، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٨، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٢، الحديث ٥.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٣٦، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٢، الحديث ١ و ٢.

٥. البقرة (٢): ٢٧٥.

التمن المؤجل ليزيد في الأجل؛ سواء وقع ذلك على جهة البيع أو الصلح أو الجمالة أو غيرها، ويجوز عكس ذلك، وهو تعجيل المؤجل بنقصان منه على جهة الصلح أو الإبراء.

(مسألة ٤) : لو باع شيئاً نسيئته، يجوز شراؤه منه قبل حلول الأجل وبعده بجنس الثمن أو بغيره؛ سواء كان مساوياً للثمن الأول أم لا، وسواء كان البيع الثاني حالاً أو مؤجلاً^١. وإنما يجوز ذلك إذا لم يشترط^(٦) في البيع الأول، فلو اشترط البائع في بيعه على المشتري أن يبيعه منه بعد شرائه، أو شرط المشتري على البائع أن يشتريه منه، لم يصح على الأحوط. كما أنه لا يجوز ذلك مطلقاً لو احتال به للتخلص من الربا^٢.

القول : في الربا

وقد ثبت حرمة^(١) بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين، بل لا يبعد كونها من

(٦) للأصل وعموم أدلة الجواز ولروايات خاصة^٣.

وقوله ﷺ: «لو شرط ذلك» لكونه ينجر إلى الربا كما سيجيء، ولرواية «قرب الإسناد»: فيمن باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم، أيجل؟ قال ﷺ: «إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^٤.

وقوله ﷺ: «كما أنه لا يجوز»، سيجيء ما عندنا فيه في بحث الربا الآتي إن شاء الله تعالى.

القول في الربا

(١) راجع في حكم الربا وموضوعه الآية: ٢٧٥ إلى ٢٧٩ من البقرة، والآية: ١٣٠ من آل عمران، والآية: ٣٩ من الروم. والحكم واضح إجماعاً^٥ بقسميه وسنة وكتاباً، بل كاد

١. في (أ) ورد بعد «مؤجلاً»: «وربما يحتال بذلك عن التخلص من الربا».

٢. في (أ) لم يرد: «كما أنه... الربا».

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٤٠، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٥.

٤. قرب الإسناد: ١٠٦٢/٢٦٧؛ وسائل الشيعة ١٨: ٤٢، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٥، الحديث ٦.

٥. تذكرة الفقهاء ١٠: ١٣٣؛ الحقائق الناضرة ١٩: ٢١٤؛ جواهر الكلام ٢٣: ٣٣٢.

ضروريات الدين، وهو من الكبائر العظام، وقد ورد التشديد عليه في الكتاب العزيز والأخبار الكثيرة؛ حتى ورد فيه في الخبر الصحيح عن مولانا الصادق عليه السلام، قال: «درهم رباً عند الله أشد من سبعين زنية كلها بذات محرم»، وعن النبي صلى الله عليه وآله في وصيته لعلي عليه السلام، قال: «يا علي الربا سبعون جزءاً، فأبسرهما مثل أن ينكح الرجل أمه في بيت الله الحرام»، وعنه عليه السلام: «ومن أكل الربا ملأ الله بطنه من نار جهنم بقدر ما أكل، وإن اكتسب منه مالاً لم يقبل الله منه شيئاً من عمله، ولم يزل في لعنة الله والملائكة ما كان عنده منه قيراط واحد»، وعنه عليه السلام: «إن الله لعن أكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهده» إلى غير ذلك.

وهو قسمان: معاملي وقرضي.

أما الأول: فهو بيع أحد المثلين بالآخر مع زيادة عينية، كبيع من من الحنطة بعين أو بمن منها ودرهم. أو حكمية كمن منها نقداً بمن منها نسيئة. والأقوى عدم اختصاصه^(٢) بالبيع، بل يجري في سائر المعاملات كالصلح ونحوه. وشرطه أمران:

الأول: اتحاد الجنس^(٣) عرفاً، فكل ما صدق عليه الحنطة أو الأرز أو التمر أو العنب بنظر العرف، وحكموا بالوحدة الجنسية، فلا يجوز بيع بعضها ببعض بالتفاضل وإن تخالفاً في الصفات والخواص، فلا يجوز التفاضل بين الحنطة الرديئة الحمراء والجيدة

يكون ضرورياً، فراجع «الوسائل»، الجزء الثامن عشر، أبواب الربا، الباب الأول، وفيه ثلاث وعشرون حديثاً، كلها تدل على شدة حرمة هذا الكسب.

(٢) لعموم لفظ الربا لغة؛ لأنه بمعنى الزيادة، والظاهر شموله لجميع المعاوضات المالية كالبيع والصلح في المال ونحوهما، بل الظاهر شموله نظير الهبة المعوضة، كما إذا وهب لزيد خمسة دراهم بشرط أن يهبه عشرة.

(٣) بلا خلاف^١ في ذلك نصاً وفتوى، والمسألة مستغنية عن ذكر رواية خاصة أو روايات كذلك. فراجع أبواب الربا العشرين.

البيضاء، ولا بين العنبر الجيد من الأرز والردية من الشنية، وودي الزاهدي من النمر وجيد الختاي، وغير ذلك مما يحد عرفاً جنساً واحداً، بخلاف ما لا يعد كذلك كالحنطة والعدس، فلا مانع من التفاضل بينهما.

الثاني: كون الموضين من المكيل أو الموزون^(٤)، فلا ربا فيما يباع بالعد أو المشاهدة. (مسألة ١): الشعر والحنطة في باب الربا بحكم جنس واحد^(٥)، فلا يجوز المعاوضة بينهما بالتفاضل؛ وإن لم يكونا كذلك عرفاً وفي باب الزكاة ونحوه، فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر. وهل العلى من جنس الحنطة والسلت من جنس الشعر؟ فيه إشكال، والأحوط أن لا يباع أحدهما بالآخر، وكلّ منهما بالحنطة والشعر إلّا مثلاً بمثل.

(مسألة ٢): كل شيء مع أصله بحكم جنس واحد^(٦)، وإن اختلفا في الاسم كالسمسم

(٤) بلا خلاف^١ فيه مع تحقق الإجماع^٢ وتطابق الكتاب والسنة، ولعدة صحاح ومواثيق: منها: صحيح زرارة: «لا يكون الربا إلّا فيما يكال أو يوزن»^٣، وكذا سائر روايات الباب.

(٥) على المشهور^٤ شهرة عظيمة وعليه عامة المتأخرين، ولعدة روايات: منها: صحيح أبي بصير: «الحنطة والشعر رأساً برأس، لا يزداد واحد منهما على الآخر»^٥. وفي خبر عبد الرحمان: «لا يجوز إلّا مثلاً بمثل، إن الشعر من الحنطة»^٦، وكذلك سائر روايات الباب.

(٦) هذه قاعدة معروفة بين الأصحاب^٧ قديماً وحديثاً ويدل عليها صحيحة زرارة:

١. مختلف الشيعة ٥: ٨٧؛ مفتاح الكرامة ١٤: ١٥؛ الصداق الناظر ١٩: ٢٣٣؛ جواهر الكلام ٢٣: ٣٥٨.

٢. الخلاف ٣: ٤٣ / مسألة ٦٣ غنية النزوع ٢: ٢٢٤؛ مفتاح الكرامة ١٤: ٤٩؛ جواهر الكلام ٢٣: ٣٥٨.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ١٣٣، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٦، الحديث ١ و ٣.

٤. الخلاف ٣: ٤٧ / مسألة ٦٦ غنية النزوع ٢: ٢٢٤؛ مفتاح الكرامة ١٤: ٢٨؛ جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٤.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ١٣٨، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٨، الحديث ٣.

٦. وسائل الشيعة ١٨: ١٣٨، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٨، الحديث ٤.

٧. تذكرة الفقهاء ١٠: ١٦٣؛ مفتاح الكرامة ١٤: ٤٣؛ جواهر الكلام ٢٣: ٣٤٨.

والشريح، واللين مع الجبن والمخيض واللبناء وغيرها، والتمر والعنب مع خلّهما ودبسهما، وكذا الفرعان من أصل واحد كالجبين مع الأقط والزبد وغيرها.

(مسألة ٣): اللحوم والألبان والأدهان تختلف باختلاف الحيوان^(٧)، فيجوز التفاضل بين لحم الغنم ولحم البقر، وكذا بين لبنهما أو دهنهما.

(مسألة ٤): لا تجري تبعية الفرع^(٨) للأصل في المكيلية والموزونية، فما كان أصله ممّا يُكّال أو يُوزن، فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن، لا بأس بالتفاضل بين الأصل وما خرج منه، وكذا بين ما خرج منه بعضه مع بعض، فلا بأس بالتفاضل بين القطن ومنسوجه، ولا بين منسوجين منه؛ بأن يباع ثوبان بثوب، وربما يكون شيء مكبلاً أو موزوناً في حال دون حال، كالثمرة على الشجرة وحال الاجتناء، وكالحيوان قبل أن يذبح ويسلخ وبعدهما، فيجوز بيع شاة بشاتين بلا إشكال. نعم، الظاهر أنّه لا يجوز بيع لحم حيوان بحيوان^(٩) حتّى من جنسه كلحم الغنم بالشاة، وحرمة ذلك ليست من جهة الربا، بل لا يبعد تعميم الحكم إلى بيع اللحم بحيوان من غير جنسه، كلحم الغنم بالبقر.

«الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل... إلخ» وصحيحه الآخر: «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثل بمثل»^١ ونحوهما سائر روايات الباب.

(٧) بلا خلاف فيه^٢، وعن «التذكرة»^٣ الإجماع عليه؛ ولأنّها أجناس مختلفة فتدخل تحت عمومات الصّحة.

(٨) لخروج جميع ما ذكره في المتن عن موضوع الحرمة وهو المكيل والموزون، فلا يشملها حكم الربا.

(٩) هذا مشهور^٤ بين قدماء الأصحاب، ولعلّه للنبي العاصي: «نهى النبي ﷺ عن بيع

١. وسائل الشريعة ١٨: ١٤١، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٩، الحديث ٢، ص ١٤٢، الحديث ٤.

٢. الخلاف ٣: ٥٨ و ٧٣ / مسألة ٨٩ و ١٢٢: غنية النزوع ٢: ٢٢٥، الحدائق الناضرة ١٩: ٢٤٧: جواهر الكلام

٣٥٥: ٢٣.

٣. تذكرة الفقهاء ١٠: ١٥١.

٤. الخلاف ٣: ٧٥ / مسألة ١٢٦: غنية النزوع ٢: ٢٢٥، مفتاح الكرامة ١٤: ٨٠، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٤.

(مسألة ٥) : لو كان شيء حالة رطوبة وجفاف - كالرطب والتمر والعنب والزبيب، وكذا الخبز، بل واللحم يكون شيئاً ثم صار قديداً - فلا إشكال في بيع جافه بجافه ورطبه برطبه مثلاً بمثل، كما أنه لا يجوز بالتفاضل. وأما جافه برطبه كبيع التمر بالرطب ففي جوازه إشكال، والأحوط عدم^(١٠) : سواء كان بالتفاضل أو مثلاً بمثل.

(مسألة ٦) : التفاوت بالجودة والرداءة لا يوجب جواز التفاضل في المقدار، فلا يجوز بيع مثقال من ذهب بجيد بمثقالين من رديء وإن تساوى في القيمة.

(مسألة ٧) : ذكروا للتخلص من الربا وجوهاً مذكورة في الكتب^(١١)، وقد جذدت النظر في المسألة، فوجدت أن التخلص من الربا غير جائز بوجه من الوجوه، والجائز هو التخلص من المماثلة مع التفاضل، كبيع من من الحنطة المساوي في القيمة لمن من الشعير أو الحنطة الرديئة، فلو أريد التخلص من مبايعة المماثلين بالتفاضل، يضمن إلى الناقص شيء فراراً من الحرام إلى الحلال، وليس هذا التخلصاً من الربا حقيقة. وأما التخلص منه فغير جائز بوجه من وجوه الحيل.

(مسألة ٨) : لو كان شيء يباع جزافاً في بلد وموزوناً في آخر، فلكل بلد حكم نفسه.

(مسألة ٩) : لا ربا بين الوالد وولده^(١٢)، ولا بين الرجل وزوجته، ولا بين المسلم

اللحم بالحيوان^٢.

ولمؤثّق غياث : «إنّ عليّاً كره بيع اللحم بالحيوان»^٣، لكنّ الأوّل ضعيف سنداً والثاني دلالة، فالكرهية أولى.

(١٠) لعلم العرف بالحال وأنها مطلقاً متفاضلان، إمّا فعلاً أو قوّة قريية منه.

(١١) للإجماع الشدعي^٤ ولصحيح زرارة : «ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده».

١. في (أ) ورد بعد «الكتب» : «ونعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال. كضم غير الجنس بالطرفين» ولم ترد فيه : «وقد جذدت» إلى آخر المسألة.

٢. دعائم الإسلام ٢ : ٣٧ / ٣٤ : الجامع الصغير ٢ : ٦٨٥ / ٩٣٥٥ : كنز العمال ٤ : ٧٧ / ٩٦٠٥.

٣. وسائل الشريعة ١٨ : ٩٤٣. كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ١١، الحديث ١.

٤. الانتصار : ٤٤١ / مسألة ٢٥٣ : غنية النزوع ٢ : ٢٢٦ : مفتاح الكرامة ١٤ : ٩٥ : جواهر الكلام ٢٣ : ٣٧٨.

والحري؛ بمعنى أنه يجوز أخذ الفضل للمسلم. ويثبت بين المسلم والذمي.
هذا بعض الكلام في الربا المعاملي، وأما الربا القرضي فيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

القول: في بيع الصرف

وهو بيع الذهب^(١) بالذهب أو بالفضة، أو الفضة بالفضة أو بالذهب، ولا فرق بين المسكوك منهما وغيره؛ حتى في الكلبتون المصنوع من الإبريسم. وأحد التقدين إذا بيع بالآخر وقوبل بين التقدين اللذين فيهما يكون صرفاً، وأما إذا قوبل بين التوين فالظاهر عدم جريان الصرف فيه، وكذا إذا بيع بأحدهما. ويشترط في صحته التقابض^(٢) في المجلس.

ولا بين أهله ربا^١.

وقول النبي ﷺ: «ليس بيننا وبين أهل حريتنا ربا، نأخذ منهم ألف ألف درهم بدرهم، ونأخذ منهم ولا نعطيه»^٢.

القول في بيع الصرف

(١) كل واحد من الذهب والفضة من جهة يبعه بجنسه يكون ربوياً يجب فيه مراعاة حكم الربا ومن جهة يبعه بجنسه أو بالآخر يكون صرفاً يجب فيه مراعاة حكمه، فراجع «الوسائل»، الجزء الثامن عشر، أبواب الصرف الباب الأول، الحديث الأول إلى السادس.
(٢) في «الجواهر»؛ على المشهور شهرة كادت تكون إجماعاً^٣، إلا أن في فتاوى الأصحاب كأخبار الباب اختلافاً في موردين؛ في أصل لزوم التقابض في المجلس. وفي الفرق بين بيع المتجانسين بعضهما ببعض، وبيع كل واحد بالآخر.
أما الأول: فالأخبار الصحاح من الباب الثاني من أبواب بيع الصرف، كصحيح محمد بن

١. وسائل الشريعة ١٨: ١٣٦، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٧، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ١٣٥، كتاب التجارة، أبواب الربا، الباب ٧، الحديث ٢.

٣. جواهر الكلام ٢٤:

فلو تفرقا ولم يتقابضا بطل البيع، ولو قبض بعض صح فيه خاصة وبطل فيما لا يقبض^(٣)، وكذا إذا بيع أحد التقيدين مع غيرهما صفقة واحدة بأحدهما ولم يقبض الجملة حتى تفرقا، بطل في النقد وصح في غيره.

(مسألة ١): لو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل البيع، فإذا تقابضا قبل أن يفرقا صح. (مسألة ٢): إنما يشترط التقابض في معاوضة التقيدين إذا كانت بالبيع^(٤) دون غيره، كالصلح والهبة الممؤضة وغيرهما.

(مسألة ٣): لو وقعت المعاملة على النوت والمناات والأوراق النقدية المتعارفة في زماننا من طرف واحد أو الطرفين، فالظاهر عدم جريان^(٥) أحكام بيع الصرف عليها،

قيس وصحيح منصور وغيرهما، وإن دلت على لزوم التقابض إلا أن هناك أحاديث ستّة دلت على عدم لزومه، كالرواية العاشرة إلى الخامسة عشر من الباب، لكن الإنصاف أن الترجيح مع الأول سنداً واشتهاراً. وأما الثاني: فالذي دلت أخبار الباب عليه لزوم التقابض في المجلس في بيع كل من الجنسين بالآخر.

وأما بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، فلا تصريح فيها عليه غير الخبر الأول من باب الصرف على رواية الصدوق^(٦)، فإن فيها: «ليس فيه زيادة ولا نظرة»^٢ بناءً على كون معنى النظرة لزوم التقابض قبل التفرق، لا التعجيل المقابل للنسيئة والسلام. (٣) فيكون ذلك سبباً لخيار تبعض الصفقة لهما أو لأحدهما.

(٤) لعدم شمول أدلة الباب غير البيع، فيشملة وجوب الوفاء وغيره. (٥) لو فرضنا أن العرف يرون الأوراق المعمولة في هذا الزمان نقوداً مستقلة كالذهب والفضة، أو يرونها بدلاً عنهما في كل المعاملات، فإسراء حكم الريا والقبض إليها ليس بعيد - كما قالوا بذلك في المضاربة بعد اتفاقهم على اشتراط كون مال المضاربة من

١. في (أ) بعد «عليها»: «وعدم ثبوت الريا مع الزيادة، نعم، لو فرض» وليس فيها «ولكن... أيضاً و».

٢. الفقيه ٣: ٢٨٨ / ٤٠٣٧؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٦٥، كتاب التجارة، أبواب الصرف، الباب ١، الحديث ١.

ولكن لا يجوز التفاضل لو أريد التخلص من الربا، فمن أراد الإقراض ببيع فتخلص منه ببيع الأوراق النقدية متفاضلاً فعمل حراماً، وبطل البيع أيضاً، ولو فرض في مورد وقوع المعاملة بين النقدين وكانت المذكورات كالصكوك التجارية، يجري فيها الصرف ويثبت الربا، لكنه مجرد فرض في أمثالها في هذا الزمان، وحينئذ لا يكفي في التقابض المعترف في الصرف قبض المذكورات.

(مسألة ٤): الظاهر أنه يكفي في القبض كونه في الذمة، ولا يحتاج إلى قبض خارجي، فلو كان في ذمة زيد دراهم لعمرو فباعها بالدنانير وقبضها قبل التفريق صح، بل لو وكل زيدا بأن يقبضها عنه صح.

(مسألة ٥): لو اشترى دراهم ببيع الصرف ثم اشترى بها دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح الثاني، فإذا حصل التقابض بعد ذلك قبل التفريق صح الأول، وإن افترقا قبله بطل الأول أيضاً.

(مسألة ٦): لو كان له عليه دراهم، فقال للذي هي عليه: حوّلها دنانير^(٦)، فرفضى وتقبلها في ذمته بدل الدراهم، فإن كان ذلك توكيلاً منه في بيع ما في ذمته بالآخر صح، وإلا فبمجرد الرضا بالتحويل والتقبل المذكور يشكل أن تقع المعاملة. واحتمال أن يكون ذلك عنواناً آخر غير البيع بعيد.

(مسألة ٧): الدراهم والدنانير المغشوشة إن كانت رائجة بين عامة الناس ولو علموا بالحال، يجوز صرفها وإتفاقها والمعاملة بها، وإلا فلا يجوز إلا بعد إظهار حالها، والأحوط كسرها وإن لم تعمل للنش.

(مسألة ٨): حيث إن الذهب والفضة من الربوي، فإذا بيع كل منهما بجنسه، يلزم على

النقدين مدة مديدة - فالأحوط لزوماً رعاية أحكام الربا والصرف فيها.

(٦) وردت بكفاية ذلك صحاح، فالقول بالصحة غير بعيد وإن لم يقصد التوكيل في المبيعة والتقابض، ولعل الواقع منهما بدون قصدتهما كافٍ، فراجع أبواب الصرف، الباب الرابع، الأحاديث الثلاثة.

المتعاملين إيقاعه على نحو لا يقمان في الربا؛ بأن لا يكون التفاضل^١، وهذا ممّا ينبغي أن يهتم به المتعاملون خصوصاً الصيارفة، وقد نهى عن الصرف معللاً بأن الصيرفي لا يسلم من الربا.

(مسألة ٩) : يكفي في الضميمة وجود دخيل في الذهب والفضة إن كان له مالية لو تخلص منها، فإذا بيعت فضة ذات دخيل بمثلها، جاز بالمثل وبالتفاضل إذا لم يكن المقصود الفرار من الربا^٢، وإذا بيعت بالخالصة لا بد أن تكون الخالصة زائدة منها حتى تقع الزيادة مقابل الدخيل، وإذا لم يعلم مقدار الدخيل والفضة تباع بغير جنسها، أو بمقدار يعلم إجمالاً زيادته على الفضة في ذات الدخيل، وكذلك الأشياء المحللة بالذهب أو الفضة ونحوها.

(مسألة ١٠) : لو اشترى فضة معينة بفضة أو بذهب - مثلاً - فوجدها من غير جنسها - كالتحاس والرصاص - بطل البيع، وليس له مطالبة البدل، كما أنه ليس للبائع إلزامه به، ولو وجد بعضها كذلك بطل فيه وصح في الباقي، وله رد الكل؛ لتبعض الصفقة، وللبائع أيضاً رده مع جهله بالحال. ولو اشترى فضة كلياً في الذمة بذهب أو فضة، وبعد ما قبضها وجد المدفوع كله أو بعضاً من غير جنسها، فإن كان قبل أن يفترقا فللبائع الإبدال بالجنس، وللمشتري مطالبة البدل، وإن كان بعد التفريق بطل في الكل أو البعض على حدّ ما سبق. هذا إذا كان من غير الجنس.

وأما إذا كان من الجنس، ولكن ظهر بها عيب - كخشونة الجوهر، والدخيل الزائد على المتعارف، واضطراب السكة، ونحوها - ففي الأول، وهو ما إذا كان المبيع فضة معينة في الخارج، كان له الخيار برده الجميع أو إمساكه، وليس له رد المبيع وحده لو كان هو البعض؛ على إشكال تقدّم في خيار العيب، وليس له مطالبة الأرض^(٧) لو كان الموضان متجانسين،

(٧) هل الأرض في صورة تعيب المبيع جزء من الثمن في مقابل ما فات من العين

١. في (أ) ورد بعد «التفاضل» : «أو يتخلص منه بوجه آخر».

٢. في (أ) لم يرد : «إذا لم يكن المقصود الفرار من الربا».

كالفضة بالفضة في مثل خشونة الجوهر واضطراب السكة على الأحوط لو لم يكن الأقوى؛ للزوم الربا. ولو تخالفا - كالفضة بالذهب - فله ذلك قبل التفرق. وأما بعده ففيه إشكال^(٨)، خصوصاً إذا كان الأرض من التقدّين، ولكن الأقوى أنّ له ذلك، خصوصاً إذا كان من غيرهما. وأما في الثاني وهو ما لو كان المبيع كلياً في الذمة، وظهر عيب في المدفوع، فلا يبعد أن يكون مختيراً بين إمساك المعيب بالثمن ومطالبة البدل قبل التفرق. وأما بعده ففيه إشكال. وهل له أخذ الأرض؟ الأقرب عدم ثبوته حتى في المتخالفين كالفضة بالذهب، وحتى قبل التفرق.

(مسألة ١١): لا يجوز أن يشتري من الصانع خاتماً أو قرطاً - مثلاً - من فضة أو ذهب بجنسه مع زيادة بملاحظة أجرته، بل إما أن يشتريه بغير جنسه أو يشتري منه مقداراً منهما بجنسه مثلاً بمثل، ويعين له أجره لصياغته. نعم، لو كان فصّ الخاتم - مثلاً - من الصانع، وكان من غير جنس حلقاته، جاز الشراء بجنسه مع الزيادة في غير صورة التخلّص من الربا^(٩). (مسألة ١٢): لو كان على زيد دنانير، وأخذ منه دراهم تدريجاً شيئاً فشيئاً، فإن كان ذلك بعنوان الوفاء والاستيفاء، ينتقص من الدنانير في كلّ دفعة بمقدار ما أخذه من الدراهم بسعر ذلك الوقت، وإن كان أخذها بعنوان الاقتراض اشغلت ذمته بالدراهم، وبقيت ذمة زيد مشغولة بتلك الدنانير، فلكلّ منهما مطالبة صاحبه حقّه، وفي احتساب كلّ منهما ما له على

وجوب ردّه على البائع، حتى يلاحظ فيه الربا والقبض في المجلس وغيره، أو أنّه لا مقابلة بين الثمن والأوصاف، بل يكون جميع الثمن في مقابل ذات المبيع، لكنّ الشارع أوجبه جبراً لفراسته في المعاملة؟ أظهره الثاني. ولذلك لم يجب أدائه من عين الثمن؛ ولروايتي حمّاد وعبد الملك: «إنّ له أرض العيب»^٢ بدون التعرّض لأنّ المتدارك ماذا؟ (٨) لوقوع التقابض بعد المجلس، وأما الأرض: فالظاهر عدمه؛ لكون المبيع كلياً قابلاً للأبدال، فلا يثبت حكم الأرض الثابت في المبيع الخاص.

١. في (أ) لم يرد: «في غير صورة التخلّص من الربا».

٢. وسائل الشريعة ١٨: ١٤٠، كتاب التجارة، أبواب أحكام العيوب، الباب ٤، الحديث ٧، والباب ٥، الحديث ٣.

الآخر وفاءً عما عليه للآخر ولو مع التراضي إشكال^(٩)، كما أنَّ في بيع أحدهما بالآخرى إشكالاً، فلا محيص إلّا من إبراء كلّ منهما ما له على الآخر أو مصالحة الدنانير بالدرهم. نعم، لو كانت الدراهم المأخوذة تدريجاً قد أخذت بعنوان الأمانة حتّى إذا اجتمعت عنده بمقدار الدنانير تحاسباً، فلا إشكال في جواز جعلها عند الحساب وفاء، كما أنّه يجوز بيع الدنانير التي في الذمّة بالدراهم الموجودة. وعلى أيّ حال يلاحظ سعر الدنانير والدراهم عند الحساب، ولا ينظر إلى اختلاف الأسعار السابقة.

(مسألة ١٣): لو أقرض زيداً نقداً معيناً، أو باعه شيئاً بنقد معين كالليرة إلى أجل معلوم، وزاد سعر ذلك النقد أو نقص عند حلول الأجل عن سعره يوم الإقراض أو البيع، لا يستحقّ إلا عين ذلك النقد، ولا ينظر إلى زيادة سعره ونقصانه.

(مسألة ١٤): يجوز أن يبيع مثقالاً من فضة خالصة من الصانغ - مثلاً - بمشقال من فضة فيها دخيل متمول، واشترط عليه أن يصوغ له خاتماً مثلاً. وكذا يجوز أن يقول للصانغ: صغ لي خاتماً وأنا أبيعك عشرين مثقالاً من فضة جيّدة بعشرين مثقالاً من فضة رديّة، ولم يلزم الربا في الصورتين؛ بشرط أن لا يكون المقصود التخلص من الربا^١.

(مسألة ١٥): لو باع عشر روپيات - مثلاً - بليرة واحدة إلّا روپية واحدة، صحّ بشرط أن يعلموا نسبة الروپية بحسب سعر الوقت إلى الليرة؛ حتّى يعلموا أيّ مقدار استثنى منها، وبشرط أن لا يكون المراد التخلص من الربا^٢.

(٩) الظاهر أنّ وجه الإشكال عدم حصول التقابض في المجلس اللازم في نقل النقدين، لا في الاحتساب المذكور ولا في البيع. إلّا أنّ الأوجه الصحّة في المقامين؛ فإنّ الاحتساب والبيع هنا كالقباض الخارجيّ.

١. في (أ) لم يرد: «بشرط أن... الربا».

٢. في (أ) لم يرد: «وبشرط أن... الربا».

القول: في السلف

ويقال: السَلَمُ أيضاً، وهو ابتياع^(١) كَلَيٍّ مَزْجَلٍ بَشْمَنٍ حَالَ عَكْسِ النِّسْبَةِ. ويقال للمشتري: المسلم بكسر اللام، وللشمن بفتحها، وللبائع: المسلم إليه، وللمبيع: المسلم فيه. وهو يحتاج إلى إيجاب وقبول، وكل واحد من البائع والمشتري صالح لأن يوجب أو يقبل من الآخر، فالإيجاب من البائع بلفظ البيع وأشباهه بأن يقول: «بعتك وزنة من حنطة بصفة كذا إلى أجل كذا بَشْمَنٍ كَذَا». ويقول المشتري: «قبلت» أو «اشتريت». وأما الإيجاب من المشتري فهو بلفظي «أسلمت» أو «أسلفت» بأن يقول: «أسلمت إليك أو أسلفت مائة درهم - مثلاً - في وزنة من حنطة بصفة كذا إلى أجل كذا»، فيقول المسلم إليه وهو البائع: «قبلت». ويجوز إسلاف غير التقدين^(٢) في غيرهما: بأن يكون كل من الشمن والشمن من غيرهما، مع اختلاف الجنس، أو عدم كونهما أو أحدهما من المكيل والموزون. وكذا إسلاف أحد التقدين في غيرهما وبالعكس. ولا يجوز إسلاف أحد التقدين في أحدهما مطلقاً. ولا يصح

أبواب السلف

(١) السَلَمُ من أقسام البيع، ويمتاز عقده بجواز إنشائه من البائع والمشتري كليهما، بل يظهر من عنوان الباب أن الثاني هو الأصل أو الأغلب؛ إذ المراد من السلم الذي جعلوه عنوان الباب وكذا السلف تسليم الثمن وإسلافه لا شراء المبيع، ولذا فسروه بالابتياع.

(٢) للإجماع المدعى^١ عليه عن المرتضى رحمته الله؛ ولحديث وهب: «لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن»^٢. وفي الباب أخبار تدل على الكراهة.

وقوله رحمته الله: «أو عدم كونهما»، أي: في صورة التساوي؛ لئلا يلزم الربا ببيع المتفاضلين مع تأجيل وتعجيل. ومثلهما التقدان مع زيادة إشكال عدم التقابض في المجلس في المسلم فيه.

١. الناصريات: ٣٧١/ مسألة ١٧٦؛ مفتاح الكرامة ١٣: ٧١٥؛ جواهر الكلام ٢٤: ٢٧٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٢٩٦، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ٧، الحديث ١.

أن يباع بالسلف ما لا يمكن ضبطه^(٣) أو صافه التي تختلف القيمة والرغبات باختلافها، كالجواهر واللآلئ والعقار والأرضين وأشباهاها؛ ممّا لا يرتفع الجهالة والفقر فيها إلّا بالمشاهدة. بخلاف ما يمكن ضبطها بما لا يؤدي إلى عرّة الوجود، كالخضر والفواكه والحبوب كالحنطة والشعير والأرز ونحو ذلك، بل البيض والنحو واللوز ونحوها، وكذا أنواع الحيوان والملابس والأشربة والأدوية بسيطها ومركبها. ويشترط فيه أمور:

الأول: ذكر الجنس والوصف الراجع للجهالة.

الثاني: قبض الثمن^(٤) قبل التفريق من مجلس العقد، ولو قبض البعض صحّ فيه وبطل في الباقي^(٥)، ولو كان الثمن ديناً^(٦) في ذمّة البائع، فإن كان موجباً لا يجوز جمعه ثمتاً للمسلم فيه، وإن كان حالاً فالظاهر جوازه، وإن لم يخل من إشكال، فالأحوط تركه، ولو جعل الثمن كلياً في ذمّة المشتري، ثمّ حاسبه به بماله في ذمّة البائع المسلم إليه، سلم عن الإشكال.

الثالث: تقدير المبيع ذي الكيل أو الوزن أو العدد بمقدّره.

الرابع: تعيين أجل مضبوط للمسلم فيه بالآتيام أو الشهور أو السنين ونحو ذلك،

(٣) للفرع كما ذكر، ولرواية جابر وإن كانت واردة في اللحم^١.

(٤) إجماعاً^٢ عند علمائنا.

(٥) فللبائع - حينئذٍ - خيار تبعض الصفقة.

(٦) لكونه من بيع الدين بالدين فيشمّله قوله ﷺ: «لا يباع الدين بالدين»^٣، واستشكل المائن في الدين الحالّ لاحتمال شمول الرواية له أيضاً، إذ الثمن فيه كان ديناً.

(٧) لنفي الغرر في البيع؛ ولأخبار كثيرة في الباب الثاني من أبواب السلف، منها: قوله ﷺ: «لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجلٍ معلوم، ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢٨٧، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ٢، الحديث ١.

٢. غنية النزوع ٢: ٢٢٧، تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٥، مسالك الأنهار ٣: ٤١٢، جواهر الكلام ٢٤: ٢٨٩.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٢٩٨، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ٨، الحديث ٢.

ولو جعل الأجل إلى أوان الحصاد أو الدياس ونحو ذلك بطل، ولا فرق في الأجل بعد كونه مضبوطاً بين أن يكون قليلاً كيوم أو نصف يوم، أو كثيراً كمشرين سنة.

الخامس: غلبة الوجود^(٨) وقت الحلول وفي البلد الذي شرط أن يسلم فيه المسلم فيه لو اشترط ذلك؛ بحيث يكون مأمون الانقطاع ومقدور التسليم عادة.

(مسألة ١): الأحوط تعيين بلد التسليم، إلا إذا كان انصراف إلى بلد العقد أو بلد آخر.

(مسألة ٢): لو جعل الأجل شهراً أو شهرين، فإن كان وقوع المعاملة في أول الشهر عدّ شهراً هلالياً^(٩) أو شهرين كذلك، ولا ينظر إلى نقصان الشهر وتمامه، وإن أوقعها في أثنائه فالأقوى التلفيق؛ بأن يُعدّ من الشهر الآخر ما فات وانقضى من الشهر الأول، فلو وقع في العاشر وكان الأجل شهراً حلّ الأجل في عاشر الثاني وهكذا، فربما لا يكون ثلاثين يوماً، وهو ما إذا كان الأول ناقصاً، والأحوط التصالح؛ لما قيل من أنّ اللازم عدّ ثلاثين يوماً في القرض.

(مسألة ٣): لو جعل الأجل إلى جمادى أو الربيع حمل على أقربهما، وكذا لو جعل إلى الخميس أو الجمعة، فيحلّ بأول جزء من الهلال في الأول، ومن نهار اليوم في الثاني.

(مسألة ٤): لو اشترى شيئاً سلفاً لم يحجز بيعه^(١٠) قبل حلول الأجل؛ لا على البائع ولا

حصاده^١ ولا يضرّها خصوصيّة المثال، فراجع.

(٨) لئلا يلزم التفرع ويمكن الاستفادة بالحكم من أخبار الباب الخامس من أبواب السلم، فراجع.

(٩) تعيّن الشهور تابع للانصراف العرفي وإن لم يكن هناك عرف منصرف إليه، فاللازم التعيين حال العقد، والظاهر أنّ مسألة التلفيق تابعة لذلك.

(١٠) لم نجد له دليلاً غير الإجماع المدعى^٢ عن عدّة من القدماء، وأمّا حكمه بالجواز

١. وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٩، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ٣، الحديث ٥.

٢. غنية الزوج ٢: ٢٢٨، التنقيح الرابع ٢: ١٤٥، مفتاح الكرامة ١٣: ٧٧٤، جواهر الكلام ٢٤: ٣٢٠.

على غيره؛ سواء باعه بجنس الثمن الأوّل أو بغيره، وسواء كان مساوياً له أو أكثر أو أقل، ويجوز بعده - سواء قبضه أم لا - على البائع وغيره بجنس الثمن وغيره، بالمساوي له أو بالأقل أو الأكثر ما لم يستلزم الربا.

(مسألة ٥) : لو دفع المسلم إليه إلى المشتري - بعد الحلول - الجنس الذي أسلم فيه، وكان دونه من حيث الصفة أو المقدار، لم يجب قبوله، وإن كان مثله يجب القبول كغيره من الديون. وكذا إذا كان فوقه من حيث الصفة: بأن كان مصداقاً للموصوف مع كمال زائد. وفي غير ذلك فالظاهر عدم وجوبه. كما إذا أسلم لي الفرس الشموس وأراد إعطاء المتراض. وكذا إذا كان أكثر منه بحسب المقدار لم يجب قبول الزيادة.

(مسألة ٦) : إذا حلّ الأجل ولم يتمكن البائع من أداء المسلم فيه لعارض من آفة، أو عجز له من تحصيله، أو إغوازه في البلد مع عدم إمكان جلبه من غيره، إلى غير ذلك من الأعذار حتى انقضى الأجل، كان المشتري بالخيار^(١١) بين أن يفسخ ويرجع بثمنه ورأس ماله، ويصبر إلى أن يتمكن البائع من الأداء، وليس له إلزامه بقيمته وقت حلول الأجل على الأقوى.

بعده بجنس الثمن وغيره، فقد ينافي ما عن علي بن جعفر: «إذا قومه دراهم قد، لأنّ الأصل الذي اشترى به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم»^١، لكن الخبر ضعيف السند.

(١١) بلا خلاف^٢ في ذلك: أمّا الفسخ وأخذ رأس المال فليتلخّف في الشرط، وأمّا الصبر فلاّنه حقّ له. وأمّا عدم إلزامه بقيمة وقت الحلول فلعدّة روايات:

منها: موثّق ابن بكير، فيمن لم يستوف السلف: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^٣، ونظيره صحيح محمّد بن قيس المتقدم.

١. وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٨، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ١١، الحديث ١٢.

٢. مسالك الأنهار ٣: ٤٣١، الحدائق الناضرة ٢٠: ١٤٥، مفتاح الكرامة ١٣: ٧٥٠، جواهر الكلام ٢٤: ٣٣٦.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٠٩، كتاب التجارة، أبواب السلف، الباب ١١، الحديث ١٤.

القول: في المراجعة والمواضعة والتولية

ما يقع من المتعاملين في مقام البيع والشراء على نحوين: أحدهما: أن لا يقع منهما إلا المفاوضة وتعيين الثمن والضمن؛ من دون ملاحظة رأس المال وأن في هذه المعاملة نفعاً للبائع أو خسراناً، فيوقعان البيع على شيء معلوم بضمن معلوم، ويستوى ذلك البيع بالمساومة، وهو أفضل أنواعه^(١).

وثانيهما: أن يكون الملحوظ كونها رابحة أو خاسرة أو لا رابحة ولا خاسرة. ومن هذه الجهة ينقسم البيع إلى المراجعة والمواضعة والتولية، فالأول البيع برأس المال مع الزيادة، والثاني البيع مع النقص، والثالث البيع بلا زيادة أو نقص. ولا بد في تحقق هذه العناوين من إيقاع عقده بما يفيد أحدها، ويعتبر في الأولى تعيين مقدار الربح، وفي الثانية مقدار النقصان: فيقال في الأولى: بعتك بما اشتريت مع ربح كذا، فيقبل المشتري. وفي الثانية: بعتك بما اشتريت مع نقصان كذا. وفي الثالثة: بعتك بما اشتريت.

(مسألة ١) لو قال البائع في المراجعة: بعتك هذا بمائة وبيع درهم في كل عشرة، وفي المواضعة: بوضيعة درهم في كل عشرة، فإن تبين عنده مبلغ الثمن ومقداره صح البيع على الأقوى على كراهية^(٢)، بل الصحة لا تخلو من قوة إن لم يبين^(٣) له ذلك بعد ضمّ الربح وتنقيص الوضيعة عند البيع.

القول في المراجعة والمواضعة والتولية

(١) لقول الصادق عليه السلام: «إني أكره البيع بـ «ده» «يازده» و «دوازده»، ولكن أبيع به كذا وكذا»^١، وتدلّ عليه سائر أخبار الباب الرابع عشر من أبواب أحكام العقود.

(٢) لما عرفت من الرواية السابقة.

(٣) لو قال: بعتك بمائة - مثلاً - وزيادة ثلاثة لكل عشرة أو نقيصتها كذلك، فقبل المشتري، ولم يدر في تلك الحال مجموع الثمن، وإن أمكنه المعرفة بعد المحاسبة فلا

(مسألة ٣) : لو تعددت النقود واختلف سعرها وصرفها، لا بدّ من ذكر النقد والصرف؛ وأنّه اشتراه بأيّ نقد وأبّى مقدار كان صرفه. وكذا لا بدّ من ذكر الشروط والأجل ونحو ذلك ممّا يتفاوت لأجلها الثمن.

(مسألة ٣) : لو اشترى متاعاً بثمن معيّن، ولم يحدث فيه ما يوجب زيادة قيمته، قرأس ماله ذلك الثمن، فلا يجوز الإخبار بغيره^(١). وإن أحدث فيه ذلك، فإن كان يعمل نفسه لم يجز أن يضمّ أجرة عمله إلى الثمن المسمّى؛ ويخبر: بأنّ رأس ماله كذا، أو اشتريته بكذا، بل عبارته الصادقة أن يقول: اشتريته بكذا - وأخبر بالثمن المسمّى - وعملت فيه كذا. وإن كان باستنجار غيره جاز أن يضمّ الأجرة إلى الثمن. ويخبر: بأنّه تقوم عليّ بكذا؛ وإن لم يجز أن يقول: اشتريته بكذا، أو رأس ماله كذا. ولو اشترى معيياً ورجع بالأرض إلى البائع، له أن يخبر بالواقعة، وله أن يسقط مقدار الأرض من الثمن، ويجعل رأس ماله ما بقي، وأخبر به، وليس له أن يخبر بالثمن المسمّى من دون إسقاط قدر الأرض. ولو حطّ البائع بمض الثمن - بعد البيع تفضلاً - جاز أن يُخبر بالأصل من دون إسقاط الحطيطة.

(مسألة ٤) : يجوز أن يبيع متاعاً، ثمّ يشتره بزيادة أو نقصية؛ إن لم يشترط^(٥) على المشتري بيعه منه وإن كان من قصدهما ذلك. وبذلك ربما يحتال من أراد أن يجعل رأس ماله أزيد ممّا اشترى؛ بأن يبيعه من ابنه - مثلاً - بثمن أزيد ثمّ يشتره بذلك الثمن للإخبار

ببعد بطلان البيع للجهل بالثمن.

(٤) حكم المسألة وإن كان واضحاً؛ لوجوب الصدق وحرمة الكذب في كلّ أمر إلا أن أحاديث الباب الحادي والعشرون من أبواب أحكام العقود غير خالية عن الدلالة على المطلب، فمنها قوله عن أحدهما عليه السلام: في الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن، ثمّ يقوم كلّ ثوب بما يسوّي حتّى يقع على رأس ماله جميعاً، أيبيعه مرابحة ثوباً ثوباً؟ قال عليه السلام: «لا، حتّى يبيّن له إنّما قومه»^(١).

(٥) تقدّم ما يربط بذلك في المسألة الرابعة من مسائل النقد والنسيئة، فراجع.

به في المراجعة. وهذا وإن لم يكذب في رأس ماله - إن كان البيع والشراء من ابنه جداً - وصح بيعه على أي حال، لكنه خيانة وغش، فلا يجوز ارتكابه. نعم، لو لم يكن ذلك عن مواطاة ويقصد الاحتيال جاز ولا محذور فيه.

(مسألة ٥) : لو ظهر كذب البائع في إخباره برأس المال صحح البيع، وتخير المشتري^(٦) بين فسخه وإمضائه بتمام الثمن. ولا فرق بين تعمد الكذب وصدوره غلطاً أو اشتباهاً من هذه الجهة، وهل يسقط هذا الخيار بالتلف؟ فيه إشكال، ولا يبعد عدم السقوط.

(مسألة ٦) : لو سلم التاجر متاعاً إلى الدلال لبيعه له، فقومه عليه بثمان ميتين، وجعل ما زاد عليه له؛ بأن قال له: «بعم عشرة رأس ماله، فما زاد عليه فهو لك»، لم يجز له أن يبيعه مرابحة؛ بأن يجعل رأس المال ما قوم عليه التاجر، ويزيد عليه مقداراً بعنوان الربح، بل اللازم إما بيعه مساومة، أو يبين ما هو الواقع: من أن ما قوم على التاجر كذا وأنا أريد النفع كذا، فإن باعه بزيادة كانت الزيادة له، وإن باعه بما قوم عليه صحح البيع، والتمن للتاجر، وهو لم يستحق شيئاً وإن كان الأحوط إرضاءه، وإن باعه بالأقل يكون فضولياً يتوقف على إجازة التاجر.

(مسألة ٧) : لو اشترى شخص متاعاً أو داراً أو غيرهما، جاز أن يشرك فيه غيره بما اشتراه؛ بأن يشركه فيه بالمناصفة بنصف الثمن، أو بالمثالة بثلثه وهكذا، ويجوز إيقاعه بلفظ التشريك؛ بأن يقول: شَرَكْتُكَ في هذا المتاع نصفه بنصف الثمن، أو ثلثه بثلثه مثلاً، فقال: «قبلت»، ولو أطلق لا يبعد انصرافه إلى المناصفة، وهل هو بيع، أو عنوان مستقل؟ كلُّ

(٦) لم يكن البيع مشروطاً بصدق البائع أو عدم اشتباهه، بل كان ذلك من الدواعي. فهذا الخيار ليس مندرجاً تحت أحد الخيارات السابقة. فالدليل الإجماع^١ وقاعدة الضرر لو انطبقت على المورد. وعدم سقوط هذا الخيار بتلف المبيع أو الثمن إنما هو للاستصحاب.

محتمل، وعلى الأول فهو بيع التولية.

القول: في بيع الثمار على النخيل والأشجار

المسمى في العرف الحاضر بالظمان. ويلحق بها الزرع والخضراوات.

(مسألة ١): لا يجوز بيع الثمار على النخيل والأشجار قبل برورها وظهورها عاماً واحداً بلا ضمنية^(١)، ويجوز بيعها عامين فما زاد أو مع الضمنية. وأمّا بعد ظهورها، فإن بدا صلاحها، أو كان في عامين، أو مع الضمنية، جاز بيعها^(٢) بلا إشكال، ومع انتفاء الثلاثة

القول في بيع الثمار

(١) أمّا قبل ظهور الثمر سنة واحد بلا ضمنية؛ فللإجماع المدعى، ولعدم وجوده، وللغرر، ولموتق عثار: سألته عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال ﷺ: «إذا عقد وصار عروفاً»^١، أي: حصراً.

وأمّا البيع سنتين أو أكثر أو مع الضمنية، فلروايات، منها: عن صحيح الحلبي: في النخل أو الكرم ثلاث سنتين أو أربع؟ فقال ﷺ: «لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنة أخرج في القابل»^٢.

ولموتق عثمان: في بيع الثمر قبل أن يخرج، قال ﷺ: «لا، إلا أن يشتري معها شيئاً من غيرها، رطبة أو بقللاً...»^٣ فراجع الباب الثالث من أبواب بيع الثمار.

(٢) لصحيح سليمان: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، فإن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»^٤.

والحديث الثاني عشر: قال ﷺ: «لا حتى تثمر وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أثمرت

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢١٢، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ١، الحديث ٦.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٢١٠، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ١، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٢١٩، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، الباب ٣، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ١٨: ٢١٣، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ٩ و ١٠.

فيه قولان، أفواهما الجواز مع الكراهة^(٣)، ولا يبعد أن تكون للكراهة مراتب إلى يلوغ الثمرة وترتفع به.

(مسألة ٢): بدو الصلاح^(٤) في الثمر احمراره أو اصفراره، وفي غيره انعقاد حبه بعد تناثر ورده وصيرورته مأموناً من الآفة.

(مسألة ٣): يعتبر في الضميمة^(٥) في مورد الاحتياج إليها كونها ممّا يجوز بيعها منفردة، وكونها مملوكة للمالك، ومنها الأصول لو بيعت مع الثمرة. وهل يعتبر كون الثمرة تابعة أو لا؟ الأقوى عدمه.

فابتمها مع ذلك العام أو أكثر أو أقل^١، ولموثق سماعة في الضميمة.

(٣) لصحيح سليمان بن خالد: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم»^٢.

(٤) تعابير الروايات في ذلك مختلفة: ففي بعضها: «حتى يبدو صلاحها»^٣، وفي آخر: «حتى يتلون»^٤، وفي ثالث: «حتى تأمن ثمرتها من الآفة»^٥، وفي رابع: «إذا عقد بعد سقوط ورده»^٦ وهكذا، والعبارات كلّها غير الأخيرة في النخل، ولا يبعد كون المراد من الجميع فيه الإحمرار أو الإصفرار، والأخيرة في غير النخل فهي الملاك فيه، فراجع أبواب بيع الثمار، الباب الأوّل.

(٥) لاستفادة ذلك من عبارة الموثق الدالّ على الضميمة: «إلا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة أو بقلّاً، فيقول: أشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا»^٧.

١. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٤، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ١٢.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٤، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ٩، ونظيره الحديث العاشر والثاني عشر من الأبواب المذكورة.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٢١١، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ٤.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٢، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ٥.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٥، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ١٦.

٦. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٥، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ١٣.

٧. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٩، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٣، الحديث ١.

(مسألة ٤): لو ظهر بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرته ^(٦) أجمع: الموجودة والمنجدة في تلك السنة؛ سواء اتحدت الشجرة أو تكثرت، وسواء اختلف الجنس أو اتحد. وكذلك لو أدركت ثمرة بستان، جاز بيعها مع ثمرة بستان آخر لم تدرك.

(مسألة ٥): لو كانت الشجرة تثمر في سنة واحدة مرتين فالظاهر أنَّ ذلك بمنزلة عامين، فيجوز بيع المرتين قبل الظهور.

(مسألة ٦): لو باع الثمرة سنة أو أزيد، ثم باع الأصول من شخص آخر، لم يبطل بيع الثمرة، فتنقل الأصول إلى المشتري مسلوية المنفعة. ولو كان جاهلاً كان له الخيار في الفسخ. وكذا لا يبطل بيع الثمار بموت بائعها ولا بموت مشتريها، بل تنتقل الأصول في الأول إلى ورثة البائع مسلوية المنفعة، والثمرة في الثاني إلى ورثة المشتري.

(مسألة ٧): لو باع الثمرة بعد ظهورها أو بدو صلاحها، فأصبحت بأفة سماوية أو أرضية قبل قبضها - وهو التخلي على وجه مر في باب القبض - كان من مال بائعها ^(٧). والظاهر إلحاق النهب والسرقة ونحوهما بالأفة. نعم، لو كان المتلف شخصاً معيناً كان المشتري بالخيار بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف بالبدل. ولو كان التلف بعد القبض كان من مال المشتري، ولم يرجع إلى البائع.

(مسألة ٨): يجوز أن يستني ^(٨) البائع لنفسه حصّة مشاعة من الثمر كالثلث والربع. أو

(٦) بلا خلاف فيه، وأدعي^١ عليه الإجماع، ولروايات معتبرة:

منها: خبر يعقوب: «إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة، فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها جميعاً»^٢، فراجع أبواب بيع الثمار. الباب الثاني.

(٧) لقاعدة كون ضمان التلف قبل القبض من البائع ولا مخصص لها بالنسبة إلى المورد.

(٨) المستثنى إما الحصّة المشاعة، أو المنّ والمثان، أو الشجر المعين. وحكم الأقسام الجواز: لصحيح ربعي: «إن لي نخلاً بالبصرة، فأبيعه وأسمي الثمن وأستني الكر من الثمر

١. الخلاف ٣: ٨٨ / مسألة ١٤٤ غنية النزوع ١: ٢١٢، مفتاح الكرامة ١٣: ٤٩٠، جواهر الكلام ٢٤: ٧٠.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢١٧، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار. الباب ٢. الحديث ١.

مقداراً معيناً كمن أو متين، كما أن له أن يستثنى ثمرة نخيل أو شجر معين، فإن خاست الثمرة سقط من الثبنا بحسابه في الأول^(٩)، والأحوط التصالح في الثاني.

(مسألة ٩) : يجوز بيع الثمرة^(١٠) على النخل والشجر بكل شيء يصح أن يجمل ثمناً في أنواع البيوع؛ من النقود والأمتعة وغيرهما، بل المنافع والأعمال ونحوهما. نعم، لا يجوز بيع التمر على النخيل بالتمر: سواء كان من تمرها، أو تمر آخر على النخيل، أو موضوعاً على الأرض، وهذا يسمى بالمزينة. والأحوط إلحاق ثمرة ما عدا النخيل من الأشجار بها، فلا تباع بجنسها؛ وإن كان الأقوى عدم الإلحاق. نعم، لا يجوز بيعها بمقدار منها^(١١)

أو أكثر أو العدد من النخل، فقال عليه السلام: «لا بأس»^١.

وصحيحه الآخر: في الرجل يبيع الثمرة ثم يستثنى كلاً وتمرّاً، قال عليه السلام: «لا بأس»^٢.

(٩) الظاهر أن استثناء الحصّة المشاعة له ظهور في كون النقص الوارد على الطرفين، وأما المنّ وأمثاله، ففي «الجواهر»^٣ ادّعى الإجماع على حمله على الإشاعة، لا الكلّي في المعين أيضاً.

لكنّ الأظهر تعيين أحد الأمرين لو لم يكن هناك انصراف، ولو أهملنا لزوم التصالح، وأما الثالث فالنقص على البائع فقط.

(١٠) لكون المبيع - حينئذٍ - من المشاهدات، فتشمله عموماً محلّ البيع والتجارة.

وأما المزينة: فهي باطلة للإجماع المدّعى^٤، وصحيح عبد الرحمان: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزينة» قلت: وما هو؟ قال عليه السلام: «أن يشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة»^٥، ومثله الحديث الخامس من الباب.

(١١) علّله في «المسالك» بالعلّة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر وهي

١. وسائل الشيعة ١٨: ٢١١، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١، الحديث ٤.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢٤٢، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٥، الحديث ١.

٣. جواهر الكلام ٢٤: ٨٥.

٤. مختلف الشيعة ٥: ٢٠٤، المذهب البارع ٢: ٤٣٩، مفتاح الكرامة ١٣: ٥٠٠، جواهر الكلام ٢٤: ٩٣.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٩، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٣، الحديث ١.

على الأقوى.

(مسألة ١٠): يجوز أن يبيع ما اشتراه من الثمرة بزيادة عما ابتاعه أو بتقصان قبل قبضه وبعده.

(مسألة ١١): لا يجوز^(١٢) بيع الزرع بذراً قبل ظهوره، وفي جواز الصلح عليه وجه، ويبيعه تبعاً للأرض لو باعها وأدخله في المبيع بالشرط محلّ إشكال. وأمّا بعد ظهوره وطلوع خضرته فيجوز بيعه قصيلاً؛ بأن يبيعه بعنوانه وأن يقطعه المشتري قبل أن يستل؛ سواء بلغ أو أن قصله، أو لم يبلغ وعين مدة لإبقائه، وإن أطلق فله إبقاؤه إلى أو أن قصله. ويجب على المشتري قطعه إذا بلغ أو أنه إذا رضي البائع، ولو لم يرض به ولم يقطعه المشتري فللبائع قطعه، والأحوط أن يكون بعد الاستئذان من الحاكم مع الإمكان. وله تركه والمطالبة بأجرة أرضه مدة بقاءه وأرض نقصها على فرضه، ولو أبقاه إلى أن طلعت سنبلته فهل تكون ملكاً للمشتري، أو للبائع، أو هما شريكان؟ وجوه، والأحوط التصالح. وكما يجوز بيع الزرع قصيلاً يجوز بيعه من أصله، لا بعنوان كونه قصيلاً وبشرط أن يقطعه، فهو ملك للمشتري إن شاء قصله وإن شاء تركه إلى أن يستل.

(مسألة ١٢): لا يجوز بيع السنبِل قبل ظهوره وانعقاد حبه، ويجوز بعد انعقاده؛ سواء كان حبه بارزاً كالشعير أو مستوراً كالحنطة، منفرداً أو مع أصوله، قائماً أو حصيداً. ولا يجوز بيعه بحب من جنسه؛ بأن يباع سنابل الحنطة بالحنطة وسنابل الشعير بالشعير على الأحوط.

نقصانه عند الجفاف، فيتمدّى إلى سائر الموارد، والمسألة بعد محتاجة إلى التأمل.

(١٢) أي: نفس المزروع الموجود تحت الأرض، وقوله: «وأمّا بعد ظهوره»، فقد يكون المبيع الظاهر منه دون الأصول الثابتة تحت الأرض وقد يكون كليهما، والمراد الأول، وسيذكر الثاني بقوله: «وكما يجوز».

وأمّا الدليل: فتدلّ عليه أخبار كثيرة، لكنّها مجملة من حيث كون المبيع الخضر مع أصله. أو الظاهر منه على الأرض فقط، فراجع الباب الحادي عشر من أبواب بيع الثمار.

وهذا يسمى بالمحاكلة^(١٣). وفي شمولها لبيع سنبل الحنطة بالشعير وسنبل الشعير بالحنطة إشكال، لكن لا يترك الاحتياط، خصوصاً في سنبل الشعير بالحنطة. والأقوى عدم جريان هذا الحكم في غيرهما - كالأرز والذرة وغيرهما - وإن كان جريانه أحوط. نعم، الأقوى عدم جواز بيع كل منهما بمقدار حصل منه.

(مسألة ١٣): لا يجوز بيع الخضر - كالخيار والباذنجان والبطيخ ونحوها - قبل ظهورها، ويجوز بعد انعقادها^(١٤) وظهورها نقطة واحدة أو لقطات معلومة. والمرجع في اللقطة إلى عرف الزراع وعاداتهم، والظاهر أن ما يلتقط منها من الباكورة لا تعدّ لقطة.

(مسألة ١٤): إنما يجوز بيع الخضر - كالخيار والبطيخ - مع مشاهدة ما يمكن مشاهدته في خلال الأوراق، ولا يضّر عدم مشاهدة بعضها المستور، كما لا يضّر عدم بلوغ رشدها كلّاً أو بعضاً، وكذا لا يضّر انعدام^(١٥) ما عدا الأولى من اللقطات بعد ضمّها إليها.

(مسألة ١٥): إذا كانت الخضر^(١٦) مما كان المقصود منها مستوراً في الأرض - كالجزر

(١٣) ويدلّ عليه ما تقدّم من صحيح عبد الرحمان وغيره: «نهى النبي ﷺ عن بيع المحاكلة والمزابة» وفي آخر: «فالمحاكلة: بيع الزرع وهو في سنبله بالبر»، وقوله ﷺ: «نعم الأقوى». قد نقلنا فيه شيئاً عن «المسالك»^٢ في المسائل السابقة.

(١٤) لعمومات الجواز وإن لم يكن بعض اللقطات موجوداً بالفعل، ولعدة أخبار: منها: خبر ثعلبة: سأله عن الرطبة تُباع القسطعتين أو ثلاث قطعاً؟ فقال ﷺ: «لا بأس»^٣.

(١٥) كما سيحييء في المسألة السادسة عشر.

(١٦) أمّا المستور: فللهالة والغرر، وأمّا البصل ونحوها: فلكون الظاهر لدى العرف

١. وسائل الشيعة ١٨: ٢٤٠، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٣، الحديث ٥.

٢. مسالك الأنعام ٣: ٣٦٥.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٢٢٠، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٤، الحديث ١.

والشلمج - يشكل جواز بيعها قبل قلعها. نعم، في مثل البصل ممّا كان الظاهر منه أيضاً مقصوداً بجوز^(١٧) بيعه متفرداً ومع أصوله.

(مسألة ١٦): يجوز بيع نحو الرطبة والكزّات والتمناع بعد الظهور جزءة وجزّات معيّنة. وكذا ورق التوت والحناء خرطة وخرطات. والمرجع في الجزءة والخرطة هو العرف والمادة. ولا يضرّ انعدام بعض الأوراق بعد وجود مقدار يكفي للخرط وإن لم يبلغ أو أن خرطه، فيضمّ الموجود إلى المعلوم.

(مسألة ١٧): لو كان نخل أو شجر أو زرع بين اثنين - مثلاً - بالمناصفة، يجوز أن يتقبّل^(١٨) أحد الشريكين حصّة صاحبه بخرص معلوم؛ بأن يخرص المجموع بمقدار فيتقبّل أن يكون المجموع له، ويدفع لصاحبه من الثمرة نصف المجموع بحسب خرصه زاد أو نقص، ويرضى به صاحبه. والظاهر أنّه معاملة خاصّة برأسها، كما أنّ الظاهر أنّه ليس له صيغة خاصّة، فيكفي كلّ لفظ يكون ظاهراً في المقصود بحسب متفاهم العرف.

أمانة على الأصول، فيعدّ المجموع كالمعلوم لديهم، بل قد يكون ظهور أوراق الجوز والشلمج أيضاً مصحّحاً للبيع، وهذا بخلاف البطاطا ويقال له بالفارسيّة: (سيب زميني).

(١٧) جهالة المجموع في هذه الموارد لا ينضمّام غير الموجود بالموجود غير ضائر؛ فإنّه مع عدم عدّه في العرف أيضاً جهالة يدلّ عليه قوله ﷺ في خبر معاوية: سألت عن الرطبة، يبيعهها هذه الجزءة وكذا جزءة بعدها؟ قال ﷺ: «لا بأس»^١.

وموثق سماعه: في ورق الشجر، هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات أو أربع خرطات؟ فقال ﷺ: «إذا رأيت الورق في الشجر فاشتر منه ما شئت من خرطة»^٢.

(١٨) لأخبار، منها: صحيح يعقوب: عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيل مسمّى، وتعطيني

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢٢١، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٤، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٢٢١، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٤، الحديث ٢.

(مسألة ١٨) : من مرّ بشجرة^(١٩) نخل أو شجر مجتازاً - لا قاصداً لأجل الأكل - جاز له أن يأكل منها بمقدار شبعه وحاجته : من دون أن يحمل منها شيئاً، ومن دون إفساد للأغصان أو إتلاف للثمار. والظاهر عدم الفرق بين ما كان على الشجر أو متساقطاً عنه، والأحوط الاقتصاد على ما إذا لم يعلم كراهة المالك.

نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن أخذه أنا بذلك، قال ﷺ : «نعم، لا بأس»،^١ وكذا غيره من الأحاديث.

(١٩) قد ادّعى^٢ الإجماع عليه، وكان مشهوراً إلى زمن «المحقق»، ويدلّ عليه عدّة روايات معتبرة :

منها : قوله ﷺ : «فما أكل منها فلا إثم عليه، وما حمل فيمزّر»^٣. و : عن الرجل يمرّ بالنخل والسنبل والتمر، فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال ﷺ : «لا بأس»^٤.

وبذلك يخصّص عموم قوله تعالى : «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم» وعموم : «لا يحلّ مال امرئ مسلم»^٥.

وأما صحيح ابن يقطين : «لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئاً»^٦ فالمراد من الأخذ الحمل أو صورة العلم بكراهة المالك.

١. وسائل الشريعة ١٨ : ٢٣٢، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٠، الحديث ١.
٢. الخلاف ٦ : ٩٨ / مسألة ٢٨ : السرائر ٢ : ٢٢٦، مستند الشريعة ١٥ : ٤٧، جواهر الكلام ٢٤ : ١٢٧.
٣. وسائل الشريعة ١٨ : ٢٢٦، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٨، الحديث ١.
٤. وسائل الشريعة ١٨ : ٢٢٦، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٨، الحديث ٣.
٥. عوالي الآل ٢ : ٤٧٣ / ٣ : الفصول المهمة للحرّ العاملي ٢ : ٤٥٤ / ٢٢٦٤، كنز العمال ٥ : ١٣٠ / ١٢٣٥٧.
٦. وسائل الشريعة ١٨ : ٢٢٨، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ٨، الحديث ٧.

القول: في بيع الحيوان

(مسألة ١): كل حيوان مملوك كما يجوز بيع جميعه يجوز بيع بعضه المشاع كالنصف والربع. وأما جزؤه الممتن - كرأسه وجلده، أو يده ورجله - أو نصفه الذي فيه رأسه - مثلاً - فإن كان مملاً لا يؤكل لحمه، أو لم يكن المقصود منه اللحم بل الركوب والحمل وإدارة الرمح ونحو ذلك، لم يجز بيعه^(١). نعم، لو كان ما لا يؤكل قابلاً للتذكية يجوز بيع جلده. وكذا ما لم يكن المقصود منه اللحم - كالفرس والحصار - إذا أريد ذبحه لإهابه، يجوز بيعه. وأما إذا كان المقصود منه اللحم والذبح - مثل ما يشتريه القصابون ويبيع منهم - فالظاهر صحة بيعه^(٢)، فإن ذبحه فللمشتري^(٣) ما اشتراه، وإن باعه يكون شريكاً في الثمن بنسبة ماله؛ بأن ينسب قيمة الرأس والجلد - مثلاً - على تقدير الذبح إلى قيمة البقعة، فله من الثمن بتلك النسبة. وكذا الحال فيما لو باع حيواناً قصد به اللحم واستثنى الرأس والجلد، أو اشترك اثنان أو جماعة، وشرط أحدهم لنفسه الرأس والجلد أو الرأس والقوائم مثلاً، أو اشترى شخص حيواناً ثم شَرَّكَ غيره معه في الرأس والجلد مثلاً، فيصح في الجميع فيما يراد ذبحه،

القول في بيع الحيوان

(١) فعن «المختلف»^١ أنه من الواضحات التي لا تحتاج إلى شاهد، ولعله للزوم اللغوية أو الجهالة في المبيع.

(٢) لعموم حل البيع، وتجارة عن تراض، مع معلومية المبيع عند العرف.

(٣) للعموم، ولخبر الغنوي: في رجل شهد بغيراً مريضاً وهو يباع، فاشترى رجل بعشرة دراهم، وأشرك فيه رجلاً بدرهمين بالرأس والجلد، فقضى أن البعير برئ فبلغ ثمنه ثمانية، فقال عليه السلام: «لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ». فإن قال: أريد الرأس والجلد فليس له هذا الضرر، وقد أعطي حقه إذا أعطى الخمس^٢.

١. جواهر الكلام ٢٤: ١٥٧.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢٧٥، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٢، الحديث ١.

فإذا ذبح يستحق^(٤) العين، وإلا كان شريكاً بالنسبة كما مرّ.

(مسألة ٢): لو قال شخص لآخر: اشتر حيواناً - مثلاً - بشركتي، كان ذلك منه توكيلاً في الشراء، فلو اشتراه بحسب أمره كان المبيع بينهما نصفين. إلا إذا صرح بكون الشركة على نحو آخر. ولو دفع المأمور عن الأمر ما عليه من الثمن، ليس له الرجوع إليه ما لم تكن قرينة تقتضي أنّ المقصود الشراء له ودفع ما عليه عنه - كالشراء مثلاً من مكان بعيد لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن - فحينئذ يرجع إليه.

القول: في الإقالة^(١)

وحقيقتها: فسخ العقد من الطرفين. وهي جارية في جميع العقود سوى النكاح. والأقرب

(٤) للعموم فيه وفي غيره، ولحديث العيون: اختصم إلى عليّ عليه السلام رجلان، أحدهما باع الآخر بعبيراً واستثنى الرأس والجلد، ثم بدا له أن ينحره. قال عليه السلام: «هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد»^١.

وفي خبر السكوني: ثم بدا للمشتري أن يبيعه. فقال عليه السلام للمشتري: «هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد»^٢.

القول في الإقالة

(١) هي من المستحبات الأكيدة في الإسلام، ففي رواية هارون: «أبنا عبد أقال مسلماً في بيع، أقاله الله عشرته يوم القيامة»^٣. ونظيرها الحديث الخامس، وقبولها ليس بواجب. لرواية هذيل: الرجل يشتري المتاع أو التوب، فينطلق به إلى منزله، ولم ينفذ شيئاً فبرده، هل ينبغي ذلك له؟ قال عليه السلام: «لا، إلا أن تطيب نفس صاحبه»^٤.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٢٧٦، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٢، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٢٧٥، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٦، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٣، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٧، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤، الحديث ٣.

عدم^(٢) قيام وارثهما مقامهما. وتقع بكل لفظ أفاد المعنى المقصود عند أهل المحاورة: كأن يقولوا: «تقايلا»، أو «تفاسختا»، أو يقول أحدهما: «أقلتك» فقبل الآخر، بل الظاهر كفاية التماس أحدهما مع إقالة الآخر. ولا يعتبر فيها العربية. والظاهر وقوعها بالمعاطاة: بأن يرد كل منهما ما انتقل إليه إلى صاحبه بعنوان الفسخ.

(مسألة ١): لا تجوز الإقالة^(٣) بزيادة على الثمن المسمى ولا نقصان منه، فلو أقال المشتري بزيادة أو البائع بوضيعة، بطلت وبقي العوضان على ملك صاحبهما.

(مسألة ٢): لا يجري في الإقالة الفسخ والإقالة.

(مسألة ٣): تصح الإقالة في جميع ما وقع عليه العقد وفي بعضه، ويقسّط الثمن حينئذٍ على النسبة، بل إذا تعدّد البائع أو المشتري، تصح إقالة أحدهما مع الطرف الآخر بالنسبة إلى حصّته وإن لم يوافق صاحبه.

(مسألة ٤): التلف غير مانع عن صحّة الإقالة، فلو تقايلا رجع كلّ عوض إلى مالكه، فإن كان موجوداً أخذ، وإن كان تالفاً يرجع إلى المثل في المثلّي، والقيمة في القيمي^(٤).

(٢) لظهور الأخبار في كونهما حكماً شرعياً استحبائياً لا حقّاً قابلاً للتوارث.

(٣) إذ الإقالة فسخ للبيع وإبطال له، فيرجع كلّ مال إلى صاحبه فلا يحلّ للبائع أو المشتري أخذ الزيادة، لكون ذلك من موارد أكل المال بالباطل ولصحيح الحلبي: عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة^١.

(٤) المسألة الثالثة والرابعة: إن كلّ ذلك لإطلاق الأدلّة، أو استصحاب حكمها لدى الشك في البقاء.

كتاب الشفعة

- (مسألة ١): لو باع أحد الشريكين حصته من شخص أجنبي، فللشريك الآخر^(١) - مع اجتماع الشروط الآتية - حق أن يملكها ويتزعمها من المشتري بما بذله من الثمن، ويسمى هذا الحق بالشفعة وصاحبه بالشفيع.
- (مسألة ٢): لا إشكال في ثبوت الشفعة في كل ما لا ينقل^(٢) إن كان قابلاً للقسمة^(٣).

كتاب الشفعة

- (١) الحكم مما تفرّد به الإمامية^١، وهو مخصّص لعموم الكتاب: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^٢ ولعموم السنة، كما في التوقيع الشريف: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»^٣، إذن فيقتصر على موارد الثبوت قطعاً.
- (٢) للإجماع المدعى^٤؛ وصحيح عقبة: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن، وقال ﷺ: لا ضرر ولا ضرار»^٥.
- (٣) يفهم من تقييد جواز الشفعة بما قبل القسمة وفوات الأخذ بها بعدها في عدّة من

١. الانتصار: ٤٤٨ / مسألة ٢٥٦؛ الدروس الشرعية ٣: ٣٥٥؛ رياض المسائل ١٤: ٥٤؛ جواهر الكلام ٣٧: ٢٣٧.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. وسائل الشيعة ٩: ٥٤٠، كتاب الخمس، أبواب الأئفال، الباب ٣، الحديث ٦.

٤. الانتصار: ٤٤٨ / مسألة ٢٥٦؛ الدروس الشرعية ٣: ٣٥٥؛ رياض المسائل ١٤: ٥٤؛ جواهر الكلام ٣٧: ٢٣٧.

٥. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٠، كتاب الشفعة، الباب ٥، الحديث ١.

كالأراضي والبساتين والدور ونحوها. وفي ثبوتها فيما يُنقل - كالثياب والمتاع والسفينة والحيوان - وفيما لا يُنقل إن لم يكن قابلاً للقسمة - كالضيقة من الأنهار والطرق والآبار، وغالب الأرحية والحمّامات، وكذا الشجر والتخيل والثمار على التخيل والأشجار - إشكال، فالأحوط ^(٤) للشريك عدم الأخذ بالشفعة إلا برضا المشتري، وللمشتري إجابة الشريك إن أخذ بها.

(مسألة ٣): إنما تثبت الشفعة في بيع حصّة مشاعة من العين المشتركة، فلا شفعة بالجوار، فلو باع شخص داره أو عقاره ليس لجاره الأخذ بالشفعة، وكذا ليست في العين المقسومة إذا باع أحد الشريكين حصّته المفروزة، إلا إذا كانت داراً قد قسمت بعد اشتراكها، أو كانت من أوّل الأمر مفروزة ولها طريق مشترك، فباع أحد الشريكين حصّته المفروزة من الدار، فتثبت الشفعة للآخر ^(٥) إذا بيعت مع طريقها، بخلاف ما إذا بقي الطريق على

الروايات، أن موضوعها ما يقبل القسمة، فراجع قوله ﷺ: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»^١.

وصحيح ابن مسلم: «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»^٢. وغيرهما من أخبار ذلك الباب.

(٤) أمّا الجواز، فلمرسلة يونس: «الشفعة جائزة في كلّ شيء من حيوان أو أرض أو متاع»^٣، ونظيره بعينه مرسله الآخر في الباب الخامس الحديث الثاني. وأما الإشكال، فلإرسال الدليل، واقتضاء الأصل عدم سلطنة أحد على مال الآخر بغير إذنه، فالإشكال في محلّه.

(٥) لصحيح منصور، عن الصادق ﷺ: سُئل عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال ﷺ: «إن كان باع الدار وحوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٦، كتاب الشفعة، الباب ٣، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٧، كتاب الشفعة، الباب ٣، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٠، كتاب الشفعة، الباب ٥، الحديث ٣.

الاشتراك بينهما، فلا شفعة حينئذٍ في بيع الحصّة. وفي إلحاق الاشتراك في الشرب - كالنهر والنهر والساقية - بالاشتراك في الطريق إشكال، لا يترك الاحتياط في المسألة المتقدمة فيه. وكذا في إلحاق البستان والأراضي مع اشتراك الطريق بالدار، فلا يترك فيها أيضاً.

(مسألة ٤): لو باع شيئاً وشقّصاً من دار، أو باع حصّة مفروزة من دار مع حصّة مشاعة من أخرى صفقة واحدة، كان للشريك الشفعة في الحصّة المشاعة بحصّتها من الثمن وإن كان الأحوط تحصيل المراضاة بما مرّ.

(مسألة ٥): يشترط في ثبوت الشفعة انتقال الحصّة بالبيع^(٦)، فلو انتقلت بجمعها صداقاً أو فدية للخلع أو بالصلح أو الهبة فلا شفعة.

(مسألة ٦): إنّما تثبت الشفعة لو كانت العين بين شريكين، فلا شفعة إذا كانت بين ثلاثة وما فوقها^(٧)؛ من غير فرق على الظاهر بين أن يكون البائع اثنين من ثلاثة - مثلاً - فكان

مع الدار فلهم الشفعة^١. فراجع أيضاً الحديثين الآخرين في الباب الرابع، والإشكال الآتي المذكور في هذه المسألة دليلاً وخدشة.

(٦) لأصالة عدم السلطنة في غير موارد ثبوت الشفعة قطعاً؛ ولورود عدّة من الأخبار في خصوص البيع، ولرواية الغنوي: «الشفعة في البعوض إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها بالثمن»^٢، وبعض الروايات وإن كان مطلقاً كقوله عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلّا لشريك»^٣. لكنّه ليس في مقام بيان كيفيّة النقل والانتقال، إلّا أنّ التعليل في رواية عقبه بقوله عليه السلام: «لا ضرار ولا ضرار»^٤ يدلّ على عموم الحكم لكلّ نقل يكون كالبيع إلّا أن يستشكل في سند الحديث. (٧) لخروج المثال ونحوه عن مورد اليقين من حكم الشفعة؛ ولصحيح ابن سنان: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين ما لم يتقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»^٥.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٨، كتاب الشفعة، الباب ٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٦، كتاب الشفعة، الباب ٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٥، كتاب الشفعة، الباب ١، الحديث ١ و ٢.

٤. المقنع للمصنوع: ٥٣٧.

٥. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩٦، كتاب الشفعة، الباب ٣، الحديث ١.

الشفيع واحداً وبالعكس. نعم، لو باع أحد الشريكين حصته من الثمن - مثلاً - دفعة أو تدريجاً، فصارت العين بين ثلاثة بعد البيع، لا مانع من الشفعة للشريك الآخر، فهل له التبعيض؛ بأن يأخذ بها بالنسبة إلى أحد المشتريين ويترك الآخر، أو لا؟ وجهان، بل قولان، لا يخلو أولهما من قوة.

(مسألة ٧): لو كانت الدار مشتركة بين الطلق والوقف وبيع الطلق، لم يكن للموقوف عليه^(٨) ولو كان واحداً ولا لولي الوقف شفعة، بل لو بيع الوقف في صورة صحة بيعه، فثبوتها لذي الطلق محل إشكال. والأقوى عدم ثبوتها لو كان الوقف على أشخاص بأعيانهم وكانوا متعددين.

(مسألة ٨): يعتبر في ثبوت الشفعة^(٩) كون الشفيع قادراً على أداء الثمن، فلا شفعة للعاجز عنه وإن أتى بالضامن أو الرهن، إلا أن يرضى المشتري بالصبر. بل يعتبر فيه إحصار الثمن عند الأخذ بها، ولو اعتذر بأنه في مكان آخر فذهب ليحضره، فإن كان في البلد ينتظر

وما عن السكوني: «الشفعة على هذه الرجال»^١، فمحمول على التقية.

(٨) لخروجه عن مورد الروايات، والأصل عدم الشفعة ولعدم دوام ملكهم، وأما لو بيع الوقف ففيما لو كان الموقوف عليهم متعددين خرج عن الشريكين فلا شفعة كما قلنا، وأما لو فرض واحداً وجاز بيعه فلا يبعد ثبوت حق الشفعة لصاحب الطلق.

(٩) كل ذلك للخروج عن مورد الحكم، ولرواية ابن مهزيار: عن رجل طلب شفعة أرض، فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة، قال^٢: «إن كان معه بالمصر فليستظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال وإلا فليبيع، وبطلت شفيعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فليستظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف، وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه وإلا فلا شفعة له»^٣.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٣، كتاب الشفعة، الباب ٧، الحديث ٥.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠٦، كتاب الشفعة، الباب ١٠، الحديث ١.

ثلاثة أيام، وإن كان في بلد آخر، ينتظر بمقدار يمكن بحسب العادة نقل المال من ذلك بزيادة ثلاثة أيام؛ إذا لم يكن ذلك البلد بعيداً جداً يتضرر المشتري بتأجيله، فإن لم يحضر الثمن في تلك المدة فلا شفعة له.

(مسألة ٩) : يشترط في الشفع (١٠) الإسلام إن كان المشتري مسلماً، فلا شفعة للكافر على المسلم وإن اشتراه من كافر، وثبت للكافر على مثله، وللمسلم على الكافر.

(مسألة ١٠) : ثبت الشفعة (١١) للغائب، فله الأخذ بها بعد إطلاعه على البيع ولو بعد زمان طويل. ولو كان له وكيل مطلق أو في الأخذ بها، وأطلع هو على البيع دون موكله، له أن يأخذ بالشفعة له.

(مسألة ١١) : ثبت الشفعة للسفيه (١٢) وإن لم ينقذ أخذه بها إلا بإذن الولي أو إجازته في مورد حجره. وكذا ثبت للصغير والمجنون وإن كان المتولي للأخذ بها عنهما وليهما. نعم، لو كان الولي الوصي ليس له ذلك إلا مع الفيطرة والمصلحة، بخلاف الأب والجد، فإنه يكفي فيهما عدم المفسدة، لكن لا ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة، ولو ترك

(١٠) بلا خلاف^١ فيه؛ ولأن الشفع يتسلط على المشتري ويأخذ ما ملكه قهراً عليه، وهذا مناف لقوله تعالى: «وَلَنُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^٢.

ولخير السكوني: «ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة»^٣.

(١١) لإطلاق رواية السكوني المتقدمة.

(١٢) لعدم الفرق قطعاً بين مصاديق الشركاء مع انضمام أدلة الولاية؛ ولخير السكوني: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة»^٤، والأحكام المربوطة بالولي والوصي مذكورة في باب البيع والوصية.

١. الانصار: ٤٥٣/ مسألة ٢٥٨؛ متناح الكرامة: ١٨؛ ٤٧٢؛ جواهر الكلام: ٣٧؛ ٢٧٠.

٢. النساء (٤): ١٤١.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠١، كتاب الشفعة، الباب ٦، الحديث ٢ و ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٠١، كتاب الشفعة، الباب ٦، الحديث ٢.

الوليّ الأخذ بها عنهما إلى أن كملتا فلهما أن يأخذا بها.

(مسألة ١٢): إذا كان الوليّ شريكاً مع المولى عليه قباض حصّته من أجنبيّ، أو الوكيل المطلق كان شريكاً مع موكله قباض حصّة موكله من أجنبيّ، ففي ثبوت الشفعة لهما إشكال، بل عدمه لا يخلو من وجه (١٣).

(مسألة ١٣): الأخذ بالشفعة إمّا بالقول: كأن يقول: أخذت بالشفعة، أو تملك الحصّة الكذائية، ونحو ذلك ممّا يفيد إنشاء تملكه وانتزاع الحصّة المبيّعة لأجل ذلك الحقّ، وإمّا بالفعل: بأن يدفع الثمن ويأخذ الحصّة؛ بأن يرفع المشتري يده عنها ويخلّي بين الشفيع وبينها. ويعتبر دفع الثمن عند الأخذ بها - قولاً أو فعلاً - إلا إذا رضي المشتري بالتأخير. نعم، لو كان الثمن مؤجّلاً، فالظاهر أنّه يجوز له أن يأخذ بها ويملك الحصّة عاجلاً، ويكون الثمن عليه إلى وقته، كما أنّه يجوز له الأخذ بها وإعطاء الثمن عاجلاً، بل يجوز التأخير في الأخذ والإعطاء إلى وقته، لكن الأحوط الأخذ بها عاجلاً.

(مسألة ١٤): ليس للشفيع تبعض حصّة، بل إمّا أن يأخذ الجميع أو يدع.

(مسألة ١٥): الذي يلزم على الشفيع عند أخذه بالشفعة دفع مثل الثمن^(١٤) الذي وقع عليه العقد؛ سواء كانت قيمة الشقص أقلّ أو أكثر، ولا يلزم عليه دفع ما غرمه المشتري من المؤن كأجرة الدلال ونحوها، ولا دفع ما زاد المشتري على الثمن وتبرّع به للبائع بعد العقد، كما أنّه لو حطّ البائع بعد العقد شيئاً من الثمن ليس له تنقيص ذلك المقدار.

(مسألة ١٦): لو كان الثمن مثلياً - كالذهب والفضّة ونحوهما - يلزم على الشفيع دفع

(١٣) لا نرى وجهاً للفرق بين الوليّ والوكيل وغيرهما في شمول حكم الشفعة، ولا يبعد شمول قوله ﷺ: «لا تكون الشفعة إلّا لشريكين»^١ للمقام، ولا فارق في المقام إلّا كونهما مسلّطين على الشقصين: السهم المبتاع وغير المبتاع. والظاهر أنّ هذا غير فارق.

(١٤) فإنّه اللازم عليه نصّاً وقتوى دون غيره.

مثله ، وأما لو كان قيمياً - كالحيوان والجواهر والنياب ونحوها - ففي ثبوت الشفعة ولزوم أداء قيمته حين البيع أو عدم ثبوتها أصلاً، وجهان ، بل قولان ، ثانيهما هو الأقوى ^(١٥) .

(مسألة ١٧) : لو أطلع الشفيع على البيع فله المطالبة في الحال ، وتبطل شفعته بالمعاملة والتأخير بلا داع عقلاني وعذر عقلي أو شرعي أو عادي ، بخلاف ما إذا كان عدم الأخذ بها لعذر . ومن الأعذار عدم اطلاعه على البيع وإن أخبر به غير من يوثق به ، وكذا جهله باستحقاق الشفعة أو عدم جواز تأخير الأخذ بها بالمعاملة ، بل من ذلك لو ترك الأخذ لتوهمه كثرة الثمن لبيان خلافه ، أو كونه نقداً يصعب عليه تحصيله كالذهب فبان خلافه ، وغير ذلك .

(مسألة ١٨) : الشفعة من الحقوق ^(١٦) تسقط بإسقاط الشفيع ، بل لو رضي بالبيع من الأجنبي من أول الأمر ، أو عرض عليه شراء الحصّة فأبى ، لم تكن له شفعة من الأصل . وفي سقوطها بإقالة المتبايعين أو ردّ المشتري إلى البائع بعيب أو غيره وجه وجهيه .

(مسألة ١٩) : لو تصرف المشتري فيما اشتراه ، فإن كان بالبيع كان للشفيع الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن ، فيبطل الشراء الثاني ، وله الأخذ من الثاني بما بذله فيصح الأول . وكذا لو زادت البيوع على اثنين فله الأخذ من الأول بما بذله ، فتبطل البيوع اللاحقة ، وله الأخذ من الأخير فتصح البيوع المتقدمة ، وله الأخذ من الوسط فيصح ما تقدم ويبطل

(١٥) في المسألة اختلاف بين الأصحاب ، ولا تعرض في روايات الباب لحال الثمن ، فلو ادّعى الانصراف إلى النقود لم يكن مجازفة ، مع أنّ في صحيحة علي بن رثاب : في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وزّ وجوهر ، قال عليه السلام : «ليس لأحد فيها شفعة»^١ دلالة على المطلب .

(١٦) ظاهر الروايات كونها حقاً للشفيع ، قابلاً للإسقاط والانتقال ، كقوله عليه السلام : «فهر أحق بالثمن»^٢ و : «والشفعة لكلّ شريك»^٣ وغير ذلك ، ويلزمه عدم التحقق من الأول إذا رضى بالبيع قبله ، أو عرض عليه فلم يقبله .

١ . وسائل الشيعة ٢٥ : ٤٠٦ ، كتاب الشفعة ، الباب ١١ ، الحديث ١ .

٢ . وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٩٥ ، كتاب الشفعة ، الباب ٢ ، الحديث ١ .

٣ . وسائل الشيعة ٢٥ : ٣٩٧ ، كتاب الشفعة ، الباب ٣ ، الحديث ٣ .

ما تأخر. وكذا إن كان بغير البيع كالوقف وغير ذلك، فله الأخذ بالشفعة وإبطال ما وقع من المشتري، ويحتمل أن تكون صحتها مراعاة بعدم الأخذ بها، وإلا فهي باطلة من الأصل، وفيه تردد.

(مسألة ٢٠): لو تلفت الحصة المشتراة بالمرة - بحيث لم يبق منها شيء أصلاً - سقطت الشفعة، ولو كان ذلك بعد الأخذ بها، وكان التلف بفعل المشتري، أو بغير فعله مع المعاملة في التسليم بعد الأخذ بها بشروطه، ضمنه. وأمّا لو بقي منها شيء، كالدار إذا انتهت وبقيت عرصتها وأنقاضها أو عابت، لم تسقط، فله الأخذ بها وانتزاع ما بقي منها من العرصه والأنقاض - مثلاً - بتمام الثمن من دون ضمان^(١٧) على المشتري، ولو كان ذلك بعد الأخذ بها ضمنه قيمة التالف، أو أرض العيب إذا كان بفعله، بل أو بغير فعله مع المعاملة كما تقدّم.

(مسألة ٢١): يشترط في الأخذ بالشفعة علم الشفيع^(١٨) بالثمن حين الأخذ على الأحوط لو لم يكن الأقوى، فلو قال: أخذت بالشفعة بالثمن بالغاً ما بلغ، لم يصح وإن علم بعد ذلك.

(مسألة ٢٢): الشفعة موروثه^(١٩) على إشكال. وكيفية إرثها: أنه عند أخذ الورثة بها، يقسم المشفوع بينهم على ما فرض الله في الموارث، فلو خلف زوجة وابناً فالثمن لها والباقي له، ولو خلف ابناً وبناتاً فللذكر مثل حظ الأنثيين، وليس لبعض الورثة الأخذ بها ما لم يوافقها الباقيون، ولو عفا بعضهم وأسقط حقّه فقي ثبوتها لمن لم يعف إشكال.

(مسألة ٢٣): لو باع الشفيع نصيبه قبل الأخذ بالشفعة فالظاهر سقوطها، خصوصاً إذا كان بعد علمه بها.

(١٧) إذ لا دليل على تضمين المشتري مع كون العين ملكاً له حينئذٍ، والنقص الوارد على الشفيع إنّما هو من قبل نفسه باختياره الأخذ بالشفعة.

(١٨) لم نجد دليلاً على هذا الشرط في الأخبار، فالقول بصحة الأخذ - ولو كان جاهلاً - بالقيمة لا يخلو من وجه.

(١٩) حكمها كسائر الخيارات المذكورة في البيع وإرثها، فإنّ الموروث خيار واحد

(مسألة ٢٤) : يصح أن يبالغ الشفيع المشتري عن شفعته بموض وبدونه، ويكون أثره سقوطها، فلا يحتاج إلى إنشاء مسقط، ولو صالحه على إسقاطه أو على ترك الأخذ بها صح أيضاً، ولزم الوفاء به، ولو لم يوجد المسقط وأخذ بها، فهل يترتب عليه أثره وإن أتم في عدم الوفاء بما التزم، أو لا أثر له؟ وجهان، أوجههما أولهما في الأول، بل في الثاني أيضاً إن كان المراد ترك الأخذ بها مع بقائها، لا جعله كناية عن سقوطها.

(مسألة ٢٥) : لو كانت دار - مثلاً - بين حاضر وغائب، وكانت حصة الغالب بيد شخص باعها بدعوى الوكالة عنه، لا إشكال في جواز الشراء منه، وتصرف المشتري فيما اشتراه أنواع التصرفات ما لم يعلم كذبه. وإنما الإشكال: في أنه هل يجوز للشريك الأخذ بالشفعة واتزاعها من المشتري أم لا؟ الأشبه الثاني.

لوراث متعددة، فلا ينفذ إعمالها بالأخذ أو بالتك إلا باجماع الجميع. وتقسيم المشفوع؛ أي: المبيع المتعلق لحق الشفعة ليس محلاً للكلام، إلا أنه بعد الاسترداد يكون تقسيمه كسائر أموال الميت.

كتاب الصلح

وهو التراضي والتسالم على أمر؛ من تملك عين أو منفعة، أو إسقاط دين أو حق، وغير ذلك، ولا يشترط بكونه مسبوقاً بالتزاع، ويجوز إيقاعه على كل أمر إلا ما استثنى، كما يأتي بعضها، وفي كل مقام إلا إذا كان محرماً لحلال أو محلاً لحرام.

(مسألة ١): الصلح عقد مستقل بنفسه وعنوان برأسه، فلم يلحقه أحكام سائر العقود، ولم تجر فيه شروطها وإن أفاد فائدتها، فما أفاد فائدة البيع لا تلحقه أحكامه وشروطه، فلا يجري فيه الخيارات المختصة بالبيع، كخيار المجلس والحيوان ولا الشفعة، ولا يشترط فيه قبض العوضين إذا تعلّق بمعاوضة النكدين. وما أفاد فائدة الهبة لا يعتبر فيه قبض العين كما اعتبر فيها وهكذا.

كتاب الصلح

المراد به: الصلح العقدي، وتدلّ عليه إطلاق الآية الشريفة: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»^١، وخبر حفص: «الصلح جائز بين المسلمين»^٢، ومرسل الصدوق: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^٣.

وحقيقته: إنشاء التراضي على أمر من تملك عين أو منفعة أو نحو ذلك وإنشاء قبول ذلك. وعلى هذا، فتارة يفيد فائدة البيع: كما إذا تراضيا على كون داره للزيد وكون مائة درهم من مال زيد له. وأخرى يفيد فائدة الإجارة: كما إذا تراضيا على ما يتضمّن مفهوم

١. النساء (٤): ١٢٨.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٤٣، كتاب الصلح، أبواب أحكام الصلح، الباب ٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٤٤٣، كتاب الصلح، أبواب أحكام الصلح، الباب ٣، الحديث ٢.

(مسألة ٢): الصلح عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول مطلقاً؛ حتى فيما أفاد فائدة الإبراء والإسقاط على الأقوى، فإبراء الدين وإسقاط الحق وإن لم يتوقفاً على القبول، لكن إذا وقعا بعنوان الصلح توقفاً عليه.

(مسألة ٣): لا يعتبر في الصلح صيغة خاصة، بل يقع بكل لفظ أفاد التسالم على أمر من نقل أو فرار بين المتصالحين، كـ «صالحتك عن الدار أو منفعتها بكذا»، أو ما يفيد ذلك.

(مسألة ٤): عقد الصلح لازم من الطرفين^(١)؛ لا يفسخ إلا بالإقالة أو الخيار؛ حتى فيما أفاد فائدة الهبة الجائزة، والظاهر جريان جميع الخيارات فيه إلا خيار المجلس والحيوان والتأخير، فإنها مختصة بالبيع، وفي ثبوت الأرش لو ظهر عيب في العين المصالح عنها أو عوضها إشكال، بل لا يخلو عدم الثبوت من قوة، كما أن الأقوى عدم ثبوت الرد من أحداث السنة.

(مسألة ٥): متعلق الصلح: إما عين أو منفعة أو دين أو حق. وعلى التقادير: إما أن يكون مع العوض أو بدونه. وعلى الأول: إما أن يكون العوض عيناً أو منفعة أو ديناً أو حقاً. فهذه الصور كلها صحيحة.

(مسألة ٦): لو تعلق الصلح بعين أو منفعة أفاد انتقالهما إلى المتصالح؛ سواء كان مع

الإجارة، وثالثة فائدة المضاربة والمزارعة والإبراء ونحوها. ولا تجري في إفادته نوعاً من أنواع الأحكام المختصة بذلك النوع: كالبيع والإجارة ونحوها؛ لأنك عرفت أن حقيقتها إنشاء التراضي لا تعليق العين أو المنفعة أو غيرهما، والأحكام مترتبة على خصوص تلك العناوين لا عنوان التراضي.

(١) لعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ ولقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين»^٢؛ أي صحيح نافذ؛ ولأنه شرع لدفع النزاع والتجاذب، والجواز ينفيه.

١. المائدة (٥): ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٤٣، كتاب الصلح، أبواب أحكام الصلح، الباب ٣، الحديث ٢.

المعوض أو لا. وكذا إذا تعلق بدين على غير المصالح له، أو حقّ قابل للانتقال كحقّي التحجير والاختصاص. ولو تعلق بدين على المتصالح أفاد سقوطه، وكذا لو تعلق بحقّ قابل للإسقاط غير قابل للنقل كحقّي الشفعة والخيار.

(مسألة ٧): يصحّ الصلح على مجرد الانتفاع بعين أو فضاء؛ كأن يصالحه على أن يسكن داره، أو يلبس ثوبه مدة، أو على أن يكون جذوع سقفه على حائطه، أو يجري ماؤه على سطح داره، أو يكون ميزابه على عرصة داره، إلى غير ذلك، أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه، أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء أرضه، وغير ذلك، فهذه كلّها صحيحة بعوض وبغيره.

(مسألة ٨): إنّما يصحّ الصلح عن الحقوق القابلة للنقل والإسقاط، وما لا يقبل النقل والإسقاط لا يصحّ الصلح عنه، كحقّ مطالبة الدين، وحقّ الرجوع في الطلاق الرجعي، وحقّ الرجوع في البذل في باب الخلع، وغير ذلك.

(مسألة ٩): يشترط في المتصالحين ما يشترط في المتبايعين؛ من البلوغ والعقل والقصد والاختيار.

(مسألة ١٠): الظاهر أنّه تجري الفضولية في الصلح؛ حتّى فيما إذا تعلق بإسقاط دين أو حقّ، وأفاد فائدة الإبراء والإسقاط للذين لا تجري فيهما الفضولية.

(مسألة ١١): يجوز الصلح على الثمار والخضر وغيرهما قبل وجودها؛ ولو في عام واحد وبلا ضميّة وإن لم يجز بيعها.

(مسألة ١٢): لا إشكال في أنّه يفتقر الجهالة^(٢) في الصلح فيما إذا تمعّد للمتصالحين

(٢) للعمومات؛ ولصحيح ابن مسلم: في رجلين كان لكلّ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كلّ منهما كم له عند صاحبه؟ فقال ﷺ: «كلّ منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي»، فقال ﷺ: «لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^١.

معرفة المصالح عليه مطلقاً، كما إذا اختلط مال أحدهما بالآخر ولم يعلم مقدار كل منهما، فاصطلحا على أن يشتركا فيه بالتساوي أو التخالف، وكذا إذا تعدّر عليهما معرفته في الحال - لتعدّر الميزان والمكيال - على الأظهر، بل لا يبعد اعتقارها حتى مع إمكان معرفتهما بمقداره في الحال.

(مسألة ١٣): لو كان لغيره عليه دين، أو كان منه عنده عين، هو يعلم مقدارهما والغير لا يعلمه، فأوقعا الصلح بأقل من حق المستحق، لم يحلّ له الزائد^(٣) إلا أن يعلمه ويرضى به. وكذا الحال لو لم يعلم مقدارهما، لكن علم إجمالاً زيادة المصالح عليه على مال الصلح. نعم، لو رضي بالصلح عن حقه الواقعي على كل حال؛ بحيث لو تبين له الحال لصالح عنه بذلك المقدار بطيب نفسه، حلّ له الزائد.

(مسألة ١٤): لو صولح عن الربوي بجنسه بالتفاضل، فالأقوى جريان حكم الربا^(٤) فيه فيبطل. نعم، لا بأس به مع الجهل بالمقدار وإن احتمل التفاضل، كما إذا كان لكل منهما طعام عند صاحبه وجهلاً بمقداره، فأوقعا الصلح على أن يكون لكل منهما ما عنده مع احتمال التفاضل.

(مسألة ١٥): يصح الصلح عن دين بدين حاليين أو مؤجلين أو بالاختلاف، متجانسين أو مختلفين، سواء كان الدينان على شخصين أو على شخص واحد، كما إذا كان له على ذمة زيد وزنة حنطة، ولعمرو عليه وزنة شعير، فصالح مع عمرو على ماله في ذمة زيد بما لعمرو

(٣) لخبر علي بن حمزة: رجل يهودي أو نصراني، كانت له عندي أربعة آلاف درهم، فمات، ألي أن أصالح ورثته. ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا. «لا يجوز حتى تخبرهم»^١. هذا، ولا بدّ أنّهما كانا ذميين.

(٤) فإن المراد بالربا في الآية الشريفة مطلق الإضافة في القرض أو في المتجانسين، ولو كان التعويض بغير البيع كالصلح ونحوه.

في ذمته، فيصح في الجميع إلا في المتجانسين مما يكال أو يوزن مع التفاضل. نعم، لو صالح عن الدين بعضه، كما إذا كان له عليه دراهم إلى أجل، فصالح عنها بتصفها حالاً، فلا بأس به إذا كان المقصود إسقاط الزيادة والإبراء عنها والاكتفاء بالتاقيص، كما هو المقصود المتعارف في نحو هذه المصالحة، لا المعاوضة بين الزائد والتاقيص.

(مسألة ١٦): يجوز أن يصالح الشريكان: على أن يكون لأحدهما رأس المال والربح للآخر والخسران عليه.

(مسألة ١٧): يجوز للمتداعيين في دين أو عين أو منفعة أن يتصالحا بشيء من المدعى به أو بشيء آخر؛ حتى مع إنكار المدعى عليه، ويسقط به حق الدعوى، وكذا حق اليمين الذي كان للمدعى على المنكر، وليس للمدعى بعد ذلك تجديد الدعوى. لكن هذا فصل ظاهري ينقطع به الدعوى ظاهراً، ولا ينقلب الواقع عما هو عليه، فلو ادعى ديناً على غيره فأنكره فتصالحا على النصف، فهذا الصلح موجب لسقوط دعواه، لكن إذا كان محققاً بفيت ذمة المدعى عليه مشغولة بالنصف؛ وإن كان معتقداً لعدم محققته، إلا إذا قرض أن المدعى صالح عن جميع ماله واقعاً، وإن كان مبطلاً واقعاً يحرم عليه ما أخذه من المنكر، إلا مع فرض طيب نفسه واقعاً، لا أن رضاه لأجل التخلص عن دعواه الكاذبة.

(مسألة ١٨): لو قال المدعى عليه للمدعى: صالحني، لم يكن هذا إقراراً بالحق؛ لما مر من أن الصلح يصح مع الإنكار. وأما لو قال: بعني أو ملكني، فهو إقرار بعدم كونه ملكاً له، وأما كونه إقراراً بملكية المدعى فلا يخلو من إشكال^(٥).

(مسألة ١٩): لو كان لشخص ثوب قيمته عشرون وآخر ثوب قيمته ثلاثون واشتبهها، فإن خير أحدهما صاحبه، فقد أنصفه وأحل له ما اختاره ولصاحبه الآخر، وإن تضايقا^(٦) فإن

(٥) فإن طلب البيع أو التمليك لا يلزم كون المطلوب منه مالاً حقيقياً، لاحتمال الولاية والوصاية والوكالة، مع أن المدعى عليه قد يرى المصلحة في الشراء الصوري، لأخذ سند الملكية بأمن بعده من شره أو شر أتباعه.

(٦) مع أن حكم البيع وتقسيم الثمن على نسبة المالكين، وكذا حكم القرعة عند

كان المقصود لكل منهما المالية - كما إذا اشترياهما للمعاملة - بيعاً وقسم الثمن بينهما بنسبة مالهما، وإن كان المقصود عينهما - لا المالية - فلا بد من القرعة.

(مسألة ٢٠): لو كان لأحد مقدار من الدراهم ولآخر مقدار منها ودعي أو غيره، فتلّف مقدار لا يدري أنه من أيّ منهما، فإن تساوى مقدار الدراهم منهما - بأن كان لكلّ منهما درهمان مثلاً - فلا يبعد أن يقال: يحسب التالف عليهما، ويقسم الباقي بينهما نصفين. وإن تفاوتتا: فبأن أن يكون التالف بمقدار ما لأحدهما وأقلّ ممّا للآخر، أو يكون أقلّ من كلّ منهما. فعلى الأول^(٧): لا يبعد أن يقال: يعطى للآخر ما زاد من ماله على التالف، ويقسم

الاحتياج إلى نفس المالين موافقان للقواعد العامة؛ فقد ورد به صحيح إسحاق: في الرجل يبيعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب، وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعت الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال عليه السلام: «بياع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن» قلت: فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيّهما شئت. قال: «قد أنصفه»^١.

أقول: ولو قال صاحب الثلاثين لصاحب العشرين ذلك القول لكان إنصافه فوق ذلك. (٧) مقتضى القاعدة الأولية في الدرهمين الباقيين بعد العلم بكون أحدهما لصاحب الدرهمين والدرهم الآخر إمّا له أيضاً، أو لصاحبه، كشف الواقع هنا بقرعتين: الأولى: تعيين الدرهم المربوط بصاحب الدرهمين.

الثانية: تعيين صاحب الدرهم المرّدّد بينهما، فقد تكون نتيجة القرعتين وصول الدرهمين إلى واحد منهما، وكذا الحال في الأمثلة الباقية، لكن في خبر السكوني: في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منها، قال عليه السلام: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الآخر بينهما نصفين»^٢. وقد عمل به المشهور، ويوافقها القواعد العقلانية في نظائر موارد.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤٥١، كتاب الصلح، أبواب ١١، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٥٢، كتاب الصلح، الباب ١٢، الحديث ١.

الباقى بينهما نصفين، كما إذا كان لأحدهما درهمان وللآخر درهم وكان التالف درهماً، يعطى صاحب الدرهمين درهماً، ويقسم الدرهم الباقي بينهما نصفين، أو كان لأحدهما خمسة وللآخر درهمان وكان التالف درهمين، يعطى لصاحب الخمسة ثلاثة، ويقسم الباقي - وهو الدرهمان - نصفين.

وعلى الثاني: لا يبعد أن يقال: إنه يُعطى لكل منهما ما زاد من ماله على التالف، ويقسم الباقي بينهما نصفين، فإذا كان لأحدهما خمسة وللآخر أربعة وكان التالف ثلاثة، يُعطى لصاحب الخمسة اثنان ولصاحب الأربعة واحد، ويقسم الباقي بينهما نصفين.

لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بالتصالح في شقوق المسألة، خصوصاً في غير ما استودع رجلاً غيره دينارين، واستودعه الآخر ديناراً، فضاع دينار منهما. هذا كله في مثل الدرهم والدينار، ولا يبعد جريان حكمهما في مطلق المثليين الممتازين، كمتين ومن لو تلف من واشته الأمر، ولا ينبغي ترك الاحتياط هنا أيضاً. نعم، إذا كان المثليان مما يقبل الاختلاط والامتزاج - كالزيت والحنتلة - فامتزجا فتلف البعض يكون التلف بنسبة المالين، ففي المتين والمن إذا امتزجا وتلف من تكون البقية بينهما ثلثاً، ولو كان المالان قيميين - كالثياب والحيوان - فلا بد من المصالحة أو تعيين التالف بالقرعة.

(مسألة ٢١): يجوز إحداث الروشن - المسمى في العرف الحاضر بالشناشيل - على الطرق النافذة والشوارع العامة إذا كانت عالية بحيث لم تضرب بالمازة، وليس لأحد منعه حتى صاحب الدار المقابل وإن استوعب عرض الطريق؛ بحيث كان مانعاً عن إحداث روشن في مقابلة ما لم يضع منه شيئاً على جداره. نعم، إذا استلزم الإشراف على دار الجار ففي جوازه تردّد وإشكال؛ وإن جوّزنا مثل ذلك في تعلية البناء على ملكه، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ٢٢): لو بنى روشناً على الجادة ثم انهدم أو هدمه، فإن لم يكن من قصده تجديد بنائه، لا مانع من أن يبني الطرف المقابل ما يشغل ذلك الفضاء ولم يحتج إلى الاستئذان من الباني الأول، ولأفقيه إشكال، بل عدم الجواز لا يخلو من قوة^(٨) إذا هدمه لبيته جديداً.

(٨) فإن الظاهر أن الفضاء والهواء أيضاً كالأراضي الميّنة ومياه البحار من المباحات الأصلية القابلة للإحياء والحيارة، فالفضاء الخاص المشغول ممّا أحياه صاحب «الروشن»

(مسألة ٢٣): لو أحدث شخص روضاً على الجادة فهل للطرف المقابل إحداث روضن آخر فوقه أو تحته بدون إذنه؟ فيه إشكال خصوصاً في الأول، بل عدم الجواز فيه لا يخلو من قوة. نعم، لو كان الثاني أعلى بكثير؛ بحيث لم يشغل الفضاء الذي يحتاج إليه صاحب الأول بحسب العادة من جهة التشميس ونحوه، لا بأس به.

(مسألة ٢٤): كما يجوز إحداث الرواشن على الجادة، يجوز فتح الأبواب المستجدة فيها؛ سواء كان له باب آخر أم لا، وكذا فتح الشباك والروازن عليها ونصب الميزاب فيها، وكذا بناء سابات عليها؛ إن لم يكن معتمداً على حائط غيره مع عدم إذنه، ولم يكن مضرراً بالمارة ولو من جهة الظلمة، ولو فرض أنه كما يضرهم من جهة ينفعهم من جهة أو جهات أخرى - كالوقاية عن الحر والبرد، والتحفّظ عن الطين وغير ذلك - فالظاهر وجوب الرجوع إلى حاكم الشرع فيتبع نظره، وفي جواز إحداث البالوعة للأطوار فيها حتى مع التحفّظ عن كونها مضرّة بالمارة وكذا نقب السرداب تحت الجادة حتى مع إحكام أساسه وبنائه وسقفه بحيث يؤمن من الثقب والخسف والانهدام، إشكال وإن كان جوازه لا يخلو من قرب.

(مسألة ٢٥): لا يجوز لأحد إحداث شيء من روضن، أو جناح، أو بناء سابات، أو نصب ميزاب، أو فتح باب، أو نقب سرداب، وغير ذلك، على الطرق غير النافذة إلا بإذن أربابها؛ سواء كان مضرراً أم لا. وكذا لا يجوز لأحد من الأرباب إلا بإذن شركائه فيها، ولو صالح غيرهم معهم أو بعضهم مع الباقين على إحداث شيء من ذلك، صحّ ولزم سواء كان مع المعوض أم لا. ويأتي - إن شاء الله - في كتاب إحياء الموات بعض ما يتعلق بالطريق.

(مسألة ٢٦): لا يجوز لأحد أن يبنى بناءً على حائط جاره، أو يضع جذوع سقفه عليه، إلا بإذنه ورضاه، وإن التمس ذلك منه لم يجب عليه إجابته، وإن استحب له مؤكداً. ولو بنى أو وضع الجذوع بإذنه ورضاه، فإن كان ذلك بعنوان ملزم - كالشرط والصلح ونحوهما - لم يجز له الرجوع. وأمّا لو كان مجرد الإذن والرخصة، فجاز الرجوع قبل البناء والوضع والبناء على الجذع قطعاً، وأمّا بعد ذلك فلا يترك الاحتياط بالتصالح والتراضي؛ ولو بالإبقاء مع الأجرة، أو الهدم مع الأرض وإن كان الأقرب جواز الرجوع بلا أرض.

(مسألة ٢٧): لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء أو تسقيف أو إدخال خشبة أو وند أو غير ذلك، إلا بإذن شريكه أو إحراز رضاه ولو بشاهد الحال، كما هو كذلك في التصرفات اليسيرة، كالاستناد إليه، ووضع يده، أو طرح ثوب عليه، أو غير ذلك، بل الظاهر أن مثل هذه الأمور اليسيرة لا يحتاج إلى إحراز الإذن والرضا، كما جرت به السيرة. نعم، إذا صرح بالمنع وأظهر الكراهة لم يجز.

(مسألة ٢٨): لو تهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين تعميره لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته، وهل له التعمير من ماله مجتأ بدون إذن شريكه؟ لا إشكال في أن له ذلك إذا كان الأساس مختصاً به وبناء بالآلات المختصة به. كما لا إشكال في عدم الجواز إن كان الأساس مختصاً بشريكه. وأمّا إذا كان مشتركاً، فإن كان قابلاً للقسمة ليس له التعمير بدون إذنه. نعم، له المطالبة بالقسمة فيبني على حصته المفروزة. وإن لم يكن قابلاً لها ولم يوافقه الشريك في شيء، يرفع أمره إلى الحاكم ليخيره بين عدة أمور: من بيع، أو إجارة، أو المشاركة معه في العمارة، أو الرخصة في تعميره وبناءه من ماله مجتأ. وكذا الحال لو كانت الشركة في بئر أو نهر أو قناة أو ناعور ونحو ذلك، ففي جميع ذلك يرفع الأمر إلى الحاكم فيما لا يمكن القسمة، ولو أنفق في تعميرها من ماله فنجح الماء أو زاد، ليس له أن يمنع شريكه الغير المنفق من نصيبه من الماء.

(مسألة ٢٩): لو كانت جذوع دار أحد موضوعة على حائط جاره، ولم يعلم على أي وجه وضعت، حكم في الظاهر بكونه عن حق حتى يثبت خلافه، فليس للجار أن يطالبه برفعها عنه، بل ولا منعه من التجديد لو تهدم السقف. وكذا الحال لو وجد بناء أو مجرى ماء أو نصب ميزاب في ملك غيره ولم يعلم سببه، فيحكم في أمثال ذلك بكونه عن حق، إلا أن يثبت كونها عن عدوان، أو بعنوان العارية التي يجوز فيها الرجوع.

(مسألة ٣٠): لو خرجت أغصان شجرة إلى فضاء ملك الجار من غير استحقاق له أن يطالب مالكها بمطف الأغصان أو قطعها من حد ملكه، وإن امتنع صاحبها بجوز له عطفها أو قطعها، ومع إمكان الأول لا يجوز الثاني.

كتاب الإجارة

وهي إما متعلقة بأعيان مملوكة من حيوان أو دار أو عقار أو متاع أو ثياب ونحوها ، فتفيد تملك منفعتها بالمعوض ، أو متعلقة بالنفس كإجارة الحر نفسه لعمل ، فتفيد غالباً تملك عمله للغير بأجرة مقررة ، وقد تفيد تملك منفعته دون عمله ، كإجارة المرضعة نفسها للرضاع ، لا الإرضاع .

(مسألة ١) : عقد الإجارة هو اللفظ المشتمل على الإيجاب الدالّ بالظهور العرفي على إيقاع إضافة خاصة مستتبعة^(١) لتملك المنفعة أو العمل بمعوض والقبول الدالّ على الرضا

كتاب الإجارة

(١) أشار بهذا الكلام إلى حقيقة عقد الإجارة وماهيته؛ فإن فيها وجوهاً أو أقوالاً:
الأول: أن حقيقتها تملك المنفعة أو العمل، فالأول في إجارة الأعيان، والثاني في إجارة النفس.

وبشكل بأنه لو كان مفاد الإجارة تملك المنافع ، كان اللازم أن يتعلق بالمنافع ، وأن يقول المؤجر : آجرتك منفعة الدار أو عمل نفسي.

الثاني: أن حقيقتها تسليط الشخص على العين أو على النفس لغرض استيفاء المنفعة أو العمل.

وفيه: أنه وإن كان أقرب إلى الصواب من الأول، إلا أن لازم ذلك تعديته بـ«على»، والحال أنه لا يقال: آجرتك على داري أو نفسي، ونقول: سأطتك على داري أو نفسي.

الثالث: أن حقيقتها إيجاد علاقة خاصة وإنشاء ربط معنوي مخصوص بين المستأجر والعين أو النفس يعتبرها العقلاء ويجعلها موضوعاً لترتب سلطنة المستأجر عليها ومالكيتها لمنفعة العين وعمل الشخص ، ولذلك يتعدى بنفسه إلى العين ويقال: آجرتك

به وتملكهما بالمعوض. والعبارة الصريحة في الإيجاب: «أجرتك أو أكرتتك هذه الدار مثلاً بكذا». وتصح بمثل «ملككتك منفعة الدار» مريداً به الإجارة، لكنه ليس من العبارة الصريحة في إقادتها. ولا يعتبر فيه العربية، بل يكفي كل لفظ أفاد المعنى المقصود بأي لغة كان. ويقوم مقام اللفظ الإشارة المفهمة من الأخرس ونحوه كعقد البيع. والظاهر جريان المعاطاة في القسم الأول منها؛ وهو ما تعلقت بأعيان مملوكة. وتحقق بتسليط الغير^(٢) على العين ذات المنفعة قاصداً تحقق معنى الإجارة - أي الإضافة الخاصة - وتسلم الغير لها بهذا العنوان. ولا يبعد تحققها في القسم الثاني أيضاً بجعل نفسه تحت اختيار الطرف بهذا العنوان، أو بالشروع في العمل كذلك.

الدار أو نفسي، أي جعلتها مورداً لتلك العلفة والربط، وهذا وإن لم يخل عن الخدشة أيضاً، إلا أن ملاحظة سائر المشتقات من كلمة «أج ر» يؤيده، تقول: فليكن هذا في إيجارتك، مشيراً إلى العين، وإجارة الدار مثلاً خير من بيعها، واستيجاره خير من شرائها، فيفهم من هذه الألفاظ علفة معنوية قابلة للإنشاء، هذا، والأمر في ذلك سهل.

(٢) جريان المعاطاة في الإجارة لا إشكال فيه كما في البيع، والحاكم بذلك العرف. ولكن الكلام في كيفية تحقق المعاطاة فيها، إلا أنه واضح في إجارة الأعيان؛ فإن تسليم العين بقصد الإجارة وتسلمها من المستأجر كافٍ فيها بناءً على عدم لزوم التعاطي من الطرفين، فلا يلزم وصول الأجرة إلى المالك، كما أن وصول الأجرة وأخذها أيضاً كافٍ في تحققها.

وأما في إجارة النفوس ففي ما إذا تعاطيا الأجرة كان إعطاؤها إنشاءً للاستيجار وأخذها قبولاً، كما إذا قال: استأجرتك على خياطة هذا الثوب، ويقول الأجير: قبلت.

وأما تحقق المعاطاة بإعطاء العمل من ناحية الأجير فقط، ففيه إشكال، ولذلك حصر المحقق النابيني المعاطاة في إجارة الأعيان^١.

وأما فتوى عدة من المعاصرين بتحقيق المعاطاة في إجارة النفوس بالشروع في العمل

(مسألة ٢) : يشترط في صحّة الإجارة أمور: بعضها في المتعاقدين: أعني المؤجر والمستأجر، وبعضها في العين المستأجرة، وبعضها في المنفعة، وبعضها في الأجرة.

أما المتعاقدان: فيعتبر فيهما ما اعتبر في المتبايعين: من البلوغ، والعقل، والقصد، والاختيار، وعدم الحجر: لفلس أو سفه ونحوهما.

وأما العين المستأجرة: فيعتبر فيها أمور:

منها: التبيين، فلو أجز إحدى الدارين أو إحدى الدائتين لم تصحّ.

ومنها: المعلومية، فإن كانت عيناً خارجية: فأما بالمشاهدة، وإما بذكر الأوصاف التي تختلف بها الرغبات في إيجارها. وكذا لو كانت غائبة، أو كانت كلية.

ومنها: كونها مقدوراً على تسليمها، فلا تصحّ إجارة الدابة الشاردة ونحوها.

ومنها: كونها ممّا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، فلا تصحّ إجارة ما لا يمكن الانتفاع بها، كما إذا أجز أرضاً للزراعة مع عدم إمكان إيصال الماء إليها، ولا ينفعها ولا يكفيها ماء المطر ونحوه. وكذا ما لا يمكن الانتفاع بها إلّا بإذهاب عينها، كالخيز للأكل، والشمع أو الحطب للإشعال.

ومنها: كونها مملوكة أو مستأجرة، فلا تصحّ إجارة مال الغير إلّا بإذنه أو إجازته.

مع عدم تقدّم أخذ الأجرة، ففيه غموض؛ إذ الشروع فيه ليس الإعطاء والبذل للعمل الذي هو بمنزلة الإيجاب. فأين القبول من المستأجر حينئذ، مع أنّ أقلّ اللازم في المعاطاة تحقّق الإعطاء والأخذ من أحد العوضين.

هذا، ولكن لا يغفى، أنّه لو عمل أحدٌ عملاً كذلك لآخر مع البناء السابق بينهما على ذلك، يعدّ العامل أجيراً، ويستحقّ الأجرة بلا إشكال، ولا يعدّونه من قبيل ضمان المنافع المستوفاة، ولا الأجرة أجرة المثل، ولازم هذا البيان كون شروعه في العمل إيجاباً ورضاً المستأجر قبولاً، أو كون العمل مصروفاً على منفعة المستأجر قبولاً منه: لكونه استيفاء، ومع ذلك فالمسألة غير صافية عن الإشكال.

ومنها: جواز الانتفاع بها، فلا تصح إجارة الحائض لكنس المسجد^(٣) مباشرة.
وأما المنفعة: فيعتبر فيها أمور:

منها: كونها مباحة، فلا تصح إجارة الدكان لإحراز المسكرات أو بيعها، ولا الدابة والسفينة لحملها، ولا الجارية المغتبة للتفتي ونحو ذلك.
ومنها: كونها متمولة يبدل بإزائها المال عند العقلاء.

ومنها: تعيين نوعها إن كانت للعين منافع متعددة، فلو استأجر الدابة يعين أنها للحمل أو الركوب أو لإدارة الرحى وغيرها. نعم، تصح إجارتها لجميع منافعها، فيملك المستأجر جميعها.

ومنها: معلوميتها: إما بتقديرها بالزمان المعلوم، كسكنى الدار شهراً، أو الخياطة أو التعمير والبناء يوماً، وإما بتقدير العمل، كخياطة الثوب المعين خياطة كذائية فارسية أو رومية؛ من غير تعرض للزمان إن لم يكن دخیلاً في الرغبات، وإلا فلا بد من تعيين منتهاه.
وأما الأجرة: فتعتبر معلوميتها، وتعيين مقدارها بالكيل أو الوزن أو العدة في المكبل والموزون والمعدود، وبالمشاهدة أو التوصيف في غيرها. ويجوز أن تكون عيناً خارجية، أو كلياً في الذمة، أو عملاً، أو منفعة. أو حقاً قابلاً للنقل، مثل الثمن في البيع.

(مسألة ٣): لو استأجر دابة للحمل لا بد من تعيين جنس ما يحمل عليها؛ لاختلاف الأغراض باختلافه، وكذا مقداره ولو بالمشاهدة والتخمين، ولو استأجرها للسفر لا بد من تعيين الطريق وزمان السير؛ من ليل أو نهار ونحو ذلك، بل لا بد من مشاهدة الراكب أو توصيفه بما يرفع به الجهالة والغرر.

(مسألة ٤): ما كانت معلومية المنفعة بحسب الزمان، لا بد من تعيينه يوماً أو شهراً أو سنة أو نحو ذلك، فلا تصح تقديره بأمر مجهول.

(٣) عدّ هذا من شرائط العين دون المنفعة بلحاظ أنّ المنفعة هنا - وهي الكنس - ليست بنفسها محرّمة. وإتّما الحرام كونها في المسجد الملازم للكنس، فلا فرق بين الكنس وقراءة القرآن وغيرها، فالإشكال يرجع إلى نفس العين وبلحاظ حالها الخاص.

(مسألة ٥) : لو قال : كلّمنا سكنت هذه الدار فكلّ شهر بدينار - مثلاً - بطل إن كان المقصود الإجارة، وصحّ ظاهراً لو كان المقصود الإباحة بالعوض^(٤). والفرق أنّ المستأجر مالك للمنفعة في الإجارة، دون المباح له، فإنّه غير مالك لها، ويملك المالك عليه العوض على تقدير الاستيفاء، ولو قال : إن خطت هذا الثوب فارسياً فلك درهم، وإن خطته رومياً فلك درهمان، بطل إجارة وصحّ جمالة.

(مسألة ٦) : لو استأجر دابة من شخص لتحمله أو تحمّل متاعه إلى مكان في وقت معيّن، كأن استأجر دابة لا يصاله إلى كربلاء^(٥) يوم عرفة، ولم توصله، فإن كان ذلك لعدم سعة

(٤) قد يقال : إنّ الإباحة بالعوض ليس عقدّاً مستقلاً، فلو قال : من سكن داري شهراً، فعليه عشرة دراهم مع كون الأجرة المتعارفة خمسة، فما الموجب لاشتغال ذمّة الساكن بالعشرة؟ فالقول بالاشتغال بالأجرة المتعارفة - وهي أجرة المثل - أقوى؛ فإنّ الأجرة المسماة لا تكون إلّا بعقد صحيح.

هذا ما أفاده الأستاذ النائيني طاب رمسه^١.

ولكن قد يقال : إنّ إباحة المالك العين أو المنفعة بعوض خاصّ - كما يتفق كثيراً في الفنادق والمقاهي من إباحة شرب الشاي وغيره - والجلوس على السرير بقيمة وبأجرة معيّنة، معاملةً خاصّة عرفيّة تفيد اشتغال الذمّة بالأجرة المسماة، وهذا ليس ببعيد عند العرف، والشاهد له أفعالهم، فيحسبون المتلف للعين أو المنفعة بعد قول المالك - مثلاً - ضامنناً بالمسمّى، لا بالمثل أو القيمة السوقية.

(٥) أي بالمسبّب وذو المقدّمة لا المقدّمة بأن يكون العمل المستأجر عليه هو الكون في ذلك المحلّ في اليوم المعيّن بحيث يكون السير مقدّمة له، كما في الكون على السطح العلول للصعود على السّلم.

هذا، فتقييد بعض المحشّين البطلان في العبارة بقوله : «إن كان ذلك على وجه العنوانيّة

الوقت، أو عدم إمكان الإيصال من جهة أخرى، فالإجارة باطلة، ولو كان الزمان واسعاً ولم توصله لم يستحق من الأجرة شيئاً؛ سواء كان بتقصير منه أم لا، كما لو ضل الطريق. ولو استأجرها على أن توصله إلى مكان معين، لكن شرط عليه أن توصله في وقت كذا فتمتذر أو تخلف، فالإجارة صحيحة بالأجرة المعينة، لكن للمستأجر خيار الفسخ من جهة تخلف الشرط، فإن فسخ ترجع الأجرة المسماة إلى المستأجر ويستحق المؤجر أجرة المثل.

(مسألة ٧): لو كان وقت زيارة عرفة، واستأجر دابة للزيارة فلم يصل وفاتت منه صحت الإجارة، ويستحق المؤجر تمام الأجرة بلا خيار؛ ما لم يشترط عليه في عقد الإجارة إيصاله يوم عرفة، ولم يكن انصراف موجب للتقييد.

(مسألة ٨): لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد، فلو أجر داره في شهر مستقبل معين صح؛ سواء كانت مستأجرة في سابقه أم لا، ولو أطلق تنصرف إلى الاتصال بالعقد لو لم تكن مستأجرة، فلو قال: «أجرتك داري شهراً» اقتضى الإطلاق اتصاله بزمان العقد. ولو أجرها شهراً ولهم الإطلاق - أعني الكلي الصادق على المتصل والمنفصل - فالأقوى البطلان.

(مسألة ٩): عقد الإجارة لازم من الطرفين، لا يفسخ إلا بالتقابل، أو بالفسخ مع الخيار. والظاهر أنه يجري فيه جميع الخيارات، إلا خيار المجلس وخيار الحيوان وخيار التأخير، فيجري فيها خيار الشرط وتخلف الشرط والعيب والقبين والرؤية وغيرها. والإجارة المعاطاة كالبيع المعاطاة لازمة على الأقوى، وينبغي فيها الاحتياط المذكور هناك.

(مسألة ١٠): لا تبطل الإجارة بالبيع. فتنتقل المبن إلى المشتري مسلوقة المنفعة في

والتقييد، وأما إن كان على وجه الشرطية، فالإجارة صحيحة والشرط لغو^١ غير ظاهر الوجه؛ لأن الكلام مفروض بنحو العنوانية. نعم، لو استأجره على السير إلى كربلاء، وشرط عليه كون السير موصلاً إلى العنوان الخاص مع ظهور عدم إمكان الإيصال، كان من قبيل استئجار الطبيب على العلاج مشروطاً تأديته إلى الصحة، فيلغى الشرط.

مدّتها. نعم، للمشتري مع جهله بها خيار الفسخ، بل له الخيار لو علم بها وتخيل أن مدّتها قصيرة فتبين أنها طويلة، ولو فسخ المستأجر الإجارة أو انفسخت، رجعت المنفعة في بقية المدّة إلى المؤجر لا المشتري، وكما لا تبطل الإجارة ببيع العين المستأجرة على غير المستأجر، لا تبطل بيعها عليه^(٦)، فلو استأجر داراً ثم اشتراها بقيت الإجارة على حالها، ويكون ملكه للمنفعة في بقية المدّة بسبب الإجارة لا تبعية العين، فلو انفسخت الإجارة رجعت المنفعة في بقية المدّة إلى البائع، ولو فسخ البيع بأحد أسبابه بقي ملك المشتري المستأجر للمنفعة على حاله.

(مسألة ١١): الظاهر أنه لا تبطل إجارة الأعيان بموت المؤجر^(٧) ولا بموت المستأجر،

(٦) إن كانت ماهية الإجارة إضافة خاصة بين المستأجر والعين مستتبعة لملك منفعتها، ففي الفرض يجتمع له إضافتان: إضافة خاصّة تسمّى بالإجارة، وأخرى تسمّى بملك العين، ولكن قد يستشكل في إمكان ثبوت الأمرين.

ويؤيد الجواز أنه لا إشكال في تحقق إضافتين قبل شراء المستأجر: إحداهما بين العين والمستأجر، والأخرى بينها وبين المالك، فما هو المانع في اجتماعهما في شخص واحد؟ وإن كانت حقيقتها التسلّط على العين كما يتوهم اختيار صاحب «العروة» له، فالمتحقّق قبل البيع نوع سلطة للمستأجر وسلطة للمالك، فتجتمعان بعد البيع، أو يشتدّ ويقوى؛ فإنّها قابلة للشدّة والضعف، وإن كانت حقيقتها تملك المنفعة، فالخطب أسهل والإشكال أقلّ.

(٧) هذا هو المشهور بين المتأخّرين^١، وأدعي^٢ أن المشهور بين القدماء البطلان، وأنّ مستندهم موثّق إبراهيم الهمداني، وفيه: «إن كان لها وقت مسمّى لم يبلغ فماتت، فلورثتها تلك الإجارة، فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه، فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت^٣».

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٥ ط قديم؛ مسالك الأنهار ٥: ١٧٥؛ رياض المسائل ١٠: ١٣.

٢. مفتاح الكرامة ٧: ٧٨ ط قديم؛ شرائع الإسلام ٢: ١٤٠؛ جواهر الكلام ٢٧: ٢٠٦.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٥، الحديث ١.

إلا إذا كانت ملكية المؤجر للمنفعة محدودة بزمان حياته فتبطل بموته، كما إذا كانت منفعة دار موصى بها لشخص مدة حياته، فأجرها ستين ومات بعد سنة. نعم، لو كانت المنفعة في بقية المدة لورثة الموصي أو غيرهم، فلهم أن يجيزوها في بقية المدة، ومن ذلك ما إذا أجر العين الموقوفة البطل السابق ومات قبل انقضاء المدة، فتبطل إلا أن يجيز البطل اللاحق. نعم، لو أجرها المثلوي للوقف - لمصلحة الوقف والبطون اللاحقة - مدة تزيد على مدة بقاء بعض البطون، تكون نافذة على البطون اللاحقة، ولا تبطل بموت المؤجر ولا يموت البطل الموجود حال الإجارة. هذا كله في إجارة الأعيان. وأما إجارة النفس لبعض الأعمال فتبطل بموت الأجير. نعم، لو تقبل عملاً وجعله في ذمته لم تبطل بموته، بل يكون ديناً عليه يستوفى من تركته.

(مسألة ١٢): لو أجر الولي الصبي المولى عليه أو ملكه مدة مع مراعاة المصلحة

قيل^١: معنى قوله ﷺ: «فتمطى ورثتها بقدر ما بلغت» أن الورثة يستحقون من مجموع أجرة ثلاثين سنة مقدار وقت ما بلغت الإجارة حين موت المرأة، إن ثلثاً فثلثاً، وإن نصفاً فنصفاً، ومعناه بطلان الإجارة حين الموت لا من أصله؛ فإن الأصل صحيح بمقتضى قوله ﷺ: «فلورثتها تلك الإجارة».

لكن لا يخفى عليك عدم ظهور الجملة في مدعاهم، بل الظاهر منها - كما اختاره الأردبيلي^٢ - أن الورثة يكونون نظير المورث، فكما أن المرأة المؤجرة لم تستحق الأجرة دفعة واحدة، بل على التدرج كما هو المشروط في عقد الإجارة، فكذلك الورثة لا يعطون الأجرة إلا على ما مضت من المدة ثلثاً أو نصفاً. فقولهم ﷺ: «لأن لم تبلغ ذلك الوقت» بيان لما أجمل من حكمه ﷺ يرجع الإجارة إلى الورثة وكون اختيارها بيدهم، وأن الورثة يستحقون الماضي لا الآتي.

هذا مع أن عدم البطلان هو أيضاً مقتضى العمومات.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٤.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٥ - ٦٦.

والغبطة، فبلغ الرشد قبل النقضائها، فله نقض الإجارة^(٨) وفسخها بالنسبة إلى ما بقي من المدة، إلا أن تقتضي المصلحة اللازمة المراعاة فيما قبل الرشد، الإجارة مدة زائدة على زمان تحققه؛ بحيث تكون بأقل منها خلاف مصلحته، فحينئذٍ ليس له فسخها بعد البلوغ والرشد.

(مسألة ١٣): لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً سابقاً، كان له فسخ الإجارة^(٩) إن

(٨) بعد ملاحظة أن ولاية الولي محدودة بزمان معين، وهو قبل البلوغ أو قبل الرشد، فالتصرف الشامل لحال ما بعدهما خارج عن دائرة الولاية فضولي يحتاج إلى إمضاء المولى عليه.

وحكم بعض المحشّين: «بأنّ الولاية مطلقة غير مقيدة بشيء، غير المصلحة»^١ غير ظاهر الوجه؛ لما قلنا.

وقوله «فله قبل البلوغ ما للمولى عليه لو كان بالغاً» قياس مع الفارق؛ فإن ولاية الشخص على نفسه غير مغتية، بخلاف ولاية الولي. ومن ذلك يعلم حكم إجارة ملك المولى عليه أيضاً؛ فإنّ الولاية فيهما واحدة.

(٩) الكلام في ماهية هذا الخيار، والصواب أن يقال: إن كان العيب الملحوظ في المنفعة بمعنى نقصها الذاتي والزماني - كما إذا استأجر المكيئة (موتور) للعمل في تمام الساعات، ولم تعمل إلا في نصف الوقت أو ثلثه مثلاً - فالخيار هو خيار تبعض الصفقة؛ إذ الأجرة ملحوظة في مقابل المنفعة، فنقصها توجب نقصه.

وإن كان العيب ينحو يوجب حزاة في المنفعة وعيباً في حالاتها وصفاتها - كالدابة بلا ذنب أو أذن، أو سيارة مضطربة في حركتها بحيث تكون عند العرف أقل أجره من غيرها - فالخيار خيار عيب، إلا أن الكلام في جواز أخذ الأرض فيه؛ فإنّ الأرض في البيع لدليل خاص على خلاف القاعدة، وقاعدة «لا ضرر» لا تقتضي إلّا جواز الفسخ؛ لكون اللزوم

١. العروة الوثقى ٥: ٣١، مسألة ٤، حاشية المحقق آية الله العليّ إمامي رحمه الله.

٢. نفس المصدر.

كان ذلك العيب موجباً لنقص المنفعة، كالعرج في الدابة، أو الأجرة، كما إذا كانت مقطوعة الأذن والذنب. هذا إذا كان متعلقاً بالإجارة عيناً شخصية. ولو كان كلياً وكان الفرد المقبوض معيماً فليس له فسخ العقد، بل له مطالبة البدل إلا إذا تعذر، فله الفسخ. هذا في العين المستأجرة. وأما الأجرة فإن كانت عيناً شخصية ووجد المؤجر بها عيباً، كان له الفسخ، فهل له مطالبة الأرض^(١٠)؟ فيه إشكال. ولو كانت كلية فله مطالبة البدل، وليس له فسخ العقد إلا إذا تعذر البدل.

(مسألة ١٤): لو ظهر القين للمؤجر أو المستأجر فله خيار القين إلا إذا شرط سقوطه.

(مسألة ١٥): يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، والعمل في إجارة النفس على

ضرورياً فيرفع، والأجرة تقع بجمعها في مقابل أصل المنفعة، ولا يتقسط على الذات والصفات، فلا دليل على أخذ مقدار منها أو بدل ذلك المقدار.

نعم، لو قلنا بأن الدليل على الحكم هنا إلغاء خصوصية المورد عن أدلة خيار العيب في البيع - ففي كل عوض ومعوض، سواء أكان النافع لهما البيع أو الإجارة، إذا كان أحدهما مثلاً معيماً، جاز الفسخ وأخذ الأرض - أمكن القول بجواز أخذ الأرض، وهذا ليس يبعد في بعض الموارد، فلاحظ الأمر في السيارات الأرضية والطائرات الجوية، حيث تتفاوت أجرتها بتفاوت سرعة حركتها وبطئه، أو لينة حركتها وخشونته مع حصول المطلوب في الجميع، وفي ارتكازهم مطالبة التفاوت من الأجرة لو اتفق السير بالأدون.

(١٠) الإشكال من جهة أن في المسألة قولين: أحدهما ثبوت الأرض، وهو المصرح به في فتاوى عدة، بل عن «مفتاح الكرامة»^١ وغيره أنه لا خلاف فيه، فيوهم ذلك وجود الإجماع على الثبوت.

والقول الثاني: عدم الأرض؛ إذ الدليل مختص بالبيع والتعدي عنه بلا دليل.

هذا، ولكن العرف لا ينكرون من طالب الأرض في هذه الموارد، وهو قرينة على التعدي، ومع ذلك كله ففي ثبوت الأرض في المسألتين إشكال.

الأعمال، وكذا المؤجر والأجير الأجرة بمجرد العقد، لكن ليس لكل منهما مطالبة ما ملكه إلا بتسليم ما ملكه، فعلى كل منهما وإن وجب التسليم، لكن لكل منهما الامتناع عنه إذا رأى من الآخر الامتناع عنه.

(مسألة ١٦): لو تعلقت الإجارة بالعين لتسليم منفعتها بتسليم العين^(١١). وأما تسليم العمل فيما إذا تعلقت بالنفس فباتمامه إذا كان مثل الصلاة والصوم^(١٢) والحج وحفر بئر في دار المستأجر، وأمثال ذلك مما لم يكن متعلقاً بماله الذي بيد المؤجر، فقبل إتمام العمل لا يستحق الأجير مطالبة الأجرة، وبعده لا يجوز للمستأجر المماطلة. نعم، لو كان شرط منهما على تأدية الأجرة كلاً أو بعضاً قبل العمل صريحاً أو ضمناً - كما إذا كانت عادة تقتضي التزام المستأجر بذلك - كان هو المتبع، وأما إذا كان متعلقاً بمال من المستأجر بيد المؤجر - كالثوب يخطه والخاتم يصوغه وأمثال ذلك - ففي كون تسليمه بإتمام العمل كالأول، أو بتسليم مورد العمل كالثوب والخاتم، وجهان بل قولان، أقواهما الأول. فعلى هذا لو تلف الثوب - مثلاً - بعد تمام العمل على نحو لا ضمان عليه، لا شيء عليه، ويستحق مطالبة الأجرة. نعم، لو تلف مضموناً عليه ضمنه بوصف المخيطية - لا بقيمته قبلها - على أي حال حتى على الوجه الثاني؛ لكون الوصف مملوكاً له تبعاً للعين، وبعد الخروج عن عهدة الموصوف مع وصفه، تكون له المطالبة بالأجرة المسماة لتسليم العمل ببذله.

(١١) هذا اعتبار عقلائي، فيعتبرون تسليم الدار - مثلاً - بتسليم المفتاح، وتسليم المنافع للدار بتسليم الدار، وما ذكر بعض محشي كتاب «العروة» من استبعاد ذلك بوجه غير وجهه مؤيداً ذلك بالعرف والعادة لا يضمن إليه، وإمكان استرداد العين الملازم لاسترداد المنفعة أيضاً لا يلزم عدم إمكان نقل المنفعة من أول الأمر، فلا مانع من مطالبة الأجرة بعد الاسترداد المذكور.

وبالجملة: إمكان استرداد المنفعة غير اعتبار تسليمها بتسليم العين.

(١٢) الأولى في تقريب المطلب أن يقال: إن العمل المطلوب من الأجير والمستحق عليه بعقد الإجارة على قسمين:

قسم يكون من الأفعال اللازمة غير المتعدية إلى شيء وغير المتعلقة بشيء خارجي،

كالصلاة والصوم وقراءة القرآن والحج ونحوها.

وقسم من الأفعال المتعدية المتعلقة بشيء خارجي، كالخياطة والبناء والصياغة والحفر والطبخ وغيرها.

ففي الأوّل يكون مألّيته عند العرف متقوّمه بنفسه، منوطة بصدوره وتحقّقه في الخارج، وهذا القسم يكون تسليمه إلى المستأجر أيضاً بمجرد صدوره، ولا يعقل له تسليم آخر غير الصدور.

وأما القسم الثاني فمألّيته متقوّمه بالآثر الحاصل منه في الأعيان الخارجية التي هي مورد تملّقها، كالوصف الحاصل في الثوب المخيط، والحالة الحاصلة في الجدار والبيت والخاتم والعقد وغير ذلك.

وأما التسليم في هذا القسم، فالقول بتحقّقه بمجرد صدوره وحصول الحالة في العين بعيد جدّاً، بل الأظهر أنّ تسليمه يكون بتسليم العين المورد للعمل، وقبل ذلك لا يستحقّ مطالبة الأجرة؛ لعدم تسليمه ما يقابلها.

فهنا قولان:

أحدهما: عدم لزوم التسليم والاكتفاء بمجرد تحقّق العمل.

والثاني: لزوم تسليمه بتسليم العين.

أما على الأوّل، فلو تلفت العين قبل تسليمها بلا ضمان، استحقّ الأجير تمام الأجرة، ولو تلفت مع الضمان فالأمر كذلك مع ضمانه قيمة العين المتّصفّة بالوصف الحاصل من العمل.

وأما على الثاني، فلو تلفت بلا ضمان أو معه فقد قيل بانفساخ الإجارة؛ لتلف المعوّض قبل القبض.

لكن فيه: أنّ هذا مختصّ بالبيع ولا يعمّ غيره، وحينئذ فيستحقّ الأجرة، وليس عليه شيء في صورة التلف بلا ضمان.

وأما التلف مع الضمان: فهل هو ضامنّ للعين بلا ملاحظة الوصف الحاصل من العمل، أو

مع ملاحظته؟

فيه وجهان أو قولان. أظهرهما الثاني؛ فإنّ العين كما هي ملك للمستأجر، فوصفها الحاصل بالعمل أيضاً ملك له. فاللازم عليه غرامة بدلها. فإذا ردّ القيمة استحقّ الأجرة؛ فإنّه قد سلّم العين المتّصفّة بالصفة الحاصلة من العمل بإعطاء بدلها.

وبعبارة أخرى: قد سلّم العين والعمل بتسليم القيمة؛ أعني البذل، فاستحقّ أجره العمل. وبيان الكلام: أنّه إمّا أن يكون المعوِّض المملوك للمستأجر في هذه الإجارة نفس العمل - أي الخياطة مثلاً - أو الوصف الحاصل من العمل، وهو المخيطة والحالة الحاصلة للثوب. وعلى أيّ تقدير، لو قلنا بأنّ تحقّق كلّ واحد في الخارج كافٍ في جواز مطالبة الأجرة؛ لأنّه يحسب تسليماً لدى العرف، استحقّ الأجير مطالبة الأجرة وإن لم يسلم الثوب إلى المستأجر، فالتلف مع الضمان أو عدمه غير مانع عن استحقاق المطالبة. وهذا هو مختار صاحب «العروة» وبعض محشّيها كالفاضل البروجردي رحمتهما والحكيم رحمتهما وغيرهم.^١

وإن قلنا بأنّ ذلك غير كافٍ في التسليم، بل لا يتحقّق تسليم العمل إلا بتسليم العين مورد العمل، سواء أكان مورد الإجارة العمل أو حاصله؛ فإنّ العرف يرون تسليم نفس العمل بتسليم حاصله، كما أنّهم يرون تسليم حاصله بتسليم العين، فلو اتفق التلف قبل التسليم ففي ما كان مع الضمان - كإتلاف الأجير أو التلف تحت يده بتعدّ منه أو تغريط - لا إشكال في لزوم غرامة قيمة العين متّصفاً بالوصف الحاصل من العمل؛ إذ لا إشكال في أنّه كان العمل ملكاً للمستأجر ومقتضاه كون نتيجة الحاصلة أيضاً ملكاً له، كما أنّه على الفرض الآخر -؛ أعني كون المعوِّض الحالة الحاصلة في العين - لا إشكال في كون العين والوصف ملكاً له في مقابل ملكيّة الأجرة للأجير، فإذا تلفت العين مع الضمان غرم الأجير قيمة العين والوصف، أي العين الخاصّ، فإذا أداها إلى المستأجر فقد سلّم المعوِّض ببدله، فيستحقّ

(مسألة ١٧): لو بذل المستأجر الأجرة، أو كان له حق أن يؤخرها بموجب الشرط، وامتنع المؤجر من تسليم العين المستأجرة، يجبر عليه، وإن لم يمكن إجباره فللمستأجر فسخ الإجارة والرجوع إلى الأجرة. وله إبقاء الإجارة ومطالبة عوض المنفعة الفائتة من المؤجر. وكذا إن أخذها منه بعد التسليم بلا فصل أو في أثناء المدة، لكن في الثاني لو فسخها تنفسخ بالنسبة إلى ما بقي^(١٣) من المدة فيرجع إلى ما يقابله من الأجرة.

الأجرة بلا إشكال، ولا معنى على هذا الفرض بالحكم ببطان الإجارة؛ لتعذر تسليم المعوض.

وأما لو تلفت العين بلا ضمان، ففي استحقاق الأجرة - حينئذٍ - إشكال؛ فإنه يصدق حينئذٍ تعذر تسليم المعوض - أي العمل أو الحالة، بسبب التلف.

فلو قلنا ببطان الإجارة، كالبيع بالتلف قبل القبض - فلا يستحق الأجير الأجرة؛ لرجوع الأجرة إلى ملك المستأجر قبل التلف والعمل أو حاصله إلى ملك الأجير آنما قبل التلف، فلا مطالبة من الطرفين، كما أن العين أيضاً غير مضمونة، والأمر كذلك لو قلنا بحدوث الخيار بالتلف للمستأجر ففسخ بخيار التعذر.

ولو قلنا بعدم جريان ذلك الحكم في باب الإجارة، كان تلف العين والوصف في ملك المستأجر بلا ضمان الأجير، وإن كان الوصف غير مقبوض، فالإلزام القول باستحقاقه مطالبة الأجرة؛ إذ هي ملكه الموجود عند المستأجر، وليس له حبسه حينئذٍ وإن تلف عوضها عند الأجير؛ فإنه غير مضمون.

(١٣) في الفسخ وكيفيته هنا أقوال:

أحدها: لزوم كون الفسخ بالنسبة إلى ما بقي من المدة، فيستحق الفاسخ من الأجرة مقداراً نسبته إليها نسبة بقية المدة إلى مجموعها.

وثانيها: لزوم كون النسبة إلى أصل العقد، فالفسخ يفيد رجوع مجموع الأجرة إلى الفاسخ

ومنافع العين إلى صاحبها، وعلى الفاسخ حينئذ رد قيمة المنافع المستوفاة واسترداد جميع الأجرة.

وثالثها: تخيير الفاسخ بين الفسخ بالنسبة إلى المدة الباقية واسترداد بعض الأجرة، والفسخ في الجميع.

ورابعها: التفصيل بين أسباب الفسخ، فإن كان السبب سابقاً على زمان الفسخ وكان من أوّل العقد كالغبين والعيب السابق وشرط الفسخ في ضمن العقد ونحوها، فالفسخ لا يكون إلا لأصل العقد، وإن كان الموجب له طارئاً بعد العقد كتخلف الطرف عن الشرط أو أخذه العين كمورد الكلام وغير ذلك، فالفسخ يكون من حينه لا من أصله.

وخامسها: عدم جواز الفسخ؛ للزوم العقد بقبض الأجرة وقبض العين، فلا يكون مترزلاً، وعلى المستأجر في المقام أن يرجع إلى قيمة المنافع الفائتة عنه بعد أخذ العين. وأرجح الأقوال رابعها، أمّا بالنسبة إلى فسخ المجموع، فبمقتضى ظهور أدلة تلك الخيارات. وأمّا الثاني فلنهمم العرف من جواز الفسخ ذلك.

ويشهد له صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: في من اكترى دابة، ليوصله صاحبها إلى محلّ كذا في يوم كذا، فلم يوصل، وأفتى قاضي المدينة بعدم استحقاق صاحب الدابة شيئاً. قال عليه السلام: «فدعوتهما إليّ وقلت للذي اكترى: ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكراء دابة الرجل كلّ، وقلت للآخر: يا عبد الله ليس لك أن تأخذ كراء دابّتك كلّ، ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما أركبته، فاصطلحا عليه»^١.

وفي خبر أبي الشعيب: سئل الصادق عليه السلام عن الرجل قبل رجلاً حفر بئر عشر قامات بعشرة دراهم، فحفر قامة، ثمّ عجز؟ فقال عليه السلام: «له جزء من خمسة وخمسين جزءاً من العشرة دراهم»^٢.

١. وسائل الشيعة ١٩: ١١٥، كتاب الإجارة، الباب ١٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٥٩، كتاب الإجارة، الباب ٣٥، الحديث ١.

(مسألة ١٨): لو آجر دابةً من زيد فشردت بطلت الإجارة؛ سواء كان قبل التسليم أو بعده في أثناء المدة؛ إن لم يكن بتقصير من المستأجر في حفظها.

(مسألة ١٩): لو تسلّم المستأجر العين المستأجرة، ولم يستوف المنفعة حتى انقضت مدة الإجارة - كما إذا استأجر داراً مدة وتسلّمها ولم يسكنها حتى مضت المدة - فإن كان ذلك باختيار منه استقرت عليه الأجرة. وفي حكمه ما لو بذل المؤجر العين المستأجرة، فامتنع المستأجر عن تسلّمها واستيفاء المنفعة منها حتى انقضت. وهكذا الحال في الإجارة على الأعمال، فإنه إذا سلّم الأجير نفسه وبذلها للعمل، وامتنع المستأجر عن تسلّمه - كما إذا استأجر شخصاً يخطب له ثوباً معيناً في وقت معين، وامتنع من دفعه إليه حتى مضى الوقت - فقد استحقّ عليه الأجرة؛ سواء اشتغل الأجير - في ذلك الوقت مع امتناعه - بشغل آخر لنفسه أو غيره أو بقي فارغاً، وإن كان ذلك لمذر بطلت الإجارة، ولم يستحقّ المؤجر شيئاً من الأجرة؛ إن كان ذلك عذراً عاماً لم تكن العين معه قابلة لأن تستوفي منها المنفعة، كما إذا استأجر دابةً للركوب إلى مكان، فنزل للوجع مانع عن الاستطراق، أو انسدّ الطريق بسبب آخر، أو داراً للسكنى فصارت غير مسكونة؛ لصيرورتها معركة أو مسببة ونحو ذلك. ولو عرض مثل هذه العوارض في أثناء المدة بعد استيفاء المستأجر مقدراً من المنفعة بطلت الإجارة بالنسبة، وإن كان عذراً يختصّ به المستأجر - كما إذا مرض ولم يتمكن من ركوب الدابة المستأجرة - ففي كونه موجباً للبطلان وعدمه وجهان، لا يخلو ثانيهما من رجحان. هذا إذا اشترط المباشرة؛ بحيث لم يمكن له استيفاء المنفعة ولو بالإجارة، وإلا لم تبطل قطعاً.

(مسألة ٢٠): إذا غصب العين المستأجرة غاصب، ومنع المستأجر عن استيفاء المنفعة، فإن كان قبل القبض تخير بين الفسخ والرجوع بالأجرة المسماة على المؤجر لو أداها وبين الرجوع إلى الغاصب بأجرة المثل، وإن كان بعد القبض تعيّن الثاني.

(مسألة ٢١): لو تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الإجارة، وكذا بعده بلا فصل معتد به، أو قبل مجيء زمان الإجارة، ولو تلفت في أثناء المدة بطلت بالنسبة إلى بقيتها، ويرجع من الأجرة بما قابليها؛ إن نصفاً فنصف، أو ثلثاً فثلث وهكذا. هذا إن تساوت

أجرة العين بحسب الزمان. وأما إذا تفاوتت تلاحظ النسبة؛ مثلاً: لو كانت أجرة الدار في الشتاء ضعف أجرتها في باقي الفصول، وبقي من المدة ثلاثة أشهر الشتاء يرجع بثلاثي الأجرة المسماة، ويقع في مقابل ما مضى من المدة ثلثها، وهكذا الحال في كل مورد حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء المدة بسبب من الأسباب. هذا إذا تلفت العين المستأجرة بتمامها. ولو تلف بعضها تبطل بنسبته من أول الأمر أو في الأثناء بنحو ما مر.

(مسألة ٢٢): لو أجر داراً فانهدمت بطلت الإجارة إن خرجت عن الانتفاع الذي هو مورد الإجارة بالمرة، فإن كان قبل القبض، أو بعده بلا فصل قبل أن يسكن فيها، رجعت الأجرة بتمامها، وإلا بالنسبة كما مر. وإن أمكن الانتفاع بها من سنخ مورد الإجارة بوجه يعتد به عرفاً، كان للمستأجر الخيار بين الإبقاء والفسخ، ولو فسخ كان حكم الأجرة على حذو ما سبق. وإن انهدم بعض بيوتها، فإن بادر المؤجر إلى تميمها - بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً - ليس فسخ ولا انفساخ على الأقوى، وإلا بطلت الإجارة بالنسبة إلى ما انهدمت، وبقيت بالنسبة إلى البقية بما يقابلها من الأجرة، وكان للمستأجر خيار تبعض الصفقة.

(مسألة ٢٣): كل موضع كانت الإجارة فاسدة، تثبت للمؤجر أجرة المثل^(١٤) بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة، أو تلفت تحت يده أو في ضمانه. وكذلك في إجارة النفس للعمل، فإن العامل يستحق أجرة مثل عمله. والظاهر عدم الفرق^(١٥) في ذلك بين جهل

(١٤) أما في ما استوفاه فلا إجماع، ولصحيح أبي ولاد، ولقاعدة الإتلاف، وأما في ما لم يستوفه منها مع القوات تحت يده، فللقاعدة الاحترام على إشكال، ولقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^١، بناء على شمول الموصول للمنافع أيضاً.

(١٥) فإنه لا إشكال في عدم بذله المنافع مجاناً، وكذا العمل في استئجار الأجير للعمل وإن علموا بطلان الإجارة. نعم، في مثال الإجارة بلا أجرة حصل منهم هتك احترام عملهم ومنافع أموالهم.

المؤجر والمستأجر ببطلان الإجارة وعلمهما به. نعم، لو كان البطلان من ناحية الإجارة بلا أجر أو بما لا يتموّل عرفاً لا يستحق شيئاً؛ من غير فرق بين العلم ببطلانها وعدمه. ولو اعتقد تموّل ما لا يتموّل عرفاً فالظاهر استحقاقه أجره المثل.

(مسألة ٢٤): تجوز إجارة المشاع؛ سواء كان للمؤجر الجزء المشاع من عين فأجره، أو كان مالكاً للكلّ وأجر جزءاً مشاعاً منه كنصفه أو ثلثه، لكن في الصورة الأولى لا يجوز للمؤجر تسليم العين للمستأجر إلا بإذن شريكه. وكذا يجوز أن يستأجر اثنان - مثلاً - داراً على نحو الاشتراك، ويسكنها معاً بالتراضي، أو يفتسماها بحسب المساكن بالتعديل والقرعة، كتقسيم الشريكين الدار المشتركة، أو يفتسما منفعتها بالمهاياة؛ بأن يسكنها أحدهما ستة أشهر - مثلاً - ثم الآخر، كما إذا استأجرا معاً دابة للركوب على التناوب، فإنّ تقسيم منفعتها الركوبية لا يكون إلا بالمهاياة؛ بأن يركبها أحدهما يوماً والآخر يوماً مثلاً، أو يركبها أحدهما فرسخاً والآخر فرسخاً.

(مسألة ٢٥): لو استأجر عيناً ولم يشترط عليه استيفاء منفعتها بالمباشرة، يجوز أن يؤجرها بأقل^(١٦) ممّا استأجر وبالمساوي وبالأكثر.

(١٦) هذا مقتضى إطلاقات الأدلة العامة والخاصة؛ فإنّها تدلّ على الجواز في كلّ عين قابل للاستئجار.

وأما في الأمور الأربعة - أي البيت والدار والدكان والأجير - فالظاهر عدم جواز إيجارها بأكثر ممّا استأجرها به، إلا إذا أحدث فيها حدثاً، أو كانت الأجرة في الإجارة الثانية جنساً آخر غيرها في الإجارة الأولى، فهنا مسألتان:

الأولى: عدم الجواز مع عدم الشرطين، ويدلّ عليه في الدار موقّق إسحاق ابن عمار^١، وصحيح الحلبي^٢، وصحيحه الآخر^٣.

١. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٣.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٤.

وفي البيت والأجير خبر أبي الربيع^١، وإبراهيم بن ميمون^٢.

وفي الحانوت خبر أبي المفراء^٣.

وفي الأجير صحيح محمد بن مسلم^٤، وخبر حكم الخياط^٥، والأحاديث ٤ و ٥ و ٦ و ٧ من الباب الثالث والعشرين^٦.

واحتمل السيد الحكيم^٧ أن وجه استشكل صاحب «العروة»^٨ في حرمة الاستئجار بالأكثر في الموارد الأربعة مع كون الروايات ناطقة بها ما ورد من جواز ذلك في الأرض بناءً على التعدي في مورد، لكنّه ضعيف^٩.

الثانية: الجواز مع الشرطين، أمّا إذا كان الإجارة الثانية بغير الجنس، فلظهور الروايات الدالة على الحرمة في وحدة جنس الأجرة في كلتا الإجارة، لا وحدة المايّة مع تغيّره، كقوله^{١٠}: «بأكثر ممّا استأجره»،^{١١} وقوله^{١٢}: «بأقل ممّا استأجره»،^{١٣} ونحو ذلك.

ولو شككنا في ذلك وحصل الإجمال في عموم الحكم لمطلق الوحدة - سواء الجنسية أو المايّة - كان إطلاق أدلة الصحة محكّماً في موارد الشك.

هذا، ولكن فيه إشكال؛ فإنّ هنا مطلقات دالة على الحرمة، كقوله^{١٤}: «إنّ فضل الأجير

١. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٣.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ٢.

٦. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ٤ و ٥ و ٦ و ٧.

٧. العروة الوثقى ٥: ٧٨، مسألة ١.

٨. مستمسك العروة الوثقى ٢: ٩٣.

٩. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

١٠. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، هذا المعنى مستفاد من الباب.

هذا في غير البيت والدار^(١٧) والدكان والأجير، وأما فيها فلا تجوز إجارتها بأكثر منه إلا إذا

والبيت حرام»^١، وقوله ﷺ: «إِنَّ فَضْلَ الْحَانُوتِ وَالْبَيْتِ حَرَامٌ»^٢، وقوله ﷺ: «إِنَّ فَضْلَ الْبَيْتِ وَالْأَجِيرِ حَرَامٌ»^٣، فتشمل مطلق الفضل ولو في المألقة، وهذا مقدّم على إطلاقات الأدلة العامة وعموماتها، فالقول بالجواز لا بدّ وأن يكون مستنداً إلى دعوى ظهور كلمة «بأكثر ممّا استأجرها» ونحوها في الجنس المماثل، فيقيّد بها إطلاق هذه الروايات، اللهم إلا أن يدعى أنّه لا ظهور في كلمة «الفضل» أيضاً في العموم، فهي مثل كلمة «الأكثر» محتملة ومبهمّة. وأما إذا كان بعد إحداث الحدث، فلظهور روايات الباب ونصّها، ففي صحيحة الحلبي: «إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِيهَا شَيْئاً»^٤.

وفي مؤثقة إسحاق: «إِذَا أُصْلِحَ فِيهَا شَيْئاً»^٥.

لكن الروايات واردة في الدار فقط، إلا أنّ التعديّ عنها إلى البيت والحانوت - بل ومطلق المسكن ولو كان خيمة ونحوها - غير بعيد.

(١٧) ذكر في «العروة»^٦ الأرض أيضاً وإن لم يوجب عليها حكم الأربعة، وذهب بعض محسّنيها إلى وجوب الاحتياط فيها، والأخبار فيها متعارضة، فمما يدلّ على الجواز أخبار الباب العشرين، كنخبر أبي الربيع^٧، وخبر أبي المغراء^٨، وخبر إبراهيم بن ميمون^٩؛ فإنّ مضمون تلك الأخبار أنّ الأرض ليس كالبيت والأجير؛ فإنّ فضل البيت والأجير حرام. وهذه تدلّ على جواز الإجارة بأكثر مطلقاً ولو مع عدم الشرطين، ولا يمكن تقييدها

١. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٣.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٣.

٥. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٦. العروة الوثقى ٧٨: ٥ / مسألة ١.

٧. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٢ و ٣.

٨. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٩. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

أحدث فيها حدثاً من تمير أو تبيض أو نحو ذلك، ولا يبعد جوازها أيضاً إن كانت الأجرة من غير جنس الأجرة السابقة. والأحوط إلحاق الخان^(١٨) والرحى والسفينة بها، وإن كان عدمه لا يخلو من قوة. ولو استأجر داراً - مثلاً - بعشرة دراهم، فسكن في نصفها وأجر الباقي

بوجود الشرطين؛ لأنه عليه لا يكون مقايضة بينهما وبين البيت والأجير. والحال أن الأخبار تنفي المماثلة.

ومما يدل على عدم الجواز أخبار الباب الحادى والعشرين، كخبر الحلبي: «لا يجوز»^١، وخبر إسحاق بن عمار: «لا تقبلها بأكثر»^٢، وخبر إسماعيل بن فضل: «إذا أحدث الحدث لا بأس»^٣، والحديث السادس من الباب.

وهذه الروايات لا تقاوم أدلة الجواز سنداً ودلالة، والأولى حملها على الكراهة. (١٨) الخان في اللغة بمعنى الحانوت الذي هو الدكان^٤، وقد مضى ذكره، وبمعنى غيره لا دليل عليه، وعلى أي ليس منه اسم في الروايات.

وأما الرحى ففي موثق سماعة عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام: «إنني لأكره أن أستأجر رحى وحدها، ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن يحدث فيها حدثاً، أو يفرم فيها غرامة»^٥.

ودلالته على الحرمة غير ظاهرة.

وفي السفينة: مضمون خبر إسحاق، عن الباقر عليه السلام: «لا بأس بالأكثر إذا أصلح فيها شيئاً»^٦.

ومفهوم الخبر ثبوت البأس فيها مع عدم الاستثناءين، ولعله الكراهة.

١. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٣ و ٤.

٤. لسان العرب ١٣: ١٤٦ (خون).

٥. وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٥.

٦. وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

ب عشرة دراهم من دون إحداث حدث جاز، وليس^(١٩) من الإجارة بأكثر مما استأجر. وكذا لو سكنها في نصف المدة وأجرها في باقيها بعشرة. نعم، لو أجرها في باقي المدة أو أجر نصفها بأكثر من عشرة لا يجوز.

(مسألة ٣٦): لو تقبل عملاً من غير اشتراط المباشرة، ولا مع الانصراف إليها، يجوز أن يستأجر غيره لذلك العمل بتلك الأجرة وبالأكثر. وأما بالأقل فلا يجوز^(٢٠) إلا إذا أحدث حدثاً، أو أتى ببعض العمل ولو قليلاً، كما إذا تقبل خياطة ثوب بدرهم ففصله أو خاط منه شيئاً ولو قليلاً، فلا بأس باستئجار غيره على خياطته بالأقل ولو بعشر درهم أو ثمنه، لكن في جواز دفع متعلق العمل - وكذا العين المستأجرة - إليه بدون الإذن إشكال؛ وإن لا يخلو من وجه^(٢١).

(١٩) لشمول العمومات مع دلالة صحيح ابن محبوب عليه: «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة، فسكن ثلثها وأجر ثلثها بعشرة دراهم، لم يكن به بأس»^١.
ومنه يعلم حكم الجملة الآتية في المتن: أعني قوله: «وكذا لو سكنها».
(٢٠) أما عدم الجواز بالأقل: فلصحيح محمد بن مسلم^٢ عن أحدهما عليه السلام، وباقي أحاديث الباب.

وأما الجواز مع الشرط المذكور، فللمعوم وخصوص تلك الروايات.
(٢١) إذ الظاهر عدم الفرق بين العين المستأجرة والعين مورد الإجارة، وقد أفتوا بالجواز بلا استئذان في الأول.
والحل: أن لازم جواز الاستفادة من عين جواز تسلطه عليها، كما في إجارة الأعيان، فلازم جواز انتقال العمل إلى الأجير الثاني أيضاً هو جواز تسلطه على متعلق العمل.
قال الحكيم عليه السلام: «وإن شئت قلت: الإجارة على العمل المطلق الشامل لعمل الأجير الثاني تنوقف على الإذن المطلقة الشاملة لتصرف الأجير الثاني»^٣.

١. وسائل الشريعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٢ و ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ١.

٣. مستمسك العروة الوثقى ٩٧: ١٢.

(مسألة ٢٧): الأجير إذا أجز نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة لا يجوز له في تلك المدة^(٢٢) العمل لنفسه أو لغيره؛ لا تبرعاً، ولا بالجمالة أو الإجارة. نعم، لا بأس ببعض الأعمال التي انصرفت عنها الإجارة ولم تشملها، ولم تكن منافية لما شملته. كما أنه لو كان مورد الإجارة أو منصرفها الاشتغال بالنهار، فلا مانع من الاشتغال ببعض الأعمال في الليل له أو لغيره، إلا إذا أدى إلى ما ينافي الاشتغال بالنهار ولو قليلاً، فإذا عمل في تلك المدة عملاً مما ليس خارجاً عن مورد الإجارة، فإن كان العمل لنفسه، تخير المستأجر بين فسخ الإجارة واسترجاع تمام الأجرة إذا لم يعمل له شيئاً، أو بعضها إذا عمل^(٢٣) شيئاً، وبين أن يُقْبَلها ويطلبه أجرة مثل العمل الذي عمله لنفسه، وكذا لو عمل للغير تبرعاً، ولو عمل للغير بعنوان الجمالة أو الإجارة فله - مضافاً إلى ذلك^(٢٤) - إسماء الجمالة أو الإجارة وأخذ الأجرة المسماة.

(٢٢) لكون عمله حينئذ ملكاً للغير، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، وفيه رواية إسحاق عن الكاظم عليه السلام: سألت عن الرجل يستأجر الرجل بأمر معلوم، فيبعثه في ضيعته، فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتري بها كذا وكذا، فما ربحت بيني وبينك، فقال عليه السلام: «إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس»^١.

(٢٣) في ما إذا عمل الأجير في بعض الوقت، فهل التخيير هنا بين الإمضاء والفسخ في الكل، فيسترد جميع الأجرة، ويضمن أجرة المثل لما عمل، أو التخيير بين الإمضاء والفسخ بالنسبة إلى ما لم يعمل من المدة كان ابتدائها أو انتهائها أو الوسط؟ الظاهر الجواز بكلا النحويين.

(٢٤) الصور هنا على ما في «العروة»^٢ ثلاث:
الأولى: أن يفسخ إجارة نفسه ويطلب بالأجرة المسماة.

١. وسائل الشريعة ١١٢: ١٩، كتاب الإجارة، الباب ٩، الحديث ١.

٢. العروة الوثقى ٥: ٨٤ / مسألة ٤.

(مسألة ٢٨): لو أجر نفسه لعمل مخصوص بالمباشرة في وقت معين، لا مانع من أن يعمل لنفسه أو غيره في ذلك الوقت ما لا ينافيه، كما إذا أجر نفسه يوماً للخياطة أو الكتابة، ثم أجر نفسه في ذلك اليوم للصوم عن الغير؛ إذا لم يؤد إلى ضعفه في العمل، وليس له أن يعمل في ذلك الوقت من نوع ذلك العمل ومن غيره مما ينافيه لنفسه ولا لغيره، فلو فعل فإن

الثانية: أن يمضي إجارته ويطالب العمل الفائت من الأجير، وحيث إنه فات وقته المعين فبذل مثله في غير وقته، يحتاج إلى رضا الأجير، وإلا كان للمستأجر مطالبة القيمة.
الثالثة: إمضاء الإجارة الأولى، ثم الإجارة الثانية الواقعة على ماله، وأخذ الأجرة المسماة في الإجارة الثانية.

وأما ما ذكره بعض محشّي «العروة» من تصوير قسم رابع وهو: «أخذ أكثر الأمرين من الأجرة في الإجارة الأولى والثانية» («غير ظاهر» إذ هو عين القسم الثاني والثالث، والتخير بينهما إذا كان منفعة الأجير الخاصة بالخياطة يوماً - مثلاً - ملكاً للمستأجر بالإجارة الأولى، فإذا صار الأجير أجيراً لشخص آخر بالنسبة إلى ذلك العمل خاصة، فمعنى ذلك بذل عمل الغير لغيره بأجرة معلومة، فالصور حينئذ ثلاث: تساوي الأجرتين، وكون الأجرة الأولى أكثر، وكونها أقل.

وعلى أي تقدير: فإذا أمضى المستأجر الأول الإجارة الثانية، كان ما يستحقّه هو الأجرة المسماة في الثانية. سواء أكان على نفعه، أم لم يكن، أو كان على ضرره، لا أنه قسم رابع.
نعم، هنا قسم رابع، وهو جواز إمضاء الأولى والرجوع إلى قيمة العمل الفائت من المستأجر الثاني، فالأمور الأربعة التي للمستأجر الأول اختيار إحداها هكذا:

الأول: فسخ الإجارة الأولى وأخذ الأجرة المسماة فيها.

الثاني: إمضاؤها وأخذ أجرة المثل للعمل من الأجير.

الثالث: إمضاؤها وأخذها من المستأجر الثاني.

الرابع: إمضاؤها وإمضاء الإجارة الثانية وأخذ الأجرة المسماة في الثانية.

كان من نوع ذلك العمل - كما إذا أجر نفسه للخياطة في يوم، فاشتغل فيه بالخياطة لنفسه أو لغيره تبرعاً أو بالإجارة - كان حكمه حكم الصورة السابقة من تخيير المستأجر بين أمرين لو عمل لنفسه أو لغيره تبرعاً، وبين أمور ثلاثة لو عمل بالجعالة أو الإجارة، وإن كان من غير نوع ذلك العمل - كما إذا أجر نفسه للخياطة فاشتغل بالكتابة - فللمستأجر التخيير بين أمرين^(٢٥) مطلقاً: من لمسح الإجارة واسترجاع الأجرة، ومن مطالبة عوض المنفعة الفائتة.

(مسألة ٢٩): لو أجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة ولو في وقت معين، أو من غير تعيين الوقت ولو مع اعتبار المباشرة، جاز له أن يؤجر نفسه للغير على نوع ذلك العمل أو ما يضاده قبل الإتيان بالعمل المستأجر عليه.

(مسألة ٣٠): لو استأجر دابة للحمل إلى بلد في وقت معين، فركبها في ذلك الوقت إليه عمداً أو اشتهاً لزمته الأجرة المسماة؛ حيث إنه قد استقرت عليه بتسليم الدابة وإن لم يستوف المنفعة. وهل تلزمه أجرة مثل المنفعة التي استوفها أيضاً، فتكون عليه أجرتان، أو لم يلزمه إلا التفاوت بين أجرة المنفعة التي استوفها وأجرة المنفعة المستأجر عليها - لو كان - فإذا استأجرها للحمل بخمسة فركبها، وكان أجرة الركوب عشرة، لزمته العشرة، ولو لم يكن تفاوت بينهما لم تلزم عليه إلا الأجرة المسماة؟ وجهان، لا يخلو ثانيهما من رجحان^(٢٦)، والأحوط التصالح.

(٢٥) وعلى هذا لا ربط للعقد الواقع بين الأجير والمستأجر الثاني بالمستأجر الأول حتى يفسخه أو يمضيه. نعم، لو كان العقد الواقع أولاً بنحو إجارة مطلق المنافع، لا المنفعة الخاصة كما هي المفروضة في المسألة، كان للمستأجر الأول فسخ العقد الثاني وإمضاؤه، وعلى الإضاء يستحق الأجرة المسماة له.

(٢٦) لباب الإجارة والتخلف عن العمل المستأجر عليه، وباب الغصب والاستفادة من منافع مال الناس وجه اشتراك في كيفية ضمان المنفعة المستوفاة من مال الناس، والكلام على النحو الكلي في المنافع يقع في كيفية مالكية الشخص لمنفعة ملكه إذا كان ذا منفعة كثيرة مختلفة الحقائق، كالعبد الكاتب الخياط النجّار الصائغ، والدابة القابلة للحمل

(مسألة ٣١): لو أجر نفسه لعمل، فعمل للمستأجر غير ذلك العمل يغير أمر منه - كما إذا

والركوب وإدارة الرحى ودوس المحصود.

والصواب أن يقال: إن المالك للعين يملك من منافع ماله الأنواع المتضادة في التحقق على البذل، ولا يمكن القول بملكية نوعين منها أو أزيد المتضادين في التحقق في زمان واحد ملكية عرضية؛ فإن الملكية لا تتعلق بغير المقدور، ولذلك لا تتعلق - مثلاً - بطيران العبد أو الدابة من محل إلى آخر، ويتعلق بحركة الطائرات، وحيث إن المقدور القابل للتحقق خارجاً في كل واحدة من قطعات الزمان أحد المصاديق على البذل، فالمالك يملك في كل زمان يفرض إمكان وجود أفعال متعددة أحدها على البذل، إذن فلا يقع مورد للتملك في باب الإجارة أيضاً إلا الواحد، فإن أطلق العقد كان ملكية المستأجر أيضاً نظير مالكية المؤجر على نحو البدلية ويكون اختيار المصاديق عليه، وإن اختص مورد العقد بعنوان معين، كان هو المملوك للمستأجر.

ثم إنه في فرض المسألة إذا استأجر الدابة للحمل، ملك المنفعة الخاصة، فإذا تركها واستوفى منفعة أخرى متباينة، فهل عليه أجرتان: إحداهما الأجرة المسماة في مورد الإجارة وإن لم يستوفها؛ فإن الاستيفاء ليس بشرط، والأخرى أجرة المثل للمنفعة المستوفاة بلا إجازة المالك، وهذا مما لم يقل به أحدٌ على الظاهر غير صاحب «العروة»^١، وينفيه صحيح أبي ولاد^٢؛ حيث إن الإمام عليه السلام حكم بضمان المستأجر المنفعة المستوفاة من البقل، ولم يتعرض للمنفعة الأخرى التي كانت مورد الإجارة، مع أنه عليه السلام كان في مقام بيان الحكم كما هو الظاهر من الخبر؛ حيث بين عليه السلام مسائل كثيرة من فروع الحادثة.

أو أن عليه أجرة واحدة هي المسماة إذا كان العمل المستوفى مساوياً مع المستأجر عليه مائتة أو أنقص من ذلك، وفي هذه الصورة استحق المالك مقدار الأجرة المسماة وإن لم يستغل المستأجر جميع المنفعة، وأمّا إذا كان أزيد فعليه الأجرة المسماة مع المقدار الزائد

١. العروة الوثقى ٥: ٨٧ / مسألة ٦.

٢. راجع: وسائل الشريعة ١٩: ١١٩، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ١.

استؤجر للخياطة فكتب له - لم يستحق شيئاً؛ سواء كان متعمداً أم لا. وكذا لو أجر دابته لحمل متاع زيد إلى مكان، فحمل متاع عمرو لم يستحق الأجرة على واحد منهما.

(مسألة ٣٢): يجوز استئجار المرأة للإرضاع، بل للرضاع أيضاً؛ بأن يرتضع الطفل منها مدة معينة وإن لم يكن منها فعل. ولا يعتبر في صحة إيجارها لذلك إذن الزوج ورضاه، بل ليس له المنع عنها إن لم يكن مانعاً عن حق استمتاعه منها. ومع كونه مانعاً يعتبر إذنه أو إجازته في صحتها. وكذا يجوز استئجار الشاة الحلوب للانتفاع بلبنها، والبئر للاستقاء منها، بل لا تبعد صحة إجارة الأشجار للانتفاع بثمرها.

(مسألة ٣٣): لو استؤجر لعمل من بناء وخياطة ثوب معين أو غير ذلك لا بقيد المباشرة، فعمله شخص آخر تبرعاً عنه، كان ذلك بمنزلة عمله، فاستحق الأجرة المسماة، وإن عمله تبرعاً عن المالك لم يستحق المستأجر شيئاً، بل تبطل الإجارة لقوات محلها، ولا يستحق العامل على المالك أجرة.

من قيمة العمل المستوفاة عنها؟ وجهان أقواهما الثاني.

قال السيّد الحكيم رحمته الله في وجه ذلك: «الذي يساعده الارتكاز العرفي أن المتبائن ملحوظة في المقام وفي باب الضمان مع تفاوت القيمة من قبيل الأقل والأكثر والقيود والخصوصيات الموجبة للتباين، ملحوظة عندهم بنحو تعدّد المطلوب»^١.

فالمقام وإن كان من المتباين، لكنّه نظير ما إذا استأجر الدابة لعمل عشرة أمتان من الحنطة - مثلاً - فحمل عليها خمسة عشر مثناً. فاللازم حينئذ استحقاق الزائد مضافاً إلى الأصل. وفي الحقيقة يكون المملوك في الباب القدر المشترك ومطلق الانتفاع مشتركاً كونه في ضمن الحمل لا الركوب، فإذا ركب وفرض زيادة قيمة الركوب، فكأنّه زاد في الانتفاع مقداراً معيناً.

وأما في باب الغصب، فأيّ منفعة استوفّاها الغاصب يتعلّق عليه قيمتها، فإن كان أغلى المنافع فهو، وإلاّ استحقّ المالك ما زاد على المستوفاة.

(مسألة ٣٤): لا يجوز للإنسان^(٢٧) أن يؤجر نفسه للإتيان بما وجب عليه عينا كالصلوات اليومية، ولا ما وجب عليه كفائياً على الأحوط إذا كان وجوبه كذلك بعنوانه الخاص، كتفصيل الأموات وتكفينهم ودفنهم. وأما ما وجب من جهة حفظ النظام وحاجة الأنام - كالمناعات المحتاج إليها والطبابة ونحوها - فلا بأس بالإجارة وأخذ الأجرة عليها، كما أن إجارة النفس للنيابة عن الغير حياً وميتاً - فيما وجب عليه وشرعت فيه النيابة - لا بأس به.

(٢٧) قد اشتهر بين الأصحاب شهرة عظيمة عدم جواز الاستنجار وأخذ الأجرة في الواجبات مطلقاً، عينية كانت أو كفائية، عبادية كانت أو توصيلية، واستدلوا على ذلك بأدلة: منها: الإجماع المدعى في كلام عدة^١. ومنها: أن أخذ الأجرة عليها أكلٌ للمال بالباطل. ومنها: أن ذلك منافٍ للإخلاص اللازم في الواجبات. ومنها: أن معنى وجوب العمل كونه مستحقاً لله تعالى وملئاً له، فلا سلطنة للعامل أن يملكه للغير بعقد الإجارة.

ومنها: أن وجوب العمل يوجب إلغاء ماليته وإسقاط حرمة، ولذا يقر عليه عند امتناع العامل من أي شخص كان.

والإنصاف: عدم نهوض الأدلة المذكورة لإثبات المدعى؛ بمعنى عدم إثبات كل واحد منها المدعى بخصوصياته، بل وعدم إثبات جميعها له كذلك؛ فإن الإجماع لم يتحقق، وعلى فرضه فهو منقول.

وأما كونه أكلاً للمال بالباطل، فليس كذلك حتى في الواجبات النفسية العينية، كاستنجار أحد لإقامة صلواته؛ فإن قيام الناس بالعمل بواجبهم من أهم المقاصد والأمنيات لكل مسلم يؤمن بالله ورسوله، وخاصة إذا كان الأجير من أقرباء المستأجر أو ولده، هذا بالنسبة إلى المستأجر البازل.

(مسألة ٣٥) : يجوز الإجارة لحفظ المتاع عن الضياع وحراسة الدور والبساتين عن

وأما الأجير فإنه إذا لم يكن الإعطاء باطلاً، لم يكن الأخذ أيضاً باطلاً، مع أن كون الأجير مواظباً على الواجب ومتحفظاً له الذي ينشأ من ناحية الإجارة، أو يتأكد من جهتها أمر مطلوب للمستأجر المسلم، ولا يتحقق الأكل الباطل إذا كان للبادل غرض صحيح من بذله، وأما كونه منافياً للإخلاص المشروط في العمل، فالدليل غير مطرد ولا منعكس؛ إذ لا يشمل الواجبات التوصلية، ويشمل المستحبات العبادية التي أفتوا بجواز الاستئجار لها، مع أنه يمكن المناقشة في الاستدلال بالنسبة إلى العبادات أيضاً بجعل أخذ الأجرة من قبيل الداعي إلى الداعي، فالأجرة تكون محرّكة للأجير إلى أن يقصد الإخلاص في عمله؛ لعلمه بأنه إذا لم يقصده بطلت العبادة، فلم يستحق الأجرة، كما قال به صاحب «العروة»^١ وإن كان فيه ما فيه.

والأولى أن يقال: إنه إذا كان الإنسان المواظب على الطاعات بحيث لا يؤثر أخذ الأجرة عليه زيادة في التحريك والمواظبة عليها، فلا خلل من ناحية أخذها في قصده، واللازم حينئذ جوازها، ولعل ذلك غير نادر الوقوع. نعم، من لا يحركه أوامر الله إذا كان أخذ الأجرة محرّكاً له أو متمماً لإرادته، كان ذلك مخللاً بالإخلاص، فاللازم التفصيل بين موارد الاستئجار والأجراء.

وأما كون معنى الوجوب استحقاق الله تعالى العمل بنحو الملكية، فهو أيضاً غير صحيح؛ فإن الوجوب عبارة عن البعث نحو العمل ولا يفيد الملكية، كما أن الأمر بالمعروف - كالأب وغيره - لا يملك عمل المأمور، فمعنى الإيجاب البعث والتحريك للمأمور، لا الاستحقاق والملكية للمأمور به، فلا ينافي الاستئجار المؤكد للبعث واستحقاق الغير لطلبه أيضاً.

وأما كون معنى وجوب العمل إلقاء ماليته وإسقاط حرمة، فغير صحيح أيضاً؛ إذ ليس الوجوب إلا الطلب وبعث المأمور بإنشاء نحو العمل، وهو لا ينافي الاستئجار.

السرقه مدّة معيّنة، ويجوز اشتراط الضمان عليه لو حصل الضياع أو السرقة؛ ولو من غير تفصيل منه؛ بأن يلتزم في ضمن عقد الإجارة؛ بأنّه لو ضاع المتاع أو سرق من البستان أو الدار شيء خسره، فتضمن الناطور إذا ضاع أمر مشروع لو التزم به على نحو مشروع.

(مسألة ٣٦): لو طلب من شخص أن يعمل له عملاً فعمل، استحقّ عليه أجره مثل عمله^(٢٨) إن كان ممّا له أجره، ولم يقصد العامل التبرّع بعمله، وإن قصد التبرّع لم يستحقّ أجره؛ وإن كان من قصد الأمر إعطاء الأجرة.

فالحقّ أن يقال: إذا أخذ الأجرة بالإخلاص كان ذلك مانعاً، كما أنّه إذا علم من الدليل الخارج إرادة الشارع وقوعه مجاناً كان كذلك، والتفصيل في محلّ آخر، هذا. وأمّا الاستتجار لعبادة الغير، فلا بأس في ما تقبل النيابة، كالصحّ عند العجز، وكالصلاة والصوم بعد الموت ونحوها.

(٢٨) ادّعي^١ عدم الخلاف في المسألة، بل عن الأردبيلي في «مجمع الفائدة والبرهان»^٢: «يحتمل أن يكون مجعماً عليه».

والدليل عليه - على ما في الكتب الفقهية والمذكور عندهم متفرّقاً - أمور:

الأول: الإجماع المنقول^٣، وفيه: منع صغرى وكبرى.

الثاني: العقد؛ فإنّه من قبيل الإجارة الفاسدة أو الجعالة.

وفيه - مضافاً إلى أنّه لو كان إجارة كانت فاسدة؛ لعدم تعيين الأجرة - أنّهم حكموا^٤ بذلك ولو كان الأمر قاصداً للتبرّع، وهو ينافي العقد.

الثالث: قاعدة اليد، فيها يضمن الأمر عمل المأمور.

وفيه: أنّ مفاد القاعدة الضمان بالاستيلاء، وهو المراد من الأخذ، والاستيلاء هنا ليس بمحقّق لا بالنسبة إلى الشخص ولا إلى العمل، مع أنّ عمل العتّ لا يستولى عليه، ومع أنّ

١. جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٦؛ مستمسك العروة الوثقى ١٢: ١٤٠.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٨٣.

٣. تقدّم نقله عن «مجمع الفائدة والبرهان» آنفاً.

٤. جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٦؛ مستمسك العروة الوثقى ١٢: ١٤٠.

(مسألة ٣٧): لو استأجر أحداً في مدة معينة لحيازة المباحات - كما إذا استأجره شهراً للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاستقاء - وقصد باستئجاره له ملكية ما يحوزه، فكل ما يحوزه المستأجر في تلك المدة يصير ملكاً للمستأجر؛ إذا قصد الأجبر الحمل له والوفاء بمقد

شمول القاعدة للمنافع محل إشكال.

الرابع: الإتلاف؛ فإن الأمر قد أتلّف بأمره عمل المأمور، فهو له ضامن. وفيه: أن السبب الأمر هنا ليس بأقوى من المباشر، فهذا نظير ما لو أمره بإتلاف مال الغير بلا إكراه منه.

الخامس: أن الأمر قد استوفى منفعة ذات مائيّة، وكلّ استيفاء للمنفعة ذات المائيّة سبب للضمان، ذكره في «المسالك»^١.

وفيه: مطالبة الدليل على أن عنوان الاستيفاء سبب للضمان.

السادس: قاعدة الاحترام. فإن مال المؤمن ودمه محرّم.

وفيه: أن معنى الاحترام حرمة إتلافه أو استيفائه جبراً تكليفاً، وهي غير ضمانه وضعاً بالاستيفاء اختياراً.

السابع: أن ذلك من قبيل الاستعمال بالضمان، فالعامل كالمبيع طعامة بالضمان، والأمر كالمستعمل له بالضمان، وقد ذكره «صاحب العروة»^٢ في المسألة الخامسة والعشرون من الفصل السادس.

