



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران  
علیه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

الأدبُ الفقهِيُّ في شرح  
المعجزة الفسقية

المجلد الأول في عشر

سائر العقود

آية الله الشيخ ماجد الشكاطي

١١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الہدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانہ ای قائمیہ اصفہان

## فهرست

٥	فهرست
٢٠	الدرر الفقهيہ فی شرح اللمعہ الدمشقيہ المجلد ١١
٢٠	اشارہ
٢٠	اشارہ
٢٣	(كتاب الرهن)
٢٣	اشارہ
٢٥	و الإيجاب رهنك أو وثقتك
٢٥	و تكفي الإشارة في الأخرس أو الكتابه معها
٢٥	فإن ذكر أجل اشتراط ضبطه
٢٨	و يجوز اشتراط الوكاله للمرتهن و غيره
٢٩	و لا يشترط دوام القبض
٣٠	و هل يقبل إقرار الراهن بالإقباض؟
٣٠	و لو كان بيد المرتهن فهو قبض
٣١	و لو كان الرهن مشاعاً
٣٢	(و الكلام إما في الشروط أو اللواحق)
٣٢	شرائط صحه الرهن
٣٢	أن يكون عيناً مملوكه
٣٣	رهن المدبّر إبطال لتدبيره
٣٣	و لا رهن الخمر و الخنزير
٣٤	لو رهن ما لا يملكه الراهن
٣٥	و تلزم بعقد الراهن و يضمن الراهن لو تلف
٣٥	صحه رهن الأرض الخراجيه
٣٦	و لا رهن المصحف عند الكافر
٣٨	صحه الرهن في زمن الخيار

- ٤٢ ..... هل يصح رهن العبد المرتد؟
- ٤٣ ..... و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل
- ٤٣ ..... شرائط المتعاقدين
- ٤٤ ..... و يصح رهن مال الطفل للمصلحه
- ٤٤ ..... و لو تعذر الرهن هنا
- ٤٥ ..... اشتراط ثبوت الحق في الذمه كالقرض
- ٤٧ ..... و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن
- ٤٨ ..... صحه زياده الدين على الرهن
- ٤٩ ..... صحه زياده الرهن على الدين
- ٥٠ ..... (و أمّا اللواحق فمسائل)
- ٥٠ ..... إذا شرط الوكاله في الرهن لم يملك عزله
- ٥٢ ..... يجوز للمرتهن ابتياعه
- ٥٤ ..... لا يجوز لأحدهما التصرف فيه
- ٦٠ ..... متى يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء؟
- ٦١ ..... لو باع أحدهما توقف على إجازة الآخر
- ٦٦ ..... الرهن لازم من جهة الراهن حتّى يخرج عن الحق
- ٦٩ ..... والنماء المتجدد يدخل في الرهن
- ٧١ ..... ينتقل حق الرهانه بالموت لا الوكاله
- ٧٢ ..... لا يضمن المرتهن إلّا بتعد أو تفریط
- ٧٦ ..... لو اختلفا في قدر الحق المرهون به حلف الراهن
- ٨١ ..... لو أدى دينا و عين به رهنا
- ٨٢ ..... لو اختلفا في ما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب
- ٨٣ ..... (كتاب الحجر)
- ٨٣ ..... و أسبابه سته
- ٨٣ ..... امتداد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد
- ٨٦ ..... عدم صحه إقرار السفیه بمال و لا تصرفه في المال

- ٩١ ..... و العبد ممنوع من التصرف عدا الطلاق
- ٩١ ..... و المريض مما زاد على الثلث
- ٩٧ ..... و يثبت الحجر على السفيفه بظهور سفهه
- ٩٩ ..... (كتاب الضمان)
- ٩٩ ..... اشاره
- ١٠١ ..... عدم اشتراط علمه بالمستحق و لا الغريم
- ١٠٣ ..... و الإيجاب ضمننت و تقبلت و شبهه
- ١٠٧ ..... و لا عبره بالغريم
- ١٠٨ ..... و يشترط فيه الملاءه أو علم المستحق بإعساره
- ١١٠ ..... ضمان المشتري لعهدده الثمن
- ١١١ ..... و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم قبل
- ١١٢ ..... شرائط الضمان
- ١١٥ ..... (كتاب الحوالة)
- ١١٥ ..... اشاره
- ١١٧ ..... شرائط الحوالة
- ١٢١ ..... و لا يجب قبولها على الملىء
- ١٢١ ..... و يصح ترامى الحوالة و دورها
- ١٢٢ ..... و لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع لإنكاره الدين
- ١٢٤ ..... من أحكام الحوالة
- ١٢٤ ..... (كتاب الكفالة)
- ١٢٤ ..... اشاره
- ١٢٤ ..... شرائط الكفالة
- ١٢٧ ..... و يبرء الكفيل بتسليمه تاما عند الأجل
- ١٢٧ ..... و لو علق الكفاله بشرط أو صفه بطلت
- ١٢٩ ..... و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم
- ١٣٠ ..... و لو غاب المكفول أنظر الكفيل بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه

- و ينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد ..... ١٣٠
- و لو قال الكفيل لا حقّ لك ..... ١٣١
- و لو تكفّل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما ..... ١٣٢
- و لو تكفّل بواحد لاثنتين فلا بد من تسليمه إليهما ..... ١٣٢
- و يصحّ التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل ..... ١٣٢
- (كتاب الصلح) ..... ١٣٥
- اشاره ..... ١٣٥
- و هو جائز مع الإقرار و الإنكار ..... ١٣٦
- شروط الصلح ..... ١٣٧
- فيلزم بالإيجاب و القبول الصادرين من الكامل ..... ١٣٨
- احكام الصلح ..... ١٣٩
- و لا يكون طلبه إقرارا ..... ١٤٣
- و يصح الصلح على كل من العين و المنفعة ..... ١٤٦
- و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح ..... ١٤٧
- لو أنلف عليه ثوبا يساوى درهمين فصالح على أكثر أو أقل ..... ١٤٨
- لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى ..... ١٤٨
- مسائل ..... ١٤٩
- اشاره ..... ١٤٩
- لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما ..... ١٤٩
- جواز جعل السقى بالماء عوضا للصلح و صحه الصلح على اجراء الماء ..... ١٥٢
- لو تنازع صاحب السفلى و العلوّ في جدار البيت ..... ١٥٢
- إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته في المسلك ..... ١٥٤
- لو تنازع راكب الدابه و قابض لجامها فيها ..... ١٥٥
- لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما ..... ١٥٦
- (كتاب الشركه) ..... ١٥٨
- اشاره ..... ١٥٨



- ١٥٩ ..... حقيقه الشركه و سببها
- ١٦٢ ..... حقيقه الشركه العقديه
- ١٦٤ ..... و المعتبر شركه العنان
- ١٦٨ ..... شرائط الشركه
- ١٧١ ..... أحكام الشركه
- ١٧١ ..... و لكل من الشركاء المطالبه بالقسمه
- ١٧٢ ..... القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض
- ١٧٣ ..... و الشريك أمين لا يضمن الا بتعد أو تفريط
- ١٧٣ ..... كراهه مشاركه الذمى
- ١٧٤ ..... و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها
- ١٧٦ ..... لو ادعى المشتري شراء شىء لنفسه أولهما حلف
- ١٧٧ ..... (كتاب المضاربه)
- ١٧٧ ..... اشاره
- ١٨٠ ..... شرائط المضاربه
- ١٨٤ ..... احكام المضاربه
- ١٨٦ ..... و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالك له
- ١٨٧ ..... و ليشتر نقدا بنقد البلد بثمان المثل فما دون
- ١٨٨ ..... لو تجاوز ما حد له المالك ضمن
- ١٨٩ ..... جواز المضاربه بالمال
- ١٩٠ ..... لزوم الحصه بالشرط
- ١٩٠ ..... العامل أمين لا يضمن الا بتعد أو تفريط
- ١٩٦ ..... و القول قول العامل فى قدر رأس المال
- ١٩٦ ..... و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك
- ١٩٩ ..... (كتاب الوديعه)
- ١٩٩ ..... اشاره
- ٢٠٠ ..... و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه

- أحكام الوديعة ----- ٢٠١
- بطلان الوديعة بموت كل منهما و جنونه و إغمائه ----- ٢٠٤
- و لا يقبل قول الودعي في ردها إلا بينه ----- ٢٠٦
- و لو عين المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع عليه ----- ٢٠٦
- عدم صحة استيداع الطفل و المجنون ----- ٢٠٧
- وجوب إعادته الوديعة على المودع مع المطالبه ----- ٢٠٧
- و ليرد الوديعة إلى المالك أو وكيله ----- ٢٠٨
- و لو أنكر الوديعة حلف ----- ٢٠٩
- القول قول الودعي في قيمه ----- ٢١٠
- إذا مات المودع سلمها إلى وارثه أو إلى من يقوم مقامه ----- ٢١٠
- قبول قوله بيمينه في الرد ----- ٢١١
- حكم الاختلاف في الدين و الوديعة ----- ٢١٢
- حكم فسخها ----- ٢١٤
- (كتاب العارية) ----- ٢١٥
- اشاره ----- ٢١٥
- شروط المعير ----- ٢١٧
- هل يشترط في تصرف الولي المصلحة أو يكفي عدم المفسده أم لا ؟ ----- ٢١٧
- اشتراط كون العين مما يصح الانتفاع بها ----- ٢٢٦
- و للمالك الرجوع فيها متى شاء ----- ٢٢٧
- و هي أمانه لا تضمن إلا بالتعدى أو التفريط ----- ٢٢٨
- و إذا استعار أرضا غرس أو زرع أو بنى ----- ٢٢٩
- و لو عين له جهه لم يتجاوزها ----- ٢٢٩
- و لو نقصت العين بالاستعمال لم يضمن ----- ٢٣١
- و يضمن العارية باشتراط الضمان ----- ٢٣١
- و لو ادعى المستعير التلف حلف ----- ٢٣٤
- و لو ادعى الرد حلف المالك ----- ٢٣٥

- و للمستعير الاستئصال بالشجر الذى غرسه ----- ٢٣٦
- و لا يجوز للمستعير اعاره العين المستعاره ----- ٢٣٦
- و لو شرط سقوط الضمان فى الذهب و الفضة صح ----- ٢٣٧
- و لو شرط سقوطه مع التعدى أو التفريط احتمل الجواز ----- ٢٣٧
- و لو قال الراكب: أعرتنيها و قال المالك أجرتكها ----- ٢٣٨
- (كتاب المزارعه) ----- ٢٣٩
- اشاره ----- ٢٣٩
- حقيقه المزارعه ----- ٢٤٠
- شرائط المزارعه ----- ٢٤٢
- أحكام عامه فى باب المزارعه ----- ٢٤٤
- و لا بد ان يكون النماء مشاعا بينهما ----- ٢٤٧
- و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصه صح ----- ٢٤٨
- و لو مضت المده و الزرع باق فعلى العامل الأجره ----- ٢٤٩
- و لا بد من إمكان الانتفاع بالأرض ----- ٢٤٩
- و لو انقطع الماء فى جميع المده انفسخت ----- ٢٥٠
- و إذا أطلق زرع ما شاء ----- ٢٥٢
- و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب ----- ٢٥٤
- و لو اختلفا فى المده حلف منكر الزيادة ----- ٢٥٩
- و فى الحصه حلف صاحب البذر ----- ٢٦٠
- و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره ----- ٢٦٢
- و الخراج على المالك آلا مع الشرط ----- ٢٦٣
- و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر ----- ٢٦٣
- (كتاب المساقاه) ----- ٢٦٤
- اشاره ----- ٢٦٤
- شرائط المساقاه ----- ٢٦٧
- و تصح إذا بقى للعامل ----- ٢٦٩

- ٢٦٩ ..... (ظهرت قبل العقد أو لا)
- ٢٧٠ ..... (ولابد من كون الشجر ثابتا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه بقاء يزيد عن سنته غالبا)
- ٢٧٣ ..... و يلزم العامل مع الإطلاق كل عمل متكرر كل سنه
- ٢٧٤ ..... و تعيين الحصة بالجزء المشاع كالتصف
- ٢٧٦ ..... و كلما فسد العقد فالثمره للمالك
- ٢٧٧ ..... و لو شرط عند مساقاه فى عقد مساقاه فالأقرب الصحه
- ٢٧٨ ..... و لو تنازعا فى خيانه العامل حلف العامل
- ٢٧٩ ..... و الخراج على المالك آلا مع الشرط
- ٢٧٩ ..... و تملك الفائده بظهور الثمره
- ٢٨١ ..... و المغارسه باطله
- ٢٨٢ ..... و لو نقص بالقلع ضمن أرشه
- ٢٨٣ ..... و لو اختلفا فى الحصة حلف المالك
- ٢٨٤ ..... (كتاب الوكاله)
- ٢٨٤ ..... اشاره
- ٢٩٠ ..... عدم اشتراط الفوريه
- ٢٩٠ ..... شرطيه التنجيز
- ٢٩٢ ..... و لو عزله الموكل اشترط علمه بالعزل
- ٢٩٧ ..... إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى...
- ٣٠١ ..... (و لا بد من كمال المتعاقدين)
- ٣٠١ ..... (و جواز تصرف الموكل)
- ٣٠٢ ..... (وتجوز الوكاله فى الطلاق للحاضر)
- ٣٠٤ ..... (و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره عارفا باللغه التى يحاور بها)
- ٣٠٥ ..... (و يستحب لذوى المروآت التوكيل فى المنازعات)
- ٣٠٦ ..... (و لا تبطل الوكاله بارتداد الوكيل)
- ٣٠٨ ..... و لا يتجاوز الوكيل ما حد له آلا أن تشهد العاده بدخوله
- ٣٠٨ ..... (و تثبت الوكاله بعدلين)

- ٣١٤ ..... يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل .
- ٣١٧ ..... و لو اختلفا فى أصل الوكالة حلف المنكر -
- ٣١٩ ..... و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة فأنكر الزوج .
- ٣٢٢ ..... و لو اختلفا فى تصرف الوكيل حلف -
- ٣٢٣ ..... من أحكام الوكالة -
- ٣٢٥ ..... (كتاب الشفعة) -
- ٣٢٥ ..... اشاره -
- ٣٢٧ ..... شرائط الشفعة -
- ٣٢٧ ..... و لا تثبت لغير الشريك الواحد -
- ٣٢٩ ..... و موضوعها ما لا ينقل .
- ٣٣٣ ..... و فى اشتراط إمكان قسمته قولان -
- ٣٣٥ ..... و لا تثبت فى مقسوم الامع الشركه فى المجاز و الشرب -
- ٣٣٨ ..... و يشترط قدره الشفيع على الثمن و إسلامه -
- ٣٣٩ ..... و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام -
- ٣٤٢ ..... و تثبت للغائب -
- ٣٤٣ ..... و يستحق الأخذ بنفس العقد -
- ٣٤٤ ..... و ليس للشفيع أخذ البعض -
- ٣٤٦ ..... ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله -
- ٣٤٨ ..... و هى على الفور -
- ٣٥٠ ..... و لا تسقط الشفعة بالفسخ -
- ٣٥١ ..... و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه -
- ٣٥٢ ..... و الشفعه تورث كالمال بين الورثه -
- ٣٥٣ ..... و يجب تسليم الثمن أولا ثم الأخذ -
- ٣٥٤ ..... و لا يصح الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه -
- ٣٥٤ ..... و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفيعه -
- ٣٥٥ ..... و لو اشتراه بثمن كثير ثم عوضه عنه ببسير -

- ٣٥٧ ..... و لو اختلف الشفيع و المشتري في الثمن
- ٣٥٨ ..... و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده حلف الشريك
- ٣٥٩ ..... و لو تداعيا سبق تحالفا
- ٣٥٩ ..... (كتاب السبق و الرمايه)
- ٣٥٩ ..... اشارة
- ٣٦٠ ..... حقيقه السبق و الرمايه
- ٣٦١ ..... أحكام السبق و الرمايه
- ٣٦٩ ..... حكم السبق والرمايه في وسائل القتال الحديثه
- ٣٧٠ ..... لابديه الايجاب والقبول
- ٣٧٤ ..... و يشترط في السبق تقدير المسافه
- ٣٧٥ ..... و لا يشترط التساوى في الموقف
- ٣٧٦ ..... و يشترط في الرمي معرفه الرشق و عدد الإصابه و صفتها
- ٣٧٩ ..... و لا يشترط المبادره و لا المحاطه
- ٣٨٠ ..... حكم تبين استحقاق العوض المعين
- ٣٨١ ..... (كتاب الجعاله)
- ٣٨١ ..... اشارة
- ٣٨٤ ..... حقيقه الجعاله
- ٣٨٦ ..... و يشترط في الجاعل الكمال
- ٣٨٧ ..... و لا شيء للمتبرع
- ٣٨٨ ..... و تجوز الجعاله من الأجنبي
- ٣٨٩ ..... و هي جائزه من طرف العامل مطلقا
- ٣٩٠ ..... و لو رجع و لم يعلم العامل
- ٣٩٠ ..... و لو أوقع المالك صيغتين عمل بالأخيره
- ٣٩١ ..... و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود
- ٣٩١ ..... و لا يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل
- ٣٩٤ ..... (مسائل)

- ٣٩٤ ..... حكم ما لو لم يعين جعلاً .....
- ٣٩٤ ..... حكم ما لو بذل جعلاً فرده جماعة .....
- ٣٩٧ ..... و لو جعل لكل من ثلاثه جعلاً مغايراً للأخرين .....
- ٣٩٧ ..... و لو اختلفا فى أصل الجعالة حلف المالك .....
- ٣٩٨ ..... و لو اختلفا فى السعى .....
- ٣٩٩ ..... (كتاب الوصايا) .....
- ٣٩٩ ..... اشاره .....
- ٣٩٩ ..... الفصل الأول .....
- ٣٩٩ ..... اشاره .....
- ٤٠١ ..... حقيقه الوصيه .....
- ٤٠٤ ..... و إيجابها أوصيت لفلان بكذا .....
- ٤٠٧ ..... الوصيه من الايقاعات .....
- ٤١٠ ..... و ينتقل حقّ القبول الى الوارث .....
- ٤١٢ ..... و تصحّ مطلقه و مقيده .....
- ٤١٣ ..... و تكفى الإشاره مع تعذر اللفظ .....
- ٤١٤ ..... و الوصيه للجبهه العامه مثل الفقراء و المساجد والمدارس .....
- ٤١٤ ..... (و الظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له) .....
- ٤١٧ ..... و يشترط فى الموصى الكمال .....
- ٤٢٠ ..... يشترط فى الموصى له الوجود و صحه التملك .....
- ٤٢٢ ..... و لو أوصى للعبد لم يصح .....
- ٤٢٩ ..... و تصح الوصيه للشخص بالنسبه .....
- ٤٣١ ..... و الوصيه لجماعه تقتضى التسويه .....
- ٤٣٣ ..... و القرابه من عرف بنسبه .....
- ٤٣٤ ..... ما هو المراد من الجيران؟ .....
- ٤٣٥ ..... و للموالى يحمل على العتيق و المعتق .....
- ٤٣٤ ..... و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى .....

- الفصل الثاني في متعلق الوصية ..... ٤٤٠
- و هو كل مقصود يقبل النقل عن الملك ..... ٤٤٠
- و لا يشترط كونه معلوما ..... ٤٤١
- أما الجزء فالعشر ..... ٤٤٢
- و السهم الثمن ..... ٤٤٦
- و الشئ السدس ..... ٤٤٩
- و تصح الوصية بما ستحملة الأمه أو الشجره ..... ٤٥٠
- و لا تصح الوصية بما لا يقبل النقل ..... ٤٥٠
- و تصح بأحد الكلاب الأربعة ..... ٤٥١
- و يشترط في الزائد عن الثلث اجازة الوارث ..... ٤٥٢
- و المعتبر بالتركة حين الوفاة ..... ٤٥٦
- و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم ..... ٤٥٧
- و يتخير الوارث في المتواطى ..... ٤٥٨
- و الجمع يحمل على الثلاثة ..... ٤٥٩
- و لو أوصى بمنافع العبد دائما ..... ٤٥٩
- و لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين قدم الدين ..... ٤٦١
- و لو أوصى بعتق ثلث عبده أو عدد مبهم ..... ٤٦٦
- و لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم ..... ٤٦٧
- حكم ما لو رتب ..... ٤٦٩
- و لو أجاز الورثة ما زاد فادعوا ظن القله ..... ٤٧٠
- و يدخل في الوصية بالسيف جفنه و حليته ..... ٤٧٠
- و لو عقب الوصية بمضادها عمل بالأخيره ..... ٤٧٢
- و لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه و جب ..... ٤٧٢
- و لو ظنها مؤمنه فأعتقها كفى ..... ٤٧٣
- و لو أوصى بعتق رقبه بثمن معين و جب ..... ٤٧٤
- الفصل الثالث: في الأحكام ..... ٤٧٥



- ٤٧٥ ..... صحه الوصيه للذمي و إن كان أجنبيا
- ٤٧٨ ..... و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه
- ٤٧٨ ..... و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين
- ٤٧٩ ..... استحباب الوصيه لذوى القرابه وارثا كان أو غيره
- ٤٨٣ ..... و لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث
- ٤٨٣ ..... و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف
- ٤٨٤ ..... و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمئله
- ٤٨٤ ..... و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل ثلث الى فقراء بلد المال
- ٤٨٥ ..... و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريض، ثم مات الموصى له
- ٤٨٥ ..... و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف
- ٤٨٧ ..... و لو جمع بين عطيه منجزه و مؤخره
- ٤٨٨ ..... يصح الرجوع فى الوصيه قولاً، أو فعلاً
- ٤٩٠ ..... من أحكام الوصيه
- ٤٩٤ ..... الفصل الرابع
- ٤٩٤ ..... الوصايه استنابه الموصى غيره بعد موته فى التصرف
- ٤٩٥ ..... و إنما تصح الوصيه على الأطفال بالولايه
- ٤٩٥ ..... و يعتبر فى الوصى الكمال بالبلوغ و العقل و الإسلام
- ٤٩٦ ..... و تصح الوصيه إلى الصبى منضمًا الى كامل
- ٤٩٨ ..... و يصح تعدد الوصى
- ٥٠٠ ..... فان تعاسرا صح تصرفهما فى ما لا بد منه
- ٥٠١ ..... و لو ظهر من الوصى عجز ضم الحاكم اليه
- ٥٠٢ ..... و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده
- ٥٠٦ ..... و الصفات المعتره فى الوصى هل يشترط حصولها حال الإيضاء؟
- ٥٠٨ ..... و للموصى أجره المثل
- ٥١٠ ..... و يصح الرد للوصيه بشرطين
- ٥١٣ ..... من احكام الوصى

٥١٦	..... (كتاب النكاح)
٥١٦	..... اشاره
٥١٧	..... (الأول: في المقدمات)
٥١٧	..... النكاح مستحب مؤكّد
٥١٨	..... وهو أعظم الفوائد بعد الإسلام
٥٢١	..... استحباب صلاة ركعتين و الدعاء بعدهما بالخيره
٥٢٣	..... و الخطبه أمام العقد
٥٢٧	..... استحباب صلاة ركعتين و الدعاء إذا أراد الدخول
٥٣١	..... و يستقى تعالى عند الجماع دائما
٥٣٣	..... استحباب الوليمه يوما أو يومين
٥٣٦	..... جواز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال
٥٣٧	..... كراهه الجماع عند الزوال
٥٤٩	..... جواز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها
٥٥٢	..... أحكام النظر
٥٥٦	..... جواز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه
٥٦٣	..... و لا ينظر إلى الأجنبيه إلا مره من غير معاوده
٥٦٥	..... حكم نظر المرأه إلى الأجنبي
٥٦٩	..... حكم نظر المرأه إلى الخصى المملوك لها و بالعكس
٥٧٤	..... جواز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه إلا قبل في الحيض
٥٧٥	..... كراهه الوطى في دبرها كراهه مغلظه
٥٧٨	..... حكم العزل عن الحزه بغير شرط
٥٨١	..... عدم جواز ترك وطئ الزوجه أكثر من أربعه أشهر
٥٨١	..... عدم جواز الدخول قبل إكمالها تسع
٥٨٧	..... يكره للمسافر أن يطرق أهله
٥٨٩	..... (الفصل الثاني في العقد)
٥٨٩	..... اشاره

- ٥٩١ ..... و القبول قبلت التزويج أو النكاح
- ٥٩٥ ..... و لا يشترط تقديم الإيجاب
- ٥٩٦ ..... و لا يشترط القبول بلفظه
- ٥٩٦ ..... و هل يجوز بغير العربيه مع قدره؟
- ٥٩٩ ..... و الأخرس يعقد بالإشاره
- ٦٠٠ ..... و يعتبر في العاقد الكمال
- ٦٠١ ..... و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها
- ٦٠١ ..... عدم اشتراط الشاهدين في النكاح
- ٦٠٤ ..... اشتراط تعيين الزوج و الزوجه
- ٦٠٦ ..... و لا ولايه في النكاح لغير الأب و الجد له على خلاف في الجد
- ٦٢٣ ..... و للمولى تزويج رقيقه
- ٦٢٤ ..... (و هنا مسائل)
- ٦٢٤ ..... صحه اشتراط الخيار في الصداق
- ٦٢٦ ..... صحه الوكاله في عقد النكاح
- ٦٢٩ ..... لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته حكم بالعقد ظاهرا
- ٦٣١ ..... لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه
- ٦٣٤ ..... لو اشترى زوجته لسيدته فالنكاح باق
- ٦٣٥ ..... لا يزوج الولي و لا الوكيل بدون مهر المثل
- ٦٣٨ ..... عقد النكاح لو وقع فضولا يقف على الإجازة
- ٦٤١ ..... لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالکها
- ٦٤٣ ..... لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم
- ٦٤٦ ..... لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا
- ٦٥٠ ..... عدم الولاية للأم
- ٦٥٢ ..... الفهرس
- ٦٧٩ ..... دربارہ مرکز

سرشناسه : كاظمى، ماجد، محقق

عنوان و نام پديدآور : الدرر الفقيهه فى شرح اللمعه الدمشقيه / تاليف ماجد الكاظمى. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدى، ١٣٩٤. ١٤٣٧ هـ\_ ق

مشخصات ظاهرى : ١٢٤ ص.

٨ - ٤١٦ - ٤٩٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨ (دوره)

وضيقت فهرست نويسى : برون سپارى.

يادداشت : عربى.

يادداشت : كتابنامه به صورت زيرنويس.

٥٨٢ ص، عربى.

الفهرسه طبق نظام فيبا

الموضوع: الشهيد الاول، محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه الدمشقيه - النقد و التفسير.

الموضوع: الفقه الجعفرى القرن ٨ ق.

التعريف الاضافى: الشهيد الاول، محمد بن مكى، ٧٣٤ - ٧٨٦ ق. اللمعه الدمشقيه - الشرح.

الايداع فى المكتبه الوطنيه:

١٣٩٤، ٨٠٤٢٢٣ ل ٩ ش / ٣ / ١٨٢ BP

٣٨٦٧٧٢١ - ٢٩٧ / ٣٤٢

ص: ١

الدرر الفقهيہ

فی شرح

اللمعہ الدمشقیہ

سائر العقود

الجزء الحادی عشر

ایہ اللہ الشیخ ماجد الکاظمی



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ثم الصلاة والسلام على البشير النذير محمد المصطفى وعلى اله الطيبين الطاهرين واللعن على اعدائهم  
اجمعين

**(كتاب الرهن)**

**اشاره**

(وهو الرهن (وثيقه فى الدين)

ص: ٣

و عقده يتضمن جعل مال وثيقه للتأمين على دين أو عين مضمونه كالعين المغصوبه إذا طالب صاحبها الغاصب أو غيره ضمن عقد لازم بالرهن عليها و صحه جعل الرهن على العين المضمونه فلأجل إطلاق دليل مشروعيه الرهن من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ (١) والروايات الكثيره، كصحيحه محمد بن مسلم عن احدهم عليهما السلام: «سألته عن السلم فى الحيوان و فى الطعام و يؤخذ الرهن، فقال: نعم استوثق من مالك ما استطعت. قال: و سألته عن الرهن و الكفيل فى بيع النسيه، فقال: لا بأس» (٢) و غيرها.

و القول باختصاص مشروعيه الرهن بحاله السفر تمسكا بالآيه الكريمه ضعيف، فان ذكر السفر مبنى على الغالب من عدم تواجد الكاتب فيه، و هو كذكره فى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ... فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ (٣). على أنه يكفينا إطلاق السنه الشريفه.

و عليه فما ينسب إلى بعض العامه من عدم جواز الارتهان فى الحضر (٤) لا وجه له.

هذا و لا بد ان يكون ما يرهن عليه ديننا ثابتا فى الذمه لفعليه سببه من اقتراض أو اسلاف مال أو شراء نسيه فلا يصح الرهن على ما سيقترض أو على ثمن ما

ص: ٤

١- البقره: ٢٨٣

٢- وسائل الشيعه ١٣: ١٢١ الباب ١ من أبواب أحكام الرهن الحديث ٥

٣- النساء: ٤٣

٤- جواهر الكلام ٢٥: ٩٨



سيشترى و نحو ذلك وذلك لان الرهن وثيقه على مال المرتهن الذى هو ثابت فى ذمه الغير، فقبل ثبوت الدين فى الذمه لا يصدق الرهن و الاستيثاق. و لا أقلّ من الشك فى اعتبار ذلك، و هو كاف لجريان استصحاب عدم ترتب الاثر بعد عدم جواز التمسك باطلاق دليل المشروعيه لكون المورد شبهه مصداقيه.

### **و الإيجاب رهنتك أو وثقتك**

(و الإيجاب رهنتك أو وثقتك أو هذا رهن عندك أو على مالك و شبهه)

اما اعتبار الايجاب و القبول فى تحقّق الرهن فهو مقتضى كونه عقدا.

و أمّا الاكتفاء بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه فلانه بعد صدق عنوان الرهن يصح التمسك باطلاق دليل مشروعيته.

### **و تكفى الإشاره فى الأخرس أو الكتابه معها**

(و تكفى الإشاره فى الأخرس أو الكتابه معها، فيقول المرتهن قبلت، و شبهه)

كفايه إشاره الأخرس و إن لم تذكر هنا بالخصوص لكن ذكرت فى غيره حيث إنّها قائمه مقام لفظه .

### **فإن ذكر أجلا اشترط ضبطه**

(فإن ذكر أجلا اشترط ضبطه)

و يستدل لذلك بما ورد من نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بضميمه النبوى الذى رواه الصدوق من انه صَلَّى الله عليه و آله: «نهى عن المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه ... و هذه بيوع كان اهل الجاهليه يتبايعونها فنهى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله عنها لأنها غرر كلها»<sup>(١)</sup>، ورد بان التعليل المذكور هو من الشيخ الصدوق قدس سره دون النبي صَلَّى الله عليه و آله مضافا الى ان السند ضعيف بعده مجاهيل.

أقول: اما الاولى و هى و ان كانت ضعيفه سنداً الا انها موثوق بها كما تقدم فى كتاب البيع و حيثنذ يتعدى من البيع الى الرهن بالفهم العرفى و ذلك للقطع بعدم الفرق.

و اما الثانيه: فسواء كانت من كلام النبي (ص) او من استنباط الصدوق فهى شاهده على ان النهى الوارد فى الحديث الاول لا علاقه له بالبيع وانما ملاك النهى هو الغرر.

و يشهد لشرطيه عدم الغرر ايضا بناء العقلاء فأن المعاملات الغرريه خارجه عن حدود المعاملات الدارجه بين العقلاء و ان ما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء بالعقود<sup>(٢)</sup>.

أقول: و يمكن استنباط ذلك من الآيه المباركه {و لا تؤتوا السفهاء اموالكم} و ذلك بأن الذى يتعامل بالغرر يحكم عليه بالسفاهه و يحجر عن التصرف بأمواله

ص: ٦

---

١- وسائل الشيعه ١٢: ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ١٣

٢- الاجاره مستند العروه الوثقى ص ٣٣

فقد يقال بدلاله الآيه المباركه على بطلان المعاملات الغرريه باعتبار ان فاعلها يحكم عليه بأنه سفیه و من ثم يحجر عليه و يشهد لذلك أن محجوريه السفیه تعليلیه و ليست تقييده فالفقيه لفعله محجور عليه لا بما هو هو و يدل على ذلك أيضاً معتبره ابى الجارود من أن الرسول (صلى الله عليه و آله) نهى عن فساد المال مستشهداً بالآيه (١) و هذا النهى تكليفي لحرمة افساد المال فالمعامله الغرريه لأنها موجه لفساد المال حرام تكليفاً و عليه فلا يشملها عموم الوفاء بالعقد فالآيه بدلالته الالتزاميه داله على حرمة فساد المال و حيث أن هذا النهى يتعلق بذات الفعل فيدل على الفساد فتأمل. و عليه فإن ذكر أجلا غير مضبوط كوقت الحصاد بطل الرهن .

نعم تجوز إجازة الراهن للمرتهن في التصرف بدون ذكر أجل، كما في صحيح إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلّى أو متاعاً من متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب و انتفع بالمتاع و استخدم الخادم، قال: هو له حلال إذا أحلّه، و ما أحبّ أن يفعل، قلت: فارتهن دارا لها غله لمن الغله؟ قال: لصاحب الدار، قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: ازرعها لنفسك، فقال: ليس

ص:٧

هذا مثل هذا يزرعها لنفسه فهو له حلال كما أحله له إلا أنه يزرع بماله و يعمرها»(١).

## و يجوز اشتراط الوكالة للمرتهن و غيره

(و يجوز اشتراط الوكالة للمرتهن و غيره و الوصيه له و لو ارثه)

كما هو مقتضى عمومات المسلمون عند شروطهم.

(و إنما يتم الرهن بالقبض على الأقوى فلو جن أو مات أو أغمى عليه أو رجع قبل إقباضه بطل)

أقول: اعتبار القبض في صحة الرهن محل خلاف و مقتضى القاعده عدم اعتباره تمسكا باطلاق دليل شرعيته.

و دعوى أنّ عنوانه لا يصدق إلّا بالقبض غير مقبوله.

و الأقوى اعتباره لا لأجل التقييد به في الآية الكريمة فإن ذكره فيها هو من جهة أنّها بصدد بيان طريقه للاستيثاق على الدين، و ذلك لا يتحقق بمجرد الإرتهان من دون قبض و ليست بصدد بيان شرطيه ذلك لتحقق الإرتهان شرعا، على أنّ السياق

ص: ٨

يلوح عليه بوضوح كونه في صدد الارشاد إلى جملة من الآداب و السنن, بل لقوله (عليه السلام) في صحيحه محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»(١).

هذا وقد أفتى بالاشتراط الكلّ إلّا الشيخ في غير الخلاف و موضع من المبسوط أفتى بالعدم أيضاً و تبعه الحلّي.

و أمّا ما قيل من الآيه و الروايه لا تدلّان على أكثر من وجوب قبض، وإنّ الرهن كالبيع يتمّ بالإيجاب و القبول و يجب على الرّاهن إقباضه.

ففيه: أمّا دلالة الآيه فقد تقدم الكلام عنها و أمّا صحيحه قيس فلا دلالة لها على وجوب الاقباض و أنّما تدل على نفي تحقق الماهيه فظاهاها هو الاشتراط.

### و لا يشترط دوام القبض

(و لا يشترط دوام القبض فلو أعاده إلى الرّاهن فلا بأس)

و ذلك لانه لا يظهر من صحيحه محمد بن قيس اعتبار ذلك، و هي مجمله من هذه الجبهه فيرجع لنفي احتمال اعتبار الاستدامه إلى اطلاق ادله شرعيه الرهن لقاعده ان العام إذا خصص بمجمل مفهومه فيقتصر في تخصيصه على القدر المتيقن لبقاء الظهور في العموم على الحجيه فيما زاد عليه بلا معارض.

ص: ٩

هذا و لو أعاد المرتهن الرهن لانتفاع الزاهن به فى مسده يكون الرهن باقيا و إعادته مؤقتا نوع عاريه كما هو مقتضى القاعده و يؤيد ذلك خبر أبى بصير، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل استقرض من رجل مائه دينار و رهنه حليا بمائه دينار، ثم إنه أتاه الرجل فقال له: أعرنى الذهب الذى رهنتك عاريه فأعاره فهلك الرهن عنده أ عليه شىء لصاحب القرض فى ذلك، قال: هو على صاحب الرهن الذى رهنه و هو الذى أهلكه و ليس لمال هذا توى»(١).

### و هل يقبل إقرار الراهن بالإقباض؟

(و يقبل إقرار الراهن بالإقباض إلا أن يعلم كذبه)

أقول: لا وجه لقبول إقرار الراهن بأقباض الرهن للمرتهن و ذلك لأنه مدع، و قاعده «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» تقتضى ان يدلى بالبينه. نعم يقبل اقراره لاجل اثبات صحه وقوع الرهن لعموم اقرار العقلاء .

(فلو ادعى المواطاه) فى اقراره (فله إحلاف المرتهن)

عند المصنف لكنه لا وجه له بعد كونه مدعيا .

### و لو كان بيد المرتهن فهو قبض

(و لو كان بيد المرتهن فهو قبض)

ص: ١٠

لصدق كونه رهنا مقبوضا ولا دليل على ان يكون القبض مبتدأ .

(و لا يفتقر إلى إذن جديد فى القبض و لا الى مضيّ زمان)

لعدم الدليل فان رهن المالك ما بيد غيره يد إباحه كانت أو غيرها معناه إجازته فى تصرّفه، و إجازته فى تصرّفه مزيله للضمان و اعتبار الإذن الجديد و مضيّ زمان تحصيل للحاصل.

## و لو كان الرهن مشاعاً

(و لو كان الرهن مشاعا فلا بد من اذن الشريك فى القبض أو رضاه بعده)

لأن المشاع ماله و مال غيره و لا يجوز رهن مال الغير.

حصيله البحث:

و عقده يتضمن جعل مال وثيقه للتأمين على دين أو عين مضمونه كالعين المغصوبه إذا طالب صاحبها الغاصب و الإيجاب: رهنتك أو وثقتك أو هذا رهن عندك أو على مالك، و شبهه. و يكفى الإشاره فى الأخرس أو الكتابه معها فيقول المرتهن: قبلت، و شبهه، و يكتفى بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه و يشترط دوام الرهن فإن ذكر أجلاً اشترط ضبطه، و يجوز اشتراط الوكاله للمرتهن و غيره و الوصيه له و لو ارثه و إنما يتم بالقبض على الأقوى، فلو جنّ أو مات أو أغمى عليه أو رجع قبل إقباضه بطل.

ص: ١١

و لا- يشترط دوام القبض فلو أعاده إلى الرَّاهن فلا بأس، و يقبل إقرار الرَّاهن بالإقباض إلّا أن يعلم كذبه فلو ادّعى المواطأه فعليه البينه، و لو كان بيد المرتهن فهو قبضٌ و لا- يفتقر إلى إذنٍ في القبض و لا- إلى مضيّ زمانٍ، و لو كان مشاعاً فلا بدّ من إذن الشريك في القبض أو رضاه بعده.

## (و الكلام إمّا في الشروط أو اللواحق)

### شرائط صحّة الرهن

### أن يكون عيناً مملوكة

(شرط الرهن أن يكون عيناً مملوكة يمكن قبضها و يصح بيعها، فلا يصحّ رهن المنفعة و لا الدين)

اما اعتبار كون المرهون عيناً فلان الدين لا يمكن تحقق القبض فيه، و هو شرط في صحه الرهن كما تقدم.

بل لا يصح تعلق الرهن بالدين حتى بناء على انكار شرطيه القبض باعتبار ان الغرض من الرهن الاستيثاق وهو لا يتحقق بالدين.

و اما عدم صحه تعلقه بالمنفعة فلانه لو تصورنا فيها تحقق القبض فيمكن ان يقال: هي من الموجودات المتصرمه تدريجا و ليست موجودا قاراً ليتمكن ان تكون وثيقه على الدين.



و اما اعتبار كون المرهون أمرا مملوكا فلا-ن غير القابل للملك في نفسه- كالخمر- أو غير المتصف به بالفعل لا- يحصل به الاستيثاق.

و منه يتضح الوجه في اعتبار كون العين المرهونه أمرا صالحا للبيع و الشراء و لا يكفي أن تكون مثل الطير في الهواء أو الوقف.

### رهن المدبر إبطال لتدبيره

(رهن المدبر إبطال لتدبيره)

ذهب إلى إبطاله المفيد و الشيخ في النهايه لكن تردد في المبسوطين و مثله الحلّي، و التحقيق أنه يكون مراعى فإن فكّ رهنه يكون باقيا على تدبيره، و إن لم يفكّه و أدى إلى بيعه يصير التدبير باطلا.

### و لا رهن الخمر و الخنزير

(و لا رهن الخمر و الخنزير إذا كان الراهن مسلما)

لان المسلم لا يملكهما فلا يصح بيعه لهما فلا يصح رهنهما لكن قال في المبسوطين: «إذا استقرض ذمّي من مسلم مالا و رهن عنده بذلك خمرا يكون على يد ذمّي آخر يبيعها عند محل الحقّ و أتى بثمانها جاز له أخذه، و لا يجبره عليه و له أن يطالب بما لا يكون بثمان محرّم».

و اعترض عليه المختلف بأنّ الذمّي نائب عن المسلم و كما لا يصحّ للمسلم مباشره الارتهان فكذا الاستنابه.

نعم تقدم صحه إعطاء الذمّي مثله خمرا أو خنزيرا ليبيعه و يؤدّي دين المسلم الّا انه لا علاقه له بالمقام .

### لو رهن ما لا يملكه الراهن

(و لو رهن ما لا يملكه الراهن وقف على الإجازة)

اما رهن ما لا يملك فبطلانه معلوم و يؤيده خبر عليّ بن سعيد قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اكرى حمارا ثم أقبل به إلى أصحاب الثياب فابتاع منهم ثوبا أو ثوبين و ترك الحمار، قال: يردّ الحمار على صاحبه و يتبع الذى ذهب بالثوبين و ليس عليه قطع إنّما هي خيانه»<sup>(١)</sup>

و أمّا صحّته مع الإجازة فلأنّه ليس فوق البيع و بيع مال غيره يصحّ بإجازته فكذا رهنه بشرط ان يكون الايجاب الى زمان الاجازة باقيا.

(و لو استعار للرهن صحّ)

أمّا الاستعاره للرهن فيرجع إلى رهن مال الغير بإذنه.

ص: ١٤

و أما رهن العاريه بدون إذنه فهو رهن مال الغير بغير إذنه فهو باطل و يدل عليه صحيح أبان بن عثمان عن حذيفه بروايه الشيخ وعن حريز بروايه الصدوق وعن من حدّثه بروايه الكافي (١) عن الصادق (عليه السلام) «في رجل استعار ثوبا ثم عمد إليه فرهنه ف جاء أهل المتاع إلى متاعهم قال: يأخذون متاعهم» (٢).

### و تلزم بعقد الرهن و يضمن الراهن لو تلف

(و تلزم بعقد الرهن و يضمن الراهن لو تلف أو بيع)

أما لزومها فلأنه مقتضى إذنه في رهنها، و أما ضمان الرّاهن فلأنّ المعير لم يهبها للرهن.

### صح رهن الأرض الخراجيه

(و يصح رهن الأرض الخراجيه تبعا للأبنيه و الشجره، لا رهن الطير إلّا إذا اعتيد عوده و لا السمك في الماء إلّا إذا كان محصورا مشاهدا)

كلّ ذلك لأنّ حكم الرّهن حكم البيع فإنّه و إن لم يكن ببيع فعلا إلّا أن الغرض منه البيع لو لم يفكّ الرهن.

ص: ١٥

---

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٩ ح ٦

٢- التّهذيب في ١٣ من أخبار عاريتّه ١٧ من تجاراته والفقيه في ٣ من أخبار عاريتّه

## و لا رهن المصحف عند الكافر

(و لا رهن المصحف عند الكافر)

إذا استلزم تعريضه للنجاسة و للاهانه فانه نوع هتك و اهانه فهو حرام .

(أو العبد المسلم) لا يجوز رهنه بدليل ايه نفى السبيل كما تقدم فى باب البيع .

(ألا ان يوضعا على يد مسلم)

فينتفى المانع فيهما، و الأصل فى هذا الفرع المبسوط وقد تقدم فى المكاسب المحرمه الكراهه و قلنا ان الحكم بالكراهه هو الذى يقتضيه الجمع بين الاخبار كما يشهد لذلك صحيح ابى بصير قال (سالت ابا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها- الى- قال: عليه السلام اشترىه احب اللى من ان ابيعه))<sup>(1)</sup> و هو واضح فى دلالتة على الكراهه هذا و لو سلمنا دلالة الاخبار المانعه على الحرمة فهى ظاهره فى الحرمة التكليفية و لا دلالة فيها على الحرمة الوضعيه بمعنى فساد البيع و عدم نفوذه لعدم الملازمه بينهما، نعم تعريضه للنجاسة و للاهانه نوع هتك و اهانه فهو حرام .

و قال الإسكافى: «لا- أختار أن يرهن الكافر مسلما و لا ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال» و ظاهره عدم الحرمة .

ص: ١٦

إن من شرائط الوقف أن لا يباع، و الزهن إن لم يفك يباع.