وهذا أيضاً مشكل في صورة قصد الأمر المجانيّة.

هذا، ولكنّ الإنصاف أن العرف والمشرعة يرون الأمر في مورد البحث - وهو ما إذا كان العمل ممّا له الأجرة عند العرف، ولا قرينة على عدم إرادة العامل التبرّع - ضامناً لأجرة المثل، ويعدّون عدم إعطائها ظلماً في حقّه. وعلى هذا يمكن القول بصحّة الأمر الخامس أو السابع مع دعوى كون الاستيفاء أو الاستعمال المنضمّ إلى الظهور العرفي سبباً للضمان وإن كان الأمر في الحقيقة قاصداً للتبرّع إلا أن يثبت من الخارج عدم قصد العامل بالأجرة.

١. مسائل الأنهام ٥: ٢٢٩.

٢. العروة الوثقى ١٢: ١٥١ / مسألة ٢٥.

الإجارة، وأما لو قصد ملكيتها لنفسه^(٢٩) تصير ملكاً له ولم يستحق الأجرة. ولو لم يقصد شيئاً فالظاهر بقاؤها على إباحتها على إشكال. ولو استأجره للحياسة لا بقصد التملك - كما إذا كان له غرض عقلائي لجمع الحطب والحنشيس فاستأجره لذلك - لم يملك ما يحوزه ويجمعه الأجير مع قصد الوفاء بالإجارة، فلا مانع من تملك الغير له.

(٢٩) فيه إشكال، ولا يبعد كونها ملكاً للمستأجر أيضاً، وعمدة البحث هنا في كيفية سببية الحياسة للملك. وقد ذكر صاحب العروة رحمته فيها وجوهاً:

أحدها: سببية الحياسة لملكية المجاز لمن صدر منه عمل الحياسة مباشرة مطلقاً، أي سواء قصد كون العمل لنفسه أو لغيره، أو لم يقصد أحدها، والظاهر أنه يلزم قصد العمل لأي أحد كان قصد كون المجاز له أيضاً، وذكر رحمته أن لازم هذا القسم عدم صحة الاستئجار له.

وفيه: أن الاستئجار لا يلزم انفكاك الآثار الثابتة للعمل الملازم له وانتقاله إلى المستأجر، ألا ترى أن عدة من العلماء أفتوا بصحة استئجار الشخص لواجبه العيني أو الكفائي، مع أن آثارها لا ينتقل إلى المستأجر، بل له غرض عقلائي منه، وهو كمال المستأجر وقوة إسلامه وإيمانه.

ثانيها: سببية الحياسة لكون المحاز ملكاً لصاحب عمل الحياسة كائناً من كان، فإن كان ملكاً للمباشر كان المحاز له، وإن كان ملكاً لغيره بالإجارة أو الجعالة أو الصلح أو غير ذلك، كان المحاز للغير، ولا فرق أيضاً بين قصده العمل لنفسه أو غيره.

ثالثها: تبعية الحياسة للقصد، وتبعية المحاز للحياسة، فإن قصد العامل كون الحياسة له كان المحاز له، ولو كان أجيراً للغير، وإن قصد كونها للغير كان المحاز له، فإذا لم يكن المحيز أجيراً للغير كان القصد بعنوان التبرع^١.

ثم إن الأمر مبني على أن النيابة والوكالة ونحوها تجري في الحياسة أم لا؟ فالذي يظهر من عدة جريان تلك العناوين في الحياسة، فهي غير قابلة للنيابة

والوكالة. لظهور أدلة الحيازة في المباشرة، كقوله ﷺ: «لليد ما أخذت، وللعين ما رأت»^١. وقد اشتهر في كلمات الأصحاب: «من حاز ملك»^٢. وظاهر هذه العبائر أن المأخوذ بالحيازة يكون لصاحب اليد، فالحيازة سبب لملكية المباشرة، ويتولد منه القول الأول، ولكن هذا لا ينافي جريان النيابة فيها؛ فإنه إذا اقتضى الارتكاز العرفي وعمل العقلاء الجريان، كان ذلك تعميماً في موضوع الملكية؛ أعني الحيازة، ويكون المراد بها أعم من المباشري والتسبيبي.

قال الحكيم ﷺ في «المستمسك»:

«لا ينبغي التأمل في أن الرجوع إلى المرتكز العرفي - الذي هو المعيار المائز بين ما تدخله النيابة والوكالة وما لا تدخله - يقتضي البناء على كون العناوين المذكورة في المتن - الاحتطاب والاحتشاش والاستقاء - مما تدخله النيابة؛ فإنها عند العرف كذلك»^٣.

وعلى هذا، فإذا استؤجر أحد للحيازة في وقت خاص بحيث يكون جميع أعماله أو هذا العمل الخاص للمستأجر، فاللازم ترتب آثاره عليه، ومنها ملكية المحاز لصاحب العمل وإن قصد غيره، وهذا هو القول الثاني. ولا معنى حينئذ لقصد نفسه أو قصد غير المستأجر. نعم، يمكن التخلف بترك العمل أصلاً، أو الاشتغال بعمل آخر غير الحيازة. وأمّا مع الاشتغال بها فلا يؤثر قصده. وهذا نظير ما إذا استؤجر في يوم معين بقراءة القرآن وأن يكون كل ما قرأ ملكاً للمستأجر، فقرأته تكون له بأي قصد قرأ.

نعم، لو فرضنا كون الاستئجار لعنوان الحيازة على النحو الكلي من غير تعيين وقت معين، فجعلها لنفسه أو لغيره يكون بالقصد، إذن فالقول الآخر غير ظاهر، وهو تبعية العمل (مسألة ٣٨): لا تجوز إجارة الأرض^(٣٠) لزراع الحنطة والشعير بل ولا لما يحصل منها

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٩١، كتاب الصيد والذباجة، الباب ٣٨، الحديث ١.

٢. جواهر الكلام ٤٦: ٢٩١؛ المروة الوفقى ٥: ٢٧٨ / مسألة ٢؛ مستمسك المروة الوفقى ١٢: ١٢٤. وجدير بالذكر أن هذه الجملة وإن لم ترد في النصوص إلا أن أصل الحكم متسالم عليه بينهم. ويدل عليه قولهم ﷺ: «للعين ما رأت، ولليد ما أخذت».

٣. مستمسك المروة الوفقى ١٢: ١٢٣.

(مسألة ٣٨): لا تجوز إجارة الأرض^(٣٠) لزرع الحنطة والشعير بل ولا لما يحصل منها

بالقصد في هذا الفرض، فإذا قصد الأجير الخاص كون العمل لنفسه، انصرف العمل إليه، ويكون المحاز أيضاً له.

(٣٠) الدليل على الحكم في الإجارة بالحنطة والشعير الحاصل منها عموم نفي الضرر الذي تسلمه عدة وأفتوا بها في موارد عديدة؛ فإن أصل الحاصل غير معلوم التحقق، فالمقدار المجعول منه أجرة للأرض أيضاً كذلك.

وخصوص روايات كثيرة؛ منها: موثق أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «لا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأريعاء ولا بالنطاف، ولكن بالذهب والفضة؛ لأن الذهب والفضة مضمون، وهذا ليس بمضمون»^١.

الأريعاء: جمع ربيع^٢، والمراد هنا أحد معانيه. وهو ما ينبت في الربيع من الكلاء، أو مطلق ما تعتلفه الدواب. والنطاف: جمع نطفة، وهو الماء، أو ما يبقى منه قليلاً^٣.

وقوله عليه السلام: «هذا ليس بمضمون»، أي الأجرة إذا كانت ذهباً أو فضة فهي ثابتة في ذمة المستأجر، لا ينعقد ولا يبطل، سواء أحصل من الأرض شيء أم لا، وأما الحنطة وغيرها المحصول من الأرض، فلا ضمان لأحد عليها، فربما لا تنبت الأرض شيئاً ويخسر المستأجر، فالأجرة غير ثابتة، والرواية بتعليلها تثبت الحرمة في غير الحنطة والشعير أيضاً.

والظاهر أن المراد كونها من حاصل تلك الأرض، لا ما إذا كانت كلياً في الذمة. والظاهر شمول الرواية ما إذا جعلت الأجرة الحنطة وغيرها من تلك الأجرة بنحو القيدية أو بنحو الشرطية، فلا فرق بين أن يقول: استأجرت الأرض بما يحصل منها الحنطة وغيرها، أو يقول: استأجرتها بمن من حنطة، واشترط أن تكون من حاصلها.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٥٤، كتاب المزارعة والمساقاة، الباب ١٦، الحديث ٢.

٢. المصباح المنير: ٢١٦ (ربيع).

٣. لسان العرب ٩: ٣٣٥ (نطف).

مطلقاً بمقدار معين من حاصلها، بل وكذا بمقدار منها لي الذمة مع اشتراط أدائه مما يحصل منها. وأما إجارتها بالحنطة أو الشمر أو غيرها من غير تقييد ولا اشتراط بكونها منها. فالأقرب جوازها.

(مسألة ٣٩): العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر في مدة الإجارة، فلا يضمن سلفها^(٣١) ولا تسميها إلا بسائتمدي والتفريط، وكذا العين التي للمستأجر بيد من

(٣١) هنا مسألتان: التلف أو التعيب تحت اليد، والإتلاف والإفساد باليد. ولا فرق في المسألتين بين العين المستأجرة والعين التي للمستأجر تحت يد الأجير. أما المسألة الأولى فلا إشكال في عدم الضمان إذا لم يحصل منه تعدُّ أو تفريط للأدلة التالية:

الأول: الإجماع المدعى والمحصل على ما في «الجواهر»^١.
الثاني: الأدلة العامة الدالة على عدم ضمان الأمين أو المؤتمن، سواء أكان أميناً في الحفظ بمعنى إنشاء الائتمان له استقلالاً، كالودعي، أو في ضمن أمر آخر، كالمستأجر للعين والأجير في العمل فيها والوكيل في التصرف فيها، والمستعير والعامل في المضاربة والبضاعة ونحوها. وسواء كانت أمانة مالكية، كالموارد المذكورة، أم شرعية كاللقطة، ومجهول المالك.

ويدل على الحكم الأخبار الواردة في الوديعة:
منها: صحيح الحلبي، قال عليه السلام: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^٢.
ومنها: وقال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق: «هو مؤتمن»^٣.
ومنها: أنه عليه السلام سئل عن الرجل يستبضع المال فيهلك، أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»^٤.

١. جواهر الكلام ٢٧: ٢١٥.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٥.

أجر نفسه لعمل فيها، كالثوب للخياطة والذهب للصياغة، فإنه لا يضمن تلفها ونقصها بدون التعدي والتفريط. نعم، لو أفسدها بالصيغ^(٣٢) أو القصارة أو الخياطة حتى بتفصيل

فيستفاد منها ومن غيرها معاً لم نذكره قاعدة كلية، وهي عدم ضمان المؤتمن. وهذه القاعدة مخصصة لقاعدة «على اليد» الشاملة للمورد وغيره، وحيث إنَّ موردها عدم الخيانة فيبقى مورد التعدي والتفريط باقياً تحت أدلة الضمان وقاعدة اليد، مع أنه يدلّ عليه ما كتبه محمّد بن الحسن إلى أبي محمّد^١.

الثالث: الخبر الأول والثالث والسادس من الباب السابع عشر من أبواب الإجارة^٢. هذه هي المسألة الثانية، وهي الإتلاف ولو كان بغير قصد، والظاهر أن فيه الضمان، ويدلّ عليه عموم «من أتلف»^٣ وخصوص صحيح الحلبي وغيره، فراجع الباب التاسع والعشرون من أبواب كتاب الإجارة.

وأول الأحاديث صحيح الحلبي عن الباقر^٤: سُئِلَ عن القصّار يفسد؟ قال^٥: «كلّ أجبر يعمى الأجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن»^٤.

وخبر إسماعيل بن أبي الصباح عنه^٥ قال: سألت عن الثوب أدفعه إلى القصّار فيخرقه؟ قال^٥: «اغرمه فإنك إنما دفعته إليه؛ ليصلحه، ولم تدفع إليه؛ ليفسده»^٥. وفي رواية الصدوق^٥: «غرمه بما جفّت يده»^٦.
ومنهما تعرف القاعدة الكلية.

وهذا كله في ما إذا تجاوز العامل عن مورد الإجارة إلى غيره ولو خطأ، كالختان يخطأ فيقطع الذكر من أصله أو مقداراً كثيراً منه، أو القصّار يخرق الثوب، أو يحرقه، والخيّاط

١. وسائل الشيعة ١٩: ٨١، كتاب الودعة، الباب ٥، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١١٩، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الأحاديث ١ و ٣ و ٦.

٣. قاعدة متداولة بين الفقهاء متصيدة من عدة روايات، راجع: القواعد الفقهية للبهنودري ٢: ٢٥، قاعدة الإتلاف.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ١٤١، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٨.

٦. الفقيه ٣: ٢٥٤ / ٣٩١٨.

الثوب ونحو ذلك، ضمن^(٣٣) وإن كان يغير قصده، بل وإن كان أستاذاً ماهراً وقد أعمل كمال النظر والدقة والاحتياط في شغله. وكذا كل من أجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده ضمنه، ومن ذلك ما لو استؤجر القصاب لذبح الحيوان، فذبحه على غير الوجه الشرعي بحيث صار حراماً، فإنه ضامن لقيمته، بل الظاهر كذلك لو ذبحه تبرهاً.

(مسألة ٤٠): الختان ضامن لو تجاوز الحد وإن كان حاذقاً، وفي ضمانه إذا لم يتجاوز - كما إذا أضر الختان بالولد فمات - إشكال، أظهره العدم.

(مسألة ٤١): الطبيب ضامن إذا باشر بنفسه العلاج، بل لا يبعد الضمان في التطبيب على النحو المتعارف وإن لم يباشر. نعم، إذا وصف الدواء الفلاني؛ وقال: إنه نافع للمرض الفلاني، أو قال: إن دواءك كذا؛ من دون أن يأمره بشره فالأقوى عدم الضمان.

يقطعه على نحو غير مقصود فيسقط عن المالية ونحوه، وإذا لم يتجاوز، لكن صادف أمراً آخر، فصار سبباً للتلّف، كالختان المصيب في عمله، لكنّه صادف انحراف مزاج الصبي فصار سبباً لقتله، ففيه إشكال من أنّه استؤجر للإصلاح فأفسد، ومن أن الدليل ينصرف عن الفرض، فأصالة البراءة محكمة.

(٣٣) قد يقال: إن المورد من قبيل التلف لا الإلتلاف، فهو لا يستند إلى الحتم، وأفتى بذلك عدّة من محشّي «العروة»^١، لكن الظاهر الضمان:

أولاً: بالقول بالاستناد إليه؛ إذ لا إشكال في أنّه يقال: هو أتلف ذلك وإن كان يغير قصد. كإلتلاف النائم بضرب يده أو رجله على إناء الغير، وكما إذا عثر فأنحني فوقعت يده على قارورة فانكسرت، فحينئذ يشمل المقام قاعدة الإلتلاف.

وثانياً: ورود رواية خاصّة في المورد، وهي صحيح داود بن سرحان عن الصادق^(ع): «في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات، أو انكسر منه شيء فهو ضامن»^٢.

١. العروة الوثقى ١٠٠: ٥ - ١٠٤.

٢. وسائل المشيئة ١٩: ١٥٢، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ١١.

(مسألة ٤٢): لو عثر الحمّال فانكسر ما كان على ظهره أو رأسه - مثلاً - ضمن، بخلاف الدابة المستأجرة للحمل إذا عثرت، فتلّف أو تعيّب ما حملته، فإنّه لا ضمان على صاحبها إلا إذا كان هو السبب؛ من جهة ضربها أو سوقها في منزل ونحو ذلك.

(مسألة ٤٣): لو استأجر دابة للحمل لم يجز أن يحملها أزيد ممّا اشترط، أو المقدار المتعارف لو أطلق، فلو حملها أزيد منه ضمن تلفها وعوارها. وكذلك إذا سار بها أزيد ممّا اشترط.

(مسألة ٤٤): لو استأجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن^(٣٤) إلا مع التفصيل أو اشتراط الضمان.

(مسألة ٤٥): صاحب الحمّال لا يضمن^(٣٥) الثياب وغيرها إن سرق، إلا إذا أودعت عنده وفقط أو تعدّى.

(مسألة ٤٦): لو استأجر أرضاً للزراعة فحصلت آفة أفدت الحاصل لم تبطل الإجارة، ولا يوجب ذلك نقصاً في الأجرة. نعم، لو شرط على المؤجر إبراءه من الأجرة بمقدار ما نقص أو نصفاً أو ثلثاً منه مثلاً، صحّ ولزم الوفاء به.

(مسألة ٤٧): تجوز إجارة الأرض للانتفاع بها بالزرع وغيره مدّة معلومة، وجعل الأجرة تعميرها؛ من كسري الأنهار، وتنقية الآبار، وغرس الأشجار، وتسوية الأرض، وإزالة الأحجار. ونحو ذلك؛ بشرط أن يميّن تلك الأعمال على نحو يرتفع الفرر والجهالة، أو كان تعارف مغنٍ عن التعيين.

(٣٤) للمصحيح^١.

(٣٥) لخبر إسحاق^٢، وخبري أبي البخري^٣، وغيث^٤.

١. وسائل الشريعة ١٩: ١٤٢. كتاب الإجارة. الباب ٢٩، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٤٠. كتاب الإجارة، الباب ٢٨، الحديث ٣.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ١٤٠. كتاب الإجارة، الباب ٢٨، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ١٣٩. كتاب الإجارة، الباب ٢٨، الحديث ١.

كتاب الجعالة

وهي الالتزام بعوض معلوم على عمل محلّل مقصود، أو هي إنشاء الالتزام به، أو جعل عوض معلوم على عمل كذلك، والأمر سهل. ويقال للملتزم: الجاعل، ولمن يعمل ذلك العمل: العامل، وللعوض: الجعل والجعيلة. وتفتقر إلى الإيجاب، وهو كلّ لفظ أفاد ذلك الالتزام، وهو إمّا عامّ، كما إذا قال: من ردّ دابّتي أو خايط ثوبي أو بنى حائطي - مثلاً - فله كذا، وإمّا خاصّ كما إذا قال لشخص: إن ردّدت دابّتي - مثلاً - فلك كذا. ولا تفتقر إلى قبول حتّى في الخاصّ.

كتاب الجُعالة

الجعالة بتشليم الجيم - والكسر أشهر - في اللغة: عبارة عن المال الذي يجعل للإنسان في مقابل شيء من فعله. وفي اصطلاح الأصحاب: عبارة عن إنشاء الالتزام بعوض لعمل محلّل، وهي إيقاع يشبه العقد أو عقد يشبه الإيقاع. ولا خلاف عندنا في أصل مشروعيتها. ويستدلّ عليها بقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ جُمِلٌ بَعِيرٌ^١، ويدلّ عليها أخبار الباب وإن لم يكن هناك خبر صريح يوافق لفظاً عبارات الأصحاب.

ففي خبر العمري: سألته عن جُعَل الآبَى والضالّة؟ قال ﷺ: «لا بأس به»^٢.

ومعتبر ابن سنان: ربّما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض؟... ونجعل له جُعلاً؟

١. يوسف (١٢): ٧٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ١٨٩، كتاب الجعالة، الباب ١، الحديث ١.

(مسألة ١) : بين الإجارة على العمل والجمالة فروق : منها : أَنَّ المستأجر في الإجارة يملك العمل على الأجير ، وهو يملك الأجرة على المستأجر بنفس العقد ، بخلاف الجمالة ؛ إذ ليس أثرها إلا استحقاق العامل الجعل المقرّر على الجاعل بعد العمل . ومنها : أَنَّ الإجارة من العقود ، وهي من الإيقاعات على الأقوى .

(مسألة ٢) : إِنَّمَا تصحّ الجمالة على كلّ عمل محلّل مقصود في نظر العقلاء كالإجارة ، فلا تصحّ على المحرّم ، ولا على ما يكون لغواً عند العقلاء وبذل المال بإزائه سفهاً ، كالذهاب إلى الأمكنة المخوفة ، والصعود على الجبال الشاهقة ، والأبنية المرتفعة ، والوثبة من موضع إلى آخر ؛ إذا لم تكن فيها أغراض عقلانية^(١) .

(مسألة ٣) : كما لا تصحّ الإجارة على الواجبات العينية ، بل والكفائية على الأحوط - على التفصيل الذي مرّ في كتابها - لا تصحّ الجمالة عليها على حدّوها .

(مسألة ٤) : يعتبر في الجاعل أهلية الاستنجار ؛ من البلوغ والعقل والرشد والقصد والاختيار وعدم الحجر . وأما العامل فلا يعتبر فيه إلا إمكان تحصيل العمل ؛ بحيث لم يكن مانع منه عقلاً أو شرعاً ، فلو أوقع الجمالة على كنس المسجد فلا يمكن حصوله شرعاً من الجنب والحائض^(٢) ، فلو كنساء لم يستحقاً شيئاً على ذلك . ولا يعتبر فيه نفوذ التصرف ، فيجوز أن يكون صبيّاً مميّزاً ولو بغير إذن الولي ، بل ولو كان غير مميّز أو مجنوناً على الأظهر ، فجميع هؤلاء يستحقّون الجعل المقرّر بعملهم .

فقال عليه السلام : « لا بأس به »^١ .

(١) ما أحسن هذا التقييد ؛ فإنّ في هذه الأعصار ربّما يكون بعض هذه الأمور من الضرورات لأهل الجند ونحوهم ، نظير عمل السبق والرماية بأنواعها المستحدثة .
(٢) إذا كانا جاهلين بالحكم جهلاً قصورياً أو جاهلين بالموضوع ، فاستحقاقهما الجعل غير بعيد .

(مسألة ٥) : يجوز أن يكون العمل مجهولاً في الجمالة بما لا يفتقر في الإجارة، فإذا قال: من ردّ دابتي فله كذا، صَحَّ وإن لم يميّن المسافة، ولا شخص الدابة؛ مع شدة اختلاف الدواب في الظفر بها من حيث السهولة والصعوبة. وكذا يجوز إيقاعها على المردّة مع اتحاد الجعل كما إذا قال: من ردّ فرسي أو حماري فله كذا، أو بالاختلاف، كما لو قال: من ردّ فرسي فله عشرة، ومن ردّ حماري فله خمسة. نعم، لا يجوز على المجهول والمبهم الصرف بحيث لا يتمكن العامل من تحصيله، كما لو قال: من ردّ ما ضاع منّي فله كذا، أو من ردّ حيواناً ضاع منّي فله كذا، ولم يميّن ذلك بوجه. هذا كله في العمل. وأمّا الموض فلا بدّ من تعيينه جنساً ونوعاً ووصفاً، بل كيلاً أو وزناً أو عدداً إن كان منها، فلو جملة ما في يده أو كيسه بطلت الجمالة^(٣). نعم، الظاهر أنّه يصحّ أن يجعل الجعل حصّة معينة ممّا يردّه ولو لم يشاهد ولم يوصف. وكذا يصحّ أن يجعل للدّلال ما زاد على رأس المال، كما إذا قال: يع هذا المال بكذا والزائد لك، كما مرّ فيما سبق.

(مسألة ٦) : كلّ مورد بطلت الجمالة للجهالة استحقّق العامل أجره المثل^(٤)، والظاهر أنّه من هذا القبيل ما هو المتعارف؛ من جعل الحلاوة المطلقة لمن دلّه على ولد ضائع أو دابة ضالة.

(مسألة ٧) : لا يعتبر أن يكون الجعل ممّن له العمل، فيجوز أن يجعل شخص جعلاً من ماله لمن خاط ثوب زيد أو ردّ دابته.

(مسألة ٨) : لو عيّن الجعل لشخص وأتى غيره بالعمل، لم يستحقّ الجعل ذلك الشخص لعدم العمل، ولا ذلك الغير؛ لأنّه ما أمر بإتيان العمل ولا جعل لعمله جعل، فهو كالمتبرّع.

(٣) لجريان العرف على تعيين الجعل، والأخبار الواردة ليست تأسيسية، بل هي إمضائية مع أنّ في أخبار الباب إشارة إلى تعيين الجعل. كقوله: «سألته عن جعل الآبق والضالة». وقوله: «ونجعل له جعلاً» فإنّها لا تخلو عن ظهور في التعيين وعدم الإبهام الذي يجعل العمل سفهائياً.

(٤) لقاعدة احترام عمل المسلم. ودعوة الجاعل إلى العمل، وجعل الحلاوة المطلقة له استيفاءً، فلا بدّ له من أجره المثل لعمله.

نعم، لو جعل الجمالة على العمل لا بقيد المباشرة؛ بحيث لو حصل ذلك الشخص العمل بالإجارة أو الاستئابة أو الجمالة، شملته الجمالة، وكان عمل ذلك الغير تبرعاً عن المجهول له ومساعدة له، استحقّ الجعل المقرّر.

(مسألة ٩): لو جعل الجعل على عمل، وقد عمله شخص قبل إيقاع الجمالة، أو بقصد التبرّع وعدم أخذ العوض، يقع عمله بلا جعل وأجرة.

(مسألة ١٠): يستحقّ العامل الجعل المقرّر مع عدم كونه متبرعاً ولو لم يكن عمله لأجل ذلك، فلا يعتبر اطلاعه على التزام الجاعل به، بل لو عمله خطأ وغفلةً، بل من غير تمييز كالطفل غير المميّز والمجنون - فالظاهر استحقاقه له كما مرّ. نعم، لو تبين كذب المخبر - كما إذا أخبر مخبر: بأن فلاناً قال: من ردّ دابّتي فله كذا، فردّها اعتماداً على إخباره - لم يستحقّ شيئاً؛ لا على صاحب الدابّة ولا على المخبر الكاذب. نعم، لو أوجب قوله الاطمئنان لا يبعد ضمانه أجرة مثل عمله للغرور.

(مسألة ١١): لو قال: من دلّني على مالي فله كذا، فدله من كان ماله في يده لم يستحقّ شيئاً؛ لأنّه واجب عليه شرعاً. ولو قال: من ردّ مالي فله كذا، فإن كان المال ممّا في رده كلفة ومؤونة - كالدابّة الشاردة - استحقّ الجعل المقرّر إذا لم يكن لمي يده على وجه الغصب، وإن لم يكن كذلك - كالدرهم والدينار - لم يستحقّ شيئاً.

(مسألة ١٢): إنّما يستحقّ العامل الجعل بتسليم العمل، فلو جعل على ردّ الدابّة إلى مالكيها، فجاء بها في البلد فشردت، لم يستحقّ شيئاً، ولو كان الجعل على مجرد إيصالها إلى البلد استحقّه، ولو كان على مجرد الدلالة عليها استحقّ بها ولو لم يكن منه إيصال أصلاً.

(مسألة ١٣): لو قال: من ردّ دابّتي - مثلاً - فله كذا، فردّها جماعة، اشتركوا في الجعل بالسوية إن تساوا في العمل، وإلا فيوزّع عليهم بالنسبة.

(مسألة ١٤): لو جعل لجعلاً لشخص على عمل - كبناء حائط وخياطة ثوب - فشاركه غيره في ذلك العمل، يسقط عن جعله المميّن ما يكون بإزاء عمل ذلك الغير، فإن لم يتفادوا كان له نصف الجعل، وإلا بالنسبة، وأمّا الآخر فلا يستحقّ شيئاً. نعم، لو لم يشترط على العامل

المباشرة: بل أريد منه العمل مطلقاً ولو بمباشرة غيره، وكان اشتراك الغير معه بعنوان التبرع عنه ومساعدته، استحقَّ المجعول له تمام العمل.

(مسألة ١٥): الجمالة قبل تمامية العمل جائزة من الطرفين؛ ولو بعد تلبس العامل بالعمل وشروعه فيه، فله رفع اليد عن العمل. كما أنَّ للجاعل فسخ الجمالة ونقض التزامه على كلِّ حال، فإن كان ذلك قبل التلبس لم يستحقَّ المجعول له شيئاً، ولو كان بعده فإن كان الرجوع من العامل لم يستحقَّ شيئاً، وإن كان من طرف الجاعل فعليه للمعامل أجرة مثل ما عمل.

ويحتمل^(٥) الفرق في الأول - وهو ما كان الرجوع من العامل - بين ما كان العمل مثل خياطة الثوب وبناء الحائط ونحوهما ممَّا كان تلبس العامل به بإيجاد بعض العمل، وبين ما كان مثل ردِّ الضالة ممَّا كان التلبس به بإيجاد بعض مقدماته الخارجية، فله من المسمى بالنسبة إلى ما عمل في الأول، بخلاف الثاني، فإنه لم يستحقَّ شيئاً. لكن هذا لو لم يكن العمل في مثل خياطة الثوب وبناء الحائط على إتمام العمل، وإلا يكون الحكم كردِّ الضالة. ويحتمل الفرق في الصورتين إذا كان الفسخ من الجاعل، فيقال: إنَّ للعامل من المسمى بالنسبة في الأولى، وله أجرة المثل في الثانية، فإذا كان العمل مثل الخياطة والبناء، فأوجد بعضه، فرجع الجاعل، فللعامل من المسمى بالنسبة^(٦)، وإذا كان مثل ردِّ الضالة وكذا إتمام الخياطة فله أجرة المثل. والمسألة محلُّ إشكال، فلا ينبغي ترك الاحتياط بالتراضي والتصالح على أيِّ حال.

(مسألة ١٦): ما ذكرناه: من أنَّ للعامل الرجوع عن عمله على أيِّ حال - ولو بعد التلبس

(٥) هذان الحكمان بإطلاعهما غير ظاهر؛ فاللازم الرجوع إلى التفصيل الذي ذكره لانصراف الجاعل والعامل بنحو الاحتمال.

(٦) الأظهر استحقاقه من المسمى بالنسبة، أو أجرة المثل لما عمل كذلك إذا لم تكن أكثر من المسمى، وكذا ما ذكره في الفرع الآتي. كلُّ ذلك لقاعدة احترام عمل المسلم، وإن كان التصالح حسناً.

والاشتغال - إنما هو في مورد لم يكن في عدم إنهاء العمل ضرر على الجاعل، وإلا يجب عليه بعد الشروع في العمل إتمامه، مثلاً: لو وقعت البعالة على قصص عينه، أو بعض العمليات المتداولة بين الأطباء في هذه الأزمنة، لا يجوز له رفع اليد عن العمل بعد التلبس به والشروع فيه؛ حيث إن الصلاح والعلاج مترتب على تكميلها، وفي عدمه فساد، ولو رفع اليد عنه لم يستحق في مثله شيئاً بالنسبة إلى ما عمل؛ وذلك لأنَّ الجعل في أمثاله إنما هو على إتمام العمل، فلو فرض كونه على العمل - نحو خياطة الثوب - فالظاهر استحقاقه على ما عمل بالنسبة، وعليه غرامة الضرر الوارد.

كتاب العارية

وهي السليط على العين للانتفاع بها على جهة التبرع، أو هي عقد ثمرته ذلك، أو ثمرته التبرع بالمنفعة. وهي من العقود تحتاج إلى إيجاب بكل لفظ له ظهور عرفي في هذا المعنى، كقوله: «أعرتك»، أو «أذنت لك في الانتفاع به»، أو «انتفع به»، أو «خذته لتنتفع به»، ونحو ذلك، وقبول: وهو كل ما أفاد الرضا بذلك، ويجوز أن يكون بالفعل: بأن يأخذه - بعد إيجاب المميز - بهذا العنوان. بل الظاهر وقوعها بالمعاطة، كما إذا دفع إليه قميصاً ليلبسه فأخذه لذلك، أو دفع إليه إناءً أو بساطاً ليستعمله فأخذه واستعمله.

كتاب العارية

هي لغة بتشديد الياء وتخفيفها: من التعاور والتداول يدأ بيد. وحقيقتها الشرعية: عبارة عن عقد مركب من إنشاء تسليط الغير على عين لغرض انتفاعه بها، وإنشاء قبول من ناحية ذلك الغير. وهي من العقود الجائزة بلا خلاف، بل ادّعى^١ عليه الإجماع إلا في موارد مخصوصة، لعلّه تأني الإشارة إليها.

ثم لا يخفى عليك أنها ليست من العقود التأسيسية للشارع، بل هي عقد أو عمل عقلائي، كانت متداولة بين بني نوع الإنسان فأمضاها الشارع بإيجاب الإعانة على البر والتقوى وتحريم منع الماعون ونحوها من الآيات. وبخصوص أدلة العارية: فلو لم تكن هناك إطلاقات من الأدلة تدلّ على موارد الشك منها، فالمرجع هو عرف العقلاء.

ثم إنهم فرّقوا بين العارية والإجارة: بأن المستعير لا يملك منافع العين المستعارة

(مسألة ١) : يعتبر في المعير أن يكون مالكا للمنفعة، وله أهلية التصرف، فلا تصح إعارة الناصب عيناً أو منفعة، وفي جريان الفضولية فيها حتى تصح بإجازة المالك وجه قوي. وكذا لا تصح إعارة الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه أو قلس إلا مع إذن الولي أو الفرماء، وفي صحة إعارة الصبي بإذن الولي احتمال لا يخلو من قوة^(١).

(مسألة ٢) : لا يشترط في المعير أن يكون مالكا للعين، بل تكفي ملكية المنفعة بالإجازة، أو بكونها موصى بها له بالوصية. نعم، إذا اشترط استيفاء المنفعة في الإجازة بنفسه ليس له الإعارة.

(مسألة ٣) : يعتبر في المستعير أن يكون أهلاً للانتفاع بالعين، فلا تصح استعارة المصحف للكافر، واستعارة الصيد للمحرم؛ لا من المحل ولا من المحرم. وكذا يعتبر فيه التعيين، فلو أعار شيئاً أحد هذين، أو أحد هؤلاء لم تصح. ولا يشترط أن يكون واحداً، فيصح إعارة شيء واحد لجماعة، كما إذا قال: أعرت هذا الكتاب أو الإناء لهؤلاء العشرة، فيستوفون المنفعة بينهم بالتناوب والقرعة، كالعين المستأجرة، ولا يجوز الإعارة لجماعة غير محصورة على الأقوى.

(مسألة ٤) : يعتبر في العين المستعارة^(٢) كونها مما يمكن الانتفاع بها منفعة محللة؛

ويملكها المستأجر، فالمستأجر يملك المنفعة والمستعير يملك الانتفاع، وهذا كالغذاء الذي يأكله المتهب والضيف.

(١) سواء أذن في إعارته لمال نفسه أو لمال الولي أو لمال غيرهما، وأما كونه مسلوب العبارة في كل عقد وإيقاع لازم أو جائز، ففيه إشكال مذكور في باب البيع.

ويؤيد حكم الجواز هنا ما ذكره في «الجواهر»^١ من جريان سيرة الأصحاب وإرسالهم لهذا الجواز إرسال المسلمات، فراجع.

(٢) تدل على الأحكام المذكورة في المسألة عدة روايات :

مع بقاء عينها، كالعقارات والدواب والثياب والكتب والأمتعة ونحوها، بل وفحل الضراب والهزة والكلب للصيد والحراسة وأشباه ذلك، فلا يجوز إعارته ما لا منفعة محللة له كآلات اللهو، وكذا آنية الذهب والفضة؛ لاستعمالها في المحرم. وكذا ما لا يتنفع به إلا بإتلافه، كالخبز والدهن والأشربة وأشباهها للأكل والشرب.

(مسألة ٥) : جواز إعارته الشاة للاقتناع بلبثها والبئر للاستقاء منها، لا يخلو من وجه وقوة.

(مسألة ٦) : لا يشترط تعيين المين المستعارة عند الإعاره، فلو قال: أعرضني إحدى

منها: صحيح ابن سنان: «لا أُرْم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً»^١.
وصحيح الحلبي: «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»^٢.

وأما الضمان مع الشرط، فتدلّ عليه أخبار:
منها: صحيح الحلبي: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون اشترط عليه»^٣.

وصحيح أبي بصير: في قضية استعارة النبي ﷺ سبعين درعاً من صفوان: أغصباً يا محمد؟ فقال ﷺ: «بل عارية مضمونة»^٤.

وأما الضمان في الذهب والفضة إلا مع شرط العدم؛ فلصحيح زرارة: «جميع ما استعيرته فتويّ فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة فإنهما تلزمان، إلا أن تشترط عليه متى تويّ لم يلزمك تواه»^٥.

توي: أي: هلك، التوي: الضياع والخسارة.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٩٢، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٣.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٩٣، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٦.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٩١، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ٩١، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٤ و ٥ والباب ٢، الحديث ١ و ٢.

٥. وسائل الشيعة ١٩: ٩٦، كتاب العارية، الباب ٣، الحديث ٢.

دوابك، فقال: خذ ما شئت منها، صحت.

(مسألة ٧): العين التي تعلقت بها العارية، إن انحصرت جهة الانتفاع بها في منفعة خاصة - كالنسيان للاقتراض، والالحاف للتغطية، والخيمة للاكتنان، وأشياء ذلك - لا يلزم التعرض لجهة الانتفاع بها عند إعارتها، وإن تعددت - كالأرض ينتفع بها للزراعة والغرس، والبناء والدابة للحمل والركوب، ونحو ذلك - فإن كانت الإعارة لأجل منفعة أو منافع خاصة من منافعها، يجب التعرض لها، واختصت حلية الانتفاع بما استعيرت لها، وإن كانت لأجل الانتفاع المطلق جاز التعميم والتصريح بالعموم، وجاز الإطلاق؛ بأن يقول: أعرتك هذه الدابة، فيجوز الانتفاع بكل منفعة مباحة منها. نعم، ربما يكون لبعض الانتفاعات خفاء لا يندرج في الإطلاق، ففي مثله لا بد من التنصيص به أو التعميم على وجه يعنه، وذلك كالدفن، فإنه وإن كان من أحد وجوه الانتفاع من الأرض، لكنه لا يعنه الإطلاق.

(مسألة ٨): العارية جائزة من الطرفين، فللمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد كذلك. نعم، في خصوص إعارة الأرض للدفن، لم يجز بعد المواراة فيها الرجوع ونشئ القبر على الأحوط، وأما قبل ذلك فله الرجوع حتى بعد وضع الميت في القبر قبل مواراته، وليس على المعير أجره الحفر ومؤثنته لو رجع بعده، كما أنه ليس على ولي الميت طم الحفر بعد ما كان بإذن المعير.

(مسألة ٩): تبطل العارية بموت المعير، بل بزوال سلطنته بجنون ونحوه.

(مسألة ١٠): يجب على المستعير الاقتصاد في نوع المنفعة على ما عينها المعير، فلا يجوز له التعدي إلى غيرها ولو كان أدنى وأقل ضرراً على المعير، وكذا يجب أن يقتصر في كيفية الانتفاع على ما جرت به العادة، فلو أعاره دابة للحمل لا يحملها إلا القدر المعتاد؛ بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان والمكان، فلو تعدى نوعاً أو كيفية كان غاصباً وضامناً، وعليه أجره ما استوفاه من المنفعة لو تعدى نوعاً، وأما لو تعدى كيفية فلا تبعد أن تكون عليه أجره الزيادة.

(مسألة ١١): لو أعاره أرضاً للبناء أو الغرس جاز له الرجوع، وله إلزام المستعير بالقلع،

لكن عليه الأرض. وكذا في عاريها للزرع إذا رجع قبل إدراكه، ويحتمل عدم استحقاق المعبر إلزام المستعير بقلع الزرع لو رضي بالبقاء بالأجرة، ويحتمل جواز الإلزام بلا أرض. والمسألة بشقوقها مشكلة جداً، فلا يترك الاحتياط في أشباهها بالتصالح والتراضي. ومثل ذلك ما إذا أعار جذوعه للتسقيف، ثم رجع بعد ما أثبتتها المستعير في البناء.

(مسألة ١٢): العين المستعارة أمانة بيد المستعير؛ لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدي أو التفريط. نعم، لو شرط الضمان ضمنها وإن لم يكن تعدً وتفریط، كما أنه لو كان العين ذهباً أو قضة ضمنها مطلقاً إلا أن يشترط السقوط.

(مسألة ١٣): لا تجوز للمستعير إعاره العين المستعارة ولا إيجارها إلا بإذن المالك، فتكون إعارته حينئذ في الحقيقة إعاره المالك، وهو وكيل ونائب عنه، فلو خرج المستعير عن قابلية الإعاره بعد ذلك - كما إذا جنّ - بقيت العارية الثانية على حالها.

(مسألة ١٤): لو تلفت العين بفعل المستعير، فإن كان بسبب الاستعمال المأذون فيه من دون التعدي عن المتعارف، ليس عليه ضمان، وإن كان بسبب آخر ضمنها.

(مسألة ١٥): إذا يبرأ المستعير عن عهده العين المستعارة بردها إلى مالكيها أو وكيله أو وليه، ولو ردّها إلى حرزها الذي كانت فيه بلا يد من المالك ولا إذن منه لم يبرأ، كما إذا ردّ الدابة إلى الإصطبل وربطها فيه بلا إذن من المالك لتلفت أو أنلفها متلف.

(مسألة ١٦): لو أستعار عيناً من الغاصب، فإن لم يعلم بنصبه كان قرار الضمان على الغاصب، فإن تلفت في يد المستعير، أو لا في يده بعد وقوعها عليها، فللمالك الرجوع^(٣) الغاصب، وإن رجع على الغاصب ليس له الرجوع على المستعير، وكذلك بالنسبة إلى بدل

(٣) قد تكلم الأصحاب في حكم المسألة مستقصى في بيع الفضولي عند ترتب الأيادي على عين واحدة، وفي باب الغصب، فراجع.

ما استوفاه المستعير من المنفعة وغيرها من المنافع الفائتة على ضمانه، فيأنه لو رجع بها على بموض ماله على كلّ من الغاصب والمستعير، فإن رجع على المستعير يرجع هو على المستعير يرجع هو على الغاصب، دون العكس. ولو كان عالماً بالغصب لم يرجع على الغاصب لو رجع المالك عليه، بل الأمر بالعكس، فيرجع الغاصب عليه لو رجع المالك عليه إذا تلفت في يد المستعير. ولا يجوز له أن يردّ العين إلى الغاصب بعد علمه بالتضييع، بل يجب ردّها إلى مالكها.

كتاب الوديعة

وهي عقد يفيد استئابة في الحفظ، أو هي استئابة فيه. وبعبارة أخرى: هي وضع المال عند الغير ليحفظه لمالكه.

وتطلق كثيراً على المال الموضوع، ويقال لصاحب المال: المودع، ولذلك الغير: الودعي والمستودع. وتحتاج إلى الإيجاب، وهو كل لفظ دال على تلك الاستئابة، كأن يقول: «أودعك هذا المال»، أو «احفظه»، أو «هو وديعة عندك»، ونحو ذلك، والقبول الدال على الرضا بالنيابة في الحفظ. ولا يعتبر فيه العريية، بل يقع بكل لغة. ويجوز أن يكون الإيجاب باللفظ، والقبول بالفعل؛ بأن تسلّم بعد الإيجاب لذلك، بل تصح بالمعاطاة بأن يسلمه للحفظ، وتسلم لذلك.

كتاب الوديعة

هي لغة: بمعنى العين الموضوععة عند أحد للحفظ. وفي اصطلاح الفقهاء: إنشاء استئابة الغير في حفظ مال.

وهي من العقود، ولذلك يحتاج إلى سلطتين: إحداهما من المودع في تحويل ماله، والأخرى من المستودع في قبوله وحفظه.

ثم إنها من العقود العقلانية الجائزة، التي أمضاها الشارع وحث المستودع - بعد قبولها - بكل حث على مراعاة حفظها، وعلى لزوم ردّها عند المطالبة برأ كان المودع أو فاجراً، مؤمناً كان أو كافراً، فراجع الباب الأوّل من «الوسائل»^١.

(مسألة ١) : لو طرح ثوباً - مثلاً - عند أحد ، وقال : هذا وديعة هندك ، فإن قبلها بالقول أو الفعل الدالّ عليه صار وديعة ، وفي تحقّقها بالسكوت الدالّ على الرضا إشكال . ولو لم يقبلها لم يصّر وديعة ؛ حتّى فيما إذا طرحه عنده بهذا القصد وذهب وتركه عنده ، وليس عليه ضمان حينئذ ، وإن كان الأحوط القيام بحفظه مع الإمكان .

(مسألة ٢) : إنّما يجوز قبول الوديعة لمن كان قادراً على حفظها ، لمن كان عاجزاً لم يجز له قبولها على الأحوط ، إلّا إذا كان المودع أعجز منه في الحفظ مع عدم مستودع آخر قادر عليه ، فإنّ الجواز في هذه الصورة غير بعيد ، خصوصاً مع التفات المودع .

(مسألة ٣) : الوديعة جائزة من الطرفين ، فللمالك استرداد ماله متى شاء ، وللمستودع ردّه كذلك ، وليس للمودع الامتناع من قبوله . ولو فسّخها المستودع عند نفسه انفسخت وزالت الأمانة المالكية ، وصار عنده أمانة شرعية ، فيجب عليه ردّه إلى مالكه أو من يقوم مقامه ، أو إعلامه بالفسخ ، فلو أهمل لا لعذر شرعي أو عقلي ضمن .

(مسألة ٤) : يعتبر في كلّ من المستودع والمودع : البلوغ والعقل ، فلا يصحّ استيداع الصبي ولا المجنون ، وكذا إيداعهما ؛ من غير فرق بين كون المال لهما أو لغيرهما من الكاملين ، بل لا يجوز وضع اليد على ما أودعاه ، ولو أخذه منهما ضمنه ولا يبرأ برده إليهما ، وإنّما يبرأ بإيصاله إلى ولّيتهما . نعم ، لا بأس بأخذه إذا خيف هلاكه وتلفه في يدهما ، فيؤخذ بعنوان الحسبة في الحفظ ، ولكن لا يصير بذلك وديعة وأمانة مالكية . بل تكون أمانة شرعية ، يجب عليه حفظها والمبادرة إلى إيصالها إلى ولّيتهما أو إعلامه بكونها عنده ، وليس عليه ضمان لو تلفت في يده .

(مسألة ٥) : لو أرسل شخص كامل مالاً - بواسطة الصبي أو المجنون - إلى شخص ليكون وديعة عنده ، وأخذه منه بهذا العنوان ، فالظاهر صيرورته وديعة عنده ؛ لكونهما بمنزلة الآلة للكامل .

(مسألة ٦) : لو أودع عند الصبي والمجنون مالاً لم يضمّناه بالتلف ، بل بالإتلاف أيضاً إذا لم يكونا مميزين ، وإن كانا مميزين صالحين للاستئمان ، لا يبعد ضمانهما مع التلف مع

تفريطهما في الحفظ، فضلاً عن الإلتلاف.

(مسألة ٧) : يجب على المستودع حفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها به ؛ ووضمها في الحرز الذي يناسبها، كالصندوق المقفل للثوب والدرهم والحلي ونحوها، والإصطبل المضبوط بالغلق للدابة، والمراح كذلك للشاة. وبالجملية : حفظها في محل لا يعمد معه عند العرف مضيقاً ومفرطاً وخائناً؛ حتى فيما إذا علم المودع بعدم وجود حرز لها عند المستودع، فيجب عليه بعد القبول تحصيله مقدمة للحفظ الواجب عليه. وكذا يجب عليه القيام بجميع ما له دخل في صونها من التعيب أو التلف، كالثوب ينشره في الصيف إذا كان من الصوف أو الإبريسم، والدابة يعلقها ويسقيها ويقيها من الحر والبرد، فلو أهمل عن ذلك ضمنها.

(مسألة ٨) : لو عين المودع موضعاً خاصاً لحفظ الوديعة وفهم منه القيدية اقتصر عليه، ولا يجوز نقلها إلى غيره بعد وضعها فيه وإن كان أحفظ، فلو نقلها منه ضمنها. نعم، لو كانت في ذلك المحل في معرض التلف، جاز نقلها إلى مكان آخر أحفظ، ولا ضمان عليه حتى مع نهي المالك؛ بأن قال : لا تنقلها وإن تلفت، وإن كان الأحوط حينئذٍ مراجعة الحاكم مع الإمكان.

(مسألة ٩) : لو تلفت الوديعة في يد المستودع من دون تعد منه ولا تفريط لم يضمنها^(١). وكذا لو أخذها منه ظالم قهراً؛ سواء انتزعها من يده، أو أمره بدفعها له بنفسه فدفعها كرهاً. نعم، يقوى الضمان^(٢) لو كان هو السبب لذلك؛ ولو من جهة إخباره بها.

(١) لأدلة كثيرة:

منها : صحيح الحلبي : «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^١.

وصحيح زرارة : «كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم»^٢ وغيرهما.

(٢) لكون السبب - حينئذٍ - أقوى من المباشر، فيكون قرار الضمان عليه.

١. وسائل الشريعة ١٩ : ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٩ : ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٤.

أو إظهارها في محلٍّ كان مقلَّنة الوصول إلى الظالم ، فحينئذٍ لا يبعد انقلاب يده إلى يد الضمان؛ سواء وصل إليها الظالم أم لا .

(مسألة ١٠) : لو تمكَّن من دفع الظالم بالوسائل الموجبة لسلامة الوديعة وجب ؛ حتَّى أنَّه لو توقَّف دفعه على إنكارها كاذباً بل الحلف عليه ، جاز^(٣) بل وجب ، فإن لم يفعل ضمن . وفي وجوب التورية عليه مع الإمكان إشكال ، أحوطه ذلك ، وأقواه عدم .

(مسألة ١١) : إن كانت مدافعتة عن الظالم مؤدِّية إلى الضرر على بدنه من جرح وغيره ، أو هتك في عرضه ، أو خسارة في ماله ، لا يجب تحمُّله ، بل لا يجوز في غير الأخير ، بل فيه أيضاً ببعض مراتبه . نعم ، لو كان ما يترتَّب عليها سيراً جدّاً بحيث يتحمُّله غالب الناس - كما إذا تكلم معه بكلام خشن ؛ لا يكون هاتكاً له بالنظر إلى شرفه ورفعة قدره وإن تأذَّى منه بالطبع - فالظاهر وجوب تحمُّله .

(مسألة ١٢) : لو توقَّف دفع الظالم عن الوديعة على بذل مال له أو لغيره ، فإن كان بدفع بعضها وجب ، فلو أهمل وأخذ الظالم كلّها ، ضمن المقدار الزائد على ما يندفع به منها ، لا تمامها ، فلو يندفع بالنصف ضمن النصف ، أو بالثلث ضمن الثلثين وهكذا . وكذا الحال فيما

(٣) لأدلة :

منها : عموم قوله ﷺ : «رَفَعَ عَنْ أَمْتِي مَا اسْتَكْرَهَا عَلَيْهِ وَمَا اضْطَرَّوْا إِلَيْهِ»^١ .
وخبر إسماعيل بن سعيد : وسألته ، هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال ﷺ : «نعم»^٢ .

وخبر معمر بن يحيى : معي بضائع للناس ونحن نمرّ بها على العُشَّار فيحلفوننا عليها ، فنحلف لهم ، فقال ﷺ : «وددت أنّي أقدر على أن أجيز أموال المسلمين كلّها وأحلف عليها»^٣ .

١ . التوحيد : ٢٥٣ / ٢٤ ، وسائل الشريعة ١٥ : ٣٦٩ ، كتاب الجهاد ، أبواب جهاد النفس ، الباب ٥٦ ، الحديث ١ .

٢ . وسائل الشريعة ٢٣ : ٢٢٤ ، كتاب الأيمان ، أبواب الحلف ، الباب ١٢ ، الحديث ١ .

٣ . وسائل الشريعة ٢٣ : ٢٢٧ ، كتاب الأيمان ، أبواب الحلف ، الباب ١٢ ، الحديث ١٦ .

إذا كان عنده من شخص وديعتان وكان الظالم يدفع بدفع إحداهما فأهمل حتى أخذ كليهما، فإن كان يدفع بإحداهما المميّنة ضمن الأخرى، وإن كان بإحداهما لا بعينها ضمن أكثرهما قبيحة. ولو توقّف دفعه على المصانعة معه بدفع مال من المستودع لم يجب عليه الدفع تبرّعاً ومجاناً، وأمّا مع قصد الرجوع به على المالك، فإن أمكن الاستئذان منه أو من يقوم مقامه - كالحاكم عند عدم الوصول إليه - لزم، فإن دفع بلا استئذان لم يستحقّ الرجوع به عليه، وإن لم يمكن الاستئذان وجب عليه على الأحوط أن يدفع، وله أن يرجع على المالك بعد ما كان قصده ذلك.

(مسألة ١٣): لو كانت الوديعة دابة يجب عليه سقيها وعلفها ولو لم يأمره المالك، بل ولو نهاه، أو ردّها إلى مالكها أو القائم مقامه، ولا يجب أن يكون السقي ونحوه بمباشرته، ولا أن يكون ذلك في محلّها، فيجوز التسبب لذلك، وكذا يجوز إخراجها من منزله لذلك؛ وإن أمكن حصوله في محلّها بعد جريان العادة بذلك. نعم، لو كان الطريق - مثلاً - مخوفاً لم يجز إخراجها. كما أنّه لا يجوز أن يؤكّي غيره لذلك إذا كان غير مأمون، إلّا مع مصاحبته أو مصاحبة أمين معه. وبالجملّة: لا بدّ من مراعاة حفظها على المعتاد؛ بحيث لا يُعدّ معها عرفاً مفزطاً ومتعدّياً. هذا بالنسبة إلى أصل سقيها وعلفها. وأمّا بالنسبة إلى نفقتها فإن وضع المالك عنده عينها أو قيمتها، أو أذن له في الإنفاق عليها من ماله على ذمّته، فلا إشكال. وإلّا فالواجب أولاً الاستئذان من المالك أو وكيله، فإن تعذّر رفع الأمر إلى الحاكم؛ ليأمره بما يراه صلاحاً ولو يبيع بعضها للنفقة، فإن تعذّر الحاكم أنفق هو من ماله، وأشهد عليه على الأولى الأحوط، ويرجع على المالك مع نيّته.

(مسألة ١٤): تبطل الوديعة بموت كلّ واحد من المودع والمستودع أو جنونه، فإن كان هو المودع تكون الوديعة في يد الودعيّ أمانة شرعية، فيجب عليه فوراً ردّها إلى وارث المودع أو وليّه أو إعلامهما بها، فإن أهمل لا لعذر شرعيّ ضمن. نعم، لو كان ذلك لعدم العلم بكون من يدعيّ الإرث وارثاً، أو انحصار الوارث فيمن علم كونه وارثاً، فأخّر الردّ والإعلام للترويّ والفحص، لم يكن عليه ضمان على الأقوى، وإن كان الوارث متمتعاً

سَلَّمَهَا إِلَى الْكُلِّ أَوْ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُمْ. وَلَوْ سَلَّمَهَا إِلَى بَعْضٍ مِنْ غَيْرِ إِذَنْ ضَمِنَ حَصَصَ الْبَاقِينَ. وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُسْتَدْعَى تَكُونُ أَمَانَةُ شَرْعِيَّةٍ فِي يَدِ وَارِثِهِ أَوْ وَلِيِّهِ؛ عَلَى فَرْضِ كَوْنِهَا تَحْتَ يَدِهِمَا، وَيَجِبُ عَلَيْهِمَا الرَّدُّ إِلَى الْمُدْعَى أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ أَوْ إِعْلَامَهُ فَوْرًا.

(مسألة ١٥) : يَجِبُ رَدُّ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ الْمَطْلَبَةِ فِي أَوَّلِ وَقْتِ الْإِمْكَانِ؛ وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى كَافِرًا مُحْتَرَمَ الْمَالِ، بَلْ وَإِنْ كَانَ حَرَبِيًّا^(٤) مَبَاحَ الْمَالِ عَلَى الْأَحْوَطِ. وَالَّذِي هُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ رَفْعُ يَدِهِ عَنْهَا وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَالِكِ، لَا تَقْلُهَا إِلَيْهِ. فَلَوْ كَانَتْ فِي صَنْدُوقٍ مَقْفَلٍ أَوْ بَيْتٍ مَغْلَقٍ، فَفُتِحَتْمَا عَلَيْهِ، فَقَالَ: خُذْ وَدِيعَتَكَ، فَقَدْ أَذَى مَا هُوَ تَكْلِيفُهُ وَخَرَجَ مِنْ عَهْدَتِهِ. كَمَا أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ مَعَ الْإِمْكَانِ الْفَوْرِيَّةِ الْعَرْفِيَّةِ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الرِّكْضُ وَنَحْوُهُ، وَالْخُرُوجُ مِنَ الْحِمَامِ - مَثَلًا - فَوْرًا، وَقَطْعُ الطَّعَامِ وَالصَّلَاةُ وَإِنْ كَانَتْ نَاقِلَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ. وَهَلْ يَجُوزُ لَهُ التَّأْخِيرُ لِشَهِدٍ عَلَيْهِ؟ قَوْلَانِ، أَقْوَاهُمَا ذَلِكَ إِذَا كَانَ الْإِشْهَادُ غَيْرَ مُوجِبٍ لِلتَّأْخِيرِ الْكَثِيرِ، وَإِلَّا فَلَا يَجُوزُ، خُصُوصًا لَوْ كَانَ الْإِدْعَاءُ بِلَا إِشْهَادٍ. هَذَا إِذَا لَمْ يَرْتَخَّصْ فِي التَّأْخِيرِ وَعَدَمِ الْإِسْرَاعِ وَالتَّعَجُّيلِ، وَإِلَّا فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْمُبَادَرَةِ.

(٤) الروايات في وجوب ردّها مطلقة، فقد نقل صاحب «الوسائل»^١ في الباب الثاني من أبواب الوديعة أربعة عشر حديثاً، أغلبها يدلُّ على لزوم الردِّ مطلقاً. ففي بعضها: «لَوْ أَنَّ قَاتِلَ عَلِيٍّ عليه السلام ائْتَمَنَنِي عَلَى أَمَانَةٍ لِأَذْبِتَهَا إِلَيْهِ»^٢. وفي خبر آخر: «وَإِنْ كَانَ حَرُورِيًّا»^٣. وفي ثالث: «وَإِنْ كَانَ مَجُوسِيًّا»^٤. وفي رابع: «رَدَّهُ وَلَوْ إِلَى خَبِيثٍ خَارِجِيٍّ»^٥ وغير ذلك، وحملها على حكم الذمّي بعيد جداً.

١. وسائل الشريعة ١٩: ٧١، كتاب الوديعة، الباب ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٧٢، كتاب الوديعة، الباب ٢، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٧٢، كتاب الوديعة، الباب ٢، الحديث ٣.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٧٣، كتاب الوديعة، الباب ٢، الحديث ٥.

٥. وسائل الشريعة ١٩: ٧٤، كتاب الوديعة، الباب ٢، الحديث ٩.

(مسألة ١٦): لو أودع اللص ما سرقه عند شخص، لا يجوز له ردّه إليه مع الإمكان، بل يكون أمانة شرعية في يده، فيجب عليه إيصاله إلى صاحبه إن عرفه، وإلا عرّف سنة^(٥)، فإن لم يجد صاحبه فلا يترك الاحتياط بالتصدّق به عنه، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار أجر الصدقة كان له، وإن اختار الغرامة غرم له، وكان الأجر للغرم، وإن لا يبعد جريان حكم اللقطة عليه.

(مسألة ١٧): كما يجب ردّ الوديعة عند مطالبة المالك، يجب ردّها إذا خاف عليها من تلف أو سرق أو حرق ونحو ذلك، فإن أمكن إيصالها إلى المالك أو وكيله الخاص أو العام تعيّن، وإلا فليوصلها إلى الحاكم لو كان قادراً على حفظها، ولو فقد الحاكم أو كانت عنده أيضاً في معرض التلف، أودعها عند ثقة أمين متمكّن من حفظها.

(مسألة ١٨): إذا ظهرت للمستودع أمانة الموت بسبب المرض أو غيره يجب عليه ردّها إلى مالكيها أو وكيله مع الإمكان، وإلا فإلى الحاكم، ومع فقدّه يوصي ويشهد بها، فلو أهمل عن ذلك ضمن، وليكن الإيصاء والإشهاد بنحو يترتب عليهما حفظها لصاحبها، فلا بدّ من ذكر الجنس والوصف وتعيين المكان والمالك، فلا يكفي قوله: عندي وديعة لشخص. نعم، يقوى عدم لزومهما رأساً فيما إذا كان الوارث مطمئناً عليها، وكان ثقة أميناً.

(٥) فيه اختلاف بين الأصحاب، ومقتضى القاعدة - كما هو الأحوط - ترتيب حكم مجهول المالك عليه، فيجب إيصالها إلى الحاكم، وإن لم يمكن فالحفظ والإيصاء. لكن لا بأس بالعمل بخبر حفص بن غياث الذي ادّعى انجباره جبر بعمل الأكثر: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم، فهل يردّ عليه؟ قال عليه السلام: لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلا تصدّق بها، وإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم، فكان الأجر له.^١

(مسألة ١٩): يجوز للمستودع أن يسافر ويبقى الوديعة في حوزها السابق عند أهله وعياله لو لم يكن السفر ضرورياً؛ إذا لم يتوقف حفظها على حضوره، وإلا فعليه إما ترك السفر، وإما ردها إلى مالكيها أو وكيله، ومع التعمد إلى الحاكم، ومع فقدته فالظاهر تعيين الإقامة وترك السفر، ولا يجوز أن يسافر بها على الأحوط؛ ولو مع أمن الطريق ومساواة السفر للحضر في الحفظ. ولو قيل باختلاف الودائع فيجوز في بعضها السفر بها لكان حسناً، لكن لا يترك الاحتياط مطلقاً، والأقوى عدم جواز إيداعها عند الأمين. وأما لو كان السفر ضرورياً له، فإن تعذر ردها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم تعين إيداعها عند الأمين، فإن تعذر سافر بها محافطاً لها بقدر الإمكان، وليس عليه ضمان، نعم، في مثل الأسفار الطويلة الكثيرة الخطر، اللازم أن يعامل فيه معاملة من ظهر له أمانة الموت على ما سبق تفصيله.

(مسألة ٢٠): المستودع أمين^(٦) ليس عليه ضمان لو تلفت الوديعة أو تعيبت بيده، إلا عند التفريط والتعدي، كما هو الحال في كل أمين. أما التفريط فهو الإهمال في محافظتها، وترك ما يوجب حفظها على مجرى العادة؛ بحيث يعدّ معه عند العرف مضيئاً ومسامحاً، كما إذا طرحها في محل ليس بحرز وذهب عنها غير مراقب لها، أو ترك سفي الدابة وعلفها، أو نشر ثوب الصوف والإبريسم في الصيف، أو أودعها، أو ترك تحفظها من الندادة فيما

(٦) للإجماع^١، وصحيح الحلبي: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»^٢.

وصحيح زرارة: «كل ما كان وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم»^٣، ومن التفريط وضعها عند غيره، كما في مكتبة محمد بن الحسن: رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاغت. هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجه عن ملكه؟ فوقع^٤: «هو ضمان لها إن شاء الله»^٥.

١. تذكرة الفقهاء، ١٦: ١٥٤، العدايق الناضرة ٢١: ٤٠٣؛ مفتاح الكرامة ١٧: ٢١٧؛ جواهر الكلام ٢٧: ١٠٢.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٧٩، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٤.

٤. وسائل الشيعة ١٩: ٨١، كتاب الوديعة، الباب ٥، الحديث ١.

تفسدها النداءة كالكتب وبعض الأقمشة، أو سافر بها. نعم، في كون مطلق السفر والسفر بمطلقها من التفريط منع. وأما التعدي فهو أن يتصرف فيها بما لم يأذن له المالك، مثل أن يلبس الثوب، أو يفرش الفراش، أو يركب الدابة إذا لم يتوقف حفظها على التصرف، كما إذا توقف حفظ الثوب والفراش من الدود على اللبس والافتراش، أو يصدر منه بالنسبة إليها ما ينافي الأمانة وتكون يده عليها على وجه الخيانة، كما إذا جردها؛ لا لمصلحة الودعة، ولا لعذر من نسيان ونحوه. وقد يجتمع التفريط مع التعدي، كما إذا طرح الثوب والقماش والكتب ونحوها في موضع يفسدها، ولعل من ذلك ما إذا أودعه دراهم - مثلاً - في كيس مخنوم أو مخيط أو مشدود، فكسر ختمه أو حلّ خيطه وشده من دون ضرورة ومصلحة. ومن التعدي خلطها بماله؛ سواء كان بالجنس أو بغيره، وسواء كان بالمساوي أو بالأجود أو بالأردأ، ولو مزجها بالجنس من مال المودع، كما إذا أودع عنده دراهم في كيسين غير مخنومين ولا مشدودين، فجعلهما كيساً واحداً، فالظاهر كونه تعدياً مع احتمال تعلق غرضه بانفصالهما، فضلاً عن إحرازه.

(مسألة ٢١): المراد بكونها مضمونة بالتفريط والتعدي: أنّ ضمانها عليه لو تلفت ولو لم يكن مستنداً إلى تفريطه وتعديه. وبعبارة أخرى: تنقلب يده الأمانية غير الضمانية إلى الخيانية الضمانية.

(مسألة ٢٢): لو نوى التصرف ولم يتصرف فيها لم يضمن. نعم، لو نوى الغصب^(٧)؛

(٧) قوام الودعة من الابتداء بكون قبضها والسلطة عليها بعنوان حفظها أمانة بلا استيلاء عليها، تغلباً على المالك. ودفعاً لسلطته.

ففي أيّ حالة تبدّل هذا القصد بقصد الاستيلاء عليها في مقابل سلطنة المالك صارت اليد غصباً، فكم من فرق بين نيّة التصرف فيها بلا إذن المالك، ونيّة السلطنة عليها بقصد رفع سلطنة المالك. ففي الأوّل: لو رجع عن قصده كان المال أمانة تحت يده، وفي الثاني: يستصحب بقاء الغصبية وإن ندم من قصده ورجع.

بأن قصد الاستيلاء عليها لنفسه والتغلب على مالكها، كسائر الغاصبين ضمنها، وتصور يده يد عدوان، ولو رجع عن قصده لم يزل الضمان. ومثله ما إذا جحدتها، أو طلبت منه فامتنع من الرد مع التمكن عقلاً وشرعاً، فإنه يضمنها بمجرد ذلك، ولم يبرأ من الضمان لو عدل عن جحوده أو امتناعه.

(مسألة ٢٣): لو كانت الوديعة في كيس مختوم - مثلاً - ففتحه وأخذ بعضها ضمن الجميع، بل المثبته الضمان بمجرد الفتح كما سبق. وأما لو لم تكن مودعة في حرز، أو كانت في حرز من المستودع فأخذ بعضها، فإن كان من قصده الاقتصار عليه فالظاهر قصر الضمان عليه، وأما لو كان من قصده أخذ التمام شيئاً فشيئاً، فلا يبعد أن يكون ضامناً للجميع، هذا إذا جعلها المستودع في حرزه. وأما لو أخذ المودع الحرز منه وجعلها فيه وختمه أو خاطه فأودعها، فالوجه ضمان الجميع بمجرد الفتح من دون مصلحة أو ضرورة.

(مسألة ٢٤): لو سلمها إلى زوجته أو ولده أو خادمه ليحرزوها، ضمن إلا أن يكونوا كالألة؛ لكون ذلك بمحضره وباطلاعه وبمشاهدته.

(مسألة ٢٥): لو فُرض في الوديعة ثم رجع عن تفريطه؛ بأن جعلها في الحرز المضبوط، وقام بما يوجب حفظها، أو تعدى ثم رجع، كما إذا لبس الثوب ثم نزع، لم يبرأ من الضمان. نعم، لو جدد المالك معه عقد الوديعة بعد فسخ الأول ارتفع الضمان، فهو مثل ما إذا كان مال بيد الغاصب فجعله أمانة عنده، فإن الظاهر أنه بذلك يرتفع الضمان؛ من جهة تبدل عنوان العدوان إلى الاستئمان. ولو أبرأ من الضمان ففي سقوطه قولان، أو جههما السقوط. نعم، لو تلفت في يده واشتغلت ذمته بعوضها لا إشكال في صحة الإبراء.

(مسألة ٢٦): لو أنكر الوديعة، أو اعترف بها وادعى التلف أو الرد ولا بينة، فالقول قوله^(٨) يمينه، وكذلك لو تسالما على التلف، ولكن ادعى عليه المودع التفريط أو التعدي.

(٨) كل ذلك لأنه مقتضى كونه أميناً؛ ولخبر مسعدة: «ليس لك أن تأمن من خائنك، ولا تتهم من اتهمته»^١.

(مسألة ٣٧) : لو دفعها إلى غير المالك وادّعى الإذن منه فأنكر ولا بيّنة، فالقول قول المالك. وأمّا لو صدّقه على الإذن، لكن أنكر التسليم إلى من أذن له، فهو كدعواه الردّ إلى المالك في أنّ القول قوله.

(مسألة ٣٨) : لو أنكر الوديعة، فلما أقام المالك البيّنة عليها صدّقها، لكن ادّعى كونها تالفة قبل أن ينكرها، لا تسمع دعواه، فلا يقبل منه اليمين ولا البيّنة على إشكال. وأمّا لو ادّعى تلفها بعد ذلك تسمع دعواه، لكن يحتاج إلى البيّنة، ومع ذلك عليه الضمان لو كان إنكاره بغير عذر.

(مسألة ٣٩) : لو أقرّ بالوديعة ثمّ مات، فإن عيّنها في عين شخصية معيّنة موجودة حال موته أخرجت من التركة. وكذا لو عيّنها في ضمن مصاديق من جنس واحد موجودة حال الموت، كما إذا قال: «إحدى هذه الأشياء وديعة عندي من فلان»، فعلى الورثة إذا احتملوا صدقه ولم يميزوا أن يعاملوا معها معاملة ما إذا علموا إجمالاً بأنّ إحداها لفلان، والأقوى التعمين بالقرعة. وإن عيّن الوديعة ولم يعيّن المالك كان من مجهول المالك. وقد مرّ حكمه في كتاب الخمس. وهل يعتبر قول المودع ويجب تصديقه لو عيّنها في معيّن واحتمل صدقه؟ وجهان، أوجهما عدمه. ولو لم يعيّنهما بأحد الوجهين؛ بأن قال: «عندي في هذه التركة وديعة من فلان»، فمات بلا فصل يحتمل معه ردّها أو تلفها بلا تفريط، فالظاهر اعتبار قوله، فيجب التخلص بالصلح على الأحوط، ويحتمل قوياً العمل بالقرعة. ومع أحد الاحتمالين المتقدمين ففي الوجوب تردّد لو قال: «عندي في هذه التركة وديعة». نعم، لو قال: «عندي وديعة» من غير تعيين مطلقاً، أو مع تعيين ما ولم يذكر أنّها في تركتي، فالظاهر عدم وجوب شيء في التركة ما لم يعلم بالتلف تفريطاً أو تعدياً.

خاتمة

الأمانة على قسمين: مالكية وشرعية.

أمّا الأول: فهو ما كان باستئمان من المالك وإذنه؛ سواء كان عنوان عمله ممحّضاً في ذلك كالوديعة، أو يتبع عنوان آخر مقصود بالذات، كما في الرهن والعارية والإجارة والمضاربة،

فإن العين فيها بيد الطرف أمانة مالكية؛ حيث إن المالك قد سلمها إليه وتركها بيده من دون مراقبة منه، وجعل حفظها على عهده.

وأما الثاني؛ فهو ما لم يكن الاستيلاء عليها ووضع اليد باستئمان وإذن من المالك، وقد صارت تحت يده لا على وجه العدوان؛ بل إما قهراً، كما إذا أطارها الريح، أو جاء بها السيل - مثلاً - في ملكه، ووقعت تحت يده. وإما بتسليم المالك لها بدون اطلاع منهما، كما إذا اشترى صندوقاً فوجد فيه شيئاً من مال البائع بدون اطلاعه، أو تسلّم البائع أو المشتري زائداً على حقهما من جهة الغلط في الحساب مثلاً. وإما برخصة من الشرع كاللقطة والضالة، وما يتنزع من يد السارق أو الفاسد للإيصال إلى صاحبه. وكذا ما يؤخذ من الصبي أو المجنون من مالهما - عند خوف التلف في أيديهما - حسبة للحفظ، وما يؤخذ مما كان في معرض الهلاك والتلف من الأموال المحترمة، كحيوان معلوم المالك في مسبعة أو مسيل ونحو ذلك، فإن العين في جميع هذه الموارد تكون تحت يد المستولي عليها أمانة شرعية؛ يجب عليه حفظها وإيصالها - في أول أزمنة الإمكان - إلى صاحبها ولو مع عدم المطالبة، وليس عليه ضمان لو تلفت في يده، إلا مع التفريط أو التعدي كالأمانة المالكية. ويحتمل عدم وجوب إيصالها؛ وكفاية إعلام صاحبها بكونها عنده، والتخلى بينها وبينه بحيث كلما أراد أن يأخذها أخذها، بل لا يخلو هذا من قوة. ولو كانت العين أمانة مالكية يتبع عنوان آخر وقد ارتفع ذلك العنوان - كالعين المستأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة، والعين المرهونة بعد فك الرهن، والمال الذي بيد العامل بعد فسخ المضاربة - ففي كونها أمانة مالكية أو شرعية وجهان بل قولان، لا يخلو أولهما من رجحان.

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً، وهي عقد واقع^(١) بين شخصين على أن يكون رأس المال في التجارة من أحدهما والعمل من الآخر، ولو حصل ربح يكون بينهما. ولو جعل تمام الربح للمالك يقال له: البضاعة. وحيث إنها عقد، نحتاج إلى الإيجاب^(٢) من المالك والقبول من

كتاب المضاربة

(١) المنشأ في هذا العقد هو تسلط العامل على التصرفات التجارية في مال المضاربة لإنتاج الربح المشترك بينه وبين المالك. ويمكن جعلها من أقسام الشركة، فهي والمزارعة والمساقاة والشركة كلها من باب واحد، وهو عنوان الاشتراك، فيمكن حينئذ إنشاء العقد بعنوان الشركة خاصة إذاكثر أرباب الأموال والعاملون، فيقول المالك: «تشاركنا وتعاهدنا» أو «تشاركنا في الأموال والأعمال بأن تكون الأموال منا، والكسب والتجارة منكم، والربح بيننا بالثلث أو الربع» مثلاً فيقبل العاملون، وهذه هي المسماة بالشركة التعاونية في «القانون الأساسي» لايران مثلاً.

ويظهر من «التذكرة» أن تشريع المضاربة لعدم إمكان الاستئجار في موردها؛ لكثرة الأعمال التجارية الصادرة من العامل وعدم إمكان ضبطها، ولذلك لا مضاربة في الزراعة والطبخ وغيرهما.^١

لكن لا يخلو الكلام عن إشكال؛ لجواز استئجار الشخص شهراً أو شهرين للتجارة مع إمكان الضبط عرفاً.

(٢) أمتن ما يقال في الفرق بين العقد والإيقاع هو أن الأول ما احتاج إلى نشأتين وكان

العامل، ويكفي في الإيجاب كل لفظ يفيد هذا المعنى بالظهور العرفي، كقوله: «ضاربك» أو «قارضك» أو «عاملك» على كذا، وفي القبول: «قبلت» وشبهه.

(مسألة ١): يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والاختيار، وفي رب المال عدم الحجر لفلس. وفي العامل القدرة على التجارة برأس المال، فلو كان عاجزاً مطلقاً بطلت، ومع العجز في بعضه لا تبعد الصحة بالنسبة على إشكال. نعم، لو طرأ في أثناء التجارة تبطل من حين طرؤه بالنسبة إلى الجميع لو عجز مطلقاً، وإلى البعض لو عجز عنه على الأقوى. وفي رأس المال أن يكون عيناً^(٣)، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين؛ سواء كان على العامل

المنشأ تحت ولاية شخصين، كالتملك والتملك في البيع ونحوه، والزوجية وقبولها في النكاح، فلو فرضنا وقوع الأمرين تحت ولاية أحد كان إيقاعاً، كأن يقول الولي: «ملكك مال ابني لبنتي بمالها الكذائي»، وكأن يكون المالك والعامل في المضاربة سفيهين فيقول الولي: «جعلت المال بينكما بالمضاربة»، وكأن يقول ولي الزوج والزوجة: «أنكحت بنت ابني ابن ابني الآخر»، أو يقول الوكيل من الطرفين في إيقاع الزوجية: «زوّجت موكلتي موكلي على المهر»، أو أنكحتها إياه على المهر؛ ولا يحتاج في هذه الأمثلة إلى القبول، نعم، لو وكل الزوج أو الزوجة في ما ينشأ من ناحيته بالخصوص، كإنشاء تسليم نفسها مثلاً، احتاج إلى إنشاءين: إنشاء ما ينشأه كل واحد من الطرفين، كان عقداً.

(٣) قيل^١: لعدم صدق عنوان المضاربة عرفاً عن المعاملة على الدين والمنفعة، فالأصل عدم ترتب أحكامها عليها؛ لعدم شمول إطلاقاتها، ولو قيل بشمول «تجارة عن تراخيص»^٢ أو «أو فوا بالعقود»^٣ فلا تقتضي كونها مضاربة، بل عقد آخر. ولرواية السكوني^٤.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤٣.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. المائدة (٥): ١.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

أو غيره إلا بعد قبضه. وأن يكون درهماً وديناراً، فلا تصح بالذهب والفضة غير المسكوكين والسبائك والعروض. نعم، جوازها بمثل الأوراق النقدية ونحوها من الأثمان - غير الذهب والفضة - لا يخلو من قوة، وكذا في الفلوس السود. وأن يكون معيّنًا^(٤)، فلا تصح بالمبهم، كأن يقول: قارضتك بأحد هذين أو بأيهما شئت. وأن يكون معلوماً قدرأً ووصفاً^(٥). وفي الربح أن يكون معلوماً، فلو قال: «إن لك مثل ما شرط فلان لعامله» ولم يعلمه بطلت. وأن

لكن لا يبعد القول بالصحة؛ للصدق العرفي بلا إشكال، فتشمله إطلاقات المضاربة لو كانت، وكذلك العمومات.

وأما خبر السكوني فلعلة للفرر؛ لعدم وجود مصداق الدين عنده حال المضاربة، كما هو مفاد الحديث.

(٤) لا دليل على البطلان معتدّ به لو اختار العامل في مقام العمل أحد الشينين وعمل به على طبق عقد المضاربة، ودليل نفي الفرر سيجي، حكمه.

(٥) استدلل عليه أولاً: بالإجماع المنقول^١، مع أن الشيخ^٢ في «المبسوط»^٣ قوى الصحة.

وثانياً: بما دلّ على نفي الفرر^٣، وبعدم إمكان الربح مع الجهالة، وهو روح هذه المعاملة كما في «الجواهر»^٤.

لكن الإجماع مخدوش، والنهي عن الفرر نبوي غير معتبر، فعموم أدلة الصحة محكّم، وأما ما في «الجواهر» فلا إشكال في إمكان تحقق الربح مع جهالة رأس المال، لكنّه يكون مجهولاً أيضاً كالأصل، ويمكن التخلص بتعيين مقدار الربح بالأخذ بالقدر المتيقّن أو بالقرعة أو بالمصالحة ونحوها.

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٢٣١ ط قديم؛ مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤٦.

٢. المبسوط ٣: ١٩٩.

٣. عيون أخبار الرضا^{عليه السلام} ٢: ٤٥، الحديث ١٦٨؛ وسائل الشريعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة.

الباب ٤٠، الحديث ٣؛ عوالي اللآلي ٢: ٢٤٨، الحديث ١٧؛ كنز العمال ٤: ٧٤ / ٩٥٨٥.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ٣٥٩.

يكون مشاعاً مقدراً^(٦) بأحد الكسور كالنصف أو الثلث، فلو قال: على أن لك من الربح مائة والباقي لي، أو بالعكس، أو لك نصف الربح وعشرة دراهم مثلاً، لم تصح. وأن يكون بين المالك والعامل لا يشاركهما الغير، فلو جعلاً جزءاً منه لأجنبي بطلت إلا أن يكون له عمل متعلق بالتجارة.

(مسألة ٢): يشترط أن يكون الاسترباح بالتجارة، فلو دفع إلى الزارع مالاً ليصرفه في الزراعة ويكون الحاصل بينهما، أو إلى الصانع ليصرفه في حرفته ويكون الفائدة بينهما، لم يصح ولم يقع مضاربة.

(مسألة ٣): الدراهم المغشوشة إن كانت رائجة مع كونها كذلك تجوز المضاربة بها، ولا يعتبر الخلوص فيها. نعم، لو كانت قلباً يجب كسرها ولم تجز المعاملة بها، لم تصح.

(مسألة ٤): لو كان له دين^(٧) على شخص يجوز أن يوكل أحداً في استيفائه، ثم إيقاع المضاربة عليه موجباً وقابلاً من الطرفين. وكذا لو كان المديون هو العامل، يجوز توكيله في تعيين ما في ذمته في نقد معين للدائن، ثم إيقاعها عليه موجباً وقابلاً.

(مسألة ٥): لو دفع إليه عروضاً وقال: بعها ويكون ثمنها مضاربة، لم تصح إلا إذا أوقع عقدها بعد ذلك على ثمنها.

(مسألة ٦): لو دفع إليه شبكة على أن يكون ما وقع فيها من السمك بينهما بالتصنيف - مثلاً - لم يكن مضاربة، بل هي معاملة فاسدة، فما وقع فيها من الصيد للصائد بمقدار

(٦) قد يدعى أن هذا الشرط وما بعده سبباً لانتفاء موضوع المضاربة، فتبطل من هذه الجهة.

لكن الدعوى غير مسلمة، والصدق غير بعيد مع الاطمئنان ببقاء شيء من الربح لغير صاحب المائة. نعم، الشرط الأخير مخالف لإطلاقها، ومع التقييد لا بأس، خاصة إذا كان شرط الفعل لا شرط النتيجة.

(٧) مر في المسألة الأولى أنه لا يبعد صحة إيقاع عقد المضاربة على الدين مطلقاً، سواء أكان في ذمة الغير أو العامل، فإذا اشترى العامل متاعاً ونقده خارجاً مما في الذمة

حَصَّتْهُ الَّتِي قَصَدَهَا لِنَفْسِهِ، وَمَا قَصَدَهُ لْغَيْرِهِ^(٨) فَمَالِكِيَّتُهُ لَهُ مُحَلٌّ إِشْكَالًا، وَيَحْتَمِلُ بِقَاوِئِهِ عَلَى إِبَاحَتِهِ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ مِثْلِ الشَّبَكَةِ.

(مَسْأَلَةٌ ٧) : لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا؛ لِيَشْتَرِيَ نَخِيلًا أَوْ أَغْنَامًا عَلَى أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ وَالتَّاجُ بَيْنَهُمَا، لَمْ يَكُنْ مُضَارِبَةً، فَهِيَ مُعَامَلَةٌ فَاسِدَةٌ^(٩) تَكُونُ الثَّمَرَةُ وَالتَّاجُ لِرَبِّ الْمَالِ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِ الْعَامِلِ.

(مَسْأَلَةٌ ٨) : تَصَحَّحَ الْمُضَارِبَةُ بِالْمَشَاعِ كَالْمَفْرُوزِ، فَلَوْ كَانَتْ دَرَاهِمُ مَعْلُومَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنِ اثْنَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْعَامِلِ: «قَارِضْتُكَ بِحَصَّتِي مِنْ هَذِهِ الدَّرَاهِمِ»، صَحَّ مَعَ الْعِلْمِ بِمَقْدَارِ حَصَّتِهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ عَنْدهُ أَلْفُ دِينَارٍ - مِثْلًا - وَقَالَ: «قَارِضْتُكَ بِنِصْفِ هَذِهِ الدَّنَانِيرِ».

(مَسْأَلَةٌ ٩) : لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ: «أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ قَرِاضًا وَلِكُلِّ مِثْنًا نِصْفَ الرِّيحِ»، وَأَنْ يَقُولَ: «... وَالرِّيحُ بَيْنَنَا»، أَوْ يَقُولَ: «... وَلِكِ نِصْفِ الرِّيحِ»، أَوْ «... لِي نِصْفُ الرِّيحِ» فِي أَنْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَ لِكُلِّ مِثْنٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الرِّيحِ. وَكَذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ: «أَخَذْتُ قَرِاضًا وَلِكِ نِصْفِ رِبْحِهِ»، أَوْ يَقُولَ: «... لَكَ رِبْحُ نِصْفِهِ»، فَإِنَّ مَقَادِمَ الْجَمِيعِ وَاحِدٌ عَرَفًا.

كُفَى، وَمَا رَوَاهُ السَّكُونِيُّ^١ قَدْ عَرَفْتَ الْجَوَابَ عَنْهُ.

(٨) هَذَا إِذَا كَانَ قَصْدُهُمَا مِنَ الْمُعَامَلَةِ الْكَذَابِيَّةِ سَبَبِيَّةَ الْعَمَلِ لِدُخُولِ مَقْدَارٍ مِنَ الصَّيْدِ فِي مِلْكِ الْمَالِكِ وَمَقْدَارٍ مِنْهُ فِي مِلْكِ الْعَامِلِ كَمَا هُوَ طَبِيعُ الْمُعَامَلَةِ، وَأَمَّا لَوْ قَصَدَ الْمَالِكُ تَوْكِيلَ الْعَامِلِ فِي حَيَازَةِ الصَّيْدِ، فَالظَّاهِرُ حَصُولُ الْمَلِكِيَّةِ لَهُ أَيْضًا، سِوَاهُ قَلْنَا بِصَحَّةِ هَذَا النَّحْوِ مِنَ الْمُعَامَلَةِ أَمْ بِفَسَادِهَا، وَابْتِحَ الْأَصْلِيُّ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ وَإِحْيَاءِ الْمَوَاتِ.

(٩) لَا يَبْعُدُ الْقَوْلُ بِصَحَّتِهَا وَأَنَّهَا عَقْدٌ مُسْتَقِلٌّ غَيْرُ مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ مِنَ الْعُقُودِ، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٢، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: «بِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ»^٣، لَكِنَّ الْإِجَارَةَ حِينَئِذٍ تَعْيِينُ حَدُودِ ذَلِكَ وَآثَارِهِ، حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ مِنَ الْعَرَفِ وَالْعَادَةِ، وَأَنَّ التَّلْفَ أَوْ الْخُسَارَا

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٣، كتاب المضاربة، الباب ٥، الحديث ١.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. النساء (٤): ٢٩.

(مسألة ١٠): يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل في مال واحد؛ مع اشتراط تساويهما فيما يستحقان من الربح وفضل أحدهما على الآخر؛ وإن تساويا في العمل، ولو قال: «أقارضتكما ولكما نصف الربح» كانا فيه سواء، وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل؛ بأن كان المال مشتركاً بين اثنين، فأقارضا واحداً بالنصف - مثلاً - متساوياً بينهما؛ بأن يكون النصف للعامل والنصف بينهما بالسوية وبالاختلاف؛ بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث مثلاً، فإذا كان الربح اثني عشر، استحق العامل خمسة وأحد الشريكين ثلاثة والآخر أربعة، نعم، إذا لم يكن اختلاف في استحقاق العامل بالنسبة إلى حصة الشريكين، وكان التفاضل في حصة الشريكين فقط^(١٠)، كما إذا اشترط أن يكون للعامل النصف والنصف الآخر بينهما بالتفاضل، مع تساويهما في رأس المال؛ بأن يكون للعامل السنة من اثني عشر، ولأحد الشريكين اثنان وللآخر أربعة، ففي صحته وجهان بل قولان، أقواهما البطلان.

- مثلاً - على عهدتهما أو عهدة أحدهما.

(١٠) قد يقال: إن اللازم إنشاء هذا الشرط في ضمن عقد الشركة بين المالكين أو عقد آخر، لا في عقد المضاربة؛ لعدم ارتباطه بالعامل الذي هو أحد طرفي العقد. وفيه: أنه ليس بأدون من الشرط للأجنبي، فالعامل يشترط مع أحد المالكين أن يكون مقدار من حصته للمالك الآخر، كما إذا عرف العامل أنه لو لم يشترط ذلك لما حضر المشروط له على عقد المضاربة.

وقد يقال أيضاً بأن ذلك على خلاف مقتضى الشركة؛ إذ مقتضى التساوي في ملك المال التساوي في ملك النماء أيضاً.

لكن ذلك خلاف مقتضى إطلاقها، فكما أن مقداراً من الربح يكون للعامل بسبب عقد المضاربة، ولا يكون خلاف الكتاب والسنة، بل ولا خلاف الارتكاز العرفي، فكذلك كون مقدار من الربح للمالك المشروط له.

(مسألة ١١) : المضاربة جائزة من الطرفين يجوز لكل منهما فسخها؛ قبل الشروع في العمل وبعده، قبل حصول الربح وبعده، صار المال كله نقداً أو كان فيه أجناس لم تنض بعد، بل لو اشترطا فيها الأجل^(١١) جاز لكل منهما فسخها قبل انقضائه. ولو اشترطا فيها عدم الفسخ، فإن كان المقصود لزومها بحيث لا تنفسخ بفسخ أحدهما - بأن جعل ذلك كناية عن لزومها، مع ذكر قرينة دالة عليه - بطل الشرط دون أصل المضاربة^(١٢) على الأقوى، وإن كان المقصود التزامهما بأن لا يفسخاها فلا بأس به، ولا يبعد لزوم العمل عليهما^(١٣)، وكذلك لو شرطاه في ضمن عقد جائز ما لم يفسخ، وأما لو جعلنا هذا الشرط في ضمن عقد خارج لازم - كالبيع والصلح ونحوهما - فلا إشكال في لزوم العمل به.

(١١) لو كان المراد منه توقيف المضاربة، كأن يقول: «ضاربتك سنة»، فهو أولى بالجواز من المطلق، ولو كان المراد اشتراط عدم الفسخ رجع إلى ما بعده من العبارة.

(١٢) فإن مقتضى عقد المضاربة شرعاً عدم اللزوم، فالشرط مخالف للكتاب، وبطلانه لا يكون سبباً لبطلان العقد؛ لتعدد المطلوب.

(١٣) بمعنى وجوب الوفاء بالشرط ما دام العقد باقياً، فإذا فسخ زال الموضوع فزال الشرط أيضاً، وقد يقال: «إن الشرط في العقود غير اللازمة غير واجب الوفاء»^١، ويستدل عليه بوجود:

الأول: أنه إذا كان الأصل متزلاً، فالشرط الذي هو النوع أولى به.
وفيه: أنه لا دليل على هذه الكلية.

الثاني: أن دليل جواز العقد يقتضي جوازه مع توابعه والشرط من التوابع.

وفيه: أن دليل الجواز الإجماع - وهو لبي - لا يشمل غير العقد، فهو المتيقن.

الثالث: أنه إذا لزم الالتزام بالشرط دون العقد، لزم ذلك ولو مع عدم العقد وانفساخه أيضاً.

وفيه: أن مقتضى الأدلة الشرط في العقد، ومع الفسخ يرتفع الموضوع.

(مسألة ١٢): الظاهر جريان المعاوضة والفضولية في المضاربة، فتصح بالمعاوضة، ولو وقعت فضولاً من طرف المالك أو العامل تصح بإجازتهما.

(مسألة ١٣): تبطل المضاربة بموت كلٍّ من المالك والعامل. وهل يجوز لورثة المالك^(١٤) إجازة العقد فتبقى بحالها بإجازتهم أم لا؟ الأقوى عدم الجواز.

(مسألة ١٤): العامل أمين^(١٥)، فلا ضمان عليه لو تلف المال أو تعيب تحت يده، إلا مع التعدي أو التفريط. كما أنه لا ضمان عليه من جهة الخسارة في التجارة، بل هي واردة على صاحب المال. ولو اشترط المالك على العامل أن يكون شريكاً معه في الخسارة كما هو

الرابع: ما قاله في «الجواهر»: «إن الأصل جواز الشرط»^١. وفيه: أن ظاهر الأدلة هو نفوذ الشرط وصحته لا الحكم التكليفي، لكن إذا شك في ذلك فالشك يرجع إلى نفوذ الفسخ، والأصل عدمه وعدم ترتب الأثر على الفسخ.

(١٤) قيل: نفوذ الإجازة مشروطاً بأمرين: صدور العقد من غير من له العقد، ووجود ولاية للمجيز عليه، وفي المورد كلا الأمرين متفتيان.^٢

وبعبارة أخرى: إن أريد إجازته من حيث الحدوث فلا قصور فيه، وإن أريد من جهة البقاء فليس بمراد، وليس ذلك معنى الإجازة، وإن أريد التجديد فهو خارج عن مورد الكلام.

وليس كذلك في البطن المتأخر من الوقف الخاص إذا أجاز عقد البطن الأول وأجازته الوارث ما زاد عن الثلث.

(١٥) الدليل عليه موضوعاً وحكماً هو الإجماع وصحيفة محمد بن مسلم^٣ عن الباقر^٤.

وفيه الحكم أيضاً قوله تعالى: ﴿مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^٥. والتعدي: فعل ما يلزم

١. جواهر الكلام ٢٦: ٣٤١.

٢. مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣١٩ - ٣٢٠.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢١، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٣.

٤. التوبة (٩): ٩١.

شريك في الربح ففي صحته وجهان، أقواهما المدم^(١٦). نعم، لو كان مرجعه إلى اشتراط أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه - مثلاً - من كيسه لا بأس به، ولزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به ولو كان في ضمن عقد جائز ما دام باقياً. نعم، له فسخه ورفع موضوعه، كما أنه لا بأس بالشرط - على وجه غير بعيد - لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهده بعد حصولها في ملكه؛ بنحو شرط النتيجة.

تركه، والتفريط: ترك ما يلزم فعله.

(١٦) لعل ذلك لكون الشرط حيثئذ مخالفاً للكتاب؛ فإن كون تلف المال أو خسارته على عهدة مالكة من الأحكام الشرعية الاقتضائية له تأكيد لما عليه العقلاء أيضاً. لكن يمكن أن يقال بعدم كونه حكماً اقتضائياً؛ إذ الخسارة كالربح، فكما أن الربح قد يكون لغير المالك في هذا الباب فكذا الخسارة، إلا أن الأول بعقد المضاربة، والثاني بالشرط، وكما في ضمان الجريرة ونحوه، فليس ذلك من قبيل حرمة الخمر ونحوها. وأما ما يستفاد من صحيحة إسحاق بن عمار: «الربح بينهما، والوضيعة على المال»^١، وصحيحة الحلبي: «ليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال»^٢، فلا ظهور لهما في كون ذلك حكماً اقتضائياً، ولعله حكمٌ حيثيٌّ ولولائيٌّ يرتفع بالشرط. ومعنى الاستثناء في الخبر الثاني أنه لو خالف يكون الخسارة بحسب الشرع على صاحب المال، ومحصل الخبر عدم ترتب الخسارة في صورة عدم المخالفة وترتبها في صورة المخالفة، وكلاهما حيثيان، فلا ينافي الترتب في الأول، وعدمه في الثاني بالشرط. ولو شككنا في كون الحكم اقتضائياً وعدمه، فالأصل يقتضي عدم الاقتضاء، فأدلة الشروط محكمة.

والحاصل: أنه يتصور الشرط هنا على أقسام ثلاثة:

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٦، كتاب المضاربة، الباب ٣، الحديث ٥.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٤.

(مسألة ١٥) : يجب على العامل بعد عقد المضاربة القيام بوظيفته؛ من تولي ما يتولاه التاجر لنفسه على المعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان ومثل ذلك العامل؛ من عرض القماش والنشر والطي مثلاً وقبض الثمن وإحرازه في حرزه، واستئجار ما جرت العادة باستئجاره، كالدلال والوزان والحمال، ويُعطي أجرتهم من أصل المال، بل لو باشر مثل هذه الأمور هو بنفسه لا بقصد التبرع، فالظاهر جواز أخذ الأجرة^(١٧). نعم، لو استأجر لما يتعارف فيه مباشرة العامل بنفسه كانت عليه الأجرة.

(مسألة ١٦) : مع إطلاق عقد المضاربة يجوز للعامل الاتجار بالمال على ما يراه من المصلحة؛ من حيث الجنس المشتري والبائع والمشتري وغير ذلك حتى في الثمن، فلا يمتنع عليه أن يبيع بالتقود، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، إلا أن يكون هناك تعارف ينصرف إليه الإطلاق. ولو شرط عليه المالك أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلا الجنس الفلاني، أو لا يبيع من الشخص الفلاني، أو الطائفة الفلانية، وغير ذلك من الشروط، لم يجز له المخالفة^(١٨)، ولو خالف ضمن.....

الأول: اشتراط أن يكون التلف أو الخسارة ابتداءً على العامل، وهو محل الكلام، وقد عرفت حكمه.

الثاني: أن ينتقل ضمان التلف أو الخسارة من المالك إلى عهدة العامل، وهو لا بأس به.

الثالث: أن يشترط جبر العامل الخسارة من كيسه، وهذا لا إشكال في صحته.

(١٧) لأنَّ المقام نظير الإذن لأحد ببيع شيء من ماله أو الشراء له بماله، فبإباحة المأذون على نفسه، أو اشتري له من نفسه، فجواز الاستئجار مستفاد من العقد الشامل للوازم التجارة وشؤونها، ولو قلنا بعدم شمول العقد لهذا القسم من العمل، فلا يجوز الأخذ؛ لهتكه حينئذٍ حرمة عمله، فما عن «الجواهر»^١ من جواز الأخذ؛ لقاعدة الاحترام مخدوش.

(١٨) إن كانت المخالفة بالعمل، كبيع المعاطاة ونحوه، فعدم الجواز تكليفي بمعنى

المال والخسارة^(١٩)، لكن لو حصل الربح، وكانت التجارة رابعة، شارك المالك في الربح على ما قرأه في عقد المضاربة.

حرمة ذلك؛ لقوله أرواحنا فداء: «فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^١، وغيره من الأدلة.

وإن كانت بالإنشاء، كعقد البيع ونحوه، فعدم الجواز يكون بمعنى الفساد والبطلان بمقتضى عدم سلطنة غير المالك.

(١٩) لا خلاف في ذلك، والنصوص مصرّحة به فراجع^٢.

ولكن الكلام في كون الحكم على خلاف القواعد أو على وفقها.

فقد يقال بأن الحكم مطلقاً على خلاف القاعدة؛ فإن الشرط إن كان على نحو القيدية - بأن كان تقييداً لمفهوم العقد، كتقييد المبيع والثمن والمشتري والبائع وذكر الزمان والمكان ونحو ذلك، فيقول المالك مثلاً: اشتري الحنطة، أو بـع بالذهب، أو اشتري من زيد، أو بـع لعمر، أو في اليوم الفلاني، أو في المكان الفلاني - فالمخالفة سبب لبطلان العقد بمعنى وقوعه فضولياً، فلو أذن المالك كان الربح له وتقع المضاربة باطلة.

وإن كان على نحو الالتزام في الالتزام، كان للمالك خيار تخلف الشرط، فلو أمضى اشترك في الربح، ولو فسخ بطلت المضاربة وكان تمام الربح له.

لكن يمكن أن يقال: إن التقييد والشرط إن كانا على نحو الإطلاق وفي مقام الواقع لا من جهة احتمال الضرر، فمقتضى القاعدة ذلك. وإن كانا بلحاظ الضرر بحيث لو اتفق عدمه، كان راضياً بالمعاملة مع فقد القيد والشرط أيضاً، فالمخالفة لا توجب البطلان والخيار، ومقتضى القاعدة حينئذ الصحة، ويمكن حمل الأخبار أيضاً على هذه الصورة، كما هو ظاهر حال التقييد والاشتراط في أغلب مواردتهما في المعاملات والتجارات.

١. وسائل الشريعة ٩: ٥٤٠، كتاب الخمس، أبواب الأنفال، الباب ٣، الحديث ٦.

٢. راجع وسائل الشريعة ١٩: ١٥-١٨، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١-١٢.

(مسألة ١٧): لا يجوز للعامل خلط رأس المال بمال آخر لنفسه أو لغيره، إلا بإذن المالك عموماً أو خصوصاً، فلو خلط ضمن المال والخسارة، لكن لو أتجر بالمجموع وحصل ربح فهو بين المالين على النسبة.

(مسألة ١٨): لا يجوز مع الإطلاق أن يبيع نسبة، خصوصاً في بعض الأزمان وعلى بعض الأشخاص، إلا أن يكون متعارفاً بين التجار - ولو في ذلك البلد أو الجنس الفلاني - بحيث ينصرف إليه الإطلاق، فلو خالف في غير مورد الانصراف ضمن، لكن لو استولاه وحصل ربح كان بينهما.

(مسألة ١٩): ليس للعامل أن يسافر بالمال - برّاً وبحراً - والاتجار به في بلاد آخر غير بلد المال، إلا مع إذن المالك ولو بالانصراف لأجل التعارف، فلو سافر به ضمن التلف والخسارة، لكن لو حصل ربح يكون بينهما. وكذا لو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها.

(مسألة ٢٠): ليس للعامل أن ينفق في الحضر من مال القراض وإن قلّ حتى ليلوس السقاء، وكذا في السفر إذا لم يكن بإذن المالك، وأما لو كان بإذنه فله الإنفاق من رأس المال، إلا إذا اشترط المالك أن تكون النفقة على نفسه، والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه: من مأكل ومشروب وملبوس ومركوب وآلات وأدوات - كالقربة والجوالق - وأجرة المسكن ونحو ذلك، مع مراعاة ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حسب عليه، ولو قسّر على نفسه، أو لم يحتج إليها من جهة صيرورته ضعيفاً - مثلاً - لم يحسب له، ولا تكون من النفقة هنا جوائزه وعطاياه وضيافاته وغير ذلك، فهي على نفسه إلا إذا كانت لمصلحة التجارة.

(مسألة ٢١): المراد بالسفر المجوز للإتفاق من المال هو العرفي لا الشرعي، فيشمل ما دون المسافة، كما أنه يشمل أيام إقامته عشرة أيام أو أزيد في بعض البلاد؛ إذا كانت لأجل عوارض السفر، كما إذا كانت للراحة من التعب، أو لانتظار الرفقة، أو خوف الطريق، وغير ذلك، أو لأمر متعلّقة بالتجارة، كدفع المشور، وأخذ جواز السفر. وأما لو بقي للترجّح أو لتحصيل مال لنفسه ونحو ذلك، فالظاهر كون نفقته على نفسه إذا كانت الإقامة لأجل مثل

هذه الأغراض بعد تمام العمل. وأما قبله فإن كان بقاؤه لإتمامه وغرض آخر، فلا يبعد التوزيع بالنسبة إليهما، والأحوط احتسابها على نفسه، وإن لم يتوقف الإتمام على البقاء وإنما بقي لغرض آخر فنفقة البقاء على نفسه، ونفقة الرجوع على مال القراض لو سافر للتجارة به. وإن عرض في الأثناء غرض آخر وإن كان الأحوال التوزيع في هذه الصورة، وأحوط منه الاحتساب على نفسه.

(مسألة ٢٢): لو كان عاملاً لائتين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره، توزع النفقة. وهل هو على نسبة المالكين أو نسبة العملين؟ فيه تأمل وإشكال، فلا يترك الاحتياط برعاية أقل الأمرين إذا كان عاملاً لنفسه وغيره؛ والتخلص بالتصالح بينهما، ومعهما إذا كان عاملاً لائتين مثلاً.

(مسألة ٢٣): لا يعتبر ظهور الربح في استحقاق النفقة، بل ينفق من أصل المال وإن لم يكن ربح. نعم، لو أنفق وحصل الربح فيما بعد، يجبر ما أنفقه من رأس المال بالربح كسائر الغرامات والخسارات، فيعطي المالك تمام رأس ماله فإن بقي شيء يكون بينهما.

(مسألة ٢٤): الظاهر أنه يجوز للعامل الشراء بعين مال المضاربة؛ بأن يعين دراهم شخصية ويشتري بها شيئاً، كما يجوز الشراء بالكلية في الذمة والدفع والأداء منه؛ بأن يشتري جنساً بألف درهم كلّي على ذمة المالك، ودفعه بعد ذلك من المال الذي عنده، ولو تلف مال المضاربة قبل الأداء، لم يجب على المالك الأداء من غيره؛ لعدم الإذن على هذا الوجه، وما هو لازم عقد المضاربة، هو الإذن بالشراء كلياً متقيداً بالأداء من مال المضاربة؛ لأنه من الاتجار بالمال عراً. نعم، للعامل أن يعين دراهم شخصية ويشتري بها؛ وإن كان غير متعارف في المعاملات، لكنه مأذون فيه قطعاً وأحد مصاديق الاتجار بالمال. هذا مع الإطلاق، وأما مع اشتراط نحو خاص فيشيع ما اشترط عليه.

(مسألة ٢٥): لا يجوز للعامل أن يوكل غيره في الاتجار - بأن يوكل إليه أصل التجارة - من دون إذن المالك. نعم، يجوز له التوكيل والاستئجار في بعض المقدمات، بل وفي إيقاع بعض المعاملات التي تعارف إيكالها إلى الدلال، وكذلك لا يجوز له أن يضارب غيره أو يشاركه فيها إلا بإذن المالك، ومع الإذن إذا ضارب غيره، يكون مرجعه إلى نسخ

المضاربة^(٢٠) الأولى؛ وإيقاع مضاربة جديدة بين المالك وعامل آخر، أو بينه وبين العامل مع غيره بالاشتراك، وأما لو كان المقصود إيقاع مضاربة بين العامل وغيره - بأن يكون العامل الثاني عاملاً للعامل الأول - فالأقوى عدم الصحة.

(مسألة ٣٦): الظاهر أنه يصح أن يشترط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مალأً أو عملاً، كما إذا شرط المالك على العامل أن يخط له ثوباً أو يعطيه درهماً وبالعكس.

(مسألة ٣٧): الظاهر أنه يملك العامل حصته من الربح^(٢١) بمجرد ظهوره، ولا يتوقف على الإنضاض - بمعنى جعل الجنس نقداً - ولا على القسمة. كما أن الظاهر صيرورته شريكاً مع المالك في نفس العين الموجودة بالنسبة، فيصح له مطالبة القسمة، وله التصرف في حصته من البيع والصلح، ويرتّب عليه جميع آثار الملكية؛ من الإرث وتعلّق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة وتعلّق حقّ الغرماء وغير ذلك.

١٠١٩

(٢٠) لا بأس بالقول ببقاء المضاربة الأولى في صورة قصد المشاركة، فيدخل العامل الثاني أيضاً في دائرة العقد؛ إذ هو من العقود الإذنية، كالتوكيل ونحوه، وليس كالاستئجار لأمر واحد غير قابل للتعدّد.

وحينئذٍ، فإذا اتّجر أحد العاملين بالمال وربح، كان ربحه بينه وبين المالك، كما أنه إذا اتّجر الآخر به أيضاً، كان الأمر كذلك، ولو اشتركا في عمل، كان الربح بينهما وبين المالك حسب ما عيّنوه.

(٢١) لا إشكال في أنه إذا اشترى العامل بالنقد المورد للمضاربة عيناً، ساوى قيمتها رأس المال، فليس له شيء منها، ثم إذا ارتفعت قيمتها السوقية بعد ذلك، شارك العامل ربّ المال في ذلك من حين الارتفاع، إلا أن الكلام في المراد من الربح وأنه هو أمرٌ وهمي اعتباري يعتبره العقلاء ملكاً للمالك والعامل، ويرتّبون عليه جميع آثار الملكية، أو هو عبارة عن مقدار من العين نسبته إليهما نسبة حصّة العامل والمالك إلى أصل المال؟

الظاهر أن الأول أمارّة على الثاني في المورد، ويلاحظ مستقلاً في موارد الربح في باب الخمس ووجوب إخراج حقّ الله منه.

(مسألة ٢٨): لا إشكال في أنّ الخسارة الواردة على مال المضاربة، تجبر بالربح ما دامت المضاربة باقية؛ سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة، فملكية العامل له بالظهور متزلزلة؛ تزول كلّها أو بعضها بعروض الخسران إلى أن تستقرّ، والاستقرار يحصل^(٢٢) بعد الإنضاض وفسخ المضاربة والقسمة قطعاً، فلا جبران بعد ذلك. وفي حصوله بدون اجتماع الثلاثة وجوه وأقوال، أقواها تحقّقه بالفسخ مع القسمة وإن لم يحصل الإنضاض، بل لا يبعد تحقّقه بالفسخ والإنضاض وإن لم يحصل القسمة، بل تحقّقه بالفسخ فقط، أو بتمام أمدها لو كان لها أمد، لا يخلو من وجه.

(مسألة ٢٩): كما يجبر الخسران في التجارة بالربح، كذلك يجبر به التلف؛ سواء كان بعد الدوران في التجارة أو قبله أو قبل الشروع فيها، وسواء تلف بعضه أو كلّه، فلو اشترى في الذمّة^(٢٣) بالّلف، وكان رأس المال ألفاً فتلف، قبّاع المبيع بألفين فأدّى الألف، بقي الألف الآخر جبراً لرأس المال. نعم، لو تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة بطلت المضاربة، إلّا مع التلف بالضمان مع إمكان الوصول.

(٢٢) الظاهر أنّ الاستقرار يحصل بفسخ المضاربة بعد ظهور الربح، ولا يتوقّف بعد ذلك على الانضاض أو القسمة أو كليهما؛ فإنّ ارتفاع عنوان المضاربة سببٌ لارتفاع أحكامها، ومنها: كون الربح وقاية لرأس المال، واستصحاب بقاء الأحكام غير جارٍ لتغيّر الموضوع عرفاً، وقاعدة «على اليد» غير جارية؛ لكون يد العامل أمينة، وضمانه للتلف بنصيبه من الربح لدليل خاصّ، وهو بقاء عقد المضاربة لا للقاعدة، وإلّا شملت صورة التلف أكثر من مقدار الربح.

(٢٣) قد يقال: ما هو الفارق بين ما إذا تلف رأس المال كلّه بعد الشراء بالثمن الكليّ في ذمّة المالك، ثمّ يؤدّى من ربح المبيع أو قبل ذلك - أعني قبل الشروع في المعاملة - حيث يحكم ببقاء المضاربة في الأوّل دون الثاني؟

ويمكن الجواب: أنّه بعد تحقّق الشراء بقصد المضاربة مع فرض شمول الإطلاق ذلك، يصدق الشروع في العمل، وإذا فرض أداء الثمن بعد بيع العين المُشتراة من ثمنه، يصدق

(مسألة ٣٠): لو حصل فسخ أو انفساخ في المضاربة، فإن كان قبل الشروع في العمل ومقدماته فلا إشكال، ولا شيء للعامل ولا عليه. وكذا إن كان بعد تمام العمل والإنضاخ؛ إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه يأخذ المالك رأس ماله، ولا شيء للعامل ولا عليه. وإن كان في الأثناء بعد التشاغل بالعمل، فإن كان قبل حصول الربح ليس للعامل شيء ولا أجرة له لما مضى من عمله؛ سواء كان الفسخ منه أو من المالك أو حصل الانفساخ قهراً. كما أنه ليس عليه شيء حتى فيما إذا حصل الفسخ منه في السفر المأذون فيه من المالك، فلا يضمن ما صرفه في نفقته من رأس المال، ولو كان في المال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك، كما أنه ليس للمالك إلزامه بالبيع والإنضاخ. وإن كان بعد حصول الربح فإن كان بعد الإنضاخ فقد تم العمل، فيقسمان ويأخذ كل منهما حقه، وإن كان قبل الإنضاخ فعلى ما مر؛ من تملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، شارك المالك في العين، فإن رضيا بالقسمة على هذا الحال، أو انتظرا إلى أن تباع العروض ويحصل الإنضاخ، كان لهما ولا إشكال. وإن طلب العامل بيعها لم يجب على المالك إجابته، وكذا إن طلبه المالك لم يجب على العامل إجابته؛ وإن قلنا بعدم استقرار ملكيته للربح إلا بعد الإنضاخ، غاية الأمر حينئذ لو حصلت خسارة بعد ذلك قبل القسمة يجب جبرها بالربح، لكن قد مر المناط في استقرار ملك العامل.

(مسألة ٣١): لو كان في المال ديون على الناس، فهل يجب على العامل أخذها وجمعها

أداء الثمن من مال المالك الحاصل له من المضاربة، وليس كأدائه من ماله الآخر غير المربوط بالمضاربة.

وأما مع عدم تحقق الشراء، فلا معنى لبقاء عقد المضاربة مع عدم رأس المال وعدم حصول مال في طريق عمل العامل.

ومن هنا يعلم أن التلف مع الضمان - سواء أكان من العامل أو شخص ثالث مع إمكان الأخذ - كأنه غير نالف؛ لثبوته في ذمة المتلف.

بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ الأشبه عدمه، خصوصاً إذا استند الفسخ إلى غير العامل، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، خصوصاً مع فسخه وطلب المالك منه.

(مسألة ٣٢): لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه؛ حتى لو أرسل المال إلى بلد آخر غير بلد المالك وكان ذلك بإذنه، ولو كان بدون إذنه يجب عليه الرد إليه؛ حتى أنه لو احتاج إلى أجره كانت عليه.

(مسألة ٣٣): لو كانت المضاربة فاسدة كان الربح بتمامه للمالك إن لم يكن إذنه في التجارة متقيداً بالمضاربة، وإلا تتوقف على إجازته، وبعد الإجازة يكون الربح له؛ سواء كان جاهلين بالفساد أو عالمين أو مختلفين. وللعامل أجره مثل عمله لو كان جاهلاً بالفساد؛ سواء كان المالك عالماً به أو جاهلاً، بل لو كان عالماً بالفساد فاستحقاقه لأجرة المثل أيضاً لا يخلو من وجه؛ إذا حصل ربح بمقدار كان سهمه على فرض الصحة مساوياً لأجرة المثل أو أزيد. وأما مع عدم الربح أو نقصان سهمه عنها، فمع علمه بالفساد لا يبعد عدم استحقاقه على الأول، وعدم استحقاق الزيادة عن مقدار سهمه على الثاني، ومع جهله به فالأحوط التصالح، بل لا يترك الاحتياط به مطلقاً. وعلى كل حال لا يضمن العامل التلف والنقص الواردين على المال. نعم، يضمن على الأقوى^(٢٤) ما أنفق في السفر على نفسه وإن كان جاهلاً بالفساد.

(٢٤) إذا كان المالك عالماً بالفساد فإذنه في الإنفاق في السفر إذن في الإلتلاف بلا ضمان، فلا يستعقب الضمان، وقاعدة الإلتلاف لا يشمل المقام، وقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» أيضاً محكمة لو كانت مستقلة من حيث المدركة وقلنا بشمولها لما هو خارج عن مورد العقد مما يكون من لوازمه وتبعاته.

وأما في صورة جهل المالك بالفساد سواء أكان العامل عالماً أو جاهلاً، فقد يقال بعدم الضمان أيضاً؛ لعدم شمول قاعدة الإلتلاف للتسليط من المالك مجتأناً وإن كان العقد فاسداً، كما أن العامل ليس بضامن للتلف والخسارة؛ لعدم شمول قاعدة اليد للتأمين وإن كان العقد فاسداً.

(مسألة ٣٤): لو ضارب بمال الغير من دون وكالة ولا ولاية وقع فضولياً، فإن أجازاه المالك وقع له، وكان الخسران عليه، والربح بينه وبين العامل على ما شرطاه. وإن رده فإن كان قبل أن يعامل بماله طالبه، ويجب على العامل رده إليه، وإن تلف أو تعيب كان له الرجوع على كل من المضارب والعامل، فإن رجع على الأول لم يرجع هو على الثاني، وإن رجع على الثاني رجع هو على الأول. هذا إذا لم يعلم العامل بالحال، وإلا يكون قرار الضمان على من تلف أو تعيب عنده، فيعكس الأمر في المفروض. وإن كان بعد أن عومل به كانت المعاملة فضولية، فإن أمضاها وقعت له، وكان تمام الربح له وتمام الخسران عليه، وإن ردها رجع بماله إلى كل من شاء من المضارب والعامل كما في صورة التلف، ويجوز له أن يجيزها على تقدير حصول الربح، ويردها على تقدير الخسران؛ بأن يلاحظ مصلحته، فإن رآها رابحة أجازها وإلا ردها. هذا حال المالك مع كل من المضارب والعامل. وأما معاملة العامل مع المضارب، فإن لم يعمل عملاً لم يستحق شيئاً، وكذا إذا عمل وكان عالماً بكون المال لغير المضارب. وأما لو عمل ولم يعلم بكونه لغيره استحق أجرة مثل عمله، ورجع بها على المضارب.

(مسألة ٣٥): لو أخذ العامل رأس المال، ليس له ترك الاتجار به وتعطيله عنده بمقدار لم تجر العادة عليه وعد متوانياً متسامحاً. فإن عطّله كذلك ضمنه لو تلف، لكن لم يستحق المالك غير أصل المال، وليس له مطالبة الربح الذي كان يحصل على تقدير الاتجار به.

(مسألة ٣٦): لو اشترى نسبة بإذن المالك كان الدين في ذمة المالك، فللدائن الرجوع عليه، وله أن يرجع على العامل، خصوصاً مع جهله بالحال، وإذا رجع عليه رجع هو على

لكن الظاهر: أن الإذن بتخيّل أنّه عامل للمضاربة كإذن الرجل لزوجته في الإنفاق، ثم يتبين أنها أجنبية؛ فإن الظاهر الضمان في هذه الصورة.

وبالجملة: فرق بين التلف في العين والإتلاف للنفقة؛ فإن الأول ليس بالإذن، والدليل فيه قاعدة اليد، وهي لا تشمل مورد الأمانة، ولا إشكال في كون المضاربة مطلقاً مورداً لها. وأما الثاني: فالمالك فيه الإذن، وحيث إنها بتخيّل كونه عاملاً يبطل الإذن فيتحقق الضمان.

المالك. ولو لم يتبين للدائن أن الشراء للغير يتعين له في الظاهر الرجوع على العامل؛ وإن كان له في الواقع الرجوع على المالك.

(مسألة ٣٧): لو ضاربه بخمسائة - مثلاً - فدفعها إليه وعامل بها، وفي أثناء التجارة دفع إليه خمسائة أخرى للمضاربة، فالظاهر أنهما مضاربتان، فلا تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى. ولو ضاربه على ألف - مثلاً - فدفع خمسائة فعامل بها، ثم دفع إليه خمسائة أخرى، فهي مضاربة واحدة تجبر خسارة كل بربح الأخرى.

(مسألة ٣٨): لو كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا شخصاً، ثم فسخ أحد الشريكين تنسخ بالنسبة إلى حصته، وأما بالنسبة إلى حصة الآخر فمحل إشكال.

(مسألة ٣٩): لو تنازع المالك مع العامل في مقدار رأس المال ولم تكن بينة، قدم قول العامل؛ سواء كان المال موجوداً أو تالفاً^(٢٥) ومضموناً عليه. هذا إذا لم يرجع^(٢٦) نزاعهما إلى مقدار نصيب العامل من الربح، وإلا فبقه تفصيل.

(٢٥) في المسألة صور:

الصورة الأولى: نزاعهما في الكثرة والقلة مع وجود المال؛ كأن ادعى المالك أن الموجود بعض منه، والباقي عندك.

الصورة الثانية: نزاعهما مع تلفه بلا ضمان، والفرض حينئذ إثبات أصل المقدار مقدّمة لأمر آخر، كاحتمال إثبات التعدي والتفريط ونحوه. ولذا قد يقال: إن الدعوى في هذا الفرض ساقطة؛ لعدم أثر لها.

الصورة الثالثة: نزاعهما مع تلف المال مع الضمان، فيرجع النزاع إلى اشتغال ذمة العامل بالأكثر أو الأقل.

(٢٦) فإن رجع إلى ذلك؛ كأن كان الموجود عشرة دنانير، والمالك ادعى أن الأصل ثمانية، فللعامل واحد، والعامل ادعى أن الأصل ستة، وله من الربح اثنان، فمصب الدعوى من حيث الطرح زيادة رأس المال وقتلته، فالمنكر هو العامل. ومصبها من حيث الفرض بعد اعتراف العامل بأن الأصل للمالك هو انتقال أكثر من العشر إليه بالتجارة، فالمالك يدعي

(مسألة ٤٠): لو ادّعى العامل التلف أو الخسارة أو عدم حصول المطالبات؛ مع عدم كون ذلك مضموناً عليه، وادّعى المالك خلافه، ولم تكن بينة، قدّم قول العامل.

(مسألة ٤١): لو اختلفا في الربح ولم تكن بينة قدّم قول العامل؛ سواء اختلفا في أصل حصوله أو في مقداره. بل وكذا الحال لو قال العامل: ربحت كذا، لكن خسرت بعد ذلك بمقداره فذهب الربح.

(مسألة ٤٢): لو اختلفا في نصيب العامل من الربح؛ وأنه النصف - مثلاً - أو الثلث، ولم تكن بينة، قدّم قول المالك.

(مسألة ٤٣): لو تلف المال أو وقع خسران، فادّعى المالك على العامل الخيانة أو التفريط في الحفظ، ولم تكن له بينة، قدّم قول العامل. وكذا لو ادّعى عليه الاشتراط أو مخالفته لما شرط عليه، كما لو ادّعى: أنه قد اشترط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني وقد اشتراه فخسر، وأنكر العامل أصل هذا الاشتراط، أو أنكر مخالفته لما اشترط عليه. نعم، لو كان النزاع في صدور الإذن من المالك فيما لا يجوز للعامل إلا بإذنه، كما لو سافر بالمال أو باع نسيئة فتلف أو خسر، فادّعى العامل كونه بإذنه وأنكره، قدّم قول المالك.

(مسألة ٤٤): لو ادّعى ردّ المال إلى المالك وأنكره قدّم قول المنكر.

(مسألة ٤٥): لو اشترى العامل سلعة فظهر فيها ربح، فقال: اشتريتها لنفسي، وقال المالك: اشتريتها للقراض، أو ظهر خسران فادّعى العامل أنه اشترائها للقراض، وقال صاحب المال: اشتريتها لنفسك، قدّم قول العامل بيمينه.

(مسألة ٤٦): لو حصل تلف أو خسارة فادّعى المالك أنه أقرضه، وادّعى العامل أنه قارضه، يحتمل التحالف بلحاظ محطّ الدعوى، ويحتمل تقديم قول العامل بلحاظ مرجعها. ولو حصل ربح فادّعى المالك قراضاً والعامل إقراضاً، يحتمل التحالف أيضاً بلحاظ محطّها، وتقديم قول المالك بلحاظ مرجعها، ولعلّ الثاني في الصورتين أقرب.

انتقال العُشر إليه بالمعاملة الرابعة، والعامل يدّعي انتقال الخمس، فعليه إقامة البينة، وقاعدة اليد في حقّ العامل غير جارية بعد هذا الإقرار.

(مسألة ٤٧): لو أدهى المالك أنه أعطاه المال بعنوان البضاعة؛ فلا يستحق العامل شيئاً من الربح، وأدعى العامل المضاربة؛ فله حصّة منه، فالظاهر أنه يقدّم قول المالك^(٢٧) بيمينه، فيحلف على نفي المضاربة، فله تمام الربح لو كان. واحتمال التحالف هنا ضعيف.

(مسألة ٤٨): يجوز إيقاع الجعالة على الاتجار بهمال؛ وجعل الجمل حصّة من الربح؛ بأن يقول: إن أتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه أو ثلثه، فتكون جعالة تفيد^(٢٨) فائدة المضاربة، لكن لا يشترط فيها ما يشترط في المضاربة، فلا يعتبر كون رأس المال من النقود،

(٢٧) فإن نفي المضاربة له أثر، وهو عدم استحقاق العامل شيئاً. وأمّا نفي البضاعة الصادر من العامل لا أثر له بالنسبة إلى استحقاقه إلا بنحو إثبات لازمه؛ أعني المضاربة؛ وهو لا يثبت بذلك، ومن ذلك يعلم ضعف احتمال التحالف.

(٢٨) سواء أكان المقصود دخول الربح في ملك العامل قبل أن يدخل في ملك الجاعل، أو حدوث الملكية للجاعل وانتقالها إلى العامل. فالحكم ببطلان الأول - لكونه على خلاف القاعدة، أي قاعدة تبعيّة الربح للمال، والجعالة من الإيقاعات، وليست من العقود، كعقد المضاربة حتّى تكون مؤثراً في انتقال الربح إلى العامل، كما اختاره السيّد الحكيم في «المستمسك» في المسألة الثامنة من مسائل آخر الكتاب، قال: «إنّ المضاربة مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الأصل التي هي مقتضى المعاملة، ولكن بني عليها للدليل الخاصّ، وهذا الدليل لم يكن في الجعالة»^١ - غير ظاهر؛ فإنّه لا إشكال في صحّة الجعالة إذا قال: «من ردّ قرسي فله نصفه»، أو «فله عليّ ألف»، فإذا ردّ الفرس إليه ملك العامل نصف الفرس أو الألف في ذمّته، فأبى دليل اقتضى ملكيّة العامل في الموردين مع كونهما خلاف الأصل فهو الدليل على المخالفة هنا؛ فإنّ العقلاء يعتبرون ذلك في جميع هذه الموارد. نعم، اللون الخاصّ الحاصل في المضاربة للعامل المترتب عليه مسؤوليّة البيع والشراء والحفظ وغيرها، لا يحصل في الجعالة، ولا يترتب عليه أثر فيها.

بل يجوز أن يكون عروضاً أو ديناً أو منفعة.

(مسألة ٤٩) : يجوز للأب والجد المضاربة بمال الصغير مع عدم المفسدة، لكن لا ينبغي لهما ترك الاحتياط بمراعاة المصلحة. وكذا يجوز للقيم الشرعي كالوصي والحاكم الشرعي مع الأمن من الهلاك وملاحظة الغبطة والمصلحة، بل يجوز للوصي على ثلث الميت أن يدفعه مضاربة، وصرف حصته من الربح في المصارف المتيّنة للثلث إذا أوصى به الميت، بل وإن لم يوص به، لكن قوَّض أمر الثلث إلى نظر الوصي، فرأى الصلاح في ذلك.

(مسألة ٥٠) : لو مات العامل وكان عنده مال المضاربة، فإن علم بوجوده فيما تركه بعينه فلا إشكال، وإن علم به فيه من غير تعيين؛ بأن كان ما تركه مشتملاً عليه وعلى مال نفسه، أو كان عنده أيضاً ودائع أو بضائع للآخرين واشتبه بعضها مع بعض، يعامل معه ما هو العلاج في نظائره من اشتباه أموال متعددين. وهل هو بإعمال القرعة، أو إيقاع التصالح، أو التقسيم بينهم على نسبة أموالهم؟ وجوه، أقواها القرعة، وأحوطها التصالح. نعم، لو كان للميت دينٌ وعنده مال مضاربة، ولم يعلم أنّه بعينه لفلان، فهو أسوة الغرماء. وكذا الحال لو علم المال جنساً وقدرًا، واشتبه بين أموال من جنسه له أو لغيره من غير امتزاج، فالأقوى فيه القرعة أيضاً، خصوصاً إذا كانت الأجناس مختلفة في الجودة والرداءة، ومع الامتزاج كان المجموع مشتركاً بين أربابه بالنسبة. ولو علم بعدم وجوده فيها، واحتمل أنّه قد ردّه إلى مالكه، أو تلف بتفريط منه أو بغيره، فالظاهر أنّه لم يحكم على الميت بالضمان، وكان الجميع لورثته. وكذا لو احتمل بقاؤه فيها. ولو علم بأنّ مقداراً من مال المضاربة، قد كان قبل موته داخلًا في هذه الأجناس الباقية التي قد تركها، ولم يعلم أنّه هل بقي فيها أو ردّه إلى المالك أو تلف، ففيه إشكال، وإن كانت مورثية الأموال لا تخلو من قوّة، والأحوط الإخراج منها مع عدم قاصر في الورثة.

كتاب الشركة

وهي كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد، وهي إما في عين أو دين أو منفعة أو حق. وسببها: قد يكون إرثاً، وقد يكون عقداً ناقلاً، كما إذا اشترى اثنان معاً مالا، أو استأجرا عيناً، أو صولحا عن حق. ولها سببان آخران يختصان بالشركة في الأعيان: أحدهما: الحيازة، كما إذا اقتلع اثنان معاً شجرة مباحة، أو اغترفا ماء مباحاً بأثنية واحدة دفعة.

وثانيهما: الامتزاج، كما إذا امتزج ماء أو خل من شخص بماء أو خل من شخص آخر؛ سواء وقع قهراً أو عمداً واختياراً.

ولها سبب آخر: وهو شريك أحدهما الآخر في ماله، ويستنى بالشريك، وهو غير الشركة العقدية بوجه.

(مسألة ١): الامتزاج قد يوجب الشركة الواقعية الحقيقية، وهو فيما إذا حصل خلط وامتزاج تام بين مائعين متجانسين، كالماء بالماء، والدهن بالدهن، بل وغير متجانسين كدهن اللوز بدهن الجوز مثلاً، رافع للامتزاج عرفاً بحسب الواقع وإن لم يكن عقلاً كذلك. وأما خلط الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقة، ففي كونه موجباً للشركة الواقعية تأمل وإشكال، ولا يبعد كونها ظاهرية. وقد يوجب الشركة الظاهرية الحكمية، وهي مثل خلط الحنطة بالحنطة والسمير بالسمير. ومنها خلط ذوات الحيات الصغيرة بسجائنها على الأقوى، كالخشخاش بالخشخاش، والدخن والسمسم بمثلهما وجنسهما. وأما مع الخلط بنير جنسهما فالظاهر عدم الشركة، فيتخلص بالصلح ونحوه. كما أن الأحوط التخلص بالصلح ونحوه في خلط الجوز بالجوز واللوز باللوز، وكذا الدراهم والدنانير المتماثلة إذا اختلط بعضها ببعض على نحو رفع الامتزاج. ولا تتحقق الشركة لا واقعاً ولا ظاهراً بخلط القيميات

بعضها ببعض، كما لو اختلط الثياب بعضها ببعض مع تقارب الصفات، والأغنام بالأغنام ونحو ذلك، فالعلاج فيها التصالح أو القرعة.

(مسألة ٢): لا يجوز لبعض الشركاء التصرف في المال المشترك إلا برضا الباقين، بل لو أذن أحد الشريكين لشريكه في التصرف جاز للمأذون دون الآذن إلا بإذن صاحبه، ويجب على المأذون أن يقتصر على المقدار المأذون فيه كمّاً وكيفاً. نعم، الإذن في الشيء إذن في لوازمه عند الإطلاق، والموارد مختلفة لا بد من لحاظها، فربما يكون إذنه له في سكنى الدار لازمه إسكان أهله وعياله وأطفاله، بل وتردّ أصدقائه ونزول ضيوفه بالمقدار المعتاد، فيجوز ذلك كله إلا أن يمنع عنه كلياً أو بعضاً فيتّبع.

(مسألة ٣): كما تطلق الشركة على المعنى المتقدم - وهو كون شيء واحد لاثنتين أو أزيد - تطلق أيضاً على معنى آخر، وهو العقد الواقع بين اثنين أو أزيد على المعاملة بمال مشترك بينهم، وتسمى الشركة العقدية والاكتمائية. ولثمرته جواز تصرف الشريكين فيما اشتركا فيه بالتكسب به، وكون الربح والخسران بينهما على نسبة مالهما، وهي عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، ويكفي قولهما: اشتركتنا، أو قول أحدهما ذلك مع قبول الآخر، ولا يبعد جريان المعاوضة فيها؛ بأن خلط المالكين بقصد اشتراكهما في الاكتساب والمعاملة به.

(مسألة ٤): يعتبر في الشركة العقدية كلّ ما اعتبر في العقود المالية؛ من البلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر لقلس أو سفه.

(مسألة ٥): لا تصحّ الشركة العقدية إلا في الأموال نقوداً كانت أو عروضاً، وتسمى تلك: شركة العنان. ولا تصحّ في الأعمال، وهي المسماة بشركة الأبدان؛ بأن أوقع العقد اثنان على أن تكون أجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما؛ سواء اتفقا في العمل كالخياطين، أو اختلفا كالخياط مع النّساج، ومن ذلك معاودة شخصين على أن كلّ ما يحصل كلّ منهما بالحيازة من الحطب - مثلاً - يكون مشتركاً بينهما، فلا تتحقّق الشركة بذلك، بل يختصّ كلّ منهما بأجرته وبما حازه. نعم، لو صالح أحدهما الآخر بنصف منفعته إلى مدّة - كسنة أو ستين - على نصف منفعة الآخر إلى تلك المدّة وقبل الآخر صحّ، واشترك كلّ منهما فيما يحصله الآخر في تلك المدّة بالأجر والحيازة، وكذا لو صالح أحدهما الآخر عن نصف منفعته إلى مدّة بعوض معيّن - كدينار مثلاً - وصالحه الآخر أيضاً بنصف منفعته في تلك المدّة

بذلك الموضع .

ولا تصح أيضاً شركة الوجوه . وأشهر معانيها على المحكي أن يوقع العقد اثنان وجيهان عند الناس - لا مال لهما - على أن يتنازع كل منهما في ذمته إلى أجل ، ويكون ذلك بينهما ، فيبيعانه ويؤديان الثمن ، ويكون ما حصل من الربح بينهما . ولو أرادا حصول هذه النتيجة بوجه مشروع ، وكل كل منهما الآخر في أن يشاركه فيما اشتراه ؛ بأن يشتري لهما وفي ذمتها ، فيكون حينئذ الربح والخسران بينهما .

ولا تصح أيضاً شركة المفاوضة ، وهي أن يعقد اثنان على أن يكون كل ما يحصل لكل منهما من ربح تجارة ، أو فائدة زراعة ، أو اكتساب ، أو إرث ، أو وصية ، أو غير ذلك شاركة فيه الآخر ، وكذا كل غرامة وخسارة ترد على أحدهما تكون عليهما . فانهضرت الشركة المقدية الصحيحة بشركة العنان .

(مسألة ٦) : لو أجر اثنان نفسيهما بعقد واحد لعمل واحد بأجرة معينة ، كانت الأجرة مشتركة بينهما . وكذا لو حاز اثنان معاً مباحاً ، كما لو اقتلعا معاً شجرة ، أو اغترفا ماءً دفعة بآنية واحدة ، كان ما حازاه مشتركاً بينهما . وليس ذلك من شركة الأبدان حتى تكون باطلة . وتقسم الأجرة وما حازاه بنسبة عملهما . ولو لم تعلم النسبة فالأحوط التصالح .

(مسألة ٧) : يشترط في عقد الشركة العنانية : أن يكون رأس المال من الشريكين ممتازاً امتزاجاً رافعاً للتمييز قبل العقد أو بعده ؛ سواء كان المالان من النقود أم العروض ، حصل به الشركة كالمعاملات أم لا ، كالدراهم والدنانير ، كانا مثليين أم قيميين . وفي الأجناس المختلفة التي لا يجري فيها المزج الرافع للتمييز ، لا بد من التوسل بأحد أسباب الشركة على الأحوط ، ولو كان المال مشتركاً كالمورث يجوز إيقاع العقد عليه ، وفائدته الإذن في التجارة في مثله .

(مسألة ٨) : لا يقتضي عقد الشركة ولا إطلاقه جواز تصرف كل من الشريكين في مال الآخر بالتكسب ، إلا إذا دلت قرينة حالية أو مقالية عليه . كما إذا كانت الشركة حاصلة كالمورث - فأوقع العقد ، ومع عدم الدلالة لا بد من إذن صاحب المال ، ويتبع في الإطلاق والتقييد ، وإذا اشترط كون العمل من أحدهما أو من كليهما معاً فهو المتبع . هذا من حيث العامل . وأما من حيث العمل والتكسب ، فمع إطلاق الإذن يجوز مطلقه مما يريان فيه المصلحة كالعامل في المضاربة ، ولو عينا جهة خاصة - كبيع الأغنام أو الطعام وشرائهما أو

الهبازة أو غير ذلك - اقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره.

(مسألة ٩): حيث إن كل واحد من الشريكين كالوكيل والعامل عن الآخر، فإذا عقدا على الشركة في مطلق التكبسب أو تكسب خاص، يقتصر على المتعارف، فلا يجوز البيع بالنسيئة ولا السفر بالمال إلا مع التعارف، والموارد فيهما مختلفة، وإلا مع الإذن الخاص، وجاز لهما كل ما تعارف؛ من حيث الجنس المشتري والبائع والمشتري وأمثال ذلك. نعم، لو عينا شيئاً لم يجز لهما المخالفة عنه إلا بإذن الشريك، وإن تعدى عما عينا أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف.

(مسألة ١٠): إطلاق الشركة يقتضي بسط الربح والخسران على الشريكين على نسبة مالهما، فإن تساوى تساوى فيهما، وإلا يتفاضلان حسب تفاوته؛ من غير فرق بين ما كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف. ولو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال، أو تساويهما فيه مع التفاوت فيه، فإن جعل الزيادة للعامل منهما أو لمن كان عمله أزيد صح بلا إشكال، وإن جعلت لغير العامل أو لمن لم يكن عمله أزيد، ففي صحة العقد والشرط معاً، أو بطلانها، أو صحة العقد دون الشرط، أقوال أوقاها أولها.

(مسألة ١١): العامل من الشريكين أمين، فلا يضمن التلف إلا مع التعدي أو التفريط. وإن ادعى التلف قبل قوله. وكذا لو ادعى الشريك عليه التعدي والتفريط وقد أنكر.

(مسألة ١٢): عقد الشركة جائز من الطرفين، فيجوز لكل منهما فسخه فيفسخ. والظاهر بطلان أصل الشركة به فيما إذا تحققت بعقدها، لا بالمزج ونحوه، كمزج اللوز باللوز، والجوز بالجوز، والدرهم والدينار بمثلها. ففي مثلها لو انفسخ العقد يرجع كل مال إلى صاحبه، فيتخلص فيه بالتصالح. وكذا يفسخ بمروء الموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه. ولا يبعد بقاء أصل الشركة في ذلك مطلقاً مع عدم جواز تصرف الشريك. (مسألة ١٣): لو جعلاً للشركة أجلاً لم يلزم، فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه، إلا إذا اشترط في ضمن عقد لازم عدم الرجوع، فيجب عليهما الوفاء، بل وكذا في ضمن عقد جائز، فيجب الوفاء ما دام العقد باقياً.

(مسألة ١٤): لو تبين بطلان عقد الشركة، كانت المعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة إذا لم يكن إحداهما متعدياً بالشركة إذا حصلت بالعقد، أو بصحة عقدها في غيره. هذا إذا أتجر

كلّ منهما أو واحد منهما مستقلاً، وإلا فلا إشكال. وعلى الصّحة لهما الربح وعليهما الخسران على نسبة المالكين، ولكلّ منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصّة الآخر.

القول: في القسمة

وهي تمييز حصص الشركاء بعضها عن بعض؛ بمعنى جعل التعمين بعد ما لم تكن معيّنة بحسب الواقع، لا تمييز ما هو معيّن واقعاً ومشبه ظاهراً. وليست ببيع ولا معاوضة، فلا يجري فيها خيار المجلس ولا خيار الحيوان المختصان بالبيع، ولا يدخل فيها الربا وإن عمّمناه لجميع المعاوضات.

(مسألة ١): لا بدّ في القسمة من تعديل السهام: وهو إمّا بحسب الأجزاء والكميّة؛ كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة، وتسمّى قسمة إفراز، وهي جارية في المثليات، كالحبوب والأدهان والأخلّ والألبان، وفي بعض القيميات المتساوية الأجزاء، كطاقة واحدة من الأقمشة التي تساوت أجزاؤها، وقطعة واحدة من أرض بسيطة تساوت أجزاؤها. وإمّا بحسب القيمة والمالية، كما في القيميات إذا تعدّدت، كالأغنام والعقار والأشجار إذا ساوى بعضها مع بعض بحسب القيمة، كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام قد ساوت قيمة أحدها مع اثنين منها، فيجعل الواحد سهماً والاثنان سهماً. وتسمّى هذه قسمة التعديل، وإمّا بضمّ مقدار من المال مع بعض السهام ليعادل الآخر، كما إذا كان بين اثنين غنمان قيمة أحدهما خمسة دنائير والآخر أربعة، فإذا ضمّ إلى الثاني نصف دينار تساوى مع الأوّل. وتسمّى هذه قسمة الرّد.

(مسألة ٢): الظاهر إمكان جريان قسمة الرّد في جميع صور الشركة ممّا يمكن فيها التقسيم؛ حتّى فيما إذا كانت في جنس واحد من المثليات؛ بأن يقسم متفاضلاً ويضمّ إلى الناقص دراهم - مثلاً - تجبر نقصه ويساوي مع الزائد قيمة، وكذا إذا كانت في ثلاثة أغنام تساوي قيمة واحد منها مع الآخرين؛ بأن يجعل غالي قيمة مع أحد الآخرين سهماً ويضمّ إلى السهم الآخر ما يساويهما قيمة وهكذا.

وأما قسمة التعديل فقد لا تتأتّى في بعض الصور كالمثال الأوّل، كما أنّ قسمة الإفراز قد لا تتأتّى كالمثال الثاني.

وقد تنأتى الأقسام الثلاثة، كما إذا اشترك اثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم، ووزنة شعير قيمتها خمسة، ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فإذا قسّم كلّ منها بانفرادها كانت قسمة إفرار، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً والحمص سهماً كانت قسمة تعديل، وإن جعل الحمص مع الشعير سهماً والحنطة مع خمسة دراهم سهماً كانت قسمة الردّ، ولا إشكال في صحة الجميع مع التراضي إلا قسمة الردّ مع إمكان غيرها، فإنّ في صحتها إشكالاً، بل الظاهر العدم. نعم، لا بأس بالمصالحة المفيدة فاندتها.

(مسألة ٣): لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد أن كانت معدّلة، فلو كانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بين ثلاثة، فجعلت ثلاثة أقسام معدّلة بمكيال مجهول المقدار، أو كانت بينهم عرصة أرض متساوية الأجزاء، فقسمت ثلاثة أقسام معدّلة بنخشة أو حبل لا يدري مقدار طولهما، صحّ.

(مسألة ٤): لو طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها، فإن كانت قسمة ردّ أو كانت مستلزمة للضرر، فللشريك الآخر الامتناع ولم يجبر عليها، وتسمّى هذه قسمة تراض، وإن لم تكن قسمة ردّ ولا مستلزمة للضرر يجبر عليها الممتنع، وتسمّى قسمة إجبار. فإن كان المال لا يمكن فيه إلا قسمة الإفرار أو التعديل فلا إشكال. وأمّا فيما أمكن كليهما، فإن طلب قسمة الإفرار يجبر الممتنع، بخلاف ما إذا طلب قسمة التعديل، فإذا كانا شريكين في أنواع متساوية الأجزاء - كحنطة وشعير وتمر وزبيب - فطلب أحدهما قسمة كلّ نوع بانفراده قسمة إفرار أجبر الممتنع، وإن طلب قسمة تعديل بحسب القيمة لم يجبر، وكذا إذا كانت بينهما قطعتا أرض أو داران أو دكانان، فيجبر الممتنع عن قسمة كلّ منها على حدة، ولا يجبر على قسمة التعديل. نعم، لو كانت قسمتها منفردة مستلزمة للضرر دون قسمتها بالتعديل، أجبر الممتنع على الثانية دون الأولى.

(مسألة ٥): لو اشترك اثنان في دار ذات علو وسفل، وأمكن قسمتها إفراراً؛ بأن يصل إلى كلّ بمقدار حصّته منهما، وقسمتها على نحو يحصل لكلّ منهما حصّة من العلو والسفل بالتعديل، وقسمتها على نحو يحصل لأحدهما العلو وللآخر السفل، فإن طلب أحد الشريكين النحو الأوّل ولم يستلزم الضرر يجبر الآخر، ولا يجبر لو طلب أحد النحويين الآخرين. هذا مع إمكان الأوّل وعدم استلزام الضرر، وإلا ففي النحويين الآخرين يقدّم الأوّل

منهما، ويجبر الآخر لو امتنع، بخلاف الثاني. نعم، لو انحصر الأمر فيه يجبر إذا لم يستلزم الضرر ولا الرد، وإلا لم يجبر كما مر. وما ذكرناه جارٍ في أمثال المقام.

(مسألة ٦): لو كانت دار ذات بيوت أو خان ذات حجر بين جماعة، وطلب بعض الشركاء القسمة، أجبر الباقيون، إلا إذا استلزم الضرر من جهة ضيقهما وكثرة الشركاء.

(مسألة ٧): لو كان بينهما بستان مشتمل على نخيل وأشجار، فقسمته بأشجاره ونخيله بالتعديل قسمة إجبار، بخلاف قسمة كل من الأرض والأشجار على حدة، فإنها قسمة تراض لا يجبر عليها الممتنع.

(مسألة ٨): لو كانت بينهما أرض مزروعة، يجوز قسمة كل من الأرض والزرع - قصيلاً كان أو سنبلاً - على حدة، وتكون قسمة إجبار. وأما قسمتهما معاً فهي قسمة تراض؛ لا يجبر الممتنع عليها، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فيها فيجبر عليها. هذا إذا كان قصيلاً أو سنبلاً، وأما إذا كان حباً مدفوناً، أو مخضراً في الجملة ولم يكمل نباته، فلا إشكال في قسمة الأرض وحدها وبقاء الزرع على إشاعته، والأحوط إقراز الزرع بالمصالحة. وأما قسمة الأرض بزرعها - بحيث يجعل من توابعها - فمحل إشكال.

(مسألة ٩): لو كانت بينهم دكاكين متعددة - متجاورة أو منفصلة - فإن أمكن قسمة كل منها بانفراد وطلبها بعض الشركاء، وطلب بعضهم قسمة تعديل لكي تتمين حصة كل منهم في دكان تام أو أزيد، يقدم ما طلبه الأول ويجبر عليها الآخر، إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر بالنحو الثاني، فيجبر الأول.

(مسألة ١٠): لو كان بينهما حمام وشبهه مما لا يقبل القسمة الخالية عن الضرر لم يجبر الممتنع. نعم، لو كان كبيراً؛ بحيث يقبل الانتفاع بصفة الحمامية من دون ضرر ولو بإحداث مستوقد أو بئر أخرى فالأقرب الإجبار.

(مسألة ١١): لو كان لأحد الشريكين عشر من دار - مثلاً - وهو لا يصلح للسكنى، ويتضرر هو بالقسمة دون الشريك الآخر، فلو طلب القسمة لغرض يجبر شريكه، ولم يجبر هو لو طلبها الآخر.

(مسألة ١٢): يكفي في الضرر المانع عن الإجبار، حدوث نقصان في العين أو القيمة بسبب القسمة - بما لا يتسامح فيه في العادة - وإن لم يسقط المال عن قابلية الانتفاع بالمرة.

(مسألة ١٣): لا بدّ في القسمة من تعديل السهام ثمّ القرعة. أمّا كيفية التعديل: فإن كانت حصص الشركاء متساوية - كما إذا كانوا اثنين ولكلّ منهما النصف، أو ثلاثة ولكلّ منهم الثلث وهكذا - يعدّل السهام بعدد الرؤوس، ويعلم كلّ سهم بعلامة تميّزه عن غيره. فإذا كانت قطعة أرض متساوية الأجزاء بين ثلاثة - مثلاً - تجعل ثلاث قطع متساوية مساحة، ويميّز بينها بتمييز كالأولى لإحداها، والثانية للأخرى، والثالثة للثالثة. وإذا كانت دار مشتملة على بيوت بين أربعة - مثلاً - تجعل أربعة أجزاء متساوية بحسب القيمة إن لم يمكن قسمة إفراداً إلّا بالضرر، وتميّز كلّ منها بتمييز كالقطعة الشرقية والغربية والشمالية والجنوبية المحدودات بحدود كذائبة. وإن كانت الحصص متفاوتة - كما إذا كان المال بين ثلاثة: سدس لعمر، وثلث لزيد، ونصف لبكر - تجعل السهام على أقلّ الحصص، ففي المثال تجعل السهام ستة معلّمة كلّ منها بعلامة، كما مرّ.

وأما كيفية القرعة: ففي الأول - وهو ما كانت الحصص متساوية - تؤخذ رقاع بعدد رؤوس الشركاء؛ رقعتان إذا كانوا اثنين، وثلاث إذا كانوا ثلاثة وهكذا، ويتخيّر بين أن يكتب عليها أسماء الشركاء؛ على إحداها زيد، وأخرى عمرو مثلاً، أو أسماء السهام؛ على إحداها أوّل، وعلى الأخرى ثاني وهكذا، ثمّ تشوّش وتستر، ويؤمر من لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة؛ فإن كتب عليها اسم الشركاء يعيّن سهم كالأوّل، وتخرج رقعة باسم هذا السهم قاصدين أن يكون لكلّ من خرج اسمه، فكلّ من خرج اسمه يكون له، ثمّ يعيّن السهم الآخر وتخرج رقعة أخرى لذلك السهم، فمن خرج اسمه فهو له وهكذا. وإن كتب عليها اسم السهام يعيّن أحد الشركاء وتخرج رقعة، فكلّ سهم خرج اسمه فهو له، ثمّ تخرج أخرى لشخص آخر وهكذا.

وفي الثاني - وهو ما كانت الحصص متفاوتة، كالمثال المتقدّم الذي قد تقدّم: أنّه تجعل السهام على أقلّ الحصص وهو السدس - ينعين فيه أن تؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس؛ يكتب - مثلاً - على إحداها زيد، وعلى الأخرى عمرو، وعلى الثالثة بكر، وتستر كما مرّ. ويقصد أنّ كلّ من خرج اسمه على سهم، كان له ذلك مع ما يليه بما يكتل تمام حصّته، ثمّ تخرج إحداها على السهم الأوّل، فإن كان عليها اسم صاحب السدس تعين له، ثمّ تخرج أخرى على السهم الثاني، فإن كان عليها اسم صاحب الثلث كان الثاني والثالث له، ويبقى الرابع

والخامس والسادس لصاحب النصف، ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة. وإن كان عليها اسم صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع، ويبقى الباقي لصاحب الثلث. وإن كان ما خرج على السهم الأول اسم صاحب الثلث كان الأول والثاني له، ثم تخرج أخرى على السهم الثالث، فإن خرج اسم صاحب السدس فهو له، وتبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج اسم صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له، ويبقى السادس لصاحب السدس. وقس على ذلك غيره.

(مسألة ١٤): الظاهر أنه ليست للقرعة كيفية خاصة، وإنما تكون منوطة بمواضعة القاسم والمتقاسمين؛ بإناطة التعيين بأمر ليست إرادة المخلوق دخيلة فيه؛ مفوضاً للأمر إلى الخالق جل شأنه؛ سواء كان بكتابة رقا، أو إعلام علامة في حصاة أو نواة أو ورق أو خشب، أو غير ذلك.

(مسألة ١٥): الأقوى أنه تتم القسمة بإيقاع القرعة كما تقدم، ولا يحتاج إلى تراخي آخر بعدها، فضلاً عن إنشائه وإن كان أحوط في قسمة الرد.

(مسألة ١٦): لو طلب بعض الشركاء المهايأة في الانتفاع بالعين المشتركة: إما بحسب الزمان؛ بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً، وإما بحسب الأجزاء؛ بأن يسكن هذا في الفوقاني وذلك في التحتاني مثلاً، لم يلزم على شريكه القبول، ولم يجبر إذا امتنع، نعم يصح مع التراضي لكن ليس بلانها؛ فيجوز لكل منهما الرجوع. هذا في شركة الأعيان. وأما في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهايأة، لكنها فيها أيضاً غير لازمة. نعم، لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد - لأجل حسم النزاع - يجبر الممتنع وتلزم.

(مسألة ١٧): القسمة في الأعيان بعد التمامية والإقراع لازمة، وليس لأحد من الشركاء إبطالها وفسخها، بل الظاهر أنه ليس لهم فسخها وإبطالها بالتراضي، لأن الظاهر عدم مشروعية الإقالة فيها. وأما بغير القرعة فلزومها محل إشكال.

(مسألة ١٨): لا تشرع القسمة في الديون المشتركة، فإذا كان لزيد وعمرو معاً ديون على الناس بسبب يوجب الشركة كالإرث، فأرادا تقسيمها قبل استيفائها، فعدلاً بينها وجعلها على الحاضر - مثلاً - لأحدهما، وما على البادي للآخر، لم تفرز، بل تبقى على إشاعتها. نعم، لو اشتركا في دين على أحد واستوفى أحدهما حصته؛ بأن قصد كل من الدائن

والمديون أن يكون ما يأخذه وفاة وأداة لحصته، فالظاهر تعينه وبقاء حصّة الشريك في ذمة المديون.

(مسألة ١٩): لو ادّعى أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها وأنكر الآخر، لا تُسمع دعواه إلا بالبيّنة، فإن أقامت نقضت واحتاجت إلى قسمة جديدة، وإن لم تكن بيّنة كان له إحلاف الشريك.

(مسألة ٢٠): لو قسّم الشريكان، فصار في كلّ حصّة بيت، وقد كان يجري ماء أحدهما على الآخر، لم يكن للثاني منعه إلا إذا اشترط حين القسمة ردّه عنه. ومثله ما لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر من الدار.

(مسألة ٢١): لا يجوز قسمة الوقف بين الموقوف عليهم إلا إذا وقع تشاخ بينهم مؤدّ إلى خرابه، ولا ترتفع غائلته إلا بالقسمة، فيقسّم بين الطبقة الموجودة، ولا ينفذ التقسيم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة إذا كان مخالفاً لمقتضى الوقف؛ بسبب اختلاف البطون قلّة وكثرة. نعم، يصحّ إفراز الوقف عن الطلق وتقسيمهما؛ بأن كان ملك نصفه المشاع وقفاً ونصفه ملكاً، بل الظاهر جواز إفراز وقف عن وقف، وهو فيما إذا كان ملك لأحد؛ فوقف نصفه على زيد وذريته ونصفه على عمرو وكذلك، أو كان ملك بين اثنين؛ فوقف أحدهما حصته على ذريته - مثلاً - والآخر حصته على ذريته، فيجوز إفراز أحدهما عن الآخر بالقسمة. والمتصدّي لها الموجودون من الموقوف عليهم ووليّ البطون اللاحقة.

كتاب المزارعة

وهي المعاملة^(١) على أن تزرع الأرض بحصة من حاصلها. وهي عقد يحتاج إلى إيجاب من صاحب الأرض - وهو كل لفظ أفاد إنشاء هذا المعنى، كقوله: «زارعتك» أو «سلمت إليك الأرض مدة كذا على أن تزرعها على كذا»، وأمثال ذلك - وقبول من الزارع

كتاب المزارعة

(١) في تشخيص ماهية هذا العقد إيهام، فقد يستفاد من بعض الأصحاب^١ أنها من المعاوضات، وحقيقتها المعاوضة بين منفعة الأرض وعمل العامل، فيملك صاحب الأرض نصف المنفعة - أي التصرفات في الأرض - بإزاء نصف عمل العامل مع اشتراط كون نصف الحاصل من المالك لو كان البذر من العامل، أو كون نصف الحاصل من العامل لو كان البذر من المالك.

وقد يستفاد أنها من قبيل إجارة الأرض للعامل بإزاء مقدار من حاصلها إذا كان البذر من العامل، أو من قبيل إجارة النفس بأداء مقدار من حاصل الأرض إذا كان البذر من المالك^٢. وعلى هذين الوجهين فالأجرة مجهولة، مع أن إلزام المالك العامل بالعمل في الشق الأول لماذا؟ وإلزام العامل المالك بإعطاء الأرض وتسليمها للعامل لماذا؟

ويستفاد ثالثة: أنها من قبيل المشاركات والشركة السهامية التعاونية، فالأرض من المالك، والعمل من العامل وهكذا، وهذا هو الأشبه، فلا تملك لمنفعة الأرض من المالك

١. راجع شرائع الإسلام ١١٨: ٢، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٣٦ ط قديم. مسالك الأفهام ٥: ٧٠، جواهر الكلام

بلفظ أئاد ذلك كسائر العقود. والظاهر كفاية القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي؛ بأن يتسلم الأرض بهذا القصد. ولا يعتبر في عقدها العربية، فيقع بكل لغة. ولا يبعد جريان المعاوضة فيها بعد تعيين ما يلزم تعيينه.

(مسألة ١): يعتبر فيها زائداً على ما اعتبر في المتعاقدين من البلوغ، والعقل، والقصد، والاختيار، والرشد، وعدم الحجر لفلس إن كان تصرفه مالياً، دون غيره كالزراع إذا كان منه العمل فقط، أمور:

أحدها: جعل الحاصل مشاعاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما، أو بعضه الخاص - كالذي يحصل متقدماً، أو الذي يحصل من القطعة الفلانية - لأحدهما، والآخر للآخر، لم يصح.

ولا للعمل من العامل. نعم، لكل واحد منهما إلزام الآخر عملاً بمقتضى العقد والمواعدة، ويؤيده إمكان كون كل واحد من الأرض والعمل والبذر والعوامل من شخص أو من أشخاص كما سيجيء في المسألة التاسعة، وهذا عين الشركة المتعارفة. ويتحقق العقد حينئذٍ من الجميع، فينشئ أحدهم الإيجاب مثلاً بقوله: تشاركنا، أو اشتركنا على أن يكون هذه الأمور من هؤلاء الأشخاص، ويقول الباقيون: قبلنا، أو يقول الجميع: تشاركنا، ونحوه، ولا دليل على لزوم إيجاب واحد وقبول واحد، بل الميزان حقيقة المعاهدة والمعاودة؛ ليصدق عليها عنوان العقد، فيشملة قوله تعالى: «أو فؤا بالعقود»^١، أو «يجازة عن تراض»^٢.

ثم إنه إذا تم العقد وجب لكل واحد العمل على طبق الوعد، وجاز للآخرين إلزامه على تسليم الأرض أو العمل أو البذر أو العوامل من غير حصول الملكية من كل واحد على الآخر شيئاً.

ثانيها: تعيين حصّة الزارع بمثل النصف^(٢) أو الثلث أو الربع ونحو ذلك.

ثالثها: تعيين المدة^(٣) بالأشهر أو السنين، ولو اقتصر على ذكر المزروع في سنة واحدة، ففي الاكتفاء به عن تعيين المدة وجهان، أو جههما الأول، لكن فيما إذا عيّن مبدأ الشروع في الزرع، وإذا عيّن المدة بالزمان، لا بد أن يكون مدة يدرك فيها الزرع بحسب العادة، فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن إدراكه.

رابعها: أن تكون الأرض قابلة للزرع؛ ولو بالعلاج والإصلاح وطم الحفر وحفر النهر ونحو ذلك، فلو كانت سبخة لا تقبل للزرع، أو لم يكن لها ماء، ولا يكفيه ماء السماء، ولا يمكن تحصيل الماء له ولو بمثل حفر النهر أو البئر أو الشراء، لم يصح.

خامسها: تعيين المزروع؛ من أنه حنطة أو شعير أو غيرها مع اختلاف الأغراض فيه، ويكفي فيه تعارف يوجب الانصراف، ولو صرح بالتعميم صح، فيتخير الزارع بين أنواعه.

سادسها: تعيين الأرض، فلو زارعه على قطعة من هذه القطعات، أو مزرعة من هذه المزارع، بطل، نعم، لو عيّن قطعة معينة من الأرض التي لم تختلف أجزاؤها، وقال: زارعتك

(٢) في مقابل أن يقول المالك: ازرع، ولك شيء من الحاصل، ولي أيضاً شيء منه. والدليل عليه وعلى الشرط السابق دعوى الإجماع كما عن «الجواهر» وغيره، وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به». وقال: «لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس»^١.

(٣) ادّعى في «التذكرة» الإجماع^٢، وفي «المستمسك»: «لا دليل عليه؛ فإنّ المنع عن بيع الفرر لا يشمل، وما دلّ على النهي عن الفرر غير ثابت»^٣.

لكن الظاهر أن الفرر متى تحقق الإجماع على عدمه، فاللازم عدم التخلّف عنه.

١. وسائل الشريعة ١٩: ٤١، كتاب المزارعة، الباب ٨، الحديث ٣.

٢. تذكرة الفقهاء ٢: ٣٣٩ ط قديم.

٣. مستمسك الفروة الوقتي ١٣: ٥٦.

على جريب من هذه القطعة : على النحو الكلي في المعين ، فالظاهر الصحة ، ويكون التخيير في تعينه لصاحب الأرض .

سابعها : أن يعين كون البذر وسائر المصارف على أي منهما إن لم يكن تعارف .

(مسألة ٢) : لا يعتبر في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع ، بل يكفي كونه مالكاً لمنفعتها أو انتفاعها^(٤) بالإجارة ونحوها ؛ مع عدم اشتراط الانتفاع بنفسه مباشرة ، أو أخذها من مالكها بعنوان المزارعة ، أو كانت أرضاً خراجية وقد تقبلها من السلطان أو غيره مع عدم الاشتراط المتقدم . ولو لم يكن له فيها حق ولا عليها سلطنة أصلاً كالموات ، لم تصح مزارعتها ؛ وإن أمكن أن يتشارك مع غيره في زرعها وحاصلها مع الاشتراك في البذر ، لكنه ليس من المزارعة .

(مسألة ٣) : إذا أذن مالك الأرض أو المزرعة إذنًا عامًّا - بأن كل من زرع ذلك فله نصف الحاصل مثلاً - فأقدم شخص عليه استحق المالك حصته^(٥) .

(٤) قد منع بعض^١ صحة هذا الفرض مستدلاً بأن المستعير يملك الانتفاع دون المنفعة ، ولا يملك التمليك .

لكنّ هذا مبني على القول بكون المزارعة من المعاوضات ، فيملك المزارع منفعة الأرض بإزاء عمل العامل ، ولا ملكية له منها ، وقد عرفت أنها من المشاركات ، فيكفي جواز جعل الأرض في معرض الانتفاع ، وهو حاصل بناء على عدم اشتراط الانتفاع بنفسه كما هو المفروض .

(٥) لا إشكال في استحقاقه ذلك بعد تمامية العمل وحصول الزرع ، وإنما الكلام في عنوان هذا العمل ، فهل هو مزارعة ، أو جمالة . أو لا هذه ولا ذاك ؟

فالصواب أن يقال : إنه إذا قصد المالك بذلك القول إنشاء عقد المزارعة ، وكان العامل قصد بعمله قبوله مع معلومية سائر لوازم العقد ، كالبذر والعوامل ونحوها ، فالعمل مزارعة

(مسألة ٤) : لو اشترطاً^(٦) أن يكون الحاصل بينهما بعد إخراج الخراج أو بعد إخراج البذر لبأذله، أو ما يصرف في تعمير الأرض لصارفه، فإن اطمأننا ببقاء شيء بعد ذلك من الحاصل ليكون بينهما صحح، وإلا بطل.

صحيحة. وأما إذا قصد الإذن فقط، وكان البذر وسائر اللوازم عليه أيضاً إما بسبب التصريح بذلك، أو معلوميته من الخارج، كان جعالة، واستحقَّ العامل حصته المذكورة إذا لم يُفسخ إلى حصول الحاصل، ولو رجع عن إذنه كان للعامل أجرة المثل لعمله، وإذا قصد الإذن ودلت القرائن على كون البذر وغيره على العامل، فليس ذلك بمزارعة، كما أنه ليس بجعالة؛ لأنَّ المالك يجعل شيئاً لنفسه لا على نفسه، فاستحقاقه بعد حصول الزرع الحصة المسمَّاة مشكل. ولا يبعد القول باستحقاقه أجرة المثل لأرضه.

وأما الحكم بالبطلان لأجل الفرر، فلا وجه له؛ فإنَّ الفرر في الإذن غير قادح، كما إذا أذن لأحد التصرف في ملكه مع احتمال المتصرف رجوعه عن الإذن وفوت مصالحه المنظورة. (٦) مقتضى طبيعة الزراعة عدم إخراج البذر - مثلاً - من الوسط، وكذا الخراج ومصارف الأرض، بل يكون الأوَّل على المالك أو العامل أو غيرهما حسب المعاهدة، والخراج على صاحب الأرض، والمصارف على ما هو المتعارف من كونه على صاحب الأرض أو العامل.

إذن فالعاصل يقسم بدون لحاظ تلك الأمور، سواء أربحوا، أم خسروا، فالشرط يفيد أمراً آخر غير طبيعتها، والالزام ملاحظة عدم تأديهِ إلى اللغوِيَّة والخسران والفرر.

ثم إنَّ سلامة الاستثناء المذكور هل هي مشروطة بسلامة الحاصل، فلو تلف منه شيء نقص من المستثنى بحسابه أم غير مشروطة؟

فالظاهر ملاحظة عبائثرهم وقصودهم؛ فإن اقتضت الإشاعة كما هو ظاهر المسألة أو الكلِّي في المعين على احتمال فيها، كان النقص وارداً عليهما في الأوَّل، وغير وارد ما دام مقدار المستثنى باقياً على الثاني، وإن اشترطاً شيئاً في ذمة أحدهما لم ينقص منه حتَّى لو تلف الجميع.

(مسألة ٥) : لو انقضت المدة المعيّنة ولم يدرك الزرع لم يستحق^(٧) الزارع إبقائه ولو بالأجرة، بل للمالك الأمر بإزالته من دون أرض، وله إبقاؤه مجاناً، أو مع الأجرة إن رضي الزارع بها.

(مسألة ٦) : لو ترك الزارع الزرع حتى انقضت المدة، فهل يضمن أجرة المثل، أو ما يعادل حصة المالك بحسب التخمين، أو لا يضمن شيئاً؟ وجوه، أوجهها ضمان أجرة المثل؛ فيما إذا كانت الأرض تحت يده وترك الزراعة بتفريط منه، وفي غير عدم الضمان، والأحوط التراضي والتصالح. هذا إذا لم يكن تركها لعذر عام، كالثلوج الخارقة أو صيرورة المحل معسكراً أو مسبعة ونحوها، وإلا انفسخت المزارعة.

(مسألة ٧) : لو زارع على أرض ثم تبين للزارع أنه لا ماء لها فعلاً، لكن أمكن تحصيله بحفر بئر ونحوه صحّت، لكن للعامل خيار الفسخ. وكذا لو تبين كون الأرض غير صالحة للزراعة إلا بالعلاج التام، كما إذا كان الماء مستولياً عليها ويمكن قطعه. نعم، لو تبين أنه لا ماء لها فعلاً ولا يمكن تحصيله، أو كانت مشغولة بمانع لا يمكن إزالته ولا يرجح زواله، بطل.

(مسألة ٨) : لو عين المالك نوعاً من الزرع كالحنطة - مثلاً - فزرع غيره ببذره، فإن كان التعمين على وجه الشرطية في ضمن عقد المزارعة، كان له الخيار بين الفسخ والإمضاء،

(٧) لأنّ سلطنة المالك على أرضه يقتضي جواز الإجبار، ولا سلطنة للعامل عليها بعد تمامية زمان المزارعة.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إنّه لو استلزم ذلك ضرر الزارع كانت قاعدة الضرر من قبله حاكمة على قاعدة السلطنة؛ فإنّ الفرض أن أصل الإقدام لم يكن بنحو الغصب والتعدي. هذا إذا لم يكن البقاء مستلزماً لضرر صاحب الأرض، وإلا فسمقتضى تعارض الضررين وتساوقهما بقاء حكومة سلطنة المالك، فجاز إجبار الزارع بالإزالة، ولا دليل على ضمان المالك النقص الحاصل في الزرع، فأصالة عدمه محكمة.

فإن أمضاء أخذ حصته، وإن فسح كان الزرع للزارع وعليه للمالك أجره الأرض. وأما إذا كان على وجه القيدية فله عليه أجره الأرض وأرض نقصها على فرضه.

(مسألة ٩): الظاهر صحة جمل الأرض والعمل من أحدهما والبذر والعوامل من الآخر، أو واحد منها من أحدهما والبقية من الآخر، بل الظاهر صحة الاشتراك^(٨) في الكل، ولا بد من تعيين ذلك حين العقد، إلا إذا كان هناك معتاد يخفي عنه. والظاهر عدم لزوم كون المزارعة بين الاثنين، فيجوز أن تجعل الأرض من أحدهم، والبذر من الآخر، والعمل

(٨) مقتضى ما ذكرنا من كون المزارعة من سنخ المشاركات، فلا مانع من هذا القسم وغيره من الأقسام، إلا أن مفاد صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: وسألته عن المزارعة، فقال عليه السلام: «النفقة منك، والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر»^١، لزوم كون جميع النفقات غير الأرض من العامل، وظاهر الخير كون المراد بيان حقيقة المزارعة، فلا مزارعة في غير الفرض، إلا أن الظاهر أنه لا عامل بها بنحو الجمود على مفادها، فاللزام حملها على بيان المصدق المتعارف في ذلك الزمان.

مع أنه يخالف موثق سماعة، قال: سألت عن مزارعة المسلم المشترك، فيكون من عند المسلم البذر والبقر، وتكون الأرض والماء والخراج والعمل على العليج؟ قال عليه السلام: «لا بأس به»^٢.

فإن مفاده كون النفقات على صاحب الأرض، مع أنه لو قلنا بخروج الفرض عن حقيقة المزارعة، كدعوى خروج المسألة بعدها، أي المزارعة بين أزيد من اثنين عنها، فإطلاق الأدلة العامة، كقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُوبِ»^٣، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^٤ كافٍ في المطلوب.

١. وسائل الشريعة ٤٥: ١٩، كتاب المزارعة، الباب ١٠، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٤٧: ١٩، كتاب المزارعة، الباب ١٢، الحديث ١.

٣. المائدة (٥): ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٧٦: ٢١، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

من الثالث، والعوامل من الرابع؛ وإن كان الأحوط ترك هذه الصورة، وعدم التعدي عن اثنين، بل لا يترك ما أمكن.

(مسألة ١٠): يجوز للزارع أن يشارك غيره في مزارعته؛ بجعل حصّة من حصّته لمن يشاركه، كما يجوز أن ينقل حصّته إلى الغير ويشترط عليه القيام بأمر الزراعة، والتناقل طرف للمالك، وعليه القيام بأمرها ولو بالتسيب. وأمّا مزارعة الثاني - بحيث كان الزارع الثاني طرفاً للمالك - فليست بمزارعة، ولا يصحّ العقد كذلك. ولا يعتبر في صحّة التشريك في المزارعة، ولا في نقل حصّته، إذن المالك. نعم، لا يجوز^(٩) على الأحوط تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه، كما أنّه لو شرط عليه المالك أن يباشر بنفسه - بحيث لا يشاركه غيره، ولا ينقل حصّته إلى الغير - كان هو المتّبع.

(مسألة ١١): عقد المزارعة لازم من الطرفين، فلا يفسخ بفسخ أحدهما إلّا إذا كان له خيار، وينفسخ بالتقابل كسائر العقود اللازمة، كما أنّه يبطل وينفسخ قهراً؛ بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع بسبب مع عدم تيسّر العلاج.

(مسألة ١٢): لا تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين، فإن مات ربّ الأرض قام وارثه

(٩) لا إشكال في جواز تسليمها إلى الغير في باب الإجارة، وأمّا هنا: ففيه إشكال من أن العامل يملك نصف المنفعة بناءً على كون المزارعة من قبيل المعاوضات، ولا يملك إلّا التصرف بناءً على كونها من المشاركات، وعلى التقديرين فتسليمها جميعاً إلى العامل الثاني مشكل.

ولكن يمكن أن يقال: كيف يجوز لورثة العامل التصرف في الأرض والبذر لو فرض موته، فهل هو إلّا لانتقال حقّ التصرف الثابت للعامل إلى ورثته، فإذا أحرز إمكان الانتقال جاز نقله بالعقد ونحوه، ويشهد له جواز أخذ الأجير.

هذا، ولكن عدم جواز نقل الأرض على فرضه لا ينافي صحّة التشريك أو المزارعة الثانية؛ لجواز كون العامل الأوّل هو المباشر لما على العامل الثاني من الأعمال بإجارة وتبرّع وارث ونحوه.

مقامه، وإن مات العامل فكذلك، فإمّا أن يتموا العمل ولهم حصّة مورّثهم، وإمّا أن يستأجروا شخصاً لإتمامه من مال المورّث ولو الحصّة المزبورة، فإن زاد شيء كان لهم، نعم، لو شرط على العامل مباشرته للعمل تبطل بموته.

(مسألة ١٣): لو تبيّن بطلان المزارعة بعدما زرع الأرض، فإن كان البذر لصاحب الأرض كان الزرع له، وعليه أجرة العامل والعوامل إن كانت من العامل، إلّا إذا كان البطلان مستنداً إلى جعل جميع الحاصل لصاحب الأرض، فإن الأقوى حينئذٍ عدم أجرة العمل والعوامل عليه. وإن كان من العامل كان الزرع له وعليه أجرة الأرض، وكذا العوامل إن كانت من صاحب الأرض، إلّا إذا كان البطلان مستنداً إلى جعل جميع الحاصل للزراع، فالأقوى حينئذٍ عدم أجرة الأرض والعوامل عليه. وليس للزراع إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل ولو بالأجرة، فللمالك أن يأمر بقلعه.

(مسألة ١٤): كيفية اشتراك العامل مع المالك في الحاصل تابعة للجعل الواقع بينهما، فتارة: يشتركان في الزرع من حين طلوعه وبروزه، فيكون حشيشه وقصيله وتبنه وحبّه كلّها مشتركة بينهما. وأخرى: يشتركان في خصوص حبّه؛ إمّا من حين انعقاده، أو بعده إلى زمان حصاده، فيكون الحشيش والقصيل والتبن كلّها لصاحب البذر، ويمكن أن يجعل البذر لأحدهما والحشيش والقصيل والتبن للآخر مع اشتراكهما في الحبّ. هذا مع التصريح، وأمّا مع عدمه فالظاهر من مقتضى وضع المزارعة عند الإطلاق الوجه الأول، فالزرع بمجرد طلوعه وبروزه يكون مشتركاً بينهما.

ويترتب على ذلك أمور:

منها: كون القصيل والتبن أيضاً بينهما.

ومنها: تعلّق الزكاة بكلّ منهما إذا كان حصّة كلّ منهما بالغاً حدّ النصاب، وتعلّقها بمن بلغ نصيبه حدّه إن بلغ نصيب أحدهما، وعدم التعلّق أصلاً إن لم يبلغ النصاب نصيب واحد منهما.

ومنها: أنّه لو حصل فسخ من أحدهما بخيار، أو منهما بالتقابل في الأثناء، يكون الزرع بينهما، وليس لصاحب الأرض على العامل أجرة أرضه، ولا للعامل عليه أجرة عمله بالنسبة

إلى ما مضى. وأما بالنسبة إلى الآتي إلى زمان البلوغ والحصاد، فإن وقع بينهما التراضي بالبقاء - بلا أجر، أو معها، أو على القطع قصيلاً - فلا إشكال، وإلا فكل منهما مسلط على حصته، فلصاحب الأرض مطالبة القسمة وإلزام الزارع بقطع حصته، كما أن للزارع مطالبتها ليقطع حصته.

(مسألة ١٥): خراج الأرض ومال الإجارة للأرض المستأجرة على المزارع، لا الزارع إلا إذا اشترط عليه كلاً أو بعضاً، وأما سائر المؤن - كشق الأنهار، وحفر الآبار، وإصلاح النهر، وتهئة آلات السقي، ونصب الدواليب والناعور، ونحو ذلك - فلا بد من تعيين كونها على أي منهما، إلا إذا كانت عادة تقضي عن التعيين.

(مسألة ١٦): يجوز لكل من الزارع والمالك - عند بلوغ الحاصل - تقبل حصّة الآخر (١٠)

(١٠) بأن عينا - مثلاً - مجموع الحاصل بالتخمين والغرض مائة من، فيقبل العامل حصّة المالك بإعطاء خمسين متاً من الحاصل، أو يقبل المالك حصّة العامل بإعطاء ذلك المقدار.

والكلام في المسألة يقع في أمور:

الأول: في بيان ماهية هذا العمل وأنه أي عقد من العقود، وأنه ليس بعقد، وقيل فيه أقوال:

أحدها: أنه بيع احتمله العلامة في «التذكرة»^١.

وفيه: أنه لا يلائم البيع أبداً، فما هو العوض والمعوض؟ وأين فيه سائر شرائط البيع؟

ثانيها: أنه صلح معاوضي، وحاله حال البيع في الفساد^٢.

وثالثها: أنه عقد مستقل، وحقيقته خرس حصّة المالك - مثلاً - وتحديد بها بمقدار معين وضمان العامل بذلك وتعهده على أدائه، على أنه إن زاد الحصّة على المقدار كان الزائد له.

١. تذكرة الفقهاء ١٠: ١٠٨؛ جواهر الكلام ٢٤: ١٢٣.

٢. تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٤٠٢؛ الدروس الشرعية ٣: ٢٣٨، مفتاح الكرامة ٤: ٣٩١ ط قديم؛ جواهر الكلام

بحسب الغرض بمقدار معين من حاصله بالتراضي. والأقوى لزومه من الطرفين بعد القبول وإن تبين بعد ذلك زيادتها أو نقصتها، فعلى المتقبل تمام ذلك المقدار ولو تبين أن حصّة صاحبه أقلّ منه، كما أن على صاحبه قبول ذلك وإن تبين كونها أكثر منه، وليس له مطالبة الزائد.

وإن نقص كان عليه الإتمام. ففي الحقيقة هو تبديل وصف الحصّة بوصف آخر، لا تبديل الحصّة وتعويضه بشيء آخر، ومن هنا يعلم أنه لا يبيع هنا ولا مصالحة ولا غيرهما^١.
الثاني: أن الدليل على هذا العقد خبر سهل، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران، ويضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص و غرم، وربما استفضل وزاد؟ قال: «لا بأس به إذا تراضيا»^٢.
وخبر محمد بن عيسى عنه، قال: إن لنا أكرة فنزارعهم، فيقولون: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطونا، ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصّته على هذا الحزر، قال: «وقد بلغ؟»، قلت: نعم، قال: «لا بأس بهذا»^٣.

الثالث: الظاهر أن هذا العقد يكفي في إيجابه أن يقول العامل - مثلاً -: «قد خرصت حصّته بكذا» قاصداً تقبّله بذلك المقدار، ويقول المالك: «قبلت»، أو يقول أحدهما: «أعطني حصّتك بكذا»، فيقبل الآخر، ونحو ذلك من التعابير وفقاً لظاهر الأخبار.

الرابع: أنه لا إشكال في جواز إيقاع عقد البيع في المورد بأن يقول أحدهما: «بيعتك حصّتي المشاعة من الحاصل بكذا مقدار من جنسه في ذمتك»، وهذا خارج عن محلّ الكلام. نعم، لو قال: «بكذا مقدار بشرط التأدية من هذا الحاصل»، ورد عليه إشكال المزاينة والمحاقلة.

١. راجع مسائل الأنعام ٣: ٢٧٠، جامع المقاصد ٤: ١٧٥، مفتاح الكرامة ٤: ٣٩١ ط قدیم: المروة الوثقی ٥:

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٤٩، كتاب المزارعة، الباب ١٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٥٠، كتاب المزارعة، الباب ١٤، الحديث ٤.

(مسألة ١٧): لو بقيت في الأرض أصول الزرع بعد جمع الحاصل وانقضاء المدة، فنبتت بعد ذلك في العام المستقبل، فإن كان القرار الواقع بينهما على اشتراكهما في الزرع وأصوله، كان الزرع الجديد بينهما على حسب الزرع السابق، وإن كان على اشتراكهما فيما خرج من الزرع في ذلك العام، فهو لصاحب البذر، فإن أعرض عنه فهو لمن سبق.

(مسألة ١٨): تجوز المزارعة على أرض بائرة - لا يحكن زرعها إلا بعد إصلاحها وتعميرها - على أن يعمرها ويصلحها ويزرعها سنة أو سنتين - مثلاً - لنفسه، ثم يكون الحاصل بينهما بالإشاعة بحصة معينة في مدة مقدرة.

كتاب المساقاة

وهي المعاملة^(١) على أصول ثابتة؛ بأن يسقيها مدّة معيّنة بحصّة من ثمرها. وهي عقد^(٢) يحتاج إلى إيجاب - كقول صاحب الأصول: «ساقيتك»، أو «عاملتك»، أو «سلمت إليك»، وما أشبه ذلك - وقبول نحو «قبلت» وشبهه. ويكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى

كتاب المساقاة

(١) هل هي من قبيل المعاوضات أو المشاركات؟ وجهان. وعلى الأوّل فهل هي من إجارة النفس، فيستأجر المالك العامل على أن يسقي الأصول الثابتة ويصلح أمرها في مدّة معلومة بمقدار مشاع من حاصلها؟

أو هي من إجارة العين. فيستأجر العامل الأصول من المالك، والأجرة هي المقدار المشاع من الحاصل؟ ويشكل الفرضان بجهالة الأجرة في كليهما.

أو هي معاملة بعنوان البيع أو الصلح بين شيء من منفعة الأصول مقدّر بكسر مشاع وشيء من عمل العامل مقدّر به أيضاً، فيملك المالك مقدراً من عمل العامل، ويملك العامل مقدراً من منافع الأصول؟ وجوه.

وعلى الثاني فهي عبارة عن إنشاء الشركة بين شخصين أو أكثر بعقد لفظي أو بمعاوضة على أن تكون الأصول من بعض، والعمل من آخر؛ ليكون الحاصل مشتركاً بينهما حسب ما يجعلانه من النصف أو الثلث أو غيرهما. فتنتجتها حدوث حقّ لكلّ منهما على إلزام طرفه بالوفاء بلا حصول الملكية للعمل والمنفعة، وهذا هو الأجود.

(٢) الظاهر أنّ المساقاة معاملة عقلانيّة مرسومة بين الناس من أوّل أزمنة تمدّن الإنسان واجتماع أفرادها في القرى والمدن، وقد أمضاها الشرع بالعمومات والخصوصات،

المذكور بأي لغة كانت. والظاهر كفاية القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي، كما تجري فيها المعاظة على ما مر في المزارعة.

ويعتبر فيها بعد شرائط المتعاقدين من البلوغ، والعقل، والقصد، والاختيار، وعدم الحجر لسفه فيهما، ولفلس من غير العامل، أن تكون الأصول مملوكة عيناً أو منفعة، أو يكون المتعامل ناقد التصرف لولاية أو غيرها. وأن تكون معينة عندهما معلومة لديهما، وأن تكون مفروسة ثابتة، فلا تصح في الفسيل قبل الغرس، ولا على أصول غير ثابتة كالبطيخ والخيار ونحوهما. وأن تكون المدة معلومة مقدرة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كالأشهر والسنين. والظاهر كفاية جعل المدة إلى بلوغ الثمر في العام الواحد إذا عيّن مبدأ الشروع في السقي، وأن تكون الحصّة معينة مشاعة بينهما مقدرة بمثل النصف أو الثلث ونحوهما، فلا يصح أن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر، أو يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر أخرى. نعم، لا يبعد جواز أن يشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والاشتراك في البقية، أو يشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقية؛ إذا علم كون الثمر أزيد منه وأنه تبقى بقية.

فمن العموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^١ وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^٢ بناءً على شمول الشرط للابتدائي.

ومن الخصوص قوله ﷺ: في خبر يعقوب بن شعيب، عن الصادق ﷺ قال: سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسقي هذا من الماء، وعمره. ولك نصف ما أخرج الله منه؟ قال: «لا بأس»^٣. فالتعبير بالمساقاة مأخوذة من الحديث، ويكفي ما يرادفها متى يقيد هذا المعنى.

١. المائدة (٥): ١.

٢. وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٤٤، كتاب المزارعة، الباب ٩، الحديث ٢.

(مسألة ١): لا إشكال في صحّة المساقاة قبل ظهور الثمر، ولي صحتها بعد الظهور وقبل البلوغ قولان، أقوامها الصحّة إذا كانت الأشجار محتاجة إلى السقي، أو عمل آخر ممّا تستزاد به الثمرة ولو كيفية، وفي غيره محلّ إشكال، كما أنّ الصحّة بعد البلوغ والإدراك - بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف - محلّ إشكال.

(مسألة ٢): لا تجوز المساقاة على الأشجار غير المثمرة كالخلاف ونحوه. نعم، لا يبعد جوازها على ما ينتفع بورقه أو ورده منها، كالتوت الذكر والحناء وبعض أقسام الخلاف ذي الورد ونحوها.

(مسألة ٣): تجوز المساقاة على لسان مفروسة قبل أن تصير مثمرة؛ بشرط أن تجعل المدة بمقدار تصير مثمرة فيها، كخمس سنين أو ست أو أزيد.

(مسألة ٤): لو كانت الأشجار لا تحتاج إلى السقي - لاستغنائها بماء السماء، أو لمصّها من رطوبات الأرض - ولكن احتاجت إلى أعمال أخرى، فالأقرب الصحّة إذا كانت الأعمال يستزاد بها الثمر؛ كانت الزيادة عينية أو كيفية، وفي غيرها تشكل الصحّة، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ٥): لو اشتمل البستان على أنواع من الشجر والنخيل، يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر، كما إذا جعل النصف في ثمرة النخيل، والثلث في الكرم، والربع في الرمان مثلاً، لكن إذا علما بمقدار كلّ نوع من الأنواع. كما أنّ العلم بالرافع للفرق شرط في المعاملة على المجموع بحصة متّحدة.

(مسألة ٦): من المعلوم أنّ ما يحتاج إليه البساتين والنخيل والأشجار - في إصلاحها وتعميرها واستزادة ثمارها وحفظها - أعمال كثيرة:

فمنها: ما يتكرّر في كلّ سنة، مثل إصلاح الأرض، وتنقية الأنهار، وإصلاح طريق الماء، وإزالة الحشيش المضّر، وتهذيب جراند النخل والكرم، والتلقيح، والتشميس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة، وغير ذلك.

ومنها: ما لا يتكرّر غالباً، كحفر الآبار والأنهار، وبناء الحائط والدولاب والدالية، ونحو ذلك. فمع إطلاق عقد المساقاة الظاهر أنّ القسم الثاني على المالك، وأمّا القسم الأوّل فيشيع

التعارف والعادة، فما جرت على كونه على المالك أو العامل كان هو المتبع، ولا يحتاج إلى التعيين. ولعل ذلك يختلف باختلاف البلاد. وإن لم تكن عادة لا بد من تعيين أنه على أيهما. (مسألة ٧): المساقاة لازمة من الطرفين لا تنفسخ إلا بالتقاييل أو الفسخ بخيار، ولا تبطل بموت أحدهما، بل يقوم وارثهما مقامهما. نعم، لو كانت مقيدة بمباشرة العامل تبطل بموته. (مسألة ٨): لا يشترط في المساقاة أن يكون العامل مباشراً بنفسه، فيجوز أن يستأجر أجيراً لبعض الأعمال أو تمامها، وتكون عليه الأجرة. وكذا يجوز أن يتبرع متبرع بالعمل، ويستحق العامل الحصة المقررة. نعم، لو لم يقصد التبرع عنه ففي كفايته إشكال، وأشكل منه لو قصد التبرع عن المالك. وكذا الحال لو لم يكن عليه إلا السقي، ويستثنى عنه بالأمطار ولم يحتج إليه أصلاً. نعم، لو كان عليه أعمال آخر غير السقي، واستغني عنه بالمطر وبقي سائر الأعمال، فإن كانت بحيث يستزاد بها الثمر فالظاهر استحقاق حصته، وإلا فمحل إشكال.

(مسألة ٩): يجوز أن يشترط للعامل مع الحصة من الثمر شيئاً آخر من نقد وغيره، وكذا حصة من الأصول مشاعاً أو مفروزاً.

(مسألة ١٠): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة تكون الثمرة للمالك، وللعامل عليه أجرة مثل عمله^(٣) حتى مع علمه بالفساد شرعاً. نعم، لو كان الفساد مستنداً إلى اشتراط كون

(٣) قد يتوهم: «أن الاستحقاق لا يتحقق إلا إذا كان العمل بأمر المالك أو استدعائه، وأن مجرد العمل مبنياً على العقد الفاسد لا يوجب الاستحقاق»^١.

ولكن لا إشكال في استحقاق العامل هنا؛ فإن المالك بعقده الفاسد قد استوفى عمل العامل، ولم يكن عمله إلا على نفع المالك، ولم يعمل العامل إلا بهذا القصد، سواء أكان عالماً بالفساد أم جاهلاً، وهذا من أظهر مصاديق الاستيفاء. نعم، لا يستحق في ما كان البطلان لأجل جعل الحاصل جميعاً للمالك؛ فإنه قد هتك حرمة عمله.

جميع الثمرة للمالك لم يستحق الأجرة حتى مع جهله بالفساد.

(مسألة ١١): يملك العامل الحصة من الثمر حين ظهوره، فإن مات بعده قبل القسمة، وبطلت المساقاة من جهة اشتراط مباشرته للعمل انتقلت حصته إلى وارثه، وتجب عليه الزكاة لو بلغت النصاب.

(مسألة ١٢): المفارسة باطلة^(٤)، وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها؛ على أن يكون المغروس بينهما؛ سواء اشترط كون حصة من الأرض أيضاً للعامل أو لا، وسواء كانت الأصول من المالك أو من العامل. وحينئذ يكون الغرس لصاحبه، فإن كانت من مالك الأرض فعليه أجرة عمل الغارس، وإن كانت من الغارس فعليه أجرة الأرض، فإن تراضيا على الإبقاء بالأجرة أو لا معها فذاك، وإلا فللمالك الأرض الأمر بالقطع، وعليه أرض النقص

(٤) لا بد من كون الحكم بالبطان بعنوان كونها مساقاة، إذ لا يصدق عليها عنوان المساقاة، وأما بملاحظة ما تعارف منها في بعض البلدان من تعاقد شخصين - مثلاً - على أن تكون الأرض من أحدهما وعمل الغرس ونفس الأصول وتربيتها من الآخر، فإذا تحقق الغرس وانطبق على الجميع عنوان البستان - مثلاً - كانت الأصول ملكاً لهما إلى سنين معلومة أو إلى الدوام، فإذا اتفق فناء الأصول أو توافقهما على قطع الجميع، عادت الأرض إلى ملك المالك أو إلى ورثته، أو يشترك بعد حصول الغرس كلا الطرفين في الأصول والأرض إلى مدة أو إلى الدوام.

ونتيجة الشركة بهذا المعنى كون الأشجار ومنافعها وأغصنها وأثمارها ملكاً لهما ينتفعان بها كسائر الشركاء، والدليل على الصحة عموم قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ و«تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ»^٢ وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^٣، إذ لا إشكال في كونها معاهدة ومعقدة في عرف بعض النواحي وكونها نوع استرباح وتجارة وكونها شرطاً ابتدائياً من الشروط.

١. المائدة (٥): ١.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. وسائل الشريعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

إن نقص بالقلع^(٥)، كما أن للغارس قلمه، وعليه طمّ الحفر ونحو ذلك ممّا حصل بالغرس، وليس لصاحب الأرض إلزامه بالإبقاء ولو بلا أجرة.

(٥) لا إشكال في كون مالك الأشجار مأذوناً من مالك الأرض في غرس الأصول، وليس العرق ظالماً، والدليل عليه استحقاق العامل أجرة عمله إذا كانت الأصول من مالك الأرض، سواء أكانا عالمين بالبطلان أو جاهلين أو على الاختلاف، وحينئذ: فإذا أجبر مالك الأرض العامل على إزالة الغرس، أو أزاله بنفسه بعد عدم إمكان إجباره، فهل يجب عليه أرش النقص أم لا؟

وعلى فرض الوجوب، فهل المراد من النقص حدوث كسر وعيب في الغرس مع فرض إمكان نقله إلى محلّ آخر وغرسه هناك؟ أو المراد نقص قيمة الغرس من جهة أنّه إذا نقل إلى محلّ آخر حصل ضعف فيه يمنع عن النمو والرشد؟ أو من جهة عدم إمكان غرسه في محلّ آخر، فيبيس ويسقط عن الانتفاع برطبه، فلا يكون إلّا حطاً؟

مقتضى القاعدة عدم وجوب شيء على مالك الأرض إلّا أرش الكسر ونحوه في ما إذا قلعه بنفسه مع إمكان إجبار مالكه، وأمّا نقص القيمة أو سقوطه عن القيمة بالمرّة، فذلك ضرر أوردته العامل على نفسه من جهة خطائه وجهله بالمسألة، وليس مغروراً من قبل مالك الأرض على الفرض، وذلك كما إذا أخطأ صاحب الغرس، فغرسه في ملك غيره متخيلاً أنّه ملكه، فلصاحب الملك الأمر بالإزالة بلا لزوم شيء عليه، هذا إذا كان منع مالك الأرض القلع ضرراً عليه، فيتساقط الضرران، وتكون سلطنة الناس على أموالهم محكمة.

وأما إذا لم يكن كذلك، فلا يبعد القول بكون قاعدة السلطنة محكومة بقاعدة «لا ضرر» ما دام الأمر كذلك، وحينئذ، فإذا أجبره على القلع، أو قلعه بنفسه، وجب عليه أرش النقص أو نقصان القيمة.

١. جاء في حديث نبوي ﷺ هكذا: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له». وليس ليرق ظالم حق، واليرق الظالم: هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله، فيغرس فيها غرساً غصباً، أو يزرع، أو يحدث فيها شيئاً؛ ليستوجب به الأرض. راجع النهاية لابن الأثير ٣: ٢١٩، لسان العرب ١٠: ٢٤٤؛ مجمع البحرين ٥: ٢١٢. مادة

(مسألة ١٣) : بعد بطلان المغارسة يمكن أن يتوصل إلى نتیجتها؛ بإدخالها تحت عنوان آخر مشروع، يشتركان في الأصول: إما بشرائها بالشركة؛ ولو بأن يوكل صاحب الأرض الغارس؛ في أن كل ما يشتري من الفسيل يشتره لهما، ثم يؤجر الغارس نفسه لغرس حصّة صاحب الأرض وسقيها وخدمتها في مدّة معيّنة بنصف منفعة أرضه إلى تلك المدّة أو بنصف عینها. أو بتعلیک أحدهما للآخر نصف الأصول - مثلاً - إن كانت من أحدهما، ويجعل الموض - إذا كانت لصاحب الأرض - الغرس والخدمة إلى مدّة معيّنة؛ شرطاً على نفسه بقاء حصّة الغارس في أرضه مجّاناً إلى تلك المدّة، وإذا كانت من الغارس، يجعل الموض نصف عین الأرض أو نصف منفعتها إلى مدّة معيّنة؛ شرطاً على نفسه غرس حصّة صاحب الأرض وخدمتها إلى تلك المدّة.

(مسألة ١٤) : الخراج الذي يأخذه السلطان من التخيل والأشجار في الأراضي الخراجية على المالك، إلّا إذا اشترطاً كونه على العامل أو عليهما.

(مسألة ١٥) : لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقى غيره إلّا بإذن المالك، لكن مرجع إذنه فيها إلى توكيله في إيقاع مساقاة أخرى للمالك مع شخص ثالث بعد فسخ الأولى، فلا يستحقّ العامل الأوّل شيئاً. نعم، يجوز للعامل تشريك غيره في العمل على الظاهر.

كتاب الدين والقرض

الدين: مال كلي ثابت في ذمة شخص لآخر بسبب من الأسباب، ويقال لمن اشتغلت ذمته به: المديون والمدين، وللآخر: الدائن والغريم. ومسببه: إما الاقتراض، أو أمور أخرى اختيارية، كجعله مبيعاً في السلم، أو ثمناً في النسينة، أو أجرة في الإجارة، أو صداقاً في النكاح، أو عوضاً في الخلع، وغير ذلك، أو قهرية، كما في موارد الضمانات، ونفقة الزوجة الدائمة، ونحو ذلك. وله أحكام مشتركة. وأحكام مختصة بالقرض.

كتاب الدين والقرض

الدين في اصطلاح أغلب الفقهاء ليس من العقود ولا من الإيقاعات، بل هو موضوع معين له أحكام خاصة، ولم يعدّه في «الشرائع»^١ في أحد الأقسام الأربعة التي جعلها مقسماً لأبحاث كتابه، وكان ينبغي أن يعدّه في القسم الرابع؛ أعني: الأحكام. وعلى أيّ تقدير، فقد بين الماتن أحكامه في ضمن مسائل، وهذا بخلاف القرض، كما سيبيح بيانه.

وفي «الوسائل» أيضاً جعل أبواب الدين والقرض واحداً، مع اختلافهما موضوعاً وحكماً في الجملة. فإنّ بعض أبواب ذلك الكتاب ناظر إلى حال الأول، وبعضها إلى حكم الثاني. فراجع.^٢

١. شرائع الإسلام ٢: ٣٢٤، المقصد الخامس، في القرض.

٢. راجع وسائل الشريعة ١٨: ٣١٥-٣٧٩، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض.

القول : في أحكام الدين

(مسألة ١) : الدين : إما حال ، فللدائن مطالبته واقتضائه ، ويجب على المديون أدائه مع التمكن واليسار في كل وقت ، وإما مؤجل ، فليس للدائن حق المطالبة ، ولا يجب على المديون القضاء إلا بعد انقضاء المدة المضروية وحلول الأجل ، وتعيين الأجل تارة يجعل المتدائنين كما في السلم والنسيئة ، وأخرى يجعل الشارع كالنجوم والاقساط المقررة في الدية .

(مسألة ٢) : لو كان الدين حالاً أو مؤجلاً وقد حلّ أجله ، فكما يجب على المديون المؤسر أدائه عند مطالبة الدائن ، كذلك يجب على الدائن أخذه وتسلمه : إذا صار المديون بصدده أدائه وتفرغ ذمته . وأما الدين المؤجل قبل حلول أجله فلا إشكال في أنه ليس للدائن حق المطالبة . وإنما الإشكال في أنه هل يجب عليه القبول لو تبرع المديون بأدائه أم لا ؟ وجهان ، بل قولان ، أقواما الثاني ^(١) ، إلا إذا علم بالقرائن أن التأجيل لمجرد إرفاق على المديون : من دون أن يكون حقاً للدائن .

(مسألة ٣) : قد عرفت أنه إذا أدى المديون دينه الحال يجب على الدائن أخذه ، فإذا امتنع أجبره الحاكم لو التمس منه المديون ، ولو تعذر إجباره أحضره عنده ومكّنه منه : بحيث صار تحت يده وسلطانه عرفاً ، وبه تفرغ ذمته ، ولو تلف بعد ذلك فلا ضمان عليه . ولو تعذر عليه ذلك فله أن يسلمه إلى الحاكم ، وبه تفرغ ذمته . وهل يجب على الحاكم القبول ؟ فيه تأمل وإشكال . ولو لم يوجد الحاكم فهل له أن يمتن الدين في مال مخصوص ويمزله ؟ فيه تأمل وإشكال . ولو كان الدائن غائباً ، ولا يمكن إيصاله إليه ، وأراد المديون تفرغ ذمته ، أوصله إلى الحاكم عند وجوده . وفي وجوب القبول عليه الإشكال السابق . ولو لم يوجد

القول في أحكام الدين

(١) لأصالة عدم الوجوب ؛ ولأنه قد يكون له غرض عقلائي في عدم أخذه ، وقد يكون يتضرر بذلك ، فالزامه على القبض لا وجه له .

الحاكم، يبقى في ذمته إلى أن يوصله إلى الدائن أو من يقوم مقامه.
(مسألة ٤): يجوز التبرع بأداء دين الغير حيّاً كان أو ميتاً، وبه تبرأ ذمته وإن كان بغير إذنه بل وإن منعه، ويجب على من له الدين القبول.

(مسألة ٥): لا يتعين الدين فيما عيّنه المدين، ولا يصير ملكاً للدائن ما لم يقبضه. وقد مرّ التأمل والإشكال في تعيينه بالتعيين - عند امتناع الدائن عن القبول - في المسألة الثالثة. فلو كان عليه درهم، وأخرج من كبسه درهماً ليدفعه إليه - وفاة عمّا عليه - وقبل وصوله بيده تلف، كان من ماله، وبقي ما في ذمته على حاله.

(مسألة ٦): يحلّ الدين^(٢) المؤجل بموت المديون قبل حلول أجله، لا موت الدائن، فلو مات يبقى على حاله يشترط ورثته انقضاءه، فلو كان الصداق مؤجلاً إلى مدة معينة، ومات الزوج قبل حلوله، استحققت الزوجة مطالبة بعد موته، بخلاف ما إذا ماتت الزوجة، فليس

(٢) بلا خلاف^١ في ذلك ولا إشكال؛ لصحيح حسين بن سعيد: رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مستقّى ثم مات المستقرض، أيحلّ مال القارض عند موت المستقرض أو للورثة من الأجل مثل ما للمستقرض في حياته؟ فقال عليه السلام: «إذا مات فقد حلّ مال القارض»^٢.

وخبر السكوني: «إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حلّ الدين»^٣. وما عن أبي بصير: «إذا مات الرجل حلّ ماله وما عليه من الدين»^٤ وكذا مرسله الصدوق^٥، فهما ضعيفان من حيث السند، مع كونهما خلاف الشهرة العظيمة.

١. الخلاف ٣: ٢٧١ / مسألة ١٤: المحقق الناضرة ٢٠: ١٦٤، مفتاح الكرامة ١٦: ٢١٣؛ جواهر الكلام ٢٥: ٢٩٤ - ٢٩٥.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٢، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٢، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٥، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٢، الحديث ٤.

لورثتها المطالبة قبل انقضائه. ولا يلحق بموت الزوج طلاقه، فلو طلقها يبقى صداقها المؤجل على حاله. كما أنه لا يلحق بموت المديون تحجيره بسبب الفلس، فلو كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة، يقسم ماله بين أرباب الديون الحالة، ولا يشاركهم أرباب المؤجلة^(٣).

(مسألة ٧): لا يجوز بيع الدين بالدين^(٤) على الأقوى فيما إذا كانا مؤجلين وإن حلّ أحدهما، وعلى الأحوط في غيره؛ بأن كان العوضان كلاهما ديناً قبل البيع، كما إذا كان لأحدهما على الآخر طعام كوزنة من حنطة، وللآخر عليه طعام آخر كوزنة من شعير، فباع الشعير بالحنطة، أو كان لأحدهما على شخص طعام، وللآخر على ذلك الشخص طعام آخر، فباع ما له على ذلك الشخص بما للآخر عليه، أو كان لأحدهما على شخص طعام، وللآخر طعام على شخص آخر، فبيع أحدهما بالآخر. وأمّا إذا لم يكن العوضان كلاهما ديناً قبل البيع؛ وإن صار أحدهما أو كلاهما ديناً بسبب البيع، كما إذا باع ما له في ذمة الآخر بثمن في ذمته نسيئة مثلاً، فله شقوق وصور كثيرة لا يسعها هذا المختصر.

(مسألة ٨): يجوز تعجيل الدين المؤجل بنقصان مع التراضي، وهو الذي يسمّى في لسان تجار العصر بـ«التزول»، ولا يجوز تأجيل الحال ولا زيادة أجل المؤجل بزيادة.

(٣) بل لا يدّخر من أمواله شيء للديون المؤجلة بلا خلاف فيه؛ لعدم استحقاقهم قبل الأجل شيئاً.

(٤) والأصل في المسألة خبر طلحة بن زيد: قال رسول الله ﷺ: «لا يُباع الدين بالدين»^١، وظاهر الحديث كون كلا العوضين ديناً قبل وقوع البيع عليهما، لا كونهما ديناً بعده. نعم لا يبعد شموله لبيع الكلّي بالكلّي مع اشتراط التأجيل في كلا العوضين.

١. الخلاف ٣: ٢٧١ / مسألة ١٣، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٦٩، مفتاح الكرامة ١٦: ٢٤١، جواهر الكلام ٢٥:

(مسألة ٩): لا يجوز قسمة الدين^(٥)، فإذا كان لاثنتين دين مشترك على ذمم متعدّدة، كما إذا باعاً عيناً مشتركة بينهما من أشخاص، أو كان لمورثهما دين على أشخاص، فورثاه فجعلاً بعد التعديل ما في ذمّة بعضهم لأحدهما وما في ذمّة الآخرين لآخر، فإنه لا يصحّ. نعم، الظاهر - كما مرّ في الشركة - أنّه إذا كان لهما دين مشترك على أحد يجوز أن يستوفي أحدهما منه حصّته، فيتعيّن له، وتبقى حصّة الآخر في ذمّته. وهذا ليس من قسمة الدين.

(مسألة ١٠): يجب على المديون^(٦) عند حلول الدين ومطالبة الدائن، السعي في أدائه بكلّ وسيلة؛ ولو يبيع سلّمته ومتاعه وعفاره، أو مطالبة غريم له، أو إجارة أملاكه، وغير ذلك. وهل يجب عليه التكتّسب اللائق بحاله من حيث الشرف والقدرة؟ وجهان بل قولان، أحوطهما ذلك، خصوصاً فيما لا يحتاج إلى تكلف وفيمن شغله التكتّسب، بل وجوبه حينئذٍ قويّ. نعم، يستثنى من ذلك^(٧) بيع دار سكناه، وثيابه المحتاج إليها ولو للتجمل، ودأبته

(٥) مرّ الكلام فيها في المسألة الثامنة عشر من كتاب القسمة.

(٦) لأدلة كثيرة، راجع من أبواب الدين والقرض من «الوسائل» الباب الرابع والخامس والثامن وغيرها.

وفي خبر سدير: «كلّ ذنب يكفره القتل في سبيل الله إلّا الذين لا كفارة له إلّا أداؤه»^١. وقول الباقر عليه السلام لمن أراد ملازمة مكّة والمدينة وعليه دين: «ارجع إلى مؤدّي دينك، وانظر أن تلقى الله وليس عليك دين»^٢.

وفي حديث المناهي: «من مطل على ذي حقّ حقّه وهو يقدر على أداء حقّه، فعليه كلّ يوم خطيئة عشّار»^٣.

(٧) لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ»^٤، ولصحيح الحلبي: «لا تباع

١. وسائل الشيعة ١٨: ٣٢٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٣٢٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٤، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٣٣، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٨، الحديث ٢.

٤. البقرة (٢): ٢٨٠.

ركوبه إذا كان من أهله واحتاج إليه، بل وضروريات بيته؛ من فراشه وغطائه وظروفه وإنائه؛ لأكله وشربه وطبخه ولو لأضيافه؛ مراعيًا في ذلك كله مقدار الحاجة بحسب حاله وشرفه، وأنه بحيث لو كلف بيعها لوقع في عسر وشدة وحزاة ومنقصة. وهذه كلها من مستثنيات الدين، لا خصوص بعض المذكورات، بل لا يبعد أن يعد منها الكتب العلمية لأهلها؛ بمقدار حاجته بحسب حاله ومرتبته.

(مسألة ١١) ^(٨): لو كانت دار سكناه أزيد مما يحتاجه، سكن ما احتاجه وباع ما فضل عنه، أو باعها واشترى ما هو أدون مما يليق بحاله. وإذا كانت له دور متعددة واحتاج إليها لسكنائها لا يبيع شيئاً منها، وكذلك الحال في المركوب والسيار ونحوهما.

(مسألة ١٢): لو كانت عنده دار موقوفة عليه تكفي لسكناه - ولم يكن سكناه فيها موجباً لمنقصة وحزاة - وله دار مملوكة، فالأحوط أن يبيع المملوكة.

الدار ولا الجارية في الدين، وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه^١.
ولصحيح ذريح المحاربي، فيما نقله عنه ابن أبي عمير عليه السلام: «لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين»^٢.

وأما استثناء جميع ما ذكر في المتن؛ فلاستفادة إخراج كل ما هو من ضرورات حياته، وتعيشه من جهة ذكر الدار والخادم، ومن قوله عليه السلام: «ويفضل منها ما يكفيه وعياله»^٣، وخبر مسعدة: «إن كان في داره ما يقضي به دينه ويفضل منها ما يكفيه وعياله، فليبيع الدار والآفلا»^٤.

(٨) راجع المسألة السابقة، والمدرك في هذه المسائل استطاعته على أداء دينه، مع عدم وقوعه في عسر وحرج متغيين في الشرع ولو استلزم تنزله عن العيش العرفي الذي كان فيه.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣٣٩، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١١، الحديث ١.
٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٤٢، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١١، ذيل الحديث ٥.
٣. وسائل الشريعة ١٨: ٣٤٢، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١١، الحديث ٧.
٤. وسائل الشريعة ١٨: ٣٤٢، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١١، الحديث ٧.

(مسألة ١٣): إنَّما لا تباع دار السكنى في أداء الدين ما دام المديون حيّاً، فلو مات ولم يترك غير دار سكناه، أو ترك دينه مستوعباً أو كالمستوعب، تباع^(٩) وتصرف فيه.

(مسألة ١٤): معنى كون الدار ونحوها من مستثنيات الدين: أنَّه لا يجبر على بيعها لأجل أدائه، ولا يجب عليه ذلك، وأمّا لو رضي به لقضائه جاز للدائن أخذه. نعم، ينبغي أن لا يرضى ببيع مسكنه، ولا يصير سبباً له وإن رضي به، ففي خبر عثمان بن زياد، قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنَّ لي على رجل ديناً، وقد أراد أن يبيع داره فيقضيني؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أعذك بالله أن تخرجه من ظلِّ رأسه»، بل الاحتياط والتورع في الدين يقتضي ذلك بعد قصة ابن أبي عمير رضوان الله عليه.

(مسألة ١٥): لو كان عنده متاع أو سلعة أو عقار زائداً على المستثنيات لا تباع إلا بأقل من قيمتها، يجب بيعها للدين عند حلوله ومطالبة صاحبه، ولا يجوز له التأخير وانتظار من يشتريها بالقيمة. نعم، لو كان ما يشتري به أقل من قيمته بكثير جداً - بحيث يعد بيعه به تضييعاً للمال وإتلافاً له - لا يبعد عدم وجوب بيعه.

(مسألة ١٦): كما لا يجب على المُعسر الأداء، يحرم على الدائن إعساره بالمطالبة^(١٠)

(٩) فإنَّ أوَّل ما يخرج من تركه الميت كفته وسائر وسائل تجهيزه، ثمَّ ديونه، ثمَّ وصاياه، ثمَّ يقسِّم الورثة كما ورد عليه الرواية^١.

(١٠) لعدة أخبار، منها: صحيح حماد: قال الصادق عليه السلام: «لمن استقضى دينه من مدينه: «أخبرني عن قول الله تعالى: ﴿وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ﴾^٢ أتراهم خافوا أن يحيف عليهم أو يظلمهم، ولكن خافوا الاستقضاء والمدافعة^٣».

وقول النبي صلى الله عليه وآله: «ليس لمسلم أن يُعسر مسلماً، ومن أنظر مُعسراً أظلمه الله يوم القيامة...»^٤.

١. راجع وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٥، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٣، الحديث ٢.

٢. الرعد (١٣): ٢١.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٤٩، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٦، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٣٦٦، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٥، الحديث ١.

والاقتضاء، بل يجب أن يُنظره إلى اليسار.

(مسألة ١٧) : مماثلة الدائن^(١١) مع القدرة معصية، بل يجب عليه نيّة القضاء مع عدم القدرة؛ بأن يكون من نيّته الأداء عندها.

القول : في القرض

وهو تمليك مال لآخر بالضمان؛ بأن يكون على عهده أدائه بنفسه أو بمثله أو قيمته. ويقال للمملّك : المقرض، وللمتملك : المقرض والمستقرض.

وخير ابن سنان : «وكما لا يحلّ لقريمك أن يملكك وهو موسر، فكذلك لا يحلّ لك أن تعسره إذا علمت أنه معسر»^١.

(١١) للإجماع^٢ على وجوب الأداء؛ ولعدة أخبار :

منها : خبر عبد الفقار : «من كان لا يريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق»^٣.

ومنها : خبر ابن فضال : «من استدان ديناً فلم ينو قضاءه فهو بمنزلة السارق»^٤.

القول في أحكام القرض

كلمة القرض قد تطلق على نفس العين المأخوذة قرضاً، وقد تطلق على خصوص إيجاب العقد المركّب من تمليك وقبول، والمراد هنا الثاني، وحقيقته : إنشاء تمليك عين بضمان. ولذا قد يعبر عنه بتمليك الشخص عيناً مع انتاجه اشتغال ذمّة المقرض بكتيّنها مثلاً أو قيمة.

١. وسائل الشيعة ١٨ : ٣٦٦، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٥، الحديث ٢.

٢. غنية النزوع ٢ : ٢٤٠؛ جامع المقاصد ٥ : ٩؛ مفتاح الكرامة ١٥ : ١٥، جواهر الكلام ٢٥ : ٤١.

٣. وسائل الشيعة ١٨ : ٣٢٧، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٥، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ١٨ : ٣٢٨، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٥، الحديث ٢.

(مسألة ١): يكره الاقتراض^(١) مع عدم الحاجة، وتُخَفَّ كراهته مع الحاجة، وكلّما خَفَّت الحاجة اشتدَّت الكراهة، وكلّما اشتدَّت خَفَّت إلى أن تزول، بل ربما وجب^(٢) لو

وهو من العقود اللازمة بمعنى: عدم جواز مطالبة المُقرض العين المقترضة بعد تمام العقد بإيجابه وقبوله، وإن جاز له مطالبة أداء الكلّي الحاصل في عهدة من تملّك العين في أيّ وقت شاء، فاللزم من قبل نفس العين المقترضة، والجواز من جهة أصل تفرغ الذمّة. ثم إنّه لأحكاماً كثيرة تكليفية ووضعية؛ منها انقسام الاقتراض للمقترض إلى الأحكام الخمسة التكليفية، فالواجب: ما توقّف عليه حفظ نفسه وعائلته، والحرام: الاستدانة من المال الحرام أو للصرف في الحرام، أو مع قصد عدم الأداء، ومنهما يعلم غيرهما. وفي خبر إسماعيل بن أبي قديك، عن الصادق عليه السلام: «إنّ الله عزّ وجلّ مع صاحب الدّين حتّى يؤدّيه ما لم يأخذه ممّا يحرم عليه»^١.

وفي خبر عبد الغفّار: في رجل مات وعليه دين؟ قال عليه السلام: «إن كان أنفق من غير فساد لم يؤاخذه الله»^٢.

وفي خبر ابن فضال: «من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق»^٣.

(١) لعدّة روايات، ففي بعضها: «إياكم والدّين إفائنه شين»^٤.

وفي آخر في قول النبي صلى الله عليه وآله: «وليخفف الرّداء»^٥. والمراد قلة الدّين.

وفي ثالث: «أعوذ بالله من الكفر والدّين»^٦. فراجع الباب الأوّل من أبواب الدّين والقرض.

(٢) لرواية موسى بن بكر: «فإن غلب عليه فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وآله»، ما

١. وسائل الشيعة ١٨: ٣٢٢، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢، الحديث ٨.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٣٢٧، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٥، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٣٢٨، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٥، الحديث ٢ و ٥.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٣١٥، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١، الحديث ٢.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٣١٦، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١، الحديث ٥.

٦. وسائل الشيعة ١٨: ٣١٧، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١، الحديث ٦.

توقّف عليه أمر واجب : كحفظ نفسه أو عرضه ونحو ذلك، والأحوط لمن لم يكن عنده ما يوفى به دينه - ولم يترقّب حصوله - عدم الاستدانة، إلا عند الضرورة أو علم المستدان منه بحاله .

(مسألة ٢) : إقراض المؤمن من المستحبات الأكيدة، سيما لذوي الحاجة؛ لما فيه من قضاء حاجته وكشف كربته، فعن النبي ﷺ : «من أقرض أخاه المسلم كان بكلّ درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء حسناً، وإن رفق به في طلبه، تعدّى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب، ومن شكّا إليه أخوه المسلم فلم يقرضه، حرّم الله - عزّ وجلّ - عليه الجنة يوم يجزي المحسنين» .

(مسألة ٣) : القرض عقد يحتاج إلى إيجاب - كقوله : «أقرضتك» أو ما يؤدي معناه - وقبول دالّ على الرضا بالإيجاب . ولا يعتبر فيه العريّة، بل يقع بكلّ لغة، بل تجري المعاوضة فيه بإقباض العين وقبضها بهذا العنوان . ويعتبر في المقرض^(٣) والمقرض ما يعتبر في المتماقدين؛ من البلوغ والعقل والقصد والاختيار وغيره .

(مسألة ٤) : يعتبر في المال أن يكون عبناً - على الأحوط - مملوكاً، فلا يصحّ إقراض الدين ولا المتنمّة، ولا ما لا يصحّ تملكه كالخمر والخنزير . وفي صحّة إقراض الكلّي - بأن يوقع العقد عليه وأقبضه بدفع مصادقه - تأمل . ويعتبر في المثليات كونه ممّا يمكن ضبط

يقوت به على عياله^١.

وموتّق سماعة : «لا يستقرض على ظهره إلا وعنده وفاء»^٢.

(٣) قد ذكر الأصحاب شروطاً عامّة للموجب والقبيل - في جميع العقود والإيقاعات - في باب البيع، وبعضاً من ذلك في الحدود والقصاص، وذكروا أدلّة الشروط أيضاً هنالك مستقصى، فراجع .

١. وسائل الشريعة ١٨ : ٣٢٠، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٨ : ٣٢١، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢، الحديث ٥.

أوصافه وخصوصياته التي تختلف باختلافها القيمة والرغبات. وأمّا في القيميات - كالأضام والجواهر - فلا يبعد عدم اعتبار إمكان ضبط الأوصاف، بل يكفي فيها العلم بالقيمة حين الإقراض، فيجوز إقراض الجواهر ونحوها على الأقرب مع العلم بقيمتها حينه وإن لم يمكن ضبط أوصافها.

(مسألة ٥) : لا بدّ أن يقع القرض على معيّن، فلا يصحّ إقراض المبهم كأحد هذين، وأن يكون قدره معلوماً بالكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن والعدّ فيما يقدّر بالعدّ، فلا يصحّ إقراض صبرة من طعام جزافاً ولو قدر بكيلة معيّنة وملاً إناء معيّن غير الكيل المتعارف، أو وزن بصخرة معيّنة غير العيار المتعارف عند العامة لا يبعد الاكتفاء به، لكن الأحوط خلافه.

(مسألة ٦) : يشترط في صحّة القرض القبض والإقباض، فلا يملك المستقرض المال المقرض إلّا بعد القبض، ولا يتوقّف على التصرف.

(مسألة ٧) : الأقوى أنّ القرض عقد لازم، فليس للمقرض فسخه والرجوع باليمين المقرضة لو كانت موجودة، ولا للمقرض فسخه وإرجاع العين في القيميات. نعم، للمقرض عدم الإنظار ومطالبة المقرض بالأداء؛ ولو قبل قضاء وطره أو مضى زمان يمكن فيه ذلك.

(مسألة ٨) : لو كان المال المقرض مثلياً - كالحنطة والشعير والذهب والفضّة - ثبت في ذمّة المقرض مثل ما اقترض. ويلحق به أمثال ما يخرج من المكنائن الحديثة كظروف البلّور والصيني، بل وطاقت الملابس على الأقرب. ولو كان قيمياً - كالغنم ونحوها - ثبت في ذمّته قيمته. وفي اعتبار قيمة وقت الاقتراض والقبض أو قيمة حال الأداء، وجهان، أقربهما الأوّل؛ وإن كان الأحوط التراضي والتصالح في مقدار التفاوت بين القيمتين.

(مسألة ٩) : لا يجوز شرط الزيادة^(٤)؛ بأن يقرض مالاً على أن يؤدّي المقرض أزيد

(٤) مرّ الكلام في أصل حرمة الربا، والحثّ الأكيد على تحريمه تكليفاً، وبطلان المعاملة الربويّة وضعاً في باب البيع بالنسبة إلى الربا المعاملي.

والكلام هنا في الربا القرضي، وهذا أكثر ابتلاء للناس خاصّة في عصرنا هذا، ولا يفرّق

مما اقترضه؛ سواء اشترطه صريحاً، أو أضمره بحيث وقع القرض مبنياً عليه. وهذا هو الربا القرضي المحرم الذي ورد التشديد عليه. ولا فرق في الزيادة بين أن تكون عينية كعشرة دراهم باثني عشر، أو عملاً كخياطة ثوب له، أو منقعة أو انتفاعاً كالانتفاع بالعين المرهونة عنده، أو صفة مثل أن يقرضه دراهم مكسورة على أن يؤديها صحيحة. وكذا لا فرق بين أن يكون المال المقرض ربوياً؛ بأن كان من المكيل والموزون، وغيره بأن كان معدوداً كالجوز والبيض.

(مسألة ١٠): لو أقرضه وشرط عليه أن يبيع منه شيئاً بأقل من قيمته، أو يؤاجره بأقل من أجرته كان داخلاً في شرط الزيادة. نعم، لو باع المقرض من المقرض مالاً بأقل من قيمته، وشرط عليه أن يقرضه مبلغاً معيناً لا بأس به^(٥).

(مسألة ١١): إنما تحرم الزيادة مع الشرط، وأما بدونه فلا بأس، بل تستحب للمقرض؛ حيث إنه من حسن القضاء، وخير الناس أحسنهم قضاءً. بل يجوز ذلك إعطاءً وأخذاً؛ لو كان الإعطاء لأجل أن يراه المقرض حسن القضاء، فيقرضه كلما احتاج إلى الاقتراض، أو كان الاقتراض لأجل أن يتفقد من المقرض لكونه حسن القضاء، ويكافئ من أحسن إليه بأحسن الجزاء بحيث لو لا ذلك لم يقرضه. نعم، يكره أخذه للمقرض، خصوصاً إذا كان إقراضه لأجل ذلك، بل يستحب أنه إذا أعطاه شيئاً بعنوان الهدية ونحوها بحسبه عوض طلبه^(٦)؛

فيه بين المكيل والموزون وغيرهما، فيجري في المقام ما ذكر هناك من الحكم بالتحريم. وإن كان أكثر أخبار الباب واردة في الربا المعاملي.

(٥) لصحيح الحلبي: «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها، فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»^١.

(٦) لخبر غياث: «إن لي على رجل ديناً، فأهدي إليّ هدية؟ قال ﷺ: «أحسبه من دينك عليه»^٢.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣٦٠، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٢٠، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٥٢، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٩، الحديث ١.

بمعنى أنه يسقط منه بمقداره.

(مسألة ١٢): إنما يحرم شرط الزيادة للمقرض على المقرض، فلا بأس بشرطها للمقرض، كما أقرضه عشرة دراهم على أن يؤدي ثمانية، أو أقرضه دراهم صحيحة على أن يؤديها مكسورة. فما تداول بين التجار من أخذ الزيادة وإعطائها في الحوائل، المستحى عندهم بصرف البرات، ويطلقون عليه - على المحكي - بيع الحوالة وشرائها، إن كان بإعطاء مقدار من الدراهم وأخذ الحوالة من المدفوع إليه بالأقل منه، فلا بأس به، وإن كان بإعطاء الأقل وأخذ الحوالة بالأكثر يكون داخلًا في الربا.

(مسألة ١٣): القرض المشروط بالزيادة صحيح، لكن الشرط باطل وحرام، فيجوز الاقتراض ممن لا يقرض إلا بالزيادة - كالبنك وغيره - مع عدم قبول الشرط على نحو الجذ وقبول القرض فقط، ولا يحرم إظهار قبول الشرط من دون جذ وقصد حقيقي به، فيصح القرض ويبطل الشرط من دون ارتكاب الحرام^١.

(مسألة ١٤): المال المقرض إن كان مثلياً - كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير - كان وفاؤه وأداؤه بإعطاء ما يماثله في الصفات من جنسه؛ سواء بقي على سعره الذي كان له وقت الإقراض أو ترقى أو تنزل، وهذا هو الوفاء الذي لا يتوقف على التراضي، فللمقرض أن يطالب المقرض به، وليس له الامتناع ولو ترقى سعره عما أخذه بكثير، وللمقرض إعطاؤه وليس للمقرض الامتناع ولو تنزل بكثير، ويمكن أن يؤدي بالقيمة بغير جنسه؛ بأن يعطي بدل الدراهم الدنانير - مثلاً - وبالعكس، ولكنه يتوقف على التراضي، فلو أعطى بدل الدراهم الدنانير فللمقرض الامتناع ولو تساوى في القيمة، بل ولو كانت الدنانير أغلى، كما أنه لو أراد المقرض أن للمقرض الامتناع ولو كانت الدنانير أرخص. وإن كان قيمياً فقد مر أنه تشتغل ذمته بالقيمة، وهي النقود الواجبة، فأداؤه الذي لا يتوقف على التراضي، بإعطائها، ويمكن أن يؤدي بجنس آخر من غير النقود بالقيمة، لكنه يتوقف على التراضي،

ولو كانت العين المقرضة موجودة، فأراد المقرض أو المقرض أداء الدين بإعطائها، فالأقوى جواز الامتناع^(٧).

(مسألة ١٥): يجوز في قرض المثلي أن يشترط المقرض على المقرض أن يؤدي من غير جنسه، ويلزم عليه ذلك بشرط أن يكونا متساويين في القيمة، أو كان ما شرط عليه أقل قيمة مما اقترض.

(مسألة ١٦): الأقوى أنه لو شرط التأجيل في القرض صحّ ولزم العمل به، وليس للمقرض مطالبته قبل حلول الأجل.

(مسألة ١٧): لو شرط على المقرض أداء القرض وتسليمه في بلد معين، صحّ ولزم وإن كان في حمله مؤونة، فإن طالبه في غيره لم يلزم عليه الأداء، كما أنه لو أداه في غيره لم يلزم على المقرض القبول. وإن أطلق القرض ولم يعين بلد التسليم، فلو طالبه المقرض في بلد القرض يجب عليه الأداء، ولو أداه فيه يجب عليه القبول، وأما في غيره فالأحوط للمقرض - مع عدم الضرر وعدم الاحتياج إلى المؤونة - الأداء لو طالبه الغريم، كما أن الأحوط

(٧) هذا ينافي ما ذكره الماتن في أول المسألة من قوله: «بأن يكون على عهده بنفسه أو بمثله أو بقيمته».

فإن ظاهره أن له رد نفس العين كالمثل والقيمة، ويلزمه وجوب قبول المقرض. والظاهر صحة ما ذكره هنا: فإن العين قد صارت ملكاً للمقرض، وحيث إنه قيمى بإعطاء غيرها يحتاج إلى التراضي هذا.

ولكن في أصل لزوم القيمة ابتداءً على عهدة المقرض أو غيره ممن يضمن القيميات إشكال، فإن القول باشتغال ذمة الضامن ابتداءً بالمثل حتى في القيميات ليس ببعيد. وحينئذٍ: يظهر الفرق بين المثلي والقيمي في مقام الأداء وإسقاط ما في الذمة، فهو في المثلي بإعطاء المثل، وفي القيمي بإعطاء القيمة، ولذلك قد وقع الخلاف بين الأصحاب في أن الواجب أداء قيمته يوم التلف؛ أعني: يوم اشتغال الذمة، أو يوم الأداء؛ أعني: يوم إفراغها عن الاشتغال.

للمقرض القبول مع عدمهما، ومع لزوم أحدهما يحتاج إلى التراضي.

(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط في القرض إعطاء الرهن، أو الضامن، أو الكفيل، وكل شرط سائغ لا يكون فيه النفع للمقرض ولو كان مصلحة له.

(مسألة ١٩): لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها، لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى. نعم، في مثل الأوراق النقدية المتعارفة في هذه الأزمنة إذا مسقطت عن الاعتبار، فالظاهر الاشتغال بالدراهم والدنانير الرائجة. نعم، لو فرض وقوع القرض على الصك الخاص بنفسه - بأن قال: أقرضتك هذا الكاغذ المسمى بالنوت - كان حاله حال الدراهم، وهكذا الحال في المعاملات والمهور الواقعة على الصكوك.

كتاب الرهن

وهو عقد شرع للاستيثاق على الدين. ويقال للمعين: الرهن والمرهون، ولدافعهما: الراهن، ولأخذها: المرتهن. ويحتاج إلى الإيجاب من الراهن وهو كل لفظ أفاد المقصود في متفاهم أهل المحاورة، كقوله: «رهنك» أو «أرهنك» أو «هذا وثيقة عندك على مالك» ونحو ذلك، والقبول من المرتهن، وهو كل لفظ دالّ على الرضا بالإيجاب. ولا يعتبر فيه العرية، بل الظاهر وقوعه بالمعاطاة.

(مسألة ١): يشترط في الراهن والمرتهن البلوغ والعقل والقصد والاختيار، وفي

كتاب الرهن

ومعناه اللغوي: الحبس، وقد يطلق على العين الخارجية المجمولة وثيقة للدين، والمراد هنا: المعنى الاصطلاحي المتناسب للمعنى اللغوي؛ أعني: إنشاء استيثاق العين للدين، وهو عقد مركّب من إيجاب وقبول لازم من ناحية الراهن وجائز من ناحية المرتهن. ولا إشكال ولا خلاف في ثبوته؛ للإجماع^١ المحقّق بل عدّه في «الجواهر»^٢ من ضروريّات المذهب أو الدين.

وللآية الشريفة: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ»^٣.

ولعدّة كثيرة من الأخبار؛ منها:

١. المبسوط ٢: ١٩٦، تذكرة الفقهاء ١٣: ٨٦-٨٧، مفتاح الكرامة ١٥: ٢٢٣؛ جواهر الكلام ٢٥: ٩٥.

٢. جواهر الكلام ٢٥: ٩٥.

٣. البقرة (٢): ٢٨٣.

خصوص الأول عدم الحجز بالسفّه والفلس، ويجوز لوليّ الطفل والمجنون رهن مالهما مع المصلحة والغبطة، والارتهاق لهما كذلك.

(مسألة ٢): يشترط في صحّة الرهن القبض من المرتهن^(١)؛ بإقباض من الراهن أو بإذن منه، ولو كان في يده شيء وديعة أو عارية بل ولو غصباً، فأوقعا عقد الرهن عليه كفى، ولا يحتاج إلى قبض جديد، ولو رهن المشاع لا يجوز تسليمه إلى المرتهن إلّا برضا شريكه، ولكن لو سلّمه إليه، فالظاهر كفايته في تحقّق القبض الذي هو شرط لصحّته وإن تحقّق العدوان بالنسبة إلى حصّة شريكه.

(مسألة ٣): إنّما يعتبر القبض في الابتداء، ولا يعتبر استدائه، فلو قبضه المرتهن، ثم صار في يد الراهن أو غيره بإذن الراهن أو بدونه، لم يضرّ ولم يطرأ البطلان. نعم، للمرتهن استحقاق إدامة القبض وكونه تحت يده، فلا يجوز انتزاعه منه.

(مسألة ٤): يشترط في المرهون أن يكون عيناً مملوكاً^(٢) يصحّ بيعه ويمكن قبضه، فلا

صحيح ابن مسلم: سأله عن الرهن والكفيل في بيع النسيئة؟ قال ﷺ: «لا بأس به»^١.

وموثّق سماعة: «لا بأس بأن تستوثق من مالك»^٢.

(١) لقوله تعالى: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» والوصف للإرشاد إلى الصحّة، كقوله تعالى:

﴿تَجَاوَزَ عَنْ تَرَاضٍ﴾^٣.

ولصحيح محمد بن قيس: «لا رهن إلّا مقبوضاً»^٤، والغرض من الإقباض قبض المرتهن وحصوله في يده، فلا ينافيه سبق اليد العادية عليه كالغصب وغيره.

(٢) لأنّ من الأغراض المترتبة عليه بيع العين واستيفاء الدّين من ذلك عند عدم إمكان استيفائه، ولا يمكن ذلك في الأمثلة المذكورة. نعم في رهن الكلّي الدّمي الأظهر الصحّة،

١. وسائل الشريعة ١٨: ٣٨٠، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٨٠، كتاب الرهن، الباب ١، الحديث ٣.

٣. النساء (٤): ٢٩.

٤. وسائل الشريعة ١٨: ٣٨٣، كتاب الرهن، الباب ٣، الحديث ١.

يصح رهن الدين قبل قبضه على الأحوط وإن كان للصحة وجه، وقبضه بقبض مصادقه. ولا رهن المنفعة، ولا الحر، ولا الخمر والخنزير، ولا مال النهر إلا بإذنه أو إجازته، ولا الأرض الخراجية ما كانت مفتوحة عتوة، وما صولح عليها على أن تكون ملكاً للمسلمين، ولا الطير المملوك في الهواء إذا كان غير معتاد عوده، ولا الوقف ولو كان خاصاً.

(مسألة ٥) : لو رهن ملكه مع ملك غيره في عقد واحد صح في ملكه، ووقف في ملك غيره على إجازة مالكه.

(مسألة ٦) : لو كان له غرس أو بناء في الأرض الخراجية لا إشكال في صحة رهن ما فيها مستقلاً. وأما رهنها مع أرضها بعتوان التبعية ففيه إشكال، بل المنع لا يخلو من قرب. كما لا يصح رهن أرضها مستقلاً على الأقوى. نعم، لا يبعد جواز رهن الحق المتعلق بها على إشكال.

(مسألة ٧) : لا يعتبر أن يكون الرهن ملكاً لمن عليه الدين^(٣)، فيجوز لشخص أن يرهن ماله على دين غيره تبرعاً ولو من غير إذنه، بل ولو مع نهي. وكذا يجوز للمديون أن يستعير شيئاً ليرهنه على دينه، ولو رهنه وقبضه المرتهن ليس لمالكه الرجوع، وببيعه المرتهن كما يبيع ما كان ملكاً للمديون، ولو بيع كان لمالكه مطالبة المستعير بما بيع به لو بيع بالقيمة أو بالأكثر، وبقيمة تامة لو بيع بأقل منها، ولو عتب له أن يرهنه على حق مخصوص من حيث القدر أو الحلول أو الأجل أو عند شخص معين، لم يجوز له مخالفته، ولو أذنه في الرهن مطلقاً جاز له الجميع وتخير.

(مسألة ٨) : لو كان الرهن على الدين المؤجل، وكان مما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه صريحاً قبل أن يطرأ عليه الفساد، صح الرهن، وببيعه الراهن أو يوكل

ويلزم بقبض مصادقه الخارجي.

(٣) إذ الرهن يقتضي حصول الوثوق للمرتهن وإمكان استيفاء دينه منه عند اللزوم. وهذا حاصل في ملك الغير أيضاً، كما نص عليه في «التذكرة»^١ وذلك لإطلاق الأدلة.

المرتهن في بيعه، وإن امتنع^(٤) أجبره الحاكم، فإن تمذّر باعه الحاكم، ومع فقدّه باعه المرتهن. فإذا بيع يجعل ثمنه في الرهن. وكذلك لو استفيد اشتراط البيع من قرينة، كما لو جعل المين بماليتها رهناً، فبصحّ وتباع ويجعل ثمنها في الرهن. ولو اشترط عدم البيع إلا بعد الأجل بطل الرهن، وكذا لو أطلق ولم يشترط البيع ولا عدمه، ولم يستفد الاشتراط بقرينة على الأقرب. ولو رهن ما لا يتسارع إليه الفساد، فمعرض ما صيرّه عرضة له - كالحنطة لو ابتلت - لم ينفسخ، بل يباع ويجعل ثمنه رهناً.

(مسألة ٩): لا إشكال في أنّه يعتبر في المرهون كونه معيناً، فلا يصحّ رهن المبهم كأحد هذين. نعم، صحة رهن الكلّي - من غير فرق بين الكلّي في المعين، كصاع من صبرة معلومة وشاة من القطيع المعلوم، وغيره كصاع من الحنطة - لا تخلو من وجه، وقبضه في الأوّل: إمّا بقبض الجميع، أو بقبض ما عيّنه الراهن، وفي الثاني بقبض مصداقه. فإذا قبضه المرتهن صحّ ولزم. والأحوط عدم إيقاعه على الكلّي، ولا يصحّ رهن المجهول من جميع الوجوه حتّى كونه ممّا يتمّول، وأمّا مع علمه بذلك وجهله بعنوان المين، فالأحوط ذلك؛ وإن كان الجواز لا يخلو من وجه، فإذا رهن ما في الصندوق المغفل وكان ما فيه مجهولاً حتّى ماله بطل، ولو علم ماله فقط لا يبعد النسخة، كما أنّ الظاهر صحة رهن معلوم الجنس والنوع مع كونه مجهول المقدار.

(مسألة ١٠): يشترط فيما يرهن عليه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمّة؛ لتحقّق موجهه: من اقتراض، أو إسلاف مال، أو شراء، أو استئجار عين بالذمّة، وغير ذلك، حالاً كان الدين أو مؤجّلاً، فلا يصحّ الرهن على ما يقتضيه أو على ثمن ما يشتريه فيما بعد، فلو رهن شيئاً على ما يقتضيه ثمّ اقترض لم يصحّ بذلك رهناً، ولا على الدية قبل استقرارها بتحقّق الموت وإن علم أنّ الجناية تؤدّي إليه، ولا على مال الجمالة قبل تمام العنبل.

(٤) أي: امتنع الراهن عن بيعه وجعل ثمنه رهناً، كما في بيع الحاكم أو المرتهن. وذلك كلّه لقاعدة الضرر، وجمعاً بين حقّي الراهن والمرتهن، وفي حكم ذلك قوله: «فعرض ما صيرّه».

(مسألة ١١): كما يصح في الإجارة أن يأخذ المؤجر الرهن على الأجرة التي في ذمة المستأجر، كذلك يصح أن يأخذ المستأجر الرهن على العمل الثابت في ذمة المؤجر.

(مسألة ١٢): الظاهر أنه يصح الرهن على الأعيان^(٥) المضمونة، كالمفصولة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها، وأما عهدة الثمن أو المبيع أو الأجرة أو عوض الصلح وغيرها لو خرجت مستحقة للغير، فالأقوى عدم صحته عليها.

(مسألة ١٣): لو اشترى شيئاً بثمن في الذمة جاز جعل المبيع رهناً على الثمن.

(مسألة ١٤): لو رهن على دينه رهناً، ثم استدان مالاً آخر من المرتهن، جاز جعل ذلك الرهن رهناً على الثاني أيضاً، وكان رهناً عليهما معاً؛ سواء كان الثاني مساوياً للأول في الجنس والقدر أو مخالفاً، وكذا له أن يجعله على دين ثالث ورابع إلى ما شاء. وكذا إذا رهن شيئاً على دين، جاز أن يرهن شيئاً آخر على ذلك الدين، وكانا جميعاً رهناً عليه.

(مسألة ١٥): لو رهن شيئاً عند زيد ثم رهنه عند آخر أيضاً باتفاق من المرتهنين، كان رهناً على الحقيقتين، إلا إذا قصد بذلك فسخ الرهن الأول وكونه رهناً على خصوص الثاني.

(مسألة ١٦): لو استدان اثنان من واحد كل منهما ديناً ثم رهنه عنده مالاً مشتركاً بينهما ولو بمقد واحد، ثم قضى أحدهما دينه انفكت حصته عن الرهانة، ولو كان الراهن واحداً والمرتهن متعدداً؛ بأن كان عليه دين لاثنتين فله رهن شيئاً عندهما بمقد واحد، فكل منهما مرتهن للنصف مع تساوي الدين، ومع التفاوت فالظاهر التفسير بالتوزيع بنسبة حقهما، فإن قضى دين أحدهما انفكت عن الرهانة ما يقابل حقه. هذا كله في التعدد ابتداءً. وأما التعدد الطارئ^(٦) فالظاهر أنه لا عبرة به، فلو مات الراهن عن ولدين لم ينكف نصيب أحدهما بأداء

(٥) لشمول عموم الأدلة، وأما أخذ البائع الرهن من المشتري إذا احتل خروج الثمن مستحقاً للغير، وأخذ المشتري من البائع الرهن في عكس المسألة، وكذا في الأجرة وعوض الخلع، فلا وجه له إذ هو من قبيل الرهن على الشيء قبل استقرار الضمان. نعم بعد انكشاف بطلان البيع أو الإجارة أو الصلح يجوز ذلك.

(٦) وذلك لأن في الأمثلة السابقة كان الرهن في الحقيقة متعدداً بعدد الراهن أو

حصته من الدين، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدَيْن فأعطي أحدهما نصيبه من الدين، لم يتفك بمقداره من الرهن.

(مسألة ١٧): لا يدخل الحمل الموجود في رهن الحامل، ولا الثمر في رهن الشجر، إلا إذا كان تعارف يوجب الدخول أو اشترط ذلك، وكذا لا يدخل ما يتجدد إلا مع الشرط. نعم، الظاهر دخول الصوف والشعر والوبر في رهن الحيوان، وكذا الأوراق والأغصان حتى اليابسة في رهن الشجر. وأما اللبن في الضرع ومغرس الشجر وأشجار الجدار - أعني موضع الأساس من الأرض - ففي دخولها تأمل وإشكال، ولا يبعد عدم الدخول؛ وإن كان الأحوط التصالح والتراضي.

(مسألة ١٨): الرهن لازم من جهة الراهن، وجائز من طرف المرتهن، فليس للراهن انتزاع منه بدون رضاه إلا أن يسقط حقه من الارتهان، أو يتفك الرهن بفراغ ذمة الراهن من الدين. ولو برئت ذمته من بعضه فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما بقي، إلا إذا اشترط التوزيع، ليتفك منه على مقدار ما برئ منه، ويبقى رهناً على مقدار ما بقي، أو شرطاً كونه رهناً على المجموع من حيث المجموع، فيتفك الجميع بالبراءة من بعضه.

(مسألة ١٩): لا يجوز للراهن^(٧) التصرف في الرهن إلا بإذن المرتهن؛ سواء كان ناقلاً

المرتهن أو بعدد الديون، فكان أداء كل دين سبباً لانفكاك رهنه، وهذا بخلاف التعدد الطارئ؛ إذ ليس هناك إلا دين واحد وله رهن واحد، فالانفكاك غير مقسوم إلا بالتراضي؛ فلملمرتهن حفظ العين المرهونة حتى يستقضي تمام دينه، وهذا كما في رهن شخص واحد لدينه، فإنه لا يتفك كل جزء من الرهن بإعطاء كل جزء من الدين، بل انفكاك الجميع يتوقف على أداء الجميع وسيجيء ما يؤيد ذلك في المسألة الثامنة عشر.

(٧) لأنه وإن كان ملكاً له إلا أنه ليس بطلق، ومن شرائط البيع ونحوه أن يكون طلقاً، فلو كان التصرف عقداً كان نفوذه معلقاً على إجازة المرتهن، وإن كان إقباعاً بطل، وإن كان غيرهما حرم.

للعين كالباع، أو المنفعة كالإجارة، أو مجرد الانتفاع به وإن لم يضر به، كالركوب والسكنى ونحوها. نعم، لا يبعد الجواز فيما هو بنفع الرهن إذا لم يخرج من يد المرتهن بمثله، كسقي الأشجار وعلف الدابة ومدawatها ونحو ذلك. فإن تصرف فيما لا يجوز بغير الناقل أثم، ولم يترتب عليه شيء إلا إذا كان بالإتلاف، فيلزم قيمته وتكون رهناً. وإن كان بالبيع أو الإجارة أو غيرهما من النواقل وقف على إجارة المرتهن، ففي مثل الإجارة تصح بالإجارة، وبقيت الرهانة على حالها، بخلافها في البيع، فإنه يصح بها وتبطل الرهانة، كما أنها تبطل بالبيع إذا كان هن إذن سابق من المرتهن.

(مسألة ٢٠): لا يجوز للمرتهن^(٨) التصرف في الرهن بدون إذن الراهن، فلو تصرف فيه بركوب أو سكنى ونحوهما، ضمن العين لو تلفت تحت يده للتعدي، ولزمه أجرة المثل لما استوفاه من المنفعة، ولو كان يبيع ونحوه أو ياجاره ونحوها وقع فضولاً، فإن أجازه الراهن صح، وكان الثمن والأجرة المستأه له، وكان الثمن رهناً في البيع؛ لم يجز لكل منهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر، وبقي العين رهناً في الإجارة، وإن لم يجز كان فاسداً.

(مسألة ٢١): منافع الرهن كالسكنى والركوب، وكذا نماءاته المنفصلة كالشجر والثمار والصوف والشعر والوبر، والمتصلة كالسمن والزبداء في الطول والعرض، كلها للراهن^(٩)؛

(٨) لعموم حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه؛ ولمعتبرة إسحاق: عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلي أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حل من لبس هذا الثوب، فاليس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم، قال ﷺ: «هو له حلال إذا أحله»^١.

(٩) لأن ملكية النماء تابعة لملكية المال؛ ولمعتبرة إسحاق: قلت: فارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟ قال ﷺ: «لصاحب الدار»^٢.

سواء كانت موجودة حال الارتهان أو وجدت بعده، ولا يستتبع في الرهانة إلا نسيانها المتصلة، وكذا ما تعارف دخوله فيه بنحو يوجب التقييد.

(مسألة ٢٢): لو رهن الأصل والثمرة أو الثمرة منفردة صح، فلو كان الدين مؤجلاً وأدركت الثمرة قبل حلول الأجل، فإن كانت تحقّق ويمكن إيقاؤها بالتجفيف جففت وبقيت على الرهن، وإلا بيعت، وكان الثمن رهناً إذا استفيد من شرط أو قرينة أنها رهن بماليتها.

(مسألة ٢٣): لو كان الدين حالاً، أو حلّ وأراد المرتهن استيفاء حقّه، فإن كان وكلاً عن الراهن في بيع الرهن واستيفاء دينه منه، فله ذلك من دون مراجعة إليه، وإلا ليس له أن يبيعه، بل يراجعه ويطالبه بالوفاء ولو يبيع الرهن أو توكله فيه، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بالوفاء أو البيع، فإن امتنع على الحاكم إلزامه باعه عليه بنفسه أو بتوكيل الغير، وإن لم يمكن ذلك؛ لعدم بسط يده، استأذن المرتهن منه للبيع. ومع فقد الحاكم أو عدم إمكان الإذن منه، باعه المرتهن، واستوفى حقّه من ثمنه إن ساواه، أو بفضله إن كان أقل، وإن كان أزيد فهو أمانة شرعية يوصله إلى صاحبه.

(مسألة ٢٤): لو لم يكن عند المرتهن بينة مقبولة لإثبات دينه، وخاف من أنه لو اعترف عند الحاكم بالرهن جحد الراهن الدين، فأخذ منه الرهن بموجب اعترافه وطولّب منه البينة على حقّه، جاز له بيع الرهن من دون مراجعة إلى الحاكم. وكذا لو مات^(١) الراهن وخاف المرتهن جحد الوارث.

(مسألة ٢٥): لو وفى بيع بعض الرهن بالدين، اقتصر عليه على الأحوط لو لم يكن الأقوى، وبقي الباقي أمانة عنده، إلا إذا لم يمكن التبعيض ولو من جهة عدم الراغب، أو كان فيه ضرر على المالك، فبياع الكل.

(١٠) إذ لا طريق له لأخذ ماله غيره؛ ولرواية سليمان المروزي: «إن كان له على الميت مال ولا بينة له عليه، فليأخذ ماله بما في يده، وليرد الباقي على ورثته، ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولّب بالبينة على دعواه»^١.

(مسألة ٢٦): لو كان الرهن من مستثنيات الدين - كدار سكناه ودابة ركوبه - جاز للمرتهن بيعه واستيفاء طلبه منه كسائر الرهون، لكن الأولى الأخوط عدم إخراجها من ظل رأسه.

(مسألة ٢٧): لو كان الراهن مفلساً، أو مات وعليه ديون للناس، كان المرتهن أحق^(١) من باقي الغرماء باستيفاء حقه من الرهن، فإن فضل شيء يوزع على الباقيين بالحصص، ولو نقص الرهن عن حقه استوفى ما يمكن منه، ويضرب بما بقي مع الغرماء في سائر أموال الراهن.

(مسألة ٢٨): الرهن أمانة في يد المرتهن، لا يضمنه لو تلف أو تعيب من دون تعدد وتفریط. نعم، لو كان في يده مضموناً؛ لكونه مفصوباً أو عارية مضمونة - مثلاً - ثم ارتهن عنده، لم يزل الضمان إلا إذا أذن له المالك في بقائه تحت يده، فبرئ الضمان على الأقوى. وكذا لو استفيد الإذن في بقائه في المورد من ارتهانه، كما لا يبعد مع علم الراهن بالحال. وإذا انفك الرهن بسبب الأداء أو الإبراء أو نحو ذلك، يبقى أمانة مالكية في يده؛ لا يجب تسليمه إلى المالك إلا مع المطالبة.

(مسألة ٢٩): لا تبطل الرهانة بموت الراهن ولا بموت المرتهن، فينتقل الرهن إلى ورثة الراهن مرهوناً على دين مورثهم، وينتقل إلى ورثة المرتهن حق الرهانة. فإن امتنع الراهن من استئمانهم كان له ذلك، فإن اتفقوا على أمين، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه، وإن فقد الحاكم فعدول المؤمنين.

(١١) على المشهور، بل ادعى^١ عدم الخلاف فيه، وخير عبدالله بن الحكم: «يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الذين بالحصص»^٢، وكذلك خير سليمان المروزي في العين المرهونة: «جميع الديان في ذلك سواء يتوزعون بينهم بالحصص»^٣ ضعيفان سنداً، ولم يعمل بهما الأصحاب.

١. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥٥؛ مفتاح الكرامة ١٥: ٥٤٦؛ رياض المسائل ٨: ٥٢٩؛ جواهر الكلام ٢٥: ١٧٣.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٠٥، كتاب الرهن، الباب ١٩، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٤٠٥، كتاب الرهن، الباب ١٩، الحديث ٢.

(مسألة ٣٠): لو ظهر للمرتهن أمارات الموت، يجب عليه الوصية بالرهن وتعيين المرهون والراهن والإشهاد كسائر الودائع، ولو لم يفعل كان مفزطاً وعليه ضمانه.

(مسألة ٣١): لو كان عنده رهن قبل موته، ثم مات ولم يعلم بوجوده في تركته - لا تفصيلاً ولا إجمالاً - ولم يعلم كونه ثالثاً بتفريط منه، لم يحكم به في ذمته ولا بكونه موجوداً في تركته، بل يحكم بكونها لورثته، بل وكذلك على الأقوى لو علم أنه قد كان موجوداً في أمواله الباقية إلى بعد موته؛ ولم يعلم أنه باقٍ فيها أم لا، كما إذا كان سابقاً في صندوقه داخلياً في الأموال التي كانت فيه، وبقيت إلى زمان موته، ولم يعلم أنه قد أخرجه وأوصله إلى مالكه، أو باعه واستوفى ثمنه، أو تلف بغير تفريط منه، أم لا.

(مسألة ٣٢): لو اقترض من شخص ديناراً - مثلاً - برهن، وديناراً آخر منه بلا رهن، ثم دفع إليه ديناراً بنية الوفاء، فإن نوى كونه عن ذي الرهن سقط وانفك رهنه، وإن نوى كونه عن الآخر لم ينفك وبقي دينه، وإن لم يقصد إلا أداء دينار من الديتارين؛ من دون تعيين كونه عن ذي الرهن أو غيره، فهل بحسب ما دفعه لغير ذي الرهن فيبقى الرهن، أو لذي الرهن فينفك، أو يوزع عليهما فيبقى الرهن أو ينفك بمقداره؟ وجوه، أو جهها بقاء الرهن^(١٢) إلى الفلّك اليقيني.

(١٢) فإذا لا أصل موضوعي يعين أحد الأمرين أو الاشتراك، فلا مناص إلا عن الرجوع إلى أصالة بقاء الرهن على حاله حتى يعلم انفكاكه.

كتاب الحجر

وهو في الأصل: بمعنى المنع^(١)، وشرعاً: كونه الشخص ممنوعاً في الشرع عن التصرف في ماله بسبب من الأسباب، وهي كثيرة نذكر منها ما هو العملة، وهي: الصفر، والسفه، والفلس، ومرض الموت.

القول: في الصغر

(مسألة ١): الصغير - وهو الذي لم يبلغ حد البلوغ - محجور عليه شرعاً^(٢) لا تنفذ

كتاب الحجر

(١) هو مثلاً بمعنى المنع والتضييق، ويسمى العقل حجراً؛ لاقتضائه منع صاحبه عن القبائح، فهو مصدر بمعنى الفاعل، وقد استعمل في اصطلاح الفقهاء بمعنى المفعول؛ إذ هو ممنوعة الشخص شرعاً عن التصرف في ماله كلاً أو بعضاً، فيشمل الصغير والمجنون والسفيه والمفلّس والمريض بالنسبة إلى ما زاد عن ثلث ماله، والراهن والمرتهن والشركاء في الأموال المشتركة، والبائع في الثمن المعين، والمشتري في المبيع، كذلك قبل دفع العوض، والمرئد الملقى وغير ذلك، لكن المتداول بينهم ذكر بعض هؤلاء في هذا الكتاب.

القول في الصغر

(١) بلا خلاف في ذلك؛ للإجماع المدعى^١ نقله وتحصيله، ولخير حرمان: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمسة عشرة سنة، أو يحتلم أو

تصرفاته في أمواله ببيع وصلاح وهبة وإقراض وإجارة وإيداع وإعارة وغيرها إلا ما استثنى، كالوصية على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، والبيع في الأشياء غير الخطيرة، كما مر وإن كان في كمال التميز والرشد، وكان التصرف في غاية القبضة والصلاح. بل لا يجدي في الصحة إذن الولي سابقاً ولا إجازته لاحقاً عند المشهور، وهو الأقوى.

(مسألة ٢): كما أن الصبي محجور عليه بالنسبة إلى ماله، كذلك محجور عليه بالنسبة إلى ذمته، فلا يصح منه الاقتراض ولا البيع والشراء في الذمة بالسلم والنسيئة وإن كانت مدة الأداء مصادفة لزمان بلوغه. وكذلك بالنسبة إلى نفسه، فلا ينفذ منه التزويج، ولا الطلاق على الأقوى فيمن لم يبلغ عشرين، وعلى الأحوط فيمن بلغه، ولو طلق يتخلص بالاحتياط. وكذا لا يجوز إجارة نفسه، ولا جعل نفسه عاملاً في المضاربة وغير ذلك. نعم، لو حاز المباحات^(٢) بالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما يملكها بالثبوت، بل وكذا يملك الجمل في الجمالة بعمله وإن لم يأذن وليه فيهما.

(مسألة ٣): يعرف البلوغ^(٣) في الذكر والأنثى بأحد أمور ثلاثة: الأول: نبات الشعر

يشعر أو ينبت قبل ذلك»^١.

ولصحيح هشام: «انقطاع يتم اليتم بالاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عند وليه ماله»^٢.

(٢) لجريان السيرة بترتيب حكم الكبير عليه فيها.

(٣) البلوغ في اللغة: الإدراك، والمراد به في المقام: بلوغ الحلم والوصول إلى حد النكاح بسبب تكون المني في يده وقدرته على الجماع، فهو نوع كمال طبيعي للإنسان، يبقى به النسل، ويقوي به العقل. ويدل على العلامات الإجماع المدعى، وخبر حمران الماضي في المسألة الأولى. وخبر هشام: «انقطاع يتم اليتم بالاحتلام وهو أشده»^٣.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤١٠، كتاب الحجر، الباب ٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٠٩، كتاب الحجر، الباب ١، الحديث ١.

٣. نفس المصدر.

الخشن على العانة، ولا اعتبار بالزغب والشعر الضعيف. الثاني: خروج المني؛ يقطعة أو نوماً، بجماع أو احتلام أو غيرهما. الثالث: السن، وهو في الذكر إكمال خمس عشرة سنة، وفي الأنثى إكمال تسع سنين^(٤).

(مسألة ٤): لا يكفي البلوغ في زوال الحجر عن الصبي، بل لابدّ معه من الرشد وعدم السفه بالمعنى الذي سنبيته.

(مسألة ٥): ولاية التصرف^(٥) في مال الطفل والنظر في مصالحه وشؤونه لأبيه وجدّه

واختصاص الإنابات بالغلام في الروايات غير مضر؛ للعموم في معاقد الإجماعات، ولقضاء العادة بتأخر الإنابات عن السن بكثير ولعلّه لم يتعرض له في نصوص الجارية.

(٤) للإجماع^١. وخبر حمزان: «إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود الثامنة وأخذت لها وبها»^٢.

(٥) الأولى عنوان ولايتها على نفس الطفل وماله، كما يظهر ذلك من بعض المسائل الآتية، كما هو الحال في المجنون أيضاً.

وبالجملة: لا إشكال في ولايتها عليهما؛ للإجماع المدعى^٣. وللمسيرة المتصلة بزمان المعصوم عليه السلام، وللأخبار المستفيضة:

منها: صحيح ابن حمزة: «أنت ومالك لأبيك»^٤. أي: تحت ولايته وسلطنته.

ومنها: صحيح ابن مسلم: «يأخذ الوالد من مال ولده ما يشاء»^٥.

ومنها: ما دلّ^٦ على تقويم جارية الولد وأخذها لنفسه.

١. السرائر ١: ٣٦٧؛ غنية الزوج ٢: ٢٥١؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ١٩٥؛ جواهر الكلام ٢٦: ٣٨-٣٩.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٤١٠، كتاب الحجر، الباب ٢، الحديث ١ و٣.

٣. تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٤١؛ مسالك الأنهار ٤: ١٦١؛ مفتاح الكرامة ١٦: ٧٧؛ جواهر الكلام ٢٦: ١٠١.

٤. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ٢.

٥. وسائل الشيعة ٢١: ١٤١، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٤٠، الحديث ٦. وراجع أيضاً:

وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٢، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨ و٧٩.

٦. وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨، الحديث ٣؛ وسائل الشيعة

لأبيه، ومع فقدهما للقيَم من أحدهما، وهو الذي أوصى أحدهما بأن يكون ناظراً في أمره، ومع فقد الحاكم الشرعي، وأمّا الأمّ والجَدّ للأمّ والأخ فضلاً عن سائر الأقارب فلا ولاية لهم عليه. نعم، الظاهر ثبوتها مع فقد الحاكم للمؤمنين مع وصف العدالة على الأحوط.

(مسألة ٦): الظاهر أنّه لا يشترط العدالة^(٦) في ولاية الأب والجَدّ، فلا ولاية للحاكم مع فسقهما، لكن متى ظهر له ولو بقرائن الأحوال الضرر منهما على المولى عليه، عزلهما ومنعهما من التصرف في أمواله، ولا يجب عليه الفحص عن عملهما وتبج سلوكهما.

(مسألة ٧): الأب والجَدّ مستقلّان في الولاية، فينفذ تصرف السابق منهما ولغا اللاحق، ولو اقرنا ففي تقديم الجَدّ، أو الأب، أو عدم الترجيح وبطلان تصرف كليهما، وجوه بل أقوال، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ٨): الظاهر أنّه لا فرق بين الجَدّ القريب والبعيد، فلو كان له أب وجَدّ وأب الجَدّ وجَدّ الجَدّ فلكلّ منهم الولاية.

(مسألة ٩): يجوز للمولى بيع عقار الصبي مع الحاجة واقتضاء المصلحة، فإن كان البائع هو الأب والجَدّ جاز للحاكم^(٧) تسجيله؛ وإن لم يثبت عنده أنّه مصلحة. وأمّا غيرهما

ومنها: ما دلّ على ولايتهما على تزويجهما؛ فيدلّ على ولايتهما على المال بالأولى. وأمّا القيَم، فجواز نصبه من شؤون ولايتهما على أنفسهما وأموالهما، وأمّا الحاكم فهو وليّ كلّ من لا وليّ له صغيراً كان أو كبيراً، وقد بيّن في محله.

(٦) لإطلاق ما دلّ على الولاية كما عرفت.

(٧) فإنّ اللازم له تسجيل كلّ تصرف كان لفاعله الولاية عليه مع حمل فعله في مورد الشكّ على الصحة.

١٧: ٢٦٨، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٩، الحديث ١٢، وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٦، كتاب الهبات، الباب ٥، الحديث ٤؛ وسائل الشيعة ٢١: ١٤٠، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٤٠، الحديث ١ و٢ و٣ و٤.

١. راجع وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٥، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، الباب ٦ و١٢.

- كالوصي - فلا يسجله إلا بعد ثبوتها عنده على الأحوط؛ وإن كان الأقرب جواز تسجيله مع وثاقته عنده.

(مسألة ١٠): يجوز للولي المضاربة بمال الطفل وإبضاعه بشرط وثاقة العامل وأمانته، فإن دفعه إلى غيره ضمن.

(مسألة ١١): يجوز للولي تسليم الصبي إلى أمين يعلمه الصنعة، أو إلى من يعلمه القراءة والخط والحساب والعلوم العربية، وغيرها من العلوم النافعة لدينه ودينه، ويلزم عليه أن يصونه عما يفسد أخلاقه، فضلاً عما يضر بمقائده.

(مسألة ١٢): يجوز لولي اليتيم إفراده بالمأكل والملبوس من ماله، وأن يخلطه بعائلته ويحسبه كأحدهم، فيوزع المصارف عليهم على الرؤوس في المأكل والمشروب، وأما الكسوة فيحسب على كل على حدة. وكذا الحال في اليتامى المتمتعين، فيجوز لمن يتولى الإنفاق عليهم إفراذ كل، واختلاطهم في المأكل والمشروب والتوزيع عليهم، دون الملبوس.

(مسألة ١٣): لو كان للصغير مال على غيره جاز للولي أن يصالحه عنه ببعضه مع المصلحة. لكن لا يحل على المتصالح باقي المال، وليس للولي إسقاطه بحال.

(مسألة ١٤): المجنون كالصغير في جميع ما ذكر. نعم، لو تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده، فالأقرب أن الولاية عليه للحاكم دون الأب والجد وصبيهما، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بتوافقهما معاً.

(مسألة ١٥): يتفق الولي على الصبي بالاقتصاد؛ لا بالإسراف ولا بالتقتير ملاحظاً له عاداته ونظراؤه، فيطعمه ويكسوه ما يليق بشأنه.

(مسألة ١٦): لو ادعى الولي الإنفاق على الصبي أو على ماله أو دوابه بالمقدار اللائق، وأنكر بعد البلوغ أصل الإنفاق أو كفيته، فالقول قول الولي مع اليمين، وعلى الصبي البيينة.

القول : في السفه

السفيه: هو الذي ليس له حالة باعثة على حفظ ماله والاعتناء بحاله، بصرفه في غير موقعه، ويتلفه بغير محلّه، وليست معاملاته مبنية على المكايسة والتحفظ عن المغابنة، لا يبالي بالانخداع فيها، يعرفه أهل العرف والعقلاء بوجودناهم؛ إذا وجدوه خارجاً عن طورهم ومسلوكهم بالنسبة إلى أمواله تحصيلاً وصرفاً، وهو محجور عليه شرعاً^(١)؛ لا ينفذ تصرفاته في ماله ببيع وصلح وإجارة وهبة وإيداع وعارية وغيرها؛ من غير توقّف على حجر الحاكم إذا كان سفهه متصلاً بزمان صفوه. وأمّا لو تجدد بعد البلوغ والرشد فيتوقّف على حجر الحاكم^(٢)، فلو حصل له الرشد ارتفع حجره، ولو عاد فله أن يحجره.

(مسألة ١): الولاية على السفه للأب والجد^(٣) ووصيهما إذا بلغ سفيهاً، وفيمن طرأ عليه السفه بعد البلوغ للحاكم الشرعي.

(مسألة ٢): كما أنّ السفه محجور عليه في أمواله كذلك في ذمته؛ بأن يتعهد مالاً أو

القول في السفه

(١) لقوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا النِّتَانِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَانْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^١.

ولخبر هشام: «وان احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً، فليمسك عنه وليه ماله»^٢.

(٢) بمعنى أنّ جواز تصرفاته يتوقّف على إجازته أو إذنه، وأمّا القول بلزوم حكمه في حقّه كالمفلس، فلا دليل عليه.

(٣) كما دلّ عليه خبر هشام الماضي^٣.

١. النساء (٤): ٦.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٠٩، كتاب الحجر، الباب ١، الحديث ١.

٣. نفس المصدر.

عملاً، فلا يصح اقتراضه وضمانه، ولا بيعه وشرائه بالذمة ولا إجارة نفسه، ولا جعل نفسه عاملاً للمضاربة ونحوها.

(مسألة ٣): معنى عدم نفوذ تصرفات السفه عدم استقلاله^(٤)، فلو كان بإذن الولي أو إجازته صحّ ونفذ. نعم، فيما لا يجري فيه الفضولية يشكل صحته بالإجازة اللاحقة من الولي. ولو أوقع معاملة في حال سفهه، ثم حصل له الرشد فأجازها، كانت كإجازة الولي.

(مسألة ٤): لا يصح زواج السفه بدون إذن الولي أو إجازته، لكن يصح طلاقه^(٥) وظهاره وخلعه. ويقبل إقراره إن لم يتعلّق بالمال حتّى بما يوجب القصاص ونحو ذلك. ولو أقرّ بالنسب يقبل في غير لوائمه المالية كالنفقة، وأمّا فيها فلا يخلو من إشكال؛ وإن كان الثبوت لا يخلو من قرب. ولو أقرّ بالسرقة يقبل في القطع، دون المال.

(مسألة ٥): لو وكله غيره في بيع أو هبة أو إجارة - مثلاً - جاز ولو كان وكيلًا في أصل المعاملة؛ لا مجرد إجراء الضيفة.

(مسألة ٦): لو حلف السفه أو نذر على فعل شيء أو تركه ممّا لا يتعلّق بماله انعقد، ولو حث كفّر كسائر ما يوجب الكفارة، كقتل الخطأ والإنطار في شهر رمضان. وهل يتعيّن عليه الصوم لو تمكّن منه، أو يتخيّر بينه وبين الكفارة المالية كغيره؟ وجهان، أحوطهما الأول. نعم، لو لم يتمكّن من الصوم تعيّن غيره، كما إذا فعل ما يوجب الكفارة المالية على التعيين، كما في كفارات الإحرام كلّها أو جلّها.

(٤) إذ الظاهر أنّ المراد بعدم جواز تصرفه عدم نفوذه بالاستقلال؛ لعدم قدرته على إدراك مصالح أفعاله، فإذا كان تحت نظر الولي ارتفع مانع النفوذ.

(٥) فإنّ ملاك حجّره صيانة ماله عن الإتلاف، لا إبطال كلّ تصرف منه ولو كان غير ماليّ وقوله: «لا يخلو من قرب» فإنّ المال فيه تبعي لا أصليّ، فيلتزم به بعد ثبوت إقراره ونفوذه، لكنّ الفرق بين الزواج والإقرار بالنسب كالولد - مثلاً - غير وجيه؛ إذ الإنفاق الماليّ ثابت في كليهما، فالإشكال المذكور في المتن قويّ.

(مسألة ٧): لو كان للسفيه حق القصاص جاز أن يعفو عنه، بخلاف الدية وأرش الجنابة.
 (مسألة ٨): لو أطلع الولي على بيع أو شراء - مثلاً - من السفيه ولم ير المصلحة في إجازته، فإن لم يقع إلا مجرد العقد ألغاه، وإن وقع تسليم وتسليم للعوضين فما سلمه إلى الطرف الآخر يسترده ويحفظه، وما تسلمه وكان موجوداً يرده إلى مالكه، وإن كان تالفاً ضمنه السفيه؛ فعليه مثله أو قيمته لو قبضه بغير إذن من مالكه، وإن كان بإذن منه لم يضمنه إلا^(٦) في صورة الإتلاف منه، فإنه لا يبعد فيها الضمان. كما أن الأقوى الضمان لو كان المالك الذي سلمه الثمن أو المبيع جاهلاً بحاله أو بحكم الواقعة، خصوصاً إذا كان التلف بإتلاف منه. وكذا الحال لو اقترض السفيه وأتلف المال.

(مسألة ٩): لو أودع شخص وديعة عند السفيه فأتلفها، ضمنها على الأقوى؛ سواء علم المودع بحاله أو لا، ولو تلفت عنده لم يضمنها إلا مع تفريطه في حفظها على الأشبه.
 (مسألة ١٠): لا يسلم إلى السفيه ماله ما لم يحرز رشده، وإذا اشتبه حاله يختبر؛ بأن يفوض إليه مدة معتدلاً بها بعض الأمور مما يناسب شأنه، كالبيع والشراء والإجارة والاستنجار لمن يناسبه مثل هذه الأمور، والرتق والفتق في بعض الأمور؛ مثل مباشرة الإنفاق في مصالحه ومصالح الولي ونحو ذلك فيمن يناسبه ذلك. وفي السفيهة يفوض إليها ما يناسب النساء؛ من إدارة بعض مصالح البيت والمعاملة مع النساء؛ من الإجارة والاستنجار للخياطة أو الغزل أو النساجة وأمثال ذلك، فإن آنس منه الرشده؛ بأن رأى منه المدافعة والمكايسة، والتحقق عن المغالبة في معاملاته، وصيانة المال من التضييع، وصرفه في موضعه، وجريه مجرى العقلاء، دفع إليه ماله، وإلا فلا.

(٦) هذا في صورة علم الآخر بحال السفيه وحكم المعاملة معه. وتحقق التلف لا بإتلاف منه، فإنه - حينئذٍ - أسقط احترام ماله بهذا التسليم، فلا يشملها قاعدة اليد، كما هو الحال في المعاملة مع الصغير، وأما قاعدة الإتلاف فيشمل المقام على كل حال، ونظيرتها المسألة التالية.

(مسألة ١١): لو احتمل حصول الرشد للصبي قبل بلوغه، يجب اختياره^(٧) قبله ليسلم إليه ماله بمجرد بلوغه لو آتس منه الرشد، وإلا ففي كل زمان احتمل فيه ذلك عند البلوغ أو بعده. وأما غيره فإن ادعى حصول الرشد له واحتمله الولي يجب اختياره، وإن لم يدع حصوله ففي وجوب الاختبار بمجرد الاحتمال إشكال؛ لا يخلو عدمه من قوة.

القول في الفلس

المفلس: من حجر عليه^(١) عن ماله لقصوره عن ديونه.

(مسألة ١): من كثرت عليه الديون ولو كانت أضعاف أمواله يجوز له التصرف فيها بأنواعه، ونفذ أمره فيها بأصنافه ولو بإخراجها جميعاً عن ملكه مجاناً أو بعوض؛ ما لم يحجر عليه الحاكم الشرعي. نعم، لو كان صلحه عنها أو هبتها - مثلاً - لأجل القرار من أداء الديون، يشكل الصحة، خصوصاً فيما إذا لم يرج حصول مال آخر له باكتساب ونحوه.

(مسألة ٢): لا يجوز الحجر على المفلس إلا بشروط أربعة^(٢): الأول: أن تكون ديونه

(٧) أما الصغير، فلقوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.

وأما غيره فاللازم الاختبار؛ لاحتمال حرمة حفظ ماله ووجوب دفعه إليه، والتمسك بالاستصحاب مشكل مع دعوى الرشد، وحصول الاحتمال العقلائي، وأما مع عدم ذلك فلا يبعد عدم لزوم الاختبار اعتماداً للاستصحاب وإن كان الأحوط خلافه.

القول في الفلس

(١) هو لغة بمعنى: صاحب الفلوس، ويراد به الفقير الذي لا مال له، لأنه ذهب خيار ماله وبقي فلوسه. وفي اصطلاح الشرع أو المتشريعة: من حجر عليه الحاكم؛ أي: منعه من التصرف في أمواله لقصورها عن ديونه.

(٢) أما الأول: فلاصالة بقاء سلطنته على ماله مع عدم ثبوت دين عليه.

ثابتة شرعاً. الثاني: أن تكون أمواله من عروض ونفود ومنافع وديون على الناس، ما عدا مستثنيات الدين، قاصرة عن دونه. الثالث: أن تكون الديون حالة، فلا يحجر عليه لأجل الديون المؤجلة وإن لم يف ماله بها لو حلت. ولو كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً، فإن قصر ماله عن الحالة يحجر عليه، وإلا فلا. الرابع: أن يرجع الغرماء كلهم أو بعضهم إذا لم يف ماله بدين ذلك البعض إلى الحاكم، ويلتمسوا منه الحجر عليه، إلا أن يكون الدين لمن كان الحاكم وليه كالمجنون واليتيم.

(مسألة ٣): بعد ما تمت الشرائط وحجر عليه الحاكم^(٣) وحكم به، تعلّق حقّ الغرماء بأمواله، ولا يجوز له التصرف فيها بعوض؛ كالبيع والإجارة، وبغيره؛ كالوقف والهبة، إلا بإذنهم أو إجازتهم. وإنما يمنع عن التصرفات الابتدائية، فلو اشترى شيئاً سابقاً بخيار ثم حجر عليه فالخيار باقٍ، وله فسخ البيع وإجازته. نعم، لو كان له حقّ مالي سابقاً على الغير، ليس له إسقاطه وإبراءه كلّاً أو بعضاً.

(مسألة ٤): إنما يمنع عن التصرف في أمواله الموجودة في زمان الحجر عليه، وأما الأموال المتجددة الحاصلة له بغير اختياره كالارث، أو باختياره كالاحتطاب والاصطياد

وأما الثاني: فلاّنه مع عدم القصور لو امتنع عن أدائه أجبره الحاكم، وإلاّ باعه وأذاه بنفسه.

وأما الثالث: فمع عدم استحقاق المطالبة، لا مقتضي لسلب سلطنته عن ماله.
وأما الرابع: أيضاً بلا وجه مع عدم المطالبة إلاّ أن يكون الدين قاصرين كالأيتام، فيحجر الحاكم ولايته عليهم.

(٣) الدليل على جواز الحجر، الإجماع المدعى^١ بقسميه عليه، وموثّق عثمان: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر، فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فقسم بينهم»^٢.

١. الخلاف ٣: ٢٦٨ / مسألة ١٩ تذكرة الفقهاء ١٤: ١٠، مفتاح الكرامة ١٦: ٢٢٥، جواهر الكلام ٢٥: ٢٨١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤١٦، كتاب الحجر، الباب ٦، الحديث ١.

وقبول الوصية والهبة ونحو ذلك، ففي شمول الحجر لها، بل في نفوذه على فرض شموله إشكال^(٤). نعم، لا إشكال في جواز الحجر عليها أيضاً.

(مسألة ٥): لو أقر بعد الحجر بدين صح ونفذ، لكن لا يشارك المقر له مع الغرماء على الأقوى؛ سواء كان الإقرار بدين سابق أو بدين لاحق، وسواء أسنده إلى سبب لا يحتاج إلى رضا الطرفين، مثل الائتلاف والجناية ونحوهما، أو أسنده إلى سبب يحتاج إلى ذلك، كالاتراض والشراء بما في الذمة ونحو ذلك.

(مسألة ٦): لو أقر بعين من الأعيان التي تحت يده لشخص، لا إشكال في نفوذ إقراره في حقه، فلو سقط حق الغرماء وانفك الحجر، لزمه تسليمها إلى المقر له أخذاً بإقراره. وأما نفوذه في حق الغرماء؛ بحيث تدفع إلى المقر له في الحال، ففيه إشكال، والأقوى عدمه.

(مسألة ٧): بعد ما حكم الحاكم بحجر المفلس ومنعه عن التصرف في أمواله، يشرع في بيعها وقسمتها بين الغرماء بالحصص وعلى نسبة ديونهم؛ مستثنياً منها مستثنيات الدين، وقد مرت في كتاب الدين. وكذا أمواله المرهونة عند الديان، فإن المرتهن أحق باستيفاء حقه من الرهن الذي عنده، ولا يحاصه فيه سائر الغرماء، كما مر في كتاب الرهن.

(مسألة ٨): إن كان من جملة مال المفلس عين اشتراها وكان ثمنها في ذمته، كان البائع بالخيار^(٥) بين أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله، وبين الضرب مع الغرماء بالثمن ولو لم يكن له مال سواها.

(مسألة ٩): الظاهر أن هذا الخيار ليس على الفور، فله أن لا يبادر بالفسخ والرجوع بالعين. نعم، ليس له الإفراط في تأخير الاختيار؛ بحيث تعطل أمر التقسيم على الغرماء،

(٤) وقاعدة السلطنة وأصالة عدم شمول الحجر له تحكمان بعدم الشمول.

(٥) على الأشهر بل المشهور؛ ولصحيح عمر بن يزيد: عن الرجل يركبه الدائن فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال ﷺ: «لا يحاصه الغرماء»^١.

ولو وقع منه ذلك خيّر الحاكم بين الأمرين ، فإن امتنع ضربه مع الغرماء بالثمن .

(مسألة ١٠) : يعتبر في جواز رجوع البائع بالعين حلول الدين ، فلا رجوع مع تأجيله . نعم ، لو حلّ المؤجل قبل فكّ الحجر فالأصحّ الرجوع بها .

(مسألة ١١) : لو كانت العين من مستثنيات الدين ليس للبائع أن يرجع إليها على الأظهر .

(مسألة ١٢) : المقرض كالبائع^(٦) في أن له الرجوع في العين المقرضة لو وجدها عند المقرض ، فهل للمؤجر فسخ الإجارة إذا حجر على المستأجر قبل استيفاء المنفعة - كلاً أو بعضاً - بالنسبة إلى ما بقي من المدّة ؟ فيه إشكال ، والأحوط التخلّص بالصلح .

(مسألة ١٣) : لو وجد البائع أو المقرض بعض العين المبيعة أو المقرضة ، كان لهما الرجوع إلى الموجود بحصة من الدين والضرب بالباقي مع الغرماء ، كما أن لهما الضرب بتمام الدين معهم .

(مسألة ١٤) : لو زادت في العين المبيعة أو المقرضة زيادة متصلة - كالسمن - تنبع الأصل ، فيرجع البائع أو المقرض إلى العين كما هي ، وأما الزيادة المنفصلة - كالحمل والولد واللبن والثمر على الشجر - فهي للمشتري والمقرض .

(مسألة ١٥) : لو تعيبت العين عند المشتري مثلاً ؛ فإن كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري ، فللبائع أن يأخذها كما هي بدل الثمن وأن يضرب بالثمن مع الغرماء ، وإن كان بفعل الأجنبي ، فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بتمام الثمن ، وبين أن يأخذ العين معيأاً . وحيث يَحْتَمَل أن يضارب الغرماء في جزء من الثمن ؛ نسبته إليه كنسبة الأرض إلى قيمة العين ، ويحتمل أن يضاربهم في تمام الأرض ، فإذا كان الثمن عشرة وقيمة العين عشرين وأرض التقصان أربعة - خمس القيمة - فعلى الأول يضاربهم في اثنين ، وعلى الثاني في أربعة ، ولو فرض العكس ؛ بأن كان الثمن عشرين والقيمة عشرة وكان الأرض اثنين - خمس العشرة - فالأمر

(٦) لشمول صحيح عمر بن يزيد الماضي^١ له أيضاً .

بالمعكس، يضاربهم في أربعة على الأول، وفي اثنين على الثاني. ويحتمل أن يكون له أخذها كما هي، والضرب بالثمن كالتلف السماوي، ولو كان التلف بفعل البائع فالظاهر أنه كفعل الأجنيبي، ويكون ما في عهده من ضمان المبيع المعيب جزء أموال المفلس. والمسألة مشككة^(٧)، فالأحوط التخلص بالصلح.

(مسألة ١٦): لو اشترى أرضاً فأحدث فيها بناءً أو غرساً لم فليس، كان للبائع الرجوع إلى أرضه، لكن البناء والفرس للمشتري، وليس له حق البقاء ولو بالأجرة، فإن تراضيا مجاناً أو بالأجرة، وإلا فللبائع إزماءه بالقلع لكن مع دفع الأرض، كما أن للمشتري القلع لكن مع طم الحفر. والأحوط للبائع عدم إزماءه بالقلع والرضا ببقائه ولو بالأجرة إذا أراد المشتري، وأحوط منه الرضا بالبقاء بغير أجرة.

(مسألة ١٧): لو خلط المشتري - مثلاً - ما اشتراه بماله خلطاً رافعاً للتمييز^(٨)، فالأقرب بطلان حق البائع، فليس له الرجوع إليه؛ سواء اختلط بغير جنسه أو بجنسه، وسواء خلط بالمساوي أو الأردأ أو الأجود.

(مسألة ١٨): لو اشترى غزلاً فتسجعه أو دقيقاً فتخبزه أو ثوباً فقصره أو صبغه، لم يبطل حق البائع من العين، على إشكال في الأولين.

(مسألة ١٩): غريم الميت^(٩) كغريم المفلس، فإذا وجد عين ماله في تركته كان له الرجوع إليه، لكن بشرط أن يكون ما تركه وإلياً بدين الغرماء، وإلا فليس له ذلك، بل هو كسائر الغرماء يضرب بدينه معهم وإن كان الميت قد مات محجوراً عليه.

(٧) فإن لازم تخييره بين أن يضاربهم في الاثنين أو في الأربعة فيما إذا كان التلف من الأجنيبي، بل أو بفعل البائع أيضاً حصول التنافي بين حقه وحق الغرماء في الزائد عن المتيقن، إذا فاللزام التصالح.

(٨) والمدار صدق العنوان الذي ورد في الصحيح الماضي وهو بقاء المتاع بعينه.

(٩) لصحيح أبي ولاد: عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحل ماله وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له؟ قال لا: «إن كان عليه دين

(مسألة ٣٠): يجري على المفلس إلى يوم قسمة ماله نفقته وكسوته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته، على ما جرت عليه عادته، ولو مات قدام كفته بل وسائر مؤن تجهيزه من الصدر والكافور وماء الغسل ونحو ذلك على حقوق الغرماء، ويقتصر على الواجب على الأحوط، وإن كان القول باعتبار المتعارف بالنسبة إلى أمثاله لا يخلو من قوة، خصوصاً في الكفن.

(مسألة ٢١): لو قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر، فالأقوى انكشاف بطلان القسمة من رأس، فيصير المال للغرماء أجمع بالنسبة.

القول: في المرض

المريض إن لم يتصل مرضه بموته فهو كالصحيح؛ يتصرف في ماله بما شاء وكيف شاء، وينفذ جميع تصرفاته في جميع ما يملكه، إلا إذا أوصى بشيء من ماله بعد موته، فإنه لا ينفذ فيما زاد على ثلث تركته، كما أن الصحيح أيضاً كذلك، ويأتي تفصيله في محله إن شاء الله تعالى. وأما إذا اتصل مرضه بموته فلا إشكال في عدم نفوذ وصيته بما زاد على الثلث كغيره، كما أنه لا إشكال في نفوذ عقوده المعاوضية المتعلقة بماله، كالبيع بضمن المثل والإجارة بأجرة المثل ونحو ذلك، وكذا لا إشكال في جواز انتفاعه بماله، كالأكل والشرب والإنفاق على نفسه ومن يعوله والصرف على أضيافه، وفي مورد يحفظ شأنه واحتباره وغير ذلك. وبالجمله: كل صرف فيه غرض عقلائي مما لا يعد سرفاً ولا تبذيراً أي مقدار كان. وإنما الإشكال والخلاف في مثل الهبة والوقف والصدقة والإبراء والصالح بغير عوض؛ ونحو ذلك

وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع^١. ومعنى النحو المثل، والمعنى يكون تركته قدر ما عليه من الديون، فلا يحصل قصور في حق باقي الغرماء.

من التصرفات التبرعية في ماله مما لا يقابل بالموض، ويكون فيه إضرار بالورثة، وهي المعبر عنها بالمنجزات؛ وأنها هل هي نافذة من الأصل؛ بمعنى نفوذها وصحتها مطلقاً وإن زادت على ثلث ماله، بل وإن تعلقت بجميعة بحيث لم يبق شيء للورثة، أو هي نافذة بمقدار الثلث، فإن زادت تتوقف صحتها ونفوذها في الزائد على إمضاء الورثة؟ والآقوى هو الأول^(١).

القول في المَرَض

(١) المسألة تسمى بمنجزات المريض، وفي نفوذها من الأصل أو الثلث اختلاف مشهور.

وبيان موضوع المسألة وحكمها ولو على نحو الإجمال يتوقف على ذكر أمور أجملناها جداً لتناسب الغرض من التعليق:

الأول: أن المراد من المنجزات: كل تصرف تبرعي في المال عيناً أو ديناً أو منفعة، أو في الحق المالي على وجه يوجب الإضرار بالوارث، والضابط الكامل هو التملك أو الفك أو الإبراء المتعلق بالمال أو الحق الفعلين تبرعاً، فيدخل الهبة والصدقة والوقف والبيع المحاباتي والإجارة المحاباتي والصلح من غير عوض وإبراء الدين ونحوها.

الثاني: معنى كون التصرف المنجز من الثلث: أنه يكون موقوفاً قبل الموت، فإن مات في ذلك المرض وكان الثلث وافيّاً به فأخرج منه يكشف عن كونه نافذاً من الأول، وإلا فيكشف عن كونه فاسداً كذلك بمقدار الزائد عن الثلث إذا لم يجز الورثة، وليس المراد كونه موقوفاً كعقد الفضولي؛ إذ في التصرفات ما يكون إسقاعاً غير قابل للتعليق كالتعق والإبراء وغيرهما.

الثالث: مقتضى الأصل خروج المنجزات من الأصل.

أما أولاً: فلقاعد سلطنة الناس على أموالهم، فإن توقف تصرفات المريض فيما زاد عن ثلثه على إجازة الغير مخالف لتلك القاعدة، فهي تنفي التوقف وتثبت النفوذ.

وأما ثانياً: فلعنوم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ و«تَجَرُّدٌ عَنْ تَرَاضٍ»^٢ و«المؤمنون عند شروطهم»^٣ فهذه الخطأيات كما تشمل المريض المتصرف تشمل الوارث أيضاً، فيجب عليهم أيضاً ترتيب آثار الصحة عليها.

وبالجملة: فجميع ما دلّ من الأدلة العامة على لزوم العقود والإيقاعات قاضية بالخروج من الأصل.

وأما ثالثاً: فلعنوم أدلة كل عقد أو إيقاع ينشأ المريض، الدالة على صحته ذلك وعدم توقّفه على إجازة شخص آخر كالصلح والهبة والإبراء وغيرها.

إذا عرفت ذلك فنقول: الظاهر إخراجها من الأصل لا الثلث؛ للإجماعات^٤ المنقولة المعتمدة بالشهرة المحققة بين القدماء، وللسيرة المستمرة على عدم منع المريض من تبرّعاته، وللروايات الكثيرة:

منها: مصحّح صفوان: في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه، قال عليه السلام: «إذا أبان به فهو جائز»^٥.

والمراد بالإبانة: التنجيز مقابل الوصية؛ أي: التعليق بما بعد الموت.
ومنها: موثّق عثّار: الميّت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به، قال: «نعم فإن أوصى به فليس له إلا الثلث»^٦.

ومنها: خبر أبي بصير: «إنّ لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيّاً، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدّق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا

١. المائدة (٥): ١.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٤. الانتصار: ٤٦٥ / مسألة ٢٦٢، غنية النزوع ٢: ٣٠١، مفتاح الكرامة ١٦: ١٩٧، جواهر الكلام ٢٦: ٦٣.

٥. وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٨، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٦.

٦. وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٩، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٧.

(مسألة ١): لا إشكال ولا خلاف في أنَّ الواجبات المالية، التي يؤديها المريض في مرض موته - كالخمس والزكاة والكفَّارات - تخرج من الأصل.

(مسألة ٢): لو أقرَّ بدين^(٢) أو عين من ماله في مرض موته لوارث أو أجنبي، فإن كان

الثالث^١، وغير ذلك من روايات كثيرة لعلها تبلغ أربعة عشر حديثاً صحاح وموثقات. لكنّها معارضة بعدة روايات أخر تقرب منها كثرةً وسنداً، تدلّ على لزوم إخراجها من الثالث لا من الأصل، إلّا أنَّ الإنصاف ترجيح الأخبار الأول على هذه الأخبار من حيث الدلالة والأظهرية، ومن حيث السند، ومن حيث المرجّحات الداخلية: لاشتغالها على الصحيح، والموثّق كالصحيح، ومن حيث المضمون لتأييدها بالقواعد القطعية التي عرفت، ومن حيث المرجّحات الخارجية لموافقتها للشهرة بين القدماء والإجماعات المنقولة عنهم، ومخالفتها للعامة لإطباقهم على الخروج من الثالث.

وبالجملة: الأظهر إخراجها من الأصل، وسيأتي التفصيل في الفروع الآتية. (٢) وليعلم أنَّ مسألة الإقرار غير مسألة المنجزات موضوعاً ودليلاً واختلافاً بين الأصحاب، إذ الإقرار إخبار عن حقّ ثابت في الواقع سابق على زمانه، لا إنشاء فعليّ عقديّ أو إيقاعيّ.

وأقوال المسألة تقرب من عشرة:

منها: أنّه يخرج من الأصل.

ومنها: أنّه يخرج من الثالث.

ومنها: التفصيل بالخروج من الأصل مع عدم التهمة، ومن الثالث معها. وهذا هو المشهور وهو الأظهر؛ لصحيح العلاء: عن امرأة استودعت رجلاً مالاً، فلما حضرها الموت قالت: إنّ المال الذي دفعته إليك لفلاتة، وماتت المرأة فأتى أولياؤها فقالوا له: إنّ كان لصاحبنا مال ولا نراه إلّا عندك، فاحلف لنا ماله قبلك شيء، أفيحلف لهم؟ فقال ﷺ: «إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، وإن كانت متّهمة فلا يحلف لهم ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من

مأموناً غير متهم نفذ إقراره في جميع ما أقر به؛ وإن كان زائداً صلى ثلث ماله، بل وإن استوعبه، وإلا فلا ينفذ فيما زاد على الثلث. والمراد بكونه متهماً وجود أمارات يظن معها بكذبه، كأن يكون بينه وبين الورثة معاداة يظن معها بأنه يريد بذلك إضرارهم، أو كان له حبٌ شديد بالنسبة إلى المقر له يظن معه بأنه يريد بذلك نفعه.

(مسألة ٣): لو لم يعلم حال المقر؛ وأنه كان متهماً أو مأموناً، فالأقوى عدم نفوذ إقراره^(٣) في الزائد على الثلث؛ وإن كان الأحوط التصالح بين الورثة والمقر له.

(مسألة ٤): إنما يحسب الثلث في الإقرار ونحوه بالنسبة إلى مجموع ما يتركه في زمان موته من الأموال؛ عيناً أو ديناً أو منفعة أو حقاً مالياً يبذل بإزائه المال كحق التحجير، وهل تحسب الدية من التركة وتضم إليها، ويحسب الثلث بالنسبة إلى المجموع، أم لا؟ وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان^(٤).

مالها ثلثه^١.

وفي صحيحة منصور، في الإقرار بالدين: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له»^٢.

ومثلها غيرهما. وفي الباب أخبار مخالفة لكنّها لا تعارض ما ذكرنا، لقصورها سنداً ودلالة.

(٣) لإطلاق ما دلّ على عدم النفوذ فيما زاد عن الثلث، كخبري^٢ إسماعيل وسماعة، وعدم شمول أدلة النفوذ؛ لكون المورد من الشبهة المصداقية للثمة، وكونه مرضياً ونحوه. (٤) على المشهور، بل ادّعي^٤ عليه الإجماع؛ لظهور التعليق في قوله ﷺ: «بل يؤذوا

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٣ والحديث ٩.

٤. الخلاف ٤: ١١٥ / مسألة ١٢٨، المهدب البارع ٤: ٣٥١-٣٥٢، مفتاح الكرامة ١٦: ٢٢٨؛ جواهر الكلام ٣٩:

(مسألة ٥): ما ذكر من عدم النفوذ فيما زاد على الثلث في الوصية ونحوها، إنما هو مع عدم إجازة الورثة، وإلا نفذت بلا إشكال، ولو أجاز بعضهم نفذت بمقدار حصته، ولو أجازوا بعضاً من الزائد على الثلث نفذت بمقداره.

(مسألة ٦): لا إشكال في صحة إجازة الوارث بعد موت المورث. وهل تصح منه في حال حياته؛ بحيث تلزم عليه ولا يجوز له الرد بعد ذلك، أم لا؟ قولان، أقواهما الأول^(٥)، خصوصاً في الوصية. ولو رد في حال الحياة يمكن أن تلحقها^(٦) الإجازة بعد ذلك على الأقوى.

دينه من دينه التي صالح عليها أولياؤه فإنه أحق بدينه من غيره^١.
ولخير إسحاق: إن رسول الله ﷺ قال: «إذا قُبلت دية العمد فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الأموال»^٢.

وحيث إن: إذا صالح المريض محابة في ذمته، أو اشترى بأزيد من ثمن المثل في ذمته يلزم تأديته من ذلك الميراث كسائر ديونه.

ولأنه إذا ثبت شمول الوصية بالثلث للدية بمقتضى الأخبار - كما هو مسلم - لزم المنجزات أيضاً، لأن الملاك كون الدية مرتبطة بالميت، لا أنها للورثة مستقلة.

(٥) لصحيح ابن مسلم: في رجل أجاز ورثته وصيته حال حياته وردوها بعد موته: «لبس لهم ذلك، والوصية جائزة عليه إذا أقروا بها في حياته»^٣، ولأن المنع كان لحقهم وهو موجود حال المرض، فقد أسقطوا حقهم فلا يرجع بعده.

(٦) لأن الرد هنا بمعنى عدم بسقوط الحق، وهو لا ينافي الرضا بالسقوط وإسقاطه بعده.

١. وسائل الشريعة ٢٩: ١٢٣، كتاب الفصاح، أبواب القصاص في النفس، الباب ٥٩، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٦: ٤١، كتاب الفرائض والموارث، أبواب موانع الإرث، الباب ١٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٣، كتاب الوصايا، الباب ١٣، الحديث ١.

كتاب الضمان^(١)

وهو التعهد بمال ثابت في ذمة شخص لآخر. وهو عقد يحتاج إلى إيجاب من

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسوله وآله، واللعن على أعدائهم أجمعين.

كتاب الضمان

(١) الضمان في اللغة: التعهد والتكفل^١، وفي اصطلاح المشرعة والفقهاء: عقد خاص، وهو تعهد شخص لآخر مالا ثابتاً له على ذمة شخص. وإن شئت قلت: تعهد شخص للدائن ما كان له على ذمة المدين، والأول هو الضامن، والدائن المضمون له، والمدين المضمون عنه، والمال هو المضمون، ونفس التعهد - الذي هو أمر اعتباري قابل للإنشاء باللفظ وغيره - هو الضمان.

ويظهر من الأصحاب هنا أمران:

أحدهما: تقييد بعضهم^٢ التعريف بكون المتعهد - أي الضامن - بريء الذمة من الدين للمضمون عنه، قال: لأنه لو لم يكن بريئاً كان ذلك حوالة، وانتقض تعريف الضمان بعدم كونه مانعاً.

١. الصلاح ٦: ٢١٥٥ مادة «ضمن».

٢. راجع شرائع الإسلام ٢: ٨٨، قواعد الأحكام ٢: ١٥٥، جامع المقاصد ٥: ٣٠٨، مسالك الأفهام ٤: ١٧٣، جواهر الكلام ٢٦: ١١٤.

والثاني: إشكال بعض آخر على التعريف بعد التقييد أيضاً بأنه - حينئذ - يشمل الحوالة على البريء، فالتعريف مخدوش أيضاً من جهة المانعية^١.

والصواب أن يقال: إن كلا الأمرين ينشئان من عدم التحقيق في تمتي المقدين، وإلا لم يرد نقض على تعريف الضمان، قيد بذلك، أو لم يقيد.

وبيانه: أن الضمان والحوالة حقيقتان اعتباريتان متباينتان لا يمكن انطباق إحدهما على الأخرى، كان الضمان من البريء أو مشغول الذمة، وكانت الحوالة إلى البريء أو مشغول الذمة؛ فإن الضمان عبارة عن إنشاء تعهد غير الدائن والمدين لمال الدائن على المدين، وإنشاء قبوله من الدائن مع عدم دخل الدين في ذلك وعدم اعتبار رضاه، وبعبارة أخرى: الضمان تبديل اشتغال ذمة الغير باشتغال ذمة نفسه.

والحوالة عبارة عن إنشاء إحالة المدين دائه إلى ثالث، وإنشاء قبول الدائن دون قبول الثالث كان مديناً أم لا، وبعبارة أخرى: الحوالة تبديل الشخص اشتغال ذمته باشتغال ذمة الغير، أو تبديله اشتغال ذمته للدائن واشتغال ذمة الثالث له إلى اشتغال ذمة الثالث للدائن، وكم من فرق بين قول القائل: «تعهدت مالك على فلان»، وقوله: «أحلتك إلى فلان في ما لك علي»، أو بين «خذ مالك على الغير مني» و«خذ مالك علي من غيري».

نعم يشتركان في لازم واحد، وهو حدوث اشتغال ذمة الثالث على الدائن، وهذا واضح في ما لو لم تكن ذمة الثالث مشغولة بدين للمدين؛ فإنه إن كان إنشاء التعهد من الثالث والقبول من الدائن كان ضماناً، وإن كان إنشاء الإحالة من المدين والقبول من الدائن ورضي به الثالث كان حوالة. أما مع اشتغال ذمة الثالث بالمدين يمثل الدين الذي عليه من الدائن، فإن كان الإنشاء ضماناً انتقل إلى الضامن دين المدين، فصارت ذمته مشغولة بكلتا الدينين ما لم يؤد شيئاً، فإذا أدى ما عليه من جهة الضمان، فإن لم يكن الضمان باستدعاء المدين بقي اشتغال ذمته بدينه الأول، وإن كان باستدعائه تهاتراً^٢ كلاً أو بعضاً، وهو واضح.

١. راجع مسائل الأنعام ٤: ١٧٣؛ جواهر الكلام ٢٦: ١١٤.

٢. يقال: تهاتر الرجلان، إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه باطلاً. وفي الاصطلاح: هو براءة ذمة كل من ..

قال في «العروة الوثقى» في عداد شروط الضمان ما خلاصته :

«التاسع : أن لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه ، على ما يظهر من كلماتهم ، حيث قالوا : إن كان مضمّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة ، وإن لم يكن ف ضمان بالمعنى الأخصّ .

لكن لا دليل على هذا الشرط ، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً ، فإن كان بإذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان ، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه ، وتفرغ ذمته ممّا عليه بضمان الضامن تبرّعاً ، وليس من الحوالة : لأنّ المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتّى تكون حوالة ، ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنّه يكون داخلاً في كلا العنوانين»^١ ، انتهى .

وهو حسن إلا أن ما ذكره أخيراً من انطباق العنوانين على مورد واحد غير معقول كما عرفت ، وتعرض له بعض محسّني الكتاب أيضاً ،

وكيف كان ، لا إشكال في صحّة عقد الضمان ونفوذه شرعاً بين الفريقين ، ويدلّ عليه الإجماع ونصوص الباب .

قال في «المبسوط» : «الضمان جائز للكتاب والسنة والإجماع ، فالكتاب قوله تعالى في قصّة يوسف عليه السلام : ﴿وَلَمَّا جَاءَهُ بِحِمْلٍ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^٢ ، والزعيم الكفيل ، وليس لأحد أن يقول : إن الحمل مجهول لا يصح أن يكون كفيلاً فيه ، وذلك أنّ الحمل حمل البعير ، وهو ستون وسقاً ، وأيضاً فإنّه مال الجعالة ، وذلك يصحّ عندنا ضمانه ؛ لأنّه يؤول إلى اللزوم ، ومن لم

«الطرفين ممّا عليه للطرف الآخر بماله في ذمة الطرف الآخر . الصحاح ٢ : ٨٥٦ مادة «هتر» تهج الفقهاء : ١٣ :

مستمسك العروة ١٣ : ٣ - ٤ .

١ . العروة الوثقى ٥ : ٤٠٨ - ٤٠٩ .

٢ . العروة الوثقى ٥ : ٤٠٩ ، حاشية المحقّق آية الله العليّ إسماعيل .

٣ . يوسف (١٢) : ٧٢ .

الضامن^(٢) بكلّ لفظ دالّ عرفاً ولو بقرينة على التعهّد المزبور، مثل «ضمنت» أو «تعهدت

يجز ضمان مال الجعالة وضمن المال المجهول، قال: أخرجت بدليل .
وروي أبو أمامة الباهلي: أن النبي ﷺ خطب يوم فتح مكّة، فقال في خطبته: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»؛ يعني الكفيل .
وروي عنه ﷺ أنّه قال: «لا تحلّ الصدقة لغنيّ إلّا لثلاثة» ذكر منها رجلاً تحمّل حمالة فحملت له الصدقة . وتحملّ الحمالة هو الضمان للدية لأولياء المقتول لتسكين النائرة وإجماع الأمة؛ فإنّهم لا يختلفون في جواز الضمان وإن اختلفوا في مسائل منها^١ .
ولا يخفى عليك: أنّه قد استفاد من جملة «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِئْلٌ بَعِيرٌ»^٢ عقد الجعالة، ومن جملة «وَأَنَا بِهِ رَعيِمٌ» عقد الضمان، وتسلّم كون الجعالة في المال المضمون به مخلاً بصحّة الضمان، وحكم بصحّته إذا كان المال المضمون به يؤول إلى اللزوم، والكلّ مخدوش كما سيأتي في الأبحاث الآتية .

قال في «الجواهر»: «والآية الشريفة محمولة على إرادة التعهّد العرفي لا العقدي؛ ضرورة عدم قبول مضمون له، يثبت له حقّ في ذمّة الجاعل، أو على إرادة بيان كون الجعل منه على ذلك، لا على الملك»^٣ .

ثمّ إنّ لا فرق في المال الثابت في الذمّة بين كونه عيناً كلّية ذمّية، كالدرهم والدنانير والحنطة والشعير والفرس والبقر الموصوفين الذمّيين، أو منفعة كما إذا أجر عيناً في مدّة معينة، أو أجر نفسه لعمل خياطة أو كتابة .

(٢) الإيجاب فيه كالإيجاب في أكثر العقود كلّما دلّ على إنشاء المطلوب، وهو العقد المخصوص من قول أو فعل أو إشارة في الأخرس، وفي «العروة الوثقى»: «بل يكفي الفعل الدالّ ولو بضميمة القرائن على التعهّد والالتزام بما على غيره من المال»^٤، وفي حاشية

١. المبوط ٢: ٣٢٢.

٢. يوسف (١٢): ٧٢.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٧.

٤. العروة الوثقى ٥: ٣٩٩-٤٠٠.

لك الدين الذي لك على فلان» ونحو ذلك، وقبول من المضمون له^(٣) بما دلّ على

بعض المحشّين على الكتاب: «لو فرض دلالة عليه، لكنّه مجرد فرض، وهكذا في القبول»^١، ومثل بعضهم له بالكتابة، ولكن يمكن فرض الفعل الدالّ بوضع الضامن يده على رقبته أو قفاه - مثلاً - مشيراً إلى أنّه على عهده، ووضع المضمون له يده على عينه - مثلاً - مشيراً إلى القبول، والكتابة لا تعدّ فعلاً عرفاً إلاّ أنّها تكفي على الظاهر؛ فإنّها أبلغ من الفعل في إفادة المقصود لو لم تكن أبلغ من القول.

(٣) وفي «الشرائع»: «ويشترط رضا المضمون له»^٢، وفي «الجواهر»: «بل لا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل في محكيّ «التحرير»^٣ و«الغنية»^٤ الإجماع عليه»^٥.

وفيه أيضاً في محلّ آخر بعد نقل كلام بعض الأصحاب الذي يظهر منه الميل إلى عدم الشرطيّة، قال: «فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخّرين في الحكم المزبور لذلك، ممّا هو غير صالح لمعارضته بعض ما عرفت، خصوصاً بعد كون المسألة من قطعيّات الفقه وضروريّاته، بل لعلّ الوسوسة فيها جهل بمذاق الفنّ ومذاق الشرع، بل قد عرفت أنّه لا بدّ من رضی المضمون له بعنوان القبول الذي يتمّ به العقد؛ لما عرفت من المفروغيّة عن كون الضمان عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول، بل لا بدّ فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتّصال والعريّة وغيرها» إلى أن قال: «فما عن «الإيضاح»^٦ والمقدّس الأردبيلي^٧ من اعتبار الرضا دون القبول العقدي؛ لأنّه إلّزام أو إعانة للمضمون عنه، وتوثيق للمضمون له، وليس هو على قواعد المعاملات، واضح الضعف، كقول العلامة في

١. العروة الوثقى ٥: ٤٠٠، حاشية المحقّق آية الله الكلينيّ عليه.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

٣. تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

٤. غنية الزوج ٢: ٢٦٠.

٥. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٣.

٦. إيضاح القواعد ٢: ٨٣.

٧. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٨٨.

«القواعد»: «وفي اشتراط قبوله احتمال»^١؛ إذ التوثيق لا ينافي العقد به كالرهن^٢ بل أولى منه؛ لما فيه من انتقال المال من ذمة إلى ذمة^٣. على أن الأصل عدم ترتب شيء عليه إذا لم يكن بصورة العقد»^٤.

ويدل عليه صحيح ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال عليه السلام: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^٥ و الباب الرابع عشر من أبواب الدين والقرض^٦.

وفي «الفقه الرضوي»: «وإن كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه، فالميت قد بريئ منه، وقد لزم الضامن ردّه»^٧.

وظاهر عبارة المتن: عدم كفاية الرضا بمجرد ما لم يظهر بقول أو فعل، كما هو الحال في سائر العقود أيضاً، فخالف ظاهر عبارة «الشرائع» كما أن ظاهر الصحيح كفاية الرضا. والظاهر أن ذلك مبني على ما ادعوه من الإجماع على لزوم اللفظ أو الفعل المبرز لما في القلب، بحيث ينشأ به المقصود من الإيجاب والقبول. وكيف كان، لا إشكال في شرطية رضا المضمون له.

قال في «الجواهر»: «مضافاً إلى ما في انتقال الدين من ذمة المديون إلى ذمة أخرى

١. قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

٢. في المصدر: «إذ الجميع كما ترى؛ ضرورة عدم منافاة التوثيق ونحوه للمعدية؛ إذ هو حينئذ كالرهن».

٣. في المصدر: «ذمة أخرى».

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٦.

٥. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٢، كتاب الضمان، الباب ٢، الحديث ١.

٦. وسائل الشريعة ١٨: ٣٤٦، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ١٤، الحديث ١.

٧. الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٦٨، مستدرک الوسائل ١٣: ٤٠٤، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض.

الباب ١٤، الحديث ٢.

٨. كلمة «ذمة» لم ترد في المصدر.

بدون رضا الدَّيَّان من الفساد وضياع حقوق الناس المعلوم^١ من الشريعة خلافه، وإلى ما يشعر به خير^٢ عبدالله بن الحسن^٣ ٤.

وقد يستدل بعدم شرطية رضا المضمون له بنصوص:

قال الشيخ في «الخلاف»: «ليس من شرط الضمان^٥ رضاها أيضاً - أي المضمون له والمضمون عنه - وإن قيل: إن من شرطه رضا المضمون له كان أولى. وقال الشافعي: المضمون عنه لا يعتبر رضا والمضمون له فيه قولان: فقال أبو علي الطبري: من شرطه رضا، مثل الثمن في المبيعات. وقال ابن سريج: ليس ذلك من شرطه؛ لأنَّ علياً^٦ وأبا قتادة لم يسألا المضمون له.

دليلنا ضمان علي^٧ وأبي قتادة^٨؛ فإنَّ النبي^٩ لم يسأل عن رضا المضمون له، وأمَّا رضا المضمون عنه فكان غير متمكِّن؛ لأنَّه كان ميتاً، يدلُّ على أنَّه لا اعتبار برضاها، وإذا اعتبرنا رضا المضمون له فلائِه إثبات حق في الذمَّة، فلا بدَّ من اعتبار رضا كسائر الحقوق. والأوَّل أليق بالمذهب؛ لأنَّ الثاني قياس، ونحن لا نقول به»^{١٠}.

أقول: ما أشار إليه من الخيرين: أولهما: ما رواه في «الوسائل» عن «الخلاف»^{١١} عن أبي سعيد الخدري، قال: كنَّا مع رسول الله^{١٢} في جنازة، فلمَّا وضعت قال: «هل لصاحبكم من دين؟»، قالوا: نعم درهمان، فقال: «صلُّوا على صاحبكم». فقال علي^{١٣}:

١. في المصدر: «المعلوم ضرورة».

٢. في المصدر: «يشعر به ما تسمعه من خير».

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٦، كتاب الضمان، الباب ٥، الحديث ١.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٤.

٥. في المصدر: «ليس من شرط صحة الضمان».

٦. سنن أبي داود ٢: ١١٥، ٣٣٤٣؛ سنن الدار قطني ٣: ٤٢ / ٢٩٦٥.

٧. الخلاف ٣: ٣١٣ / المسألة ٢.

٨. الخلاف ٣: ٣٦٤، المسألة ٣. وجاء فيه ذيل الخبر.

«هما عليّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن»، فقام رسول الله ﷺ فصلّى عليه، ثم أقبل على علي عليه السلام فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»^١.

والثاني: ما رواه أيضاً عن «الخلاف»، عن جابر بن عبد الله: إنّ النبي ﷺ كان لا يصلّي على رجل عليه دين، فأُتي بجنازة، فقال: «هل على صاحبكم دين؟»، فقالوا: نعم ديناران.... فلما فتح الله على رسوله قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فعليّ»^٢.

ولا يغني عليك أنّ الخبرين ليسا في كتاب «الخلاف» في النسخ التي عندي، ولعلّه كانت النسخة التي عند الحرّ تامة أجمع، فسقط منها بعضها، كما ينقل ذلك عن بعض الأصحاب. وكيف كان، فقد استدلّ بهما على عدم لزوم رضا المضمون له؛ لأنّ النبي ﷺ قد قنع بإنشاء الضامن رضاه وتعهّده بالمال.

وأجاب عن الاستدلال في «الجواهر» بقوله: «الذي هو بعد الغضّ عن سند روايته لا دلالة فيه على ذلك، بل لعلّه دالّ على خلافه، ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الإيجاب والقبول من المضمون له، والإيجاب وحده ليس بضمان»^٣.

والمراد أنّ الخبران يدلّان على أنّ عليّاً عليه السلام وقتادة قد أخبرا بوقوع الضمان الشامل للإيجاب والقبول في ما قبل، لأنّ قولهما على إيجاب، وقد اكتفى النبي ﷺ بالإيجاب فقط؛ فإنّ حملهما عليه فاسد.

ثمّ أجاب بذلك عن سائر المحامل التي حملوها عليها، نظير أنّ ذلك واقعة خاصّة لا تعلم وجهها، أو أنّ الضمان عقد ينعقد بالإيجاب ويصحّ ويؤثّر، وإنّما يبطله الردّ من المضمون له.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٤، كتاب الضمان، الباب ٣، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٤، كتاب الضمان، الباب ٣، الحديث ٣.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٤.

ولذا قنع النبي ﷺ بذلك، أو أنّ النبي ﷺ قد قبل الإيجاب من ناحية المضمون عنه ولاية لفظاً أو عملاً بالشروع في الصلاة على الميت. أو أنه ﷺ قدّم على الصلاة بالعلم بإذن المضمون له فحوى.

ثم قال ما حاصله: «إن امتناع النبي ﷺ كان من جهة شغل ذمة الميت. وفي بعض الصور لا تحصل البراءة، كما في العلم بأنه يأذن؛ فإنه لا تكفي في البراءة الفعلية»^١. انتهى.

واستدل أيضاً على عدم شرطية رضا المضمون له بموثق إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله ﷺ: في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت، فقال وليه: عليّ دينك. قال ﷺ: «يرثه ذلك وإن لم يوفّه وليه من بعده». وقال: «أرجو أن لا يأثم، وإنما إنمته على الذي يحبس»^٢.

وموثق حسن بن الجهم، قال: سألت أبا الحسن ﷺ عن رجل مات وله عليّ دين، وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم، فقال: أنت في حلّ ممّا لأبي عليك من حصّتي، وأنت في حلّ ممّا لإخوتي وأخواتي، وأنا ضامن لرضاهم عنك؟ قال: «يكون في سعة من ذلك وحلّ».

قلت: فإن لم يعطهم؟ قال ﷺ: «كان ذلك في عنقه».

قلت: فإن رجع الورثة عليّ فقالوا: أعطنا حقنا؟

فقال: «لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك وبين الله فأنت منها في حلّ إذا كان الذي حللك يضمن لك عنهم رضاهم، فيحمل لما ضمن لك».

قلت: فما تقول في الصبي؟ لأنّه أن تحلّل؟ ... قال: «نعم، إذا كان لها ما ترضيه، أو تعطيه»، قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: «فلا»، قلت: فقد سمعتك تقول: إنّه يجوز تحليلها؟

١. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٤.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٣٤٦. كتاب التجارة. أبواب الدين والقرض، الباب ١٤، الحديث ٢.

فقال: «إنما أعني بذلك إذا كان لها».

قلت: فالأب يجوز تحليله على ابنه؟

فقال: «ما كان لنا مع أبي الحسن عليه السلام أمر يفعل في ذلك ما شاء».

قلت: فإن الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي وأنا من حصته في حلّ، فإن مات الرجل قبل

أن يبلغ الصبي، فلا شيء عليه؟

فقال عليه السلام: «الأمر جائز على ما شرط لك»^١.

وصحيح حبيب الخثعمي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء»، قال:

قلت: أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء، وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟

قال عليه السلام: «نعم»^٢.

أقول: أمّا خبر إسحاق بن عمار فقد أجاب عنه في «الجواهر» بأنه مطلق محمول على

المقيّد، أي على صورة قبول المضمون له ضمانه^٣.

وأما موثق الحسن بن الجهم، فقلوه: «أنت في حلّ ممّا لإخوتي وأخواتي» مخالف لما

أجمع عليه الأصحاب من عدم صحة إبراء أحد ديون غيره.

وأما قوله: «وأنا ضامن لرضاهم عنك»، فإمّا أن يحمل على الضمان الاصطلاحي ويحكم

بصحته، كما هو غرض المستدلّ، أو يحمل على الضمان الحاصل برضاهم، ولكنه ليس له

بيّنة على إثباته، فيكون في سعة من دين الورثة في الواقع؛ لانتقاله إلى ذمّة الضامن منهم،

ولو طالبوه بالدّين كان ذلك لهم ظاهراً، فلا يدلّ الخبر على مدّعي الخصم.

وأما قوله: «فما تقول في الصبي؟ لأّمه أن تحلّل؟» فمعناه: أن الأمّ جائز لها تحليل حقّ

الصبي للمديون له، وهو محمول على صورة ولايتها على الصبي، ولا دليل على كونه

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٥، كتاب الضمان، الباب ٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٨٦، كتاب الوديعة، الباب ٨، الحديث ١.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٥.

الرضا بذلك، ولا يعتبر فيه رضا المضمون عنه^(٤).

(مسألة ١): يشترط في كل من الضامن والمضمون له أن يكون بالغاً عاقلأً رشيدأً

ضمانأً، بل إبراءً مجتأني لمصلحة الصبي.

وأما صحيح الخثعمي، فقوله عليه السلام: «إلا أن يكون له وفاء» يحمل على صورة إذن المودع في ذلك، كما يحمل عليه صورة ضمان من وجد ضمانه.

وقال في كتاب «العروة الوثقى» بعد ذكر أن الشرط الثاني القبول من المضمون له: «كذا ذكره، ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة، بل يكفي رضا المضمون له سابقاً أو لاحقاً، كما عن «الإيضاح»^١ والأردبيلي^٢.

والظاهر أنه لا يكفي مجرد الرضا القلبي المقارن فضلاً عن المتأخر، ولا تشتط الألفاظ الخاصة كسائر العقود اللازمة، بل يكفي مطلق اللفظ والإشارة والكتابة والفعل إذا صلحت لإنشاء مطاوعة مفهوم الإيجاب.

(٤) في «الجواهر»: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»^٤.

وعلل ذلك في «الشرائع» بأن الضمان كالقضاء للدين، ومن المعلوم عدم اعتبار رضا المديون في ذلك^٥.

وفي «المسالك»: «هذا موضع وفاق، ولأن أداء الدين كما يجوز بغير إذنه، فالتزامه بالذمة أولى»^٦ إلى آخره.

لكن في الأولوية إشكال، وعمدة الدليل نصوص الضمان عن الميت مع عدم إمكان إحراز رضاه.

١. إيضاح التواعد ٢: ٨٣.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٨٨.

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٠٠.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٦.

٥. شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

٦. مسالك الأفهام ٤: ١٨١.

مختاراً، وفي خصوص المضمون له ^(٥) أن يكون غير محجور عليه لفسل ^(٦).

ونقل في «الجواهر» ^١ عن «نهاية الشيخ» ^٢ بأنه إن أنكر المضمون عنه وأبى عن الضمان بعد وقوعه تبرّعاً، يبطل الضمان، ويرجع الحق إلى أصله، ويبطل الانتقال. ثم استشكل فيه بأننا لم نجد له دليلاً، بل هو خلاف الأدلة؛ فإنه لا عبرة برضاه، ولا رده وإياؤه مانع، كان قيل الضمان أو بعده.

قال في «العروة الوثقى» بعد الحكم بعدم اعتبار رضاه: «وهذا واضح في ما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً؛ من حيث كون تبرّع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرّع وضع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً» ^٣. ولا يخفى عليك: أن الحكم يبطلان الضمان بذلك مشكل، ولذا قد أنكره بعض محشي الكتاب ^٤.

(٥) فإنه مالك للكلّي في ذمة الغير لملكيّة فعليّة ثابتة، وهو محجور عن التصرف في كلّ ما هو ملك له ونقله من ذمة إلى أخرى، كفعل العين بالبيع والإجارة. وأمّا الضامن فلا يشترط فيه عدم الحجر؛ فإنه يتصرف في ذمته بإيجاد الاشتغال للغير، ولا يشترك المضمون له مع الغرماء حتّى يمنع عنه؛ فإن الحكم الحجر لا يشمل إلا الأموال الموجودة حال الحكم، فلا يشمل ما حصله المفلس بعده، فضلاً عما صار مديناً لغيره.

(٦) أمّا البلوغ والعقل، فالظاهر أنّه لا إشكال في اشتراطهما في صحّة العقود والإيقاعات إلّا في موارد خاصّة ثبتت بدليل؛ فإنهم قد أفتوا بسلب عبارة الصبي ولو المراهق منه، فضلاً عن المجنون المنزل منزلة غير المميّز من الصبي، وأمّا الرشد فلأنّ الضمان تصرف مالي، ويشترط فيه الرشد.

١. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧.

٢. النهاية للطوسي: ٣١٤.

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٠٦.

٤. المصدر، حاشية المحقّق آقا ضياء العراقي رحمه الله.

(مسألة ٣) : يشترط في صحة الضمان أمور :

منها : التنجيز على الأحوط ^(٧) ، فلو علق على أمر ؛ كأن يقول : أنا ضامن إن أذن أبي ،

وأما الاختيار : فلمعوم رفع الإكراه ، كقوله تعالى : «إِلَّا مَنْ أَكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»^١ وقوله ﷺ : «ما استكروهوا عليه»^٢ .

(٧) أقول : نسب المسألة في «العروة الوثقى» إلى المشهور ، ثم قال : «لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة إلا دعوى الإجماع في كل العقود ، على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير ، أو دعوى منافية التعليق للإنشاء ، وفي الثاني ما لا يخفى ، وفي الأول منع تحققه - أي الإجماع - في المقام» إلى أن قال : «نعم»^٣ . يمكن أن يقال - في ما إذا قال : أنا ضامن إن لم يف المديون^٤ - بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له ؛ لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة ؛ إذ حقيقته قضية تعليقية^٥ . انتهى .

أقول : الظاهر من عبارة «العروة الوثقى» أنه قابل بالتعليق في ضمان الأعيان الخارجية وأن حقيقته هو الاشتغال على فرض التلف ، فشبه به المقام ، وهو الضمان في الدين ، وحكم بصحة الضمان التعليقي بالنسبة للأداء ؛ أعني وفاء المضمون عنه ، ولكنه مخدوش ؛ لعدم كون ضمان العين من قبيل التعليق ، فلا يكون المورد كذلك أيضاً .

وتوضيحه : أن بين الضمان العقدي واليدي - أعني ضمان العين الخارجية - فرق ؛ لأن الأول إنشاء لاشتغال الذمة على نحو التنجيز ، فتشتغل بمجرد كمال العقد . وهذا ينافي التعليق ، كما ذكروا ذلك في سائر العقود ، كالبيع والهبة والوقف ، ولذا أجمعوا على الظاهر

١ . التحل (١٦) : ١٠٦ .

٢ . وسائل الشريعة ١٥ : ٣٧٠ ، كتاب الجهاد ، أبواب جهاد النفس ، الباب ٥٦ ، الحديث ٣ .

٣ . في المصدر : «نعم في المثال الثاني» .

٤ . عبارة «في ما إذا قال : أنا ضامن إن لم يف المديون» لم ترد في المصدر .

٥ . العروة الوثقى ٥ : ٤٠٥ -

أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً، بطل.

ومنها: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه؛ سواء كان مستقراً، كالقرض والتمن والتمن في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد الموضين في البيع الخياري والمهر قبل الدخول ونحو ذلك، فلو قال: أقرض فلاناً أو بعه نسبة وأنا ضامن.

[على] أن تعليق مفاد العقود - بمعنى إنشائه معلقاً على أمر أو زمان - مبطل لهما، وأما الضمان في العين الخارجية فهو عبارة عن التعهد الاعتباري، بمعنى اعتبار كون العين كأنها على عاتقه، وهو أمر تنجيزي في وعاء الاعتبار، ومن آثاره وجوب رد العين مادامت باقية، كما في المغصوب واشتغال الذمة بقيمتها إذا تلفت.

ويمكن أن يقال وإن كان بعيداً: إن صاحب «العروة» قد فرض هذا النحو من الضمان في المقام بأن ينشئ الضامن التعهد المزبور بالنسبة للكليّ الثابت على أنه المضمون عنه للمضمون له، ولازمه فعلية الاشتغال إذا تحقق المعلق عليه، واختار صحة هذا المحقق الخوئي^١ في حاشية «العروة»، قال: «بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية، وعليه فالضمان فعلي، وأثرة الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها. وعلى هذا، فلا بأس بما أفاده^٢ ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية»^٣. انتهى.

ويمكن الخدشة في ذلك بأن الضمان العقدي عند المشهور ليس بهذا المعنى، وهو الذي قالوا بعدم جواز تعليقه، وما ذكره و [إن] لم يستبعده غير بعيد، لكن ليس بضمان عند المشهور.

وبالجملة التعليق محلّ بالعقد، وقد أفتى به في المتن، واحتاط فيه صاحب «العروة» وأغلب المحشّين.

١. العروة الوثقى ٥: ٤٠٥، حاشية المحقق آية الله الخوئي^١.

لم يصح^(٨).

ومنها: تميز الدين والمضمون له والمضمون عنه؛ بمعنى عدم الإيهام والترديد، فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص معين على شخص معين، ولا ضمان دين أحد الشخصين

(٨) أقول: المال الملحوظ في الذمة الذي به يتحقق موضوع الضمان، إما ثابت مستقر بالفعل، لا طريق إلى إسقاطه أو بطلانه إلا الإبراء أو الأداء، كالدين الثابت بالاقتراض والضمن الثابت بالمعاملة اللازمة أو المبيع كذلك أو المهر بعد الدخول، وغير ذلك من الحقوق المالية، كالديات و ضمان المتلفات ونحوها.

أو ثابت غير مستقر، بل متزلزل بقاء، كالضمن والمضمن في النسيئة والسلف إذا كانت المعاملة خيارية، ونصف المهر على الزوج قبل الدخول، وما أشبه ذلك.

أو غير ثابت إلا أنه في معرض الثبوت، بمعنى كونه متزلزلاً حدوداً، كمال الجعالة على الجاعل؛ فإن ثبوته يتوقف على عمل العامل، والجعل الملحوظ في السبق والرامية، وكل مال تحقق نسبة المناقص ولما يتم. ولا إشكال في صحة الضمان في الأول، بل وفي الثاني؛ لأنه مال ثابت قابل للانتقال من ذمة إلى أخرى.

قال في «المبسوط» في بيان الحقوق التي يصح فيها الضمان: «إنها على ضرب: حق لازم مستقر، وحق لازم غير مستقر، وحق ليس بلازم، ولكنه يؤول إلى لزوم.

والأول: هو الذي أمن من سقوطه من جهة بطلان أسبابه، كالضمن في البيع بعد تسليم المبيع، والمهر بعد الدخول، والأجرة بعد انقضاء المدة.

والثاني: ما يسقط ببطلان أسبابه كالضمن قبل التسليم، والأجرة قبل إنقضاء الإجارة، والمهر قبل الدخول.

والثالث: كمال الجعالة ومال المسابقة^٢ إلى آخره.

١. في المصدر: «فجملته أن الحق».

٢. المبسوط ٤: ٣٢٤-٣٢٥ مع تفاوت يسير.

أقول: قال في «المبسوط» في القسم غير الثابت الآثل إلى اللزوم: «وأما^١ مال الجعالة، فإنه ليس بـلازم في الحال، لكنّه يؤول إلى اللزوم بفعل ما شرط المال له، ويصحّ ضمانه ويلزمه: لقوله ﷺ: «الزعيم عازم»^٢، ولقوله تعالى: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعَيْنٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^٣. وأما مال المسابقة يصحّ ضمانه: لأنّه يؤول إلى اللزوم»^٤.

وفي «الشرائع» في ما يصحّ ضمانه: «وكذا ضمان^٥ ما ليس بـلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والراية على تردد»^٦.

وفي «الجواهر» بعد العبارة: «وفاقاً للمحكي عن «المبسوط»^٧ و«التحرير»^٨ و«المختلف»^٩ و«مجمع البرهان»^{١٠}. انتهى^{١١}.

وفيه: أنّ عقد الجعالة وكذا السبق والراية لا يوجب ثبوت المال على ذمّة الجاعل بمجرد تحقّقه، بل المال يثبت عليه بعد العمل، فالعقد سبب، والعمل شرط، فالضمان حينئذ ضمان ما لم يجب، فكيف يفعل إنشاء انتقال ذمّة إلى ذمّة؟ وكيف تشمل العمومات ذلك؟ إذ

١. في المصدر: «وأما الرابع فهو».

٢. في المصدر ومصادر الحديث: «غارم».

٣. مسند أحمد ٥: ٢٦٧؛ سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ / ٢٤٠٥؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ / ١٠٢.

٤. يوسف (١٢): ٧٢.

٥. المبسوط ٢: ٣٢٥.

٦. كلمة «ضمان» لم ترد في المصدر.

٧. في المصدر: «لكن» بدون الواو.

٨. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٩. المبسوط ٢: ٣٢٤ - ٣٢٥.

١٠. تحرير الأحكام ١: ٢٢١.

١١. مختلف الشعة ٥: ٤٦٧.

١٢. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩٢.

١٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٧.

قد عرفت أن مفاد الضمان عند العرف والشرع على ما بيّنا نقل الذمة إلى الذمة أو ضمّ ذمة إلى ذمة، والموضوع في كليهما الثابت في الذمة، وقد مرّ أن الآية الشريفة محمولة على إرادة التعهد العرفي لا العقدي، أو أن قوله: «وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» بيان لكون الجاعل نفسه.

نعم، لو قلنا: إن عقد الجعالة سبب تامّ في ثبوت الجعل في الذمة، وإن عرض له البطلان أحياناً بعدم إتمام العمل أو بالفسخ ونحوه، صحّ الضمان حينئذٍ، لكنّه خلاف الحق.

قال في «العروة الوثقى»: «فلو قال: أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصحّ على المشهور، بل عن «التذكرة» الإجماع، قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصحّ إجماعاً^١... ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً؛ لصدق الضمان وشمول العمومات العامة، وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً»^٢ انتهى.

ولا يخفى عليك عدم صدق العمومات على ما إذا لم يثبت سببه، وفي ما ثبت ذلك أيضاً إشكال، بل هو أيضاً كذلك، وكونه عقد آخر يحتاج إلى ثبوت عقديته عند العرف، وهو مشكل، ولذا استشكل على ما في «العروة» أكثر محشياً.

وفي حاشية المحقّق النائيني على «العروة»: «نعم يصحّ ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن يشتغل به ذمة المضمون عنه؛ لكونه تعهداً والتزاماً من الضامن، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمة^٣ إلى ذمة^٤ كي يندرج في ما عرفت امتناعه»^٥. انتهى.

١. في التذكرة: «ما» بدل «مهما».

٢. في التذكرة: «لم يصحّ أيضاً عند علمائنا أجمع».

٣. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٠٩.

٤. العروة الوثقى ٥: ٤٠٧.

٥. في المصدر: «ذمته».

٦. في المصدر: «إلى ذمة نفسه».

٧. العروة الوثقى ٥: ٤٠٧-٤٠٨، حاشية المحقّق النائيني ١٤٤.

ولو لواحد معيّن أو على واحد معيّن^(٩). نعم، لو كان الدين معيّنًا في الواقع^(١٠) ولم

وفيه؛ أنّه على فرض الثبوت يكون عقدًا مستقلًّا، وليس بالضمان المشهور عند الأصحاب.

(٩) هنا قرعان:

الأوّل: تميّز الدّين ومن هو عليه ومن هو له في مقابل الإيهام والترديد فيها.

والثاني: العلم بجنس الدّين ونوعه وكسّته وكيفه، والمسألة مسوقة لبیان كلا المطالبين.

أمّا الأوّل: فهو المسوق له أوّل الكلام، وأنّه يشترط التميّز، ويبتل الإيهام والترديد كان في الدّين، أو من هو له وعليه، والوجه فيه خروج الفرض حينئذ عن منصرف الأدلّة والنصوص، بل هو حينئذ عمل غير عقلائي في الأغلب، أو غرر منفي في الشريعة بناءً على إشكال فيه.

وعلى هذا، فلو كان خمس نفوس مدينين لواحد، أو واحد مدين لخمس أنفس، أو خمس كلّ واحد مدين لواحد من خمسين آخرين، فضمن الضامن أحد الديون، أو دين أحد المدينين، أو الدين لأحد الدائنين، بطل.

(١٠) هذا هو الفرع الثاني، وهو مورد بحث واختلاف بين الأصحاب.

قال في «الخلاف»: «لا يصحّ ضمان المجهول، سواء كان واجباً أو غير واجب، ولا يصحّ ضمان ما لم يجب، سواء كان معلوماً أو مجهولاً، وبه قال الشافعي، وسفيان الثوري، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد، وقال أبو حنيفة ومالك: يصحّ ضمان ذلك.

دليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنّه نهى عن الغرر، وضمان المجهول غرر؛ لأنّه لا يدري كم قدراً من المال عليه، وأيضاً فلا دليل على صحّة ذلك، فمن ادّعى صحّته فعليه الدلالة»^١.

وفي «الشرائع»: «ولا يشترط العلم بكميّة المال، فلو ضمن ما في ذمّته صحّ على

يعلم جنسه أو مقداره، أو كان المضمون له أو المضمون عنه متميّنًا في الواقع ولم يعلم

الأشبه. ويلزمه ما تقوم البيّنة به أنّه كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب. ولا ما يقرّ به المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برّد اليمين، أمّا لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح؛ لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان»^١.

قال في «المسالك» ما خلاصته: «للأصحاب في ضمان المجهول قولان، أشهرهما الجواز؛ للأصل. ولإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^٢. ويظاهر قوله تعالى: «وَلَيْسَ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^٣ مع اختلاف كميّة الحمل، ولأنّ الضمان عقد لا ينافيه الفرر؛ لأنّه ليس معاوضة؛ لجوازه من المتبرّع. والقول الآخر: المنع؛ لأنّه إثبات مال في الذمّة لآدمي، فلا يصحّ في المجهول. كالبيع. وينتقض بالاقرار»^٤. انتهى.

وفي «الجواهر» بعد قول الماتن: «ولا يشترط العلم بكميّة المال، فلو ضمن ما في ذمّته صحّ على الأشبه»^٥ قال: «بأصول المذهب من العمومات وغيرها والأشهر، بل المشهور، بل عن «الغنية»^٦ الإجماع عليه، بل عن «كشف الرموز»^٧ أنّه روى الأصحاب جواز ذلك»^٨.

وقد استدلّ على الصحّة بما رواه الصدوق ﷺ قال: «روي أنّه احتضر عبدالله بن الحسن، فاجتمع إليه غرماؤه، فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمّي علي بن الحسين، أو عبدالله بن جعفر. فقال الغرماء: أمّا

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٠ و ٩١.

٢. مسند أحمد ٥: ٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ / ٢٤٠٥، عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ / ١٠٢.

٣. يوسف (١٢): ٧٢.

٤. مسالك الأنهار ٤: ١٩٧.

٥. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٦. غنية النزوع ٢: ٢٦٠.

٧. كشف الرموز ١: ٥٥٨.

٨. جواهر الكلام ٢٦: ١٤٢.

شخصه، صَحَّ عَلَى الْأَقْوَى، خصوصاً في الأخيرين. فلو قال: ضمنت ما لفلان على فلان ولم

عبدالله بن جعفر فمليّ مطول، وأما عليّ بن الحسين فرجل لا مال له، صدوق، وهو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال عليه السلام: «أضمن لكم المال إلى غلة - ولم يكن له عنه -» فقال القوم: قد رضينا، فضمنه. فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداها^١.

وبما رواه فضيل وعبيد، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لَمَّا حضر محمد بن أسامة الموت، دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلي منكم وعليّ دين، فأحبّ أن تقضوه عني، فقال عليّ بن الحسين عليه السلام: «لست ذينك هني»، ثم سكت وسكتوا، فقال عليّ بن الحسين عليه السلام: «عليّ ذينك كله»، ثم قال عليّ بن الحسين عليه السلام: «أما إنّه لم يمتني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا»^٢.

وبما رواه عطاء عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك، إن عليّ ذيناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: «سبحان الله! أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعليّ ضياعه، ومن ترك ديناً فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فأكله (فلاضله)» - وفي «الجواهر»: «فلوارثه»^٣ - «فكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالاته حيّاً، وكفالاته حيّاً ككفالاته ميتاً»، فقال الرجل: نفست عني جعلني الله فداك^٤.

والخبر عاميّ لا يوافق قواعدنا القطعية من كون ضياع الميت للإمام بعده ولو كان له ورثة، وإطلاق كون دينه للإمام ولو كان له مال، وعدم وجوب السعي في أداء الدين اتكاءً على كفالة النبي صلى الله عليه وآله، ويقول تعالى: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^٥، ويقول تعالى: «الزعيم غارم»^٦.

١. الفقيه ٣: ٩٨ / ٣٤٠٧؛ وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٦، كتاب الضمان، الباب ٥، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٣، كتاب الضمان، الباب ٣، الحديث ١.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٤٤.

٤. وسائل الشريعة ١٨: ٣٣٧، كتاب التجارة، أبواب الدين والقرض، الباب ٩، الحديث ٥.

٥. كما تقدّمت الإشارة إليه في الرواية.

٦. يوسف (١٢): ٧٢.

٧. انظر: مستند أحمد ٥: ٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٤ / ٨٠٤، عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ / ١٠٢.

يعلم أنه درهم أو دينار أو أنه دينار أو ديناران صحَّ على الأصح. وكذا لو قال: ضمنت

وربما يחדش في الصحة مع الجهل بالمقدار بحديث نهي النبي ﷺ عن الغرر^١، وبقاعدة نفي الضرر: إذ قد يظهر كونه كثيراً لا يقدر على تحمُّله، ولكنَّ النهي عن مطلق الغرر غير ثابت، والضرر قد أورده على نفسه باختياره.

وقال في «العروة الوثقى»: «لكنَّ الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، وأما إن لم يكن كذلك - كقوله: ضمنت شيئاً من دينك - فلا يصح. ولعلَّه مراد من قال: إنَّ الصحة إنما هي في ما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعيينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم»^٢، وهو حسن.

ثمَّ إنَّه فرَّق بعد ذلك بين الضمان الإذني والتبرُّعي، وفصل بينهما باشتراط العلم بالمضمون في الأوَّل دون الثاني، وذلك بتقريب: أنَّ الضمان الإذني بمنزلة المعاوضة بين ما يعطيه الضامن للذات وما يأخذ بعد ذلك من المدين، فيشمِّله نهي النبي ﷺ عن الغرر؛ فإنَّ اختصاصه بالمعاوضات ممنوع، وحديث ضمان علي بن الحسين عليه السلام للمجهول مختص بالتبرُّعي، كما هو محلّه.

قال: «وهذا التفصيل لا يخلو من قرب».

ولا يخفى عليك: عدم دليل معتبر على نفي الغرر المطلق، مع أنَّ الضمان ليس من المعاوضات، وربما فرَّق بعض المحشِّين للكتاب بين تردّد المجهول بين عشرة أو عشرين، وبين تردّده بين عشرة وآلاف؛ فالثاني باطل^٣، فتأمل.

١. راجع مسند أحمد ١: ٣٠٢؛ سنن الدارمي ٢: ٢٥١ و ٢٥٤؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٦، الحديث ٢١٩٤ و ٢١٩٥.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤١٠.

٣. لم نثر عليه.

الدين الذي على فلان لمن يطلبه من هؤلاء العشرة، ويعلم بأن واحداً منهم يطلبه ولم يعلم شخصه، ثم قيل المطالب، أو قال: ضمنت ما كان لفلان على المديون من هؤلاء ولم يعلم شخصه، صَحَّ الضمان على الآقوى.

(مسألة ٣): إذا تحقَّق الضمان الجامع للشرائط، انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وبرئت ذمته، فإذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت الذمتان^(١١): إحداهما بالضمان، والأخرى بالإبراء. ولو أبرأ ذمة المضمون عنه كان لغواً^(١٢).

(١١) قال في «العروة الوثقى»: «وأما في الضمان بمعنى ضمَّ ذمة، إلى ذمة فإن أبرأ ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً، وإن أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه. كذا قالوا، ويمكن أن يقال ببراءة ذمتهما على التقديرين»^١.

ويمكن الخدشة في ما ذكره من البراءة بأن الظاهر منهم الاختلاف في حقيقة الضمان، وأن الدائن هل يكون بعد تحقَّق الضمان كمالك العين المغصوبة إذا تلفت في بعض الأيادي، أو أنه كآخذ الرهن على دينه؟ فتسلَّط الدائن على ما في الذمم عرضي على الأول، وهو مختار في الاستيفاء، فأيهما أخذ سقط البواقي، وطولِّي على الثاني فليس له الرجوع إلى الضامن إلا بعد عدم إمكان الرجوع إلى المضمون عنه، وعليه: إذا أبرأ ذمة الضامن كان بمنزلة تلف الرهن من غير ضمان، فلا يبرأ ذمة المضمون عنه.

(١٢) قال في «الشرائع»: «ومع تحقَّق الضمان ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ ذمة المضمون عنه، وتسقط المطالبة عنه»^٢.

وفي «الجواهر»: «بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا، ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعلمه من ضروريَّات الفقه»^٣. انتهى.

وعلى مذهب الجمهور لا انتقال إلى الذمة^٤. ويجوز للدائن إبراء ذمة المضمون عنه،

١. العروة الوثقى ٥: ٤١٢.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧.

٤. انظر: الخلاف ٣: ٣١٤ / ٣؛ غنية النزوع ٢: ٢٦١؛ الررائر ٢: ٧؛ مفتاح الكرامة ٥: ٣٤٨؛ جواهر الكلام ٢٦:

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن، فليس له فسخه بعد وقوعه مطلقاً. وكذا من

كما يجوز له إبراء ذمة الضامن، ومقتضى القاعدة حينئذ أن إبراء كل ذمة مسقط للذمة الأخرى أيضاً، لكن في «الجواهر»: «بل المحكي عنهم أن براءة ذمة الضامن لا يقتضي براءة ذمة المضمون عنه، بخلاف العكس؛ لأنها من قبيل الوثيقة عند الديان فتلقاها لا يقتضي سقوط الحق، بخلاف براءة ذمة المضمون عنه؛ فإنها تقتضي براءة ذمة الضامن التي هي وثيقة على ذمة المضمون عنه^١، فتفك حينئذ الوثيقة» وهي - كما ترى - قياس واستحسان وتحديث. لا يوافق أصول الشريعة وقواعدها^٢.

وفي «العروة الوثقى» بعد ذكر المسألة قال: «بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور؛ حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة، وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات»^٣.

أقول: ما حكم بإمكان صحته هو أن يجري العقد بقصد إنشاء ذلك العنوان، فينشئ الضامن بإيجابه ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه بقصد ترتب ما هو أثره من جواز رجوع الدائن إلى كل منهما ونحوه، أو ينشئ الإيجاب ويريد به كون ذمته، أو الملحوظ على ذمته وثيقة لما في ذمة المضمون عنه من الدين على المعنيين لأهل الخلاف.

ولا يخفى عليك أنه على التقديرين ليس من الضمان عندنا ماهيةً ودليلاً، إلا أن يجعل عقداً مستقلاً يشمل عمومات وجوب الوفاء بالعقود والشروط، ولا بأس بذلك بهذا العنوان؛ إذ لا دليل على بطلانه حينئذ.

ثم إن الدليل على المسألة - مع ما عرفت من دعوى الإجماع^٤ - قوله ﷺ في صحيح ابن سنان: في رجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال ﷺ: «إذا رضى به الغرماء

١١٤ و ١٢٧.

١. في المصدر ورد بعد «عنه»: «المفروض براءتها».

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

٣. العروة الوثقى ٥: ٤١١.

٤. الرسائل العشر للطوسي ﷺ: ١٣٤٠ غنية النزوع ٢: ٢٦١؛ السرائر ٢: ٧٠؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٣٢ / ٥٢٠؛

جواهر الكلام ٢٦: ١٢٧.

طرف المضمون له، إلا إذا كان الضامن معسراً وهو جاهل بإعساره، فله فسخه والرجوع بحقه على المضمون عنه. والمدار إعساره حال الضمان، فلو أصر بعده فلا خيار، كما أنه لو كان معسراً حاله ثم أيسر لم يزل الخيار^(١٣).

فقد برئت ذمة الميت^١.

وقول النبي ﷺ عليّ ؑ لما ضمن ما على الميت من الدرهمين: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»^٢ فإن رهان الميت خلاصه عن الدين واشتغال ذمته للغرماء، واشتغال ذمة الضامن.

(١٣) أقول: أمّا اللزوم بالإضافة إلى الطرفين، فلمعوم وجوب الوفاء بالعقود والشروط، مع أنه مورد وفاق من الأصحاب^٣، ويشهد به سيرة العقلاء في معاملاتهم.

وأما اشتراط ملاءة الضامن في لزوم الضمان بالنسبة للمضمون له، ففي «الشرائع»: «ويشترط فيه الملاءة أو العلم بالإعسار»^٤، وفي «الجواهر»: «أنه لا خلاف فيه عندنا، بل عن ظاهر «الفنية» الإجماع، و«السرائر» نسبته إلى أصحابنا، و«جامع المقاصد»: ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق»^٥. انتهى.

واستدلّ له في «المسالك»: بأن عقد الضمان مبني على الارتفاق، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وإنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء منه بإيساره، فإذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر والفسخ^٦. انتهى.

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٢، كتاب الضمان، الباب ٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٤، كتاب الضمان، الباب ٣، الحديث ٢.

٣. الجامع للشرائع: ٣٠١؛ القواعد والفوائد ٢: ٢٤٣؛ رسائل المحقق الكركي ١: ١٧٦؛ مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٨، و ٥: ٣٦٦.

٤. شرائع الإسلام ٢: ٨٩.

٥. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

٦. مسالك الأهمام ٤: ١٨٤.

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار لكل من الضامن والمضمون له على الأقوى (١٤).

وهذا الدليل يرجع إلى بناء العقلاء، وهو كذلك، مع أنه يمكن الاستدلال له بقاعدة نفي الضرر.

وبما في أخبار باب الحوالة؛ حيث إنَّ العقدين من واحد توأمان، يرتضعان بلبين واحد، ففي موثّق منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم، أهرجع عليه؟ قال عليه السلام: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^١.

فالرجل الأوّل الذي هو المحيل في الرواية بمنزلة المضمون عنه في الضمان، والمحتال بمنزلة المضمون له، والضمير في «إلا أن يكون» للمحال عليه الذي هو بمنزلة الضامن، وقد حكم الإمام عليه السلام بعدم جواز رجوعه إليه، إلا أن يظهر كون المحال عليه مفلساً قبل الحوالة، لكن فيه أن البابين مختلفان، فلا يصح الاستدلال.

وفي «العروة الوثقى»: «وهل يلحق بالإعسار تبين، كونه معطلاً مع يساره في ثبوت الخيار، أو لا؟ وجهان»^٢. انتهى.

ومقتضى إطلاق الأدلة عدمه، كما اختاره عدّة من محشّي الكتاب، واختار في «الجواهر»^٣ عدم الخيار أيضاً في ما لو كان معسراً حال الضمان فأيسر حال التفات المضمون له.

وفيه: أنه لا إشكال في جريان الاستصحاب حينئذ، لتحقيق الحكم في الواقع وإن لم يعلم به، والشكّ حاصل بعده، ولعلّ الوجه في ما ذكره حسان أن الملاك في الخيار عدم القدرة على الأداء حين المطالبة، فتأمل.

(١٤) قد أفتى بصحة جعل الخيار في هذا العقد في «العروة الوثقى»، وكذا يجوز جعل اشتراط شيء لكلّ منهما، كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخط لي ثوباً، أو قال

١. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٤، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٣.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤١٣.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٨.

(مسألة ٦): يجوز ضمان الدين الحالّ حالاً ومؤجلاً، وكذا ضمان المؤجل مؤجلاً

المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا، ومع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط.^١ انتهى.

وأضى ذلك بعض محشّي الكتاب^٢ وأفتى به، واستشكل في صحته عدّة من محشّي ذلك الكتاب وأفتى بعضهم بعدم الجواز وبطلان الشرط. وذكر المحقّق الخوئي^٣ في حاشية الكتاب في وجه الإشكال أنّ انفساخ العقد إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقابل، فأدلة الشروط لا تفي بصحّة جعل الخيار فيه.^٤ انتهى.

ويتوهم أيضاً أنّ تغيرهما دخلاً في هذا العقد، حيث إنّ براءة ذمّة المضمون عنه مرتبطة بالعقد حدوثاً، واشتغالها مرتبط به زوالاً، فجعل الخيار سبب لحدوث اشتغال ذمته ثانياً.

قال بعض محشّي «العروة»: «وجواز الفسخ لتخلّف الشرط كأصل الشرط وإن كان على القاعدة، لكن حيث يتلزم اشتغال ذمّة المضمون عنه بعد الخلوّ، وذلك بدون رضا خلاف القاعدة، فالقول بأنّ الفسخ مع التخلّف موقوف على رضا المضمون عنه، لا يخلو عن سداد»^٥.

لكن الظاهر جواز اشتراط الخيار في نفس العقد والفسخ بذلك وبخيار تخلّف الشرط ولو بدون رضا المضمون عنه عملاً بعموم وجوب الوفاء بالشروط، وحدوث اشتغال ذمّة المضمون عنه لا يمنع عن ذلك، فإذا جاز الضمان الراجع لاشتغال ذمّة المضمون عنه بدون رضا، جاز الفسخ الموجب لحدوثه أيضاً، ومع الشكّ فعموم الأدلّة وإطلاقها مُحكّم.

١. العروة الوثقى ٥: ٤١٣ و ٤١٤.

٢. هو المحقّق آية الله الكليني^٦.

٣. العروة الوثقى ٥: ٤١٣، حاشية المحقّق آية الله الخوئي^٧.

٤. كذا في الأصل، والصحيح: «دخل».

٥. العروة الوثقى ٥: ٤١٤، حاشية المحقّق آية الله الكليني^٨.

وحالاً، وكذا يجوز ضمان المؤجل بأزيد أو أنقص من أجله^(١٥).

(١٥) الحقّ المضمون إما حال، أو مؤجل. وعلى التقديرين إما أن يضمنه حالاً، أو مؤجلاً. وفي فرض ضمان المؤجل إما أن يتساوى الأجلان، أو يختلفان. ومقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود ووجوب الكون عند الشروط الصحة في جميع الصور، وإن استشكلوا في بعض الصور، كضمان المؤجل حالاً، ففي محكيّ «المقتعة»^١ و«النهاية»: «لا يصحّ ضمان نفس أو مال إلا بأجل، ومحكيّ «الوسيلة»:^٢ «إنما يصحّ الضمان بتعيين أجل المال. وفي «الغنية»: من شروطه أن يكون إلى أجل^٣. وفي «الشرائع»: «والضمان المؤجل جائز إجماعاً»،^٤ أي للذّين الحال بلا خلاف فيه، كما في «الجواهر»^٥، وإجماعاً كما في «المسالك»^٦ ومحكيّ «التنقيح»^٧ و«إيضاح النافع»^٨ وغيرها.

وتوهم كون ضمان الدين الحال مؤجلاً من قبيل التعليق فاسد؛ فإنّ الأجل للذّين الذي اشتغلت به ذمّة الضامن بالضمان، وليس تعليقاً للاشتغال؛ فإنّه يحصل بمجرد العقد أو الأداء. وكذا توهم كون الأجل في صورة ضمان المؤجل حالاً نظير الأجل في باب السلم، يشترط فيه أن يكون المبيع مؤجلاً فاسد؛ فإنّ ذلك في السلم ثبت بدليل، بل لعلّ مقتضى طبع تلك المعاملة عند العرف أيضاً ذلك، وإلا لم يكن سلماً، والمقام ليس كذلك.

١. المقتعة: ٨١٥.

٢. النهاية ١: ٣١٥.

٣. الوسيلة: ٢٨٠.

٤. غنية الزوج: ٢: ٢٦٠.

٥. شرائع الإسلام: ٢: ٨٩.

٦. جواهر الكلام ٢٦: ١٢٩.

٧. مالك الأهمام ٤: ١٨١، وفيه: «وهو موضع وفاق».

٨. التنقيح الرائج: ٢: ١٨٨.

٩. هو شرح «المختصر النافع» للشيخ إبراهيم بن سليمان البحراني القطيفي^(١٠)، ولكن لم نثر عليه، نعم نقل عنه

الإجماع في المسألة في مفتاح الكرامة ٥: ٣٥٤.

(مسألة ٧): لو ضمن من دون إذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه ^(١٦)، وإن كان

والاستشكال بأنه خلاف الإرفاق الذي هو وضع الضمان وتسهيل الأمر للمضمون عنه باطل؛ فإن الإرفاق لا ينحصر في الأجل، بل الأشخاص متفاوتة في سهولة القضاء والاقتضاء وغيرها من الجهات، مع أن الضامن لا يرجع إلى المضمون عنه إلا بعد حلول الأجل كما سيأتي.

وتوهم أنه من قبيل ضمان ما لم يجب باطل أيضاً؛ فإن الاشتغال ثابت، والأجل أمر آخر.

(١٦) أقول: صور المسألة أربع؛ فإن الضامن إما أن يضمن بإذن المضمون عنه، أو بغير إذنه، وعلى التقديرين إما أن يؤدي بإذنه، أو بغير إذنه. أما صورة الضمان بغير إذنه فليس له الرجوع إلى المضمون عنه، كان الأداء بإذنه، أو بغير إذنه. والمسألة مورد وفاق عند أصحابنا في الجملة.

قال في «الخلافا»: «إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه، وأدى بغير أمره، فإنه يكون متبرعاً، ولا يرجع به عليه، وبه قال الشافعي. وقال مالك وأحمد: يرجع به عليه. دليلنا: أن علياً عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدينين من الميتين بغير إذن أحد، فلو كان لهما أن يرجعا عليهما إذا أدبا الدينين، لم يكن لضمانيهما فائدة، وكان الدين ياقياً على الميت كما كان»^١.

وقال أيضاً: «إذا ضمن عنه بإذنه، وأدى بغير إذنه، فإنه يرجع عليه. واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فقال أبو علي بمثل ما قلناه. وقال أبو إسحاق: إن أدى عنه مع إمكان الوصول إليه واستئذانه، لم يرجع عليه، وإن أدى مع تعذر ذلك، رجع عليه.

دليلنا: أننا قد بينا أن بنفس الضمان انتقل المال إلى ذمته، فلا اعتبار باستئذانه في

القضاء»^١. انتهى

وما ذكره من بقاء الدين على الميت من جهة ظهور الرواية في كون الميت لم يكن له تركه حتى بمقدار أداء درهمين، وإلا لأمر النبي ﷺ بأدائه، فالرجوع إليه سبب لبقاء الدين عليه أبداً.

وفي «الشرائع»: «ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه»^٢.

وفي «المسالك» بعد الإشارة إلى صور المتن: «وحكم الأربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع، وإنما نبه به على خلاف بعض العامة»^٣.

وعن «جامع المقاصد»: «والحكم عدم الرجوع فيهما عند علمائنا، ذكره في التذكرة»^٤.

وفي «الجواهر» بعد عبارة المتن: «بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، والخبران الآتيان منزلان على ما إذا أذن»^٥.

ثم إنهم استدلوا على المسألة بأصالة البراءة، أي براءة ذمة المضمون عنه عن الاشتغال للضامن، وبالإجماع المدعى على ذلك من الشهيد^٦ والفاضل^٧ والمحقق

١. الخلاف ٣: ٣١٦.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٣. مسالك الأنعام ٤: ١٨٩.

٤. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥١/٥٣٤.

٥. جامع المقاصد ٥: ٣٣٠.

٦. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

٧. مسالك الأنعام ٤: ١٨٩.

٨. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥١/٥٣٤.

الثاني^١ وغيرهم.

وما استدلل به في «الخلافة» من أنه لو جاز الرجوع لاشتغل ذمة الميت إلى الأبد، ولغا الضمان^٢.

ففي صحيح ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يموت وعليه دين، فيضمنه ضامن للغرماء، فقال عليه السلام: «إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^٣.

نعم، يبقى هنا كلام في ما لو أدى بإذن المضمون عنه أو باستدعائه، فإنه قد يتوهم جواز رجوعه إليه بعد الأداء، ففي «الجواهر»: «نعم، قد يقال بالرجوع لو أدى بإذنه المصرح فيها بالرجوع عليه لقاعدة الاحترام المزبورة، ولا ينافيها وقوع الضمان بغير إذنه؛ فإنه لا ينافي تبرع المضمون عنه بالوفاء، فقوله حينئذ: أد عني وأرجع به عليّ، كقوله لأجنبي: أد عن الضامن المتبرع وأرجع به عليّ، فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه وبقصد الرجوع عليه، يتجه حينئذ رجوعه وإن كان أداء عن نفسه، لكن من المتبرع به عنه، فما عن بعض الناس من الإشكال في الرجوع أيضاً في الصورة المزبورة التي مرجعها إلى الوعد؛ لعدم الدليل عليه بالقول المزبور، لا يخلو من نظر أو منع»^٤. انتهى.

وفي «العروة الوثقى»: «إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه، برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أدأوه بإذنه أو أمره، إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: أد ما ضمننت عني وأرجع به عليّ، على إشكال في هذه الصورة أيضاً من حيث إن

١. جامع المقاصد ٥: ٣٣٠.

٢. الخلافة ٣: ٣١٥ و ٣١٦ / ٥.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٢، كتاب الضمان، الباب ٢، الحديث ١.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

مرجعه - حينئذ - إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به»^١ إلى آخره.

ولم يتعرض لحل الإشكال أحد من المحققين للكتاب عدا المحقق الخوئي^٢؛ فإنه قال:
«الظاهر أنه لا إشكال فيه، وليس مرجعه إلى الوعد»^٣.

وأقول: مسألة إذن المضمون عنه أو أمره للضامن في تأدية ما ضمنه بدون الإذن والحكم بضمانه بذلك، محل إشكال. والكلام سار في جميع موارد المشابهة، كما إذا أمر الضامن أجنبي^٤، أو أمر شخص المدين بأداء دينه ورجوعه إليه. وحكم في «الجواهر» بالضمان في المسألة لقاعدة الاحترام.

وذكر في «المستمسك» ما حاصله: أنه وإن لم يكن دليل على قاعدة الاحترام إلا أن المتيقن منها صورة صدق استيفاء شخص عمل آخر، وهو قد يكون بأمر على وجه الضمان، كما في المقام، وقد يكون بمجرد الأمر وإن لم يكن قصد الضمان، كما إذا أمر الحلاق بحلق رأسه غافلين من الضمان؛ فإن الظاهر أنه لا إشكال في الضمان في صورتين؛ لقاعدة احترام عمل المسلم كما ذكره في «الجواهر»، ثم اختار أن الضمان في المقام - من جهة كون ذلك من المعاملات العرفية الممضاة من الشارع بشهادة استقرار سيرة المشرعة عليها - نظير القرض الذي هو تملك للعين على وجه الضمان، فإذا قال: أقرضني درهماً، فكأنه قال: ملكني على وجه الضمان، فكذا في المقام، فإذا قال: ادفع عني لزيد درهماً وعليّ ضمانه، كان ضامناً للدرهم، فهي معاملة جرت السيرة عليها أشبه بالجماعة، وتوهم كونه وعداً غريباً؛ لاختصاص الوعد بالإحسان المجاني لا الإحسان المعاضوي^٥.

١. العروة الوثقى ٥: ٤١٦ / مسألة ١٢.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤١٦ / مسألة ١٢، حاشية المحقق آية الله الخوئي.

٣. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٩١.

بإذنه فله ذلك^(١٧)، لكن بعد أداء الدين.....

(١٧) قال في «الشرائع»: «ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه إن ضمن بإذنه ولو أدّى بغير إذنه»^١.

وفي «الجواهر»: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»^٢.

ويستدل على ذلك بخبر حسين بن خالد: قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت قداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال عليه السلام: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»^٣. وخبر عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال عليه السلام: «ليس له إلا الذي صالح عليه»^٤، ونظيره موثق ابن بكير لأنه قال: «ثم صالح على بعض ما صالح عليه»^٥.

وإطلاق الخبر الأول، بل الثاني أيضاً مقيد بصورة اذن المضمون عنه، أو أمره بقرينة ما عرفت من الإجماع والنص.

وقوله عليه السلام في الخبر الثاني: «بعض ما صالح عليه» بمعنى ما ضمن عليه، أطلق عليه المصالحة أيضاً.

وفي «الجواهر» بعد الإشارة إلى الخبرين، قال: «كل ذلك مضافاً إلى أصالة احترام مال المسلم وضمانه، إلا إذا بذله على وجه التبرع به، والتأدية وإن كانت بغير إذنه إلا أن الضمان الذي هو سبب في وجوبها قد كان بإذنه، بل في الحقيقة الإذن فيه إذن فيها»^٦.

وفي «العروة الوثقى»: «وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه؛ لأنّه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقّف على شيء، نعم، لو أذن له في

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٣.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٤٢١، كتاب الضمان، الباب ١، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٧، كتاب الضمان، الباب ٦، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٧، كتاب الضمان، الباب ٦، الحديث ٢.

٦. جواهر الكلام ٢٦: ١٣٤.

لا بمجرد الضمان^(١٨)، وإنما يرجع إليه بمقدار ما أداه، فلو صالح المضمون له مع الضامن

الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع عليه؛ لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن^١.

(١٨) يظهر من كلماتهم أن الرجوع إنما هو بعد التأدية، فكأن التأدية لوحظت موضوعاً لجواز الرجوع، وهو الذي جرت به سيرة العقلاء.

وفي «العروة الوثقى»: «ليس على الضامن الرجوع إلى المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضامن على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه»، قال ﷺ: «وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله»^٢. انتهى.

ثم إنه لم يظهر من الماتن ﷺ زمان اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن، وأنه بمجرد تحقق عقد الضمان أو بعد أداء الضامن، بل ظاهر كلامه أنه مسوق لبيان عدم جواز المراجعة إلى المضمون عنه إلا بعد الأداء الذي اتفق عليه الأصحاب، بل ادّعي عليه الإجماع^٣. ودلت عليه نصوص الباب، وهذا لا ينافي كلاً من الوجهين، ولذلك قد حمل القائل بالوجه الأول النصوص على التباعد وتخصيص أدلة تسلط الدائن على من عليه الدين إذا لم يوقت بوقت خاص، وجعلها القائل بالوجه الثاني موافقة للقواعد، وكيف كان، فلا بد من التعرض للمسألة إجمالاً.

قال في «العروة الوثقى» بعد حكمه بأنه ليس للضامن المطالبة قبل الأداء: «إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجردة، إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان، لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط

١. العروة الوثقى ٥: ٤١٦.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤١٦.

٣. غنية الزوج ٢: ٢٦٦، تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥١ / مسألة ٥٣٢.

بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول^١.

أقول: لا إشكال ولا كلام في اشتغال ذمة الضامن للمضمون له بمجرد العقد وحصول القبول؛ فإنَّ الضمان انتقل ذمة إلى ذمة، وإنَّما الكلام في اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن وفي سببه ووقته ومقتضى القاعدة فيه، وقد اختلفت في ذلك كلماتهم، والذي يدور الكلام حوله سببتي الأمرين - أي عقد الضمان وتأدية الضامن الدَّين - لاشتغال ذمة المضمون عنه، وأنَّ هل السبب التام الأول، أو الثاني، أو كلاهما؟ والاحتمالات فيه أربعة:

الأول: كون علّة الضمان هو العقد باستقلاله، فبمجرد وقوعه تشتغل ذمتان: ذمة الضامن للمضمون له، وذمة المضمون عنه للضامن.

الثاني: كون العلّة هو العقد، وكون الأداء شرطاً متأخراً، فإذا تحقّق الأداء خارجاً كشف عن سبق الاشتغال، ولو لم يتحقّق كشف عن عدمه، فالاشتغال بعد العقد على هذا القول مترزّل حدوداً، كالملك في البيع الفضولي بناءً على الكشف.

الثالث: كون السبب التام هو العقد، ويحصل الاشتغال بمجردّه، إلّا أنّه مترزّل بقاء، فالأداء سبب للاستقرار وعدمه، موجب للانفساخ، كالملك في البيع الخياري، وقد أشار إلى هذين الوجهين أيضاً صاحب «الجواهر»^٢.

الرابع: كون العلّة التامة في الاشتغال أداء الضامن، والعقد لا دخل له في ذلك، وأي مقدار أدّى كان ذلك سبباً للاشتغال بذلك المقدار.

هذا، ولكنّ القول بالاشتغال المترزّل حدوداً أو بقاء مجرد فرض لم يقل به

١. العروة الوثقى ٥: ١١٧.

٢. جواهر الكلام ٣٦: ١٥٣.

الأصحاب في ما نعلم، ولعلّه مخالف للسيرة والنصوص أيضاً كما ستعرف، فالكلام يقع في الوجه الأوّل والأخير، واختار كلّاً من الوجهين عدّة من محققي الأصحاب، وادّعى كلّ فريق كون ما اختاره هو مقتضى القاعدة وما يجب الإفتاء على وفقه.

قال في «الشرائع»: «إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه»^١، وهذا ظاهر في اشتغال ذمّة المضمون عنه قبل الأداء.

وفي «الجواهر» في ذيل العبارة: «بناءً على اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بضمانه المأذون وإن كان لا يستحقّ الرجوع عليه إلّا بالأداء؛ لأنّ الضمان نوع أداء؛ أي أداء من الضامن للمضمون، والغرض حصوله بإذنه، فيقتضي اشتغال ذمّة المضمون عنه، فيصحّ الدفع له وفاءً، كما يصحّ للضامن إبراء ذمّة المضمون عنه قبل الأداء، وهذا لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له إلّا بالأداء لدليل»^٢.

هذا، ولكن قال في «المسالك»: «قد عرفت أنّ الضامن لا يستحقّ عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدّي مال الضمان، فإذا ابتدأ المديون ودفع الدّين إلى الضامن فقد تبرّع بالأداء قبل وجوبه، فلا يستحقّ الضامن، وليس له التصرّف فيه، وقول المصنّف يوهّم خلاف ذلك، وأنّه بمنزلة أداء الدّين وليس كذلك»^٣.

وفي «الجواهر» بعدما عرفت منه من تقريب الاشتغال من زمان العقد قال: «بل في «المسالك» والمحكيّ عن غيرها ما يقتضي خلافه، وأنّه لا تشتغل ذمّة المضمون عنه إلّا حين أداء الضامن، ولعلّه للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداءً بالنسبة إلى ذلك [أي

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣.

٣. مسالك الأنهار ٤: ٢٠٧.

اشتغال ذمة المضمون عنه^١ وإن كان هو كالأداء بالنسبة إلى براءة ذمة المضمون عنه، فلا سبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الأداء. والنصوص كاشفة عن ذلك، لا أنها مخصصة لقاعدة تسلط من له الدين على من عليه، ولعل هذا هو الأقوى، وحينئذ لا يكون ما يدفعه قضاء، بل ليكون وفاء له إذا أدى^٢.

أقول: الظاهر هو الوجه الأول، وهو حصول الاشتغال بالعقد وإن لم يجر الرجوع إلا بعد الأداء، والمقام ليس محلاً للاستدلال العقلي، بل الملاك ما عليه العرف، وما ارتكر في أذهان أهله في مقام إنشاء عقد الضمان بعد الإذن، أو الاستدعاء من المضمون عنه.

ويمكن أن يقال: إن الضمان العقدي عندهم هو أن يتعهد الضامن دين المضمون عنه، ويتحمله، ويكون مديوناً بدله للمضمون له، ويكون هو مديوناً للضامن، فبالعقد تشتغل ذمة الضامن للمضمون له وذمة المضمون عنه للضامن.

ويؤيده، أو يشهد له أنه لو مات الضامن قبل الأداء، يرى المضمون عنه نفسه مديناً له، كما يراه وارثه مديناً للمضمون له، ويرجع المضمون له إلى ورثته. ولو مات المضمون عنه قبل أداء الضامن، يرى وارثه الميِّت أو نفسه مديناً للضامن.

هذا بالنسبة للعقد، وأمّا الأداء فهو أمر بين الضامن والمضمون له، وله دخل في براءة ذمة الضامن، ولعل هذا القول هو الذي تقتضيه القاعدة كما ذكره في «العروة الوثقى»^٣ وأفتى به أيضاً عدّة من محسّنها.

١. ما بين المعقوفين من المؤلف.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٥٤.

٣. راجع العروة الوثقى ٥: ٤١٧.

الدين ببعضه أو أبرأه من بعضه، لم يرجع بالمقدار الذي سقط عن ذمته بهما^(١٩).

(مسألة ٨) : لو كان الضمان بإذن المضمون عنه، فإنما يرجع عليه بالأداء فيما إذا حلَّ أجل الدين الذي كان على المضمون عنه، وإلا فليس له الرجوع عليه إلا بعد حلول أجله، فلو ضمن الدين المؤجل حالاً، أو المؤجل بأقل من أجله فأداه، ليس له الرجوع عليه إلا بعد حلول الأجل. نعم، لو أذن له صريحاً بضمائه حالاً أو بأقل من الأجل، فالأقرب جواز

وأما النصوص فهي ناظرة إلى مرحلة الأداء، وأنه لا يجوز للضامن أن يراجع المضمون عنه إلا بعد الأداء، وهذا لو لم نقل بكونه أيضاً ما يقتضيه الضمان عند العرف ولو لبنائه على الاتفاق، كان حكماً تعبدياً في المورد.

قال في «المستمسك» ما حاصله: «أن من الجائز أن يكون السبب هو الضمان الإيقاعي بإذن المضمون عنه؛ لأنّه المأذون فيه أو المأمور به، وبه يكون خلاص المضمون عنه من نقل الدين الذي عليه للمضمون له. وبه تكون الخسارة المالية على الضامن؛ وهي بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً لها، وأما الأداء فهو لا يتعلق به بوجه، وإنما يتعلق بالضامن، وبه يكون إفراغ ذمته»^١.

(١٩) قال في «الشرائع»: «إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه، لم يرجع على المضمون عنه»^٢.

وفي «الجواهر»: «لما قد عرفت من أنه ليس له إلا ذلك نصّاً وفتوى، بل هو مشروط بما إذا لم يزد على الحق، وإلا رجع بالحق خاصة، فالضابط حينئذ الرجوع بأقل الأمرين ممّا أداه، ومن الحق في كل موضع له الرجوع»^٣.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٩٥.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٥٣.

ويدلّ عليه ما مرّ من موتّق عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً، ثمّ صالح عليه؟ قال عليه السلام: «ليس له إلا ما^١ صالح عليه»^٢.

وفي موتّق ابن بكير مثله، إلا أنّه قال: «ثمّ صالح على بعض ما صالح عليه»^٣، أي ليس للضامن أن يطالب المضمون عنه إلا بما صالح عليه مع المضمون له، لا أزيد من ذلك، وهذا لا يدلّ على عدم اشتغال ذمّة المضمون عنه بالكلّي، بل بسقوط ما زاد.

وفي «العروة الوثقى»: «وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرّعاً فأدّى؛ فإنّه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه^٤ تبرّعاً»، قال: «وهذا بدعوى الاستفادة من الخبر^٥ أن ليس للضامن إلا ما خسر»^٦.

أقول: قد عرفت أنّ هنا مسلكين: اشتغال ذمّة المضمون عنه بالعقد، واشتغال ذمّته بالتأدية.

وقد ذكر في كلمات القوم موارد وقع الشكّ فيها في جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه، واختلفت فيها كلماتهم لاختلاف المسلكين، كما أنّهم قد اتّفقوا على عدم جواز الرجوع في بعض الموارد، كما إذا أبرأ المضمون له الضامن من جميع ما عليه أو من بعضه، وموارد الكلام: نظير ما لو صالح الضامن مع المضمون له الكلّ ببعض، أو صالحه بإعطاء البعض وإسقاط البعض الآخر، أو ضمن عن الضامن ضامن آخر تبرّعاً، أو وفى عنه غيره تبرّعاً، أو حسبه له المضمون له زكاة أو خمساً أو صدقة، أو باعه المضمون له من الضامن بأقلّ من الدّين، أو وفى الضامن دينه بالأقلّ منه، أو ما أشبه ذلك.

١. في المصدر: «الذي» بدل «ما».

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٧، كتاب الضمان، الباب ٦، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٤٢٧، كتاب الضمان، الباب ٦، الحديث ٢.

٤. ورد في المصدر بعد «عنه»: «غيره».

٥. في المصدر: «منه» بدل «من الخبر».

٦. العروة الوثقى ٥: ١٨٤.

الرجوع عليه مع أدائه^(٢٠). وأما لو كان بالعكس:.....

فالأولى أن نقول: مقتضى القاعدة - بناءً على القول الأول - جواز الرجوع في الجميع؛ لأنّ هنا دينين واشتغال ذمتين، ولكلّ منهما حكمه، وبراءة إحداهما بأيّ وجه لا ترتبط بالأخرى، لكنّ الإجماع والنصّ قد دلّا على عدم الرجوع إلى المضمون عنه وسقوط الاشتغال في الجملة، كما في إبراء المضمون له الضامن عن الدين كلّاً أو بعضاً، أو مصالحته عنه كذلك بشيء، فيكون مقتضى القاعدة في الموارد جواز الرجوع؛ لكون الشكّ في السقوط، والأصل عدمه.