حصيله البحث:

يشترط في الزهن أن يكون عيناً مملوكةً يمكن قبضها و يصح بيعها، فلا- يصح رهن المنفعة و لا الدين و لا الوقف و لو كان خاصاً. و رهن المدبر يكون مراعى فإن فك رهنه يكون باقياً على تدبيره، و إن لم يفك و أدى إلى بيعه يصير التدبير باطلاً، و لا يصح رهن الخمر و الخنزير إذا كان الزاهن مسلماً أو المرتهن، و لا- رهن الحرّ مطلقاً، و لو رهن ما لا يملك وقف على الإجازة بشرط ان يكون الايجاب الى زمان الاجازة باقيا، و لو استعار للزهن صح، و يلزم بعقد الزاهن، و يضمن الزاهن لو تلف أو بيع، و يصح رهن الأرض الخراجية تبعاً للأبنية و الشجر، و لا رهن الطير فى الهواء إلّا إذا اعتيد عوده، و لا السمك فى الماء إلّا إذا كان محصوراً مشاهدًا، و لا- رهن المصحف عند الكافر إذا استلزم تعريضه للنجاسة و للاهانة فانه نوع هتك و اهانه فهو حرام و كذلك العبد المسلم لا يجوز رهنه إلّا أن يوضعا على يد مسلم، و لا رهن الوقف.

(و يصح الرهن فى زمن الخيار و ان كان) الخيار (للبيع لانتقال المبيع بالعقد على الأقوى)

لكن لو كان الخيار للمشتري فالظاهر سقوط خياره بتصرفه هذا كما تقدم .

و لو كان الخيار للبائع و لم يفك المشتري الرهن و فسخ البائع يبطل الرهن , هذا كله اذا قلنا بجواز تصرف من ليس له الخيار فى زمان الخيار كما عليه المصنف و اما لو قلنا بالمنع فلا يصح الرهن .

و اما حجه القول بالمنع فاستدل الشيخ الاعظم له بقوله: «أنَّ الخيار حقُّ يتعلَّق بالعقد المتعلِّق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحلِّ العقد إلى مالِكهما السابق، فالحقُّ بالأخره متعلِّقٌ بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرَّف فيها بما يبطل ذلك الحقَّ بإتلافها أو نقلها إلى شخصٍ آخر.

و منه يظهر أنَّ جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا- يوجب جواز الإِتلاف؛ لأنَّ الحقَّ متعلِّقٌ بخصوص العين، فإِتلافها إِتلافٌ لهذا الحقِّ و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أنَّ تعلُّق حقِّ الرهن ببدل العين المرهونه بعد تلفها لا يوجب جواز إِتلافها على ذى الحقِّ. و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح: من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حقَّ البائع فى العين المعينه عن الإبطال .

و يؤيد ما ذكرنا: أنهم حكموا من غير خلافٍ يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقاً متعلقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإن تلف العين لا ينافى بقاء الخيار؛ لعدم منافاه التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادته الفسخ بأخذ قيمه.

ثم اجاب عنه بقوله: إن الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين و فقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً و منعاً، فالمرجع فيه أدله سلطنه الناس على أموالهم، ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ و مجرد الفرق بينهما: بأن الشفيعه سلطنه على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنها سلطنه على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله السابقه، لا- يؤثر فى الحكم المذكور مع أن الملك فى الشفيعه أولى بالترزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقاً.

و أما حق الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقه يدل على وجوب إبقائه و عدم السلطنه على إتلافه، مضافاً إلى النص و الإجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقاً و لو لم يكن متلفاً و لا ناقلاً.

و أما سقوط الخيار بالتصرف الذى أذن فيه ذو الخيار، فلدلاله العرف، لا للمنافاه.

و الحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحق يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوّه في الخيارات الأصليّه.

و أمّا الخيار المجعول بشرطٍ، فالظاهر من اشتراطه إرادته إبقاء الملك ليستردّه عند الفسخ، بل الحكمه في أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد العين، إلّا أنّها في الخيار المجعول علّه للجعل، و لا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى.

و عليه فيتعيّن الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. و أمّا مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرّف كالاستيلاء، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاستيلاء لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني.

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنّه ينتقل إلى البدل؛ لأنّه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلّط العاقد الثاني على ماله، عدا ما يتخيّل: من أنّ تملك العاقد الثاني مبنّى على العقد الأوّل، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل: أنّ العاقد الثاني يتلقّى الملك من المشتري الأوّل، فإذا فرض الاشتهاء كأن لم يكن و ملك البائع الأوّل العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.



و يمكن دفعه: بأن تملك العاقد الثاني مستنداً إلى تملك المشتري له آنأ ما؛ لأن مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى ما بعد الفسخ لأنه رفق للعقد الثابت.

و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى، و استحق بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه(1).

حصيله البحث:

يصح الرهن فى زمان الخيار و إن كان للبائع لانتقال المبيع بالعقد على الأقوى، و لو كان الخيار للبائع و لم يفك المشتري الرهن و فسخ البائع يبطل الرهن اذا قلنا بجواز تصرف من ليس له الخيار فى زمان الخيار كما هو المختار فى الخيارات الاصلية و اما الخيار المجمعول كخيار الشرط فلا يجوز التصرف لغير ذى الخيار فلا يصح الرهن و يتعين الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإلتلاف . و لو كان الخيار للمشتري فالظاهر سقوط خياره برهنه .

ص: ٢١

---

١- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٦، ص: ١٥٠

## هل يصح رهن العبد المرتد؟

(و رهن العبد المرتد و لو عن فطره)

كما ذهب الإسكافي إلى عدم صحّ رهن العبد المرتدّ و أطلق، و ذهب المبسوط إلى صحّته و أطلق و فصل المختلف بين المرتد عن فطره و غيره.

أقول: لا يخفى ان الرهن استيثاق لدين المرتهن فان حصل الاستيثاق في هذا العبد المرتد المحكوم بالاعدام والذي لا تقبل توبته و هو المرتد عن فطره فالرهن صحيح و كذلك غيره فالملاك هو حصول الاستيثاق و الّا فلا .

(و) مثل العبد المرتد العبد (الجاني)

كما ذهب الشيخ في المبسوطين إلى عدم صحّ رهنه مطلقا عمدا أو خطأ.

قيل: و الصواب صحّته مع كونه مراعى بفك المولى له من جنائته. قلت: مرجع ذلك تعليق صحه الرهن على الفك وعدم تنجزه و هو لا دليل على صحته.

(فإن عجز المولى عن فكه قدّمت الجنايه)

لبطلان الرهن وتعلق حق المجنى عليه بالعبد.

## و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل

(و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل)

فلا قابليه له للرهن و عليه (فليشترط بيعه و رهن ثمنه) حتى يصح .

(و لو أطلق حمل عليه) لكن لا دليل على هذا الحمل و لعله لاجل ذلك ذهب الشيخ في المبسوطين إلى البطلان مع الإطلاق.

حصيله البحث:

و اما رهن العبد المرتدّ و لو عن فطره و الجاني مطلقاً فالملاك فيه هو حصول الاستيثاق فان حصل فهو و ألا فلا، وعلى فرض حصول الاستيثاق فإن عجز المولى عن فكه قدّمت الجنايه و بطل الرهن , و لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل فليشترط بيعه و رهن ثمنه و لو أطلق بطل.

## شروط المتعاقدين

(و أما المتعاقدان فيشترط فيهما الكمال بالبلوغ و العقل)

و القصد و الاختيار في الراهن و المرتهن و ذلك لان ذلك من الشروط العامه في كل عقد، و جوّز ابن حمزه رهن عبد مأذون له في تجاره و اعترض عليه المختلف بأنّ الإذن في تجاره أعمّ من الإذن في الرهن .

ص: ٢٣

(و جواز التصرف)

اي عدم الحجر على الراهن لسفه أو فلس و ذلك لان السفیه و المفلس لا يصح منهما التصرف في أموالهما.

و لا يشترط اعتبار ذلك في المرتهن لانه بالرهن لا يتصرف في ماله.

### و يصح رهن مال الطفل للمصلحه

(و يصح رهن مال الطفل للمصلحه و أخذ الرهن له كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطه) على خلاف في شرطيه ظهور الغبطه كما تقدم في باب البيع .

(أو خيف على ما له من غرق أو نهب)

كما يصح بيع ما له نقدا مع المصلحه او مع عدم المفسده او مطلقا على الخلاف و نسيئه مع أخذ الرهن له أيضا وقد تقدم ذلك في كتاب البيع .

### و لو تعذر الرهن هنا

(و لو تعذر الرهن هنا)

اي في ما لو خيف على مال الصبي من غرق أو نهب .

(أقرض من ثقته عدل غالبا)

ص: ٢٤

أقول: أمّا جمعه بين الثقة و العدل فكما ترى و لو كان قال بدله: «عدل مليء» أو «ثقه مليء» كان أولى.

و أمّا قوله «غالبا» فلم يظهر وجهه و ما قيل «من كونه للتنبيه على أنّ العداله لا- تعتبر في نفس الأمر و لا في الدوام لأنّ عروض الذنب ليس بقادح» فكما ترى.

حصيله البحث:

يشترط فيهما الكمال و القصد و الاختيار في الراهن و المرتهن و عدم الحجر على الراهن لسفه أو فلس. و يصحّ رهن مال الطفل و أخذ الرهن له كما إذا سلف ماله.

### اشتراط ثبوت الحق في الذمه كالقرض

(و أمّا الحقّ فيشترط ثبوته في الذمه كالقرض و ثمن المبيع و المديه بعد استقرار الجنايه و في الخطأ المحض عند الحلول على قسطه و مال الكتابه و ان كانت مشروطه على الأقرب)

أمّا القرض فواضح واما ثمن المبيع كثمن ما باعه نسيئه أو مثن ما اشتراه سلما، فيدل على الاول منهما صحيح أبي حمزه، عن أبي جعفر (عليه السلام): «سألته عن الرهن و الكفيل في بيع النسيئه، فقال: لا بأس به»<sup>(1)</sup>

ص: ٢٥

---

١- الكافي (في رهنه، ١٠٩ من معيشته)

و صحيح يعقوب بن شعيب: «سألته عن رجل يبيع بالنسيئه و يرتهن، قال: لا بأس»<sup>(١)</sup> وغيرهما.

و يدل على الثانى منهما صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام) فى خبر: «و سألته عن السلم فى الحيوان و الطعام و يرتهن الرّجل بماله رهنا، قال: نعم استوثق من مالك»<sup>(٢)</sup>.

و موثق سماعه «سأله عن الرّهن يرهنه الرّجل فى سلم إذا أسلم فى طعام أو متاع أو حيوان، فقال: لا- بأس بأن تستوثق من مالك»<sup>(٣)</sup>.

و أما الجنايه فلائنّ الحقّ غير معلوم قبل استقرارها، و أمّا الخطأ المحض فكذلك الحقّ غير معلوم على أى أفراد العاقله حتّى يحلّ. و أمّا مال الكتابه فممنع المبسوط منه فى المشروط و تبعه القاضى و الحلّى، و جوزه المختلف لكون المكاتبه عقدا لازما . قلت: و عليه تشمله العمومات فلا مانع منه .

(و مال الجعاله بعد الرد)

قال الشهيد الثانى: «و إن شرع فيه لأنّه لا يستحقّ شيئا منه إلّا بتمامه، و قيل: يجوز بعد الشروع لأنّه يؤول إلى اللّزوم كالثمن فى مدّه الخيار و هو ضعيف، و الفرق

ص: ٢٦

---

١- الكافى (ح ٢ من باب الرهن، ١٠٩ من معيشته)

٢- الفقيه، ج ٣، ص: ٢٥٩ رواه عن صفوان عن ابن سنان والتهذيب رواه بسند صحيح ايضا .

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٦١

واضح لأنَّ البيع يكفى فى لزومه إبقاؤه على حاله فىنقضى المدّه، والأصل عدم الفسخ عكس الجعالة» و اجيب بانه يمكن تقويه القيل «بأنَّ الرهن عرفا وثيقه فى مقام يقتضيها، و عليه عمل العرف، و لم نفتقر فى مشروعيتها إلى الدليل عليه، بل يكفينا عدم الردع عنه، مع أنّ عموم قوله (عليه السلام) المسلمون عند شروطهم يعمّه، و ما ذكره من الفرق و إن كان حاصلًا إلّا أنّه لا طائل تحته».

قلت: و هو الصحيح و يشهد له قوله تعالى ﴿ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم﴾ من سورة يوسف حيث ان ظاهر قوله «وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» «أى كفيل به، و ضمين له»<sup>(١)</sup> صحه الكفاله على الجعالة و اذا صحت الكفاله صح الرهن لعدم الفرق بينهما عرفا و عقلا و الايه المباركه داله على صحته قبل الرد ايضا و بذلك يظهر ضعف ما قاله المصنف: (لا قبله) .

### و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن

(و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن)

حتى تحصل الفائده المطلوبه من التوثق بالرهن و عليه (فلا يصح الرهن على منفعه المؤجر عينه مده معينه)

ص: ٢٧

---

١- التبيان فى تفسير القرآن، ج ٦، ص: ١٧١

عند المصنف و علل الشهيد الثانى ذلك بقوله: لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين المخصوصه حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجاره(١).

قلت: و بقى فى ما ذكر شق اخر و هو ما لو منعه الموجر من استيفاء حقه ظلما فلا تبطل الاجاره فى هذا الفرض و له استيفاء حقه من الرهن .

(فلو آجره فى الذمه جاز)

كما لو استأجره على تحصيل خياطه ثوب بنفسه أو بغيره، لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن.

### صححه زياده الدين على الرهن

(و تصح زياده الدين على الرهن)

فإذا استوفى الرهن بقى الباقي منه متعلقا بذمه الراهن.

واستشهد له بخبر العباس بن عيسى قال: «ضاق على بن الحسين عليهما السلام ضيقه فأتى مولى له فقال له: أقرضنى عشره آلاف درهم إلى ميسره، فقال: لا لأنه ليس عندى و لكن أريد وثيقه قال: فشق له من ردائه هدبه فقال له: هذه الوثيقه،

ص: ٢٨



قال: فكأنّ مولاه كبره ذلك، فغضب و قال: أنا أولى بالوفاء أم حاجب بن زراره، فقال: أنت أولى بذلك منه، فقال: فيكف صار حاجب يرهن قوسا و أنّما هي خشبه على مائه حماله و هو كافر فيفي و أنا لا أفي بهديه ردائي، قال: فأخذها الرّجل منه - إلى - ثمّ قال (عليه السلام): قد أحضرت مالك فهات وثيقتي، فقال له: جعلت فداك ضيّعتها، فقال: إذن لا تأخذ مالك منّي ليس مثلى من يستخفّ بدمّته - إلى - و أخذ (عليه السلام) الهديه فرمى بها و انصرف» (١) لكنّه ليس بصحيح لأنّه (عليه السلام) رهن ما لا يساوى شيئا من حيث هو.

## صححه زياده الرهن على الدين

(و زياده الرهن على الدين)

و فائدته سعه الوثيقه، و منع الراهن من التصرف فى المجموع فيكون باعثا على الوفاء، و لإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظا للدين.

و يدلّ على جواز زياده الرهن على الدين وزياده الدين على الرهن موثق ابن بكير: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرّهن فقال: «إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك [فعليه ظ] أن يؤدّى الفضل إلى صاحب الرّهن، إن كان أقلّ من ماله فهلك الرّهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله و إن كان الرّهن سواء فليس عليه شيء» (٢).

ص: ٢٩

١- الكافي (فى ٦ من باب قضاء الدّين، ٢٠ من معيشته)

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٣ ح ٦

و صحيح إسحاق بن عمّار، عن الكاظم (عليه السلام): «سألت عن الرّجل يكون عنده الرّهن فلا يدري لمن هو من النّاس فقال: لا أحبّ أن يبيعه حتّى يجيئ صاحبه، قلت: لا يدري لمن هو من النّاس، فقال: فيه فضل أو نقصان - الخبر» (١).

حصيله البحث:

و أمّا الحقّ: فيشترط ثبوته في الدّمه كالقرض، و ثمن المبيع و الدّيه بعد استقرار الجنايه، و في الخطأ عند الحلول على قسطه، و مال الكتابه و إن كانت مشروطه على الأقرب، و مال الجعالة بعد الرّد و قبله، و لا بدّ من إمكان استيفاء الحقّ من الرّهن، و يصحّ زياده الدّين على الرّهن و زياده الرّهن على الدّين

**(و أمّا اللواحق فمسائل)**

**إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله**

(الأولى: إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله)

لوجوب الوفاء بالشرط اولا ولأنّ الشرط في العقد اللازم لازم فالرّهن لمّا كان لازما من جهه الرّاهن فالشرط مثله في اللزوم ثانيا.

ص: ٣٠

---

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٣ ح ٤

(و يضعف) عند المصنف (بان المشروط فى اللآزم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط لا وجوب الشرط كما تقدم فحينئذ لو فسخ الوكاله فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن و الوكاله ان كان)

و بعباره اخرى لا يرى المصنف «المسلمون عند شروطهم» دالا على وجوب الوفاء بالشرط بل غاية ما يدل انه يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط .

و فيه: ان الحديث واضح الدلاله على وجوب الوفاء .

و بذلك افتى الصدوق فى المقنع فقال: «إذا رهن رجل عندك رهنا على أن يخرج به إلى أجل فلم يخرج فليس لك أن تبيعه فإنّ الرهن رهن إلى يوم القيامة فإن اشترط أنّه إن لم يحمل له فى يوم كذا و كذا فبعه، فلا بأس أن تبيعه إذا جاء الأجل و لم يحمل» (1) و ظاهره لزوم الشرط و هو المفهوم من الشيخ فى النهايه حيث قال: و إن كان شرط المرتهن على الرّاهن أنّه إذا حلّ أجل ماله كان وكيلا فى بيع الرّهن كان ذلك جائزا» .

و لا وجه لاستشكال ابن ادريس فيه من حيث تعليق الوكاله. ففيه اولاً: انه لا دليل على عدم صحّحه التعليق فيه بعد كونه عقلايا كما و ليس فيه تعليق ثانيا فإنّه و كله منجزاً عند الحلول.

ص: ٣١

---

١- المقنع (للشيخ الصدوق)؛ ص ٣٨٣؛ باب الرهن .

(الثانيه: يجوز للمرتهن ابتياعه)

قال الشهيد الثاني: «من نفسه إذا كان وكيلا في البيع و يتولّى طرفى العقد» .

قلت: هو من فروع شراء الوكيل الشىء لنفسه و هو غير جائز عند البعض كابن الجنيّد و الشيخ فى المبسوط و التهذيب و هو المفهوم من الكليني و قد تقدم انه مكروه(1) هذا إذا لم يصرّح الموكل به و مع تصريحه أو فرض جوازه لا يحتاج إلى إجراء عقد بل يكفي قصد ذلك لنفسه لتحقق الايجاب والقبول به .

(و هو مقدم به على الغرماء)

أمّا تقدمه مع حياته فانه و ان لم يرد فيه نص بالخصوص بنفى أو إثبات إلا ان ظاهر الاصحاب عدم الخلاف فيه و هو الذى يقتضيه عموم الرهن.

و اما تقدّمه و لو مع موت الرّاهن و إفلاسه فذهب اليه على ما نقل الشيخان و الدّيلمى و الحلبيّ و الحلبيّ و القاضى و يقتضيه عموم الرهن ايضا .

لكن ذهب الفقيه الى عدمه استناداً الى خبر عبد الله بن الحكم: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أفلس و عليه دين لقوم و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم

ص: ٣٢

فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين؟ قال: يقسم جميع ما خلف من الرهن و غيرها على أرباب الدين بالحصص»(١).

و معتبر سليمان بن حفص المروزي قال: «كتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) في رجل مات و عليه دين و لم يخلف شيئاً إلّا رهناً في يد بعضهم و لا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن أ يأخذه بماله أو هو و سائر الديان فيه شركاء؟ فكتب (عليه السلام) جميع الديان في ذلك سواء يوزعون بينهم بالحصص»(٢) و هو ظاهر التهذيب حيث رواهما و لم يأولهما(٣) و لم يروهما الكليني كما و لم يفت بهما من تقدم ذكره و عليه فلا وثوق فيهما حتى يمكن بهما تخصيص عموم الوفاء بالرهن .

(و لو أعوز الرهن ضرب بالباقي مع الغرماء)

كما هو مقتضى القاعده . هذا و المنصوص أنّ المرتهن مع نقص الرهن يرجع على الزّاهن في حياته من دون تعرّض لحكم الإفلاس و الموت كما في موثق ابن بكير: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك [فعليه (ظ)] أن يؤدى الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله و إن كان الرهن سواء فليس عليه شيء»(٤).

ص: ٣٣

- ١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٠٧ ح ٧
- ٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣١٠ ح ١٧
- ٣- التهذيب في ٤٠ و ٤١ من أخبار رهونه
- ٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٤ ح ٦

و صحيح أبي حمزه، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن قول علي (عليه السلام) في الرهن «يتراذان الفضل» فقال: كان عليّ (عليه السلام) يقول ذلك، قلت: كيف يتراذان؟ فقال: إنّ كان الرهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا- يسوى ردّ الزاهن ما نقص من حقّ المرتهن، قال: و كذلك كان قول عليّ (عليه السلام) في الحيوان و غير ذلك»<sup>(١)</sup> و غيرهما<sup>(٢)</sup>.

### لا يجوز لأحدهما التصرف فيه

(الثالثه: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه)

اما عدم جواز تصرف الراهن فقييل: الوجه فيه هو لزوم عقد الرهن من ناحيته و التصرف ينافي ذلك؛ سواء كان ناقلا للعين كالبيع، أو المنفعه كالإجاره، أو مجرد الانتفاع بها كالعاريه، كلّ ذلك لأجل منافاته للزوم من قبله و إن لم يكن التصرف موجبا للإضرار بالرهن، كالركوب و السكنى و نحوهما، هذا كلّه في التصرف بغير الإتلاف.

و أمّا التصرف بالاتلاف فهو و إن لم يكن إتلافا مشمولاً لقاعده الإتلاف الجاريه في إتلاف مال الغير، إلّا أنّه حيث يكون موجبا لانتفاء موضوع الرهن مع لزوم الرهن من قبل الراهن يكون ذلك موجبا للإثم، و اللازم أداء قيمته لأن تكون رهنا.

ص: ٣٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٤ ح ٧

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٤ ح ٨

قلت: أمّا التصرف بالتلاف فكما افاد، و اما التصرف بغيره فلا ينافى لزوم عقد الرهن كما هو واضح نعم لو قام دليل بالخصوص على عدم الجواز فهو كما قد يستدل بظاهر صحيحه محمد بن قيس: «لا رهن الا مقبوضا»<sup>(١)</sup> الداله على اشتراط القبض فيه و هو ينافى التصرف فيه.

و فيه: انه اعم اولاً- و ان الاصل هو جواز تصرف مالك العين المرهونه فيها بما لا- يتنافى و الاستيثاق لانه مالك، و لا موجب لمنعه بعد عدم كون تصرفه منافيا للاستيثاق.

و يشهد للجواز أيضاً صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «رجل رهن جاريتيه قوما أ يحل له أن يطأها؟ فقال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه و بينها، قلت: أ رأيت ان قدر عليها خاليا؟ قال: نعم لا أرى به بأسا»<sup>(٢)</sup>.

و اما ما يروى عن النبي صلّى الله عليه و آله من ان «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن»<sup>(٣)</sup> فضعيف السند، فان ابن أبي جمهور الاحسائي قد رواه في درر الالكي عن النبي صلّى الله عليه و آله مرسلًا.

ص: ٣٥

- 
- ١- وسائل الشيعة ١٣: ١٢٣ الباب ٣ من أحكام الرهن الحديث ١
  - ٢- وسائل الشيعة ١٣: ١٣٣ الباب ١١ من أحكام الرهن الحديث ١
  - ٣- مستدرک الوسائل ١٣: ٤٢٦

و بهذا يتضح ضعف ما قاله صاحب الجواهر من عدم جواز تصرّف الراهن بشئى أشكاله استنادا إلى الحديث المتقدم و الى التنافى بين الاستيثاق المأخوذ فى مفهوم الرهن و بين جواز التصرّف (١).

و اما عدم جواز تصرّف المرتهن فى الرهن بشئى ء من التصرّفات، فلاّنه لا يكون مالكا له، بل إنّما هو وثيقه للدين .

(و لو كان له نفع أو جر)

قيل: يؤجر باتّفاقهما لما تقدم من عدم جواز تصرفهما فيه و إلّا أجره الحاكم . قلت: لا دليل على إيجار الحاكم مستقلا من دون طلب الراهن .

ثم انه وقع الخلاف فى كون الأجره رهنا كالأصل كما فى النماء المتجدّد أم لا؟

فذهب إلى كونها رهنا أبو الصلاح فى كافيه «و إذا كان للرهن غلّه يصحّ بقاؤها كالحنطه و الشعير، فهى رهن مع الأصل و إن كانت ممّا لا- يصحّ بقاؤها كالخيار و الأترج فعلى المرتهن بيعه و قبض ثمنه و الاحتساب به عن إذن الرّاهن إن أمكن و إلّا فهو رهن مع الأصل . و هو المفهوم من الشيخ فى النهايه «إن كان الرّهن ممّا له غلّه مثل أن يكون دارا أو أرضا كانت الغلّه و الأجره لصاحب الأرض و على المرتهن أن يقاصّه بذلك من ماله عليه».

ص: ٣٦



و هو المفهوم من الصدوق فى الفقيه حيث افتى بمضمون صحيح محمد بن قيس الذى رواه الكافى عنه عن الباقر (عليه السلام): «إنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال فى الأرض البور يرتونها الرّجل ليس فيها ثمره فزرعها و أنفق عليها ماله: إنّه يحتسب له نفقته و عمله خالصاً، ثمّ ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذى ارتهن به الأرض حتّى يستوفى ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»(١).

و به افتى الكلينى حيث رواه و روى صحيح ابن سنان، عن الصّيادق (عليه السلام): قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى كلّ رهن له غلّه أنّ غلّته تحسب لصاحب الرّهن ممّا عليه»(٢) و هو الصحيح و يشهد له روايات اخر ايضا(٣).

و لا ينافيهما صحيح إسحاق بن عمّار، عن الكاظم (عليه السلام) - فى خبر - قلت: فارتهن دارا لها غلّه لمن الغلّه؟ قال: لصاحب الدّار»(٤) الدل على كون الغله للمالك الراهن و ذلك صحيح لكن بمقتضى صحيحى ابن قيس وابن سنان تصرفان فى الرهن و بذلك يظهر لك ضعف من ذهب إلى العدم كالمفيد فى المقنعه «فإن كان الرّهن

ص: ٣٧

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ ح ١٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ ح ١٣

٣- التّهذيب (فى ٣٠ من أخبار رهونه) عن أبى العيّاس والفقيه (فى ٦ من أخبار رهنه) عن إبراهيم الكرخى وفى ١٠ منها عن محمد بن قيس.

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ ح ١٢

دارا مسكونه فأجرتها للزَّاهن و إن كانت غير مسكونه لم يكن لأحدهما سكنها و لا إسكانها إلَّا أن يصطلحا على ذلك».

و مثله الشيخ فى المبسوط «و أمَّا المنفعة فإنَّ الرِّهن إن كان دارا كان للراهن استيفاء السكنى بغيره بأن يعيرها أو يكرها ليس له أن يسكنها، و قيل: إنَّ له أن يسكنها و الأوَّل أصحَّ، و الأقوى أن نقول: ليس له أن يكرها غيره مدَّة الرِّهن و لا أكثر منه و لا أقلَّ، و لا أن يسكنها غيره، غير أنه إن فعل كانت الأجره له و لا يدخل فى الرِّهن».

هذا و اغرب الصدوق فى المقنع فقال: «و إن رهن رجل عند رجل دارا لها غلَّة فالغلَّة لصاحب الدَّار فإن سكنها المرتهن لم يكن عليه غلَّتتها لصاحبها إلَّا أن يكون استأجرها منه، فإن آجرها فعليه أن يحتسب كراها من رأس ماله».

(و لو احتاج الى مؤونه فعلى الراهن) لانه ملكه .

(و لو انتفع المرتهن به لزمه الأجره و تقاصًا)

و رجع ذو الفضل بفضله كما هو مقتضى القاعده .

و قيل: تكون النفقه فى مقابله الرُّكوب و اللبن مطلقا استنادا إلى صحيح أبى ولَّاد: «سألَت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرِّجل يأخذ الدَّابَّة و البعير رهنا بماله أله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن

يركبه»(١) و مثله خبر السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليهم السّلام: قال النّبيّ صلّى الله عليه وآله: الظهر يركب إذا كان مرهونا و عليّ الذي يركبه نفقته، و الدّرّ يشرب إذا كان مرهونا و عليّ الذي يشرب الدّرّ نفقته(٢)، و بهما افتى الشيخ و الحلبيّ كما هو المفهوم من الصدوق و الكلينيّ ألما انه قيل انهما يحملان على الإذن في التصرف و الإنفاق مع تساوى الحقيّن.

أقول: الصحيح و الخبر آبيان عن الحمل المذكور لا سيّما الأوّل ففيه «أله أن يركبه» فلو كان مأذونا في الركوب لم يكن محتاجا إلى السؤال عن جوازه، و الخبر الثاني بل الاول أيضا ظاهر في أنّه مصالحه قهريّه لو لم يكن بينهما مشارطه و هو الاقوى فلا ينافيان ما قاله المصنف .

و بذلك يظهر ضعف ما في كلام الحلبيّ بعد نقل مضمون الخبر الأوّل «و الأقوى عندي أنّه لا يجوز له التصرف في الرهن على حال، للإجماع على أنّ الرّاهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» فانه اجتهاد قبال النص .

وا ما استدلال ابن زهره من عدم اشتراط استدامه القبض، ففيه: إنّ الاستدامه من طرف الرّاهن لازمه.

ص: ٣٩

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٦ ح ١٦

٢- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ٣٠٦؛ باب الرهن.

(الرابعة: يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء لو خاف جحود الوارث إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين و عدم الرهن)

و يدلّ على الحكمين صحيح سليمان بن حفص المروزيّ: «كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) - إلى - في رجل مات و له ورثه فجاء رجل و ادّعى عليه مالا و أنّ عنده رهنا فكتب (عليه السلام): إن كان له على الميت مال و لا بينه له عليه فليأخذ ماله ممّا في يده و ليردّ الباقي على ورثته و متى أقرّ بما عنده أخذ به و طولب بالبينه على دعواه و أوفى حقّه بعد اليمين و متى لم يقرّ البينته و الورثه منكرون فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون أنّ له على ميتهم حقّاً» (١) و سليمان و ان لم يوثق ألما ان اعتماد الصدوق على كتابه يكشف اما عن وثاقته او موثوقه كتابه.

و هل يجوز للمرتهن بيع الرهن عند افتراض عدم الوكالة و الاذن ام لا؟ فقد يقال بالاول و ذلك من جهة ان التعاقد على الرهن يستبطن التعاقد على ان يكون للمرتهن الحق في البيع لاستيفاء حقه مع عدم تصدى الراهن نفسه للبيع و لا- اذنه فيه فهو شرط ضمنى عرفا.

أقول: ان ثبت ذلك عرفا فهو وآلا كان للحاكم الشرعى او من يقوم مقامه التصدى لذلك فانه صاحب الولاية على الممتنع.

ص: ٤٠

إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله .

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن و هو مقدّم به على الغرماء و لو أعوز ضرب بالباقي. و لا يجوز لأحدهما التصرف فيه نعم يجوز للراهن التصرف بما لا يتنافى مع الاستيثاق و لو كان نفع أوجر و تصرف الاجره في دين المرتهن حتى يحصل فك الرهن و لو احتاج إلى مؤونه فعلى الراهن و لو انتفع المرتهن به بإذنه لزمه الأجره و تقاصًا. و يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء لو خاف جحود الوارث، إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين و عدم الرهن, و هل يجوز للمرتهن بيع الرهن عند افتراض عدم الوكالة و الاذن ام لا؟ نعم له ذلك ان استبطن التعاقد عرفا ذلك على ان يكون للمرتهن الحق في البيع لاستيفاء حقه مع عدم تصدى الراهن نفسه للبيع و الا كان ذلك للحاكم الشرعى .

### لو باع أحدهما توقف على إجازة الآخر

(الخامسة: لو باع أحدهما توقف على إجازة الآخر)

أما عدم صحه بيع الراهن فلأن من المعلوم عدم حق له في البيع حتى يفك الرهن.

و أما المرتهن فلائنه ليس بمالك، كما يشهد لذلك موثقه ابن بكير: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل رهن رهنا، ثم انطلق فلا يقدر عليه أبيع الرهن؟ قال: لا حتى يجيء صاحبه» (١).

و موثق عبید بن زرارہ، عن الصادق (عليه السلام) «في رجل رهن رهنا إلى غير وقت، ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتى يجيء» (٢).

( و كذا عتق الراهن )

يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل برده ، و قيل: يقع العتق باطلا بدون الإذن السابق، نظرا إلى كونه لا يقع موقوفا و هو الاقوى .

و أما العتق بعد الاجازة فصحتہ من الزاھن إذا أجاز المرتهن فلائنه مالك.

(لا) إذا أعتق (المرتهن)

فإن العتق يقع باطلا- قطعاً متى لم يسبق الإذن، إذ لا- عتق إلا في ملكك لكن ذلك لو قلنا بكون العتق كالطلاق في عدم كفايه الاجازة فيه و إلا فإجازة الزاھن في معنى

ص: ٤٢

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٦٩ ح ٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٤ و الفقيه في ١٣ من أخبار رهنه و فيه «إلى وقت» و رواه التهذيب في ٦ من أخبار رهونه مثل الكافي.

إجرائه الصيغه و إنّما المسلم من عدم صحه عتق غير المالك من عتق ما يملكه فيما بعد كما أجازته العامه.

(و لو وطئها الراهن صارت مستولده مع الاحبال و قد سبق جواز بيعها)

أقول: وطؤه لها اما ان يكون بإذن المرتهن أو بدونه فهاهنا صورتان:

أما مع الإذن فلا شك في حليته.

و أمّا حرمة مع عدم الإذن فذهب إليه الشّرخان و الحلبيّان و القاضي و الحلبيّ، بل ادّعى في المبسوط الإجماع عليه لكن ظاهر الكلينيّ و الصدوق جوازه فرويا صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «في رجل رهن جاريته قوماً أ يحلّ له أن يطأها فقال: إنّ الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: إن قدر عليها خاليا، قال: نعم لا أرى به بأساً»(١).

و يدل عليه ايضا صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل رهن جاريته عند قوم أ يحلّ له أن يطأها؟ قال: إنّ الذين ارتهنوها يحولون بينه و بين ذلك، قلت: أ رأيت إن قدر عليها خاليا، قال: نعم لا أرى هذا عليه حراماً»(٢).

ص: ٤٣

---

١- الكافي (في ٢٠ من أخبار رهنه) و رواه الفقيه، ج ٣، ص: ٣١٣ مع اختلاف لفظي و زياده جمله «و لم يعلم الذين ارتهنوها» بعد «خاليا».

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ ح ١٥

بل جوازه ظاهر التّهذيب أيضا حيث رواهما في رهونه (١) بدون تأويل، ولا مانع من العمل بهما حيث إنّ المسلم من منع تصرّف الرّاهن تصرّفا يخرج عن يد المرتهن، و أمّا لو رأى جاريتته المرهونه خارجه من بيت المرتهن و قبلها أو وطأها فليسا من تصرّف مخرج.

و أمّا ما تقدم من جواز بيعها في ثمن رقبته مع اعسار مولاها سواء كان حياً أم ميتاً فذهب إليه الشيخ في الخلاف ، و قد تقدم ان ما دل عليه صحيح عمر بن يزيد خاص بما بعد موت مولاها (٢).

لكن الوطى بغير الإذن و ان قلنا بجوازه لا- يوجب عدم جواز بيعها و ذلك لاسبقية حق المرتهن فان المولى ممنوع من تفويت حق المرتهن و عليه فاستيلادها غير مشروع فلا- اثر له ، و أمّا مع الإذن فلا- يجوز بيعها مطلقا لان المرتهن هو الذى فوت حقه باجازته و اما ما نقل عن الإسكافى من قوله بجواز رهن أم الولد فلا يخفى ضعفه.

واما خبر الدّعائم مرفوعا «عن الباقر (عليه السلام): إذا ارتهن الرّجل الجارية و أراد أن يطأها بغير إذن المرتهن عنده لم يكن له ذلك و إن وصل إليها فوطأها فلا- شىء عليه و إن علقته منه قضى الدّين من ماله و ردّت إليه و كانت أم ولد إذا ولدت» فضعيف لا يعول عليه كما لا يخفى.

ص: ٤٤

---

١- التّهذيب روى الأوّل فى ١٠ من رهونه و الثانى فى ٩ من أخبارها

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٦ ص ١٩٣ باب أمهات الأولاد



(و لو وطئها المرتهن فهو زان) لعدم المحلل (فإن أكرهها فعليه العشر ان كانت بكرا، و الّا فنصفه، و قيل مهر المثل)

و هو الصحيح لأنه مقتضى الأصول، و لا وجه لتقييده بالإكراه و إنّما الفرق في الإكراه و عدمه بالنسبه إلى الجاربه في الإثم و عدمه، و القول بالعشر و نصف العشر إنّما ورد في التحليل لا في الزهن ففي صحيح الفضيل بن يسار، عن الصادق (عليه السلام) في خبر: «قلت له: فما تقول في رجل عنده جاربه نفيسه و هي بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتنّها؟ قال: لا ليس له إلّا ما أحلّ له منها و لو أحلّ له قبله منها لم يحلّ له ما سوى ذلك، قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتنّها قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»<sup>(١)</sup> و رواه الحسن بن محبوب عن رفاعه، عنه (عليه السلام) أيضا، و أكثر القدماء لم يتعرّضوا له رأسا، و إنّما الشيخ في مبسوطه و القاضى في مهذبّه و الحلّي ذكروا فيه المهر مطلقا بدون ذكر إكراه فما قيل من وجود الروايه فيه و الشهره غريب.

حصيله البحث:

ص: ٤٥

لو باع أحدهما توقّف على إجازة الآخر. و لا يصح عتق الرّاهن قبل الإجازة و لا المرتهن مطلقاً، و لو وطئها الرّاهن باذن المرتهن صارت مستولدهً مع الإحبال فلا يجوز بيعها، حينئذٍ ، و اما الوطى بغير الإذن فلا يوجب عدم جواز بيعها و ان قلنا بجوازه كما هو الاقوى ، و لو وطئها المرتهن فهو زانٍ، و عليه مهر المثل و إن طاوعته نعم مع الاكراه لا اثم عليها . و لو أحلّ شخص لآخر جاريه له فى ما دون فرجها فليس له أن يطأها فلو وطأها يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً و إن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها.

### الرّهن لازم من جهة الرّاهن حتّى يخرج عن الحق

(السادسه: الرّهن لازم من جهة الرّاهن حتّى يخرج عن الحقّ فيبقى أمانه)

كما هو مقتضى عقد الرهن .

و اما إذا لم يعلم صاحب الرهن فهو كماله ففى صحيح صفوان عن محمّد بن رباح القلاء، عن أبى الحسن (عليه السلام): «سألته عن رجل هلكت أخوه و ترك صندوقاً فيه رهون بعضها عليه اسم صاحبه و بكم هو رهن، و بعضها لا يدري لمن هو و لا بكم هو رهن، فما ترى فى هذا الذى لا يعرف صاحبه؟ فقال: هو كماله»<sup>(١)</sup> و به عمل الكليني و الفقيه<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٦

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٦ ح ١٩

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣١٣ وفيه ابن رباح بدل ابن رباح .

أقول: و ما قد يقال من كونه امانه حتى يعلم صاحبه فخلافاً ظاهر الصحيح من انه مع اليأس يكون كماله يتصرف فيه ما يشاء نعم الاشكال في وثاقه ابن رباح او ابن رباح حيث انه لم يوثق الا ان الخبر موثوق به لان راويه صفوان و هو من اصحاب الاجماع مضافا الى عمل الاصحاب به .

ثم ان كون الرهن المجهول صاحبه للمرتهن مما تقتضيه القاعده بعد كون ما يقابله بيد الراهن فيأخذه مقاصه.

(و لو شرط كونه مبيعاً) و هو الذى يعبر عنه بشرط النتيجة (عند الأجل بطلا)

يعنى الرهن و البيع , قيل: و الوجه فى بطلانهما أنّ الرهن لا يوقّت و الأّ خرج عن كونه وثيقه , و البيع لا يعلّق. قلت: و قد تقدم بطلان شرط النتيجة نعم لو شرط بيعه صح لان المؤمنين عند شروطهم و بذلك تعرف ضعف الاقوال الآتية.

و ظاهر الإسكافى صحّحه الرهن و البيع معا حيث قال: (إذا أراد المرتهن شرط ملك الرّاهن إن أخر بدينه كان الأحوط عندي أن يقول للرّاهن «بمعنى هذا بكذا و أنت بالخيار إلى وقت كذا و أبرأنى من ضمانه إلى ذلك الوقت» فإذا فعل ذلك فجاء الوقت و لم يؤدّ ما عليه استحقّقه المرتهن و كان ما فعله فيه ماضياً) .

أقول: ولا يخفى ان قوله «و أبرأنى من ضمانه إلى ذلك الوقت» غير صحيح لأنّ ما قاله بيع بشرط خيار مدّه، و فيه يكون الضمان على المشتري لأنّه المالك .

و ظاهر المفيد صحّحه الرّهن و بطلان البيع حيث قال: «و إذا اقترن إلى البيع اشتراط في الرّهن أفسده فإن تقدّم أحدهما صاحبه كان الحكم له دون المتأخر» بأن يكون معنى كلامه أنه لو اشترط أن يكون المبيع رهنا بئمنه أو الرّهن مبيعاً عند عدم الإتيان بالئمن في أجله لم يصحّحاً معاً، بل يكون الحكم بالصّحّحه مختصاً بمتقدّمهما و هو البيع في الأوّل و الرّهن في الثاني، و فسره الشيخ في مسائله الحائريّه أنه إذا باعه إلى مدّه بمثل الرّهن كان البيع فاسداً، و إن باعه مطلقاً ثم شرط أن يرّد عليه إلى مدّه إن ردّ عليه الئمن كان ذلك صحيحاً يلزمه الوفاء به لقولهم عليهم السّلام «المؤمنون عند شروطهم» و فسره في موضع آخر على نقل الحلّي له و ارتضائه له: «أنه إذا شرط البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري، ثم يرّده إلى يده رهنا بالئمن فإن الرّهن و البيع فاسدان».

(و لو قبضه ضمنه بعد الأجل لا قبله)

استناداً إلى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده بالنسبه إلى البيع لان صحيح البيع مضمون ففساده كذلك حيث انه بعد الأجل بيع فاسد، و استناداً إلى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده حيث ان صحيح الرهن غير مضمون ففساده كذلك .

قلت: قد تقدم في باب البيع عدم صحه القاعده و انه لا دليل على أصلها , لكن حيث ان بيعه و رهنه فاسدان فلا تكون يده يدا شرعيه فيكون ضامناً بعد الأجل قبله .

(السابعة: يدخل النماء المتجدد في الرهن على الأقرب)

قال في المختلف: «إنَّ النماء الموجود حال الارتهان إذا كان منفصلاً كالولد واللبن، أو متصلاً يقبل الانفصال كالصوف والشعر خارج عن الرهن، ذهب إليه الأكثر وقال الإسكافي: جميعه يدخل.

وقيل: الصحيح اتباع العرف في ذلك والعرف يجعل مثل الولد واللبن خارجاً ومثل الصوف والشعر داخلياً، وكذلك المتجدد بعد الرهن متصلاً ومنفصلاً. وفي المختلف ذهب الإسكافي والمفيد والحلي والقاضي وابن حمزه والحلي والشيخ في نهايته بدخوله، وذهب في مبسوطه إلى عدم دخوله.

واستدلَّ المختلف للأخير بخبر السيكوني «عن الصادق، عن آبائه عليهم السلام، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الظهر يركب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه النفقه، والدَّرَّ يشرب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته. قال: ما ثبت للرهن الحلب و الرُّكوب لأنَّه المالك»<sup>(١)</sup>.

وبصحيح إسحاق بن عمّار، عن الكاظم (عليه السلام) «قلت: فإن أرهن داراً لها غلّه لمن الغلّه؟ قال: لصاحب الدار».

ص: ٤٩

---

١- الفقيه في الثاني من أخبار رهنه، والتّهذيب في ٣٢ من أخبار رهونه

أقول: و استدلاله كما ترى أما الأول فقولُه «و على الذى يركبه» عام للزَّاهن و المرتهن كما صرَّح به فى صحيح أبى ولَّاد: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرَّجل يأخذ الدَّابَّة و البعير رهنا بماله أله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»(١).

و أما الثانى فغايبه ما يدلُّ عليه أنَّ غلَّه الزَّهن ملك الزَّاهن لا المرتهن و أمَّا إنَّها تصير جزء الزَّهن أم لا؟ فلا دلالة فيه .

و عليه فلا دليل على دخول النماء فى الرهن و الاصل عدمه نعم قد دلت أخبار أخرى على أنَّ الغلَّه للزَّاهن و تكون عند المرتهن يحسبها من طلبه من الزَّاهن كما فى صحيح ابن سنان، عن الصادق (عليه السلام) «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى كلِّ رهن له غلَّه أنَّ غلَّته تحسب لصاحب الزَّهن ممَّا عليه»(٢).

و صحيح محمَّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «أنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: فى الأرض البور يرتهنها الرَّجل ليس فيها ثمره فزرعها و أنفق عليها ماله أنه يحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثم ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذى ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»(٣) و غيرهما(٤).

ص: ٥٠

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٦ ح ١٦

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ خ ١٣

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٥ خ ١٤ والبور: الارض التى لم تزرع .

٤- الفقيه (فى ٦ و ١٠ من أخبار رهنه) و التَّهذيب (فى ٣٠ من أخبار رهونه)

و من هذه الأخبار يظهر أنّ الغلّه لا تبقى حيسا كأصلها عند المرتهن بل يتصرّف فيها بحساب دينه.