وأما بناءً على القول الآخر فمفاد تعابيرهم توقّف اشتغال ذمّة المضمون عنه على صدق التأديّة، فلا تشتغل إلّا بمقدارها كلّاً أو بعضاً، وحمل البعض أصحاب هذا المسلك على بيان هذا المعنى فهو وارد على وفق القاعدة، وحينئذ فلو اتّفق مورد حصلت الشبهة في صدق التأديّة وعدمه، كان الأصل عدم الاشتغال وعدم جواز الرجوع.

وحيث إنّ الأمر يدور على المسلكين حول قوله ﷺ في الموثّق: «ليس له إلّا الذي صالح عليه»^١، كان الملاك بمقتضى ظاهره جواز الرجوع بما غرمه وخسره وأداه من ماله، فلا رجوع في ما لم يصدق أنّه أداه وغرمه، فيقع الإشكال في موارد المصالحة وفي ما ضمنه ضامن آخر، أو وفي عنه تبرّعاً، وإن كان يظهر من عدّة عدم الرجوع فيها، والظاهر جواز الرجوع في ما إذا حسبه زكاة أو خنساً أو صدقة، وكذا لو باعه بأقل من الدين. فتأمل في المقام.

(٢٠) أقول: قد عرفت في أصل مسألة جواز الضمان الحالّ موجباً وعكسه أنّ هنا صوراً؛ فإنّه إمّا أن يضمن الحالّ حالاً أو موجباً، أو الموجّل حالاً أو موجباً، فالمسألة ذات صور:

منها: ضمان الدّين الموجّل حالاً، وهي مورد اختلاف بين الأصحاب. وليعلم أولاً: أنّ ضمان الموجّل حالاً يكون تارة بالإذن أو الاستدعاء مع عدم التعرّض

بكيفية الضمان، وأخرى بالإذن بأن يضمنه حالاً مع عدم التصريح بالرجوع، وثالثة بالإذن في الضمان، والرجوع إليه بعد الأداء مهما شاء، ورابعة بالإذن مع عدم الرجوع إلى انقضاء الأجل.

وحينئذ نقول: ذهب بعض الأصحاب إلى عدم جواز الرجوع إلى المضمون عنه كيما كان إذنه أو استدعاؤه، نسب ذلك إلى الفاضل في «التذكرة»^١ و«المختلف»^٢ و«التحرير»^٣ وإلى «المسالك»^٤ و«مجمع البرهان»^٥.

وذهب بعضهم إلى جواز الرجوع إليه مطلقاً حكى عن «التنقيح»^٦ و«القواعد»^٧. وادّعى ثالث: أنّه يصير الدّين حالاً بالإذن في الضمان حالاً، وإلا لم يجز الرجوع.

وعن المحقق الثاني في «جامع المقاصد» أنّه قال: «واعلم أنّ الشارح ولد المصنّف قال: إنّ موضع الإشكال ما إذا أذن في الضمان وأطلق، وأمّا إذا أذن فيه حالاً فلا إشكال في الحلّول^٨، وليس بشيء، بل قد يقال: إنّ مع الإطلاق لا إشكال في عدم الحلّول»^٩. انتهى. وفي «المستمسك»: «أنّه يجوز في ما إذا أذن في الضمان مطلقاً، تمسكاً بإطلاق ما دلّ على جواز رجوع الضامن إذا أدّى»^{١٠}. انتهى.

أقول: لا يبعد التفصيل بين الإذن في الضمان من غير تعرّض للأجل، أو الإذن حالاً من

١. تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨٦ و ٢٨٧ و ٤١٦.

٢. مختلف الشيعة ٥: ٤٧٠.

٣. تحرير الأحكام ١: ٢٢٣.

٤. مسالك الأنهار ٤: ١٨٤-١٨٨.

٥. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٩١.

٦. التنقيح الرابع ٢: ١٨٨.

٧. قواعد الأحكام ٢: ١٥٥ و ١٥٩.

٨. إيضاح القواعد ٢: ٨٢.

٩. جامع المقاصد ٥: ٣١١.

١٠. مستمسك الفروة الوثقى ١٣: ٢٨٧، وما ذكره نقل بالمعنى.

بأن ضمن الحال مؤجلاً^(٢١) أو المؤجل بأكثر من أجله؛ برضا المضمون عنه قبل حلول

غير تعرض للرجوع إليه وعدمه بالقول بجواز الرجوع؛ لأن ذلك مقتضى القاعدة في المقام؛ إذ الأجل كان لدين المضمون عنه للمضمون له وقد زالت، وترتب عنه ذمة المضمون عنه. وأما الحادث بعد الأداء أو العقد فهو دين لا أجل له، وملاحظة طبع الدين تقتضي جواز الرجوع.

وأما إشكال الفخر^١ عليه، فلعلمه مبني على دعوى كون لازم الضمان عند العرف تبديل دين المضمون عنه من الدائن إلى الضامن، فاللزام اتحاد البذل والمبدل في صفة التأجيل والتعجيل، لكنها غير ثابتة.

وأما الإذن في الضمان مع الإذن في الرجوع فلا إشكال فيه.

وأما الإذن مع عدم الرجوع، فإن كان الإذن وعدم الرجوع بنحو وحدة المطلوب، لم يجوز الرجوع، بل لو كان من قصد الضامن الرجوع من أول الأمر حينئذ، كان الضمان تبرعياً؛ وإن كان بنحو تعدد المطلوب جاز الرجوع؛ إذ لا ملزم لعدم رجوعه. ومن ذلك يعلم أن إشكال الفخر في المسألة له وجه، وأن ما جزم به المحقق الثاني غير وجيه.

(٢١) هذا الفرع أيضاً يتصور على صور من حيث اختلاف كيفية الإذن والاستدعاء من المضمون عنه؛ فإنه إما أن يأذن في الضمان مطلقاً، فيضمنه الضامن حالاً بإرادته، أو يأذن في الضمان المؤجل من غير تعرض للرجوع إليه وعدمه، أو يأذن في المؤجل مع الإذن في الرجوع بمجرد الأداء، أو يأذن فيه مع التصريح بعدم الرجوع إليه قبل الأجل.

الظاهر أنه لا إشكال في الصور الثلاثة الأولى؛ فإن الأجل المسجول لدين الضامن للمضمون له، وأما ما للضامن على المضمون عنه الحادث من حين العقد أو من زمان الأداء فلا أجل له، أو هو حال بناء على ما أشرنا إليه في المسألة السابقة من لزوم اتصافه بصفة الدين الأصلي بين المضمون عنه والمضمون له.

وفي «المستمسك»: «إن جواز الرجوع حينئذ مقتضى إطلاق أدلة رجوع الضامن إلى

أجله، جاز له الرجوع عليه بمجرد الأداء في الحال، وبحلول الأجل فيما ضمن بالأكثر بشرط الأداء. وكذا لو مات^(٢٢) قبل انقضاء الأجل، فحل الدين بموته وأداء الورثة من تركته، كان لهم الرجوع على المضمون عنه.

المضمون عنه^١، لكن فيه: أنه ليس في المقام دليل مطلق يدل عليه؛ فإن الدليل هنا إما الإجماع، وهو لا إطلاق فيه، وأما الارتكاز عند العرف فهو أيضاً كذلك، والنصوص لا عام فيها ولا مطلق بالنسبة للمطلب، بل يستفاد من مجموع ما ورد بنحو لوازم مؤداها، أو المتيقن منها.

وأما الصورة الأخيرة: فقد ذكرنا أن الإذن وعدم الرجوع إن كان بنحو وحدة المطلوب بأن يأذن بالضمان بشرط أن لا يرجع إليه إلى انقضاء الأجل مثلاً، فلا يجوز الرجوع، وإن كان بنحو تعدد المطلوب فلا يبعد الجواز؛ لعدم الدليل على إزماء بعده.

وعن «القواعد»: «ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل، وليس للضامن من مطالبة المديون قبل الأداء، وإذا مات حلّ، ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل، ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن لهم^٢ انتهى».

وقوله: «تأجل»، أي الدين الحادث بالأداء، كما هو حكم الضمان، والحلول بالموت أيضاً لأجل فرض أداء الورثة.

وقوله: «لو كان الأصل مؤجلاً»، أي ضمن الدين المؤجل مؤجلاً، فيدخل الفرع تحت المسألة الآتية.

(٢٢) أي في ما لو ضمن الحال مؤجلاً فمات قبل التأدية، فإنه إذا مات الميت حلّ ما عليه من ديونه المؤجلة، فالموت سبب لحلول الأجل وجواز مطالبة المضمون له، فإذا أذى الورثة دخل المقام في المسألة السابقة، فلو ضمنه الميت بالإذن المطلق أو المقيد بالتأجيل مع عدم التصريح بعدم الرجوع، جاز للورثة، وإلا لم يكن لهم الرجوع.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٨٧. وما ذكره في نقل بالمعنى.

٢. قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

(مسألة ٩): لو ضمن بالإذن الدين المؤجل مؤجلاً، فمات قبل انقضاء الأجلين وحل ما عليه فأخذ من تركته، ليس لورثته الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل الدين الذي كان عليه، ولا يحل الدين بالنسبة إلى المضمون عنه بموت الضامن، وإنما يحل بالنسبة إليه (٢٣).

(مسألة ١٠): لو دفع المضمون عنه الدين إلى المضمون له من دون إذن الضامن برئت ذمته، وليس له الرجوع عليه (٢٤).

(٢٣) كان ينبغي عنوان المسألة بموت الضامن، وأن موته بعد فرض حلول ذمته به، وتأدية الورثة من ماله يكون كتأديته بنفسه حال حياته، فتجري في ذلك جميع الصور السابقة: من كون ضمانه من ضمان الخال بالحال، أو المؤجل بالمؤجل، أو الحال بالمؤجل، أو عكسه، ويجري في كل صورة ما ذكرنا من الوفاق والخلاف؛ لقوله: «ليس لورثته الرجوع على المضمون عنه» إنما يصح في ما إذا ضمن المؤجل مؤجلاً، أو الحال كذلك بشرط عدم الرجوع قبل الأجل، أو المؤجل حالاً على الشرط المزبور.

قال في «العروة الوثقى»: «إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته، ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين؛ لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل^١.

(٢٤) المسألة مذكورة بهذه العبارة وما أشبهها في «الشرائع»^٢ و«القواعد»^٣ وغيرهما، والظاهر أنها ممثلة لإشكال فيها، ونفى في «الجواهر»^٤ أيضاً الخلاف عنها، وهو مقتضى

١. العروة الوثقى ٥: ٤١٥.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

٣. قواعد الأحكام ٢: ١٦١.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٥٥.

القاعدة أيضاً؛ فإن المضمون عنه قد أدى دين غيره تبرّعاً، وهو كإداء غيره، أو إبراء المضمون له لا يكون سبباً لاشتغال ذمّة المضمون عنه، فتبرأ الذمّتان.

وقال في «العروة الوثقى»: «إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئنا معاً، كما لو دفعه أجنبي عنه»^١.

ثم إن في تعييد البراءة بكون الدفع بغير الإذن اشكالاً، فإنه لو أدّاه بإذنه أيضاً تبرأ الذمّتان إلا أنه بالتهاتر، فإذا كان الدين عشرة دراهم فضمنها الضامن، ثم دفعها المضمون عنه بإذنه، صار مديناً إليه، فالتأدية كما كانت سبباً لاشتغال ذمّة الضامن للمضمون عنه بالعشرة، حيث إنها كانت بإذنه، تكون سبباً لاشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن، فيتساقطان وتبرأ الذمّتان. لكنّه في ما إذا اتحد الجنسان، كما في المثال، وأمّا في ما اختلفا كما إذا كان أصل الدين ديناراً فأدّاه المضمون عنه عن الضامن دراهم، لم يتساقطا.

قال في «العروة الوثقى»: «لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عني إلى المضمون له ما عليّ من مال الضامن، فدفع، برئت ذمّتهما معاً، أمّا الضامن فلاّته قد أدى دينه. وأمّا المضمون عنه فلاّان المفروض أن الضامن لم يخسر، كذا قد يقال.

والأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء، دينه فقد اشتغلت ذمّته بالأداء، والمفروض أن ذمّة المضمون عنه - أيضاً - مشغولة له؛ حيث إنّه أذن له في الضمان، فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمّة المضمون عنه؛ حيث إن الضامن بإذنه، وقد وفى الضامن، فيهما تران، أو يتقاصان»^٢.

أقول: كلا الوجهين في تقريب براءة ذمّة المضمون عنه غير تام، أي غير شامل، فالأولى التفصيل بين أن يدفع المضمون عنه تبرّعاً، أو بقصد أخذ البدل من الضامن. فعلى الأوّل كان السقوط لما ذكره القوم، سواء قلنا باشتغال ذمّة المضمون بالعقد أو بالأداء؛ فإنّ الأداء

١. العروة الوثقى ٥: ٤٢٢.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٢١.

(مسألة ١١): يجوز الترامي لمي الضمان؛ بأن يضمن - مثلاً - زيد عن عمرو، ثم يضمن بكر عن زيد، ثم يضمن خالد عن بكر وهكذا^(٢٥)، فثبناً ذمة الجميع ويستقر الدين على

المذكور حيث لم يحسب خسارة من الضامن لم يكن سبباً لاشتغال ذمة المضمون عنه. وعلى الثاني يكون الأداء سبباً لاشتغال ذمة الضامن، فيحصل التهاثر؛ وهو واضح بناءً على القول بسبق اشتغال ذمة المضمون عنه بالعقد، وهكذا بناءً على القول بالاشتغال بالأداء؛ فإنه سبب لحدوث الاشتغالين في مرتبة واحدة، ثم يتعقبهما التهاثر، فهنا مراتب ثلاث: تحقق الأداء، ثم الاشتغالين، ثم التهاثر.

(٢٥) لا إشكال في أصل المسألة؛ لأن كل واحد من الضمانات المتسلسلة ضمان مستقل له حكمه، وإنما الكلام في بعض الآثار. وصور المسألة أنه إما أن يضمن المتسلسلون جميعاً بغير إذن، أو يضمنوا بالإذن، أو يفرقوا في ذلك. وعلى التقادير، فإما أن يؤدي المضمون عنه، أو الضامن الأول، أو الأخير، أو الوسط.

والحكم من جهة الإذن وعدمه واضح كما في المتن؛ فإن الضامن تبرّعاً لا يرجع إلى من قبله كائناً من كان، والضامن بالإذن يرجع.

وأما من حيث الأداء، فإن أدّى المضمون عنه برئت ذمة الجميع؛ لأنهم جميعاً بحكم الضامن الأول إذا أداه المضمون عنه.

وعلى الثاني تبرأ الذمم المتأخرة وتشتغل ذمة المضمون عنه. وعلى الثالث تبرأ ذمته بالأداء، وتشتغل الذمم السابقة عليها، كل سابقة للاحقتها، فلعل الرجوع إلى من قبله، لا إلى غيره حتى يستقر الدين على المضمون عنه، بل ويجوز رجوع الضامن الأول إلى المضمون عنه قبل أن يرجع إليه اللاحق؛ فإنه كيفما كان الرجوع يستقر المال على من أكله، فلو رجع الوسط إلى من قبله واستوفى حقه منه، فلا بد له إذا رجع من بعده إليه أن يؤديه إليه، أو يبرئه، ومنه يعلم حكم أداء المتوسط؛ فإن أداه سبب لبراءة ذمم من بعده واشتغال ذمم من قبله.

ثم إن المصنف لم يتمرّض لدور الضمان، بل ذكر تسلسله، وليس المراد بالدور

الضامن الأخير، فإن كان جميع الضمانات بغير إذن من المضمون عنه، لم يرجع واحد منهم

والتسلسل هنا ما هو المراد في المنطق المحكوم بالبطان عقلاً.

قال في «العروة»: «يجوز الدور في الضمان» بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن «المبسوط»^١ من عدم صحته؛ لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرَجوع الدين كما كان، مردود بأن الأول غير صالح للمانعية، بل الثاني أيضاً كذلك، مع أن الفائدة تظهر في الإعسار واليسار، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال»^٢.

وما استشكله في «المبسوط» أولاً باطل؛ لأنه لا مانع من أن يرجع المضمون عنه الذي هو أصل في المسألة إلى الفرعية، فيكون ضامناً للأخير مثلاً، ويكون الضامن الأخير أصلاً، وكذا الثاني؛ لأن عدم الفائدة لا يكون دليلاً لبطان العقد - كسائر العقود - مع وجود الفائدة كثيراً ما وظهور الثمرة في الإعسار واليسار؛ فإنه يمكن أن يرى المضمون له بعض الضمائم في حلقات الدور موسراً، فيقبل ضمانه دون البواقي، أو يكون ضمان بعضهم مع الرهن دون بعض. فالمسألة نظير ما ذكره من أنه إذا كان لشخص مال على رجلين، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضي المضمون له بهما معاً صح.

قال في «الشرائع»^٣ و«القواعد»^٤ و«المسالك»^٥ وغيرها: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على صاحبه، تحول ما كان على كل واحد منهما إلى الآخر. ثم ذكر وأنه إذا كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً تحول، وتظهر الثمرة في الإعسار واليسار، فإن كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان، فإذا فسخ استقر المال على

١. المبسوط ٢: ٣٤٠.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٣٦.

٣. شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

٤. قواعد الأحكام ٢: ١٦١.

٥. مسالك الأنهار ٤: ٢٠٦.

على سابقه لو أدى الدين الضامن الأخير. وإن كان جميعها بالإذن يرجع الأخير على سابقه، وهو على سابقه إلى أن ينتهي إلى المديون الأصلي. وإن كان بعضها بالإذن دون بعض، فإن كان الأخير بدونه كان كالأول؛ لم يرجع واحد منهم على سابقه، وإن كان بالإذن يرجع هو على سابقه، وهو على سابقه لو ضمن بالإذن، وإلا لم يرجع وانقطع الرجوع عليه. وبالجمله: كل ضامن كان ضمانه بإذن من ضمن عنه يرجع عليه بما آداه.

(مسألة ١٢): لا إشكال في جواز ضمان اثنين عن واحد بالاشتراك^(٢٦)؛ بأن يكون على

الموسر، وكذا تظهر الثمرة في وجود الرهن لأحدهما دون الآخر؛ فإنه يحصل الانفكاك وإن كانا مختلفين قدرًا، أو جنسًا، أو تعجيلًا، أو تأجيلًا، أو في مقدار الأجل، فالثمر ظاهر.

(٢٦) ضمان المتعدد للدين الواحد إن كان بقصد التشريك والتقسيط، كأن يضمنه ثلاثة كل منهم ثلث الدين، فلا إشكال في الجواز، كان الضمان الإنشائي دفعيًا، أو مع التدرج والتعاقب، ودفعية الضمان تتحقق بدفعية القبول، سواء كان الإيجاب أيضاً كذلك، كما إذا أوجبوا دفعة عرفية، أو أوجب وكيلهم قبيل المضمون بقبول واحد، أو كان متدرجاً متعاقباً. وقبل الجميع بقبول واحد، بناءً على أن القبول ناقل لا كاشف، وتدريجيته يتعاقب القبول، كان الإيجاب دفعياً أو متعاقباً، كما إذا أوجب الثلاثة دفعة فقبلها متعاقباً. وكيف كان، فالعقد المنسوب إلى كل ضمان مستقل له حكمه. ويترتب عليه آثاره.

وإن كان بقصد الكل بمعنى أن يضمن مجموع الضمماء مجموع الدين، فالظاهر أن هذا أيضاً يرجع إلى التقسيط، فيكون ضمان كل منهم لكسر من الدين متناسب لعدددهم، إن اثنين فالنصف، وإن ثلاثة فالثلث، وهكذا.

وإن كان بقصد الكل بمعنى ضمان كل واحد منهم جميع الدين، فإن كان الضمان متعاقباً على نحو تعدد القبول فلا إشكال في بطلان غير الأول، فإن الأول صار سبباً لبراءة ذمة المضمون عنه، فالباقى لا موضوع له إلا على نحو ضم ذمة إلى ذمة، ولا نقول به.

وإن كان دفعةً بأن إنشاء كل واحد ضمان الدين كله، فقبل المضمون له بقبول واحد، ففي بطلان الجميع؛ لكونه من قبيل ضم الذمة إلى الذمة، أو رجوعه إلى التقسيط كالفرض

كُلَّ مِنْهُمَا بَعْضُ الدِّينِ، لِنَشْتَغِلَ ذِمَّةَ كُلِّ بِمَقْدَارِ مَا عَيْنَاهُ وَلَوْ بِالتَّفَاوُتِ، وَلَوْ أَطْلُقَ يَقْسُطُ

السَّابِقُ، أَوْ صَعَّةَ الْجَمِيعِ وَاشْتَغَالَ ذِمَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِلْجَمِيعِ عَلَى الْبَدَلِ، كَمَا لَوْ فَرَضْنَا تَرْتَبَ أَيْدِيهِمْ عَلَى مَالِ الْمَضْمُونِ لَهُ غَضَباً، وَجْوه.

قَالَ فِي كِتَابِ «الْعُرْوَةِ» فِي ضَمَانِ اثْنَيْنِ أَوْ أَزِيدَ عَنْ وَاحِدٍ عَلَى نَحْوِ التَّعَاقُبِ أَوْ الدَّفْعِيَّةِ: «وَعَلَى الثَّانِي، إِنْ رَضِيَ - الْمَضْمُونُ لَهُ - بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَهُوَ الضَّامِنُ، وَإِنْ رَضِيَ بِهِمَا مَعاً، فَفِي بَطْلَانِهِ كَمَا عَنْ «الْمُخْتَلَفِ»^١ وَ«جَامِعِ الْمَقَاصِدِ»^٢ وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ «الْجَوَاهِرِ»^٣، أَوْ التَّقْسِيطِ بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ، أَوْ بَيْنَهُمْ بِالثَّلَاثِ إِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً وَهَكَذَا، أَوْ ضَمَانِ كُلِّ مِنْهُمَا فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ مَطَالِبَةٌ مِنْ شَاءَ، كَمَا فِي تَعَاقُبِ الْأَيْدِي، وَجْوه، أَقْوَاهَا الْآخِرُ. وَعَلَيْهِ إِذَا أَبْرَأَ الْمَضْمُونُ لَهُ وَاحِداً مِنْهُمَا، بَرَى دُونَ الْآخَرِ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ إِرَادَتَهُ إِبْرَاءَ أَصْلِ الدِّينِ، لَا خُصُوصَ ذِمَّةَ ذَلِكَ الْوَاحِدِ»^٤.

هَذَا، وَاسْتَشْكَلَ فِي مَا اخْتَارَهُ مِنْ أَقْوَانِيَّةِ الْآخِرِ عِدَّةٌ مِنْ مُحَشِّي الْكِتَابِ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ رحمته الله فِي حَاشِيَتِهِ عَلَى الْكِتَابِ، قَالَ رحمته الله فِي تَعْلِيلَتِهِ عَلَى قَوْلِ الْمُصَنِّفِ: «أَقْوَاهَا الْآخِرُ»: «بَلْ أضعفها؛ لَعَدَمِ إِمْكَانِ ضَمَانِ الْاِثْنَيْنِ تَمَامَ الْمَالِ عَلَى وَجْهِ النُّقْلِ الَّذِي هُوَ مَعْنَى الضَّمَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْحَقِّ، وَلَا يَبْعُدُ كَوْنُ الْأَوَّلِ أَقْرَبَ الْوُجْوهِ»^٥. انْتَهَى.

وَمِنْهُمْ الْأُسْتَاذُ الْبَرْوَجَرْدِيُّ رحمته الله قَالَ فِي حَاشِيَةِ الْكِتَابِ، فِي ذِيلِ الْعِبَارَةِ: «عَلَى مَا يَرَاهُ الْعَامَّةُ؛ إِذْ عَلَيْهِ يُمْكِنُ تَعَهُّدَاتٌ كَثِيرَةٌ لِمَا فِي ذِمَّةٍ وَاحِدَةٍ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ، بَلْ عَلَيْهِ يَصَحُّ الْجَمِيعُ مَعَ التَّعَاقُبِ أَيْضاً، وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا، فَالْأَوَّلُ هُوَ الْأَوَّلُ»^٦. انْتَهَى.

أَقُولُ: التَّحْقِيقُ الْجَوَازُ فِي الْمَقَامِ، وَلَيْسَ الْمُرُودُ مِنْ قِبَلِ مَا ذَكَرُوهُ؛ فَإِنَّ الْمُتَقَيَّنَّ مِنْ

١. مختلف الشيعة ٥: ٤٦٦.

٢. جامع المقاصد ٥: ٣٤١.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

٤. العروة الوثقى ٥: ٤٢٦ و ٤٢٧.

٥. العروة الوثقى ٥: ٤٢٧.

٦. المصدر.

عليهما بالتساوي، فبالنصف لو كانا اثنين وبالثالث لو كانوا ثلاثة وهكذا، ولكل منهما أداء ما عليه، وتبرأ ذمته، ولا يتوقف على أداء الآخر ما عليه. وللمضمون له مطالبة كل منهما بحصته أو أحدهما أو إبرأؤه دون الآخر. ولو كان ضمان أحدهما بالإذن دون الآخر، رجع المأذون إلى المضمون عنه دون الآخر. والظاهر أنه لا فرق في جميع ما ذكر بين أن يكون ضمانهما بعقدين؛ بأن ضمن أحدهما عن نصفه ثم ضمن الآخر عن نصفه الآخر، أو بعقد واحد كما إذا ضمن عنهما وكيلهما في ذلك فقبل المضمون له. هذا كله في ضمان اثنين عن واحد بالاشتراك. وأما ضمانهما عنه بالاستقلال فلا إشكال في عدم وقوعه لكل منهما كذلك؛ على ما يقتضي مذهبنا في الضمان، فهل يقع باطلاً أو يقسّط عليهما بالاشتراك؟ وجهان، أقربهما الأول.

مورد النزاع ما إذا أريد ضمّ ذمّة الضامن، إلى ذمّة المضمون عنه، وهو الذي قام الإجماع منّا على بطلانه، ودلت النصوص عليه، وذهبت العامة إلى صحته، والمقام أجنبني عن ذلك؛ فإنّ المفروض في مورد ضمان المتعدد عن واحد انتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، إلّا أنّ الضامن متعدّد غير واحد، وهذا أمر آخر خارج عن محلّ النزاع؛ فإنّ عدم الانتقال من ذمّة إلى أخرى أمر، والانتقال من ذمّة إلى ذمّة متعدّدة أمر آخر، واللازم الرجوع في ذلك إلى القواعد، ومقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود وعنديّة الشروط جوازه وصحته.

ومنه يعلم أنّ قول المصنّف في الحاشية: «لعدم إمكان ضمان الاثنين»^١، انتهى، مخدوش؛ لإمكان أن يقال: ما هو الدليل على هذا العدم بعد فرض كونه نقلاً من ذمّة، وكذا قول الأستاذ البروجرديّ^٢: «إنّ هذا هو ما يراه العامة»؛^٣ فإنّ هذا غير ما يراه العامة، بل النقل في المقام أيضاً مخالف لهم، وكذا قوله: «مع بقائه على ما كان عليه»؛ فإنّ المال لا يبقى على ذمّة المضمون عنه، بل ينتقل إلى ذمّة أخرى.

١. الروء الوقتي ٤: ٤٢٧، حاشية الإمام الخميني.

٢. نقل بالمعنى، فقد مضى نصّ كلامه في قبيل هذا.

- (مسألة ١٣): لو تم عقد الضمان على تمام الدين، فلا يمكن أن يستعقبه آخر^(٢٧) ولو ببعضه، ولو تم على بعضه لا يمكن أن يتمعه على التمام أو على ذلك المضمون.
- (مسألة ١٤): يجوز الضمان بغير جنس الدين، لكن إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه إلا بجنسه^(٢٨).

(٢٧) لما عرفت من أنه بعد تمامية عقد الضمان تبرأ ذمة المضمون عنه، فيكون لغواً إلا على مسلك العامة؛ فإنه يعقل عليه ضمان الثاني والثالث له، وهكذا، وهذا معنى ترامي الضمان عندهم، كما أنه لا دور في الضمان على مسلكهم. ثم إن المراد من البعض في الكلّي الذمّي الكسر الخاص من الكلّي في الذمة، أو العدد المعين من المعدودات الذمّية، وهكذا.

(٢٨) المسألة مسوقة لبيان حال الضامن مع المضمون في الإيجاب والقبول، وأنه هل يصح إنشاء ضمان جنس من المال بجنس آخر؟ والحكم بالصحة مشكل؛ لأن صحة تبديل عين كلّي بعين أخرى في ضمن عقد موضوع لنقل العين من ذمة إلى أخرى، يحتاج إلى دليل إلا أن يصلحاً على ذلك بعد العقد مثلاً، وأمّا ما في «العروة الوثقى» من مقايضة الضمان بالفداء بغير الجنس^١ فمع الفارق؛ لأن ذلك يرجع إلى إرضاء صاحب الدين بالإبراء ببذل غير الجنس، ولا إشكال فيه.

وأما حكم الضامن بعد فرض صحة التبديل والأداء ورجوعه إلى المضمون عنه فهو أمر آخر يتفرّع على كيفية إذن المضمون عنه في الضمان؛ وهي على صور:

أحدها: أن يأذن من غير تعرّض لكيفية ضمانه.

الثاني: أن يأذن بالضمان كذلك بلا تعرّض لرجوعه إليه.

الثالث: أن يأذن بذلك النحو من الضمان والرجوع إليه بما ضمن.

وما ذكره في المسألة يصحّ على الأول، وأمّا على الأخيرين فالظاهر جواز رجوعه إليه بما أدّى، وذلك لأنّه قد استوفى مال الضامن باستدعاء دفعه عن دينه وإن لم يكن مجانساً له، وهو سبب للضمان، وإن لم يصحّ بالرجوع، وتوهم كونه عقداً مفيداً للتبادل غير سديد؛

١. العروة الوثقى ٥: ٤٢٢، والعبارة فيها هكذا: «يجوز الضمان بغير جنس الدين، كما يجوز الوفاء بغير الجنس».

(مسألة ١٥): كما يجوز الضمان عن الأعيان الثابتة في الذمم، بجوز عن المنافع والأعمال المستقرة عليها^(٢٩)، فكما يجوز أن يضمن عن المستأجر ما عليه من الأجرة، كذلك يجوز أن يضمن عن الأجير ما عليه من العمل، نعم، لو كان ما عليه اعتبر فيه المباشرة لم يصح ضمانه.

فإن الإذن أو الاستدعاء لا يكون عقداً، ولذا لم يذكروا لزوم تعقب القبول من الضامن. وقال في «المستمسك» في مسألة ضمان الدين بأقل منه أو أكثر: «إن مقتضى ملاحظة معنى الضمان امتناع الوجهين كليهما إلا أن يرجع الأول إلى ضمان البعض وسقوط الباقي أو الإبراء، والثاني إلى ضمان الدين واشتراط الزيادة للمضمنين له»^١، ثم ذكر في مسألة الضمان بغير الجنس أيضاً أنها معتنة مثل ذلك، إلا أن يكون المقصود اشتراط الأداء من غير الجنس، فلا بأس حينئذٍ للعمومات^٢. ويقرب منه ما ذكره في «التقريرات» بعض تلامذة المحقق الخوئي^٣، وقد عرفت أن الإشكال وارد.

(٢٩) أقول: المال المضمون إما أن يكون كلياً ذمياً، أو كلياً في المعين، أو عيناً خارجية. وعلى الأول: إما أن يكون عيناً، أو منفعة، أو عملاً. وعلى تقادير كونه ذمياً، إما أن يكون ثابتاً فيها بالفعل، أو ثابتاً بالقوة بمعنى تحقق سببه ومقتضى ثبوته بحيث كان آنلاً إلى الثبوت. فالصور ثمان؛ قد أشرنا إلى بعضها في ما سبق، والمسألة تشير إلى ضمان المنافع والأعمال. أما الأول: فكما إذا أجرة زيد فرسه لركوب أحد أياماً، أو بيتاً لسكنائه كذلك، من دون تقييد بركوب خاص أو بيت كذلك، أو أجره أعياناً كلية قابلة للانتفاع بها، وكان لعمره أيضاً نظير تلك الأعيان، فضمن للمستأجر ما على زيد من المنافع التي وقعت مورداً للإجارة.

وأما الثاني: فكما إذا استؤجر زيد لخياطة ثوب أو كتابة مثلاً، فيضمنهما ثالث للمستأجر، وهذا واضح، وإتاما الكلام في ما لو اشترط في ضمن العقد مباشرة الأجير للعمل، فقليل ببطلان الضمان حينئذٍ لعدم إمكان انتقال ما في ذمة الأجير إلى غيره.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٠٤.

٢. نفس المصدر.

٣. هو الشهيد السيد محمد تقي الخوئي^{رحمته}. راجع: مباني العروة الوثقى ٢: ١٥٦-١٥٨.

(مسألة ١٦): لو ادعى شخص على آخر ديناً فقال ثالث للمدعي: «عليّ ما عليه» فرضي،

قال في «العروة الوثقى»: «إذا كان ما على المدينون يعتبر فيه مباشرته، لا يصح ضمانه، كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة، وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمدينون»^١. انتهى.

وقال في «المستمسك» في ذيل المسألة: «اللهم إلا أن يقال: لا مانع من تعهد غير المدينون بفعل المدينون، فمباشرة الخياطة - مثلاً - إنما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المدينون، ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط بأن يستأجر زيد على خياطة ثوب، ويشترط أن يكون المباشر للخياطة عبده أو أجير»^٢. أقول: لعله أراد الفرق بين الاستيجار على أصل تحقق الخياطة على النحو الأعظم من المباشرة والتسبيب، وبين الاستيجار عليها بشرط صدورهما منه وانتسابها إليه بحيث لو أتى لها غيره لزمه الإتيان بها نيابة، وحينئذ، فالمراد بعدم الاشتغال اشتغال ذمته على نحو غير قابل للانتقال، كاشتغالها بصلاته وصومه، وظاهره أنه لا يعني للمباشرة إلا المثال الثاني. وفيه: أن هنا قسماً آخر، وهو اشتراط صدور العمل من شخصه، واشتغال ذمته بها بحسب لا يقبل النيابة أيضاً كصلاته وصومه.

والظاهر أن مراد الماتن هو هذا القسم، فلا يجوز الضمان حينئذ. والأقسام المذكورة متصورة حينئذ في الحكم التكليفي أيضاً، فتارة: يكون مطلوب المولى صدور الفعل من الفرد أو الأفراد بلا لحاظ الانتساب، كتجهيز الميت الذي لا وارث له.

وأخرى: يكون المطلوب صدوره من شخص وانتسابه إليه بحيث لو أجز لغيره لزم كونه بعنوان النيابة عنه، كالحيج في الجملة.

وثالثة: يكون المطلوب صدوره منه بحيث لا يقبل النيابة أيضاً كصلاته وصومه.

١. العروة الوثقى ٥: ٤٣٢.

٢. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٣١ و ٣٣٢.

وأما قوله في «العروة»: «وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين»^١، حكمم بالبطلان في المثال؛ لأجل أن الدين المشروط أداؤه من مال خاص للمدين لا يمكن انتقاله إلى ذمة أخرى، لرجوعه إلى اشتراط الضامن أن يؤدي دينه من مال غيره.

وفيه: أنه يشترط في صحة الضمان تمكن الضامن من إبراء ذمته من الدين الذي اشتغلت به على النحو السائع، فلو اطمأن بذلك ولو بإرضاء الدائن على إبراء ذمته، أو ذمة المدين، أو طلبه من الغير ضمان ما عليه، كان الضمان صحيحاً.

وعليه، فلو اطمأن بتمكنه من شراء المال الذي اشترط الأداء منه، أو آتياه من صاحبه، أو إسقاط الدائن شرطه؛ ليؤدي به من مال آخر، أو إرضاء المضمون عنه بأداء دينه من ذلك المال، صحّ الضمان.

وأما قول صاحب العروة في آخر المسألة: «وكذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعين، كما إذا باع صاعاً من صبرة^٢ معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة»^٣.

ففيه: أن الكلّي في المعين إما كلي في ذمة الشخص مشروط بأدائه من المعين، أو كلي في ذمة الصبرة، وهي الأمور بالأداء والمالك متولّ له، أو هو عبارة عن كسر مشاع من الصبرة مقدّر بقدر الصاع، فلو كانت صيتمان^٤ الصبرة ثلاثة، فالكليّ ثلثها، وإن كانت أربعة فهو ربعها، وهكذا.

وكيف كان فالظاهر جواز الضمان على الأول، وإشكال اشتراط الأداء منها يعلم جوابه متى ذكرنا آنفاً، وكذا على الثاني؛ فإن ضمان ما على الصبرة للدائن إذا كان بإذن مالئها،

١. العروة الوثقى ٥: ٤٣٢.

٢. الصبرة: ما جُمع من الطعام هلاكيل ولا وزن بعضه فوق بعض. لسان العرب ٤: ٤٤١ (صبر).

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٣٣ و ٤٣٤.

٤. صيتمان: جمع كثرة لصاع عند أهل العجاز. انظر: المصباح المنير: ٣٥١ (صوع).

صحح الضمان^(٣٠)؛ بمعنى ثبوت الدين في ذمته على تقدير ثبوته، فتسقط الدعوى عن المضمون عنه، ويصير الضامن طرفها، فلو أقام المدعي البيّنة على ثبوته يجب على الضامن أدائه، وكذا لو ثبت إقرار المضمون عنه قبل الضمان بالدين. وأمّا إقراره بعد الضمان فلا يثبت به شيء؛ لا على المقر ولا على الضامن.

يكون نظير ضمان ما على الطفل بإذن وليّه. نعم يشكل ذلك على الثالث بناءً على أن الكسر المشاع من الأعيان الخارجية، وسيأتي البحث عن ذلك.

(٣٠) الخدشة في المسألة من جهة جهالة المضمون وجوداً أو كيفاً أو كمّاً باطلة؛ لما عرفت من عدم قرح ذلك في الضمان، وكذا من جهة كونه من ضمان ما لم يجب؛ لأن الضمان في صورة الثبوت واقعاً، وكذا من جهة التعليق؛ فإن تعليق الشيء بما هو معلق عليه واقعاً غير مضر، كقوله: بعثك إن كان يوم الجمعة، أو طلقك إن كنت زوجتي.

وأمّا قوله: «تسقط الدعوى عن المضمون عنه ويصير الضامن طرفها»^١، فتوضيحه: أنّه إمّا أن يكون للمدعي بيّنة، أو لا، وعلى الثاني فجواب المدعي عليه إمّا القبول والاعتراف، أو الإنكار والحلف، أو الإنكار وردّ اليمين إلى المدعي، أو السكوت المؤدي إلى ردّ الحاكم اليمين إلى المدعي.

وعلى التقادير، فالضمان إمّا أن يقع بعد تماميّة الدعوى وثبوت الحقّ على المدعي عليه ولو بنكوله ويمين المدعي، أو قبلها، لا كلام على الأوّل، وعلى الثاني أيضاً في ما إذا قامت البيّنة على الحقّ، فيثبت على عهدة الضامن، وأمّا في غيره، فهل يقوم الضامن مقام المدعي عليه مطلقاً، أي في الصور كلّها، أو لا يقوم كذلك، أو فيه تفصيل؟ وجوه.

والظاهر أنّه لو أقرّ الضامن كان إقراره نافذاً، وكذا لو ردّ اليمين إلى المدعي وحلف هو اليمين المردودة؛ لأنّ له أيضاً دخلاً في الدعوى، لكن لا يرجع على المضمون عنه إلّا بما اعترف، دون جميع ما ألزم عليه.

ومنه يعلم أنّه لو أقرّ المضمون عنه بشيء بعد الضمان أو ردّ اليمين إلى المدعي فحلف،

(مسألة ١٧): الأقوى عدم جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد

لا يثبت في حق الضامن إلا بمقدار ما اعترف به، وأما الإنكار والحلف، فالظاهر صحته من كل من الضامن والمضمون عنه؛ لأن لكل منهما دخلاً في الدعوى نفعاً وضراً.

قال في «العروة الوثقى»: «لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه، كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادّعى رجل على آخر ديناً فقال: علي ما عليه، صح، وحينئذ، فإن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه، سواء كانت سابقة أو لاحقة، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردودة كذلك، وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان، أو ثبت باليمين المردودة، فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره، ويلزم عنه بأدائه في الظاهر»^١.

أقول: ما ذكره ظاهر إلا أن في قوله: «ويلزم عنه بأدائه في الظاهر» إشكالاً؛ فإن ظاهره أن المضمون عنه يلزم بأداء ما أقره إلى المضمون له من طرف الضامن.

وقد استشكل في ذلك في «المستمسك» بما حاصله: أنه لا وجه لرجوع المضمون له ذلك إلى المضمون عنه؛ للقطع بعدم اشتغال ذمته صادقاً كان في إقراره أو كاذباً؛ فإنه على الأول قد انتقل الدين إلى ذمة الضامن، وعلى الثاني فهو يريء واقعاً.

ويستفاد من تقارير بحث الأستاذ الخوئي جواز رجوعه إليه، وقربه بوجهين:

الأول: إن إقرار المضمون عنه لما كان حجة في ثبوت الدين عليه لزمه أدائه؛ لأن الضمان وإن اقتضى نقله إلى الضامن إلا أن الإقرار لما لم يكن قبل الضمان، لم يكن الضامن ملزماً بالأداء، فلو سقط من المضمون عنه أيضاً لزم ذهاب مال المسلم هدرًا، فلا بد للمضمون عنه المقر بثبوت الدين الخروج عن عهده، وحيث إنه لم يمكن دفعه عن نفسه؛ لاعتراف المضمون له ببراءة ذمته، فلا بد من دفعه وفاء عن الضامن.

الثاني: الالتزام بفساد الضمان؛ لأنه كان معلّقاً بثبوت الدين على نحو التعليق الجائر الذي عرفت، وحيث إنه لم يثبت ببيئته أو إقرار نافذ، فقد ظهر عدمه وبطلان الضمان، فيبقى

الدين على حاله ثابتاً في ذمة المدين. من هنا يجب عليه الأداء وفاء، قال: «وهذا الاحتمال وإن كان هو الأوجه، إلا أن الأول هو الأوفق بعبارته عليه السلام»^١.

أقول: أمّا تقريبه الأول ففيه: أنه لا نرى وجهاً لمؤاخذه المضمون عنه بأداء ما أقرّ به إلى المضمون له؛ إذ مع علمها بالضمان وانتقال المال على فرض وجوه إلى الضامن، كيف يكون إقراره حجة عليه؟ وكيف يجوز للمضمون له مطالبة بالمال؟ ولزوم ذهاب مال المضمون له هدرأ لا يكون دليلاً على مؤاخذه من ليس عليه؛ فإنّ المال على الضامن، والسبب لذهابه هدرأ هو إنكاره.

ومنه يعلم أن قوله: «فلا بد من دفعه عن الضامن» غير سديد؛ فإنّه لا يجب على أحد أن يدفع دين غيره ولو علم بضياعه على صاحب الدين، والمدين هنا الضامن، واشتغال ذمة المضمون عنه إنّما هو بعد الأداء.

وأما تقريبه الثاني ففيه: أن بطلان الضمان في ما إذا لم يثبت شيء على ذمة المضمون عنه إنّما هو بالنسبة للضامن وعدم مؤاخذه على تأدية المال، وأمّا المضمون عنه فليس باطلاً عنده، بل وكذا عند المضمون له أيضاً؛ فإنّهما يعترفان بصحته وانتقال المال إلى الضامن. وحينئذ: فكيف يبقى الدين على المضمون عنه ويجب عليه أدائه؟ مع أن الحكم بوجوب الأداء لبطلان الضمان من قبيل توقّف وجود الشيء على عدمه؛ فإنّ كون إقرار المضمون عنه مؤثراً موقوف على بطلان الضمان، وهو موقوف على عدم ثبوت شيء في الدعوى، وهو موقوف على عدم تأثير الإقرار، فتأثير الإقرار موقوف على عدم تأثيره.

ونتيجة الدعوى حينئذ عدم ثبوت شيء لا على المضمون عنه ولا على الضامن، وحصول المتاركة في الدعوى فعلاً، وبقاء الضمان على حال التعليق، فإن اتفق قيام حجة على الدين أخذ من الضامن. وإلا فلا.

ثم إن الإشكال على ما عرفت إنّما هو في أصل وجوب الأداء على المضمون عنه، ولو

فرضنا ذلك فاللازم أن يكون عن الضامن؛ لأن الدَّين عليه، ولذلك أوجب في «العروة» الأداء عنه.

ويحتمل وجود سقط في العبارة، والصحيح: «ويلزم المضمون عنه بأدائه» وعليه فلا تعرض فيه لكيفية الأداء.

ثم إنه قال في «العروة الوثقى»: «لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البيّنة، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام؛ لأنّها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه، فما في «الشرائع» من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة»^١، إلا أن يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت بعد الضمان.

وأما ما في «الجواهر» من أن مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب؛ حيث لم يجعل العنوان «ضمان ما في ذمّته»؛ لتكون البيّنة طريقاً، بل جعل العنوان «ما يثبت بها»، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها، فهو كما ترى لا وجه له^٢،^٣.

أقول: عبارة «الشرائع» وعدّة من كتب القوم كالقواعد^٤ و«جامع المقاصد»^٥ و«مفتاح الكرامة»^٦ وغيره، بل وينقل من «الخلاف»^٧ أيضاً هكذا: «فلو ضمن ما في ذمّته صحّ على الأشبه، ويلزمه ما تقوم به البيّنة... أمّا لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح؛ لأنّه لا يعلم ثبوته

١. شرائع الإسلام ٢: ٩١.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٤٤.

٣. العروة الوثقى ٥: ١٣٠.

٤. قواعد الأحكام ٢: ١٥٨.

٥. جامع المقاصد ٥: ٣٢٧.

٦. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٩.

٧. لم نعتز عليه في الخلاف، نعم يظهر ذلك من النهاية: ٣٦٥.

الذمة وقت الضمان»^١، ففرّقوا بين ضمان ما في الذمة وما تشهد به البيّنة.

واختلفت كلمات الأصحاب في معنى الجملة الثانية، وما هو مراد المحقق وغيره منها، فذكر بعضهم: أن المراد ما تشهد به البيّنة من الديون الحادثة بعد الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب^٢.

وقال في «المسالك»: «لأنّ ضمانه لما تشهد به عليه يشمل ما كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان وما يتجدّد، فلا يصح»^٣.

وفيه: أنّه لا يكون دليلاً على البطلان مطلقاً، بل يتبعض العقد، فيصحّ بالنسبة لما ثبت سابقاً، ويبطل بالنسبة لما لم يثبت.

وحملها صاحب «الجواهر» على ما مرّ من عبارته^٤. وهو أيضاً لا يرجع إلى محصل؛ فإنّ عنوان «ما تشهد به البيّنة» مع فرض كونها طريق لا معنى له إلّا ما تحكي عنه من الدين، فيرجع إلى ضمان ما في الذمة سابقاً أو لاحقاً، ولذا قال في «العروة»: «فهو كما ترى، لا وجه له وقد أمضى كلام «العروة» أكثر محشّيها بتركهم التحشية على العبارة غير الأستاذ البروجردي^٥؛ فإنّه قال: «بل هو مراد الشيخ ومن تابعه عليه قطعاً، وهو الوجه؛ فإنّ الضمان لا بدّ من تعلّقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له؛ ليشار به إليه، وما تشهد به البيّنة ليس كذلك»^٥.

ويمكن توجيه كلام «الجواهر» بأنّه حمل كلام «الشرائع» على القول بالسببية في حجّية البيّنة وغيرها من الأمارات؛ فإنّ عليه تكون شهادة البيّنة سبباً لاستغفال ذمة المشهود عليه وإن لم تكن مشخولة في الواقع، ف ضمان ما تشهد به من قبيل ضمان ما لم يجب، لكنّ الكلام

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٢. راجع حاشية شرائع الإسلام للشهيد الثاني^٥ ٤٢٠.

٣. مسالك الأنهار ٤: ١٩٩.

٤. جواهر الكلام ٣٦: ١٤٤.

٥. المصدر، الهامش ٤.

الفاقد لمالكها عَمَن كانت هي بيده (٣١).

في صحّة المبنى؛ فإنّه لا إشكال في كون حجّة البيّنة على نحو الطريقة لا السببّيّة، فتبقى عبارة «الشرائع» مجهولة المراد، أو محمولة على بعض ما ذكر.

ولعلّ ما أفاده الأستاذ البروجرديّ رحمته يرجع إلى ذلك أيضاً، وإلّا لم يعلم له معنى محصل، فإنّ ما تشهد به البيّنة يشبه العناوين الملازمة للواقع بناءً على الطريقيّة.

(٣١) المسألة مورد اختلاف، فمن قائل بعدم الجواز كما في المتن وغيره، ومن قائل بالجواز.

فمن «الشرائع»: «وفي ضمان الأعيان المضمونة [كالقصب] ^١ والمقبوض بالبيع الفاسد تردّد، والأشبه الجواز» ^٢.

وعن «القواعد»: «وبصح [ضمان] ^٣ أرض الجناية... والأعيان المضمونة، كالقصب، والمعارية [المضمونة] ^٤، والأمانة مع التعديّ على إشكال» ^٥.

وعن «المبسوط» ^٦ و«التحرير» ^٧ و«الإرشاد» ^٨ أيضاً الحكم بالجواز، وفصل في «التذكرة» فقال: «والأعيان المضمونة - كالمقصوب والمستعار مع التضمين، أو كونه أحد النقيدين، والمُستام، والأمانات - إذا خان فيها، فله صورتان:

الأولى: أن يضمّن ردّ أعيانها، وهو جائز؛ لأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه،

١. أضافه من المصدر.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٣. أضافه من المصدر.

٤. أضافه من المصدر.

٥. قواعد الأحكام ٢: ١٥٧.

٦. المبسوط ٢: ٣٢٦.

٧. تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

٨. إرشاد الأذهان ١: ٤٠١.

وبه قال أبو حنيفة...

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلف.

والأقوى عندي الصحة؛ لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب، فيصح الضمان^١.

وكيف كان، مقتضى القاعدة عدم جوازه، وتقريبه: فإن الثابت على المضمون عنه هو تعهده بالمال ووجوب ردّه مع الإمكان واشتغال ذمته بعد التلف. والأول حكم وضعي اعتباري اعتبره العقلاء وأمضاه الشارع، والثاني من أحكامه الشرعية التكوينية، والثالث من آثاره الوضعية. وحينئذ لو أريد بالضمان نقل نفس التعهد إلى الضامن، تنبأ ذمة الغاصب مثلاً، ويكون المتعهد الضامن، فهو باطل؛ لأنه حكم وضعي غير قابل للنقل، وإن أريد انتقال الوجوب فهو أوضح بطلاناً، وإن أريد اشتغال ذمته، فإن أنشأ الضمان على النحو الواجب المشروط، أو على نحو الواجب المعلق، فكلاهما باطلان؛ فإنهما في المقام يعدّان من التعليق في الضمان الباطل إجماعاً، مع أنّه في الفرض الأخير يلزم اشتغال ذمة الضامن من قبل أن يشتغل ذمة المضمون عنه.

قال في «العروة الوثقى» في المسألة: «والأقوى الجواز، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردّها عيناً ومثلها أو قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لمعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^٢، والعمومات العامة، مثل قوله تعالى: «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ»^٣.

ودعوى أنّه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردّها، مع أنّ الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالردّ.

١. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٢٠.

٢. مسند أحمد ٥: ٢٦٧، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ / ٢٤٠٥، عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ / ١٠٢.

٣. المائدة (٥): ١.

فيكون من ضمّ ذمّة إلى أخرى، وليس من مذهبنا، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنّه على الأوّل أيضاً كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف، مدفوعة بأنّه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنّه ليس من الضمان المصطلح، وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضي، ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ أو إجماع وإن اشتهر في الألسن»^١.

أقول: ما تمسك به من الخير ضعيف لم ينقل من طرفنا، بل قد قيل: إنّهُ ورد في نصوصنا تكذيبه، كمعتبر حسين بن خالد^٢، قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»^٣.

لكنّ الرواية على تفسير المعتبر أريد بها معنى آخر، وهو أنّ الناس طغوا^٤ استقرار الغرامة على الضامن، فنفي الإمام ذلك، فبيّن أنّ استقراره على المضمون عنه: إذ هو الذي أكل المال دون الضامن، فالرواية أجنبية عن مورد الكلام. وما اختاره عليه السلام خارج عن الضمان الاصطلاحي، ولا بأس بالقول بصحّته.

ثمّ إنّ ذكر في «المستمسك» في تقريب جواز ضمان العين الخارجية ما حاصله: أنّ معنى الضمان في الأعيان الخارجية كونها بنفسها في الذمّة، كما هو ظاهر دليل الضمان، مثل قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»^٥ فإنّ ظاهره أنّ المأخوذ بنفسه ثابت في الذمّة، ولا مانع عقليّ من ذلك، فيجب الأخذ به.

ودعوى أنّ الواحد لا يكون في مكانين، يدفعها أنّ الخارج طرف لوجوده الحقيقي

١. العروة الوثقى ٥: ٤٣٥ و ٤٣٦.

٢. انظر: جواهر الكلام ٢٦: ١٤٠ مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٢٦٦ و ٣٤٥: مباني العروة الوثقى ٢: ١٢١ و ١٢٢.

٣. الكافي ٥: ١٠٤، الحديث ٥: وسائل الشيعة ١٨: ٤٢٢، كتاب الضمان، الباب ١، الحديث ١.

٤. كذا في الأصل.

٥. مستدرک الوسائل ١٤: ٨، كتاب الودیعة، الباب ٢، الحديث ١٢، و ١٧: ٨٨، كتاب الفصب، الباب ١، الحديث ٤.

والذمة للاعتباري، كالوجود الذهني لزيد والعيني، فالغاصب مشغول الذمة بالعين، فيصح الضمان عنه، فتبرأ ذمته منها، وتشتغل بها ذمة الضامن فقط.

وأما وجوب الرد فهو من أحكام عدم الإذن في الاستيلاء على العين، فإذا حصل الإذن لم يجب الرد ولو مع الضمان، كالمقبوض بالسوم^١. انتهى.

وفيه: أن اشتغال الذمة الملحوظ في عقد الضمان يراد به اشتغالها بالكلّي الثابت فيها، واشتغال ذمة الغاصب بالعين يراد به تعهدها بنفس العين لا البديل مثلاً أو قيمة، وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» معناه اعتبار نفس العين على ذي اليد، فكأنه قد حمل على الغاصب المقتضوب بوجوده العيني، وهو معنى تعهده، لأن مثلهما عليه، نعم، تتقلب بعد التلف إلى المثل، فيعتبر عند العرف وجوده الاعتباري ثابتاً عليه، فمال الكلام إلى أن المقصود في المقام هو التعهد الاعتباري وضمانه.

وقال في «العروة» أيضاً: «وأما ضمان الأعيان الغير المضمونة، كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعدّد أو تفریط، فلا خلاف بينهم في عدم صحته، والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً»^٢.

حكم الضمان فيها حكم الأعيان المضمونة في البطلان إن أريد الضمان الاصطلاحي، كما قال في «الشرائع»: «ولو ضمن ما هو أمانة، كالمضاربة والوديعة، لم يصح؛ لأنها ليست مضمونة في الأصل»^٣. وفي «الجواهر» أنه لا إشكال ولا خلاف فيه^٤.

وقوله: «ليست مضمونة بالأصل» أي حين الضمان؛ فإنه لم يتحقق حينه التعهد الوضعي الذي من آثاره وجوب ردّ العين وبدلها مع التلف، وما حكم بصحته حينئذ هو إنشاء التعهد

١. مستسك العروة الوثقى ١٣: ٣٤٧.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٣٧.

٣. شرائع الإسلام ٢: ٩٠.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٤١.

الاعتباري بالنسبة للعين، بحيث يترتب عليه وجوب ردّ العين إلى مالكها لو طلبها، واشتغال ذمّة الضامن بالبدل لو تلفت؛ فإنّه يكون عقداً عقلاً تبعاً مع قبول صاحب العين، فتشمله أدلّة وجوب الوفاء، وعليه يكون التلف سبباً للضمان ولو لم يحسب تعدياً أو تفريطاً، ولا يكون من هي يده ضامناً عند التلف، وذلك بمقتضى إطلاق أدلّته، كما في المقبوض بالعقد الفاسد. وفي «المستمسك»: «ولعلّ من ذلك ضمان شركة التامين المتعارف في هذا العصر وإن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرّعاً، فصاحب المال يعطي الشركة مالاً في قبال أن تضمن، أو تنشئ الضمان، فتنشئ الضمان، ويلزمها ذلك؛ لعموم الوفاء بالعهد، وهذا ليس من الضمان المصطلح؛ إذ ليس فيه مضمون عنه أصلاً»^١.

ثمّ إنّه أشار في «المستمسك» هنا إلى بعض أقسام الضمان، وتحرير البحث أن يقال: إنّ الضمان بمعناه الأعمّ على أقسام:

الأول: الضمان الشرعي بمعنى حكم الشارع بتعهّد الشخص على عين لعلّه تسلّطه عليها، إمّا عدواناً، أو من غير عدوان بدلالة قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^٢.

الثاني: الضمان الشرعي، بمعنى اشتغال الذمّة بمال الغير أو حقّه الحاصل من الائتلاف من جهة قاعدة: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»^٣.

الثالث: الضمان الاصطلاحي المنشأ بالعقد المتوقّف على وجود المضمون له والمضمون عنه.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٤٨.

٢. مستدرك الوسائل ١٤: ٧، كتاب الوديعه، الباب ١، الحديث ١٢، و ١٧: ٨٨، كتاب النصب، الباب ١، الحديث ٤.

٣. هي قاعدة مشهورة، تمسّك بها الفقهاء في موارد الضمان. راجع القواعد الفقهية للبيّنودي ٢: ٢٣ - ٥٠.

(مسألة ١٨): لا إشكال في جواز ضمان عهدة الثمن للمشتري^(٣٢) عن البائع؛ لو ظهر

الرابع: الضمان العرفي المحتاج إلى المضمون له والمضمون عنه، كإنشاء الضمان للأعيان المضمونة لملاكها.

الخامس: الضمان العرفي غير المحتاج إلى المضمون عنه، كضمان شركة التأمين للأعيان غير المضمونة لملاكها.

وهذه الأقسام الثلاثة قد تقع تبرعاً، وقد تقع من غير تبرع، وعدم التبرع في الضمان الاصطلاحي واضح، وفي غيره يكون بإعطاء المال في مقابل الضمان، والكل صحيح، وحقاتها مختلفة، كما أن أدلتها أيضاً مختلفة، فتأمل.

(٣٢) الضامن إما أن يضمن عهدة الثمن للمشتري في ما إذا ظهر بطلان البيع، أو عهدة الثمن له في ما إذا عرض الانقراض للبيع بإقالة، أو خيار، أو غرامة المشتري في ما إذا أحدث في المبيع بناءً أو غرساً، فأنكشف بطلان البيع، وأتلفه صاحب المال. فهنا فروع:

منها: ضمان الثمن في فرض بطلان البيع، وهو إما أن يقع قبل إقباضه للبائع، أو بعده قبل تلفه، أو بعد التلف عنده، ومقتضى القاعدة صحة الأخير؛ فإنه مال ثابت في الذمة قابل للانتقال.

وأما ضمانه بعد الإقباض وقبل التلف فهو باطل على المشهور؛ لأنه من ضمان الأعيان المضمونة.

قال في «العروة الوثقى»: «يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع؛ لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن، كما قيّد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخرون^١، وهو الأقوى، قبل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان»^٢. انتهى.

١. راجع جواهر الكلام ٢٦: ١٤٧.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٣٧ و ٤٣٨.

ولا يخفى عليك: أَنَّ الأول مبنَى على مسلكه من جواز ضمان الأعيان المضمونة، والثاني على مسلكه من جوازه ضمان الأعيان غير المضمونة أيضاً؛ فَإِنَّ الثمن في الفرض مادام كونه عند المشتري ليس في ضمان أحد.

قال في «المستمسك»: «فكَأَنَّ المشتري يخاف أن يدفع الثمن إلى البائع، ويتبين عدم استحقاق البائع له، ولا يتمكن المشتري من استرجاعه، فيضمنه للمشتري ضامن قبل أن يدفعه إلى البائع، فَيَأْمَنُ من ضياعه، فيدفعه إليه»^١.

وقال المحقق الخوئي^٢ في حاشية «العروة» في ذيل قوله: «وهذا مستثنى»: «أَنَّ الاستثناء غير ثابت^٣، بل الحال فيه هو الحال في ضمان بقية الأعيان الخارجية»^٤. انتهى.

وأوضح ذلك تلميذه في تقريراته بأنَّ الضمان المصطلح هنا غير قابل للصحة؛ لدورانه بين ضمان ما لم يجب والضمان المعلق، والأوّل غير معقول، والثاني باطل بالإجماع، وأمّا غير المصطلح فهو جائز في المقام أيضاً من دون استثناء^٥.

وتردّد الماتن في الفرض لعلّه لدعوى الإجماع على الصحة من بعض^٦، فيكون من موارد الاستثناء.

ومنها: ضمان الثمن بعد العقد بلحاظ ما لو عرض انفساخ العقد ولم يصل إليه ماله، إمّا بإنشاء الضمان مطلقاً بحيث يشمل الفرض، أو بإنشائه بالنسبة لهذا الفرض، وعلى أيّ فهو قسمان: ضمانه في ما إذا انفسخ العقد بإقالة أو خيار غير خيار العيب، وضمّانه إذا عرض له خيار العيب في المبيع.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٥١.

٢. في المصدر: «الاستثناء لم يثبت».

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٢٨، حاشية المحقق آية الله الخوئي^٧.

٤. مباني العروة الوثقى ٢: ٢٠٩.

٥. جامع المقاصد ٥: ٣٢٢، مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٥، المحذلق الناضرة ٢١: ٣٦.

أما الأول: فإن ضمن قبل حصول الانفساخ، كان من ضمان ما لم يجب، وكان باطلاً عند المشهور، ويصح بناءً على كفاية تحقق السبب؛ فإن العقد الذي فيه الخيار القابل لفسخ العقد سبب لحصول العين في يد غير المالك وصيرورتها مضمونة.

قال في «العروة»: «وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن، ويرجع على البائع؛ لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور»^١.

وقوله: «بل لو صرح» يعني لا يصح هذا النحو من التمهّد، ولا تشمل صورة انكشاف بطلان العقد صورة حصول الانفساخ، بل لو صرح بهذه الصورة لم يصح أيضاً فضلاً عما لو ضمن بلحاظ صورة انكشاف البطلان، وهذا ممّا لا إشكال في بطلانه بين الأصحاب، كما صرح به في «الجواهر»^٢ معللاً بما ذكره في المقام.

وأما القسم الثاني - وهو الضمان بلحاظ تحقق خيار العيب - ففي صحته إشكال، فإنّه يمكن أن يقال: إن وجود العيب في المبيع حال العقد أو بعده قبل القبض كاشف عن بقاء حق المشتري في الثمن؛ لعدم وصول تمام ما يقابله إليه، فمقدار الثمن المحاذي للناقص من المبيع لم ينتقل إلى البائع، والبيع باطل بالنسبة إليه، فهو ملك للمشتري، فالضمان صحيح بناءً على صحة ضمان العين المضمونة.

نعم، لو قلنا بأنّه لا يبقى لأخذ المعيب حق في ما انتقل عنه؛ فإنّ كون المبيع معيوباً - مثلاً - سبب لحدوث الخيار بعد العلم بالعيب، وإلا فالصفة لا تقابل الثمن، فله الفسخ أو الأرض، فهذا الخيار أيضاً نظير غيره من الخيارات في الضمان قبل الخيار وبعده بالنسبة للفسخ، وأما لو اختار الأرض فإن قلنا: إنّ اختيار الأرض سبب لاشتغال ذمّة البائع في المثال بقيمة

١. العروة الوثقى ٥: ١٣٨.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٤٧.

المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع؛ لفقد شرط من شروط صحته إذا كان بعد قبض البائع الثمن وتلفه عنده، وأما مع بقاءه في يده فمحَلّ تردّد. والأقوى عدم صحّة ضمان درك ما يحدثه المشتري - من بناء أو غرس^(٣٣) في الأرض المشتراة إن ظهرت مستحقّة للغير وقلعه المالك - للمشتري عن البائع.

النقص - كما لعلّه الظاهر - فالضمان صحيح بعده، وإن قلنا؛ إنّه سبب لاشتراكه في الثمن فالصحّة مبنية على صحّة ضمان العين المضمونة.

قال في «العروة»: «نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنّه هل يدخل في العهدة ويصحّ الضمان أو لا؟ فالمشهور على عدم، وعن بعضهم دخوله، ولازمه الصحّة مع التصريح بالأولى، والأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحّة مع التصريح»^١. أراد بقوله: «نعم» الاستدراك ودخول الفسخ بخيار العيب في الضمان إذا انكشف بطلان البيع، وذلك لبقاء علاقة المشتري في الثمن، نظير صورة انكشاف البطلان. ثمّ ذكر أنّ المشهور عدمه، وأنّه لو قلنا بذلك لزمّت الصحّة مع التصريح بالأولى.

وفي «الشرائع» في مسألة ضمان درك الثمن وأنّه لو تجدد الفسخ لا يرجع إلى الضامن، قال: «وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق، أمّا لو طالب بالأرض رجع على الضامن؛ لأنّ استحقاقه ثابت عند العقد، وفيه تردّد»^٢.

وقال في «القواعد»: «ولو طالب بالأرض فالأقرب مطالبة الضامن»^٣.

وفيه: أنّه لا استحقاق للمشتري بشيء من الثمن، فلا فرق بين الخيارات.

(٣٣) وهذا أحد الفروع التي أشرنا إليها في أوّل المسألة، وللفرع صور:

الأولى: أن يضمّنه ضامن غير البائع، كما هو مفروض المتن، وهذا باطل على المشهور؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب.

١. العروة الوثقى ٥: ٤٣٨ و ٤٣٩.

٢. شرائع الإسلام ٢: ٩١.

٣. قواعد الأحكام ٢: ١٦٠.

قال في «العروة الوثقى»: «الأقوى - وفقاً للشهيدين^١ - صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرض، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع خلافاً للمشهور؛ لأنه من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت كفاية السبب»^٢.

ولا يخفى أن الضمان الاصطلاحي لا يتحقق في المورد، والعرفي ليس مورد البحث وإن كان قد عرفت أنه مقتضى القواعد.

الثانية: أن يضمن ذلك نفس البائع بعد العقد، وهذا باطل أيضاً على المشهور؛ إذ لا فرق في كونه مما لم يجب بين كون الضامن البائع أو الثالث.

قال في «العروة الوثقى»: «ولو ضمنه البائع، قيل: لا يصح أيضاً كالأجنبي، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان»، ثم قال: «وقيل: بالصحة؛ لأنه لازم بنفس العقد، فلا مانع من ضمانه؛ لما مرّ من كفاية تحقق السبب، فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد، والضمان بعقده، ويظهر الثمر في ما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد؛ فإنه يبقى الضمان العقدي، كما إذا كان لشخص خياران بسببين، فأسقط أحدهما»^٣.

أقول: الأظهر ما ذهب إليه المشهور؛ فإنه من ضمان ما لم يجب، وأما الحكم بالصحة بناءً على جوازه في صورة تحقق السبب، فهو فاسد أيضاً قبل التسليط في ما إذا علم البائع ببطلان العقد؛ فإن السبب حينئذ تسليط المشتري على مال الغير مع جهله بالحال، نعم، السبب متحقق بعده.

وكيف كان، فما ذكره من تحقق سببين غير سديد؛ فإن ضمان الإنسان ما على عهدة

١. اللعة الدمشقية: ١٣٥؛ الروضة البهية ٤: ١٢٤؛ مسالك الأنهار ٤: ٢٠٤.

٢. العروة الوثقى ٤: ٤٤٠.

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٤٠ و ٤٤١.

(مسألة ١٩): لو كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن ينفك بالضمان^(٣٤)؛ شرط الضامن انفكاكه أم لا.

(مسألة ٢٠): لو كان على أحد دين فالتمس من غيره أداءه، فأداه بلا ضمان عنه

نفسه غير معقول، وأما تعدّد الجهة فهو غير متّحد هنا بعد وحدة المسبّب، وقياس المورد بتعدّد الخيارات مع تعدّد أسبابها مع الفارق؛ فإنّ الخيارات حقائق اعتباريّة مختلفة، ولها أسباب مختلفة، فسقوط البعض لا ينافي بقاء الآخر، بخلاف الضمان واشتغال الدّمة؛ فإنّه أمر وجداني وإن تعدّدت جهاته؛ فإنّ ذلك بمعنى اشتراك علل في تحقّقها من الغرور والعقد الإنشائي.

الصورة الثالثة: أن يشترط البائع على نفسه ضمان ذلك في متن العقد، ففي صحّته تفصيل؛ فإنّ الشرط إمّا أن يكون في ضمن عقد البيع الواقع بينهما، أو في ضمن عقد آخر.

أما الأوّل: فلا أثر له بعد فرض بطلان العقد، فالضمان من جهة الغرور والإتلاف.
وأما الثاني: فلا مانع من القول بصحّته ووجوب الوفاء به، عملاً بلزوم عندية المؤمن لشرطه، فيكون مؤكداً؛ لكنّه خارج عن محلّ البحث؛ إذ الكلام في عقد الضمان الاصطلاحي، والشرط أجنبي عنه.

(٣٤) أقول: لأنّ الرهن وثيقة للمدين حتّى يتحقّق أدأؤه، فمع براءة دّمة المدين لا يبقى موضوع للوثيقة.

وفي «الجواهر» في ذيل قول المحقّق: «إذا كان له على رجلين مال، فضمن كلّ واحد منهما ما على صاحبه، تحوّل ما كان على كلّ واحد منهما إلى صاحبه»^١: «إنّ من فائدة هذا الضمان افتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما؛ لأنّ الضمان أداء»^٢. انتهى.
وفي «المسالك»: «أنّه بمنزلة الأداء؛ لأنّ انتقال ما في دّمته إلى دّمة آخر برضا المضمون

للدائن، جاز له الرجوع على الملتزم مع عدم قصد التبرع^(٣٥).

له كان نوع أداء له»^١.

وفي «العروة الوثقى» قال: «لكنه لا يخلو من إشكال»^٢. ولعل ذلك لأن الضمان لا يجب أداء بالنسبة للمضمون له، بل هو نقل الدين من ذمة إلى أخرى، فلا أداء فيه.

وفي «المستمسك»: «إن الرهن إن كان على الوفاء، بقي على حاله؛ لعدم الوفاء، وإن كان على فراغ ذمة المديون بطل؛ لفراغ ذمته بالضمان، ولكن الأظهر هو الثاني؛ لأن الراهن إنما وضع الرهن لحسابه، لا لحساب المرتهن»^٣. انتهى. وهذا حسن.

(٣٥) للمسألة صور:

الأولى: أن يؤدي شخص دين غيره من دون ضمان عقدي ولا استئذان منه، ولا إشكال في عدم جواز رجوعه حينئذ إليه بعد الأداء.

الثانية: أن يؤدي الدين بإذن المديون من غير ضمان عقدي مع تصريحه بالرجوع إليه، ولا إشكال - حينئذ - في جواز الرجوع ووجوب رد المديون ما أداه.

الثالثة: أن يأذن له المديون بالأداء من غير تعرض للرجوع إليه؛ وفيه تفصيل:

قال في «القواعد»: «ومن أدّى دين غيره بغير ضمان ولا إذن، لم يرجع، وإن أدّاه بآنه بشرط الرجوع رجع، ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه؛ إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة»^٤.

والأولى أن يقال: إن كانت هناك عادة جارية عرفية في أن من أذن له المديون في

١. مسائل الأفهام ٤: ٣٠٥، مع تفاوت يسير.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٢٣ / مسألة ٢٣.

٣. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٠٨.

٤. قواعد الأحكام ٢: ١٥٩.

التأدية، فله الرجوع إلى الآذن، كان ذلك له، وإن لم يكن عادة كذلك، فإن كان الإذن على نحو الاستدعاء، فالظاهر جواز الرجوع؛ لأن ذلك نحو استيفاء لمال الغير، فعليه غرامته.

قال في «جامع المقاصد»: «والحق أن العادة إن كانت مضبوطة في أن من أذن في الأداء يريد به الرجوع ويكتفي بالإذن مطلقاً، استحق الرجوع، وإلا فلا»^١. انتهى. وعرفت أن في عدم العادة أيضاً تفصيل.

وقال في «العروة الوثقى»: «لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى، جاز له الرجوع عليه»^٢.

وفي «التنقيح»^٣ في شرحه: «لما ذكرنا في غير موضع من قيام السيرة العقلانية القطعية الممضاة شرعاً على ثبوت الضمان بالأمر بإتلاف مال محترم على نحو مباح، أو القيام بعمل محترم». قال: «نعم، لا بد من تقييد ذلك بعدم ظهور الأمر في الاستدعاء المجاني، كما هو الحال في طلب الفقير ممن عليه الحق الشرعي من الخمس أو الزكاة أداء دينه، أو طلب الولد من أبيه»^٤. انتهى.

ولا يخفى أن دعوى قيام السيرة بمجرد الإذن عهدتها على مدّعيها، ومع عدم تحققها يرجع إلى تفصيل الاستدعاء والإذن المطلق.

١. جامع المقاصد ٥: ٣٣٦.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٤٨.

٣. لم نثر عليه في «التنقيح»، بل هو في «مباني العروة الوثقى».

٤. مباني العروة الوثقى ٢: ٢٣٧.

كتاب الحوالة والكفالة

أما الحوالة فحقيقتها تحويل المديون ما في ذمته إلى ذمة غيره. وهي متفومة بأشخاص ثلاثة: المُحيل وهو المديون، والمُحتال وهو الدائن، والمُحال عليه^(١). ويعتبر فيهم:

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة والكفالة

(١) قال في «المبسوط»: «الحوالة عقد من العقود يجب الوفاء به؛ لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١. وجوب الوفاء به يدلّ على جوازه. وروي عن النبي ﷺ أنّه قال: «مطل الغنيّ ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليّ فليتبّع»^٢. وروي أيضاً: «إذا أحيل أحدكم على مليّ فليحتل»^٣. واجتمعت الأئمة على جواز الحوالة وإن اختلفوا في مسائل منها. والحوالة مشتقة من تحويل الحقّ من ذمة إلى ذمة - إلى أن قال -: فالحوالة متعلّقة بثلاثة أشخاص: محيل ومحتال ومحال عليه»^٤. انتهى

وقال في «التذكرة»: «الحوالة جائزة بالنص والإجماع، روى العامة عن أبي هريرة: أن

١. المائدة (٥): ١.

٢. مسند أحمد: ٢: ٤٦٥؛ سنن الدارمي: ٢: ٢٦١؛ صحيح مسلم: ٥: ٣٤.

٣. في المصدر: «عنه ﷺ» بدل «أيضاً».

٤. السنن الكبرى للبيهقي: ٦: ٧٠؛ مجمع الزوائد: ٤: ١٣١.

٥. المبسوط: ٢: ٣١٢.

٦. في المصدر: «الحوالة عقد جائز».

النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم»^١، وإذا أحيل أحدكم بحق على ملي فليحتل». ومن طريق الخاصة ما رواه منصور بن حازم^٢، وقد أجمع كل من يحفظ عنه العلم على جواز الحوالة في الجملة»، وقال: «مدار الحوالة على ستة أشياء: أشخاص ثلاثة^٣ وذئبان والمعاملة^٤»^٥.

وقوله: «المعاملة»، أي العقد، والأمور الخمسة موضوع للعقد، والموضوع يختلف باختلاف أبواب الفقه، فتارة يكون أمران كالنكاح، وأخرى أربعة أمور كالبيع؛ فإن موضوعه المتعاقدان والعوضان، وثالثة خمسة أيضاً كالإجارة، ورابعة ستة إلى العشرة كالزراعة؛ فإنها قد تتحقق بالأرض والبذر والعوامل ومالكها والعمل ومالكه، وقد تتحقق بها مع إضافة الماء والمالك لكل منها مستقلاً، فالموضوع عشرة.

وقال في «الجواهر»: «الحوالة كسحابة؛ وهي مشروعة بالنص وإجماع الأمة كما عن «المبسوط»^٦، وليست بيعاً ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع في محكي «التذكرة»^٧. ثم إن التعريف الذي ذكره المصنف أحسن تعاريف الباب، وهو تعريف جامع مانع؛ فإن التقييد بالمديون يوجب خروج عقد الضمان عن التعريف؛ فإنه عبارة عن تحويل غير المديون ذين المديون إلى ذمته كما عرفت، وذكر الغير في قوله: «إلى ذمة غيره يوجب» دخول الحوالة إلى البريء في التعريف.

١. ورد في المصدر بعد «ظلم»: «وإذا أتبع أحدكم على ملي، فليتبّع، وفي لفظ آخر».
٢. ورد في المصدر بعد «حازم»: «عن الصادق عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يحيل على الرجل الدراهم، أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك». وروي الحديث مع تفاوت يسير في: وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ١.
٣. ورد في المصدر بعد «ثلاثة»: «محيل ومحال عليه ومحتال».
٤. في المصدر: «ومعاملة».
٥. تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٢٦ و ٤٢٧ / مسألة ٥٩٤ و ٥٩٥.
٦. في المصدر: «القسم الثاني في الحوالة بفتح الحاء» بدل «الحوالة».
٧. المبسوط ٢: ٣١٢.
٨. جواهر الكلام ٣٦: ١٦٠.

قال في «الشرائع»: «فالحوالة عقد شُرِعَ لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله»^١.
ويعلم ممّا ذكر عدم كون هذا التعريف جامعاً لخروج الحوالة إلى البريء عنه، بل يمكن
الخدشة في كونها مانعاً أيضاً؛ لدخول الضمان في ما إذا كان الضامن مديوناً للمضمون عنه،
لكن لم يلاحظوا ذلك في الضمان، ولذلك عدل في «القواعد» عن تعريف «الشرائع»، فعرّفها
بقوله: «وهي^٢ عقد شُرِعَ لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة أخرى^٣»، وهذا هو أحد تعريفي
«العروة» ناسباً له إلى الأصحاب. ويرد عليه عدم كونه مانعاً كما عرفت؛ لصدقه على
الضمان.

وقال في «العروة الوثقى»: «والأولى أن يقال: إنّها إحالة المديون دائنه إلى غيره، أو
إحالة المديون دينه من ذمّته إلى ذمّة غيره»، قال: «وعلى هذا، فلا ينتقض طرده بالضمان؛
فإنّه وإن كان تحويلاً من الضامن للمدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته، إلّا أنّه ليس فيه
الإحالة المذكورة، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه^٤».

وقوله: «خصوصاً» من جهة أنّه لو كان الضمان بسؤال المضمون عنه أشبه بالحوالة،
فكان المضمون عنه أحوال المضمون له إلى الضامن، أو نقل المال من ذمّته إلى ذمّة الضامن.
انتهى^٥.

ورده في «المستمسك» بأنّ الذي يسأل الفعل عن غيره غير فاعل له، بل الفاعل هو
المسؤول منه الفعل^٦.

ثمّ إنّ يدلّ على صحّة الحوالة ونفوذها أمور:

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٣.
٢. في المصدر: «وهو».
٣. قواعد الأحكام ٢: ١٦٢.
٤. العروة الوثقى ٥: ٤٥١.
٥. كذا في الأصل، والظاهر أنّ كلمة «انتهى» زائدة.
٦. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٧٥.

البلوغ والعقل والرشد والاختيار^(٢)، وفي المحتال عدم الحجر للفلس، وكذا في المحيل

الأول: ما عرفت من دعوى الاجماع من بعض^١.

الثاني: أنها من العقود المتعارفة العقلانية منذ حصل للإنسان ملك واحتاج إلى تبادلة الأموال، وهذه السيرة كانت بمرأى ومنظر من المعصوم^{عليه السلام}، فهي ممضاة.

الثالث: النصوص الواردة في الباب :

ففي خبر أبي أيوب: أنه سأل أبا عبدالله^{عليه السلام} عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أيرجع عليه؟ قال^{عليه السلام}: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^٢.

وصحيح زرارة، عن أحدهما^{عليهما السلام}: في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مني عليك، فقال^{عليه السلام}: «إذا أبرأه فليس عليه أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^٣. والمراد من إبراء المحتال وعدم إبرائه قبوله الحوالة وعدم قبولها.

وموثق منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبدالله^{عليه السلام} عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم، أيرجع عليه؟ قال^{عليه السلام}: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^٤.

وخبر عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن^{عليه السلام}، قال: سألت عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال^{عليه السلام}: «لا»^٥.

(٢) أقول: أمّا البلوغ والعقل والاختيار فلا كلام فيها؛ فإنها من الشرائط العامة في جميع العقود، وقد تعرض لتفصيل القول فيها أصحابنا رضي الله عنهم في كتاب البيع، وهو أول الكتب الباحثة عن حكم العقود والإيقاعات.

١. تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٢٦ / مسألة ٥٩٤.

٢. وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٤، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٤، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٤.

وأما الكلام في السفه والفلس، ففي اشتراط عدمهما في كلٍّ من الثلاثة -: أعني المحيل والمحتمل والمحال عليه - وعدمه تفصيل .

فنقول: أما المحيل فيعتبر فيه عدم الحجر لسفه أو فلس إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة؛ فإنّه يتصرّف في ماله الذي على المحال عليه بنقله إلى المحتال. والسفيه ليس له الاستقلال في العقود والإيقاعات والتصرّفات الماليّة، والمفلس أيضاً ممنوع من الأموال الموجودة حين التفليس كانت خارجيّة أو ذميّة، فحوالته باطلة .

وأما حوالته على البريء، فالظاهر شرطيّة عدم السفه له؛ لأنّه يتصرّف في ما في ذمّته بالعقد اللازم، وليس له الاستقلال فيه، ويعلم هذا من المتن أيضاً؛ ولا يشترط عدم الفلس فيه .

وأما المحتال فلا إشكال في اشتراط عدم الحجر للسفه فيه؛ لأنّه تصرّف ماليّ بعقد لازم، وأما الفلس فكذلك؛ لأنّ ماله على المحيل ملك للغرماء، فلا يجوز له التصرف فيه .

وأما المحال عليه فإن كان مشغول الذمّة بالمحيل ولم نقل باعتبار رضاه في الحوالة، فلا كلام في صحّة الحوالة إذا كان سفيهاً، بل تصحّ وإن كان صغيراً أو مجنوناً، ويتبدّل كونه مديوناً للمحيل إلى كونه مديناً للمحتال:

وأما إذا كان مفلساً فلا مانع من القول بصحّة الحوالة أيضاً، يكون المحتال أحد غرمائه بدل المحيل، فيضرب بيعهم في أمواله، والقول بأنّ الحوالة إعلام لدين وإحداث لدين آخر - كما يظهر احتماله من بعض المحشّين للعروة^١ - غير سديد؛ لعدم كون اعتبار الحوالة ذلك عند العرف، وعلى فرضه يكون الدين الثابت عليه حينئذٍ من الديون الحادثة بعد الحجر عليه، فلا يضرب المحتال مع الغرماء، فحكم السفيه والفلس واحد في عدم شرطيّتهما في المحال عليه إذا كان مشغول الذمّة، وأما في الحوالة على البريء فالظاهر أنّه يشترط كون المحال عليه غير سفيه؛ فإنّ القبول تصرّف في الذمّة، وأما الفلس فلا يشترط عدمه؛ لأنّه لا يتصرّف في أمواله الخارجيّة .

إلا على البريء. وهي عقد يحتاج إلى إيجاب من المحيل وقبول من المحتال^(٣). وأما

(٣) بل الحوالة من العقود أو الإيقاعات؛ فيه وجوه أو أقوال:

أحدها: أنها عقد إيجابه من المحيل وقبوله من المحتال، ولا يشترط فيه أمر آخر حتى رضا المحال عليه فضلاً عن قبوله اللفظي، نعم، في الحوالة على البريء يعتبر رضاه من غير أن يكون جزءاً من العقد.

ثانيها: أنها عقد مركب من إيجاب من المحيل وقبولين من المحتال والمحال عليه، فيشترط في كليهما شرائط القبول القولي أو الفعلي من الإنشاء، والموالة بينه وبين الإيجاب ونحوهما.

ثالثها: أنها إيقاع صادر من المحيل مشروط برضا المحتال أو هو والمحال عليه. كالوصية والخلع والجماعة ونحوها، وقد أشار في «العروة الوثقى» إلى الوجوه الثلاثة، فبعد تقريب عقديتها على النحو الأول قال: «ويحتمل أن يقال: يعتبر قبول المحال عليه أيضاً، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين، وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة» إلى أن قال: «ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع، غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيرُه عقداً، وذلك لأنها نوع من وفاء الدين وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس؛ فإنه يعتبر فيه رضا الدائن مع أنه^٢ إيقاع»^٣، ثم قُرب أن الضمان والوكالة والجماعة أيضاً من الإيقاع.

أقول: الأظهر أن الحوالة من العقود لا الإيقاعات، كما قد نصَّ به الأصحاب وتقتضيه القواعد.

١. في المصدر: «قبوله» بدل «قبول المحال عليه».

٢. في المصدر: «ومع ذلك» بدل «مع أنه».

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٥٣-٤٥٦.

قال في «المستمسك» ما حاصله: أنَّ الإيقاع يكفي في حصوله إعمال سلطنة سلطان واحد، والعقد يتوقف على أعمال سلطنة سلطانين، كقول الرجل لزوجته: طَلَّقْتُكَ، وقوله للأجنبيَّة: زَوَّجْتُكَ، فالطلاق وإن كان تصرفاً في الزوجة كالتزويج إلا أنَّ الأوَّلَ لما جعله الشارع تحت سلطان الزوج فقط كان إيقاعاً، والثاني تحت سلطان الزوجين معاً كان عقداً، فكلُّ تصرف لا يتحقَّق إلا بإعمال سلطنة شخصين فهو عقد، وكلُّ تصرف يتحقَّق بإعمال سلطنة شخص واحد فهو إيقاع، فالاختلاف بين العقد والإيقاع ليس لاختلاف مفاهيمهما المنشأة، بل لاختلافهما من حيث السلطنة، وربما يكون العقد إيقاعاً إذا كان تحت سلطنة شخص واحد، كتزويج المولى أُمته من عبده.

وعلى هذا يمتنع أن تكون الحوالة إيقاعاً؛ لأنَّها تصرف في مال المحتال الذي هو تحت سلطانه وفي ذمَّة المحال عليه التي هي تحت سلطانه، فيجب أن تكون بقبولهما معاً، ولا تكون بإيقاع المحيل فقط؛ لتكون إيقاعاً^١.

وما ذكره أخيراً من الحاجة إلى قبول المحال عليه إنما هو في الحوالة على البريء، وسيأتي حكم المشغول ذمته.

ثمَّ إنَّ قوله في «العروة» في تقريب كونها إيقاعاً: «وذلك لأنَّها نوع من وفاء الدين»^٢ غير سديد، كيف ومفاد العقد والمنشأ به الذي هو حقيقة الحوالة ليس إلا تحويل ما في الذمَّة إلى ذمَّة غيره، وتكون النتيجة بعد القبول سقوط ما في ذمَّة المحال عليه. وإن شئت فقل: إنَّ حقيقة الحوالة ترجع إلى تمليك المحيل ما على ذمَّة المحال عليه للمحتال بدل أن يمتلك لما في ذمته فيسقط، وهذا عقد خاص، وليس بإيقاع وتملُّك بالمبادلة، وليس وفاء، فتأمَّل.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٧٧ و ٣٧٨.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٥٥.

المحال عليه فليس طرفاً للعقد وإن قلنا باعتبار قبوله^(٤). ويكفي في الإيجاب كل لفظ يدل على التحويل المزبور، مثل «أحللتك بما في ذمتي من الدين على فلان» وما يفيد معناه، وفي القبول ما يدل على الرضا بذلك. ويعتبر في عقدها ما يعتبر في.....

(٤) ذكر الأصحاب في كتبهم: أنه يشترط فيها رضا المحيل والمحتال^١، والمراد صدور العقد منهما مع الرضا القلبي، فإن عقد الحوالة لا يصدر إلاّ منهما، والمحيل هو الموجب، والمحتال هو القابل، فلا إشكال في اعتبار رضاها.

وفي «الجواهر»: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسمية عليه، بل المحكيّ منهما مستفيض أو متواتر، وهو الحجة، مضافاً إلى أصول المذهب وقواعده»^٢.

نعم يظهر الخلاف من بعض العامة في المحتال، قال في «الخلاف»: «المحتال هو الذي يقبل الحوالة، فلا بدّ من اعتبار رضا، وبه قال جميع الفقهاء إلاّ داود؛ فإنه قال: لا يعتبر رضا، ومتى ما أحاله من عليه الحق إلى غيره لزمه ذلك»^٣.

دليلنا: أننا أجمعنا على أنه إذا رضى صحّت الحوالة، وليس على صحّتها مع عدم رضا دليل. وقول النبي ﷺ: «إذا أحيل أحدكم على مليّ فليحتل»^٤، المراد به الاستحباب؛ لأنّه إذا أراد أن يحيله على غيره، استحَبّ له أن يعييه إليه؛ لما فيه من قضاء حاجة أخيه وإجابته إلى ما يبتغيه»^٥.

وسياّتي حكم المحال عليه في المسألة الأولى.

١. راجع غنية النزوع ٢: ١٢٥٧ شرائع الإسلام ٢: ٩٣؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٣٧-٤٣٩ / مسألة ٦٠٢-٦٠٥.

٢. جواهر الكلام ٢٦: ١٦٠.

٣. المجموع ١٣: ٤٢٢؛ بداية المجتهد ١: ٢٩٥؛ البحر الزخار ٦: ٦٧.

٤. السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧٠؛ مجمع الزوائد ٤: ١٢١.

٥. الخلاف ٣: ٣٠٥ / مسألة ١.

سائر العقود^(٥)، ومنها التنجيز على الأحوط.

(٥) قد تعرّض في الكتاب أولاً لبيان حقيقة الحوالة، ثمّ بمن تقوم به الحقيقة، وهو طرفا العقد أو أطرافه، وأشار إلى شرائطهم، ثمّ ذكر العقد من الإيجاب والقبول، فقال: «ويعتبر في عقدها». انتهى.

وهذا إشارة إلى سائر شرائط العقد؛ لسبق شرائط المتعاقد.

وأما الدينان اللذين هما بمنزلة الأعواض في سائر العقود، فحيث إنهما كليّان في المقام فيعتبر فيهما بعض ما يعتبر في الأعواض، كالمالّية والملكيّة والقدرة على التسليم ونحوها، ولم يتعرّض لهما هنا.

وكيف كان، فقد ذكر من شرائط العقد هنا التنجيز، فلا تصحّ الحوالة المعلقة على شرط أو وصف. وعمدة الدليل: الإجماع المدعى على اعتباره في سائر العقود، وقد ادّعاء كثير من الأساطين^١، وليس في المسألة نصّ ولا دليل عقل، فمخالفة الإجماع مشكلة.

وفي «المكاسب» للشيخ الأعظم^٢ ما خلاصته: «ومن جملة الشرائط التنجيز في العقد، بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها، ومقنّ صرّح به الشيخ^٣ والحليّ^٤ والعلامة^٥ وجميع من تأخّر عنه، كالشهيدين^٦ والمحقّق الثاني^٧ وغيرهم^٨، وعن الفخر: أنّ تعليق الوكالة لا يصحّ عند الإماميّة، وكذا غيرها من العقود اللازمة والجائزة^٩. والظاهر عدم الخلاف فيه وإن لم

١. راجع تهذيب القواعد: ٥٣٣؛ كشف اللثام: ٤٨٧؛ جواهر الكلام: ٢٢: ٢٥٢، و٢٣: ٥٠، و٣٤: ١٠٠، مهذب الأحكام

١٦: ٢٤٩، مفتاح الكرامة: ٧: ٥٢٦ ط قديم.

٢. المبسوط: ٢: ٣٩٩، الخلاف: ٣: ٣٥٤ / مسألة ٢٣.

٣. السرائر: ٢: ٩٩.

٤. تذكرة الفقهاء: ٢: ١١٤ ط قديم.

٥. الدروس الشرعية: ٢: ٢٦٤؛ مسالك الأنهار: ٥: ٢٣٩؛ الروضة البهية: ٣: ١٦٨.

٦. جامع المقاصد: ٨: ١٨٠، و٩: ١٤، و١٥: ١٢، و٧٧.

٧. راجع شرائع الإسلام: ٢: ١٥١؛ كفاية الأحكام: ١: ١٧١؛ مفاتيح الشرائع: ٣: ١٨٩، و٢٠٧.

٨. نقله الشيخ الأعظم^{١٠} عن فخر الدين في «شرح الإرشاد»، ولكنّا لم نعرّض عليه، ونقل السيّد العاملي^{١١} عن فخر

(مسألة ١): يشترط في صحة الحوالة - مضافاً إلى ما تقدم - أمور:
منها: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، فلا تصح في غيره وإن وجد

يتمرض الأكثر له في البيع، والوجه في الاشتراط أنه منافي للجزم حال الإنشاء^١.
قال الشهيد في «القواعد»: «لأن الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا إلا مع الجزم^٢، والجزم
ينافي التعليق»^٣.

ثم إنه^٤ جعل التعليق على أقسام، فجعل ما هو معلوم الحصول حين العقد غير قاذح
كقوله: إن كان لي فقد بعته، وما كان معلوم الحصول في المستقبل - وهو المستى بالصيغة -
فهو داخل في معقد الإجماع وإن كان الجزم غير منتفٍ فيه؛ لأنهم جعلوه ممّا لا خلاف فيه،
وما هو مشكوك الحصول في المستقبل وليس صحة العقد معلّقة عليه، فهو المتيقّن من معقد
اتفاقهم، وما كان صحة العقد معلّقة عليه كقوله: بعثك إن كنت عاقلاً، أو: إن قبلت، ففيه
اختلاف^٥. انتهى

وكيف كان: لا دليل غير الإجماعات المدعى.

وفي «التنقيح»^٦: «قد عرفت فقدان الدليل اللفظي على اعتباره، وأنه إنّما ثبت بالإجماع
عليه خاصّة. ومن هنا فلا بدّ في الحكم باعتباره من تتبّع موارد ثبوته، ففي كلّ مورد سمّ
الإجماع على اعتباره فهو، وإلا فلا موجب للالتزام باعتباره»^٧.

١. الإسلام في «شرح الإرشاد». راجع مفتاح الكرامة ٥٢٦: ٧ ط قديم.

٢. المكاسب ٣: ١٦٢ - ١٦٤.

٣. في المصدر: «ولا رضا مع التعليق؛ إذ الرضا يعتمد الجزم» بدل «ولا رضا إلا مع الجزم».

٤. القواعد و الفوائد ١: ٦٥.

٥. الضمير راجع إلى الشيخ الأعظم (رحمه الله).

٦. المكاسب ٣: ١٦٦ - ١٦٨.

٧. لم نجده في «التنقيح»: نعم هو في «مباني العروة الوثقى».

٨. مباني العروة الوثقى ٢: ٢٥١.

سببه^(٦)، كمال الجعالة قبل العمل، فضلاً عما لا يوجد، كالحوالة بما يستقرضه فيما بعد.

(٦) كأن يحيل الجاعل العامل إلى غيره - مدينًا كان أو غير مدين - قبل وصول العامل إلى المقصود، أو يحيل من وعد السبق المسابق إلى أحد قبل تحقق المسابقة؛ فإنَّ السبب موجود محقق، وهو عقد الجعالة، أو يحيل من يريد الاستقراض مقرضه إلى أحد قبل الاستقراض، فلا تحقق للسبب أيضاً.

وفي «العروة الوثقى»: «الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصح في غير الثابت» إلى أن قال: «هذا هو المشهور، لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان، بل لا يبعد الصحة في ما إذا قال: أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد، فرضي ورضي زيد أيضاً؛ لصدق الحوالة وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل، وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض»^١. انتهى (أول الكتاب).

وفي «المستمسك»: «إن امتناع ضمان ما لم يجب أو حوالته إلى غيره من القضايا التي قياساتها معها؛ فإنه إذا لم يجب ولم يثبت فلا دين ولا وجود لعنوان الدائن والمدين، فكيف يعقل النقل الضماني والحوالي.

نعم، يمكن أن يتعهد إنسان بأمر استقبالي بأن يضمنه في الضمان، أو ينقله من ذمته إلى ذمة غيره»^٢.

وأما قوله في «العروة»: «وخذ عوضه من زيد» ففيه: أنه إن أراد أن يتملك المستقرض للمال المقرض بنفسه، ويتملك المقرض بدله في ذمة زيد، فهذا ليس حوالة، بل هو أمر متباين لها لو قلنا بصحته، مع أنه اعتبار لا يقصده العرف وليس مُنصًى عندهم، وإن أراد نقل ما يشتغل ذمته بعد الاستقراض إلى زيد بنحو الوجوب المعلق، بأن ينقل فعلاً ما يشتغل

١. العروة الوثقى ٥: ٤٥٩ - ٤٦٠.

٢. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٨٥ مع تفاوت.

ومنها: تعيين المال المحال به^(٧)؛ بمعنى عدم الإيهام والترديد. وأما معلومية مقداره

ذمته في المستقبل، أو أراد النقل التعليقي على نحو الوجوب المشروط، فكلاهما بإطلاق بالإجماع؛ لأنهما من التعليق في العقد، وهو ظاهر. ونظير ذلك ما لو أحال الزوج زوجته إلى زيد في نفقتها في غيب مثلاً، والقول بصحة ذلك بتعهد أمر مستقبل، وكونه عقداً مستقلاً دعوى مستقل غير مرتبط بالحوالة.

(٧) قد مر في باب الضمان ما يوضح المطلب في المقام. فلو كان على المديون دينان لشخص واحد، كمشرة دنائير ومائة دراهم، أو من من أزر ومن من حنطة، فقال: أحلتك على زيد بأحد الدينين، بطلت الحوالة؛ لعدم عرفية هذا النحو من الحوالة، فلا تشمل أدلة وجوب الوفاء بالعقود، ولا الأدلة الخاصة؛ لانصرافها عنه، قيل: «وذلك لأن المبهم المراد لا مطابق له في الخارج؛ إذ كل ما في الخارج متعين غير مردد، وإذا لم يكن له مطابق في الخارج، امتنع أن يثبت له حكم شرعي يترتب عليه عمل»^١.

قال في «العروة الوثقى»: «نعم لو كان مبهماً، كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك عليّ خذ من فلان. بطل. وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان»، ثم قال: «ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخيري أمكن الحكم بصحته؛ لعدم الإيهام فيه حينئذ»^٢. هذا، واستشكل في الفرق بين إحالة أحد الدينين التي حكم بطلانها وبين إحالة أحدهما على نحو الواجب التخيري التي حكم بصحتها، عدة من المحشئين، فأنكروا الفرق بينهما. وقال المحقق الخوئي^٣ في حاشية الكتاب: «هذا إنما يتم في ما إذا تساوى الدينان كماً وكيفاً، وإلا فهو عين الفرض الذي حكم فيه بالبطلان»^٣. انتهى.

ومراده: أنه مع تساوي الدينين لا مميّز بينهما، فلا إيهام إذا قال: أحلتك بأحدهما، بل هو نظير ما إذا قال: خذ أحد نصفي الدين.

١. قاله السيّد الحكيم^٤ في مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٨٧.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٦٠ - ٤٦١.

٣. المصدر السابق.

وأوضحه تلميذه في «التنقيح»^١ بقوله: «كما لو كان المحيل مديناً يزيد بعشرة دنانير عن ثمن بيع^٢، وبعشرة أخرى عن دين استقرضه منه، فأحاله على عمرو بعشرة دنانير^٣، فإنها محكومة بالصحة جزماً؛ حيث لا خصوصية في الدين إلا من حيث سببه^٤، فتكون الحوالة متعلقة بالجامع قهراً» إلى أن قال: «وبعبارة أخرى: إن الحوالة في القرض^٥ متعلقة بالمعين دون المردّد؛ فإنها إحالة بنصف ما عليه^٦، ثم قال: «وأما إذا اختلف^٧ فالقرض عين فرض الدين مبهماً ومجهولاً^٨، فإنه مبهم مردّد^٩، ولا واقع له حتى في علم الله تعالى^{١٠}»^{١١}.

وفرق في «المستمسك» بين إحالة أحد الدينين مبهماً وبين إحالتهما على نحو التخيير بما حاصله: «أنه يفترق الواجب التخييري عن المردّد أن المردّد لا يكون موضوعاً لحكم شرعي؛ لعدم المطابق الخارجي له، والواجب التخييري يكون موضوعاً للوجوب التخييري، وله مطابق خارجي؛ فإن الواجب التخييري ليس قائماً بالمردّد من الخصال^{١٢}، بل بكل واحدة من الخصال، لكن على نحو يستقط الجميع بفعل واحدة؛ لأن الوجوب تعلّق بها على نحو لا يقتضي فعلها أجمع، فإذا تعلّقت الحوالة بالدينين على وجه التخيير، اقتضت

١. بل في «مباني العروة الوثقى»: «فإننا لم نجده في «التنقيح».

٢. في المصدر: «عن ثمن بيع اشتراه منه».

٣. ورد في المصدر بعد «دنانير»: «خاصة».

٤. ورد في المصدر بعد «سببه»: «وأنه بسبب القرض أو الشراء».

٥. في المصدر: «في هذا القرض».

٦. في المصدر: «فإنها إحالة للمحتال على المعال عليه بنصف ماله عليه المحيل».

٧. ورد في المصدر بعد «اختلف»: «الدينان».

٨. ورد في المصدر بعد «مجهولاً»: «وليس هو شيئاً آخر في قبالة».

٩. في المصدر: «والمردّد».

١٠. في المصدر: «عز وجل».

١١. مباني العروة الوثقى ٢: ٢٥٩.

١٢. في المصدر: «بين الخصال».

أو جنسه عند المحيل أو المحتال فالظاهر عدم اعتبارها، فلو كان مجهولاً عندهما ومعلومًا معيّنًا واقعًا لا بأس به، خصوصاً مع فرض إمكان ارتفاع الجهالة.

ومنها: رضا المحال عليه وقبوله؛ على الأحوط^(٨) فيما إذا اشتغلت ذمته للمحيل بمثل

وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعاً، فإذا وفي أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة إلى الآخر ولم تقض^١ وفائه^٢.

ثم إن الظاهر أن الأمر كذلك لو كان الإبهام والترديد في المحتال بطريق أولى، كما إذا كان مديوناً لشخصين، فأحال أحدهما غير المعين على زيد، وأمّا الجهالة في الدين كتأ أو كيفاً ومن حيث التعجيل والتأجيل وكون أحدهما ذا رهن والآخر بدونه، فلا تضرّ بالصحة سواء آل إلى العلم، أو بقيت على حالها، فيقتصر المحتال والمحال عليه على المتيقّن، أو يتصالحان، أو يتحاكمان مع الاختلاف والنزاع وحكم قيام البيّنة قبل الحوالة وبعدها، وحكم إقرار المحيل بعدها، وكذا ردّه اليمين على المحتال قد علم في باب الضمان.

قال في «العروة الوثقى» في الشرط: «الخامس أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل والمحتال، فلا تصحّ الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر، ويمكن القول^٣ بصحته إذا كان آنلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره...، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن، بل وكذا لو قال: كلّ ما شهدت به البيّنة وثبت، خذه من فلان». انتهى^٤.

(٨) أقول: في المسألة اختلاف ينبغي الإشارة إليه.

قال في «الخلاف»: «المحال عليه يعتبر رضا، وبه قال المزني في اختياره^٥، وإليه

١. في المصدر: «ولم تقض».

٢. مستسك العروة الوثقى ١٣: ٣٨٧.

٣. في المصدر: «أن يقال» بدل «القول».

٤. العروة الوثقى ٥: ٤٦٠.

٥. قل عنه النووي في المجموع ١٣: ٤٣٢.

ذهب أبو سعيد الإصطخري^١، وذكر ابن سريج في «التلخيص»^٢. أن الشافعي ذكر ذلك في الإملاء، والمشهور من مذهب الشافعي أنه لا يعتبر رضا^٣.
 دليلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء من إجماع الأمة على أنه إذا رضى صحّت الحوالة، ولم يدلّ على صحّتها من غير رضا دليل^٤.
 وقال في «المبسوط»: «وأما المحال عليه فلا بدّ من اعتبار رضا؛ لأنّه إذا حصل رضا هؤلاء أجمع، صحّت الحوالة بلا خلاف، وإذا لم يحصل فيه خلاف»^٥.
 وفي «الشرائع»: «ويشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال»^٦.
 وفي «الجواهر» ما حاصله: أنّه هو المشهور، بل عن الأردبيلي^٧ أنّه لم يظهر فيه خلاف، بل في محكي «التذكرة»^٨ نسبته إلى أصحابنا والمختلف إلى علمائنا^٩، ثمّ نقل الخلاف عن عدّة من الأصحاب وعن بعضهم^{١٠} أنّه إن اعتبرنا شغل الذمّة والحوالة بعثل ما عليه فلا يشترط رضا قطعاً وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف، فلا بدّ من رضا قطعاً، إلى أن قال: «ليس للمشهور بعد الإجماع الذي لم تتحقّق، سوى أصالة بقاء الحقّ في ذمّة المحيل المقطوعة بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^{١١} وبإطلاقات الحوالة، ولم أجد القول بأن يكون

١. انظر: المجموع ١٣: ٤٣٢؛ فتح العزيز ١٠: ٣٣٩؛ البحر الزخار ٦: ٦٧.

٢. لم نعر على ذلك الكتاب.

٣. انظر: الوجيز ١: ١٨١؛ المجموع ١٣: ٤٣٢ و ٤٣٣؛ كفاية الأخير ١: ١٧٠.

٤. الخلاف ٣: ٣٠٥-٣٠٦/مسألة ٢.

٥. المبسوط ٢: ٣١٢.

٦. شرائع الإسلام ٢: ٩٣.

٧. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٨.

٨. تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤٠.

٩. مختلف الشيعة ٦: ٣.

١٠. هو الفاضل المقداد رحمته الله في التقيح الرائع ٢: ١٩٣.

١١. المائدة (٥): ١.

هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين. واختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء لا يرجع إلى حاصل؛ ضرورة تسلط الناس على أموالهم، ولذا جازت الوكالة على استيفائه ونقله إلى الغير ببيع وصلح ونحوهما، ودعوى اقتضاء الحوالة النقل - ولا ريب في توقّف الانتقال إلى ذمة الغير على رضاه - ممنوعة بأن الحوالة تقتضي الوفاء بما لهُ في ذمة الغير عمّا في ذمته، والمتعارف من القصد بالتحويل ذلك، لا انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عوضاً عمّا له في ذمته، ولا وجه له مع عدم قصده، فلا يتوقّف على رضاه.

نعم، هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان^١.

وقال في «العروة الوثقى» في الشرط الثالث من شرائط الحوالة، وهو الرضا من المحيل والمحتال: «وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه، وأما إذا كانت بمثل ما عليه، ففيه خلاف، ولا يبعد التفصيل بين أن يحوّل عليه بما لهُ عليه، بأن يقول: أعطه من الحقّ الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه؛ فإنّه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه وإن كان ينحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكّله؛ فإنّ ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء، وبين أن يحوّل عليه من غير نظر إلى الحقّ الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء، فيعتبر رضاه؛ لأنّ شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة»^٢. انتهى).

أقول: في كلا شقّي ما ذكره إشكال.

أما الأول - الذي حكم فيه بعدم الحاجة إلى القبول - ففيه: أنّه إذا كان المحيل أراد بقوله: «أعطه من حقّي» اشتغال ذمة المأمور للمحتال، فكيف لا يحتاج إلى رضاه وقبوله؟ وكيف لا يخالف قاعدة تسلط الناس على أنفسهم المستفادة من قاعدة «تسلط الناس على أموالهم» ومن غيره من النصوص؟ ومعه كيف يكون المحال عليه بمنزلة الوكيل على أنّه لو كان وكيلاً

١. إلى هنا كلام «الجواهر» أورده المصنّف مقطعاً. جواهر الكلام ٢٦: ١٦١ و ١٦٢.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٥٧ - ٤٥٩.

ما أحال عليه، وعلى الأقوى في الحوالة على البريء، أو بغير جنس ما على المحال عليه.
(مسألة ٢): لا يعتبر في صحة الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بالدين للمحيل، فتصح

خرج المورد من الحوالة؛ فإن المحال عليه الوكيل لا تشتغل ذمته للمحتال أصلاً، لا قبل الأداء ولا بعده؟ نعم تبرأ ذمته عن دين المحيل بعد أداء المال إلى المحتال، والحوالة سبب لاشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمته عن دين المحيل بمجرد العقد.

وأما الثاني: فلائه إذا لم يلاحظ الدين الذي على المحال عليه، كان المورد من قبيل الحوالة على البريء حقيقة؛ إذ المراد من الحوالة على مشغول الذمة جعل ما في ذمته بدلاً عن دين المحيل؛ ليشغل ذمته للمحتال، فمع عدم ملاحظته، - كصورة عدم علمهم بالدين - يكون من الحوالة على البريء، فلا وجه لعدّه في مقابل ذلك.

وبالجملة، الظاهر عدم اعتبار رضاه في هذه الصورة؛ لعدم دليل عليه، مع أن قاعدة «تسلط الناس على أموالهم» مُحكّمة بالنسبة للمحيل والمحال، والاحتياط في المتن لعلّه لوجود الشهرة من القدماء، بل حكى عن الأردبيلي^١ دعوى عدم الخلاف فيه، بل جعله بعضهم طرفاً للعقد؛ لاشتراط رضاه فقط، ولذا قال الأستاذ البروجردي^٢ في حاشية الكتاب ما لفظه: لو لا ما يحكى عن المشهور من اعتباره لكان عدم اعتباره قوياً جداً، لأنّ ما ذمته ملك للمحيل، وهو مسلط على ملكه يتصرّف فيه ما شاء^٣.

ولعلّه لذلك فيها أفتى بالاشتراط عدّة من محشّي ذلك الكتاب. ومنه يظهر وجه الحاجة إلى قبول المحال عليه في الحوالة على البريء وبغير الجنس؛ فإن جعل ذمة الغير مشغولة بشيء لأحد بدون رضاه خلافاً سلطنته على نفسه، كما في سائر الموارد، ومن مصاديقه أيضاً الحوالة بغير الجنس؛ فإنّ غير الجنس ليس على ذمة المحال عليه، فإحالة المحتال عليه يكون من الحوالة على البريء، فيحتاج إلى القبول، كما أنّ تبديل ما عليه بغيره كذلك، ولا يتحقّق بإنشاء المحيل وقبول المحال بدون قبول المحال عليه الذي عليه الحقّ.

١. حكاة في جواهر الكلام ٢٦: ١٦١. راجع مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٨.

٢. البروة الوفا ٥: ٤٥٨، ذيل الهامش ٦.

الحالة على البريء على الأقوى (٩).

(٩) قال في «الخلافة»: «إذا أحاله على من ليس له عليه دين، وقبل الحالة، صحت الحالة، وقال الشافعي: إذا أحاله^١ على من ليس عليه دين، فالمذهب أن ذلك لا يصلح؛ لأنه إذا لم تجز الحالة عليه بجنس آخر غير الذي عليه، فالأولى أن لا تجوز إذا لم يكن عليه حق^٢. دليلنا: أن الأصل جواز ذلك والمنع يحتاج إلى دليل^٣».

وقال في أواخر الكتاب: «الحالة عند الشافعي بيع^٤، وليس لأصحابنا في ذلك نص. والذي يقتضيه المذهب أن نقول: إنه عقد قائم بنفسه؛ لأنه لا دليل على أنه بيع، وليس من ألفاظ البيع، والحاقه به قياس لا يجوز عندنا؛ لبطلان القول بالقياس^٥».

وقال في «المبسوط»: «إن^٦ الحر الذي ليس له في ذمته شيء، يصح الحالة عليه إذا قبله. وفيه وجهان:

أحدهما: يصح لأنه إلتزام مال في الذمة كالضمان.

والثاني: لا يصح وهو الأقوى؛ لأن من شرط الحالة أن يكون له عليه دين، وأيضاً فإنه أحوال بغير دينه^٨».

وفي «السرائع»: «ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين^٩».

وفي «الجواهر»: «وفاقاً للمشهور، بل عن «السرائر»^{١٠} الإجماع عليه، وهو الحجة بعد

١. في المصدر: «أحوال».

٢. في المصدر: «الحق».

٣. المجموع ٣: ٤٣٠؛ السراج الوهاج: ٢٣٨؛ مغني المحتاج ٢: ١٩٤؛ فتح العزيز ١٠: ٣٣٩.

٤. الخلافة ٣: ٣٠٦ / مسألة ٢.

٥. المجموع ١٣: ٤٦٦؛ كفاية الأخيار ١: ١٦٩؛ مغني المحتاج ٢: ١٩٣.

٦. الخلافة ٣: ٣٠٩ / مسألة ٩.

٧. في المصدر: «وذلك أن».

٨. المبسوط ٢: ٣٢١.

٩. شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

١٠. السرائر ٢: ٧٩.

(مسألة ٣): لا فرق في التحال به بين كونه عيناً ثابتاً في ذمة المحيل^(١٠)، وبين كونه

إطلاق النصوص السابقة وعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^١ والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها....، وبني الخلاف بعضهم على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا تجوز، وعلى الثاني^٢ تجوز وفيه: أن الأصح كونها أصلاً برأسه وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال والاعتياض في بعض آخر^٣.

وعن «جامع المقاصد»: أن مبنى القولين أن الحوالة استيفاء أو اعتياض. فعلى الأول يجوز، وعلى الثاني لا يجوز^٤.

وعن «مفتاح الكرامة»: أن ما نقله المحقق الثاني من تخريجات الشافعية، وإنما هي أصل برأسه وعقد مفرد^٥. انتهى.

والظاهر أنه لا إشكال في كونها عقداً مستقلاً عند العقلاء مطلقاً، كانت إلى مشغول الذمة أو إلى البريء، فيشمها أدلة العقود.

(١٠) في «الشرائع»: «ويشترط في المال أن يكون معلوماً ثابتاً في الذمة، سواء كان له مثل، كالطعام، أو لا مثل له، كالعبد والثوب»^٦.

أقول: لم يمثل الأكثر للمال الثابت في الذمة إلا بالأعيان الثابتة فيها مثلية أو قيعية، بل خص جواز الحوالة بعض بالمثلثات، بل عن الشيخ في أحد قوليه، وعن ابن حمزة المنع عن صحة الحوالة في القيميّات^٧ مستدلين عليه بالجهالة، ولا يخفى عليك الإشكال فيه؛ فإن الحوالة تتحقق بعد فرض اشتغال ذمة المحيل بالمثل أو القيمة، والجهالة في القيمي إن كانت

١. المائدة (٥): ١.

٢. راجع تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٣٩ و ٤٤١ / مسألة ٦٠٥-٦٠٦: ٦٠٥؛ جامع المقاصد ٥: ٣٦٨؛ الحدائق الناضرة ٢١: ٥٨.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٦٥.

٤. نقل بالمعنى. راجع جامع المقاصد ٥: ٣٥٩.

٥. مفتاح الكرامة ٥: ٤٠٦ و ٤٠٧ طقديم.

٦. شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

٧. البسوط ٢: ٣١٢؛ الوسيلة: ٢٨٢.

منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة^(١١)، فتصح إحالة مشغول الذمة بخياطة ثوب أو زيارة أو صلاة أو حج أو قراءة قرآن ونحو ذلك على بريء أو على من اشتغلت ذمته له بمثل ذلك. وكذا لا فرق بين كونه مثلياً كالحنطة والشعير، أو قيمياً كالغنم والثوب بعد ما كان موصوفاً^(١٢) بما يرفع الجهالة، فإذا اشتغلت ذمته بشاة موصوفة - مثلاً - بسبب كالسلم، جاز له إحالتها

فإنما هي في ما يثبت في الذمة بعد تحقق السبب، كالإتلاف مثلاً، مع أنه لا جهالة في ذلك غالباً. كما إذا اشتغلت الذمة به ببيع موصوفاً حالاً أو سلباً، أو جعله صدقاً في النكاح كذلك، وكذا لو أتلفه فإنه إما أن تشتغل الذمة بنفس المتلف القابل للتقويم بأوصافه أو بقيمته كذلك، مع أنها تؤول إلى العلم، مع أن جهالة ما في الذمة غير مانعة عن الصحة كما عرفت. وقال في «الجواهر»: «بل يبعد - إن لم يكن إجماعاً - جواز الحوالة بالإعمال على البريء أو مشغول الذمة للمحيل بمثلها بناءً على أنه بحكم المال بدليل صحة وقوعها ثناً للمبيع وعوضاً للخلع ومهرأ في النكاح^١، وحينئذ فيصح إحالة مشغول الذمة لقراءة القرآن وزيارة أو صلاة أو حج أو غير ذلك على بريء أو مشغول الذمة بمثل ذلك»^٥. انتهى.

(١١) وقد مر في الضمان أن العمل المشروط صدوره من شخص بإجارة ونحوها يقبل الانتقال إلى غيره، وهو مأخوذ في حقيقة الضمان، ونظيره الحوالة بعينها.

(١٢) ظاهره أن المراد: بعد ما كان القيمي المحال به الثابت في ذمة المحيل معلوماً قبل الحوالة.

وفيه: أن الجهالة غير مانعة عن صحة الحوالة كما عرفت، فلو علم باشتغال ذمته بغنم أو ثوب مثلاً، جازت الحوالة ولو لم يعلم الوصف، وعدم العلم بما في الذمة قد يكون نسيان أوصاف المبيع سلباً، وقد يكون من جهة كون السبب الإتلاف مع الجهل بالوصف.

١. في المصدر: «أو على».

٢. ورد في المصدر بعد «النكاح»: «من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره».

٣. في المصدر: «بقراءة».

٤. في المصدر: «أو على».

٥. جواهر الكلام ٢٦: ١٦٩.

على من كان له عليه شاة بذلك الوصف أو كان بريئاً.

(مسألة ٤) : لا إشكال في صحة الحوالة مع اتحاد الدين المحال به مع الدين الذي على المحال عليه ؛ جنساً ونوعاً^(١٣) ، وأما مع الاختلاف ؛ بأن كان عليه لرجل - مثلاً - دراهم وله على آخر دينانير ، فيحيل الأول على الثاني ، فهو على أنحاء^(١٤) : فتارة : يحيل الأول بدراهمه على الثاني بالدينانير ؛ بأن يأخذ منه ويستحق عليه بدل الدراهم الدينانير . وأخرى : يحيله عليه بالدراهم ؛ بأن يأخذ منه الدراهم ، ويعطي المحال عليه بدل ما عليه من الدينانير الدراهم . وثالثة : يحيله عليه بالدراهم ؛ بأن يأخذ منه دراهمه وتبقى الدينانير على حالها . لا إشكال لي صحة النحو الأول ، وكذا الثالث ، ويكون هو كالحوالة على البريء . وأما الثاني ففيه إشكال ، فالأحوط - فيما إذا أراد ذلك - أن يقلب الدينانير التي على المحال عليه بدراهم بناقل شرعي أولاً ، ثم يحال عليه الدراهم ؛ وإن كان الأقوى صحته مع التراضي .

(١٣) المسألة واضحة .

(١٤) الظاهر خروج النحو الثالث عن مورد الكلام ، وهو الحوالة على مشغول الذمة ، كما هو ظاهر عنوان المسألة ؛ فإنه من الحوالة على البريء ، واشتغال ذمة المحال عليه بشيء أو أشياء ، لا تلاحظ عند الحوالة لا يخرجها عن الحوالة إلى البريء ؛ فإن المراد بالحوالة على المشغول جعل ما في ذمته منتقلاً إلى المحتال عوضاً عما في ذمة المحيل .

وكيف كان ، الفرق بين النحو الأول والثاني ، أن الأول بمنزلة أداء الدين بغير الجنس ، فاللازم تحصيل رضا المحتال إما برضاه بأخذ غير الجنس عوضاً عن الجنس ، والقول بكفاية هذا الرضا في حصول التبادل ، فيستحق المحتال الدينار على المحال عليه بدل دراهمه ، أو بإيقاع التبادل على نحو آخر ، كأن يبيع المحيل شيئاً للمحتال في مقابل دراهمه ، ثم يشتريه بالدينانير ، ثم يحيله بها على المحال عليه .

وأما الثاني : فطرف المعاملة فيه المحال عليه بأن يعطي بدل الدينانير دراهم للمحتال ، وذلك أيضاً إما بالقول بحصول التبادل بمجرد رضاه بإعطاء الدينانير بدل الدراهم والقول بكفاية ذلك في التبادل ، أو يتبادلا قبل الحوالة بصلح أو يبيع المحال عليه شيئاً من المحيل

(مسألة ٥): إذا تحققت الحوالة جامعة للشروط برئت ذمة المحيل عن الدين وإن لم يبرئه المحتال، واشتغلت ذمة المحال عليه للمحتال بما أُحيل عليه^(١٥). هذا حال المحيل مع المحتال والمحتال مع المحال عليه. وأمّا حال المحال عليه مع المحيل، فإن كانت الحوالة بمثل ما عليه برئت ذمته ممّا له عليه، وكذا إن كانت بغير الجنس وقعت على النحو الأول والثاني مع التراضي. وأمّا إن وقعت على النحو الأخير، أو كانت الحوالة على البريء، اشتغلت ذمة المحيل للمحال عليه بما أحال عليه، وإن كان له عليه دين يبقى على حاله.

بدل الدينانير، ثمّ شرائه منه بالدرهم، ثمّ إنشاء الإحالة.

(١٥) قال في «العروة الوثقى»: «والقول بالتوقّف على البراءة^١ ضعيف، والخبر الدالّ على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال، المراد منه القبول، لا اعتبارها بعد أيضاً. انتهى»^٢.

والخبر المزبور صحيح زرارة الماضي عن أحدهما^٣: في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت ممّالي عليك، فقال^٤: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^٥. وذيل الخبر في «الوسائل» بقوله: حمل بعض علمائنا الإبراء على قبول الحوالة وعدمه على عدمه.

أقول: في صحيح أبي أيوب الماضي عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أيرجع عليه؟ قال^٦: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^٧.

ونظيره بعينه صحيح منصور بن حازم^٨ وغيرهما من النصوص الدالة على عدم الرجوع، فتتعارض مع الصحيح المزبور، والجمع الدلالي بينها بوجود:

١. في المصدر: «إبرائه».

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٦٤ / مسألة ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣٤، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٣.

(مسألة ٦): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على غنى^(١٦) غير معاظم،

الأول: حمل الصحيح على صورة ظهور إفلاس المحال عليه بعد القصد والإبراء بقرينة الصحيحين وغيرهما، والمعنى أنه في صورة انكشاف الإفلاس إن كان قد أبرأ المحتال ذمة المحيل بعد العقد، فليس له الرجوع عليه؛ لأن العقد وإن كان قابلاً للفسخ حينئذٍ، لكن الإبراء الواقع بعده غير قابل له، وعلى هذا فيبقى الصحيحان على ظهورهما في غيره صورة الإفلاس، ويدلّ أن على صحة الحوالة وعدم جواز الرجوع، ولا تنافي حينئذٍ بين النصوص وعمومات صحة العقود.

والثاني: حمل الصحيحين على صورة الإبراء بعد العقد بقرينة الصحيح، فيكون مقتضى طبع الحوالة جواز الرجوع في غيره صورة الإبراء، وكذا في صورة انكشاف الإعسار، وإن أبرأ، وهذا الحمل يتنافى عموم «أوفوا بالعقود» والسيرة الجارية على ترتيب آثار اللزوم على الحوالة، وكذا نفوذ إبراء الذمة وإن تخيّل الإعسار.

الثالث: حمل الصحيح الأول على أن المراد بقوله: «فيقول الذي احتال: برئت» أن يقول المحتال: قبلت الحوالة؛ فإنّ لازمه براءة ذمة المحيل، ويكفي في القبول مطلق ما دلّ على المطلوب، ويكون المراد بقوله: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه»، أي إذا قبل الحوالة فليس له أن يرجع، وهذا هو الذي نقله في «الوسائل»^١ عن بعض العلماء وقبله صاحب العروة^٢، ولا بأس به وإن كان خلاف ظاهر الصحيح.

(١٦) نقل في «الجواهر»^٣ الإجماع بقسميه على المسألة، وعن «الخلافاً»^٤ و«الغنية»^٥ و«المبسوط»^٦ و«التذكرة»^٧ وغيرها إجماع المسلمين عليه، وذكر المسألة هنا مع أنها تعلم

١. وسائل الشريعة ١٨: ٤٣٣، كتاب الضمان، الباب ١١، الحديث ٢ وذيله.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٦٤.

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٦٦.

٤. الخلاف ٣: ٣٠٥ / مسألة ١.

٥. غنية النزوع ٢: ٢٥٧.

٦. المبسوط ٢: ٣١٢.

٧. تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٢٦ / مسألة ٥٩٤.

ولو قبلها لزم وإن كانت على فقير معدم مع علمه بحاله، ولو كان جاهلاً فبان إعساره وفقره وقت الحوالة، فله الفسخ والمود على المحيل، ولا فسخ مع الفقر الطارئ، كما لا يزول الخيار باليسار الطارئ.

(مسألة ٧): الحوالة لازمة بالنسبة إلى كلٍّ من الثلاثة، إلا على المحتال مع إعسار المحال عليه وجهله^(١٧) بالحال، كما أشرنا إليه، والمراد بالإعسار: أن لا يكون عنده ما يوفي به الدين زائداً على مستثنياته. ويجوز اشتراط خيار الفسخ^(١٨) لكلٍّ منهم.

من اشتراط رضا المحتال وكونه طرفاً للإيجاب لعلمه من جهة ما نقل من مخالفة زفر من العامة^١، حيث إنّه قال بوجوب القبول على المحتال، وكأنّه يتخيّل أنّ الحوالة نوع من أداء الدين، وليس للدائن الامتناع من الأخذ إذا كان معجلاً، أو حان أجله، لكنّه فاسد؛ فإنّ ذلك إجراء عقد جديد؛ لينتهي إلى الأداء، نظير ما أجبر الدائن بشراء شيء من أموال المدين بالدين أو بما يساويه؛ لينتهي إلى التهانر.

وقوله: «فله الفسخ» لما مرّ من صحيح أبي أيوب، ومنصور بن حازم، من قوله^٢: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس». والظاهر رجوع الضمير في «أفلس» إلى المحتال عليه.

(١٧) كان الأولى في التعبير الإفلاس دون الإعسار تبعاً للنص؛ لأنّ الظاهر أنّ المراد بالإفلاس أيضاً ذلك.

قال في «العروة الوثقى»: «والمراد بالإعسار^٣ أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم، ولا يعتبر فيه كونه محجوراً^٤». انتهى. ذلك لإطلاق نصوص الباب.

(١٨) لمعوم «المؤمنون عند شروطهم»^٥، بل ولعموم وجوب الوفاء بالعقود بعدما كان

١. راجع المصادر الماضية، ومستمدك العروة الوثقى ١٣: ٣٩٥.

٢. في المصدر: «من الإعسار».

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٦٤.

٤. وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

(مسألة ٨) : يجوز الترامي في الحوالة بتعمد المحال عليه واتحاد المحتال^(١٩)، كما لو أحال المديون زيداً على عمرو، ثم أحاله عمرو على بكر، وهو على خالد وهكذا، أو بتعمد المحتال مع اتحاد المحال عليه، كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه، ثم أحال هو من عليه دين على ذلك المحال عليه وهكذا.

الشرط في ضمن العقد وصار كالجزء منه .

(١٩) ذكر المسألتين في «التذكرة»^١ وغيرها، والظاهر أنه لا إشكال فيهما موضوعاً وحكماً؛ لأن الكل حوالة، ولا قصور في أدلة الوفاء بالعقد والشرط، وذكر في «العروة الوثقى»^٢ الدور في الحوالة أيضاً، كأن يحيل المديون دائنه إلى زيد، فيحيله زيد ثانياً إلى المحيل الأول بلا واسطة أو بوسائط، وهذا يكون على صور؛ فإنه إما أن تكون الحوالتان كلتاهما على البريء أو تكونا على مشغول الذمة، كأن كان المحيل الدائن من المحال عليه مديوناً له أيضاً، أو تكون إحداهما حوالة على البريء، والأخرى على مشغول الذمة، كأن يكون المحيل دائناً من المحال عليه غير مديون له، أو يكون مديوناً له غير دائن.

ثم إن أريد بالدور في الحوالة كون المحيل مديوناً للمحتال ثانياً، فهو في صورة وحدة المحتال وتعدد المحال عليه، وإن أريد من الدور رجوع الدين الذي كان للمحيل على المحال عليه إلى المحيل ثانياً، فهو في صورة تعدد المحتال ووحدة المحال عليه .

وكيف كان، فالجميع من مصاديق الحوالة موضوعاً، فيشملة أدلة الباب من عموماته وخصوصاته حكماً.

وأما الترامي في الحوالة - كما ذكر في المتن - فقد ذكره أكثر الأصحاب^٣ ونص عليه في «الشرائع»^٤، و«القواعد»^٥ وغيرهما، ولا إشكال في صحته؛ فإن كل واحد من المصدقين

١. تذكرة الفقهاء، ١٤: ٤٣٠ / مسألة ٥٩٨، و ٤٧٦ / مسألة ٦٢١.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٦٥.

٣. راجع إرشاد الأنهار ١: ٤٠٢؛ اللغة الدمشقية: ١٣٧؛ غايه المراد ٢: ٢٢٥؛ الصدايق الناضرة ٢١: ٥٦؛ مفتاح

الكرامة ٥: ٤١٠ ط قديم.

٥. فواحد الأحكام ٢: ١٦٣.

٤. شرائع الإسلام ٢: ٩٤.

(مسألة ٩): لو قضى المحيل الدين بعد الحوالة برئت ذمة المحال عليه^(٢٠)، فإن كان ذلك بمسأله رجع المحيل عليه، وإن تبرع لم يرجع.

(مسألة ١٠): لو أحال على بريء وقبل المحال عليه، هل له الرجوع على المحيل بمجرد، أو ليس له إلا بعد أداء الدين للمحتال؟ الأقرب الثاني^(٢١).

أو المصاديق التي بها يتحقق عنوان الترامي فرد خاص من الكلّي المحكوم بالصحة، يشملها عموماً وجوب الوفاء بالعقد والعهد والشرط ونحوها.

(٢٠) قال في «العروة الوثقى»: «لو تبرّع أجنبي عن المحال عليه، برئت ذمته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وكذا لو تبرّع المحيل عنه»^١.

والمسألة الأخيرة ممّا ذكر من مصاديق المسألة الأولى، وأداء دين الغير ممّا لا إشكال فيه وإن لم يرض به المدين.

(٢١) في الحوالة على البريء إذا تمّ عقد الحوالة، وانتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، لا إشكال في جواز رجوعه إلى المحيل بعد أداء مال الحوالة إلى المحتال، وفي جوازه بعد تمام الحوالة وقبل الأداء وجهان، بل قولان:

أحدهما: ما ذهب إليه المشهور، وهو عدم جواز الرجوع إلا بعد الأداء. وعكّوه بأنّ ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه بمجرد العقد وإن عدّ العقد وفاءً بالنسبة إلى المحيل والمحتال، بل الاشتغال بعد الأداء. وأيد هذا أغلب محشّي «العروة الوثقى» ففي حاشية المحقّق النائيني: إنّ ذلك هو الصحيح؛ فإنّ استيفاء مال الغير الموجب لضمّانه إنّما يحصل بالأداء، لا بمجرد الاشتغال^٢.

قال: ولا يقاس هذا بصورة الحوالة على مشغول الذمة؛ فإنّ فيها يشتغل ذمة المحيل بالمحال عليه بمجرد العقد؛ ليحصل التهاثر بين ذلك والدين الذي له على المحال عليه، وإن لم نقل بذلك لزم اشتغال ذمة المحال عليه لكلّ من المحيل والمحتال بذلك المال

١. العروة الوثقى ٥: ١٦٥.

٢. نقل بالمعنى والتصرف. راجع العروة الوثقى ٥: ١٦٩، حاشية المحقّق النائيني.

(مسألة ١١): لو أحوال البائع من له عليه دين على المشتري، أو أحوال المشتري البائع

قبل الأداء^١.

وقرب المطلب في «التنقيح»^٢ بعد اختياره صحة قول المشهور بقوله: «فإن اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل. ومجرد لزوم المجانية في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يصلح دليلاً لإنيات اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه بعد أن لم يكن يترتب عليه أي ضرر أو نقص مالي بالنسبة إلى المحال عليه قبل الأداء في الخارج؛ إذ الضرر إنما يترتب على أدائه للمال؛ حيث يستلزم ذلك نقصاً في ماله مستنداً إلى أمر المحيل. فيصح له الرجوع عليه؛ لكونه من موجبات الضمان بالسيرة العقلانية القطعية^٣. وبعبارة أخرى: أن اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل من نص أو سيرة أو معاوضة. ولا شيء^٤ منها موجود بالقياس إلى المحيل، فلا وجه لاشتغال ذمته^٥». فالمقام كالضمان.

الثاني: جواز رجوعه بمجرد العقد، قال في «العروة الوثقى»: «والأقوى حصول الشغل بالنسبة للمحيل^٦ بمجرد قبول المحال عليه؛ إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد، فكذا في حصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً».

وكذا في الضمان إلا أن الدليل دلّ فيه على التوقف على الأداء، فله الرجوع على المحيل قبل الأداء^٧، وكذا لو أبراه المحتال، أو وقاه بالأقل، أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله

١. نقل كلام المحقق النائيني رحمته الله بالتصرف.

٢. بل في «مباني العروة الوثقى»: «فإنه غير موجود في «التنقيح».

٣. ورد في المصدر بعد «القطعية» نحو سطرين من العبارة.

٤. في المصدر: «تقتضي ذلك، وحيث إنه لا شيء» بدل «ولا شيء».

٥. في المصدر: «للحكم باشتغال» بدل «لاشتغال».

٦. مباني العروة الوثقى ٢: ٢٨٢-٢٨٣.

٧. في المصدر: «إلى المحيل».

٨. ورد في المصدر بعد «في»: «في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له و».

٩. في المصدر: «ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن

بالمثل على شخص آخر، ثم تبين بطلان البيع، بطلت الحوالة^(٢٢)، بخلاف ما إذا انفسخ البيع بخيار أو بالإقالة، فإنه تبقى الحوالة ولم تتبع البيع فيه.

عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً^١.

وقربه في «المستمسك»: «بأن من أسباب الضمان عرفاً استيفاء مال الغير، والمحيل هنا قد استوفى مال المحال عليه باشتغال ذمته، لا فراغ ذمة نفسه» إلى أن قال: «والأداء إلى المحتال^٢ لمصلحة المحال عليه، لا لمصلحة المحيل؛ فإن مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة، وبها كان فراغ ذمته وصلاح حاله، والأداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه، ولا يرتبط بالمحيل حتى يكون استيفاء له من المحيل»^٣.

(٢٢) المسألة تشتمل على صور؛ فإن المحيل إما أن يكون هو البائع، أو يكون هو المشتري. وعلى التقديرين، فإما أن يتحقق قبض المحتال بعد الحوالة وقبل انحلال البيع، أو لا يتحقق. وعلى التقادير، فإما أن يكون الانحلال بانكشاف بطلانه من أصله، أو يكون بحصول الفسخ، أو الانفساخ من حينه.

وعمدة البحث في الصور التالية :

الأولى : أن يكون المحيل البائع، فيحيل دائنه إلى المشتري بالمثل، فالمحتال دائن البائع، والمحال عليه المشتري، ثم يظهر بطلان البيع من أصله؛ فإنه قد وقع الكلام في بطلان الحوالة الواقعة وعدمه تبعاً لبطلان البيع، فحكم في «الشرائع»^٤ و«القواعد»^٥ و«جامع المقاصد»^٦ و«المسالك»^٧ وغيرها ببطلانها. وعن فخر المحققين^٨

«الإجماع وغير الصلح دلاً على التوقف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة. وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل «بدل» وكذا في الضمان... قبل الأداء».

١. العروة الوثقى ٥: ٤٦٧.

٢. في المصدر: «وأن الأداء إنما يكون» بدل «والأداء إلى المحتال».

٣. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٤٠٥.

٤. شرائع الإسلام ٢: ٩٥.

٥. قواعد الأحكام ٢: ١٦٤.

٦. جامع المقاصد ٥: ٣٧٢.

٧. مسالك الأنهار ٤: ٢٣٣.

دعوى الإجماع عليه^١.

والظاهر أن مرادهم بطلان الحوالة من أصلها، لا من حين ظهور بطلان البيع .
وعُلِّل في «العروة الوثقى»^٢ البطلان بأن المشتري وإن كان محالاً عليه، ويجوز الحوالة على البريء، إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن على عهده، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه، وبهذا دفع الإشكال في «مفتاح الكرامة»^٣ و«الجواهر»^٤.

ويمكن الخدشة في ذلك بأن حقيقة الحوالة على ما عرفت تحويل المديون ما في ذمته إلى ذمة غيره، وهذا بنفسه لا يستلزم اشتغال ذمة الغير بالمحيل، فاللازم أن يقال: إنه لو كان ذلك مقيداً باشتغال ذمة الغير، وإنه لولا ذلك لما احتاله، كان الحق بطلان الحوالة في المقام؛ لظهور عدم تحقق القيد، فلا مقيد، ولا يبعد أن يكون المقام كذلك إلا إذا علم عدم القيدية وأن ذلك دافع أو غير ملحوظ أصلاً.

الثانية: أن يكون المحيل المشتري، فيحيل البائع إلى مدينه، فالمحتال البائع، والمحال عليه شخص آخر، هو المدين للمشتري، ولا إشكال في الفرض في بطلان الحوالة إذا انكشف بطلان البيع؛ فإنه إذا انكشف عدم وجود دين على المحيل، بطلت الحوالة بلا إشكال؛ إذ هي إحالة من عليه الدين دائنه إلى غيره، دون من ليس عليه دين .

ثم إنه لا فرق في صورتين بين حصول القبض من المحتال وعدمه، فيرجع المشتري في الصورة الأولى إلى المحتال بما أخذه بعنوان الحوالة، كما أنه يرجع الشخص الآخر مدين المشتري بما أذاه إلى البائع في الصورة الثانية .

الثالثة: إحالة البائع دائنه إلى المشتري، ثم حصول الفسخ أو الانقضاء أو الإقالة في

١. لم نعر عليه، نعم نقله عن فخر الإسلام في «شرح الإرشاد» في مفتاح الكرامة ٥: ١١٨ ط قديم.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٧٣.

٣. مفتاح الكرامة ٥: ٤١٨ ط قديم.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٨٥.

البيع الواقع، فهل تبطل الحوالة أيضاً تبعاً للبيع، أم لا؟

الظاهر عدم البطلان؛ فإن الحوالة من قبيل التصرفات اللازمة الواقعة على الثمن بعد انتقاله إلى البائع، فالحكم فيها نظير سائر العقود إذا وقعت على المبيع من المشتري، أو على الثمن من البائع؛ فإنها لا تبطل ببطلان البيع وانفساخه من بيع وإجارة ووقف وهبة وغيرها، فإن صدق بعد انفساخ البيع بقاء المبيع أو الثمن، ردّ عينه، وإن صدق عدم بقائه ردّ بدله، فإذا وقعت الحوالة من البائع فقد تصرف في الثمن بنقله إلى دائنه، كما أنه وقع التصرف في الثمن أيضاً بإحالة المشتري البائع إلى مدينه، ولا فرق بين حصول القبض من المحتال وعدمه؛ لأنّ التصرف يكون بنفس عقد الحوالة.

ومنه يعلم الحال في الصورة الرابعة، وهي إحالة المشتري البائع إلى مدينه؛ فإن البائع أيضاً قد تصرف في الثمن بالمعاملة، فلا تبطل ببطلان البيع.

قال في «العروة الوثقى»: «وما عن الشيخ^١ وبعض آخر^٢ من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية، وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي؛ لأنها تتبع البيع في هذه الصورة؛ حيث إنها بين المتبايعين، بخلاف الصورة الأولى ضعيف، والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة، نعم هي تبع للبيع؛ حيث إنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين»^٣. انتهى.

وأجاب عن ذلك في «المستمسك» بما حاصله: أنه في الصورة الثانية لثا كان المشتري قد حوّل البائع بالثمن، فالبايع يقبض الثمن من المحوّل عليه، فإذا بطل البيع رجع الثمن إلى ملك المشتري. أمّا في الصورة الأولى فالبايع حوّل غريمه على الثمن، فالمقبوض للغريم هو الثمن، فإذا بطل البيع بالفسخ امتنع أن يرجع الثمن المقبوض للغريم إلى المشتري؛ لأنّه

١. المبسوط ٢: ٣١٦.

٢. راجع شرائع الإسلام ٢: ٩٦؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٠٣؛ مسالك الألفهام ٤: ٢٣٣.

٣. المبسوط ٢: ٣١٦.

(مسألة ١٢): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائته عليه ليدفع إليه وقبل المحتال، وجب عليه دفعه إليه، ولو لم يدفع فله الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته (٢٣).

ليس ملكاً للبائع، بل هو مضمون على البائع ضمان المعاوضة، فيرجع المشتري به على البائع الضامن له، فيكون كما إذا اشترى البائع بالثمن ثوباً، فإنه لا يرجع الثوب إلى المشتري بالفسخ.

وبالجملة، في الصورة الثانية ينتقل الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة المحال عليه ومنها إلى البائع، فلا تبدل في نفس المال، بل في الذمة، فإذا انفسخ البيع رجع إلى المشتري؛ لأنه عين الثمن. وهذا بخلاف الصورة الأولى؛ فإنه لم يبق الثمن في ملك البائع، بل انتقل إلى دائته، فلا معنى لرجوعه بعينه إلى المشتري^١.

وفيه: أن الواصل إلى البائع من مدين المشتري ليس عينه ملكاً للمشتري حتى يرجع إليه بالفسخ، بل هو بدله، والمبادلة واقعة بالحوالة، فإنها إما إسقاط لما في ذمة المشتري وإحداث دين في ذمة المحال عليه، أو تبديل ما في الذمة إلى آخر، فتستقر هذه الحوالة، وتبرأ ذمة المحال عليه من دين المشتري، وتستغل بدین البائع، أو تبرأ من دينه أيضاً بالقبض، فتلف الثمن الذي كان على المشتري، فإذا انفسخ البيع ورجع المبيع إلى البائع، اشتغلت ذمته ببذل الثمن للمشتري. وهذا معنى صحة الحوالة وعدم بطلانها بانفساخ البيع. (٢٣) هذا حوالة لغوية لا اصطلاحية؛ لعدم اشتغال ذمة المحال عليه بالمحيل، وعدم

انتقال الدين من ذمة إلى ذمة، وعدم كون المال في الذمة، بل في الخارج.

وقوله: «وقبل المحتال» مبني على أنه يمكن للدائن أن لا يقبل الرجوع إلى أحد غير المدين ولو كان ذلك سهلاً عليه يسيراً، وهذا بإطلاقه مشكل إذا لم يكن للمحال مؤنة في الرجوع مالاً ووقتاً.

وفي «العروة الوثقى»: «فقبل المحتال والمحال عليه»^٢، واستشكل في ذلك بأنه لا وجه

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٤٦٦.

٢. العروة الوثقى ٥: ٤٧٨.

لاعتبار قبول المحال عليه؛ فإنّ المال لغيره، وليس هو إلّا أميناً عليه أو وكيلاً فيه. فعليه امتثال طلب المالك أدائه إلى غيره، كطلب تسليمه إلى نفسه، ولعلّه لذلك لم يذكره في المتن. قوله: «وجب عليه دفعه إليه»، واستشكل في «المستمسك» في وجوبه في ما إذا أمكن الدفع إلى المالك في ذلك الزمان أو قبله؛ إذ الوكيل ممنوع من التصرف في المال بغير إذن ماله، وكما يمكن الفرار منه بالدفع إلى المحتال، يمكن بإرجاعه إلى المالك، نعم إذا تعذر الدفع إلى المالك. وجب الدفع إلى المحتال، وحينئذ لا يتوقّف الدفع إلى قبول الحوالة^١. ولا يخفى عليك: أنّه لو كان زمان الدفعين متساوياً، كان مخيراً في الدفع إلى أيّهما شاء، ولو كان زمان الدفع إلى المحتال أقلّ، وجب الدفع إليه؛ لأنّ بقاءه في ما زاد تصرف زائد. وزاد في «العروة الوثقى» على المسألة قوله: «وإذا^٢ لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه للغرور»^٣.

وقد يقال: إنّ الضمان مبنيّ على وجوب الدفع، فإذا قلنا بعدم وجوب فلا غرور. وفي «المستمسك»: إنّ عدم الوجوب لا يمنع من صدق الغرور؛ فإنّ الغرور ليس مستنداً إلى وجوب الوفاء، بل إلى الثقة بالوفاء^٤.

وفي «التنقيح»^٥ منع الغرور صغرى وكبرى، أمّا الصغرى فلمنعها إذا كان المحال عليه بانياً على الدفع، ثمّ بان له ما يمنعه، وكذا لو علم المحال عليه بأنّ المحيل أراد دفع المال، فالامتناع لا يوجب صدق الغرور، وأمّا الكبرى فلاّنه لا يوجب مجرد الغرور الضمان، ولذا لا يضمن من رغب غيره في سلعة بدعوى زيادة قيمتها ولو في المستقبل، فخرس المشتري بذلك^٦.

١. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٤٢٠.

٢. في المصدر: «ولو».

٣. العروة الوثقى ٥: ٤٧٧.

٤. نقل بالمعنى. راجع مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٤٢٠.

٥. بل في «مباني العروة الوثقى»، و«التنقيح» غير مشتمل على المسألة.

٦. مباني العروة الوثقى ٢: ٣٠٦.

القول : في الكفالة

وهي التعمّد والالتزام لشخص بإحضار نفس له عليها حق^(١) . وهي عقد واقع بين

وفي حاشية المحقق النائيني على «العروة»: «أَنْ تَخْلَفَ الْوَكِيلُ عَنْ أَمْرِ الْمَالِكِ وَإِنْ كَانَ مُوجِباً لَصِيرُورَةِ يَدِهِ عَلَى الْمَالِ يَدَ ضَمَانٍ وَيُضْمِنُهُ لِمَالِكِهِ، لَكِنْ ضَمَانُهُ لِلْمَحْتَالِ لَا مُوجِبَ لَهُ، وَالتَّشَبُّهُتُ بِقَاعِدَةِ الْغُرُورِ ضَعِيفٌ غَايَتُهُ»^١.

القول في الكفالة

(١) أقول: الكفالة في اللغة: هي الضمان والتعمّد والالتزام بشيء أو شخص^٢. وفي اصطلاح الفقهاء^٣ عبارة عن عقد خاص من العقود اللازمة، فلا تقع إلا بين اثنين بإيجاب وقبول، وهو المراد بتعبيرهم بـ«رضا الكفيل والمكفول له»، وحيث إن موضوعها والملاك في تحققها تعلّق حق شخص على آخر مع احتمال عدم تمكّن ذي الحق من استيفائه واحتياجه إلى ثالث في ذلك، كان المدار في الكفالة على ثلاثة: الكفيل بمعنى الكافل وهو الثالث، والمكفول له وهو صاحب الحق، والمكفول وهو من عليه الحق. والإيجاب من الكفيل، والقبول من المكفول له، ولا يشترط رضا المكفول فضلاً عن قبوله، الغاية في العقد إحضار المكفول حيث يطلبه المكفول له، وجعله تحت تسلّطه؛ ليستنقذ منه حقه.

قال في «الخلاف»: «كفالة الأبدان تصح، وبه قال من الفقهاء أبو حنيفة^٤ وغيره، وهو المشهور من مذهب الشافعي^٥، وله قول آخر ذكره المروزي في تعليقه أنها لا تصح^٦ دليلنا: قوله تعالى: «لَتَأْتُنَّنِي يَوْمَئِذٍ إِلَّا أَنْ يَخَاطَبَ بِكُمْ»^٧، فطلب يعقوب عليه السلام منهم كفيلاً ببذنه،

١. العروة الوثقى ٥: ٤٧٧، حاشية المحقق النائيني رحمته الله.

٢. لسان العرب ١١: ٥٨٩ و ٥٩٠ مادة «كفل».

٣. راجع الوسيلة: ٢٨١؛ المختصر النافع: ١٤٣؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٠٣.

٤. راجع المجموع ١٤: ٤١ و ٤٥؛ الوجيز ١: ١٨٤؛ كفاية الأخيار ١: ١٧٣.

٥. راجع مغني المحتاج ٢: ٢٠٣؛ المراج الوهّاج: ٢٤١.

٦. راجع فتح العزيز ١٠: ٣٧٣؛ المغني لابن قدامة ٥: ٩٥؛ بداية المجتهد ٢: ٢٩١.

٧. يوسف (١٢): ٦٦.

وقال إخوة يوسف ليوسف ﷺ: «إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدُنَا مَكَانَهُ»^١، وذلك كفالة بالبدن، وروى أبو إسحاق السبيعي، عن حارثة بن مضرب أنه قال: صليت مع عبدالله بن مسعود الغداة، فلما سلم قام رجل، فحمد الله وأثنى عليه وقال: أما بعد، فوالله لقد بتت البارحة، إلى آخره.^٢ فقال: استتبتهم وكفلهم عشائهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائهم.^٣ وهذا يدل على إجماعهم على أن الكفالة بالبدن صحيحة.^٤

وروى المخالفون لنا أن عبدالله بن عمر كان له دين على علي ﷺ، فكفلت به أم كلثوم ابنته زوجة عمر بن الخطاب^٥.

أقول: الرواية المشار إليها^٦ نقلها في «المجموع» وأخرجها أيضاً أبو داود^٧ والبيهقي في «السنن».

ومتنها هكذا: «بتت^٩ البارحة وما في نفسي على أحد إخنة، وإنني كنت استطرت رجلاً من بني حنيفة، وكان أمرني أن آتيه بفلس، فانتفيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبدالله بن النواحة، فسمعت مؤذنه يشهد أن لا إله إلا الله، وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي، وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك، فقال عبدالله بن مسعود: عليّ عبدالله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبدالله: أين ما كنت؟ قرأ من القرآن؟

١. يوسف (١٢): ٧٨.

٢. في المصدر: «إلى آخر الخطبة».

٣. انظر: المجموع ١٤: ٤١.

٤. في المصدر: «صحيح».

٥. ذكره السرخسي في البسوط ١٩: ١٦٣.

٦. الخلاف ٣: ٣٢١ و ٣٢٢ / مسألة ١٦.

٧. أي رواية أبي إسحاق، وذكرها النووي في «المجموع» مفضلاً، والمصنف العلامة ﷺ أيضاً نقله منه، وأما في سنن أبي داود والبيهقي فالرواية جاءت مجملة، ولذا نحن خرجناه من «المجموع» قبيل هذا.

٨. سنن أبي داود ١: ٦٢٨ / ٢٧٦٢.

٩. في المصدر: «لقد بتت».

قال: كنت أفتيكم به، فقال له: ثب، فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق، فجزّ رأسه، ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: تؤلول كفر قد أطلع رأسه، فاحسمه. وقال جرير بن عبدالله والأشعث بن قيس: استتبهم، فإن تابوا كفّلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا، وكفّلهم عشائرهم^١. انتهى.

ويظهر من استتابتهم أن ارتدادهم كان عن ملّة، فقبلت توبتهم، ولا وجه للكفالة الاصطلاحية هنا. ولعل المراد جعلهم مراقبين لحالهم حتّى لا يرتدّوا ثانياً.

وقال في «التذكرة»: «الكفالة عقد شرّع للتعهد بالنفس، ويشابه الضمان، فإنّ المضمون^٢ قد يكون حقاً على الشخص، وقد يكون نفس الشخص. وهي عقد صحيح عند عامة أهل العلم. وبه قال الثوري ومالك والليث وأبو حنيفة وأحمد والشافعي^٣، ولا نعرف فيه مخالفاً إلا الشافعي^٤».

واختلف أصحابه، فقال بعضهم بالصحة، وبعضهم بعدمها، والحق الصحة؛ لقوله تعالى: ﴿لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ^٥﴾، فطلب يعقوب ﷺ من بنيه كفلاً ببدن؛ وقول الإخوة ليوסף ﷺ: ﴿إِنْ لَمْ أَبَا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ^٦﴾ كفالته بالبدن، وما رواه العامة من قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^٧. ولا يطابق الناس في

١. السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧٧.

٢. في المصدر: «الشيء المضمون».

٣. للتعرف لأقوال هؤلاء راجع المدونة الكبرى ٢: ١٤٠، المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦٢ و ١٧٠، المعنى لابن قدامة ٩٥: ٥، المجموع ١٤: ٤-٧، عمدة القاري ١٢: ١١٣، معني المحتاج ٢: ٢٠٣.

٤. راجع الأم ٦: ٢٤٧، مختصر المزني: ٣١٤، حواشي الشرواني ٥: ٢٥٧. وفي المصدر: «إلا ما نقل عن الشافعي».

٥. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٤ / مسألة ٥٥٩.

٦. يوسف (١٢): ٦٦.

٧. يوسف (١٢): ٧٨.

٨. مسند أحمد ٥: ٢٦٧، سنن ابن حبان ٢: ٨٠٤ / ٢٤٠٥، عوالي اللاكي ١: ٢٢٣ / ١٠٢.

جميع الأعصار في كلّ الأصقاع، ولأنّ الحاجة تدعو إليه وتشتدّ الضرورة إليه، فلو لم يكن سائغاً لزم الحرج والضرر، ولأنّ ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة أيضاً، كوجوب تسليم البدن بعقد النكاح والإجارة^١.

وفي «الجواهر»: «الكفالة - بالفتح -: لا ريب^٢ في أنّها من العقود الصحيحة، في محكيّ «التذكرة» أنّها كذلك عند عامّة أهل العلم^٣، ولكنّها مكروهة، بها هلكت القرون الأولى وهي خسارة وغرامة وندامة؛ وهي^٤ عقد شرع للتعهد بالنفس» إلى أن قال: «والظاهر^٥ اختصاص النفس بالآدمي، لا الدابة ونحوها، وفي محكيّ «التذكرة»: الضابط في ذلك أن نقول: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول بيده، فكلّ من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد^٦، يستحقّ إحضاره بحقّ^٧ الكفالة بيده^٨... وعن فخر الإسلام: الكفالة من مذهبنا، إنّما^٩ تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعي، والحقّ أعمّ من أن يكون ديناً أو عيناً، وقيل: كلّ من يستحقّ إحضاره إلى مجلس الشرع فإنّه تصحّ كفالته^{١٠}»^{١١}.

انتهى.

١. من قوله: «واختلف أصحابه» إلى هنا نقل بالمعنى والتسليخ من تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٤ و ٢٨٥/ مسألة ٥٥٩.

٢. في المصدر: «القسم الثالث في الكفالة بالفتح، ولا ريب».

٣. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٤/ مسألة ٥٥٩.

٤. في المصدر: «والمعروف في تعريفها أنّها» بدل «وهي».

٥. في المصدر: «بل الظاهر».

٦. في المصدر: «عند الاستعداد».

٧. في المصدر: «أو يستحقّ إحضاره، تجوز» بدل «يستحقّ إحضاره بحق».

٨. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٩٥/ مسألة ٥٦٨.

٩. في مفتاح الكرامة: «الكفالة في مذهبنا أنّما».

١٠. لم نشر عليه، نعم نقله السيّد العاملي (رحمه الله) في مفتاح الكرامة ٥: ٤٢٦ ط قديم.

١١. جواهر الكلام ٢٦: ١٨٥ - ١٨٦.

الكفيل والمكفول له، وهو صاحب الحق. والإيجاب من الأول، ويكفي فيه كل لفظ دالّ على المقصود^(٢)، نحو «كفلتُ لك نفس فلان» أو «أنا كفيل لك بإحضاره» ونحو ذلك، والقبول من الثاني بما دلّ على الرضا بذلك.

(مسألة ١): يعتبر في الكفيل: البلوغ والعقل والاختيار والتمكّن من الإحضار. ولا يشترط في المكفول له البلوغ والعقل، فيصحّ الكفالة للصبيّ والمجنون إذا قبلها الولي^(٣).

(٢) أما أصل وجود اللفظ، فلاّنه لا إشكال في عدم كفاية النية والتصد في العقود والإيقاعات ما لم ينشأ معانيها بالألفاظ، أو ما يقوم مقامها مطلقاً، أو عند الاضطرار، كإشارة الأخرس والمعاطاة ونحوهما، وأمّا الصيغة المركبة من الإيجاب والقبول، فللإجماع والسيرة والنصوص في أكثر أبواب العقود والإيقاعات.

قال في «التذكرة»: «لا بد في العقد من صيغة دالّة على الإيجاب والقبول، فيقول الكفيل: كفلت لك بدل فلان، أو: أنا كفيل بإحضاره، أو كفيل به، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه؛ لأن كل ذلك يعبر به عن الجملة»، ثم ذكر الكفالة بذكر بعض الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونه والأجزاء التي تبقى وغيرها من الأبحاث التي لا نفع في ذكرها^١.

(٣) الأمور الثلاثة الأول من الشرائط العامة لجميع الأحكام التكليفية، لا الإلزامية إيجاباً أو تحريماً، كما أنّها شرائط للعقود والإيقاعات أيضاً في الجملة.

وعلى هذا فلا إشكال في اشتراطها في الكفيل، كما يشترط تمكّنه من الإحضار أيضاً شرعاً وعقلاً، نصّاً وإجماعاً، فلا تصحّ كفالة الصبيّ والمجنون والمكره، بل يشترط فيه عدم الحجر للسفه أيضاً إلا بإذن الولي، وأمّا عدم الحجر للفلس فقد ذكر العلامة ﷺ في «التذكرة» أنّه يشترط في الكفيل عدم كونه محجوراً عليه بفلس؛ لأنّ الكفالة تستلزم غرم المال مع عدم الإحضار، وهو ممنوع من التصرف في ماله^٢.

وفيه: أنّها تستلزم التصرف الدميّ، فيشتغل ذمّته، لا الخارجي، إلا أن يشترط في العقد

١. تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٨ و ٣٨٩ / مسألة ٥٦٢.

٢. نقل بالمعنى: تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٨٩ / مسألة ٥٦٣.

(مسألة ٣): لا إشكال في اعتبار رضا الكفيل والمكفول له، والأقوى عدم اعتبار رضا المكفول، وعدم كونه طرفاً للعقد^(٤). نعم، مع رضا يلحق بها بعض الأحكام زائداً على المجردة منه. والأحوط اعتبار رضا وأن يكون طرفاً للعقد؛ بأن يكون عقدها مرتكباً من إيجاب وقبولين من المكفول له والمكفول.

البذل من الوجود الخارجي».

(٤) الكفالة - على ما عرفت - من العقود، فيحتاج تحققها إلى اثنين أو أكثر؛ لיתراضيا وينشأ الإيجاب والقبول، ولا إشكال في المقام من اعتبار رضا الكفيل والمكفول له. أمّا الأول فلأن الإنسان لا يصح أن يلزمه الحق إلا برضاه، ولا دليل على تسلط أحد على أحد.

وأما الثاني فلأنه صاحب الحق فلا يجوز إلزامه بشيء بدون رضاه، وبهما يتم العقد. وأما المكفول فلا يعتبر رضاه على الأ شبه؛ لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه أو بوكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره بإحضاره، وغاية الكفالة حضور المكفول عند الحاجة.

وفي «المسالك» أن للشيخ قولاً باشتراط رضا المكفول^١ فإنه إذا لم يرض بالحضور حين العقد، لم يجب عليه إجابة دعوة الكفيل لو أراد إحضاره، فلا يكون متمكناً، فالكفالة يأمر غير مقدور، وهذا بخلاف الضمان؛ لإمكان أداء الدين بدون إذن المضمون عنه، ولا يمكن في المقام أن ينوب عنه في الحضور. وتبعه في ذلك ابن إدريس^٢، وقواه في «التحرير»^٣، لكنه ضعيف؛ لأن ملاك الإشكال عدم وجوب الحضور، وهو ممنوع، بل الحق أن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور، ولو فرض اشتراط رضاه فيكفي الرضا في الجملة ولو بعد العقد، ولا يلزم اقترائه بالعقد، ولا قبوله بالإيجاب، كما لو قلنا

١. المبسوط ٢: ٣٣٧.

٢. السرائر ٣: ٧٧.

٣. تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(مسألة ٣): كل من عليه حق مالي صحّت الكفالة ببدنه، ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال^(٥). نعم، يشترط أن يكون المال ثابتاً في الذمة بحيث يصحّ ضمانه، فلو تكفّل

برضا المضمون عنه^١.

وفي «الجواهر» في مسألة عدم اعتبار رضا المكفول: أنّه هو المشهور، بل عن «التذكرة» نسبته إلى علمائنا لعموم «أوفوا»^٢ بعد تناول إطلاق الكفالة لذلك، وقد يناقش بمنع تناول إطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضا المكفول عنه في تحقّق مسأّها، إلى أن قال: «إذا تقرّر هذا انحصر وجه المسألة^٣ في أن رضا المكفول شرط ينفي مع الشكّ فيه بإطلاق^٤، أو أنّه من أركان العقد على وجه لا تتحقّق الكفالة بدونه، ولا أقل من الشكّ، والأصل عدم ترتّب الأثر، ولعلّ الثاني لا يخلو من قوّة»، ثمّ فرّق بين المقام وبين باب الحوالة والضمان بتعارف الحوالة على مشغول الذمّة بدون رضاه على وجه لا يشكّ في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً، وبمعلومية جواز التبرّع بالوفاء عن المديون، وليس المقام من ذلك قطعاً، كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في إطلاقها^٥.

ولا يخفى عليك: أنّه على فرض تسليم اعتبار رضا المكفول فلا يزيد عن الشرطيّة، لا كونه جزءاً من العقد قبولاً، فأصالة الصحة بدونه مُحكّمة. والظاهر أن الاحتياط في المتن مبنيّ على ما ذكره صاحب «الجواهر».

(٥) قسّم المصنّف الحقّ القابل للكفاية لأجله على أقسام ثلاثة: المال الثابت في ذمّة المكفول، والدعوى المسموعة عليه، والعقوبة الثابتة عليه للناس، والأولى أن يقال: إنّ الكفالة عقد يفيد تعهّد الكفيل بإحضار النفس الآدمي، فيكفي في المكفول به كلّ ما يكون سبباً لجواز الحضانة حقّاً كان أو مალأ أو غيرهما، فيشمل حقّ القصاص في أبعاده الأربعة،

١. نقل بالمعنى والتصرّف. راجع مسائل الأخفام ٤: ٢٣٤ و ٢٣٥.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. ورد في المصدر بعد «المسألة»: «حينئذ».

٤. في المصدر: «بالإطلاق».

٥. راجع جواهر الكلام ٢٦: ١٨٧-١٨٨.

بإحضار من لا مال عليه وإن وجد سببه كمن جمل الجمالة قبل أن يعمل العامل لم تصح. وكذا تصح كفالة كل من يستحق عليه الحضور إلى مجلس الشرع؛ بأن تكون عليه دعوى مسموعة وإن لم تقم البيّنة عليه بالحق. وكذا تصح كفالة من عليه عقوبة من حقوق الخلق كمقوبة القصاص، دون من عليه عقوبة من حقوق الله تعالى كالحدّ والتزوير، فإنها لا تصح. (مسألة ٤): يصح إيقاع الكفالة حالة لو كان الحق ثابتاً على المكفول كذلك ومؤجلة، ومع الإطلاق تكون حالة مع ثبوت الحق كذلك^(١)، ولو كانت مؤجلة يلزم تعيين الأجل

وحقّ استيفاء الحدود الخالقية للحاكم. وحقّ الحدود الخلقية، كالقذف والسبّ والفحش ونحوها، وحقّ استنقاذ الأعيان الخارجية من يده، كالفاسد ومن أشبهه، وحقّ مطالبة الأعيان الذمّية، وحقّ مطالبة الأعمال الكلّية والمنافع الذمّية وبعض الحقوق كذلك، لكنّ الظاهر من المتن اختصاص ذلك بما يكون كلياً ذمياً من الأموال.

(٦) الظاهر أنّه لا إشكال في صحّة الكفالة مؤجلة، كالكفالة إلى شهر أو سنة مثلاً بمعنى لزوم إحضار المكفول بعد المدّة المقرّرة، بل في «الروضة» أنّه موضع وفاق^١. وأمّا التأجيل بمعنى أنّه يكفله إلى شهر أو سنة بحيث لا كفالة بعدهما، فالظاهر الصحّة أيضاً؛ لإطلاق أدلّة الكفالة من إجماع أو نصّ. وعن العلامة في تحريره الحكم بصحّتها، وسماها الكفالة المؤقّنة^٢.

وأما الكفالة المعجلة، فالمشهور جوازها، وعن «السرائر» أنّه حقّ اليقين،^٣ وحكي منعها عن المفيد في «المقنعة»^٤ والشيخ في «النهاية»^٥ وابن حمزة^٦ وسالار^٧ والقاضي^٨، بل عن

١. الروضة البهية ٤: ١٥١. ٢. تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

٣. السرائر ٢: ٧٧. ٤. المقنعة: ٨١٥.

٥. النهاية: ٣١٥.

٦. الوسيلة: ٢٨١.

٧. الرامح: ٢٠٠.

٨. نقل عنه العلامة في أحد قوليه. راجع ملفف الشيعة ٦: ١٢.

بنحو لا يختلف زيادة ونقصاً^(٧).

الآبي في «كشف الرموز»^١ الجزم بالبطلان، وقد عرفت شمول الإطلاق. وقد يستدل^٢ لهم بأن الكفالة لا بد لها من فائدة، فلو شرعت حالة خلت عن الفائدة؛ فإنه للمكفول حينئذ أن يطلب المكفول بعد العقد بلا فاصلة، فتكون عبثاً، وهذا الدليل لا يرجع إلى محصل، كما أشار إليه في «الجواهر»^٣؛ إذ لا مانع من أن يطلبه كذلك. وقوله: «ومع الإطلاق تكون حالة»، الوجه فيه واضح؛ فإنه مقتضى الإطلاقات عند العرف في غيرها من العقود أيضاً، كالبيع والإجارة وغيرهما؛ فإن العقود والإيقاعات كما أنها علل تامة شرعاً وعرفاً لمقتضياتها، غير قابلة للانفكاك في وعاء الاعتبار، فكذلك علل للآثار المترتبة على المقتضيات، كجواز التصرف في البيع، وجواز الاستمتاع في النكاح، والكفالة أيضاً إذا أثرت في حصول التعمد، أثرت في استحقاق المكفول له المطالبة بمجردة، وهذا واضح.

(٧) ادّعي عدم الخلاف فيه بيننا، وفي «الجواهر»: «بل لعل الإجماع بقسميه عليه في المقام، وفي غيرها من العقود اللازمة حتى القابل منها للفرار، كالصلح ونحوه»^٤. ويستفاد منهم أن الدليل عليه أمران: الإجماع المدّعى، وقاعدة نفي الفرر بناءً على شمولها لغير البيع أيضاً، لكن لا يخفى عليك أن الإجماع مدركي؛ لاحتمال الاستناد إلى القاعدة وبعض نصوص الباب، والقاعدة لا دليل عليها بنحو العموم، لكن يمكن أن يقال: إن إطلاق التأجيل يخرج العقد عند العرف عن كونها عقداً صحيحاً، بل يجعله لغواً، فالتعيين كأنه من أركان العقد، والدليلان شاهدان له.

وفي «الجواهر» بعد اختياره لزوم التعيين اعتماداً على الإجماع قال: «فما عن بعض

١. كشف الرموز ١: ٥٦٠.

٢. المستدل هو الآبي رحمته الله في «كشف الرموز».

٣. جواهر الكلام ٢٦: ١٨٨.

٤. جواهر الكلام ٢٦: ١٨٩.

(مسألة ٥): عقد الكفالة لازم لا يجوز فسخه إلا بالإقالة^(٨)، ويجوز جعل الخيار فيه لكل من الكفيل والمكفول له مدة معينة.

(مسألة ٦): إذا تحققت الكفالة جامعة للشرائط^(٩)، جاز مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول عاجلاً إذا كانت الكفالة مطلقة - على ما مرّ - أو معجلة، وبعد الأجل إذا كانت مؤجلة، فإن كان المكفول حاضراً وجب على الكفيل تسليمه إلى المكفول له، فإن سلمه له بحيث يتمكن منه فقد برئ مما عليه، وإن امتنع عن ذلك^(١٠) يرفع الأمر إلى الحاكم،

العامة من جواز الجهالة في الأجل هنا قياساً على العارية واضح الفساد بعد بطلان القياس. مع أنه مع الفارق بالجواز فيها وال لزوم هنا^١.

(٨) أقول: الكفالة عقد، وكلّ عقد يجب الوفاء به عدا ما خرج بالدليل، أمّا الموضوع فإنه لا إشكال في أنها تعاهد وتعاقد عند العقلاء، أبدعوها وشرعوها؛ لتنفيذ بعض حوائجهم في ما يرتبط بحالهم، كالبيع والإجارة ونحوهما، وأمّا الحكم، فلا إشكال أيضاً في حكمها؛ لشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٢ لها، وكذا قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^٣ وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ يَفْعَلُونَ إِذَا عَاهَدُوا﴾^٤، فهي مطلقة أو عامة شاملة للمورد. وأمّا جعل الخيار فهو أيضاً شرط آخر يشملها عموم الشروط، بل عموم الوفاء بالعقد أيضاً بعد صيرورته جزءاً أو قيداً للعقد.

(٩) المسألة واضحة إلى قوله: «فقد برئ مما عليه».

(١٠) أقول: مقتضى إطلاق كلّ عقد جواز مطالبة كلّ من الطرفين صاحبه بإنجاز وعده العقدي وترتيب ما عليه من آثاره، كالقبض والإقباض في البيع، وتسليم النفس والمهر في النكاح وهكذا، وليس لهما المخالفة؛ فإنها نقض للعقد والعهد. ومن وظائف الحاكم إجبار

١. جواهر الكلام ٢٦، ١٨٩.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. وسائل الشريعة ٢١: ٢٧٦، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٤. البقرة (٢): ١٧٧.

الممتنع عن الحق، وبه صرح في «النهاية»^١ و«السرائر»^٢ و«النافع»^٣ و«التحرير»^٤ و«الإرشاد»^٥ و«الشرائع»^٦ و«الروضة»^٧.

وتدل على ذلك في المقام نصوص:

ففي موقِّع عَمَّار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أتني أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه، وقال: اطلب صاحبك»^٨، وما رواه الصدوق بسنده عن الأصمغ بن نباتة، قال: قضى «أمير المؤمنين عليه السلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، وقال له: اطلب صاحبك»^٩.

وما رواه الشيخ بسنده عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام أَتَى بِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ، فَأَخَذَ بِالمَكْفُولِ، فَقَالَ: احْبِسْهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِصَاحِبِهِ»^{١٠}.

وروي أيضاً عن عامر بن مروان، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «أَنَّهُ عليه السلام أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ فَحَبَسَهُ، فَقَالَ عليه السلام: «اطْلُبْ صَاحِبَكَ»^{١١}.

وهذه النصوص يحتمل تعددها بتعدد الوقائع في زمان أمير المؤمنين عليه السلام، فكل خبر

١. النهاية: ٣١٥.

٢. السرائر ٢: ٧٧.

٣. المختصر النافع ١: ١٤٣.

٤. تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

٥. إرشاد الأذهان ١: ٣-٤.

٦. شرائع الإسلام ٢: ٩٦.

٧. الروضة النيرة ٤: ١٥٢.

٨. وسائل الشيعة ١٨: ٤٣١، كتاب الضمان، الباب ٩، الحديث ١.

٩. الفقيه ٣: ٩٥ / ٣٤٠٠؛ وسائل الشيعة ١٨: ٤٣١، كتاب الضمان، الباب ٩، الحديث ٢.

١٠. تهذيب الأحكام ٦: ٢٠٩ / ٤٨٦؛ وسائل الشيعة ١٨: ٤٣١، كتاب الضمان، الباب ٩، الحديث ٣.

١١. تهذيب الأحكام ٦: ٢٠٩ / ٤٨٧؛ وسائل الشيعة ١٨: ٤٣١، كتاب الضمان، الباب ٩، الحديث ٤، وانظر: الحديث

فيحبسه حتى يحضره أو يؤذي ما عليه في مثل الدين^(١١). وأمّا في مثل حق القصاص

حالك عن واحدة من تلك الوقائع، فأخبر أصبغ عن واحدة وعثّار عن أخرى وإسحاق عن ثالث، كما أنه يحتمل أن تكون الوقائع ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة، فالجميع يرجع إلى حديث واحد، لكن لا فرق في الموردين بين وحدتها وتعديها؛ لاتّحاد مضمون النصوص.

وقوله ﷺ بعد إسجان الرجل: «اطلب صاحبك»، أي بالإبلاغ إليه ولو بوسائط.

(١١) ظاهر العبادة تخيير الكفيل بين الإتيان بنفس المكفول وأداء ما عليه من الحق،

وهو ظاهر عدّة من الأصحاب، ولازمه وجوب قبول المكفول له ما اختاره الكفيل.

وفيه: أنّه خلاف ظاهر النصوص من تعين إحضار النفس في الكفالة، وقد حكى عن

العلامة في «التذكرة»^١ وغيرها عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل الحق مع

القدرة على إحضار المكفول، وذلك لعدم انحصار الغرض في المال؛ إذ قد يكون الغرض في

نفس الشخص، أو أداء المال بيده.

واستشكلوا في ذلك:

أولاً: بأنّ مبنى الكفالة على ذلك عرفاً، بل هو المقصود للمتعاقدین هنا. ولا يخفى عليك

أنّ معنى هذا كون التخيير هو المقصود في عقد الكفالة، وهو مشكل كما سيأتي.

وثانياً: بأنّه يدلّ على ذلك بعض النصوص: كمرسل الصدوق، عن الصادق ﷺ قال:

«الكفالة خسارة، غرامة، ندامة»^٢.

وصحيح داود عن أبي عبدالله ﷺ: قال «مكتوب في التوراة: كفالة غرامة ندامة»^٣؛ فإنّ

الغرامة لا تكون إلّا من جهة بذل المال.

وفيه: أنّ الغرامة أغلب ما تكون في كفالة المال، ولعلّ الخبر ناظر إلى ذلك من حيث

المال.

١. تذكرة الفقهاء، ١٤: ٤٠٢.

٢. وسائل الشيعة ١٨: ٢٨، كتاب الضمان، الباب ٧، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٨: ٢٩، كتاب الضمان، الباب ٧، الحديث ٥.

والكفالة عن الزوجة^(١٢) فيلزم بالإحضار، وبحبس حتى يحضره ويسلمه. وإن كان غائباً فإن علم موضعه ويمكن للكفيل إحضاره، أمهل بقدر ذهابه ومجيئه، فإذا مضى ولم يأت به من غير عذر حبس كما مرّ، وإن كان غائباً غيبة منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره، فمع رجاء الظفر به مع الفحص لا يبعد أن يكلف بإحضاره وحبه لذلك، خصوصاً إذا كان ذلك بتفريط منه. وأمّا إلزامه بأداء الدين في هذه الصورة فمحلّ تأمل. نعم، لو أدّى تخلصاً من الحبس يطلق، ومع عدم الرجاء لم يكلف بإحضاره، والأقرب إلزامه بأداء الدين، خصوصاً إذا كان ذلك بتفريط منه؛ بأن طالبه المكفول له، وكان متمكناً منه، ولم يحضره حتى هرب. نعم، لو كان عدم الرجاء للظفر به - بحسب المادة - حال عقد الكفالة بشكل صحتها، وأمّا لو عرض ذلك فالظاهر عدم عروض البطلان، خصوصاً إذا كان بتفريط من الكفيل، فلا يبعد حينئذٍ إلزامه بالأداء أو حبسه حتى يتخلص به، خصوصاً في هذه الصورة.

(مسألة ٧) : لو لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال، فإن لم يأذن له المكفول لا في الكفالة ولا في الأداء، ليس له الرجوع عليه^(١٣) بما آذاه، وإن أذن له في الأداء كان

وثالثاً: بأن الواجب على الكفيل الوفاء بعقده، وهو يتحقق ببذل ما يساوي ما على المكفول أيضاً، كما في سائر الديون إذا بذله غير المديون. هذا والحق في المسألة هو التخيير، كما اختاره في المتن إذا كان الحق مالاً؛ فإنه يصدق هذه الوجوه في الكفالة المالية.

(١٢) الواجب على الكفيل في غير الحقوق المالية - كما في حق لا بدل له كحق الدعوى، أو في ما له بدل اضطراري، كحق القصاص؛ فإنّ الدية بدل مع عدم إمكان القصاص، ومهر المثل للزوجة الدائمة والمنقطعة - إحضار المكفول، فلا يجب على المكفول له قبول البذل، وفرّق في المتن بين رجاء الظفر بالمكفول وعدمه، فتأمل في الأوّل في جواز أخذ البذل؛ لأنّ ذلك خارج عن مفاد الكفالة مع إمكان الإحضار، وحكم بجواز أخذه في صورة اليأس عن الظفر؛ فإنّ ذلك حينئذٍ من مقتضيات عقد الكفالة.

(١٣) إذ لا وجه له بعد عدم إذنه، والأصل عدم ثبوت هذا الحق له، وهذا كالضمان بعينه

له الرجوع^(١٤)؛ سواء أذن له في الكفالة أيضاً أم لا. وإن أذن له في الكفالة دون الأداء فهل يرجع عليه أم لا؟ لا يبعد أن يفصل^(١٥) بين ما إذا أمكن له إرجاعه وإحضاره فالثاني، وما إذا تعذر فالأول.

(مسألة ٨): لو عيّن الكفيل في الكفالة مكان التسليم تعيّن^(١٦)، فلا يجب عليه تسليمه في غيره ولو طلب ذلك المكفول له، كما أنّه لو سلّمه في غيره لم يجب على المكفول له تسليمه. ولو أطلق ولم يعيّن مكانه، فإن أوقعا العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره انصرف إليه، وإن أوقعاه في برّية أو بلد غربة لم يكن من قصده القرار والاستقرار فيه فإن كانت

إذا ضمن من دون إذن المضمون عنه وأداه.

(١٤) الإذن في الأداء مع وقوعه بعده بمنزلة استيفاء الآذن مال المأذون وصرفه في نفعه، وهو يوجب ضمانه عرفاً وشرعاً.

(١٥) فإنه مع إمكان إحضار النفس كان أداء المال بمنزلة التبرّع والأداء مع عدم الإذن في الضمان، وأمّا مع عدم الإمكان فيستند الخسران إلى الأمر بالكفالة، مع كونها في معرض عروض هذه العوارض، فيحكم العرف حينئذٍ بضمّانه، بل ويرجع هذا إلى صدق استيفاء المكفول مال الكفيل باستدعائه الكفالة.

(١٦) قال في «الشرائع»: «إذا تكفّل بتسليمه مطلقاً، انصرف إلى بلد العقد، وإن عيّن موضعاً لزم، ولو دفعه في غيره لم يبرأ، وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسليمه ضرر، وجب تسليمه، وفيه تردد»^١.

وفي «المسالك»: «أطلق المصنّف رحمه الله وجماعته انصراف إطلاق الكفالة إلى بلد العقد؛ لأنّه المفهوم عند الإطلاق، وهذا يتمّ إذا^٢ كان محلّ العقد بلد المكفول له، أو بلد قرار^٣، فلو كان برّية أو بلد غربة، قصد هما مفارقتها الكلّ انصراف العقد إليه. وقد تقدّم نظيره في السلم.

١. شرائع الإسلام ٢: ٩٧.

٢. في المصدر: «وهذا التعليق لو» بدل «وهذا يتمّ إذا».

٣. ورد في المصدر بعد «قرار»: «لا ينافي الإرادة عرفاً».

قرينة على التعيين فهو، وإلا بطلت الكفالة من أصلها^(١٧)؛ وإن كان في إطلاقه إشكال.

(مسألة ٩): يجب على الكفيل التوسّل بكلّ وسيلة مشروعة لإحضار المكفول؛ حتّى أنّه لو احتاج إلى الاستعانة بشخص قاهر لم تكن فيها مفسدة أو مضرة دينية أو دنيوية لم يبعد وجوبها^(١٨). ولو كان غائباً واحتاج حمله إلى مؤونة، فإن كانت الكفالة^(١٩) بإذن المكفول فهي عليه، ولو صرفها الكفيل لا بعنوان التبرّع، فله أن يرجع بها عليه على إشكال في بعضها، وإن لم تكن بإذنه فعلى الكفيل.

وحيث يعيّن ويحضره في غير ما عيّنه^١، لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر^٢.

(١٧) لما عرفت من اشتراط عدم الغرر في العقود اللازمة بالإجماع المدّعى والمرسل نهي النبي ﷺ عن الغرر.^٣ والإشكال في المتن لما تقدّم^٤ من الخدشة في الإجماع والخبر، ولكن أهل العرف أيضاً قد يرون الإبهام والإجمال مُخلّاً بالعقد، فالشكّ في أصل تحقّقه.

(١٨) لأنّ وجوب الوفاء بالعقد يوجب وجوب مقدّماته عقلاً إلّا أن يكون حرجياً، أو ضرورياً بضرر مجحف.

(١٩) الصور مختلفة؛ فإنّه إمّا أن تكون الكفالة بإذن المكفول، أو تكون بغير إذنه. وعلى التقديرين، فإنّ أن يكون صرف المؤونة بإذن الكفول، أو بغير إذنه.

ففي صورة الإذن في كلا الأمرين لا إشكال في جواز رجوعه على المكفول إلّا مع قصد التبرّع.

١. في المصدر: «سريعاً بحيث تدلّ القرائن على عدم إرادته، أشكل انصراف الإطلاق إليه، وقد تقدّم الكلام على نظيره في السلم، إلّا أنّهم لم ينقلوا هنا خلافاً. وعلى كلّ حال فالتمتين أولى. وحيث يعيّن أو يطلق ويحضره في غير بلد عيّنه هو أو الشارع» بدل «الكل انصراف العقد... وفي غير ما عيّنه».

٢. مسائل الأنهام ٤: ٢٤٨.

٣. روي النهي عن بيع الغرر، لا عن مطلق الغرر. راجع مسند أحمد ١: ٣٠٢، سنن الدارمي ٢: ٢٥١، ٢: ٢٤٤، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٩، الحديث ٢١٩٤ و٢١٩٥ وسنن الشيعه ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب

٤٠، الحديث ٣.

٤. تقدّم في الصفحة ٣٦٦.

(مسألة ١٠): تبرأ ذمة الكفيل بإحضار المكفول أو حضوره وتسليمه نفسه تاماً عن قبل الكفيل. وأما حضوره وتسليم نفسه لا عن قبله فالظاهر عدم براءة ذمته^(٢٠). وكذا لو أخذه المكفول له طوعاً أو كرهاً؛ بحيث تمكن من استيفاء حقّه، أو إحضاره مجلس الحكم. نعم، لو أبرئ المكفول من الحق الذي عليه أو الكفيل من الكفالة تبرأ ذمته.

(مسألة ١١): لو نقل المكفول له الحق الذي له على المكفول إلى غيره ببيع أو صلح أو حوالة، بطلت الكفالة.

(مسألة ١٢): لو مات الكفيل أو المكفول بطلت الكفالة، بخلاف ما لو مات المكفول له، فإنّ حقّه منها ينتقل إلى ورثته.

(مسألة ١٣): من خلى غريباً من يد صاحبه قهراً وإجباراً ضمن إحضاره، ولو أدى ما عليه سقط ضمانه. هذا في مثل الدين. وأما في مثل حق القصاص^(٢١) فبضمن إحضاره، ومع

وفي صورة الإذن في الكفالة فقط دون الصرف، فمع قصد الرجوع إشكال، أقربه ذلك. وفي صورة عدم الإذن في الكفالة والإذن في الرجوع، الأقرب الرجوع مع قصد التبرع، ومع عدم الإذن في الرجوع وقصد الرجوع إشكال، أقربه عدمه.

(٢٠) لأن الغرض من الكفالة لم يكن مجرد حصول التسليم وقدرة المكفول له على المكفول ولو اتفاقاً، بل إطمئنان المكفول له وتسليمه عندما أراد حضوره لاستيفاء الحق ومجلس الحكم، وإلا فقد تكون قدرته عن أخذه وإحضاره متحققة مستمرة من أول الأمر.

(٢١) الظاهر أنّ المراد القصاص في الطرف أو المنافع، لا النفس؛ فإنّه سيجيء. ولعل وجه الإشكال التردد في شمول صحيح حرّيز عن الصادق عليه السلام، الوارد في القاتل عمداً لقصاص الطرف، وإن كان الأقرب الشمول؛ لعدم خصوصيته لبعض أنواع الحقوق في القصاص، بل وفي غيره، وحينئذٍ: فيؤخذ منه الدية، ولم يتعرض في «الجواهر» لحكم قصاص الطرف.

تعدّره فمحل إشكال. ولو خلى قاتلاً^(٢٢) من يد ولي الدم ضمن إحضاره، ومع تعدّره يموت ونحوه تؤخذ منه الدية. هذا في القتل الممدي. وأمّا ما يوجب الدية فلا يبعد جريان حكم الدين عليه من ضمان إحضاره، ولو أدى ما عليه سقط ضمانه.

(مسألة ١٤): يجوز تراخي الكفالات: بأن يكفل الكفيل آخر، ويكفل هذا آخر وهكذا، وحيث إن الكل فروع الكفالة الأولى، وكل لاحق فرع سابقه، فلو أبرأ المستحق الكفيل الأول، أو أحضر الأول المكفول الأول، أو مات أحدهما، برئوا أجمع، ولو أبرأ المستحق بعض من توسط برئ هو ومن بعده دون من قبله، وكذا لو مات برئ من كان فرعاً له.

(مسألة ١٥): يكره التمرّض للكفالات، فعن الصادق عليه السلام: «الكفالة خسارة غرامة ندامة».

(٢٢) للصحيح السابق، فراجع الباب الخامس عشر من أبواب الضمان والكفالة من «الوسائل»^١.

كتاب الوكالة

وهي تفويض أمر إلى الغير ليعمل له حال حياته، أو إرجاع تمشية أمر من الأمور إليه له حالها. وهي عقد يحتاج إلى إيجاب بكل ما دلّ على هذا المقصود، كقوله: «وكلتك» أو «أنت وكيلني في كذا» أو «فوضته إليك» ونحوها، بل الظاهر كفاية قوله: «بيع داري» قاصداً به التفويض المذكور فيه، وقبول بكل ما دلّ على الرضا به، بل الظاهر أنه يكفي فيه فعل ما وكل فيه بعد الإيجاب، بل الأقوى وقوعها بالمعاطاة: بأن سلم إليه متاعاً ليبيعه فتسلمه لذلك، بل لا يبعد تحققها بالكتابة من طرف الموكل؛ والرضا بما فيها من طرف الوكيل؛ وإن تأخر وصولها إليه مدة، فلا يعتبر فيها الموالاة بين إيجابها وقبولها. وبالجمله: يتسع الأمر فيها بما لا يتسع في غيرها؛ حتى أنه لو قال الوكيل: «أنا وكيلك في بيع دارك؟» مستفهماً، فقال: «نعم» صحّ وتم؛ وإن لم نكتف بمثله في سائر العقود.

(مسألة ١): يشترط فيها على الأنحوط التنجيز^(١)؛ بمعنى عدم تعليق أصل الوكالة على شيء، كقوله - مثلاً -: إذا قدم زيد، أو أهلّ هلال الشهر، وكلتك في كذا. نعم، لا بأس بتعليق متعلقها، كقوله: أنت وكيلني في أن تبيع داري إذا قدم زيد، أو وكلتك في شراء كذا في وقت كذا.

كتاب الوكالة

في شرائط الموكل والوكيل

(١) راجع في الاطلاع على دليل الحكم المسألة الثانية عشر من أوّل كتاب البيع.

(مسألة ٢): يشترط في كل من الموكل والوكيل، البلوغ والعقل والقدرة والاختيار، فلا يصح التوكيل ولا التوكل من الصبي والمجنون والمكره. نعم، لا يشترط البلوغ في الوكيل في مجزء إجراء العقد على الأثر، فيصح توكيله فيه إذا كان مميزاً مراعيّاً للشرائط. ويشترط في الموكل كونه جازئ التصرف فيما وكل فيه، فلا يصح توكيل المحجور عليه لفسه أو فلس فيما حجر عليهما فيه، دون غيره كالطلاق، وأن يكون إيقاعه جائزاً له ولو بالتسيب، فلا يصح منه التوكيل في عقد النكاح أو ابتياع الصيد إن كان محرماً. وفي الوكيل كونه متمكناً عقلاً وشرعاً من مباشرة ما توكل فيه، فلا تصح وكالة المحرم فيما لا يجوز له، كابتياع الصيد وإمساكه وإيقاع عقد النكاح.

(مسألة ٣): لا يشترط في الوكيل الإسلام، فتصح وكالة الكافر بل والمرتب وإن كان من فطرة عن المسلم والكافر، إلا فيما لا يصح وقوعه من الكافر، كابتياع المصحف لكافر، وكاستيفاء^(٢) حق من المسلم، أو مخاطبة معه وإن كان ذلك لمسلم.

(مسألة ٤): تصح وكالة المحجور عليه لفسه أو فلس عن غيرهما ممن لا حجر عليه.

(مسألة ٥): لو جؤزنا للصبي بعض التصرفات في ماله - كالوصية بالمعروف لمن بلغ عشر سنين - جاز له التوكيل فيما جاز له.

(مسألة ٦): ما كان شرطاً في الموكل والوكيل ابتداء شرط فيهما استدامة، فلو جئاً أو أغمي عليهما أو حجر على الموكل فيما وكل فيه بطلت الوكالة على الأحوط، ولو زال المانع احتاج عودها إلى توكيل جديد.

(٢) لدعوى عدة^١ من الأصحاب الإجماع عليه، ولقوله تعالى: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»^٢.

١. غنية الزوج ٢: ٢٦٨؛ تذكرة الفقهاء ١٥: ٣٤؛ مفتاح الكرامة ٧: ٥٤٥ ط قديم، جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٦.

٢. ٣٩٧.

٢. النساء (٤): ١٤١.

(مسألة ٧): يشترط فيما وكل فيه أن يكون سائفاً في نفسه، وأن يكون للموكل سلطنة شرعاً على إيقاعه، فلا توكيل في المعاصي كالغصب والسرقة والقمار ونحوها، ولا على بيع مال الغير من دون ولاية عليه. ولا تعتبر القدرة عليه خارجاً مع كونه ممناً يصح وقوعه منه شرعاً، فيجوز لمن لم يقدر على أخذ ماله من غاصب أن يوكل فيه من يقدر عليه.

(مسألة ٨): لو لم يتمكن شرعاً أو عقلاً من إيقاع أمر، إلا بعد حصول أمر غير حاصل حين التوكيل - كطليق امرأة لم تكن في حبائله، وتزويج من كانت مزوجة أو معتدة، ونحو ذلك - فلا إشكال في جواز التوكيل فيه تبعاً لما تمكن منه؛ بأن يوكله في إيقاع المرتب عليه ثم إيقاع ما رتب عليه، بأن يوكله - مثلاً - في تزويج امرأة له ثم طلاقها أو شراء مال ثم بيعه ونحو ذلك. كما أن الظاهر جوازه لو وقعت الوكالة على كلي يكون هو من مصاديقه، كما لو وكله على جميع أموره، فيكون وكيلاً في المتجدد في ملكه بهية أو إرث بيعاً وهدناً وغيرهما. وأما التوكيل استقلالاً في خصوصه من دون التوكيل في المرتب عليه، ففيه إشكال، بل الظاهر عدم الصحة؛ من غير فرق بين ما كان المرتب عليه غير قابل للتوكيل - كإنقضاء العدة - أو قابلاً، فلا يجوز أن يوكل في تزويج المعتدة^(٣) بعد انقضاء عدتها والمزوجة بعد طلاقها، وكذا في طلاق زوجة سينكحها، أو بيع متاع سيشتريه ونحو ذلك.

(مسألة ٩): يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلاً للتفويض^(٤) إلى الغير؛ بأن لم يعتبر

(٣) لرجوع ذلك إلى التعليق في الوكالة، وقد مر الإشكال فيه.

(٤) هل الأصل والقاعدة الأولية في الوكالة صحتها ونفوذها في كل فعل قابل للصودر من الشخص إلا ما أخرجه الدليل، أو الأصل عدمها إلا ما أثبتته الدليل؟ مقتضى ما يفهم من عبارات الأصحاب: الأول، ولكن لا إطلاق هناك من الأدلة الخاصة بتمسك به على أحد الأمرين. اللهم إلا أن يدعى شمول: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لكل عقد لازم أو جائز، فيشمل الوكالة ويجعلها نافذة في موارد الشك أيضاً.

فيه المباشرة من الموكل، فلو تقبل عملاً بقيد المباشرة لا يصح التوكيل فيه. وأمّا العبادات البدنية - كالصلاة والصيام والحج وغيرها - فلا يصح فيها التوكيل؛ وإن فرض صحة النيابة فيها عن الحي، كالحج عن العاجز أو عن الميت كالصلاة وغيرها، فإنّ النيابة غير الوكالة^(٥) اعتباراً. نعم، تصح الوكالة في العبادات المالية - كالزكاة والخمس والكفارات - إخراجاً وإيصلاً إلى المستحق.

(مسألة ١٠): يصح التوكيل في جميع العقود، كالبيع، والصلح، والإجارة، والهبة، والعارية، والوديعة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، والقرض، والرهن، والشركة، والضمان، والحوالة، والكفالة، والوكالة، والنكاح إيجاباً وقبولاً في الجميع، وكذا في الوصية والوقف والطلاق والإبراء، والأخذ بالشفعة وإسقاطها، وفسخ العقد في موارد ثبوت الخيار وإسقاطه. والظاهر صحته في الرجوع إلى المطلقة الرجعية إذا أوقفه على وجه لم يكن صرف التوكيل تمسكاً بالزوجية حتى يرتفع به متعلق الوكالة. ولا يبعد صحته في النذر والعهد والظهار. ولا يصح في اليمين واللعان والإبلاء والشهادة والإقرار؛ على إشكال في الأخير.

(مسألة ١١): يصح التوكيل في القبض والإقباض في موارد لزومهما، كما في الرهن والقرض والصرف بالنسبة إلى العوضين، والسلم بالنسبة إلى الثمن، وفي إيفاء الديون واستيفائها وغيرها.

(٥) لعل مراده: أنّ النيابة اعتبار تنزيل شخص مكان شخص، فالنائب يعتبر نفسه أولاً نفس المنوب عنه، فيترتب عليه قهراً كون العمل للمنوب عنه. وهذا هو الثابت في حجّ العاجز وإتيان العبادة عن الميت.

وأمّا الوكالة: فهي اعتبار تنزيل فعل مكان فعل، ولم يثبت التوكيل فيه. وعليه: لو قصد النائب العبادة عن المنوب عنه بنحو تنزيل الفعل بطلت، ولكنهم قد صرحوا بصحتها في باب الصلاة الاستيعارية، فتأمل.

(مسألة ١٢): يجوز التوكيل في الطلاق، غالباً كان الزوج أم حاضراً، بل يجوز توكيل الزوجة في أن تطلق نفسها بنفسها، أو بأن توكل الغير عن الزوج أو من نفسها.

(مسألة ١٣): تجوز الوكالة في حيازة المباح كالاستقاء والاحتطاب وغيرهما، فإذا وكل شخصاً فيها وقد حاز بعنوان الوكالة عنه صار ملكاً له.

(مسألة ١٤): يشترط في الموكل فيه التمييز؛ بأن لا يكون مجهولاً أو مبهماً، فلو قال: «وكتلك على أمر من الأمور» لم يصح. نعم، لا بأس بالتعميم والإطلاق كما يأتي.

(مسألة ١٥): الوكالة: إما خاصة، وإما عامة، وإما مطلقة.

فالأولى: ما تعلقت بتصرف معين في شيء معين، كما إذا وكله في شراء بيت معين. وهذا ممّا لا إشكال في صحته.

والثانية: إما عامة من جهة التصرف وخاصة من جهة المتعلق، كما إذا وكله في جميع التصرفات الممكنة في داره المعينة، وإما بالعكس كما إذا وكله في بيع جميع ما يملكه، وإما عامة من الجهتين، كما إذا وكله في جميع التصرفات الممكنة في جميع ما يملكه، أو في إيفاع جميع ما كان له فيما يتعلق به بجميع أنواعه؛ بحيث يشمل التزويج له وطلاق زوجته. وكذا الثالثة: قد تكون مطلقة من جهة التصرف خاصة من جهة متعلقه، كما لو قال: «أنت

وكيلي في أمر داري»، وكذا لو قال: «أنت وكيلي في بيع داري»، مقابل المقيد بشئ معين أو شخص معين، وقد يكون بالعكس، كما لو قال: «أنت وكيلي في بيع أحد أملاكتي» أو «في بيع ملكي»، وقد تكون مطلقة من الجهتين، كما لو قال: «أنت وكيلي في التصرف في مالي».

وربما يكون التوكيل بنحو التخيير بين أمور: إما في التصرف دون المتعلق، كما لو قال: «أنت وكيلي في بيع داري أو صلحها أو هبتها أو إيجارها»، وإما في المتعلق فقط، كما لو قال: «أنت وكيلي في بيع هذه الدار، أو هذه الدابة، أو هذه الفرش، مثلاً، والظاهر صحة الجميع.

(مسألة ١٦): لا بد أن يقتصر الوكيل في التصرف في الموكل فيه على ما شمله عقد الوكالة صريحاً أو ظاهراً ولو بمعونة قرائن حالية أو مقالية ولو كانت هي العادة التجارية على أن التوكيل في أمر لازمه التوكيل في أمر آخر، كما لو سلم إليه المبيع وكله في بيعه، أو سلم إليه الثمن وكله في الشراء. وبالجملية: لا بد في صحة التصرف من شمول الوكالة له.

(مسألة ١٧): لو خالف الوكيل وأتى بالعمل على نحو لم يشملته عقد الوكالة، فإن كان ممّا

يجري فيه الفضولية كالمفود، توقفت صحته على إجازة الموكل. ولا فرق في التخالف بين أن يكون بالمباينة، كما إذا وكله في بيع داره فأجرها، أو ببعض الخصوصيات، كما إذا وكله في بيعها نقداً فباع نسيئة، أو بخيار فباع بدونه. نعم، لو علم شموله لفائدة الخصوصية أيضاً صح في الظاهر، كما إذا وكله في أن يبيع السلعة بدينار فباع بدينارين، فإن الظاهر بل المعلوم من حال الموكل أن تحديده من طرف النقيصة لا الزيادة. ومن هذا القبيل ما إذا وكله في البيع في سوق معين بشمن معين، فباعها في غيره بذلك الثمن، فإن الظاهر أن مراده تحصيل الثمن. هذا بحسب الظاهر. وأما الصحة الواقعية فتابعة للواقع. ولو فرض احتمال وجود غرض عقلائي في التحديد لم يجز التعدي، ومعه فضولي في الظاهر، والواقع تابع للواقع.

(مسألة ١٨): يجوز للولي كالأب والجدة للمصغير أن يوكل غيره فيما يتعلق بالمولى عليه مما له الولاية عليه.

(مسألة ١٩): لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره في إيقاع ما توكل فيه؛ لا عن نفسه ولا عن الموكل إلا بإذنه، ومعه يجوز بكلا التحوين، فإن عين أحدهما فهو المتبع، ولا يجوز التعدي عنه. ولو قال مثلاً: «وكلتك في أن توكل غيرك» فهو إذن في توكيل الغير عن الموكل. والظاهر أنه كذلك لو قال: «وكل غيرك» وإن لا يخلو من تأمل.

(مسألة ٢٠): لو كان الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل كان في عرض الأول، فليس له أن يعزله، ولا ينمزل بانتماله، بل لو مات يبقى الثاني على وكالته، ولو كان وكيلاً عنه كان له عزله، وكانت وكالته تبعاً لوكالته، فينمزل بانتماله أو موته، ولا يبعد أن يكون للموكل عزله من دون عزل الوكيل الأول.

(مسألة ٢١): يجوز أن يتوكل اثنان فصاعداً عن واحد في أمر واحد، فإن صرح الموكل بانفرادهما، أو كان لكلامه ظاهر متبع في ذلك، جاز لكل منهما الاستقلال في التصرف من دون مراجعة الآخر، وإلا لم يجز الانفراد لأحدهما ولو مع غيبة صاحبه أو عجزه؛ سواء صرح بالانضمام والاجتماع، أو أطلق؛ بأن قال مثلاً: «وكلتكما» أو «أنتما وكيلاي» وتحو ذلك، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة رأساً مع شرط الاجتماع أو الإطلاق المنزل منزله، وبقيت وكالة الباقي لو وكل بالانفراد.

(مسألة ٢٢): الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل

وغيبته، وكذا للموكل أن يعزله، لكن انعزاله بعزله مشروط ببلوغه^(٦) إياه، فلو أنشأ عزله ولم يطلع عليه الوكيل لم يعزل، فلو أمضى أمراً قبل أن يبلغه ولو بإخبار ثقة كان نافذاً.

(مسألة ٢٣): تبطل الوكالة بموت الوكيل، وكذا بموت الموكل وإن لم يعلم^(٧) الوكيل بموته، وبمروض الجنون على كل منهما على الأقوى في الإطباقي، وعلى الأحوط في غيره، وبإغماء كل منهما على الأحوط؛ ويتلف ما تعلقت به الوكالة، وبفعل الموكل - ولو بالتسبب - ما تعلقت به، كما لو وكله في بيع سلعة ثم باعها، أو فعل ما ينافيه، كما وكله في بيع شيء ثم أوقفه.

(مسألة ٢٤): يجوز التوكيل في الخصومة والمرافعة لكل من المدعي والمدعى عليه، بل يكره لذوي المروءات من أهل الشرف والمناصب الجليلة أن يتولوا المنازعة والمرافعة بأنفسهم، خصوصاً إذا كان الطرف بذية اللسان، ولا يعتبر رضا صاحبه، فليس له الامتناع عن خصومة الوكيل.

(مسألة ٢٥): وكيل المدعي وظيفته: بثّ الدعوى على المدعى عليه عند الحاكم، وإقامة البينة وتعديلها، وتحليف المنكر، وطلب الحكم على الخصم. وبالجملية: كل ما هو وسيلة

(٦) وهو المشهور^١ خصوصاً بين المتأخرين؛ لصحيح هشام، وفيه: «إنّ الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه، أو يشافه بالعزل عن الوكالة»^٢، ونحوه صحيح العلامة^٣.

(٧) لأنّه مقتضى القاعدة. وعدم الانعزال بالعزل قبل علمه خرج بالنص. وأما البطلان بالإغماء ففيه إشكال، بل لا يبعد عدمه؛ لاستصحاب البقاء ودعوى كون ذلك مقتضى القاعدة في العقود الجائزة غير ظاهرة.

١. الخلاف ٣: ٣٤٢ - ٢٤٣ / مسألة ١٣، جامع المقاصد ٨: ٢٧٧، الحدايق الناضرة ٢٢: ١٨، مفتاح الكرامة ٧: ٦١٥ ط قدیم؛ جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٨.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٦٢، كتاب الوكالة، الباب ٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ١٦٣، كتاب الوكالة، الباب ٢، الحديث ٢.

إلى الإثبات. ووكيل المدعى عليه وظيفته: الإنكار، والطمع على الشهود، وإقامة بيّنة الجرح، ومطالبة الحاكم بسماعها والحكم بها. وبالجملّة: عليه السعي في الدفع ما أمكن.

(مسألة ٢٦): لو ادّعى منكر الدين - مثلاً - في أثناء مدافعة وكيله عنه الأداء أو الإبراء، انقلب مدّعياً، وصارت وظيفة وكيله إقامة البيّنة على هذه الدعوى وغيرها ممّا هو وظيفة المدّعي، وصارت وظيفة خصمه الإنكار وغيره من وظائف المدّعي عليه.

(مسألة ٢٧): لا يقبل إقرار الوكيل في الخصومة على موكله، فلو أقرّ وكيل المدّعي القبض، أو الإبراء، أو قبول الحوالة أو المصالحة، أو بأنّ الحقّ مؤجّل، أو أنّ البيّنة فسقة، أو أقرّ وكيل المدّعي عليه بالحقّ للمدّعي لم يقبل، وبقيت الخصومة على حالها؛ سواء أقرّ في مجلس الحكم أو غيره، وينعزل بذلك وتبطل وكالته؛ لأنّه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه.

(مسألة ٢٨): الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح عن الحقّ أو الإبراء منه، إلّا أن يكون وكيلًا في ذلك أيضاً بالخصوص.

(مسألة ٢٩): يجوز أن يوكل اثنين فصاعداً بالخصومة كسائر الأمور، فإن لم يصرح باستقلال كلّ منهما ولم يكن لكلامه ظهور فيه لم يستقلّ بها أحدهما، بل يتشاوران ويتباصران ويعضد كلّ منهما صاحبه ويعينه على ما فوّض إليهما.

(مسألة ٣٠): لو وكلّ رجل وكيلًا بحضور الحاكم في خصوماته واستيفاء حقوقه مطلقاً، أو في خصومة شخصية، ثمّ قدّم الوكيل خصماً لموكله وأقام الدعوى عليه، يسمع الحاكم دعواه عليه. وكذا إذا ادّعى عند الحاكم وكالته في الدعوى وأقام البيّنة عنده عليها. وأمّا إذا ادّعاها من دون بيّنة، فإن لم يحضر خصماً عنده، أو أحضر ولم يصدّقه في وكالته، لم يسمع دعواه. ولو صدّقه فيها فالظاهر أنّه يسمع دعواه، لكن لم تثبت بذلك وكالته عن موكله بحيث تكون حجّة عليه، فإذا قضت موازين القضاء بحقّية المدّعي يلزم المدّعي عليه بالحقّ، ولو قضت بحقّية المدّعي عليه فالمدّعي على حجّته، فإذا أنكر الوكالة تبقى دعواه على حالها، وللمدّعي عليه أو وكيل المدّعي إقامة البيّنة على ثبوت الوكالة، ومع ثبوتها بها تثبت حقّية المدّعي عليه في ماهية الدعوى.

(مسألة ٣١): لو وكلّه في الدعوى وتبييت حقّه على خصمه لم يكن له بعد الإثبات قبض

الحق، فللمحكوم عليه أن يمتنع عن تسليم ما ثبت عليه إلى الوكيل.

(مسألة ٣٢): لو وكله في استيفاء حق له على غيره فبحده من عليه الحق، لم يكن للوكيل مخاصمته ومرافعته وتثبيت الحق عليه ما لم يكن وكيلاً في الخصومة.

(مسألة ٣٣): يجوز التوكيل بجعل وبغيره، وإنما يستحق الجعل في الأول بتسليم العمل الموكل فيه، فلو وكله في البيع أو الشراء وجعل له جعلاً، فله المطالبة به بمجرد إتمام المعاملة وإن لم يتسلم الموكل الثمن أو المثمن، وكذا لو وكله في المرافعة وتثبيت الحق، استحقه بمجرد إثباته وإن لم يتسلمه الموكل.

(مسألة ٣٤): لو وكله في قبض دينه من شخص فمات قبل الأداء، لم يكن له مطالبة وارثه إلا أن تشملها الوكالة.

(مسألة ٣٥): لو وكله في استيفاء دينه من زيد فجاء إليه للمطالبة، فقال زيد: خذ هذه الدراهم واقض بها دين فلان - أي موكله - فأخذها، صار وكيل زيد في قضاء دينه، وكانت الدراهم باقية على ملك زيد ما لم يقبضها صاحب الدين، وللوكيل أن يقبض نفسه بعد أخذه من المدينين بعنوان الوكالة عن الدائن في الاستيفاء، إلا أن يكون توكيل المدينين بنحو لا يشمل قبض الوكيل^(٨)، فلزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل؛ ولم يتحقق القبض من الدائن بنحو مّا ذكر. ولو تلفت عنده بقي الدين بحاله، ولو قال: خذها عن الدين الذي تظالمني به لفلان، فأخذها كان قابضاً للموكل وبرئت ذمة زيد، وليس له الاسترداد.

(مسألة ٣٦): الوكيل أمين^(٩) بالنسبة إلى ما في يده؛ لا يضمنه إلا مع التفريط أو التعدي. كما إذا لبس ثوباً أو حمل على دابة كان وكيلاً في بيعهما، لكن لا تبطل بذلك وكالته، فلو

(٨) بأن قال: ليكن هذه الدراهم عندك أمانة. ولا أوكلتك إلا بالإقباض لشخص الدائن لا وكالته.

(٩) لا خلاف فيه بين المسلمين كغيره من الأمناء، من المستودع والمستأجر ونحوهما، ويمكن استفادة الحكم أيضاً من الأخبار المتفرقة في أبواب الفقه.

باع الثوب بعد لبسه صحح بيعه؛ وإن كان ضامناً له لو تلف قبل أن يبيعه، وبتسليمه إلى المشتري يبرأ عن ضمانه، بل لا يبعد ارتفاع ضمانه بنفس البيع.

(مسألة ٣٧): لو وكّله في إيداع مال فأودعه بلا إشهاد فجحد الودعي، لم يضمه الوكيل إلا إذا وكّله في أن يودعه مع الإشهاد فخالف. وكذا الحال لو وكّله في قضاء دينه فأذاه بلا إشهاد وأنكر الدائن.

(مسألة ٣٨): لو وكّله في بيع سلعة أو شراء متاع، فإن صرح بكون البيع أو الشراء من غيره أو بما يعم نفسه فلا إشكال، وإن أطلق وقال: أنت وكيل في أن تبيع هذه السلعة، أو تشتري لي المتاع الفلاني، فهل يعم نفس الوكيل، فيجوز أن يبيع السلعة من نفسه، أو يشتري له المتاع من نفسه، أم لا؟ وجهان بل قولان، أقواهما الأول، وأحوطهما الثاني.

(مسألة ٣٩): لو اختلفا في التوكيل فالقول قول منكره، ولو اختلفا في التلف أو في تفريط الوكيل فالقول قول الوكيل، ولو اختلفا في دفع المال إلى الموكل فالظاهر أن القول قول الموكل، خصوصاً إذا كانت الوكالة بجعل. وكذا الحال فيما إذا اختلف الوصي والموصى له في دفع المال الموصى به إليه، والأولياء - حتى الأب والجد - إذا اختلفوا مع المولى عليه بعد زوال الولاية عليه في دفع ماله إليه، فإن القول قول المنكر في جميع ذلك. نعم، لو اختلف الأولياء مع المولى عليهم في الاتفاق عليهم، أو على ما يتعلق بهم في زمان ولايتهم، فالظاهر أن القول قول الأولياء بيمينهم.

كتاب الإقرار

الذي هو الإخبار الجازم بحق لازم على المخبر، أو بما يستتبع حقاً أو حكماً عليه، أو بنفي حق له أو ما يستتبعه، كقوله: له أو لك عليّ كذا، أو عندي أو في ذمتي كذا، أو هذا الذي في يدي لفلان، أو إني جنيت على فلان بكذا، أو سرت أو زنت، ونحو ذلك ممّا يستتبع القصاص أو الحد الشرعي، أو ليس لي على فلان حق، أو أنّ ما أتلّفه فلان ليس مني، وما أشبه ذلك: بأيّ لغة كان، بل يصحّ إقرار العربي بالمعجمي وبالعكس، والهندي بالتركي وبالعكس؛ إذا كان عالماً بمعنى ما تلفّظ به في تلك اللغة، والمعتبر فيه الجزم؛ بمعنى عدم إظهار التردد وعدم الجزم به، فلو قال: أظنّ أو أحتمل أنّ لك عليّ كذا، ليس إقراراً.

كتاب الإقرار

هو لغة بمعنى: الاعتراف أو الإذعان للحق، ولم يثبت له حقيقة شرعية ولا متشرعية، وليس عقداً ولا إيقاعاً، بل شبهها بالإيقاع.

والدليل على شرعيته إجماع^١ المسلمين أو الضرورة عندهم، والكتاب الكريم: «أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا»^٢.

والنبوي المتواتر: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٣.

وخبر جراح المدائني: «لا أقبل شهادة الفاسق إلّا على نفسه»^٤.

١. المبسوط ٣: ٢، تذكرة الفقهاء ١٥: ٢٣٦، مضاعح الذكامة ٩: ٢١٢ ط قديم، جواهر الكلام ٣٥: ٣.

٢. آل عمران (٣): ٨١.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ١٨٤، كتاب الإقرار، الباب ٣، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ٢٣: ١٨٦، كتاب الإقرار، الباب ٦، الحديث ١.

(مسألة ١): يعتبر في صحة الإقرار بل في حقيقته وأخذ المقر بإقراره كونه دالاً على الإخبار المزبور بالصراحة أو الظهور، فإن احتمل إرادة غيره احتمالاً يخلّ بظهوره عند أهل المحاورة لم يصح. وتشخيص ذلك راجع إلى العرف وأهل اللسان كسائر التكلّمات العادية، فكلّ كلام ولو لخصوصية مقام يفهم منه أهل اللسان أنّه قد أخبر بثبوت حقّ عليه، أو سلب حقّ عن نفسه من غير تردد، كان إقراراً، وإن لم يفهم منه ذلك من جهة نظر الاحتمال الموجب للترديد والإجمال، لم يكن إقراراً.

(مسألة ٢): لا يعتبر في الإقرار صدوره من المقر ابتداءً، أو كونه مقصوداً بالإفادة، بل يكفي كونه مستفاداً من تصديقه لكلام آخر، واستفادته من كلامه بنوع من الاستفادة، كقوله: «نعم» في جواب من قال: «لي عليك كذا» أو «أنت جئت على فلان»، وكقوله في جواب من قال: «استقرضت مني ألفاً» أو «لي عليك ألف»: «رددته» أو «أديته»، فإنّه إقرار بأصل ثبوت الحقّ عليه ودعوى منه بسقوطه، ومثل ذلك ما إذا قال - في جواب من قال: «هذه الدار التي تسكنها لي» -: «اشتريتها منك»، فإنّ الإخبار بالاشتراء اعتراف منه بثبوت الملك له ودعوى منه بانتقاله إليه. نعم، قد توجد قرائن على أنّ تصديقه لكلام الآخر ليس حقيقياً، فلم يتحقّق الإقرار، بل دخل في عنوان الإنكار، كما إذا قال في جواب من قال: «لي عليك ألف دينار»: «نعم» أو «صدقت»: مع صدور حركات منه دلّت على أنّه في مقام الاستهزاء والتهكم وشدة التعجّب والإنكار.

(مسألة ٣): يشترط في المقرّ به أن يكون أمراً لو كان المقرّ صادقاً في إخباره، كان للمقرّ له حقّ الإلزام عليه ومطالبته به؛ بأن يكون مალأ في ذمّته؛ عيناً أو منفعة أو عملاً أو ملكاً تحت يده أو حقّاً يجوز مطالبته، كحقّ الشفعة والخيار والتصاص، وحقّ الاستطراق في درب مثلاً، وإجراء الماء في نهر، ونصب الميزاب في ملك، ووضع الجذوع على حائط، أو يكون نسباً أوجب نقصاً في الميراث، أو حرماناً في حقّ المقرّ، وغير ذلك، أو كان للمقرّ به حكم وأثر، كالإقرار بما يوجب الحدّ.

(مسألة ٤): إنّما ينفذ الإقرار بالنسبة إلى المقرّ، ويمضي عليه فيما يكون ضرراً

عليه^(١)؛ لا بالنسبة إلى غيره، ولا فيما يكون فيه نفع له، فإن أقر بأبوة شخص له ولم يصدقه ولم ينكره، يعضي إقراره في وجوب الثقة عليه، لا في نفقته على المقر أو في توريثه.

(مسألة ٥): يصح الإقرار بالمجهول والمبهم، ويقبل من المقر ويلزم ويطالب بالتفسير والبيان ورفع الإبهام، ويقبل منه ما فسر به، ويلزم به لو طابق تفسيره مع المبهم بحسب العرف واللغة، وأمكن بحسبهما أن يكون مراداً منه، فلو قال: «لك عندي شيء» ألزم بالتفسير، فإن فسر به بأي شيء صح كونه عنده، يقبل منه وإن لم يكن متمولاً، كهرة - مثلاً - أو نعل خلق لا يتمول. وأما لو قال: «لك عندي مال» لم يقبل منه إلا إذا كان ما فسر به من الأموال عرفاً وإن كانت ماله قليلة جداً.

(مسألة ٦): لو قال: «لك أحد هذين» مما كان تحت يده، أو «لك عليّ إمّا وزنة من حنطة أو شعير»، ألزم بالتفسير وكشف الإبهام، فإن عيّن ألزم به لا بغيره، فإن لم يصدقه المقر له؛ وقال: «ليس لي ما عيّنت»، فإن كان المقر به في الذمة، سقط حقه بحسب الظاهر إذا كان في مقام الإخبار عن الواقع، لا إنشاء الإسقاط لو جوزناه بمثله، وإن كان عيّن كان بينهما مسلوباً بحسب الظاهر عن كلّ منهما، فيبقى إلى أن يتضح الحال، ولو يرجع المقر عن إقراره أو المنكر عن إنكاره. ولو ادعى عدم المعرفة حتى يفسره، فإن صدقه المقر له؛ وقال: «أنا أيضاً لا أدري، فالأقوى القرعة وإن كان الأحوط التصالح، وإن ادعى المعرفة وعيّن أحدهما، فإن صدقه المقر فذاك، وإلا فله أن يطالبه بالبيّنة، ومع عدمها فله أن يحلفه، وإن نكل أو لم يمكن إحلاله يكون الحال كما لو جهلا معاً، فلا محيص عن التخلّص بما ذكر فيه.

(مسألة ٧): كما لا يضرّ الإبهام والجهالة في المقرّ به، لا يضرّ أن في المقرّ له، فلو قال: «هذه الدار التي بيدي لأحد هذين» يقبل ويلزم بالتميين، فمن عيّن يقبل، ويكون هو المقرّ

(١) للإجماع على ذلك، ولظهور كلمة «على» في النبوي، وخبر جراح الماضيين.

له، فإن صدّقه الآخر فهو، وإلا تقع المخاصمة بينه وبين من هيّته المقرّ. ولو ادّعى عدم المعرفة وصدّقه فيه سقط عنه الإلزام بالتعيين، ولو ادّعى أو أحدهما عليه العلم كان القول قوله بيمينه.

(مسألة ٨): يعتبر في المقرّ البلوغ والعقل^(٢) والقصد والاختيار، فلا اعتبار بإقرار الصبيّ والمجنون والسكران، وكذا الهازل والساهي والغافل والمكره. نعم، لا يبعد صحة إقرار الصبيّ إن تعلّق بما له أن يفعله، كالوصيّة بالمعروف ممّن له عشر سنين.

(مسألة ٩): إن أقرّ السفهية المحجور عليه بماله في ذمّته أو تحت يده لم يقبل، ويقبل فيما عدا المال، كالطلاق والخلع بالنسبة إلى الفراق لا الفداء، وكذا في كلّ ما أقرّ^(٣) به وهو يشتمل على مال وغيره؛ لم يقبل بالنسبة إلى المال، كالسرقة فيحدّ إن أقرّ بها، ولا يلزم بأداء المال.

(مسألة ١٠): يقبل إقرار المفلس بالدين سابقاً ولاحقاً، لكن لم يشارك المقرّ له مع الغرماء بتفصيل مرّ في كتاب الحجر، كما مرّ الكلام في إقرار المريض بمرض الموت، وأتّه نافذ إلا مع التهمة فينفذ بمقدار الثلث.

(مسألة ١١): لو ادّعى الصبيّ البلوغ فإن ادّعى بالإنبات اختبر، ولا يثبت بمجرد دعواه، وكذا إن ادّعى بالسنّ، فإنّه يطالب بالبيّنة. وأما لو ادّعى بالاحتلام فسي الحّد الذي يمكن وقوعه، فثبوته بقوله بلا يمين بل معها محلّ تأمل وإشكال.

(٢) الشرائط الأربعة المذكورة من الشرائط العامة، ذكرها أغلب الأصحاب في كتاب البيع في ضمن شرائط المتعاقدين مع أدلتها العامة والخاصّة. نعم، ورد هنا في المكره، عن أبي البختري: إنّ عليّاً عليه السلام قال: «من أقرّ عند تجريد أو حبس أو تخويف أو تهديد فلا حدّ عليه»^١.

(٣) لما عرفت من أنّ السفهية محجور عليه بالنسبة إلى تصرّفاتة الماليّة عيناً أو ذمّة دون غيره.

(مسألة ١٢): يعتبر في المقر له أن يكون له أهلية الاستحقاق، فلو أقر لدابة بالدين لغا، وكذا لو أقر لها بملك، وأما لو أقر لها باختصاصها بجعل ونحوه، كأن يقول: «هذا الجمل مختص بهذا الفرس»، أو لهذا مريداً به ذلك، فالظاهر أنه يقبل ويحكم بالكية مالكة، كما أنه يقبل لو أقر لمسجد أو مشهد أو مقبرة أو رباط أو مدرسة ونحوها؛ بمال خارجي أو دين؛ حيث إن المقصود منه في التعارف اشتغال ذمته ببعض ما يتعلق بها؛ من غلة موقوفاتها أو المنذور أو الموصى به لمصالحها ونحوها.

(مسألة ١٣): لو كذب المقر له المقر في إقراره، فإن كان المقر به ديناً أو حقاً لم يطالب به المقر، وفرغت ذمته في الظاهر، وإن كان عبثاً كانت مجهولة المالك بحسب الظاهر، فتبقى في يد المقر أو الحاكم إلى أن يتبين مالكة. هذا بحسب الظاهر. وأما بحسب الواقع فعلى المقر - بينه وبين الله تعالى - تفريغ ذمته من الدين، وتخليص نفسه من المين بالإصصال إلى المالك وإن كان بدسه في أمواله، ولو رجع المقر له عن إنكاره يلزم المقر بالدفع مع بقائه على إقراره، وإلا ففيه تأمل.

(مسألة ١٤): لو أقر بشيء ثم عقبه بما يضاذه وينافيه، يؤخذ بإقراره ويلغى ما ينافيه، فلو قال: «له عليّ عشرة، لا بل تسعة» يلزم بالعشرة. ولو قال: «له عليّ كذا، وهو من ثمن الخمر أو بسبب القمار» يلزم بالمال ولا يسمع منه ما عقبه. وكذا لو قال: «عندي ودبعة وقد هلك»، فإن إخباره بتلفها ينافي قوله: «عندي» الظاهر في وجودها عنده. نعم، لو قال: «كانت له عندي ودبعة وقد هلك» فلا تنافي بينهما، وهو دعوى لا بد من فصلها على الموازين الشرعية.

(مسألة ١٥): ليس الاستثناء من التعقيب بالمنافي، بل يكون المقر به ما بقي بعد الاستثناء إن كان من المثبت، ونفس المستثنى إن كان من المنفي، فلو قال: «هذه الدار التي بيدي لزيد إلا القبة الفلانية» كان إقراراً بما عداها، ولو قال: «ليس له من هذه الدار إلا القبة الفلانية» كان إقراراً بها. هذا إذا كان الإخبار متعلقاً بحق الغير عليه. وأما لو كان متعلقاً بحقه على الغير كان الأمر بالمعكس، فلو قال: «لي هذه الدار إلا القبة الفلانية» كان إقراراً بالنسبة إلى نفي حقه عن القبة، فلو ادعى بعده استحقاق تمام الدار لم يسمع منه، ولو قال: «ليس لي من هذه الدار إلا القبة الفلانية» كان إقراراً بعدم استحقاق ما عدا القبة.

(مسألة ١٦): لو أقرّ يعين لشخص ثم أقرّ بها لشخص آخر، كما إذا قال: «هذه الدار لزيد»، ثم قال: «لعمرو»، حكم بكونها للأول^(٤) وأعطيت له، وأُغرم للثاني بقيمتها.

(مسألة ١٧): من الأقاير النافذة الإقرار بالنسب كالبنوة والأخوة ونحوهما، والمراد بنفوذه إلزام المقرّ وأخذه بإقراره بالنسبة إلى ما عليه؛ من وجوب إنفاق وحرمة نكاح أو مشاركته معه في إرث أو وقف ونحو ذلك. وأمّا ثبوت النسب بينهما بحيث يترتب جميع آثاره ففيه تفصيل: وهو أنّه إن كان الإقرار بالولد وكان صغيراً غير بالغ، يثبت به ذلك^(٥)؛ إن لم يكذّبه الحسّ والعادة - كالإقرار ببنوة من يقاربه في السنّ بما لم يجز العادة بتولده من مثله - ولا الشرع - كإقراره ببنوة من كان ملتحقاً بغيره من جهة الفراش ونحوه - ولم ينازعه فيه منازع، فينفذ إقراره، ويترتب عليه جميع آثاره، ويتمدّى إلى أنسابهما، فيثبت به كون ولد المقرّ به حفيداً للمقرّ، وولد المقرّ أخاً للمقرّ به، وأبيه جدّه، ويقع التوارث بينهما، وكذا بين أنسابهما بعضهم مع بعض. وكذا الحال لو كان كبيراً وصدّق المقرّ مع الشروط المزبورة. وإن كان الإقرار بغير الولد وإن كان ولد، فإن كان المقرّ به كبيراً وصدّقه، أو صغيراً وصدّقه بعد بلوغه مع إمكان صدقه عقلاً وشرعاً يتوارثان إن لم يكن لهما وارث معلوم محقّق، ولا يتمدّى التوارث إلى غيرهما من أنسابهما حتى أولادهما، ومع عدم التصديق أو وجود وارث

(٤) الحكمان ينشآن من صحّة كلا الإقرارين ونفوذهما مع كون الأول معدماً لموضوع الثاني، فتغريمه القيمة للشخص الثاني من قبيل ما لو أقرّ يعين لأحدٍ ثمّ أثبت أنّه أتلفها.

(٥) للإجماع المدّعى^١؛ ولرواية أبي بصير: عن رجلٍ ادّعى ولد امرأة لا يعرف له أب، ثمّ انتفى من ذلك قال عليه السلام: «ليس له ذلك»^٢.

ولصحيح الحلبي: «إذا أقرّ رجل بولده ثمّ نفاه لزمه»^٣.

وخبر السكوني: «إذا أقرّ الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه»^٤.

١. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٤٤٦؛ الحقائق الناضرة ٢٥: ٢١؛ رياض المسائل ١١: ٤٣٠؛ جواهر الكلام ٣٥: ١٥٣.

٢. وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧١، كتاب الإرث، أبواب ميراث ولد الملائنة، الباب ٦، الحديث ٣.

٣. وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧١، كتاب الإرث، أبواب ميراث ولد الملائنة، الباب ٦، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٦: ٢٧١، كتاب الإرث، أبواب ميراث ولد الملائنة، الباب ٦، الحديث ٤.

محقق غير مصدق له، لا يثبت بينهما النسب الموجب للتوارث إلا بالبيّنة.

(مسألة ١٨): لو أقرّ بولد صغير ثبت نسبه، ثم بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره^(٦).

(مسألة ١٩): لو أقرّ أحد ولدي الميت بولد آخر له وأنكر الآخر لم يثبت نسب المقرّ به، فيأخذ المنكر نصف التركة، والمقرّ ثلثها^(٧) بمقتضى إقراره، والمقرّ به سدسها، وهو تكملة نصيب المقرّ، وقد تنقص بسبب إقراره.

(مسألة ٢٠): لو كان للميت إخوة وزوجة فأقرّت بولد له، كان لها الثمن والباقي للولد إن صدّقها الإخوة، وإن أنكروا كان لهم ثلاثة أرباع، وللزوجة الثمن، وباقي حصّتها للولد.

(مسألة ٢١): لو مات صبي مجهول النسب فأقرّ شخص بينوته، فمع إمكانه وعدم منازع له يثبت نسبه، وكان ميراثه له.

(مسألة ٢٢): لو أقرّ الورثة بأسرهم بدين على الميت أو شيء من ماله للغير كان مقبولاً، ولو أقرّ بعضهم وأنكر بعض، فإن أقرّ اثنان وكانا عدلين ثبت الدين على الميت، وكذا المين للمقرّ به بشهادتهما. وإن لم يكونا عدلين أو كان المقرّ واحداً نفذ إقرار المقرّ في حق نفسه خاصة، ويؤخذ منه من الدين الذي أقرّ به - مثلاً - بنسبة نصيبه من التركة، فإذا كانت التركة مائة ونصيب كلّ من الوارثين خمسين، فأقرّ أحدهما لأجنبي بخمسين وكذّبه الآخر، أخذ المقرّ له من نصيب المقرّ خمسة وعشرين. وكذا الحال فيما إذا أقرّ بعض الورثة: بأنّ الميت أوصى لأجنبي بشيء، وأنكر الآخر، فإنّه نافذ بالنسبة إليه لا غيره.

(٦) لإطلاق ما ذكرنا من الأدلّة، وثبوت النسب قبل بلوغه.

(٧) لروايات دلّت على أنّه يلزمه في حصّته بقدر ما ورث، كخبر وهب: في رجل مات وترك ورثة، فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه، أنّه يلزمه ذلك في حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله^١. وغيره. ومعنى ذلك: أنّه يخرج ما زاد عن حصّته وهو السدس في المقام، فلا يقاس ما نحن فيه بسدس دراهم مشتركة بين ثلاثة، فأخذ واحد منهم نصفها عدواناً، إذ يقسم فيه الباقي بينهما بالمناصفة.

كتاب الهبة

وهي تملك عين مجاناً ومن غير عوض، وهذا هو المعنى الأعم منها. وأمّا المصطلح في مقابل أخواتها فيحتاج إلى قيود منجزة^(١)، والأمر سهل. وقد يميز عنها؛ بالعطية والنحلة. وهي عقد يفتر إلى إيجاب بكلّ لفظ دلّ على المقصود، مثل «وهبتك» أو «ملكتك» أو «هذا لك» ونحو ذلك، وقبول بما دلّ على الرضا. ولا يعتبر فيه العريية. والأقوى وقوعها بالمعاطاة بتسليم العين وتسليمها بمنوانها.

(مسألة ١): يشترط في كلّ من الواهب والموهوب له القابل: البلوغ والعقل والقصد والاختيار. نعم، يصحّ قبول الولي عن المولى عليه الموهوب له. وفي الموهوب له أن يكون قابلاً لتملك العين الموهوبة، فلا تصحّ هبة المصحف للكافر. وفي الواهب كونه مالكاً لها، فلا تصحّ هبة مال الغير إلا بإذنه أو إجازته، وعدم الحجر عليه بسفه أو فليس. وتصحّ من المريض بمرض الموت وإن زاد على الثلث^(٢).

(مسألة ٢): يشترط في الموهوب أن يكون عيناً، فلا تصحّ هبة المنافع^(٣). وأمّا الدين

كتاب الهبة

(١) فيقيّد العوض بعدم كونه للموهوب ليدخل الهبة المعوضة؛ لأنّ العوض فيها لنفس الهبة. ويقيّد بكون التملك منجزاً ليخرج الوصية، وبكونه مجرداً عن قصد القرية. ليخرج الصدقة بل الوقف والسكنى. ومع ذلك فالتعريف كشرح الاسم.

(٢) لما عرفت من أنّ الأقوى نفوذ منجزات المريض من الأصل.

(٣) لا أرى بأساً بها مع تحقّق قبضها بقبض العين، والعرف كظواهر الأدلّة لا يخالف

ذلك.

فإن كانت لمن عليه الحقّ صحّت بلا إشكال^(٤). ويعتبر فيها القبول على الأقوى، وأفادت فائدة الإبراء وليست به، فإنّها تمليك يحتاج إلى القبول ويترتب عليها السقوط، وهو إسقاط لما في الذمة، وإن كانت لغیر من عليه الحقّ فالأقوى صحّتها أيضاً. ويكون قبض الموهوب بقبض مصداقه.

(مسألة ٣): يشترط في صحّة الهبة قبض الموهوب له^(٥) ولو في غير مجلس العقد. ويشترط في صحّة القبض كونه بإذن الواهب على الأحوط. نعم، لو وهب ما كان في يد الموهوب له صحّ، ولا يحتاج إلى قبض جديد، ولا مضيّ زمان يمكن فيه القبض. وكذا لو كان الواهب وليّاً^(٦) على الموهوب له - كالأب والجدّ للولد الصغير - وقد وهبه ما في يده صحّ، وإن كان الأحوط أن يقصد القبض عنه بعد الهبة. ولو وهبه غير الولي فلا بدّ من القبض، ويتولّاه الولي.

(مسألة ٤): القبض في الهبة كالقبض في البيع، وهو في غير المنقول - كالدار والبستان - التخلية برفع يده عنه ورفع المنافقات؛ بحيث يصير تحت استيلائه، وفي المنقول الاستيلاء والاستقلال عليه باليد، أو ما هو بمنزلة كوضعه في حجره مثلاً.

(مسألة ٥): يجوز هبة المشاع^(٧)؛ لإمكان قبضه ولو بقبض المجموع بإذن الشريك،

(٤) لصحيح معاوية: الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له، ألّه أن يرجع فيها؟ قال ﷺ: «لا»^١.

(٥) لمرسل أبان: «التحل والهبة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها، ... هي بمنزلة الميراث، وإن كان الصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز»^٢.

وخير أبي بصير: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتّى يقبضها»^٣.

(٦) وقد أشير إليه في آخر مرسل أبان الماضي.

(٧) للعمومات، ولخصوص صحيح أحمد بن عمر: سألت عن دار لم تقسم فتصدّق

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٢٩، كتاب الهبات، الباب ١، الحديث ١ و ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٢٢٢، كتاب الهبات، الباب ٤، الحديث ١ و ٥.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢٣٤، كتاب الهبات، الباب ٤، الحديث ٧.

أو بتوكيل المتهب إياه في قبض الحصة الموهوبة عنه، بل الظاهر تحقق القبض الذي هو شرط الصحة في المشاع باستيلاء المتهب عليه من دون إذن الشريك أيضاً، و يترتب عليه الأثر وإن كان تعدياً بالنسبة إليه في بعض الصور.

(مسألة ٦): لا تعتبر الفورية في القبض، ولا كونه في مجلس العقد، فيجوز فيه التراخي عن العقد ولو بزمان كثير، ولو تراخى يحصل الانتقال من حينه، فالنماء السابق على القبض للواهب.

(مسألة ٧): لو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض بطل العقد^(٨)، وانتقل الموهوب إلى ورثته، ولا يقومون مقامه في الإقباض، وكذا لو مات الموهوب له بطل، ولا يقوم ورثته مقامه في القبض.

(مسألة ٨): إذا تمت الهبة^(٩) بالقبض فإن كانت لذي رحم - أباً كان أو أمّاً أو ولداً أو غيرهم - لم يكن للواهب الرجوع في هبته، وإن كانت لأجنبي كان له الرجوع فيها ما دامت العين باقية، فإن تلفت كلاً أو بعضاً؛ بحيث يصدق معه عدم قيام العين بعينها عرفاً، فلا

بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال: «يجوز» قلت: أرأيت إن كانت هبة؟ قال: «يجوز»^١.

(٨) لما ذكرنا في المسألة الثالثة.

(٩) قد تعرض الماتن في هذه المسألة لأربعة موارد من موارد لزوم الهبة:

الأول - قوله: «كانت لذي رحم» للإجماع^٢ المدعى فيه خاصة في الوالدين؛ ولصحيح عبدالرحمان: عن الرجل يهب الهبة، أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك»^٣.

وصحيح ابن مسلم: «الهبة والحنلة يرجع فيها صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز، إلا

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٤٦، كتاب الهبات، الباب ١٢، الحديث ١.

٢. غنية الزوع ٢: ٣٠٠؛ جامع المقاصد ٩: ١٥٧؛ مفتاح الكرامة ٩: ١٧٩؛ جواهر الكلام ٢٨: ١٨٣.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢٣٧، كتاب الهبات، الباب ٦، الحديث ١.

رجوع. والأقوى أن الزوج والزوجة بحكم الأجنبي^(١١)، والأحوط عدم الرجوع في مبيتهما

لذي رحم فإنه لا يرجع فيها.^١

(١٠) لإطلاق ما دلّ على الرجوع في الهبة؛ لصحيح محمد بن مسلم: عن رجلٍ كانت له جارية فأذته امرأته فيها، فقال: هي عليك صدقة، فقال عليه السلام: «إن كان قال ذلك لله فليمضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها»^٢.

هذا وقال عدّة^٣ بكونهما كذوي الرحم، فلا يجوز لهما الرجوع؛ لصحيح عبيد بن زرارة وفيه: «ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته، ولا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أو لم يحز، أليس الله يقول: «وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا»^٤ وقال: «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا»^٥ وهذا يدخل فيه الصداق والهبة»^٦.

وحينئذٍ فلو فرضنا التعارض والتساقط يرجع إلى عمومات جواز الهبة، كصحيح زرارة^٧ وصحيح ابن مسلم^٨ وصحيح أبي مريم^٩ وغير ذلك، فلا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية الموهوب له بعد التساقط.

هذا هو المورد الثاني، والدليل عليه صحيح جميل والحلي: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع، وإلا فليس له»^{١٠}، مع أنه مقتضى أصالة براءة ذمّة المتهب بعد التلف.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٧، كتاب الهبات، الباب ٦، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٢٤٠، كتاب الهبات، الباب ٧، الحديث ٢.

٣. تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٨ ط قديم؛ جامع المقاصد ٩: ١٦١؛ مسالك الأنهار ٦: ٤٧؛ مفتاح الكرامة ٩: ١٨٧، جواهر الكلام ٢٨: ١٩٠.

٤. البقرة (٢): ٢٢٩.

٥. النساء (٤): ٤.

٦. وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٩، كتاب الهبات، الباب ٧، الحديث ١.

٧. وسائل الشيعة ١٩: ٢٣١، كتاب الهبات، الباب ٣، الحديث ١.

٨. وسائل الشيعة ١٩: ٢٣١، كتاب الهبات، الباب ٣، الحديث ٢.

٩. وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٢، كتاب الهبات، الباب ٤، الحديث ٢.

١٠. وسائل الشيعة ١٩: ٢٤١، كتاب الهبات، الباب ٨، الحديث ١.

للآخر. وكذا لا رجوع إن عوض المتهب^(١١) عنها ولو كان يسيراً؛ من غير فرق بين ما كان إعطاء العوض لأجل اشتراطه في الهبة وبين غيره؛ بأن أطلق العقد لكن المتهب أثناب الواهب وأعطاه العوض. وكذا لا رجوع فيها لو قصد الواهب^(١٢) فيها القرية إلى الله تعالى.

(مسألة ٩): يلحق بالتلف التصرف الناقل كالبيع والهبة، أو المغير للمعين بحيث يصدق معه عدم قيام المعين بمينها، كالحنطة يطحنها والدقيق يخبره والثوب يفصله أو يصبغه ونحوها، دون غير المغير، كالثوب يلبسه والفرش يفرشه والدابة يركبها أو يملفها أو يسقيها ونحوها. ومن الأول على الظاهر الامتزاج الرافع للامتياز، ومن الثاني قصارة الثوب.

(مسألة ١٠): فيما جاز للواهب الرجوع في هبته لا فرق بين الكل والبعض، فلو وهب شينين لأجنبي يعقد واحد يجوز له الرجوع في أحدهما، بل لو وهبه شيئاً واحداً يجوز له الرجوع في بعضه مشاعاً أو مفروزاً.

(مسألة ١١): الهبة: إما معوضة أو غير معوضة، فالمراد بالأولى ما شرط فيها الثواب والعوض وإن لم يعط العوض، أو عوض عنها وإن لم يشترط فيها العوض.

(مسألة ١٢): لو وهب وأطلق لم يلزم على المتهب إعطاء الثواب والعوض؛ سواء كانت من الأدنى للأعلى، أو العكس. أو من المساوي للمساوي؛ وإن كان الأولى بل الأحوط في الصورة الأولى إعطاؤه. ولو أعطى العوض لم يجب على الواهب قبوله، وإن قبل وأخذ

(١١) هذا هو المورد الثالث، ويدل عليه صحيح ابن سنان: «إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^١.

(١٢) هذا هو المورد الرابع، لعدة روايات:

منها: ما في ذيل صحيح ابن مسلم: «إن كان قال ذلك لله فليمضها»^٢.

ومنها: ذيل الموثق: «لا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله ﷻ أن يرجع فيه»^٣.

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٤٢، كتاب الهبات، الباب ٩، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٢٤٠، كتاب الهبات، الباب ٧، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٢٤٣، كتاب الهبات، الباب ١٠، الحديث ١.

لزمت الهبة ولم يكن لواحد منهما الرجوع فيما أعطاه.

(مسألة ١٣): لو اشترط الواهب في هبته على المتَّهَب إعطاء العوض؛ بأن يهبه شيئاً مكافئاً وثواباً لهبته، ووقع منه القبول على ما اشترط وقبض الموهوب، بتخيّر بين ردّ الهبة ودفع العوض، والأحوط دفعه، فإن دفع لزمت الهبة الأولى على الواهب، وإلاّ فله الرجوع فيها.

(مسألة ١٤): لو عيّن العوض في الهبة المشروط فيها العوض تعيّن، ويلزم على المتَّهَب على فرض عدم ردّ أصل الهبة بذل ما عيّن. ولو أطلق؛ بأن شرط عليه أن يثيب ويعوّض ولم يعيّن العوض، فإن اتّفقا على قدر فذاك، وإلاّ فالأحوط أن يعوّض مقدار الموهوب مثلاً أو قيمة، وأحوط منه تعويضه بأكثر، خصوصاً إذا كان الواهب أدنى من الموهوب له.

(مسألة ١٥): الظاهر أنّه لا يعتبر في الهبة المشروط فيها العوض، أن يكون التعمييض المشروط بعنوان الهبة؛ بأن يشترط على المتَّهَب أن يهب شيئاً، بل يجوز أن يكون بعنوان الصلح عن شيء؛ بأن يشترط عليه أن يصالحه عن مال أو حقّ، فإذا صالحه عنه وتحقّق منه القبول فقد عوّضه، ولم يكن له الرجوع في هبته. وكذا يجوز أن يكون إبراءً من حقّ أو إيقاع عمل له، كخياطة ثوبه أو صياغة خاتمه ونحو ذلك، فإذا أبرأه منه أو عمل له فقد عوّضه.

(مسألة ١٦): لو رجع الواهب في هبته فيما جاز له، وكان في الموهوب نساء منفصل حدث بعد العقد والقبض - كالثمرة والحمل والولد واللبن في الضرع - كان من مال المتَّهَب، ولا يرجع إلى الواهب؛ بخلاف المتّصل كالسمن، فإنه يرجع إليه، ويحتمل أن يكون ذلك مانعاً عن الرجوع؛ لعدم كون الموهوب معه قائماً بعينه، بل لا يخلو من قوّة، بل الظاهر أن حصول الثمرة والحمل والولد أيضاً من ذلك، فلا يجوز معها الرجوع. نعم، اللبن في الضرع وأجرة البيت والحمام سيّما أجرة المثل لو غصبهما غاصب ليست منه، فتكون بعد الرجوع للمتَّهَب.

(مسألة ١٧): لو مات الواهب^(١٣) بعد إقباض الموهوب، لزمت الهبة وإن كانت لأجنبيّ

(١٣) عملاً بالاستصحاب في جميع ذلك، مع أنّ في الثاني لا يصدق بقاء العين عند المتَّهَب.

ولم تكن مَوْضَة، وليس لورثته الرجوع. وكذلك لو مات الموهوب له، فينتقل الموهوب إلى ورثته انتقالاً لازماً.

(مسألة ١٨): لو باع الواهب العين الموهوبة، فإن كانت الهبة لازمة - بأن كانت لذي رحم، أو مَوْضَة، أو قصد بها القرية، أو خرجت العين عن كونها قائمة بعينها - يقع البيع فضولياً، فإن أجاز المتهب صحَّ، وإن كانت غير لازمة فالظاهر صحَّة البيع وقوعه من الواهب، وكان رجوعاً في الهبة. هذا إذا كان ملتفتاً إلى هبته. وإلا ففي كونه رجوعاً قهراً تأمل وإشكال، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ١٩): الرجوع: إمَّا بالقول، كأن يقول: «رجعت» وما يفيد معناه، وإمَّا بالفعل كاسترداد العين وأخذها من يد المتهب، ومن ذلك بيعها بل وإجارتها ورهنها إن كان يقصد الرجوع.

(مسألة ٢٠): لا يشترط في الرجوع اطلاع المتهب، فلو أنشأه من غير اطلاعه صحَّ. (مسألة ٢١): يستحبُّ العطية للأرحام الذين أمر الله تعالى أكيداً بصلتهم، ونهى شديداً عن قطيعتهم، فمن مولانا الباقر عليه السلام، قال: «في كتاب علي عليه السلام: ثلاث خصال لا يموت صاحبهنَّ أبداً حتَّى يرى وبالهنَّ: البغي وقطيعة الرحم واليمين الكاذبة يبارز الله بها، وإنَّ أعجل الطاعة ثواباً لصلة الرحم، وإنَّ القوم ليكونون فجّاراً فيتواصلون فتنمى أموالهم ويشرون، وإنَّ اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم ليدران الديار بلاقع من أهلها وتنقلان الرحم، وإنَّ نقل الرحم انقطاع النسل».

وأولى بذلك الوالدان اللذان أمر الله تعالى ببرهما، فمن أبي عبدالله عليه السلام: «إنَّ رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله وقال: أوصني. قال: لا تشرك بالله شيئاً وإنَّ أحرقت بالنار وعذّبت إلا وقلبك مطمئن بالإيمان، والديك فأطعهما وبرهما حيَّين كانا أو ميّتين، وإنَّ أمارك أن تخرج من أهلك ومالك فافعل، فإنَّ ذلك من الإيمان». وأولى من الكل الأم التي يتأكّد برّها وصلتها أزيد من الأب، فمن الصادق عليه السلام: «جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك. قال: ثمَّ إلى من؟ قال: أمك. قال: ثمَّ من؟ قال: أمك. قال: ثمَّ من؟ قال: أبك».

والأخبار في هذه المعاني كثيرة فلتطلب من مظانها.

(مسألة ٢٢): يجوز تفضيل بعض الأولاد على بعض لمي العطية على كراهية، وربما يحرم

إذا كان سبباً لإثارة الفتنة والشحناء والبغضاء المؤدية إلى الفساد، كما أنه ربما يرجح فيما إذا

يؤمن من الفساد، ويكون لبعضهم خصوصية موجبة لألوية رعايته.

كتاب الوقف وأخواته

وهو تحييس العين وتسبيل المنفعة. وفيه فضل كثير وثواب جليل، ففي الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس يتبع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال: صدقة أجزاها في حياته فهي تجري بعد موته، وسنة هدى سنّها فهي يعمل بها بعد موته، وولد صالح يدعو له»، وبمضمونه روايات.

(مسألة ١): يعتبر في الوقف الصيغة^(١)، وهي كلّ ما دلّ على إنشاء المعنى المذكور،

كتاب الوقف

(١) ينهي التنبيه على أمور:

الأول: هل الوقف عقد يشترط فيه الإيجاب والقبول، أو هو إيقاع لا قبول فيه، أو هو على قسمين فمنه ما هو عقد كالوقف الخاص على الأولاد مثلاً، ومنه إيقاع كالوقف العام مثل المسجد والقنطرة؟ وجوه:

ادّعى في «الجواهر»^١ الإجماع على الأول.

الثاني: لا إشكال في لزوم القبض في الوقف واشتراطه في صحته كما سيجيء، وإنما الكلام في القابض وأتة هو الذي يصدر منه القبول بناءً على كون الوقف عقداً أو غيره؟ فقد قيل^٢: إنه القيم الذي ينصبه الواقف متولياً على الوقف. وقيل^٣: إنه الحاكم أو المنسوب من قبله، فإن الوقف إذا كان للجهة أو للبطن مثلاً فلا يعقل قبولهم إلا بوساطة الولي وهو

١. جواهر الكلام ٢٨: ٥-٦.

٢. مسائل الأنعام ٥: ٣٧٢، مفتاح الكرامة ٩: ٧ و ٢٨ ط قديم: جواهر الكلام ٢٨: ٨٥.

٣. نفس المصدر.

مثل «وقفتُ» و«جسْتُ» و«سبَلْتُ»، بل و«تصدَّقْتُ» إذا اقترن به ما يدلُّ على إرادته، كقوله: «صدقة مؤبَّدة، لا تُباع ولا تُوهب» ونحو ذلك، وكذا مثل «جعلتُ أرضي موقوفة أو محبة أو مسبَّلة على كذا». ولا يعتبر فيه العربية ولا الماضوية، بل يكفي الجملة الاسمية، مثل: «هذا وقف» أو «هذه محبة أو مسبَّلة».

(مسألة ٢): لا بدَّ في وقف المسجد من قصد عنوان المسجدية^(٢)، فلو وقف مكاناً على صلاة المصلِّين وعبادة المسلمين صحَّ، لكن لم يصحَّ به مسجداً ما لم يكن المقصود عنوانه، والظاهر كفاية قوله: «جعلته مسجداً» وإن لم يذكر ما يدلُّ على وقفه وحبه، والأحوط أن يقول: «وقفته مسجداً» أو «... على أن يكون مسجداً».

(مسألة ٣): الظاهر كفاية المعاطاة في مثل المساجد، والمقابر، والطرق والشوارع، والقناطر، والرباطات المعدة لنزول المسافرين، والأشجار المغروسة لانتفاع المارة بظلِّها أو ثمرها، بل ومثل البواري للمساجد، والقناديل للمشاهد، وأشباه ذلك. وبالجملة: ما كان محبباً على مصلحة عامة، فلو بنى بناءً بعنوان المسجدية، وأذن في الصلاة فيه للمعوم، وصلى فيه بعض الناس، كفى في وقفه وصيرورته مسجداً. وكذا لو عيَّن قطعة من الأرض لأن تكون مقبرة للمسلمين، وخلَّى بينها وبينهم وأذن إذناً عاماً للدفن فيها، فدفنوا فيها بعض الأموات، أو بنى قنطرة وخلَّى بينها وبين العابرين فشرعوا في العبور عليها وهكذا.

الحاكم. وقيل: إنَّ قبض البعض من عموم مصارف الجهات ومصاديق العناوين، كصلاة رجل في المسجد، وسكنى فرد في المدرسة، أو البعض من أفراد الموقوف عليهم في الوقف الخاص، كالبطن الموجود كافٍ في تحقُّق القبض.

الثالث: الأظهر عندنا كون الوقف إيقاعاً غير محتاج إلى القبول، إذ ليس في روايات الباب منه عين ولا أثر، وسيجيء التفصيل في المسائل الآتية.

(٢) لأنَّ مسجدية المكان وكذا كونه مقبرة وغيرها عناوين قصدية قابلة للإنشاء، فلا بدَّ من قصدوا وإنشائها باللفظ أو بالفعل.

(مسألة ٤) : ما ذكرنا من كفاية المعاطاة في المسجد إنَّما هو فيما إذا كان أصل البناء بقصد المسجدية ؛ بأن نوى بينائه وتعميره أن يكون مسجداً ، خصوصاً إذا حاز أرضاً مباحة لأجل المسجد وبني فيها بذلك النية . وأما إذا كان له بناء مملوك - كدار أو خان - فنوى أن يكون مسجداً وحسب الناس بالصلاة فيه من دون إجراء الصيغة عليه يشكل الاكتفاء به ^(٣) . وكذا الحال في مثل الرباط والقطرة .

(مسألة ٥) : لا إشكال في جواز التوكيل في الوقف . وفي جريان الفضولية فيه خلاف وإشكال لا يبعد جريانها فيه ، لكن الأحوط خلافه ^(٤) .

(مسألة ٦) : الأقوى عدم اعتبار القبول في الوقف على الجهات العامة ، كالمساجد والمقابر والقطائر ونحوها . وكذا الوقف على العناوين الكلية ، كالوقف على الفقراء والفقهاء ونحوهما . وأما الوقف الخاص - كالوقف على الذرية - فالأحوط اعتباره فيه ، فيقبله الموقوف عليهم ، ويكفي قبول الموجودين ، ولا يحتاج إلى قبول من سيوجد منهم بعد وجوده ، وإن كان الموجودون صفاراً أو فيهم صفار قام به ولَّيهم . لكن الأقوى عدم اعتبار القبول في الوقف الخاص أيضاً ، كما أنَّ الأحوط رعاية القبول في الوقف العام أيضاً ، والقائم به الحاكم أو المنصوب من قبله .

(مسألة ٧) : الأقوى عدم اعتبار قصد القرية حتى في الوقف العام ؛ وإن كان الأحوط اعتباره مطلقاً .

(٣) إذا بنينا في الوقف على جواز إنشاء المقصود بالفعل ، فما هو الفارق بين المقامين ؟ إذا فجعل العين في طريق الاستفادة المنظورة وتحقق شيء من المقصود منها إنشاء فعلي للوقف كاف في صحته .

(٤) إمَّا لما قيل من اشتراط القرية فيه وهو يتنافى الفضولية ، أو لآلته إيقاع وأدعي أنه لا تجري الفضولية فيه ، وفي كلا الأمرين تأمل .

(مسألة ٨): يشترط في صحة الوقف القبض^(٥)، ويعتبر فيه أن يكون بإذن الواقف، ففي الوقف الخاص يعتبر قبض الموقوف عليهم، ويكفي قبض الطبقة الأولى عن بقية الطبقات، بل يكفي قبض الموجودين من الطبقة الأولى عمن سيوجد، ولو كان فيهم قاصر قام وليه مقامه، ولو قبض بعض الموجودين دون بعض صحَّ بالنسبة إلى من قبض دون غيره. وأمّا الوقف على الجهات العامة والمصالح كالمساجد وما وقف عليها، فإن جعل الواقف له قِيَمًا ومتوليًا اعتبر قبضه أو قبض الحاكم، والأحوط عدم الاكتفاء بالثاني مع وجود الأول، ومع عدم القِيَمِ تعيّن الحاكم. وكذا الحال في الوقف على العناوين الكليّة كالفقراء والطلبة، وهل يكفي قبض بعض أفراد ذلك العنوان؛ بأن يقبض فقير في الوقف على الفقراء مثلاً؟ لعلّ الأقوى ذلك^(٦) فيما إذا سلّم الوقف إلى المستحقّ لاستيفاء ما يستحقّ، كما إذا سلّم الدار

(٥) بلا خلاف^١ عندنا، لعدة أخبار:

منها: صحيح صفوان بن يحيى، فيمن وقّف الضيعة وأراد الرجوع: «إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قِيَمًا لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه قلّه أن يرجع فيها، لأنهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا»^٢. وقوله عليه السلام: «وإن كانوا صغاراً» بيان لما قبله؛ أي: إذا جعل للوقف متوليًا، وكان الموقوف عليهم صغاراً فقبضها المتوليّ لهم فلا رجوع.

ومنها: مكتبة الأسدّي إلى صاحب الزمان أرواحنا فداء: «وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا، وما يجعل لنا، ثمّ يحتاج إليه صاحبه، فكلّ ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج»^٣.

(٦) لظهور الأدلّة في كفاية تحقّق عنوان الإقباض من دون تعيين القابض.

١. مسالك الأنهار ٥: ٣١٤، مفاتيح الشرائع ٢: ٢٠٧، مفتاح الكرامة ٩: ٧ ط قديم؛ جواهر الكلام ٢٨: ٩.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٨٠، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ١٨١، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤، الحديث ٨.

الموقوفة على الفقراء للسكنى إلى فقير لسكنها، أو الدابة الموقوفة على الزوار والحجاج للركوب إلى زائر وحاج فركبها. نعم، لا يكفي مجرد استيفاء المنفعة والثمرة من دون استيلاء على العين، فإذا وقف بستاناً على الفقراء، لا يكفي في القبض إعطاء شيء من ثمرته لبعض الفقراء مع كون البستان تحت يده، بل لا يكفي ذلك في الإعطاء لولي العام أو الخاص أيضاً. (مسألة ٩): لو وقف مسجداً أو مقبرة، كفى في القبض صلاة واحدة فيه أو دفن ميت واحد فيها بإذن الواقف، بعنوان التسليم والقبض.

(مسألة ١٠): لو وقف الأب على أولاده الصغار ما كان تحت يده - وكذا كل ولي إذا وقف على المولى عليه ما كان تحت يده - لم يحتاج^(٧) إلى قبض حادث جديد، لكن الأحوط أن يقصد كون قبضه عنه، بل لا يخلو من وجه.

(مسألة ١١): لو كانت العين الموقوفة بيد الموقوف عليه قبل الوقف؛ بعنوان الوديعة أو العارية - مثلاً - لم يحتاج إلى قبض جديد؛ بأن يستردها ثم يقبضها. نعم، لا بد أن يكون بقاؤها في يده بإذن الواقف. والأحوط بل الأوجه أن يكون بعنوان الوقفية.

(مسألة ١٢): فيما يعتبر أو يكفي قبض المتولي - كالوقف على الجهات العامة - لو جمل الواقف التولية لنفسه لا يحتاج إلى قبض آخر، ويكفي ما هو حاصل، والأحوط بل الأوجه أن يقصد قبضه بما أنه متولي الوقف.

(مسألة ١٣): لا يشترط في القبض الفورية، فلو وقف عيناً في زمان ثم أقبضها في زمان متأخر كفى، وتم الوقف من حين القبض.

(مسألة ١٤): لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف^(٨) وكان ميراثاً.

(٧) لتحقق القبض قهراً بواسطة كونه ولياً كون الشيء في قبضته، بل في الأخبار أيضاً ما يشير إليه^١.

(٨) لأنه مقتضى شرطية إقباض الواقف؛ ولصحيح ابن مسلم: «الرجل يتصدق على

(مسألة ١٥) : يشترط في الوقف الدوام^(٩) ؛ بمعنى عدم توقيته بمدة ، فلو قال : «وقفت هذا البستان على الفقراء إلى ستة بطل وقفاً ، ولبي صحته حبساً أو بطلانه كذلك أيضاً وجهان . نعم ، لو قصد به الحبس صحَّ .

(مسألة ١٦) : لو وقف على من ينقرض - كما إذا وقف على أولاده - واقتصر على بطن أو بطون ممن ينقرض غالباً ، ولم يذكر المصروف بعد انقراضهم ، ففي صحته وقفاً أو حبساً أو بطلانه رأساً أقوال ، والأقوى هو الأوّل^(١٠) . فيصح الوقف المنقطع الآخر ؛ بأن يكون وقفاً حقيقة إلى زمان الانقراض والانتقطاع ، وينقضي بعد ذلك ويرجع إلى الواقف أو ورثته ، بل خروجه عن ملكه في بعض الصور محل منع .

ولده وقد أدركوا : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث^(١١) ، بناءً على كون الصدقة هنا بمعنى الوقف ، كما ادّعاه كثيرون .

(٩) بلا خلاف فيه ، بل ادّعي^٢ عليه الإجماع بقسميه ، ولكونه داخلياً في مفهوم ماهية الوقف ، ولمكاتبة الصفار : «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^٣ .

ولخبر ربيعي : في صورة وقف عليّ^٤ : «صدقة لا تبايع ولا توهب حتى يرثها الله ، الذي يرث السماوات والأرض»^٥ .

والظاهر أن التوصيف قيد توضيحيّ لماهية الصدقة التي أريد بها الوقف هنا ، فيعمّ جميع مصاديقها ، لا أنه شرط لمصداق خارجي ؛ فيخصّ بمورده .

(١٠) لصحيح صفار عند السؤال عن الموقّت بمعنيين : قال قوم : إن الموقّت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه ، فإذا انقراضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، وقال آخرون : الموقّت أن يقول : إنّه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في

١ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٧٨ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٤ ، الحديث ١ .

٢ . الخلاف ٣ : ٥٤٨ / مسألة ١٦ ؛ غنية النزوع ٢ : ٢٩٨ مفتاح الكرامة ٩ : ١٣ ط قديم ؛ جواهر الكلام ٢٨ : ٥١ .

٣ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٧٥ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٢ ، الحديث ١ و ٢ .

٤ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٨٧ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٦ ، الحديث ٤ .

(مسألة ١٧): الظاهر أنَّ الوقف^(١١) المؤبد يوجب زوال ملك الواقف، وأمَّا الوقف المنقطع الآخر فكونه كذلك محلّ تأمل. بخلاف الحبس، فإنّه باقٍ معه على ملك الحابس وبورث، ويجوز له التصرفات غير المنافية لاستيفاء المُحبس عليه المنفعة إلا التصرفات الناقلة، فإنّها لا تجوز، بل الظاهر عدم جواز رهنه أيضاً، لكن بقاء الملك على ملك الحابس في بعض الصور محلّ منع.

(مسألة ١٨): لو انقضى الموقوف عليه ورجع إلى ورثة الواقف، فهل يرجع إلى ورثته حين الموت أو حين الانقراض؟ قولان. أظهرهما الأوّل^(١٢). وتظهر الثمرة فيما لو وقف على من ينقرض كزيد وأولاده، ثمّ مات الواقف عن ولدين، ومات بعده أحد الولدين عن ولد قبل الانقراض ثمّ انقراض، فعلى الثاني يرجع إلى الولد الباقي، وعلى الأوّل يشاركه ابن أخيه.

(مسألة ١٩): من الوقف المنقطع الآخر ما كان الوقف مبنياً على الدوام، لكن كان على من يصحّ الوقف عليه في أوّله دون آخره، كما إذا وقف على زيد وأولاده وبعد انقراضهم على الكنانس والبيع مثلاً، فيصحّ بالنسبة إلى من يصحّ الوقف عليه دون غيره.

آخره شيئاً، والذي غير موقّت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً... فأجاب عليه: «الوقف بحسب ما يوقفها إن شاء الله»^١.

وهو ظاهر في صحّة كلا المعنيين من الموقّت. وأمّا ما ذكره أخيراً من غير الموقّت، فالظاهر بطلانه وإن لم يظهر من الصحيح حكمه؛ لدلالة صحيح عليّ بن مهزيار عليه^٢. ويعلم من الصحيحين أنّ المصطلح - عندئذٍ - من الموقّت ما عيّن فيه الموقوف عليه، ومن غير الموقّت ما لم يعيّن فيه.

(١١) سيجيء حكم أوّل المسألة في المسألة السابعة والستون وحكم الحبس في بابها.

(١٢) لظهور عنوان ورثة الواقف في ذلك.

١. وسائل الشيعة ١٩: ١٩٢، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٧، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٩٢، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ١، الحديث ١.

(مسألة ٢٠): الوقف المنقطع الأول إن كان يجعل الوقف، كما إذا وقفه إذا جاء رأس الشهر الكذائي، فالأحوط بطلانه^(١٣)، فإذا جاء رأس الشهر المزبور فالأحوط تجديد الصيغة، ولا يترك هذا الاحتياط. وإن كان بحكم الشرع؛ بأن وقف أولاً على ما لا يصح الوقف عليه، ثم على غيره، فالظاهر صحته بالنسبة إلى من يصح. وكذا في المنقطع الوسط، كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف عليه، بخلافه في الأول والآخر، فيصح على الظاهر في الطرفين، والأحوط تجديده عند انقراض الأول في الأول، والوسط في الثاني.

(مسألة ٢١): لو وقف على جهة أو غيرها وشرط عوده إليه عند حاجته صح على الأقوى^(١٤)، ومرجعه إلى كونه وفقاً ما دام لم يحتج إليه، ويدخل في منقطع الآخر، وإذا مات الواقف فإن كان بعد طرؤ الحاجة كان ميراثاً، وإلا بقي على وقفته.

(مسألة ٢٢): يشترط في صحة الوقف التنجيز^(١٥) على الأحوط، فلو علقه على شرط متوقع الحصول - كمجيء زيد - أو على غير حاصل يقيني الحصول فيما بعد، كما إذا قال: «وقفت إذا جاء رأس الشهر»، بطل على الأحوط. نعم، لا بأس بالتعليق على شيء حاصل سواء علم بحصوله أم لا، كما إذا قال: «وقفت إن كان اليوم جمعة» وكان كذلك.

(مسألة ٢٣): لو قال: «هو وقف بعد موتي» فإن لهم منه أنه وصية بالوقف صح، وإلا بطل.

(١٣) لما تسالموا عليه من عدم انفكاك المنشأ عن الإنشاء في العقود والإيقاعات عقلاً، أو لزوم عدم الانفكاك شرعاً إلا في موارد خاصة، كالإجارة ونحوها.

(١٤) لميموم: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^١، وعموم «المؤمنون عند شروطهم»^٢.

(١٥) لما مضى في المسألة التاسعة عشر.

١. وسائل الشريعة ١٩: ١٩٢، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٧، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

(مسألة ٢٤) : من شرائط صحة الوقف إخراج نفسه عنه ^(١٦) ، فلو وقف على نفسه لم

(١٦) لأنه المفهوم من عنوان الوقف ومن أدلة لزوم الإقباض ؛ ولخير سليمان : في السؤال عن ضيعته : فإن وقفها في حياتي فلي أن أكل منها أيام حياتي أم لا؟ فكتب رحمته : «ليس لك أن تأكل منها من الصدقة ، فإن أنت أكلت منها لم تنفذه»^١ .
وخبر طلحة : إن رجلاً تصدق بدار له وهو ساكن فيها ، فقال رحمته : «الحين أخرج منها»^٢ .
بناءً على كون الصدقة بمعنى الوقف .

أما الخروج عن ملك الواقف ، فهو مقتضى ظواهر أدلة الباب مطلقاً في الوقف الخاص على الأولاد متلاً ، والعام على العناوين والعام على الجهات .
وأما الدخول في ملك الموقوف عليه أو الانفكاك ؛ فظاهرها أيضاً - في القسمين الأخيرين - عدم دخوله في ملك أحد . بل صيرورة الموقوف محرراً بלא مالك ، فالوقف فيهما تحريري .

وأما الأول : فإن ذكر فيه الرجوع إلى العنوان العام أو الجهة بعد انقراض الموقوف عليهم كان كدينك القسمين ، وإلا فظاهر الدخول في ملك الموقوف عليهم إن احتمل بقاؤهم وتسلسلهم ، وإلا كالوقف على زيد وولده مثلاً ، فالمحتمل - حينئذٍ - عدم خروجه عن ملك الواقف أصلاً وكونه كالحبس .

ثم إن الخروج عن الملك في الأقسام الثلاثة وحصول التحرير في القسمين الأخيرين هو المشهور ، بل ادّعى^٣ عليه الإجماع ؛ لظهور صحيح ابن عطية في وقف علي رحمته عين يتبع : «بشر الوارث ، هي صدقة بتاً بتلاً في حبيج بيت الله ، وهابر سبيله ، لا تباع ولا توهب ولا تورث»^٤ .

١ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٧٦ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٣ ، الحديث ١ .

٢ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٧٨ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٣ ، الحديث ٤ .

٣ . الخلاف ٣ : ٥٣٩ / مسألة ٣ : غنية النزوع ٢ : ٢٩٨ ؛ مسالك الأنعام ٥ : ٣٧٥ - ٣٧٨ ؛ مفتاح الكرامة ٩ : ٧٨ ط قديم ؛

جواهر الكلام ٢٨ : ٨٨ - ٨٩ .

٤ . وسائل الشريعة ١٩ : ١٨٦ ، كتاب الوقوف والصدقات ، الباب ٦ ، الحديث ٢ .

يصح، ولو وقف على نفسه وغيره فإن كان بنحو التشريك بطل بالنسبة إلى نفسه دون غيره، وإن كان بنحو الترتيب فإن وقف على نفسه ثم على غيره فمن منقطع الأول، وإن كان بالمعكس فمنقطع الآخر، وإن كان على غيره ثم نفسه ثم غيره فمنقطع الوسط، وقد مر حكم الصور.

(مسألة ٣٥): لو وقف على غيره - كأولاده أو الفقراء مثلاً - وشرط أن يقضي ديونه، أو يؤدي ما عليه من الحقوق المالية، كالزكاة والخمس، أو ينفق عليه من غلة الوقف، لم يصح، وبطل الوقف من غير فرق بين ما لو أطلق الدين أو عين، وكذا بين أن يكون الشرط الإتفاق عليه وإدراج مؤنته إلى آخر عمره، أو إلى مدة معينة، وكذا بين تعيين المؤنة وعدمه. هذا كله إن رجع الشرط إلى الوقف لنفسه^(١٧). وأما إن رجع إلى الشرط على الموقوف عليهم؛ بأن يؤدوا ما عليه أو ينفقوا عليه من منافع الوقف التي صارت ملكاً لهم فالأقوى صحته،

والوقف هنا على العنوان العام، أعني: الحاج والعابر وهو المراد من الوارث هنا. وقوله ﷺ: «بتاً بتلاً» أي: ثابتة منقطعة عن مالها. وقوله ﷺ: «لا تباع... إلخ» ظاهر في انفكاكها عن الملكية بحيث لا تقبل البيع والإرث.

وخبر عجلان: «صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض، وأنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه، فإذا انقضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين^(١)، ونظيره بعينه خبر ربعي^(٢)، وهذا من القسم الأول للمخاص.

فظهر أن المختار عندنا من الوجوه الأربعة في المسألة هو الوجه الأخير.

(١٧) فإن قوله ﷺ: «فليس لك أن تأكل منها من الصدقة»^(٣) ظاهر في كون قضاء ما عليه منه بعنوان كونه موقوفاً عليه أيضاً، فلو شرط على الموقوف عليهم تأدية ما عليه من أموالهم، أو شرط استثناء شيء من العين أو المنفعة لنفسه أو لغيره، فلا بأس به لشمول عمومات الشرط. وكذا الكلام في المسألة الآتية.

١. وسائل الشريعة ١٩: ١٨٦، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٦، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ١٨٧، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٦، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ١٧٦، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٣، الحديث ١.

كما أَنَّ الأقوى صحّة استثناء مقدار ما عليه من منافع الوقف . ثمَّ إنَّ في صورة بطلان الشرط تختلف الصور ، ففي بعضها يمكن أن يقال بالصحة بالنسبة إلى ما يصحّ ، كما لو شَرَك نفسه مع غيره ، وفي بعضها بصير من قبيل منقطع الأوّل ، فيصحّ على الظاهر فيما بعده ، لكن الاحتياط بإجراء الصيغة في مواردّها لا ينبغي تركه .

(مسألة ٢٦) : لو شرط أكل أضيافه ومن يمرّ عليه من ثمرة الوقف جاز ، وكذا لو شرط إدرار مؤونة أهله وعباله وإن كان ممّن يجب نفقته عليه حتّى الزوجة الدائمة إذا لم يكن بعنوان الثقة الواجبة عليه حتّى تسقط عنه ، وآلّا رجع إلى الوقف على النفس .

(مسألة ٢٧) : لو أجر عينا ثمّ وقفها صحّ الوقف ^(١٨) ، وبقيت الإجارة على حالها ، وكان الوقف مسلوب المنفعة في مدّة الإجارة ، فإنّ انفسخت بالفسخ أو الإقالة بعد تمامية الوقف ، رجعت المنفعة إلى الواقف المؤجر ، دون الموقوف عليهم .

(مسألة ٢٨) : لا إشكال في جواز انتفاع الواقف بالأوقاف على الجهات العامّة ، كالمساجد والمدارس والقناطر والخانات المعدّة لنزول المسافرين ونحوها . وأمّا الوقف على المناوين العامّة - كفقراء المحلّ مثلاً - إذا كان الواقف داخلاً في العنوان حين الوقف ، أو صار داخلاً فيه فيما بعد ، فإن كان المراد التوزيع عليهم ، فلا إشكال في عدم جواز أخذ حصّته من المنافع ، بل يلزم أن يقصد من العنوان المذكور حين الوقف من عدا نفسه ، ويقصد خروجه عنه ، ومن ذلك ما لو وقف شيئاً على ذرية أبيه أو جدّه إن كان المقصود البسط والتوزيع ، كما هو الشائع المتعارف فيه . وإن كان المراد بيان المصروف - كما هو الغالب المتعارف في الوقف على الفقراء والزوّار والحجّاج ونحوهم - فلا إشكال في خروجه وعدم جواز الانتفاع به إذا قصد خروجه . وأمّا لو قصد الإطلاق والعموم بحيث يشمل نفسه فالأقوى جواز الانتفاع ، والأحوط خلافه ، بل يكفي في جوازه عدم قصد الخروج ، وهو أولى به ممّن قصد الدخول .

(١٨) لشمول الأدلّة العامّة الحاكمة بصحّة الإجارة والوقف كليهما ، وكذا ما دلّ على الصحّة في خصوص كلّ واحد منهما .

(مسألة ٢٩): يعتبر في الواقف: البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه، فلا يصح وقف الصبي وإن بلغ عشرين على الأقوى. نعم، حيث إن الأقوى صحة وصية من بلغه - كما يأتي - فإن أوصى به صح وقف الوصي عنه.

(مسألة ٣٠): لا يعتبر في الواقف أن يكون مسلماً، فيصح وقف^(١٩) الكافر فيما يصح من المسلم على الأقوى، وفيما يصح منه على مذهبه إقراراً له على مذهبه.

(مسألة ٣١): يعتبر في الموقوف: أن يكون عيناً مملوكة، يصح الانتفاع به منفعة محللة، مع بقاء عينه بقاء معتداً به، غير متعلق لحق الغير المانع من التصرف، ويمكن قبضه. فلا يصح وقف المنافع، ولا الديون، ولا ما لا يملك مطلقاً كالحز، أو لا يملكه المسلم كالخنزير، ولا ما لا انتفاع به إلا بابتلاؤه كالأطعمة والفواكه، ولا ما انحصر انتفاعه المقصود في المحرم كآلات اللهو والقمار، ويلحق به ما كانت المنفعة المقصودة من الوقف محرمة، كما إذا وقف الدابة لحمل الخمر، أو الدكان لحزها أو بيعها، وكذا لا يصح وقف ربحانة للشم على الأصح؛ لعدم الاعتداد ببقائها، ولا العين المرهونة، ولا ما لا يمكن قبضه كالدابة الشاردة. ويصح وقف كل ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه بالشرائط، كالأراضي، والدور، والمقار، والسياب، والسلاح، والآلات المباحة، والأشجار، والمصاحف، والكتب، والحلي، وصنوف الحيوان؛ حتى الكلب المملوك والسنور ونحوها.

(مسألة ٣٢): لا يعتبر في العين الموقوفة كونها مما يُنتفع بها فعلاً، بل يكفي كونها معرضاً للانتفاع، ولو بعد مدة، فيصح وقف الدابة الصغيرة والأصول المفروسة التي لا تثمر إلا بعد سنين.

(مسألة ٣٣): المنفعة المقصودة في الوقف أهم من المنفعة المقصودة في العارية والإجارة، فتشمل النماءات والثمرات، ليصح وقف الأشجار لثمرها والشاة لصوفها ولبنها وتناجها.

(١٩) وإن استشكلوا في صحة إيجارتهما وعاريتهما؛ لكون الغرض - حينئذٍ - تلف بعض الأعيان، وإن قلنا نحن بصحتها كما مر.

(مسألة ٣٤) : ينقسم الوقف باعتبار الموقوف عليه على قسمين : الوقف الخاص ، وهو ما كان وقفاً على شخص أو أشخاص ، كالوقف على أولاده وذريته أو على زيد وذريته ، والوقف العام ، وهو ما كان على جهة ومصلحة عامة ، كالمساجد والقناطر والخانات ، أو على عنوان عام كالفقراء والأيتام ونحوهما .

(مسألة ٣٥) : يعتبر في الوقف الخاص وجود الموقوف عليه حين الوقف ، فلا يصح الوقف ابتداءً على المعدم ، ومن سيوجد بعد ، وكذا الحمل^(٢٠) قبل أن يولد . والمراد بكونه ابتداءً : أن يكون هو الطبقة الأولى من دون مشاركة موجود في تلك الطبقة ، فلو وقف على المعدم أو الحمل تبعاً للموجود ؛ بأن يجعل طبقة ثانية ، أو مساوياً للموجود في الطبقة بحيث شاركه عند وجوده ، صح بلا إشكال ، كما إذا وقف على أولاده الموجودين ومن سيولد له على التثريب أو الترتيب ، بل لا يلزم أن يكون في كل زمان وجود الموقوف عليه وولادته ، فلو وقف على ولده الموجود وعلى ولد ولده بعده ، ومات الولد قبل ولادة ولده ، فالظاهر صحته ، ويكون الموقوف عليه بعد موته الحمل ، فما لا يصح الوقف عليه هو المعدم أو الحمل ابتداءً بنحو الاستقلال لا التبعية .

(مسألة ٣٦) : لا يعتبر في الوقف على العنوان العام وجود مصداقه في كل زمان ، بل يكفي إمكان وجوده مع وجوده فعلاً في بعض الأزمان ، فلو وقف بستاناً - مثلاً - على فقراء البلد ولم يكن في زمان الوقف فقير فيه ، لكن سيوجد صح الوقف ، ولم يكن من منقطع الأول ، كما أنه مع فقده بعد وجوده لم يكن منقطع الوسط ، بل هو باقٍ على وقفيته ، فيحفظ غلته إلى أن يوجد .

(مسألة ٣٧) : يشترط في الموقوف عليه التعيين ، فلو وقف على أحد الشخصين أو أحد

(٢٠) للإجماع المدعى^١ على عدم الجواز ، وإن رتب عليه آثار المالكية في الجملة ، كصحة الوصية له ، وجوب عزل حقه من تركه مورثه .

المسجدین لم یصح^(٢١).

(مسألة ٣٨): الظاهر صحة الوقف على الذمی والمرتد^(٢٢) لا عن فطرة؛ سيما إذا كان رحماً. وأما الكافر الحربي والمرتد عن فطرة فمحل تأمل^(٢٣).

(مسألة ٣٩): لا یصح الوقف على الجهات المحرمة^(٢٤) وما لیه إعانة على المعصية، كمعونة الزنا وقطع الطريق وكتابة كتب الضلال، وكالوقف على البيع والكنائس وبيوت النيران؛ لجهة عمارتها وخدمتها وفرشها ومعلقاتها وغيرها. نعم، یصح وقف الكافر^(٢٥) علیها.

(مسألة ٤٠): لو وقف مسلم على الفقراء أو لفقراء البلد انصرف إلى فقراء المسلمين، بل الظاهر أنه لو كان الواقف شیعياً انصرف إلى فقراء الشيعة، ولو وقف كافر على الفقراء انصرف إلى فقراء نحلته، فالیهود إلى الیهود، والنصارى إلى النصارى وهكذا، بل الظاهر

(٢١) لانصراف أدلة الصحة عنه، مع إمكان أن یقال: إنه لا وجود للفرد المرتد خارجاً.
(٢٢) لقوله تعالى: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ»^١، ولعموم: «الوقوف على حسب ما یوقفها أهلها»^٢.
ولأدلة محبوبة الرحمة الشامل للمورد إذا كان رحماً.

(٢٣) من شمول الأدلة السابقة، ومن النهي^٣ عن موادة الكفار، وبرهم الشامل له قطعاً.
(٢٤) لانصراف أدلة الوقف عنها قطعاً، فيشملة ما دلّ على حرمة الإعانة على الإثم والعدوان.

(٢٥) لدعوى^٤ الإجماع على الجواز، وإقرارهم على مقتضى عقائدهم كنكاحهم وغيره.

١. المتحنة (٦٠): ٨.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٢، الحديث ١ و ٢.

٣. المجادلة (٥٨): ٢٢؛ المتحنة (٦٠): ٩.

٤. التقيح الرابع ٢: ٣١٢؛ المختصر: ٣١٠؛ مفتاح الكرامة ٩: ٦٢ ط قديم؛ جواهر الكلام ٢٨: ٣٥.

أنه لو كان الواقف مخالفاً انصرف إلى فقراء أهل السنة، نعم، الظاهر أنه لا يختص بمن يوافقه في المذهب، فلا انصراف لو وقف الحنفي^(٢٦) إلى الحنفي، والشافعي إلى الشافعي وهكذا.

(مسألة ٤١): لو كان أفراد عنوان الموقوف عليه منحصرة في أفراد محصورة معدودة - كما لو وقف على فقراء محلة أو قرية صغيرة - توزع منافع الوقف على الجميع، وإن كانوا غير محصورين لم يجب الاستيعاب، لكن لا يترك الاحتياط بمراعاة الاستيعاب العرفي مع كثرة المنفعة، فتوزع على جماعة معتد بها بحسب مقدار المنفعة.

(مسألة ٤٢): لو وقف على فقراء قبيلة^(٢٧) - كبنى فلان - وكانوا متفرقين لم يقتصر على الحاضرين، بل يجب تتبع الغائبين وحفظ حصنهم للإبصال إليهم، ولو صعب إحصاؤهم يجب الاستقصاء بمقدار الإمكان وعدم الحرج على الأحوط. نعم، لو كان عدد فقراء القبيلة غير محصور - كبنى هاشم - جاز الاقتصار على الحاضرين. كما أن الوقف لو كان على الجهة جاز اختصاص الحاضرين به، ولا يجب الاستقصاء.

(مسألة ٤٣): لو وقف على المسلمين، كان لمن أقر بالشهادتين؛ إذا كان الواقف ممن يرى أن غير أهل مذهبه أيضاً من المسلمين. ولو وقف الإمامي على المؤمنين اختص بالاثني عشرية، وكذا لو وقف على الشيعة.

(مسألة ٤٤): لو وقف في سبيل الله يصرف في كل ما يكون وصلة إلى الثواب، وكذلك لو وقف في وجوه البر.

(مسألة ٤٥): لو وقف على أرحامه أو أقاربه فالمرجع العرف، ولو وقف على الأقرب فالأقرب كان ترتيباً على كيفية طبقات الإرث.

(مسألة ٤٦): لو وقف على أولاده اشترك الذكر والأنثى والخشى، ويقسم بينهم على

(٢٦) الانصراف أمر عرفي، متغير بتغير المكان والزمان، فإثبات هذه الدعوى مشكلة.

(٢٧) إذ هو وقف خاص كالوقف على الأولاد، وظاهره الاشتراك المتساوي للجميع.

السواء، ولو وقف على أولاد أولاده عمّ أولاد البنين والبنات؛ ذكورهم وإناثهم بالسوية.

(مسألة ٤٧): لو قال: «وقفت على ذرتي» عمّ البنين والبنات وأولادهم بلا واسطة ومعها ذكوراً وإناثاً، وتشارك الطبقات اللاحقة مع السابقة، ويكون على الرؤوس بالسوية، وكذا لو قال: «وقفت على أولادي وأولاد أولادي»، فإن الظاهر منهما التعميم لجميع الطبقات أيضاً.

نعم، لو قال: «وقفت على أولادي، ثم على الفقراء» أو قال: «وقفت على أولادي وأولاد أولادي، ثم على الفقراء» فلا يبعد أن يختص بالبطن الأول في الأول، وبالبطنين في الثاني، خصوصاً في الصورة الأولى.

(مسألة ٤٨): لو قال: «وقفت على أولادي نسلاً بعد نسل وبتناً بعد بطن»، فالظاهر المتبادر منه عرفاً أنه وقف ترتيب، فلا يشارك الولد أباه ولا ابن الأخ عمه.

(مسألة ٤٩): لو علم من الخارج وقفية شيء على الذرية، ولم يعلم أنه وقف تشريك أو ترتيب، فالظاهر فيما عدا قسمة الطبقة الأولى الرجوع إلى القرعة^(٢٨).

(مسألة ٥٠): لو قال: «وقفت على أولادي الذكور نسلاً بعد نسل» يختص بالذكر من الذكور في جميع الطبقات، ولا يشمل الذكور من الإناث.

(مسألة ٥١): لو كان الوقف ترتيبياً كانت الكيفية تابعة لجعل الواقف: فتارة: جعل الترتيب بين الطبقة السابقة واللاحقة، ويراعى الأقرب فالأقرب إلى الواقف، فلا يشارك الولد أباه، ولا ابن الأخ عمه وعمته، ولا ابن الأخت خاله وخالته. وأخرى: جعل الترتيب بين خصوص الآباء من كل طبقة وأبنائهم، فإذا كانت إخوة ولبعضهم أولاد لم يكن للأولاد شيء ما دام حياة الآباء، فإذا توفي الآباء شارك الأولاد أصهارهم. وله أن يجعل الترتيب على أي نحو شاء، ويتبع.

(مسألة ٥٢): لو قال: «وقفت على أولادي طبقة بعد طبقة، وإذا مات أحدهم وكان له

(٢٨) فقيماً زاد عن حصته الطبقة الأولى على تقدير التشريك يرجع إلى القرعة، فإما أن يكون للأولى أيضاً وإما للثانية، ويمكن لهم القسمة بالتراضي أيضاً.

ولد فتصيبه لولده، فلو مات أحدهم وله ولد يكون نصيبه له، ولو تعدد الولد يقسم نصيبه بينهم على الرؤوس، وإذا مات من لا ولد له فتصيبه لمن كان في طبقته، ولا يشاركهم الولد الذي أخذ نصيب والده.

(مسألة ٥٣): لو وقف على العلماء انصرف إلى علماء الشريعة، فلا يشمل غيرهم كعلماء الطب والنجوم والحكمة.

(مسألة ٥٤): لو وقف على أهل مشهد - كالتجف مثلاً - اختص بالمواطنين والمجاورين، ولا يشمل الزوّار والمتردّدين.

(مسألة ٥٥): لو وقف على المشتغلين في التجف - مثلاً - من أهل بلد كطهران أو غيره، اختص بمن هاجر من بلده إليه للاشتغال، ولا يشمل من جعله وطناً له معرضاً عن بلده.

(مسألة ٥٦): لو وقف على مسجد، فمع الإطلاق صرفت منافعه في تعميره وضوئه وفرشه وخادمه، ولو زاد شيء يُعطى لإمامه.

(مسألة ٥٧): لو وقف على مشهد يصرف في تعميره وضوئه وخدّامه المواظبين لبعض الأشغال اللازمة المتعلقة به.

(مسألة ٥٨): لو وقف على سيّد الشهداء عليه السلام يُصرف في إقامة تعزيتته: من أجره القارئ وما يُتعارف صرفه في المجلس للمستمعين وغيرهم.

(مسألة ٥٩): لا إشكال في أنّه بعد تمامية الوقف، ليس للواقف التّغيير في الموقوف عليه؛ بإخراج بعض من كان داخلياً أو إدخال من كان خارجاً؛ إذا لم يشترط ذلك في ضمن عقد الوقف. وهل يصحّ ذلك إذا شرطه؟ لا يبعد عدم الجواز مطلقاً؛ لا إدخالاً ولا إخراجاً، فلو شرط ذلك بطل شرطه، بل الوقف على إشكال، ومثل ذلك لو شرط نقل الوقف من الموقوف عليهم إلى من سيوجد. نعم، لو وقف على جماعة إلى أن يوجد من سيوجد، وبعد ذلك كان الوقف على من سيوجد، صحّ بلا إشكال.

(مسألة ٦٠): لو علم وقفية شيء ولم يعلم مصرفه - ولو من جهة نسيانه - فإن كانت المحتملات متصادقة غير متباينة يُصرف في المتيقّن، كما إذا لم يدرك أنّه وقف على الفقراء أو الفقهاء، فيقتصر على مورد تصادق العنوانين. وإن كانت متباينة، فإن كان الاحتمال بين أمور

محصورة، كما إذا لم يدبر أنه وقف على المسجد الفلاني أو المشهد الفلاني، أو فقراء هذا البلد أو ذاك، يقرع ويعمل بها. وإن كان بين أمور غير محصورة، فإن كان بين عناوين وفتخاص غير محصورة، كما علم أنه وقف على ذرية أحد أفراد المملكة الفلانية، ولا طريق إلى معرفته، كانت منافعها بحكم مجهول المالك، فيتصدق بها بإذن الحاكم على الأحوط، والأولى أن لا يخرج التصديق عن المحتملات مع كونها موداً له. وإن كان مردداً بين الجهات غير المحصورة، كما إذا علم أنه وقف على جهة من الجهات؛ ولم يعلم أنها مسجد أو مشهد أو قنطرة أو تعزية سيد الشهداء عليه السلام أو إهانة الزوار وهكذا، تصرف المنافع في وجوه البر بشرط عدم الخروج عن مورد المحتملات.

(مسألة ٦١): لو كان للعين الموقوفة منافع متجددة وثمرات متنوعة، يملك الموقوف عليهم جميعها مع إطلاق الوقف، ففي الشاة الموقوفة يملكون صوفها المتجددة ولبسها وتاجها وغيرها، وفي الشجر والنخل لثمرهما ومنفعة الاستغلال بهما والسعف والأغصان والأوراق اليابسة، بل وغيرها مما قطعت للإصلاح، وكذا فروخهما وغير ذلك. وهل يجوز في الوقف التخصيص ببعض المنافع؛ حتى يكون للموقوف عليهم بعض المنافع دون بعض الأقوى ذلك.

(مسألة ٦٢): لو وقف على مصلحة فبطل رسمها، كما إذا وقف على مسجد أو مدرسة أو قنطرة فخربت ولم يمكن تعمیرها، أو لم تحتج إلى مصرف؛ لانقطاع من يصلي في المسجد والطلبة والمارة، ولم يربج النود، صرف الوقف في وجوه البر، والأحوط صرفه في مصلحة أخرى من جنس تلك المصلحة، ومع التمدد يراعى الأقرب فالأقرب منها.

(مسألة ٦٣): إذا خرب المسجد لم تخرج عرصته عن المسجدية، فتجري عليها أحكامها إلا في بعض الفروض. وكذا لو خربت القرية التي هو فيها بقي المسجد على صفة المسجدية.

(مسألة ٦٤): لو وقف داراً على أولاده أو على المحتاجين منهم؛ فإن أطلق فهو وقف منفعة، كما إذا وقف عليهم قرية أو مزرعة أو خاناً ونحوها يملكون منافعها، فلم يستتمواؤها، فيقسمون بينهم ما حصل منها - بإجارة وغيرها - على حسب ما قرره الواقف من الكمية

والكيفية، وإن لم يقرّر كيفية في القسمة يقسمونه بينهم بالسوية. وإن وقفها عليهم لسكنائهم فهو وقف انتفاع، ويتعيّن لهم ذلك، وليس لهم إيجارها. وحيث إن كتف لسكنى الجميع فلهم أن يسكنوها، وليس لبعضهم أن يستقلّ به ويمتنع غيره. وإن وقع بينهم تشاخ في اختيار الحجر، فإن جعل الواقف متولياً يكون له النظر في تعيين المكن للسكن، كان نظره وتعيينه هو المتّبع، ومع عدمه كانت القرعة هي المرجع. ولو سكن بعضهم ولم يسكنها بعض، فليس له مطالبة الساكن بأجرة حصّته إن لم يكن مانعاً عنه، بل هو لم يسكن باختياره أو لمانع خارجي. وإن لم تكف لسكنى الجميع فإن تسالموا على المهايأة أو غيرها فهو، وإلا كان المتّبع نظر المتولّي من قبل الواقف لتعيين الساكن، ومع فقده فالمرجع القرعة، فمن خرج اسمه يسكن، وليس لمن لم يسكن مطالبته بأجرة حصّته.

(مسألة ٦٥): الثمر الموجود حال الوقف على النخل والشجر لا يكون للموقوف عليهم، بل هو باق على ملك الواقف، وكذلك الحمل الموجود حال وقف الحامل. نعم، في الصوف على الشاة واللبن في ضرعها إشكال، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ٦٦): لو قال: «وقفت على أولادي وأولاد أولادي» شمل جميع البطون كما مرّ، فمع اشتراط الترتيب أو التشريك أو المساواة أو التفضيل أو الذكورة أو الأنوثة أو غير ذلك، يكون هو المتّبع، ولو أطلق فمقتضاء التشريك والشمول للذكور والإناث والمساواة وعدم التفضيل. ولو قال: «وقفت على أولادي، ثم على أولاد أولادي»، أفاد الترتيب بين الأولاد وأولاد الأولاد قطعاً، وأما بالنسبة إلى البطون فاللاحقة فالظاهر عدم الدلالة على الترتيب، فيشترك أولاد الأولاد مع أولادهم، إلا إذا قامت القرينة على أنّ حكمهم كحكمهم مع الأولاد؛ وأنّ ذكر الترتيب بين الأولاد وأولاد الأولاد من باب المثال، والمقصود الترتيب في سلسلة الأولاد؛ وأنّ الوقف للأقرب فالأقرب إلى الواقف.

(مسألة ٦٧): لا ينبغي الإشكال في أنّ الوقف بعد تماميته، ~~بوجه~~ زوال ملك الواقف عن العين الموقوفة إلا في منقطع الآخر الذي مرّ التأمّل في بعض المسائل. كما لا ينبغي الربط في أنّ الوقف على الجهات العامة، كالمساجد والمشاهد والقناطر والغانات والمقابر والمدارس، وكذا أوقاف المساجد والمشاهد وأشباه ذلك، لا يملكها أحد، بل هو لك

الملك وتسهيل المنافع على جهات معينة. وأما الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، والوقف العام على العناوين العامة كالفقراء والعلماء ونحوهما، فهل يكون كالوقف على الجهات العامة لا يملك الرقبة أحد؛ سواء كان وقف منفعة؛ بأن وقف ليكون منافع الوقف لهم، فيستوفونها بأنفسهم أو بالإجارة أو ببيع الثمرة وغير ذلك، أو وقف انتفاع كما إذا وقف الدار لسكنى ذريته أو الخان لسكنى الفقراء، أو يملك الموقوف عليهم رقبته ملكاً غير طلق مطلقاً، أو تفصيل بين وقف المنفعة ووقف الانتفاع، فالثاني كالوقف على الجهات العامة دون الأول، أو بين الوقف الخاص فيملك الموقوف عليه ملكاً غير طلق، والوقف العام فكالوقف على الجهات؟ وجوه. لا يبعد أن يكون اعتبار الوقف - في جميع أقسامه - إيقاف العين لدر المنفعة على الموقوف عليه، فلا تصير العين ملكاً لهم، يخرج عن ملك الواقف إلا في بعض صور المنقطع الآخر، كما مر.

(مسألة ٦٨): لا يجوز تغيير الوقف وإبطال رسمه وإزالة عنوانه ولو إلى عنوان آخر، كجمل الدار خاناً أو دكاناً أو بالمكس. نعم، لو كان الوقف وقف منفعة، وصار بعنوانه الفعلي مسلوب المنفعة أو قليلها في الغاية، لا يبعد جواز تبديله إلى عنوان آخر ذي منفعة، كما إذا صار البستان من جهة انقطاع الماء عنه أو لعارض آخر لم ينتفع به، بخلاف ما إذا جعل داراً أو خاناً.

(مسألة ٦٩): لو خرب الوقف وانهدم وزال عنوانه، كالبستان انقلعت أو يبست أشجاره، والدار تهدمت حيطانها وهفت آثارها، فإن أمكن تعميره وإعادة عنوانه ولو بصرف حاصله العاصل بالإجارة ونحوها لزم، وتعين على الأحوط، وإلا ففي خروج العرصه عن الوقفية وعدمه، قيسنمى منها بوجه آخر - ولو بزرع ونحوه - وجهان بل قولان، أقواهما الثاني. والأحوط أن تجعل وفقاً ويجعل مصرفه وكيفيةه على حسب الوقف الأول.

(مسألة ٧٠): إذا احتاجت الأملاك الموقوفة إلى تعمیر وترميم وإصلاح لبقاتها والاستنماء منها، فإن عيّن الواقف لها ما يصرف فيها فهو، وإلا يصرف فيها من نمائها على الأحوط مقدماً على حقّ الموقوف عليهم، والأحوط لهم الرضا بذلك، ولو توقّف بقاؤها على بيع بعضها جاز.

(مسألة ٧١): الأوقاف على الجهات العامة التي مَرَّ أَنُهَا لا يملكها أحد كالمساجد والمشاهد والمدارس والمقابر والقناطر ونحوها، لا يجوز بيعها بلا إشكال في مثل الأولين، وعلى الأحوط في غيره وإن آل إلى ما آل؛ حتى عند خرابها واندراسها بحيث لا يرجى الانتفاع بها في الجهة المقصودة أصلاً، بل تبقى على حالها، هذا بالنسبة إلى أعيانها، وأمّا ما يتعلّق بها من الآلات والفرش وثياب الضرائح وأشياء ذلك، فما دام يمكن الانتفاع بها باقية على حالها لا يجوز بيعها، وإن أمكن الانتفاع بها في المحلّ الذي أعدت له بغير ذلك الانتفاع الذي أعدت له، بقيت على حالها أيضاً، فالفرش المتعلقة بمسجد أو مشهد إذا أمكن الافتراض بها في ذلك المحلّ، بقيت على حالها فيه، ولو فرض استنواؤه عن الافتراض بالمرّة، لكن يحتاج إلى ستر بقي أهله من الحرّ أو البرد - مثلاً - تجعل ستراً لذلك المحلّ، ولو فرض استغناء المحلّ عنها بالمرّة؛ بحيث لا يترتّب على إساكها وإبقائها فيه إلّا الضياع والضرر والتلف، تجعل في محلّ آخر مماثل له؛ بأن تجعل ما للمسجد لمسجد آخر، وما للمشهد لمشهد آخر، فإن لم يكن المماثل، أو استغنى عنها بالمرّة، جعلت في المصالح العامة. هذا إذا أمكن الانتفاع بها باقية على حالها. وأمّا لو فرض أنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا ببيعها - وكانت بحيث لو بقيت على حالها ضاعت وتلفت - بيعت، وصرف ثمنها في ذلك المحلّ إن احتاج إليه، وإلا ففي المماثل، ثمّ المصالح حسب ما مرّ.

(مسألة ٧٢): كما لا يجوز بيع تلك الأوقاف، الظاهر أنّه لا يجوز إجارتها، ولو غصبها غاصب واستوفى منها غير تلك المنافع المقصودة منها - كما إذا جعل المسجد أو المدرسة بيت المسكن - فلا يبعد أن تكون عليه أجرة المثل في مثل المدارس والخانات والحمامات، دون المساجد والمشاهد والمقابر والقناطر ونحوها. ولو أتلّف أعيانها متلف فالظاهر ضمانه، فيؤخذ منه القيمة، وتصرف في بدل التالف ومثله.

(مسألة ٧٣): الأوقاف الخاصّة كالوقف على الأولاد، والأوقاف العامة التي كانت على العناوين العامة كالفقراء، لا يجوز بيعها ونقلها بأحد التواقل إلّا لعروض بعض العوارض وطرق بعض الطوارئ، وهي أمور:

الأول: ما إذا خربت بحيث لا يمكن إعادتها إلى حالها الأولى، ولا الانتفاع بها إلّا ببيعها

والانتفاع بشئها، كالحیوان المذبوح والجذع البالي والحصیر الخلق، فتباع ويشترى بشئها ما ينتفع به الموقوف عليهم، والأحوط لو لم یکن الأقوی مراعاة الأقرب فالأقرب إلى المین الموقوفة.

الثاني: أن یسقط بسبب الخراب أو غیره عن الانتفاع المعتد به؛ بحيث كان الانتفاع به بحکم العدم بالنسبة إلى أمثال العین الموقوفة، بشرط أن لا یرجى العود كما مر، كما إذا انهدمت الدار واندرس البستان، فصار عرصه لا یمکن الانتفاع بها إلا بمقدار جزئي جداً یمکن بحکم العدم بالنسبة إليهما، لكن لو بیعت یمکن أن یشرى بشئها دار أو بستان آخر أو ملك آخر؛ تساوي منفعتة منفعة الدار أو البستان، أو تقرب منها، أو تكون مُعتدّاً بها. ولو فرض أنه على تقدير بیعها لا یشرى بشئها إلا ما یمکن منفعتها كمَنفعتها باقيةً على حالها أو قريب منها لم یجز بیعها، وتبقى على حالها.

الثالث: ما إذا اشترط الواقف في وقفه أن یباع عند حدوث أمر، مثل قلة المنفعة، أو كثرة الخراج أو المخارج، أو وقوع الخلاف بین أربابه، أو حصول ضرورة أو حاجة لهم، أو غیر ذلك، فلا مانع من بیعه عند حدوث ذلك الأمر على الأقوی.

الرابع: ما إذا وقع بین أرباب الوقف اختلاف شدید؛ لا یؤمن معه من تلف الأموال والنفوس، ولا ینحسم ذلك إلا بیعه، فبیاع ویقسم ثمنه بینهم. نعم، لو فُرض أنه یرتفع الاختلاف بیعه وصرّف الثمن فی شراء عین أخرى، أو تبديل العین الموقوفة بالأخرى، تعین ذلك، فتشترى بالثمن عین أخرى أو یبدل بأخر، فیجمل وفقاً ویبقى لساثر البطون، والمتوئی للبیع فی الصور المذكورة وللتبديل ولشراء عین أخرى، هو الحاكم أو المنصوب من قبله إن لم یکن متولّ منصوب من قبل الواقف.

(مسألة ٧٤): لا إشكال فی جواز إجارة ما وقف وقف منفعة - سواء كان وقفاً خاصاً أو عاماً - على العتّاوين أو على الجهات والمصالح العامة، كالدكاكين والمزارع الموقوفة على الأولاد أو الفقراء أو الجهات العامة؛ حیث إنّ المقصود استنماؤها بإجارة ونحوها ووصول نفعها إلى الموقوف عليهم، بخلاف ما كان وقف انتفاع، كالدار الموقوفة على سَكْنى الذرية وكالمدرسة والمقبرة والقطرة والخانات الموقوفة لتزول المارة، فإنّ الظاهر عدم جواز

إجارتها في حال من الأحوال.

(مسألة ٧٥): لو خرب بعض الوقف بحيث جاز بيعه، واحتاج بعضه الآخر إلى التعمير لحصول المنفعة، فإن أمكن تعمير ذلك البعض المحتاج من منافعه، فالأحوط تعميره منها، وصرف ثمن البعض الآخر في اشتراء مثل الموقوفة، وإن لم يمكن لا يبعد أن يكون الأولى بل الأحوط أن يصرف الثمن في التعمير المحتاج إليه. وأما جواز صرفه لتعميره الموجب لتوفير المنفعة فبعد. نعم، لو لم يكن الثمن بمقدار شراء مثل الموقوفة يصرف في التعمير ولو للتوفير.

(مسألة ٧٦): لا إشكال في جواز إفراز الوقف عن الملك المطلق؛ فيما إذا كانت العين المشتركة بينهما، فيتصدّاه مالك المطلق مع متولّي الوقف أو الموقوف عليهم. بل الظاهر جواز قسمة الوقف أيضاً لو تعدّد الواقف والموقوف عليه، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين، فوقف كلّ منهما حصّته المشاعة على أولاده. بل لا يبعد الجواز فيما إذا تعدّد الوقف والموقوف عليه مع اتّحاد الواقف، كما إذا وقف نصف داره مشاعاً على مسجد والنصف الآخر على مشهد، ولا يجوز قسمته بين أربابه إذا اتّحد الوقف والواقف؛ مع كون الموقوف عليهم بطوناً متلاحقة أيضاً، ولو وقع النزاع بين أربابه بما جاز معه بيع الوقف ولا ينحسم إلا بالقسمة جازت، لكن لا تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة، ولعلّها ترجع إلى قسمة المنافع، والظاهر جوازها مطلقاً. وأما قسمة العين بحيث تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة، فالأقوى عدم جوازها مطلقاً.

(مسألة ٧٧): لو أجر الوقف البطن الأوّل، وانقرضوا قبل انقضاء مدّة الإجارة، بطلت بالنسبة إلى بقية المدّة إلا أن يبيح البطن اللاحق، فتصحّ على الأقوى. ولو أجزه المتولّي فإن لاحظ فيه مصلحة الوقف، صحّت ونفذت بالنسبة إلى البطون اللاحقة، بل الأقوى نفوذها بالنسبة إليهم لو كانت لأجل مراعاتهم، دون أصل الوقف، ولا تحتاج إلى إجازتهم.

(مسألة ٧٨): يجوز للواقف أن يجعل تولية الوقف وتظارته لنفسه؛ دائماً أو إلى مدّة، مستقلاً ومشاركاً مع غيره، وكذا يجوز جعلها للغير كذلك، بل يجوز أن يجعل أسر جعل التولية بيد شخص، فيكون المتولّي من يعينه ذلك الشخص، بل يجوز جعل التولية لشخص،

ويجعل أمر تعيين المتولّي بعده بيده، وهكذا يقرّر أنّ كلّ متولٍّ يعيّن المتولّي بعده.

(مسألة ٧٩): إنّما يكون للواقف جعل التولية لنفسه أو لغيره؛ حين إيقاع الوقف وفي ضمن عقده، وأمّا بعد تماميته فهو أجنبيّ عن الوقف، فليس له جعل التولية ولا عزل من جعله متولّيّاً، إلّا إذا اشترط في ضمن عقده لنفسه ذلك؛ بأن جعل التولية لشخص وشرط أنّه متى أراد أن يعزله عزله.

(مسألة ٨٠): لا إشكال في عدم اعتبار العدالة فيما إذا جعل التولية والنظر لنفسه، والأقوى عدم اعتبارها لو جعلها لغيره أيضاً. نعم، يعتبر فيه الأمانة والكفاية، فلا يجوز جعلها - خصوصاً في الجهات والمصالح العامة - لمن كان خائناً غير موثوق به، وكذا من ليس له الكفاية في تولية أمور الوقف، ولا يجوز جعل التولية للمجنون ولا الطفل حتّى المميّز إن أريد عمل التولية من إجارة الوقف وأمثالها مباشرة، وأمّا إذا جعل التولية له حتّى يقوم القيم بأمرها ما دام قاصراً، فالظاهر جوازها ولو كان غير مميّز، بل لا يبعد الجواز في جعلها لمجنون متوقّع برؤه، ويقوم الوليّ مقامه إلى أن يفتق.

(مسألة ٨١): لو جعل التولية لشخص لم يجب عليه القبول؛ سواء كان حاضراً في مجلس العقد، أو غائباً بلغ إليه الخبر ولو بعد وفاة الواقف، ولو جعل التولية لأشخاص على الترتيب وقبل بعضهم، لم يجب القبول على من بعده، ومع عدم القبول كان الوقف بلا متولٍّ منصوب. ولو قبل التولية فهل يجوز له عزل نفسه كالوكيل أم لا؟ قولان، لا يترك الاحتياط بعدم العزل، ومعه يقوم بوظائفه مع المراجعة إلى الحاكم ونصبه.

(مسألة ٨٢): لو جعل التولية لاثنتين، فإن جعل لكلّ منهما مستقلاً استقلّاً، ولا يلزم عليه مراجعة الآخر، وإذا مات أحدهما أو خرج عن الأهلية انفرد الآخر، وإن جعلهما بالاجتماع ليس لأحدهما الاستقلال، وكذا لو أطلق ولم تكن على إرادة الاستقلال قرائن الأحوال، فحينئذٍ لو مات أحدهما أو خرج عن الأهلية، يضمّ الحاكم إلى الآخر شخصاً آخر على الأحوط لو لم يكن الأقوى.

(مسألة ٨٣): لو عين الواقف وظيفة المتولّي وشغله فهو المتشيع، ولو أطلق كانت وظيفته ما هو المتعارف؛ من تعمير الوقف، وإجارته وتحصيل أجزائه، وقسمتها على أربابه، وأداء

خواجه، ونحو ذلك؛ كل ذلك على وجه الاحتياط ومراعاة الصلاح. وليس لأحد مزاحمته فيه حتى الموقوف عليهم. ويجوز أن يجعل الواقف تولية بعض الأمور لشخص وبعضها لآخر، فجعل أمر التعمير وتحصيل المنافع - مثلاً - لأحد، وأمر حفظها وقسمتها على أربابها لآخر، أو جعل لواحد أن يكون الوقف بيده وحفظه وللآخر التصرفات. ولو قوض إلى واحد أمراً كالتمعير وتحصيل الفائدة، وأهمل باقي الجهات من الحفظ والقسمة وغيرهما، كان الوقف بالنسبة إلى غير ما قوض إليه بلا متولٍ منصوب، فيجري عليه حكمه الآتي.

(مسألة ٨٤): لو عيّن الواقف للمتولّي شيئاً من المنافع تعيّن، وكان ذلك أجره عمله؛ ليس له أزيد منه وإن كان أقل من أجره مثله، ولو لم يعيّن شيئاً فالأقرب أن له أجره المثل.

(مسألة ٨٥): ليس للمتولّي تفويض التولية إلى غيره حتى مع عجزه عن التصدي إلا إذا جعل الواقف له ذلك عند جعله متولياً. نعم، يجوز له التوكيل في بعض ما كان تصديبه وظيفته؛ إن لم يشترط عليه المباشرة.

(مسألة ٨٦): يجوز للواقف أن يجعل ناظراً على المتولّي، فإن أحرز أن المقصود مجرد اطلاعه على أعماله لأجل الاستيثاق، فهو مستقل في تصرفاته؛ ولا يعتبر إذن الناظر في صحتها ونفوذها، وإنما اللازم عليه اطلاعه، وإن كان المقصود إعمال نظره وتصويبه لم يجز له التصرف إلا بإذنه وتصويبه، ولو لم يحرز مراده فاللازم مراعاة الأمرين.

(مسألة ٨٧): لو لم يعيّن الواقف متولياً أصلاً، ففي الأوقاف العامة يكون الحاكم أو المنصوب من قبله متولياً على الأقوى. وكذا في الخاصة فيما يرجع إلى مصلحة الوقف ومراعاة البطون؛ من تعميره وحفظ الأصول وإجارته للبطون اللاحقة. وأما بالنسبة إلى تنميته وإصلاحاته الجزئية المتوقّفة عليها حصول النماء الفعلي - كتنقية أنهاره وكرمه وحرثه وجمع حاصله وتقسيمه وأمثال ذلك - فأمرها راجع إلى الموقوف عليهم الموجودين.

(مسألة ٨٨): في الأوقاف التي توليتها للحاكم ومنصوبه مع فقدهما وعدم الوصول إليهما توليتها لعدول المؤمنين.

(مسألة ٨٩): لا فرق فيما كان أمره راجعاً إلى الحاكم بين ما إذا لم يعيّن الواقف متولياً، وبين ما إذا عيّن ولم يكن أهلاً لها أو خرج عن الأهلية، فإذا جعل للمعادل من أولاده ولم يكن

بينهم عادل أو كان ففسق، كان كأن لم ينصب متولياً.

(مسألة ٩٠): لو جعل التولية لعدلين من أولاده - مثلاً - ولم يكن فيهم إلا عدل واحد، ضم الحاكم إليه عدلاً آخر، وأما لو لم يكن فيهم عدل أصلاً، فهل اللازم عليه نصب عدلين، أو يكفي نصب واحد أمين؟ أحوطهما الأول، وأقواهما الثاني.

(مسألة ٩١): لو احتاج الوقف إلى التعمير ولم يكن ما يصرف فيه، يجوز للمتولي أن يفترض له قاصداً أداء ما في ذمته بعد ذلك مما يرجع إليه، كمنافعه أو منافع موقوفاته، فيفترض متولي البستان - مثلاً - لتعميره بقصد أن يؤدي دينه من عائداته، ومتولي المسجد أو المشهد أو المقبرة ونحوها بقصد أن يؤديه من عائدات موقوفاتها، بل يجوز أن يصرف في ذلك من ماله بقصد الاستيفاء مما ذكر. ولو افترض له وصرفه لا بقصد الأداء منه، أو صرف ماله لا بقصد الاستيفاء منه، لم يكن له ذلك بعده.

(مسألة ٩٢): تثبت الوقفية: بالشياع المفيد للعلم أو الاطمئنان، وبإقرار ذي اليد أو ورثته بعد موته، ويكونه في تصرف الوقف؛ بأن يعامل المتصرفون فيه معاملة الوقف بلا معارض، وبالبينة الشرعية.

(مسألة ٩٣): لو أقر بالوقف، ثم ادعى أن إقراره كان لمصلحة، يسمع منه، لكن يحتاج إلى الإثبات لو نازعه منازع صالح، بخلاف ما إذا أوقع العقد وحصل القبض، ثم ادعى أنه لم يكن قاصداً، فإنه لا يسمع منه أصلاً، كما هو الحال في جميع العقود والإيقاعات.

(مسألة ٩٤): كما أن عمل المتصرفين معاملة الوقفية، دليل على أصل الوقفية ما لم يثبت خلافها، كذلك كيفية عملهم من الترتيب والتشريك والمصرف وغير ذلك دليل على كيفيته، فيشع ما لم يعلم خلافها.

(مسألة ٩٥): لو كان ملك بيد شخص يتصرف فيه بعنوان الملكية، لكن علم أنه قد كان في السابق وقفاً، لم ينتزع من يده بمجرد ذلك ما لم يثبت وقفيته فعلاً. وكذا لو ادعى أحد أنه قد وقف على آبائه نسلاً بعد نسل؛ وأثبت ذلك من دون أن يثبت كونه وقفاً فعلاً. نعم، لو أقر ذو اليد في مقابل دعوى خصمه: بأنه كان وقفاً إلا أنه قد حصل مسوغ البيع وقد اشتراه، سقط حكم يده وينتزع منه، ويلزم بإثبات وجود المسوغ ووقوع الشراء.

(مسألة ٩٦): لو كان كتاب أو مصحف أو غيرهما بيد شخص وهو يدعي ملكيته، وكان مكتوباً عليه أنه وقف، لم يحكم بوقفه بمجرد، فيجوز الشراء منه. نعم، الظاهر أن وجود مثل ذلك عيب ونقص في العين، فلو خفي على المشتري حال البيع كان له الخيار.

(مسألة ٩٧): لو ظهر في تركة الميت ورقة بخطه: أن ملكه القلاني وقف؛ وأنه وقع القبض والإقباض، لم يحكم بوقفه بمجرد ما لم يحصل العلم أو الاطمئنان به؛ لاحتمال أنه كتب ليجمله وقفاً كما يتفق ذلك كثيراً.

(مسألة ٩٨): إذا كانت العين الموقوفة من الأعيان الزكوية - كالأنعام الثلاثة - لم يجب على الموقوف عليهم زكاتها وإن بلغت حصة كل منهم النصاب. وأما لو كانت نمازها منها - كالعنب والتمر - ففي الوقف الخاص، وجبت الزكاة على كل من بلغت حصته النصاب من الموقوف عليهم؛ لأنها ملك طلق لهم، بخلاف الوقف العام حتى مثل الوقف على الفقراء؛ لعدم كونه ملكاً لواحد منهم إلا بعد قبضه. نعم، لو أعطي الفقير - مثلاً - حصة من الحاصل على الشجر قبل وقت تعلق الزكاة - بتفصيل مر في كتاب الزكاة - وجبت عليه لو بلغت النصاب.

(مسألة ٩٩): الوقف المتداول بين بعض الطوائف يعمدون إلى نجعة أو بقرة، ويتكلمون بالفاظ متعارفة بينهم، ويكون المقصود أن تبقى وتذبح أولادها الذكور وتبقى الإناث وهكذا الظاهر بطلانه؛ لعدم تحقق شرائط صحته.

خاتمة

تشتمل على أمرين: أحدهما في الحبس وما يلحق به، ثانيهما في الصدقة.

القول: في الحبس وأخواته

(مسألة ١): يجوز للشخص أن يحبس ملكه على كل ما يصح الوقف عليه؛ بأن تصرف منافعه فيما عتبه على ما عتبه، فلو حبسه على سبيل من سبل الخير ومحال العبادات - مثل الكعبة المعظمة والمساجد والمشاهد المشرفة - فإن كان مطلقاً أو صرح بالدوام فلا رجوع

بعد قبضه، ولا يعود إلى ملك المالك ولا يورث، وإن كان إلى مدة لا رجوع إلى انقضائها، وبعده يرجع إلى المالك أو وارثه. ولو حبسه على شخص فإن عين مدة أو مدة حياته لزم الحبس في تلك المدة، ولو مات الحابس قبل انقضائها يبقى على حاله إلى أن تنقضي، وإن أطلق ولم يعين وقتاً لزم ما دام حياة الحابس، فإن مات كان ميراثاً. وهكذا الحال لو حبس على عنوان عام كالفقراء، فإن حدّده بوقت لزم إلى انقضائه، وإن لم يوقت لزم ما دام حياة الحابس.

(مسألة ٢): لو جعل لأحد سكنى داره - مثلاً - بأن سلّطه على إسكانها مع بقائها على ملكه، يقال له: السكنى؛ سواء أطلق ولم يعين مدة، كأن يقول: «أسكنتك داري»، أو «لك سكنها»، أو قدره بعمر أحدهما، كما إذا قال: «لك سكنى داري مدة حياتك، أو مدة حياتي»، أو قدره بالزمان كسنة وستين مثلاً، نعم، لكل من الأخيرين اسم يختص به، وهو «العمرى» في أولهما و«الرقبي» في الثاني.

(مسألة ٣): يحتاج كل من الثلاثة إلى عقد مشتمل على إيجاب من المالك وقبول من الساكن، فالإيجاب: كل ما أفاد التسليط المزبور عرفاً، كأن يقول في السكنى: «أسكنتك هذه الدار» أو «لك سكنها» وما أفاد معناهما بأي لغة كان، وفي العمرى بإضافة مدة حياتي أو حياتك، وفي الرقبى بإضافة سنة أو ستين مثلاً، وللعمرى والرقبي لفظان آخران، للالأولى: «أعمرتك هذه الدار عمرك أو عمري، أو ما بقيت أو بقيت، أو ما عشت أو عشت» ونحوها، وللثانية: «أرقيت مدة كذا»، والقبول: كل ما دلّ على الرضا بالإيجاب.

(مسألة ٤): يشترط في كل من الثلاثة قبض الساكن، وهل هو شرط الصحة أو للزوم؟ وجهان، لا يبعد أولهما، فلو لم يقبض حتى مات المالك بطلت كالوقف على الأظهر.

(مسألة ٥): هذه العقود الثلاثة لازمة يجب العمل بمقتضاها، وليس للمالك الرجوع وإخراج الساكن، ففي السكنى المطلقة حيث إن الساكن استحقّ مسكنه - ولو يوماً - لزم المقدّر في هذا المقدار، وليس للمالك منعه عنه، وله الرجوع في الزائد متى شاء، وفي العمرى والرقبي لزم بمقدار التقدير، وليس له إخراجها قبل انقضائه.

(مسألة ٦): لو جعل داره سكنى أو عمرى أو رقبى لشخص لم يخرج عن ملكه، وجاز بيعها، ولم تبطل العقود الثلاثة، بل يستحق الساكن السكنى على النحو الذي جعلت له، وكذا ليس للمشتري إبطالها، ولو كان جاهلاً فله الخيار بين فسخ البيع وإمضائه بجميع الثمن. نعم، في السكنى المطلقة بعد مقدار المسمى: يبطل العقد وينسخ إذا أريد بالبيع فسخه وتسليط المشتري على المنافع، فحينئذٍ ليس للمشتري الخيار.

(مسألة ٧): لو جعلت المدة في العمرى طول حياة المالك، ومات الساكن قبله، كان لورثته السكنى إلى أن يموت المالك، ولو جعلت طول حياة الساكن ومات المالك قبله، ليس لورثته إخراج الساكن طول حياته، ولو مات الساكن ليس لورثته السكنى، إلا إذا جعل له السكنى مدة حياته ولعقبه بعد وفاته، فلهم ذلك، فإذا انقرضوا رجعت إلى المالك أو ورثته.

(مسألة ٨): هل مقتضى العقود الثلاثة تمليك سكنى الدار، فيرجع إلى تمليك المنفعة الخاصة، فله استيفائها مع الإطلاق بأي نحو شاء؛ من نفسه وغيره مطلقاً ولو أجنبياً، وله إجارتها وإعارتها، وتورث لو كانت المدة عمر المالك ومات الساكن دون المالك. أو مقتضاها الالتزام بسكونة الساكن على أن يكون له الانتفاع والسكنى؛ من غير أن تنتقل إليه المنافع، ولازمه عند الإطلاق جواز إسكان من جرت العادة بالسكنى معه، كاهله وأولاده وخادمه وخادمتة ومرضعة ولده وضيوفه، بل وكذا دوابه إن كان الموضع معداً لمثلها، ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط ذلك، أو رضي المالك، ولا يجوز أن يؤجر المسكن ويعيره، ويورث هذا الحق بموت الساكن، أو مقتضاها نحو إباحة لازمة، ولازمه كالاختمال الثاني إلا في التوريث، فإن لازمه عدمه؟ ولعل الأول أقرب، خصوصاً في مثل ذلك سكنى الدار، وكذا في العمرى والرقبى. ومع ذلك لا تخلو المسألة من إشكال.

(مسألة ٩): كل ما صحَّ وقفه صحَّ إسماره من العقار والحيوان والأناث وغيرها. والظاهر أن الرقبى بحكم العمرى، فتصح فيما يصح الوقف. وأما السكنى فتختص بالمساكن.

القول: في الصدقة

قد وردت النصوص الكثيرة على نديها والحث عليها، خصوصاً في أوقات مخصوصة، كالجمعة وعرفة وشهر رمضان، وعلى طوائف مخصوصة، كالجيران والأرحام حتى ورد في الخبر: «لا صدقة وذو رحم محتاج»، وعن رسول الله ﷺ: «إن الله لا إله إلا هو يدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرقة والفرق والهدم والجنون، وعدّ سبعين باباً من السوء»، وقد ورد: «أن الافتتاح بها في اليوم يدفع نحس يومه، وفي الليلة يدفع نحسها»، و«أن صدقة الليل تطفئ غضب الرب، وتمحو الذنب العظيم، وتهون الحساب، وصدقة النهار تشر المال، وتزيد في العمر». و«ليس شيء أثقل على الشيطان من الصدقة على المؤمن، وهي تقع في يد الرب تبارك وتعالى قبل أن تقع في يد العبد». وعن علي بن الحسين ﷺ: «كان يقبل يده عند الصدقة، فقيل له في ذلك، فقال: إنها تقع في يد الله قبل أن تقع في يد السائل»، ونحوه عن غيره ﷺ. وعن النبي ﷺ: «كل معروف صدقة إلى غني أو فقير، فتصدقوا ولو بشق التمرة، وآتوا النار ولو بشق التمرة، فإن الله يريها لصاحبها كما يري أحدكم فلوله أو فصيله؛ حتى يوفيه إياها يوم القيامة، وحتى يكون أعظم من الجبل العظيم» أي غير ذلك.

(مسألة ١): يعتبر في الصدقة قصد القرية، ولا يعتبر فيها العقد المشتمل على الإيجاب والقبول على الأقوى: بل يكفي المعاطاة، فتتحقق بكل لفظ أو فعل - من إعطاء أو تسليم - قصد به التملك مجاناً مع ثمة القرية، ويشترط فيها الإقباض والقبض.

(مسألة ٢): لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض وإن كانت على أجنبي على الأصح. (مسألة ٣): تحل صدقة الهاشمي لمثله ولغيره مطلقاً؛ حتى الزكاة المفروضة والفطرة. وأما صدقة غير الهاشمي للهاشمي فتحل في المندوبة، وتحرم في الزكاة المفروضة والفطرة، وأما غيرهما من المفروضات كالمظالم والكفارات ونحوهما فالظاهر أنها كالمندوبة؛ وإن كان الأحوط عدم إعطائهم لها وتنزههم عنها.

(مسألة ٤): يعتبر في المتصدق: البلوغ والعقل وعدم الحجر لفلس أو سفه، فلا تصح صدقة الصبي حتى من بلغ عشرين.

(مسألة ٥): لا يعتبر في المتصدق عليه في الصدقة المندوبة الفقر ولا الإيمان ولا الإسلام، فتجوز على الفتي وعلى الذمي والمخالف وإن كانا أجنبيين. نعم، لا تجوز على الناصب ولا على الحربي وإن كانا قريبين.

(مسألة ٦): الصدقة سرّاً أفضل، فقد ورد: «أنَّ صدقة السرِّ تطفئ غضب الربِّ، وتطفئ الخطيئة كما يطفئ الماء النار، وتدفع سبعين باباً من البلاء». نعم، لو اتهم بترك المواساة فأراد دفع التهمة عن نفسه، أو قصد اقتداء غيره به، لا بأس بالإجهار بها ولم يتأكد إخفاؤها. هذا في المندوبة. وأمّا الواجبة فالأفضل إظهارها مطلقاً.

(مسألة ٧): يستحب المساعدة والتوسط في إيصال الصدقة، فعن النبي ﷺ في خطبة له: «ومن تصدَّق بصدقة عن رجل إلى مسكين كان له مثل أجره، ولو تداولها أربعون ألف إنسان، ثم وصلت إلى المسكين، كان لهم أجر كامل، وما عند الله خير وأبقى للذين اتفقوا وأحسنوا لو كنتم تعلمون».

(مسألة ٨): يكره كراهة شديدة أن يتملك من الفقير ما تصدَّق به بشراء أو اتِّهَاب أو بسبب آخر، بل قيل بحرمة. نعم، لا بأس بأن يرجع إليه بالميراث.

(مسألة ٩): يكره ردُّ السائل ولو ظنَّ غناه. بل يعطي ولو شيئاً يسيراً.

(مسألة ١٠): يكره كراهة شديدة السؤال من غير احتياج، بل مع الحاجة أيضاً، بل قيل بحرمة الأول، ولا ينبغي ترك الاحتياط، وقد ورد فيه الإزعاج الأكيد، ففي الخبر: «من سأل الناس وعنده قوت ثلاثة أيام، لقي الله يوم القيامة وليس على وجهه لحم».

كتاب الوصية

وهي: إما تمليلية، كأن يوصي بشيء من تركته لزيد، ويلحق بها الإيصاء بالتسليم على حق. وإما عهدية، كأن يوصي بما يتعلق بتجهيزه، أو باستئجار الحج أو الصلاة أو نحوهما له. وإما فكية تتعلق بفك ملك كالإيصاء بالتحريم.

كتاب الوصية

هي في اللغة: اسم مصدر بمعنى التوصية والإيصاء، فهي من المزيد فيه دون الثلاثي الذي هو بمعنى الوصل لازماً أو متعدياً.

وفي اصطلاح الفقهاء: عبارة عن إيصاء خاص، وهو الإيصاء المتعلق بأمر بعد الموت، سواء أكان تملك عين أو منفعة أو حق للغير، أو شيئاً متعلقاً بنفسه أو غيره، أو تحريراً أو فكاً كعتق العبد وبناء المسجد.

فحصل أنها من الإيقاعات، وأن حقيقتها: إنشاء التوصية لأمر متعلق بما بعد الموت، وإن كان قد يشترط في لزومها تحقق شيء من ناحية الغير.

ويدل على أصل نفوذها الأدلة الثلاثة: قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^١ وقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ﴾^٢ وقوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ﴾^٣ وآيات أخر.

١. البقرة (٢): ١٨٠.

٢. النساء (٤): ١١.

٣. المائدة (٥): ١٠.

(مسألة ١): إذا ظهرت للإنسان أمارات الموت، يجب عليه إيصال ما عنده^(١) من أموال الناس من الودائع والبضائع ونحوها إلى أربابها، وكذا أداء ما عليه خالقياً كقضاء الصلوات والصيام والكفارات وغيرها، أو خلقياً إلا الديون المؤجلة، ولو لم يتمكن من الإيصال والإتيان بنفسه يجب عليه أن يوصي بإيصال ما عنده من أموال الناس إليهم، والإشهاد عليها، خصوصاً إذا خفيت على الورثة، وكذا بأداء ما عليه من الحقوق المالية: خلقياً كالديون والضمانات والديات وأروش الجنائيات، أو خالقياً كالخمس والزكاة والكفارات ونحوها، بل يجب عليه أن يوصي بأن يستأجر عنه ما عليه من الواجبات البدنية؛ مما يصح فيها الاستيناب والاستئجار، كقضاء الصلاة والصوم إن لم يكن له ولي يقضيها عنه، بل ولو كان له ولي لا

وصحيح ابن مسلم: «الوصية حق، وقد أوصى رسول الله ﷺ، فينبغي للمسلم أن يوصي»^١، وسائر روايات الباب، والإجماع.^٢

(١) ذكر في المسألة وجوب أمور:

الأول: إيصال الودائع.

الثاني: أداء ما عليه من الحقوق الخلقية.

الثالث: ما عليه من الديون الخلقية المعجلة، والدليل على الوجوب فيها تضيق الواجبات الموسعة بتضييق وقتها.

الرابع: الإيضاء بإيصال الودائع، والإشهاد.

الخامس: الإيضاء بأداء الحقوق المالية خلقية أو خالقية.

السادس: الإيضاء بالواجبات البدنية.

ويدل على الحكم في الجميع وجوب تفريغ الذمة عن حقوق الغير وديونه مهما أمكن وتيسر ولو بالإيضاء، مضافاً إلى دلالة الروايات.

١. وسائل الشريعة ١٩: ٢٥٧، كتاب الوصايا، الباب ١، الحديث ١.

٢. الخلاف ٤: ١٣٥ / مسألة ١: تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ ط قديم؛ المهذب البارع ٣: ٩٥، الحديث الناضرة ٢٢: ٣٧٥.

مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٤ ط قديم.

يصح منه العمل، أو كان ممن لا يوثق بإتيانه، أو يرى عدم صحة عمله.

(مسألة ٢): إن كان عنده أموال الناس، أو كان عليه حقوق وواجبات، لكن يعلم أو يطمئن بأن أخلافه يوصلون الأموال ويؤدّون الحقوق والواجبات، لم يجب عليه (٢) الإيصال والإيصاء وإن كان أحوط وأولى.

(مسألة ٣): يكفي في الوصية كل ما دلّ عليها من الألفاظ من أي لغة كان، ولا يعتبر فيها لفظ خاص، ففي التمليلية يقول: «أوصيت لفلان بكذا» أو «أعطوا فلاناً أو ادفعوا إليه بعد موتي أو لفلان بعد موتي كذا»، ونحوها بأي نحو يفيد ذلك. وفي المهدية: «المعلو بعد موتي كذا وكذا»، والظاهر الاكتفاء بالكتابة (٣) حتى مع القدرة على النطق، خصوصاً في الوصية المهدية إذا علم أنه كان في مقام الوصية، وكانت العبارة ظاهرة الدلالة على المعنى المقصود، فيكفي وجود مكتوب من الموصي بخطه وإمضائه أو خاتمه إذا علم من قرائن الأحوال كونه بعنوان الوصية، فيجب تنفيذها، بل الاكتفاء بالإشارة المفهمة حتى مع القدرة على النطق أو الكتابة، لا يخلو من قوة وإن كان الأحوط عدم الإيصاء بها اختياراً.

(مسألة ٤): للوصية التمليلية أركان ثلاثة: الموصي والموصى به والموصى له، وقوام

(٢) إذا لم يشك وجوب الإيصاء تعبداً بل توصلاً كالإيصال، فلا وجوب إذا علم بتحقق الإيصال والتأدية.

(٣) لصدق عنوان الوصية مع الكتابة بل مع الإشارة أيضاً، فتشملها أدلة الإنفاذ، كقوله تعالى: «فَقَنْ بَدَلَهُ يَفْعَلْ مَا سَمِعَهُ... الآية»^١. ولخير الهمداني: فيمن كتب بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي؟: «إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجذونه في كتاب أبيهم»^٢.

وروايات باب الإشارة وإن كان موردّها الضرورة، إلّا أنّ نفوذها لا يختص بحال الضرورة، فراجع^٣.

١. البقرة (٢): ١٨١.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٣٧٢، كتاب الوصايا، الباب ٤٨، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٣٧٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٩، الحديث ١ و ٢ و ٣.

العهدية بأمرين: الموصي والموصى به. نعم، إذا عيّن الموصي شخصاً لتنفيذها تقوم حينئذٍ بأمر ثلاثة: هما والموصى إليه، وهو الذي يطلق عليه «الموصي».

(مسألة ٥): لا إشكال في أنّ الوصية العهدية لا تحتاج إلى قبول. نعم، لو عيّن وصياً لتنفيذها لا بدّ من قبوله^(٤)، لكن في وصايته، لا في أصل الوصية. وأمّا الوصية التمليلية فإن كانت تمليكاً للنوع كالوصية للفقراء والسادة، فهي كالعهدية لا يعتبر فيها القبول، وإن كانت تمليكاً للشخص فالمشهور على أنّه يعتبر فيها القبول من الموصى له. والظاهر أنّ تحقق الوصية وترتب أحكامها من حرمة التبديل ونحوها، لا يتوقف على القبول، لكن تملك الموصى له متوقف عليه^(٥)، فلا يملك قهراً. فالوصية من الإيقاعات^(٦)، لكنّها جزء سبب للملكية في الفرض.

(مسألة ٦): يكفي في القبول كلّ ما دلّ على الرضا قولاً أو فعلاً، كأخذ الموصى به والتصرّف فيه بقصد القبول.

(مسألة ٧): لا فرق بين وقوع القبول في حياة الموصي أو بعد موته، كما لا فرق في

(٤) ففي صحيح ابن حازم: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب، فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^١، وغيره من روايات الباب.

(٥) للإجماع المدعى^٢ على لزوم القبول فيها، ولولاه لأمكن القول بعدم لزوم القبول، بل وعدم كون الردّ أيضاً مانعاً، وحصول الملكية قهراً نظير الإرث والوقف عملاً بإطلاق الأدلّة، كقوله تعالى: «فَمَنْ يَدُلُّهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَيِّنُونَهُ»^٣.

(٦) لصدق عنوانها مع عدم القبول أيضاً، ولعدم وجود عين ولا أثر في أدلّة الباب من القبول لعنوان أنّه جزء العقد، والإجماع المدعى على لزوم القبول في التمليلية لا يستلزم كونه بعنوان الجزئية للعقد بل نظير قبض في الهبة والصرف والسلم.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٢، كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٣.

٢. مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٨ ط قدیم: رياض السائل ٩: ٤٢٩؛ جواهر الكلام ٢٨: ٢٥٠.

٣. البقرة (٢): ١٨١.

الواقع بعد الموت، بين أن يكون متصلاً به أو متأخراً عنه مدة.

(مسألة ٨) : لو ردّ بعضاً وقبل بعضاً صحّ فيما قبله ^(٧)، وبطل فيما رده على الأقوى إلا إذا أوصى بالمجموع من حيث المجموع.

(مسألة ٩) : لو مات الموصى له في حياة الموصي أو بعد موته، قبل أن يصدر منه ردّ أو قبول، قام ورثته مقامه ^(٨) في الردّ والقبول، فيملكون الموصى به بقبولهم كموثقتهم لو لم يرجع الموصي عن وصيته.

(مسألة ١٠) : الظاهر أن الوارث يتلقّى المال من الموصي ابتداءً، لا أنه ^(٩) يستقل إلى الموصى له أولاً، ثم إلى وارثه وإن كانت القسمة بين الورثة مع التمدّد على حسب قسمة الموارث، فعلى هذا لا يخرج من الموصى به ديون الموصى له، ولا تنفذ فيه وصاياه.

(٧) إذ لا دليل على عدم قابلية الإيصاء للتجزية والتبعض، فهو كالهبة ونحوها. وقوله: «إلا إذا أوصى» لأن هذا الإيصاء يكون بمعنى اشتراط عدم تبعض الموصى له في القبول، فلا تنفذ مع عدم الشرط.

(٨) لصحيح محمد بن قيس: فيما إذا توفّى الموصى له قبل الموصي: «الوصية لو ارث الذي أوصى له... إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»^١.

وإطلاق خبر الساباطي: في رجل أوصى لعمته فماتت العم، فكتب الله: «أعط ورثته»^٢.

وفي الباب صحيحان معارضان حملاً على وجوه:

منها: الإجمال في الدلالة.

ومنها: التقيّة، والحكم على خلاف القاعدة. فإن التملك للموصى له فقبوله من غيره باطل. وليس جواز القبول حقاً حتّى يرثه الورثة بل هو حكم شرعيّ.

(٩) لظهور قوله عليه السلام: «الوصية لو ارث الذي أوصى له» في وقوع الوصية تحت اختيار الوارث، فكانه هو القابل المتلقّي لها من الموصي، كما أن مقتضى إطلاق كونه للموارث

١. وسائل الشريعة ١٩: ٣٣٣، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٣٣٤، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ٣.

(مسألة ١١): إذا قبل بعض الورثة ورثة بعضهم، صحّت الوصية^(١٠) فيمن قبل وبطلت فيمن ردّ بالنسبة.

(مسألة ١٢): يعتبر في الموصي: البلوغ والعقل والاختيار والرشد، فلا تصحّ وصية الصبي. نعم، الأقوى صحّة وصية البالغ عشرين^(١١) إذا كانت في البرّ والمعروف، كبناء المساجد والقناطر ووجوه الخيرات والميراث. وكذا لا تصحّ وصية المجنون ولو أدوارياً في دور جنونه، ولا السكران ولا المكره ولا المحجور عليه إذا كانت متملّقة بالمال المحجور فيه.

(مسألة ١٣): يعتبر في الموصي - مضافاً إلى ما ذكر - أن لا يكون قاتل نفسه^(١٢) متممداً.

انقسامه بينهم على نحو قسمة الموارث، ولما يقال من أن الميّت غير قابل للمالكية.

(١٠) لأنّ ذلك مقتضى كون الوصية لهم، وقد عرفت قابليتها للتبعض.

(١١) لعدة أخبار معتبرة:

منها: صحيح زرارة: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه سيجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ، فهو جائز»^١، ونحو الحديث الثالث والخامس والسادس والسابع من الباب، وهذا ولكن في صحيح ابن مسلم: فيمن لم يدرك: «جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للفرءاء»^٢.

وحينئذٍ: فاللازم تقييد تلك المطلقات بهذا الصحيح.

(١٢) لصحيح أبي ولاد: «من قتل نفسه متممداً فهو في نار جهنم خالد فيها» قلت: أرايت إن كان أوصى بوصيته ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال عليه السلام: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجيزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى وصيته بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعلّه يموت لم تجز وصيته»^٣. ويستفاد من الصحيح

١. وسائل الشريعة ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٤.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٣٦٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٩: ٣٧٨، كتاب الوصايا، الباب ٥٢، الحديث ١.

فمن أوقع على نفسه جرحاً، أو شرب سماً، أو ألقى نفسه من شاهق، ونحو ذلك مما يقطع أو يظن كونه مؤدياً إلى الهلاك، لم تصح وصيته المتعلقة بأمواله. وإن كان إيقاع ما ذكر خطأ، أو كان مع ظن السلامة فاتفق موته به، نفذت وصيته. ولو أوصى ثم أحدث في نفسه ما يؤدي إلى هلاكه، لم تبطل وصيته وإن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعده.

(مسألة ١٤): لا تبطل الوصية بمرض الإضماء والجنون للموصي وإن بقيا إلى حين الممات.

(مسألة ١٥): يشترط في الموصي له الوجود حين الوصية، فلا تصح للمعدوم^(١٣) كالميت، أو لما تحمله المرأة في المستقبل، ولمن سيوجد من أولاد فلان. وتصح للحمل بشرط وجوده حين الوصية وإن لم تلجه الروح، وانفصاله حياً، فلو انفصل ميتاً بطلت ورجع المال ميراثاً لورثة الموصي.

(مسألة ١٦): تصح الوصية للذمي^(١٤) وكذا للمرتد الملبى: إن لم يكن المال مملاً لا

قيد التعمد، وكون الوصية في أمواله في ثلثه، وحكم الوصية قبل الجرح وبعده.

(١٣) في التملكية والعهدية: لعدم قابلية المعدوم للملكية. وقوله: «كالميت»: أي: من مات قديماً وانعدم عرفاً، وأمّا الميت جديداً كمن لم يُدفن بعد فلا بُد في صحتها له بأن تصرف في تجهيزاته ونحوها.

(١٤) أي: أهل الكتاب الملزمين بشروط الذمة؛ لقوله تعالى: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ»^١، ولصحيح ابن مسلم: عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال ﷺ: «أعطيه لمن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله ﷻ يقول: «فَمَنْ بَذَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنفَقْنَا إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يُبَذِّلُونَهُ»^٢»^٣ ونظيرهما الحديث الثالث والرابع.

١. المستحقة (٦٠): ٨.

٢. البقرة (٢): ١٨١.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٧، كتاب الوصايا، الباب ٣٢، الحديث ١ و ٢.

يملكه الكافر كالمصحف، وفي عدم صحتها للحربي والمرتد^(١٥) الفطري تأمل.

(مسألة ١٧): يشترط في الموصى^(١٦) به في الوصية التمليلية: أن يكون مالاً، أو حقاً قابلاً للنقل كحقي التحجير والاختصاص: من غير فرق في المال بين كونه ديناً أو دينا في ذمة الغير أو منفعة، وفي العين بين كونها موجودة فعلاً أو مآ ستوجد، فتصح الوصية بما تحمله الدابة أو شمر الشجر في المستقبل.

(مسألة ١٨): لا بد وأن تكون العين الموصى بها ذات منفعة^(١٧) محللة مقصودة حتى تكون مالاً شرعاً، فلا تصح الوصية بالخرم غير المتخذة للتخليل والخنزير وآلات اللهور والقمار، ولا بالحشرات وكلب الهراش ونحوها، وأن تكون المنفعة الموصى بها محللة مقصودة، فلا تصح الوصية بمنفعة المغنبة وآلات اللهور، وكذا منفعة القرده ونحوها.

(مسألة ١٩): لا تصح الوصية بمال الغير وإن أجاز المالك إذا كان الإيضاء به عن نفسه؛ بأن جعل مال الغير^(١٨) لشخص بعد وفاة نفسه. وأمّا عن الغير: بأن جعله لشخص بعد وفاة

(١٥) فمن جهة شمول عمومات الوصية وشمول عنوان اليهود والنصارى له إذا كان من أهل الكتاب، فتشمله أخبار الباب، ومن جهة شمول قوله تعالى: «إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ» وقوله تعالى: «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ»^١ فإن الإيضاء تولّ لهم ومودة، ولأنه غير قابل للملك، ولذلك حلت أمواله للمسلم.

(١٦) لعموم أدلة صحة الوصية ونفوذها.

(١٧) للقطع بعدم شمول عمومات الوصية وإطلاقاتها للأعيان والمنافع المحرمة، أو التي لا مآلية لها في التمليلية، ولا للأعمال المحرمة في العهديّة، كما في المسألة العشرين.

(١٨) لانصراف أدلة الإيضاء عن هذا النحو، مع ما في تعليق إنشاء الملكية بموت نفسه من الإشكال.

مالكه فلا تبعد صحته^(١٩) ونفوذه بالإجازة.

(مسألة ٢٠): يشترط في الوسيطة المهدية أن يكون ما أوصى به عملاً سائفاً تعلق به أغراض العقلاء، فلا تصح الوسيطة بصرف ماله في معونة الظلمة وقطاع الطريق وتمجير الكنائس ونسخ كتب الضلال ونحوها، وكذا بصرف المال فيما يكون سفهاً وعبثاً.

(مسألة ٢١): لو أوصى بما هو سائغ عنده - اجتهداً أو تقليداً - وغير سائغ عند الوصي، كما أوصى بقتل جنازته بعد دفته وهو غير جائز عند الوصي، لم يجز له^(٢٠) تنفيذها، ولو انعكس الأمر انعكس.

(مسألة ٢٢): لو أوصى لغير الولي مباشرة تجهيزه - كتفسيه والصلاة عليه - مع وجود الولي، ففي نفوذها وتقديمه على الولي وعدمه وجهان^(٢١) بل قولان، ولا يترك الوصي الاحتياط بالاستئذان من الولي، والولي بالإذن له.

(مسألة ٢٣): يشترط في نفوذ الوسيطة في الجملة أن لا تكون في الزائد على الثلث. وتفصيله: أن الوسيطة إن كانت بواجب مالي^(٢٢)، كأداء ديونه وأداء ما عليه من الحقوق،

(١٩) بناءً على كون الوسيطة عقداً، وأما بناءً على ما اخترناه ففيه إشكال جريان الفضولية في الإيقاع، اللهم إلا أن يكون إمضاء ذلك مصداقاً لإنشاء الوسيطة منه وهو غير بعيد.

(٢٠) لبطان تلك الوسيطة عنده، فلا تكليف له - حينئذٍ - من ناحيتها، ولا اعتقاده صحة الوسيطة ووجوب الوفاء بها في عكس الفرض.

(٢١) المقام من تعارض عموم ولاية الأقرباء مع عموم أدلة الوسيطة، فقد يقال: إن هذه الوسيطة جنف وحيف، لكونها خلاف حكم الشارع، فأدلة الولاية مُحكّمة، وقد يقال: بانصراف أدلة الولاية عن المقام، فإن الوصي بحكم نفس الميت تنزيلاً، فلا تصل النوبة - حينئذٍ - إلى الأقرباء، فأدلة الوسيطة مُحكّمة إذن فاللازم الاحتياط.

(٢٢) لأخبار كثيرة، منها: صحيح عباد بن صهيب: فيمن أوصى بإخراج ما قرط في زكاته في حياته: «يخرج ذلك من جميع المال، إنما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس

كالخمس والزكاة والمظالم والكفارات، يخرج من أصل المال بلغ ما بلغ، بل لو لم يوص به يخرج منه وإن استوعب الثركة. ويلحق به الواجب المالي المشوب بالبدني، كالحج ولو كان مندوراً على الأقوى. وإن كانت تملكية أو عهدية تبرّعية، كما إذا أوصى بإطعام الفقراء أو الزيارات أو إقامة التعزية ونحو ذلك، نفذت بمقدار الثلث^(٢٣)، وفي الزائد صحّت إن أجاز الورثة، وإلا بطلت من غير فرق بين وقوعها في حال الصحة أو المرض، وكذلك إذا كانت بواجب غير مالي على الأقوى، كما لو أوصى بالصلاة والصوم عنه إذا اشتغلت ذمته بهما. (مسألة ٢٤): لا فرق^(٢٤) فيما ذكر بين ما إذا كانت الوصية بكسر مشاع أو بمال معين أو بمقدار من المال، فكما أنّه لو أوصى بالثلث نفذت، ولو أوصى بالنصف نفذت في الثلث إلا إذا أجاز الورثة، كذلك لو أوصى بمال معين كستانه أو بمقدار معين كألف دينار، فإنّه ينسب إلى مجموع الثركة، فإن لم تزد على ثلث المجموع نفذت، وإلا تحتاج إلى إذن الورثة. (مسألة ٢٥): لو كانت إجازة الورثة لما زاد على الثلث بعد موت الموصي، نفذت بلا إشكال^(٢٥) وإن ردّها قبل موته، وكذا لو أجازها قبل الموت ولم يردها بعده. وأمّا لو ردّها

للوثة شيء حتى يؤدّي ما أوصى به من الزكاة قيل: فإن كان أوصى بحجّة الإسلام. قال: جائز، يحمّ عنه من جميع المال^١. (٢٣) لأخبار كثيرة، منها: خبر حرمان: فيمن أوصى بعق خمسة من ممتلكاته ولم يَسعِ الثلث قيمتهم: «ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني، ثم الرابع، ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سَمِيَ أخيراً، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك»^٢ وكذا أخبار الباب السابع والستون.

(٢٤) إذ الاستفادة من الأدلّة أنّ الملاك الثلث الواقعي، ومقايضة المقدار الخارج بالوصية واقعاً مع الباقي لا كهيئة الإخراج، بل قد وقع التصريح لكل واحد من الأقسام في الروايات. (٢٥) لدعوى^٣ الإجماع عليه؛ ولصحيح أحمد بن محمد: فيمن أوصى بأكثر من الثلث

١. وسائل الشريعة ١٩: ٣٥٧، كتاب الوصايا، الباب ٤٠، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٣٩٨، كتاب الوصايا، الباب ٦٦، الحديث ١.

٣. التنقيح الرابع ٢: ٤٠٠؛ جامع المقاصد ١٠: ١١٣؛ مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٢ ط قديم؛ جواهر الكلام ٢٨: ٢٨٤.

بعده، فهل تنفذ الإجازة السابقة ولا أثر للردّ بعدها أم لا؟ قولان، أقواهما الأول^(٢٦).

(مسألة ٢٦): لو أجاز الوارث بعض الزيادة لا تمامها نفذت بمقدار ما أجاز، وبطلت في الزائد عليه.

(مسألة ٢٧): لو أجاز بعض الورثة دون بعضهم نفذت في حق المميز في الزائد، وبطلت في حق غيره. فإذا كان للموصي ابن وبنت وأوصى لزيد بنصف ماله، قسّمت التركة ثمانية عشر، ونفذت في ثلثها وهو ستة، وفي الزائد وهو ثلاثة احتاج إلى إمضاء الابن والبنت، فإن أمضى الابن دون البنت نفذت في اثنين وبطلت في واحد. وإن أمضت البنت نفذت في واحد وبطلت في اثنين.

(مسألة ٢٨): لو أوصى بعين معينة^(٢٧) أو مقدار كلي من المال كمائة دينار، يلاحظ في كونه بمقدار الثلث أو أقل أو يزيد بالنسبة إلى أمواله حين الموت، لا حين الوصية. فلو أوصى بعين كانت بمقدار نصف أمواله حين الوصية، وصارت لجهة بمقدار الثلث ممّا ترك حين

وتوفّي: «ليس يجب في تركتها إلّا الثلث، وإن تفضّلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم»^١، ويشمل الكلام صورة الردّ قبل الموت أيضاً.

(٢٦) على المشهور^٢: لصحيح ابن مسلم: في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ فقال^٣: «ليس لهم ذلك، والوصية جائزة عليهم»^٤، ونحوه صحيح ابن حازم في الحديث الثاني.

(٢٧) الظاهر وحدة الملاك في العين الخارجيّة والكليّ والكسر المشاع، وهو ظهور هذا التصرف في تعلّقه بالمال الذي يفارقه، والحال الذي يتركه لغيره وهو حال الموت، ولولاه لوجب الحمل على حال الإيضاء، كما في النذر بإخراج ثلثه في سبيل الله أو الإقرار به لزيد.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٥، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١.

٢. مفاتيح التنزيل ٣: ٢٢٥؛ مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٢ ط قديم؛ جواهر الكلام ٢٨: ٢٨٤.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٣، كتاب الوصايا، الباب ١٣، الحديث ١.

الوفاة، نفذت في الكل، ولو انعكس نفذت في مقدار الثلث ممّا ترك، وبطلت في الزائد.
وهذا ممّا لا إشكال فيه. وإنّما الإشكال فيما إذا أوصى بكسر مشاع، كما إذا قال: «ثلث مالي لزيد بعد وفاتي» ثمّ تجدد له بعد الوصية أموال، وأنّه هل تشمل الوصية الزيادات المتجددة بعدها أم لا؟ سيّما إذا لم تكن متوقّعة الحصول، والظاهر - نظراً إلى شاهد الحال - أنّ المراد بالمال هو الذي لو لم يوص بالثلث كان جميعه للورثة، وهو ما كان له عند الوفاة. نعم، لو كانت قريبة تدلّ على أنّ مراده الأموال الموجودة حال الوصية اقتصر عليها.
(مسألة ٣٩): الإجازة من الوارث إمضاء وتنفيذ، فلا يكفي^(٢٨) فيها مجرد الرضا وطيب النفس؛ من دون قول أو فعل يدلّان على الإمضاء.
(مسألة ٣٠): لا تعتبر في الإجازة الفورية.

(مسألة ٣١): يحسب من التركة ما يملك بالموت كالدية^(٢٩)، وكذا ما يملك بعد الموت

(٢٨) لظهور كلمة الإجازة والإمضاء والإقرار الواردة - في روايات الباب - في إنشاء التنفيذ قولاً أو عملاً، لا في مطلق الرضى الباطني.

(٢٩) أمّا الخطائية؛ فلدعوى^١ الإجماع، ولصحيح محمّد بن قيس: «رجل أوصى بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ - يعني الموصي - فقال ﷺ: «يجاز لهذه الوصية من ماله ومن دينه»^٢ ونحوه الحديث الثاني.

وأمّا العمديّة: فالمشهور^٣ فيها أيضاً ذلك؛ لإطلاق خبر ابن قيس: في رجل أوصى ثمّ قتل، فقضّى في وصيته أنّها تنفذ من ماله، ومن دينه كما أوصى.^٤

ولما ورد في الدّين من أنّه يؤدّى من مال الميت ودينه حتّى في العمديّة فلا يرث الوارث الدية إلّا بعد الدّين، فألحقوا الوصية به فإنّها مثله في التقدّم على إرث الوارث راجع:

١. الخلاف ٤: ١١٥ / مسألة ١٢٨؛ المهذب البارع ٤: ٣٥١ - ٣٥٢، مفتاح الكرامة ١٦: ٢٢٨؛ جواهر الكلام ٣٩:

٤٤ - ٤٥.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٥، كتاب الوصايا، الباب ١٤، الحديث ١.

٣. مفتاح الكرامة ١٦: ٢٢٨؛ جواهر الكلام ٢٨: ٢٩٣، ٣٩: ٤٤ - ٤٥.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٢٨٦، كتاب الوصايا، الباب ١٤، الحديث ٣.

إذا أوجد الميِّت سببه قبل موته، مثل ما يقع في الشبكة^(٣٠) التي نصبها الميِّت في زمان حياته، فيخرج منه دين الميِّت ووصاياه. نعم، بعض صورها محل تأمل.

(مسألة ٣٢): للموصي تعيين ثلثه في عين مخصوصة من التركة، وله تفويض التمييز إلى الوصي، فيتمتع فيما عهته، ومع الإطلاق - كما لو قال: ثلث مالي لفلان - يصير شريكاً مع الورثة بالإشاعة، فلا يدّ وأن يكون الإفراز والتعيين برضا الجميع كسائر الأموال المشتركة. (مسألة ٣٣): إنَّما يحسب الثلث بعد إخراج^(٣١) ما يخرج من الأصل كالدين والواجبات المالية، فإن بقي بعد ذلك شيء يخرج ثلثه.

(مسألة ٣٤): لو أوصى بوصايا متعدّدة غير متضادة وكانت من نوع واحد، فإن كانت جميعاً واجبة مالية ينفذ الجميع من الأصل، وإن كانت واجبة بدنية أو كانت تبرّعية تنفذ من الثلث، فإن وفى بالجميع أو زادت عليه وأجاز الورثة تنفذ في الجميع. وإن لم يجزوا فإن لم يكن بين الوصايا ترتيب وتقديم وتأخير في الذكر، بل كانت مجتمعة - كما إذا قال: «اقضوا

الوسائل: أبواب الدّين والقرض، الباب الرابع والعشرون، الحديث الأوّل وما ألحق به، وأيضاً أبواب أحكام القصاص، الباب التاسع والخمسون، الحديث الثاني.

(٣٠) قيل: لأنّ النصب للميِّت، فالصيد الذي هو أثره يكون له بالتبع تبعيّة النماء الذي للنماء، فتشمله الوصيّة.

وفيه: إن فرض دخول الصيد في ملك الميِّت ابتداءً يستلزم فرض ذلك في جميع نماءات البساتين والحيوانات وغيرها ما دام ذو النماء باقياً مرّة السنين، والالتزام بذلك مشكّل جدّاً.

(٣١) لمعتبرة السكوني: «أوّل شيء يبدأ به من المال الكفن، ثمّ الدّين، ثمّ الوصيّة، ثمّ الميراث»^١.

وخبر ابن قيس: «إنّ الدّين قبل الوصيّة ثمّ الوصيّة على أثر الدّين، ثمّ الميراث بعد الوصيّة»^٢.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٩، كتاب الوصايا، الباب ٢٨، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٠، كتاب الوصايا، الباب ٢٨، الحديث ٢.

عشرين سنة واجباتي البدنية»، أو «اقضوا عشرين سنة صلواتي وصيامي»، أو قال: «أعطوا زيداً وعمراً وخالداً كلّاً منهم مائة دينار» - كانت بمنزلة وصية واحدة، فيوزع النقص^(٣٢) على الجميع بالنسبة، فلو أوصى بمقدار من الصوم ومقدار من الصلاة، ولم يف الثلث بهما، وكانت أجرة الصلاة ضعف أجرة الصوم، ينتقص من وصية الصلاة ضعف ما ينتقص من الصوم، كما إذا كانت التركة ثمانية عشر، وأوصى بستة لاستئجار الصلاة وثلاثة لاستئجار الصوم ولم يجز الورثة، بطلت في الثلاثة، وتوزع النقص عليهما بالنسبة، فينتقص عن الصلاة اثنان فيصرف فيها أربعة، وعن الصوم واحد ويصرف فيه اثنان، وكذا الحال في التبرعية. وإن كانت بينها ترتيب وتقديم وتأخير في الذكر: بأن كانت الثانية بعد تمامية الأولى، والثالثة بعد تمامية الثانية وهكذا، وكان المجموع أزيد من الثلث، ولم يجز الورثة. يبدأ بالأول فالأول إلى أن يكمل الثلث، ولغت البقية.

(مسألة ٣٥): لو أوصى بوصايا مختلفة بالنوع - كما إذا أوصى بأن يُعطى مقدار معين خمساً وزكاة، ومقدار صوماً وصلاة، ومقدار لإطعام الفقراء - فإن أطلق ولم يذكر المخرج يبدأ بالواجب المالي، فيخرج من الأصل، فإن بقي شيء يعين ثلثه ويخرج منه البدني والتبرعي. فإن وفي بهما أو لم يف وأجاز الورثة نفذت في كليهما، وإن لم يف ولم يُجيزوا بقدم الواجب البدني^(٣٣) ويرد النقص على التبرعي. وإن ذكر المخرج وأوصى بأن تخرج

(٣٢) لأنه مقتضى قاعدة العدل والجمع بين الحقين أو الحقوق، وقوله: «يبدأ بالأول فالأول» لنفوذ المتقدم وعدم بقاء الموضوع للمتأخر، فيبطل، ولخير حرمان وقد تقدم في المسألة الثالثة والثلاثون.

(٣٣) لأهمية الواجب من غيره، ولصحيح معاوية: «إن امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلاث ماله، وأمرت أن يعق عنها ويتصدق، ويحج عنها فنظرت فيه، فقال الله: «ابدأ بالحج، فإنه فريضة من فرائض الله وتجعل ما بقي طائفة في العنق وطائفة في الصدقة»^١.

من الثلث تقدّم الواجبات^(٣٤) - ماله كانت أو بدنية - على التبرّعي على الأقوى. وأمّا الواجبات فلا تقدّم بعضها على بعض، بل الظاهر أنّه لو أوصى مرتباً بقدم المقدم فالمقدم إلى أن يفنى الثلث، فإن بقي من الواجب المالي شيء يخرج من الأصل، وإن بقي من البدني يُلغى، وإن لم يكن بينها ترتيب يوزّع الثلث عليها، ويتم الواجب المالي من الأصل دون البدني.

(مسألة ٣٦): لو أوصى بوصايا متضادة؛ بأن كانت المتأخّرة منافية للمتقدّمة كما لو أوصى بعين شخصية لواحد ثمّ أوصى بها لآخر، أو أوصى بثلاثة لشخص ثمّ أوصى به لآخر كانت اللاحقة عدولاً عن السابقة فيعمل باللاحقة، ولو أوصى بعين شخصية لشخص ثمّ أوصى بنصفها - مثلاً - لشخص آخر، فالظاهر كون الثانية عدولاً بالنسبة إلى النصف لا التمام، فيبقى النصف الآخر للأوّل.

(مسألة ٣٧): متعلّق الوصيّة إن كان كسراً مشاعاً من التركة - كالثلث أو الربع - ملكه الموصى له بالموت والقبول، وله من كلّ شيء ثلثه أو ربعه، وشارك الورثة فيها من حين ما ملكه. هذا في الوصيّة التملّكية. وأمّا في المهدية، كما إذا أوصى بصرف ثلثه أو ربع تركته في العبادات والزيارات، كان الموصى به فيها باقياً على حكم مال الميت، فهو يشارك الورثة حين ما ملكوا بالارث؛ فكان للميت من كلّ شيء ثلثه أو ربعه والباقي للورثة. وهذه الشركة باقية ما لم يفرز الموصى به عن مالهم، ولم تقع القسمة بينهم وبين الموصى له، فلو حصل نماء متّصل أو منفصل قبل القسمة كان بينهما، ولو تلف شيء من التركة كان منهما. وإن كان ما أوصى به مالاً معيّناً يساوي الثلث أو دونه اختصّ بالموصى له، ولا اعتراض فيه للورثة، ولا حاجة إلى إجازتهم، لكن إنّما يستقرّ^(٣٥) ملكية الموصى له أو الميت في تمام الموصى

(٣٤) أمّا تقديم الواجبات على غيرها فلما ذكرنا آنفاً، وأمّا عدم تقديم بعضها على بعض؛ فلعدم الدليل عليه، فيعمل على طبق القواعد.

(٣٥) أصل ملكيّة العين قد حصلت بالموت والقبول واستقرارها بالنسبة إلى ثلثها يتوقّف على استيلاء الورثة على ما يقابلها؛ أعني: الثلثان؛ لأنّ الاستقرار بدونه إضرار للوارث بإعطاء الموجود الحاضر للموصى له، وإحالة الوارث إلى الغائب، وقد نهى عن

به : إذا كان يصل إلى الوارث ضعف ما أوصى به ، فإذا كان له مال عند الورثة بهذا المقدار استقرت ملكية تمام المال المعين ، فللموصى له أو الوصي التصرف فيه ؛ أنهاء التصرفات ، وإن كان ما عدا ما عين غائباً توقّف ذلك على حصول مثليه بيد الورثة . نعم ، للموصى له أو الوصي التصرف في الثلث بمثل الانتقال^(٣٦) إلى الغير ، بل لهما المطالبة بتعيين الثلث حتّى يتصرفا فيه كيف شاءا ؛ وإن لم يكن للورثة التصرف في الثلثين بوجه من الوجوه ، ولو لم يحصل بيد الورثة شيء منه شاركوا الموصى له في المال المعين أثلاثاً : ثلث للموصى له ، وثلثان للورثة .

(مسألة ٣٨) : يجوز للموصى أن يعيّن شخصاً لتنجز وصاياه وتنفيذها فيتمين ، ويقال له : الموصى إليه والوصي . ويُشترط فيه^(٣٧) : البلوغ والعقل والإسلام ، فلا تصح وصاية الصغير ولا المجنون ، ولا الكافر عن المسلم وإن كان ذمياً قريباً . وهل يشترط فيه العدالة أم يكفي الوثاقة ؟ لا يبعد الثاني وإن كان الأحوط الأول .

الإضرار . وهذا هو الرافع لسلطنة الموصى له عن العين مع كون جميعها ملكاً له ، وقد يستشكل في أصل الملكية بأنّ هنا احتمالين :

أحدهما : حصول الملكية للموصى له بالموت ، وكون تلف ما يقابل العين قبل وصوله إلى يد الوارث سبباً لزوالها كشفاً أو تقيلاً .

وثانيهما : حصولها للوارث ، وكون وصول ما يقابلها إليه سبباً لملكية الموصى له كشفاً أو تقيلاً ، ولا مرجّح لأحد الأمرين .

(٣٦) فإنّ إنشاء البيع أو الصلح أو نحوهما بدون الإقباض ، ليس تصرفاً مخالفاً لحقّ الورثة .

(٣٧) أمّا الأولان : فلاّن الوصاية إحداث ولاية على الأموال والنفوس ، وهما قاصران عنها حتّى بالنسبة إلى ما لأنفسهما ، مع أنّ إلقاء هذه المسؤولية على عهدتهما ينافي رفع القلم عنهما .

(مسألة ٣٩): إنما لا تصح وصاية الصغير منفرداً، وأما منضمّاً إلى الكامل فلا بأس به (٣٨)، فيستقلّ الكامل بالتصرّف إلى زمان بلوغه. فإذا بلغ شاركه من حيثه، وليس له الاعتراض فيما أمضاه الكامل سابقاً، إلا ما كان على خلاف ما أوصى به الميت، فبرّده إلى ما أوصى به، ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل كان للكامل الانفراد بالوصاية.

(مسألة ٤٠): لو طرأ الجنون على الوصي بعد موت الموصي، فهل تبطل الوصاية أم لا؟ لا يخلو الثاني من وجه (٣٩) وإن لم تنفذ تصرّفاته، فلو أفاق جازت التصرفات، لكن الأحوط نصب الحاكم إيّاه. نعم، لو كان جنونه بحيث لا يرجى زواله فالظاهر بطلانها.

(مسألة ٤١): الأحوط أن لا يردّ (٤٠) الابن وصية والده،

وأما الثالث: فلا خلاف^١ فيه لما قيل^٢: من أن الكافر قاصر عن منصب الولاية عن المسلم في وصايته للتصرّف، وعلى المسلم في وصايته على الأولاد. ولقوله: «لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ»^٣، ولأنّ هذا ركّون إلى الظالم منهى عنه.

(٣٨) لما في خبر عليّ بن يقطين: عن رجلٍ أوصى إلى امرأةٍ وشركٍ في الوصية معها صبيّاً؟ فقال ﷺ: «يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبيّ، فإذا بلغ الصبيّ فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير»^٤، ونحوه الحديث الأوّل.

(٣٩) للشك في زوال الولاية بذلك، فاستصحاب بقائها مُحكّم، وهذا نظير ولاية الأب والجَد إذا عرض لهما الجنون ثم زال.

(٤٠) لمكاتبة عليّ بن الريّان: رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع ﷺ: «ليس له أن يمتنع»^٥.

والحكم بالاحتياط لأجل ضعف في سند الخبر بسهل بن زياد، وفي دلالة باحتمال

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠ طقديم؛ الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٦٣؛ رياض المسائل ٩: ٤٨٤؛ جواهر الكلام ٢٨: ٥٠٥.

٢. جواهر الكلام ٢٨: ٤٠٥.

٣. آل عمران (٣): ٢٨.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٣٧٥، كتاب الوصايا، الباب ٥٠، الحديث ٢.

٥. وسائل الشريعة ١٩: ٣٢٢، كتاب الوصايا، الباب ٢٤، الحديث ١.

ولا يجب على غيره^(٤١) قبول الوصاية، وله أن يردّها ما دام الموصي حيّاً بشرط أن يبلغه الردّ؛ وإن كان الأحوط الأوّل أن لا يردّ فيما إذا لم يتمكّن الموصي من الإيصاء إلى غيره، فلو كان الردّ بعد موت الموصي، أو قبله ولكن لم يبلغه حتّى مات، كانت الوصاية لازمة على الوصيّ وليس له الردّ، بل لو لم يبلغه أنّه قد أوصى إليه وجعله وصياً إلّا بعد موت الموصي، لزمته الوصاية وليس له ردّها.

(مسألة ٤٢): يجوز للموصي أن يجعل الوصاية لاثنين فما فوق، فإن نصّ على الاستقلال والانفراد لكلّ منهما، أو كان لكلامه ظهور فيه ولو بقريئة حال أو مقال فيتّبع، وإلّا فليس^(٤٢) لكلّ منهما الاستقلال بالتصرّف؛ لا في جميع ما أوصى به ولا في بعضه، وليس لهما أن يقسّما الثلث ويتفرّد كلّ منهما في نصفه؛ من غير فرق في ذلك بين أن يشترط عليهما الاجتماع أو يطلق، ولو تشاخا ولم يجتمعا أجبرهما الحاكم على الاجتماع، فإن تعذّر استبدل بهما. هذا إذا لم يكن التشاخ لاختلاف اجتهداهما ونظرهما، وإلّا فالزّمة على نظر ثالث إذا كان في أنظارهما تعطيل العمل بالوصاية، فإن امتنعا استبدل بهما، وإن امتنع أحدهما استبدل به.

كون الردّ موجباً للإيذاء والعقوق وهو أمر آخر.

(٤١) لعدّة أخبار، منها: صحيح ابن مسلم: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء ولم يقبل»^١. ومنها: صحيح منصور: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ وصيته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^٢.

(٤٢) لكون المتيقّن - حينئذٍ - من جواز تصرّفها صورة الاشتراك، قيل: ولتساويهما في استحقاق الولاية، فهي شبيهة بالعين الخارجيّة إذا أوصى بها لاثنين فيشتركان فيها. ولصحيح صفار: رجل كان أوصى إلى رجلين، أيجوز لأحدهما أن يتفرّد بتصف التركة

١. وسائل النعيمة ١٩: ٣١٩، كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ١.

٢. وسائل النعيمة ١٩: ٣٢٠، كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٣.

(مسألة ٤٣): لو مات أحد الوصيين، أو طرأ عليه الجنون أو غيره مما يوجب ارتفاع وصايته، فالأحوط مع عدم استقلال كل منهما ضمّ الحاكم^(٤٣) شخصاً إليه، بل للزوم لا يخلو من قوة. ولو ماتا معاً احتاج إلى النصب من قبله، فهل اللازم نصب اثنين أو يجوز نصب واحد إذا كان كافياً؟ وجهان، أحوطهما الأول وأقواهما الثاني^(٤٤).

(مسألة ٤٤): يجوز أن يوصي إلى واحد في شيء وإلى آخر في غيره، ولا يشارك أحدهما الآخر.

(مسألة ٤٥): لو قال: «أوصيت إلى زيد فإن مات فإلى عمرو» صحّ ويكون وصياً بعد موته، وكذا لو قال^(٤٥): «أوصيت إلى زيد، فإن كبر ابني، أو تاب عن فسقه، أو اشتغل بالعلم، فهو وصي»، فإنه يصحّ، وتنتهي وصاية زيد بحصول ما ذكر.

(مسألة ٤٦): لو ظهرت خيانة الوصي، فعلى الحاكم عزله^(٤٦) ونصب شخص آخر

والآخر بالنصف؟ فوقّع^١: «لا ينبغي لهما أن يخالفا الميّت، وأن يعملّا على حسب ما أمرهما»^١، بإطلاق الخبر يشمل إطلاق الوصية واشتراط الاجتماع فيها، فكلاهما مخالفة للميّت.

(٤٣) لأنّ معنى التشريك: جعل نظر كل منهما جزء من مقتضى التصرف، فإذا فقد جزء ضمّ الحاكم ما ينوب عن القاعد، فيتمّ المقتضي وإن قيل بجواز الانفراد - حينئذٍ - للآخر، لأنّ شرطية الشركة كانت مقيّدة عرفاً ببقائهما، فيستقلّ الباقي بفقد الشرط، أو قيل: بانزاع الآخر أيضاً، ولزوم نصب الحاكم وصياً آخر لاشتراط تصرف كل منهما بوجود الآخر، فيبطل الباقي أيضاً.

(٤٤) لبطلان وصاية الميّت ونصب الحاكم أمر مستقلّ غير مرتبط به، نظير ما إذا لم يكن للميّت وصي فلا يلزمه نصب اثنين.