### ينتقل حق الرّهانه بالموت لا الوكّاله

(الثامنه: ينتقل حق الرّهانه بالموت)

يعنى ينتقل الى وارث المرتهن بموته (لا الوكّاله و الوصيه) لعدم الدليل و لأنهما إذن فى التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات بطل الاذن .

(إلا مع الشرط) فان المؤمنين عند شروطهم .

(و للراهن الامتناع من استيمان الوارث) عند المصنّف (و بالعكس فليتفقا على أمين و آلا فالحاكم) يعين له عدلا يقبضه لهما عند المصنّف .

قلت: لا- يخفى ان ما ذكره المصنّف لم يرد به نصّ و لم يرد فى كلام القدماء سوى الشّيخ فى مبسوطه و تلميذه القاضى فى مهذبّه , و قوله: و للراهن الامتناع من استيمان الوارث ليس بصحيح لان أصله لزوم الرّهن من طرف الرّاهن ينفيه، و أيضا أنّ استيمان المرتهن استيمان وارثه و إذا لم يكن للراهن نفسه الامتناع من استيمانه بعد أن استأمنه أوّلا- لم يكن لوارثه ذلك بالأولويّه كما لا يخفى.

نعم للمرتهن الامتناع من استيمان وارث الراهن بمقتضى عقد الرهن فقول المصنّف «و بالعكس» كما ترى .

الرهن لازمٌ من جهة الرّاهن حتّى يخرج عن الحقّ فيبقى أمانهً في يد المرتهن، واما إذا لم يعلم صاحب الرهن فهو كماله، و لو شرط كونه مبيعاً عند الأجل بطلاً- و ضمنه بعد الأجل و قبله. و لا يدخل التّماء المتجدّد في الرّهن على الأقرب إلّا مع شرط الدّخول فالغله للرّاهن لكن يجوز للمرتهن ان يأخذها و يحسبها من طلبه من الرّاهن. و ينتقل حقّ الرّهانه بالموت لا الوكاله و الوصيه إلّا مع الشّروط، و ليس للرّاهن الامتناع من استئمان الوارث، نعم للمرتهن الامتناع من استئمان وارث الراهن .

### لا يضمن المرتهن إلّا بتعد أو تفريط

(التاسعه لا يضمن المرتهن إلّا بتعد أو تفريط)

و بذلك استفاضت النصوص منها صحيح إسحاق بن عمّار، عن أبي إبراهيم (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يرهّن الرّهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم فيهلك أعلى الرّجل أن يرّد على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم لأنّه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعه، قلت: فهل لك نصف الرّهن؟ قال: على حساب ذلك قلت: فيترادّان الفضل؟ قال: نعم»(١).

ص: ٥٢



قال الكليني: «و بهذا الإسناد قلت لأبي إبراهيم (عليه السلام): الرّجل يرهن الغلام و الدّار فتصيبه الآفه على من يكون؟ قال: على مولاه، ثمّ قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: هو فى عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثمّ قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ ما تى دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له».

و روى الفقيه ذيله صحيحا هكذا «عنه، عن أبى إبراهيم (عليه السلام) قلت له: الرّجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شىء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه، قلت: إنّ النّاس يقولون: إذا رهنّت العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان فى جسده تنقص من مال من الرّجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: أ رأيت لو أنّ العبد قتل على من يكون جنايته؟ قال: جنايته فى عنقه» (١).

و صحيح الحلبيّ «فى الرّجل يرهن عند الرّجل رهنا فيصيبه توىّ أو ضاع قال: يرجع المرتهن بماله عليه» (٢) وغيرها من النصوص. و اما ما رواه الكافى عن سليمان بن خالد، عن الصّيادق (عليه السلام): إذا رهنّت عبدا أو دابّه فمات فلا شىء عليك، و إن هلكت الدّابه أو أبق الغلام فأنت ضامن» (٣).

ص: ٥٣

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٠٦

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣١٠

٣- الكافى و رواه التّهذيب فى ٢٣ من أخبار رهونه و الاستبصار فى ١١ من باب الرّهن يهلك نقلا له عن الكافى «إذا ارتهنت عبدا أو دابّه فماتا» و ما فيهما الصحيح لكن الغريب اتّفاق نسخ الكافى على ما مرّ، و يمكن تصحيح ما فى النسخ بكون «رهنت» بلفظ المجهول و كون «فمات» لأنّه راجع إلى أحدهما.

فمضطرب متنا لان الموت نفس الهلاك فلا يقاوم الاخبار المستفيضه الداله على عدم الضمان وقد تقدم قسما منها , هذا وحمل الشيخ الضمان فى الهلاك و الإباق فيه على التفريط.

(فليزمه قيمته يوم تلفه على الأصح)

كما حررنا ذلك فى كتاب الاجاره عند قول المصنف: «الثالثه: اذا فرط فى العين ضمن قيمتها يوم التفريط هذا قول الاكثر و الاقرب ضمان قيمتها يوم التلف» (١) وقلنا انه يشهد لقول الاكثر صحيحه ابى ولاد (٢) فيها « فقلت للصادق عليه السلام رأيت لو عطب البغل و نفق اليس كان يلزمنى قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته...» يعنى قيمه مثل البغل الذى مات و ان تلك القيمه للبغل هى قيمه يوم الغصب و بعباره اخرى ان الظرف متعلق بالقيمه المضافه الى البغل هذا هو الظاهر عرفاً من الروايه و حيث ان المفهوم عرفاً من قوله نعم جمله تامه و ما بعده يكون كالشارح لها حيث ان السؤال لم يكن يتطلب اكثر من نعم اولا و قد اجاب الامام عليه السلام بنعم و عقبه بجمله اخرى متممه للجمله الاولى و مفسره لها و هى ان هذه القيمه هى قيمه بغل يوم المخالفه اذاً لا يمكن ارجاع يوم المخالفه الى نعم حسب المتفاهم العرفى فيسقط حينئذ هذا الاحتمال و لا يقال ان البغل بعد تنكيره يكون

ص: ٥٤

---

١- الدرر الفقيهيه ج ١٠ ص ٤١٣

٢- وسائل الشيعه؛ ج ١٩، ص ١٢٠؛ باب ١٧

كلياً فيكفى اعطاء اى فرد منه فانه يقال ان المرتكز عقلائياً هو ضمان الغاصب للبغل الذى وقع الغصب عليه كما قرر ذلك نفس السائل فى سوآله و الجواب و ان كان كلياً الا- انه بقرينه السؤال من لزوم نفس التالف يتعين ان المراد من قيمه بغل يعنى قيمه مثل البغل التالف و كليته باعتبار ان شخصه قد تلف فلا بد من تقديره بتقدير بغل مثله و لا يخفى امكان تعلق الظرف بالقيمه المختصه بالبغل فلا يرد عليه ان الاختصاص معنى حرفياً لا يقبل التقييد لان الذى قيد هو ذات القيمه لا اختصاصها بالبغل كما مثل بنظائره المحقق الخوئى فيقال زياده الحسين عليه السلام كذا وكذا واما احتمال كون البغل اضعف الى الظرف حتى يكون المعنى ان للبغل حالات و اللازم هو قيمه بغل يوم المخالفه فهو خلاف الظاهر على انه يثبت القيمه يوم الغصب لا يوم التلف و اما اقريبه ضمان العين يوم التلف عند المصنف فباعتبار ان يوم التلف هو يوم الانتقال من دفع العين الى دفع القيمه حسب ما تقتضيه القاعده و لعل النص عنده مجمل و قد اجاب عنه المحقق الخوئى بان ذلك يصلح دليلاً للحكم التكليفى لا الوضعى و انما القاعده تقتضى العبره بيوم الاداء الذى هو يوم ا فراغ الذمه.

أقول: و ليس من اصل عقلى او عقلائى هنا يعين لنا المصير الى يوم الاداء أو يوم التلف فان لكل واحد منهما اعتباراً و قد يقال باعلى القيمتين منهما حيث ان الغاصب فوّت على المالك ذلك , و حيث لا معين لاحد هذه الاحتمالات فالمرجع عدم اشتغال الذمه بالاكثر، هذا اذا قلنا بعدم دلالة الصحيحه على يوم

المخالفة و قد عرفت دلالتها و اما احتمال اخذ الغاصب باشق الاحوال فقد تقدم عدم ثبوت ذلك.

(و لو اختلفا فى القيمة حلف المرتهن)

كما ذهب إليه ابن ادريس لكونه منكرا و ذلك لاصاله عدم اشتغال ذمته بالاكثر.

هذا و تردّد الإسكافيّ فيه فقال: «فإن اختلفا فى القيمة كانت خيانه المرتهن مسقطه عدالته و أمانته و كان الأولى عندي أن يؤخذ بقول الرّاهن مع يمينه إذا كانت الدّعوى ممّا لا ينكر مثلها فى القيمة و لا غرر بدعوى زور و لا ظلم، و لا تعدّى فى ذلك الرّهن فى وقت رهنه»، و ذهب الشيخان و الدّيلمىّ و الحلبيّان و ابن حمزه و القاضى إلى حلف الرّاهن و لا نصّ هنا و إنّما النصّ فى ما اختلفا فى ما على الرّهن كما يأتى.

حصيله البحث:

لا يضمن المرتهن الرهن إلّا بتعدّد أو تفريط فيلزم قيمته يوم تلفه على الأصحّ، و لو اختلفا فى القيمة حلف المرتهن .

### لو اختلفا فى قدر الحق المرهون به حلف الراهن

(العاشرة: لو اختلفا فى قدر الحق المرهون به حلف الراهن على الأقرب)

كما هو مقتضى اصاله عدم الزيادة مضافا الى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) «فى رجل يرهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فيه، فادّعى الذى عنده الرّهن

ص: ٥٦

أنه بألف، فقال صاحب الرهن إنما هو بمائه، قال: السيِّنة على الذى عنده الرهن أنه بألف وإن لم يكن له بينه فعلى الرهن اليمين»(١) وصحيح أبان بطريق الفقيه، عن ابن أبي يعفور، عن الصادق (عليه السلام) «إذا اختلفا فى الرهن فقال: أحدهما رهنته بألف درهم وقال الآخر بمائه درهم فقال: يسئل صاحب الألف البيِّنة فإن لم يكن له بينه حلف صاحب المائة- الخبر»(٢) و غيرهما(٣).

لكن يعارضها خبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام «فى رهن اختلف فيه الرهن و المرتهن فقال الرهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر، قال عليّ (عليه السلام): يصدّق المرتهن حتّى يحيط بالثمن لأنّه أمينه»(٤).

و عمل بالأخبار الأوّله الشيخ و الحلبيّ و القاضى و ابن حمزه و الحلبيّ، و به قال الصدوق فى مقنعه، و هو ظاهر الكافى حيث اقتصر على الخبرين الأوّلين و عمل بالأخير الإسكافى ولا وجه له بعد معارضته بما هو اقوى منه.

(و لو اختلفا فى الرهن و الوديعه حلف المالك)

ص: ٥٧

- 
- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٧ ح ٢
  - ٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٧ ح ١ و رواه التّهديب فى ٢٨ من أخبار رهونه مثله، و رواه فى من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٠٨، عن أبان، عنه (عليه السلام) بدون توسط ابن أبي يعفور .
  - ٣- التّهديب (فى ٢٧ من أخبار رهونه)
  - ٤- التّهديب (فى ٣١ من أخبار رهونه) و من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٠٨ .

عند المصنف و ذلك لان الاصل عدم الرهن و لا تعارضه اصاله عدم كونه وديعه و اليه ذهب الشيخ في النهايه و القاضى و الحلّى , قلت: وسيأتى ما فيه .

و خالف الصدوق فى المقنع فقال: «على صاحب الوديعه البيئه فإن لم تكن له، حلف صاحب الرهن» و به قال الشيخ فى الاستبصار، و هو المفهوم من الكافى حيث اعتمد صحيح ابن أبى يعفور المتقدم، عن الصادق (عليه السلام) فى خبر: و إن كان الرهن أقلّ ممّا رهن أو أكثر(١) و اختلفا فقال أحدهما: هو رهن، و قال الآخر: هو عندك وديعه، فقال: سئل صاحب الوديعه البيئه فإن لم يكن له بيئه، حلف صاحب الرهن»(٢).

ص: ٥٨

١- الظاهر أنّ الخبر محرّف و أنّ قوله «و إن كان الرهن أقلّ ممّا رهن أو أكثر» مربوط بسابقه الذى مرّ فى العنوان السابق، و إنّ قوله «أو اختلفا» محرّف «و إذا اختلفا» مع سقوط «قال» قبله، و لو لا ما قلنا يكون قوله «و إن كان الرهن - إلخ» بلا ربط مع ما بعده و كان قوله: «فقال» أخيرا زائدا أيضا.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٧ ح ١ و رواه التهذيب فى ٢٨ من أخبار رهونه مثله، و رواه فى من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٠٨، عن أبان، عنه (عليه السلام) بدون توسط ابن أبى يعفور .

و صحيح عباد بن صهيب، عنه (عليه السلام)، «سألته عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتك، و الآخر يقول: هو رهن، قال: فقال: القول قول الذي يقول: إنّه رهن عندي إلّا أن يأتي الذي ادّعى أنّه أودعه بشهود»(١).

و هو الصحيح فان الاصل وان كان ما ذكرنا إلّا انه لا يصار اليه مع وجود الدليل.

ويشهد له ايضا صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) في خبر: «و قال في رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال: الذي عنده الرهن: ارتهنته عندي بكذا و كذا، و قال الآخر: إنّما هو عندك وديعه، فقال: البيّنه على الذي عنده الرهن أنّه يكون بكذا و كذا، فإن لم يكن له بيّنه فعلى الذي له الرهن اليمين»(٢).

و اما حمل الاستبصار للصحيح على أنّه إنّما قال «عليه البيّنه» في مقدار ما على الرهن لا على كونه رهنا فكما ترى، فلو كان المراد ما قال لم يقل الآخر «إنّما هو عندك وديعه» و أيضا الاختلاف في المقدار ذكر في صدر الخبر كما نقله التهذيب جملة و على ما قاله يكون الكلام كلّ لغوا .

و الى ما في هذه النصوص يرجع كلام الإسكافي و ابن حمزه والحلبى ففصل الإسكافي «بين ما إذا ادّعى من بيده الشئ ء كونه من أوّل قبضه رهنا فالقول قوله، و ما إذا ادّعى كون قبضه أوّلا غير رهن ثم صار رهنا، فالقول قول المالك» و قال

ص: ٥٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٨

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٧٤ ح ٢٦

الإسكافي أيضا «في العاريه لو كان في يد رجل سلعه و ادعى أنها رهن و قال صاحبها هي وديعه كانت البيئه على المدعى أنها وديعه لأن خصمه يقر بأن يده لم تكن غاصبه و لا تجوز إزاله يد عمّا ليس غاصبه إلّا بيئته» و حينئذ فيمكن أن يقال: إنه قائل بحلف من في يده مطلقا، وقال ابن حمزه: «إن اعترف المالك بالدين فالقول قول خصمه و إلّا فالقول قوله» و قال الحلبي: «يحلف من بيده المتاع فإن نكل فهو رهن» .

(و لو اختلفا في عين الرهن حلف الراهن خاصه و بطلا)

أى بطل ما يدعيه المرتهن من رهن عين مثلا- و ما يدعيه الراهن من رهن عين اخرى مثلا، و لا يحتاج في بطلان ادعاء الراهن إلى حلف المرتهن لأن له حق الفسخ و إنكاره يرجع إليه في ما لم يكن بمشروط و في المشروط ليس له حق الفسخ، فيكون عليه أيضا يمين كما قال المصنف:

(و لو كان الرهن مشرطا في عقد لازم تحالفا) .

ص: ٦٠



(الحادى عشره: لو أدى ديننا و عين به رهنا فذاك)

لأن المؤدى و هو الراهن اعرف بقصده .

(و ان أطلق فتخالفا فى القصد حلف الدافع) على ما ادعى قصده .

و هذا و إن لم يرد به نصّ لكنّه مقتضى الأصول لأن الاعتبار بقصده و هو أعلم به و إنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد

(و كذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن، و آخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به)

ليفك الرهن، و ادعى الغريم الدفع عن الخالى لبقى الرهن فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذى لا يعلم إلا من قبله .

## لو اختلفا في ما يباع به الرهن بالنقد الغالب

(الثانيه عشره: لو اختلفا في ما يباع به الرهن)

فان تراضيا على امر فلا كلام لان كلا منهما له حق فيه ، و الا (بيع بالنقد الغالب) لان بناء العقلاء على ذلك فيكون كالشرط الضمني .

(فان غلب نقدان بيع بمشابه الحق) عند المصنف لاقربيته له .

و فيه: انه لا دليل عليه .

(فان باينهما عين الحاكم)

لانه المرجع عند الاختلاف .

حصيله البحث:

لو اختلفا في الحق المرهون به حلف الزاهن على الأقرب، و لو اختلفا في الزهن و الوديعه حلف مدعى الرهن، و لو اختلفا في عين الزهن حلف الزاهن و بطلا، و لو كان مشروطاً في عقد لازم تحالفا. و لو أدى ديناً و عين به رهناً فذاك، و إن أطلق فتخالفا في القصد حلف الدافع، و كذا لو كان عليه دين حال فادعى الدفع عن المرهون به. و لو اختلفا فيما يباع به الزهن يبيع بالنقد الغالب، فإن غلب نقدان ولم يتفقا على احدهما عين الحاكم احدهما .

ص: ٦٢

(و أسبابه ستة: الصغر و الجنون و الرق و الفلس و السفه و المرض)

**امتداد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد**

(و يمتد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد و ان كان فاسقا)

قال تعالى ﴿وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.

كما في صحيح هشام، عن الصادق (عليه السلام) «انقطع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس منه رشد و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله» (١).

و أما قول الشهيد الثاني: «و أما صرف البالغ ماله في وجوه الخير من الصدقات و المساجد و إقراء الضيف فالأقوى أنه غير قاذح في رشده مطلقا إذ لا سرف في الخير كما لا خير في السرف» فخلافاً للآيات و الروايات قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ و قال جلّ و علا أيضا «و آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ و لا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ» كيف و قد نهى الله تعالى نبيه صلى الله عليه

ص: ٦٣

و آله عن الإفراط فيه بقوله «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا».

وفى صحيح الوليد بن صبيح: «كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فجاءه سائل فأعطاه ثم جاءه آخر فأعطاه ثم جاءه آخر، فقال: يسع الله عليك، ثم قال: إن رجلا- لو كان له مال يبلغ ثلاثين أو أربعين ألف درهم، ثم شاء أن لا يبقى منها إلّا وضعها في حقّ لفعل فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة المذنبين يرّد دعاؤهم، قلت: من هم، قال أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في غير وجهه، ثم قال: يا ربّ ارزقني، فيقال له: أ لم أجعل لك سيلا إلى طلب الرّزق»(١).

وفى خبر مسعده بن صدقه، عنه (عليه السلام) فى خبر طويل «جاء عن النّبىّ صلّى الله عليه وآله: أنّ أصنافا من أمتى لا يستجاب لهم دعائهم- إلى- و رجل رزقه الله عزّ و جلّ مالا كثيرا فأنفقه، ثمّ أقبل يدعو يا ربّ ارزقني فيقول الله عزّ و جلّ: أ لم أرزقك رزقا واسعا فهلا اقتصدت فيه كما أمرتك و لم تسرف و قد نهيتك عن الإسراف»(٢).

(و يثبت الرشد بشهادة النساء فى النساء لا غير)

ص: ٦٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٤، ص: ١٦١ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٦٥ ح ١

قيل: حسب قاعده الشهاده فى اختصاص قبول شهاده النساء منفردات بكون ما يعرف من قبلهن أكثر.

قلت: لا- اصل لهذا القيل وقد تقدم فى كتاب الشهادات انه لا تقبل شهاده النساء إلا فى ما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه و ليس معهنّ رجل (١) كما فى صحيح محمّد بن فضيل، عن الرضا (عليه السلام): «قلت له: تجوز شهاده النساء فى النكاح أو الطلاق أو فى رجم، قال: تجوز شهاده النساء فى ما لا يستطيع الرجال أن ينظروا إليه و ليس معهنّ رجل - الخبر» (٢).

و صحيحه عبد الله بن سنان: «سمعت ابا عبد الله (عليه السلام) يقول: ... تجوز شهاده النساء و حدهن بلا رجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه ...» (٣) و عليه فالرشد ليس منها قطعاً فلا تصح فيه شهاده النساء .

نعم تصح شهاده النساء مع الرجال فى الديون كما يدل عليه قوله تعالى ﴿وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ﴾ الوارد فى الديون بقرينه ما قبله ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِعَدَيْنِ﴾ و تدخل أمثالها كالاموال و الجنايه الموجهه للديه لان العرف لا يفهم خصوصيه للديون وقد تقدم انه يلحق بالديون ما

ص: ٦٥

١- الدرر الفقيهه ج ٨ ص ٣٥٧

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٣٩١ ح ٥

٣- وسائل الشيعه ١٨: ٢٦٠ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات الحديث ١٠

يكون من حقوق النَّاس (١) ومنها الرشد كما يشهد لذلك أخبار ثبوت النكاح بشهادة النساء مع الرَّجل كما ذهب إليه الإسكافي وابن بابويه والحليّ و الشيخ في مبسوطه و هو ظاهر العمانيّ ودل على ذلك صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام): «سئل هل تقبل شهادة النساء في النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنَّ رجل - الخبر» (٢) كما تقدم.

(و بشهادة الرجال) لعموم حجه البيئه .

### عدم صحه إقرار السفیه بمال و لا تصرفه في المال

(و لا يصح إقرار السفیه بمال و لا تصرفه في المال)

و حيث لا يصح تصرفه لا يصح إقراره لأنه منه، و قد قال تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾.

و في خبر الأصبع بن نباته عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل» (٣).

(و يجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود)

ص: ٦٦

١- الدرر الفقيهيه ج ٨ ص ٣٥٦

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٣٩٠ ح ٢

٣- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ٢٨؛ باب الحجر و الإفلاس .

مقصوده وكالته فى إجراء صيغ العقود دون التصدى للمعاملات فإن من لا يصح بيعه لنفسه لا يصح بيعه لغيره.

(و يمتد حجر المجنون حتى يفيق)

كما تقدم فى كتاب البيع وسياتى فى العناوين القريبه الاثيه .

(و الولاية فى مالهما للأب و الجد له)

اما ولاية الاب فلا خلاف و لا شبهه فيها للنصوص الوارده فيها كما تقدمت فى كتاب البيع ,ففى صحيح الفضل بن عبد الملك:  
«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال لا بأس - الخبر»(1).

و اما ولاية الجد للاب فقد تقدم البحث عنها فى كتاب البيع و سياتى البحث عنها فى كتاب النكاح.

(ثم) الولاية تكون لـ (الوصى) والمراد من الوصى هو الوصى القيم لا مطلق الوصى و لا شك فى نفوذ تصرفانه و لذا جعل فى صحيح ابن رثاب وصحيح محمد بن اسماعيل الاثيين فى العنوان الاثى ذلك مفروغاً عنه وقد اقرهما الامام على ذلك وسياتى البحث عنه مفصلاً فى كتاب النكاح.

(ثم الحاكم)

ص: ٤٧

واستدل له بمقبوله عمر بن حنظله والظاهر اختصاصها بالقاضى نعم قد يستفاد منها بالاولويه القطعيه ولايه الحاكم بتقريب ان الاسلام لم يهمل مشكله الترافع و التخاصم فكيف يهمل ما هو اهم منه كاداره البلاد و اجراء الحدود و التصدى لكل امر لا متصدى له بالخصوص مما هو موكول الى الامام (عليه السلام) و استدل له أيضاً بالتوقيع الشريف و هو ما صح عن الكليني عن اسحاق بن يعقوب و فيه « فاما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه احاديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجه الله » و سنده لا اشكال فيه حتى من جهه اسحاق حيث جاء فى نهايه التوقيع « و السلام عليك يا اسحاق » الظاهر فى جلالته و وثاقته و لا يضره انه هو الراوى لهذه الفقره بعد اعتماد الكليني عليه.

واما دلالتته فبتقريب ان المراد من الحوادث هى الوقائع و الامور العمليه و الرجوع فيها ليس المراد منه الرجوع فى حكمها بل الرجوع فى شخصها و بقرينه ان الامام (عليه السلام) جعل رواه احاديثهم حجه على العباد من قبل شخصه (عليه السلام) وهذا لا يناسب الرجوع فى حكمها، بل ذيلها ظاهر فى النصب و انهم منصوبون مطلقاً من قبله (عليه السلام) لعدم تقييده (عليه السلام) حجيتهم بامر خاص هذا ولا يخفى ان المراد من الرواه هم الفقهاء كما هو واضح.

ويشهد لجواز التصدى عند عدم تمكن من له الامر قوله تعالى { شرع لكم من الدين ...الى- ان اقيموا الدين } الدال على لزوم اقامه الدين بكل ابعاده و ان هذا التكليف لا يسقط بسبب فقدان من له الامر بل ان قوله تعالى { والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر } دال على عموم الولايه



للمؤمنين وبقرينه يأمرون..ولا- تنافى وجوب اطاعه ولى الامر عندما يكون مبسوط اليد بل يكون دليل وجوب اطاعه ولى الامر مخصصا لهذه العمومات.

ويشهد لذلك ورود الروايات بجواز تصدى الثقة والعدل وان تصرفهم نافذ كما فى صحيح ابن رئاب المتقدم عن الكاظم (عليه السلام) « سألته عن رجل بينى وبينه قرابه مات و ترك اولاداً صغاراً و ترك مماليك غلماناً و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه يتخذها ام ولد و ما ترى فى بيعهم؟ فقال ان كان لهم ولى يقوم بامرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها ام ولد؟ قال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم» (١) و الظاهر ان المراد بالقيم فيه الارحام الموثوق بهم كما يشهد له موثق سماعه و فيه « ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس» (٢).

ويشهد لذلك أيضاً صحيح اسماعيل بن سعد الاشعري و فيه « فقال: اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس به اذا رضى الورثه و قام عدل فى ذلك» (٣) و صحيح محمد بن اسماعيل و فيه فقال: « اذا كان القيم به مملك و مثل عبد الحميد فلا بأس» (٤) فاذا كان مطلق الثقة و العدل يجوز له بيع مال الصغار بعد ما كان ناظراً لهم فيما يصلحهم فالحاكم الشرعى و امينه اولى بذلك.

ص: ٦٩

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٠٨ ح ١ و من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢١٨ ح ١

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢١٨ ح ٢

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٦٧

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٠٩ ح ٢

(و فى مال السفیه الذی لم یسبق رشده كذلك)

أقول: اختلف الاصحاب فى ان ولايه الاب و الجد على القول بها هل هى ثابتة على الصغير بعد بلوغه مجنوناً او سفياً ام انها تنقطع بالبلوغ؟ و لو قلنا بثبوتها بعد البلوغ اذا ما كان الجنون متصلاً به فهل هى ثابتة لو بلغ عاقلاً ثم جن ام تعود الولاية للحاكم الشرعى؟

استدل للاول منها بالاجماع و الاستصحاب و هما كما ترى و اشكلوا على ثبوتها فى الثانى بعد انقطاعها اولاً.

أقول: المستظهر من الروايات هو ثبوت الولاية للاب سواء كان الجنون و السفه متصلاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه منها ما تقدم من صحيح هشام، عن الصادق (عليه السلام) «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس منه رشد و كان سفياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله» (١) و المفهوم عرفاً من الولى هو الاب.

ومنها: ما دل على ان المرأه المالكه لنفسها يجوز تزويجها بغير ولى مثل حسن الفضلاء عن الباقر (عليه السلام) « قال: المرأه التى ملكت نفسها غير السفیهه و لا- المولى عليها ان تزويجها بغير ولى جائز » فان المراد بالولى ما هو المعهود من ولايه الاب لا الحاكم الشرعى و مثل خبر زراره عن الباقر (عليه السلام) قال: اذا كانت المرأه مالكة امرها تبیع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز الا بأمر وليها » فان

ص: ٧٠

المنصرف من الولي فيها لا شك هو الاب دون الحاكم الشرعي وعليه فالمستظهر من الروايات ان ولايه الاب على ولده مفروع عنها و لا تفصيل فيها بمن كان مجنوناً بعد البلوغ متصلاً به ام منقطعاً عنه .

### و العبد ممنوع من التصرف عدا الطلاق

(و العبد ممنوع من التصرف) بمقتضى عبوديته (عدا الطلاق)

لأنه بيد من أخذ بالساق كما سيأتي في باب الطلاق نعم للمولى فسخ العقد لا الطلاق.

### و المريض مما زاد على الثلث

(و المريض مما زاد على الثلث و ان نَجَزَ على الأقوى) عند المصنف .

كما ذهب إليه الصدوق و الإسكافي و الشيخ في مبسوطه، و ذهب المفيد و القاضي و الحلبي إلى عدم حجره، و اختاره الشيخ في نهايته و هو المفهوم من الكافي و الفقيه حيث اقتصر على روايه المطلقات ولم يرويا ما يخصصها بل روي ما يدل على نفوذ تصرفات المريض بالخصوص فرويا صحيح صفوان وهو من اصحاب الاجماع عن مرازم عن بعض اصحابنا عنه (عليه السلام) «في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه فقال: إذا أبان به فهو جائز و إن أوصى به فهو من الثلث»<sup>(١)</sup>

ص: ٧١

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٧٠ و ٦٩ و من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٢

والمراد من قوله «إذا ابان فيه» اى عزله عن ماله و سلمه الى المعطى فى مرضه و لم يعلق اعطاءه على الموت فهو جائز يعنى نافذ والتفصيل الذى فيه يدل على نفوذه ولو كان اكثر من الثلث.

و اما المطلقات فرويا اولاً عن عمّار الساباطى عن الصادق (عليه السلام): «صاحب المال أحقّ بماله ما دام فيه شىء من الزّوج، يضعه حيث شاء»<sup>(١)</sup>.

و ثانياً عنه ايضاً عنه (عليه السلام): الرّجل أحقّ بماله ما دام فيه الزّوج إن أوصى به كلّهُ فهو جائز له<sup>(٢)</sup> وغيرهما والمراد بقوله: «إن أوصى، أى أمر كما وان المراد من قوله جائز يعنى نافذ ورواه الفقيه لكنه حمله على من لا وارث له مستشهداً بمعتبر السّيكونى «عن الصادق (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام) أنّه سئل عن الرّجل يموت و لا وارث له و لا عصبه، قال: يوصى بماله حيث يشاء فى المسلمين و المساكين و ابن السبيل»<sup>(٣)</sup> قلت: وحمله كما ترى لا شاهد له .

و الروايات الداله على النفوذ بالاطلاق فوق حد الاستفاضه الا انها لا تنفع مع وجود المخصص.

ص: ٧٢

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٨٠ ح ٦ ومن لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٧٠ ح ٢ ومن لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٢

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٢

و يستدل لعدم نفوذ تصرفات المريض بالخصوص بموثق سماعه عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن عطية الوالد لولده، فقال: أمّا إذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ما شاء، فأما في مرض فلا يصلح» (١). فإنه وإن دل باطلاقه على عدم النفوذ في مرض الموت مطلقاً إلا أنه مقيد بما زاد على الثلث بقريته موثقه الآخر: «سألته عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرؤه منه في مرضها؟ فقال: لا، و لكنّها إن وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها» (٢).

و مثله صحيح الحلبيّ سئل الصادق (عليه السلام) «عن المرأة تبرأ زوجها من صداقها في مرضها؟ قال: لا» (٣).

و خبر عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلّا ثلثه» (٤).

و خبر أبي بصير، عنه (عليه السلام): إن أعتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه و أعتقت الخادم من ثلثه إلّا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصيه» (٥).

ص: ٧٣

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٥٦ ح ١٩
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٠١ ح ١٣
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٠١ ح ١٢
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢١٩ ح ١٢
- ٥- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٢٠ ح ١٠

أقول: وقد اعرض الكليني والصدوق عن نقل هذه الأخبار فلا وثوق لنا بها كما و انها لا مرجح لها على الطائفة الاولى بل قابله للحمل على التقية كما نقل الشيخ في المبسوط من كون المنجزات في المرض من الثلث قول العامه , مضافا الى انه لو قلنا بتعارضهما وتساقطهما فالمرجع هو عمومات النفوذ واللزوم , والحاصل هو صحة القول بنفوذ منجزات المريض من الاصل.

و أما موثق سماعه: «سألته عمّن أقرّ للورثة بدين عليه و هو مريض، قال: يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلا»(١).

و صحيح إسماعيل بن جابر: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين عليه قال: يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث»(٢) فمحمولان على اتّهام الميت، وذلك لصحيح ابن مسكان وهو من اصحاب الاجماع عن العلاء بن رزق السابري: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذي دفعته إليك لفلان و ماتت المرأه فأتى أولياؤها الرجل، فقالوا له: إنّ كان لصاحبتنا مال لا نراه إلّا عندك، فاحلف لنا ما قبلك شيء، أ فاحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فيحلف لهم و إن كانت متّهمه

ص: ٧٤

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٤

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٥

فلا- يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»(١)، و صحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديننا، فقال: إن كان الميت مرضيًا فأعطه الذي أوصى له»(٢). وموثق أبي أيوب عنه (عليه السلام) (٣).

و صحيح محمد بن عبد الجبار: «كتبت إلى العسكري (عليه السلام): امرأه أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانية آلاف درهم و كذلك ما كان لها من متاع البيت- إلى- فرأيك- أدام الله عزك- في مسأله الفقهاء قبلك عن هذا و تعريفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله، فكتب (عليه السلام) بخطه: إن كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين من رأس المال إن شاء الله، و إن لم يكن الدين حقًا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف»(٤) بمقتضى حمل المطلق على المقيد .

و أما خبر الشيعوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: «إنه كان يردّ النحلة في الوصية، و ما أقرّ عند موته بلا ثبت و لا بينه رده»(٥). و خبر مسعده بن صدقه، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، قال عليّ (عليه السلام): «لا وصية لوارث و لا

ص: ٧٥

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٧
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٥٩ ح ٢
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٠ ح ٣
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦١ ح ٩
- ٥- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦٢ ح ١١

إقرار بدين. يعنى إذا أقرّ المريض لأحد من الورثه بدين فليس له ذلك»(١) فمحمولان على التقيّه و الرّاوى فيهما عاميّ.

حصيله البحث:

يمتدّ حجر الصّي غير حتّى يبلغ و يرشد بأن يصلح ماله، و إن كان فاسقاً، و يختبر بما يلائمه. و يثبت الرشد بشهادة الرّجال مطلقاً، و لا يثبت الرّشد بشهادة النّساء فى النّساء، و لا يصحّ إقرار السّي فيه بمالٍ و لا تصرفه فى المال و لا يسلمّ عوض الخلع إليه، و يجوز أن يتوكّل لغيره فى سائر العقود فى إجراء صيغ العقود دون التصدّي للمعاملات. و يمتدّ حجر المجنون حتّى يفيق، و الولايه فى مال السفيه و المجنون للأب للاب سواء كان الجنون و السفه متصللاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه ثمّ الوصى ثمّ الحاكم و العبد ممنوعٌ مطلقاً، و المريض ممنوعٌ ممّا زاد عن الثلث نعم منجزاته نافذه مطلقاً على الأقوى.

ص: ٧٦

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٦١ ح ١٠



## و يثبت الحجر على السفية بظهور سفهه

(و يثبت الحجر على السفية بظهور سفهه) بدليل الاطلاقات المتقدمه (و ان لم يحكم به الحاكم)

(و لا يزول الا بحكمه)

عند المصنف و لا وجه له حيث لا موضوعيه لحكم الحاكم و انما هو طريق للاثبات فلو ثبت فلا حاجه اليه .

هذا وذهب المبسوط إلى كونهما بحكمه، و قال ابن حمزه: «و إذا صلح السفية انفكَّ الحجر» قلت: وقد عرفت ان الصواب عدم اشتراط حكمه في واحد منهما لعدم الدليل عليه، بل ينفيه ظاهر الآيات قال تعالى «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا- إِلَى- فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ».

(و لو عامله العالم بحاله استعاد ماله)

لعدم انعقاد معاملته مع السفية .

(و في إيداعه أو إعارته أو إجارته فيتلف العين نظر)

و الأقرب عدم ضمانه فإنه ليس بأمين على مال نفسه فكيف يؤمن على مال غيره فمن أمنه كان كمن ألقى ماله في البحر.

(و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا و عشرين سنه)

كما قاله بعض العامه فلا دليل له .

(و لا يمنع من الحج الواجب مطلقا و لا من المندوب إذا استوت نفقته حضرا و سفرا، و ينعقد يمينه و يكفر بالصوم )

و ذلك لعدم الدليل على منعه من العبادات المستحبه بل هو كسائر الرشداء مكلف بجميع الطاعات و مخاطب بكل الخطابات غايته أنه لا يعطى المال بيده فى صرفه فى العبادات مستقلا كما لا يعطى فى المباحات فلم يرد خبر باستثنائه و لا تعرض القدماء لإخراجه غير الشيخ فى المبسوط الذى يذكر فروعا أصلها العامه فقال: «و إن أحرَم بالحجّ نظر فإن كانت حجّه الإسلام أو فرضا لزمه بالنذر دفع إليه من ماله نفقته ليسقط الفرض عن نفسه و إن كان تطوعا نظر فإن كانت نفقته فى السفر مثل نفقته فى الحضر دفع إليه و لم يجر تحليله من إحرامه، و إن كانت نفقته فى سفره أكثر فإن كان يمكنه أن يكسب الزيادة فى الطريق و ينفق على نفسه لم يجر أن يتحلل و خلّى سبيله حتى يخرج و دفع إليه قدر نفقته فى حضره من ماله و إن لم يكن له كسب و كانت نفقه سفره زائده على نفقه حضره فإنّ الوليّ يحلله من إحرامه و يكون بمنزله المحصر و يتحلل بالصوم دون الهدى، و كذلك إن حلف انعقدت يمينه، و إن حنث كفر بالصوم دون المال، و إن وجب له القصاص كان له استيفاؤه، و إن عفا على مال صحّ».

ص: ٧٨

و بالجمله إن لم تكن عباداته المندوبه أو يمينه و نذره و ما أشبه ذلك خارجه عن المتعارف فحاله حال الرّشيد.

(و له العفو عن القصاص) لعدم محجوريته من التصرف غير المالى .

(لا الدّيه) لمحجوريته من التصرف المالى .

حصيله البحث:

يثبت الحجر على السّففيه بظهور سفهه و إن لم يحكم به الحاكم كما و يزول بارتفاعه و لو لم يحكم به الحاكم، و لو عامله العالم بحاله استعاد ماله فإن تلف فلا ضمان، و فى إيداعه أو إعارته أو إجازته فيتلف العين نظرو الأقرب عدم ضمانه، و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً و عشرين سنه، و لا يمنع من الحجّ الواجب مطلقاً، و لا من المندوب إن استوت نفقته، و انعقد يمينه و يكفر بالصّوم، و له العفو عن القصاص لا الدّيه.

## (كتاب الضمان)

### إشاره

(و هو التعهد بالمال من البرى ء)

الضمان بمعناه المصطلح عليه لدى فقهاءنا هو التعهد بالدين للغير بنحو ينتقل من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن.

ص: ٧٩

و اما عند غيرنا فهو ضم ذمه إلى ذمه بحيث تعود ذمه الضامن و المضمون عنه مشغولتين للمضمون له و يحق له الرجوع على ايهما شاء.

و له اطلاق بمعنى اخر، و هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمه الضامن بالفعل و براءه ذمه المضمون عنه، كما هو على المعنى الاصطلاحي ، ولاشك في مشروعيتها بكل معانيه.

اما الضمان بالمعنى الاصطلاحي الذى تترتب عليه براءه ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان و اشتغال ذمه الضامن فيتمسك له بصحيحه عبد الله بن سنان- التى رواها المشايخ الثلاثة بطرقهم الصحيحه- عن ابي عبد الله (عليه السلام): «رجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت»(١).

و اما بمعناه المصطلح عليه عند غيرنا فقليل ان المعروف بين الاصحاب عدم صحته حتى مع التصريح بارادته ألا انه ذكر البعض امكان تصحيحه من خلال التمسك بالعمومات و هو الصحيح.

و اما الضمان بمعناه الاخير فهو متداول لدى العقلاء، كضمان شخص الدين للدائن ان لم يؤده المديون أو ضمان الدار لمشتريها إذا ظهرت مستحقه للغير أو ضمان الثمن للبائع ان ظهر كذلك . وشرعيته بالمعنى الثانى فللسيره العقلائيه المنعقده عليه المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) و الممضاه بعدم الردع. مضافا إلى

ص: ٨٠

امكان التمسك بعموم قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) بناء على افادته لزوم و الصحة لا خصوص اللزوم كما هو الصحيح.

(و يشترط كماله و حرите ألا أن يأذن المولى فيثبت في ذمه العبد)

قيل: يمكن أن يكون إذن المولى في معنى ضمان نفسه فيثبت في ذمته.

قلت: و ان كان للمولى ان يضمن عن العبد كذلك له ان يقبل بضمن العبد وحده كما هو مقتضى قاعده السلطنه .

### عدم اشتراط علمه بالمستحق و لا الغريم

(و لا يشترط علمه بالمستحق و لا الغريم )

و هو المضمون عنه، لأنه وفاء دين عنه و هو جائز عن كل مديون، و للاطلاقات , هذا و نقل المختلف عن المبسوط اشتراط علمه بهما، و عن الخلاف عدمه و استدل له بما رواه أبو سعيد الخدرى قال: كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ فِي جَنَازِهِ، فَلَمَّا وَضَعْتَ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دِينَ؟ قَالُوا: نَعَمْ دَرَهْمَانِ، فَقَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ عَلِيٌّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): هُمَا عَلَيٌّ وَ أَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ - الخبير».

ص: ٨١

و ما رواه جابر الأنصاري: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله كَانَ لَا يَصَلِّي عَلَى رَجُلٍ عَلَيْهِ دِينَ، فَأَتَى بِجَنَازِهِ، فَقَالَ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دِينَ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ دِينَارَانِ، فَقَالَ: صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: هُمَا عَلَيَّ، فَصَلَّى عَلَيْهِ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ قَالَ: أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ فَمَنْ تَرَكَ مَا لَمْ يَلُورْثْهُ، وَ مَنْ تَرَكَ دِينًا فَعَلَيَّْ»، وَقَالَ: إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله لَمْ يَسْأَلْ عَلَيًّا (عَلَيْهِ السَّلَام) وَ لَا أَبَا قَتَادَةَ عَنْ مَعْرِفَتِهِمَا صَاحِبَ الدِّينِ وَ لَا المَيِّتِ .

قلت: الخبران دالان على كفايه تمييز الغريم و هو الميِّت هنا، و أما المستحقّ فليس فيهما إشارة إلى تميزه بحضوره أو وصفه و هما خبران عاميان.

(بل تميزهما)

أى المستحق (1) و الغريم ليكن توجه القصد إليهما، أما المضمون له فلاجل التمكن من إيفائه، و أما المضمون عنه فلاجل تعيين من تبرئ ذمته، و قيل: لا وجه لتمييزه لأن المعبر القصد إلى الضمان و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له، و ذلك غير متوقف على تمييز من عليه الدين و لا- دليل على اعتباره بخصوصه . قلت: بل يتوقف على تمييز من عليه الدين حتى يعلم سقوط ذمه هذا لا غيره .

حصيله البحث:

ص: ٨٢

---

١- و هو المضمون له، و المراد من الغريم: المضمون عنه.

الضمان: هو التّعهد بالمال من البرىء بنحو ينتقل من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و اما عند غيرنا فهو ضم ذمه إلى ذمه بحيث تعود ذمه الضامن و المضمون عنه مشغولتين للمضمون له و يحق له الرجوع على ايهما شاء. و له اطلاق بمعنى اخر، و هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون - اشتغال ذمه الضامن بالفعل و براءه ذمه المضمون عنه - و هو مشروع بكل معانيه، و يشترط كماله و حرّيته إلّا أن يأذن المولى فيثبت في ذمه العبد إلّا أن يشترطه من مال المولى و لا- يشترط علمه بالمستحقّ و لا الغريم بل تمييزهما لاجل ايفائه المستحق و تعيين من تبرئ ذمته .

### و الإيجاب ضمننت و تقبلت و شبهه

(و الإيجاب ضمننت و تقبلت و شبهه، و لو قال: مالك عندي أو عليّ أو ما عليه عليّ فليس بصريح)

أقول: اما اشتراط كون الصيغه من الالفاظ الصريحه كما عليه المصنف فيرده عدم الدليل على هذا الشرط بل يكفي فيها الظهور العرفي و فهمهم منه المراد و لو بالقرائن الحالّيه أو المقاليّه و لانه بذلك يتحقق العقد فيشمله عموم قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) كما يتحقق بذلك عنوان الضمان فتشمله صحيحه ابن سنان المتقدمه.

ص: ٨٣

و يشهد لذلك خبر فضيل و عبيد، عن الصادق (عليه السلام): لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم - إلى - فقال علي بن الحسين عليهما السلام: ثلث دينك علي، ثم سكت و سكتوا، فقال (عليه السلام): علي دينك كله ثم قال (عليه السلام): أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أولاً إلا كراهه أن يقولوا: سبقنا» (١) كما أنه لا يشترط أن يقول: «ضمنت» بلفظ الماضي كما قال المصنف بل يكفي «أضمن».

و يشهد له مضافاً لما تقدم خبر عيسى بن عبد الله في خبر: «قال السجّاد (عليه السلام) للغرماء: أضمن لكم المال إلى غلّه» (٢).