(٤٥) كلّ ذلك لإطلاق أدلّة الوصية وعمومها.

(٤٦) لأنّه ينعزل بنفسه بها، وذلك لأصالة بقاء الوصاية وعدم زوالها بالخيانة في

مكانه، أو ضمّ أمين إليه حسب ما يراه من المصلحة. ولو ظهر منه العجز عن الاستقلال ضمّ إليه من يساعده. وأمّا إن عجز عن التدبير والعمل مطلقاً بحيث لا يرجى زواله كالهرم الخرف، فالظاهر انزاله^(٤٧)، وعلى الحاكم نصب شخص آخر مكانه.

(مسألة ٤٧): لو لم يتجز الوصي ما أوصى إليه في حياته، ليس له أن يجعل^(٤٨) وصياً لتنجيزه بعد موته إلا إذا كان مأذوناً من الموصي في الإيصاء.

(مسألة ٤٨): الوصي أمين^(٤٩)، فلا يضمن ما كان في يده إلا مع التعدي^(٥٠) أو التفريط ولو بمخالفة الوصية، فيضمن لو تلف.

مورد، كما أنّ ولاية الأب والجدة ووكالة الوكيل لا تبطل مطلقاً بظهور الخيانة في مورد، ويشعر به أيضاً الصحيح الآتي في المسألة الثامنة والأربعون.

(٤٧) لبطلان الوصاية بحصول العجز عن متعلّقها، كما في الإجارة والوكالة.

(٤٨) وفاقاً للأكثر^١: لأصالة عدم حقّ له في جعل الولاية للغير بالنسبة إلى أموال الميّت وأولاده.

وقوله في صحيح صفّار: «يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ»^٢، مجمل محتمل لما يوافق ما ذكرنا ويخالفه.

(٤٩) بلا خلاف^٣ فيه بين أهل الإسلام؛ لأنّ استيلائه على المال والنفس بجعل من المالك وإمضاء من الشارع ولازم ذلك التأمين.

(٥٠) إمّا في التلف فلقاعدة اليد، وإمّا في الإلتاف فلقاعدته، ولصحيح ابن مازد: في رجل أوصى بستمئة درهم في العتق، فخالف الوصيّ بصرفها في الحجّ؛ «أرى أن يغرم الوصيّ ستمئة درهم من ماله، ويجعلها فيما أوصى الميّت في نسمة»^٤.

١. تذكرة الفقهاء ٥٠٩: ٢ ط قديم؛ جامع المقاصد ١١: ٢٦٥؛ الحدائق الناضرة ٥٨٧: ٢٢؛ جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٤٠٢، كتاب الوصايا، الباب ٧٠، الحديث ١.

٣. جامع المقاصد ١١: ٢٨٥؛ ممالك الأنعام ٦: ٢٦٠؛ الحدائق الناضرة ٥٨١: ٢٢؛ جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٢.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٣٤٨، كتاب الوصايا، الباب ٣٧، الحديث ١.

(مسألة ٤٩): لو أوصى إليه بعمل خاص أو قدر مخصوص أو كيفية خاصة، اقتصر عليه ولم يتجاوز إلى غيره، وأما لو أطلق بأن قال: «أنت وصيي» من دون ذكر المتعلق، فالأقرب وقوعه لغواً إلا إذا كان هناك عرف خاص وتعارف يدل على المراد، فبشع، كما في عرف بعض الطوائف: حيث إن مرادهم بحسب الظاهر الولاية على أداء ما عليه من الديون، واستيفاء ماله على الناس، ورده الأمانات والبضائع إلى أهلها، وإخراج ثلثه وصرفه فيما ينفعه ولو بنظر الحاكم من استئجار العبادات وأداء الحقوق الواجبة والمظالم ونحوها. نعم، في شموله بمجردة للقيمة على الأطفال تأمل وإشكال، فالأحوط أن يكون تصديبه لأموالهم بإذن من الحاكم. وبالجمل: المدار هو التعارف بحيث يكون قرينة على مراده، فيختلف باختلاف الأعصار والأمصار.

(مسألة ٥٠): ليس للوصي^(٥١) أن يعزل نفسه بعد موت الموصي، ولا أن يفرض أمر الوصية إلى غيره. نعم، له التوكيل في بعض الأمور المتعلقة بها؛ مما لم يتعلق القرض إلا بوقوعها من أي مباشر كان، خصوصاً إذا كان مما لم يجر العادة على مباشرة أمثال هذا الوصي، ولم يشترط عليه المباشرة.

(مسألة ٥١): لو نسي الوصي مصرف الوصية مطلقاً، فإن تردد بين أشخاص محصورين يقرع بينهم على الأقوى، أو جهات محصورة بقسط بينها، وتحتمل القرعة، ويحتمل التخيير في صرفه في أي الجهات شاء منها، ولا يجوز صرفه في مطلق الخيارات على الأقرب. وإن تردد بين أشخاص أو جهات غير محصورة، يجوز صرفه في الخيارات المطلقة في الأول، والأولى عدم الخروج عن طرف الشبهة، وجهة من الجهات في الثاني بشرط عدم الخروج عن أطراف الشبهة.

(مسألة ٥٢): لو أوصى الميت وصية عهدية ولم يعين وصياً، أو بطل وصاية من عيّنه بموت أو جنون أو غير ذلك تولّى الحاكم^(٥٢) أمرها أو عين من يتولاه، ولو لم يكن

(٥١) إذ هو مقتضى أدلة وجوب العمل بالوصية وحرمة تبديلها بعد تحققها.

(٥٢) إذ هو من شؤون ولايته العامة على النفوس والأموال التي هي من فروع ولاية

الحاكم ولا منصوبه تولاه من المؤمنين من يوثق به.

(مسألة ٥٣): يجوز للموصي^(٥٣) أن يجعل ناظراً على الوصي، ووظيفته تابعة لجعله: فتارة: من جهة الاستيثاق على وقوع ما أوصى به، يجعل الناظر رقيباً على الوصي؛ بأن يكون أعماله باطلاعه حتى أنه لو رأى منه خلاف ما قرره الموصي لا يعترض عليه، وأخرى: من جهة عدم الاطمئنان بأنظار الوصي والاطمئنان بأنظار الناظر، يجعل على الوصي أن يكون أعماله على طبق نظره، ولا يعمل إلا ما رآه صلاحاً، فالوصي وإن كان ولياً مستقلاً في التصرف، لكنه غير مستقل في الرأي والنظر، فلا يمضي من أعماله إلا ما وافق نظر الناظر، فلو استبد الوصي بالعمل على نظره من دون مراجعة الناظر واطلاعه، وكان عمله على طبق ما قرره الموصي، فالظاهر صحته ونفوذه على الأول، بخلافه على الثاني، ولعل الصائب المتعارف في جعل الناظر في الوصايا هو النحو الأول.

(مسألة ٥٤): يجوز للأب^(٥٤) مع عدم الجد، وللجد للأب مع فقد الأب، جعل القيم على الصغار، ومعه لا ولاية للحاكم، وليس لغيرهما^(٥٥) أن ينصب القيم عليهم حتى الأم.

الإمام المعصوم وأغصانها، وقد بين أصل هذه الولاية وحدودها في الكيفية والكمية، وسعة دائرتها وضيقها في مقام آخر. وأما تولي المؤمنين فهو ثابت في الأمور الحسبية التي تقتضي الضرورة تحققها، ولم يكن هناك ولي منصوب لتصدّيها.

(٥٣) لعموم أدلة الوصية، فإن جعل النظر على أحد النحويين أيضاً نوع من الإيضاء، والنظارة قسم من الوصاية.

(٥٤) لدعوى الإجماع^١ عليه بقسميه، ولروايات، منها: موثق ابن مسلم: سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم. وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال عليه السلام: «لا بأس به»^٢.

(٥٥) فإن القيمومة نوع ولاية على الصغار، لا يعطيها إلا من له هذه الولاية وهو الأب

١. الخلاف ٤: ١٦٦ / مسألة ٤٠، مسالك الأنهار ٦: ١٤٤، الحدائق الناضرة ٢٢: ٤١٦، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

٢. وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧، كتاب الوصايا، الباب ٩٢، الحديث ١.

(مسألة ٥٥) : يشترط في القِيم^(٥٦) على الأطفال ما اشترط في الوصي على المال، والأحوط اعتبار العدالة؛ وإن كان الاكتفاء بالأمانة ووجود المصلحة ليس بيبعد.

(مسألة ٥٦) : لو عيّن الموصي على القِيم تولّى جهة خاصّة وتصرّفها مخصوصاً اقتصر عليه، ويكون أمر غيره بيد الحاكم أو المنصوب من قبله، فلو جعله قِيماً في حفظ ماله وما يتعلّق بإنفاقه - مثلاً - ليس له الولاية على أمواله بالبيع والإجارة ونحوهما، وعلى نفسه بالإجارة ونحوها، وعلى ديونه بالوفاء والاستيفاء. ولو أطلق، وقال: «فلان قِيم على أولادي» - مثلاً - كان وليّاً على جميع ما يتعلّق بهم ممّا كان للموصي الولاية عليه، فله الإنفاق عليهم بالمعروف، والإنفاق على من عليهم نفقته، وحفظ أموالهم واستنماؤها، واستيفاء ديونهم، وإيقاء ما عليهم، كأرّش ما أتلفوا من أموال الناس، وكذا إخراج الحقوق المتعلقة بأموالهم كالخمس وغير ذلك. ولبي ولاية على تزويجهم كلام يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

(مسألة ٥٧) : يجوز جعل الولاية على الأطفال لاثنتين فما زاد بالاستقلال والاشتراك، وجعل الناظر على الوصي كالوصيّة بالمال.

(مسألة ٥٨) : يُنفق الوصي على الصبي من غير إسراف ولا تقتير، فيطعمه ويلبسه عادة أمثاله ونظرائه، فإن أسرف ضمن الزيادة، ولو بلغ فأنكر أصل الإنفاق أو ادّعى عليه الإسراف، فالقول قول الوصي يمينه، وكذا لو ادّعى عليه أنّه باع ماله من غير حاجة ولا غبطة. نعم، لو اختلفا في دفع المال إليه بعد البلوغ، فادّعاء الوصي وأنكره الصبي، قدّم قول الصبي، والبيّنة على الوصي.

(مسألة ٥٩) : يجوز للقِيم^(٥٧) الذي يتولّى أمور اليتيم أن يأخذ من ماله أجرة مثل عمله؛

والجدّ ومع فقدتهما الحاكم.

(٥٦) فإنّه من مصاديق الأوصياء فحكمه حكمهم، وقد مرّ ذكر الشرائط.

(٥٧) ومثله الأب والجدّ والحاكم إذا باشروا، عملاً؛ لقاعدة: احترام عمل المسلم، ولقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ»^١، فإنّ أعلى أفراد الأكل بالمعروف

سواء كان غنياً أو فقيراً، وإن كان الأحوط الأولى للأول التجنب. وأما الوصي على الأموال، فإن عين الموصي مقدار المال الموصى به وطبقه على مصرفه المعين؛ بحيث لم يبق شيئاً لأجرة الوصي، واستلزم أخذها إما الزيادة على المال الموصى به أو التقصان في مقدار المصروف، لم يجز له^(٥٨) أن يأخذ الأجرة لنفسه. وإن عين المال والمصروف على نحو قابل للزيادة والتقصان، كان حاله حال متولي الوقف؛ في أنه لو لم يعين له جعلاً معيناً، جاز له أن يأخذ أجرة مثل عمله، كما إذا أوصى بأن يصرف ثلثه أو مقداراً معيناً من المال في بناء القناطر وتسوية المعابر وتعمير المساجد.

(مسألة ٦٠): الوصية جائزة^(٥٩) من طرف الموصي، فله أن يرجع عنها ما دام فيه الروح،

أجرة المثل، ولعدة روايات:

منها: صحيح هشام: سأله عمن تولى مال اليتيم بآله أن يأكل منه؟ قال ﷺ: «ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك»^١.

وقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ»^٢ محمول على استحباب الاستعفاف وكراهة الأكل بقرينة الأدلة المذكورة، مع إمكان أن يقال: إن ظهور مادة الاستعفاف في التذنب يمنع عن ظهور الهيئة في الوجوب.

(٥٨) فإن ذلك التعيين والتطبيق كأنه اشتراط منه على عدم أخذ الوصي شيئاً، والوصي قد قبل تلك الوصاية.

(٥٩) بلا خلاف فيه: للإجماع المدعى^٣ عليه بقسميه، ولعدة روايات:

منها: صحيح ابن مسكان: «للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص ما لم يمض»^٤.
ومنها: خبر الحلبي: «لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً»^٥.

١. وسائل الشريعة ١٧: ٢٥١، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٢، الحديث ٥.

٢. النساء (٤): ٦.

٣. جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، مسالك الأنهار ٦: ١٣٥، الحقائق الناضرة ٢٢: ٤٠٣؛ جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٥.

٤. وسائل الشريعة ١٩: ٣٠٢، كتاب الوصايا، الباب ١٨، الحديث ١.

٥. وسائل الشريعة ١٩: ٣٠٣، كتاب الوصايا، الباب ١٨، الحديث ٤.

وتبديلها من أصلها، أو من بعض جهاتها وكيفياتها ومتعلقاتها، فله تبديل الموصى به كلاً أو بعضاً، وتغيير الوصي والموصى له وغير ذلك، ولو رجع عن بعض الجهات يبقى غيرها بحاله. فلو أوصى بصرف ثلثه في مصارف مخصوصة وجعل الوصاية لزيد، ثم بعد ذلك عدل عن وصاية زيد وجعلها لعمرو يبقى أصل الوصية بحاله. وكذلك إذا أوصى بصرف ثلثه في مصارف معينة على يد زيد، ثم بعد ذلك عدل عن تلك المصارف إلى أخرى تبقى الوصاية على يد زيد بحالها وهكذا. وكما له الرجوع في الوصية المتعلقة بالمال، كذلك له الرجوع في الوصية بالولاية على الأطفال.

(مسألة ٦١): يتحقق الرجوع عن الوصية بالقول وهو كل لفظ دال عليه عرفاً بأي لغة كان، نحو رجعت عن وصيتي أو أبطلتها أو عدلت عنها أو نقضتها ونحوها؛ وبالفعل وهو إما بإعدام موضوعها كإتلاف الموصى به، وكذا نقله إلى الغير بمقد لازم كالبيع، أو جائز كالهبة مع القبض، وإما بما يمد عند العرف رجوعاً وإن بقي الموصى به بحاله وفي ملكه، كما إذا وكل شخصاً على بيعه.

(مسألة ٦٢): الوصية بعد ما وقعت تبقى على حالها^(٦١)، ويعمل بها لو لم يرجع الموصي وإن طالت المدة، ولو شك في الرجوع ولو للشك في كون لفظ أو فعل رجوعاً، يحكم ببقائها وعدم الرجوع. هذا إذا كانت الوصية مطلقة؛ بأن كان مقصود الموصي، وقوع مضمون الوصية والعمل بها بعد موته في أي زمان قضى الله عليه. وأما لو كانت مقيدة بموته في سفر كذا، أو عن مرض كذا، ولم يتحقق موته في ذلك السفر أو عن ذلك المرض، بطلت تلك الوصية، ولو أوصى في جناح سفر أو في حال مرض ونحوهما، وقامت قرائن حالية أو مقالية على عدم الإطلاق؛ وأن نظره مقصور على موته في هذه الأحوال، لا يجوز العمل بها، وإلا فالأقرب الأخذ بها والعمل عليها ولو مع طول المدة إلا إذا نسخها، سيما إذا ظهر من حاله أن عدم الإيصاء الجديد لأجل الاعتماد على الوصية السابقة، كما إذا شوهد منه المحافظة على ورقة الوصية مثلاً.

(٦٠) عملاً بإطلاق كلام الموصي في بعض الموارد، وبالأستصحاب في بعضها الآخر.

(مسألة ٦٣): لا تثبت الوصية بالولاية^(٦١)؛ سواء كانت على المال أو على الأطفال، إلا بشهادة عدلين من الرجال، ولا تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات بالرجال. وأما الوصية بالمال فهي كسائر الدعاوي المالية تثبت بشهادة رجلين عدلين، وشاهد ويمين، وشهادة رجل عدل وامرأتين عادلتين. وتمتاز من بين الدعاوي المالية بأمرين: أحدهما: أنها تثبت بشهادة النساء منفردات^(٦٢) وإن لم تكمل أربع ولم تنضم اليمين؛ فتثبت وبها بواحدة عادلة، ونصفها بائنتين، وثلاثة أربعها بثلاث، وتامها بأربع. ثانيهما: أنها تثبت بشهادة رجلين ذميين^(٦٣) عدلين في دينهما عند الضرورة وعدم عدول المسلمين، ولا تقبل شهادة غير أهل الذمة من الكفار.

(٦١) لأصالة عدمها ما لم تقم حجة مانعة عن جريانها، وقبول شهادة النساء منفردات تختص بما يخفى على الرجال غالباً، ومنضمات بما إذا كان المشهود عليه مالاً، والمقام ليس منها.

(٦٢) بلا خلاف^١ في ذلك؛ لعدة روايات:

منها: صحيح ربعي: في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل، فقال ﷺ: «يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^٢، ونحوه الحديث الثاني والثالث والرابع والخامس، وفي الباب أخبار تنافها حملت على محامل، منها: التقية والتهمة.

(٦٣) لقوله تعالى: «شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ جِئِ الْوَصِيَّةَ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ أَخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ»^٣.

ولحسنه حمزة: للذان منكم مسلمان والذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال ﷺ: «إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم

١. جامع المقاصد ١١: ٣٠٨؛ ممالك الأنعام ٦: ٢٠٥؛ الهدائق الناضرة ٢٢: ٥٠٠؛ جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٢.

٢. وسائل الشريعة ١٩: ٣٦٦؛ كتاب الوصايا، الباب ٢٢، الحديث ١.

٣. المائدة (٥): ١٠٦.

(مسألة ٦٤): لو كانت الورثة كباراً، وأقرّوا كلهم بالوصية بالثلث وما دونه لوارث أو أجنبي، أو بأن يصرف في مصرف، ثبت في تمام الموصى به، ويلزمون بالعمل بها أخذاً بإقرارهم، ولا يحتاج إلى بيّنة. وإن أقرّ بها بعضهم دون بعض، فإن كان المقرّ اثنين عدلين ثبت أيضاً في التمام؛ لكونه إقراراً بالنسبة إلى المقرّ وشهادة بالنسبة إلى غيره، فلا يحتاج إلى بيّنة أخرى، وإلا ثبت بالنسبة إلى حصّة المقرّ، ويحتاج إلى البيّنة في الباقيين. نعم، لو كان المقرّ عدلاً واحداً، وكانت الوصية بالمال لشخص أو أشخاص، كفى ضمّ يمين المقرّ له بإقرار المقرّ في ثبوت التمام. بل لو كان امرأة واحدة عادلة ثبتت في ربع حصّة الباقيين على حدّ ما تقدّم في المسألة السابقة. وبالجملّة: المقرّ من الورثة شاهد بالنسبة إلى حصص الباقيين كالأجنبي، فيثبت به ما يثبت به.

(مسألة ٦٥): لو أقرّ الوارث بأصل الوصية كان كالأجنبي، فليس له إنكار وصاية من يدعيها، ولا يسمع منه كغيره. نعم، لو كانت الوصية متعلّقة بالقصر، أو العناوين العامة كالفقراء، أو وجوه القرب كالمساجد والمشاهد، أو الميّت نفسه كاستئجار العبادات والزيارات له ونحو ذلك، كان لكل من يعلم كذب مدّعي الوصاية - خصوصاً إذا رأى منه الخيانة - الإنكار عليه والترافع معه عند الحاكم من باب الحسبة. لكن الوارث والأجنبي في ذلك سيّان إلا فيما تعلّقت بأمور الميّت، فإنّه لا يبعد أولوية الوارث من غيره، واختصاص حقّ الدعوى به مقدّماً على غيره.

يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما^١. فيستفاد من الخبر لزوم كونهما ذميين عدلين، وقبول شهادة الذمي كما ذكرنا إجماعي^٢ عندنا، وعدمه إجماعي^٣ عند أهل السنّة، والآية عندهم على فرض دلالتها منسوخة.

١. وسائل الشيعة ١٩: ٣١٢، كتاب الوصايا، الباب ٢٠، الحديث ٧.

٢. راجع الخلاف ٦: ٢٧٢ / مسألة ٢١: غنية النزوع ٢: ٤٤٠؛ كشف اللثام ١٠: ٢٧٣؛ جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧.

٣. راجع الخلاف ٦: ٢٧٢ / مسألة ٢١: الجامع لأحكام القرآن ٦: ٣٥٠؛ المجموع ٢٠: ٢٥١؛ المغني لابن قدامة

(مسألة ٦٦): قد مرّ في كتاب الحجر: أنّ الوصية نافذة في الثلث، وفي الزائد يتوقّف على إمضاء الوارث، والمنجزات نافذة في الأصل حتّى من المريض في مرض موته، وحتّى المجانية والمحابانية على الأقوى.

(مسألة ٦٧): لو جمع في مرض الموت بين عطية منجزة ومعلّقة على الموت، فإن وفي الثلث بهما لا إشكال في نفوذهما في تمام ما تعلّقنا به، وإن لم يف بهما يبدأ بالمنجزة، فتخرج من الأصل، وتخرج المعلّقة من ثلث ما بقي مع عدم إذن الورثة.

كتاب الأيمان والندور

القول في اليمين

ويطلق عليها الحلف والقسم، وهي ثلاثة أقسام: الأول: ما يقع تأكيداً وتحقيقاً للإخبار بوقوع شيء ماضياً أو حالاً أو استقبالاً، الثاني: يمين المناشدة - وهي ما يُقرن به الطلب والسؤال - يقصد بها حثُّ المسؤول على إتجاح المقصود، كقول السائل: «أَسأَلُكَ بِالله أن تفعل كذا»، الثالث: يمين العقد، وهي ما يقع تأكيداً وتحقيقاً لما بنى عليه والتزم به من إيقاع أمر أو تركه في الآتي، كقوله: «والله لأصومن» أو «... لأتركنَّ شرب الدخان» مثلاً. لا إشكال في أنه لا ينعقد القسم الأول، ولا يترتب عليه شيء سوى الإثم فيما كان كاذباً في إخباره عن عمد. وكذا لا ينعقد القسم الثاني، ولا يترتب عليه شيء من إثم أو كفارة؛ لا على الحالف في

كتاب الأيمان والندور

القول في اليمين

القول في اليمين: هي في اللغة بمعنى الجارحة الخاصة، وبمعنى القوة والبركة، وبمعنى الحلف كالقسم والإيلاء، والأقسام الثلاثة في المتن أصناف للمعنى الأخير، والقسم الأول لتأكيد الأخبار، والأخيران لتأكيد الإنشاء. وهي في اصطلاح الفقهاء: عبارة عن حلف خاص، أي الواقع تحقيقاً وتأكيداً لإنشاء الالتزام بفعلٍ أو ترك في الزمان الآتي، ولا يبعد رجوع جميع المعاني حتى الاصطلاحي منها إلى المعنى الأول، ويشهد له إطلاقها على كلِّ ما يقوِّي مضمون الكلام الخبري والإنشائي كالطلاق والعناق وصدقة المال وغيرها.

إحلافه، ولا على المحلوف عليه في حثه وعدم إنجاح مسؤوله. وأمّا القسم الثالث فهو الذي يتعمد عند اجتماع الشرائط الآتية، ويجب برّه والوفاء به، ويحرم حثه، ويترتب على حثه الكفارة.

(مسألة ١): لا تتعمد^(١) اليمين إلّا باللفظ، أو ما يقوم مقامه كإشارة الأخرس، ولا تتعمد بالكتابة على الأقوى. والظاهر أنّه لا يعتبر فيها العربية، خصوصاً في متعلقاتها.

(مسألة ٢): لا تتعمد اليمين^(٢) إلّا إذا كان المقسم به هو الله - جلّ شأنه -: إمّا بذكر اسمه العلمي المختصّ به كلفظ الجلالة، ويلحق به ما لا يطلق على غيره كالرحمان، أو بذكر الأوصاف والأفعال المختصة به التي لا يشاركه فيها غيره، كقوله: «ومقلب القلوب والأبصار»، «والذي نفسي بيده»، «والذي فلق الحبة وبرأ النسمة» وأشياء ذلك، أو بذكر الأوصاف والأفعال المشتركة التي تطلق عليه تعالى وعلى غيره لكن الغالب إطلاقها عليه بحيث ينصرف عند الإطلاق إليه تعالى كالربّ والخالق والبارئ والرازق والرحيم. ولا تتعمد بما لا ينصرف إليه، كالوجود والحَيّ والسميع والبصير والقادر؛ وإن نوى بها الحلف بذاته المقدّسة على إشكال، فلا يترك الاحتياط^(٣).

(١) لظهور أدلّة الباب في كونها إنشاءً لفظياً، وفي عدم اعتبار العربية فيها وتسالّم الأصحاب على قيام إشارة الأخرس مقام لفظه حتّى في العبادات.

(٢) لظهور أدلّة الباب في ذلك، منها: صحيح عليّ بن مهزيار: «وليس لخلقه تعالى أن يقسموا إلّا به عزّ وجلّ»^١.

ولصحيح الحلبي: «لا أرى للرجل أن يحلف إلّا بالله»^٢، فالملاك صدق الحلف بالله بلفظ صريح أو ظاهر.

(٣) إذ ليس في اللفظ ظهور، والنية بدونه لعلّها غير مجدّية، ويظهر من خبر مبسرة^٣ أنّ اختلال اللفظ مانع من الاعتقاد ولو علم النية، فراجع، لكن لا يبعد الاعتقاد إذا كانت هناك

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٥٩، كتاب الإيمان، الباب ٣٠، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٦١، كتاب الإيمان، الباب ٣٠، الحديث ٥.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٦٢، كتاب الإيمان، الباب ٣٠، الحديث ٩.

(مسألة ٣): المعتبر في انعقاد اليمين أن يكون الحلف بالله تعالى لا بغيره، فكل ما صدق عرفاً أنه حلف به تعالى انعقدت اليمين به، والظاهر صدق ذلك^(٤) بأن يقول: «وحي الله»، و«بجلال الله»، و«بعظمة الله»، و«بكبرياء الله»، و«لعمرك الله» وفي انعقادها بقوله: «بقدره الله» و«بعلم الله» فأتمل وإن لا يخلو من قرب.

(مسألة ٤): لا يعتبر^(٥) في انعقادها أن يكون إنشاء القسم بحروفه؛ بأن يقول: «والله» أو «بالله» أو «تالله» لأفعلن كذا، بل لو أنشأ بصيقتي القسم والحلف كقوله: «أقسمت بالله» أو «حلفت بالله» انعقدت أيضاً. نعم، لا يكفي لفظاً «أقسمت» و«حلفت» بدون لفظ الجلالة أو ما هو بمنزلة.

(مسألة ٥): لا تنعقد^(٦) اليمين بالحلف بالنبي ﷺ والأئمة^(٧) وسائر النفوس المقدسة المعظمة، ولا بالقرآن الكريم ولا بالكعبة المشرفة وسائر الأمكنة المحترمة.

أمارات توجب ظهور اللفظ في المراد.

(٤) لظهور الألفاظ الخمسة عرفاً في إرادة الذات المتصفة بتلك الصفات، بل هي من الصفات الغائية في الذات حتى يلحظ العرف خاصة إذا كان الحالف معتقداً بكون صفاته الذاتية عين ذاته الأقدس. وأما الوصفان الأخيران، فاحتمال إرادة نفس الصفات أو إرادة المقدور والمعلوم من وصف القدرة والعلم أوجب الإشكال فيهما.

(٥) لصدق الحلف بالله في جميع ذلك، وقوله: «نعم لا يكفي»؛ لعدم الصدق، ولغير السكوني: «إذا قال الرجل: أقسمت، أو حلفت، فليس بشيء حتى يقول: أقسمت بالله، أو حلفت بالله»^١.

(٦) لما عرفت في الصحاح^٢ من حصر الحلف بالله، ولما يترامى من النهي عن ذلك في حديثي الباب الواحد والثلاثون من أبواب اليمين.

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣٤، كتاب الأيمان، الباب ١٥، الحديث ٣.

٢. تقدمت مصادرها في التعليقة الثانية.

(مسألة ٦): لا تنعقد اليمين بالطلاق ونحوه^(٧)؛ بأن يقول: «زوجتي طالق إن فعلت كذا، أو إن لم أفعل» فلا يؤثر مثل هذه اليمين لا في حصول الطلاق ونحوه بالحنث، ولا في ترتب إثم أو كفارة عليه. وكذا اليمين بالبراءة^(٨) من الله تعالى أو من رسوله ﷺ أو من دينه أو من الأئمة عليه السلام؛ بأن يقول مثلاً: «برئت من الله أو من دين الإسلام إن فعلت كذا، أو لم أفعل كذا»، فلا يؤثر في ترتب الإثم أو الكفارة على حنثه. نعم، هذا الحلف بنفسه حرام، ويأثم حالفه؛ من غير فرق بين الصدق والكذب والحنث وعدمه، بل الأحوط تكفير^(٩) الحالف

(٧) للإجماع^١ بقسميه عليه، بل هو من ضروري مذهب الشيعة، ولصحيح منصور: في حلف طارق بالطلاق والعتاق والتذور: «يا طارق إن هذا من خطوات الشيطان»^٢.
وخبر السكوني: «كل يمين فيها كفارة إلا ما كان من طلاق أو عتاق أو عهد أو ميثاق»^٣.
(٨) لعموم أدلة الحصر، ولخبر يونس: «يايونس لا تحلف بالبراءة متاً، فإنه من حلف بالبراءة متاً صادقاً كان أو كاذباً فقد برأ متاً»^٤.

ومرسل الصدوق: قال النبي ﷺ: «من برأ من الله صادقاً كان أو كاذباً فقد برأ من الله»^٥.
ولخبر مفضل في قوله تعالى: «فَلَا أُقْسِمُ بِمَوَاقِعِ النُّجُومِ»^٦ «يعني به: البراءة من الأئمة عليه السلام»، يحلف بها الرجل، يقول: إن ذلك عند الله عظيم»^٧، فتدل الأخبار على البطلان الوضعي والحرمة التكليفية.

(٩) لمكاتبة محمد بن الحسن: رجل حلف بالبراءة من الله ورسوله فحنث، ما توبته

١. الانتصار: ٣٥٢ / مسألة ١٩٥: الخلاف ٦ / ١٦٦ / مسألة ٧٠، رياض المسائل ١١: ٤٥٤، جواهر الكلام ٣٥: ٢٣٩.

٢. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣١، كتاب الأيمان، الباب ١٤، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٣١، كتاب الأيمان، الباب ١٤، الحديث ٧.

٤. وسائل الشيعة ٢٣: ٢١٣، كتاب الأيمان، الباب ٧، الحديث ٢.

٥. وسائل الشيعة ٢٣: ٢١٣، كتاب الأيمان، الباب ٧، الحديث ٤.

٦. الواقعة (٥٦): ٧٥.

٧. وسائل الشيعة ٢٣: ٢١٤، كتاب الأيمان، الباب ٨، الحديث ٣.

باطعام عشرة مساكين لكل مسكين مدّ، ويستغفر الله تعالى شأنه. وكذا لا تنعقد: بأن يقول: «إن لم أفعل كذا فأنا يهودي»^(١٠)، أو نصراني» مثلاً.

(مسألة ٧): لو علق اليمين على مشيئة الله^(١١) تعالى؛ بأن قال: «والله لأفعلن كذا إن شاء الله» وكان المقصود التعليق على مشيئته تعالى، لا مجرد التبرك بهذه الكلمة، لا تنعقد حتى فيما كان المعلق عليه فعل واجب أو ترك حرام، بخلاف ما إذا علق على مشيئة غيره؛ بأن قال: «والله لأفعلن كذا إن شاء زيد» مثلاً، فإنه تنعقد على تقدير مشيئته، فإن قال زيد: «أنا شئت أن تفعل كذا»، انعقدت ويتحقق الحث بتركه. وإن قال: «لم أشأ» لم تنعقد، ولو لم يعلم^(١٢) أنه شاء أو لا، لا يترتب عليه أثر وحث. وكذا الحال لو علق على شيء آخر

وكفّارته؟ فوقع^١: «يطعم عشرة مساكين لكل مسكين مدّ، ويستغفر الله عز وجل»^١. وهذه الكفارة لنفس اليمين المحرمة، فإن كفارة اليمين غيرها.

وفي خبر عمرو: «أنه يصوم ثلاثة أيام، ويتصدق على عشرة مساكين»^٢.
(١٠) لموثق عمار: رجل قال: هو يهودي أو نصراني إن لم يفعل كذا وكذا، قال^٣:
«بئس ما قال، وليس عليه شيء»^٤.

(١١) بلا خلاف فيه؛ للإجماع^٥ بقسميه، ولخبر السكوني: «من استثنى في اليمين فلا حث ولا كفارة»^٥.

والنبوي المنجبر: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله، لم يحث»^٦.

(١٢) لأصالة عدم المشيئة، فالشرط غير حاصل.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٢١٣، كتاب الأيمان، الباب ١٧، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٢٠، كتاب النذر والعهد، الباب ٧، الحديث ١٠.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٧١، كتاب الأيمان، الباب ٣٤، الحديث ١.

٤. المنتقى الرابع ٣: ٥٠٦، رياض المسائل ١١: ٤٥٥، جواهر الكلام ٣٥: ٢٤٢.

٥. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٥٦، كتاب الأيمان، الباب ٢٨، الحديث ١.

٦. السنن الكبرى للبيهقي ١٠: ٤٦، كنز العمال ١٦: ٧٠٣/٤٦٤٢٤.

غير المشيئة، فإنه تنعقد على تقدير حصول المعلق عليه، فيحتمل لو لم يأت بالمحلف عليه على ذلك التقدير.

(مسألة ٨) : يعتبر في الحالف^(١٣) : البلوغ والعقل والاختيار والقصد وانتفاء الحجر في متعلقه، فلا تنعقد يمين الصغير والمجنون مطبقاً أو أدياراً حال دوره، ولا المكره ولا السكران، بل ولا الغضبان في شدة الغضب السالب للقصد، ولا المحجور عليه فيما حجر عليه.

(مسألة ٩) : لا تنعقد يمين الولد مع منع الوالد، ولا يمين الزوجة مع منع الزوج، إلا أن يكون المحلف عليه فعل واجب أو ترك حرام وكان المنع متوجهاً إليه، وأما إذا كان متوجهاً إلى الحلف فلا يبعد عدم انعقاده. ولو حلفا في غير ذلك كان للأب أو الزوج حلّ اليمين وارتفع أثرها، فلا حث ولا كفارة عليه. وهل يُشترط إذنهما ورضاها في انعقاد يمينهما؛ حتى أنه لو لم يطلعا على حلفهما أو لم يحلا مع علمهما لم تنعقد أصلاً، أو لا يل كان منعهما مانعاً عن انعقادها وحلها رافعاً لاستمرارها، فتصح وتنعقد في الصورتين المزبورتين؟ قولان، أولهما لا يخلو من رجحان^(١٤)، فحيث لا يبعد عدم الانعقاد بدون إذنهما؛ حتى في فعل واجب أو ترك حرام، لكن لا يترك الاحتياط خصوصاً فيهما.

(١٣) هذه من الشرائط العامة المذكور أدلتها في باب البيع وغيره.

(١٤) لصحيح ابن حازم: «لا يمين للولد مع والده. ولا للمرأة مع زوجها»^١، ونظيره بعينه معتبر ابن القدّاح^٢. فهما حاكمان على الأدلة الأولية ورافعان لموضوعها.

والظاهر أن التقدير: «مع وجود الوالد والزوج» لا «مع منهما» فينتج شرطية إذنهما في أصل الانعقاد لا مانعية نهيهما ورافعية حلها. كما قيل. ثم إن الإطلاق شامل لنذرهما فعل الواجب وترك الحرام، واشترط الإذن أو مانعية النهي يتعلّقان باليمين لا بأصل الفعل والترك.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٢١٧، كتاب الإيمان، الباب ١٠، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٢١٦، كتاب الإيمان، الباب ١٠، الحديث ١.

(مسألة ١٠): لا إشكال في انعقاد اليمين^(١٥) لو تعلقت بفعل واجب أو مستحب^(١٦) أو بترك حرام أو مكروه، وفي عدم انعقادها^(١٧) لو تعلقت بفعل حرام أو مكروه أو بترك

(١٥) المسألة تنقسم على فروع خمسة :

أولها: تعلّقها بفعل واجب أو مستحب أو ترك حرام أو مكروه.

ثانيها: تعلّقها بفعل حرام أو مكروه وترك واجب أو مستحب.

ثالثها: تعلّقها بالطرف الراجح ديناً أو دنياً من المباح شرعاً.

رابعها: تعلّقها بالطرف المرجوح منه.

خامسها: تعلّقها بالمباح المتساوي طرفاء ديناً ودنياً. وصور المسألة أكثر ممّا ذكره.

(١٦) بلا خلاف^١ في ذلك، لقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٢ وقوله: «وَلَكِنْ يُوَاجِدُكُمْ بِمَا عَصَيْتُمْ الْإِيمَانَ»^٣ وقوله: «وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ»^٤ وقوله: «وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بِنَعْدِ تَوْكِيدِهَا»^٥.

ولصحيح ابن مسلم: «ما جعل الله عليه في طاعة فليقضه، فإن جعل الله شيئاً من ذلك ثم لم يفعله فليتكفر عن يمينه»^٦.

وخبر ميسرة: «ما كان عليك أن لا تفعله، فعلت أن لا تفعله ففعلته، فعليك الكفارة»^٧ وغيرها، والطاعة تشمل فعل الواجب والمستحب، وما على الإنسان أن لا يفعله يشمل الحرام والمكروه.

(١٧) لأخبار كثيرة: منها: موثّق سماعة: «لا يمين في معصية»^٨.

١. غنية النزوع ٢: ٣٩١، مسالك الأنهار ١١: ٢١٠، رياض المسائل ١١: ٤٦٥، جواهر الكلام ٣٥: ٢٦٥.

٢. المائدة (٥): ١.

٣. المائدة (٥): ٨٩.

٤. المائدة (٥): ٨٩.

٥. النحل (١٦): ٩١.

٦. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٧، كتاب الإيمان، الباب ٢٣، الحديث ١.

٧. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٨، كتاب الإيمان، الباب ٢٣، الحديث ٤.

٨. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٢٠، كتاب الإيمان، الباب ١١، الحديث ٩.

واجب أو مستحب. وأمّا المباح المتساوي الطرفين في نظر الشرع، فإن ترجّح فعله على تركه بحسب المنافع والأغراض العقلانية الدنيوية أو العكس، فلا إشكال في انعقادها^(١٨) إذا تعلّقت بطرفه الراجع، وعدم انعقادها لو تعلّقت بطرفه المرجوح^(١٩)، ولو ساوى طرفاه - بحسب الدنيا أيضاً - فهل تنعقد إن تعلّقت به فعلاً أو تركاً؟ قولان، أشهرهما وأحوطهما

ومنها: خبر ابن مسلم: «وأمّا ما كانت يمين في معصية فليس بشيء»^١.

ومنها: خبر زرارة: الرجل يحلف بالإيمان المغلظة أن لا يشتري لأهله شيئاً، قال: «ليس عليه شيء في يمينه»^٢.

(١٨) للأدلة العامة؛ ولصحيح عبد الرحمان: «وأمّا ما لم يكن ممّا أوجب الله عليك أن تفعله، فحلفت أن لا تفعله ثم فعلته، فعليك الكفارة»^٣.

وخبر عبد الرحمان: «الكفارة في الذي يحلف على المتاع أن لا يبيعه ولا يشتريه، ثم يبدو له فيه فيكفر»^٤، فيشمل الخبران المباح المتساوي طرفاه وللراجع تركه.

(١٩) لخبر سعيد الأخرج: «إذا رأيت خيراً من يمينك فدعها»^٥.

وخبر عبد الرحمان: «الذي حلفت عليه إتيانه خير من تركه، فليأت الذي هو خير ولا كفارة عليه»^٦.

والمؤثّق عن زرارة: «كلّ يمين حلفت عليها - أي: على تركها - لك فيها منفعة في أمر دين أو دنيا، فلا شيء عليك فيها»^٧، فهذه الأخبار تشمل المباح المرجوح.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٧، كتاب الإيمان، الباب ٢٣، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٢٩، كتاب الإيمان، الباب ١٣، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٩، كتاب الإيمان، الباب ٢٤، الحديث ١ و ٤.

٤. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٥١، كتاب الإيمان، الباب ٢٤، الحديث ٥.

٥. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٠، كتاب الإيمان، الباب ١٨، الحديث ١.

٦. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٠، كتاب الإيمان، الباب ١٨، الحديث ٢.

٧. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٤٨، كتاب الإيمان، الباب ٢٣، الحديث ٢.

أولهما، بل لا يخلو من قوة^(٢٠).

(مسألة ١١): كما لا تتعد اليمين على ما كان مرجوحاً، تنحلّ إن تعلّقت^(٢١) برأى ثم صار مرجوحاً، ولو عاد إلى الرجحان لم تعد اليمين بعد انحلالها على الأقوى.
(مسألة ١٢): إنّما تتعد اليمين على المقدور^(٢٢) دون غيره، ولو كان مقدوراً ثم طرأ عليه المعجز بعدها، انحلت إذا كان عجزه في تمام الوقت المضروب للمحلف عليه، أو أبداً إذا كان الحلف مطلقاً. وكذا الحال في العسر والحرج^(٢٣) الرافعين للتكليف.
(مسألة ١٣): إذا انعقدت اليمين وجب عليه الوفاء^(٢٤) بها، وحرمت عليه مخالفتها،

(٢٠) لعموم الأدلة، ولما عرفت من عموم خبر عبدالرحمان وغيره. وأمّا ما يناقض ذلك كصحيح حمran ووزارة: دوما لم يكن فيه طاعة ولا معصية فليس بشيء^١ وغيرهما، فلا يمكن الالتزام بهما للقطع بانعقادها في غير الطاعة والمعصية، خصوصاً إذا كان المراد بالطاعة والمعصية الواجب والحرام.

(٢١) لخبر سعيد الأعرج الماضي وغيره.

(٢٢) إذ القدرة من الشرائط العامة لكلّ تكليف إلزامي، سواء أكان من الأحكام الأولية أم من غيرها.

(٢٣) لقوله تعالى: «وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الضَّرَرَ»^٢ وقوله: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»^٣.

وقاعدة الحرج كالضرر، مانعة عن جعل التكليف الجزمي من أصله إذا كان أصله كذلك، ورافعة له في موارد الحرج إذا لم يكن أصله حرجياً.

(٢٤) أمّا الحكم التكليفي، فللعمومات كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٤ وقوله: «وَلَكُمْ

١. وسائل النسخة ٢٣: ٢٥٠، كتاب الأيمان، الباب ٢٤، الحديث ٢ و ٣.

٢. البقرة (٣): ١٨٥.

٣. الحج (٢٢): ٧٨.

٤. المائدة (٥): ١.

ووجبت الكفارة بحثتها، والحنت الموجب للكفارة هي المخالفة عمداً، فلو كانت جهلاً أو نسياناً^(٢٥) أو اضطراراً أو إكراهاً فلا حنت ولا كفارة.

(مسألة ١٤): لو كان متعلّق اليمين فعلاً - كالصلاة والصوم - فإن عيّن له وقتاً تعيّن، وكان الوفاء بها بالإتيان به في وقته، وحثتها بعدم الإتيان فيه وإن أتى به في وقت آخر، وإن أطلق^(٢٦) كان الوفاء بها بإيجاده في أي وقت كان ولو مرة واحدة، وحثتها بتركه بالمرة. ولا يجب التكرار ولا الفور والبدار، ويجوز له التأخير ولو بالاختيار إلى أن يظنّ الموت لظنّ طرق المجز أو عروض الموت. وإن كان متعلّقها الترك، كما إذا حلف أن لا يشرب الدخان - مثلاً - فإن قيده بزمان كان حثتها بإيجاده ولو مرة في ذلك الزمان، وإن أطلق كان مقتضاه التأييد مدة العمر، فلو أتى به مدّته ولو مرة تحقّق الحنت.

يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ^١، وقوله: «وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ»^٢ وقوله: «وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا»^٣ ولأخبار كثيرة.

وأما الحكم الوضعي: فلقوله تعالى: «لِكُفَّارَتِهِ إِطْعَامَ عَشْرَةِ...» إلخ^٤.

(٢٥) لعموم أحاديث الرفع، منها: خبر الجعفي: «وضع عن هذه الأمة ستّ خصال: الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه»^٥.
وخبر ابن سنان: «لا يمين في جبر ولا في إكراه»^٦.

(٢٦) كلّ ذلك لأنّه مقتضى تعلّق التكليف بإيجاد الطبيعة المطلقة أو المقيّدة، وتعلّقه بتركها وعدم إيجادها.

١. المائدة (٥): ٨٩.

٢. المائدة (٥): ٨٩.

٣. النحل (١٦): ٩١.

٤. المائدة (٥): ٨٩.

٥. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٣٧، كتاب الأيمان، الباب ١٦، الحديث ٣.

٦. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٣٥، كتاب الأيمان، الباب ١٦، الحديث ١.

(مسألة ١٥) : لو كان المحلوف عليه الإتيان بعمل، كصوم يوم؛ سواء كان مقيداً بزمان كصوم يوم من شعبان، أو مطلقاً، لم يكن له إلا حنث واحد بتركه في الوقت المضروب أو مطلقاً. وكذلك إذا كان ترك عمل على الإطلاق^(٢٧) - سواء قيد بزمان أم لا - فالوفاء بها بتركه في الوقت المضروب أو مطلقاً، وحنثها بإيقاعه ولو مرة واحدة، فلو أتى به حنث وانحلَّت اليمين، فلو أتى به مراراً لم يحنث إلا مرة واحدة، فلا تتكرر الكفارة. والأقوى أنَّ الأمر^(٢٨) كذلك لو حلف على أن يصوم كل خميس، أو حلف أن لا يشرب الدخان كلَّ جمعة، فلا يتكرر الحنث والكفارة لو ترك الصوم في أكثر من يوم، أو شرب الدخان في أكثر من جمعة، وتنحلَّ اليمين بالمخالفة الأولى، والاحتياط حسن.

(مسألة ١٦) : كفارة اليمين^(٢٩) : عتق رقبة، أو إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، فإن لم يقدر فصيام ثلاثة أيام، وسيجيء تفصيلها في الكفارات إن شاء الله تعالى.

(مسألة ١٧) : الأيمان الصادقة كلها مكروهة^(٣٠)؛ سواء كانت على الماضي أو المستقبل.

(٢٧) إذ المنذور - حينئذٍ - ترك الطبيعة في زمان أو مطلقاً، وهو لا يحصل إلا بترك جميع مصاديقها، فوجود مصداق منها سبب للحنث.

(٢٨) بدعوى ظهور هذا الكلام في ملاحظة الفعل في جميع الخميسات، أو الترك في جميع الجمعات، بنحو العام المجموعي. فيحصل الحنث بالمخالفة الأولى، لكن دعوى ظهوره في العموم على نحو الاستغراق، فينحلَّ إلى أيمان متعددة غير بعيدة.

(٢٩) لقوله تعالى : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾^١. ولعدة روايات سيجيء بعض منها.

(٣٠) لقوله تعالى : ﴿لَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾^٢ ولعدة روايات معتبرة :

منها : صحيح ابن مهزيار : «وَأَتَى لِأَكْرَهٍ أَنْ أَقُولَ : وَاللَّهِ ، عَلَى حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ»^٣.

١. المائدة : (٥) : ٨٩.

٢. البقرة : (٢) : ٢٢٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٣ : ١٩٧، كتاب الأيمان، الباب ١، الحديث ١.

نعم، لو قصد بها دفع مظلمة من نفسه أو غيره من إخوانه، جاز بلا كراهة ولو كذباً^(٣١)، بل ربما تجب^(٣٢) اليمين الكاذبة لدفع ظالم عن نفسه أو عرضه، أو عن نفس مؤمن أو عرضه، والأقوى عدم وجوب التورية^(٣٣) وإن أحسنها.

(مسألة ١٨): الأقوى جواز الحلف^(٣٤) بغير الله في الماضي والمستقبل وإن لم يترتب على مخالفتها إثم ولا كفارة، كما أنه ليس قسماً فاصلاً في الدعاوي والمرافعات.

القول في النذر

(مسألة ١): النذر هو الالتزام^(١) بعمل لله تعالى على نحو مخصوص، ولا ينعقد بمجرد النية، بل لا بد من الصيغة^(٢)، وهي ما كان مفادها جعل فعل أو ترك على ذمته لله تعالى؛

ومنها: خبر الخزاز: «لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين»^١.

(٣١) لمعومات التقيّة والاضطرار؛ ولصحيح الأشعري: عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجوه؟ قال عليه السلام: «لا جناح عليه». وسألته: هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال عليه السلام: «نعم»^٢.

(٣٢) كما إذا توقف الدفع عليها، وكان الضرر على النفس معتدّاً به.

(٣٣) لإطلاق أدلة جوازها، مع بُعد حملها على صورة عدم إمكانها.

(٣٤) لعدم الدليل على الحرمة، ودلالة الدليل على عدم ترتب شيء عليه كما عرفت.

القول في النذر

(١) هذا معناه عند المتشرّعة، ومعناه اللغوي: هو الوعد بشرط أو بغير شرط. والنذر

يفترق عن اليمين باختلاف الصيغة ونية القرية ورجحان المتعلّق والكفارة على قول.

(٢) لصحيح منصور: فيمن قال: عليّ المشي إلى بيت الله: «فليس بشيء» حتّى يقول:

١. وسائل الشريعة ٢٣: ١٩٨، كتاب الأيمان، الباب ١، الحديث ٥.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٢٢٤، كتاب الأيمان، الباب ١٢، الحديث ١.

بأن يقول: «الله عليّ أن أصوم»، أو أن أترك شرب الخمر» مثلاً. وهل يُعتبر في الصيغة قول: «الله» بالخصوص، أو يُجزّئ غير هذه اللفظة من أسمائه المختصة، كما تقدّم في اليمين؟ الظاهر هو الثاني. ولا يبعد انعقاده^(٣) بما يرادف القول المزبور من كلّ لغة، خصوصاً لمن لا يُحسن العربية، ولو اقتصر على^(٤) قوله: «عليّ كذا» لم يتعقد^(٥) وإن نوى في ضميره معنى «الله»، ولو قال: «نذرت لله أن أصوم» - مثلاً - أو «الله عليّ نذر صوم يوم» - مثلاً - لم يتعقد على إشكال، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ٢): يشترط في الناذر^(٦): البلوغ والعقل والاختيار والقصد وانتفاء الحجر في متعلّق نذره، فلا يتعقد نذر الصبي وإن كان مميّزاً وبلغ عشرًا، ولا المجنون ولو أدارياً حال دوره، ولا المكره، ولا السكران، بل ولا الغضبان غضباً رافعاً للقصد، ولا السفه المحجور عليه إن كان المنذور مالاً ولو في ذمته، ولا المفلس المحجور عليه إن كان المنذور من المال الذي حجر عليه وتعلّق به حقّ الغرماء.

الله عليّ المشي إلى بيته^١.

وصحيح الكتاني: «ليس النذر بشيء حتّى يسمّى الله صياماً أو صدقة»^٢ وغيرهما.

(٣) لأنّ مفاد الأدلّة جعل شيء لذاته تعالى على عهده، من دون خصوصيّة لفظ أو لسان خاصّ في تأدية المراد.

(٤) لصحيح الحلبي: فيمن جعل على نفسه نذراً ولم يسمّه: «إن لم يسمّ فليس عليه شيء»^٣.

(٥) لعلّه لتوقّف خروجه عن مساق الأخبار السابقة، لكن لا يبعد القول بشمولها له.

(٦) للأدلّة العامّة والخاصّة، وقد مرّ البحث عنها في كتاب البيع والحجر.

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٣، كتاب النذر والعهد، الباب ١، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٣، كتاب النذر والعهد، الباب ١، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٦، كتاب النذر والعهد، الباب ٢، الحديث ١ و ٢.

(مسألة ٣) : لا يصح نذر الزوجة^(٧) مع منع الزوج؛ وإن كان متعلقاً بمالها ولم يكن العمل به مانعاً عن حقّه، بل الظاهر اشتراط انعقاده بإذنه، ولو أذن لها فنذرت انعقد، وليس له بعد ذلك حلّه ولا المنع عن الوفاء به، ولا يشترط نذر الولد^(٨) بإذن والده على الأظهر، وليس له حلّه ولا منعه عن الوفاء به.

(مسألة ٤) : النذر: إمّا نذر برّ، ويقال له: نذر المجازاة، وهو ما علّق على أمر: إمّا شكراً لنعمة دنيوية أو أخروية، كأن يقول: «إن رزقت ولداً لله عليّ كذا» أو «إن وفّقت لزيارة بيت الله لله عليّ كذا». وإمّا استدفاعاً لبليّة، كأن يقول: «إن شفى الله مريضاً لله عليّ كذا». وإمّا نذر زجر، وهو ما علّق على فعل حرام أو مكروه؛ زجراً للنفس عن ارتكابهما، مثل أن يقول: «إن تعمّدت الكذب، أو بليت في الماء، لله عليّ كذا»، أو على ترك واجب أو مستحبّ زجراً لها عن تركهما. وإمّا نذر تبرّع، وهو ما كان مطلقاً ولم يعلّق على شيء، كأن يقول: «الله عليّ

(٧) على المشهور^١ بين المتأخّرين؛ لصحيح ابن سنان: «ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها، إلّا بإذن زوجها، إلّا في حجّ أو زكاة أو برّ والديها أو صلة قرابته»^٢، واشتمال الصحيح على الصدقة والهبة وغيرهما ممّا ثبت جوازه لها لا يقدح في العمل بالباقي.

ثم إنّ مقتضى نفي الموضوع كون إذنه شرط في نذرها لا أنّ نهيه مانع، وقد تقدّم الكلام في اليمين.

(٨) لعدم الدليل عليه، وإطلاق اليمين على النذر أحياناً بنحو المجاز لا يوجب ظهور قوله ﷺ: «لا يمين للولد مع والده»^٣ في المعنى الشامل للنذر حتّى يشرّتب عليه ذلك الحكم.

١. مسالك الأنعام ١١: ٣١٠. الحدائق الناضرة ١٤: ١٩٨، رياض المسائل ١١: ٤٧٨. جواهر الكلام ٣٥: ٣٥٨.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣١٥. كتاب النذر والمهد، الباب ١٥، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٢١٧. كتاب الأيمان، الباب ١٠، الحديث ٢.

أن أصوم غداً». لا إشكال ولا خلاف في انعقاد الأولين^(٩)، وفي انعقاد الأخير قولان، أقواهما الانعقاد^(١٠).

(مسألة ٥) : يشترط في تعلق النذر مطلقاً أن يكون مقدوراً للناذر، وأن يكون طاعة لله تعالى^(١١)؛ صلاة أو صوماً أو حجاً ونحوها مما يعتبر في صحتها القرية، أو أمراً ندب إليه الشرع ويصح التقرب به، كزيارة المؤمنين وتشجيع الجنابة وعبادة المرضى وغيرها، فينعقد في كل واجب أو مندوب ولو كفائياً إذا تعلق بفعله، وفي كل حرام أو مكروه إذا تعلق

(٩) لدعوى^١ الإجماع بقسميه عليه؛ ولقوله تعالى: «يُؤْفِقُونَ بِالنِّذْرِ»^٢، وقوله: «وَلْيُؤْفِقُوا تَذْوِرَهُمْ»^٣، ولعدة كثيرة من أخبار الباب.

(١٠) لشمول إطلاق الأدلة وعمومها له؛ ولصحيح عبد الملك: «من جعل لله عليه أن لا يركب محرماً ساء فركبه ... فليمتق رقبة»^٤.

وصحيح الحلبي: «إن قلت: لله عليّ، فكفارة يمين»^٥.

(١١) مقتضى الأدلة كقوله: «ليس النذر بشيء حتى يقول: لله عليّ» وغيره لزوم أن ينتشأ الناذر عملاً على عهده لله لا لغيره، بمعنى جعل الله تعالى مستحقاً له ودائناً منه دون غيره، وهذا هو المراد بقول البعض: يشترط في النذر القرية، لا أن القرية شرط في نفس النذر، أعني: إنشاء الالتزام؛ لأنه لا رجحان فيه، بل لا يبعد كونه مكروهاً، ويظهر من هذا اشتراط كون المندوب مما يصلح ويليق كونه لله تعالى كالفعل أو الترك الواجب أو المندوب، وكالمباح الذي قصد به الوصول إلى أحدها، فلا ينعقد في المرجوح، بل والمباح المتساوي طرفاه.

١. مسالك الأنهار ١١: ٣١٢؛ رياض المسالك ١١: ٤٨٢؛ جواهر الكلام ٣٥: ٣٦٥.

٢. الإنسان (٧٦): ٧.

٣. الحج (٢٢): ٢٩.

٤. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٢٢، كتاب الأيمان، الباب ١٩، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٩٢، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٢٣، الحديث ١.

بتركه. وأمّا المباح - كما إذا نذر أكل طعام أو تركه - فإن قصد به معنى راجحاً، كما لو قصد بأكله التقوي على العبادة، أو بتركه منع النفس عن الشهوة، فلا إشكال في انعقاده، كما لا إشكال في عدم الانعقاد فيما إذا صار متعلقه - فعلاً أو تركاً - بسبب اقترانه ببعض العوارض مرجوحاً ولو دنيوياً. وأمّا إذا لم يقصد به معنى راجحاً، ولم يطرأ عليه ما يوجب رجحانه أو مرجوحيته، فالظاهر عدم انعقاده، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط فيه.

(مسألة ٦): قد عرفت أنّ النذر: إمّا معلق على أمر أو لا. والأوّل على قسمين: نذر شكر ونذر زجر. فليعلم أنّ المعلق عليه في نذر الشكر: إمّا من فعل الناذر، أو من فعل غيره، أو من فعل الله تعالى، ولا بدّ في الجميع من أن يكون أمراً صالحاً لأن يشكر عليه: حتّى يقع المنذور مجازةً له. فإن كان من فعل الناذر، فلا بدّ أن يكون طاعة لله تعالى: من فعل واجب أو مندوب، أو ترك حرام أو مكروه، فيلتزم بالمنذور شكراً لله تعالى حيث وفقه عليها، فلو علّقه شكراً على ترك واجب أو مندوب أو فعل حرام أو مكروه لم ينعقد. وإن كان من فعل غيره، فلا بدّ أن يكون فيه منفعة - دينية أو دنيوية - للناذر صالحة للشكر عليها شرعاً أو عرفاً. ولا ينعقد في عكسه، مثل أن يقول: «إن شاع بين الناس المتكرات قلّله عليّ كذا». وإن كان من فعل الله تعالى لزم أن يكون أمراً يسوغ تمنّيه، ويحسن طلبه منه تعالى، كشفاء مريض، أو هلاك عدوّ ديني، أو أمن في البلاد ونحوها، فلا ينعقد في عكسه، كما إذا قال: «إن أهلك الله هذا المؤمن الصالح» أو قال: «إن وقع القحط في البلاد فكذا». وأمّا نذر الزجر فلا بدّ وأن يكون الشرط والمعلق عليه - فعلاً أو تركاً - اختيارياً للناذر. وكان صالحاً لأن يزجر عنه حتّى يقع النذر زاجراً عنه، كفعل حرام أو مكروه أو ترك واجب أو مندوب.

(مسألة ٧): إن كان الشرط فعلاً اختيارياً للناذر، فالنذر المعلق عليه قابل لأن يكون نذر شكر وأن يكون نذر زجر، والمائز هو القصد، مثلاً لو قال: «إن شربت الخمر قلّله عليّ كذا»، وكان في مقام زجر النفس وصرفها عن الشرب، وإمّا أوجب على نفسه شيئاً على تقدير شربه ليكون زاجراً عنه، فهو نذر زجر فينעقد، وإن كان في مقام تشييط النفس وترغيبها، وقد جعل المنذور جزاءً لصدوره منه وتهيؤ أسبابه له، كان نذر شكر، فلا ينعقد.

(مسألة ٨): لو نذر الصلاة أو الصوم أو الصدقة في زمان معيّن تعيّن، فلو أتى بها في

غيره لم يجز. وكذا لو نذرهما في مكان فيه رجحان، فلا يجزي في غيره وإن كان أفضل. ولو نذرهما في مكان ليس فيه رجحان، ففي انعقاده وتعيينه وجهان بل قولان، أقواهما الاعتقاد^(١٢). نعم، لو نذر إيقاع بعض فرائضه أو بعض نوافله الراتبية - كصلاة الليل أو صوم شهر رمضان مثلاً - في مكان أو بلد لا رجحان فيه بحيث لم يمتلئ النذر بأصل الصلاة والصيام، بل بإيقاعهما في المكان الخاص، فالظاهر عدم انعقاده. هذا إذا لم يطرأ عليه عنوان راجح، مثل كونه أفرغ للعبادة، أو أبعد عن الرياء، ونحو ذلك، وإلا فلا إشكال في الاعتقاد.

(مسألة ٩): لو نذر صوماً ولم يمين العدد كفي صوم يوم. ولو نذر صلاة ولم يمين الكيفية والكمية، فلا يبعد إجزاء ركعة الوتر، إلا أن يكون قصده غير الرواتب، فلا يجزي إلا الإتيان بركعتين. ولو نذر صدقة ولم يمين جنسها ومقدارها كفي أقل ما يتناول الاسم، ولو نذر أن يأتي بفعل قريب، يكفي كل ما هو كذلك ولو تسيحة واحدة، أو الصلاة على النبي وآله صلوات الله عليهم، أو التصديق بشيء إلى غير ذلك.

(مسألة ١٠): لو نذر صوم عشرة أيام - مثلاً - فإن قيد بالتتابع أو التفريق تعين، وإلا تخير بينهما، وكذا لو نذر صيام سنة، فإن الظاهر مع الإطلاق كفاية اثني عشر شهراً ولو متفرقاً، بل وكذا لو نذر صيام شهر يكفي - ظاهراً - صيام ثلاثين يوماً ولو متفرقاً، كما يكفي صوم ما بين الهلالين من شهر ولو ناقصاً، وله أن يأتي بالشهر ملحقاً، فيشرع في أثناء شهر ويكمل من الثاني مقدار ما مضى من الشهر الأول. نعم، لو أتى به متفرقاً لا يجوز الاكتفاء بمقدار الشهر الناقص.

(١٢) إذا تعلق النذر بذات العبادة كمصداق معين من واجب أو مندوب انعقد نذره، وإن كان ذلك المصداق مكرهاً كالصلاة في الحمام، فإن الكراهة - حيثئذ - بمعنى قلّة ثوابه بالنسبة إلى مصاديق أخرى. ولا يشترط في النذر كونه أرجح من غيره، وإذا تعلق بصفتها كإيقاعه في زمان يكره فيه العمل أو مكان كذلك لم ينعقد لعدم الرجحان.

(مسألة ١١): لو نذر صيام سنة معينة استثنى منها العيدين، فيفطر فيهما، ولا قضاء عليه^(١٣)، وكذا يفطر في الأيام التي عرض فيها ما لا يجوز معه الصيام؛ من مرض أو حبض أو نفاس أو سفر، لكن يجب القضاء^(١٤) على الأقوى.

(مسألة ١٢): لو نذر صوم كل خميس - مثلاً - فصادف بعضها أحد العيدين أو أحد العوارض المبيحة للإفطار من مرض أو حبض أو نفاس أو سفر أفطر، ويجب عليه القضاء^(١٥) على الأقوى في غير العيدين والسفر، وعلى الأحوط فيهما وإن لا يخلو من قوة بالنسبة إلى العيدين^(١٦).

(مسألة ١٣): لو نذر صوم يوم معين فأفطره عمداً، يجب قضاؤه مع الكفارة^(١٧).

(١٣) لعدم الرجحان في متعلق النذر فيهما.

(١٤) لما مضى في كتاب الصوم، فراجع أبواب من يصح منه الصوم، الباب العاشر، الحديث الثاني والرابع والخامس.

(١٥) لصحيح ابن مهزيار: «قد وضع الله عنه الصوم في هذه الأيام كلها، ويصوم يوماً بدل يوم»^١، ونحوه بعينه حديث الصيقل^٢.

(١٦) للتصريح بهما في الخبرين السابقين. وأمّا السفر: فالاحتياط فيه، لعلّه لتعارضهما مع الموثّق عن زرارة: في امرأة نذرت صوم يوم من الأسبوع دائماً فصادف السفر. قلت: فما ترى إذا هي رجعت إلى المنزل، أنقضيه؟ قال عليه السلام: «لا»^٣.

لكن الظاهر ترجيح الخبرين، ثم وبهما يفرّق بين المسألة وسابقتها في عدم قضاء العيدين فيها.

(١٧) لعدّة أخبار، منها: خبر ابن مهزيار: «يصوم يوماً بدل يوم وتحرير رقبة مؤمنة»^٤.

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٣١٠، كتاب النذر والعهد، الباب ١٠، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٠: ١٩٦، كتاب الصوم، أبواب من يصح منه الصوم، الباب ١٠، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ١٠: ١٩٦، كتاب الصوم، أبواب من يصح منه الصوم، الباب ١٠، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ١٠: ٣٧٨، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ٧، الحديث ١.

(مسألة ١٤): لو نذر صوم يوم معين جاز له السفر^(١٨) وإن كان غير ضروري، ويفطر ثم يقضيه ولا كفارة عليه.

(مسألة ١٥): لو نذر زيارة أحد الأئمة عليه السلام أو بعض الصالحين لزوم، ويكفي الحضور والسلام على المزور، والظاهر عدم وجوب غسل الزيارة وصلاتها مع عدم ذكرهما فيه. وإن عيّن إماماً لم يجز غيره وإن كانت زيارته أفضل، كما أنه لو عجز عن زيارة من عيّنه لم يجب زيارة غيره بدلاً عنه، وإن عيّن للزيارة زماناً معين، فلو تركها في وقتها عامداً حث وتجب الكفارة، والأقوى عدم وجوب القضاء^(١٩).

(مسألة ١٦): لو نذر أن يحج أو يزور الحسين عليه السلام ماشياً، انعقد مع القدرة وعدم الضرر، فلو حج أو زار ركباً مع القدرة على المشي فإن كان النذر مطلقاً ولم يعيّن الوقت أعاد ماشياً، وإن عيّن وقتاً وفات صمداً حث وعليه الكفارة، والأقوى عدم وجوب القضاء، وكذلك الحال لو ركب في بعض الطريق ومشى في بعضه.

(مسألة ١٧): ليس لمن نذر الحج أو الزيارة ماشياً أن يركب البحر، أو يسلك طريقاً يحتاج إلى ركوب السفينة وتحوها؛ ولو لأجل العبور من الشطّ ونحوه. ولو انحصر الطريق في البحر، فإن كان كذلك من أول الأمر لم يتعقد، إلا إذا كان مراده فيما يمكن المشي، فيجب في سائر الطريق. وإن طرأ ذلك بعد النذر، فإن كان مطلقاً وتوقع المكنة من طريق البرّ والمشى منه فيما بعد انتظر، وإن كان معيناً وطرأ ذلك في الوقت، أو مطلقاً ولم يتمكن مطلقاً، سقط عنه ولا شيء عليه.

(١٨) لخبر عبدالله بن جندب: فيمن نذر صوماً فأراد زيارة الحسين عليه السلام؛ «يخرج ولا يصوم في الطريق، فإذا رجع قضى ذلك»^١.

(١٩) للشك في حدوث أمر جديد بالقضاء بعد سقوط الأمر الأول بالمخالفة، والأصل

عدمه.

(مسألة ١٨) : لو طرأ لناذر المشي المعجز عنه في بعض الطريق دون بعض ، فالأحوط - لو لم يكن الأقوى - أن يمشي مقدار ما يستطيع ^(٢٠) ويركب في البعض ، والأحوط الأولى سياق بدنة في نذر الحج ، ولو اضطرَّ إلى ركوب السفينة فالأحوط أن يقوم فيها بقدر الإمكان .
(مسألة ١٩) : لو نذر التصدق بعين شخصية ^(٢١) تعيّن ، ولا يجزي مثلاً أو قيمتها مع وجودها ، ومع التلف فإن كان لا بإتلاف منه انحلَّ النذر ولا شيء عليه ، وإن كان بإتلاف منه ضمنها بالمثل ^(٢٢) أو القيمة على الأحوط ، فيتصدق بالبدل ، ويكفر أيضاً ^(٢٣) على الأقوى إن كان الإتلاف اختيارياً عمدياً .

(مسألة ٢٠) : لو نذر الصدقة على شخص معيّن لزم ، ولا يملك المنذور له الإبراء منه ، فلا يسقط عن الناذر بإبرائه ، ولا يلزم على المنذور له القبول ، فإن امتنع عنه لا يبعد عدم انحلال النذر ، إلا إذا امتنع في تمام الوقت المضروب له في الوقت ، ومطلقاً في غيره ،

(٢٠) لقاعدة «الميسور» و «ما لا يدرك» ، وكذا الكلام في آخر المسألة .

(٢١) النذر إمّا يتعلّق بعين شخصيته أو بشيء في الذمة . وعلى التقديرين : إمّا يكون على نحو نذر النتيجة كقوله : الله عليّ أن يكون هذه العين صدقة ، أو : الله عليّ اشتغال ذمتي بألف درهم للفقير . أو يكون بنحو نذر الفعل كقوله : الله عليّ أن أتصدق بهذا المال ، أو أعطي للفقير ألفاً .

ثمّ إنّه لو قلنا بصحة نذر النتيجة يكون العين الخارجي أو الكائن الذمي ملكاً للمنذور له ، وإن لم يجز له المطالبة ، ويترتب عليها جواز إبراء الناذر وقيام وارث المنذور له مقامه في وجوب صرف النذر له ، ولا يترتب شيء منها في نذر الفعل ، لكن في صحة نذر النتيجة إشكال .

(٢٢) كما هو ظاهر الأصحاب ، ولعلّه لأنّ البدل ميسور بالنسبة إلى المبدل المعسور ، فاللازم أن لا يترك وهذا محتمل في إتلاف الغير أيضاً ، لكن لو تمّ هذا لكان منافياً لوجوب الكفارة إذ هو نوع من الوفاء .

(٢٣) لتحقق الحنث والمخالفة بإتلاف المنذور .

فلو رجع عن امتناعه في الموقت قبل خروج وقته وفي غيره، يجب التصديق عليه. نعم، لو كان نذره الصدقة بعين معينة فامتنع عن قبولها جاز له إبطالها، ولا ضمان عليه لو رجع ولا كفارة. ولو مات الناذر قبل أن يفي بالنذر يخرج من أصل^(٢٤) تركته، وكذا كل نذر تعلق بالمال كسائر الواجبات المالية. ولو مات المنذور له قبل أن يتصدق عليه، قام وارثه مقامه على احتمال مطابق^(٢٥) للاحتياط، سيما إذا كان^(٢٦) متملق النذر إعطاء شيء معين فمات قبل قبضه.

(مسألة ٢١): لو نذر شيئاً لمشهد من المشاهد المشرفة صرفه في مصالحه، كتعميره وضيائه وطيبه وفرشه، والأحوط عدم التجاوز عن نحو تلك المصالح. ولو نذر شيئاً للإمام^{عليه السلام} أو بعض أولاده، فالظاهر جواز صرفه في سبل الخير بقصد رجوع ثوابه إلى المنذور له؛ من غير فرق بين الصدقة على المساكين وإعانة الزائرين، وغيرهما من وجوه الخير، كبناء المسجد والقنطرة ونحو ذلك، وإن كان الأحوط الاكتفاء على ممونة زوارهم وصلة من يلوذ بهم؛ من المجاورين المحتاجين والصلحاء من الخدام المواظبين بشؤون مشاهدهم وإقامة مجالس تعزيتهم. هذا إذا لم يكن في قصد الناذر جهة خاصة أو انصراف إلى جهة خاصة، وإلا اقتصر عليها.

(مسألة ٢٢): لو عيّن شاة للصدقة، أو لأحد الأئمة^{عليهم السلام}، أو لمشهد من المشاهد ونحو ذلك، يتبعها نماؤها المتصل كالسمن، وأما المتفصل^(٢٧) فلا يترك الاحتياط في الحمل

(٢٤) لما مر في كتاب الوصية من أن الواجب المالي يخرج من الأصل.

(٢٥) ومقابلته أنه لا يحدث النذر حقاً للمنذور، متعلقاً بنفس الناذر أو بالمال المنذور، ولا ملكية له لما في ذمة الناذر أو للعين المنذورة، فليس لوارثه شيء.

(٢٦) لعلّ لقوة احتمال حدوث حق للمنذور له، أو لتوهم صحة نذر النتيجة في المال الخارجي، بمعنى كونه ملكاً للمنذور له بالنذر، لكن التوهم فاسد، وإلا لزم القول بصحة نذر كون العين وقفاً خاصاً أو عاماً كالمسجد والقنطرة، وكفايته في تحقق تلك العناوين.

(٢٧) إما لحصول الملكية بالنذر، أو لعدم العرف النماء المتولد من العين بمنزلتها في

واللبن، بل لا يخلو من وجه. وأمّا التاج الموجود قبل النذر واللبن المحلوب كذلك فلما لكه.

(مسألة ٢٣): لو نذر التصدّق بجميع ما يملكه لزم، فإن شقّ عليه قوّم الجميع بقيمة عادلة^(٢٨) على ذمته، وتصرف في أمواله بما شاء وكيف شاء، ثم يتصدّق عمّا في ذمته شيئاً فشيئاً ويحسب إلى أن يوفي التمام، فإن بقي منه شيء أوصى بأن يؤدّي ممّا تركه بعد موته. (مسألة ٢٤): لو عجز الناذر عن المنذور في وقته إن كان موقتاً، ومطلقاً إن كان مطلقاً، انحلّ نذره وسقط عنه ولا شيء عليه. نعم، لو نذر صوماً فعجز عنه تصدّق عن كلّ يوم بنذر من طعام^(٢٩) على الأقوى، والأحوط مدّان^(٣٠).

(مسألة ٢٥): النذر كاليمين في أنّه إذا تعلّق بإيجاد عمل من صوم أو صلاة أو صدقة أو غيرها؛ فإن عيّن له وقتاً تعيّن، ويتحقّق الحثّ، وتجب الكفّارة بتركه فيه، فإن كان صوماً يجب قضائه على الأقوى^(٣١)، وإن كان صلاة بقضائها على الأحوط، وأمّا غيرها فالظاهر

جميع مالها من الأحكام.

(٢٨) لصحيح الخنعمي: «قوّم منزلك وجميع متاعك بقيمة عادلة، واكتب في صحيفة جملة ما قوّمته، ثم قم في مالك على ما كنت فيه، ثم انظر إلى كلّ شيء تصدّق به، فاكتب وافعل ذلك في كلّ سنة حتّى تفيّ به بجميع ما نذرت ويبقى لك منزلك ومالك»^١ انتهى ملخصاً.

(٢٩) لمدة روايات، منها: خبر ابن مسكان: «فلتصدّق مكان كلّ يوم بمدّ على مسكين»^٢، ونحوه سائر أخبار الباب الخامس عشر من أبواب بقيّة الصوم الواجب.

(٣٠) لخبر إسحاق بن عمار: «يعطي من يصوم عنه في كلّ يوم مدين»^٣ وفي دلالتيه وسنده ضعف.

(٣١) لما مرّ في المسألة الثانية عشر والثالثة عشر والرابعة عشر.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣١٤، كتاب النذر والمهد، الباب ١٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٠: ٣٩٠، كتاب الصوم، أبواب بقيّة الصوم الواجب، الباب ١٥، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٣١٢، كتاب النذر والمهد، الباب ١٢، الحديث ١.

عدم وجوبه. وإن كان مطلقاً كان وقته الممر، وجاز له التأخير إلى أن يظنّ بالوفاة فيتصيق، ويتحقق الحث بتركه مدة الحياة. هذا إذا كان المنذور فعل شيء. وإن كان ترك شيء ففي الموقت حثه بإيجاده فيه ولو مرة، وفي المطلق بإيجاده مدة حياته ولو مرة، ولو أتى به تحقق الحث وانحلّ النذر، كما مرّ في اليمين.

(مسألة ٢٦): إنما يتحقق الحث الموجب للكفارة بمخالفة النذر اختياراً، فلو أتى بشيء تعلّق النذر بتركه؛ نسياناً أو جهلاً أو اضطراراً أو إكراهاً، لم يترتب عليه شيء^(٣٢)، بل الظاهر عدم انحلال النذر به، فيجب الترك بعد ارتفاع العذر؛ لو كان النذر مطلقاً أو مؤقتاً وقد بقي الوقت.

(مسألة ٢٧): لو نذر إن برئ مريضه أو قدم مسافره صام يوماً - مثلاً - فبان أنّ المريض برئ والمسافر قدم قبل النذر لم يلزم^(٣٣).

(مسألة ٢٨): كفارة حثّ النذر^(٣٤) ككفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان على الأقوى.

(٣٢) للأدلة الدالة على رفع تلك العناوين كحديث الرقع، وغيره فيرتفع بطورها الأحكام الأولية: من حرمة الفعل تكليفاً، وكونه حثّاً موجباً لانحلال النذر وسقوط الأمر، وسبباً لوجوب الكفارة، ولا فرق بين كون النسيان والجهل متعلقاً بالموضوع أو بالحكم قصوراً.

(٣٣) لانكشاف حصول الشرط، ولقوّة التعليق، أو لاشتراط الالتزام لبّاً بعدم حصول الشرط حينئذٍ.

ولصحيح ابن مسلم: فيمن جعل على نفسه الصدقة والصيام، إن حاضت جاريته - وقد حاضت - قبل ذلك بيوم أو يومين، قال ﷺ: «ليس عليه شيء»^١.

(٣٤) سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في كتاب الكفارات.

القول في العهد

لا ينعقد العهد بمجرد النية، بل يحتاج إلى الصيغة^(١) على الأقوى، وصورتها: «عاهدت الله» أو «عليّ عهد الله»، ويقع مطلقاً ومعلقاً على شرط كالنذر، والظاهر أنّه يعتبر في المعلق عليه إن كان مشروطاً ما اعتبر فيه في النذر المشروط، وأمّا ما عاهد عليه فهو بالنسبة إليه كاليمين؛ يعتبر فيه^(٢) أن لا يكون مرجوحاً ديناً أو دنياً، ولا يعتبر فيه الرجحان، فضلاً عن

القول في العهد

هو لغة: بمعنى المحافظة على الشيء ومراقبته، وعند المتشرّعة: بمعنى إنشاء الالتزام الأكيد بفعل أو ترك رابطاً له بالله تعالى، فمعنى: «عاهدت الله التزمت مع إنهاء التزامي إلى الله، أو بمعنى: تحالفنا وتلازمنا، ومعنى: «عليّ عهد الله، عليّ إلزامه تعالى ومراقبته في فعل كذا أو تركه.

ثم إن الدليل على نفوذه ووجوب العمل آيات، منها: قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ»^١، وقوله: «وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا»^٢، وقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً»^٣، وقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٤ وغيرها.

(١) لظهور نفس الكلمة في الإنشاء القولي، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف^٥ فيه.

(٢) لشمول العمومات مورد الخلاف، أعني المباح المتساوي طرفاء؛ ولخير عليّ بن جعفر: سألته عن رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال ﷺ: «يعتق رقبة...»^٦، والحديث وإن شمل المرجوح أيضاً كالعمومات إلا أنّه خارج بالإجماع.

١. النحل (١٦): ٩١.

٢. الأنعام (٦): ١٥٢.

٣. الإسراء (١٧): ٣٤.

٤. المائدة (٥): ١.

٥. الخلاف ٦: ١٢٩ / مسألة ٢٢، جواهر الكلام ٣٥: ٤٤٧.

٦. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٩٥، كتاب الإيلاء والكفارات، الباب ٢٤، الحديث ١.

كونه طاعة، فلو عاهد على فعل مباح لزم، ولو عاهد على فعل كان تركه أرجح، أو على ترك أمر كان فعله أولى ولو من جهة الدنيا لم ينعقد، ولو لم يكن كذلك حين العهد ثم طرأ عليه ذلك انحلّ.

مسألة: مخالفة العهد بعد انعقاده توجب الكفارة، والأظهر أنّ^(٣) كفارتها كفارة من أفطر يوماً من شهر رمضان.

(٣) كما سيجيء في باب الكفارات.

كتاب الكفارات

القول في أقسامها

وهي على أربعة أقسام: مرتبة، ومغيرة، وما اجتمع فيه الأمران، وكفارة الجمع.
أما المرتبة فهي ثلاث: كفارة الظهار، وكفارة قتل الخطأ، يجب ليهما^(١) العتق، فإن

كتاب الكفارات

الكفارة لغة: ما يغطي الشيء ويستتره، وفي عرف المتشرعة: عبارة عن حق مالي أو بدني يكون فعله أو بذله سبباً لستر ذنب، كما في كفارة عمل له إثم أو سد خلل كما في كفارة قتل الخطأ.

(١) أما في الظهار فلقلوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا * فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا * وَلَعْدَةُ مِنَ الرَّوَايَاتِ، فراجع.^٢

وأما ما ورد في عدة من أخبار ذلك الباب، من عطف الخصال بأو الدال على التخخير، فمحمول على بيان أصل الخصال، من غير نظر إلى التخخير والترتيب بشهادة نص الكتاب الكريم على الترتيب، وإن لم يقبل الحمل فيضرب على الجدار.

١. المجادلة (٥٨): ٣ و ٤.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٥٩. كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٦.

عجز فصيام شهرين متتابعين، فإن عجز فإطعام ستين مسكيناً، وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال، وهي إطعام عشرة^(٢) مساكين، فإن عجز فصيام ثلاثة أيام،

وَأَمَّا قَتْلُ الْخَطَا، فليقله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ»^١ وقد ذكر في الآية خصلتان.

ولصحيح ابن سنان: «وإذا قتل خطأ أدى دية إلى أوليائه ثم أعتق رقية، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطيع أطعم ستين مسكيناً مِذَاً مِذَاً»^٢، مع أن الحكم مشهور^٣، بل عن «المبسوط»^٤ و«المسالك»^٥ نفي الخلاف فيه.

(٢) على المشهور^٦، وإن كانت الأقوال فيه تبلغ ثمانية أو تسعة، لصحيح بريد العجلي: «وإن كان أتى أهله بعد زوال الشمس، فإن عليه أن يتصدق على عشرة مساكين لكل مسكين مِذَاً، فإن لم يقدر صام يوماً مكان يوم، وصام ثلاثة أيام كفارة لما صنع»^٧، ومثله صحيح هشام^٨، وما في الموثق: «من كون كفارته مثل كفارة رمضان»^٩، وفي الموثق: «من أنه لا كفارة له أصلاً»^{١٠}، وغيرهما لا تقاوم ما ذكرناه سنداً واشتهاراً وعملاً.

١. النساء (٤): ٩٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٧٤، كتاب الإيلاء والكفارات، الباب ١٠، الحديث ١.

٣. رياض المسائل ١١: ٢٢٨، جواهر الكلام ٣٣: ١٧١.

٤. المبسوط ٧: ٢٤٥.

٥. مسالك الأفهام ١٥: ٥٠٣.

٦. الانتصار: ١٩٥/مسألة ٩١: مسالك الأفهام ١٠: ١٠، رياض المسائل ١١: ٢٢٩، جواهر الكلام ٣٣: ١٧٢.

٧. وسائل الشيعة ١٠: ٣٤٧، كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب ٢٩، الحديث ١.

٨. وسائل الشيعة ١٠: ٣٤٧، كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب ٢٩، الحديث ٢.

٩. وسائل الشيعة ١٠: ٣٤٩، كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب ٢٩، الحديث ٥.

١٠. وسائل الشيعة ١٠: ٣٤٨، كتاب الصوم، أبواب أحكام شهر رمضان، الباب ٢٩، الحديث ٤.

والأحوط كونها متتابعات^(٣).

وأما المخيرة: فهي كفارة من أفطر في شهر رمضان^(٤) بأحد الأسباب الموجبة لها، وكفارة حنث النذر^(٥)، وكفارة حنث العهد^(٦).....

(٣) يدعو انصراف أدلته إليه . وسيجيء فيه كلام في المسألة السابعة .

(٤) على المشهور^١؛ لعدة روايات: منها: صحيح ابن سنان: في رجل أفطر في شهر رمضان متعمداً يوماً واحداً من غير عذر، قال ﷺ: «يعتق نسمة، أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكيناً»^٢.

(٥) على المشهور^٣؛ لخبر عبد الملك: عمن جعل على نفسه أن لا يركب محرماً سواه فركبه؟ قال: ولا أعلمه إلا قال: «فليعتق رقبة، أو ليصم شهرين متتابعين، أو ليطعم ستين مسكيناً»^٤.

لكن فيه أنه معارض لصحيح الحلبي: إن قلت: «لله عليّ فكفارة يمين»^٥، وهذا أرجح من الأول سنداً ومتناً، وهنا روايات أخر مخدوشة في السند أو في الدلالة، فالأقرب كونه كاليمين .

(٦) على المشهور^٦؛ لخبر أبي بصير: فيمين عاهد في طاعة فحنث: «فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً»^٧، ومثله الحديث الأول والخبران ضعيفان سنداً، منجبران بالشهرة، ودعوى الإجماع من «الانتصار»^٨ و«الغنية»^٩.

١ . الانتصار: ١٩٦ / مسألة ٩٢؛ غنية النزوع ٢: ١٣٩؛ مسالك الأنهم ١٠: ١٣؛ جواهر الكلام ١٦: ٢٦٧.

٢ . وسائل الشريعة ١٠: ٤٤؛ كتاب الصوم، أبواب ما يسلك عنه الصائم، الباب ٨، الحديث ١.

٣ . الانتصار: ٣٦٠ / مسألة ٢٠١؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٣؛ مسالك الأنهم ١٠: ١٧؛ جواهر الكلام ٣٣: ١٧٥.

٤ . وسائل الشريعة ٢٢: ٣٩٤؛ كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٢٣، الحديث ٧.

٥ . وسائل الشريعة ٢٢: ٣٩٢؛ كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٢٣، الحديث ٧.

٦ . كشف النام ٩: ١٢٤-١٢٥؛ رياض المسائل ١١: ٢٣٤؛ جواهر الكلام ٣٣: ١٧٤.

٧ . وسائل الشريعة ٢٢: ٣٩٥؛ كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٢٤، الحديث ٢.

٨ . الانتصار: ٣٥٤ / مسألة ١٩٦.

٩ . غنية النزوع ٢: ٣٩٣.

وكفارة جزّ المرأة^(٧) شعرها في المصاب، وهي العتق أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً مختيراً بينها على الأظهر.

وما اجتمع فيه الأمران: كفارة حنث اليمين^(٨)، وكفارة تنف المرأة شعرها^(٩) وخدش وجهها في المصاب، وشقّ الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته، فيجب في جميع ذلك عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم مختيراً بينها، فإن عجز عن الجميع فصيام ثلاثة أيام. وأمّا كفارة الجمع: فهي كفارة قتل المؤمن عمداً^(١٠) وظلماً، وكفارة الإفطار في شهر

(٧) لخبر خالد بن سدير: «وإذا خدشت المرأة وجهها، أو جزّت شعرها، أو تنفته، ففي جزّ الشعر عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً»^١ وضعف الخبر ينجر بالشهرة ودعوى^٢ الإجماع، وقول ابن إدريس: «إن أصحابنا مجمعون عليها في تصانيفهم وفتاواهم»^٣.

(٨) لقوله تعالى: «فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ»^٤.

(٩) لخبر خالد بن سدير السابق: «وإذا شقّ الزوج على امرأته أو والد على ولده فكفارته حنث يمين - إلى أن قال: - وفي الخدش إذا أدمت وفي التنف كفارة يمين»^٥.

(١٠) للإجماع^٦، ولعدة أخبار معتبرة، منها: صحيح ابن سنان: «فإن عفي عنه فعليه أن يعتق رقبة، ويصوم شهرين متتابعين، ويطعم ستين مسكيناً»^٧. ومثله الحديث الأول والثالث والرابع.

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٤٠٢، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٣١، الحديث ١.

٢. الانتصار: ٣٦٥/ مسألة ٢٠٦؛ جواهر الكلام ٢٣: ١٨٢.

٣. السرائر ٣: ٧٨.

٤. المائدة (٥): ٨٩.

٥. وسائل الشريعة ٢٢: ٤٠٢، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٣١، الحديث ١.

٦. الخلاف ٥: ٣٢٣/ مسألة ١٧ غنية النزوع ٢: ٤٠٨؛ رياض المسائل ١١: ٢٣٧؛ جواهر الكلام ٤٣: ٤٠٧.

٧. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٩٨، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٢٨، الحديث ٢.

رمضان^(١١) بالمحرّم على الأحوط، وهي عتق رقبة مع صيام شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً.

(مسألة ١): لا فرق في جزّ^(١٢) المرأة شعرها بين جزّ تمام شعر رأسها، أو جزّ بعضه بما يصدق عرفاً أنّها جزّت شعرها، كما لا فرق بين كونه في مصاب زوجها ومصاب غيره، وبين القريب والبعيد. والأقوى عدم إلحاق الحلق والإحراق به وإن كان أحوط، سيّما في الأوّل.

(مسألة ٢): لا يعتبر في خدش الوجه خدش تمامه، بل يكفي مسّاه. نعم، الظاهر أنّه يعتبر فيه الإدماء^(١٣)، ولا عبرة^(١٤) بخدش غير الوجه ولو مع الإدماء، ولا بشقّ ثوبها وإن كان على ولدها أو زوجها، كما لا عبرة بخدش الرجل وجهه، ولا بجزّ شعره، ولا بشقّ ثوبه؛ على غير ولده وزوجته. نعم، لا فرق في الولد بين الذكر والأنثى. وفي شموله لولد الولد تأمّل، والأحوط ذلك في ولد الابن، والظاهر عدم الشمول لولد البنت وإن كان أحوط. ولا يبعد شمول الزوجة لغير الدائمة^(١٥)، سيّما إذا كانت مدّتها طويلة.

(١١) لمعتبر عبد السلام: متى جامع الرجل حراماً أو أفطر على حرام في شهر رمضان، فعليه ثلاث كفّارات: عتق رقبة، وصيام شهرين متتابعين، وإطعام ستين مسكيناً^١. ونظيره الحديث الثالث.

(١٢) لإطلاق خبر خالد الماضي، حيث إنّ الخبر لا يشمل الحلق والإحراق، فأصالة عدم الكفّارة فيها مُحكّمة.

(١٣) للتصريح به في خبر خالد.

(١٤) كلّ ذلك اقتصاراً في مخالفة الأصل على مورد الرواية.

(١٥) فإنّها زوجة حقيقة وليست بحيث ينصرف الإطلاق عنها.

القول في أحكام الكفارات

(مسألة ١): لا يجزي عتق الكافر في الكفارة مطلقاً، فيشترط فيه الإسلام. ويستوي في الإجزاء الذكر والأنثى والكبير والصغير الذي هو بحكم المسلم؛ بأن كان أحد أبويه مسلماً. لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في كفارة القتل بعق البالغ. ويشترط أيضاً أن يكون سالماً من العيوب التي توجب الانعتاق قهراً، كالعمى والجذام والإععاد والتسكيل، ولا بأس بسائر العيوب، فيجزي عتق الأصم والأخرس وغيرهما، ويجزي عتق الأبق وإن لم يعلم مكانه ما لم يعلم موته.

(مسألة ٢): يعتبر في الخصال الثلاث - أي العتق والصيام والإطعام - النية المشتملة^(١) على قصد العمل، وقصد القرية، وقصد كونه عن الكفارة، وتعيين نوعها لو كانت عليه أنواع متعددة، فلو كانت عليه كفارة ظهار ويمين وإفطار فأعتق عبداً ونوى التكفير، لم يجز عن واحد منها. وفي المتعدد من نوع واحد يكفي قصد النوع، ولا يحتاج إلى تعيين آخر، فلو أفطر أياماً من شهر رمضان من سنة أو سنين، فأعتق عبداً لكفارة الإفطار، كفى وإن لم يعين اليوم الذي أفطر فيه، وكذلك بالنسبة إلى الصيام والإطعام. ولو كان عليه كفارة ولا يدري نوعها مع علمه باشتراكها في الخصال - مثلاً - كفى الإتيان بإحداها ناوياً عما في ذمته، بل لو علم أن عليه إعتاق عبد - مثلاً - ولا يدري أنه منذور أو عن كفارة، كفى إعتاق عبد بقصد ما في ذمته.

أحكام الكفارات

(١) لآتيها من العبادات، واستدلوا عليه بقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ مع أنهم أرسلوه إرسال المسلمات، ومع أن الصوم عبادة بذاته قطعاً، ويترتب عليه الأمور المذكورة في المسألة، إذ إتيان العمل بلا قصد لغو وبلا قرينة باطل، وكونه كفارة عنوان قصدي، وكذا كونه من نوع خاص منها، وبدونه لا يكون امتثالاً للأمر المتعلق بذلك النوع.

(مسألة ٣): يتحقق العجز عن العتق الموجب للانتقال إلى غيره في المرتبة، بعدم الرقة أو عدم التمكن من شرائه، أو غير ذلك مما هو مذكور في الفقه. ويتحقق العجز عن الصيام الموجب لتعيين الإطعام بالمرض المانع منه أو خوف زيادته بل حدوثه إن كان لمنشأ عقلائي، وبكونه شاقاً عليه بما لا يتحمل. وهل يكفي وجود المرض، أو خوف حدوثه، أو زيادته في الحال ولو مع رجاء البرء وتبدل الأحوال، أو يعتبر اليأس؟ وجهان بل قولان، لا يخلو أولهما من رجحان^(٢). نعم، لو رجا البرء بعد زمان قصير يشكل الانتقال إلى الإطعام، ولو آخر الإطعام إلى أن برئ من المرض وتمكن من الصوم، تعيين ولم يجز^(٣) الإطعام.

(مسألة ٤): ليس طرؤ الحيض والنفاس موجباً للعجز عن الصيام والانتقال إلى الإطعام، وكذا طرؤ الاضطرار على السفر الموجب للإفطار؛ لعدم انقطاع التتابع^(٤) بطرؤ ذلك.

(٢) لأن العبرة في القدرة والعجز بالنسبة إلى متعلقات الأوامر والنواهي بحال إتيانها، كما هو ظاهر إطلاق الدليل المرخص في المتأخر عند العجز عن المتقدم، ولولاه لزم فيما لو كان عاجزاً عن العتق حال الوجوب في المرتبة، فقدّر عليه حال الأداء عدم وجوب العتق.

(٣) لوضوح كون حاله - حينئذٍ - كأول ما تعلق به التكليف وهو قادر على إتيان متعلقه.

(٤) إذ لو كان - تلك الأمور - قاطعاً لزم عدم إمكان الصوم في شهرين للنساء غالباً إلى زمان اليأس.

ولصحيح رفاعة: فيمن صام شهراً فمرض: «الله حسيه». قلت: امرأة كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت وأفطرت أيام حيضها؟ قال ﷺ: «تقضيه» قلت: فإنها قضتها ثم يئست من المحيض، قال ﷺ: «لا تعيدها أجزأها ذلك»^١. وقوله ﷺ: «تقضيه» أي: تقضي أيام إفطارها بانية على ما سبق.

ولصحيح سليمان: فيمن صام خمسة عشر يوماً ثم مرض: «يبني على ما كان صام. هذا

(مسألة ٥) :المعتبر في العجز والقدرة هو حال الأداء^(٥)، لا حال الوجوب، فلو كان حال حدوث موجب الكفارة قادراً على العتق عاجزاً عن الصيام، فلم يعتق حتى انعكس، صار فرضه الصيام، وسقط عنه وجوب العتق.

(مسألة ٦) :لو عجز عن العتق في المرتبة، فشرع في الصوم ولو ساعة من النهار، ثم وجد ما يعتق، لم يلزمه العتق^(٦)، فله إتمام الصيام ويعجز. وفي جواز رفع اليد عن الصوم واختيار العتق وجه، بل الظاهر أنه أفضل. ولو عرض ما يوجب استئنافه - بأن عرض في أثناءه ما أبطل التتابع - تعين عليه العتق^(٧) مع بقاء القدرة عليه. وكذا الكلام فيما لو عجز عن الصيام، فدخل في الإطعام، ثم زال العجز.

(مسألة ٧) :يجب التتابع في الصيام في جميع الكفارات^(٨)، والحكم.....

مما غلب الله عليه وليس على ما غلب الله شيء^١.

(٥) مرّ الكلام في المسألة الثالثة.

(٦) على المشهور^٢؛ لصحيح ابن مسلم: «فإن صام وأصاب مالاً، فليمض الذي ابتدأ فيه»^٣.

وأما حديثه الآخر: في رجل صام ثم وجد نسمة: «يعتقها ولا يعتد بالصوم»^٤، فمحمول على أفضلية العدول في القدرة حين العمل والإعادة في القدرة بعده.

(٧) لما مرّ في المسألة الثالثة.

(٨) التتابع في أكثر أدلة صيام الكفارات منصوص عليه، وفي غير المنصوص يدعى انصراف الإطلاق إليه.

فلا إشكال في أصله في الجملة، وإنما الكلام في تشخيص المراد منه. ففي صحيح

١. وسائل الشيعة ١٠: ٣٧٤، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ٣، الحديث ١٢.

٢. الخلاف ٤: ٥٥٨ / مسألة ٥٧: مختلف الشيعة ٧: ٤٤٧، رياض المسائل ١٦: ٢٧٧؛ جواهر الكلام ٣٣: ٢٨٣.

٣. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٦٥، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٥، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٦٦، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٥، الحديث ٢.

في بعضها^(٩) مبنًى على الاحتياط، فلا يجوز تخلُّل الإفطار ولا صوم آخر بين أيامها وإن كان لكفارة أخرى؛ من غير فرق بين ما وجب فيه شهران مرتباً على غيره أو مختيراً أو جمعاً، وكذا بين ما وجب فيه شهران، أو ثلاثة أيام كفارة اليمين^(١٠)، ومتى أخلَّ بالتتابع وجب الاستئناف. ويتفرَّع على وجوبه: أنه لا يجوز الشروع في الصوم من زمان يعلم بتخلُّل صوم آخر واجب في زمان معين بين أيامه، فلو شرع في صيام ثلاثة أيام قبل شهر رمضان أو قبل خميس معين مثلاً نذر صومه يوم أو يومين، لم يجز ووجب استئنافه.

(مسألة ٨): إنما يضرُّ بالتتابع ما إذا وقع الإفطار في البين باختيار، فلو وقع لعذر^(١١) - كالإكراه أو الاضطرار أو المرض أو الحيض أو النفاس - لم يضرَّ به، ومنه وقوع السفر في الأثناء إن كان ضرورياً دون غيره، وكذا منه ما إذا نسي النية حتى فات وقتها؛ بأن تذكر بعد

الحلبي هو: «أن يصوم شهراً ويصوم من الآخر شيئاً أو أياماً منه، فإن عرض له شيء يفطر منه أفطر ثم قضى ما بقي عليه»^١، ويدلُّ عليه أيضاً الحديث الخامس والسادس والثامن من الباب، وهذا مفسر للتتابع الوارد في الأدلة الأولى وحاكم عليها.

(٩) كصوم قضاء رمضان. وحلق الرأس، وبدل شهرين، وبدل البدنة وغيرها، فإن دعوى انصراف أدلتها إلى التتابع بلا دليل، مضافاً إلى صحيح ابن سنان: «كل صوم يفرق إلا ثلاثة في كفارة اليمين»^٢، والحصر إضافي بالنسبة إلى ما ورد النص فيه على التتابع.

(١٠) لصحيح الحلبي: «صيام ثلاثة أيام في كفارة اليمين متتابعات ولا يفصل بينهما»^٣، وجميع أخبار ذلك الباب إلا الحديث الخامس.

(١١) للأدلة العامة الرفاعة للإكراه والاضطرار؛ ولصحيح رفاعه وسليمان الماضيين في المسألة الرابعة، وفي الثاني منهما: «ليس على ما غلب الله شيء»^٤.

١. وسائل الشريعة ١٠: ٣٧٣، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ٣، الحديث ٩.

٢. وسائل الشريعة ١٠: ٢٨٢، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ١٠، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ١٠: ٣٨٣، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ١٠، الحديث ٤.

٤. وسائل الشريعة ١٠: ٣٧٤، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ٣، الحديث ١٢.

الزوال، وكذا الحال لهما إذا كان تخلّل صوم آخر لا بالاختيار، كما إذا نسي فنوى صوماً آخر ولم يتذكّر إلا بعد الزوال، ومنه ما إذا نذر صوم كلّ خميس - مثلاً - ثمّ وجب عليه صوم شهرين متتابعين، فلا يضرّ تخلّل المنذور، ولا يتعيّن عليه البدل في المخيرة، ولا يتنقل إلى الإطعام في المرتبة. نعم، في صوم ثلاثة أيّام يخلّ تخلّله في المفروض، ليلزم الشروع فيها من زمان لم يتخلّل المنذور بينها. نعم، لو كان المنذور على وجه لا يمكن معه تحصيل التتابع، كما إذا نذر الصيام يوماً ويوماً لا، فلا يضرّ التخلّل به.

(مسألة ٩): يكفي في تنابع^(١٢) الشهرين في الكفارة - مرتبة كانت أو مخيرة - صيام شهر ويوم متتابعاً، ويجوز التفريق في البقية ولو اختياراً لا لعذر، فمن كان عليه صيام شهرين متتابعين كفارة، يجوز له الشروع فيه قبل شعبان بيوم، ولا يجوز له الاقتصار على شعبان، وكذا يجوز الشروع قبل الأضحى بواحد وثلاثين يوماً، ولا يجوز قبله بثلاثين.

(مسألة ١٠): من وجب عليه صيام شهرين فإن شرع فيه من أوّل الشهر يُجزّئ هلالين وإن كانا ناقصين، وإن شرع في أثناءه ففيه وجوه بل أقوال^(١٣)، أوجهها تكسير الشهرين

(١٢) قد مرّ أنّ أصل التتابع مسلّم في الجملة، وإنّما الكلام في المقصود منه. ففي صحيح الحلبي: في كفارة اليمين والظهار والقتل: «التتابع أن يصوم شهراً ويصوم من الآخر شيئاً أو أيّاماً منه، فإن عرض له شيء يفطر منه أفطر ثمّ قضى ما بقي عليه»، ويدلّ عليه أيضاً الحديث الخامس والسادس والثامن من نفس الباب، وهذا مفسّر للتتابع الوارد في الأدلّة الأوّلية وحاكم عليها.

(١٣) أحدها: احتساب الشهر الذي شرع فيه والشهر الذي بعده هلالين وإن نقصا، وتتميم نقص الشهر الأوّل من الثالث.

ثانيها: احتساب الشهر ثلاثين يوماً والشهر الثاني هلالياً ولو نقص، وتتميم نقص الأوّل من الثالث.

وتتميم ما نقص، فلو شرع فيه عاشر شوال يتم بصيام تاسع ذي الحجة؛ من غير فرق بين نقص الشهرين أو تمامهما أو اختلافهما، والأحوط صيام ستين يوماً، ولو وقع التفريق بين الأيام بتخلل ما لا يضر بالتتابع شرعاً يتعين ذلك ويجب السنون.

(مسألة ١١) : يتخير في الإطعام الواجب في الكفارات بين إشباع المساكين والتسليم إليهم، ويجوز إشباع بعض والتسليم إلى آخر، ولا يتقدر الإشباع بمقدار، بل المدار أن يأكلوا بمقدار شبعهم قل أو كثر. وأما في التسليم فلا بد من مد لا أقل، والأفضل بل الأحوط

الثالث: احتساب كلا الشهرين ثلاثين يوماً لوقوع الكسر في الأول، وتظهر الثمرة في مثال المتن إذا فرضنا شوال وذا القعدة ناقصين، فعلى الأول يتم بصيام تاسع ذي الحجة، وعلى الثاني يتم بصيام اليوم الحادي عشر منه، وعلى الثالث بصيام الثاني عشر منه، وحيث إن الشهر شرعاً هو الهلالي فلا بأس باختيار الأول.

(١٤) أما الإشباع: فلا تطلق قوله تعالى: «إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا»^١ وقوله: «مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ»^٢ الشامل لجميع مصاديق الإطعام.

ولصحيح أبي بصير: في السؤال عن قوله تعالى: «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ»؟ قال عليه السلام: «نعم ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك ... الخَلْ والزيت والنمر والغيز، يشبعهم به مرة واحدة»^٣.

وأما تسليم المد: فلعدة من الأخبار مستفيضة أو متواترة؛ منها: صحيح محمد بن قيس: في تكفير رسول الله صلى الله عليه وآله يعينه: «أطعم عشرة مساكين، لكل مسكين مد»^٤.

ولصحيح الحلبي: في قوله تعالى: «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ»: «يكون في البيت من يأكل المد، ومنهم من يأكل أكثر من المد، ومنهم من يأكل أقل من المد فيبين ذلك»^٥. ويظهر من الأخبار المفسرة للآية أن المراد بها الوسطية من حيث الكيفية، كما في

١. المجادلة (٥٨): ٤.

٢. المائدة (٥): ٨٩.

٣. وسائل الشيعة ٢٢: ٢٨١، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٥ و ٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٨٠، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٨١، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٣.

مَدَان^(١٥). ولا بد في كلٍّ من النحويين كمال العدد^(١٦) من ستين أو عشرة، فلا يجزي إشباع ثلاثين أو خمسة مرتين، أو تسليم كل واحد منهم مدين. ولا يجب الاجتماع^(١٧) لا في التسليم ولا في الإشباع، فلو أطعم ستين مسكيناً في أوقات متفرقة من بلاد مختلفة؛ ولو كان هذا في سنة وذلك في سنة أخرى، لأجزأ وكفى.

(مسألة ١٢): الواجب في الإشباع إشباع كل واحد من العدد مرة؛ وإن كان الأفضل^(١٨) إشباعه في يومه وليله غداة وعشاء.

تفسير أبي بصير، ومن حيث الكثية كما في تفسير الحلبي، فراجع الباب الرابع عشر من الكفارات.

ثم إن الأخبار واردة في الظهار وقتل الخطأ وإفطار شهر رمضان وغيرها، وحيث لا قائل بالفصل بين أنواع الكفارات فحكم الجميع واحد.

(١٥) لصحيح أبي بصير في كفارة الظهار: «تصدق على ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، لكل مسكين مدين مدين»^١، ونظيره المرسل عن الحلبي في اليمين^٢. وحيث لم يفتلوا بين موارد الكفارة فالحكم عام، لكنه محمول على الاستحباب لأخبار المد.

(١٦) للإجماع المدعى^٣؛ ولظهور العدد في الخصوصية لحدّها، ولموثق إسحاق: «يجمع ذلك لإنسان يعطاه؟ فقال ﷺ: لا، ولكن يعطي إنساناً إنساناً كما قال الله تعالى»^٤.

(١٧) لإطلاق الدليل.

(١٨) كما قال به المفيد^٥ لرواية سماعة، في تفسير آية اليمين: «ما يأكل أهل البيت

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٢، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٦.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٣، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ١٠.

٣. الخلاف ٤: ٥٥٩ / مسألة ٥٩: سلك الأئمة ١٠: ٩٢ - ٩٣؛ رياض السائل ١١: ٢٧٠؛ جواهر الكلام ٣٣:

٢٦١.

٤. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٦، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٦، الحديث ٢.

٥. المتقمة: ٥٦٨؛ جواهر الكلام ٣٣: ٢٥٩ - ٢٦٠.

(مسألة ١٣): يجزي في الإشباع كل ما يتعارف^(١٩) التغذي والتقوت به لغالب الناس؛ من المطبوخ وما يصنع من أنواع الأطعمة، ومن الخبز من أي جنس كان مما يتعارف تخبيره من حنطة أو شعير أو ذرة أو دخن وغيرها وإن كان بلا إدام. نعم، الأحوط في كفارة اليمين وما كانت كفارته كفارتها عدم كون الإطعام بل والتسليم أدون مما يطعمون أهلهم؛ وإن كان الإجزاء بما ذكر فيها أيضاً لا يخلو من قوة^(٢٠). والأفضل أن يكون مع الإدام^(٢١)، وهو كل ما جرت العادة على أكله مع الخبز جامداً أو مانعاً وإن كان خللاً أو ملحاً أو بصلاً، وكل ما كان أفضل كان أفضل. وفي التسليم بذل ما يسمى طعاماً من نبي ومطبوخ؛ من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما والأرز وغير ذلك، والأحوط الحنطة أو دقيقها^(٢٢). ويجزي التمر والزبيب تسليماً وإشباعاً.

(مسألة ١٤): التسليم إلى المسكين تصليك له، فيملك ما قبضه ويقبل به ما شاء، ولا

يشبههم يوماً^١، وهو مرسل محمول على الاستحباب.

(١٩) لأن الملاك صدق عنوان الإطعام الشامل لكل ما يطعم في مقابل ما يشرب.

(٢٠) لأنه قد فسر الأوسط في الآية الشريفة كماً بالمد، وكيفاً بما في صحيح أبي بصير:

قال: وما أوسط ذلك؟ فقال ﷺ: «الخُلّ والزيت والتمر والخبز»^٢، فيكفي كل واحد منها وما أشبهه. وما ورد في عدة روايات معتبرة بتقييد الإطعام في كفارة اليمين بالحنطة والدقيق محمول على الاستحباب، للصحيح المزبور، ولخبر أبي جميلة^٣.

(٢١) لما في صحيح الحلبي بعد ذكر المد: «وإن شئت جعلت لهم أدماً، والأدم أدناه ملح،

وأوسطه الخُلّ والزيت، وأرقعه اللحم»^٤.

(٢٢) خصوصاً في كفارة اليمين.

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٧٧، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٢، الحديث ٩.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨١، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٥.

٣. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٠، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨١، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤، الحديث ٣.

يتعين عليه صرفه في الأكل.

(مسألة ١٥) : تساوى الصغير والكبير^(٢٣) إن كان التكفير بالتسليم، فيعطى الصغير مداً من الطعام كالكبير وإن كان اللازم في الصغير التسليم إلى وليه^(٢٤). وكذلك إن كان بنحو الإشباع إذا اختلط الصغار مع الكبار، فإذا أشبع عائلة أو عائلات مشتملة على كبار وصغار أجزأ مع

(٢٣) الصغار إما أن يجتمعوا مع الكبار في الإطعام أو ينفردون. وعلى التقديرين: إما أن يكون الإطعام بالأمداد أو بالإشباع.

أما في صورة الاجتماع مطلقاً فالمشهور - بل ادّعي^١ عدم الخلاف فيه - تساويهم في المدّ والإشباع، ويظهر من «الجواهر»^٢ كما يظهر من المتن أيضاً: كون صورة إنفراد الصغار في الأمداد أيضاً كذلك، لصحيح ابن عبد الرحمن: في السؤال عن إطعام عشرة، أيعطى الصغار والكبار سواء أو يفضل الكبار؟ فقال رحمته الله: «كلهم سواء»^٣.

وأما صورة إنفراد الصغار في الإشباع، فالمشهور الذي ادّعي^٤ عليه عدم الخلاف أيضاً لزوم احتساب اثنين منهم بواحد؛ لمعتبرة غياث: «لا يجزي إطعام الصغير في كفارة اليمين، ولكن صغيرين بكبير»^٥.

هذا ولكن الظاهر تعارض صحيح ابن عبد الرحمن مع خبر غياث، ولا دليل على الجمع المزبور مع أنهما وردا في اليمين، فتعدية الحكم إلى غيرها مشكل وإن ادّعي عدم القول بالفصل، هذا وحمل خبر غياث على الاستحباب ممكن.

(٢٤) لأنّ ظاهر قوله رحمته الله: «لكل مسكين مدّ» وقوله رحمته الله: «إنها صدقة» لزوم دفعها إلى

١. الخلاف ٤: ٥٦٤ / مسألة ٦٨، البسوط ٥: ١٧٨؛ رياض المسائل ١١: ٢٧٢، جواهر الكلام ٣٣: ٢٦٧.

٢. جواهر الكلام ٣٣: ٢٦٧ - ٢٧٠.

٣. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٧، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٧، الحديث ٣.

٤. مخلف الشريعة ٨: ٢٢٤ - ٢٣٥؛ رياض المسائل ١١: ٢٧٢، جواهر الكلام ٣٣: ٢٦٧.

٥. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٧، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٧، الحديث ١.

بلوغهم سنيناً، وإن كان الصغار منفردين فاللزام احتساب اثنين بواحد، بل الأحوط احتسابهم كذلك مطلقاً. والظاهر أنه لا يعتبر في إشباعهم إذن الولي.

(مسألة ١٦): لا إشكال في جواز إعطاء كل مسكين أزيد من مدّ من كفّارات متعدّدة ولو مع الاختيار؛ من غير فرق بين الإشباع والتسليم، فلو أفطر تمام شهر رمضان، جاز له إشباع ستين شخصاً ميتين في ثلاثين يوماً، أو تسليم ثلاثين مدّاً من طعام لكل واحد منهم وإن وجد غيرهم.

(مسألة ١٧): لو تعدّر العدد في البلد وجب النقل إلى غيره، وإن تعدّر انتظار. ولو وجد بعض العدد كرّر على الموجود^(٢٥) حتّى يستوفي المقدار، ويقتصر في التكرار على جميع الموجودين، فلو تمكّن من عشرة كرّر عليهم ستّ مرّات، ولا يجوز التكرار على خمسة اثنتا عشرة مرّة. والأحوط^(٢٦) عند تعدّر العدد الاقتصار على الإشباع دون التسليم، وأن يكون في أيّام متعدّدة.

(مسألة ١٨): المراد بالمسكين الذي هو مصرف الكفّارة هو الفقير الذي يستحقّ الزكاة، وهو من لم يملك قوت سنته لا فعلاً ولا قوّة. ويشترط فيه الإسلام، بل الإيمان على الأحوط؛ وإن كان جواز إعطاء المستضعف^(٢٧) من الناس غير الناصب لا يخلو من قوّة،

أهله وإقباضه له، وهو لا يتحقّق إلّا بقبض الولي وإلّا يكون كلا إقباض.

(٢٥) بلا خلاف^١ فيه: لخبر السكوني: «إن لم يجد في الكفّارة إلّا الرجل والرجلين فليكرّر عليهم حتّى يستكمل العشرة، يعطيهم اليوم ثمّ يعطيهم غدّاً»^٢.

(٢٦) ولعلّه لتوهّم دلالة قوله ﷺ: «يعطيهم اليوم ثمّ غدّاً» على كون ذلك بنحو الإشباع، لعدم إمكان اجتماع العشرة منه أو السّتين في يوم واحد، وهذا بخلاف تسليم الأمداد وهو وجه.

(٢٧) لعلّه لموثّق عمّار: فيعطيه الضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال ﷺ: «نعم، وأهل

١. الخلاف ٤: ٥٥٩/ مسألة ٥٩: مسائل الأنعام ١٠: ٩٢؛ رياض المسائل ١١: ٢٧٠؛ جواهر الكلام ٣٣: ٢٦١.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٣٨٦، كتاب الإيلاء والكفّارات، أبواب الكفّارات، الباب ١٦، الحديث ١.

وأن لا يكون ممن تجب نفقته على الدافع^(٢٨)، كالوالدين والأولاد والزوجة الدائمة، دون المنقطعة، ودون سائر الأقارب والأرحام حتى الإخوة والأخوات. ولا يشترط فيه العدالة^(٢٩) ولا عدم الفسق. نعم، لا يعطى المتجاهر بالفسق^(٣٠) الذي ألقى جلياب الحياء. وفي جواز إعطاء غير الهاشمي إلى الهاشمي قولان، لا يخلو الجواز من رجحان؛ وإن كان الأحوط الاقتصاد على مورد الاضطرار والاحتياج التام، الذي يحل معه أخذ الزكاة.

(مسألة ١٩): يعتبر في الكسوة في الكفارة أن يكون ما يعد لباساً عرفاً^(٣١)؛ من غير فرق بين الجديد وغيره؛ ما لم يكن منخرقاً أو متسحقاً ويالياً بحيث ينخرق بالاستعمال. فلا يكتفى بالعمامة والقلنسوة والحزام والخف والجورب، والأحوط عدم الاكتفاء بثوب واحد،

الولاية أحب إليّ^١.

ولكن يعارضه صحيح عبدالرحمان: «ويتسم إذا لم يقدر على المسلمين وهيالاتهم تمام العدة التي تلزمه أهل الضعف ممن لا ينصب»^٢، والمراد بالمسلم فيه المؤمن، فالأولى تقييد الجواز في الموتق بصورة عدم إمكان المؤمن.

(٢٨) بلا خلاف^٣ فيه؛ لغنائهم بواسطة الولي، ولظهور الأدلة في مغايرة المساكين مع الأهل، كقوله تعالى: «مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ» ولغير ذلك.

(٢٩) لإطلاق الأدلة، ولصحيح عبدالرحمان الماضي^٤.

(٣٠) لكونها مواساة ومودة وصلّة، والمتجاهر ليس أهلاً لها، بل قد يكون معاوناً على الإثم، والتفصيل في باب الزكاة، وكذا في إعطائها للهاشمي.

(٣١) لظهور الكسوة في الآية، والثوب في الروايات في ذلك. وعدم عدّ المذكورات في المتن ثوباً عرفاً.

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٢٨٨، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٨، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٢٨٨، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٨، الحديث ١.

٣. المبسوط ٥: ١٧٨، السرائر ٣: ٧٠، مسالك الأنهار ١٠: ١١٥، جواهر الكلام ٣٣: ٢٨٧.

٤. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٨٧، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٧، الحديث ٣.

خصوصاً بمثل السراويل أو القميص القصير، فلا يكون أقل من قميص مع سراويل؛ وإن كان الأقوى جواز الاكتفاء به^(٣٢)، والأحوط أن يكون من يوارى عورته. ويعتبر فيها العدد^(٣٣) كالإطعام، فلو كثر على واحد - بأن كساه عشر مرّات - لم تحسب إلا واحدة. ولا فرق في المكسّق بين الصغير والكبير والذكر والأنثى. نعم، في الاكتفاء بكسوة الصغير^(٣٤) في أوائل عمره - كابت شهر أو شهرين - إشكال، فلا يترك الاحتياط. والظاهر اعتبار كونه مخيطاً فيما كان المتعارف فيه المخيطية، دون ما لا يحتاج إلى الخياطة، فلو سلّم إليه الثوب غير مخيط في الفرض لم يجز. نعم، الظاهر أنّه لا بأس بأن يدفع أجرة الخياطة معه ليخيطه ويلبسه. ولا يُجزّي إعطاء لباس الرجال للنساء وبالعكس، ولا إعطاء لباس الصغير للكبير. ولا فرق في جنسه بسبب كونه من صوف أو قطن أو كتان أو غيرها، وفي الاجتزاء بالحرير المحض للرجال إشكال، إلا إذا جاز لهم اللبس لضرورة أو غيرها. ولو تعدّد تمام العدد كسا

(٣٢) لعدة أخبار، منها: صحيح أبي بصير: قلت؛ وكسوتهم؟ قال ﷺ: «ثوب واحد»^١.

ومنها: صحيح محمد بن قيس: «ثوب يوارى به عورته»^٢.

ويعارضها صحيح الحلبي: «لكلّ إنسان ثوبان»^٣، وعدة أخرى مراسيل وغيرها، فقد حملوها على الاستحباب بشهادة سياق بعضها ومخالفتها؛ لإطلاق الآية وذهاب أكثر المتأخّرين^٤ على خلافها، لكنّ الترجيح مع الأولى؛ لقوتها سنداً وموافقتها لإطلاق الكتاب والشهرة بين المتأخّرين، وشهادة سياق بعضها على الندب، فالأرجح حملها على الاستحباب.

(٣٣) لظهور الآية في ذلك كالروايات.

(٣٤) لقوة احتمال انصراف الأدلّة عنه، كما في إعطاء لباس الرجال للنساء وعكسه.

١. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٨١، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤. الحديث ٥.

٢. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٨٠، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٤. الحديث ٦.

٣. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٧٥، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ١٢. الحديث ١.

٤. مسائل الأنعام ١٠: ١٠٤؛ رياض المسائل ١١: ٢٧٥؛ جواهر الكلام ٣٣: ٢٧٣.

الموجود وانتظر الباقي. والأحوط التكرار على الموجود، فإذا وجد الباقي كسأه.

(مسألة ٢٠): لا تجزي القيمة^(٣٥) في الكفارة لا في الإطعام ولا في الكسوة، بل لا بد في الإطعام من بذل الطعام إشباعاً أو تمليكاً، وكذا في الكسوة لا بد من إعطائها. نعم، لا بأس بأن يدفع القيمة إلى المستحق إذا كان ثقة، وبوكله في أن يشتري بها طعاماً يأكله أو يتملكه أو كسوة ليلبسها.

(مسألة ٢١): إذا وجبت عليه كفارة مخيرة لم يجز أن يكفر^(٣٦) بجنسين؛ بأن يصوم شهراً ويطعم ثلاثين في كفارة شهر رمضان مثلاً، أو يطعم خمسة ويكسو خمسة - مثلاً - في كفارة اليمين. نعم، لا بأس باختلاف أفراد الصنف الواحد منها، كما لو أطعم بعض العدد طعاماً خاصاً وبعضه غيره، أو كسا بعضهم ثوباً من جنس وبعضهم من آخر، بل يجوز في الإطعام أن يشيع بعضاً ويسلم إلى بعض، كما مر.

(مسألة ٢٢): لا بد للعتق في الكفارة مخيرة كانت أو مرتبة أو كفارة الجمع، فيسقط بالتعذر. وأما صيام شهرين متتابعين والإطعام لو تعذراً، ففي كفارة شهر رمضان مع تعذر جميع الخصال يتصدق بما يطيق^(٣٧)، ومع عدم التمكن يستغفر^(٣٨) الله، ويكفي مرة. والأحوط في هذه الصورة التكفير إن تمكن بعد ذلك. وفي غيرها مع تعذرها صام ثمانية

(٣٥) لظهور الآية والروايات في ذلك.

(٣٦) كل ذلك عملاً بظواهر الأدلة وإطلاقاتها.

(٣٧) لصحيح ابن سنان: فيمن أفطر يوماً من رمضان ثم عجز عن غير عذر عن خصال الظهار: «فإن لم يقدر تصدق بما يطيق»^١، ونحوه بعينه صحيحه الآخر في الحديث الثالث. (٣٨) لملة لصحيح ابن جعفر: فيمن عجز عن خصال الظهار: «فإن لم يجد فليستغفر الله»^٢. بالحمل على الترتيب بينه وبين صحيح ابن سنان الماضي.

١. وسائل الشريعة ١٠: ٤٤، كتاب الصوم، أبواب ما يسلك عنه الصائم، الباب ٨، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٠: ٤٨، كتاب الصوم، أبواب ما يسلك عنه الصائم، الباب ٨، الحديث ٩.

عشر يوماً على الأقوى في الظهار^(٣٩)، وعلى الأحوط في غيره^(٤٠)، والأحوط التسابع فيها^(٤١)، وإن عجز عن ذلك أيضاً، صام ما استطاع^(٤٢) أو تصدق بما وجد على الأحوط في شقي التخيير، ومع العجز عنهما بالمرة استغفر الله^(٤٣) تعالى ولو مرة.
(مسألة ٢٣): الظاهر أنّ وجوب الكفارات موسّع، فلا تجب^(٤٤) المبادرة إليها، ويجوز

(٣٩) لخبر أبي بصير: فيمن عجز عن خصال الظهار: «يصوم ثمانية عشر يوماً، لكل عشرة ماكين ثلاثة أيام»^١.

وخبر سماعة: فيمن لم يقدر على الصيام والعتق والصدقة: «فليصم ثمانية عشر يوماً، على كلّ عشرة ماكين ثلاثة أيام»^٢. وهذا محمول على الكفارة المرتبة، لظهور كونها بدلاً عن الإطعام الذي هو الواجب الأخير في المرتبة عند عدم القدرة على الجميع إذ لو كانت مخيرة لما كان وجه لبدليته عن عدل خاص عند العجز عن الجميع ومع فرض الإطلاق فمقيّد بغير كفارة شهر رمضان لصحيح ابن سنان الماضي.

(٤٠) ولعله لاحتمال شمول خبر سماعة الماضي له.

(٤١) قيل: لظهور دليلها في ذلك، أو لكونها بدلاً عن الصوم الذي فيه التسابع، فيجري عليها حكم المبدل، لكن في صحيح ابن سنان: «كلّ صوم يفرق إلا ثلاثة أيام في كفارة اليمين»^٣.

(٤٢) لقاعدة الميسور.

(٤٣) لخبر داود بن فرقد: «إنّ الاستغفار توبة، وكفارة لكلّ من لم يجد السبيل إلى شيء من الكفارة»^٤، ونظيره صحيح أبي بصير^٥.

(٤٤) وهو مقتضى إطلاق الأدلة في المقام وغيره.

١. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٧٢، كتاب الإيلاء والكفارات، أبواب الكفارات، الباب ٨، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ١٠: ٣٨١، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ٩، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ١٠: ٣٨٢، كتاب الصوم، أبواب بقية الصوم الواجب، الباب ١٠، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٦٨، كتاب الإيلاء والكفارات، الباب ٦، الحديث ٣.

٥. وسائل الشيعة ٢٢: ٣٦٧، كتاب الإيلاء والكفارات، الباب ٦، الحديث ١.

التأخير ما لم يؤد إلى حدّ التهاون.

(مسألة ٢٤) : يجوز التوكيل في إخراج الكفّارات المالية وأدائها، ويتولّى الوكيل النيّة إن كان وكيلًا في إخراجها، وإن كان وكيلًا في الإيصال إلى الفقير ينوي الموكل حين دفع الوكيل إلى الفقير، ويكفي أن يكون من نيّته أن ما يدفع وكيله إلى الفقير كفّارة، ولا يلزم العلم بوقت الأداء تفصيلًا. وأمّا الكفّارات البدنية فلا يجزّي فيها التوكيل^(٤٥)، ولا تجوز فيها النيابة على الأقوى إلّا عن الميت.

(مسألة ٢٥) : الكفّارات المالية بحكم الديون، فلو مات من وجبت عليه تخرج من أصل المال، وأمّا البدنية فلا يجب على الورثة أدائها ولا إخراجها من التركة؛ ما لم يوص بها الميت، فتخرج من ثلثه. نعم، لم يوجبها على الوليّ وهو الولد الأكبر احتمال قويّ فيما إذا تعيّن على الميت الصيام، وأمّا لو تعيّن عليه غيره - بأن كانت مرتبة وتعيّن عليه الإطعام - فلا يجب على الوليّ، ولو كانت مخيرة وكان متمكّنًا من الصيام والإطعام، فلو أمكن الإخراج من التركة تخرج منها، وإلّا فالأحوط على الوليّ الصيام لو تلفت التركة أو أبى الورثة عن الإطعام.

(٤٥) لظهور الأدلّة فيها في المباشرة، كما في الصلاة وصوم شهر رمضان وغيرهما، وللبحث فيه محلّ آخر.

كتاب الصيد والذباحة

القول في الصيد

كما يذكى الحيوان ويحل لحم ما حل أكله بالذبح الواقع على النحو المعتبر شرعاً، يذكى أيضاً بالصيد على النحو المعتبر، وهو إما بالحيوان أو بغيره. وبعبارة أخرى: الآلة التي يصاد بها: إما حيوانية أو جمادية. ويتم الكلام في القسمين في ضمن مسائل:

كتاب الصيد والذباحة

القول في الصيد

الأولى تسمية الكتاب بكتاب التذكية أو المذكى، فإن المراد هنا: بيان كيفية تذكية الحيوان، أو بيان حكم الحيوان المذكى القابل لاستفادة الأكل وغيره منه، وإن كان قد يتعرض لحكم الصيد للإبقاء لا للأكل.

ويدل على أصل حلية الصيد والمصيد الإجماع^١ بقسميه، وقوله تعالى: «أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْغَنَاءِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا»^٢ وقوله: «وَإِذَا خَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا»^٣، وقوله تعالى: «وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ

١. المبسوط ٦: ٢٥٦، مسالك الأنعام ١١: ٤٠٥، رياض السائل ١٣: ٢٥١، جواهر الكلام ٣٦: ٧.

٢. المائدة (٥): ٩٦.

٣. المائدة (٥): ٢.

(مسألة ١): لا يحلّ من صيد الحيوان ومقتوله إلا ما كان بالكلب المملّم^(١)؛ سواء كان سلوكياً أو غيره، وسواء كان أسود أو غيره، فلا يحلّ صيد غيره من جوارح السباع كالفهد والنمر وغيرهما، وجوارح الطير كالبازي والعقاب والباشق وغيرها وإن كانت معلّمة، فما يأخذه الكلب المملّم ويقتله بقره وجرحه مذكّر حلال أكله من غير ذبح، فيكون عضه وجرحه على أي موضع من الحيوان بمنزلة ذبحه.

اللَّهُ فَكُلُوا مِنَّا أَمْسِكُنْ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ^١.

وتدلّ أيضاً روايات كثيرة يأتي بعضها.

(١) أمّا كونه كلباً فهو المشهور شهرة عظيمة، بل ادّعي^٢ عليه الإجماع، لقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ أي: حال كونكم مربّين للكلاب خاصة دون سائر الحيوانات، ولعدة كثيرة من الأخبار:

منها: صحيح الحلبي: في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ﴾ قال^٣: «هي الكلاب»^٢.

ومنها: صحيح الحذاء: «ليس شيء يؤكل منه مكلّب إلا الكلب»^٤.

ومنها: صحيح الحضرمي: في صيد البزاة والصقور والكلب والفهد: «لا تأكل صيد شيء من هذه إلا ما ذكّبتموه، إلا الكلب المكلّب»^٥، ونحوه الحديث الرابع ثم إنّ مقتضى إطلاق الأدلّة عدم الفرق بين مصاديق الكلب، وأمّا كون صيده حلالاً فللقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنَّا أَمْسِكُنْ عَلَيْكُمْ﴾.

ولصحيح الحذاء: «يأكل مما أمسك عليه»^٦.

١. المائدة (٥): ٤.

٢. الانتصار: ٣٩٤/ مسألة ٢٢٧؛ الخلاف: ٦: ٥/ مسألة ١؛ غنية النزوع: ٢: ٣٩٤؛ جواهر الكلام: ٨: ٣٦.

٣. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣١، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ٣.

٦. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ٢.

(مسألة ٢) : يعتبر في حلية صيد الكلب أن يكون معلماً^(٢) للاصطياد. وعلامة كونه بتلك الصفة: أن يكون من عادته مع عدم المانع أن يترسل ويهيج إلى الصيد لو أرسله صاحبه وأغراه به، وأن يتزجر ويقف عن الذهاب والهباج إذا زجره. نعم، لا يضر إذا لم يتزجر حين رؤية الصيد وقربه منه. والأحوط أن يكون من عادته التي لا تتخلف إلا نادراً أن يمسك الصيد^(٣)، ولا يأكل منه شيئاً حتى يصل صاحبه.

وصحيح الحضرمي: قلت: فإن قتله؟ قال ﷺ: «كُل، لأن الله ﷻ يقول: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ...﴾»^(١).

وصحيح سيف: «إذا أرسلت الكلب المعلم فاذكر اسم الله عليه، فهو ذكاته»^(٢).

(٢) بلا خلاف^(٣) فيه؛ لقوله تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾.

ولصحيح الحضرمي: «لا تأكل صيد شيء من هذه إلا الكلب المكلب»^(٤)، ولصحيح سيف الماضي.

(٣) ذكر هذا القيد جماعةً أمراً ثالثاً مما يتحقق به التعليم في مقابل الاسترسال إذا أرسل، والآنزجار إذا زجر، وهو مشهور^(٥) بين القدماء والمتأخرين؛ لأصالة عدم الحلية بدونه، ولقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾، الظاهر في اعتياد الإمساك لا وقوعه اتفاقاً، ولعدم صدق التعليم بدونه.

ولصحيح رفاعه: «إذا أكل منه فلم يمسك عليك وإنما أمسك على نفسه»^(٦).

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٢٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٣٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٤، الحديث ١.

٣. الانتصار: ٣٩٤ / مسألة ٢٢٧، غنية النزوع ٢: ٣٩٤، رياض المسائل ١٣: ٢٥٥، جواهر الكلام ٣٦: ١٨.

٤. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٢٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣، الحديث ٢.

٥. الخلاف ٦: ٦ / مسألة ٢، غنية النزوع ٢: ٣٩٥، مسالك الأنهار ١١: ٤١٥، جواهر الكلام ٣٦: ١٩.

٦. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٣٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢، الحديث ١٧.

(مسألة ٣): يشترط في حبة صيد الكلب المعلم أمور:

الأول: أن يكون ذلك بإرساله^(٤) للاصطياد، فلو استرسل بنفسه من دون إرسال لم يحل مقتوله؛ وإن أغراه صاحبه بعده حتى فيما أثر إغراؤه فيه؛ بأن زاد في عدوه بسببه على الأحوط. وكذا الحال لو أرسله للاصطياد^(٥)، بل لأمر آخر؛ من دفع عدو أو طرد سبب أو غير ذلك، فصادف غزاً فصاده. والمعتبر قصد الجنس لا الشخص، فلو أرسله إلى صيد غزال فصادف غزاً آخر فأخذه وقتله كفى في حله. وكذا لو أرسله إلى صيد فصاده مع غيره حللاً معاً.

ولمؤثّق سماعة: إذا هو أمسكه فكل، وإذا أكل منه فلا تاكل^١ انتهى ملخصاً. وأما ما ورد في عدّة كثيرة من الأخبار المعتبرة بحلّة صيده وإن أكل ثلثه أو نصفه، فقد حملوه على وقوع ذلك منه نادراً بحيث لا ينافي كونه معلماً. كما لا ينافي ذلك سائر الملكات من الإنسان أيضاً.

(٤) بلا خلاف، بل ادّعي^٢ عليه الإجماع لأصالة عدم التذكية عند الشك، ولخبر قاسم بن سليمان المنجير بالشهرة: عن كلبٍ أفلت ولم يرسله صاحبه فصاد فأدركه صاحبه، وقد قتله، أياً أكل منه؟ فقال لا^٣؛ ولا^٤.

ولخبر سيف: إذا أرسلت الكلب المعلم، فاذكر اسم الله عليه، فهو ذكاته^٥. وليعلم أنه يفهم من الأدلة أن إرسال الآلة الحيوانية أو الجمادية كالسهم - مثلاً - بمنزلة ذبح الحيوان، فيشترط فيه ما يشترط فيه، كما سيجيء في فروع الكلام.

(٥) الملاك في الإرسال والرمي قصد الاصطياد في مقابل قصد اختيار الحيوان أو قوة يده أو العيت بذلك، فحينئذٍ: يكفي احتمال وجود الصيد في المحلّ فضلاً عن الظنّ والقطع، ويكفي أيضاً قصد الجنس دون الشخص، فلو أغراه باحتمال الضبي فصادف حمار الوحش

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢، الحديث ٢.

٢. الخلاف ٦: ١٦ / مسألة ١٤: غنية النزوع ٢: ٣٩٦؛ رياض المسائل ١٣: ٢٦٤، جواهر الكلام ٣٦: ٢٧.

٣. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٥٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١١، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٣٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ٤.

الثاني: أن يكون المرسل مسلماً^(٦) أو بحكمه، كالصبي الملحق به بشرط كونه مميزاً. فلو أرسله كافر بجميع أنواعه، أو من كان بحكمه كالنواصب - لعنهم الله - لم يحل أكل ما قتله.

الثالث: أن يُسمَّى^(٧)؛ بأن يذكر اسم الله عند إرساله، فلو تركه عمداً لم يحل مقتوله، ولا يضرب لو كان نسياناً^(٨). والأحوط أن تكون التسمية عند الإرسال^(٩)، فلا يكتفى بها قبل الإصابة.

حل، وكذا في الرمي، وذلك لإطلاق الأدلة وعمومها، فحينئذٍ: يخرج قوله ﷺ: «فصادف غزالاً» وأمثاله عن منصرف الأدلة، فتكون أصالة عدم التذكية فيه مُحْكَمَةً.

(٦) للإجماع^١ بقسميه عليه، وسيجيء الكلام فيه في الذباحة فإنهما من باب واحد. (٧) بلا خلاف فيه، بل ادَّعى^٢ الإجماع عليه بقسميه، لصحيح الحلبي: «من أرسل كلبه ولم يسم فلا يأكله»^٣.

وخبر قاسم: «إذا صاد ولم يسم فلا يأكل»^٤.

(٨) للموثق عن زرارة: «إذا أرسل الرجل كلبه ونسي أن يسمي فهو بمنزلة من ذبح ونسي أن يسمي»^٥.

وصحيح عبد الرحمان: «فإن كنت ناسياً فكل منه أيضاً»^٦ ولا يخفى عليك ظهور صحيح الحلبي وموثق زرارة في لزوم كون التسمية عند الإرسال.

(٩) لظهور الأدلة في مقارنتهما، ولأن الإرسال كالتذكية، فلا تجري التسمية بعدها. ولصحيح الحذاء: الرجل يترح كلبه المعلم، ويسمي إذا سرحه؟ فقال ﷺ: «يأكل مما

١. الانتصار: ٤٠٣/ مسألة ٢٣١؛ الخلاف ١٩: ٦/ مسألة ١٨-١٩، غنية النزوع ٢: ٣٩٦؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٦-٢٧.

٢. الخلاف ١٠: ٦/ مسألة ٦؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٥؛ كشف اللثام ٩: ١٩١؛ جواهر الكلام ٣٦: ٣٠.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٥٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٢، الحديث ٥.

٤. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٥٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٢، الحديث ١.

٥. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٥٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٢، الحديث ٢.

٦. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٥٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٢، الحديث ٤.

الرابع: أن يكون موت^(١٠) الحيوان مستنداً إلى جرحه وعقره، فلو كان بسبب آخر - كصدمه، أو خنقه، أو إصابه، أو ذهاب مرارته من الخوف، أو إلقائه من شاهق، أو غير ذلك - لم يحل.

الخامس^(١١): عدم إدراك صاحب الكلب الصيد حياً مع تمكنه من تذكينه؛ بأن أدركه

أمسك^١ ونحوه غيره مما يدل على شيوع العمل عندهم، وارتكاز لزوم التقارن في ذهنهم وقد أقرهم الإمام عليه السلام، فهذه الأدلة شارحة لكيفية التسمية التي ثبت اشتراطها وتقييدها لإطلاق الآية الشريفة.

(١٠) جرح الكلب المعلم والسهم ونحوه بمنزلة الذبح باليد في كونه سبباً شرعياً للتذكية، فاللزام - حينئذٍ - إحراز استنادها إلى واحدٍ منها، والشك في ذلك محقق لموضوع أصالة عدمها، وتشهد به عدة من الأخبار:

منها: صحيح سليمان: «إن كان يعلم أن رميته هي التي قتلته فليأكل»^٢. وموتى ساعة: فيمن وجد رميته من الغد: «إن علم أنه أصابه وإن سهمه هو الذي قتلته فليأكل منه، وإلا فلا يأكل منه»^٣. ومثل ذلك سائر أحاديث الباب، ولا فرق بين الرمي وإرسال الكلب.

(١١) وبالجملة: إذا أرسل لصحيح الحذاء: «يأكل مما أمسك عليه، فإذا أدركه قبل قتلته ذكاه»^٤.

وصحيح ابن مسلم: «إن أخذته فأدركت ذكاته فذكاه»^٥. وخبر أبي بصير: «إن أدركت صيده فكان في يده حياً فذكاه، فإن عجل عليك فمات

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٣٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٦٥، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٨، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٦٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٨، الحديث ٣.

٤. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٤٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٤، الحديث ١.

٥. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٤١، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٤، الحديث ٢.

ميتاً، أو أدركه حيّاً لكن لم يسع الزمان لذبحه. وبالجمله: إذا أرسل كلبه إلى الصيد، فإن لحق به بعد ما أخذه وعقره وصار غير ممتنع، فوجده ميتاً، كان ذكياً وحلّ أكله، وكذا إن وجده حيّاً ولم يسع الزمان لذبحه فتركه حتى مات. وأمّا إن اتسع لذبحه لا يحلّ إلا بالذبح، فلو تركه حتى مات كان ميتة. وأدنى ما يدرك ذكاته^(١٢) أن يجده تطرف عيناه، أو تركض رجله، أو يحرك ذنبه أو يده، فإن وجده كذلك واتسع الزمان لذبحه لم يحلّ أكله إلا بالذبح. وكذلك الحال لو وجده بعد عقر الكلب عليه ممتنعاً فجعل يعدو خلفه فوقف، فإن بقي من حياته زمان يسع لذبحه لم يحلّ إلا به، وإن لم يسع حلّ بدونه. ويلحق بعدم اتساعه^(١٣) ما إذا وسع ولكن كان ترك التذكية لا بتقصير منه، كما إذا اشتغل بأخذ الآلة وسلّ السكين، مع المسارعة العرفية، وكون الآلات على النحو المتعارف؛ فلو كان السكين في غمد ضيق غير متعارف، فلم يدرك الذكاة لأجل سلة منه، لم يحلّ. وكذا لو كان لأجل لصوقه به بدم ونحوه. ومن عدم التقصير ما إذا امتنع الصيد من التمكين بما فيه من بقية قوة ونحو ذلك، فمات قبل أن يمكنه الذبح. نعم، لا يلحق به فقد الآلة على الأحوط لو لم يكن أقوى^(١٤)، فلو وجده

قبل أن تذكيه فكلّ^١.

(١٢) لعدة أخبار: منها: خبر ليث المرادي: «كلّ ما لم يقتل إذا أدركت ذكاته، وآخر الذكاة إذا كانت العين تطرف، والرجل تركض، والذنب يتحرك»^٢. ومنها: صحيح زرارة: «فإن أدركت شيئاً منها، وعين تطرف أو قائمة تركض أو ذنب يمصع، فقد أدركت ذكاته فكلّه»^٣.

(١٣) لصدق عدم الإدراك، وشمول إطلاقات الحلّ من الآية والرواية.

(١٤) لصدق أنّه لم يذكّه بعدما أدرك ذكاته وتمكّن منها.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٤١، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٤، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٥٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٩، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٩، الحديث ١.

حيثاً واتسع الزمان لذبحه، إلا أنه لم يكن عنده السكين، فلم يذبحه لذلك حتى مات، لم يحل أكله.

(مسألة ٤): هل يجب على من أرسل الكلب، المسارعة والمبادرة إلى الصيد من حين الإرسال، أو من حين ما رآه قد أصاب الصيد وإن كان بعدد على امتناعه، أو من حين ما أوقفه وصار غير ممنوع، أو لا تجب أصلاً؟ الظاهر وجوبها من حين^(١٥) الإيقاف، فإذا أشعر به يجب عليه المسارعة العرفية حتى أنه لو أدركه حيثاً ذبحه، فلو لم يتسارع ثم وجد ميتاً لم يحل أكله. وأما قبل ذلك فالظاهر عدم وجوبها وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. هذا إذا احتمل ترتب أثر على المسارعة واللحق بالصيد: بأن احتمل أنه يدركه حيثاً، ويقدر على ذبحه من جهة اتساع الزمان ووجود الآلة. وأما مع عدم احتماله - ولو من جهة عدم ما يذبح به - فلا إشكال في عدم وجوبها، فلو خلاه حينئذٍ على حاله إلى أن قتله الكلب وأزهق روحه بقره حل أكله. نعم، لو توقف إحراز كون موته بسبب جرح الكلب - لا بسبب آخر - على التسارع إليه وتعرف حاله، لزم لأجل ذلك.

(مسألة ٥): لا يعتبر^(١٦) في حلية الصيد وحدة المرسل ولا وحدة الكلب، فلو أرسل جماعة كلباً واحداً، أو أرسل واحد أو جماعة كلاباً متعددة فقتلت صيداً، حل أكله. نعم،

(١٥) على المشهور^١، ولعله لدعوى^٢ الحلّي الإجماع عليه، ولعدم شمول الإطلاقات صورة عدم المسارعة، فأصالة عدم التذكية مُحْكَمَةٌ. لكن الظاهر خلافه، وجواز المشي المتعارف لا بمعنى ترك الذهاب إليه يوماً أو أياماً، وذلك لشمول إطلاق الأدلة وعمومها. (١٦) كل ذلك لشمول العموم والإطلاق في بعض ما ذكره، وخروج المورد عنهما، وجريان أصالة عدم التذكية في بعضه الآخر.

١. مفاتيح الشرائع ٢: ٢١٤، كشف اللثام ٩: ٢٠٤، رياض المسائل ١٣: ٢٨٩، مستند الشيعة ١٥: ٣٥٦، جواهر الكلام ٣٦: ٦٧.

٢. السرائر ٣: ٩٣، جواهر الكلام ٣٦: ٦٨.

يعتبر في المتعدد - صائداً وآلة - أن يكون الجميع واجداً للأموار المعتمدة شرعاً، فلو كان المرسل اثنين أحدهما كافر، أو لم يسم أحدهما، أو أرسل كلبان أحدهما معلّم والآخر غير معلّم فقتلاه، لم يحلّ.

(مسألة ٦): لا يؤكل من الصيد المقتول بالآلة الجمادية، إلا ما قتله السيف^(١٧) أو السكين أو الخنجر ونحوها من الأسلحة التي تقطع بحدّها، أو الرمح والسهم والنشاب ممّا يُشاك بحدّه؛ حتّى المصا التي في طرفها حديدة محدّدة؛ من غير فرق بين ما كان فيه نصل كالسهم الذي يركب عليه الريش، أو صنع قاطعاً أو شاتكاً بنفسه. بل لا يبعد عدم اعتبار كونه من الحديد، فيكفي بعد كونه سلاحاً^(١٨) قاطعاً أو شاتكاً كونه من أيّ فلزّ كان حتّى الصفر والذهب والفضّة، والأحوط اعتباره. ويعتبر كونه مستعملاً سلاحاً في العادة على الأحوط، فلا يشمل المغيط والشوك والسفود ونحوها. والظاهر أنّه لا يعتبر الخرق والجرح^(١٩) في الآلة المذكورة؛ أعني ذات الحديد المحدّدة، فلو رمى الصيد بسهم، أو طعنه برمح فقتله بالرمح والظمن من دون أن يكون فيه أثر السهم والرمح حلّ أكله. ويلحق بالآلة

(١٧) أي: كلّ حديد محدّد أو ما عليه حديد محدّد، بلا خلاف فيه. بل ادّعي^١ الإجماع عليه، ولعدة من الأخبار:

منها: صحيح ابن مسلم: «كُلْ من الصيد ما قتل السيف والرمح والسهم»^٢.

(١٨) لصحيح ابن قيس: «من جرح صيداً بسلاح... فليأكل منه»^٣؛ فالملاك هو صدق السلاح عليه من أيّ فلزّ كان.

(١٩) لصحيح الحلبي: فيمن أصاب سهمه معترضاً فقتله ولم تصبه الحديدة: «إن كان السهم الذي أصابه هو الذي قتله، فإذا رآه أكله»^٤. ونحوه الحديث الثالث.

١. مسائل الأنعام ١١: ٤١١، كشف اللثام ٩: ١٨٥، جواهر الكلام ٣٦: ١١.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٦٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٦، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٦٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٦، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٧١، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢٢، الحديث ٢.

الحديدية^(٢٠) المراض الذي هو - كما قيل - خشبة لا نصل فيها، إلا أنها محدّدة الطرفين ثقيلة الوسط، أو السهم الحاذّ الرأس الذي لا نصل فيه، أو سهم بلا ريش غليظ الوسط يصيب بعرضه دون حدّه. وكيف كان إنّما يحلّ مقتول هذه الآلة، لو قتلت الصيد بخرقها إياه وشوكها فيه ولو يسيراً، فلو قتله بشقلها من دون خرق لم يحلّ، والأحوط عدم التجاوز عن المراض^(٢١) إلى غيره من المحدّدة غير الحديد.

(مسألة ٧): كلّ آلة جمادية^(٢٢) - لم تكن ذات حديدة محدّدة، ولا محدّدة غير الحديدية - قتلت بخرقها من المثقلات، كالحجارة والمقعدة والعمود والبندقية، لا يحلّ مقتولها كالمقتول بالحبائل والشبكة والشرك ونحوها. نعم، لا بأس بالاصطياد بها، وكذا بالحيوان غير الكلب كالفهد والتمر والبازي وغيرها؛ بمعنى جعل الحيوان الممتنع غير ممتنع بها، ولكنّه لا يحلّ ما يصطاد بها إلا إذا أدركه وذكّاه.

(مسألة ٨): لا يبعد حلّة ما قتل بالآلة المعروفة - المسماة بالبندقية^(٢٣) - مع اجتماع

(٢٠) أي: في صورة الخرق والشوك، ويشهد له صحيح ابن عبيدة: «إذا رميت بالمراض فخرق فكُل، وإن لم يخرق واعترض فلا يأكل»^١.

وخبر الجعفي: فيما قتل بالمراض؟ «لا بأس إذا كان هو ممراتك، أو صنعته لذلك»^٢.

(٢١) لخروجه من مورد النصّ، فتكون أصالة عدم التذكية حاکمة.

(٢٢) أمّا الجمادية غير الواجد للشرائط فلما ذكر في المسألة السابقة، وأمّا الحيوانية غير الكلب، فلما مرّ في المسألة الأولى.

(٢٣) سواء في ذلك الرشميش والرشاشة وغيرهما كالكُتّ والثفنك والمسلسل وغيره، وتسمّى البندقية به «گلوله» وقوله: «والبندقية التي قلنا» هي المسماة بالفارسية به (ساجمة) وهي بنادق كحبة العدس والحمص ونحوهما، وتقتل بنقلها وتخرق بشدّتها ولا يكفي ذلك في التذكية.

١. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٧٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٢: ٣٧٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢٢، الحديث ٥.

الشرائط؛ بشرط أن تكون البندقة محدّدة نافذة يحدّته على الأحوط، فيجتنب ممّا قتل بالبندق الذي ليس كذلك وإن جرح وخرق بقوّته، والبندقة التي قلنا - في المسألة السابقة - بحرمة مقتلها غير هذه النافذة الخارقة يحدّتها.

(مسألة ٩): لا يعتبر في حليّة الصيد^(٢٤) بالآلة الجمادية وحدة الصائد ولا وحدة الآلة، فلو رمى شخص بالسهم وطعن آخر بالرمح، وسَميًا معاً فقتلا صيداً، حلّ إذا اجتمع الشرائط فيهما. بل إذا أرسل أحد كليهما إلى صيد ورماه آخر بسهم فقتل بهما حلّ.

(مسألة ١٠): يشترط في الصيد بالآلة الجمادية جميع ما اشترط^(٢٥) في الصيد بالآلة الحيوانية، فيشترط كون الصائد مسلماً، والتسمية عند استعمال الآلة، وأن يكون استعمالها للاصطياد، فلو رمى إلى هدف أو إلى عدوّ أو إلى خنزير، فأصاب غزالاً فقتله، لم يحلّ وإن سمى عند الرمي لغرض من الأغراض. وكذا لو أفلت من يده فأصابه فقتله. وأن لا يدركه حتّى زماناً اتّسع للذبح، فلو أدركه كذلك لم يحلّ إلّا بالذبح، والكلام في وجوب المسارعة وعدمه كما مرّ. وأن يستقلّ الآلة المحلّلة في قتل الصيد، فلو شاركها فيه غيرها لم يحلّ، فلو سقط بعد إصابة السهم من الجبل، أو وقع في الماء، واستند موته إليهما بل وإن لم يعلم استقلال السهم في إماتته، لم يحلّ. وكذا لو رماه شخصان فقتلاه وفقدت الشرائط في أحدهما.

(مسألة ١١): لا يشترط في إباحة الصيد إباحة الآلة، فيحلّ الصيد بالكلب أو السهم المفصويين وإن فعل حراماً، وعليه الأجرة، ويملكه الصائد دون صاحب الآلة.

(٢٤) لشمول إطلاق الأدلّة وعمومها صورة الانفراد والاجتماع.

(٢٥) أمّا الإسلام فهو مذكور في باب الذباحة وإن لم يخل أخبار هذا الباب أيضاً عن الإشارة إليه. وأمّا التسمية فقد وقع التصريح بها في الآلة الحيوانية والجمادية في أكثر الروايات، وأمّا قوله: «فلو رمى إلى هدف» إلى آخره، فقد عرفت حكمه في الشرط الأوّل للصائد، وكذا قوله: «وإن لا يدركه حتّى» فقد مضى في الشرط الرابع.

(مسألة ١٢): الحيوان الذي يحلّ مقتوله بالكلب والآلة - مع اجتماع الشرائط - كلّ حيوان ممتنع^(٣٦) مستوحش من طير أو غيره؛ سواء كان كذلك بالأصل كالحمام والظبي والبقر الوحشي، أو كان إنسياً فتوحش أو استعصى كالبقر المستعصي والبعير كذلك، وكذلك الصائت من البهائم كالجاموس الصائت ونحوه. وبالجملّة: كلّ ما لا يجيء تحت اليد ولا يقدر عليه غالباً إلا بالعلاج، فلا تقع التذكية^(٣٧) الصيديّة على الحيوان الأهلي المستأنس؛ سواء كان استئناسه أصلياً كالديك والشاء والبعير والبقر، أو عارضياً كالظبي والظبي المستأنسين، وكذا ولد الوحش قبل أن يقدر على العدو، وفرخ الطير قبل نهوضه للطيران، فلو رمى طائراً وفرخه الذي لم ينهض فقتلها، حلّ الطائر دون الفرخ.

(٣٦) أمّا الوحشي بالأصالة، فلظهور كلمة الصيد والاصطياد في الآية والأخبار في ذلك.

وأمّا الممتنع بالعرض، فالمشهور بل ادّعى^١ أنّه لا خلاف فيه إلحاقه بالوحشي، لعدّة من الأخبار: كصحيح الحلبي: في نور استعصى، فابتدره قوم بأسياهم وسمّوا، فأتوا عليّاً عليه السلام فقال: «هذه ذكاة وحية، ولحمه حلال»^٢.

وصحيح عبد الرحمن: «إنّ بقرة لنا غلبتنا، واستعصبت علينا، فضريناها بالسيف، فأمرهم بأكلها»^٣.

وخبر أبي البخري: «إن استعصبت عليكم الذبيحة، فإنّه يحلّها ما يحلّ الوحش»^٤.
(٣٧) لاندراجها تحت عموم توقّف الحلّيّة على التذكية الخاصّة للأهلي وما يدركه حيّاً من الوحشي.

١. المبسوط ٦: ٢٦٢، غنية النزوع ٢: ٣٩٦، مسالك الأهمام ١١: ٤٣٥، رياض المسائل ١٣: ٢٧٥، جواهر الكلام ٤٨: ٣٦.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ٣.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ٩.

(مسألة ١٣): الظاهر أنه كما تقع التذكية الصيدية على الحيوان المأكول اللحم، فيحلّ بها أكله ويظهر جلده، تقع على غير مأكول اللحم القابل للتذكية^(٢٨) أيضاً، فيظهر بها جلده ويجوز الانتفاع به. هذا إذا كانت بالآلة الجمادية. وأما الحيوانية ففيها تأمل وإشكال.

(مسألة ١٤): لو قطعت الآلة قطعة من الحيوان، فإن كانت الآلة غير محلّلة - كالشبكة والحباله مثلاً - يحرم الجزء الذي ليس فيه الرأس ومحلّ التذكية، وكذلك الجزء الآخر إذا زالت عنه الحياة المستقرّة على الأحوط؛ بأن تكون حركته حركة المذبوح، وإن بقيت حياته المستقرّة^(٢٩) يحلّ بالتذكية، وإن كانت الآلة محلّلة كالسيف في الصيد مع اجتماع الشرائط، فإن زالت الحياة المستقرّة عن الجزء ين بهذا القطع حلّاً معاً^(٣٠)، وإن بقيت الحياة المستقرّة،

(٢٨) يأتي الكلام في المسألة الثالثة والعشرون من القول في الذبيحة، تقسيم الحيوانات على أقسام وتمييز ما يقبل التذكية منها ممّا لا يقبلها والكلام هنا في وقوع التذكية الصيدية على ما أحرزت قابليته، والظاهر جوازها إذا كانت الآلة جمادية للشهرة، بل دعوى^١ عدم الخلاف.

ولمؤثّق سماعة: سألته عن جلود السباع ينتفع بها؟ قال ﷺ: «إذا رميت وسقيت فانفع بجلده»^٢.

ولمؤثّق سماعة أيضاً: «وأما الجلود فاركبوا عليها ولا تلبسوا شيئاً منها تصلّون فيه»^٣.
وأما الآلة الحيوانية فلم يدلّ عليه دليل.

(٢٩) بالمعنى الذي يأتي في المسألة الرابعة عشر من الذبيحة.

(٣٠) لأنّه من مصاديق قتل الصيد بالآلة الجمادية المحلّل له مع شرائطه؛ ولخبر عليّ بن جعفر: سألته عن رجل لحق حماماً أو ظبياً، فضربه بالسيف فقطعه نصفين، هل

١. الخلاف ١: ٦٣ - ٦٤ / مسألة ١١: السرائر ٣: ١١٤، غاية المراد ٣: ١٥٠٧ مسائل الأفهام ١١: ٥١٨، جواهر الكلام ٣٦: ١٩٩.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٨٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣٤، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣، الحديث ٤.

حرم الجزء الذي ليس فيه الرأس^(٣١) ومحال التذكية، ويكون ميتة؛ سواء اتسع الزمان للتذكية أم لا، وأما الجزء الآخر فحلل مع عدم اتساع الزمان للتذكية، ولو اتسع لها لا يحل إلا بالذبح.

(مسألة ١٥): يملك الحيوان الوحشي^(٣٢) - سواء كان من الطيور أو غيره - بأحد أمور

ثلاثة:

أحدها: أخذه حقيقة؛ بأن يأخذ رجله أو قرنه أو جناحه، أو شدة بحبل ونحوه؛ بشرط أن يكون بقصد الاصطياد والتملك^(٣٣)، وأما مع عدم القصد ففيه إشكال، كما أنه مع قصد الخلاف لا يملك.

يحلّ أكله؟ قال: «نعم إذا سمى»^١، ومثله الحديث الأول والثالث من الباب الخامس والثلاثون، ويشعر به الحديث الرابع من ذلك الباب.

(٣١) كاليد والرجل لكونه - حينئذٍ - من الأجزاء المبانة من الحي وهي ميتة؛ ولصحيح غياث: «وإن ضربه فأبان منه عضواً، لم يأكل منه ما أبان منه وأكل سائر»^٢.

(٣٢) لقوله تعالى: «خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً»^٣، وقوله تعالى: «وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا»^٤، وقوله: «وَأُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ»^٥، ومفهوم قوله: «وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا»^٦.

(٣٣) على الأقرب، وسيجيء اشتراط قصد التملك في الملكية في باب إحياء

الموات.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٦٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ١٦، الحديث ٤.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٨٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣٥، الحديث ١.

٣. البقرة (٢): ٢٩.

٤. المائدة (٥): ٢.

٥. المائدة (٥): ٩٦.

٦. المائدة (٥): ٩٦.

ثانيها: وقوعه في آلة^(٣٤) معتادة للاصطياد بها، كالحبال والشبكة ونحوها إذا نصبها لذلك.

ثالثها: أن يصير غير ممتنع^(٣٥) بآلة، كما لو رماه فجرحه جراحة منعه عن العدو، أو كسر جناحه فمنعه عن الطيران؛ سواء كانت الآلة من الآلات المحللة للصيد كالسهم والكلب المعلم، أو من غيرها كالحجارة والخشب والفهد والباز والشاهين وغيرها. ويعتبر في هذا أيضاً أن يكون إعمال الآلة بقصد الاصطياد والتملك، فلو رماه عبثاً أو هدفاً أو لغرض آخر لم يملكه، فلو أخذه شخص آخر بقصد التملك ملكه.

(مسألة ١٦): الظاهر أنه يلحق بآلة الاصطياد كل ما جعل وسيلة لإثبات الحيوان وزوال امتناعه؛ ولو بحفر حفرة في طريقه ليقع فيها فوق، أو باتخاذ أرض وإجراء الماء عليها لتصير موحلة فيتوَحَّل فيها فتوَحَّل، أو فتح باب شيء ضيق وإلقاء الحبوب فيه ليدخل فيه العصافير، فأغلق عليها وزال امتناعها. وأما لو فتح باب البيت لذلك فدخلت فيه مع بقائها

(٣٤) لأخبار: منها: صحيح عبد الرحمان: «ما أخذت الحبال... فذكه ثم كل منه»^١.
منها: الموثق عن زرارة: «إذا ملك الطائر جناحه فهو لمن أخذه»^٢، وغيره من أخبار ذلك الباب.

ومنها: صحيح الحلبي: في صيد السمك: «لا بأس به، أن تلك الحظيرة إنما جعلت ليصاد بها»^٣.

وخبر ابن مسلم: في رجل نصب شبكة في الماء: «ما عملت يده فلا بأس بأكل ما وقع فيها»^٤.

(٣٥) لصدق الاصطياد بذلك.

١. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٧٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢٤، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٨٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣٧، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٥، الحديث ٣.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٥، الحديث ٢.

على امتناعها في البيت، فالظاهر عدم تملكه به مع إغلاق الباب، كما أنه لو عَشَّ الطير في داره لم يملكه بمجرد، وكذا لو توخَّل حيوان في أرضه الموحلة ما لم يجعلها كذلك لأجل الاصطياد، فلو أخذه شخص بعد ذلك ملكه؛ وإن عَصَى^(٣٦) لو دخل داره أو أرضه بغير إذنه.

(مسألة ١٧): لو سعى خلف حيوان حتى أعياه ووقف عن العدو لم يملكه ما لم يأخذه، فلو أخذه غيره قبل أن يأخذه ملكه.

(مسألة ١٨): لو وقع حيوان في شبكة منصوبة للاصطياد، ولم تمسكه الشبكة لضعفها وقوته فانفلت منها، لم يملكه ناصبها، وكذا إن أخذ الشبكة وانفلت بها من دون أن يزول عنه الامتناع، فإن صاده غيره ملكه وردة الشبكة إلى صاحبها، نعم، لو أمسكتها الشبكة وأثبتته، ثم انفلت منها بسبب من الأسباب الخارجية، لم يخرج بذلك عن ملكه، كما لو أمسكه بيده ثم انفلت منها، وكذا لو مشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فإنه لناصبها، فلو أخذه غيره يجب أن يردّه إليه.

(مسألة ١٩): لو رماه فجرحه لكن لم يخرج عن الامتناع، فدخل داراً فأخذه صاحبها ملكه بأخذه. لا بدخول الدار، كما أنه لو رماه ولم يثبتته فرماه شخص آخر فأنبته فهو للثاني.

(مسألة ٢٠): لو أطلق الصائد صيده، فإن لم يقصد الإعراض عنه لم يخرج عن ملكه، ولا يملكه غيره باصطياده، وإن قصد الإعراض^(٣٧) وزوال ملكه عنه فالظاهر أنه يصير كالمباح، جاز اصطياده لغيره ويملكه، وليس للأول الرجوع إليه بعد تملكه على الأقوى.

(٣٦) لصديق الاصطياد والاستيلاء المملّك على فعله، وإن كان عاصياً من جهة التصرف.
(٣٧) في كونه بنفسه مخرجاً للمال عن ملك صاحبه اختلاف أظهره الخروج، وكونه كالمباح الأصلي، لمعتبرة ابن سنان: في بيع تركها صاحبها وأهملها فأخذها غيره: فهي له ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح^١، ونحوه غيره، إذن فهذا غير الإباحة أو الهبة اللتين يمكن الرجوع فيهما.

(مسألة ٣١): إِنَّمَا يَمْلِكُ غَيْرُ الطَّيْرِ بِالْأَصْطِيَادِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ كَوْنَهُ مَلَكًا لِلغَيْرِ؛ وَلَوْ مِنْ جِهَةِ آثَارِ الْيَدِ الَّتِي هِيَ أَمَارَةٌ عَلَى الْمَلِكِ فِيهِ، كَمَا إِذَا كَانَ طَوْقٌ فِي عُنُقِهِ، أَوْ قِرْطٌ فِي أُذُنِهِ، أَوْ شَدٌّ حَبْلٍ فِي أَحَدِ قَوَائِمِهِ. وَلَوْ عَلِمَ ذَلِكَ لَمْ يَمْلِكْهُ الصَّائِدُ، بَلْ يَرُدُّ إِلَى صَاحِبِهِ إِنْ عَرَفَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهُ يَكُونُ بِحُكْمِ اللَّقْطَةِ. وَأَمَّا الطَّيْرُ فَإِنْ كَانَ مَقْصُوصَ الْجَنَاحَيْنِ^(٣٨)، كَانَ بِحُكْمِ مَا عَلِمَ أَنَّ لَهُ مَالِكًا، فَيَرُدُّ إِلَى صَاحِبِهِ إِنْ عَرَفَ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ كَانَ لِقَطَةٍ. وَأَمَّا إِنْ مَلَكَ جَنَاحَيْهِ بِتَمَلُّكٍ بِالْأَصْطِيَادِ^(٣٩) إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ مَالِكٌ مَعْلُومٌ، فَيَجِبُ رَدُّهُ إِلَيْهِ، وَالْأَحْوَاطُ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ لَهُ مَالِكًا وَلَوْ مِنْ جِهَةِ وَجُودِ آثَارِ الْيَدِ فِيهِ وَلَمْ يَعْرِفْهُ، أَنْ يَعَامَلَ مَعَهُ مَعَامَلَةَ اللَّقْطَةِ كَغَيْرِ الطَّيْرِ.

(٣٨) وَهُوَ الْمَسْتَسَى بِغَيْرِ الْعَافِي؛ لِأَنَّهُ فِيهِ أَثَرُ تَمَلُّكِ الْغَيْرِ.

(٣٩) الْمَسْأَلَةُ ذَاتُ شَقِيقٍ ثَلَاثَةٌ:

الْأَوَّلُ: مَا عَلِمَ لَهُ مَالِكٌ مَعْلُومٌ.

الثَّانِي: وَمَا عَلِمَ لَهُ مَالِكٌ فِي الْجُمْلَةِ، لَوْ جُودَ حَلْقَةٌ عَلَى عُنُقِهِ أَوْ رَجْلِيهِ - مَثَلًا - لَوْ عَلِمْنَا بِعَدَمِ صُدُورِهِ مَتَى لَمْ يَقْصُدِ التَّمَلُّكَ، أَوْ مِنَ الْمَحْرَمِ مَثَلًا.

وَالثَّالِثُ: وَمَا لَمْ يَعْلَمْ لَهُ مَالِكٌ.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ بِالْأَدَلَّةِ الْعَامَّةِ، وَصَحِيحُ أَبِي نَصْرٍ: عَنْ الرَّجُلِ يَصِيدُ الطَّيْرَ فَيَعْرِفُ صَاحِبَهُ؟ قَالَ ﷺ: «لَا يَحِلُّ إِمْسَاكُهُ، يَرُدُّهُ عَلَيْهِ»^١، وَنَحْوُهُ غَيْرُهُ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَتَدَلُّ عِدَّةٌ مِنَ الْأَخْبَارِ عَلَى جَوَازِ التَّمَلُّكِ فِيهِ، كَالشَّقِ الثَّالِثِ.

مِنْهَا: الْمَوْثُوقُ عَنْ زُرَّارَةَ: «إِذَا مَلَكَ الطَّائِرُ جَنَاحَهُ، فَهُوَ لِمَنْ أَخَذَهُ»^٢.

وَمِنْهَا: صَحِيحُ أَبِي نَصْرٍ: «إِنْ صَادَ مَا هُوَ مَالِكٌ لَجَنَاحِيهِ، لَا يَعْرِفُ لَهُ طَالِبًا فَهُوَ لَهُ»^٣.

وَنَحْوُهُمَا الْحَدِيثُ الثَّالِثُ. وَمَقْتَضِي إِطْلَاقِهَا شُمُولُ الْقَسَمَيْنِ، إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَ جُلِّ الْأَصْحَابِ لَوْ لَمْ يَكُنْ إِجْمَاعًا إِجْرَاءُ حُكْمِ اللَّقْطَةِ عَلَى الْقِسْمِ الثَّانِي.

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٨٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣٦، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٨٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣٧، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٨٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٣٦، الحديث ١.

(مسألة ٢٢): لو صنع برجاً لتمشيش الحمام فعشش فيه لم يملكه، خصوصاً لو كان الغرض حيازة زرقه مثلاً، فيجوز لغيره صيده، ويملك ما صاده، بل لو أخذ حمامة من البرج ملكها؛ وإن أثم من جهة الدخول فيه بغير إذن صاحبه، وكذلك لو عشش في بئر مملوكة ونحوها، فإنه لا يملكه مالكةا.

(مسألة ٢٣): الظاهر أنه يكفي في تملك النحل غير المملوكة أخذ أميرها، فمن أخذه من الجبال - مثلاً - واستولى عليه يملكه ويملك كل ما تتبعه من النحل؛ مما تسير بسيره وتقف بوقوفه، وتدخل الكسَن وتخرج منه بدخوله وخروجه.

(مسألة ٢٤): ذكاة السمك إما بإخراجه من الماء^(٤٠) حياً، أو بأخذه بعد خروجه منه قبل موته؛ سواء كان ذلك باليد أو يالة كالشبكة ونحوها، فلو وثب على الجذ، أو نبذه البحر إلى الساحل، أو نضب الماء الذي كان فيه، حلّ لو أخذه شخص قبل أن يموت، وحرم لو مات قبل أخذه، وإن أدركه حياً ناظراً إليه^(٤١) على الأقوى.

(٤٠) لخبر الطبرسي: «إن السمك ذكاته إخراجه من الماء، ثم يترك حتى يموت»^١. وموثق أبي بصير: «إنما صيد الحيتان أخذها»^٢، وكذا الحديث الحادي عشر وغيره من نفس الباب.

وصحيح ابن جعفر: في سمكة وثبت من نهر فوقعت على الجذ: «إن أخذتها قبل أن تموت ثم ماتت فكلها»^٣.

(٤١) لما مرّ من التصريح في صحيح ابن جعفر بلزوم الأخذ، وأمّا ما يدلّ على كفاية النظر حين الموت أو عدم لزومه أيضاً كالخبر الثاني والرابع والخامس من الباب الرابع والثلاثون من أبواب الذبائح، والخبر الثالث من الباب السابع والثلاثون منها، فهو محمول على الأخذ باليد ونحوها.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ٧٥، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٦، الحديث ٨.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ٧٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٢، الحديث ٥.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٨١، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٤، الحديث ٦.

(مسألة ٢٥) : لا يشترط في تذكية^(٤٢) السمك - عند إخراجِه من الماء أو أخذه بعد خروجه - التسمية ، كما أنه لا يعتبر في صائده الإسلام^(٤٣) ، فلو أخرجه كافر أو أخذه قمات بعد أخذه حلّ ؛ سواء كان كتابياً أو غيره . نعم ، لو وجدَه في يده ميتاً ، لم يحلّ أكله ما لم يعلم^(٤٤) أنه قد مات خارج الماء بعد إخراجِه ، أو أخذه بعد خروجه وقبل موته ، ولا يحرز ذلك بكونه في يده . ولا بقوله لو أخبر به ، بخلاف ما إذا كان في يد المسلم ، فإنه يحكم بتذكيته حتى يعلم خلافها .

(مسألة ٢٦) : لو وثب من الماء ممكة إلى السفينة لم يحلّ ما لم يؤخذ باليد ، ولم يملكه

(٤٢) لعدة أخبار معتبرة منها : صحيح الحلبي : عن صيد الحيتان وإن لم يسمّ ، قال عليه السلام : «لا بأس به»^١ . فراجع الباب .

(٤٣) على المشهور بل ادّعى^٢ عليه الإجماع ؛ لعدة أخبار :

منها : موقّق أبي بصير : عن صيد المجوس للسمك حين يضربون بالشبك ولا يسقون أو يهودي قال عليه السلام : «لا بأس ، إنما صيد الحيتان أخذها»^٣ . فراجع أخبار الباب .

(٤٤) لعدم حجّة إخباره ، ولو كان ذا اليد ، وعدم الدليل على حمل فعله بالصحة مع عدم اعتقاده بالحكم ، ولعدة أخبار :

منها : خبر عيسى في سمك صاده المجوس : «لا بأس إذا أعطوكه حيّاً ، وإلا فلا تجوز شهادتهم إلا أن تشهد»^٤ .

وصحيح الحلبي : «ما كنت لأأكله حتى أنظر إليه»^٥ ؛ أي : حتى أطمئنّ بتحقيق التذكية بيدهم .

١ . وسائل الشيعة ٢٤ : ٧٣ . كتاب الصيد والذبابة ، أبواب الذبائح ، الباب ٣٦ . الحديث ١ .

٢ . السرائر ٣ : ٨٨ . مختلف الشيعة ٨ : ٢٦٢ . مسالك الأنعام ١١ : ٥٠٢ . رياض السائل ١٣ : ٣٤٦ . جواهر الكلام ٣٦ : ١٦٧ .

٣ . وسائل الشيعة ٢٤ : ٧٦ . كتاب الصيد والذبابة ، أبواب الذبائح ، الباب ٣٢ . الحديث ٥ .

٤ . وسائل الشيعة ٢٤ : ٧٦ . كتاب الصيد والذبابة ، أبواب الذبائح ، الباب ٣٢ . الحديث ٣ .

٥ . وسائل الشيعة ٢٤ : ٧٥ . كتاب الصيد والذبابة ، أبواب الذبائح ، الباب ٣٢ . الحديث ١ .

السَّقَان^(٤٥) ولا صاحب السفينة، بل كلّ من أخذه بقصد التملّك ملكه. نعم، لو قصد صاحب السفينة الصيد بها؛ بأن يجعل فيها ضوء بالليل، ودقّ بشيء كالجرس ليشب فيها السموك فوثبت فيها، فالوجه أنّه يملكها، ويكون وثوبها فيها بسبب ذلك بمنزلة إخراجها حيّاً، فيكون به تذكيتها.

(مسألة ٢٧): لو نصب شبكة أو صنع حظيرة في الماء لاصطياد السمك، فكلّ ما وقع واحتبس فيهما ملكه، فإن أخرج ما فيهما من الماء حيّاً حلّ بلا إشكال، وكذا لو نظب الماء وغار - ولو بسبب جزره - فمات فيهما بعد نظويه. وأمّا لو مات في الماء فهل هو حلال أم لا؟ قولان أشهرهما وأحوطهما الثاني^(٤٦)، بل لا يخلو من قوّة، ولو أخرج الشبكة من

(٤٥) لأنّه كالطر النازل في دار أو غيرها، مباح لا يدخل في ملك أحد قهراً، فاللازم تحقّق الحيازة بقصد التملّك.

(٤٦) لأنّ الملاك في الحليّة إخراجها من الماء وموته في خارجها، لعدّة من الأخبار: منها؛ صحيح عبد الرحمن: عن السمك يصاد ثمّ يجعل في شيء، ثمّ يعاد إلى الماء فيموت فيه؟ فقال ﷺ: «لا تأكله؛ لأنّه مات في الذي فيه حياته»^١. ومثله صحيح الخزّاز^٢. وأمّا صحيح الحلبي: في موت الحيتان في الحظير المجمولة في الماء: «لا بأس به، إنّ تلك الحظيرة إنّما جعلت ليصاد بها»^٣.

وصحيح ابن مسلم: «ما عملت يده فلا بأس بأكل ما وقع فيها»^٤، فمحمولان على انحياز الماء عنها لجزر البحر، مع قصورهما عن مقاومة الأدلّة السابقة بالشهرة العظيمة والإجماع المدعى^٥.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٧٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٣، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٧٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ٨٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٥، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٨٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣٥، الحديث ٢.

٥. الخلاف ٦: ٣١ / مسألة ٣٢، السرائر ٣: ٩٠، غنية النزوع ٢: ٣٩٨، رياض المسائل ١٣: ١٣٥٢، جواهر الكلام

الماء، فوجد بعض ما فيها أو كله ميتاً، ولم يدر أنه قد مات في الماء أو بعد خروجه، فالأحوط الاجتناب^(٤٧) عنه.

(مسألة ٢٨): لو أخرج السمك من الماء حياً، ثم أعاده إليه مربوطاً أو غير مربوط، فمات فيه حرم^(٤٨).

(مسألة ٢٩): لو طفا السمك على الماء وزال امتناعه بسبب - مثل أن ضرب بمضرب، أو بلغ ما يستمى بـ «الزهر» في لسان بعض الناس أو غير ذلك - فإن أدركه شخص وأخذه وأخرجه من الماء قبل أن يموت حلّ، وإن مات على الماء حرم، وإن ألقي «الزهر» أحد قبله السمك، وصار على وجه الماء وزال امتناعه، فإن لم يكن بقصد الاصطياد لم يملكه، فلو أخذه غيره ملكه؛ من غير فرق بين ما إذا قصد سمكاً معيناً أو لا، وإن كان بقصد الاصطياد والتملك فلا يبعد أن تكون^(٤٩) إزالة امتناعه مملّكاً له، فلا يملكه غيره بالأخذ، وكذا الحال إذا كان إزالة امتناعه بشيء آخر كاستعمال آلة، كما إذا رماء بالرصاص فسطفا على الماء. وبالجمله: لا يبعد أن تكون إزالة امتناعه بقصد الاصطياد والتملك مطلقاً موجهة للملكية كالحيازة.

(مسألة ٣٠): لا يعتبر في حلية السمك - بعد ما أخرج من الماء حياً، أو أخذ حياً بعد خروجه - أن يموت خارج الماء بنفسه، فلو قطعه قبل أن يموت ومات بالتقطيع أو غيره حلّ أكله^(٥٠)، بل لا يعتبر في حله الموت رأساً، فيحلّ بلعه حياً، بل لو قطع منه قطعة، وأعيد

(٤٧) لأصالة عدم التذكية فيما شكّ في تذكّيته. وأمّا خبر مسعدة: «إذا ضرب صاحب الشبكة بالشبكة، فما أصاب منها من حيٍّ أو ميت فهو حلال»^١؛ فمحمول على الموت في الشبكة بعد الخروج من الماء أو على الشبكة غير المحصورة.

(٤٨) للملاك المذكور في المسألة السابقة.

(٤٩) لصديق الاصطياد والحيازة عليه، كما مرّ في المسألة الخامسة عشر.

(٥٠) لما عرفت من أن الميزان في حله إخراج من الماء حياً وعدم موته في الماء.

الباقى إلى الماء، حلّ ما قطعه؛ سواء مات الباقي في الماء أم لا. نعم، لو قطع منه قطعة وهو في الماء - حيّ أو ميت - لم يحلّ ما قطعه^(٥١).

(مسألة ٣١): ذكاة الجراد أخذه حيّاً^(٥٢) سواء كان باليد أو بالآلة، فلو مات قبل أخذه حرم. ولا يعتبر فيه التسمية ولا الإسلام كما مرّ في السمك. نعم، لو وجد ميتاً في يد الكافر لم يحلّ ما لم يعلم بأخذه حيّاً، ولا تجدي يده ولا إخباره في إحرازه.

(مسألة ٣٢): لو وقعت نار في أجمة ونحوها فأحرقت ما فيها من الجراد، لم يحلّ وإن قصده المُحرّق. نعم، لو مات بعد أخذه بأنّي نحو كان حلّ، كما أنّه لو فرض كون النار آلة صيد الجراد؛ بأنّه لو أجبها اجتمعت من الأطراف وألقت أنفسها فيها، فأُجِبت لذلك فاجتمعت واحترقت بها، لا يبعد حلّيها.

(مسألة ٣٣): لا يحلّ من الجراد ما لم يستقلّ بالطيران، وهو المسمّى بـ«الدبى»^(٥٣).

(٥١) لانفصاله عن غير المذكّى على التقديرين فيكون ميتة.

(٥٢) لصحيح ابن جعفر: عن الجراد نصيده فيموت بعد أن نصيده أو يؤكل؟ قال ﷺ: «لا بأس»^١، وصحيحه الآخر: عن الجراد نصيبه ميتاً في الماء أو في الصحراء، أيؤكل؟ قال ﷺ: «لا تأكله»^٢.

وأما عدم لزوم التسمية وكفاية صيد الكافر فهما المشهوران^٣، بل لا قائل بالفصل بينه وبين السمك، ولتقارنه معه في صحيح سليمان وموثّق حماد: «الحيّان والجراد ذكّي كلّ»^٤.
(٥٣) لصحيح ابن جعفر: سأله عن الدبا من الجراد، أيؤكل؟ قال ﷺ: «لا يحلّ حتى يستقلّ بالطيران»^٥.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٧، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٣٧، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٧، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٣٧، الحديث ١.

٣. السرائر ٣: ٨٨ - ٨٩؛ مسالك الأفهام ١١: ٥٠٨؛ رياض المسائل ١٣: ٣٥٥؛ مستند الشيعة ١٥: ٤٧٦؛ جواهر الكلام ٣٦: ١٧٦.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٩، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٣٧، الحديث ٩.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٨٧، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٣٧، الحديث ١.

على وزن «عصا»، وهو الجراد إذا تحرك ولم تثبت بعد أجنحته.

القول في الذبابة

والكلام في الذابح وآلة الذبح وكيفية بعض الأحكام المتعلقة به في طيّ مسائل:
(مسألة ١): يشترط في الذابح: أن يكون مسلماً^(١) أو بحكمه كالمتولد منه، فلا تحل

القول في الذبابة

لم نجد لهذه الكلمة في اللغة ذكراً، وهي في الاصطلاح: عبارة عن تذكية الحيوان على نحو خاص، كفري الأوداج في غير الإبل والنحر فيها، والأخذ من الماء في السمك، والحيازة في الملح، ولها مصاديق اضطرارية يأتي ذكرها.

(١) أما غير أهل الكتاب فلا خلاف في ذلك، بل ادّعى^١ عليه الإجماع بين المسلمين، وأما أهل الكتاب ففيهم اختلاف، والمشهور^٢ شهرة عظيمة شرطية الإسلام وحرمة ذبائهم، ويدّعى^٣ استقرار الإجماع على الحكم في جملة من الأعصار المتأخرة.

وفي «الجواهر» كاد يكون من ضروريات المذهب في زماننا^٤ والأخبار كثيرة من الطرفين، أما أدلة التحريم: فمنها: موثق سماعة: عن ذبيحة اليهود والنصراني؟ فقال ﷺ: «لا تقربوها»^٥.

ومنها: صحيح قتبية الأعشى: «لا تدخل ثمنها في مالك، ولا تأكلها، فإنما هو الاسم، ولا يؤمن عليه إلا مسلم»^٦.

١. الانتصار ٤٠٣ / مسألة ٢٣١، غنية النزوع ٢: ٣٩٧، مسالك الأنعام ١١: ٤٥١، مستند الشيعة ١٥: ٣٧٨، جواهر الكلام ٣٦: ٨٠.

٢. الانتصار ٤٠٣ / مسألة ٢٣١، الخلاف ٦: ٢٣ / مسألة ٢٣، مسالك الأنعام ١١: ٤٥١، مستند الشيعة ١٥: ٣٧٩، جواهر الكلام ٣٦: ٨٠.

٣. جواهر الكلام ٣٦: ٨٠.

٤. جواهر الكلام ٣٦: ٨٠.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ٥٥، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٩.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٨، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٢٦، الحديث ١.

ذبيحة الكافر مشركاً كان أم غيره؛ حتى الكتابي على الأقوى. ولا يشترط فيه الإيمان، فتحل

ومنها: معتبرة حنان: «لا تأكلوها ولا تقربوها، فإنهم يقولون على ذبائحهم ما لا أحب»^١ أي اسم المسيح.

وصحيح ابن مسلم: «كان عليّ عليه السلام ينهى عن ذبائحهم، وعن صيدهم، وعن مناكرتهم»^٢. وخبر الحسين بن علوان: «كُلُوا من طعام المجوس كله ما خلا ذبائحهم، فإنها لا تحل وإن ذكر الله عليها»^٣. إلى غير ذلك.

وأما أخبار الجواز: فعنها: صحيح الحلبي: سألت عن ذبيحة أهل الكتاب ونسائهم؟ فقال عليه السلام: «لا بأس به»^٤.

ومنها: معتبرة عبد الملك: في ذبائح النصارى؟ قال عليه السلام: «لا بأس بها» قلت: يذكرون عليها المسيح؟ قال عليه السلام: «إنما أرادوا بالمسيح الله»^٥.

ومنها: صحيح حرير: في ذبائح أهل الكتاب: «إذا شهدتموهم وقد سموا اسم الله فكلوا ذبائحهم، وإن لم تشهدوا فلا تأكلوا، وإن أتاك رجل مسلم فأخبرك أنهم سموا، فكل»^٦. ونحوه الحديث التاسع والثلاثون إلى غير ذلك.

ثم إن المشهور رجحوا الطائفة الأولى على الثانية. وعلل ذلك بعضهم بكثرة الأولى وقلّة الثانية، وحمل بعضهم الثانية على التقية، وحملها آخرون على حال الضرورة المجوزة لأكل الميتة. وأوثق المحامل حمل الثانية على ما إذا لم يذكروا اسم الله عليها، كما وقع التصريح به في عدة منها، وحينئذٍ: فلو علمنا بذلك حلت. إلا أن الإشكال في صحّة

١. وسائل الشريعة ٢٤: ٥٣، كتاب الصيد، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ٥٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٦.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٥٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ١٢.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٦٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٣٤.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٦٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٣٥.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ٦٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٧، الحديث ٣٨.

ذبيحة جميع فرق الإسلام^(٢)، عدا الناصب^(٣) وإن أظهر الإسلام.

(مسألة ٢): لا يشترط فيه^(٤) الذكورة ولا البلوغ ولا غير ذلك، فتحل ذبيحة المرأة،

اعتقادهم بالله، وأن ما يعتقده اليهود من الربّ المجسّم، والنصارى من الله الذي هو ثالث ثلاثة كافٍ أم لا؟ إذن فالأحوط الاجتناب مطلقاً.

(٢) على المشهور^١، لإطلاق الآية، والسيرة القطعية، ولخبر ابن قيس: «ذبيحة من دان بكلمة الإسلام وصام وصلى لكم حلال، إذا ذكر اسم الله تعالى عليه»^٢.

(٣) للموثّق عن أبي بصير: «ذبيحة الناصب لا تحل»^٣.

ولصحيح حرمان: «لا تأكل ذبيحة الناصب إلا أن تسمعه يُسمّى»^٤.

(٤) كلّ ذلك لإطلاق قوله تعالى: «إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ»^٥ وقوله: «فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ

عَلَيْهِ»^٦. وإطلاق أخبار الباب، ولموثّق مسعدة في ذبيحة الغلام: «إذا قوي على الذبح وكان يحسن أن يذبح، وذكر اسم الله عليها فكل»^٧.

ولصحيح أبي بصير: «وإن كانت امرأة فلتذبح لنفسها»^٨، والحديث السادس،

وصحيح صفوان: في ذبيحة ولد الزنا؟ قال عليه السلام: «لا بأس به»^٩، وتقيد الجواز في بعضهما

بصورة الاضطراب محمول على أولوية غيرهم.

١. مختلف الشيعة ٨: ٣٠٠؛ مسالك الأنهار ١١: ٤٦٧؛ مفاتيح الشرائع ٢: ١٩٧؛ رياض المسائل ١٣: ٣١٠؛ جواهر الكلام ٣٦: ٩٣.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٦٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٨، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ٦٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٨، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٦٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٨، الحديث ٧.

٥. المائدة (٥): ٣.

٦. الأنعام (٦): ١١٨.

٧. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٢، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٨. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٣، الحديث ١.

٩. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٥، الحديث ١.

فضلاً عن الخُثى، وكذا الحائض والجنب والنفساء والطفل إذا كان مميّزاً والأعمى والأغلف وولد الزنا.

(مسألة ٣): لا يجوز الذبح بغير الحديد^(٥) مع الاختيار، فإن ذبح بغيره مع التمكن منه لم يحل؛ وإن كان من المعادن المتطبعة كالصفر والنحاس والذهب والفضة وغيرها. نعم، لو لم يوجد الحديد وخيف قوت الذبيحة بتأخير ذبحها، أو اضطر إليه، جاز بكل ما يفري^(٦) أعضاء الذبح؛ ولو كان قصباً أو ليطلة أو حجارة حادة أو زجاجة أو غيرها. نعم، في وقوع

(٥) بلا خلاف^١، لعدة أخبار: منها: صحيح ابن مسلم: «لا ذكاة إلا بحديدة»^٢.

وخير الحضرمي: «لا يؤكل ما لم يذبح بحديدة»^٣.

(٦) بلا خلاف، بل ادّعى^٤ عليه الإجماع؛ لإطلاق الأدلة العامة بعد انصراف الخاصة المشتركة عن المورد، ولعدة أخبار:

منها: صحيح الشحام: «اذبح بالحجر وبالعظم وبالقصبه وبالعود إذا لم تصب الحديد، إذا قطع الحلقوم وخرج الدم فلا بأس»^٥.

وصحيح ابن الحجاج: «في المرو والقصبه والعود: «إذا قرى الأوداج فلا بأس بذلك»^٦، والمرو: الحجر الحاد الذي يقدح النار. والليطة - بفتح اللام -: القشر الظاهر من القصبه.

١. المبسوط ٦: ٢٦٣؛ غنية الزوج ٢: ٣٩٧؛ مسالك الأنعام ١١: ٤٧٠؛ رياض المسائل ١٣: ٣١٣؛ جواهر الكلام ١٠٠: ٣٦.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١، الحديث ٣.

٤. المصدر السابق.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢، الحديث ٣.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢، الحديث ١.

التذكرة بالسِّنِّ والغفر^(٧) مع الضرورة إشكال؛ وإن كان عدم الوقوع بهما في حال اتصالهما بالمحلّ لا يخلو من رجحان، والأحوط الاجتناب مع الانفصال أيضاً؛ وإن كان الوقوع لا يخلو من قرب.

(مسألة ٤) : الواجب في الذبيح قطع تمام الأعضاء^(٨) الأربعة: الحلقوم، وهو مجرى

(٧) للشك في شمول أدلة الجواز لهما، فتكون أصالة عدم التذكية محكمة مع أن في معتبرة ابن علوان: «لا بأس بذبيحة المروءة والعمود وأشباههما، ما خلا السِّنِّ والعظم»^١، وحمل العظم هنا على ما لا يقطع الأوداج.

(٨) على المشهور^٢؛ بل ولا خلاف في خصوص الحلقوم^٣، ولصحيح ابن الحجاج: «إذا فرى الأوداج فلا بأس بذلك»^٤.

وصحيح زيد الشحام: «إذا قطع الحلقوم وجرى الدم فلا بأس»^٥. وحمل الأوداج على الودجين، فلا يبقى - حينئذٍ - دليل على قطع المريء، أو حمل الفري على الشق ولو عرضاً؛ لأنه معناه اللغوي، فلا دليل - حينئذٍ - على قطع الأعضاء الأربعة على النحو المرسوم في زماننا، يدفعه ما ادّعى من قيام الشهرة العظيمة والإجماع^٦، بل والسيرة القطعية على لزوم قطع الأعضاء الأربعة مع وجود الملازمة بين قطع الودجين وقطع المريء الذي هو تحت الحلقوم، بل قد يدعى كون المراد من الأوداج الأعضاء الأربعة جمعاً، هذا وقد يتمسك في صورة عدم انقطاع الجميع بأصالة عدم التذكية، وهو كما ترى.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٢، الحديث ٥.

٢. الخلاف ٦: ٤٧ / مسألة ٧؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٧، المهذب البارع ٤: ١٦٨؛ وياض المسائل ١٣: ٣١٧، جواهر الكلام ٣٦: ١٠٥.

٣. مخلف الشيعة ٨: ٣٥٣؛ مسالك الأنهار ١١: ٤٧٣؛ كفاية الأحكام ٢: ٥٨٤؛ مستند الشيعة ١٥: ٣٩٨.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٨، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٢، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ٩، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ٢، الحديث ٣.

٦. الخلاف ٦: ٤٧ / مسألة ٧؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٧؛ المهذب البارع ٤: ١٦٨؛ غاية المرام ٤: ٢١، جواهر الكلام ٣٦: ١٠٩.

النفس دخولاً وخروجاً، والمريء، وهو مجرى الطعام والشراب، ومحلّه تحت الحلقوم، والودجان، وهما المرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم أو المريء، وربما يطلق على هذه الأربعة: الأوداج الأربعة، واللازم قطعها وفصلها، فلا يكفي شقّها من دون القطع والفصل. (مسألة ٥) : محلّ الذبيح لمي الحلق تحت اللحيين على نحو يقطع به الأوداج الأربعة، واللازم وقوعه تحت العقدة المسماة في لسان أهل هذا الزمان بـ «الجوزة»، وجعلها في الرأس دون الجئة والبدن؛ بناءً على ما يدعى من تعلّق الحلقوم أو الأعضاء الأربعة بذلك العقدة؛ على وجه لو لم تبق في الرأس بتمامها، ولم يقع الذبيح من تحتها، لم تقطع الأوداج بتمامها، وهذا أمر يعرفه أهل الخبرة، فإن كان الأمر كذلك، أو لم يحصل العلم بقطعها بتمامها بدون ذلك، فاللازم مراعاته، كما أنّه يلزم أن يكون شيء من كلّ من الأوداج الأربعة على الرأس؛ حتّى يعلم أنّها انقطعت وانفصلت عمّا يلي الرأس.

(مسألة ٦) : يشترط أن يكون الذبيح من القدام^(٩)، فلو ذبح من القفا وأسرع إلى أن قطع ما يعتبر قطعه من الأوداج قبل خروج الروح حرمت. نعم، لو قطعها من القدام، لكن لا من الفوق؛ بأن أدخل السكين تحت الأعضاء وقطعها إلى الفوق، لم تحرم الذبيحة وإن فعل مكروهاً^(١٠) على الأوجه، والأحوط ترك هذا النحو.

(٩) لعدة روايات:

منها: صحيح ابن مسلم: «لا تأكل ذبيحة لم يذبح من مذبحتها»^١.
وصحيح ابن عثّار: «النحر في اللبة، والذبيح في الحلق»^٢، ونحوه صحيح الحلبي في الحديث الثالث.

(١٠) لخبر حرمان: «ولا تقلب السكين لتدخلها تحت الحلقوم وتقطعه إلى فوق»^٣، وحمل الحكم على الكراهة لوقوعه في الرواية في عداد أمور غير واجبة.

١. وسائل الشريعة ١٢: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ١٢: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٤، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ١١: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ٢.

(مسألة ٧) : يجب التتابع في الذبح ؛ بأن يستوفي قطع الأعضاء قبل زهوق الروح ، فلو قطع بعضها وأرسل الذبيحة حتى انتهت إلى الموت ثم قطع الباقي حرمت^(١١) ، بل لا يترك الاحتياط بأن لا يفصل بينها بما يخرج عن المتعارف المعتاد ؛ ولا يمدّ معه عملاً واحداً حرفاً ، بل بعدّ عمليين وإن استوفى الثمام قبل خروج الروح منها .

(مسألة ٨) : لو قطع ربة الذبيحة من الفقا ، وبقيت أعضاء الذباحة ، فإن بقيت لها^(١٢) الحياة المستكشفة بالحركة ولو يسيرة بعد الذبح وقطع الأوداج حلت ، وإن كان لها حركة ولو يسيرة قبل الذبح ذبحت ، فإن خرج مع ذلك الدم المعتدل حلت ، وإلا فإن لم تتحرك حتى يسيراً قبل الذبح حرمت ، وإن تحركت قبله ولم يخرج الدم المعتدل فمحل إشكال^(١٣) .

(مسألة ٩) : لو أخطأ الذابح وذبح من فوق العقدة ولم يقطع الأعضاء الأربعة ، فإن لم يتبق لها الحياة حرمت ، وإن بقيت يمكن أن يتدارك ؛ بأن يتسارع إلى إيقاع الذبح من تحت ، وقطع الأعضاء وحلت^(١٤) ، واستكشاف الحياة كما مرّ .

(مسألة ١٠) : لو أكل الذئب - مثلاً - مذبح الحيوان وأدركه حياً ، فإن أكل تمام الأوداج الأربعة بتمامها ؛ بحيث لم يبق شيء منها ولا منها شيء ، فهو غير قابل للتذكية وحرمت ، وكذا إن أكلها^(١٥) من فوق أو من تحت ، وبقي مقدار من الجميع معلقة بالرأس أو متصلة

(١١) لعدم استناد الموت - حينئذٍ - إلى قطع الأوداج الأربعة الذي هو شرط في التذكية .

(١٢) لوقوع الذبح - حينئذٍ - على الحيوان الحي وهو الملاك في التذكية ، وكذا الكلام في قوله : «فإن خرج الدم المعتدل حلت» ، وسيجيء معنى الحياة المشروط بتحققها عند وقوع التذكية في المسألة الرابعة عشر .

(١٣) من الشك في وقوع التذكية على الحي ومن شمول قوله ﷺ : «فإن أدركت شيئاً منها ، وعين نظرف ، أو قائمة تركض ، أو ذنب يمصع ، فقد أدركت ذكاته فكله»^١ للمورد .

(١٤) لعين ما ذكر في سابقتها .

(١٥) لظهور الأدلة في لزوم وقوع الذبح على تلك الأعضاء تامة سالمة ، بحيث تنصرف

بالبدن على الأحوط، فلا يحلّ يقطع ما بقي منها، وكذلك لو أكل بعضها تماماً وأبقى بعضها كذلك، كما إذا أكل الخَلْقُومَ بالتعام وأبقى الباقي كذلك، فلو قطع الباقي مع الشرائط يشكل وقوع التذكية عليه، فلا يترك الاحتياط.

(مسألة ١١): يُشترط في التذكية الذبعية - مضافاً إلى ما مرّ - أمور:

أحدها: الاستقبال^(١٦) بالذبيحة حال الذبح: بأن يوجه مذبحتها ومقاديم بدنها إلى القبلة، فإن أخلّ به فإن كان عامداً عالماً حرمت، وإن كان ناسياً أو جاهلاً^(١٧) أو مخطئاً في القبلة أو في العمل لم تحرم، ولو لم يعلم جهة القبلة أو لم يتمكن من توجيهها إليها سقط هذا

عن الموردين، فتكون أصالة عدم التذكية مُحْكَمَةً.

(١٦) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^١ الإجماع بقسميه عليه؛ لنصوص مستفيضة:

منها: صحيح ابن مسلم: «استقبل بذبيحتك القبلة»^٢، وصحيحه الآخر: فيمن لم يوجهها؟ قال ﷺ: «فلا تأكل منها»^٣، وصحيحه الثالث: ذبيحة ذبحت لغير القبلة؟ فقال ﷺ: «كُلْ ولا بأس بذلك ما لم يعمد»^٤.

(١٧) أي: بالحكم؛ لذكر الجهل بالموضوع بعده، لخبر عليّ بن جعفر: فيمن يذبح إلى غير القبلة؟ قال ﷺ: «لا بأس إذا لم يعمد»^٥.

وصحيح ابن مسلم: عن رجلٍ ذبح ذبيحة، فجهل أن يوجهها إلى القبلة؟ قال ﷺ: «كُلْ منها»^٦، وعدم التعمد يشمل جميع ما ذكر في المتن.

١. الخلاف ٥٠/٦، مسألة ١١؛ غنية النزوع ٢/٣٩٧؛ مسالك الأنعام ١١/٤٧٦؛ رياض المسائل ١٣/٣٢٢؛ جواهر الكلام ٣٦/١١٠.

٢. وسائل الشريعة ٢٤/٢٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٤/٢٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٤، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ٢٤/٢٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٤، الحديث ٤.

٥. وسائل الشريعة ٢٤/٢٨، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٤، الحديث ٥.

٦. وسائل الشريعة ٢٤/٢٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٤، الحديث ٦.

الشرط^(١٨) . ولا يشترط استقبال الذابح^(١٩) على الأقوى وإن كان أحوط وأولى .

ثانيها: التسمية^(٢٠) من الذابح: بأن يذكر اسم الله عليها، حينما يتشاغل بالذبح، أو متصلاً به عرفاً، أو قبيله المتصل به، فلو أخل بها فإن كان عمداً حرمت، وإن كان نسياناً لم تحرم^(٢١) . وفي إلحاق الجهل بالحكم بالنسيان أو العمد قولان، أظهرهما الثاني^(٢٢) . والمعتبر في التسمية وقوعها بهذا القصد: أعني بعنوان كونها على الذبيحة، ولا تجزي التسمية الاتفاقية الصادرة لغرض آخر.

(١٨) لرفع الاضطراب؛ ولأخبار متفرقة في الباب تدل على سقوط أسنانه عند الاضطراب، فراجع .

(١٩) لعدم الدليل عليه والأصل عدم شرطيته، ولعل الاحتياط لتوهم قوله ﷺ: «استقبل بذبيحتك القبلة» نظير: ذهبت بزيد بمعنى: ذهبت معه، مع أنه نظير قوله تعالى: «ذَهَبَ اللَّهُ بِنُورِهِمْ»^١ .

(٢٠) بلا خلاف^٢ فيه؛ لقوله تعالى: «فَكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ»^٣، وقوله: «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِشْقٌ»^٤ .

ولصحيح محمد بن مسلم: «ولا تأكل من ذبيحة ما لم يذكر اسم الله عليها»^٥ .

(٢١) لعموم رفع النسيان، ولصحيح محمد بن مسلم: عن الرجل يذبح ولا يستمي، قال ﷺ: «إن كان نسياناً فلا بأس»^٦، ونحوه الحديث الثالث والرابع .

(٢٢) ولعله لإطلاق قوله: «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ»^٧ وغيره من الأدلة،

١. البقرة (٢): ١٧.

٢. الخلاف ٦: ١٠ / مسألة ٦، غنية النزوع ٢: ٣٩٧، مسالك الأنعام ١١: ٤٧٧، رياض المسائل ١٣: ٣٢٢، جواهر الكلام ٣٦: ١١٣.

٣. الأنعام (٦): ١١٨.

٤. الأنعام (٦): ١٢١.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٥، الحديث ١.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٥، الحديث ٢.

٧. الأنعام (٦): ١٢١.

ثالثها: صدور حركة منها^(٢٣) بعد تعامية الذبيح؛ كي تدلّ على وقوعه على الحيّ ولو كانت بسيرة، مثل أن تطرف عينها أو تحرك أذنها أو ذنبها أو تركض برجلها ونحوها، ولا يحتاج مع ذلك إلى خروج الدم المعتدل، فلو تحرك ولم يخرج الدم، أو خرج متناقلًا ومتقاطراً - لا سائلاً معتدلاً - كفى في التذكية. وفي الاكتفاء به أيضاً - حتى يكون المستبر أحد الأُمّرين: من الحركة، أو خروج الدم المعتدل - قول مشهور بين المتأخرين، ولا يخلو من وجه^(٢٤)، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط. هذا إذا لم يعلم حياته، وأمّا إذا علم حياته بخروج

ويمكن التمسك بحديث الرفع في رفع الشرطية المجهولة، وهو حاكم على الأدلة الأولية.

(٢٣) على المشهور^١؛ بين القدماء لعدة من الروايات:

منها: صحيح أبي بصير: «إذا ركضت الرجل أو طرفت العين فكلّ»^٢.

وصحيح عبد الرحمان: «إذا طرفت العين أو ركضت الرجل أو تحرك الذنب، فكلّ منه

فقد أدركت ذكاته»^٣.

وأما ما يظهر من بعض الأخبار من لزوم تحقق تلك العلامات قبل الذبيح كصحيح أبان:

«إذا شككت في حياة شاة فرأيتها تطرف عينها أو تحرك أذنها أو تمصع بذنها، فاذبحها،

فإنّها لك حلال»^٤ - ونحوه خبر ابن سليمان^٥ - فمحمول على جواز الإقدام على الذبح

- حينئذٍ - وحصول الإطمئنان بوقوعه على الحيّ، ولا ينافي في لزوم إحرازها بعد الذبح إذا

حصل شكّ. وأمّا استصحاب الحياة فهو إن نفع لم يحتج إلى إحراز تلك العلامات قبل الذبح

وبعده، لأنّ الظاهر أنّه مثبت.

(٢٤) لخبر حسين بن مسلم: «فإن كان الرجل الذي ذبح البقرة حين ذبح خرج الدم

١. المتعنة: ١٥٨٠، المراسم العلوية: ١٢١١، المهذب: ٢: ٤٢٨؛ غنية النزوع: ٢: ٣٩٧؛ رياض المسائل: ١٣: ٣٢٨.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١١، الحديث ٦.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١١، الحديث ٥.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١١، الحديث ٧.

هذا الدم فيكتفى به بلا إشكال.

(مسألة ١٢): لا يعتبر^(٢٥) كيفية خاصة في وضع الذبيحة على الأرض حال الذبح، فلا فرق بين أن يضعها على الجانب الأيمن، كهينة الميت حال الدفن، وأن يضعها على الأيسر. (مسألة ١٣): لا يعتبر في التسمية^(٢٦) كيفية خاصة وأن تكون في ضمن البسملة، بل المدار صدق ذكر اسم الله عليها، فيكفي أن يقول: «بسم الله»، أو «الله أكبر»، أو «الحمد لله»، أو «لا إله إلا الله»، ونحوها. وفي الاكتفاء بلفظ «الله» من دون أن يقرن بما يصير به كلاماً تاماً دالاً

معتدلاً، فكلوا وأطعموا^١، وهو مع ضعف سنده يعارضه صحيح أبي بصير: عن الشاة تذبح فلا تتحرك ويهراق منها دم كثير عبيط؟ فقال ﷺ: «لا تأكل، إن علياً ؑ كان يقول: إذا ركضت الرجل أو طرفت العين فكل^٢، ولكن المشهور^٣ بين المتأخرين هو الأول، بل لم يعمل بالصحيح إلا الصدوق ؑ ووافقه في «المختلف»^٥ فهو كالمرعض عنه، وحينئذ: يمكن حمله على كون الدم متناقلاً، لا معتدلاً حتى يكون علامة للحياة. فالمحصل - حينئذ - كون كل من الأمرين أمانة على الحياة.

(٢٥) لإطلاق الأدلة وعدم التعرض لذلك.

(٢٦) لإطلاق قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ^٦» ولصحيح محمد بن مسلم: عن رجل ذبح فسيح أو كبير أو هلل أو حمد الله، قال ﷺ: «هذا كله من أسماء الله، لا بأس به»^٧.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٥، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٢، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٤، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٢، الحديث ١.

٣. النهاية: ٥٨٤، السرائر ٣: ١١٠، مسالك الأنعام ١١: ٤٨٥، رياض المسائل ١٣: ٣٣٠، جواهر الكلام ٣٦: ١٢٥ و ١٣١.

٤. الفقيه ٣: ٣٢٧ / ٤١٧١، المقنع: ٤٦٦.

٥. مختلف الشيعة ٨: ٣-٧.

٦. الأنعام (٦): ١١٨.

٧. وسائل الشيعة ٢٤: ٣٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٦، الحديث ١.

على صفة كمال أو ثناء أو تمجيد، إشكال^(٢٧). نعم، التعدي من لفظ «الله» إلى سائر أسمائه الحسنی - كالرحمان والبارئ والخالق وغيرها من أسمائه الخاصة - غير بعيد^(٢٨)، لكن لا يترك الاحتياط فيه. كما أن التعدي إلى ما يُرادف لفظ الجلالة في لغة أخرى - كلفظة «یزدان» في الفارسية وغيرها في غيرها - لا يخلو من وجه وقوة، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بمراعاة العربية.

(مسألة ١٤): الأقوى عدم اعتبار استقرار الحياة في حلية الذبيحة بالمعنى الذي فسروه، وهو أن لا تكون مشرفة على الموت؛ بحيث لا يمكن أن يعيش مثلها اليوم أو نصف اليوم، كالمشقوق بطنه والمخرج حشوته والمذبوح من قفاه الباقية أوداجه والساقط من شاهره ونحوها، بل المعتبر أصل الحياة^(٢٩) ولو كانت عند إشراف الخروج، فإن علم ذلك فهو، وإلا يكون الكاشف عنها الحركة بعد الذبح ولو كانت بسيرة كما تقدّم.

(مسألة ١٥): لا يشترط في حلية الذبيحة بعد وقوع الذبح عليها حيّاً أن يكون خروج روحها بذلك الذبح، فلو وقع عليها الذبح الشرعي، ثم وقعت في نار أو ماء أو سقطت من

(٢٧) فإن المحتمل قوياً كون المراد من ذكر اسم الله التلفّظ به منضمّاً بما يشعر بوصف كمال أو استعانة بذاته تعالى لشيء من الأمور ونحو ذلك.

(٢٨) إذ الظاهر من الآية الشريفة التلفّظ باسم يكون حاكياً عن ذاته المقدّسة من غير خصوصيّة لسان خاصّ عربياً كان أو غيره.

(٢٩) لعدّة أخبار: منها: صحيح الحلي: «إذا تحرّك الذنب أو الطرف أو الأذن فهو ذكي»^١.

وخبر زرارة: في صيد قطعت منه الحبال بعضه: «وما أدركت من سائر جسده حيّاً لذّكه ثمّ كُل منه»^٢. ونحوه الحديث الثالث من الباب الرابع.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١١، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٣: ٣٧٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الصيد، الباب ٢٤، الحديث ٢.

جبل ونحو ذلك، لماتت بذلك حلت على الأقوى^(٣٠).

(مسألة ١٦): يختص الإبل^(٣١) من بين البهائم بكون تذكيته بالنحر، كما أن غيرها يختص بالذبح، فلو ذبحت الإبل أو نحر غيرها كان ميتة. نعم، لو بقيت له الحياة بعد ذلك أمكن التدارك؛ بأن يذبح ما يجب ذبحه بعد ما نحر، أو ينحر ما يجب نحره بعد ما ذبح، ووقعت عليه التذكية^(٣٢).

(مسألة ١٧): كيفية النحر^(٣٣) ومحلّه أن يدخل سكيناً أو رمحاً ونحوهما من الآلات الحادة الحديدية في لبته، وهي المحل المنخفض الواقع بين أصل العنق والصدر، ويشترط فيه

(٣٠) لإطلاق الأدلة بعد حصول الذبح من غير اشتراط عدم دخالة أمر آخر في تسريع الموت وغيره.

(٣١) بلا خلاف فيه؛ لقوله تعالى: «فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْعَزْ»^٢، ولصحيح معاوية: «النحر في اللبة، والذبح في الحلق»^٣. المنصرف بقرينة السيرة القطعية إلى نحر الإبل. ولمرسل الصدوق: «كل منحور مذبوح حرام، وكل مذبوح منحور حرام»^٤، وللتقرير في خبر الجعفي: يعبر تردّي في بئر، كيف ينحر؟ قال عليه السلام: «يدخل الحربة فيقطعنها بها ويسمي، ويأكل»^٥.

(٣٢) لما عرفت من معنى استقرار الحياة في المذبوح والمنحور.

(٣٣) لخبر أبي خديجة: «رايت أبا عبد الله عليه السلام ينحر بدنة... يطن في لبته ثم يخرج السكين يده، فإذا وجبت قطع موضع الذبح بيده»^٦.

١. الخلاف ٦: ٤٨ / مسألة ٨؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٦؛ السرائر ٣: ١٠٧. رياض المسائل ١٣: ٣٢٥؛ جواهر الكلام ٣٦: ٣٢٥.

٢. الكوثر (١٠٨): ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٤. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٥، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٠. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ٤.

٦. وسائل الشريعة ١٤: ١٤٩. كتاب الحج، أبواب الذبح، الباب ٣٥، الحديث ٣.

كُلَّ (٣٤) ما اشترط في التذكية الذبعية، فيشترط في الناحر ما اشترط في الذابح، وفي آلة النحر ما اشترط في آلة الذبح، وتجب التسمية عنده كما تجب عند الذبح، ويجب الاستقبال بالمنحور، وفي اختيار الحياة واستقرارها هنا ما مرَّ في الذبيحة.

(مسألة ١٨): يجوز نحر الإبل (٣٥) قائمة وباركة مقبلة إلى القبلة، بل يجوز نحرها ساقطة على جنبها؛ مع توجيه منحورها ومقادير بدنّها إلى القبلة؛ وإن كان الأفضل كونها قائمة.

(مسألة ١٩): كَلَّ ما يتعدَّر ذبحه (٣٦) ونحره - إمّا لاستمصائه، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع ذكاته ليذبحه أو ينحره، كما لو تردَّى في البئر، أو وقع في مكان ضيق وخيف موته - جاز أن يعقره بسيف أو سكين أو رمح أو غيرها ممّا يجرّحه ويقنّله، ويحلّ أكله وإن لم يصادف المقر موضع التذكية، وسقطت شرطية الذبح

(٣٤) لا شترارك الحكم فيها فتوى ونصاً.

(٣٥) لإطلاق أدلة الاستقبال؛ ولصحيح معاوية: «إذا اشترت هديك فاستقبل به القبلة وانحره أو اذبحه»^١.

وفي خبر «قرب الإسناد»: «يعقلها وإن شاء قائمة وإن شاء باركة»^٢.

(٣٦) لصحيح الحلبي: في ثورٍ تعاصى، فضرّبه القوم بالسيف: «هذه ذكاة وحية، ولحمه حلال»^٣. والوحية: العاجلة.

وخبر الجعفي: في يعير تردّى في بئر: «يدخل الحرية ليطعنه بها ويُسّي، ويأكل»^٤.

وأما القتل بالكلب في المُستعصي، ففي «الجواهر»: «لكنّ الإجماع ونصوص المتردّي الحقاء بالصيد»^٥. وذلك لانفهام إلغاء الشرائط عند الضرورة، ولو لم ينصّ على بعضها.

١. وسائل الشريعة ١٤: ١٥٢، كتاب الحج، أبواب الذبح، الباب ٣٧، الحديث ١.

٢. قرب الإسناد: ٢٣٥ / ٩٢١؛ وسائل الشريعة ١٤: ١٥٠، كتاب الحج، أبواب الذبح، الباب ٣٥، الحديث ٥.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٩، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٢٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٠، الحديث ٤.

٥. جواهر الكلام ٣٦: ٤٩.

والنحر، وكذلك الاستقبال. نعم، سائر الشرائط من التسمية وشرائط الذابح والتاحر نجب مراعاتها. وأمّا الآلة فيعتبر فيها ما مرّ في آلة الصيد الجمادية، وفي الاجتزاء هنا يعقر الكلب وجهان، أقواهما ذلك في المستعصي، ومنه الصائل المستعصي، دون غيره كالمتردي.

(مسألة ٢٠): للذباحة والنحر آداب ووظائف مستحبة ومكرهة:

فمنها: على ما حكى الفتوى به عن جماعة، أن يربط^(٣٧) يدي الغنم مع إحدى رجله ويطلق الأخرى، ويمسك صوفه وشعره بيده حتى تبرد، وفي البقر أن يعقل قوائمه الأربع، ويطلق ذنبه، وفي الإبل أن تكون قائمة، ويربط يديها ما بين الخفّين إلى الركبتين أو الإبطين ويطلق رجلها، وفي الطير أن يرسله بعد الذبح حتى يرفرف. ومنها: أن يكون الذابح والتاحر مستقبل القبلة^(٣٨). ومنها: أن يمرض عليه الماء قبل الذبح والنحر. ومنها: أن يعامل مع

(٣٧) أمّا الغنم، فالموجود في صحيح حران: «وإن كان شيء من الغنم فأمسك صوفه أو شعره، ولا تمسك يداً ولا رجلاً»^١، فأوله صاحب «المسالك»: بأن المراد يربط يديه وإحدى رجله من غير أن يمسكها بيده^٢. ولا دليل على ما ذكره.

وأما البقر، ففي ذلك الصحيح: «فاعقلها وأطلق الذنب»^٣.

وأما الإبل ففيه: «وأما البعير فشذ أخفافه إلى آباطه وأطلق رجله»^٤.

وفي صحيح ابن سنان: «يربط يديها ما بين الخفّ إلى الركبة»^٥.

وأما الطير ففي صحيح حران: «والإرسال للطير خاصّة»^٦.

(٣٨) لخبر محمد بن مسلم: قال: سألته عن الذبيحة؟ فقال ﷺ: «استقبل بذيبتك

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ٢.

٢. مسالك الأنعام ١١: ٤٨٧.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ٢.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ٢.

٥. وسائل الشريعة ١٤: ١٤٨، كتاب الحج، أبواب الذبح، الباب ٣٥، الحديث ١.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٣، الحديث ٢.

الحيوان في الذبيح والنحر ومقدمتهما ما هو الأسهل والأروح وأبعد من التعذيب والإيذاء له؛ بأن يساق إلى الذبيح والنحر برفق وبضجعه برفق، وأن يحدّد الشفرة، وتوارى وتستر عنه حتى لا يراها، وأن يسرع في العمل^(٣٩) ويمرّ السكين في المذبح بقوة.

وأما المكروهة فمنها: أن يسلخ جلده قبل خروج الروح^(٤٠)، وقيل بالحرمة وإن لم تحرم به الذبيحة، وهو أحوط. ومنها: أن يقلب السكين ويدخلها تحت الحلقوم ويقطع إلى فوق^(٤١). ومنها: أن يذبح حيوان وحيوان آخر مجانس له.....

القبلة^١.

وخبر معاوية: «إذا اشتريت هديك فاستقبل به القبلة، وانحره أو اذبحه»^٢.

(٣٩) قال في «المسالك» - بعد ما ذكر أن هذه الوظائف منصوبة -: روى شدّاد بن أويس (أوس): أن النبي ﷺ قال: «إن الله كتب عليكم الإحسان في كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبيح، وليحدّ أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته»^٣. وفي حديث آخر: أنه ﷺ أمر أن تُحدّ الشفار، وأن توارى عن البهائم، وقال: «إذا ذبح أحدكم فلليجهز»^٤.

وأما المكروهة

(٤٠) لخبر محمد بن يحيى: «إذا ذبحت الشاة وسلخت أو سلخ شيء منها قبل أن تموت لم يحل أكلها»^٥.

(٤١) لخبر حمران: «ولا تقلب السكين لتدخلها الحلقوم وتقطعها إلى فوق»^٦.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٥، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٦، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٥٢، كتاب الحج، أبواب الذبيح، الباب ٣٧، الحديث ١.

٣. صحيح مسلم ٦: ٧٢.

٤. مسالك الأنعام ١١: ٤٩١.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبيح، الباب ٨، الحديث ١.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ١٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبيح، الباب ٣، الحديث ٢.

ينظر إليه^(٤٢)، وأما غيره ففيها تأمل وإن لا تخلو من وجه. ومنها: أن يذبح ليلاً^(٤٣)، وبالنهار قبل الزوال يوم الجمعة^(٤٤)، إلا مع الضرورة. ومنها: أن يذبح بيده ما رآه^(٤٥) من النعم. وأما إبانة الرأس قبل خروج الروح منه فلا حوط تركها، بل الحرمة لا تخلو من وجه^(٤٦). نعم، لا

(٤٢) لخبر غياث: أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «لا تذبح الشاة عند الشاة، ولا الجزور وهو ينظر إليه»^١.

(٤٣) لخبر أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان علي بن الحسين عليه السلام يأمر غلمانه أن لا يذبحوا حتى يطلع الفجر»^٢.

(٤٤) لخبر الحلبي: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله يكره الذبح وإراقة الدماء يوم الجمعة قبل الصلاة»^٣.

(٤٥) لخبر محمد بن الفضيل: عن أبي الحسن عليه السلام قال: «ما كنت أحب لك أن تفعل، لا تربين شيئاً من هذا ثم تذبحه»^٤. ومثله الحديث الثالث من الباب الواحد والستون من أبواب الذبح في الحج، ويشعر به أيضاً الحديث الثاني منه فراجع.

ولخبر أبي الصحاري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يعلف الشاة والشاتين ليضحي بها؟ قال عليه السلام: «لا أحب ذلك»^٥.

(٤٦) لخبر علي بن جعفر عليه السلام: سألته عن الرجل ذبح فقطع الرأس قبل أن تبرد الذبيحة، كان ذلك منه خطأ، أو سبقه السكين، أيؤكل ذلك؟ قال عليه السلام: «نعم ولكن لا يعود»^٦. ويدل عليه سائر أخبار الباب، فراجع.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبح، الباب ٧، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ٤١. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢١، الحديث ١ و ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٤٠. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٠، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ٩١. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٤٠، الحديث ١.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٩٢. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٤٠، الحديث ٢.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ١٩. كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٩، الحديث ٧.

تحرم الذبيحة بفعلها على الأقوى. هذا مع التعمد. وأمّا مع الغفلة أو سبق السكّن فلا حرمة ولا كراهة - لا في الأكل، ولا في الإبانة - بلا إشكال. والأحوط ترك أن تنزع الذبيحة^(٤٧)؛ بمعنى إصابتها السكّن إلى نخاعها، وهو الخيط الأبيض وسط القفار الممتدّ من الرقبة إلى عجز الذنب.

(مسألة ٢١): لو خرج جنين أو أخرج من بطن أمّه، فمع حياة الأمّ أو موتها بدون التذكية، لم يحلّ أكله^(٤٨) إلا إذا كان حيّاً وقعت عليه التذكية، وكذا إن خرج أو أخرج حيّاً من بطن أمّه المذكاة، فإنّه لا يحلّ إلا بالتذكية^(٤٩)، فلو لم يذكّ لم يحلّ وإن كان عدها من جهة عدم اتّساع الزمان لها على الأقوى. وأمّا لو خرج أو أخرج ميتاً من بطن أمّه المذكاة، حلّ أكله^(٥٠)، وكانت تذكيته بتذكية أمّه، لكن بشرط كونه تامّ الخلقة وقد أشعر أو أوبر وإلا فميتة، ولا لرق في حليّته مع الشرط المزبور بين ما لم تلجه الروح وبين ما ولجته ومات في بطن أمّه على الأقوى.

(٤٧) لخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «لا تنزعها حتّى تموت»^١.

وخبر الحلبي: قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تنزع الذبيحة حتّى تموت»^٢.

(٤٨) لأنّه - حينئذٍ - ميتة مبانة، من حيّ أو من ميتة.

(٤٩) لأنّه - حينئذٍ - حيوان حيّ يحتاج إلى التذكية كغيره؛ ولموتيّ عمار: «فإن هو خرج

وهو حيّ فاذبحه وكُل، فإن مات قبل أن تذبحه فلا تأكله»^٣.

(٥٠) لصحيح ابن مسلم: في قوله تعالى: «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ»^٤ قال عليه السلام: «الجنين

في بطن أمّه إذا أشعر وأوبر فذكاته ذكاة أمّه، فذلك الذي عنى الله تعالى»^٥.

وصحيح الحلبي: «إذا ذبحت الذبيحة، فوجدت في بطنها ولدًا تامًّا فكلّ، وإن لم يكن

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٥، كتاب الصيد والذباحة، الباب ٦، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٦، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ٣٥، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٨، الحديث ٨.

٤. السائدة (٥): ١.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ٣٣، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ١٨، الحديث ٣.

(مسألة ٢٢): لو كان الجنين حيّاً حال إيقاع الذبيح أو التحر على أمه، ومات بعده قبل أن يشقّ بطنها ويستخرج منها، حلّ على الأقوى^(٥١) لو بادر على شقّ بطنها ولم يدرك حياته، بل ولو لم يبادر ولم يؤخّر زائداً على القدر المتعارف في شقّ بطون الذبائح بعد الذبيح؛ وإن كان الأحوط المبادرة وعدم التأخير حتى بالقدر المتعارف. ولو أخّر زائداً عن المتعارف ومات قبل أن يشقّ البطن فالأحوط الاجتناب عنه.

(مسألة ٢٣): لا إشكال في وقوع التذكية على كلّ حيوان حلّ أكله ذاتاً^(٥٢) - وإن حرم بالعارض كالجلال والموطوء - بحرياً كان أو برياً، وحشياً كان أو إنسياً، طيراً كان أو غيره؛ وإن اختلف في كيفية التذكية على ما مرّ. وأثر التذكية فيها: طهارة لحمها وجلدها وحلّة لحمها لو لم يحرم بالعارض. وأمّا غير المأكول من الحيوان فما ليس له نفس سائلة لا أثر للتذكية فيه؛ لا من حيث الطهارة ولا من حيث الحلّة؛ لأنّه طاهر ومحرم أكله^(٥٣) على كلّ

تأمناً فلا تأكله^١.

(٥١) لشمول إطلاق ما ذكر من الأدلّة له، والاحتياط في المسألة لعلّه لقوّة احتمال انصراف أدلّة الحلّة عنه، فتشمله أصالة عدم التذكية.

(٥٢) لدعوى^٢ الإجماع بقسميه عليه؛ ولأنّه مقتضى كونه مأكول اللحم. قيل^٣: ولقوله تعالى: «وَالْمُنْعِمَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ»^٤ وفيه: أنّه يلزم - حينئذٍ - تخصيص الأكثر، ونظير الآية في الدلالة على عموم حلّة كلّ حيوان الحديث الأوّل من أبواب الذبابة، الباب التاسع عشر، ولما مرّ من النصوص في الصيد والذبابة.

(٥٣) وسيجيء في الأطعمة المحرّمة إن شاء الله تعالى.

١. وسائل الشيعية ٢٤: ٣٤، كتاب الصيد والذبابة، أبواب الذبائح، الباب ١٨، الحديث ٤.

٢. مسائل الأنعام ١١: ٥١٦؛ مجمع الفائدة والرهان ١١: ٨٧؛ مستند الشيعة ١٥: ٤٣٨؛ جواهر الكلام ٣٦: ١٩٢.

٣. جواهر الكلام ٣٦: ١٩٢.

٤. المائدة (٥): ٣.

حال. وما كان له نفس سائلة فإن كان نجس العين - كالكلب والخنزير - فليس قابلاً للتذكية. وكذا المسوخ غير السباع كالفيل والدب والقرد ونحوها. وكذا الحشرات، وهي الدواب الصغار التي تسكن باطن الأرض، كالفأرة وابن عرس والضب ونحوها على الأحوط الذي لا يترك فيهما؛ وإن كانت الطهارة لا تخلو من وجه^(٥٤). وأمّا السباع وهي ما تفترس الحيوان وتأكل اللحم؛ سواء كانت من الوحوش كالأسد والنمر والفهد والثعلب وابن آوى وغيرها، أو من الطيور كالصقر والبازي والباشق وغيرها، فالأقوى قبولها^(٥٥) للتذكية، وبها تطهر لحومها وجلودها، فيحل الانتفاع بها؛ بأن تلبس في غير الصلاة ويفترش بها، بل بأن تجعل وعاء للمائعات، كأن تجعل قربة ماء أو عكة سمن أو دبة دهن ونحوها وإن لم تدبغ على الأقوى؛ وإن كان الأحوط أن لا تستعمل ما لم تكن مدبوغة.

(مسألة ٢٤): الظاهر أن جميع أنواع الحيوان المعزّم الأكل ممّا كانت له نفس سائلة - غير

(٥٤) لما نذكره في السباع.

(٥٥) لعدة أخبار: منها: صحيح عليّ بن يقطين: سأل عن لباس الفراء السمور والفنك والثعالب؟ قال ﷺ: «لا بأس بذلك»^١، بناءً على عدم جواز الانتفاع بالميت. ولموثّق ابن بكير: «وإن كان غير ذلك ممّا قد نهيت عن أكله وحرم عليك أكله، فالصلاة في كلّ شيء منه فاسد، ذكّاه الذبيح أو لم يذكّه»^٢.

ولخبر عليّ بن أبي حمزة: قلت: أو ليس الذكي ما ذكّي بالحديد؟ قال ﷺ: «بلى، إذا كان ممّا يؤكل لحمه»، قلت: وما لا يؤكل؟ قال ﷺ: «لا بأس بالسجّاب»^٣. وقوله ﷺ: «إذا كان قيد لجواز الصلاة لا للتذكية، وإلاّ لكان السجّاب ميتة مع أنّ سياق الحديث الاستثناء من غير المأكول لا من الميتة.

١. وسائل الشريعة ٤: ٣٥٧، كتاب الصلاة، أبواب لباس المصلّي، الباب ٥، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٤: ٣٤٥، كتاب الصلاة، أبواب لباس المصلّي، الباب ٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٤: ٣٤٨، كتاب الصلاة، أبواب لباس المصلّي، الباب ٣، الحديث ٣.

ما ذكر آنفاً - تقع عليها التذكية^(٥٦)، فتطهر بها لحومها وجلودها.

(مسألة ٢٥): تذكية جميع ما يقبل التذكية من الحيوان المحرّم الأكل، إنما تكون بالذبح مع الشرائط المعتبرة في ذبح الحيوان المحلّل، وكذا بالاصطياد بالآلة الجمادية في خصوص الممنوع منها كالمحلّل. وفي تذكيته بالاصطياد بالكلب المعلم تردّد وإشكال^(٥٧).

(مسألة ٢٦): ما كان بيد المسلم من اللحوم والشحوم والجلود - إذا لم يعلم كونها من غير المذكّي - يؤخذ منه ويعامل معه معاملة المذكّي^(٥٨)؛ بشرط تصرّف^(٥٩) ذي اليد فيه تصرّفاً

(٥٦) لما ذكر في المسألة السابقة.

(٥٧) فإن أدلتها واردة في موارد مأكول اللحم خاصّة، قوله تعالى: «أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا حَلَّلْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ... فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ»^١ واستفادة العموم منها مشكّلة.

(٥٨) لعدّة أخبار، منها: صحيح الفضلاء: عن شراء اللحوم من الأسواق، ولا يدري ما صنع القصابون؟ فقال ﷺ: «كل إذا كان ذلك في سوق المسلمين ولا تسأل عنه»^٢.

وهذا ظاهر في أماريّة السوق ولو أخذ من مجهول الحال. وصحيح الحلبي: عن الخفاف التي تُباع في السوق؟ فقال ﷺ: «اشتر وصل فيها حتّى تعلم أنّه ميتة»^٣.

وهذا يحتمل كون العلّة يد المسلم وسوق المسلمين.

وصحيح ابن أبي نصر: عن الرجل يأتي السوق فيشتري جيّة فراء، لا يدري أذكبيّة أم غير ذكيّة، أ يصلّي فيها؟ فقال ﷺ: «نعم ليس عليكم المسألة»^٤.

(٥٩) لعلّه لخبر إسماعيل في الفراء: أيسأل عنه إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟ قال ﷺ: «عليكم أنتم أن تسألوا عنه إذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك، وإذا رأيتم يصلّون فيه فلا تسألوا عنه»^٥، وقوله ﷺ: «يصلّون فيه» أي المسلمون.

١. المائدة (٥): ٤.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٧٠، كتاب الصيد والذباحة، أبواب الذبائح، الباب ٢٩، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٣: ٤٩٠، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، الباب ٥٠، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٩١، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، الباب ٥٠، الحديث ٣.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ٤٩٢، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، الباب ٥٠، الحديث ٧.

مشروطاً بالتذكية على الأحوط، فحينئذ يجوز بيعه وشراؤه وأكله واستصحابه في الصلاة، وسائر الاستعمالات المتوقفة على التذكية، ولا يجب عليه الفحص والسؤال، بل ولا يستحب، بل نهى عنه. وكذلك ما يباع منها في سوق المسلمين؛ سواء كان بيد المسلم أو مجهول الحال، بل وكذا ما كان مطروحاً في أرضهم^(٦٠) إذا كان فيه أثر الاستعمال، كما إذا كان اللحم مطبوخاً والجلد مخيطاً أو مديوفاً. وكذا إذا أخذ من الكافر^(٦١)، وعلم كونه مسبقاً بيد المسلم على الأقوى بشرط مراعاة الاحتياط المتقدم. وأما ما يؤخذ من يد الكافر ولو في بلاد المسلمين ولم يعلم كونه مسبقاً بيد المسلم، وما كان بيد مجهول الحال في بلاد الكفار، أو كان مطروحاً في أرضهم ولم يعلم أنه مسبق بيد المسلم واستعماله، يعامل معه معاملة غير المذكي^(٦٢)، وهو بحكم الميتة. والمدار في كون البلد^(٦٣) أو الأرض منسوباً إلى المسلمين غلبة السكان القاطنين؛ بحيث ينسب عرفاً إليهم ولو كانوا تحت سلطة الكفار. كما أن هذا هو المدار في بلد الكفار. ولو تساوت النسبة من جهة عدم الغلبة فحكمه حكم بلد الكفار.

(مسألة ٢٧): لا فرق في إباحة ما يؤخذ من يد المسلم بين كونه مؤمناً، أو مخالفاً

(٦٠) لمعتبرة السكوني: عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين؟ قال رحمه الله: «يقوم ماليتها ثم يؤكل؛ لأنفسد» قيل: لا يدرى سفرة مسلم أو سفرة مجوسي؟ قال رحمه الله: «هم في سعيتي يعلموا»^١، وهذا ظاهر في أرض المسلمين.

(٦١) إذ بذلك العلم يكون من قبيل المأخوذ من المسلم.

(٦٢) لأصالة عدم التذكية أو أمارية الأرض لعدمها.

(٦٣) لموثق إسحاق بن عمار: «لأبأسرها الصلاهيما صنع في أرض الإسلام»، قلت: فإن

يعتقد^(٦٤) طهارة جلد الميتة بالدبغ، ويستحل ذبائح أهل الكتاب، ولا يراعي الشروط التي اعتبرناها في التذكية. وكذا لا فرق بين كون الآخذ موافقاً مع المأخوذ منه في شرائط التذكية - اجتهداً أو تقليداً - أو مخالفاً معه فيها؛ إذا احتل الآخذ تذكيته على وفق مذهبه، كما إذا اعتقد الآخذ لزوم التسمية بالعربية، دون المأخوذ منه إذا احتل أن ما بيده قد روعي فيه ذلك؛ وإن لم يلزم رعايته عنده. والله العالم.

كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال ﷺ: «إذا كان الغالب عليها المسلمون فلا بأس»^١.
(٦٤) لإطلاق ما ذكر من الأخبار في المسألة السابقة، مع أنه كان المشهور عندهم في زمان صدور تلك الروايات حلّية ذبائح أهل الكتاب، وكذا طهارة الميتة بالدباغة وأنه لم يكن السوق في ذلك الزمان إلا سوقهم.
وفي صحيح البيهقي: «ليس عليكم المسألة...؛ إن الخوارج ضيقوا على أنفسهم بجهالتهم، إن الذين أوسع من ذلك»^٢.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ٤٩١، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، الباب ٥٠، الحديث ٥.

٢. وسائل الشريعة ٣: ٤٩١، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، الباب ٥٠، الحديث ٣.

كتاب الأطعمة والأشربة

والمقصود من هذا الكتاب بيان المحلل والمحرم من الحيوان وغير الحيوان.

كتاب الأطعمة والأشربة

الإنسان كسائر أبناء جنسه يحتاج بطبعه إلى طعام وشراب، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَداً لَّا يَأْكُلُونَ الطَّعَامَ﴾^١، وهذا الكتاب موضوع لبيان ما يمكن للإنسان أكله وشربه من حيث الحكم التكليفي، ولذلك انقسمت مسائله إلى حالة الاختيار والاضطرار.

ثم إن ما يتناوله الإنسان: إما حيوانيّ وإما غيره؛ والأول ينقسم إلى بحريّ وأرضيّ وجويّ، والثاني ينقسم إلى جامد ومائع. فيقع الكلام في الكتاب فيها وفيما يتفرّع عليها.

ثم إن هنا كليّات لتشخيص الحلال عن الحرام يستفاد من الآيات والروايات، كقوله تعالى: ﴿يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْغَبَائِثَ﴾^٢، وقوله: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾^٣ وقوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾^٤.

وقول الصادق عليه السلام: «إن الله خلق الخلق، فعلم ما تقوم به أبدانهم وما يصلحهم، فأحلّه لهم... وعلم ما يضرهم فنهاهم عنه وحرمه عليهم، ثم أباحه للمضطر، وأحلّ له في

١. الأنبياء (٢١): ٨.

٢. الأعراف (٧): ١٥٧.

٣. البقرة (٢): ٥٧.

٤. السائدة (٥): ٤.

القول في الحيوان

(مسألة ١): لا يؤكل من حيوان البحر إلا السمك والطيء^(١) في الجملة، فيحرم غيره

الوقت الذي لا يقوم بدنه إلا به، فأمره أن يتناول منه بقدر البلغة لا غير ذلك^١، وغيرها، إلا أن ذلك كليّات يحتاج إلى تعيين المصاديق.

ثم إن القاعدة الأولى والأصل الثابت بحكم الشرع والعقل في كلّ مطعوم أو مشروب الحليّة الواقعيّة ما دام لم يعرض النهي المخصّص من الشرع، أو القبح المقيّد من العقل، لقوله تعالى: «خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا»^٢، وقوله: «كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا»^٣.

كما أن الأصل الثانوي الكلّي والحكم الظاهري شرعاً وعقلاً أيضاً ذلك في كلّ ما شكّ في حليّته وحرمة لقوله ﷻ: «كُلْ شَيْءٌ لَكَ مَطْلُوقٌ حَتَّى يَرُدَّ فِيهِ نَهْيٌ»، وقوله ﷻ: «كُلْ شَيْءٌ فِيهِ حَلَالٌ وَحَرَامٌ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْرِفَ الْحَرَامَ بِعَيْنِهِ فَتَدَعِهِ»^٤.

القول في الحيوان

(١) أمّا المستثنى فعلى المشهور، بل ادّعى جماعة^٥ عليه الإجماع، وأمّا المستثنى منه فلمعوم قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ»^٦ بعد عدم وجود دليل على تذكيته، وبه يخصّص عموم قوله تعالى: «أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ»^٧، وقوله: «لَقَدْ كَلَّمْنَا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا»^٨. ويحتمل قوياً كون الآيتين مسوقتين لبيان حال ما تعارف أكله من السمك

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٩٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١، الحديث ١.

٢. البقرة (٢): ٢٩.

٣. الأعراف (٧): ٣١.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ١٦٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ٦١، الحديث ٧.

٥. الخلاف ٦: ٢٩ / مسألة ٣١: غنية النزوع ٤: ٣٩٧، السرائر ٣: ٩٨، مسالك الأضواء ١٢: ١٠، جواهر الكلام ٣٦: ٢٤١.

٦. المائدة (٥): ٣.

٧. المائدة (٥): ٩٦.

٨. النحل (١٦): ١٤.

من أنواع حيوانه حتى ما يؤكل مثله في البرّ كبقره على الأقوى.

(مسألة ٢): لا يؤكل من السمك^(٢) إلا ما كان له فلس وقشور بالأصل وإن لم تبقي وزالت بالمعارض كالكنكت^(٣)، فإنه - على ما ورد فيه - حوت سبّنة الخلق تحتك بكل شيء فيذهب فلسها، ولذا لو نظرت إلى أصل أذنّها وجدته فيه. ولا فرق بين أقسام السمك ذي القشور، فيحلّ جميعها صغيرها وكبيرها من البرّ والبني والشبوط والقطان والطيرامي

لا مطلق حيوان البحر، وإلا لزم تخصيص الأكثر. مؤيداً بورود جميع ما دلّ على الحلّة من حيوان البحر في خصوص السمك.

وللتعليل في موثّق عتار: «لا تأكل الريثا فإنّنا لا نعرفه في السمك»^١.

وأما الطير، فلمعتبرة نجية بن الحارث: عن طير الماء، ما يأكل السمك منه يحلّ؟ قال عليه السلام: «لا بأس به، كُله»^٢.

ومرسل الصدوق: «كلّ ما كان في البحر ممّا يؤكل في البرّ مثله فحائز أكله، وكلّ ما كان في البحر ممّا لا يجوز أكله في البرّ لم يجز أكله»^٣.

(٢) بلا خلاف فيه؛ لعدة أخبار: منها: صحيح محدّد بن مسلم: «كلّ ما له قشر من السمك، وما ليس له قشر فلا تأكله»^٤.

وصحيح ابن سنان: «لا تأكلوا ولا تبيعوا ما لم يكن له قشر من السمك»^٥ وغيرهما.

(٣) لصحيح حماد: ما تقول في الكنكت؟ قال عليه السلام: «لا بأس بأكله»^٦، وما في المتن عين

عبارة الصحيح.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١٤٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١٢، الحديث ٤.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٨، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٧، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٨، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٨، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٨، الحديث ٤.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ١٣٧، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١٠، الحديث ١.

والإبلامي وغيرها، ولا يؤكل منه ما ليس له فلس في الأصل، كالجري والزمار^(٤) والزهو والمارماهي وغيرها.

(مسألة ٣): الإريبان - المسمى في لسان أهل هذا الزمان بـ «الروبيان» - من جنس السمك الذي له فلس، فيجوز أكله.

(مسألة ٤): بيض السمك يتبعه^(٥)، فيبيض المحلل حلال وإن كان أملس، وبيض المحرم حرام وإن كان خشناً. والأحوط في حال الاشتباه^(٦) عدم أكل ما كان أملس. نعم، لو كان مشتبهاً في أنه من المحلل والمحرم، وكان خشناً، أو اشتبه ذلك أيضاً^(٧)، حل أكله.

(مسألة ٥): البهائم البرية من الحيوان صنفان: إنسية ووحشية. أما الإنسية فيحل منها

(٤) لصحيح ابن مسلم: «أنها كم من الجري والزمر والمارماهي والظافي»^١.

وخبر إسحاق في الزهو: لا حاجة لنا فيه، والزهو: سمك ليس له قشر.^٢

(٥) بلا خلاف فيه؛ لخبر ابن أبي يعفور في بيض الدجاجة: «إن البيض إذا كان ممّا يؤكل لحمه فلا بأس بأكله، فهو حلال»^٣.

وخبر داود: «كل شيء يؤكل لحمه، فجميع ما كان منه من لبن أو بيض أو أنفحة، فكل ذلك حلال طيب»^٤.

(٦) بأن كان هناك بيوض مخلوط من خشن وأملس، ولا دليل على الحكم إلا أنه ادّعي^٥ شهادة التجربة له.

(٧) كما إذا طبخ ولم يعلم حاله، ولعله لأصالة الإباحة.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٣٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٩، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٣٨، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١١، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢٧، الحديث ٧.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ٨١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٤٠، الحديث ٢.

٥. كشف اللثام ٩: ٢٥١، رياض المسائل ١٣: ٣٧٧، جواهر الكلام ٣٦: ٢٦٤.

جميع أصناف الغنم والبقر والإبل^(٨)، ويكره الخيل والبغال والحمير^(٩)، وأغفلها كراهة الأول. وتحرم منها غير ذلك كالكلب والسنور وغيرهما. وأما الوحشية فتحل منها الظبي والغزلان^(١٠) والبقر والكباش الجبلية واليحمور والحمير الوحشية. وتحرم منها

(٨) بلا خلاف بين المسلمين، بل قيل^١: إنه من ضروري الدين لقوله تعالى: «وَأَجَلَتْ لَكُمْ الْأَنْعَامُ»^٢ والأنعام: هي الإبل والبقر والغنم، وقوله تعالى: «تَحَامَى الْأَرْجَافُ مِنَ الْبُحْرَيْنِ... وَمِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ»^٣ أي الذكر والأنثى من كل واحد، أو الأهلي والوحشي منها، وقوله: «وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَسًا»^٤ والفرس: ما يعد للركل.

(٩) لصحيح محمد بن مسلم: سألته عن لحوم الخيل والبغال والحمير؟ فقال ﷺ: «حلال، ولكن الناس يعافونها»^٥، والنهي عنها في بعض الأخبار محمول على الكراهة.

(١٠) الظبي والغزلان واحد، والكلب: هو الحمل الوحشي أو الضأن والمعز الوحشيان، واليحمور والحمير هما الحمار الوحشي. ويدل على الحكم فيها - مع أنها مشهور، بل لا خلاف فيها بين المسلمين - السيرة المستمرة على صيدها وأكلها.

وخبر ابن سنان: «وتحليل البقر الوحشي وغيرها من أصناف ما يؤكل من الوحش المحلل»^٦، فيشمل الخبر جميع الوحش من أصناف الأهلي. وخبر علي بن جعفر: عن ظبي أو حمار وحش؟ فقال ﷺ: «كله»^٧.

١. السرائر ٣: ٩٦، مسالك الأنعام ١٢: ٢٢، رياض المسائل ١٣: ٣٧٧، جواهر الكلام ٣٦: ٢٦٤.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ١١: ١٥٨، مفاتيح الشرائع ٢: ١٨٢، رياض المسائل ١٣: ٣٧٧، جواهر الكلام ٣٦: ٢٦٤.

٣. الحج (٢٢): ٣٠.

٤. الأنعام (٦): ١٤٣ و ١٤٤.

٥. الأنعام (٦): ١٤٢.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٥، الحديث ٣.

٧. وسائل الشيعة ٢٥: ٥٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٩، الحديث ٣.

٨. وسائل الشيعة ٢٥: ٥١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٩، الحديث ٥.

السباع^(١١)، وهي ما كان مفترساً وله ظفر وناب؛ قوياً كان كالأسد والنمر والفهد والذئب، أو ضعيفاً كالثعلب والضبع وابن آوى. وكذا يحرم الأرنب^(١٢) وإن لم يكن من السباع. وكذا تحرم الحشرات كلها^(١٣)، كالحيّة والفأرة والضب واليربوع والقنفذ والصراصر والجمل

وصحيح ابن قيس عن أبي جعفر^{عليه السلام}: في إيل يصطاده رجل؟ قال^{عليه السلام}: «ليس به بأس»^١، والإيل بالفارسيّة: كوزن.

(١١) بلا خلاف، بل ادّعى^٢ عليه الإجماع بقسميه؛ لعدّة أخبار:

منها: موثق سماعة: «السبع كلّ حرام، وإن كان سبعاً لا ناب له»^٣.

وصحيح الحلبي: «لا تأكل من السباع شيئاً»^٤.

وموثق سماعة الآخر: «أما لحوم السباع والسباع من الطير والدواب فإننا نكرهه، وأما جلودها فاركبوا عليها ولا تلبسوا منها شيئاً تصلّون فيه»^٥.

والنهي عن الصلاة يدلّ على حرمة اللحم، فالكره هنا بمعنى الحرمة.

ثم إنّ هنا عدّة روايات معتبرة تدلّ على حلّيّة السباع، محمولة على التقيّة أو مطرحة، فراجع^٦.

(١٢) فإنّه من المسوخ كما سيجيء.

(١٣) للإجماع^٧ بقسميه عليه، وكون أكثرها من الخبائث أو من المسوخ.

١. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٦٤، كتاب الصيد والذباح، أبواب الصيد، الباب ١٧، الحديث ٢.

٢. الخلاف ٦: ٧٤ / مسألة ٣: غنية النزوع ٢: ٣٩٨، رياض المسائل ١٣: ٣٨٨؛ مستند الشيعة ١٥: ٩٨؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٩٤.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣، الحديث ٢.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣، الحديث ٤.

٦. جواهر الكلام ٣٦: ٢٩٥، وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٢ (الحديث الثاني) و ١٢٣ (الحديث السادس والسابع) و ١٣٥ (الحديث التاسع عشر والعشرون)، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١ و ٥ و ٩.

٧. غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ المبسوط ٦: ٢٨٠؛ مسالك الأنهار ١٢: ٣٥؛ رياض المسائل ١٣: ٣٨٩؛ جواهر

والبراغيث والقمل وغيرها مما لا تحصى، وكذا تحرم المسوخ^(١٤) كالفيل والقردة والدب وغيرها.

(مسألة ٦): يحل من الطير الحمام بجميع أصنافه^(١٥)، كالقماري وهو الأزرق، والدباسي وهو الأحمر، والورشان وهو الأبيض، والدراج والقبيج والقطا والطيحوج والبط والكروان والحباري والكركي، والدجاج بجميع أقسامه، والعصفور بجميع أنواعه، ومنه البلبل والزرزور، والقبرة، وهي التي على رأسها القزعة. ويكره منه الهدهد، والخطاف، وهو الذي يأوي البيوت وأنس الطيور بالناس، والصرد، وهو طائر ضخم الرأس والمنقار يصيد العصفير أبقع نصفه أسود ونصفه أبيض، والصوام، وهو طائر أغبر اللون طويل الرقبة أكثر ما يبيت في النخل، والشقراق وهو طائر أخضر ملبح بقدر الحمام، خضرته حسنة مشبعة، في أجنحته سواد، ويكون مغططاً بحمرة وخضرة وسواد، ولا يحرم شيء منها حتى الخطاف على الأقوى. ويحرم منه الخفّاش والطاوس^(١٦) وكل ذي

(١٤) لعدة أخبار: منها: موثق سماعة: «وحرم الله ورسوله المسوخ جميعها»^١.

وخبر الحسين بن خالد: «وقد حرم الله لحوم المسوخ ولحم، ما مثل به في صورها»^٢.

(١٥) ما ذكره من الطيور بعضها مصرّح به في الأخبار، كالحمام والقباج والقطاة والدراج ونحوها، وبعضها واجد لجميع علامات الحل أو بعضها، كما أن السيرة المستمرة من المؤمنين جارية في بعضها، فراجع أبواب الأطعمة المحرمة، الباب الثامن والثلاثون، الحديث الأوّل، وأبواب الأطعمة المباحة، الباب الثامن عشر.

(١٦) أمّا الخفّاش - وقد يطلق عليه الخشّاف والوطواط أيضاً - فقد عدّ من المسوخ:

كخبر علي بن المغيرة: «المسوخ من بني آدم ... منهم: الخفّاش ...»^٣.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ٣.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ٢.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ١٢.

مخلب^(١٧)؛ سواء كان قوياً يقوى به على القتراس الطير، كالبازي والصقر والعقاب والشاهين والباشق، أو ضعيفاً لا يقوى به على ذلك كالنسر والبغاث.

(مسألة ٧): الأحوط التنزه والاجتناب عن الغراب بجميع أقسامه^(١٨) حتى الزاغ، وهو

وخير ابن سليمان: «كان الخفّاش امرأة سحرت ضرة لها، فمسخها الله»^١.

وأما الطاووس: ففي خبر سليمان الجعفري: «الطاووس لا يحل أكله ولا بيضه»^٢.

وخبره الآخر: «إن طاووس مسخ، كان رجلاً جميلاً، فكاير امرأة رجل مؤمن تحبه فوق بها، ثم راسلته بعد، فمسخها الله»^٣.

(١٧) بلا خلاف فيه، بل ادّعي^٤ عليه الإجماع؛ لصحيح داود: «كل ذي ناب من السباع، ومخلب من الطير حرام»^٥. ومثله صحيح الحلبي^٦.

وموثق سماعة: «السبع كله حرام وإن كان سباعاً لا ناب له... وكل ما صف وهو ذو مخلب فهو حرام»^٧. وعُدّ النسر والبغاث من السباع مع أنه لا مخالبا لهما جارحة، لكونهما من الجوارح بالمنقار أو بالمخالبا، ولو في الجملة كما يشير إليه الموثق.

(١٨) لصحيح علي بن جعفر: سأله عن الغراب الأبقع والأسود، أيحل أكلهما؟ فقال ﷺ: «لا يحل أكل شيء من الغربان زاغ ولا غيره»^٨.

وخير الواسطي: عن الغراب الأبقع، فقال ﷺ: «لا يؤكل، ومن أحل لك الأسود»^٩!

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١١١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ١٥.
٢. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ٥.
٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٢، الحديث ٦.
٤. الخلاف ٦: ٨٤ / مسألة ١٤، غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ مسالك الأفهام ١٢: ٣٧؛ رياض المسائل ١٣: ٣٩٠؛ جواهر الكلام ٢٩٨: ٣٦.
٥. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣، الحديث ١.
٦. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣، الحديث ٢.
٧. وسائل الشيعة ٢٤: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣، الحديث ٣.
٨. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٧، الحديث ٣.
٩. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٧، الحديث ٤.

غراب الزرع، والغداف الذي هو أصفر منه أغبر اللون كالرماد، ويتأكد الاحتياط في الأبقع الذي فيه سواد وبياض، ويقال له: المعقق، والأسود الكبير الذي يسكن الجبال، وهما يأكلان الجيف، ويحتمل قوياً كونهما من سباع الطير، فتقوى فيهما الحرمة، بل الحرمة في مطلق الغراب لا تخلو من قرب.

(مسألة ٨): يميّز محلّل الطير عن محرّمه بأمرين، يجعل كلّ منهما في الشرع علامة للحلّ والحرمة فيما لم ينصّ على حلّيته ولا على حرّمته، دون ما نصّ فيه على حكمه من حيث الحلّ والحرمة كالأنواع المتقدّمة:

أحدهما: الصفيّ^(١٩) والدفيّ، فكلّ ما كان صفيّفه - وهو بسط جناحيه عند الطيران - أكثر من دفيّفه - وهو تحريكهما عنده - فهو حرام، وما كان بالعكس - بأن كان دفيّفه أكثر - فهو حلال.

وأما صحيح زرارة: «إن أكل الغراب ليس بحرام، إنّما الحرام ما حرّم الله في كتابه»^١، فقد يجمع بينه وبين سوابقه بحملها على الكراهة.

لكنّ الظاهر أنّ الأبقع والأسود الكبير بل الرمادي الكبير منه من السباع، وإنّما الإشكال في الزاغ وهو الصفيّ الأسود الذي يستميّ غراب الزرع، وقوله في المتن: «الذي هو أصفر منه» الظاهر أنّه أكبر منه لأصفر.

(١٩) بلا خلاف فيه، بل ادّعي^٢ عليه الإجماع؛ لصحيح زرارة: «كلّ ما دَفَّ ولانأكل ما صَفَّ»^٣ وما دَفَّ، أي: حرّك جناحيه وضربهما على دقّتيه وجنّبيّه، وما صَفَّ، أي: بسط جناحيه حال الطيران. ونظيره موثّق سماعة في الحديث الثاني والثالث. ومرسل الصدوق: «إن كان الطير يصفّ ويدفّ، فكان دفيّفه أكثر من صفيّفه أكل، وإن كان صفيّفه أكثر من دفيّفه فلا يؤكل»^٤، وسيأتي حكم التساوي.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١٢٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٧، الحديث ١.

٢. مجمع الفائدة والبرهان ١١: ١٧٧؛ رباض المسائل ١٣: ٣٩٤؛ مستند الشيعة ١٥: ٧٧؛ جواهر الكلام ٣٦: ٣٠٤.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١٩، الحديث ١.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ١٩، الحديث ٤.

ثانيهما: الحوصلة^(٢٠) والقانصة والصيصية، فما كان فيه أحد هذه الثلاثة فهو حلال، وما لم يكن فيه شيء منها فهو حرام. والحوصلة: ما يجتمع فيه الحب وغيره من المأكول عند الحلق. والقانصة: قطعة صلبة تجتمع فيها الحصة الدقاق التي يأكلها الطير. والصيصية: هي الشوكة التي في رجل الطير موضع العقب. ويتساوى طير الماء^(٢١) مع غيره في العلامتين المزبورتين، فما كان دقيفه أكثر من صفيفه، أو كان فيه أحد الثلاثة، فهو حلال وإن كان يأكل السمك، وما كان صفيفه أكثر من دقيفه، أو لم يوجد فيه شيء من الثلاثة، فهو حرام.

(مسألة ٩): لو تعارضت العلامتان كما إذا كان ما صفيفه أكثر من دقيفه، ذا حوصلة أو قانصة أو صيصية، أو كان ما دقيفه أكثر من صفيفه، فاقداً للثلاثة، فالظاهر أن الاعتبار

(٢٠) بلا خلاف فيه أيضاً مع دعوى الإجماع عليه؛ لصحيح ابن سنان: «لا تأكل ما لم تكن له قانصة»^٢، ونظيره صحيح زرارة الحديث الثاني.

وموثق سماعة: «كل من طير البر ما كانت له حوصلة»^٣.

وموثق ابن بكير: «كل من الطير ما كانت له قانصة، أو صيصية، أو حوصلة»^٤.

(٢١) ففي موثق سماعة الماضي: «والقانصة والحوصلة يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه، وكل طير مجهول»^٥.

وموثق مسعدة: «كل من الطير ما كانت له قانصة ولا مخلب له» قال: وسئل عن طير الماء؟ فقال ﷺ: «مثل ذلك»^٦.

١. غنية الزوج ٢: ٣٩٨، مجمع الفائدة والبرهان ١١: ١٧٧، رياض المسائل ١٣: ٣٩٤، مستند الشيعة ١٥: ٧٩، جواهر الكلام ٣٦: ٣٠٦.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ١٤٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٨، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٨، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٨، الحديث ٥.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٨، الحديث ٣.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ١٥١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٨، الحديث ٤.

بالصفييف والدقييف^(٢٢)، فيحرم الأول ويحلّ الثاني على إشكال في الثاني، فلا يُترك الاحتياط وإن كان الحلّ أقرب. لكن ربما قيل بالتلازم بين العلامتين وعدم وقوع التعارض بينهما، فلا إشكال.

(مسألة ١٠): لو رأى طيراً يطير وله صفييف ودقييف ولم يتبين أيهما أكثر، تعيّن له الرجوع^(٢٣) إلى العلامة الثانية، وهي وجود أحد الثلاثة وعدمها، وكذا إذا وجد طيراً مذبوحاً لم يعرف حاله. ولو لم يعرف حاله مطلقاً فالأقرب الحلّ^(٢٤).

(مسألة ١١): لو فرض تساوي الصفييف والدقييف، فالأحوط أن يرجع إلى العلامة الثانية، ومع عدم معرفة الثانية فالأقرب الحلّ.

(مسألة ١٢): يبيض الطيور تابع لها في الحلّ والحرمة، فبيض المحلّل حلال^(٢٥) والمحرّم

(٢٢) لما في موقّئ سماعة الماضي.

(٢٣) فيفهم من تقدّم العلامة الأولى على الثانية - كما في موقّئ سماعة - جواز الرجوع إلى الثانية عند عدم إحراز الأولى، كما في هذه المسألة وعند عدمها، وهو حال التساوي كما في المسألة بعدها.

(٢٤) لما ذكرنا من عموم وقوع التذكية لكلّ حيوان إلّا ما استثنى، فتكون أصالة الحلّية بعد ذلك مُحكّمة. والتعليل جارٍ في المسألة بعدها أيضاً.

(٢٥) لا خلاف فيه، بل ادّعى^١ الإجماع عليه؛ للسيرة المستمرة، وللموقّئ عن ابن أبي يعفور: «إنّ البيض إذا كان ممّا يؤكل لحمه فلا بأس بأكله، فهو حلال»^٢.

ولخبر داود: «كلّ شيء يؤكل لحمه فجميع ما كان منه من لبن أو بيض أو أنفحة، فكلّ ذلك حلال طيّب»^٣.

١. الخلاف ٣: ١٦٦ / مسألة ٢٧٠، غنية النزوع ٢: ٢٩٨، كشف اللثام ٩: ٢٥٩، رياض المسائل ١٣: ٤٠٣، جواهر الكلام ٣٦: ٣٣٤.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٧، الحديث ٧.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٨١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ٤٠، الحديث ٢.

حرام. وما اشتبه أنه من أيهما يؤكل ما اختلف طرفاه^(٢٦)؛ وتميَّز رأسه من تحته، مثل بيض الدجاج، دون ما اتَّفَق وتساوى طرفاه.

(مسألة ١٣): النعامة من الطيور، وهي حلال لحمًا وبيضًا على الأقوى.

(مسألة ١٤): اللقلق لم ينصَّ على حرمة ولا على حلَّيته، فليرجع إلى العلامات، والظاهر أنَّ صفيفه أكثر، فهو حرام، ومن لم يعرِز له ذلك يرجع إلى العلامة الثانية.

(مسألة ١٥): تعرض الحرمة على الحيوان المحلَّل بالأصل من أمور: منها: الجلل، وهو أن يتغذَّى الحيوان عذرة الإنسان بحيث يصدق عرفاً أنها^(٢٧) غذاؤه، ولا يلحق بها عذرة غيره.

(٢٦) مع عدم الخلاف فيه؛ للإجماع المدعى^١. ولعدة روايات معتبرة، منها: خبر زرارة: عن البيض في الآجام؟ فقال ﷺ: «ما استوى طرفاه فلا تأكله، وما اختلف طرفاه فكلُّ»^٢.

وموثق مسعدة: «كل من البيض ما لم يستو رأساه»^٣، ويقرب منهما سائر أخبار الباب، واحتمل صاحب «الرياض»^٤ حجية هذه الكلتية وإن علم حلَّية البائض أو حرمة، وهو كما ترى.

(٢٧) على المشهور^٥؛ لمرسل ابن أكيل: في شاة اعتلفت بالعذرة: «لا بأس... ما لم تكن جلالة، والجلالة: التي يكون ذلك غذاها»^٦.

وصحيح هشام: «لا تأكلوا لحوم الجلالات»^٧، ونحوه الحديث الثاني والسادس من الباب، بناءً على اختصاص العذرة بفضلة الإنسان، كما ذكره في منزوحات البشر وحرمة

١. غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ كفاية الأحكام ٢: ٦٠٢؛ كشف اللثام ٩: ٢٦٠؛ رياض المسائل ١٣: ٤٠٣؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٣٥.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٥٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرَّمة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٥٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرَّمة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

٤. رياض المسائل ١٣: ٤٠٤.

٥. غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ مسالك الأنهار ١٢: ٢٥؛ رياض المسائل ١٣: ٣٨٢؛ مستند الشيعة ١٥: ١١٠؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٧٢.

٦. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرَّمة، الباب ٢٤، الحديث ٢.

٧. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرَّمة، الباب ٢٧، الحديث ١.

ولا سائر النجاسات. ويتحقق صدق المزبور بانحصار غذائه بها، فلو كان يتغذى بها مع غيرها لم يتحقق الصدق، فلم يحرم إلا أن يكون تغذيه بغيرها نادراً جداً؛ بحيث يكون بأنظار العرف بحكم المدم، وبأن يكون تغذيه بها مدة معتدلاً بها. والظاهر عدم كفاية يوم وليلة، بل يشك صدقه بأقل من يومين بل ثلاثة.

(مسألة ١٦): يعم حكم الجلل^(٢٨) كل حيوان محلل حتى الطير والسماك.

(مسألة ١٧): كما يحرم لحم الحيوان بالجلل يحرم لبته ويضه^(٢٩)، ويحلل بما يحل به لحمه. وبالجمله: هذا الحيوان المحرم بالمعارض كالحيوان المحرم بالأصل - ليس جميع الأحكام - قبل أن يستبرأ ويحول حكمه. نعم، الحكم في بعض أفراد الكلية مبني على الاحتياط.

(مسألة ١٨): الظاهر أن الجلل ليس مانعاً عن التذكية، فيلذكى الجلل^(٣٠) بما يذكى به غيره، ويترتب عليها طهارة لحمه وجلده، كسائر الحيوانات المحرمة بالأصل القابلة للتذكية. (مسألة ١٩): نزول حرمة الجلل بالاستبراء بترك التغذي بالعدوة، والتغذي بغيرها حتى يزول عنه اسم الجلل^(٣١). ولا يترك الاحتياط مع زوال الاسم بمضي المدة المنصوصة في

التكسب بها.

(٢٨) لإطلاق بعض أدلة الباب، وصحيح زكريا بن آدم: عن دجاج الماء؟ فقال ﷺ: «إذا كان يلتقط غير العدوة فلا بأس»^١، ولما يأتي في استبراء السمك والدجاج والجلالين. (٢٩) لصدق الحيوان غير المأكول عليه، فيشملة ما مر في المسألة الثانية عشر من الأخبار، وقوله: «في بعض أفراد الكلية»، لعله نظير استصحاب شعره ووبره في الصلاة ونحو ذلك؛ لاحتمال انصراف أدلة تلك المسألة عن المورد.

(٣٠) لأولية ما ذكرنا من عموم وقوع التذكية على الحيوان المحرم أكله غير ما استثنى. (٣١) فإن موضوع الحرمة هو عنوان الجلل، فينتفي بانتفائه، فلا يتوهم جريان الاستصحاب، والتقدير أن الشرعية أمارات لا تنفائ الموضوع لا تخصيص للحكم، فالظاهر

كُلَّ حيوان: وهي في الإبل^١ أربعون يوماً^(٣٢)، وفي البقر عشرون يوماً، والأحوط ثلاثون، وفي الغنم عشرة أيام، وفي البطة خمسة أيام، وفي الدجاجة ثلاثة أيام، وفي السمك يوم وليلة، وفي غير ما ذكر، المدار هو زوال اسم الجلل؛ بحيث لم يصدق أنه يتغذى بالمعذرة، بل صدق أنَّ غذاءه غيرها.

(مسألة ٢٠): كيفية الاستبراء: أن يمنع الحيوان - بربط أو حبس - عن التغذي بالمعذرة في المدّة المقررة، ويعلف في تلك المدّة علفاً طاهراً على الأحوط؛ وإن كان الاكتفاء بغير ما أوجب الجلل مطلقاً - وإن كان متنجساً أو نجساً - لا يخلو من قوّة، خصوصاً في المتنجس.

(مسألة ٢١): يستحب ربط الدجاجة^(٣٣) التي يراد أكلها أياماً ثمّ ذبحها وإن لم يعلم جللها.

- حيثنذر - التلازم بينها وبين زوال العنوان.

(٣٢) على المشهور^٢؛ لعدّة روايات: منها: معتبرة السكوني: «الدجاجة الجلالة لا يؤكل لحمها حتّى تقيد ثلاثة أيام، والبطة الجلالة بخمسة أيام، والشاة الجلالة عشرة أيام، والبقرة الجلالة عشرين يوماً، والناقة الجلالة أربعين يوماً»^٣ ونظيره الحديث الثاني، وفيه ذكر استبراء البقرة ثلاثين يوماً.

وفي مرسل الجوهرى: «والسمك الجلال يربط يوماً إلى الليل في الماء»^٤.

(٣٣) للنبيّ المرويّ عن كتاب «حياة الحيوان»: «إنّ التّهيّ بفتح التاء كان إذا أراد أن يأكل دجاجة أمر بها فربطت أياماً، ثمّ يأكلها»^٥.

١. في (أ) ورد هكذا: «تزول حرمة الجلال بالاستبراء بترك التغذي بالمعذرة، والتغذي بغيرها مدّة وهي في الإبل...».

٢. الخلاف ٦: ٨٦ / مسألة ١٦: غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٨؛ رياض المسائل ١٣: ٣٨٣؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٧٦.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٨، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٨، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٨، الحديث ٦.

٥. حياة الحيوان الكبرى للدميري ١: ٤٦٢؛ بحار الأنوار ٦٢: ٦.

(مسألة ٣٢): ممّا يوجب حرمة الحيوان المحلّل بالأصل، أن يطأه الإنسان^(٣٤) قبلاً أو دبراً وإن لم ينزل؛ صغيراً كان الواطئ أو كبيراً، عالماً كان أو جاهلاً^(٣٥)، مختاراً كان أو مكرهاً، فحلاً كان الموطوء أو أنثى، فيحرم بذلك لحمه ولحم نسله^(٣٦) المتجدّد بعد الوطء؛ على الأقوى في نسل الأنثى، وعلى الأحوط في^(٣٧) نسل الذكر، وكذا لبنهما وصوفهما

والحكم مستند بقاعدة التسامح.

(٣٤) بلا خلاف^١ فيه، لموثّق سماعة: عن الرجل يأتي بهيمة أو شاة أو ناقة أو بقرة؟ قال ﷺ: «وذكروا أنّ لحم تلك البهيمة محرّم ولبنها»^٢.

وصحيح ابن عيسى: عن راعٍ نزا على شاة؟ قال ﷺ: «إن عرفها ذبحها وأحرقها»^٣. وخبر مسع: عن البهيمة التي تنكح، قال ﷺ: «حرام لحمها ولبنها»^٤ وإطاعتها يشمل جميع الشقوق المذكورة في المسألة.

(٣٥) أي بالحكم التكليفي أو الوضعي أو بالموضوع.

(٣٦) ليس في أخبار الباب تعرّض لحال النسل، إلّا أنّ الظاهر الاتفاق^٥ على التحريم ويشهد له وجوب قتله وإحراقه، ويلازم ذلك - ولو بقرينة الاتفاق المزبور - حرمة الانتفاع به وبنسله ولبنه وشعره.

(٣٧) لقوّة احتمال انصراف النسل في الحيوان إلى أولاد الأمّ دون الأب، فيبقى نسل الذكر على أصل الحلّيّة، ومن أنّه نظير الجدي الذكر المتغذّي بلبن الخنزيرة.

ففي صحيح حنّان: «إنّ رجلاً استفعله في غنمه فخرج له نسل؟ فقال ﷺ: «أما

١. الخلاف ٥: ٣٧٢ / مسألة ٧: المبسوط ٨: ٧؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ رياض المسائل ١٦: ١٦٩؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٤.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣٠، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣٠، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣٠، الحديث ٣.

٥. النهاية: ٧٠٩؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ السرائر ٣: ٩٨؛ رياض المسائل ١٦: ١٦٩؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٤.

وشعرهما، والظاهر أن الحكم مختص بالبهيمة^(٣٨)، ولا يجري في وطء سائر الحيوانات؛ لا فيها ولا في نسلها.

(مسألة ٢٣): الحيوان الموطوء إن كان ممّا يراى أكله كالشاة والبقرة والناقة، يجب أن يذبح ثم يحرق^(٣٩)، ويغرم الواطئ قيمته لمالكه إن كان غير المالك، وإن كان ممّا يراى ظهره - حملاً أو ركوباً - وليس يعتاد أكله كالحمار والبغل والفرس، أخرج من المحلّ الذي فعل به إلى بلد آخر فبياع فيه، فيعطى ثمنه للواطئ^(٤٠)، ويغرم قيمته^(٤١) إن كان غير المالك.

ما عرفت من نسله بعينه فلا تقرّبه^١.

(٣٨) موضوع الحكم في الروايات الشاة بالخصوص والبهيمة بالعموم، والبهيمة من الحيوان في اللغة: كلّ ما لا نطق له. وفي «مفردات الراغب»: «لكن خصّ في التعارف بما عدا السباع والطيور»^٢ وحينئذٍ: فتجري أصالة عدم السبيّة في سائر الحيوانات.

(٣٩) لما عرفت من خبر ابن عيسى في المسألة السابقة، مؤيداً بعدم الخلاف فيه.

وأما تغريم الواطئ فلا تلافه مال الغير بذلك العمل.

وفي موثّق سماعة: في حقّ الواطئ: «يجلد حدّاً غير الحدّ، ثمّ ينفى من بلاده إلى غيرها»^٣، لكن في «الجواهر»: «لا أجد قائلًا به»^٤.

(٤٠) لكونه مالكا للثمن ولو بالاستصحاب.

(٤١) لحسنة سدير: «وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحدّ، وأخرجها

من المدينة التي فعل بها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها»^٥. ثمّ إن الثمن - حينئذٍ - يكون للواطئ لانتهام المبادلة عرفاً من الدليل، مع أنّه لا يعطي للمالك قطعاً والحكم بصرفه في مورد آخر تحكّم.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٥، الحديث ١.

٢. المفردات في غريب القرآن: ١٤٩. مادة «بهم».

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٦٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٣٠، الحديث ٢.

٤. جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٧.

٥. وسائل الشريعة ٢٨: ٣٥٨، كتاب الحدود والتعزيرات، أبواب نكاح البهائم، الباب ١، الحديث ٤.

(مسألة ٢٤): ممّا يوجب عروض الحرمة على الحيوان المَحْلَل بالأصل، أن يرضع حمل^(٤٢) أو جدي أو عجل من لبن خنزيرة؛ حتّى قويّ ونبت لحمه واشتدّ عظمه، فيحرم لحمه ولحم نسله ولبنهما. ولا تلحق بالخنزيرة^(٤٣) الكلبة ولا الكالمرة، وفي تعميم الحكم للشرب من دون رضاع، وللرضاع بعد ما كبير وطم، إشكال وإن كان أحوط. وإن لم يشتدّ كره لحمه^(٤٤). ونزول الكراهة بالاستبراء سبعة أيّام؛ بأن يُمنع عن التَغْذِيّ بلبن الخنزيرة ويعلف إن استغنى عن اللبن، وإن لم يستغن عنه يلقى على ضرع شاة - مثلاً - في تلك المدة.

(٤٢) بلا خلاف فيه، بل ادّعي^١ عليه الإجماع؛ لموثّق حَتَّان: عن جَدِي رَضِعَ من لبن خنزيرة حتّى شبّ وكبر واشتدّ عظمه. ثمّ إنّ رجلاً استفحله في غشمه فخرج له نسل؟ فقال ﷺ: «أما ما عرفت من نسله بعينه فلا تقرّبه، وأما ما لم تعرفه فكله»^٢. وموثّق بشر: في جَدِي رَضِعَ من خنزيرة ثمّ ضرب في الغنم؟ فقال ﷺ: «فما عرفت أنّه ضربه فلا تأكله»^٣.

ثمّ إنّ المذكور في الأخبار هو الجَدِي، وحمله في «الجواهر»^٤ على المثال مؤيِّداً ذلك بفتوى الأصحاب، ولازم كونه محرّماً حرمة لبنه ونسله، كما أنّ الظاهر هنا عدم تحقّق الاستبراء ودوام الحرمة، بل ادّعي^٥ عليه الإجماع. (٤٣) قيل^٦: لبطلان القياس عندنا، فتشمله أصالة الحليّة.

(٤٤) لمعتبرة السكوني: عن حمل غُذِيّ بلبن خنزيرة؟ فقال ﷺ: «قَبِدُوهُ واهْلِفُوهُ الكسب والنوى... إن استغنى عن اللبن، وإن لم يكن استغنى عن اللبن فيلقى على ضرع

١. غنية النزوع ٢: ٣٩٨؛ مجمع الفائدة والبرهان ١١: ٢٥٧؛ كفاية الأحكام ٢: ٦٠٥؛ رياض المسائل ١٣: ١٤٠٥؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٥، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٥، الحديث ٢.

٤. جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٤.

٥. رياض المسائل ١٣: ٤٠٦-٤٠٧؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٢.

٦. جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٤.

(مسألة ٢٥): لو شرب الحيوان المحلل الخمر حتى سكر وذبح في تلك الحالة يؤكل لحمة، لكن بعد غسله^(٤٥) على الأحوط، ولا يؤكل ما في جوفه^(٤٦)؛ من الأمعاء والكرش والقلب والكبد وغيرها وإن غسل. ولو شرب بولاً ثم ذبح عقيب الشرب حلّ لحمة بلا غسل، ويؤكل ما في جوفه بعد ما يفصل^(٤٧).

(مسألة ٢٦): لو رضع جدي أو عناق أو عجل من لبن امرأة حتى فطم وكبر، لم يحرم^(٤٨) لحمة، لكنّه مكروه.

شاة سبعة أيام، ثم يؤكل لحمة^١.

فحملوا الأمر بالتعليف فيه على الاستحباب، والظاهر أنّه بقرينة كلمة «غذي» الصادقة بالمرّة أيضاً، وبقرينة زوال الحالة بالتقييد والتعليف.

(٤٥) على المشهور^٢. لمرسل «السرائر»: «وقد روي أنّه إذا شرب شيء من هذه الأجناس خمرًا، ثم ذبح جاز أكله بعد أن يغسل بالماء»^٣.

(٤٦) لمعتبرة الشحام: في شاة شربت خمرًا حتى سكرت، فذبحت على تلك الحال: «لا يؤكل ما في بطنها»^٤، ولا قائل بالفرق بين الشاة وغيرها.

(٤٧) لمرسل ابن أكيّل: في شاة شربت بولاً ثم ذبحت؟ فقال ﷺ: «يغسل ما في جوفها، ثم لا بأس به»^٥.

(٤٨) لمكاتبة أحمد بن محمد: في امرأة أرضعت عناقاً حتى كبرت: فكتب ﷺ: «فعل مكروه، ولا بأس به»^٦، وقوله ﷺ: «فعل مكروه» وصف للإرضاع أو للعناق.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٥، الحديث ٤.

٢. النهاية للطوسي: ٥٧٥: كفاية الأحكام ٢: ٦٠٥؛ كشف اللثام ٩: ٢٧٠؛ رياض المسائل ١٣: ٤٠٧؛ جواهر الكلام ٣٦: ٢٨٩.

٣. السرائر ٣: ٩٧.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٤، الحديث ١.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٤، الحديث ٢.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ١٦٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٢٦، الحديث ١.

(مسألة ٢٧): يحرم من الحيوان المحلل أربعة عشر شيئاً^(٤٩): الدم والروث والطحال والقضيب والفرج ظاهره وباطنه، والأنثيان والمثانة والمرارة، والنخاع، وهو خيط أبيض كالمنخ في وسط قنار الظهر، والغدد، وهي كل عقدة في الجسد مدورة يشبه البندق في الأغلب، والمشيمة، وهي موضع الولد، ويجب الاحتياط عن قرينه الذي يخرج معه، والعلباوان، وهما عصبتان عريضتان صفراوان ممتدتان على الظهر من الرقبة إلى الذنب، وخرزة الدماغ، وهي حبة في وسط الدماغ بقدر الحبة، تميل إلى الغبرة في الجملة، يخالف لونها لون المنخ الذي في الجمجمة، والحدقة، وهي الحبة الناضرة من العين، لا جسم العين كله.

(مسألة ٢٨): تختص حرمة الأشياء المذكورة بالذبيحة والمنحورة، فلا يحرم من السمك والجراد شيء منها، ما عدا الرجيع والدم على إشكال لهما.

(٤٩) بعض ما ذكر في المسألة مقطوع بالحرمة، كالدم والروث؛ للدليل القطعي والغبائية. والباقي منها مفاد أدلة رمي الشهيد الثاني كلها بالضعف^١ لكن الإنصاف أن بعضها موثق. وبعضها حسن، والجميع منجبر بعمل الأصحاب.

ففي مرسل ابن أبي عمير: «لا يؤكل من الشاة عشرة أشياء: الفروث، والدم، والطحال، والنخاع، والعلباء، والغدد، والقضيب، والأنثيان، والحياء، والمرارة»^٢. وفي حسن إسماعيل بن مزار أضيف إلى بعض ما ذكر: «المشيمة - وهو موضع الولد - ... والحدق والخرزة»^٣، وأضيف في موثق إبراهيم بن عبد الحميد إلى بعض ما ذكر: «المثانة»^٤، وذكر أغلبها في سائر أخبار الباب الحادي والثلاثين، فراجع^٥.

١. مسالك الأفهام ١٢: ٦١.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ٤.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ٣.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ١.

٥. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧١.

(مسألة ٢٩): لا يترك الاحتياط^(٥٠) بالاجتناب عن كل ما وجد من المذكورات في الطيور، كما لا إشكال في حرمة الرجيع والدم منها.

(مسألة ٣٠): يؤكل من الذبيحة^(٥١) غير ما مر، فيؤكل القلب والكبد والكرش والأمعاء والغضروف والمضلات وغيرها. نعم، يكره الكلبيان وأذن القلب والعروق، خصوصاً الأوداج. وهل يؤكل منها الجلد والعظم مع عدم الضرر أم لا؟ أظهرهما الأول، وأحوطهما الثاني. نعم، لا إشكال في جلد الرأس وجلد الدجاج وغيره من الطيور، وكذا في عظم صغار الطيور كالصغور.

(مسألة ٣١): يجوز أكل لحم ما حلّ أكله تيّاً ومطبوخاً، بل ومحروقاً إذا لم يكن مضراً. نعم، يكره أكله غريضاً؛ أي كونه طرياً لم يتغير بالشمس ولا النار، ولا بذر الملح عليه وتجفيفه في الظل وجعله قديداً.

(مسألة ٣٢): اختلفوا في حلية بول ما يؤكل لحمة - كالغنم والبقر عند عدم الضرورة - وعدمها، والأول هو الأقوى^(٥٢). كما لا إشكال في حلية بول الإبل للاستشفاء.

(٥٠) فإن المطلقات الشاملة للطيور غير نقيّة السند، وقد مرّ حكم الدم والرجيع.

(٥١) لكونه من أجزاء المذكى وداخلاً تحت عنوانه، وأمّا كراهة الكليتين فلخبر ابن صدقة: «كان رسول الله ﷺ لا يأكل الكليتين من غير أن يحرمهما»^١.

وذكر آذان القلب في الحديث العاشر،^٢ والعروق في الحديث الثالث،^٣ والأوداج في الحديث الرابع،^٤ لكنّ الجميع غير مفتى بها.

(٥٢) لعلة لعدة أخبار:

منها: خبر أبي اليخترى: «لا بأس ببول ما أكل لحمة»^٥.

١. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المعرّمة، الباب ٣١، الحديث ١٣ و ١٨.

٢. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المعرّمة، الباب ٣١، الحديث ١٣.

٣. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المعرّمة، الباب ٣١، الحديث ١٣.

٤. وسائل الشريعة ٢٤: ١٧٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المعرّمة، الباب ٣١، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ٢٥: ١١٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ٥٩، الحديث ٢.

(مسألة ٣٣): يحرم رجيع كلِّ حيوان^(٥٣) ولو كان ممّا حلَّ أكله. نعم، الظاهر عدم حرمة فضلات الديدان الملتصقة بأجواف الفواكه والبطائخ ونحوها، وكذا ما في جوف السمك والجراد إذا أكل منهما.

(مسألة ٣٤): يحرم الدم^(٥٤) من الحيوان ذي النفس حتّى العلقه، عدا ما يتخلّف في

و موثّق عتار: عن يول البقر يشربه الرجل؟ قال ﷺ: «إن كان محتاجاً إليه يستداوى به، يشربه، وكذلك أبوال الإبل والغنم»^١.

و موثّق سماعة: عن شرب الرجل أبوال الإبل والبقر والغنم تنعت له من الوجع؟ قال ﷺ: «نعم، لا بأس به»^٢.

لكنّ الظاهر عدم الجواز اختياراً؛ لكونه من الخبائث، و صراحة الموثقتين في الجواز حال الاضطرار، كما هو ظاهر الأخبار الأخر، فيقيّد بها المطلقات، والظاهر أنّ الإبل أيضاً كذلك.

(٥٣) لكونه من الخبائث، ولورود أخبار تدلّ عليها، فراجع الباب الحادي والثلاثين من الأطعمة المحرّمة^٣.

(٥٤) للإجماع عليه بقسميه، ولنجاسته، ولقوله تعالى: «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ»^٤ وقوله: «إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا»^٥، ولروايات متواترة، راجع الباب الأوّل والحادي والثلاثين من الأطعمة المحرّمة^٦، والآيات الشريفة بعد تقييد بعضها ببعض تدلّ على حرمة خصوص المسفوح، وهو المصبوب من العرق بدفع، والروايات تدلّ على حرّمته مطلقاً من ذي النفس حتّى ما كان طاهراً سوى ما ذكره في المتن.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ١١٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ٥٩، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ١١٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ٥٩، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٧١.

٤. البقرة (٢): ١٧٣.

٥. الأنعام (٦): ١٤٥.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ٧١، الباب ١، وص ٧٣، الباب ٣٩.

الذبيحة؛ على إشكال^(٥٥) فيما يجتمع منه في القلب والكبد. وأمّا الدم من غير ذي النفس، فما كان ممّا حرم أكله كالورغ والصفدع، فلا إشكال في حرمة^(٥٦)، وما كان ممّا حلّ أكله كالسمك الحلال ففيه خلاف، والظاهر حلّيته إذا أكل مع السمك؛ بأن أكل السمك بدمه، وأمّا إذا أكل منفرداً ففيه إشكال^(٥٧)، والأحوط الاجتناب من الدم في البيضة وإن كان طاهراً.

(مسألة ٣٥): قد مرّ - في كتاب الطهارة - طهارة ما لا تحلّه الحياة من الميتة؛ حتّى اللبن، والبيضة إذا اكتست جلدها الأعلى الصلب، والإنفحة، وهي كما أنّها طاهرة حلال أيضاً.

(مسألة ٣٦): لا إشكال في حرمة القيح^(٥٨) والوسخ والبلغم والنخامة من كلّ حيوان. وأمّا البصاق والرق من غير نجس العين فالظاهر حلّيتهما، خصوصاً الأول، وخصوصاً إذا كان من الإنسان أو ممّا يؤكل لحمه من الحيوان.

القول في غير الحيوان

(مسألة ١): يحرم تناول الأعيان النجسة^(١).....

(٥٥) من دعوى الإجماع على طهارة المتخلف وحليّته، بل و دعوى تحقّق السيرة القطعيّة عليها، ومن إطلاق الروايات كما عرفت، فالقول بالحرمة في ما لم يكن مستهلكاً في اللحم حسن.

(٥٦) للإطلاق في بعض أدلّة حرمة الدم، ولكونه جزءاً من غير المأكول.

(٥٧) الظاهر شمول الإطلاقات له ولما بعده.

(٥٨) لعدّها من الخبائث، والملاك في ما بعدها أيضاً ذلك.

القول في غير الحيوان

(١) بلا خلاف فيه؛ للإجماع^١ المقطوع به، وللسيرة المستمرة القطعيّة على الاجتناب عنها، ولكون أغلبها من الخبائث، ولورود أخبار على التحريم في مورد كلّ واحد منها، بل ولعلّ تحريمها من ضروريّات الدين.

وكذا المتنجسة^(٢) ما دامت باقية على النجاسة؛ مائة كانت أو جامدة.

حرمة تناول المضر

(مسألة ٢) : يحرم تناول كل ما يضر بالبدن؛ سواء كان موجباً للهلاك^(٣)، كشرب السموم القاتلة وشرب الحامل ما يوجب سقوط الجنين^(٤)، أو سبباً لالتحراف^(٥) المزاج،

(٢) بلا خلاف فيه أيضاً؛ للإجماع، والسيرة، والنصوص الواردة في الأبواب المتفرقة، كالزيت والسمن والعسل إذا مات فيها جرذ أو فأرة،^١ بل ولعل الحكم هنا أيضاً من الضروريات، وذكر الأصحاب بعض الكلام في أحكام النجاسات.

حرمة تناول المضر

(٣) بلا خلاف فيه، بل ادّعي^٢ الإجماع عليه؛ لقوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ»،^٣ وقوله تعالى: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ».^٤
ولصحيح الحنات: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها».^٥ ونحو الحديث الثاني والثالث من الباب.

(٤) أما بعد ولوج الروح فيه، فلشمول قوله تعالى: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ»^٦ له، وأما مطلقاً فلموثق بإسحاق بن عمار: المرأة تخاف الحبل، فتشرب الدواء، فتلقي ما في بطنها؟ قال: «لا»، فقلت: إنما هو نطفة؟ فقال: «إِنَّ أَوَّلَ مَا يُخْلَقُ نُطْفَةٌ».^٧
(٥) لمرسل «تحف العقول»: «كل شيء يكون فيه المضرة على بدن الإنسان من

١. وسائل الشريعة ١٧: ٩٧-٩٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٦.

٢. جواهر الكلام ٣٦: ٣٥٤.

٣. النساء (٤): ٢٩.

٤. البقرة (٢): ١٩٥.

٥. وسائل الشريعة ٢٩: ٢٤، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٥، الحديث ١.

٦. النساء (٤): ٩٣.

٧. وسائل الشريعة ٢٩: ٢٥، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٧، الحديث ١.

أو لتعطيل بعض الحواس الظاهرة أو الباطنة، أو لفقد بعض القوى، كالرجل يشرب ما يقطع به قوة الباه والتناسل، أو المرأة تشرب ما به تصير عقيماً لا تلد.

(مسألة ٣): لا فرق في حرمة^(٦) تناول المضر على الأقوى فيما يوجب التهلكة، وعلى الأحوط في غيره، بين معلوم الضرر ومظنون، بل ومحتمل أيضاً إذا كان احتماله معتداً به عند العقل؛ بحيث أوجب الخوف عندهم. وكذا لا فرق بين أن يكون الضرر المترتب عليه عاجلاً أو بعد مدة.

(مسألة ٤): يجوز التداعي والمعالجة بما يحتمل فيه الخطر^(٧) ويؤدي إليه أحياناً؛ إذا كان النفع المترتب عليه - حسب ما ساعدت عليه التجربة، وحكم به الحذاق وأهل الخبرة - غالباً، بل يجوز المعالجة بالمضر العاجل الفعلي المقطوع به؛ إذا يدفع به ما هو أعظم ضرراً وأشد خطراً. ومن هذا القبيل قطع بعض الأعضاء دفعاً للسرابة المؤدية إلى الهلاك وبسط

الحبوب و الشمار، حرام أكله،^١ وللتعليل الوارد في تحريم بعض المحرمات بكونه مضرّاً للبدن، كخبر مفضل في الخمر والميتة والدم: «و علم الله ما يضرهم، فنهاهم عنه».^٢ وخبر ابن سنان: «و حرمت الميتة؛ لما فيها من فساد الأبدان والآفة».^٣ وموثق عمار: عن العظاية تقع في اللبن؟ قال ﷺ: «يحرم؛ إن فيها السم».^٤ (٦) لصدق قتل النفس والإلقاء في التهلكة وغيرهما من العناوين على التناول في صورة الظن، بل الاحتمال العقلاني أيضاً إذا انجرّ ذلك إلى الهلاك والضرر، (٧) لانصراف أدلة الإضرار عن هذه الموارد، أو لتقييدها بغيرها بالسيرة المستمرة والأخبار:

منها: خبر المتطّيب: إنا نبطّ الجرح، ونكوي بالنار؟ قال ﷺ: «لا بأس». قلت: ونسقي

١. تحف العقول: ٣٣٧، ما يحل للإنسان أكله.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٩٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ١٠٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٠٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ١٦، الحديث ٢.

الجرح، والكَيّ بالنار، وبعض العمليات المعمولة في هذه الأعصار؛ بشرط أن يكون الإقدام على ذلك جازياً مجرى العقلاء؛ بأن يكون المباشر للعمل حاذقاً محتاطاً مبالياً غير مسامح ولا متهور.

(مسألة ٥) : ما كان يضرّ كثيره دون فليله يحرم كثيره^(٨) المضّر، دون قليله غير المضّر، ولو فرض العكس كان بالعكس، وكذا ما يضرّ منفرداً لا متضماً مع غيره يحرم منفرداً، وما كان بالعكس كان بالعكس.

(مسألة ٦) : ما لا يضرّ تناوله مرّة أو مرتين - مثلاً - لكن يضرّ إدمانه وزيادة تكريره والتعود به يحرم تكريره المضّر خاصة.

(مسألة ٧) : يحرم أكل الطين^(٩)، وهو التراب المختلط بالماء حال بلّته، وكذا المدر^(١٠)، وهو الطين اليابس.....

السموم... وربما مات؟ قال ﷺ: «وإن مات». ^١ والبطّة: الشق.

وخبر يونس: الرجل يشرب الدواء، ويقطع العرق، وربما انتفع به، وربما قتله؟ قال ﷺ: «يقطع ويشرب»، ^٢ وراجع سائر أخبار الباب.

(٨) فإنّ موضوع الحرمة حينئذ عنوان المضّر، فمتى تحقّق ثبت الحكم، وكذا الكلام في المسألة التالية.

(٩) بلا خلاف فيه؛ للإجماع المدّعى ^٣ بقسميه عليه، ولعدة كثيرة من الأخبار:

منها: صحيح هشام: «إِنَّ اللَّهَ ﷻ خلق آدم من طين، لحَرَمَ أكل الطين على ذريته». ^٤

ومعتبر ياسر: «إِنَّ أكل الطين حراماً، مثل الميتة والدم ولحم الخنزير». ^٥

(١٠) لمعتبر معمر: قلت: ما يروي الناس في أكل الطين وكراهيته؟ قال ﷺ: «إنما ذاك

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٢٢١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ١٣٣، الحديث ٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٢٢٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المباحة، الباب ١٣٤، الحديث ٣.

٣. الخلاف ٣: ٤٩ / مسألة ٦٩؛ غنية النزوع ٢: ٣٩٨، رياض السائلين ١٣: ٤٣٢؛ جواهر الكلام ٣٦: ٣٥٥.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٥٨، الحديث ٥.

٥. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٤، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٥٨، الحديث ١١.

ويلحق بهما التراب^(١١) على الأحوط وإن كان عدم الإلحاق لا يخلو من قوة إلّا مع إضراره. ولا بأس بما يختلط^(١٢) به الحنطة أو الشعير - مثلاً - من التراب والمدر وصاراً دقيقاً واستهلك فيه، وكذا ما يكون على وجه الفواكه ونحوها من التراب والغبار. وكذا الطين الممتزج بالماء - المتوخل - الباقي على إطلاقه. نعم، لو أحسن ذائقتَه الأجزاء الطينية حين الشرب فالأحوط الاجتناب إلى أن يصفو؛ وإن كان الأقرب جواز شربه مع الاستهلاك.

في جواز تناول التربة المقدسة

(مسألة ٨): الظاهر أنّه لا يلحق بالطين^(١٣) الرمل والأحجار وأنواع المعادن، فهي حلال كلّها مع عدم الضرر.

(مسألة ٩): يُستثنى من الطين^(١٤) طين قبر سيدنا أبي عبدالله الحسين عليه السلام للاستشفاء.

المبلول، وذاك المدّر.^١

ومرفوع أحمد: «إن رسول الله ﷺ نهى عن أكل المدّر».^٢

وما ورد من التعاليل، نظير أنّه يورث السقم في الجسد، ويهيج الداء، وأنّه يورث النفاق، وأنّه إغانة على قتل النفس وغيرها، ظاهره بيان حكمة الحكم، أو هو محمولٌ عليها.

(١١) لعلّه لقوة احتمال إلغاء خصوصيّة الطين عرفاً، ولاستثناء طين قبر الحسين عليه السلام منه في عدّة من الأخبار، مع أنّ المراد به الأعمّ من التراب، فيكون الأمر في المستثنى منه كذلك.

(١٢) كلّ ذلك لعدم صدق أكل الطين الذي هو موضوع الحرمة.

في جواز تناول التربة المقدسة

(١٣) لعدم كونها منه موضوعاً، فأصالة البراءة محكمة.

(١٤) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^٣ الإجماع بقسميه عليه؛ لعدّة أخبار:

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٠. كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٥٨، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٤. كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرّمة، الباب ٥٨، الحديث ١٢.

٣. راجع جواهر الكلام ٣٦: ٣٥٨.

ولا يجوز أكله لغيره^(١٥). ولا أكل ما زاد عن قدر الحصصة^(١٦) المتوسطة، ولا يلحق به^(١٧) طين غير قبره؛ حتى قبر النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام على الأقوى. نعم، لا بأس بأن يُمزج بماء أو شربة ويستهلك فيه، والتبرك والاستشفاء بذلك الماء وتلك الشربة.

(مسألة ١٠): ذكر لأخذ التربة المقدسة وتناولها عند الحاجة آداب وأدعية^(١٨)، لكن

منها: خبر سعد: «أكل الطين حرام... إلا طين الحائر؛ فإن فيه شفاء من كلِّ داء»^١.

وخبر سماعة: «أكل الطين حرام على بني آدم، ما خلا طين قبر الحسين عليه السلام»^٢ وضعفهما منجبرٌ بعمل الأصحاب.

(١٥) لظهور أخبار الاستثناء في قصد الاستشفاء، فيبقى الباقي تحت أدلة الحرمة.

ولخبر حنان بن سدير: «من أكل من طين قبر الحسين عليه السلام غير مستشف به، فكأنما أكل من لحومنا»^٣.

(١٦) لمرسل كتاب «المصباح»: «ولا تناول منها أكثر من حِمصة؛ فإن من تناول منها أكثر من ذلك فكأنما أكل من لحومنا»^٤.

وفي آخر: «ولكن اليسير منه، مثل الحمصة»^٥.

(١٧) وما رواه أبو حمزة عن الصادق عليه السلام: «وكذلك قبر جدِّي رسول الله ﷺ، وكذا طين قبر الحسن وعليٍّ ومحمد، فخذ منها؛ فإنها شفاء من كلِّ داءٍ وسَقَم»^٦ فهو مع ضعف سند له يعمل به أحدٌ من الأصحاب.

(١٨) مثل الغسل في الليل، ولبس أنظف الثياب، وفعل صلاة خاصة، وسجدة الشكر، والدعاء المخصوص وغيرها.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٥٩، الحديث ٢ و ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٨، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٥٩، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٥٩، الحديث ٦.

٤. مصباح المتهجد: ٧٣٤ / ٨٥، وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٩، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب

٥٩، الحديث ٧.

٥. وسائل الشيعة ١٤: ٥٢٨، كتاب الحج، أبواب المزار وما يناسبه، الباب ٧٢، الحديث ١.

٦. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٢٧، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٥٩، الحديث ٣.

الظاهر أنها شروط كمال لسرعة الإجابة، لا شرط لجواز تناولها.

(مسألة ١١): القدر المتيقن من محل أخذ التربة هو القبر الشريف^(١٩) وما يلحق به عرفاً، والأحوط الاقتصار عليه، وأحوط منه استعمال التراب التي في هذه الأعصار ممزوجاً بالماء أو غيره على نحو الاستهلاك، بل لا يترك هذا الاحتياط إذا كان المأخوذ طيناً أو مدراً^(٢٠). نعم، بناءً على ما قدمناه من عدم حرمة التراب مطلقاً لا بأشأ بأخذه للاستشفاء من الحائر وغيره إلى رأس ميل، بل أزيد مما اشتملت عليه الأخبار بقصد الرجاء، ولا يحرم تناوله، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط.

(مسألة ١٢): تناول التربة المقدسة للاستشفاء: إما بازديادها وابتلاعها، وإما بحلها في الماء وشربه، أو بأن يمزجها بشربة ويشربها بقصد الشفاء.

(مسألة ١٣): لو أخذ التربة بنفسه أو علم من الخارج بأن هذا الطين من تلك التربة المقدسة فلا إشكال، وكذا إذا قامت على ذلك اليقنة، بل الظاهر كفاية قول عدل واحد بل شخص ثقة. وفي كفاية قول ذي اليد إشكال. والأحوط في غير صورة العلم وقيام اليقنة تناولها بالامتزاج بماء أو شربة بعد استهلاكها.

(مسألة ١٤): لا يبعد جواز تناول طين الأرمني^(٢١) للتداوي، ولكن الأحوط عدم تناوله إلا عند انحصار العلاج، أو ممزوجاً بماء ونحوه بحيث لا يصدق معه أكل الطين.

(١٩) الأخبار في الباب غير نقيّة السند، مختلفة الدلالة، فمن دالّ على الأخذ من القبر الشريف إلى الدالّ على عشرة أميال، فاللازم الاقتصار على المتيقن، فراجع كتاب الحج، أبواب الزار، الباب السابع والستين^١.

(٢٠) لما عرفت من حرمتها ذاتاً، والمخصص هنا مجمل مفهوماً.

(٢١) لخبر أبي حمزة: في علاج الزحير: «تخذ من الطين الأرمني، واقفه بنار لينة واستف منه؛ فإنه يسكن هناك»^٢، ونحوه الحديث الثاني والثالث.

١. وسائل الشريعة ١٤: ٥١٠، كتاب الحج، أبواب الزار وما يناسبه، الباب ٦٧.

٢. وسائل الشريعة ٣٤: ٢٣٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرمة، الباب ٦٠، الحديث ١.

(مسألة ١٥): يحرم الخمر^(٢٢) بالضرورة من الدين؛ بحيث يكون مستحلها في زمرة الكافرين مع الالتفات^(٢٣) إلى لازمه؛ أي تكذيب النبي ﷺ - والعياذ بالله - وقد ورد في الأخبار التشديد العظيم في تركها، والتوعيد الشديد في ارتكابها؛ وعن الصادق عليه السلام: «أنَّ الخمر أُمُّ الخبائث ورأس كلِّ شرٍّ، يأتي على شاربها ساعة يسلب لُبَّهُ فلا يعرف ربَّهُ، ولا يترك معصية إلَّا ركبها، ولا يترك حرمة إلَّا انتهكها، ولا رحماً مأساة إلَّا قطعها، ولا فاحشة إلَّا أتاها»، وقد ورد: «أنَّ رسول الله ﷺ لمن فيها عشرة: غارسها وحارسها^(٢٤) وعاصرها وشاربها وساقها وحاملها والمحمول إليه وبائعها ومشتريها وأكل ثمنها»، بل نصَّ في بعض الأخبار أنَّه أكبر الكبائر، وفي أخبار كثيرة أنَّ «مدمن الخمر كعابد وثن»، وقد فسَّر المدمن في بعض الأخبار بأنَّه ليس الذي يشربها كلَّ يوم، ولكنَّه الموطن نفسه أنَّه إذا وجدها شربها.

و سند الأخبار ضعيف، ولعلَّ السيرة المستمرة على التداوي به حتَّى في صورة عدم الانحصار تؤيِّده.

(٢٢) بالأدلة الأربعة، فمن الآيات: الآية ٢١٩ من سورة البقرة (٢)، والآية ٩٠ و ٩١ من سورة المائدة (٥).

ومن الأخبار: راجع المجلد السابع عشر من «الوسائل»، أبواب الأشربة المحرَّمة،^١ تجد من صحاح الروايات وحسانها ما يزيد على التواتر، ومن الإجماع^٢ قيامه عندنا بقسميه عليه، ومن العقل ما نصَّ عليه المهرة من دكايرة القرون المتأخِّرة، وكتبوا فيه عشرات من الكتب.

(٢٣) إذ لا دليل على كفر كلِّ من أنكر حكماً من أحكام الإسلام، بل على إنكار أصول الدِّين كلاً أو بعضاً، أو إنكار ما يرجع إلى ذلك ويستلزمه، وتفصيل الكلام في باب الطهارة والحدود.

(٢٤) أي إذا قصد الوصول بذلك إلى الحرام، وهذا يشهد على حرمة مقدِّمة الحرام

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٢٧٩.

٢. راجع منتهى المطلب ١٠٠٩ ط قديم؛ مسالك الأهمام ١٢: ٧١؛ جواهر الكلام: ٣٦.

هذا، مع كثرة المضار في شربها التي اكتشفها حدّاق الأطباء في هذه الأزمنة، وأذعن بها المنصفون من غير ملتنا.

(مسألة ١٦): يلحق بالخمر ^(٢٥) - موضوعاً أو حكماً ^(٢٦) - كل مسكر؛ جامداً كان أو مائعاً، وما أسكر كثيره ^(٢٧) دون قليله حرم قليله وكثيره، ولو فرض عدم إسكارها في بعض الطباع أو بعض الأصقاع أو مع العادة، لا يوجب ذلك عدم حرمتها.

(مسألة ١٧): لو انقلبت الخمر خلاً حلت ^(٢٨)؛ سواء كان بنفسها أو بعلاج؛ بدون مزج

المأتي بها بقصد الوصول إليه.

(٢٥) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^١ الإجماع بقسميه عليه، ولعدة من الأخبار:

منها: صحيح ابن يقطين: «إِنَّ اللَّهَ ﷻ لَمْ يَحْزَمْ الخمر لاسمها، ولكن حرّمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر»^٢.

وصحيح فضيل: «كل مسكر حرام». قلت: كَلِّهِ؟ قال: «نعم، الجرعة منه حرام»^٣، وغير ذلك.

بناءً على إرادة العموم من كلمة «الخمر» في الكتاب الكريم.

(٢٦) قوله «موضوعاً» وقوله «حكماً» بناءً على إرادة خصوص المتخذ من العنب.

(٢٧) لعدة روايات؛

منها: صحيح معاوية: «كل مسكر حرام، وما أسكر كثيره فقليله حرام»^٤.

ونحوه الحديث الثاني والثالث وغيرها.

(٢٨) بلا خلاف فيه في الجملة؛ لعدة صحاح:

١. الخلاف ٥: ٤٧٩ / مسألة ٣: السرائر ٣: ٢٨؛ تحرير الأحكام ٢: ١٦١؛ رياض المسائل ١٣: ٤٣٧؛ جواهر الكلام

٣٦: ٣٧٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٤٢. كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ١٩، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٢٥. كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ١٥، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٣٦. كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ١٧، الحديث ١.

شيء بها أو معه : سواء استهلك^(٢٩) الخلط فيها قبل أن تنقلب خلأً، كما إذا مزجت بقليل من الملح أو الخل فاستهلكا فيها ثم انقلبت خلأً، أو لم يستهلك بل بقي فيها إلى ما بعد الانقلاب، لكن بشرط^(٣٠) أن يكون الخلط للعلاج وبمقدار متعارف، وأما مع الزيادة عنه فمحَل إشكال، بل مع الغلبة فالأقوى حرمتها ونجاستها. ويظهر المستزج^(٣١) المتعارف الباقي بالتبعية، كما يطهر بها الإناء.

(مسألة ١٨) : ومن المحرمات المائنة الفقاع^(٣٢) إذا صار.....

منها: صحيح زرارة: عن الخمر العتيقة تجعل خلأً؟ قال ﷺ: «لا بأس»^١.
و صحيح ابن المهدي: العصير يصير خمرأ، فيصب عليه الخل و شيء يغيره حتى يصير خلأً؟ قال ﷺ: «لا بأس به»^٢.
(٢٩) لإطلاق ما ذكر من الأدلة.

(٣٠) لظهور قوله ﷺ: «فيصب عليه الخل و شيء يغيره» و «تعالج بالملح»^٣، وأمثاله في ذلك، فلو كان الخل مساوياً لها أو أكثر، خرجت عن مورد الحكم، وبقيت تحت أدلة النجاسة.

(٣١) لغلبة بقائه فيها بعد الانقلاب، فيكون بحكم الإناء في الملازمة بين الحكم بطهارتها و طهارته.

(٣٢) للإجماع المدعى عليه من جماعة،^٤ و لموثق ابن فضال: «هو الخمر، و فيه حد شارب الخمر»^٥.

و خبر الوشاء: «الفسق حرام»^٦، و نحوهما سائر أحاديث الباب، و فيه خمسة

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ٨.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٧٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٣١، الحديث ١١.

٤. الانتصار: ٤١٨ / مسألة ٢٣٩، الخلاف ٥: ٤٩٠ / مسألة ١٦ غنية النزوع ٢: ٣٩٩، السرائر ١: ٧٠، المعتمد ١: ٤٢٥.

٥. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٦٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٧، الحديث ٢.

٦. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٦٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٧، الحديث ٣.

فيه نشيش وغلان^(٣٣) وإن لم يسكر، وهو شراب معروف كان في الصدر الأول يتخذ من الشعير في الأغلب، وليس منه ماء الشعير المعمول بين الأطباء.

(مسألة ١٩): يحرم عصير العنب^(٣٤) إذا نشّ وغلّى بنفسه أو غلى بالنار. وأمّا العصير الزبيبي والتمري فيحلان^(٣٥) إن غليا بالنار، وكذا إن غليا بنفسهما إلا إذا ثبت إسكارهما، والظاهر أنّ الغليان بالشمس كالغليان بالنار، فله حكمه.

عشر حديثاً.

(٣٣) لصحيح ابن أبي عمير عن مرزم: «كان يعمل لأبي الحسن عليه السلام الفقّاق في منزله. قال ابن أبي عمير: ولم يعمل فقّاق يغلى^١. وتفصيل الكلام في باب النجاسات.

(٣٤) لعدّة روايات:

منها: صحيح ابن سنان: «كلّ عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه»^٢.

والموثّق عن ذريح: «إذا نشّ العصير أو غلا حرّم»^٣.

والظاهر أنّ النشيش هو الحالة الشبيهة بالغليان إذا حصلت بنفسه، والغليان هو ما يحصل بالنار.

(٣٥) على المشهور؛ لصحيح صفوان: كنت مبتلي بالنبيذ ومُعجباً به، فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: أصف لك النبيذ؟ فقال عليه السلام: «بل أنا أصف لك، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كلّ مسكرٍ حرام»^٤، ونحوه الحديث الأول.

وخبر ابن حمّاد في وفد اليمن وإطالهم في توصيف النبيذ: «قال عليه السلام: يا هذا، قد أكثرت عليّ، أفيسكر؟ قال: نعم، فقال: كلّ مسكر حرام»^٥.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٨١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ٣٩، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٢٨٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ٢، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٢٨٧، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ٣، الحديث ٤.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٣٧، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ١٧، الحديث ٣.

٥. وسائل الشريعة ٢٥: ٣٥٥، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ٢٤، الحديث ٦.

(مسألة ٢٠): الظاهر أنَّ الماء^(٣٦) الذي في جوف حبة العنب يحكم عصيره، فيحرم إذا غلى بنفسه أو بالنار. نعم، لا يحكم بحرمة ما لم يحرز غليانه، فلو وقعت حبة من العنب في قدر يغلي، وهي تعلق وتسفل في الماء المغلي، فلا تحرم ما لم يعلم بغليانه، ومجرد ما ذكر لا يوجب غليان جوفها.

(مسألة ٢١): من المعلوم أنَّ الزبيب ليس له عصير في نفسه، فالمراد بعصيره ما اكتسب منه الحلاوة؛ إمَّا بأن يدقَّ ويخلط بالماء، وإمَّا بأن ينقع في الماء ويمكث إلى أن يكتسب حلاوته؛ بحيث صار في الحلاوة بمثابة عصير العنب، وإمَّا بأن يمرس ويمصر بعد النقع فيستخرج عصارتَه. وأمَّا إذا كان الزبيب على حاله وحصل في جوفه ماء، فالظاهر أنَّ ما فيه ليس من عصيره، فلا يحرم بالغليان ولو قلنا بحرمة عصيره المغلي، فلا إشكال فيما وضع في طيبخ أو كبة أو محشي ونحوها؛ وإن ورد فيه ماء وغلى، فضلاً عما إذا شك فيه.

(مسألة ٢٢): الظاهر أنَّ ما غلى بنفسه من أقسام العصير الذي قلنا بحرمة، لا تزول حرمة إلا بالتخليل^(٣٧) كالخمر؛ حيث إنها لا تحل إلا بانقلابها خلاً، ولا أثر فيه لذهاب الثلثين. وأمَّا

وفي «مفردات الراغب»: «التبيذ والزبيب الملقى مع الماء»^١، فيدلّان على عدم الحرمة مع عدم الإسكار؛ لما مرَّ في موثّق ذريح.

(٣٦) لعدم فهم العرف خصوصيّة في كون ماء العنب منفصلاً عن جلده.

(٣٧) إذ لا دليل على رفع الحرمة فيه غير التخليل الذي عرفت عموم مورده في المسألة السابعة عشر، وأمَّا ما دلّ على الحلّة بذهاب الثلثين فليس مورده إلا الذهاب بالنار، كصحيح ابن سنان: «كلّ عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه»^٢.

١. مفردات غريب القرآن: ٧٨٨، مادة «نبذ»، والمبارة فيها هكذا: «التبيذ: التمر والزبيب الملقى مع الماء في الإناء».

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٢٨٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرّمة، الباب ٢، الحديث ١.

ما غلى بالنار ونحوها فتزول حرمة بذهاب ثلثيه، والأحوط أن يكون ذلك بالنار أو بما ينغليه^(٣٨)، لا بالهواء وطول المكث. نعم، لا يلزم أن يكون ذهاب الثلثين في حال غليانه، بل يكفي ذلك إذا كان مستنداً إلى النار ولو بضميمة ما ينقص منه بعد غليانه قبل أن يبرد، فلو كان العصير في القدر على النار وقد غلى حتى ذهب نصفه - ثلاثة أسداسه - ثم وُضع القدر على الأرض، فنقص منه قبل أن يبرد - بسبب صعود البخار - سدس آخر، كفى في الحلية. (مسألة ٢٣): إذا صار العصير المغلي دساً قبل أن يذهب ثلثاه، لا يكفي^(٣٩) في حليته على الأحوط.

(مسألة ٢٤): إذا اختلط العصير بالماء ثم غلى فذهب ثلثا المجموع، ففي الحلية إشكال^(٤٠) إلا إذا علم بذهاب ثلثي العصير.

(مسألة ٢٥): لو صب على العصير المغلي - قبل أن يذهب ثلثاه - مقدار من العصير غير

وكذا سائر أخبار الباب.

(٣٨) لظهور الأدلة في كون ذهابها بالطبخ، ولا يحصل إلا بما تغليه الحرارة الحاصلة بشعلة النار، أو الكهرباء، أو الشمس، أو غيرها.

وقوله: «كفى في الحلية»؛ لصدق استناد الزوال إلى النار حينئذ.

(٣٩) للشك في زوال الحرمة بعد احتمال انصراف أدلة الثلثين عن المورد.

(٤٠) لكن في خبر عقبة: في رجل أخذ عشرة أرطال من عصير العنب، فصب عليه عشرين رطلاً ماء، ثم طبخهما حتى ذهب منه عشرون رطلاً، وبقي عشرة أرطال، أيصلح شرب تلك العشرة أم لا؟ فقال ﷺ: «ما طبخ على الثلث فهو حلال»^١.

والاحتياط في المتن إما لاحتمال الخدشة في سند الحديث، أو في دلالتيه، أو في احتمال حصول التبخير في الماء أكثر من العصير.

المغلي، وجب ذهاب ثلثي مجموع ما بقي من الأول مع ما صَبَّ ثانياً، ولا يحسب ما ذهب^(٤١) من الأول أولاً. فإذا كان في القدر تسعة أرتال من المعصير، فغلي حتى ذهب منه ثلاثة وبقي ستة، ثم صَبَّ عليه تسعة أرتال أخر فصار خمسة عشر، يجب أن يغلي حتى يذهب عشرة ويبقى خمسة، ولا يكفي ذهاب تسعة وبقاء ستة. لكن أصل هذا العمل خلاف الاحتياط^(٤٢)، فالأحوط أن يطبخ كل على حدة وإن كان لما ذكرنا وجه.

(مسألة ٣٦): لا بأس^(٤٣) بأن يطرح في المعصير قبل ذهاب الثلثين، مثل البقطين والسفرجل والتفاح وغيرها، ويطبخ فيه حتى يذهب ثلثاه، فإذا حلَّ حلَّ ما طُبِّخ فيه، لكن إذا كان المطروح ممَّا يجذب المعصير إلى جوفه، فلا بدَّ في حلِّه من ذهاب ثلثي ما في جوفه أيضاً.

(٤١) يمكن أن يقال: إذا كان مقدار مجموع التسعين ثمانية عشر، وثلثاه اثني عشر، فاللازم حينئذ ذهاب تسعة أرتال بعد صبِّ الثانية؛ فإنَّها بعد الانضمام بالثلاثة الأولى يكون اثني عشر.

لكنه فاسد؛ لأنَّه على الفرض لم يذهب من التسعة الثانية ثلثاه، بل ينقص الذاهب عن ثلثيه بثلاثة أخماس رطل، وإن كان يزيد عليها ذلك المقدار في الستة الأولى، فإنَّ لازم انقسام التسعة الذاهبة إلى الستة الأولى والتسعة الثانية كون الحصَّة الذاهبة من التسعة الثانية خمسة وخمسين، مع أنَّ اللازم فيها ذهاب ستة، والحصَّة الذاهبة من الستة الأولى ثلاثة وثلاثة أخماس، مع أنَّه كان اللازم فيها ذهاب ثلاثة، وأمَّا إذا فرضنا الذاهب عشرة أرتال كانت الحصَّة الذاهبة من التسعة الثانية ستة كاملة، وهو ثلثاها، وإن كانت الحصَّة الناقصة من الستة الأولى حينئذ أربعة، وهو يزيد على المقدار الواجب بواحد.

(٤٢) لاحتمال خروجه عن سياق الأدلَّة الحاكمة بالحليَّة بذهاب الثلثين، وانصرافها إلى ما يصبّ دفعة، ثم يطبخ، خاصَّة إذا كان الصبُّ الثاني عند اقتراب ذهاب ثلثي الأول.

(٤٣) لعدم القول بنجاسة المعصير حتَّى يستشكل في طهارة ما يطرح فيه بعد العلم بنجاسته، والحليَّة دائرة مدار ذهاب الثلثين، والمفروض تحقُّقه.

(مسألة ٢٧): يثبت ذهاب الثلثين من العصير المغلي بالعلم وبالبيّنة^(٤٤) وبإخبار ذي اليد المسلم، بل وبالأخذ منه إذا كان ممن يعتقد حرمة^(٤٥) ما لم يذهب ثلثاه، بل وإذا لم يعلم اعتقاده^(٤٦) أيضاً. نعم، إذا علم أنّه ممن يستحلّ العصير المغلي قبل أن يذهب ثلثاه، مثل أن يعتقد أنّه يكفي في حلّيته صبر ورته دبساً، أو اعتقد أنّ ذهاب الثلثين لا يلزم أن يكون بالنار، بل يكفي بالهواء وطول المكث أيضاً، ففي جواز الاستئمان بقوله إذا أخبر عن حصول التثليث خلاف وإشكال^(٤٧). وأولى بالإشكال^(٤٨) جواز الأخذ منه والبناء على أنّه طيب على الثلث إذا احتمل ذلك من دون تفحص عن حاله، فالأحوط الاجتناب عنه وعدم الاعتماد بقوله، وعدم البناء على تثليث ما أخذ منه، بل لا يخلو من قوّة.

(٤٤) لقيام الدليل القطعي على حجّية البيّنة في الموضوعات. وحجّية أخبار ذي اليد في ما هو تحت يده، والتفصيل في كتاب الطهارة.

(٤٥) لصحيح عمر بن يزيد: في من أهدي إليه البُخْتَجُ: «إن كان ممن لا يستحلّ فاشربه»^١ و البُخْتَجُ: معرّب «بخته»، أي العصير المطبوخ.

(٤٦) لصحيح معاوية في البُخْتَجُ: فرجلٌ من غير أهل المعرفة ممن لا نعرفه، يشربه على الثلث، ولا يستحلّه على النصف، يخبرنا: أنّ عنده بختجاً على الثلث... يشرب منه؟ قال ﷺ: «نعم»^٢.

(٤٧) لصحيح معاوية: في من يقول: إنّهُ طيبٌ على الثلث، وأنا أعرف أنّه يشربه على النصف، أفأشربه بقوله وهو يشربه على النصف؟ قال ﷺ: «لا تشربه»^٣.

(٤٨) فإنّ سكوته لا يزيد عن إخباره بالتثليث.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٢٩٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المعرّمة، الباب ٧، الحديث ١.

٢. انظر: النهاية لابن الأثير ١: ١٠١ مادة «بختج».

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٢٩٣، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المعرّمة، الباب ٧، الحديث ١.

٤. نفس المصدر.

(مسألة ٢٨): يحرم تناول^(٤٩) مال الغير وإن كان كالمرأى محترم المال بدون إذنه ورضاه، ولا يذم من إحراز ذلك بعلم ونحوه، وقد ورد: «من أكل من طعام لم يدع إليه فكأنما أكل قطعة من النار».

في جواز الأكل من بيوت الآباء وأمثالها

(مسألة ٢٩): يجوز أن يأكل^(٥٠) الإنسان ولو مع عدم الضرورة من بيوت الآباء والأمهات والأولاد والإخوان والأخوات والأعمام والعَمَّات والأخوال والغالات والأصدقاء، وكذا الزوجة^(٥١) من بيت زوجها، وكذا يجوز لمن كان وكيلًا على بيت أحد مفوضاً إليه أموره

(٤٩) بالأدلة الأربعة، فمن الكتاب قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»^١ و سياًتي التفصيل إن شاء الله تعالى في باب الغصب.

في جواز الأكل من بيوت الآباء وأمثالها

(٥٠) للآية الشريفة: «وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»^٢ ولعدة روايات وردت في تفسيرها، و سياًتي بعضها إن شاء الله تعالى. وقوله تعالى: «وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ»، أي ولا حرج ولا بأس عليكم أن تأكلوا. وعدم ذكر الأبناء في الآية إما لأن المراد من قوله: «بُيُوتِكُمْ» بيوت الأبناء، أو لاستفادة حكم بيوتهم بالأولوية. وقوله: «جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»، أي إذا كان صاحب البيت حاضراً أو غائباً.

(٥١) لصحيح زرارة: «و كذلك يحل للمرأة من بيت زوجها»^٣ وخبره الآخر: «و كذلك تأكل المرأة بغير إذن زوجها»^٤ ونظيره الحديث الثالث.

١. البقرة (٢): ١٨٨.

٢. النور (٢٤): ٦١.

٣. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٨٢، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٤، الحديث ٦.

٤. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٨١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٤، الحديث ٢.

وحفظه بما فيه أن يأكل من بيت سوكله. وإنما يجوز الأكل من تلك البيوت إذا لم يعلم^(٥٢) كراهة صاحب البيت، فيكون امتيازها عن غيرها بعدم توقف جواز الأكل منها على إحراز الرضا والإذن من صاحبها، فيجوز مع الشك بل مع الظن بعدم أيضاً^(٥٣) على الأقوى، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، خصوصاً مع غلبته. والأحوط اختصاص الحكم^(٥٤) بما يعتاد أكله من الخبز والتمر والإدام والفواكه ونحوها، دون نفائس الأطعمة التي تدخر غالباً لمواقع الحاجة وللأضياف ذوي الشرف والعزة. والظاهر التعدية^(٥٥) إلى غير المأكول؛ من المشروبات العادية كاللبن المخيض واللبن الحليب وغيرها، ولا يستعدى إلى بيوت غيرهم^(٥٦)، ولا إلى غير بيوتهم كدكاكينهم وبساتينهم، كما أنه يقتصر على ما في البيت من المأكول، فلا يستعدى إلى ما يشتري من الخارج بثمن يؤخذ من البيت.

(٥٢) بلا خلاف فيه، ولعله لانصراف إطلاق الآية و الروايات عن صورة العلم بالكراهة؛ إذ هي لو لم تكن أمانة مجعولة على الرضا، فليست من مخصصات الغصب والظلم.

(٥٣) لإطلاق الآية على نحو ادّعي شمولها لصورة العلم بالكراهة أيضاً، وإطلاق صحيح الحلبي: «هو والله الرجل يدخل بيت صديقه فيأكل بغير إذنه»^١ ونظيره الحديث الثاني والخامس والسابع.

(٥٤) لدعوى انصراف الأدلة إليه، فتكون أصالة الحرمة في غيره محكمة مع قوة احتمال إرادة ذلك في خبر زرارة: «و أما ما خلا ذلك من الطعام فلا»^٢.

(٥٥) لإطلاق الأكل في الآية المراد منه التصرف، وإطلاق غيرها، وما في خبر زرارة: «تأكل بغير إذنهم من التمر والمأدوم»^٣، لا يفيد الحصر، بل هو ذكر لبعض المصاديق.

(٥٦) لعدم شمول إطلاق الأدلة الموارد المذكورة، فتبقى على الأصل الأولي المحكم فيها.

١. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٨٠، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٤، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢٨١، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، الباب ٢٤، الحديث ٢.

٣. نفس المصدر السابق.

إذا اضطر إلى أكل المحرّم

(مسألة ٣٠): تباح جميع المحرّمات^(٥٧) المزبورة حال الضرورة؛ إما لتوقّف^(٥٨) حفظ نفسه وسدّ رمقه على تناوله، أو لعروض المرض الشديد الذي لا يتحمّل عادة بتركه، أو لأداء تركه إلى لحوق الضعف المفرط المؤدّي إلى المرض الذي لا يتحمّل عادة، أو إلى التلف،

إذا اضطر إلى أكل المحرّم

(٥٧) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^١ الإجماع عليه بقسميه؛ لمدة من الآيات الكريمة و الروايات:

منها: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ^٢، والآية ٣ من المائدة (٥)، والآية ١١٩ من الأنعام (٦)، والآية ١١٥ من النحل (١٦)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَلِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ^٣، ومثله الآية ٦ من المائدة (٥)، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ^٤، وقوله ﷺ: «ما من شيء إلا وقد أحله الله لمن اضطر إليه»^٥.

(٥٨) كلّ ذلك لصدق عنوان الاضطرار والحرَج والعُسْر عليها، وتقييد الاضطرار في آية المائدة بالمخمصة التي هي المجاعة لبيان أوضاع الأزمنة التي يتحقّق فيها الاضطرار، لا تقييد الاضطرار بها، كما أنّ الظاهر أنّ المراد من قوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ في آية البقرة والأنعام والنحل هو المقصود من قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ^٦ في آية المائدة،

١. راجع إيضاح الفوائد ٤: ١٥٣؛ مسالك الأفعام ١٢: ١١٢؛ مستند الشيعة ١٥: ٢٣؛ جواهر الكلام ٣٦: ٤٢٤.

٢. البقرة (٢): ١٧٣.

٣. الحج (٢٢): ٧٨.

٤. البقرة (٢): ١٨٥.

٥. وسائل الشيعة ٢٣: ٢٢٨؛ كتاب الإيمان، الباب ١٢، الحديث ١٨.

٦. المائدة (٥): ٣.

أو المؤذي إلى التخلف عن الرفقة مع ظهور أماره المطب. ومنها ما إذا أدى تركه إلى الجوع والمطش للذين لا يتحملان عادة. ومنها ما إذا خيف بتركه على نفس أخرى محترمة، كالحامل تخاف على جنينها، والمرضعة على طفلها، بل ومنها خوف طول المرض الذي لا يتحمل عادة أو عسر علاجه بتركه تناول. والمدار في الكل هو الخوف الحاصل من العلم أو الظن بالترتب، بل الاحتمال الذي يكون له منشأ عقلائي لا مجرد الوهم والاحتمال.

إذا أكره على أكل الحرام

(مسألة ٣١): ومن الضرورات المبيحة للمحرّمات: الإكراه والثبّة^(٥٩) عمن يخاف منه على نفسه، أو نفس محترمة، أو على عرضه، أو عرض محترم، أو مال محترم منه معتد به ممّا يكون تحمّله حرجياً، أو من غيره كذلك.

أي غير متمايل للعصيان بالتعدّي عن مقدار الضرورة، أو الحال مؤكّدة وكاشفة عن معنى الاضطراب، والمعنى أن الاضطراب هو حالة عدم التمايل إلى الإثم بحيث يكون الإقدام لقاسر خارجي، فلو كان متمايلاً معتاداً فأكله، لا يعدّ اضطراباً، ولو فرض عدم وجود غيرها خاصّة إذا لم يلتفت إلى اضطرابه، فلا تحلّ له حينئذ، وإن حلّت لغيره الممتنع ذاتاً في الفرض.

وبالجملة: فالعناوين الثلاثة متّحدة المعنى؛ إذ لم يدلّ دليلٌ معتبر على أكثر من ذلك.

إذا أكره على أكل الحرام

(٥٩) لقوله تعالى: «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»^١، والاستثناء من الافتراء، أو من قول الكفر، فقد حلّ عند الإكراه، وقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً»^٢، والاستثناء من ولاية الكفّار وترتيب آثار المودّة لهم عملاً.

وقوله ﷺ: «رفع عن أمتي تسعة: ... وما استكروها عليه»^٣.

١. النحل (١٦): ١٠٦.

٢. آل عمران (٣): ٢٨.

٣. وسائل الشريعة ١: ٣٧٠، كتاب الجهاد، أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الباب ٥٦، الحديث ٣.

(مسألة ٣٢): في كلِّ مورد يتوقَّف حفظ النفس على ارتكاب محرَّم يجب الارتكاب^(٦٠)، فلا يجوز التزَّه والحوال هذه، ولا فرق بين الخمر والطين وبين سائر المحرَّمات، فإذا أصابه عطش حتَّى خاف على نفسه جاز شرب الخمر بل وجب. وكذا إذا اضطرَّ إلى غيرها من المحرَّمات.

(مسألة ٣٣): لو اضطرَّ إلى محرَّم فليقتصر على مقدار الضرورة^(٦١)، ولا يجوز له الزيادة، فإذا اقتضت الضرورة أن يشرب الخمر أو يأكل الميتة؛ لدفع الخوف على نفسه فليقتصر على ذلك، ولا يجوز له الزيادة.

(مسألة ٣٤): يجوز التداءي لمعالجة الأمراض بكلِّ محرَّم^(٦٢) إذا انحصر به العلاج؛ ولو بحكم الحدَّاق من الأطباء الثقات. والمدار هو انحصاره بحسب تشخيصهم ممَّا بين أيدي الناس ممَّا يعالج به، لا الواقع الذي لا يحيط به إدراك البشر.

(مسألة ٣٥): المشهور - على ما حكى - عدم جواز التداءي بالخمر بل بكلِّ سُكر حتَّى مع الانحصار. لكن الجواز لا يغلو من قوَّة بشرط العلم بكون المرض قابلاً للعلاج، والعلم بأنَّ تركه يؤدِّي إلى الهلاك أو إلى ما يُدانيه، والعلم بانحصار العلاج به بالمعنى الذي ذكرناه. ولا يخفى شدَّة أمر الخمر، فلا يبادر إلى تناولها والمعالجة بها، إلَّا إذا رأى من نفسه الهلاك أو نحوه لو ترك التداءي بها؛ ولو بسبب توافق جماعة من الحدَّاق وأولي الديانة والدراية من

(٦٠) لدعوى^١ الإجماع عليه، ولوجوب حفظ النفس وحرمة إلقائها في التهلكة، و لمرسل البزنطي المنجبر بعمل الأصحاب: «من اضطرَّ إلى الميتة ولحم الخنزير و الدم، قلم يأكل شيئاً من ذلك حتَّى يموت، فهو كافراً»^٢.

(٦١) لكون موضوع الحليَّة الضرورة، فيكون مورد التعدِّي خارجاً عنه باقياً على حكم التحريم، وهذا معنى ما اشتهر: «إنَّ الضرورات تنقذُ بقدرها».

(٦٢) إذ هو من مصاديق ما ذكر في المسألة الثلاثين والثانية والثلاثين.

١. كشف اللثام ٩: ٣٢٠؛ جواهر الكلام ٣٦: ٤٣٢.

٢. وسائل الشيعة ٢٤: ٢١٦، كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأطعمة المحرَّمة، الباب ٥٦، الحديث ٣.

الأطباء، وإلا فليصطر على المشقة، فلعَلَّ الباري - تعالى شأنه - يعافيه لما رأى منه التحفظ على دينه، أو يعطيه الثواب الجزيل على صبره.

(مسألة ٣٦): لو اضطرَّ إلى أكل طعام الغير لسدِّ رمقه وكان المالك حاضراً، فإن كان هو أيضاً مضطراً لم يجب عليه بذله، وهل لا يجوز له ذلك؟ فيه تأمل، ولا يجوز للمضطرَّ قهره. وإن لم يكن مضطراً يجب عليه بذله للمضطرَّ، وإن امتنع عن البذل، جاز له قهره بل مقاتلته والأخذ منه قهراً. ولا يستعين على المالك بذله مجاناً، فله أن لا يبذله إلا بالمعوض، وليس للمضطرَّ قهره بدونه. فإن اختار البذل بالمعوض، فإن لم يقدره بمقدار كان له عليه ثمن مثل ما أكله إن كان قيمياً، أو مثله إن كان مثلياً، وإن قدره لم يتعين عليه تقديره بثلث المثل أو أقل، بل له أن يقدره بأزيد منه ما لم ينته إلى الحرج، وإلا فليس له. فبعد التقدير إن كان المضطرَّ قادراً على دفعه يجب عليه الدفع إن طالبه به، وإن كان عاجزاً يكون في ذمته. هذا إذا كان المالك حاضراً. ولو كان غائباً فله الأكل منه بقدر سدِّ رمقه، وتقدير الثمن وجعله في ذمته، ولا يكون أقل من ثمن المثل. والأحوط المراجعة إلى الحاكم لو وجد، ومع عدمه فإلى عدول المؤمنين.

(مسألة ٣٧): يحرم الأكل على مائدة يشرب عليها شيء من الخمر بل وغيرها من المسكرات، وكذا الفقاع. ثم إنَّ للأكل والشرب آداباً مستدوبة ومكروهة مذكورة في المفصلات، فليراجع إليها.

كتاب الغضب

وهو الاستيلاء^(١) على ما للغير من مال أو حقّ عدواناً. وقد تطابق العقل والنقل - كتاباً^(٢) وسنة وإجماعاً - على حرّمته، وهو من أفحش الظلم الذي قد استقلّ العقل بقبحه. وفي النبوي: «من غصب شبراً من الأرض طوّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة»، وفي نبوي آخر: «من خان جاره شبراً من الأرض، جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة: حتّى يلقى الله يوم القيامة مطوّقاً، إلّا أن يتوب ويرجع»، وفي آخر: «من أخذ أرضاً بغير حقّ كلّف أن يحمل ترابها إلى المحشر»، ومن كلام أمير المؤمنين عليه السلام: «الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها».

كتاب الغضب

(١) مفهومه واضح، وليس له حقيقة شرعية، بل معناه في اللغة و الشرع والعرف واحد، وما عرّفوه بتعاريف مختلفة من قبيل شرح الاسم.

(٢) لم يستعمل عنوان الغضب في الكتاب الكريم إلّا في مورد واحد، وهو قوله تعالى: «وَكَانَ زَآءَهُمْ مِّلْكٌ يَأْخُذُ كُلُّ سَفِينَةٍ غَصْباً»^١. نعم، يستفاد حكمه في الجملة من آيات أخرى، كقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»^٢، وقوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ»^٣ ونظائرهما.

١. الكهف (١٨): ٧٩.

٢. النساء (٤): ٢٩.

٣. النساء (٤): ٢.

(مسألة ١): المنصوب: إمّا عين مع المنفعة من مالك واحد أو مالكين، وإمّا عين بلا منفعة، وإمّا منفعة مجرّدة، وإمّا حقّ مالي متعلّق بعين. فالأول: كغصب الدار من مالكيها، وكغصب العين المستأجرة من المؤجر والمستأجر. والثاني: كما إذا غصب المستأجر^(٣) العين المستأجرة من مالكيها في مدّة الإجارة. والثالث: كما إذا أخذ المؤجر العين المستأجرة، وانتزعها من يد المستأجر، واستولى على منفعتها مدّة الإجارة. والرابع: كما إذا استولى على أرض محجّرة، أو عين مرهونة بالنسبة إلى المرتهن الذي له فيها حقّ الرهانة، ومن ذلك غصب^(٤) المساجد والمدارس والرباطات والقناطر والطرق والشوارع العامة، وكذا غصب المكان^(٥) الذي سبق إليه أحد من المساجد والمشاهد؛ على احتمال موافق للاحتياط.

(مسألة ٢): المفضوب منه قد يكون شخصاً، كما في غصب الأعيان والمنافع المملوكة للأشخاص والحقوق لهم، وقد يكون النوع أو الجهة، كغصب الرباط الممدّد لنزول القوافل، والمدرسة المعدّة لسكنى الطلبة إذا غصب أصل المدرسة ومنع عن سكنى الطلبة، وكغصب الخمس والزكاة قبل دفعهما إلى المستحقّ، وكغصب ما يتعلّق بالمشاهد والمساجد ونحوهما.

في أقسام المفضوب وأحكامه

(٣) كما إذا قبضها بلا إذن قبل إعطاء الأجرة، أو مع اشتراط كونها بيد المالك حال استيفاء المستأجر منفعتها، أو نقلها من محلّ الاشتراط إلى محلّ آخر.

(٤) لما مرّ من أنّ الوقف فيها من قبيل تحرير رقبة العين وفكّ ملكيّتها، فهي مورد لتعلّق حقّ الموقوف عليهم.

(٥) لما ورد: من أنّ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحقّ به»^(١)، فيشمل المورد، كما يشمل إحياء الأرض وحياسة المباحات ونحوها.

١. عوالي الاكبي ٣: ٤٨٠ / ٤؛ مستدرک الوسائل ١٧: ١١١، أبواب كتاب إحياء الموات. الباب ١، الحديث ٤ مع

(مسألة ٣): للغصب حكمان تكليفيان: وهما الحرمة وجوب^(٦) الرد إلى المنصوب منه أو وليه، وحكم وضعي^(٧)، وهو الضمان؛ بمعنى كون المنصوب على عهدة الغاصب،

(٦) أمّا الحرمة فيدلّ عليها ما ذكره أوّل الكتاب من الأدلّة الأربعة. وذكر من السنة ثلاثة أحاديث، وأمّا الوجوب فلما ذكره من الحديث الرابع،^١ ولمرسل حمّاد: «لأنّ الغصب كلّه مردود».^٢

ثمّ إنّ وجوب الردّ هنا وإن كان من لوازم الحرمة حدوثاً وبقاءً، نظير وجوب الترك في سائر المحرّمات، إلّا أنّ دلالة الأدلّة هنا على تحقّق إنشاء مستقلّ لكلّ واحد من الحكمين - كما في بعض المحرّمات والواجبات - أوجب التعرّض لهما مستقلاًّ.

(٧) للنبيّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه»^٣. ولصحيح أبي ولّاد في البغل المنصوب: «أرأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني؟ قال: لا؛ «نعم قيمة بغل يوم خالفته».^٤

وقوله ﷺ فيه في ما لو أصابه عيب: «عليك قيمة ما بين الصلّة والميّب يوم تردّه عليه». وهذا في صورة التلف والإتلاف^٥. ولقاعدة: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»^٦ في صورة الإتلاف.

ثمّ إنّ للضمان أسباباً أربعة: الاستيلاء عدواناً، والاستيلاء بغير عدوان، كما في المقبوض بالعقد الفاسد ونحوه، وإتلاف المال بالمباشرة أو التسبب، وإتلاف النفس أو الطرف كذلك. والأوّل هو الغصب المبحوث عنه في المقام، والأصحاب - رضي الله عنهم -

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١، الحديث ٤.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١، الحديث ٣.

٣. عوالي اللآلي ٢: ٣٤٥ / ١٠، مستدرک الوسائل ١٤: ٧، كتاب الوديعة، أبواب كتاب الوديعة، الباب ٢.

الحديث ١٢.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٩، كتاب الغصب، الباب ٧، الحديث ١.

٥. نفس المصدر السابق.

٦. راجع القواعد الفقهية للبحروردی ٢: ٢٣ - ٥٠، القاعدة ١٥.

وكون تلفه وخسارته عليه، وأنه إذا تلف يجب عليه دفع بدله، ويقال لهذا الضمان: ضمان اليد.

(مسألة ٤): يجري الحكمان التكليفيان في جميع أقسام الغصب، فالغاصب أثم فيها ويجب عليه الرد. وأمّا الحكم الوضعي - وهو الضمان - فيختص بما إذا كان المغصوب من الأموال؛ حيناً كان أو منفعة، فليس في غصب الحقوق^(٨) ضمان اليد.

(مسألة ٥): لو استولى على خَرّ فحبه لم يتحقّق الغصب^(٩)؛ لا بالنسبة إلى عينه، ولا بالنسبة إلى منفعته، وإن أثم بذلك وظلمه؛ سواء كان كبيراً أو صغيراً، فليس عليه ضمان اليد الذي هو من أحكام الغصب، فلو أصابه حرق أو غرق، أو مات تحت استيلائه من غير تسبب منه، لم يضمن، وكذا لا يضمن منافعه، كما إذا كان صانعاً ولم يشتغل بصنعه في تلك المدة فلا يضمن أجرته. نعم، لو استوفى منه منفعة - كما إذا استخدمه - لزمه أجرته^(١٠)، وكذا لو تلف بتسبب منه، مثل ما إذا حيسه في دار فيها حيّة فلدغته، أو في محلّ السباع فافترسته، ضمنه من جهة سببته للتلف، لا لأجل الغصب واليد.

ألقوا الثاني والثالث به، وذكروا القسم الأخير في باب الديات.

(٨) فليس في غصب العين المرهونة - مثلاً - ضمان ثالث للحقّ غير ضمان العين والمنفعة؛ لعدم دليل عليه، وقاعدة التلف والإتلاف لا تشملان غيرهما.

(٩) لعدم كونه عيناً ولا منفعة ملكاً لأحد، و موضوع أدلة الضمان ملكيّة الغير حتّى قوله ﷺ: «على اليد»^١ بقرينة ذكر الردّ إلى مالكه، فلا دليل على الضمان، والتسبب لقتله أو نقصه الموجب للقصاص أو الدية أمر آخر لا يحصل إلا بصدق استنادهما إلى الشخص، سواء استولى عليه و صدق عنوان الغصب، أم لم يستول.

(١٠) لقاعدة احترام عمل المسلم.

(مسألة ٦): لو منع غيره عن إمساك دابته المرسلة، أو من القمود على فراشه، أو عن الدخول في داره، أو عن بيع متاعه، لم يكن غاصباً وإن كان غاصباً وظالماً له من جهة منعه، فلو هلكت الدابة، وتلف الفراش، أو انهدمت الدار، أو نقصت قيمة المتاع بعد المنع، لم يكن على المانع ضمان اليد. وهل عليه ضمان من جهة أخرى أم لا؟ أقواهما العدم^(١١) في الأخير، وهو ما إذا نقصت القيمة. وأما في غيره فإن كان الهلاك والتلف والانهدام غير مستند إلى منعه؛ بأن كانت باقية سماوية وسبب فحري - لا يتفاوت في ترتبها بين ممنوعة المالك وعدمها - لم يكن عليه ضمان^(١٢). وأما إذا كان مستنداً إليه، كما إذا كانت الدابة ضعيفة، أو في موضع السباع وكان المالك يحفظها، فلما منعه المانع ولم يقدر على حفظها وقع عليها الهلاك، ففي الضمان تأمل^(١٣)، لكنه أحوط.

(مسألة ٧): استيلاء الغاصب على المفصوب - وصيرورته تحت يده عرفاً - يختلف باختلاف المفصوبات، والميزان صيرورة الشيء كذلك صدواتاً، ففي المنقول - غير الحيوان - يتحقق بأخذه بيده أو ينقله إليه أو إلى بيته أو دكانه أو أنباره، وغيرها مما يكون محرراً لأمواله؛ ولو كان ذلك لا بمباشرته بل بأمره، فلو نقل حملاً بأمره كان الأمر غاصباً، وكفى في الضمان، بل ولو كان المنقول في بيته أو دكانه - مثلاً - وطالب المالك ولم يؤذه إليه، وكان مستولياً على البيت والدكان، يكفي في الضمان، بل لو استولى على الفراش - مثلاً - ولو بقعوده عليه كفى، ولا يكفي مجرد القمود وقصد الاستيلاء ما لم يتحقق ذلك عرفاً، وهو مختلف في الموارد. كما أن في الحيوان أيضاً هو الميزان، ويكفي الركوب

(١١) فإن نقص القيمة السوقية عبارة عن اختلاف رغبات الناس، وهي ليست بمال واقع تحت يد الغاصب غير العين الخارجية حتى تشملها قاعدة اليد أو التلف.
(١٢) لعدم استناد التلف إليه حينئذ.

(١٣) لعله للشك في استناد التلف إليه حينئذ، لكن الظاهر التفصيل بين ما كان تلف الدابة والفراش وانهدام الدار بيد إنسان آخر، وبين ما كان يسبغ ونحوه بالضمان في الأول؛ لأقوائية المباشر، وعدمه في الثاني لأقوائية السبب.

عليه لو أخذ مقوده وزمامه ، أو سوقه بعد طرد المالك ودفعه ، أو عدم حضوره إذا كان يمشي بسياقه ويكون متقاداً له ، فلو كانت قطيع غنم في الصحراء ومعها راعيها ، فطرده واستولى عليها بعنوان القهر والانتزاع من مالكها ، وجعل يسوقها وصار بمنزلة راعيها يحافظها ويمنعها عن التفرق ، فالظاهر كفايته في تحقق الغصب لصديق الاستيلاء عرفاً . وأما غير المنقول فيكفي في غصب الدار ونحوها - كالدكان والخان - أن يسكنها أو يسكن غيره ممن ياتمر بأمره فيها بعد إزعاج المالك عنها أو عدم حضورها ، وكذا لو أخذ مفاتيحها من صاحبها قهراً ، وكان يغلق الباب ويفتحه ويردّد فيها . وأما البستان فكذلك لو كان له باب وحيطان ، وإلا فيكفي دخوله والتردد فيه بعد طرد المالك بعنوان الاستيلاء وبعض التصرفات فيه ، وكذا الحال في غصب القرية والمزرعة . هذا كله في غصب الأعيان . وأما غصب المنافع فإنما هو بانتزاع العين ذات المنفعة عن مالك المنفعة ، وجعلها تحت يده بنحو ما تقدّم ، كما في العين المستأجرة إذا أخذها المؤجر أو غيره من المستأجر واستولى عليها في مدة الإجارة ؛ سواء استوفى تلك المنفعة التي ملكها المستأجر أم لا .

(مسألة ٨) : لو دخل الدار وسكنها مع مالكها ، فإن كان المالك ضعيفاً غير قادر على مدافعته وإخراجه ، فإن اختص استيلاؤه وتصرفه بطرف معين منها ، اختص الغصب والضمان بذلك الطرف دون غيره . وإن كان استيلاؤه وتصرفاته وتقلباته في أطراف الدار وأجزائها بنسبة واحدة ؛ وتساوي يد الساكن مع يد المالك عليها ، فالظاهر كونه غاصباً للنصف ، فيكون ضامناً له خاصة ؛ بمعنى أنه لو انهدمت الدار ضمن الساكن نصفها ، ولو انهدم بعضها ضمن نصف ذلك البعض ، وكذا يضمن نصف منافعها . ولو قرض أن المالك الساكن أزيد من واحد ضمن الساكن القاصب بالنسبة في القرض ، فإن كانا اثنين ضمن الثلث ، وإن كانوا ثلاثة ضمن الربع وهكذا . ولو كان الساكن ضعيفاً ؛ بمعنى أنه لا يقدر على مقاومة المالك ؛ وأنه كلما أراد أن يخرج من داره أخرجه ، فالظاهر عدم تحقق الغصب ولا اليد ولا الاستيلاء ، فليس عليه ضمان اليد . نعم ، عليه بدل ما استوفاه من منفعة الدار ما دام كونه فيها .

(مسألة ٩) : لو أخذ بمقود الدابة فقادها ، وكان المالك راكباً عليها ، فإن كان في الضمف

وعدم الاستقلال بمثابة المحمول عليها، كان القائد غاصباً لها بتمامها، ويتبعه الضمان، ولو كان بالمعكس - بأن كان المالك الراكب قوياً قادراً على مقاومته ومدافعته - فالظاهر عدم تحقق الغصب أصلاً، فلا ضمان عليه لو تلفت الدابة في تلك الحال. نعم، لا إشكال في ضمانه^(١٤) لها لو اتفق تلفها بسبب قوده لها، كما يضمن السائق لها لو كان لها جماع فشردت بسوقه، فوقعت في بئر أو سقطت عن مرتفع - مثلاً - فتلفت أو عيبت.

(مسألة ١٠): لو اشترك اثنان في الغصب ضمن كل منهما للبعض بنسبة الاستيلاء؛ إن نصفاً ونصف وهكذا؛ سواء كان كل واحد منهما قوياً قادراً على الاستيلاء على العين ودفع المالك والقهر عليه، أم لا؛ بل كان كل ضعيفاً بانفراده؛ وإنما استيلاؤهما عليها ودفع المالك كان بالتعاقد والتعاون، وسواء كان المالك حاضراً أو غائباً.

(مسألة ١١): غصب الأوقاف العامة - كالمساجد والمقابر والمدارس والقناطر، والرباطات المعدة لنزول المسافرين، والطرق والشوارع العامة ونحوها - والاستيلاء عليها وإن كان حراماً ويجب ردّها، لكن الظاهر أنّه لا يوجب ضمان اليد^(١٥)؛ لا عيناً ولا منفعة^(١٦)، فلو غصب مسجداً أو مدرسة أو رباطاً، فانهدمت تحت يده من دون تسبب منه، لم يضمن عينها ولا منفعتها. نعم، الأوقاف العامة على الفقراء أو غيرهم بنحو وقف المنفعة، يوجب غصبها الضمان عيناً ومنفعة، فإذا غصب خاناً أو دكاناً أو بُستاناً كانت وقفاً على الفقراء - مثلاً - على أن تكون منفعتها ونماؤها لهم، ترتب عليه الضمان كغصب المملوك.

(١٤) من جهة الإلتاف، لا من حيث الغصب.

(١٥) لعدم ملكية عينها ولا منافعتها لأحد، بل هي كالإنسان الحر لا يضمن عيناً ولا منفعة من حيث الغصب.

(١٦) أمّا المنفعة فلغرض ملكيتها، وأمّا العين فمبني على الملكية أيضاً، لكنّه لا يناسب ما يستفاد منه في المسألة السابعة والستين من كتاب الوقف.

(مسألة ١٢): لو حبس حرّاً^(١٧) لم يضمن لا نفسه ولا منافعه ضمان اليد حتى فيما إذا كان صانعاً، فليس على الحابس أجره صنعه مدة حبسه. نعم، لو كان أجيراً لغيره في زمان فحبسه حتى مضى ضمن منفعه^(١٨) الفائتة للمستأجر، وكذا لو استخدمه واستولى منفعه كان عليه أجره عمله^(١٩)، ولو غصب دابة - مثلاً - ضمن منافعها^(٢٠) سواء استوفأها أم لا.

(مسألة ١٣): لو منع حرّاً عن عمل له أجره من غير تصرف واستيفاء لم يضمن^(٢١) عمله، ولم يكن عليه أجرته.

(مسألة ١٤): يلحق بالغصب - في الضمان - المقبوض بالعقد المعاوضي الفاسد، أو كالمعاوضي مثل المهر، ويلحق به المقبوض بمثل الجمالة الفاسدة ممّا لا يكون عقداً، فالبيع الذي يأخذه المشتري، والتمن الذي يأخذه البائع في البيع الفاسد، يكون ضمانهما كالمغصوب^(٢٢)؛ سواء كانا عالمين بالفساد أو لا، وكذلك الأجرة التي يأخذها المؤجر في

(١٧) مرّ الكلام في المسألة الخامسة.

(١٨) فإنّ عمل الحرّ يصير بعد وقوع المعاملة عليه مملوكاً للغير، فيكون المورد من قبيل غصب المنفعة فقط.

(١٩) لقاعدة احترام عمل المسلم.

في الغصب في المقبوض بالعقد الفاسد

(٢٠) لقاعدة اليد، وقاعدة الإلتاف كما عرفت.

(٢١) لا من حيث الغصب؛ لعدم الاستيلاء، ولا من حيث إلتاف المال؛ لعدم كون عمل الحرّ مالاً قبل وقوع المعاوضة عليه.

(٢٢) لاستيلاء كلّ واحد على مال الغير بلا حقّ، فتشمله قاعدة اليد وإن لم يتحقّق عنوان الاعتداء في التلف والإلتاف، وقاعدة «من أتلف» في صورة الإلتاف، ولا فرق في ذلك بين علمهما بالفساد وعدمه، وتوهم كون الإقباض في صورة العلم تملكاً مجانياً وإسقاطاً لحرمة المال، فلا تشمله أدلّة الضمان فاسداً، فإنّ الفرض أنّ العمل معاوضي،

الإجارة الفاسدة، وكذا المهر الذي تأخذه المرأة في النكاح الفاسد، والجعل الذي يأخذه العامل في الجمالة الفاسدة. وأمّا المقبوض بالعقد الفاسد غير المعاوضي وأشباذه فليس فيه ضمان^(٢٣)، فلو قبض المتهب ما وهب له بالهبة الفاسدة ليس عليه ضمان. ويلحق بالنصب أيضاً المقبوض بالسوم، والمراد به ما يأخذه الشخص لينظر فيه، أو يضع عنده ليطلع على خصوصياته؛ لكي يشتريه إذا وافق نظره، فهو في ضمان أخذه^(٢٤)، فلو تلف عنده ضمنه. (مسألة ١٥): يجب ردّ المنصوب^(٢٥) إلى مالكه ما دام باقياً وإن كان في ردّه مؤونة^(٢٦)، بل وإن استلزم ردّه الضرر^(٢٧) عليه؛ حتى أنّه لو أدخل الخشبة المغصوبة في بناء، لزم

فالقابض مقدّم على الضمان. فالقواعد محكمة، وهذا هو المعنى بقولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»^١.

(٢٣) لقصد المالك التملك بلا عوض، والقابض يتملّك كذلك، فيخرج المورد عن أدلة الضمان، وهذا هو المراد بقولهم: «كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

(٢٤) لقاعدة «على اليد» بعد عدم وجود ما يخصّصها.

في وجوب ردّ المغصوب

(٢٥) للإجماع^٢ أو لكونه ضروريّ المذهب، ولما مرّ من قوله ﷺ: «كلّ مغصوب مردود»^٣.

(٢٦) لوجوب مقدّمة الواجب، وقد اشتهر أنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال.

(٢٧) لإطلاق أدلة الردّ. خاصّةً قوله ﷺ: «الحَجَرُ الفِصْبُ في الدارِ وهنَّ على خرابها»^٤، والضرر توجه إليه من قبل فعله المحرّم، فلا دليل رافع له.

١. راجع القواعد الفقهية للجنوري ٢: ١٠٦-١٢٨، القاعدة ١٨.

٢. راجع الدروس الشرعية ٣: ١٠٩، الدرس ٢١٩، الروضة البهية ٧: ٣٩، جواهر الكلام ٣٧: ٧٥.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب النصب، الباب ١، الحديث ٥.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب النصب، الباب ١، الحديث ٥.

عليه إخراجها وردّها لو أرادها المالك وإن أدّى إلى خراب البناء. وكذا إذا أدخل اللوح المصنوب في سفينة، يجب عليه نزعها وردّها، إلّا إذا خيف من قلعه الفرق، الموجب لهلاك نفس محترمة أو مال محترم لغير الغاصب الجاهل بالغصب، وإلا ففيه تفصيل^(٢٨). وهكذا الحال فيما إذا خاط ثوبه بخيوط مفسوبة، فإنّ للمالك إلزامه بردّها، ويجب عليه ذلك وإن أدّى إلى فساد ثوبه. وإن ورد نقص على الخشب أو اللوح أو الخيط بسبب إخراجها ونزعها، يجب على الغاصب تداركه^(٢٩)، هذا إذا بقي للمخرج والمنزوع قيمة بعد ذلك، وإلّا فالظاهر أنّه بحكم التالف فيلزم الغاصب بدفع البدل، وليس للمالك مطالبة العين.

(مسألة ١٦): لو مزج المصنوب بما يمكن تمييزه ولكن مع المشقة، كما إذا مزج الشمير المصنوب بالحنطة أو الدخن بالذرة يجب عليه أن يميّزه ويردّه.

(مسألة ١٧): يجب على الغاصب - مع ردّ العين - بدل ما كانت لها من المنفعة في تلك المدّة إن كانت لها منفعة؛ سواء استوفّاها، كالدار سكنها والدابة ركبها، أم لا وجعلها معطّلة.

(مسألة ١٨): لو كانت للعين منافع متعدّدة وكانت معطّلة فالمدار المنفعة المتعارفة^(٣٠)

(٢٨) فإنّ المورد يكون - حينئذ - من قبيل تعارض الضررين، فلو فرض تساويهما أو زيادة ضرر المالك، ألزم الغاصب بالردة، ولو فرض زيادة ضرر الغاصب، لم يجبر بالردّ، و ثبت عليه أجرة مثل الغصب للمالك إلى زمان رفع الاضطرار.

(٢٩) لقاعدة اليد والإتلاف، وقوله ﷺ في صحيح أبي ولّاد: «عليك قيمة ما بين الصّعة والعيب»^١.

(٣٠) للإجماع على عدم ضمانه جميع المنافع المتصورة، مع أنّه لم يكن المالك مالكاً لجميعها في عرض واحد، ولم يقدر الغاصب أيضاً على استيفاء الجميع، فتنصرف أدلّة الضمان إلى المتعارف، لا إلى الواحد على البدل؛ ليتكلم في أنّ تعيينه بيد

بالنسبة إلى تلك العين، ولا ينظر إلى مجرد قابليتها لبعض منافع أخرى، فمنفعة الدار - بحسب المتعارف - هي السكنى وإن كانت قابلة في نفسها بأن تجعل محرراً أو مسكناً لبعض الدواب وغير ذلك، ومنفعة بعض الدواب كالفرس - بحسب المتعارف - الركوب، ومنفعة بعضها الحمل؛ وإن كانت قابلة في نفسها لأن تستعمل في إدارة الرعى والدولاب أيضاً. فالمضمون في غصب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة إليها. ولو فرض تعدد المتعارف منها على نحو التبادل، كبعض الدواب التي تعارف استعمالها في الحمل والركوب معاً، فإن لم يتفاوت أجره تلك المنافع ضمن تلك الأجرة، وإن كانت أجرة بعضها أعلى ضمن الأعلى^(٣١)، فلو فرض أن أجرة الحمل في كل يوم درهمان وأجرة الركوب درهم، كان عليه درهمان، والظاهر أن الحكم كذلك مع الاستيفاء أيضاً، فمع تساوي المنافع في الأجرة كان عليه أجرة ما استوفاه، ومع التفاوت كان عليه أجرة الأعلى؛ سواء استوفى الأعلى أو الأدنى.

(مسألة ١٩): إن كان المصوب منه شخصاً، يجب الرد إليه أو إلى وكيله إن كان كاملاً، وإلى وليه إن كان قاصراً كما إذا كان صبيّاً أو مجنوناً، فلو رد في الثاني إلى نفس المالك لم يرتفع منه الضمان^(٣٢). وإن كان المصوب منه هو النوع، كما إذا كان المصوب وقفاً على الفقراء^(٣٣) وقف منفعة، فإن كان له متولّ خاص يرده إليه، وإلا فيرده إلى الولي العام، وهو الحاكم، وليس له أن يرده إلى بعض أفراد النوع؛ بأن يسلمه - في المثال المذكور - إلى أحد الفقراء. نعم، في مثل المساجد والشوارع والقناطر بل الرباطات إذا غصبها، يكفي في

المالك أو الغاصب.

(٣١) وعلته لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، أو لأن ذلك مقتضى قاعدة الاشتغال، إذ المنافع الفاتنة قيميات مختلفة في المالّية، والذمة تشتغل بنفسها على البذل دون قيمها، فيجب إبرؤها بأداء قيمة الأعلى، وكذا الكلام في ما إذا استوفى الأدنى.

(٣٢) لأنّ يده لا تحسب يداً عند الشرع، فكأنّه ألقاه في البحر وأتلفه.

(٣٣) هذا إذا لم يكن الغصب من أحدهم، وإلا فالظاهر كون الحكم كالغصب من الطلبة

الساكنين في المدرسة كما سيأتي.

رَدُّهَا رَفَعَ الْيَدَ عَنْهَا^(٣٤) وَإِقْبَازُهَا عَلَى حَالِهَا. بَلْ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ فِي الْمَدَارِسِ، فَإِذَا غَصَبَ مَدْرَسَةً يَكْفِي فِي رَدِّهَا رَفْعُ الْيَدِ عَنْهَا، وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الطَّلَبَةِ، وَالْأَحْوَاطُ الرَّدَّ إِلَى النَّاطِرِ الْخَاصِّ لَوْ كَانَ، وَإِلَّا فِإِلَى الْحَاكِمِ. هَذَا إِذَا غَصَبَهَا وَلَمْ يَكُنْ فِيهَا سَاكِنٌ، وَإِلَّا فَلَا يَبْعُدُ وَجُوبُ الرَّدِّ إِلَى الطَّلَبَةِ السَّاكِنِينَ فِيهَا حَالِ الْغَصَبِ؛ إِنْ لَمْ يَرْضَوْا عَنْ حَقِّهِمْ.

(مَسْأَلَةٌ ٢٠): إِذَا كَانَ الْمَنْصُوبُ وَالْمَالِكُ كِلَاهُمَا فِي بَلَدِ الْغَصَبِ فَلَا إِشْكَالَ. وَكَذَا إِنْ نَقَلَ الْمَالُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ وَكَانَ الْمَالِكُ فِي بَلَدِ الْغَصَبِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ^(٣٥) عَوْدُ الْمَالِ إِلَى ذَلِكَ الْبَلَدِ وَتَسْلِيمُهُ إِلَى الْمَالِكِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَالِكُ فِي غَيْرِ بَلَدِ الْغَصَبِ فَإِنْ كَانَ فِي بَلَدِ الْمَالِ فَلَهُ الْإِزَامَةُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا بِتَسْلِيمِهِ لَهُ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَإِمَّا بِنَقْلِهِ إِلَى بَلَدِ الْغَصَبِ. وَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ آخَرَ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ لَهُ الْإِزَامَةَ بِنَقْلِ الْمَالِ إِلَى بَلَدِ الْغَصَبِ. وَهَلْ لَهُ الْإِزَامَةُ بِنَقْلِ الْمَالِ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ الْمَالِكُ؟ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ^(٣٦).

(مَسْأَلَةٌ ٢١): لَوْ حَدَّثَ فِي الْمَنْصُوبِ نَقْصٌ وَعَيْبٌ وَجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ أَرْشُ النِّقْصَانِ^(٣٧) - وَهُوَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ قِيَمَتِهِ صَحِيحاً وَقِيَمَتِهِ مَعْيَباً - وَرَدَّ الْمَعْيُوبَ^(٣٨) إِلَى مَالِكِهِ،

(٣٤) لِأَنَّهُ لَا مَالَكَ لَهَا عَلَى الْفَرْضِ حَتَّى تَوْدِّيَ إِلَيْهِ، فَلَا رَدَّ لَهَا إِلَّا بِنَحْوِ رَفْعِ الْيَدِ عَنْهَا.

(٣٥) كُلُّ ذَلِكَ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْخَامِسَةِ عَشَرَ.

(٣٦) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ الْإِزَامَةَ لِلْغَاصِبِ زَائِدَةً عَلَى الرَّدِّ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ. لَكِنْ الظَّاهِرُ التَّفْصِيلُ بَيْنَ كَوْنِ الرَّدِّ إِلَى الْمَالِكِ أَقْلَ عَمَلًا وَنَفَقَةً مِنَ الرَّدِّ إِلَى مَحَلِّ الْغَصَبِ، أَوْ مَسَاوِيًّا لَهُ فِيهِمَا بِالْقَوْلِ بِجَوَازِ الْإِزَامَةِ وَبَيْنَ كَوْنِهِ أَكْثَرَ بِالْقَوْلِ بَعْدَهُ.

(٣٧) لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَاعِدَةِ الْيَدِ وَالْإِتْلَافِ، وَخُصُوصَ قَوْلِهِ لَا يَرُدُّ فِي صَحِيحَةِ أَبِي وَلَادَ:

«عَلَيْكَ قِيَمَةُ مَا بَيْنَ الصَّحَةِ وَالْعَيْبِ»^١.

(٣٨) أَيُّ حَتَّى لَوْ سَقَطَ بِذَلِكَ الْعَيْبُ عَنِ الْمَالِيَّةِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَكَانَ الْأَرْشُ مُسْتَوْعِباً، فَإِنَّهُ

حِينَئِذٍ مَلِكٌ لَهُ، وَالْقِيَمَةُ بَدْلٌ عَنِ الْمَالِيَّةِ.

وليس للمالك إلزامه بأخذ المعيوب ودفع تمام القيمة، ولا فرق على الظاهر بين ما كان العيب مستقرّاً وبين ما كان ممّا يسري ويزيد شيئاً فشيئاً حتّى يتلف المال ^(٣٩) بالمرّة.

(مسألة ٢٢): لو كان المنصوب باقياً لكن نزلت قيمته السوقية رده، ولم يضمن نقصان القيمة ^(٤٠) ما لم يكن ذلك بسبب نقصان في العين.

في تعذر المثل في المثلي

(مسألة ٢٣): لو تلف المنصوب أو ما يحكمه - كالمقبوض بالعقد الفاسد والمقبوض بالسوم - قبل رده إلى المالك، ضمنه بمثله ^(٤١) إن كان مثلياً وبقيته إن كان قيمياً. وتعيين المثلي والقيمي موكول إلى العرف. والظاهر أنّ المصنوعات بالمكائن في هذا العصر مثليات أو بحكمها، كما أنّ الحبوب والأدهان ومقايير الأدوية ونحوها مثليات، وأنواع الحيوان وكذا الجواهر ونحوها قيميّات.

(مسألة ٢٤): إنّما يكون مثل الحنطة مثلياً إذا لوحظ أشخاص كلّ صنف منها على حدة ^(٤٢)، ولم يلاحظ أشخاص صنف مع أشخاص صنف آخر منها مبين له في كثير من

(٣٩) فلو تلف بعد أخذ الأرض بذلك العيب، جاز له أخذ بدل التالف مع استثناء مقدار الأرض المأخوذ.

(٤٠) إذ هي أمرٌ يُنتزع من رغبات الناس، فلا يدخل تحت قاعدة اليد، مضافاً إلى نفس العين.

في تعذر المثل في المثلي

(٤١) لأنّ مقتضى أدلة الضمان بعد تعذر ردّ العين بالتلف لزوم ردّ ما هو الأقرب إلى التالف في الحقيقة والمالّة كما في المثليات، ومع عدم إمكان ذلك فردّ الأقرب إليه من حيث المالّة كما في القيميّات، وحيث إنّ لم يتعرّض لتعيينها في الأدلة، علم كونه موكولاً إلى العرف.

(٤٢) لأنّ ذلك مقتضى لحاظ الأقربيّة من الجهتين المذكورتين.

الصفات والخصوصيات، فإذا تلف عنده مقدار من صنف خاص من الحنطة، يجب عليه دفع ذلك المقدار من ذلك الصنف لا صنف آخر. نعم، التفاوت الذي بين أشخاص ذلك الصنف لا ينظر إليه. وكذلك الأرز، فإن فيه أصنافاً متفاوتة جداً، فأين العنبر من الحويزاوي أو غيره؟ فإذا تلف عنده مقدار من العنبر يجب عليه دفع ذلك المقدار منه لا من غيره. وكذلك الحال في التمر وأصنافه والأدهان وغير ذلك مما لا يحصى.

(مسألة ٢٥): لو تعدّر المثل في المثلي ضمن قيمته، وإن تفاوتت القيمة وزادت ونقصت بحسب الأزمنة؛ بأن كان له حين الغصب قيمة، وفي وقت تلف العين قيمة، ويوم التعدّر قيمة، واليوم الذي يدفع القيمة إلى المغصوب منه قيمة، فالمدار هو الأخير^(٤٣)، فيجب عليه دفع تلك القيمة، فلو غصب ممّا من الحنطة كان قيمتها درهمين، فألتفها في زمان كانت الحنطة موجودة وكانت قيمتها ثلاثة دراهم، ثم تعدّرت وكانت قيمتها أربعة دراهم، ثم مضى زمان وأراد أن يدفع القيمة من جهة تفرغ ذمته وكانت قيمة الحنطة في ذلك الزمان خمسة دراهم، يجب دفع هذه القيمة.

(مسألة ٢٦): يكفي في التعدّر الذي يجب معه دفع القيمة لفقدانه في البلد^(٤٤) وما حوله ممّا ينقل منه إليه عادة.

(مسألة ٢٧): لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، وجب عليه الشراء^(٤٥) ودفعه إلى

(٤٣) فإنّ الثابت في الذمة المستمرّ إلى زمان الأداء هو المثل، واختلاف رغبات الناس فيه في الأزمنة المختلفة لا يوجب شيئاً، فإذا أراد التأدية ولم يجد المثل، كان الظاهر عند العرف ملاحظة قيمة ذلك الوقت.

(٤٤) إذ المراد بالتعدّر التعذّر عند العرف، لا التعذّر عقلاً.

(٤٥) لإطلاق وجوب الردّ، مع أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، ولا تجري هنا قاعدة الضرر؛ لأنّ مبني الضمان على تخصيص تلك القاعدة، نعم لو بلغ إلى حدّ الحرج، كان منقياً بقاعدته؛ لعدم المخصّص له هنا.

المالك ما لم يؤد إلى الحرج.

(مسألة ٢٨): لو وجد المثل ولكن تنزلت قيمته لم يكن على الغاصب إلا إعطاؤه، وليس للمالك مطالبته بالقيمة ولا بالتفاوت، فلو غصب مناً من الحنطة^(٤٦) في زمان كانت قيمتها عشرة دراهم، وأتلفها ولم يدفع مثلها - قصوراً أو تقصيراً - إلى زمان قد تنزلت قيمتها وصارت خمسة دراهم، لم يكن عليه إلا إعطاء من من الحنطة، ولم يكن للمالك مطالبة القيمة ولا مطالبة خمسة دراهم مع من من الحنطة، بل ليس له الامتناع عن الأخذ فعلاً؛ وإبقاؤها في ذمة الغاصب إلى أن تترقى القيمة؛ إذا كان الغاصب يريد الأداء وتفرغ ذمته فعلاً.

(مسألة ٢٩): لو سقط المثل عن المالبة بالمرة من جهة الزمان أو المكان، فالظاهر أنه ليس للغاصب إلزام المالك بأخذ المثل، ولا يكفي دفعه^(٤٧) في ذلك الزمان أو المكان في ارتفاع الضمان لو لم يرض به المالك، فلو غصب ثلجاً في الصيف وأتلفه، وأراد أن يدفع إلى المالك مثله في الشتاء، أو قربة ماء في مفازة فأراد أن يدفع إليه قربة ماء عند الشط، ليس له ذلك، وللمالك الامتناع، فله أن يصبر ويتنظر زماناً أو مكاناً آخر فيطالبها بالمثل الذي له القيمة، وله أن يطالب الغاصب بالقيمة فعلاً كما في صورة تعذر المثل، وحينئذ فهل يراعى^(٤٨) قيمته في زمان الغصب ومكانه؟ المسألة مشككة، فالأحوط التخلّص بالتصالح.

(٤٦) لآته المغصوب الذي يجب ردّه، وأمّا القيمة المنتزعة عن الرغبات، فلا أثر لها مع ردّها وما وجب ردّه.

(٤٧) إذ هو حينئذ يحكم المثلي المتعذر مثله، فللمالك مطالبة القيمة.

(٤٨) أو يراعى أعلى قيمة يفرض له من حيث الزمان والمكان، أو يراعى آخر مكان أو زمان سقط فيه عن المالّة.

(مسألة ٣٠): لو تلف المصسوب وكان قيمياً كالدواب والثياب ضمن قيمته، فإن لم يتفاوت قيمته في الزمان الذي غصبه مع قيمته في زمان تلفه، فلا إشكال، وإن تفاوتت - بأن كانت قيمته يوم الغصب أزيد من قيمته يوم التلف أو العكس - فهل يراعى الأول أو الثاني؟ فيه قولان مشهوران^(٤٩)، وهنا وجه آخر، وهو مراعاة قيمة يوم الدفع - والأحوط التراضي فيما به التفاوت بين يوم الغصب إلى يوم الدفع. هذا إذا كان تفاوت القيمة من جهة السوق وتفاوت رغبة الناس. وأما إن كان من جهة زيادة ونقصان في العين، كالسمن والهزال، فلا إشكال في أنه يراعى أعلى القيم وأحسن^(٥٠) الأحوال، بل لو فرض أنه لم يتفاوت قيمة

في الغصب: في القيمي

(٤٩) أما لزوم قيمة يوم الغصب فإنه يوم حدوث الضمان بالغصب، فتشتغل الذمة بقيمة ذلك اليوم، وأما يوم التلف فإنه يوم الانتقال إلى البدل، وكان الواجب قبله رد العين، وهذا هو الأوجه بالنظر إلى الأخبار، كخبر عبد الرحمن في عتق بعض الوزنة نصيبه من العبد الموروث: «يؤخذ بما بقي منه بقيمة يوم أعتق»^١.