و اما اصل اعتبار الايجاب و القبول في تحقق الضمان فمعلوم و ذلك لانه نحو من المعاقده التي لا تتم إلا بذلك كما قال المصنف: (فيقبل المستحق) .

(و قيل: يكفي رضاه فلا يشترط فوريه القبول)

و استدل له بالأصل و حصول الغرض . قلت: الملاك في تحقق المعاقده هو انشاء الرضا لا مجردة .

و قيل: لا يشترط رضاه مطلقاً و ذلك لصحة الضمان التبرعي، الذي هو بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً بدون ضمان حيث لا يعتبر فيه رضاه لما روى من ضمان علي

ص: ٨٤

١- وسائل الشيعة؛ ج ١٨، ص ٤٢٤؛ باب ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٩٧ ح ٧



(عليه السلام) دين الميِّت الذي امتنع النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنَ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ لِمَكَانِ دِينِهِ .

نعم إذا استلزم الضمان التبرعى اهانه المضمون عنه - كتبرع وضيع بضمان دين انسان شريف - حرم تكليفا و لكنه لا يلزم عدم الصحة وضعا.

قلت: هو استدلال باطل لأنه إذا كان الميِّت لا شىء له و لم يبرئه المستحق فلا بدَّ أنه يرضى بكلِّ من يعطى عوضه و فى مثل المورد رضاه مقطوع لأنَّ عدم الرضا إنما يكون لخوف أن لا يفى أو يماطل و فى مورد (عليه السلام) كانا منتفيين.

و استدلال الوسائل به و بخبر جابر الأنصارى و قد تقدم ايضا فى غير محلّه لانهما خبران عاميان، و قد روى الثانى أبو داود فى الباب التاسع من بيوعه.

و اما خبر فضيل و عبيد، عن الصادق (عليه السلام): لما حضر محمّد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم - إلى - فقال على بن الحسين عليهما السلام: ثلث دينك علىّ، ثم سكت و سكتوا، فقال (عليه السلام): علىّ دينك كلّهُ، ثم قال (عليه السلام): أما إنّه لم يمنعنى أن أضمنه أوّلا إلّا كراهه أن يقولوا: سبقنا» (1) فلا دلالة فيه على انتفاء رضاه .

ص: ٨٥

و يدلّ على اشتراط رضاه صحيح الحسن بن محبوب وهو من اصحاب الاجماع عن عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام) في الرّجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمّه الميّت»(١).

و أمّا ما في موثق الحسن بن الجهم: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات و له على دين و خلف ولدًا رجالًا و نساء و صبيانًا، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ ممّا لأبى عليك من حصّتى و أنت في حلّ ممّا لإخوتى و أخواتى، و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: يكون في سعه من ذلك و حلّ، قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثه على فقالوا: أعطنا حقّنا، فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر فأما بينك و بين الله عزّ و جلّ فأنت منها في حلّ إذا كان الرّجل الذى أحلّ لك يضمن لك عنهم رضاهم، فيحتمل لما ضمن لك، قلت: فما تقول في الصبىّ لأمه 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، فقال: إنّما أعنى بذلك إذا كان لها مال، قلت: فالأب يجوز تحليله على ابنه؟ فقال له: ما كان لنا مع أبى الحسن أمر يفعل في ذلك ما شاء، قلت: فإن الرّجل ضمن لى عن ذلك الصبىّ و أنا من حصّته في حلّ فإن مات الرّجل قبل أن يبلغ الصبىّ فلا شىء عليه؟

ص: ٨٦

---

١- الكافي (في باب أنّه إذا مات الرّجل حلّ دينه، ٢٢ من معيشته)

قال: الأمر جائز على ما شرط لك<sup>(١)</sup> فمعارض بما تقدم مما هو أقوى منه فلا وثوق به.

## ولا عبره بالغريم

(ولا عبره بالغريم)

يعنى لا عبره بقبول المضمون عنه لأنه وفاء عنه و هو غير متوقّف على إذنه كما ذهب إليه الحلّي خلافاً للشيخين و القاضي و ابن حمزه أنه يشترط عدم إنكاره فلو أنكره بطل لعدم الدليل على صحّته و لأنه تحمّل منه لا يجب.

أقول: الصحيح عدم اعتبار رضا المضمون عنه و ذلك لانه اجنبى عن العقد و بذلك يظهر ضعف القول بعدم الدليل على صحّته واما كونه تحمّل منه لا يجب فلا ربط له بصحته. وقد تقدمت صحيحه ابن سنان الداله على صحه الضمان عن الميت و اذا جاز عن الميت جاز عن الصبى و المجنون و المكره و السفيه لعدم الفرق، بل لعل ذلك أولى.

(نعم لا يرجع عليه مع عدم اذنه فى الضمان)

أمّا عدم رجوعه مع عدم إذنه فلعدم الدليل على ضمانه و لانه تبرع من الضامن لا مسوّغ لرجوعه، و هو اشبه باداء دين الغير تبرعا و من دون ضمان.

ص: ٨٧

---

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٥٧

و اما خبر الحسين بن خالد: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): قول الناس: الضامن غارم، فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»(١) فمنصرف الى الضمان باذنه مضافا الى ضعفه سندا .

(و لو أذن له رجوع عليه بأقل الأمرين مما أداه و من الحق)

كما فى موثق عمر بن يزيد، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل ضمن على رجل ضمانا، ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا الذى صالح عليه»(٢). و تفصيل الإسكافى بين كون الصلح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال و بعده مخالف لاطلاق النص الانف الذكر.

### و يشترط فيه الملاءة أو علم المستحق بإعساره

(و يشترط فيه) اى الضامن (الملاءة أو علم المستحق بإعساره) عند المصنف.

أقول: لم يظهر لهذ الشرط دليل و اصاله العدم تنفيه .

(و يجوز الضمان حالاً و مؤجلاً عن حال و مؤجلاً)

لعموم المسلمون عند شروطهم و قال فى المبسوط: «لا يصح ضمان الحال عن المؤجل لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل» و هو كما ترى، و قال

ص: ٨٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٠٤ ح ٥

٢- وسائل الشيعة ١٣: ١٥٣ الباب ٦ من أحكام الضمان الحديث ١

المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى فى الكامل و ابن حمزه بعدم صحه الضمان حالاً رأساً و جوزة المبسوط و الحلّى و القاضى فى مهذبته.

(و المال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه)

و منع المبسوط من ضمان مال الكتابه لأنه ليس بلازم فى الحال لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابه للعجز و لا يؤول إلى اللزوم لأنه إذا أذاه عتق، و جوز ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزوجه دون المستقبله لأنها تجب بالتمكين.

أقول: اما اعتبار ثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه فلانه بدونه لا يمكن نقل ما فى ذمته إلى ذمه اخرى.

نعم لا- يشترط فى الضمان بالمعنى الثانى و ذلك لانه تعهد و تحمل للمسؤوليه من دون اشتماله على نقل ما فى ذمه إلى ذمه اخرى ليعتبر فيه ذلك .

حصيله البحث:

لا بد للضمان من إيجاب و قبول و الإيجاب: ضمنت أو تكفّلت و تقبّلت، و شبهه. و يكفى فيه كل ما له ظهور عرفى فيه، فيقبل المستحقّ و لا يشترط فورىة القبول، و لا عبره بقبول الغريم، نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه و لو أذن رجع بأقلّ الأمرين ممّا أذاه و من الحقّ، و يجوز الضمان حالاً و مؤجّلاً عن حالّ و مؤجّلاً، و المال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه، و لا بد من ثبوت الدين فى ذمه

ص: ٨٩

المضمون عنه لانه بدونه لا يمكن نقل ما فى ذمته إلى ذمه اخرى , نعم لا يشترط فى الضمان بالمعنى الثانى و ذلك لانه تعهد بالمال و لو لم يكن هناك دين.

### ضمان المشتري لعهد الثمن

(و لو ضمن للمشتري عهده الثمن لزمه ضمانه فى كل موضع يبطل فيه البيع) كالاستحقاق و لم يجز المالك البيع و لا ريب فى صحه هذا الضمان و امثاله لعدم المانع منه .

(و لو ضمن له درك ما يحدثه من بناء أو غرس فالأقوى جوازه)

قلت: هذه المسأله مضافا الى كونها من مصاديق «ضمان ما لم يجب» هى من مصاديق «ضمان المجهول» و بجوازها افتى الإسكافى و المفيد و الدىلمى و الحلبيّ و ابن زهره و القاضى فى كامله و الشّيخ فى نهايته، و ذهب فى مبسوطيه إلى عدم صحته، و تبعه الحلبيّ و القاضى فى مهذبّه .

أقول: عموم قوله تعالى {أوفوا بالعقود} شامل لكل انواع الضمان وان لم يكن نقل ذمه الى ذمه و عليه فلا اشكال فى صحه «ضمان ما لم يجب» نعم «ضمان المجهول» ان كان من مصاديق الغرر فلا يصح لما تقدم من النهى عن الغرر و لا غرر هنا كما لا يخفى .

## و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم قبل

(و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم (١) قبل مع عدم التهمه)

و الوجه فى قبول شهاده المضمون عنه لأنه إن كان أمره بالضمان فشهادته شهادته على نفسه باستحقاق الرجوع عليه وان كان الضامن متبرعا عنه فهو أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين أدى أم لم يؤدي، هذا مع عدم التهمه .

(و) اما (مع) التهمه بأن تفيده الشهاده فائده زائده على ما يغرمه (٢) و (عدم قبول قوله) اى المضمون عنه (لو غرم الضامن رجوع فى موضع الرجوع بما أداه أولا)

ص: ٩١

١- الغريم فى الأخبار هو صاحب الدين المستحق للمال كما مرّ فى صحيح عبد الله بن سنان، و خير عيسى بن عبد الله و الذى عليه الدين هو الغارم قال تعالى { إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ } و أمّا الغريم فكالقتيل مفعول بمعنى من أعطوه الغرامه .

٢- هذا و للتهمه صور منها أن يكون الضامن معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره « بناءً على شرطيه الملاءه او علم المضمون له بإعسار الضامن » فإنه له الفسخ حيث لا يثبت الأداء و يرجع على المضمون عنه- فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته- و منها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس و للمضمون عنه عليه دين فإنه يوفّر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يضرب به- و لا فرق فى هاتين بين كون الضامن متبرعا و بسؤال لأن فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين .

و رجوع الضامن بما آذاه أولاً- لو لم تقبل شهاده المضمون عنه فلتصادقهما على كونه هو المستحق في ذمه المضمون عنه و اعترافه بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا.

(و لو لم يصدّقه على الدّفع رجع بالأقلّ)

كما تقدم من انه ضامن للاقل و لم يثبت هنا الاكثر لعدم اعترافه به .

حصيله البحث:

و لو ضمن للمشتري عهده الثمن لزمه في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق، و لو ضمن له درك ما يحدثه من بناءٍ أو غرسٍ فالأقوى جوازه، و لو أنكر المستحقّ القبض فشهد عليه الغريم قبل مع عدم التّهمه، و مع عدم قبول قوله لو غرم الضّامن رجع في موضع الرجوع بما آذاه أولاً، و لو لم يصدّقه على الدّفع رجع بالأقلّ.

### شروط الضمان

يلزم لتحقق الضمان توفر:

١- كون الضامن و المضمون له بالغين عاقلين مختارين و ليسا محجرا عليهما لسفه، بخلاف المضمون عنه، فانه لا يلزم فيه ذلك و يلزم أيضا عدم فلس المضمون له دون الضامن.

ص: ٩٢



اما اعتبار البلوغ و ما بعده في الضامن و المضمون له فلأنهما طرفا العقد، و ذلك معتبر في مطلق طرفي العقد.

و اما عدم اعتبار ما ذكر في المضمون عنه فلانه اجنبي عن العقد.

على انه إذا جاز كونه ميتا- كما هو مورد صحيحه ابن سنان المتقدمه- جاز كونه صبيا أو مجنوناً أو مكرهاً أو سفيهاً لعدم الفرق، بل لعل ذلك أولى.

و اما اشتراط عدم فلس المضمون له فلان المفلس ممنوع من التصرف في أمواله و لو بنقلها، و واضح ان لازم قبوله الضمان نقل دينه من ذمه إلى ذمه.

و اما عدم اشتراط فلس الضامن فلان المفلس ممنوع من التصرف في أعيان أمواله دون ذمته. و يشهد لذلك انه لا يحتمل عدم جواز اقتراضه؟

٢- التنجيز كما هو المشهور، فلا- يصح لو قال انا ضامن ان اذن لى فلان أو ان لم يف المديون دينه. نعم لا يعتبر ذلك في الضمان بالمعنى الثاني لو كان الضمان بصيغه انا ضامن ان لم يف المديون دينه.

اما اعتبار التنجيز فقد تقدم دليله في كتاب البيع (١).

و اما عدم اعتباره في الضمان بالمعنى الثاني فلعدم شمول الدليل المتقدم له ولا مانع من التمسك بالسيره العقلانيه و العموم.

ص: ٩٣

٣- ثبوت الدين في ذمه المضمون عنه فلا يصح اقرض فلانا و انا ضامن. نعم يصح ذلك في الضمان بمعناه الثاني. وذلك لانه بدونه لا يمكن نقل ما في ذمته إلى ذمه اخرى.

و اما عدم اشتراطه في الضمان بالمعنى الثانى فلانه تعهد و تحمل للمسؤوليه من دون اشتماله على نقل ما في ذمه إلى ذمه اخرى ليعتبر فيه ذلك.

٤- تعيين الدين و المضمون له و المضمون عنه، بمعنى عدم ترده، فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص معين على شخص معين، و لا- ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد معين، و ذلك لانه بدونه لا يمكن تحقق القصد إلى الضمان، فان تحقق الضمان بلحاظ هذا الدين دون ذاك بلا مرجح، و بلحاظهما خلاف المقصود، و المردد بما هو مردد لا خارجيه له ليتمكن تحقق الضمان بلحاظه، و هذا نفسه يجرى في فرض تردد المضمون له أو المضمون عنه.

٥- هذا و لا يعتبر العلم بوصف و نسب المضمون عنه و المضمون له و ذلك لانه لا دليل عليه.

حصيله البحث:

لابد من كون الضامن و المضمون له بالغين عاقلين مختارين و ليسا محجرا عليهما لسفه، بخلاف المضمون عنه، فانه لا يلزم فيه ذلك و يلزم أيضا عدم فلس المضمون له دون الضامن. و التنجيز كما هو المشهور، فلا يصح لو قال انا ضامن

ص: ٩٤

ان اذن لى فلان أو ان لم يف المديون دينه, نعم لا يعتبر ذلك فى الضمان بالمعنى الثانى لو كان الضمان بصيغه انا ضامن ان لم يف المديون دينه و ثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه فلا يصح اقرض فلانا و انا ضامن, نعم يصح ذلك فى الضمان بمعناه الثانى. و يشترط تعين الدين و المضمون له و المضمون عنه, بمعنى عدم تردده, فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص معين على شخص معين, و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد معين, و لا يعتبر العلم بوصف و نسب المضمون عنه و المضمون له .

## (كتاب الحواله)

### اشاره

(و هى التعهد بالمال من المشغول بمثله للمحيل, و يشترط فيها رضى الثلاثه) على خلاف سياتى بيانه .

و الفرق بينها و بين الضمان- المتضمن أيضا لنقل ما فى ذمه إلى ذمه اخرى- ان الحواله معامله بين المدين و الدائن, حيث ينقل الاول ما فى ذمته إلى ذمه غيره بخلاف الضمان, فانه معامله بين الدائن و الاجنبى, حيث ينقل الثانى ما فى ذمه المدين إلى ذمته. ولا يرب فى مشروعيتها بدليل السيره العقلائيه الممضاه بعدم الردع, و بعموم قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) و بالروايات الخاصه, كصحيحه ابى أيوب عن ابى عبد

ص: ٩٥

اللّٰه (عليه السلام): «الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك»<sup>(١)</sup> والمراد: أ يرجع المحال على المحيل؟ قال: لا، الا اذا اتضح ان المحال عليه كان قد حصل له الفلوس قبل الحوالة. هذا هو المقصود و ان كان تعبير الصحيحه قد يوهم كون المقصود: الا ان يكون المحيل قد افلس قبل ذلك، و لكنه غير مقصود جزما لعدم مدخلية افلاس المحيل فى جواز الرجوع عليه. هذا مضافا الى ان الاصحاب لم يفهموا الا ما اشرنا اليه. و غيرها.

و هى عقد لا ايقاع و ذلك لتضمنها تصرفا فى مال المحتال الذى هو تحت سلطانه و فى ذمه المحال عليه التى هى تحت سلطانه فيلزم قبولهما، و لا يكفى إنشاء المحيل فقط لتكون ايقاعا.

لكن قيل كونها من الايقاع غايه الامر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه، و مجرد هذا لا يصيره عقدا، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا يكون عقدا و ان احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فانه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك ايقاع.

وفيه: ان الحوالة تتضمن نقلا- للدين من ذمه إلى اخرى فكيف تكون وفاء، و مع التنزل و التسليم بكونها كالوفاء بغير الجنس فذلك لا يوجب كونها ايقاعا لان

ص: ٩٦

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ١٥٨ الباب ١١ من أبواب أحكام الضمان الحديث ١

كون المقيس عليه من قبيل الايقاع اول الكلام بل هو عقد لكونه معاوضه بين الدين و الجنس الآخر.

ثم انه لا دليل على اشتراط رضى المحال عليه و هو المفهوم من الشّيخين فى المقنعه و النهايه، و لم يذكره الدّيلمى و إنّما قال المبسوط: «و للإنسان أن يوكل من شاء فى قبض ماله، و فى الحواله و ككل غريمه..» و تبعه الحلّى و ابن حمزه، و ابن زهره، و الحلبيّ (١).

قلت: و لا دلالة فيها على اشتراط رضى المحال عليه و لذا فهى متقومه بالمحيل و المحتال فقط.

### شروط الحواله

يلزم فى صحه الحواله توفر:

١- الايجاب من المحيل و القبول من المحتال بكل ما يدل عليهما وذلك لأنها عقد.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل على الايجاب و القبول فقد تقدم وجهه عند البحث عن الضمان و غيره.

ص: ٩٧

---

١- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٨ ص: ٦٨

٢- البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه في المحيل و المحتال أآ في الحوالة على البرى ء فلا يعتبر عدم الحجر في المحيل.

اما اعتبار البلوغ و ما بعده في المحيل و المحال فلاجل ان نقل الدين و التصرف فيه قائم بهما فيلزم فيهما ما ذكر.

و اما المحال عليه فلا يعتبر فيه شى ء من ذلك الا إذا كانت الحوالة على البرى ء أو بغير الجنس .

اما انه في الحوالة على البرى ء لا يلزم عدم الحجر في المحيل فلانه لا يملك شيئاً في ذمه المحال عليه ليمنع من التصرف فيه بل ما يصدر منه هو اشغال لذمه الغير بما ثبت في ذمته هو.

اجل يعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار لعدم الاثر لعقد الصغير و المجنون و المكره كما تقدم في كتاب البيع .

و اما ان المحال عليه لا- يعتبر فيه شى ء من ذلك فلو ضوح ان لمن يملك المال في ذمه الصغير و المجنون و من لم يرض بالحوالة، الحق في تملكه لغيره و نقله إليه بالرغم من فرض الصغر و الجنون و عدم الرضا.

و اما اعتبار ذلك فيه إذا كان برى ء الذمه أو كانت الحوالة بغير الجنس فلانه بالحوالة يحصل تصرف في ذمته فلا بد من بلوغه و عقله و اختياره و عدم سفه.

هذا و منع المبسوط الحواله بغير الجنس و تبعه القاضى و ابن حمزه و جوزه المختلف بشرط رضى المحال عليه وهو الاقوى ويشهد له مضافا لما تقدم صحيح داود بن سرحان، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل كانت له عند رجل دنانير فأحال له على رجل آخر بدنانير فيأخذ بها دراهم أ يجوز ذلك؟ قال: نعم»<sup>(١)</sup>. ووجه الدلالة أنه إذا جاز أخذ الدراهم بدل الدنانير من المحال عليه برضاه، جازت الحواله كذلك.

اجل لا يعتبر عدم فلسه إذا كان برىء الذمه لجواز اشغال المفلس ذمته بخلاف السفیه فانه ليس له اشغال ذمته بدون اذن وليه.

(ف) اذا صحت الحواله (يتحول فيها المال من ذمه إلى ذمه كالضمان)

و به قال الحلبي مطلقا، و شرط الإسكافي و الشيخان و الحلبي و القاضى و ابن حمزه إبراء المحتال للمحيل استنادا الى صحيحه زراره «عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك؟ قال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٩٩

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٩٩ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٠٤ ح ٢

أقول: و هي وان كانت معتبره سنداً و واضحة دلالة، إلا أنها معارضة بما دلّ على عدم الاعتبار كصحيحه منصور بن حازم، عن الصّادق (عليه السلام) سألته عن الرّجل يحيل على الرّجل الدّراهم أ يرجع عليه، قال: لا يرجع أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» (١) وصحيحه أبي أيوب أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أ يرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» (٢).

و رواه عقبه بن جعفر عن أبي الحسن (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال: «لا» (٣).

و العمده فى المعارضه هى الصحيحتان الأوليان و إلا فالروايه الأخيره لا تعدو كونها مؤيده لضعف سندها حيث دلّنا على انحصار حق الرجوع على المحيل بفرض الإفلاس كما يظهر ذلك من قوله (عليه السلام): «أبداً» فتتعارضان مع صحيحه زراره الدالّ صريحاً على جواز الرجوع قبل الإبراء. و عندئذٍ يكون التقدّم معهما، لرجحانهما عليهما بموافقتهما للكتاب العزيز، حيث إنّ مقتضى

ص: ١٠٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٠٤ ح ٤

٢- الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ١

٣- الوسائل، ج ١٨ كتاب الضمان، ب ١١ ح ٤



عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً .

### و لا يجب قبولها على الملى ء

(و لا يجب قبولها على الملى ء)

لعدم الدليل على وجوبه و لأنَّ حَقَّه عند المحيل فلا ينتقل عنه إلَّا برضاه .

و اما قول الشهيد الثانى: «و ما ورد من الأمر بقبولها على الملى ء على تقدير صحَّته محمول على الاستحباب» فلعلَّه أراد به من طريق العامه .

(و لو ظهر إعساره فسخ المحتال)

و يدلُّ عليه صحيحا منصور بن حازم و أبى أيوب المتقدمان انفاً و لا يعارضهما خبر عقبه بن جعفر المتقدم ثمَّ لضعفه سندا و يمكن حمله على علمه بإعساره و رضاه .

### و يصحَّ ترامى الحوالة و دورها

(و يصحَّ ترامى الحوالة و دورها و كذا الضمان و الحوالة بغير جنس الحق)

أمَّا ترامى الحوالة و دورها فذلك لإطلاق أدله مشروعيتها وجوَّزهما المبسوط .