و خبر محمد بن قيس في نظير تلك المسألة: «يقوم قيمة يوم حرر الأول»^٢. وأما قوله ﷺ في صحيحة أبي ولاد: «نعم قيمة بغل يوم خالفته»^٣، فالمعنى: يلزم الفاصب قيمة البغل من يوم المخالفة، فلا تعرض فيها لمقدار القيمة. وأما مراعاة يوم الدفع فلقوة احتمال بقاء نفس العين في الذمة في نظر العرف إلى زمان الدفع، وهو يوم إسقاط ما في الذمة بإعطاء البدل، فيراعى قيمة ذلك اليوم.

(٥٠) إذ السمن كالجزة المستقل، والهزال كتلفه، فيجب إعطاء بدله مع رد العين، ومثله الفرض بعده.

١. وسائل الشيعة ١٦: ٢٢، كتاب العتق، الباب ١٨، الحديث ٦.

٢. وسائل الشيعة ٢٣: ٣٧، كتاب العتق، الباب ١٨، الحديث ٤.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١١٩، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ١.

زمانى الغصب والتلف من هذه الجهة، لكن حصل فيه ارتفاع بين الزمانين ثم زال، ضمن ارتفاع قيمته الحاصل في تلك الحال، مثل ما لو كان الحيوان هازلاً حين الغصب، ثم سمن، ثم عاد إلى الهزال وتلف، فإنه يضمن قيمته حال سمنه.

(مسألة ٣١): لو اختلفت القيمة باختلاف المكان - كما إذا كان المقتصوب في بلد الغصب بعشرة، وفي بلد التلف بعشرين، وفي بلد الأداء بثلاثين - فلا يترك الاحتياط^(٥١) المتقدم في المسألة السابقة.

(مسألة ٣٢): كما أنه عند تلف المقتصوب، يجب على الغاصب دفع بدله إلى المالك مثلاً أو قيمة، كذلك فيما إذا تعدّر على الغاصب عادة^(٥٢) تسليمه، كما إذا سرق أو دُفِن في مكان لا يقدر على إخراجه، أو أبق العبد أو شردت الدابة ونحو ذلك، فإنه يجب عليه إعطاء مثله أو قيمته ما دام كذلك، ويسمى ذلك البدل بدل الحيلولة، ويملك المالك البدل مع بقاء المقتصوب^(٥٣) في ملكه، وإذا أمكن تسليم المقتصوب وردّه يسترجع البدل.

(٥١) والأوجه حينئذ مراعاة بلد التلف.

(٥٢) لصدق التلف عرفاً، فتشمله قاعدة البدل، ولدلالة الأخبار على الضمان بالأموال المذكورة، كقوله ﷺ في ودیعة وضعها الودعی فی غیر محلّها فضاغت: «هو ضامن إن شاء الله»^١.

وقوله ﷺ في العاریة: «لا غرم على مستعير إذا هلك، أو سرق، أو ضاعت عارية إذا كان المستعير مأموناً»^٢.

ولأن فيه جمعاً بين الحقیین بعدم تكلیف الغاصب بما لا يطيق، وبتسلط المالك على ماله في الجملة.

(٥٣) لأن البدل عوض عن السلطنة والمنافع الفائتة، لا أصل العين، ومع الشك فالاستصحاب محکم.

١. وسائل الشیعة ١٩: ٨١، كتاب الودیعة، الباب ٥، الحديث ١.

٢. وسائل الشیعة ١٩: ٩٤، كتاب الودیعة، الباب ١، الحديث ١٠.

(مسألة ٣٣): لو كان للبدل نماء ومنافع في تلك المدة كان للمغضوب منه ^(٥٤)، نعم، نماؤه المتصل كالسمن يتبع العين، فإذا استرجعها الغاصب استرجعها بنماؤها. وأما المبدل فلما كان باقياً على ملك مالكه فتماؤه ومنافعه له، لكن الغاصب لا يضمن منافعه الغير المستوفاة في تلك المدة على الأقوى.

(مسألة ٣٤): القيمة التي يضمنها الغاصب في القيميات وفي المثليات عند تعذر المثل، هو نقد البلد ^(٥٥)؛ من الذهب والفضة المضروبين بسكة المعاملة وغيرهما مما هو نقد البلد كالأوراق النقدية، وهذا هو الذي يستحقه المغضوب منه، كما هو كذلك في جميع الغرامات والضمانات، فليس للضامن دفع غيره إلا بالتراضي بعد مراعاة قيمة ما يدفعه مقيساً إلى نقد البلد.

(مسألة ٣٥): الظاهر أن الفلزات والمعادن المنطبعة - كالحديد والرصاص والنحاس - كلها مثلية حتى الذهب والفضة مضروبين أو غير مضروبين، وحينئذ تضمن جميعها بالمثل، وعند التعذر تضمن بالقيمة كسائر المثليات المتمتذ المثل. نعم، في خصوص الذهب والفضة تفصيل: وهو أنه إذا قوم بغير الجنس، كما إذا قوم الذهب بالدرهم، أو قوم الفضة بالدينار، فلا إشكال، وأما إذا قوم بالجنس؛ بأن قوم الفضة بالدرهم أو قوم الذهب بالدينار، فإن تساوى القيمة والمقوم وزناً - كما إذا كانت الفضة المضمونة المقومة عشرة مثاقيل، فقومت بثمانية دراهم وكان وزنها أيضاً عشرة مثاقيل - فلا إشكال أيضاً، وإن كان بينهما التفاوت - بأن كانت الفضة المقومة عشرة مثاقيل مثلاً، وقد قومت بثمانية دراهم وزنها ثمانية مثاقيل - فيشكل دفعها غرامة عن الفضة؛ لاحتمال كونه داخلًا في الربا ^(٥٦) فيحرم،

(٥٤) لأنه مقتضى البدلية، ولأجلها أيضاً لا يضمن الغاصب منافع المبدل.

(٥٥) لانصراف إطلاقات الضمان في بعض الأخبار والقيمة في بعضها الآخر إليه، و كونه ملاكاً لتشخيص مائة الشيء عند العرف.

(٥٦) بناءً على أن قوله تعالى: «وَحَرَّمَ الرِّبَا» يشمل الزيادة مطلقاً، سواء كان في البيع

كما أفتى به جماعة، فالأحوط أن يقوم بغير الجنس؛ بأن يقوم الفضة بالدينار والذهب بالدرهم؛ حتى يسلم من شبهة الربا.

(مسألة ٣٦): لو تعاقبت الأيادي الغاصبة على عين ثم تلفت؛ بأن غصبها شخص من مالها، ثم غصبها من الغاصب شخص آخر، ثم غصبها من الثاني شخص ثالث وهكذا، ثم تلفت ضمن الجميع، فللمالك أن يرجع^(٥٧) ببدل ماله من المثل أو القيمة على كل واحد منهم، وعلى أكثر من واحد بالتوزيع متساوياً أو متفاوتاً، حتى أنه لو كانوا عشرة - مثلاً - له أن يرجع على الجميع، ويأخذ من كل منهم عشر ما يستحقه من البدل، وله أن يأخذ من واحد منهم النصف، والباقي من الباقين بالتوزيع متساوياً أو بالتفاوت. هذا حكم المالك معهم. وأما حكم بعضهم مع بعض، فعلى الغاصب الأخير^(٥٨) الذي تلف المال عنده قرار الضمان؛ بمعنى أنه لو رجع عليه المالك وغرمه لم يرجع هو على غيره بما غرمه، بخلاف غيره من الأيادي السابقة، فإن المالك لو رجع على واحد منهم، فله أن يرجع على الأخير الذي تلف المال عنده، كما أن لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا إلى أن يستتهي إلى الأخير.

أو سائر المعاوضات المالية، أو ما يكون شبه معاوضة، كما في ما نحن فيه، وقد مر الكلام في باب الربا.

(٥٧) لأن مقتضى قاعدة اليد ضمان كل واحد من الأشخاص بتمام العين، فصاحب المال مالك لجميع الأعواض الثابتة في الذمم، لكن على البدل؛ للقطع بعدم مالكيته لأزيد من بدل واحد، فله مطالبة كل واحد بما في ذمته كلأً أو بعضاً، ولازم ذلك سقوط العوض عن الباقين بتأدية واحد منهم.

(٥٨) قيل في دليل الحكم وجوه، أجودها أن غير الأخير لما أدى قيمة العين مع عدم تلفها عنده، فكأنه ملك العين من مالها بالمعاوضة القهرية، فصار كالمالك في رجوعه إلى كل من وقعت العين بيده، وهذا الحكم جار في ما إذا رجع هذا الغارم إلى غير من تلفت العين عنده، فيكون معاملة ذلك الغير مع من تلفت عنده كمعاملة المالك مع الغارم الأول.

(مسألة ٣٧): لو غصب شيئاً مثلياً فيه صنعة محلّلة = كالحلي من الذهب والفضة وكالآنية من النحاس وشبهه - فتلّف عنده أو أتلفه، ضمن مادّة^(٥٩) بالمثل وصنّعته بالقيمة، فلو غصب قرطاً من ذهب كان وزنه مثقالين، وقيمة صنّعته وصياغته عشرة دراهم، ضمن مثقالين من ذهب بدل مادّته وعشرة دراهم قيمة صنّعته. ويحتمل قريباً^(٦٠) صيرورته بعد الصياغة وبعد ما عرض عليه الصنعة قيمياً، ليقوم القرط - مثلاً - بمادّته وصنّعته، ويعطى قيمته السوقية والأحوط التصالح. وأمّا احتمال^(٦١) كون المصنوع مثلياً مع صنّعته فبعيد جداً. نعم، لا يبعد ذلك بل قريب جداً في المصنوعات التي لها أمثال متقاربة، كالمصنوعات بالمكائن والمعامل المعمولة في هذه الأعصار؛ من أنواع الظروف والأدوات والأنواب وغيرها، فتضمن كلّها بالمثل مع مراعاة صنّفها.

(مسألة ٣٨): لو غصب المصنوع وتلفت عنه الهيئة والصنعة فقط دون المادّة، ردّ العين وعليه قيمة الصنعة^(٦٢)، وليس للمالك إلزامه بإعادة الصنعة، كما أنّه ليس عليه القبول لو بذله الغاصب وقال: إنّي أصنّعه كما كان سابقاً.

(مسألة ٣٩): لو كانت في المغمصوب المثلي صنعة محرّمة غير محترمة - كما في آلات القمار والملاهي ونحوها - لم يضمن^(٦٣) الصنعة؛ سواء أتلفها خاصّة أو مع ذبيها، فيردّ

(٥٩) في المسألة أقوال ثلاثة، هذا أحدها؛ فإنّ المورد من قبيل ما هو مثليّ الأصل قيّميّ الصنعة، وهما أمران متباينان، فأخذ المثل في مقابل المادّة وشيء آخر في مقابل الهيئة لا يستلزم الربا؛ لكونهما معاوضتين، ويشهد بذلك المسألة التالية.

(٦٠) هذا هو ثاني القولين؛ لأنّ المركّب من المادّة والهيئة شيء واحد قيّميّ عند العرف.

(٦١) هذا قول ثالث، والاستبعاد صحيح في ما لو اختلفت الصنعة اختلافاً فاحشاً.

(٦٢) لكونها من القيميّات، كما مرّ قوله: «و ليس للمالك»؛ إذ ليس للمالك القيّميّ إلزام

المتلف بردّ المثل، كما أنّه لا يجب عليه قبوله.

(٦٣) إذ لا ماليّة لها عند الشارع.

المادة لو بقيت وعوضها لو تلفت، وليس عليه شيء لأجل الهيئة والصنعة.

(مسألة ٤٠): إن تعيب^(٦٤) المنصوب في يد الغاصب كان عليه أرش النقصان، ولا فرق في ذلك بين الحيوان وغير الحيوان. نعم، اختص العبيد والإماء ببعض الأحكام وتفصيل لا يسمها المقام.

(مسألة ٤١): لو غصب شيئين تنقص قيمة كل واحد منهما منفرداً عنها فيما إذا كانا مجتمعين - كمصراحي الباب والخفين - لتلف أحدهما أو أتلفه ضمن قيمة التالف^(٦٥) مجتمعاً، ورد الباقي مع ما نقص من قيمته بسبب انفراده، فلو غصب خفين كان قيمتهما مجتمعين عشرة، وكان قيمة كل منهما منفرداً ثلاثة، فتلف أحدهما عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهي خمسة، ورد الآخر مع ما ورد عليه من النقص بسبب انفراده وهو اثنان، فيعطي للمالك سبعة مع أحد الخفين، ولو غصب أحدهما وتلف عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً، وهي خمسة في الفرض المذكور، وهل يضمن النقص الوارد على الثاني، وهو اثنان حتى تكون عليه سبعة، أم لا؟ فيه وجهان بل قولان، لا يخلو أولهما من رجحان.

(مسألة ٤٢): لو زادت بفعل الغاصب زيادة في العين المنصوبة، فهي على أقسام ثلاثة: أحدها: أن تكون أثراً محضاً، كخياطة الثوب بخيوط المالك وغزل القطن ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة الفضّة ونحو ذلك. ثانيها: أن تكون عينية محضة، كغرس الأشجار والبناء في الأرض البسيطة ونحو ذلك. ثالثها: أن تكون أثراً مشوياً بالعينية كصبيغ الثوب ونحوه.

(مسألة ٤٣): لو زادت في العين المنصوبة ما يكون أثراً محضاً ردها كما هي^(٦٦).

(٦٤) هذا كالتكرار للمسألة الحادية والعشرين.

(٦٥) لأنه أتلف من المالك شيئين: أحد العدلين وقيمته في الفرض ثلاثة، والهيئة المتقومة بهما جميعاً وقيمتها أربعة، ف يأخذ سبعة، والظاهر أنه لا فرق بينه وبين الفرع بعده.

(٦٦) لصيرورتها ملكاً للمالك تبعاً للأصل، ولا حرمة لعمل صانعها، ومن هنا يظهر أنه لو أتلفها قبل الرد، ضمن: لشمول قاعدة الهد لها.

ولا شيء له لأجل تلك الزيادة، ولا من جهة أجرة العمل، وليس له إزالة الأثر وإعادة العين إلى ما كانت بدون إذن المالك؛ حيث إنّه تصرف في مال الغير بدون إذنه، بل لو أزاله بدون إذنه ضمن قيمته للمالك وإن لم يرد نقص على العين، وللمالك إلزامه بإزالة الأثر وإعادة الحالة الأولى للعين؛ إذا كان فيه غرض عقلائي، ولا يضمن الغاصب حينئذٍ قيمة الصنعة. نعم، لو ورد نقص على العين ضمن أرش النقصان^(٦٧).

(مسألة ٤٤): لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها فالزروع أو الغرس ونماؤهما للغاصب^(٦٨)، وعليه أجرة الأرض ما دامت مزروعة أو مغروسة، ويلزم عليه إزالة غرسه^(٦٩) وزرعه وإن تضرر بذلك، وعليه أيضاً^(٧٠) طمّ الحفر وأرض النقصان إن نقصت الأرض بالزروع والقلع، إلّا أن يرضى المالك بالبقاء مجتأناً أو بالأجرة، ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس أو الزرع لم يجب على الغاصب إجابته، وكذا لو بذل الغاصب أجرة الأرض أو قيمتها، لم يجب على صاحب الأرض قبوله. ولو حفر الغاصب في الأرض بترأ كان عليه طمّها^(٧١) مع طلب المالك، وليس له طمّها مع عدم الطلب، فضلاً عما لو منعه، ولو بنى في الأرض المغصوبة بناءً فهو كما لو غرس فيها، فيكون البناء للغاصب إن كان أجزاءه له، وللمالك إلزامه بالقلع، فحكمه حكم الغرس في جميع ما ذكر.

(مسألة ٤٥): لو غرس أو بنى في أرض غصبها، وكان الغراس وأجزاء البناء لصاحب الأرض، كان الكلّ له^(٧٢)، وليس للغاصب قلعها أو مطالبة الأجرة، وللمالك إلزامه بالقلع

(٦٧) لأنّه وقع بمباشرة، ويرجع إليه بالتسبب النهائي أيضاً.

(٦٨) لفرض كون البذر والغراس له، والنماء تابع.

(٦٩) لوضوح عدم حقّ له في الإبقاء، وقاعدة الضرر لا تجري في من تسبّب إليه بنفسه، مع أنّها معارضة بضرر مالك الأرض.

(٧٠) لقاعدة اليد والإتلاف.

(٧١) لأنّه تصرف آخر يحتاج إلى الإذن.

(٧٢) لعدم حرمة لعمل الغاصب حتّى يستحقّ شيئاً، وإلزام المالك بالقلع من شؤون سلطنته على ماله وضمنان الأرض لقاعدة الإتلاف.

والهدم إن كان له غرض عقلاني في ذلك، وعلى الغاصب أورش نقص الأرض وطم حفرها.

في صبغ المغصوب

(مسألة ٤٦): لو غصب ثوباً وصبغه بصبغه، فإن أمكن إزالته مع بقاء ماله له كان له ذلك^(٧٣)، وليس لمالك الثوب منعه، كما أن للمالك إلزامه به. ولو ورد نقص على الثوب بسبب إزالة صبغه ضمنه الغاصب، ولو طلب مالك الثوب من الغاصب أن يملكه الصبغ بقيمته لم يجب عليه إجابته، كالعكس؛ بأن يطلب الغاصب منه أن يملكه الثوب. هذا إذا أمكن إزالة الصبغ. وأما إذا لم يمكن الإزالة، أو تراضيا على بقاءه، وكان للصبغ عين متمولة، اشتركا في قيمة الثوب^(٧٤) المصبوغ بالنسبة، فلو كانت قيمة الثوب قبل الصبغ تساوي قيمة الصبغ، كانت بينهما نصفين، وإن تفاوتت كان التفاوت لصاحب الثوب^(٧٥) أو الصبغ. هذا إذا بقيت قيمتهما على ما هما عليها إلى ما بعد الصبغ، وإلا فإن زادت قيمة الثوب ونقصت قيمة الصبغ لأجله فالزيادة لصاحب الثوب، ولو انعكس ضمن الغاصب أورش نقص الثوب، ولو زادت قيمة الثوب بالصبغ، وبقيت قيمة الصبغ على ما هو عليه، كانت الزيادة لصاحب الثوب، ولو انعكس فالزيادة للغاصب.

(مسألة ٤٧): لو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب، وكانت للصبغ بعده عين متمولة، بقيت كل منهما في ملك صاحبه، وحصلت الشركة - لو بيعا - بين صاحبيهما بنسبة قيمتهما، ولا غرامة على الغاصب إن لم يرد نقص عليهما، وإن ورد ضمنه لمن ورد عليه.

(مسألة ٤٨): لو مزج الغاصب المغصوب بغيره، أو امتزج في يده بغير اختياره مزجاً واقعاً للتمييز بينهما، فإن كان بجنسه وكانا متماثلين - ليس أحدهما أجود من الآخر أو

في صبغ المغصوب

(٧٣) إذ الصبغ - حينئذٍ - كالزرع و الفرس، وقد مر حكمهما.

(٧٤) فيكون المورد نظير مزج الحنطة بالحنطة أو الدهن بالدهن.

(٧٥) وليس لصاحب الصبغ مطالبة بشيء.

أردأ - تشار كافي المجموع بنسبة ماليهما، وليس على الفاصب غرامة بالمثل أو القيمة، بل الذي عليه تسليم المال والإقدام على الإفراز والتقسيم بنسبة المالكين، أو البيع وأخذ كل واحد منهما حصته من الثمن كسائر الأموال المشتركة. وإن خلط المفصوب بما هو أجود أو أردأ منه، تشاركا أيضاً بنسبة المالكين إلا أن التقسيم وتوزيع الثمن بينهما بنسبة القيمة، فلو خلط متاً من زيت قيمته خمسة بعم من قيمته عشرة، كان لكل منهما نصف المجموع، لكن إذا بنيا على القسمة يجعل ثلاثة أسهم، ويعطى لصاحب الأول سهم ولصاحب الثاني سهمان، وإذا باعاه يقسم الثمن بينهما أثلاثاً، والأحوط في مثل ذلك - أعني اختلاط مختلفي القيمة من جنس واحد - البيع وتوزيع الثمن بنسبة القيمة، لا التقسيم بالتفاضل بنسبتها من جهة شبهة لزوم الربا^(٧٦) في الثاني كما قال به جماعة. هذا إذا مزج المفصوب بجنسه. وأما إذا اختلط بغير جنسه فإن كان فيما يعدّ معه تالفاً - كما إذا اختلط ماء الورد المفصوب بالزيت - ضمن المثل، وإن لم يكن كذلك - كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو خلط الخل بالمسل - فالظاهر أنه بحكم الخلط بالأجود أو الأردأ من جنس واحد، فيشتركان في العين بنسبة المالكين، ويقسمان العين^(٧٧) ويوزعان الثمن بينهما بنسبة القيمتين كما مرّ.

(مسألة ٤٩): لو خلط المفصوب بالأجود أو الأردأ، وصار قيمة المجموع المخلوط أنقص من قيمة الخليطين منفردين، فورد بذلك النقص المالي على المفصوب ضمنه الفاصب، كما لو فصب متاً من زيت جيد قيمته عشرة، وخلطه بعم من رديء قيمته خمسة، وبسبب الاختلاط يكون قيمة المتين اثني عشر، فصار حصة المفصوب منه من الثمن بعد التوزيع ثمانية، والحال أن زيت غير مخلوط كان يسوى عشرة، فورد النقص عليه باثنين،

(٧٦) فإنه قد انتقل في الفرض ثلث من من الأجود إلى صاحب الأردأ في مقابل انتقال ثلثي من من الأردأ إلى صاحب الأجود، فالقسمة ربوية محرمة بناءً على جريان الربا فيها.

(٧٧) ولا يلزم هنا شبهة الربا أي نحو قسما.

وهذا النقص يقرمه الغاصب^(٧٨). وإن شئت قلت: يستوفي المالك قيمة ماله غير مغلول من الثمن، وما بقي يكون للغاصب.

(مسألة ٥٠): فوائد المغصوب مملوكة للمغصوب منه^(٧٩) وإن تجددت بعد الغصب، وهي كلها مضمونة على الغاصب^(٨٠)؛ أعياناً كانت كالبلين والولد والشعر والتمر، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة، بل كل صفة زادت بها قيمة المغصوب لو وجدت في زمان الغصب، ثم زالت وتنقصت بزوالها قيمته. ضمنها الغاصب وإن رد العين كما كانت قبل الغصب، فلو غصب دابة هازلة، ثم سمت فزادت قيمتها بسبب ذلك، ثم هزلت، ضمن الغاصب تلك الزيادة^(٨١) التي حصلت ثم زالت. نعم، لو زادت القيمة لزيادة صفة، ثم زالت تلك الصفة ثم عادت الصفة بعينها، لم يضمن قيمة الزيادة الثالثة؛ لانتجبارها بالزيادة العائدة، كما إذا سمت الدابة في يده فزادت قيمتها ثم هزلت ثم سمت، فبأنه لا يضمن الزيادة الحاصلة بالسمن الأول، إلا إذا نقصت الزيادة الثانية عن الأولى؛ بأن كانت الزيادة الحاصلة بالسمن الأول درهمين والحاصلة بالثاني درهماً مثلاً، فيضمن التفاوت.

(مسألة ٥١): لو حصلت فيه صفة فزادت قيمته، ثم زالت فنقصت، ثم حصلت فيه صفة أخرى زادت بها قيمته، لم يزل ضمان^(٨٢) زيادة الأولى، ولم ينجر نقصانها بالزيادة الثانية، كما إذا سمت الدابة المغصوبة، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم ارتاضت فزادت قيمتها بقدر زيادة الأولى أو أزيد، لم يزل ضمان الغاصب للزيادة الأولى.

(٧٨) ولو بنى على قسمة العين، أخذ المغصوب منه مقدراً منها يجبر به نقص القيمة، لكنه لا يجبر أحدهما على هذه القسمة؛ لأنّ ضمان النقص يكون بالقيمة.

(٧٩) ضرورة تبعية النماء للأصل في الملكية.

(٨٠) كل ذلك لقاعدة اليد والائتلاف.

(٨١) قد مرّ هذا الفرع في المسألة الثلاثين.

(٨٢) لحصول الضمان بالنقص فيستصحب، والكمال الحاصل أمر آخر لا يعدّ إعادة لما

(مسألة ٥٢): إذا غصب حباً فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه تحت دجاجته - مثلاً - كان الزرع والفرخ للمنصوب منه^(٨٣). وكذا لو غصب خمرأ فصارت خلأ، أو غصب عصيراً فصار خمرأ عنده، ثم صارت خلأ، فإنه ملك للمغصوب منه لا الغاصب. وأما لو غصب فحلاً فأنزاه عن الأنثى وأولدها، كان الولد لصاحب الأنثى^(٨٤) وإن كان هو الغاصب، وعليه أجرة الضراب.

(مسألة ٥٣): جميع ما مر من الضمان وكيفيته وأحكامه وتفصيله، جارية في كل يد جارية على مال الغير بغير حق؛ وإن لم تكن عادية وغاصبة وظالمة، إلا في موارد الأمانات^(٨٥)؛ مالكية كانت أو شرعية، كما عرفت التفصيل في كتاب الوديعة، فتجري في جميع ما يقبض بالمعاملات الفاسدة، وما وضع اليد عليه بسبب الجهل والاشتباه، كما إذا لبس مداس غيره أو

(٨٣) على المشهور، بل ادّعي عليه الإجماع؛^١ لعدّ الزرع والفرخ عند العرف من مراحل بقاء الحبّ والبيض ومراتب كمالهما الوجودي، لا أنّهم يرونهما تالفين، وقد وجد الزرع والفرخ يخلق مستقلّ حادث حتّى ينتج ضمان الغاصب قيمة الحبّ والبيض ودخول أنفسهما في ملكه.

(٨٤) بلا خلاف فيه، بل ادّعي^٢ عليه الإجماع وجريان السيرة المستمرة من الناس في جميع الأعصار والأمصار على تبعيته للأنثى.^٣

في الضمان بالإتلاف

(٨٥) فيكون ما ورد - من أنّ الودعي أو المستأجر أو المستعير أو نحوها أمين لا يضمن^٤ - مخصّصاً لعموم قاعدة اليد والإتلاف، وقد مرّ في أبوابها، وتبقى سائر الموارد تحت العموم.

١. المسائل الناصريات: ٣٨٥ / مسألة ١٨٢: السرائر ٢: ٤٨٤؛ جامع المقاصد ٦: ٣٢٢؛ مسالك الأنهار ١٢: ٢٠٦؛

جواهر الكلام ٣٧: ١٤٦.

٢. مسالك الأنهار ١٢: ٢٠٦.

٣. جواهر الكلام ٣٧: ١٤٦.

٤. مثل ما جاء في وسائل الشريعة ١٩: ٨٠، كتاب الوديعة، الباب ٤، الحديث ٧.

لونه اشتباهاً، أو أخذ شيئاً من سارق عارية باعتقاد أنه ماله، وغير ذلك ممّا لا يحصى.

(مسألة ٥٤): كما أنّ اليد الغاصية وما يلحق بها موجبة للضمان - وهو المسمّى بضمان اليد، وقد عرفت تفصيله في المسائل السابقة - كذلك للضمان سببان آخران: الإلتلاف والتسبب. وبعبارة أخرى: له سبب آخر، وهو الإلتلاف؛ سواء كان بالمباشرة أو التسبب.

(مسألة ٥٥): الإلتلاف بالمباشرة واضح لا يخفى مصاديقه، كما إذا ذبح حيواناً^(٨٦) أو رماه بسهم فقتله، أو ضرب على إثناء فكسره، أو رمى شيئاً في النار فأحرقته، وغير ذلك ممّا لا يحصى. وأمّا الإلتلاف بالتسبب فهو إيجاد شيء يترتب عليه الإلتلاف بسبب وقوع شيء، كما لو حفر بئراً في المعابر فوقع فيها إنسان أو حيوان، أو طرح المعائر والمزالق، كتشتر البطيخ والرقي في المسالك، أو أوتد وتدنأ في الطريق فأصاب به عطب أو جناية على حيوان أو إنسان، أو وضع شيئاً على الطريق فتمرّ به الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره، أو أخرج ميزاباً على الطريق فأضرّ بالمارة، أو ألقى صبيّاً أو حيواناً يضعف عن الفرار في مسبعة فقتله السبع، ومن ذلك ما لو لك القيد من الدابة فشدت، أو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث وغير ذلك، ففي جميع ذلك يكون فاعل السبب ضامناً^(٨٧)، ويكون عليه غرامة التالف وبدله؛ إن

(٨٦) أي بوجه غير شرعيّ، أو حيواناً غير مأكول اللحم، أو في وقت لم يرغب أحدٌ إلى أكله، أو المراد إلتلاف الوصف لا بالكلية.

(٨٧) لقاعدة ضمان الإلتلاف المصطادة من أخبار كثيرة، كصحیح الحلبي: «كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^١.

و خبر السكوني: «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً، أو أوتد وتدنأ، أو أوثق دابةً، أو حفر شيئاً من طريق المسلمين فأصاب فعطب، فهو له ضامن»^٢.

و صحيح زرارة: «كلّ من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان»^٣.

١. وسائل الشريعة ٢٩: ٢٤٣، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان. الباب ٩، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٩: ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان. الباب ١١، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان. الباب ٨، الحديث ١.

كان مثلباً فبالمثل، وإن كان قيمياً فبالقيمة، وإن صار سبباً لتعيب المال كان عليه الأرض، كما مرّ في ضمان اليد.

(مسألة ٥٦): لو غصب شاة ذات ولد فمات ولدها جوعاً، أو حبس مالك الماشية أو راعيها عن حراستها فاتفق تلفها، لم يضمن بسبب التسبب، إلا إذا انحصر غذاء الولد بارتضاع من أمه، وكانت الماشية في محالّ السباع ومظانّ الخطر وانحصر حفظها بحراسة راعيها، فعليه الضمان حيثنّذ على الأحوط^(٨٨).

في ضمان التسبب

(مسألة ٥٧): ومن التسبب الموجب للضمان ما لو فكّ وكاء ظرف فيه مانع فسال ما فيه. وأمّا لو فتح رأس الظرف ثم اتفق أنّه قلبته الريح الحادثة، أو انقلب بوقوع طائر عليه - مثلاً - فسال ما فيه، ففي الضمان تردّد وإشكال. نعم، يقوى الضمان فيما كان ذلك في حال هبوب الرياح العاصفة، أو في مجتمع الطيور ومظانّ وقوعها عليه.

(مسألة ٥٨): ليس من التسبب^(٨٩) الموجب للضمان ما لو فتح باباً على مال فسرّق، أو

وأخبار كثيرة في ضمان الشاهد ما قضى الحاكم بشهادته من تلف النفوس والأموال. راجع أبواب الشهادات الباب الحادي عشر والثاني عشر والرابع عشر^١ وغيرها، ففي الأخبار كليات وموارد خاصة يستفاد منها الكلّية بإلغاء خصوصيّة المورد، والملاك استناد التلف إليه عرفاً وعدم وجود مباشر أو سبب آخر أقوى منه يستند التلف إليهما.

(٨٨) لاستناد التلف حيثنّذ عرفاً إليه، والتعبير بالاحتياط لما استشكل عدّة في الفرضين بأنّ الهلاك أمرٌ يحصل لعلّة أخرى وإن صادف وجود السبب، لكنّ الاستشكال مع فرض الانحصار غير ظاهر.

في الضمان بالتسبب

(٨٩) لكون الاستناد التامّ حيثنّذ إلى المباشر ذي الإرادة والاختيار، والضمان تابع له.

دلّ سارقاً عليه فسرقه، فلا ضمان عليه.

(مسألة ٥٩): لو وقع الحائط على الطريق - مثلاً - فتلف بوقوعه مال أو نفس لم يضمن صاحبه، إلا إذا بناه مائلاً إلى الطريق، أو مال إليه بعد ما كان مستوياً وقد تمكّن صاحبه من الإزالة ولم يزله، فعليه الضمان في الصورتين على الأقوى.

(مسألة ٦٠): لو وضع شربة أو كوزاً - مثلاً - على حائطه فسقط وتلف به مال أو نفس، لم يضمن إلا إذا وضعه مائلاً إلى الطريق، أو وضعه على وجه يسقط مثله.

(مسألة ٦١): ومن التسبب الموجب للضمان أن يشعل ناراً في ملكه وداره، فتعدّت وأحرقت دار جاره - مثلاً - فيما إذا تجاوز قدر حاجته ويعلم أو يظنّ تعدّيها لعصف الهواء مثلاً، بل الظاهر كفاية الثاني، فيضمن مع العلم أو الظنّ بالتعدّي ولو كان بمقدار الحاجة، بل لا يبعد الضمان^(٩٠) إذا اعتقد عدم كونها متعدّية فتبيّن خلافه، كما إذا كانت ريح حين اشتعال النار، وهو قد اعتقد أنّ يمثل هذه الريح لا تسري النار إلى الجار فتبيّن خلافه. نعم، لو كان الهواء ساكناً بحيث يؤمن منه من التعدي، فاتفق عصف الهواء بفتة فطارت شرارتها، يقوى عدم الضمان.

(مسألة ٦٢): إذا أرسل الماء في ملكه فتعدّي إلى ملك غيره فأضرّ به، ضمن ولو مع اعتقاده عدم التعدي. نعم، ضمانه فيما إذا خرجت من اختياره في صورة اعتقاده عدم التعدي محلّ إشكال^(٩١). والأحوط الضمان. ولو كان طريقه إلى ملك الغير مسدوداً حين إرسال الماء فدفع بغير فعله، فلا ضمان عليه.

(٩٠) فإنّ التسبب ليس أمراً قصدياً، بل هو أمرٌ تابع لتحقيق علته عند العرف، والاستناد هنا محقق عندهم.

(٩١) من أنّه قد استند التعدي حينئذ إلى أمور خارجة عن قدرة المالك، فلا ضمان عليه، ومن أنّ له دخلاً في ذلك ولو بإرسال الماء، لكنّ الأوجه العدم في ما إذا لم يكن مقصراً لدى العرف في مقدّمات الأمر.

(مسألة ٦٣): لو تمب حمّال الخشب فأسندها إلى جدار الغير ليستريح - بدون إذن صاحب الجدار - فوقع بإسناده إليه، ضمنه وضمن^(٩٢) ما تلف بوقوعه عليه، ولو وقعت الخشبة فأنلفت شيئاً ضمنه؛ سواء وقعت في الحال أو بعد إذا كان مستنداً إليه.

(مسألة ٦٤): لو فتح قفصاً عن طائر فخرج، وكسر بخروجه قارورة شخص - مثلاً - ضمنها على الأحوط، وكذا لو كان القفص ضيقاً - مثلاً - فاضطرب بخروجه فسقط وانكسر.

(مسألة ٦٥): إذا أكلت دابة شخص زرع غيره أو أفسدته، فإن كان معها صاحبها - راكباً أو سائقاً أو قائداً أو مصاحباً - ضمن ما أنلفته^(٩٣)، وإن لم يكن معها؛ بأن أنفلتت من مراحمها - مثلاً - فدخلت زرع غيره، ضمن ما أنلفته إن كان ذلك ليلاً. نعم، ضمانه فيما إذا خرجت من اختياره محل إشكال^(٩٤)، والأحوط الضمان. وليس عليه ضمان إن كان نهاراً.

(مسألة ٦٦): لو كانت الشاة أو غيرها في يد الراعي، أو الدابة في يد المستعير أو المستأجر، فأنلفنا زرعاً أو غيره، كان الضمان على الراعي والمستأجر والمستعير، لا على المالك والمعير.

(٩٢) كلّ ذلك للاستناد العرفي.

(٩٣) لأقوائية السبب هنا من المباشر. وللإستناد الحاصل من العادة، ولمعتبر السكوني: «كان عليّ^{عليه السلام} لا يضمن ما أفسدت البهائم نهاراً» ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرع، و كان يضمن ما أفسدت البهائم ليلاً»^١.

ولحسن هارون: «إن أفسد نهاراً فليس عليها ضمان من أجل أن أصحابه يحفظونه، وإن أفسد ليلاً فإنه عليها ضمان»^٢.

(٩٤) لقوة احتمال ورود الأخبار في ما لو تسامح صاحب الدابة في حفظها، فيرجع في غيره إلى أصالة عدم الضمان.

١. ومائل الشيعة ٢٩: ٢٧٦، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٤٠، الحديث ١.

٢. ومائل الشيعة ٢٩: ٢٧٧، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ٣.

(مسألة ٦٧): لو اجتمع سببان للإتلاف بفعل شخصين، فإن لم يكن أحدهما أسبق في التأثير اشتركا في الضمان، وإلا كان الضمان على المتقدم^(٩٥) في التأثير، فلو حفر شخص بئراً في الطريق، ووضع شخص آخر حجراً بقرعها، فعثر به إنسان أو حيوان فوق في البئر، كان الضمان على واضع الحجر دون حافر البئر، ويحتمل قوياً اشتراكهما في الضمان مطلقاً.

(مسألة ٦٨): لو اجتمع السبب مع المباشر كان الضمان على المباشر^(٩٦)، دون فاعل السبب، فلو حفر شخص بئراً في الطريق، لدفع غيره فيها إنساناً أو حيواناً، كان الضمان على الدافع دون الحافر. نعم، لو كان السبب أقوى من المباشر كان الضمان عليه لا على المباشر، فلو وضع قارورة تحت رجل شخص نائم فمدّ رجله فكسرها، كان الضمان على الواضع دون النائم.

(مسألة ٦٩): لو أكره على إتلاف مال غيره، كان الضمان على من أكرهه، وليس عليه ضمان؛ لكون السبب^(٩٧) أقوى من المباشر. هذا إذا لم يكن المال مضموناً في يده؛ بأن أكرهه على إتلاف ما ليس تحت يده، أو على إتلاف الوديعة التي عنده مثلاً. وأما إذا كان المال مضموناً في يده - كما إذا غضب مالاً فأكرهه شخص على إتلافه - فالظاهر ضمان

(٩٥) لا دخل لتقدم أحد الفعلين زماناً في الاستناد ما لم يكن أحدهما أقوى في التأثير لدى العرف، فالأقوى الاشتراك في المثال.

في اجتماع السبب و المباشر

(٩٦) قد مرَّ أنَّ الميزان هو الأقوانية، إلّا أنَّ الغالب كون القوة في الطرف المباشر.

(٩٧) فالضمان يثبت ابتداءً على السبب دون المباشر، مع أنَّ حديث الرقع^١ أيضاً مانع عن سببية فعل المباشر للضمان.

١. وسائل الشيعة ٤: ٣٧٣، كتاب الصلاة، أبواب لباس المصلي، الباب ١٢، الحديث ٦-١٨ و ١٥: ٣٦٩، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس وما يناسبه، الباب ٥٦، الحديث ١ و ٢.

كليهما^(٩٨)، فللمالك الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع على المكره - بالكسر - لم يرجع على المكره - بالفتح - بخلاف المكس، هذا إذا أكره على إتلاف المال. وأما لو أكره على قتل أحد معصوم الدم قتلته، فالضمان على القاتل^(٩٩) من دون رجوع على المكره وإن كان عليه عقوبة، فإنه لا إكراه في الدماء.

(مسألة ٧٠): لو غصب مأكولاً - مثلاً - فأطعمه المالك مع جهله بأنه ماله: بأن قال له: «هذا ملكي وطعامي»، أو قدمه إليه ضيافة - مثلاً - أو غصب شاة واستدعى من المالك ذبحها، فذبحها مع جهله بأنه شاته، ضمن الغاصب^(١٠٠) وإن كان المالك هو المباشر للإتلاف. نعم، لو دخل المالك دار الغاصب - مثلاً - ورأى طعاماً فأكله على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعام الآكل، فالظاهر عدم ضمان الغاصب^(١٠١) وقد برئ من ضمان الطعام.

(مسألة ٧١): لو غصب طعاماً من شخص، وأطعمه غير المالك على أنه ماله مع جهل الآكل بأنه مال غيره، كما إذا قدمه إليه بعنوان الضيافة مثلاً، ضمن كلاهما^(١٠٢)، فللمالك أن يغرّم أيهما شاء. فإن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، وإن أغرم الآكل رجع على الغاصب لأنه قد غره.

(٩٨) أما المباشر: فلقاعدة اليد وإن لم يستند التلف إليه، وأما السبب: فلأن الإتلاف مستند إليه، وقد مضى الحكم في المسألة السادسة والثلاثين.

(٩٩) لمعتبرة زرارة: في رجل أمر رجلاً بقتل رجل؟ فقال: «لا»، فيقتل به الذي قتلته، و يحبس الأمر بقتله في الحبس حتى يموت^١.

(١٠٠) لقوة السبب الغارّ وضعف المباشر المغرور.

(١٠١) إذ لا وجه لضمانه بعد أن باشر الإتلاف نفس المالك مع عدم تغيير من الغاصب.

(١٠٢) لشمول قاعدة اليد والإتلاف كليهما وإن كان أحدهما مغروراً من الآخر، والمغرور

ينتج في جواز رجوع المغرور إلى الغارّ دون العكس.

(مسألة ٧٢): إذا سعى إلى الظالم على أحد، أو اشتكى عليه عنده بحق أو بغير حق، فأخذ الظالم منه ما لا بغير حق، لم يضمن الساعي^(١٠٣) والمشتكى ما خسره؛ وإن أثم بسبب سعيته أو شكايته إذا كانت بغير حق، وإثما الضمان على من أخذ المال.

(مسألة ٧٣): إذا تلف المقتصوب، وتنازع المالك والغاصب في القيمة، ولم تكن بيّنة، ففي أن القول قول الغاصب أو المالك تردّد ناشئ من التردّد في معنى «على اليد ما أخذت»، واحتمال أن يكون نفس المأخوذ على عهدته حتّى بعد التلف، ويكون أداء المثل أو القيمة نحو أداء له، فيكون القول قول المالك^(١٠٤) يمينه، واحتمال أن ينتقل بالتلف إلى القيمة، فيكون القول قول الغاصب^(١٠٥) يمينه. ولا يخلو هذا من قوّة، ولو تنازعا في صفة تزيد بها الثمن؛ بأن ادّعى المالك وجود تلك الصفة فيه يوم غصبه، أو حدودها بعده وإن زالت فيما بعد، وأنكره الغاصب ولم يكن بيّنة، فالقول قول الغاصب يمينه بلا إشكال^(١٠٦).

(مسألة ٧٤): إن كان على الدائبة المقتصوبة رجل أو علق بها حبل، واختلفا فيما عليها، فقال المقتصوب منه: «هو لي»، وقال الغاصب: «هو لي»، ولم يكن بيّنة، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لكونه ذا يد فعلية عليه.

(١٠٣) لأنّ المباشر أقوى منه.

(١٠٤) لرجوع الدعوى حينئذ إلى سقوط ما في الذمّة بأداء ذلك المقدار وعدمه والأصل وعدمه.

(١٠٥) لأنّ الشكّ في اشتغال ذمّته بالأقلّ أو الأكثر، والأصل عدم الأكثر، وقد ذكرنا المختار ودليله في المسألة الثلاثين.

(١٠٦) لأصالة عدم وجود الصفة المدّعاة ولو بنحو أصالة عدم الأزلي وأصالة عدم حدوثها في المقتصوب.

كتاب إحياء الموات والمشتركات

القول في إحياء الموات

الموات هي الأرض المعطلة^(١) التي لا ينتفع بها؛ إمّا لانقطاع الماء عنها، أو لاستيلاء المياه أو الرمال أو السبخ أو الأحجار عليها، أو لاستئجارها والتفاف القصب والأشجار بها أو لغير ذلك، وهو على قسمين:

الأول: الموات بالأصل: وهو ما لا يكون مسبقاً بالملك والإحياء وإن كان إحراز ذلك - غالباً بل مطلقاً - مشكلاً بل ممنوعاً^(٢)، ويلحق به^(٣) ما لم يعلم مسبقته بهما.

القول في إحياء الموات

(١) اختلفت في تعريفها أقوال اللغويين كأقوال الفقهاء، وحيث إنّ التعاريف من قبيل شرح الاسم، فيمكن القول بأن مفاد الجميع هو: أنّها كلّ أرض معطلة غير ممكن الانتفاع إلاّ بعمارتها وإصلاحها، وعدم إمكان الانتفاع إمّا لفقد شرطه أو وجود مانعه.

ثمّ إنّّه لم يثبت لها حقيقة شرعيّة ولا مستشريّة. فالميزان هو العرف ولو لم يطابق التعاريف. ولا فرق فيها بين الخبرة بالأصالة والعامة بالأصالة كما صرّحوا بذلك.

(٢) للقطع بحصول التغيرات في سطح الأرض بمرور الأعصار، قرب جبل أو وادٍ أو أرض غامرة في الماء، أو أرض قفر أو غياية بحر أو نهر كانت أرضاً مسكونة معمورة، أو على العكس من ذلك، وعليه، فمن أين يعلم عدم العمارة علماً قطعياً؟.

(٣) أي حكماً؛ لصديق الاسم مع الموت بالفعل، وإن كان من الشبهة المصداقيّة لهذا

الثاني: الموات بالعارض^(٤): وهو ما عرض عليه الخراب والموتان بعد الحياة وال عمران، كالأرض الدارسة التي بها آثار الأنهار ونحوها، والقرى الخربة التي بقيت منها رسوم العمارة.

(مسألة ١): الموات بالأصل وإن كان للإمام^(٥)؛ حيث إنه من الأنفال، كما مر في

(٤) لصدق اسم الموات عليه لغة وعرفاً، فتشمله العمومات، مع أنه نص عليه بالخصوص في خبر حماد بن عيسى: «والأنفال: كل أرض خربة باد أهلها»^١.
وخبر ابن مسلم في الأنفال، قال^(٦): «كل قرية يهلك أهلها»^٢ وغيرها.
الأصحاب^٣.

(٥) ولقوله تعالى: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ»^٤، والأنفال: جمع نفل بالتحريك، أي الزيادة، فتعم كل ما زاد عن موارد سلطنة الناس عليه من الأرض وما عليها، فتشمل المورد.

ولعدة نصوص مستفيضة:

منها: صحيح حفص بن البختري، قال^(٥): «وكل أرض خربة وبطون الأودية فهو لرسول الله ﷺ، وهو للإمام من بعده»^٥.

وموتى إسحاق بن عمار: قال^(٦) في الأنفال: «وما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وكل أرض لا رب لها، والمعادن منها»^٦.

١. وسائل الشيعة ٩: ٥٢٤، كتاب الخمس، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، الباب ١، الحديث ٤.

٢. وسائل الشيعة ٩: ٥٢٦، كتاب الخمس، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، الباب ١، الحديث ٧.

٣. الخلاف ٣: ٥٢٦ / مسألة ٣: غنية الزوج ٢: ٢٩٣، السرائر ١: ٤٨١؛ تذكرة الفقهاء، ٤٠٠ ط قديم؛ مسالك الأنهار ١٢: ٣٩١.

٤. الأنفال (٨): ١.

٥. وسائل الشيعة ٩: ٥٢٣، كتاب الخمس، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، الباب ١، الحديث ١.

٦. وسائل الشيعة ٩: ٥٣١، كتاب الخمس، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، الباب ١، الحديث ٢٠.

كتاب الخمس، لكن يجوز^(٦) في زمان الغيبة لكل أحد إحياءه مع الشروط الآتية والقيام بعمارته، ويملكه المحيي^(٧) على الأقوى:

(٦) على المشهور شهرة عظيمة ولعدة نصوص:

منها: صحيح ابن مسلم: في شراء أرض اليهود والنصارى: «وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض، أو عملوه، فهم أحقُّ بها وهي لهم»^١

وصحيح الفضلاء عنها^٢: قال رسول الله ﷺ: «من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له»^٣ ونحوهما سائر أحاديث الباب، وهي^٤ ثمانية، وخبر السكوني^٥.

(٧) للشهرة القريبة من الاتفاق من الفريقين، ولإضافته إلى المحيي باللام الظاهرة في الملكية في النصوص السابقة وغيرها، وللقطع بأن ما يأخذ المسلمون من الكفار عنوة من الأراضي العامرة يملكه المسلمون، فلو كان إحياءهم غير مؤثر في ملكهم لكان باقياً على ملك الإمام، ولا يصير للمسلمين، هذا، ولكنه مشكل؛ لورود نصوص صحاح بأن للإمام ﷺ أخذ طسق الأرض وأجرتها مع الإذن في الإحياء، إلا أنه أحلَّ الطسوق إلى قيام القائم ﷺ^٦، واللام لا تدلُّ إلا على الاختصاص، فلا بد من حمل الأخبار على إباحة التصرفات، ولا يستلزم القول بإباحة التصرفات حتى البيع الملكية.

وقوله: «لا بيع إلا في ملك»^٦ أي ملك البيع، لا ملك المبيع، وكون الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين بسبب الحرب لا يزيد عن كون الأرض لهم بالإحياء، فليكن نظيره، مع أنه يمكن القول بملكهم فيها للنص والشهرة، لا بأس بمخالفتها إذا اقتضاه الأدلة.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ١١١، كتاب إحياء الموات، الباب ١، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ١١٢، كتاب إحياء الموات، الباب ١، الحديث ٥.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ١١١ - ١١٣، كتاب إحياء الموات، الباب ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ١١٣، كتاب إحياء الموات، الباب ٢، الحديث ١.

٥. راجع وسائل الشريعة ٩: ٥٤٣ - ٥٥٤، كتاب الخمس، أبواب الأتفال وما يختص بالإمام، الباب ٤.

٦. في المصدر: «لا بيع إلا فيما تملك».

٧. مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٠، كتاب البيع، أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٣، الحديث ٣.

سواء كان في دار^(٨) الإسلام أو في دار الكفر، وسواء كان في أرض الخراج - كأرض العراق^(٩) - أو في غيرها، وسواء كان المحيي مسلماً أو كافراً.

(مسألة ٢) : الموات بالمعارض الذي كان مسبوقاً بالملك والإحياء إذا لم يكن له مالك معروف على قسمين :

الأول: ما باد أهلها وصارت بسبب مرور الزمان وتقادم الأيام بلا مالك؛ وذلك كالأراضي الدارسة والقرى والبلاد الخربة والقنوات الطامسة، التي كانت للأمم الماضية الذين لم يبق منهم اسم ولا رسم، أو نسبت إلى أقوام أو أشخاص لم يعرف منهم إلا الاسم.

الثاني: ما لم تكن كذلك ولم تكن بحيث عدت بلا مالك، بل كانت لمالك موجود ولم يعرف شخصه، ويقال لها: مجهولة المالك.

فأما القسم الأول: فهو بحكم الموات بالأصل^(١٠) في كونه من الأنفال، وأنه يجوز إحياءه ويملكه المحيي، فيجوز إحياء الأراضي الدارسة التي بقيت فيها آثار الأنهار والسواقي والمروز، وتنقية القنوات والآبار المطمومة، وتعمير الخربة من القرى والبلاد

(٨) للنصوص الماضية الدالة على الشمول بكلمة «الأرض» المطلقة، ولفظ «أيما قوم» العام، و«رجل أحيا» المطلق، وللتصريح بالكافر في صحيح ابن مسلم الماضي^١.

(٩) أي مما كان مواتاً حال الفتح أيضاً، وأما العامر حاله الآتلي إلى الموت بعده، ففيه كلام، ولعله سيأتي.

(١٠) بل هي منه حقيقة؛ لشمول الموات له لغةً وعرفاً، وحمل اللفظ على ما لم يسبق إليه أحد واقعاً؛ لتكون جميع الأرضين الموات بالفعل من مصاديقه المشتبهة غير سديد، بل يشمل اللفظ ما تركه صاحبه المعلوم حتى مات، فلا بد في إخراجها عن الحكم من التماس دليل.

القديمة التي بقيت بلا مالك، ولا يعامل معها^(١١) معاملة مجهول المالك، ولا يحتاج^(١٢) إلى الإذن من حاكم الشرع أو الشراء منه، بل يملكها المحيي والممتر بنفس الإحياء والتعمير.

وأما القسم الثاني: فالأحوط الاستئذان^(١٣) فيه من الحاكم في الإحياء والقيام بتعميره والتصرف فيه، كما أن الأحوط معاملة مجهول المالك معه؛ بأن يتفحص عن صاحبه، وبعد اليأس يشتري عنها^(١٤) من حاكم الشرع، ويصرف ثمنها على الفقراء، وإما أن يستأجرها منه بأجرة معينة، أو يقدر ما هو أجرة مثلاً لو انتفع بها، ويتصدق بها على الفقراء، والأحوط الاستئذان منه. نعم، لو علم أن مالكها قد أعرض عنها، أو انجلى عنها أهلها وتركوها لقوم آخرين، جاز إحيائها^(١٥) وتملكها بلا إشكال.

(مسألة ٣): إن كان ما طرأ عليه الخراب لمالك معلوم، فإن أعرض عنه^(١٦) مالكة كان

(١١) إذ المنساق من إطلاق هذا اللفظ في النصوص والفتاوى هو المالك المجهول الموجود، لا المجهول مطلقاً.

(١٢) لأنه يشمل الإذن في الأخبار الصادرة من الإمام الذي هو مالك أصلي للأرضين، أو ولي شرعي لملاكها.

(١٣) للإشكال والاختلاف في خروج الأرض بالموت عن ملك صاحبها وعدمه، معلوماً كان المالك أو مجهولاً، وسيأتي في المسألة الآتية، ويستلزم الاحتياط في ترتيب آثار مجهول المالك عليها من الفحص وغيره، وحكم المال المجهول مالكة مذكور في المسألة الرابعة من لقطة غير المجهول.

(١٤) أو يملكه الحاكم نفس الأرض صدقة عن المالك إن كان أهلاً لها.

(١٥) لأن الظاهر أن الإعراض عن الملك سبب لاتقطاع الإضافة الملكية أو الحقيقة عنه؛ فإنه كما أن الإحياء أم الأسباب المملوكة للأراضي، وسائر الأسباب متولدة عنها، فالإعراض المقابل له مخرج لها عن الملكية.

(١٦) لما مر في الحاشية السابقة.

لكل أحد إحياءه وتملكه، وإن لم يعرض عنه، فإن أبقاه مواتاً للانتفاع به في تلك الحال؛ من جهة تعليف دوابه أو بيع حشيشه أو قصبه ونحو ذلك - فربما ينتفع منه مواتاً أكثر مما ينتفع منه محياة - فلا إشكال في أنه لا يجوز لأحد^(١٧) إحياءه والتصرف فيه بدون إذن مالكه، وكذا فيما إذا كان مهتماً بإحيائه عاجزاً عليه، وإنما أحرّ الاشتغال به لجمع الآلات وتهينة الأسباب المتوقعة الحصول، أو لانتظار وقت صالح له. وأما لو ترك تعمير الأرض وإصلاحها وأبقاها إلى الخراب؛ من جهة عدم الاعتناء بشأنها وعدم الاهتمام والالتفات إلى مرمتها، وعدم عزمه على إحيائها؛ إما لعدم حاجته إليها، أو لاشتغاله بتعمير غيرها، فبقيت مهجورة مدة معتدلاً بها حتى آلت إلى الخراب، فإن كان سبب ملك المالك غير الإحياء - مثل أنه ملكها بالإرث أو الشراء - فليس لأحد وضع^(١٨) اليد عليها وإحيائها والتصرف فيها إلا بإذن مالكها، ولو أحيائها أحد وتصرف فيها، وانتفع بها بزرع أو غيره، فعليه أجرها للمالكها، وإن كان سبب ملكه الإحياء؛ بأن كانت أرضاً مواتاً بالأصل فأحيائها وملكها، ثم بعد ذلك عطّلها وترك تعميرها حتى آلت إلى الخراب، فجوز إحياءها^(١٩) لغيره بعضهم، وهو في غاية

(١٧) لعدم خروج الأرض بذلك عن الملكية، فيكون ذلك غصباً محرّماً وتصرفاً في مال الغير بدون طيب نفسه، ومخالفاً لسلطنة الناس على أموالهم، ونظيره الفرع بعده، ولو شك فيه فاستصحاب الملكية مُحْكَمٌ.

(١٨) على المشهور شهرة عظيمة، واستدل عليه بأمر:

الأول: استصحاب بقاء ملك الأول.

الثاني: خبر سليمان بن خالد: في من أحيأ أرضاً خربة، قال: قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال ﷺ: «فليؤد إليه حقه»^١.

(١٩) لعدة نصوص:

منها: صحيح أبي خالد الكابلي عن الباقر ﷺ: «لمن أحيأ أرضاً من المسلمين، فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام... فإن تركها وأخرها وأخذها رجلٌ من المسلمين من بعده فليعمرها

الإشكال^(٢٠)، بل عدمه لا يخلو من قوة^(٢١).

(مسألة ٤): كما يجوز^(٢٢) إحياء القرى الدارسة والبلاد القديمة التي باد أهلها وصارت بلا مالك؛ يجعلها مزرعاً أو مسكناً أو غيرهما، كذا يجوز حيازة أجزائها^(٢٣) الباقية من

وأحيائها، فهو أحقّ بها من الذي تركها^١.

وصحيح معاوية. قال: «أَيُّمَا رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها، وكرى أنهارها وصمرها، فَإِنَّ عليه فيها الصدقة، فَإِنْ كانت أرض لرجلٍ قبله فغاب عنها وتركها فأخربها، ثُمَّ جاء بعد يطلبها، فَإِنَّ الأرض لله ولمن عثرها^٢، ونحوه صحيح عمر بن يزيد^٣.

(٢٠) من نقل الإجماع على عدم جواز الإحياء وشمول عمومات الملك، كقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً فهي له»، أي فهي له دائماً.

وشمول قاعدة الملك، وهي: «إِنَّ كُلَّ ملك حدث فهو يدوم إلى أن يثبت مزيله»، وشمول ما ذكر دليلاً لقول المشهور في ما إذا كان سبب الملك غير الإحياء من الاستصحاب، وخبر سليمان، ومن ضعف تلك الأدلة.

أما الأول: فلأن العمومات في مقام بيان سببية الإحياء للملك، وليس فيها تعرّض لحال البقاء، والقاعدة لعلّها هي الاستصحاب، وهو لا يعارض النصّ، وخبر سليمان لا يقاوم نصوص الجواز، ثُمَّ إِنَّ صحيح معاوية يشمل صورة حصول الملك من غير الإحياء أيضاً.

(٢١) لعلّ وجه القوة ترجيح خبر سليمان على الصحاح بالشهرة والإجماع المدعى، أو سقوط المتعارضين والرجوع إلى الاستصحاب، وليس بوجيه.

(٢٢) لما مرّ في التعليقة الرابعة للكتاب.

(٢٣) لدلالة الإذن في المجموع على الإذن في الأجزاء تَضُمّاً أو التزاماً بنحو الأولوية، ولعموم ما دلّ على جواز حيازة المباحات الخارجة عن اسم الأرض وسببيتها للملك، كالإحياء بالنسبة إلى الأرض.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٤، كتاب إحياء الموات، الباب ٣، الحديث ٣.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٤، كتاب إحياء الموات، الباب ٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٩: ٥٤٩، كتاب الغنم، أبواب الأنفال وما يختص بالإمام، الباب ٤، الحديث ١٣.

أحجارها وأخشابها وآجرها وغيرها، ويملكها الحائز إذا أخذها بقصد التملك.

(مسألة ٥) : لو كانت الأرض موقوفة وطراً عليها الموتان والخراب، فإن كانت من الموقوفات القديمة الدارسة التي لم يعلم كيفية وقفها - وأنها خاص أو عام، أو وقف على الجهات، ولم يعلم - من الاستفاضة والشهرة - غير كونها وقفاً على أقوام ماضين لم يبقَ منهم اسم ولا رسم، أو قبيلة لم يعرف منهم إلا الاسم - فالظاهر أنها من الأنفال، فيجوز إحيائها، كما إذا كان الموت المبوق بالملك على هذا الحال. وإن علم أنها وقف على الجهات ولم تتعين؛ بأن علم أنها وقف إما على مسجد أو مشهد أو مقبرة أو مدرسة أو غيرها، ولم يعلمها بعينها، أو علم أنها وقف على أشخاص لم يعرفهم بأشخاصهم وأعيانهم، كما إذا علم أن مالكها قد وقفها على ذريته، ولم يعلم من الواقف ومن الذرية، فالظاهر أن ذلك بحكم الموت المجهول المالك الذي نسب إلى المشهور القول بأنه من الأنفال. وقد مرّ ما فيه من الإشكال، بل القول به هنا أشكل، والأحوط الاستئذان من الحاكم لمن أراد إحياءها وتعميرها والانتفاع بها بزرع أو غيره، وأن يصرف أجرة مثلها في الأول في وجوه البر، وفي الثاني على الفقراء، بل الأحوط - خصوصاً في الأول - مراجعة حاكم الشرع. وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصرفه أو الموقوف عليهم، فلا ينبغي الإشكال في أنه لو أحياء أحد وعمره، وجب عليه صرف منفته في مصرفه المعلوم في الأول، ودفعها وإيصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني؛ وإن كان المتولي أو الموقوف عليهم تاركين إصلاحه وتعميره وعمرته إلى أن آل إلى الخراب، لكن ليس لأحد الإحياء والتصرف فيه مع وجود المتولي المعلوم إلا بإذنه، أو الاستئذان من الحاكم مع عدمه في الأول، ومن المتولي أو الموقوف عليهم إن كان خاصاً، أو الحاكم إن كان عاماً في الثاني.

(مسألة ٦) : إذا كان الموت بالأصل حريماً لعامر مملوك، لا يجوز لغير ماله إحياءه، وإن أحياء لم يملكه. وتوضيح ذلك: أن من أحياء مواتاً؛ لإحداث شيء من دار أو بستان أو مزرع أو غيرها، تبع ذلك الشيء الذي أحدثه مقدار من الأرض الموت القريبة من ذلك الشيء الحادث؛ مما يحتاج إليه لتمام الانتفاع به ويتعلق بمصالحه عادة، ويسمى ذلك المقدار التابع حريماً لذلك المتبوع، ويختلف مقدار الحريم وزيادة ونقصه باختلاف ذي الحريم؛ وذلك من جهة تفاوت الأشياء في المصالح والمراقق المحتاج إليها، فما يحتاج إليه

الدار من المرافق - بحسب العادة - غير ما يحتاج إليه البئر والنهر مثلاً، وهكذا باقي الأشياء . بل يختلف ذلك باختلاف البلاد والعادات أيضاً ، فإذا أراد شخص إحياء حوالي ما له الحريم ، لا يجوز له إحياء مقدار الحريم بدون إذن المالك ورضاه ، وإن أحياء لم يملكه وكان غاصباً . (مسألة ٧) : حريم الدار مطرح ترابها وكناستها ورمادها ، ومصّب مانها ، ومطرح ثلوجها ، ومسلّك الدخول والخروج منها في الصوب الذي يفتح إليه الباب ، فلو بنى داراً في أرض موات تبعه هذا المقدار من الموات من حواليها ، فليس لأحد أن يحيي هذا المقدار بدون رضا صاحب الدار ، وليس المراد من استحقاق الممرّ في قبالة الباب استحقاقه على الاستقامة وعلى امتداد الموات ، بل المراد أن يبقى مسلك له يدخل ويخرج إلى الخارج بنفسه وعياله وأضيافه وما تعلّق به من دوابه وأحماله وأثقاله بدون مشقة بأيّ نحو كان ، فيجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب من الموات إذا بقي له الممرّ ؛ ولو بانعطاف وانحراف . وحريم الحائط - لو لم يكن جزءاً من الدار ؛ بأن كان مثلاً جدار حصار أو بستان أو غير ذلك - مقدار ما يحتاج إليه لطرح التراب والآلات وبئل الطين لو انتقض واحتاج إلى البناء والترميم . وحريم النهر مقدار مطرح طينه وترايه إذا احتاج إلى التنقية ، والمجاز على حافتيه للمواظبة عليه ولإصلاحه على قدر ما يحتاج إليه . وحريم البئر ما تحتاج إليه لأجل السقي منها والانتفاع بها ؛ من الموضع الذي يقف فيه النازح إن كان الاستقاء منها باليد ، وموضع الدولاب ومتردّد البهيمه إن كان الاستقاء بهما ، ومصّب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية أو الزرع من حوض ونحوه ، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منها من الطين وغيره لو اتفق الاحتياج إليه ، وحريم العين ما تحتاج إليه لأجل الانتفاع بها أو إصلاحها وحفظها على قياس غيرها .

(مسألة ٨) : لكل من البئر والعين والقناة - أعني بئرها الأخيرة التي هي منبع الماء ، ويقال لها : بئر العين وأمّ الآبار ، وكذا غيرها إذا كان منشأ للماء - حريم آخر بمعنّى آخر ، وهو المقدار الذي ليس لأحد أن يحدث بئراً أو قناة أخرى فيما دون ذلك المقدار بدون إذن صاحبهما ، بل الأحوط لحاظ الحريم كذلك بين القناتين مطلقاً ؛ وإن كان الجواز في غير ما ذكر أشبه ، وهو في البئر أربعون ذراعاً إذا كان حفرها لأجل استقاء الماشية من الإبل ونحوها منها ، وستون ذراعاً إذا كان لأجل الزرع وغيره . فلو أحدث شخص بئراً في سوات من الأرض ، لم يكن لشخص آخر إحداث بئر أخرى في جنبها بدون إذنه ، بل ما لم يكن الفصل

بينهما أربعين ذراعاً أو ستين فما زاد على ما فصل، ولي العين والقناة خمسمائة ذراع في الأرض الصلبة وألف ذراع في الأرض الرخوة، فإذا استتب الإنسان عيناً أو قناة في أرض موات صلبة، وأراد غيره حفر أخرى، تباعد عنه بخمسمائة ذراع، وإن كانت رخوة تباعد بألف ذراع، ولو فرض أن الثانية تضر بالأولى وتنقص ماءها مع البعد المزبور، فالأحوط لو لم يكن الأقوى زيادة البعد بما يتدفع به الضرر أو التراضي مع صاحب الأولى.

(مسألة ٩): اعتبار البعد المزبور في القناة إنما هو في إحداث قناة أخرى، كما أشرنا إليه آنفاً. وأما إحياء الموات الذي في حواليلها لزراعة أو بناء أو غيرها فلا مانع منه إذا بقي من جوانبها مقدار تحتاج للنزح، أو الاستقاء، أو الإصلاح والتنقية، وغيرها مما ذكر في مطلق البشر، بل لا مانع من إحياء الموات الذي فوق الآبار وما بينها؛ إذا أبقى من أطراف حلقها مقدار ما تحتاج إليه لمصالحها، فليس لصاحب القناة المنع عن الإحياء للزراعة وغيره فوقها إذا لم يضر بها.

(مسألة ١٠): قد مر أن التباعد المزبور في القناة، إنما يلاحظ بالنسبة إلى البئر التي تكون منبع الماء أو منشأه. وأما الآبار الأخر التي هي مجرى الماء فلا يراعى الفصل المذكور بينها، فلو أحدث الثاني قناة في أرض صلبة، وكان منبعها بعيداً عن منبع الأولى بخمسمائة ذراع، ثم تقارب في الآبار الأخر التي هي مجرى الماء إلى الآبار الأخر، للأخرى إلى أن صار بينها وبينها عشرة أذرع - مثلاً - لم يكن لصاحب الأولى منعه. نعم، لو فرض أن قرب تلك الآبار أضر بتلك الآبار من جهة جذبها للماء الجاري فيها أو من جهة أخرى، تباعد بما يتدفع به الضرر.

(مسألة ١١): القرية المبنية في الموات لها حريم ليس لأحد إحياءه، ولو أحياء لم يملكه، وهو ما يتعلق بمصالحها ومصالح أهلها؛ من طرقها المسلوكة منها وإليها، ومسيل مائها، ومجمع ترابها وكناستها، ومطرح سمادها ورمادها، ومشرعها ومجمع أهلها لمصالحهم على حسب مجرى هادتهم، ومدفن موتاهم، ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وغير ذلك. والمراد بالقرية البيوت والمساكن المجتمعة المسكونة، فلم يثبت هذا الحريم للضيعة والمزرعة ذات المزارع والبساتين المتصلة، الخالية من البيوت والمساكن والسكنة، فلو أحدث شخص قناة في فلاة، وأحيا أرضاً بسيطة بمقدار ما يكفيه ماء القناة، وزرع فيها وغرس فيها النخيل

والأشجار، لم يكن الموات المجاور لتلك المحياة حريماً لها، فضلاً عن التلال والجبال القريبة منها، بل لو أحدث بعد ذلك في تلك المحياة دوراً ومساكن حتى صارت قرية كبيرة يشكل ثبوت الحريم لها. نعم، لو أحدثها في جنب المزرعة والبساتين في أراضي الموات، فالظاهر ثبوته لها، بل لا يبعد ثبوت بعض الحريم من قبيل مرعى الماشية لها مطلقاً، كما أن للمزرعة بنفسها أيضاً حريماً، وهو ما تحتاج إليه في مصالحها، ويكون من مرافقها، من مسالك الدخول والخروج، ومحل بيادها وحظائرها، ومجمع سداها وترايبها وغيرها.

(مسألة ١٢): حد المرعى الذي هو حريم للقرية ومحطبتها مقدار حاجة أهلها بحسب العادة؛ بحيث لو منهم مانع أو زاحمهم مزاحم لوقعوا في الضيق والحرَج، ويختلف ذلك بكثرة الأهالي وقتلهم، وكثرة المواشي والدواب وقتلها، وبذلك يتفاوت المقدار سعة وضيقاً طولاً وعرضاً.

(مسألة ١٣): إن كان موات بقرب العامر ولم يكن من حريمه ومرافقه، جاز لكل أحد إحياءه، ولم يختص بمالك ذلك العامر ولا أولوية له، فإذا طلع شاطئ من الشطِّ بقرب أرض محياة أو بستان - مثلاً - كان كسائر الموات، فمن سبق إلى إحيائه وحيازته كان له، وليس لصاحب الأرض أو البستان منعه.

(مسألة ١٤): لا إشكال في أن حريم القناة - المقدَّر بخمسمائة ذراع أو ألف ذراع - ليس ملكاً لصاحب القناة، ولا متعلقاً لحقه المانع عن سائر تصرفات غيره بدون إذنه، بل ليس له إلا حق المنع عن إحداث قناة أخرى كما مرَّ، والظاهر أن حريم القرية أيضاً ليس ملكاً لسكانها وأهلها، بل إنما لهم حق الأولوية. وأما حريم النهر والدار فهو ملك لصاحب ذي الحريم على تردّد وإن لا يخلو من وجه، فيجوز له بيعه منفرداً كسائر الأملاك.

(مسألة ١٥): ما مرَّ من الحريم لبعض الأملاك إنما هو فيما إذا ابتكرت في أرض موات. وأما في الأملاك المجاورة فلا حريم لها، فلو أحدث المالك المجاوران حائطاً في البين لم يكن له حريم من الجانبين، ولو أحدث أحدهما في آخر حدود ملكه حائطاً أو نهراً، لم يكن لهما حريم في ملك الآخر، وكذا لو حفر أحدهما قناة في ملكه كان للآخر إحداث قناة أخرى في ملكه وإن لم يكن بينهما الحد.

(مسألة ١٦): ذكر جماعة: أنه يجوز لكل من المالكين المتجاورين التصرف في ملكه بما

شاء وحيث شاء؛ وإن استلزم ضرراً على الجار، لكنه مشكل على إطلاقه، والأحوط عدم جواز ما يكون سبباً لعروض الفساد في ملك الجار، بل لا يخلو من قرب، إلا إذا كان في تركه حرج أو ضرر عليه، فحينئذ يجوز له التصرف، كما إذا دقّ دقاً عنيفاً انزعج منه حيطان داره بما أوجب خللاً لها، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنشر منه الندوة في حائطه، أو أحدث بالوعة أو كنيفاً يقرب بئر الجار أو جب فساد مائها، بل وكذا لو حفر بئراً بقرب بئر إذا أوجب نقص مائها، وكان ذلك من جهة جذب الثانية ماء الأولى. وأما إذا كان من جهة أن الثانية لكونها أعمق ووقوعها في سمت مجرى المياه، ينحدر فيها الماء من عروق الأرض قبل أن يصل إلى الأول، فالظاهر أنه لا مانع منه. والمائز بين الصورتين يدركه أولوا الحسب الصائب من أهل الخبرة. وكذا لا مانع من إطالة البناء وإن كان مانعاً من الشمس والقمر والهواء، أو جعل داره مذبغة أو مخبزة - مثلاً - وإن تأذى الجار من الريح والدخان إذا لم يكن بقصد الإيذاء. وكذا إحداث ثقب في جداره إلى دار جاره موجبة للإشراف أو لانسداد الهواء، فإن المحرم هو التطلع على دار الجار، لا مجرد ثقب الجدار.

(مسألة ١٧): لا يخفى أن أمر الجار شديد، وحث الشرع الأقدس على رعايته أكيد، والأخبار في وجوب كفّ الأذى عن الجار وفي الحث على حسن الجوار كثيرة لا تحصى: فعن النبي ﷺ أنه قال: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه». وفي حديث آخر: «أنه ﷺ أمر علياً ﷺ وسلمان وأباذر - قال الراوي: ونسيت آخر وأظنّه المقداد - أن ينادوا في المسجد بأعلى صوتهم: بأنه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه، فنادوا بها ثلاثاً». وفي الكافي، عن الصادق، عن أبيه ﷺ، قال: «قرأت في كتاب علي ﷺ: أن رسول الله ﷺ كتب بين المهاجرين والأنصار ومن لحق بهم من أهل يثرب أن الجار كالنفس غير مضار ولا آثم، وحرمة الجار كحرمة أمه». وروى الصدوق بإسناده عن الصادق، عن علي ﷺ، عن رسول الله ﷺ قال: «من آذى جاره حرّم الله عليه ريع الجنة ومأواه جهنّم وبئس المصير، ومن ضيق حقّ جاره فليس منّا». وعن الرضا ﷺ: «ليس منّا من لم يأمن جاره بوائقه». وعن الصادق ﷺ، أنه قال والبيت خاص بأهله: «إعلموا أنه ليس منّا من لم يحسن مجاورة من جاوره». وعنه ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «حسن الجوار يعمر الديار ويُسيّر في الأعمار». فاللزام على كلّ من يؤمن بالله ورسوله ﷺ واليوم الآخر، الاجتناب عن كلّ ما

يؤدي الجار وإن لم يكن ممّا يوجب فساداً أو ضرراً في ملكه، إلّا أن يكون في تركه ضرر فاحش على نفسه. ولا ريب أنّ مثل ثقب الجدار - الموجب للإشراف على دار الجار - إيذاء عليه، وأيّ إيذاء، وكذا إحداث ما يتأذى من ريحه أو دخانه أو صوته، أو ما يمنع عن وصول الهواء إليه، أو عن إشراق الشمس عليه وغير ذلك.

(مسألة ١٨): يشترط في التملك بالإحياء أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فإنّ التحجير يفيد أولوية للمحجّر، فهو أولى بالإحياء والتملك من غيره، فله منعه، ولو أحياء قهراً على المحجّر لم يملكه، والمراد بالتحجير أن يحدث ما يدلّ على إرادة الإحياء، كوضع أحجار أو جمع تراب أو حفر أساس أو غرز خشب أو قصب أو نحو ذلك في أطرافه وجوانبه، أو يشرع في إحياء ما يريد إحياءه، كما إذا حفر بئراً من آبار القناة الدارسة التي يريد إحياءها، فإنّه تحجير بالنسبة إلى سائر آبار القناة، بل وبالنسبة إلى أراضي الموات التي تُسقى بمائها بعد جريانها، فليس لأحد إحياء تلك القناة، ولا إحياء تلك الأراضي. وكذا إذا أراد إحياء أجمة فيها الماء والقصب، فعمد على قطع مائها فقط، فهو تحجير لها، فليس لأحد إحيائها بقطع قصبتها.

(مسألة ١٩): لا بدّ من أن يكون التحجير - مضافاً إلى دلالة على أصل الإحياء - دالاً على مقدار ما يريد إحياءه، فلو كان ذلك بوضع الأحجار أو جمع التراب أو غرز الخشب أو القصب مثلاً، لا بدّ أن يكون ذلك في جميع الجوانب؛ حتّى يدلّ على أنّ جميع ما أحاطت به العلامة يريد إحياءه. نعم، في مثل إحياء القناة البائرة، يكفي الشروع في حفر إحدى آبارها، كما أشرنا إليه آنفاً، فإنّه دليل بحسب العرف على كونه بصدد إحياء جميع القناة، بل الأراضي المتعلّقة بها أيضاً. بل إذا حفر بئراً في أرض موات بالأصل لأجل إحداث قناة، يمكن أن يقال: إنّه يكون تحجيراً بالنسبة إلى أصل القناة وإلى الأراضي الموات التي تُسقى بمائها بعد تمامها وجريان مائها، فليس لأحد إحياء تلك الجوانب حتّى يتمّ القناة ويعيّن ما تحتاج إليه من الأراضي. نعم، الأرض الموات التي ليست من حريم القناة، وممّا علم أنّه لا يصل إليها ماؤها بعد جريانها، لا بأس بإحيائها.

(مسألة ٢٠): التحجير - كما أشرنا إليه - يفيد حقّ الأولوية، ولا يفيد الملكية، فلا يصحّ بيعه على الأحوط وإن لا يبعد الجواز. نعم، يصحّ الصلح عنه، ويورث ويقع ثمناً في البيع؛

لأنه حقّ قابل للتفعل والاتفعل.

(مسألة ٢١): يشترط في مانعة التحجير أن يكون المحجّر متمكناً من القيام بتعميره؛ ولو بعد زمان طويل بشرط أن لا يوجب تعطيل الموات، فلو حجّر من لم يقدر على إحياء ما حجّره - إمّا لفقره أو لمعجزه عن تهية أسبابه - فلا أثر لتحجيره، وجاز لغيره إحياءه، وكذا لو حجّر زائداً على مقدار تمكّنه من الإحياء، لا أثر لتحجيره إلّا في مقدار ما تمكّن من تعميره، وأمّا في الزائد فليس له منع الغير عن إحيائه. فعلى هذا ليس لمن عجز عن إحياء الموات تحجيره، ثمّ نقل ما حجّره إلى غيره بصلح أو غيره - مجاناً أو بال عوض - لأنّه لم يحصل له حقّ حتّى ينقله إلى غيره.

(مسألة ٢٢): لا يعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة، بل يجوز أن يكون بتوكيل الغير أو استنجاره، فيكون الحقّ الحاصل بسببه ثابتاً للموكّل والمستأجر لا للتوكيل والأجير. وأمّا كفاية وقوعه عن شخص نيابة عن غيره - ثمّ أجاز ذلك الغير - في ثبوته للمنوب عنه، فبعيد. (مسألة ٢٣): لو انمحت آثار التحجير بنفسها قبل أن يقوم المحجّر بالتعمير، بطل حقّه؛ وعاد الموات إلى ما كان قبل التحجير. وأمّا لو كان بفعل شخص غير المحجّر فلا يبعد بقاؤه مع قرب زمان المحو، ومع طول المدة فالظاهر بطلانه مطلقاً. بل لا يبعد بقاء الحقّ مع المحو بنفسها إذا لم يكن ذلك لطول مدة التعطيل، كما لو حصل بالسيول أو الريح مثلاً.

(مسألة ٢٤): ليس للمحجّر تعطيل الموات المحجّر عليه والإهمال في التعمير، بل اللازم أن يشغل بالعمارة عقيب التحجير، فإن أهمل وطالت المدة وأراد شخص آخر إحياءه، فالأحوط أن يرفع الأمر إلى الحاكم مع وجوده ويسط يده، فيلزم المحجّر بأحد أمرين: إمّا العمارة أو رفع يده عنه ليمتّره غيره، إلّا أن يبدي عذراً موجهاً، مثل انتظار وقت صالح له، أو إصلاح آلاته، أو حضور العملة، فيمهل بمقدار ما يزول معه العذر، وليس من العذر عدم التمكن من تهية الأسباب لفقره منتظراً للغنى والتمكن، إلّا إذا كان متوقفاً حصوله بحصول أسبابه، فإذا مضت المدة في الفرض المتقدم، ولم يشغل بالعمارة، بطل حقّه، وجاز لغيره القيام بالعمارة. وإذا لم يكن حاكم يقوم بهذه الشؤون، فالظاهر أنّه يسقط حقّه أيضاً لو أهمل في التعمير، وطال الإهمال مدة طويلة بعد مثله في العرف تعطيلاً، فجاز لغيره إحياءه، وليس له منعه، والأحوط مراعاة حقّه ما لم تمض مدة تعطيله وإهماله ثلاث سنين.

(مسألة ٣٥): الظاهر أنه يشترط في التملك بالإحياء قصد التملك، كالتملك بالحيازة، مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ونحوها، فلو حفر بئراً في مغارة بقصد أن يقضي منها حاجته ما دام باقياً لم يملكه، بل لم يكن له إلا حق الأولوية ما دام مقيماً، فإذا ارتحل زالت تلك الأولوية وصارت مباحاً للجميع.

(مسألة ٣٦): الإحياء المفيد للملك: عبارة عن جعل الأرض حية بعد الموتان؛ وإخراجها عن صفة الخراب إلى العمران. ومن المعلوم أن عمارة الأرض: إما يكونها مزرعاً أو بستاناً، وإما يكونها مسكناً وداراً، وإما حظيرة للأغنام والمواشي، أو لحوائج آخر كتجفيف الثمار أو جمع الحطب أو غير ذلك، فلا بد في صدق إحياء الموات من العمل فيه؛ وإنهائه إلى حد صدق عليه أحد العناوين العامة؛ بأن صدق عليه المزرع أو الدار - مثلاً - أو غيرهما عند العرف، ويكفي تحقق أول مراتب وجودها، ولا يعتبر إنهاؤها إلى حد كمالها، وقبل أن يبلغ إلى ذلك الحد وإن صنع فيه ما صنع لم يكن إحياء، بل يكون تحجيراً، وقد مر أنه لا يفيد الملك، بل لا يفيد إلا الأولوية.

تكملة

يختلف ما اعتبر في الإحياء باختلاف العمارة التي يقصدها المحيي، فما اعتبر في إحياء الموات مزرعاً أو بستاناً، غير ما اعتبر في إحيائه مسكناً وداراً، وما اعتبر في إحيائه قناة أو بئراً غير ما اعتبر في إحيائه نهراً وهكذا. ويشترط في الكل إزالة الأمور المانعة عن التعمير، كالمياه الغالبة أو الرمال والأحجار، أو القصب والأشجار لو كانت متأنجة وغير ذلك، ويختص كل منها ببعض الأمور، ونحن نبينها في ضمن مسائل:

(مسألة ١): يعتبر في إحياء الموات داراً أو مسكناً - بعد إزالة الموانع لو كانت - أن يدار عليه حائط بما يعتاد في تلك البلاد؛ ولو كان بخشب أو قصب أو حديد أو غيرها، ويسقف ولو بعضه متى يمكن أن يسكن فيه. ولا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب، ولا يكفي إدارة الحائط بدون التسقيف. نعم، يكفي ذلك في إحيائه حظيرة للغنم وغيره، أو لأن يجفف فيه

الثمار، أو يجمع فيه الحشيش والحطب. ولو بنى حائطاً في الموات بقصد بناء الدار، وقبل أن يسقف عليه بدا له وقصد كونه حظيرة ملكه، كما لو قصد ذلك من أول الأمر، وكذلك ملكه في العكس؛ بأن حوطه بقصد كونه حظيرة فبدا له أن يسقفه ويجعله داراً.

(مسألة ٢) : يعتبر في إحياء الموات مزرعاً - بعد إزالة الموانع - تسوية الأرض؛ لو كانت فيها حفر وتلال مانعة عن قابليتها للزراعة، وترتيب مائها؛ إمّا بشقّ ساقية من نهر، أو حفر قناة لها أو بشر. وبذلك يتم إحياءها ويملكها المحيي، ولا يعتبر في إحيائها حرثها، فضلاً عن زرعها. وإن كانت الأرض ممّا لا تحتاج في زراعتها إلى ترتيب ماء؛ لأنّه يكفيها ماء السماء، كفى في إحيائها إعمال الأمور الأخر عدا ترتيب الماء. وإن كانت مهيأة للزراعة بنفسها؛ بأن لم يكن ليها مانع عنه ممّا ذكر، ولم تحتج إلا إلى سوق الماء، كفى في إحيائها إدارة التراب حولها مع سوق الماء إليها، وإن لم تحتج إلى سوق الماء أيضاً؛ من جهة أنّه يكفيها ماء السماء، كبعض الأراضي السهلة والتلال التي لا تحتاج في زرعها إلى علاج، وقابلة لأن تزرع دميماً، فالظاهر أنّ إحياءها المفيد لتملكها إنّما هو بإدارة المرز حولها مع حرثها وزرعها، بل لا يبعد الاكتفاء بالحرث في تملكها، وأمّا الاكتفاء بالمرز من دون حرثه وزراعة ففيه إشكال. نعم، لا إشكال في كونه تحجيّراً مفيداً للأولوية.

(مسألة ٣) : يعتبر في إحياء البستان كلّ ما اعتبر في إحياء الزرع؛ بزيادة غرس النخيل أو الأشجار القابلة للنمو. ولا يعتبر التحويط حتّى في البلاد التي جرت عاداتهم عليه على الأقوى؛ بل الظاهر عدم اعتبار السقي أيضاً، فمجرّد غرس الأشجار القابلة للنمو كافٍ فيه.

(مسألة ٤) : يحصل إحياء البئر في الموات؛ بأن يحفرها إلى أن يصل إلى الماء، فيملكها بذلك، وقبل ذلك يكون تحجيّراً لا إحياء. وإحياء القناة بأن يحفر الآبار إلى أن يجري ماؤها على الأرض. وإحياء النهر بحفره وإنهائه إلى الماء المباح كالشطّ ونحوه؛ بحيث كان الفاصل بينهما يسيراً كالمرز والمستاة الصغيرة، وبذلك يتم إحياء النهر، فيملكه الحافر. ولا يعتبر فيه جريان الماء فيه فعلاً وإن اعتبر ذلك في تملك المياه.

القول في المشتركات

وهي الطرق والشوارع والمساجد والمدارس والرباطات والمياه والمعادن.

(مسألة ١): الطريق نوعان: نافذ وغير نافذ.

فالأول: - وهو المسمى بالشارع العام - محبوس على كافة الأناس، والناس فيه شرع سواء، وليس لأحد إحياءه والاختصاص به، ولا التصرف في أرضه ببناء دكة أو حائط، أو حفر بئر، أو غرس شجر، أو غير ذلك. نعم، لا يبعد جواز غرس الأشجار وإحداث النهر لمصلحة المارة لو كان الطريق واسعاً جداً، كالشوارع الواسعة المستحدثة في هذه الأعصار. كما أن الظاهر أنه يجوز أن يحفر فيه بالوعة ليجتمع فيها ماء المطر وغيره: لكونها من مصالحه ومرافقه، لكن مع سدّها في غير أوقات الحاجة حفظاً للمستطرقين والمارة. بل الظاهر جواز حفر سرداب تحته إذا أحكم الأساس والسقف: بحيث يؤمن معه من النقص والخسف، وأما التصرف في قضائه بإخراج روشن أو جناح، أو بناء سباط، أو فتح باب، أو نصب ميزاب، ونحو ذلك، فلا إشكال في جوازه إذا لم يضرّ بالمارة، وليس لأحد منعه حتى من يقابل داره داره، كما مرّ في كتاب الصلح.

وأما الثاني: - أعني الطريق غير النافذ المسمى بالسكة المرفوعة، وقد يطلق عليه «الدريّة»، وهو الذي لا يسلك منه إلى طريق آخر أو مباح، بل أحيط بثلاث جوانبه الدور والحيطان والجدران - فهو ملك لأرباب الدور التي أبوابها مفتوحة إليه، دون من كان حائط داره إليه من غير أن يكون بابها إليه، فيكون هو كسائر الأملاك المشتركة، يجوز لأربابه سده وتقسيمه بينهم وإدخال كلّ منهم حصّته في داره، ولا يجوز لأحد من غيرهم بل ولا منهم أن يتصرف فيه ولا في فضائه إلا بإذن من يعتبر إذنه، كما يأتي في المسألة الآتية.

(مسألة ٢): لا يبعد في «الدريّة» أن يشارك الداخل للدخل - إلى قبالة بابيه ممّا هو مرّة - مع ما يتعارف من المرافق المحتاج إليها نوعاً، ولا يبعد أن يشارك الداخل إلى منتهى جدار داره، وينفرد الأدخل بما بعده، ومع تعدّد الشركاء يشارك الأدخل من الجميع معهم، وينفرد بما يكون طريقه الخاص، فيشترك الجميع من أول الدريّة إلى الباب الأول أو منتهى الجدار ثم يشترك فيما عداه ما عدا صاحب الباب الأول، وهكذا تقلّ الشركاء إلى آخر

الزقاق. ولا يبعد اختصاص الآخر بالفضلة التي في آخر الزقاق، فيجوز لمن هو أدخل من الجميع أي تصرف فيما يتفرّد به، بل وفي الفضلة المذكورة. ولا يجوز لغيره التصرف، كإخراج جناح أو روشن، أو بناء ساباط، أو حفر بالوعة أو سرداب، أو نصب ميزاب، وغير ذلك، إلا بإذن شركائه. نعم، لكلّ منهم حق الاستطراق إلى داره من أي موضع من جداره، فلكلّ منهم فتح باب آخر أدخل من بابه الأول أو أسبق؛ مع سدّ الباب الأول وعدمه.

(مسألة ٣) : ليس لمن كان حائط داره إلى الدرية فتح باب إليها إلا بإذن أربابها. نعم، له فتح ثقبه وشباك إليها، وليس لهم منعه؛ لكونه تصرفاً في جداره لا في ملكهم، وهل له فتح باب إليها؛ لا للاستطراق بل لمجرّد الاستضاءة ودخول الهواء؟ الأقرب جوازه، ولصاحب الدرية تحكيم سند المالكية لدفع الشبهة.

(مسألة ٤) : يجوز لكلّ من أرباب الدرية الجلوس فيها، والاستطراق والترّدّ منها إلى داره بنفسه وما يتعلّق به من عياله ودوائه وأضيافه وعائديه وزائريه، وكذا وضع الحطب ونحوه فيها لإدخاله في الدار، ووضع الأحمال والأثقال عند إدخالها وإخراجها من دون إذن الشركاء، بل وإن كان فيهم القصر والمولى عليهم؛ من دون رعاية المساواة مع الباقين.

(مسألة ٥) : الشوارع والطرق العامة وإن كانت معدّة لاستطراق عامّة الناس، ومنفعتهم الأصلية التردّد فيها بالذهاب والإياب، إلا أنّه يجوز لكلّ أحد الانتفاع بها بغير ذلك؛ من جلوس أو نوم أو صلاة وغيرها؛ بشرط أن لا يتضرّر بها أحد على الأحوط، ولم يزاحم المستطرقين ولم يتضيق على المارة.

(مسألة ٦) : لا فرق في الجلوس غير المضرب بين ما كان للاستراحة أو النزهة، وبين ما كان للحرفة والمعاملة إذا جلس في الرحاب والمواضع المشمسة؛ لأنّلا يتضيق على المارة، فلو جلس فيها بأيّ غرض من الأغراض لم يكن لأحد إزعاجه.

(مسألة ٧) : لو جلس في موضع من الطريق ثمّ قام عنه، لمّا كان جلوس استراحة ونحوها بطل حقّه، فجاز لغيره الجلوس فيه، وكذا إن كان لحرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم نيّة العود، فلو عاد إليه بعد أن جلس في مجلسه غيره لم يكن له دفعه، ولو قام قبل استيفاء غرضه ناوياً للعود ففيه ثبوت حقّ له فيه إشكال. نعم، لا يجوز التصرف في بساطه، فلو قام ولو بنيّة العود ورفع بساطه فالظاهر جواز جلوس غيره مكانه.

والاحتياط حسن .

(مسألة ٨) : ثبوت الحق للجالس للمعاملات ونحوها مشكل ، بل الظاهر عدمه ، لكن لا يجوز إزعاجه ما دام فيه ، ولا التصرف في بساطه ، ولا مانع من إشغال ما حوله ولو احتاج إليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين معه . وكذا يجوز له القعود بحيث يمنع من رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، وليس له منعه . لكن الاحتياط حسن ، ومراعاة المؤمن مطلوب .

(مسألة ٩) : يجوز للجالس للمعاملة أن يظل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة بثوب أو بارية ونحوهما ، وليس له بناء دكة ونحوها فيه .

(مسألة ١٠) : إذا جلس في موضع من الطريق للمعاملة في يوم ، فسبقه في يوم آخر شخص آخر وأخذ مكانه ، فليس للأول إزعاجه ومزاحمته .

(مسألة ١١) : إنما يصير الموضع شارعاً عاماً بأمور : الأول : بكثرة التردد والاستطراق ومرور القوافل ونحوها في الأرض الموات ، كالجوادة الحاصلة في البراري والقفار التي يسلك فيها من بلاد إلى بلاد . الثاني : أن يجعل إنسان ملكه شارعاً ومبته تسبيلاً دائماً لسلوك عامة الناس ، وسلك فيه بعض الناس ، فإنه يصير بذلك طريقاً عاماً ، ولم يكن للمسبب الرجوع بعد ذلك . الثالث : أن يحيط جماعة أرضاً مواتاً - قرية أو بلدة - ويتركوا مسلماً نافذاً بين الدور والمساكن ، ويفتحوا إليه الأبواب ، والمراد بكونه نافذاً أن يكون له مدخل ومخرج ؛ يدخل فيه الناس من جانب ، ويخرجون من جانب آخر إلى جادة عامة أو إلى أرض موات .

(مسألة ١٢) : لا حريم للشارع العام لو وقع بين الأملاك ، فلو كانت بين الأملاك قطعة أرض موات عرضها ثلاثة أو أربعة أذرع - مثلاً - واستطرقها الناس حتى صارت جادة ، لم يجب على الملاك توسيعها وإن تضيقت على المارة . وكذا لو سبّل شخص في وسط ملكه أو من طرف ملكه المجاور لملك غيره ثلاثة أو أربعة أذرع - مثلاً - للشارع . وأما لو كان الشارع محدوداً بالموات بطرفيه أو أحد طرفيه فكان له الحريم ، وهو المقدار الذي يوجب إحياءه نقص الشارع من سبعة أذرع على الأحوط ، فلو حدث بسبب الاستطراق شارع في وسط الموات ، جاز إحياء طرفيه إلى حد يبقى له سبعة أذرع ، ولا يتجاوز عن هذا الحد . وكذا لو كان لأحد في وسط المباح ملك عرضه أربعة أذرع - مثلاً - فسبّله شارعاً ، لا يجوز إحياء طرفيه بما لم يبق للطريق سبعة أذرع ، ولو كان في أحد طرفي الشارع أرض مملوكة وفي

الطرف الآخر أرض موات، كان الحريم من طرف الموات. بل لو كان طريق بين الموات، وسبق شخص وأحيا أحد طرفيه إلى حد الطريق، اختص الحريم بالطرف الآخر، فلا يجوز للأخر الإحياء إلى حد لا يبقى للطريق سبعة أذرع، فلو بنى بناءً مجاوزاً لذلك الحد ألزم هو بهدمه وتبعيده دون المحيي الأول.

(مسألة ١٣): إذا استؤجِم الطريق، أو انقطعت عنه المارة، زال حكمه، بل ارتفع موضعه وعنوانه، فجاز لكل أحد إحياءه كالموات؛ من غير فرق في صورة انقطاع المارة بين أن يكون ذلك لعدم وجودهم، أو بمنع قاهر إياهم، أو لهجرهم إياهم واستطراقهم غيره، أو بسبب آخر. نعم، في المسبَل لا يخلو جواز الإحياء من إشكال.

(مسألة ١٤): لو زاد عرض الطريق المملوك عن سبعة أذرع، ففي المسبَل لا يجوز لأحد أخذ ما زاد عليها وإحياءه وتملكه قطعاً. وأمّا غيره ففي جواز إحياء الزائد وعدمه وجهان، أوجههما عدم، إلا إذا كان الزائد مريضاً عنه.

(مسألة ١٥): ومن المشتركات المسجد، وهو من مرافق المسلمين يشترك فيه عامتهم، وهم شرع سواء في الانتفاع به إلا بما لا يناسبه ونهى الشارع عنه، كمكث الجنب فيه ونحوه، فمن سبق إلى مكان منه لصلاة أو عبادة أو قراءة قرآن أو دعاء، بل وتدرّس أو وعظ أو إفتاء وغيرها، ليس لأحد إزعاجه؛ سواء توافقت السابق مع المسبوق في الغرض أو تخالفاً فيه، فليس لأحد بأي غرض كان مزاحمة من سبق إلى مكان منه بأي غرض كان. نعم، لا يبعد تقدّم الصلاة جماعة أو فرادى على غيرها من الأغراض، فلو كان جلوس السابق لغرض القراءة أو الدعاء أو التدريس، وأراد أحد أن يصلّي في ذلك المكان جماعة أو فرادى، يجب عليه تخلية المكان له. نعم، ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يكن اختيار مريد الصلاة في ذلك المكان لمجرد الاقتراح، بل كان إما لانتحاص محلّ الصلاة فيه، أو لغرض راجع ديني كالالتحاق بصفوف الجماعة ونحوه. هذا، ولكن أصل المسألة لا تغلو من إشكال فيما إذا كان جلوس السابق لغرض العبادة - كالدعاء والقراءة - لا لمجرد التزهة والاستراحة، فلا ينبغي فيه ترك الاحتياط للمسبوق بعدم المزاحمة، وللسابق بتخلية المكان له. والظاهر تسوية الصلاة فرادى مع الصلاة جماعة، فلا أولوية للثانية على الأولى، فمن سبق إلى مكان للصلاة منفرداً فليس لمريد الصلاة جماعة إزعاجه لها؛ وإن كان الأولى له تخلية المكان له

إذا وجد مكان آخر له، ولا يكون متاعاً للخير عن أخيه.

(مسألة ١٦): لو قام الجالس السابق وفارق المكان رافعاً يده منه معرضاً عنه، بطل حقه على فرض ثبوت حقه له وإن بقي رحله، فلو عاد إليه وقد أخذته غيره ليس له إزعاجه. نعم، لا يجوز التصرف في بساطه ورحله. وإن كان ناوياً للعود، فإن كان رحله باقياً بقي حقه لو قلنا بثبوت حقه له، ولكن لا يجوز التصرف في رحله على أي حال، وإلا فالظاهر سقوط حقه على فرض ثبوته، لكن ثبوت حقه في أمثال ذلك مطلقاً لا يخلو من تأمل وإن يظهر منهم التسالم عليه في خصوص المسجد، والأحوط عدم إشغاله، خصوصاً إذا كان خروجه لضرورة، كتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو قضاء حاجة ونحوها.

(مسألة ١٧): الظاهر أن وضع الرحل مقدّمة للجلوس كالجلوس في إقامة الأولوية؛ لكن إن كان ذلك بمثل فرش سجادة ونحوها ممّا يشغل مقدار مكان الصلاة أو معظمه، لا بمثل وضع تربة أو سبحة أو مسواك وشبهها.

(مسألة ١٨): يعتبر أن لا يكون بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان؛ بحيث استلزم تعطيل المكان، وإلا لم يفد حقاً، فجاز لغيره أخذ المكان قبل مجيئه؛ ورفع رحله والصلاة مكانه إذا شغل المحل بحيث لا يمكن الصلاة فيه إلا برفعه، والظاهر أنّه يضمنه الراجع إلى أن يوصله إلى صاحبه. وكذا الحال فيما لو فارق المكان معرضاً عنه مع بقاء رحله فيه.

(مسألة ١٩): المشاهد كالمساجد في جميع ما ذكر من الأحكام، فإن المسلمين فيها شرع سواء؛ سواء العاكف فيها والباد، والمجاور لها والمتحمّل إليها من بعد البلاد. ومن سبق إلى مكان منها لزيارة أو صلاة أو دعاء أو قراءة، ليس لأحد إزعاجه، وهل للزيارة أولوية على غيرها، كالصلاة في المسجد بالنسبة إلى غيرها لو قلنا بأولويتها؟ لا يخلو من وجه، لكنّه غير وجيه، كأولوية من جاء إليها من البلاد البعيدة بالنسبة إلى المجاورين؛ وإن كان ينبغي لهم مراعاتهم، وحكم مفارقة المكان ووضع الرحل ويقانه كما سبق في المساجد.

(مسألة ٢٠): ومن المشتركات المدارس بالنسبة إلى طالب العلم، أو الطائفة الخاصة منهم إذا خصّها الواقف بصنف خاص، كما إذا خصّها بصنف العرب أو المعجم أو طالب العلوم الشرعية أو خصوص الفقهاء مثلاً. فمن سبق إلى سكنى حجرة منها فهو أحقّ بها ما لم يفارقها معرضاً عنها وإن طالّت مدة السكنى، إلا إذا اشترط الواقف له مدة معيّنة، كتلات سنين مثلاً.

فيلزمه الخروج بعد انقضاءها بلا مهلة وإن لم يؤمر به، أو شرط اتصافه بصفة فزالت عنه تلك الصفة، كما إذا شرط كونه مشغولاً بالتحصيل أو التدريس، فطراً عليه العجز لمرض أو هرم ونحو ذلك.

(مسألة ٢١): لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجة معتادة، كشرائه مأكول أو مشروب أو كسوة ونحوها قطعاً وإن لم يترك رحله، ولا يلزم تخليف أحد مكانه، بل ولا بالأسفار المتعارفة المعتادة، كالرواح للزيارة أو لتحصيل المعاش أو للمعالجة مع نية العود وبقاء متاعه ورحله؛ ما لم تطل المدة إلى حد لم يصدق معه السكنى والإقامة عرفاً، ولم يوجب تعطيل المحل زائداً على المتعارف، ولم يشترط الواقف لذلك مدة معينة، كما إذا شرط أن لا يكون خروجه أزيد من شهر أو شهرين مثلاً، فيبطل حقه لو تعدى زمن خروجه عن تلك المدة.

(مسألة ٢٢): من أقام في حجرة منها من يستحق السكنى بها، له أن يمنع من أن يشاركه غيره إذا كان المسكن معداً لواحد؛ إما بحسب قابلية المحل، أو بسبب شرط الواقف، ولو أعد لما فوقه لم يكن له منع غيره إلا إذا بلغ العدد الذي أعد له، فللسكنة منع الزائد.

(مسألة ٢٣): يلحق بالمدارس الرباطات، وهي المواضع المبنية لسكنى الفقراء، والملاحظ فيها غالباً للقرى، فمن سبق منهم إلى إقامة بيت منها كان أحق به، وليس لأحد إزعاجه. والكلام في مقدار حقه، وما به يبطل حقه، وجواز منع الشريك وعدمه فيها، كما سبق في المدارس.

(مسألة ٢٤): ومن المشتركات المياه، والمراد بها مياه الشطوط والأنهار الكبار، كدجلة والفرات والتيل أو الصفار التي لم يجرها أحد، بل جرت بنفسها من العيون أو السيول أو ذوبان الثلوج، وكذلك العيون المتفجرة من الجبال أو في أراضي السوات، والمياه المجتمعة في الوهاد من نزول الأمطار، فإن الناس في جميع ذلك شرع سواء، ومن حاز منها شيئاً بآنية أو مصنع أو حوض ونحوها ملكه، وجرى عليه أحكام الملك؛ من غير فرق بين المسلم والكافر. وأما مياه العيون والآبار والقنوات التي حفرها أحد في ملكه أو في الموات بقصد تملك مائها، فهي ملك للحافر كسائر الأملاك، لا يجوز لأحد أخذها والتصرف فيها إلا بإذن المالك، هذا بعض التصرفات التي مَرَّ بيانها في كتاب الطهارة، ويتقل إلى غيره بالنواقل

الشرعية؛ قهرية كانت كالإرث، أو اختيارية كالبيع والصلح والهبة وغيرها.

(مسألة ٢٥): إذا شق نهرًا من ماء مباح كالشطّ ونحوه، ملك ما يدخل فيه من الماء، ويجري عليه أحكام الملك كالماء المحوز في آنية ونحوها، وتنبت ملكية الماء ملكية النهر، فإن كان النهر لواحد ملك الماء بالتمام. وإن كان لجماعة ملك كلّ منهم من الماء بمقدار حصّته من ذلك النهر، فإن كان لواحد نصفه ولآخر ثلثه وثلث سدسه ملكوا الماء بثلث النسبة وهكذا، ولا يتبع مقدار استحقاق الماء مقدار الأراضي التي تسقى منه، فلو كان النهر مشتركاً بين ثلاثة أشخاص بالتساوي، كان لكلّ منهم ثلث الماء، وإن كانت الأراضي التي تسقى منه لأحدهم ألف جريب، ولآخر جريباً، ولآخر نصف جريب، فيصرفان ما زاد على احتياج أرضهما فيما شاءا. بل لو كان لأحدهما رحيّ يدور به ولم يكن له أرض أصلاً يساوي مع كلّ من شريكه في استحقاق الماء.

(مسألة ٢٦): إنّما يملك النهر المتصل بالمباح بحفره في الموات بقصد إحيائه نهرًا، مع ثبوت تملكه إلى أن يوصله بالمباح، كما مرّ في إحياء الموات، فإن كان الحافر واحداً ملكه بالتمام، وإن كان جماعة كان بينهم على قدر ما عملوا، فمع التساوي بالتساوي، ومع التفاوت بالتفاوت.

(مسألة ٢٧): لما كان الماء الذي يفيضه النهر المشترك بين جماعة مشتركاً بينهم، كان حكمه حكم سائر الأموال المشتركة، فلا يجوز لكلّ واحد منهم التصرف فيه وأخذ السقاية به. إلّا بإذن باقي الشركاء، فإن لم يكن بينهم تعاسر وبيع كلّ منهم سائر شركائه أن يقضي منه حاجته في كلّ وقت وزمان فلا بحث. وإن وقع بينهم تعاسر فإن تراضوا بالتناوب والمهاياة بحسب الساعات أو الأيام أو الأسابيع مثلاً - فهو، وإلا فلا محيص من تقسيمه بينهم بالأجزاء؛ بأن توضع على فم النهر خشبة أو صخرة أو حديدة ذات ثقب متساوية السعة حتى يتساوى الماء الجاري فيها، ويجعل لكلّ منهم من الثقب بمقدار حصّته، ويجري كلّ منهم ما يجري في الثقب المختصّة به في ساقية تختصّ به، فإذا كان بين ثلاثة وسهامهم متساوية فإن كانت الثقب ثلاثاً متساوية جعلت لكلّ منهم ثقب، وإن كانت ستاً جعلت لكلّ منهم ثقبين، وإن كانت سهامهم متفاوتة تجعل الثقب على أقلّهم سهماً، فإذا كان لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه وثلث سدسه، جعلت الثقب ستاً: ثلاث منها للذي النصف، واثنين للذي الثلث، وواحدة

لذي السدس وهكذا، وبعد ما أفرزت حصّة كلّ منهم من الماء يصنع بمائه ما شاء.

(مسألة ٢٨): الظاهر أنّ القسمة بحسب الأجزاء قسمة إجبار، فإذا طلبها أحد الشركاء يجبر الممتنع منهم عليها، وهي لازمة ليس لأحدهم الرجوع عنها بعد وقوعها. وأمّا المهايأة فهي موقوفة على التراضي، وليست بلازمة، فلبعضهم الرجوع عنها حتّى فيما إذا استوفى تمام نوبته ولم يستوف الآخر نوبته؛ وإن ضمن حينئذٍ مقدار ما استوفاه بالمثل مع إمكانه، وإلاّ فبالقيمة.

(مسألة ٢٩): إذا اجتمعت أملاك على ماء مباح من عين أو وادٍ أو نهر ونحوها؛ بأن أحيائها أشخاص عليه ليسقوها منه بواسطة السواقي أو الدوالي أو النواوير أو المكائن المتداولة في هذه الأعصار، كان للجميع حقّ السقي منه، فليس لأحد أن يشقّ نهراً فوقها يقبض الماء كلّهُ أو ينقصه عن مقدار احتياج تلك الأملاك. وحينئذٍ فإنّ وفي الماء لسقي الجميع من دون مزاحمة في البين فهو، وإن لم يف وقع بين أربابها - في التقدّم والتأخّر - التشاخّ والتعاسر يقدّم الأسبق فالأسبق في الإحياء إن علم السابق، وإلاّ يقدّم الأصلي فالأعلى والأقرب فالأقرب إلى فوهة الماء وأصله، فيقبض الأعلى حاجته، ثمّ يرسله إلى ما يليه وهكذا، لكن لا يزيد للثخل عن الكعب أي قبة القدم على الأحوط وإن كان الجواز إلى أوّل الساق لا يخلو من قوّة، وللشجر عن القدم، وللزروع عن الشراك.

(مسألة ٣٠): الأنهار المملوكة المنشقّة من الشطوط ونحوها؛ إذا وقع التعاسر بين أربابها؛ بأن كان الشطّ لا يفي في زمان واحد بإملاء جميع تلك الأنهار، كان حالها كحال اجتماع الأملاك على الماء المباح المتقدّم في المسألة السابقة، فالأحقّ ما كان شقّه أسبق ثمّ الأسبق. وإن لم يعلم الأسبق فالمدار هو الأعلى فالأعلى، فيقبض الأعلى ما يسعه ثمّ ما يليه وهكذا.

(مسألة ٣١): لو احتاج النهر المملوك المشترك بين جماعة إلى تنقية أو حفر أو إصلاح أو سدّ خرق ونحو ذلك، فإن أقدم الجميع على ذلك كانت المؤونة على الجميع بنسبة ملكهم للنهر؛ سواء كان إقدامهم بالاختيار أو بالإجبار من حاكم قاهر جائر أو بإلزام من الشرع. كما إذا كان مشتركاً بين المولّى عليهم ورأى الوليّ المصلحة الملزمة في تعميره مثلاً. وإن لم يقدم إلّا البعض لم يجبر الممتنع، وليس للمقدمين مطالبة بحصّته من المؤونة ما لم يكن إقدامهم بالتماس منه وتمهّده ببذل حصّته. نعم، لو كان النهر مشتركاً بين القاصر وغيره، وكان إقدام

غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر إما لعدم اقتداره بدونه، أو لغير ذلك، وجب على ولي القاصر مراعاة لمصلحته تشريكه في التعمير وبذل المؤونة من ماله بمقدار حصته.

(مسألة ٣٢): ومن المشتركات المعادن، وهي إما ظاهرة، وهي ما لا تحتاج في استخراجها والوصول إليها إلى عمل ومؤونة، كالملح والقيز والكبريت والموميا والكحل والنفط؛ إذا لم يحتاج كل منها إلى الحفر والعمل المعتد به. وإما باطنة، وهي ما لا تظهر إلا بالعمل والعلاج، كالذهب والفضة والنحاس والرصاص. وكذا النفط إذا احتاج في استخراجها إلى حفر آبار كما هو المعمول غالباً في هذه الأعصار. فأما الظاهرة: فهي تملك بالحيازة بالإحياء، فمن أخذ منها شيئاً ملك ما أخذه قليلاً كان أو كثيراً وإن كان زائداً على ما يعتاد لمثله وعلى مقدار حاجته، ويبقى الباقي مما لم يأخذه على الاشتراك ولا يختص بالسابق في الأخذ، وليس له على الأحوط أن يحوز مقدراً يوجب الضيق والمضارة على الناس. وأما الباطنة: فهي تملك بالإحياء؛ بأن ينهي العمل والتقب والحفر إلى أن يبلغ نيلها، فيكون حالها حال الآبار المحفورة في الموات لأجل استنباط الماء. وقد مر أنها تملك بحفرها حتى يبلغ الماء ويملك يتبعها الماء، ولو عمل فيها عملاً لم يبلغ به نيلها، كان تحجيراً أفاد الأحقية والأولوية دون الملكية.

(مسألة ٣٣): إذا شرع في إحياء معدن ثم أهمله وعطله، أُجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنه، ولو أبدى عذراً أنظر بمقدار زوال عذره، ثم ألزم على أحد الأمرين، كما سبق ذلك كله في إحياء الموات.

(مسألة ٣٤): لو أحيا أرضاً مزرعاً أو مسكناً - مثلاً - فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها؛ سواء كان عالمياً به حين إحيائها أم لا.

(مسألة ٣٥): لو قال رب المعدن لآخر: «اعمل فيه ولك نصف الخارج» مثلاً، بطل إن كان بعنوان الإجارة، وصح لو كان بعنوان الجمالة.

كتاب اللقطة

وهي بمعناها الأعم^(١): كل مال ضائع عن مالكه ولم يكن يد عليه، وهي إما حيوان، أو غير حيوان:

كتاب اللقطة

و ليعلم أنه يبحث في هذا الكتاب عن العناوين التالية: الضالة، اللقطة، اللقيط، المعرض عنها، المتروكة، المجهول مالكة، والمصاديق المشكوكة للقطعة، كالمداس المتبدل، والمال المأخوذ بالنسبة إلى الأمر بأخذه، والآخذ له نيابة عن الغير.

(١) هي على وزن هُمْزَة وَلَمْزَة، و قري بسكون القاف أيضاً، ونقل عن بعض أنها على وزن همزة بمعنى الملتقط، وبسكون القاف بمعنى الملقوط،^١ وهو نادر، ولا حقيقة لها شرعية ولا متشرعية، والدليل على مشروعيتها أخذها الإجماع وعدة من الأخبار: منها: صحيح الحلبي: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني وجدت شاة؟ فقال ﷺ: «هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»، فقال: إني وجدت بعيراً، فقال: «معه حداؤه وسقاؤه، حداؤه خفه، وسقاؤه كرشه، فلاتهجه»^٢.

و المراد بقوله ﷺ: «هي لك» - بقرينة منعه عن أخذ البعير - أنها إن أخذتها كان لك، وإن تركتها كان الملتقط آخر، وإلا كان للذئب.

١. راجع المصباح المنير: ٥٥٧: مجمع البحرين ٤: ٢٧١، مادة «لقط».

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٧، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ١.

القول في لقطة الحيوان

وهي المسماة بالضالة.

(مسألة ١): إذا وجد الحيوان في العمران لا يجوز أخذه^(١) ووضع اليد عليه أي حيوان كان، لمن أخذه ضمنه، ويجب عليه حفظه من التلف والإتفاق عليه بما يلزم، وليس له الرجوع على صاحبه بما أتفق. نعم، إن كان شاة حبسها ثلاثة أيام^(٢)، فإن لم يأت صاحبها باعها وتصدق بضمنها، والظاهر ضمانها^(٣) لو جاء صاحبها ولم يرض بالتصدق، ولا يبعد جواز حفظها^(٤) لصاحبها أو دفعها إلى الحاكم أيضاً.....

في اللقطة: في لقطة الحيوان

(١) على المشهور؛ لعدم ثبوت الإذن في أخذه مالكية أو شرعية، فيكون الاستيلاء غصباً، ويطرئ عليه أحكامه، وإطلاق أدلة اللقطة منصرف عن المورد.

(٢) لخبر ابن أبي يعفور: في رجل أصاب شاة، قال عليه السلام: «فأمرته أن يحبسها ثلاثة أيام و يسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها، وإلا باعها، وتصدق بضمنها»^١.

وضعه منجبر بفتوى الأصحاب، وإطلاقه مقيّد بالعمران بالنصوص المعتبرة الدالة على أن حكم المأخوذ في الفلاة يغيره.

(٣) لا تعرض له في الخبر المزبور، وحيث إن مقتضى الأصل وظاهر الأصحاب حرمة الأخذ، ولا دلالة في الخبر على جوازه؛ لأنه مسوق لبيان الحكم بعد فرض الأخذ، إذاً فهو ضامن لنفس العين قبل التصديق وضمنها بعده، مضافاً إلى دلالة الأدلة على الضمان بعد التصديق في المأخوذ في الفلاة، فهنا أولى.

(٤) إذ هو إحسان إلى المالك، وهو مقتضى القاعدة في الأموال المجهول مالكيها، والخبر السابق لا ينفيه.

ولو كان الحيوان^(٥) في معرض الخطر لمرض أو غيره جاز له أخذه من دون ضمان، ويجب عليه الإنفاق عليه، وجاز له الرجوع بما أنفق على مالكه لو كان إنفاقه عليه بقصد الرجوع عليه، وإن كان له منفعة من ركوب أو حمل عليه أو لبن ونحوه، جاز له استيفائها واحتسابها بإزاء ما أنفق، ويرجع إلى صاحبه إن كانت النفقة أكثر، ويؤدي إليه الزيادة إن زادت المنفعة عنها.

(مسألة ٢): بعد ما أخذ الحيوان في العمران وصار تحت يده، يجب عليه الفحص^(٦) عن صاحبه^(٧) في صورتي جواز الأخذ وعدمه، فإذا ينس من صاحبه تصدق به أو بشئته كثيره من مجهول المالك.

(مسألة ٣): ما يدخل في دار الإنسان من الحيوان - كالدجاج والحمام مثلاً - لم يعرف صاحبه - الظاهر خروجه عن عنوان اللقطة، بل هو داخل في عنوان مجهول المالك، فيفتحص عن صاحبه وعند اليأس منه يتصدق به. والفحص اللازم هو المتعارف في أمثال ذلك: بأن يسأل من الجيران والقريبة من الدور والعمران، ويجوز تملك مثل الحمام^(٨)

(٥) أي إذا كان في العمران وكان غير الشاة، وجواز الأخذ حينئذ لكونه حسبة و إحساناً إلى المالك «وما على المحسنين من سبيل»^١.

(٦) لكونه من مجهول المالك، وسيأتي حكمه في المسألة الرابعة من لقطة غير الحيوان.

(٧) لما سيأتي في المسألة الرابعة من لقطة غير الحيوان.

(٨) لصحيح البرزطي: عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة، وهو مستوي الجناحين، وهو يعرف صاحبه، أيحل له إمساكه؟ فقال عليه السلام: «إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له»^٢.

١. إشارة إلى الآية ٩٣ من سورة التوبة (٩).

٢. وسائل الشيعية ٢٥: ٤٦١، كتاب اللقطة، الباب ١٥، الحديث ١.

إذا ملك جناحيه ولم يعلم أن له صاحباً، ولا يجب الفحص، والأحوط^(٩) فيما إذا علم أن له مالكاً - ولو من جهة آثار اليد - أن يعامل معه معاملة مجهول المالك.

(مسألة ٤): ما يوجد من الحيوان في غير العمران من الطرق والشوارع والمفاوز والصحاري والبراري والجبال والآجام ونحوها؛ إن كان مما يحفظ نفسه بحسب العادة من صغار السباع مثل الثعالب وابن أوى والذئب والضبع ونحوها؛ إما لكبر جشته كالبعير، أو لسرعة عدوه كالفرس والغزال، أو لقوته وبطشه كالجاموس والثور، لا يجوز أخذه^(١٠) ووضع اليد عليه إذا كان في كلاً وماء، أو كان صحيحاً يقدر على تحصيل الماء والكلاء. وإن كان مما تغلب عليه صغار السباع كالشاة وأطفال البعير والدواب جاز أخذه^(١١)، فإذا أخذه عرّفه على الأحوط في المكان الذي أصابه وحواليه إن كان فيه أحد، فإن عرف صاحبه ردّه إليه، وإلا كان له تملكه وبيعه وأكله مع الضمان لمالكه لو وجد، كما أن له إبقائه^(١٢).

(٩) لعل الاحتياط من جهة أن دلالة آثار اليد على الملكية ضعيفة؛ إذ يمكن أن يكون من المباحات مثلاً، والتصرف وقع بدون قصد التملك، وإلا لخالف هذا الفرع أول المسألة. (١٠) لصحيح الحلبي و هشام و معاوية: في البعير الضال: «خفه حذاؤه، و كرشه سقاؤه، خلّ عنه»^١.

مع أن مقتضى القاعدة مع قدرته على الامتناع من العدو و تحصيل القوت عدم جواز التصرف، والظاهر أنه لا فرق بين البعير وغيره مع تحقق ملاك الحكم.

(١١) لخبر علي بن جعفر في من أصاب شاة في الصحراء: «فخذها و عرّفها حيث أصبتها، فإن عرفت لردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكّلها، و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه»^٢.

و الخبر ضعيف إلا أنه مطابق للاحتياط.

(١٢) لأنه إحسان إلى المالك قطعاً، و «ما على المحسنين من سبيل»^٣.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٩، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٥.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٩، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٧.

٣. اقتباس من الآية ٩١ من سورة التوبة (٩).

وحفظه لمالكه، ولا ضمان عليه.

(مسألة ٥): لو أخذ البعير ونحوه في صورة لا يجوز له أخذه ضمنه، ويجب عليه^(١٣)

الإتفاق عليه، وليس له الرجوع بما أنفق على صاحبه وإن كان من قصده الرجوع عليه، كما مرّ فيما يؤخذ من العمران.

(مسألة ٦): إذا ترك الحيوان صاحبه وسرحه في الطرق أو الصحاري والبراري، فإن كان بقصد الإعراض^(١٤) عنه جاز لكل أحد أخذه وتملكه، كما هو الحال في كل مال أعرض عنه صاحبه. وإن لم يكن بقصد الإعراض، بل كان من جهة العجز عن إنفاقه، أو من جهة جهد الحيوان وكلاله - كما يتفق كثيراً أنّ الإنسان إذا كَلَّت دابّته في الطرق والمفاوز، ولم يتمكن من الوقوف عندها، يأخذ رحلها أو سرجها ويسرحها ويذهب - فإن تركه في كلاً وماء وأمن ليس لأحد أن يأخذه^(١٥)، فلو أخذه كان خاصياً ضامناً له، وإن أرسله بعد ما أخذه لم يخرج من الضمان^(١٦). وفي وجوب حفظه والإتفاق عليه وعدم الرجوع على صاحبه، ما مرّ فيما يؤخذ في العمران. وإن تركه في خوف وعلى غير ماء وكلاً جاز أخذه،

(١٣) أمّا الضمان فللقاعدة الهد، وأمّا عدم الرجوع فلهنكته احترام ماله.

(١٤) للقطع بجواز التصرف حينئذ، سواء قلنا بأنّ الإعراض مخرج عن الملكية، أم لم نقل.

في الحيوان الذي تركه صاحبه

(١٥) لعموم حرمة التصرف في مال الغير، ولعتبر السكوني: في رجل ترك دابّته من

جهد، فقال ﷺ: «إن كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له، يأخذها حيث أصابها»^١ ومثله خير مسمع^٢.

(١٦) إذ الترك ليس تأدية للمالك المعني بها الضمان.

١. وسائل الشريعة ٤: ٥٨٨، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٤.

٢. وسائل الشريعة ٤: ٥٨٨، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٣.

وهو للأخذ^(١٧) إذا تملكه .

(مسألة ٧) : إذا أصاب دابة، وعلم بالقرائن أنَّ صاحبها قد تركها، ولم يدر أنه قد تركها بقصد الإعراض أو بسبب آخر، كانت بحكم الثاني^(١٨)، فليس له أخذها وتملكها إلا إذا كانت في مكان خوف بلاماء ولا كلاً.

(مسألة ٨) : إذا أصاب حيواناً في غير العمران، ولم يدر أنَّ صاحبه قد تركه بأحد النحوين، أو لم يتركه بل ضاعه أو شرد عنه، كان بحكم الثاني من التفصيل المتقدم، فإن كان مثل البعير لم يجز أخذه وتملكه، إلا إذا كان غير صحيح ولم يكن في ماء وكلاً، وإن كان مثل الشاة جاز أخذه مطلقاً.

(١٧) لمعتبر ابن سنان: في بعير في فلاة كلت، وسيبها صاحبها، فأخذها غيره فأحيها: «فهى له ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح»^١ ومثله الحديث الثالث.^٢

ومعتبر السكوني: «وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء، فهى لمن أصابها»^٣.

(١٨) لأصالة عدم الإعراض، فيترتب عليه حكمه، ونظيره المسألة الآتية، فتجري فيها أصالة عدم قصد الترك، فيتحقق موضوع الضالة؛ لأنها المهجورة عن المالك بلا قصد تركها، إذا فلا يشمل المورد خبر ابن سنان الماضي، لكونه ظاهراً في تسبب المال وتركها.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٣.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة، الباب ١٣، الحديث ٤.

القول في لقطة غير الحيوان

وهي التي يطلق عليها «اللقة» عند الإطلاق، واللقة بالمعنى الأخص. ويعتبر فيها عدم معرفة المالك، فهي قسم من مجهول المالك، لها أحكام خاصة.

(مسألة ١): يعتبر فيها الضياع عن المالك، فما يؤخذ من بد الغاصب والسارق ليس من اللقة؛ لعدم الضياع عن مالكه، بل لا بد في ترتيب أحكامها من إحراز الضياع ولو بشاهد الحال، فالمداس المتبدل بمداسه في المساجد ونحوها، يشكل ترتيب أحكام اللقة عليه، وكذا الثوب المتبدل بثوبه في الحمام ونحوه؛ لاحتمال تعمد^(١) المالك في التبديل، ومعه يكون من مجهول المالك، لا من اللقة.

(مسألة ٢): يعتبر في صدق اللقة وثبوت أحكامها الأخذ والالتقاط، فلو رأى غيره شيئاً وأخبر به فأخذه كان حكمها على الآخذ، دون الرائي وإن تسبب منه، بل لو قال ناولنيه، فنوى المأمور الأخذ لنفسه، كان هو الملتقط دون الأمر، ولو أخذه لا لنفسه وناوله إياه، ففي كون الأمر ملتقطاً إشكال، فضلاً عن أخذه بأمره ونيايته من دون أن يناوله إياه.

(مسألة ٣): لو رأى شيئاً مطروحاً على الأرض فأخذه بظن أنه ماله، فبين أنه ضائع عن غيره، صار بذلك لقطة وعليه حكمها. وكذا لو رأى مالاً ضائعاً فتحاه بعد أخذه من جانب إلى آخر. نعم، لو دفعه برجله أو بيده من غير أخذ ليمتزه، فالظاهر عدم صيرورته بذلك ملتقطاً، بل ولا ضائعاً؛ لعدم صدق اليد والأخذ.

(مسألة ٤): المال المجهول المالك غير الضائع لا يجوز أخذه ووضع اليد عليه، فإن أخذه كان غاصباً ضائعاً إلا إذا كان في معرض التلف، فيجوز بقصد الحفظ^(٢)، ويكون

لقطة غير الحيوان

(١) في التعليل نظر؛ لأن شبهة صدق عنوان اللقة باقية حتى مع العلم باشتباه الآخذ، إلا أن هذه شبهة مفهومية، وما ذكره شبهة مصداقية.

(٢) فإنه إحسان إلى المالك، فلا بأس به.

حيثُ في يده أمانة شرعية، ولا يضمن إلا بالتعمدي أو التفريط. وعلى كل من تقديري جواز الأخذ وعدمه لو أخذه يجب عليه الفحص^(٣) عن ماله إلى أن ينس من الظفر به، وعند ذلك يجب عليه أن يتصدق^(٤) به أو بشئ، ولو كان مما يمرض عليه الفساد ولا يبقى بنفسه يبيعه أو يقومه^(٥) ويصرفه، والأحوط أن يكون البيع.....

(٣) لتوقف الأداء الواجب على ذلك، ولدلالة عدّة من الأخبار عليه في أبواب متفرقة، وحيث إن وجوبه مقدّم للرد إلى المالك، فيسقط مع اليأس.

(٤) على المشهور؛ لصحيح يونس: «فيمه و تصدّق بشئ»^١.

و معتبر داود: «فأذهب فاقسمه في إخوانك، و لك الأمن ممّا خفت منه»^٢.

و مقتضى الجمع بينهما التخيير بين التصدّق بنفسه و التصدّق بشئ، ولما ورد من وجوب التصدّق بما يجتمع عند الصيّاعين من أجزاء النّفدين و التصدّق بغلّة الوقف المجهول ماله و غير ذلك.

ثم إن في رواية حفص الواردة في من أودعه اللصوص دراهم لزوم إجراء حكم اللقطة على مجهول المالك، ففيها: «كان في يده بمنزلة اللقطة فيعرفها حوّلًا، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، و إلا تصدّق بها، فإن جاء طالبها... و اختار الغرم، غرم له»^٣.

و عليه، فيفترق عن قول المشهور في المجهول المالك في أمرين: غاية الفحص و جواز التملك بعد السنة، لكن يمكن حملها على خصوص ما أخذ من القاصب حسبة للمالك بعنوان الوديعة أو العارية أو نحوهما.

(٥) لمعتبر السكوني: عن سفرة وجدّت في الطريق مطروحة، كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها، و فيها سكين؟ فقال ﷺ: «يقوم ما فيها، ثم يؤكل؛ لأنّه يفسد، و ليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»^٤، والتعليل يقيد العموم لو ادّعى كون مورده اللقطة.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٠، كتاب اللقطة، الباب ٧، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٥٠، كتاب اللقطة، الباب ٧، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٦٤، كتاب اللقطة، الباب ١٨، الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٨، كتاب اللقطة، الباب ٢٣، الحديث ١.

يأذن الحاكم^(٦) مع الإمكان، ثم بعد اليأس عن الظفر بصاحبه يتصدق بالثمن.

(مسألة ٥) : كل مال غير الحيوان أحرز ضياعه عن مالكه المجهول ولو بشاهد الحال - وهو الذي يطلق عليه اللفظة كما مر - يجوز أخذه والتقاطه على كراهة^(٧)، وإن كان المال الضائع في الحرم - أي حرم مكة زادها الله شرفاً وتعظيماً - اشتدت كراهة^(٨) التقاطه، بل لا ينبغي ترك الاحتياط بتركه.

(٦) لأنه ولي الغائب و المرجع في كل أمر. ينبغي الرجوع فيه إلى ولي أمر المسلمين. إلا أن سكوت الأخبار الأمرة بالتصدق عن الرجوع إليه يخرج المورد عن تلك الكلية.

(٧) بلا خلاف منّا في جواز الأخذ، وكذا كراهته، أما الجواز فلظهور أكثر أخبار الباب في ذلك بحيث يعلم كونه مفروغاً عنه عند السائل والمسؤول عنه، كصحيح الحلبي: «اللفظة يجدها الرجل ويأخذها؟ قال ﷺ: «يعرفها سنة»^١.

و أما الكراهة فلعدة من الأخبار:

ومنها: صحيح الحلبي أيضاً ﷺ: «كان علي بن الحسين عليه السلام يقول لأهله: لا تمسوها»^٢.

وصحيح ابن مسلم: «لا ترفعوها، فإن ابتليت فعرّفها سنة»^٣.

والنهي محمول على الكراهة بقرينة ما ذكر، أو على صورة الأكل تعدياً؛ لخبر جراح: «الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها»^٤ مع أن الأخذ بقصد الأكل مطلقاً حرام، و بقصد نفع المالك ولو بالطريق الذي عيّنه الشارع إحسان، وهو المفروض، فيكون جائزاً.

(٨) لخبر ابن حمزة: في من وجد ديناراً في الحرم: «بش ما صنع، ما كان ينبغي له أن

يأخذ»^٥.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤١، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٠، كتاب اللقطة، الباب ١، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٣.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٤.

٥. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦٣، كتاب اللقطة، الباب ١٧، الحديث ٢.

(مسألة ٦): اللقطة إن كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها^(٩) في الحال من دون تعريف وفحص عن مالها، ولا يملكها قهراً^(١٠) بدون قصد التملك على الأقوى، فإن جاء مالها بعد ما التقطها دفعها إليه^(١١) مع بقائها وإن تملكها على الأحوط لو لم يكن الأقوى،

في اللقطة: في ما إذا كانت أقل من الدرهم أو أكثر

(٩) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^١ عليه الإجماع؛ لمرسل محمد المنجبر بالشهرة و الإجماع: «و ما كان دون الدرهم فلا يعرف»^٢.

و مرسل الصدوق^٣: «و إن كانت اللقطة دون درهم فهي لك لا تعرفها»^٤. ولعله يفهم أيضاً من صحيح حرير: «لا بأس بلقطة المصى، و الشِطَاط و الوند و العبل و العقال و أشباهه... ليس لهذا طالب»^٥؛ إذ الظاهر أن عدم البأس و عدم طلب مالها لها لقلّة ماليتها غالباً بحيث لا تبلغ الدرهم.

(١٠) فإنّ الملكية التهرية غير مهيّدة في الشرع إلا في موارد نادرة، كالإرث، تثبت بدليل خاص، و الأصل عدمها، و المرسل عن النبي^ﷺ: «هي لك»^٦ لم يثبت حجّيته.

(١١) هذا خلاف الأصل بعد التملك، فاللازم إمّا القول بعدم حصول الملك بالأخذ، بل بإباحة التصرف، أو التمسك بإطلاق خبر أبي بصير: «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتّى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»^٧.

و الحكم بجبران ضعف السند بعمل عدّة من الأصحاب.

١. الخلاف ٣: ٥٨٢ / مسألة ١٧، غنية الزوج ٢: ٣٠٣؛ تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٦؛ ط قدیم، رياض المسائل ١٤: ١٦٦؛

جواهر الكلام ٣٨: ٢٧٨

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٦، كتاب اللقطة، الباب ٤، الحديث ١.

٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٣، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٩.

٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٦، كتاب اللقطة، الباب ١٢، الحديث ١.

٥. تقدّم تخريجهم في الصفحة: ٦٧٨.

٦. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٧، كتاب اللقطة، الباب ٤، الحديث ٢.

وإن كانت تالفة لم يضمنها^(١٢) الملتقط، وليس عليه عوضها إن كان بعد التملك، وكذا قبله إن تلفت من غير تفریط منه. وإن كانت قيمتها درهماً أو أزيد وجب عليه تعريفها^(١٣) والفحص عن صاحبها، فإن لم يظفر به، فإن كانت لقطة الحرم تخير بين أمرين^(١٤): التصدق بها مع الضمان كاللقطة في غير الحرم، أو إبقاؤها وحفظها لمالكها فلا ضمان عليه، وليس له تملكها. وإن كانت لقطة غير الحرم تخير بين أمور ثلاثة^(١٥): تملكها، والتصدق بها، مع

(١٢) لأصالة عدم اشتغال الذمة بعد كون التصرف مباحاً، وأمّا الضمان قبل التملك فلقاعدته البديهة.

(١٣) بلا إشكال في المسألة: لعدة روايات.

منها: صحيح الحلبي: واللّقة يجدها الرجل ويأخذها؟ قال لا: «يعرفها سنة»^١.
وصحيح ابن مسلم: «فإن ابتليت فعرفها سنة»^٢.

ولا فرق بين لقطة الحرم وغيره.

(١٤) أمّا التصدق فلعدة روايات:

منها: حسنة إبراهيم بن عمر: «اللّقة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنة، فإن وجدت صاحبها، وإلا تصدقت بها»^٣.

وخبر ابن أبي حمزة: في من وجد ديناراً في الحرم: «يتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضمان»^٤.

وأمّا الحفظ فلاّته أمرٌ حسيبي مع فرض عدم كون الأخذ للأكل، فلا يستعقب ضماناً، ولا دليل هنا على التملك، فالأصل عدمه.

(١٥) أمّا جواز التملك مع الضمان فلعدة روايات.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤١، كتاب اللّقة، الباب ٢، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللّقة، الباب ٢، الحديث ٣.

٣. وسائل الشريعة ١٣: ٢٦٠، كتاب الحج، أبواب مقدّمات الطواف وما يتبعها، الباب ٢٨، الحديث ٤.

٤. وسائل الشريعة ١٣: ٢٦٠، كتاب الحج، أبواب مقدّمات الطواف وما يتبعها، الباب ٢٨، الحديث ٣.

الضمان فيهما، وإيقاؤها أمانة بيده من غير ضمان.

منها: صحيح الحلبي: «فإن جاء لها طالب، وإلا فهي كسبيل ماله»^١.
 وخبر حنان: «فإن وجدت صاحبها، وإلا فانت أحقُّ بها، وهي كسبيل مالك»^٢.
 ومعتبر داود: «يعرفها سنة، ثم هي كسائر أمواله»^٣.
 وخبر حنان: «خيرَه إذا جاءك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها»^٤.
 وأما التصدَّق مع الضمان فلخبر علي بن جعفر في اللقطة: يتصدَّق بها فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدَّق بها؟ قال عليه السلام: «هو ضامنٌ لها»^٥.
 وخبر حفص بن غياث: «تصدَّق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك، خيرَه بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غَرَمَ له، وكان الأجر له»^٦.
 وأما الإبقاء بلا ضمان؛ فلعدة أخبار:
 منها: صحيح ابن مسلم: «فاجعلها في عرض مالك، يجري عليها ما يجري على مالك، إلى أن يجيء طالبها»^٧.
 وصحيح ابن مسلم الآخر: «فإن لم يجئ لها طالب، فأوص بها في وصيتك»^٨.
 وأما ما ورد في صحيح علي بن جعفر: «وإن مات أوصى بها، وهو لها ضامن»^٩، فالمراد من الضمان كون ردِّها على عهده ما دام موجوداً، لا الضمان الاصطلاحي.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤١، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ١.
٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٥.
٣. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٤، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ١١.
٤. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٥.
٥. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٥، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ١٤.
٦. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦٤، كتاب اللقطة، الباب ١٨، الحديث ١.
٧. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٢، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٣.
٨. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٤، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ١٠.
٩. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦٦، كتاب اللقطة، الباب ٢٠، الحديث ٢.

(مسألة ٧) : الدرهم هو الفضة المسكوكة الرائجة في المعاملة، وهو وإن اختلف عبارته بحسب الأزمنة والأمكنة، إلا أنَّ المراد هنا ما كان على وزن اثنتي عشرة حصة ونصف حصة وعشرها. وبعبارة أخرى: نصف مثقال وربيع عشر المثقال بالمثقال الصيرفي الذي يساوي أربعاً وعشرين حصة معتدلة، فالدرهم يقارب نصف ريال عجمي، وكذا ربع روبية إنكليزية.

(مسألة ٨) : المدار في القيمة^(١٦) مكان الالتقاط وزمانه في اللقطة وفي الدرهم؛ فإن وجد شيئاً في بلاد العجم - مثلاً - وكان قيمته في بلد الالتقاط وزمانه أقل من نصف ريال، أو وجد في بلاد تكون الرائج فيها الروبية، وكان قيمته أقل من ربعها، جاز تملكه في الحال، ولا يجب تعريفه.

(مسألة ٩) : يجب التعريف فيما لم يكن أقل من الدرهم فوراً على الأحوط^(١٧). نعم، لا يجوز التسامح والإهمال والتساهل فيه، فلو أخره كذلك عصي إلا مع العذر، وعلى أي حال لم يسقط التعريف^(١٨).

(١٦) لأنه المنصرف إليه من إطلاق الأدلة.

(١٧) لما قد يستشَمُّ الفورية من صحيح ابن مسلم: «فإن ابتليت بها فعرفها سنة»^١ ونظائره بناءً على أنَّ الغاء للعطف بدون الفصل، ولقوة احتمال انصراف الإطلاق إليها في قوله ﷺ: «سئل عن اللقطة؟ قال ﷺ: «يعرفها»^٢ وقوله: «إني أصبت لقطة؟ قال ﷺ: «صير إلى المكان الذي أصبت فيه، فعرفها»^٣. نعم، التساهل تضييع للحق فهو حرام.

(١٨) لترتبته على الأخذ، وعدم شرطية شيء آخر.

١. تقدّم تخريجه في الصفحة: ٦٨٨.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤١، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٢.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٣، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٧.

(مسألة ١٠): قيل: لا يجب^(١٩) التعريف إلا إذا كان ناوياً للتملك بعده، والأقوى وجوبه مطلقاً^(٢٠) وإن كان من نيته ذلك أو التصديق أو الحفظ لمالكها، أو غير ناوٍ لشيء أصلاً.

(مسألة ١١): مدة التعريف الواجب سنة كاملة^(٢١)، ولا يشترط فيها التوالي، فإن عرّفها في ثلاثة شهور في سنة على نحو يقال في العرف: إنه عرّفها في تلك المدة، ثم ترك التعريف بالمرة، ثم عرّفها في سنة أخرى ثلاثة شهور وهكذا إلى أنكمل مقدار سنة في ضمن أربع سنوات - مثلاً - كفى في تحقق التعريف الذي هو شرط لجواز التملك والتصديق، ومقط عنه ما وجب عليه؛ وإن كان عاصياً في تأخير بهذا المقدار إن كان بدون عذر.

(مسألة ١٢): لا يعتبر في التعريف مباشرة الملتقط^(٢٢)، بل يجوز استناية الغير مجتأناً أو

(١٩) القائل هو الشيخ^{عليه السلام} في «المبسوط»، ولفظه: «فإن أراد حفظها على صاحبها، لا يلزمه أن يعرف؛ لأنّ التعريف إنما يكون للتملك^(١)».

(٢٠) لإطلاق الأدلة في وجوب التعريف، وظهوره في كونه مترتباً على مجرد الالتقاط بأي قصد كان، فراجع أخبار الباب الثاني من اللقطة^٢ وغيرها.

(٢١) لوقوع كلمة «السنة» في أكثر روايات الباب، وهي ظاهرة وضماً في اثني عشر شهراً، وحيث إنها تصدق مع الافتراق أيضاً كانت كافية، ولو فرض للكلمة أو للكلام الذي هي فيه ظهور في الاتصال، فله دخل في الحكم التكليفي وحرمة التراخي، ولا دخل له في سقوط وجوب التعريف وترتب الأمور الثلاثة على التعريف سنة، وما في خبر أبان: «عرّفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه، وإلا فتصدق به»^٣ فمحمول على حصول اليأس، وإلا فهو مطروح.

(٢٢) بلا خلاف فيه، بل ادّعى^٥ الإجماع عليه؛ لظهور الأدلة في كون وجوبه مقدّمياً و

١. في المصدر: «لِتَمَلُكَ».

٢. المبسوط ٣: ٣٢٢.

٣. راجع: وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤١.

٤. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٣، كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٧.

٥. تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٨ ط قديم؛ مسالك الأتهام ١٢: ٥٤٢؛ جواهر الكلام ٣٨: ٣٦٥.

بالأجرة مع الاطمئنان بإيقاعه. والظاهر أنَّ أجرة التعريف على الملتقط، إلا إذا كان من قصده أن يبقى يده ويحفظها لمالكه، فإنَّ في كون الأجرة على المالك أو عليه تردداً، والأحوط التصالح.

(مسألة ١٣): لو علم بأنَّ التعريف لا فائدة فيه، أو حصل له اليأس من وجدان مالكها قبل تمام السنة، سقط وتخير^(٢٣) بين الأمرين في لقطة الحرم، والأحوط ذلك في لقطة غيره أيضاً.

(مسألة ١٤): لو تعدَّر التعريف في أثناء السنة انتظر رفع العذر، وليس عليه بعد ارتفاع العذر استئناف السنة، بل يكفي تميمها.

(مسألة ١٥): لو علم بعد تعريف سنة أنه لو زاد عليها عثر على صاحبه، فهل يجب الزيادة إلى أن يثمر عليه أم لا؟ وجهان، أحوطهما الأول^(٢٤)، خصوصاً إذا علم بعثوره مع زيادة يسيرة.

(مسألة ١٦): لو ضاعت اللقطة من الملتقط ووجدها شخص آخر، لم يجب عليه التعريف، بل يجب عليه إيصالها إلى الملتقط^(٢٥) الأول. نعم، لو لم يعرفه وجب عليه

وسيلة لعلم المالك به، غير مشروط بمباشرة شخص خاص.

(٢٣) أمَّا السقوط فلما عرفت من مقدِّمة الوجوب وكونه للتوصل إلى المالك، وإذا لا ذلك فلا هذا، وأمَّا التخيير فله وجه لو احتمل وجدان المالك مع فرض العلم بعدم فائدة التعريف، وأمَّا مع العلم بعدم وجدانه فيسقط أحد الشقين من لقطة الحرم وأحد الشقوق من لقطة غيره، وهو الحفظ للمالك.

(٢٤) وجه الاحتياط واضح، وأمَّا جواز تركه لاحتمال جواز التمسك بإطلاق أدلة المقام ولو حصل العلم كذلك، لكنَّه مشكل، بل يقوى تغيير الحكم وترتب حكم المال الممكن إيصاله إلى مالكه.

(٢٥) هذا إذا علم من القرائن التقاط الغير له، والدليل على الحكم إمكان دعوى تولّد حقّ له متعلّق باللُّقطة، فليس لغيره أخذه، ولو شكَّ في ذلك فالأصل أيضاً عدم جوازه.

التعريف سنة طالباً به المالك أو الملتقط الأول، فأياً منهما عثر عليه يجب دفعها إليه؛ من غير فرق بين ما كان ضياعها من الملتقط قبل تعريفه سنة أو بعده.

(مسألة ١٧): إذا كانت اللقطة مما لا تبقى لسنة - كالطيخ والبطيخ واللحم والفواكه والخضروات - جاز أن يقومها^(٢٦) على نفسه ويأكلها ويتصرف فيها، أو يبيعها من غيره ويحفظ ثمنها لمالكها، والأحوط أن يكون يبيعها بإذن الحاكم مع الإمكان؛ وإن كان الأقوى عدم اعتباره^(٢٧)، والأحوط حفظها إلى آخر زمان الخوف من الفساد، بل وجوبه لا يخلو من قوة^(٢٨). وكيف كان لا يسقط التعريف، فيحفظ خصوصياتها وصفاتها قبل أن يأكلها أو يبيعها ثم يعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وقد باعها دفع ثمنها إليه، وإن أكلها غرمها بقيمتها، وإن لم

(٢٦) بلا خلاف، بل ادّعي^١ الإجماع عليه بقسميه؛ لمعتبر السكوني: عن سقرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها، وفيها سكين؟ فقال ﷺ: «يقوم ما فيها، ثم يؤكل؛ لأنه يفسد، وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»^٢.
ومرسل الصدوق ﷺ: «وإن وجدت طعاماً في مفازة، فقومه على نفسك لصاحبه، ثم كله، فإن جاء صاحبه فرد عليه القيمة»^٣.

ثم إنه لا خصوصية للتقويم على النفس، وذكره لعدم وجود أحد في المفازة غالباً، فالبيع للغير أيضاً كذلك.

(٢٧) لظهور الدليل في كون الإمام ﷺ في مقام بيان الحكم الشرعي الإلهي، لا أنه ﷺ يأذن له ولاية؛ لاحتاج في كل حادثة إلى إذن مستقل.

(٢٨) لأنه القدر المتيقن من جواز التصرف، فالأصل عدمه في غيره، وعدم سقوط التعريف لكونه لقطة بلا إشكال، فتشمله أدلتها.

١. غنية المزارع ٢: ٣٠٣؛ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٦٩؛ رياض المسائل ١٤: ١٨٠؛ جواهر الكلام ٣٨: ٢٩٩.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٨؛ كتاب اللقطة، الباب ٢٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٣؛ كتاب اللقطة، الباب ٢، الحديث ٩.

يجب فلا شيء عليه (٢٩).

(مسألة ١٨): يتحقق تعريف سنة بأن يكون في مدة سنة - متوالية أو غير متوالية - مشغولاً بالتعريف؛ بحيث لم يعد في العرف متساهلاً في الفحص عن ماله، بل عدوه فاحصاً عنه (٣٠) في هذه المدة، ولا يتقدر ذلك بمقدار معين، بل هو أمر عرفي. وقد نسب إلى المشهور تحديده: بأن يعرف في الأسبوع الأول في كل يوم مرة، ثم في بقية الشهر في كل أسبوع مرة، وبعد ذلك في كل شهر مرة. والظاهر أن المراد بيان أقل ما يصدق عليه تعريف سنة عرفاً، ومرجعه إلى كفاية بضع وعشرين مرة بهذه الكيفية. وفيه إشكال من جهة الإشكال في كفاية كل شهر مرة في غير الشهر الأول، والظاهر كفاية كل أسبوع مرة إلى تمام الحول، والأحوط أن يكون في الأسبوع الأول كل يوم مرة.

(مسألة ١٩): محل التعريف مجامع الناس، كالأسواق والمشاهد ومحل إقامة الجماعات ومجالس التعازي، وكذا المساجد حين اجتماع الناس فيها وإن كره ذلك فيها، فينبغي أن يكون على أبوابها حين دخول الناس فيها أو خروجهم عنها.

(مسألة ٢٠): يجب أن يعرف (٣١) اللقطة في موضع الالتقاط مع احتمال وجود صاحبها فيه، إن وجدها في محل متاهل من بلد أو قرية ونحوهما، ولو لم يقدر على البقاء لم يسافر بها، بل استتاب شخصاً أميناً ثقة ليعرفها، وإن وجدها في المفاوز والبراري والشوارع وأمثال ذلك عرفها لمن يجده فيها؛ حتى أنه لو اجتازت قافلة تبعهم وعرفها فيهم، فإن لم يجد المالك فيها أتم التعريف في غيرها من البلاد؛ أي بلد شاء مما احتمل وجود صاحبها فيه،

في ما يتحقق به تعريف السنة

(٢٩) هذا غير ظاهر؛ فإن حكم ما في الذمة من القيمة أو الثمن المأخوذ حكم الممين، فيختبر بعد تمام السنة بين الأمور الثلاثة على فرض بقاء العين.

(٣٠) لأنه ليس في الأدلة إلا عنوان التعريف سنة، فالكيفية موكولة إلى العرف.

(٣١) كل ذلك لاستفادته من إطلاق أدلة وجوب التعريف سنة، مع ظهورها في إكمال كفيته إلى العرف، وكذلك الأمر في المسألة التالية.

ويُتْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي أَقْرَبِ الْبُلْدَانِ إِلَيْهَا فَالْأَقْرَبُ مَعَ الْإِمْكَانِ.

(مسألة ٢١): كَيْفِيَّةُ التَّعْرِيفِ أَنْ يَقُولَ الْمُنَادِي: مَنْ ضَاعَ لَهُ ذَهَبٌ أَوْ قِضَّةٌ أَوْ ثَوْبٌ؟ وَمَا شَاكِلُ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ بِلُغَةٍ يَفْهَمُهَا الْأَغْلَبُ. وَيَجُوزُ أَنْ يَقُولَ: مَنْ ضَاعَ لَهُ شَيْءٌ أَوْ مَالٌ؟ بَلْ رُبَّمَا قِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ أَحْوَطٌ وَأَوْلَى، فَإِذَا ادَّعَى أَحَدٌ ضَيَاعَهُ سَأَلَهُ عَنْ خُصُوصِيَّاتِهِ وَصِفَاتِهِ وَعِلَامَاتِهِ؛ مِنْ رِعَائِهِ وَخِيَطِهِ وَصَنَعَتِهِ وَأُمُورٍ يَبْعُدُ أَطْلَاعَ غَيْرِ الْمَالِكِ عَلَيْهِ؛ مِنْ عَدَدِهِ وَزَمَانِ ضَيَاعِهِ وَمَكَانِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَإِذَا تَوَافَقَتِ الصِّفَاتُ وَالْخُصُوصِيَّاتُ الَّتِي ذَكَرَهَا مَعَ الْخُصُوصِيَّاتِ الْمَوْجُودَةِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ، فَقَدْ تَمَّ التَّعْرِيفُ، وَلَا يَضُرُّ جَهْلُهُ بِبَعْضِ الْخُصُوصِيَّاتِ الَّتِي لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهَا الْمَالِكُ غَالِبًا، وَلَا يَلْتَمِزُ إِلَيْهَا إِلَّا نَادِرًا. أَلَا تَرَى أَنَّ الْكِتَابَ الَّذِي يَمْلِكُهُ الْإِنْسَانُ، وَيَقْرُؤُهُ وَيَطَالِعُهُ مَدَّةَ طَوِيلَةٍ مِنَ الزَّمَانِ، لَا يَطَّلِعُ غَالِبًا عَلَى عَدَدِ أَوْرَاقِهِ وَصَفَحَاتِهِ؟ فَلَوْ لَمْ يَعْرِفْ مِثْلَ ذَلِكَ، لَكُنْ وَصْفُهُ بِصِفَاتٍ وَعِلَامَاتٍ أُخَرُ لَا تَخْفَى عَلَى الْمَالِكِ، كَفَى فِي تَعْرِيفِهِ وَتَوْصِيفِهِ.

(مسألة ٢٢): إِذَا لَمْ تَكُنِ اللَّقْطَةُ قَابِلَةً لِلتَّعْرِيفِ؛ بِأَنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا عِلَامَةٌ وَخُصُوصِيَّاتٌ مُمْتَازَةٌ عَنْ غَيْرِهَا؛ حَتَّى يَصِفَ بِهَا مَنْ يَدَّعِيهَا وَيَسْأَلُ عَنْهَا الْمَلْتَقِطُ، كَدَيْنَارٍ وَاحِدٍ مِنَ الدَّنَانِيرِ الْمُتَعَارِفَةِ غَيْرِ مُضْرُورٍ وَلَا مَكْسُورٍ، سَقَطَ التَّعْرِيفُ، وَحِينَئِذٍ هَلْ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ مِنْ دُونِ تَعْرِيفٍ، أَوْ يَعَامَلُ مَعَهُ مَعَامَلَةً مَجْهُولِ الْمَالِكِ، فَيَتَعَيَّنُ التَّصَدِّقُ بِهِ؟ وَجِهَانِ، أَحْوَطُهُمَا الثَّانِي (٣٢).

(مسألة ٣٣): إِذَا انْقَطَعَ اثْنَانِ لِقْطَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ كَانَتْ دُونِ دِرْهَمٍ، جَازَ لِهَمَا تَمْلِكُهَا فِي الْحَالِ مِنْ دُونِ تَعْرِيفٍ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا بِالتَّسَاوِي. وَإِنْ كَانَتْ بِمِقْدَارِ دِرْهَمٍ فَمَا زَادَ، وَجِبَ عَلَيْهِمَا تَعْرِيفُهَا وَإِنْ كَانَتْ حِصَّةَ كُلِّ مَتْنَمَا أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّى لِلتَّعْرِيفِ كِلَاهُمَا

(٣٢) اللَّقْطَةُ قِسْمٌ مَخْصُوصٌ مِنْ مَجْهُولِ الْمَالِكِ، لَهَا أَحْكَامٌ خَاصَّةٌ، فَلَوْ لَمْ يُمْكِنَ فِي مَوْرَدِ إِجْرَاءِ أَحْكَامِهَا عَلَيْهَا لِلتَّغْيِيْتِ. انْصَرَفَ عَنْهَا دَلِيلُهَا، فَتَبْقَى عَلَى حَكْمِ الْمَالِ الْمَجْهُولِ مَالِكِهِ، هَذَا مَعَ أَنَّ إِجْرَاءَ حَكْمِهِ أَحْوَطٌ مِنْ حَكْمِهَا.

أو أحدهما^(٣٣)، أو يوزع الحول عليهما بالتساوي أو التفاضل، فإن توافقاً على أحد الأتحاء فقد تآدى ما هو الواجب عليهما وسقط عنهما، وإن تعاسرا يوزع الحول عليهما بالتساوي. وهكذا بالنسبة إلى أجرة التعريف - لو كانت - عليهما. وبعد ما تمّ حول التعريف يجوز اتفاقهما على التملك أو التصديق أو الإبقاء أمانة، ويجوز أن يختار أحدهما غير ما يختار الآخر؛ بأن يختار أحدهما التملك والآخر التصديق - مثلاً - بنصفه، ثم إن تصدّي أحدهما لأداء تكليفه من التعريف، وترك الآخر عصيانياً أو لعذر، فالظاهر عدم جواز تملك^(٣٤) التارك حصته، وأما المتصدّي فيجوز له تملك حصته إن عرفها سنة، والأحوط لهما في صورة التوافق على التوزيع أن ينوي كلّ منهما التعريف عنه وعن صاحبه، وإلا فيشكل تملكهما. وكذا في صورة التوافق على تصدّي أحدهما أن ينوي عن نفسه وعن صاحبه.

(مسألة ٣٤): إذا التقط الصبيّ أو المجنون، فما كان دون درهم ملكاه إن قصد وليهما تملكهما، وأما تأثير قصدهما في ذلك فمحلّ إشكال^(٣٥)، بل منع. وما كان مقدار درهم فما

(٣٣) التعريف واجبٌ مقدّمٌ توصلي، فيكفي كيف وقع وعمن وقع، فإذا صار كفاثياً أيضاً، وسعت دائرة العمل به.

إذا التقط اثنان لقطة واحدة

(٣٤) هذا مشكل، سواء قلنا بقابلية التعريف للتنجيزية وعدمها؛ إذ على الأول يشكل تملك المتصدّي أيضاً؛ لنقص التعريف؛ إذ التعريف المعتبر شرطاً في التملك هو التام، وأما على الثاني فالإشكال أوضح، والظاهر أنه إن تحقّق التعريف اللازم من أحدهما، يكفي للآخر أيضاً مطلقاً.

(٣٥) لا أرى وجهاً له، وقيام الإجماع على سلب عبارتهما في العقود والإيقاعات لا يوجب سلب نيتهما حتى في المقام، فإطلاق بعض الأدلّة يشملها، نعم لو وجب التعريف كان على وليتهما، وكذلك اختيار أحد الأمور بعده؛ لأنّ ذلك مقتضى الولاية.

زاد يعرف، وكان التعريف على وليّهما، وبعد تمام الحول يختار ما هو الأصلح لهما من التملك لهما والتصدق والإبقاء أمانة.

(مسألة ٢٥): اللقطة في مدة التعريف أمانة؛ لا يضمنها الملتقط إلا مع التعدي أو التفريط. وكذا بعد تمام الحول إن اختار بقاءها عنده أمانة لمالكها، وأما إن اختار التملك أو التصديق، فإنها تصير في ضمانه كما تعرفه^(٣٦).

(مسألة ٢٦): إن وجد المالك وقد تملكها الملتقط بعد التعريف، فإن كانت العين باقية أخذها^(٣٧)، وليس له إلزام الملتقط بدفع البدل من المثل أو القيمة. وكذا ليس له إلزام المالك بأخذ البدل. وإن كانت تالفة أو منتقلة إلى الغير يبيع ونحوه، أخذ بدلها^(٣٨) من الملتقط من المثل أو القيمة. وإن وجد بعد ما تصدق بها، فليس له أن يرجع العين^(٣٩) وإن كانت موجودة عند المتصدق له، وأما له أن يرجع على الملتقط ويأخذ منه بدل ماله إن لم يرض بالتصدق، وإن رضي به لم يكن له الرجوع عليه، وكان أجر الصدقة له. هذا إذا وجد المالك. وأما إذا لم يوجد فلا شيء عليه في الصورتين.

(٣٦) وقد مضى شيء من ذلك أيضاً.

(٣٧) لدلالة الأدلة عليه، كصحيح الحلبي الماضي في المسألة السادسة وغيره، مع أن جواز رجوعه إلى البدل يدل على أخذ العين بالأولى، فلا يتوهم حينئذ استصحاب بقاء ملكية الملتقط.

(٣٨) لمعتبر حنان الماضي في المسألة السادسة، ومعتبر السكوني: «فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»^١.

(٣٩) إذ لا يرجع في ما كان لله، فهو بحكم التالف، وأما الرجوع إلى البدل فلاخبار مضى بعضها في المسألة السادسة.

(مسألة ٢٧): لا يسقط التعريف^(٤٠) عن الملتقط بدفع اللقطة إلى الحاكم؛ وإن جاز له دفعها إليه قبل التعريف وبعده، بل إن اختار التصديق بها بعد التعريف، كان الأولى أن يدفعها إليه ليتصدق بها.

(مسألة ٢٨): لو وجد المالك وقد حصل للقطعة نماء متصل، يتبع العين فيأخذها بنمائها^(٤١)؛ سواء حصل قبل تمام التعريف أو بعده، وسواء حصل قبل التملك أو بعده. وأمّا النماء المنفصل، فإن حصل بعد التملك كان للملتقط، فإذا كانت العين موجودة يدفعها إلى المالك دون نمائها، وإن حصل في زمن التعريف أو بعده قبل التملك كان للمالك.

(مسألة ٢٩): لو حصل لها نماء منفصل بعد الالتقاط فعرف العين حولاً ولم يجد المالك، فهل له تملك النماء بتبع العين أم لا؟ وجهان، أحوطهما الثاني^(٤٢)؛ بأن يعمل معه معاملة مجهول المالك، فيتصدق به بعد اليأس عن المالك.

(مسألة ٣٠): ما يوجد مدفوناً في الخربة الدارسة التي باد أهلها وفي المفاوز وكل أرض لا رب لها، فهو لواجده من دون تعريف، وعليه الخمس مع صدق الكنز عليه، كما مر في كتابه. وكذا لواجده ما كان مطروحاً وعلم أو ظن - بشهادة بعض العلام والخصاصيات - أنه ليس لأهل زمن الواجد. وأمّا ما علم أنه لأهل زمانه فهو لقطة، فيجب تعريفه إن كان بمقدار الدرهم فما زاد، وقد مر أنه يعرف في أي بلد شاء.

(٤٠) لأنه حكم شرعي ترتب على خصوص الملتقط، وولاية الحاكم عن الغائب في الأخذ والحفظ لا يسقط ذلك، مع أن ولاية التملك أو التصديق للملتقط، فله مطالبة الحاكم بها بعد السنة - إذا لم يوجد المالك؛ - ليختار أحد الأمور: التصديق، أو التملك، أو الإبقاء.

في حكم نماء اللقطة

(٤١) قضاء لقانون تبعية النماء للأصل في الملكية، وكذا في الفرع بعده.

(٤٢) لا يبعد دعوى حكم العرف بالتبعية بحيث يعدون الجميع لقطة، والحكم تابع له.

(مسألة ٣١): لو علم مالك اللقطة قبل التعريف أو بعده، لكن لم يمكن الإيصال إليه ولا إلى وارثه، ففي إجراء حكم اللقطة^(٤٣) عليه؛ من التخيير بين الأمور الثلاثة، أو إجراء حكم مجهول المالك عليه وتعين التصديق به، وجهان. والأحوط إرجاع الأمر إلى الحاكم.

(مسألة ٣٢): لو مات الملتقط فإن كان بعد التعريف والتملك ينتقل إلى وارثه، وإن كان بعد التعريف وقبل التملك يتخير وارثه^(٤٤) بين الأمور الثلاثة، وإن كان قبل التعريف أو في أثنائه، فلا يبعد جريان حكم مجهول المالك عليه.

(مسألة ٣٣): لو وجد مالاً في دار معمورة يسكنها الغير - سواء كانت ملكاً له، أو مستأجرة، أو مستعارة، بل أو مقصوية - عرفه الساكن، فإن ادعى ملكيته فهو له، فليدفع إليه بلا يئنة^(٤٥)، ولو قال: «لا أدري» ففي جريان هذا الحكم إشكال^(٤٦)، ولو سلبه عن نفسه فالأحوط إجراء حكم اللقطة عليه، وأحوط منه إجراء حكم مجهول المالك، فيتصدق به بعد اليأس عن المالك.

(٤٣) لا وجه لذلك؛ إذ لا يصدق عليه عنوان اللقطة، كما أنه ليس بمجهول المالك أيضاً موضوعاً، وأما حكماً فقد قيل بالإلحاق؛ لأن الملاك المستفاد من أخبار ذلك الباب هو تعذر الإيصال، وهو موجود هنا، والقطع بهذا المناط أيضاً مشكل.

(٤٤) ثبوت التخيير له ليس حكماً ابتدائياً غير مرتبط بالموثوث، وإلا كان الكل فيه سواء، بل الظاهر استفادة نوع حق أو اختصاص للملتقط بالنسبة إلى اللقطة، ولذا لم يكن انتزاعها منه جائزاً، وحينئذ فيرثه الوارث و يترتب عليها آثاره، وعليه، فما في المتن مطابق للاحتياط.

لو وجد مالاً في دار

(٤٥) لحجية أخبار ذي اليد في نظائر الموارد.

(٤٦) من أن اليد حاكمة بالملك حتى مع جهل ذي اليد بالحال، ومن أن هذا الجهل مسقط لها عن الحجية، لكن الأرجح الأول إذا لم يكن الداخِل عليه كثيرين، والثاني في

(مسألة ٣٤): لو وجد شيئاً في جوف حيوان قد انتقل إليه من غيره، فإن كان غير السمك - كالغنم والبقر - عرفه صاحبه^(٤٧) السابق، فإن ادّعاء دفعه إليه، وكذا إن قال: «لا أدري» على الأحوط؛ وإن كان الأقوى أنه لو واجده، وإن أنكره كان للواجد. وإن وجد شيئاً - لؤلؤة أو غيرها - في جوف سمكة اشتراها فهو له^(٤٨). والظاهر أن الحيوان الذي لم يكن له مالك سابق غير السمك بحكم السمك، كما إذا اصطاد غزالاً فوجد في جوفه شيئاً؛ وإن كان الأحوط إجراء حكم اللقطة أو مجهول المالك عليه.

(مسألة ٣٥): لو وجد في داره التي يسكنها شيئاً ولم يعلم أنه ماله أو مال غيره، فإن لم

خلاف ذلك، ويؤيده، أو يشهد له ما سيجيء من معتبرة جميل.

لو وجد شيئاً في جوف حيوان

(٤٧) لصحيح أبي جعفر^(٤٩): عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للأضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم.... فوقع: «عرفها البائع، فإن لم يكن يعرفها، فالشيء لك رزقك الله إياه»^١ والخبر يشمل صورة نفي البائع علمه، وصورة نفي ملكية المال عن نفسه.

(٤٨) لظهور عدم قصد الصائد لتملكه، فهو باقٍ على الإباحة الأصلية. ولعدة روايات واردة بالسنة مختلفة في من اشترى سمكة، فوجد في جوفها لؤلؤة أو درة أو جواهر، فباعها، واستغنى عن الناس، فأمضى عمله الرسول والائمة^(٥٠)، وهي خمس روايات واردة في الباب العاشر من أبواب اللقطة،^٢ والظاهر عدم الفرق بين وحشي البحر أو البر، وإن كان احتمال ملكية الإنسان في البري أقوى.

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٢، كتاب اللقطة، الباب ٩، الحديث ٢٠١.

٢. راجع وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٣.

يدخلها^(٤٩) غيره، أو يدخلها آحاد من الناس من باب الاتفاق - كالدخالية المعدة لأهله وعياله - فهو له. وإن كانت مما يتردد فيها الناس - كالبرانية المعدة للأضياف والواردين والعائدين والمضايق ونحوها - فهو لقطة يجري عليه حكمها. وإن وجد في صندوقه^(٥٠) شيئاً ولم يعلم أنه ماله أو مال غيره فهو له، إلا إذا كان غيره يدخل يده فيه أو يضع فيه شيئاً فيعرفه ذلك الغير، فإن أنكره كان له لا لذلك الغير، وإن ادّعاء دفعه إليه، وإن قال: «لا أدري» فالأحوط التصالح.

(مسألة ٣٦): لو أخذ من شخص مالا، ثم علم أنه لغيره قد أخذ منه بغير وجه شرعي وعدواناً، ولم يعرف المالك، يجري عليه حكم مجهول المالك، لا اللقطة؛ لما مر من أنه يعتبر في صدقها الضياع عن المالك، ولا ضياع في هذا الفرض. نعم، في خصوص ما إذا أودع عنده سارق مالا، ثم تبين أنه مال غيره ولم يعرفه، يجب عليه أن يمكنه^(٥١)

لو وجد شيئاً في داره

(٤٩) بلا خلاف فيه؛ لقاعدة اليد في الشق الأول، وصدق اللقطة في الثاني، ولصحيح جميل: رجلٌ وجد في منزله ديناراً؟ قال: «يدخل في منزله غيره؟»، قلت: نعم كثيرٌ. قال: «هذا لقطة»^١ فإنه يدلّ منطوقاً ومفهوماً على التفصيل مع دلالة ذيله أيضاً كما سيجيء.

(٥٠) لعين ما ذكر في سابقه، ولما في ذيل معتبر جميل: قلت: فرجلٌ وجد في صندوقه ديناراً؟ قال: «يدخل أحدٌ يده في صندوقه غيره، أو يضع فيه شيئاً؟»، قلت: لا، قال: «فهو له»^٢.

(٥١) لخبر حفص بن غياث: «فإن أمكنه أن يردّه على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، وإلا تصدّق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك، خيره بين الأجر والغرم»^٣.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٦، كتاب اللقطة، الباب ٣، الحديث ١.

٢. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٤٦، كتاب اللقطة، الباب ٣، الحديث ١.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٤، كتاب اللقطة، الباب ١٨، الحديث ١.

ولا يردّه إلى السارق مع الإمكان، ثمّ هو يحكم اللقطة، فيعرفه حولاً، فإن أصاب صاحبه ردّه عليه، وإلاّ تصدّق به، فإن جاء صاحبه بعد ذلك خبره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له، وليس له على الأحموط أن يستملكه^(٥٢) بعد التعريف، فليس هو يحكم اللقطة من هذه الجهة.

(مسألة ٣٧): لو التقط شيئاً فبعد ما صار في يده ادّعاء شخص حاضر، وقال: «إنّه مالي»، يشكل دفعه إليه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى البيّنة إلّا إذا كان بحيث يصدق عرفاً^(٥٣) أنّه في يده، أو ادّعاء قبل أن يلتقطه، فيحكم بكونه ملكاً^(٥٤) للمدّعي، ولا يجوز له أن يلتقطه.

(مسألة ٣٨): لا يجب دفع اللقطة إلى من يدّعيها إلّا مع العلم أو البيّنة^(٥٥) وإن وصفها بصفات وعلامات لا يطلّع عليها غير المالك غالباً إذا لم يفد القطع بكونه المالك. نعم، نسب إلى الأكثر: أنّه إن أفاد الظنّ جاز^(٥٦) دفعها إليه، فإن تبرّع بالدفع لم يمنع، وإن امتنع لم

(٥٢) المورد من قبيل مجهول المالك موضوعاً، إلّا أنّ قوله ﷺ في الخبر السابق: «بمنزلة اللقطة» يفيد تنزيله منزلة اللقطة حكماً، ومقتضى عموم التنزيل ترتّب جميع الآثار، إلّا أنّ ذكر أثر واحد بعد التنزيل - وهو التصدّق مع الضمان - يصلح أن يكون قرينة على تعيين وجه التنزيل، فيكون العموم محفوفاً بما ينافي الشمول، وأمّا الحفاظ فهو موافق للقواعد العامة، ولا بأس به.

(٥٣) كما إذا كان في بستانه أو مزرعته التي لا يدخلها غيره.

(٥٤) لأنّه دعوى بلا منازع.

(٥٥) لثبوت حجّيتها في الموضوعات ولو مع الشكّ، بل ومع الظنّ بالخلاف أيضاً؛ لإطلاق خبر مسعدة: «و الأشياء كلّها على هذا حتّى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيّنة».

(٥٦) ولعلّه الأشهر أيضاً، بل قيل: لا خلاف فيه^١ لصحيح البرنظي: «إن جاءك طالب

١. وسائل الشيعة ١٧: ٨٩، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٤، الحديث ٤.

٢. راجع رياض السائل ١٤: ١٩٩، جواهر الكلام ٣٨: ٣٨٣.

يجبر، وهو الأقوى؛ وإن كان الأحوط الاختصار في الدفع على صورة العلم أو البينة.
(مسألة ٣٩): لو تبدّل مداسه بمداس آخر في مسجد أو غيره، أو تبدّل ثيابه في حَمَام أو غيره بثياب آخر، فإن علم أنّ^(٥٧) الموجود لمن أخذ ماله جاز أن يتصرّف فيه، بل يملكه

لا تهمه، ردّه عليه.^١ فيشمل الظنّ بالوافق قطعاً، قيل: ولتقرير الصادق عليه السلام دفع الجعفي الكيس الملقوط لطالبه بمجرد بيان العلامة وعدم سؤاله عن حصول القطع وعدمه.^٢

لو تبدّل ماله بمال الغير

(٥٧) إذا تبدّل مداس زيد بمداس شخص مجهول، فإما أن يعلم أنّ الموجود بيده لمتصرّف مداسه، أو يحتمل ذلك، أو يعلم بعدمه وأنّ مداسه عند شخص مثلاً، والموجود عنده لشخص آخر، وعلى التقادير، إما أن يعلم بوقوع التبديل عمداً، أو لم يعلم بذلك، فعلى الأول، إما أن يعلم أنّ التبديل وقع من ذلك المتصرّف عمداً، أو وقع اشتباهاً، وإما أن يقع التبديل من نفس زيد عمداً أو خطأ، فهناك بالصور وأحكامها:

الأولى: أن يعلم أنّ المتصرّف المجهول ذهب بمداسه عمداً، والموجود عنده هو له، فالظاهر عدم الإشكال حينئذ في جواز أخذه تقاصاً وتصرفه فيه ولو كان أجود ممّا ذهب منه.

الثانية: أن لا يعلم تعمّده في التبديل، أو علم بخطائه فيه، فالأقرب كونه حينئذ من مجهول المالك، ويجوز التقاص بعد الفحص واليأس.

الثالثة: أن يعلم كون الموجود للمتصرّف إلّا أنّ زيداً بنفسه بدله عمداً، فلا إشكال حينئذ في كونه من المجهول المالك، يحرم التصرف فيه، ويجب الفحص عن المالك، ولا تقاص هنا.

الرابعة: أن يعلم كونه للمتصرّف، والتبديل وقع من نفس زيد خطأً، فالأحوط كونه

١. وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦١، كتاب اللقطة، الباب ٢٥، الحديث ١.

٢. راجع وسائل الشيعة ٢٥: ٤٤٩، كتاب اللقطة، الباب ٦، الحديث ١. راجع مفتاح الكرامة ٦: ١٨٤ ط قديم.

بعنوان التقاض عن ماله إذا علم أن صاحبه قد بذله متممداً، وجريان الحكم في غير ذلك (٥٨) محل إشكال؛ وإن لا يخلو من قرب لكن بعد الفحص عن صاحبه واليأس منه. وكذا يجب الفحص في صورة تممده (٥٩). نعم، لو كان الموجود أجود ممّا أخذ يلاحظ التفاوت، فيقومان معاً ويتصدّق مقدار التفاوت بعد اليأس عن صاحب المتروك، وإن لم يعلم بأن المتروك لمن أخذ ماله أو لغيره، يعامل معه معاملة مجهول المالك، فيتفحص عن صاحبه ومع اليأس عنه يتصدّق به، بل الأحوط ذلك أيضاً فيما لو علم أن الموجود للأخذ لكن لم يعلم أنه قد بذل متممداً.

خاتمة

إذا وجد صبيّاً ضالماً^(١) لا كافل له، ولا يستقل بنفسه على السعي فيما يصلحه والدفع

أيضاً من قبيل المجهول المالك، فيترتب عليه حكمه، وإن كان لا يبعد التقاض بعد اليأس. الخامسة: أن يحتمل عدم كون الموجود لعمرو، أو يعلم بعدمه، فهو من قبيل المجهول ماله، يجب ترتيب آثاره عليه.

(٥٨) الظاهر أن المراد بالحكم التقاض مع كون المبدّل ذلك الغير بدون العمد، أو كونه هو بنفسه خطاءً.

(٥٩) أي تممّد الأخذ لمداس الغير.

خاتمة

(١) بلا خلاف فيه في غير المميّز، بل قد ادّعى الإجماع عليه فيه،^١ ولظهور النصوص في مطلق غير الكامل المحتاج إلى الحفظ، كقوله تعالى: «يَلْتَقِطُهُ بِفُصِّ السَّيَّارَةِ».^٢ وخبر العرزمي: «المنبوذ حرٌّ، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذي التقطه، وإلا فليرد عليه النفقة».^٣

١. انظر جواهر الكلام ٣٨: ١٥٨.

٢. يوسف (١٢): ١٠.

٣. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٧، كتاب النفقة، الباب ٢٢، الحديث ٣.

عَمَّا يَضُرُّهُ وَيُهْلِكُهُ - ويقال له: اللقيط - يجوز بل يستحب التقاطه وأخذه، بل يجب مقدّمة إن توقّف حفظه عليه لو كان في معرض التلف؛ سواء كان منبذاً قد طرحه أهله في شارع أو مسجد ونحوهما - عجزاً عن النفقة، أو خوفاً من التهمة - أو غيره، بل وإن كان مميّزاً بعد صدق كونه ضائعاً تائهاً لا كافل له، وبعد ما أخذ اللقيط والتقطه يجب عليه حضائته وحفظه والقيام بضرورية تربيته بنفسه أو بغيره، وهو أحقّ به من غيره إلى أن يبلغ، فليس لأحد أن يتزاعه من يده ويتصدّى حضائته غير من له حقّ الحضانة شرعاً بحقّ النسب كالأبوين والأجداد وسائر الأقارب، أو بحقّ الوصاية كوصيّ الأب أو الجد إذا وجد أحد هؤلاء، فيخرج بذلك عن عنوان اللقيط؛ لوجود الكافل له حينئذٍ، واللقيط من لا كافل له، وكما لهؤلاء حقّ الحضانة فلم ياتزاعه من يد أخذه، كذلك عليهم ذلك، فلم يمتنعوا أجبروا عليه.

(مسألة ١): إذا كان للقيط مال؛ من فراش أو غطاء زائدين على مقدار حاجته أو غير ذلك، جاز للملتقط صرفه في إنفاقه بإذن الحاكم^(٢) أو وكيله، ومع تعذرهما وتمتدّ عدول

وخبر المدائني: «المنبذ حرّ، فإن أحبّ أن يوالي غير الذي ربّاه والآء، فإن طلب منه الذي ربّاه النفقة وكان موسراً، ردّ عليه، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة»^١. ثم إنّه لا تصريح في الأخبار بحكم الأخذ جوازاً أو وجوباً، لكنّ المحصل من المجموع مفروغية الجواز، ويستفاد الوجوب عند الخطر من أدلّة وجوب حفظ النفس المحترمة لكلّ أحد، ولازمه وجوب الحضانة والتكفل، كما أنّ لازمه أحقيّته بها؛ لتعلّق الحكم به بعد أخذه، ولا دليل على سقوطه بعد تحقّقه.

(٢) لأنّه وليّ من لا وليّ له، وأمّا الاستئذان من العدول فهو أمرٌ مطابق للاحتياط، وإلاّ فإطلاق قوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة»^٢ وقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^٣ وغيرهما شاملٌ للمورد.

١. وسائل الشريعة ٢٥: ٤٦٧، كتاب اللقطة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٢. وسائل الشريعة ١٥: ١٤١، كتاب الجهاد، أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الباب ٥٩، الحديث ٢.

٣. الأنعام (٦): ١٥٣.

المؤمنين على الأحوط جاز له ذلك بنفسه، ولا ضمان عليه. وإن لم يكن له مال، فإن وجد من ينفق عليه من حاكم بيده بيت المال، أو من كان عنده حقوق تنطبق عليه من زكاة أو غيرها، أو متبرع، كان له الاستعانة بهم في إنفاقه، أو الإنفاق عليه من ماله، وليس له حيثئذ الرجوع على اللقيط^(٣) بما أنفقه بعد يلوغه ويساره وإن نوى الرجوع عليه، وإن لم يكن من ينفق عليه من أمثال ما ذكر تعين عليه، وكان له الرجوع عليه مع قصد الرجوع لا بدونه.

(مسألة ٣): يشترط في الملتقط: البلوغ والعقل^(٤) والحرية، وكذا الإسلام إن كان اللقيط محكوماً بالإسلام^(٥).

(٣) إذ ليس الأموال المتفققة عليه من ماله وإن كانت له وساطة في الإنفاق.

(٤) على المشهور، بل ادّعي^١ عدم الخلاف فيهما؛ لقصورهما عن السلطة على أنفسهما وأموالهما فضلاً عن الولاية للغير ولو في الجملة.

في حكم اللقيط

(٥) للحكم بالإسلام أسباب مختلفة:

منها: إسلام المكلف اختياراً، ومنها: تبعية طفل المسلم لأبويه أو لأحدهما، ومنها: تبعية المسيبي للسايي المسلم، ومنها: تبعية الطفل للدار كما نحن فيه.

واستدل على المورد بقوله: «الإسلام يعملو ولا يعملو عليه»^٢ وبتغليب حكم الإسلام.

وعليه: فيمكن استشماع الحكم من قوله تعالى: «فَطَرَهُ اللَّهُ أَتْبَعًا لِمَا فِي بَيْتِهِ فَأُولَٰئِكَ أَطْرَبُهُمْ»^٣ وقوله ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة»^٤.

والظاهر أن الحكم مسلم عند الأصحاب.

١. راجع تذكرة الفقهاء ٢: ٢٥٢، جواهر الكلام ٣٨: ١٥٨.

٢. الفقيه ٤: ٢٣٤ / ٥٧١٩.

٣. الروم (٣٠): ٣٠.

٤. الكافي ٢: ١٣ / ٣.

(مسألة ٣): لقيط دار الإسلام محكوم بالإسلام، وكذا لقيط دار الكفر إذا وجد فيها مسلم احتمل تولد اللقيط منه. وإن كان في دار الكفر ولم يكن فيها مسلم، أو كان ولم يحتمل كونه منه، يحكم بكفره. وفيما كان محكوماً بالإسلام لو أعرب عن نفسه الكفر بعد البلوغ يحكم بكفره، لكن لا يجري عليه حكم المرتد^(٦) الفطري على الأقوى.

هذا في غير المميّز و غير المُظْهِر للإسلام. وأمّا المميّز الذي أظهره، ففي قبوله قبيل البلوغ اختلافٌ، أظهره القبول و ترتيب آثار الإسلام، كالبالغ إلّا ما استثنى.

(٦) لعلّه لانصراف ما دلّ على أنّ الخروج عن الإسلام الأصلي سببٌ للارتداد الفطري عن الإسلام الحاصل بتبعية الأبوين أو تبعية الدار، والتفصيل في باب الحدود.

فهرس المطالب

٥	كتاب المكاسب والمتاجر
٥	مقدمة تستعمل على مسائل
٣٠	كتاب البيع
٣٣	القول: في شروط البيع
٣٣	القول: في شرائط المتعاقدين
٤٦	القول: في شروط العوضين
٥٢	القول: في الخيارات
٧٢	القول: في أحكام الخيار
٧٤	القول: فيما يدخل في المبيع عند الإطلاق
٧٥	القول: في القبض والتسليم
٧٨	القول: في النقد والنسيئة
٨٠	القول: في الربا
٨٥	القول: في بيع الصرف
٩١	القول: في السلف
٩٥	القول: في المراجعة والمواضعة والتولية
٩٨	القول: في بيع الثمار على النخيل والأشجار
١٠٦	القول: في بيع الحيوان
١٠٧	القول: في الإقالة

١٠٩	كتاب الشفعة
١١٨	كتاب الصلح
١٢٧	كتاب الإجارة
١٦٥	كتاب الجمالة
١٧١	كتاب العارية
١٧٧	كتاب الوديعة
١٨٩	كتاب المضاربة
٢١١	كتاب الشركة
٢١٥	القول: في القسمة
٢٢١	كتاب المزارعة
٢٣٣	كتاب المساقاة
٢٤٠	كتاب الدين والقرض
٢٤١	القول: في أحكام الدين
٢٤٧	القول: في أحكام القرض
٢٥٥	كتاب الرهن
٢٦٥	كتاب الحجر
٢٦٥	القول: في الصفرة
٢٧٠	القول: في السفه
٢٧٣	القول: في الفلس
٢٧٨	القول: في العرض
٢٨٤	كتاب الضمان
٣٥٥	كتاب الحوالة والكفالة
٣٨٧	القول: في الكفالة

٤٠٤ كتاب الوكالة

٤١٤ كتاب الإقرار

٤٢١ كتاب الهبة

٤٢٩ كتاب الوقف وأخواته

٤٥٥ القول: في الحبس وأخواته

٤٥٨ القول: في الصدقة

٤٦٠ كتاب الوصية

٤٨٨ كتاب الأيمان والنذور

٤٨٨ القول في اليمين

٤٩٩ القول في النذر

٥١١ القول في العهد

٥١٣ كتاب الكفارات

٥١٣ القول في أقسامها

٥١٨ القول في أحكام الكفارات

٥٣٣ كتاب الصيد والذباحة

٥٣٣ القول في الصيد

٥٥٥ القول في الذباحة

٥٧٠ وأما المكروهة

٥٧٨ كتاب الأطعمة والأشربة

٥٧٩ القول في الحيوان

٥٩٩ القول في غير الحيوان

٦٠٠ حرمة تناول المضّرّ

٦٠٣ في جواز تناول التربة المقدسة

٦١٤	 في جواز الأكل من بيوت الآباء وأمثالها
٦١٦	 إذا اضطرَّ إلى أكل المحرَّم
٦١٧	 إذا أكره على أكل الحرام
٦٢٠	 كتاب الغصب
٦٤٢	 في صبغ المغصوب
٦٤٥	 في الضمان بالإتلاف
٦٥٠	 في اجتماع السبب والمباشر
٦٥٣	 كتاب إحياء الموات والمشتركات
٦٥٣	 القول في إحياء الموات
٦٦٩	 القول في المشتركات
٦٧٨	 كتاب اللقطة
٦٧٩	 القول في لقطة الحيوان
٦٨٢	 في الحيوان الذي تركه صاحبه
٦٨٤	 القول في لقطة غنم الحيوان
٦٩٦	 إذا التقط اثنان لقطة واحدة
٦٩٨	 في حكم نماد اللقطة
٦٩٩	 لو وجد مالاً في دار
٧٠٠	 لو وجد شيئاً في جوف حيوان
٧٠١	 لو وجد شيئاً في داره
٧٠٣	 لو تبدل ماله بمال الغير
٧٠٦	 في حكم اللقيط
٧٠٩	 فهرس المطالب