ص: ١٠١

و أما ترامى الضمان و دوره فمنعه المبسوط لصيروره الأصل فرعا و بالعكس، و لعدم فائده فيه، و جوزه المختلف لعدم مانعيه  
صيروره الأصل فرعا و بالعكس، و فرض الفائده بجواز ضمان الحال مؤجلا و بالعكس. قلت: و هو الاقوى لاطلاق الادله.

(و تصح الحواله بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين)

الأصل فى عنوان المسأله المبسوط حيث قال: «و لو كان له على رجلين ألف و لرجل عليه ألف فأحاله بها على الرجلين و قبل  
الحواله كان جائزا، فإن كان كل منهما ضامنا على صاحبه و أحاله عليهما لم تصح الحواله لأنه يستفيد بها مطالبه الاثنين كل  
واحد منهما بالألف. و هذا زياده فى حق المطالبه بالحواله و ذلك لا يجوز، و ليس له أن يطالب كل واحد منهما بألف و إنما  
يقبض الألف من أحدهما دون الآخر. و قيل: إنه يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بألف فإذا أخذه براء الآخر و هذا أقرب» و  
ما قرّبه أخيرا هو الصواب.

### و لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع لإنكاره الدين

(و لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع لإنكاره الدين و ادعاه المحيل تعارض الأصل و الظاهر، و الأول أرجح فيحلف) المحال  
عليه (و يرجع) عليه (سواء كان بلفظ الحواله أو الضمان)

ص: ١٠٢

أقول: لا- شك في تقدم الظاهر على الاصل و ذلك لحجيه الظهور و تقدمه عليه كما هو محرر في علم الاصول فانه لو قال: (أحلتك على فلان) و قال: (قبلت) ثم انكر المحال عليه الدين فإن مفهوم الحواله مأخوذ من الإحاله و التحويل، و هما في اللغه بمعنى النقل من مكان إلى مكان أو حال إلى حال أو زمان إلى زمان، كما هو الحال في تحويل السنه. فالنقل دخيل في المبدأ و جميع اشتقاقاته و مأخوذ في مفهومها.

و ما عن الشهيد الثاني قدس سره من دعوى تضمن الوكاله لنقل حق مطالبه الدين الثابت للدائن إلى الوكيل واضح الفساد، إذ الوكاله لا- تقتضى انتقال حق الموكل في المطالبه إلى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبه بدينه، فإن غاية ما في الأمر إعطاء الموكل حقًا للوكيل في مقابل حقه نفسه، بحيث يكون لكل منهما المطالبه بالدين.

٣- ومن جمله شرائط الحواله التنجيز كما هو المشهور و قد تقدم الكلام حوله في كتاب البيع (١).

٤- ومن جمله شرائط الحواله ثبوت الدين في ذمه المحيل فلا يصح في غير الثابت و لو مع تحقق سببه، كمال الجعاله قبل العمل فضلا عما إذا لم يتحقق سببه، كالحواله بما سيقترضه و ذلك لان الحواله نقل من المحيل الدين الثابت في ذمته الى ذمه اخرى، و المعدوم لا يقبل النقل.

ص: ١٠٣

١- الدرر الفقيهيه ج ١٠ ص ٢٠

٥- ومن جمله شرائط الحواله عدم تردد المال المحال فلا تصح الحواله بأحد الدينين من دون تعيين وذلك لان المردد لا تحقق له ليتمكن نقله من ذمه الى اخرى.

### من أحكام الحواله

١- الحواله لازمه لا يجوز فسخها بدون التراضى الا إذا اتضح كونها على مفلس و ذلك لأصالة اللزوم فى كل عقد. مضافا إلى دلالة صحيحه ابى ايوب المتقدمه عليه . و اما استثناء الحواله على المفلس فللصحيحه نفسها.

٢- هذا و يجوز اشتراط الفسخ لكل واحد من الثلاثه و ذلك لان الحواله و ان كانت لازمه الا ان لزومها ليس حكما بل حقى، و معه فيمكن التمسك بعموم قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

٣- و إذا قضى المحيل الدين بعد تماميه الحواله تبرأ بذلك ذمه المحال عليه و جاز للمحيل الرجوع عليه ان كان ذلك بطلب منه اما براه ذمه المحال عليه بقضاء المحيل للدين مع جواز رجوعه إليه ان لم يكن تبرعا فلانه كقضاء شخص اجنبى آخر الدين الذى حكمه براه ذمه المدين و جواز رجوع الاجنبى عليه ان لم يكن ذلك تبرعا، و واضح ان المحيل بعد تحقق الحواله يصبح اجنبيا لبراه ذمته.

ص: ١٠٤

---

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

يشترط في الحوالة رضاء المحيل و المحتال و لا- يشترط فيها رضا المحال عليه فيتحوّل فيها المال كالضمان و يشترط فيها الايجاب من المحيل و القبول من المحتال بكل ما يدل عليهما و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه في المحيل و المحتال ألّا في الحوالة على البرى ء فلا- يعتبر عدم الحجر في المحيل , و اما المحال عليه فلا يعتبر فيه ذلك ألّا إذا كانت الحوالة على البرى ء أو بغير الجنس, و لا- يجب قبولها على الملى ء, و لو ظهر إعساره فسخ المحتال، و يصحّ ترمى الحوالة و دورها، و كذا الضمان و الحوالة بغير جنس الحقّ و كذا الحوالة بدين عليه لواحدٍ على دينٍ للمحيل على اثنين متكافلين، و لو أدّى المحال عليه و طلب الرجوع لإنكار الدين و ادّعاء المحيل تعارض الأصل و الظاهر، و القول قول المحيل فيحلف على الاقوى , و يشترط في الحوالة التنجيز و ثبوت الدين في ذمه المحيل فلا يصح في غير الثابت و لو مع تحقق سببه، كمال الجعالة قبل العمل فضلاً عما إذا لم يتحقق سببه، كالحوالة بما سيقترضه و يشترط فيها عدم تردد المال المحال فلا تصح الحوالة بأحد الدينين من دون تعيين و الحوالة لازمه لا- يجوز فسخها بدون التراضي ألّا إذا اتضح كونها على مفلس و يجوز اشتراط الفسخ لكل واحد من الثلاثة و إذا قضى المحيل الدين بعد تمامية الحوالة تبرأ بذلك ذمه المحال عليه و جاز للمحيل الرجوع عليه ان كان ذلك بطلب منه .

(و هي التعهد بالنفس، و تصح حاله و مؤجله إلى أجل معلوم)

لكن منع المفيد و الشيخ في النهايه و ابن حمزه من الكفاله الحاله، و هو المفهوم من الدليمي و هو أحد قولي القاضي، و ذهب المبسوط إلى جوازها و تبعه الحلبي و القاضي في أحد قولييه و هو الصحيح لعموم قوله تعالى {أوفوا بالعقود}.

### شروط الكفاله

يلزم في صحه الكفاله توفر:

١- الايجاب من الكفيل و القبول من المكفول بكل ما يدل عليهما وذلك لأنها عقد.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل على الايجاب و القبول فقد تقدم وجهه عند البحث عن الضمان و غيره.

٢- البلوغ و العقل و الاختيار وذلك لعدم الاثر لعقد الصغير و المجنون و المكروه كما تقدم في كتاب البيع .

## و يبرء الكفيل بتسليمه تامًا عند الأجل

(و يبرء الكفيل بتسليمه تامًا عند الأجل أو فى الحلول)

لأنه أذى ما كان واجبا عليه و أما لو أحضره فى المؤجل قبل الأجل؟ ففى المبسوط و تبعه القاضى لزم تسلّمه إن لم يكن عليه ضرر. قلت: ويرده انها لازمه من الطرفين لا يجوز فسخها بدون التراضى و ذلك لأصالة اللزوم فى العقود.

(و لو امتنع) الكفيل (فللمستحق طلب حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه)

كما فى موثق عمّار عن الصّيادق (عليه السلام): «أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل تكفّل بنفس رجل فحبسه فقال: اطلب صاحبك» (١) و المراد من عمّار هو ابن مروان اليشكرى .

## و لو علق الكفاله بشرط أو صفة بطلت

(و لو علق الكفاله بشرط أو صفة بطلت)

و ذلك لاعتبار التنجيز فيها كما هو المشهور وقد تقدم الكلام حوله فى كتاب البيع (٢).

ص: ١٠٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٠٥ ح ٦

٢- الدرر الفقيهيه ج ١٠ ص ٢٠

(و كذا الضمان و الحواله).

و فى المبسوط «إذا قال: كفلت ببدن فلان على أن يبرء فلان الوكيل - أو - على أن يبرء من الكفاله لا- تصح الكفاله» الا ان العلامه قال المختلف: «هو شرط سائغ فيصح» استناداً الى عموم المسلمين عند شروطهم و يرده ان الشرط انما يصح بعد الفراغ عن صحه العقد و الكلام بعد في صحته.

(نعم لو قال ان لم أحضره الى كذا كان على كذا صحت الكفاله أبدا و لا يلزمه المال المشروط، و لو قال على كذا ان لم أحضره، لزمه ما شرطه من المال ان لم يحضره)

و أمّا الفرق فى الكفاله بين العبارتين فى لزوم المال و عدمه فيدل عليه موثق ابان عن أبى العباس: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل كفّل لرجل بنفس رجل فقال: إن جئت به و إلّا عليك خمسمائه درهم، قال: عليه نفسه و لا شىء عليه من الدرّاهم، فإن قال: «علّى خمسمائه درهم إن لم أدفعه إليك» قال: تلزمه الدرّاهم إن لم يدفعه إليه» (1) و المراد من ابى العباس الفضل بن عبد الملك، و رواه الفقيه عن داود بن الحصين عن أبى العباس، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يتكفّل بنفس الرّجل إلى أجل فان لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما؟ قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه أبدا إلّا أن يبدء بالدرّاهم فإن بدء

ص: ١٠٨



بالدراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»(١). و لفظهما وان كان مختلفا إلا ان الظاهر اتحادهما وظاهر الكافي و الفقيه العمل بهما و بهما أفتى الشيخ فى النهايه و تبعه القاضى و ابن حمزه و كذا الحلّى، و تصرّف الإسكافى فيهما فقال: «إذا قال الكفيل لصاحب الحقّ: مالك على فلان فهو علىّ دونه إلى يوم كذا و أنا كفيل لك بنفسه» صحّ الضمان على الكفيل بالنفس و بالمال إن لم يؤدّ المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل، سواء قال له عند الضمان: «إن لم يأتك به» أو لم يقل له ذلك، فإن قدّم الكفاله بالنفس و قال: «أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا، فإن جاء بمالك عليه و هو ألف درهم و إلّا فأنا ضامن للألف» صحّت الكفاله بالنفس و بطل الضمان للمال لأنّ ذلك كالقمار و المخاطره و هو كقولك «إن طلعت الشمس غدا فمالك على فلان غريمك- و هو ألف درهم- علىّ». و الذى قد أجمع عليه أنّ الضمان كذلك باطل» فإنّ الظاهر أنّ كلامه إشاره إلى معنى الخبرين و تعليله كما ترى.

أقول: ولا مانع من العمل بظاهر الموثق تعبداً .

### و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم

(و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم من المستحق قهراً، فلو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو الدية)

ص: ١٠٩

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٩٦ ح ٤

كما ورد ذلك في صحيح حريز، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع إلى الوالى فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل و هم فى السجن، قال: فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول»(١).

### و لو غاب المكفول أنظر الكفيل بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه

(و لو غاب المكفول أنظر الكفيل بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه و الإياب فإن مضت و لم يحضره حبس)

لو اقتضى عقد الكفاله الانصراف الى ذلك و الّا حبس .

### و ينصرف الإطلاق إلى التسليم فى موضع العقد

(و ينصرف الإطلاق إلى التسليم فى موضع العقد و لو عين غيره لزم)

و لو كانا فى سفر و كانا من بلد و أطلقا ينصرف إلى بلدهما، و لو كانا من بلدين ينصرف إلى بلد المكفول له، و ذهب ابن حمزه إلى أنه مع الإطلاق يلزمه التسليم فى دار الحاكم أو موضع لا يقدر على الامتناع ولا شاهد له .

ص: ١١٠

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٧، ص: ٢٨٧؛ باب الرجل يخلص من وجب عليه القود.

هذا، إذا أطلقا و أمّا لو عيّنا غيره ففي المبسوط و تبعه القاضى على أنّه لو سلّمه فى موضع آخر و لم يكن على المكفول له ضرر و لا مؤونه فى حمله إلى ذاك الموضع لا يلزم الكفيل بل يجب على المكفول له القبول.

وفيه: انه يجب الوفاء بالعقد كما هو .

### و لو قال الكفيل لا حقّ لك

(و لو قال الكفيل لا حقّ لك) على المكفول، فالقول قول المكفول له و (حلف المستحق)

و لزمه إحضاره كما تقتضيه القواعد، فإنّ قوله أخيرا بعد كفالاته أوّلا كالإنكار بعد الإقرار لا يقبل منه .

(و كذا لو قال أبرأته) أو اوفأكه فإنّ الكفيل فى الفرض مدّع يجب عليه البيّنه و مع عدمها يحلف المكفول له و تسقط دعوى الكفيل.

(فلو لم يحلف ورد اليمين عليه فحلف براء من الكفاله و المال بحاله)

فى عهده المكفول لأنّه فى هذا الفرض تبطل الكفاله فقط من الكفيل، و أمّا المكفول له فكما لم يكن له كفيل فلا يبرأ المكفول من المال، لاختلاف الدعويين وهما دعوى الكفيل زوال الكفاله و المكفول له يدعى بقاءها. و دعوى المكفول براءه ذمته من الحق، و لأنّ المكفول لا يبرأ بيمين غيره.

## و لو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما

(و لو بواحد كفى تسليم أحدهما)

لأنه بتسليم أحدهما ينتفى الموضوع بالنسبه إلى الآخر، هذا و قال المبسوط بعدم الكفاله و تبعه القاضى و ابن حمزه .

## و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما

(و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما)

معاً عملاً- باصالة الظهور وقيل: إذا شرط اجتماعهما فى القبض و إلا فلا يلزم التسليم إليهما معا بل يكفى متفرّداً إلى كلّ منهما حسب . و هو كما ترى .

## و يصحّ التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل

(و يصحّ التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل)

أقول: لادليل على اشتراط كون الصيغه من الالفاظ الصريحه بل يكفى فيها الظهور العرفى و فهمهم منه المراد و لو بالقرائن الحائيه أو المقاليّه لانه بذلك يتحقق العقد فيشملة عموم قوله تعالى: [{أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}](#) (١) نعم لا- تصح الالفاظ التى لا ظهور لها والتعبير الوارد حول الكفاله فى الأخبار بالنفس كما فى صحيح عمّار

ص: ١١٢

بن مروان «أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل قد تكفل بنفس رجل» و موثق أبي العباس «رجل كفل لرجل بنفس رجل» و غيرهما .

و أما التعبير بالبدن فالظاهر كفايته عرفا و به عبّر المبسوط فى مواضع جاعلا له فى مقابل كفاله المال التى هى الضمان و نقل فى المسأله الخلاف فى صحته و عدمها، و استدلل هو لصحته بقوله تعالى {لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ} و قوله تعالى {فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ} لكنّه كما ترى ففيهما عبّر عن كلّ الإنسان، و لا ريب فى جوازه .

و أما الرأس فقال فى المبسوط أيضا «إذا تكفل برأس فلان، قال قوم: تصح الكفاله لأن تسليم الرأس لا يمكن إلا بتسليم جميع البدن فكان ذلك كفاله بجميع البدن» قلت: و الرقبه أولى فى التعبير عن الكلّ من الرأس قال تعالى {فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ}.

و أمّا الوجه فلم يذكره المبسوط و الوجه يستعمل فى جاه الشخص و عزّه، و فى الدّعاء «أسألك بوجهك الكريم». قلت: ان كفى عرفا فهو والا فلا .

و أمّا اليد و الرّجل ففي المبسوط أيضا «و إن تكفل بيده أو بعضه يبقى بعد قطعه فهل يجوز؟ قيل: و جهان: أحدهما لا يجوز لأنّه قد يقطع منه فيبرء مع بقائه، و الثانى يجوز لأنّ تسليم العضو لا يمكن إلا بتسليم الجمله». قلت: ان كفى عرفا فهو والا فلا .

(وإذا مات المكفول بطلت) لفوات متعلقها و هو النفس .

(إلّا في الشّهاده على عينه) بان قال الشاهد هذا هو الذى اتلف مال المكفول له . (بالإتلاف أو المعامله) فيجب احضاره مع الامكان عملا باطلاق الكفاله .

حصيله البحث:

تصحّ الكفاله حاله و مؤجله إلى أجل معلوم و يشترط فيها الايجاب من الكفيل و القبول من المكفول بكل ما يدل عليهما و البلوغ و العقل و الاختيار، و يبرأ الكفيل بتسليمه تاماً عند الأجل أو فى الحلول، و لو امتنع فللمستحقّ حبسه حتى يحضره أو يؤدّى ما عليه، و لو أحضره فى المؤجل قبل الأجل لم يلزم تسلّمه ، و لو علّق الكفاله بطلت، و كذا الضمان و الحواله، نعم لو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان على كذا، صحّت الكفاله أبداً و لا يلزمه المال المشروط. و لو قال: على كذا إن لم أحضره، لزمه ما شرط من المال إن لم يحضره .

و تحصيل الكفاله بإطلاق الغريم من المستحقّ قهراً، فلو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو الدّيه، و لو غاب المكفول أنظر بعد الحلول بمقدار الدّهاب و الإياب، و ينصرف الإطلاق إلى التسليم فى موضع العقد و لو عيّن غيره لزم، و لو كانا فى سفر و كانا من بلد و أطلقا ينصرف إلى بلدهما، و لو كانا من بلدين ينصرف إلى بلد المكفول له، و لو قال الكفيل: لا حقّ لك، حلف المستحقّ. و كذا لو قال: أبرأته. فلو لم يحلف و ردّ اليمين عليه برئ من الكفاله و المال بحاله فى عهده المكفول،

ص: ١١٤

و لو تكفّل اثنان بواحدٍ كفى تسليم أحدهما، و لو تكفّل بواحدٍ لاثنين فلا بدّ من تسليمه إليهما.

و يصحّ التّعير بالبدن و الرّأس و لا يشترط كون الصيغه من الالفاظ الصريحه بل يكفي فيها الظهور العرفي، و إذا مات المكفول بطلت إلّا في الشّهاده على عينه بالإتلاف أو المعامله.

## (كتاب الصلح)

### إشارة

عرف ابن حمزه الصلح في الوسيله فقال: «الصلح قطع الخصومه بين المتداعيين». و المراد منه هو التسالم على رفع الخصومه فموضوعه اذن ليس مطلق التسالم على شيء بل في ما اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهاله في حق احد و الدليل على ان حقيقه الصلح هي التسالم المذكور فلفهم ذلك منه عرفا.

و اما تعريفه بان الصلح معامله مضمونها التسالم بين شخصين على تمليك مال أو اسقاط دين أو حق بعوض أو مجانا فتعريف بالاعم وليس بصحيح وذلك لعدم كون مطلق التراضي عقدا من العقود كما وانه ليس مسوغا لمشروعيه متعلقه والا لصحت كل العقود بدون ما قرره الشارع لها من شروط وقيود بمجرد التراضي فيصح بيع المجهول تحت عنوان الصلح و يصح الربا تحت ذاك العنوان وهكذا و هذا ما لا يقوله احد اذن فليس الصلح مطلق التسالم على شيء بل في ما اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهاله في حق احد وهذا المعنى هو المفهوم منه عرفا .

ولا ريب في مشروعيتها كما نطق به الذكر الحكيم قال تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (١) و عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢).

و يدل على ذلك بوضوح قول الامام الصادق (عليه السلام) في صحيح حفص بن البختري: «الصلح جائز بين الناس» (٣) و صحيح الحلبي: «الرجل يكون عليه الشىء فيصالح فقال: إذا كان بطيب نفس من صاحبه فلا بأس» (٤) و غيرهما , هذا كله مضافا إلى انعقاد السيره العقلانيه الممضاه عليه.

## و هو جائز مع الإقرار و الإنكار

(و هو جائز)

الجواز فى كلام المصنّف ليس الجواز اصطلاحى الذى هو أعمّ من الوجوب و اللّزوم بل اللّغوى الذى بمعنى النفوذ كما ورد بهذا المعنى فى الاخبار .

(مع الإقرار و الإنكار)

ص: ١١٤

١- النساء: ١٢٨

٢- المائدة: ١

٣- وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أحكام الصلح الحديث ١

٤- وسائل الشيعة ١٣: ١٦٦ الباب ٥ من أحكام الصلح الحديث ٣



لاطلاق صحيح حفص بن البختري، عن الصادق (عليه السلام): «الصلح جائز بين الناس»<sup>(١)</sup> وغيره .

## شروط الصلح

(إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا)

يلزم في تحقق الصلح توفر:

١- ان لا يكون مستلزما لتحليل محرم أو بالعكس وذلك لموثقه اسحاق بن عمار عن الامام الصادق (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) ان على بن ابي طالب (عليه السلام) كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»<sup>(٢)</sup> فانه ان لم يفهم من الشرط ما يشمل مطلق المعامله فبالامكان التعدى من باب تنقيح المناط و الغاء الخصوصيه.

و في مرسله الشيخ الصدوق قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه. و الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»<sup>(٣)</sup>.

ص: ١١٧

- 
- ١- وسائل الشيعه ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أحكام الصلح الحديث ١
  - ٢- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٤ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٥
  - ٣- وسائل الشيعه ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أحكام الصلح الحديث ٢

و هي حجه بناء على تماميه التفصيل في مراسيل الصدوق بين ما إذا كانت بلسان روى فلا تكون حجه و بين ما إذا كانت بلسان قال فتكون حجه لكونها من الاخبار الموثوق بها، فانه بناء على هذا تكون حجه لأنها بلسان قال .

## فيلزم بالإيجاب و القبول الصادرين من الكامل

(فيلزم بالإيجاب و القبول)

٢- ومن جملة شرائط الصلح الايجاب و القبول مطلقا حتى إذا كان مفيدا للإبراء. و يكفي فيهما كل ما يدل عليهما.

اما اعتبار الايجاب و القبول في الصلح فلكونه عقدا.

و اما ان ذلك معتبر فيه حتى إذا أفاد فائده الإبراء فلان ذلك مقتضى كونه عقدا مستقلا.

و اما انه يكفي كل ما يدل على الايجاب و القبول فلأنه بذلك يصدق عنوان الصلح فتشمله الاطلاقات العامه و الخاصه.

منها صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: «أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى» قال: لا بأس

ص: ١١٨

بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما»<sup>(١)</sup>، و هو دليل على أنّ الإيجاب و القبول قول كلّ منهما لصاحبه: «لك ما عندك و لى ما عندى».

(الصادرین من الكامل)

٣- و من جمله شرائط الصلح البلوغ و العقل و القصد و الاختيار فى المتصالحين. و هكذا عدم الحجر لفلس أو سفه فى ما اذا اقتضت المصالحة التصرف فى ماله. و اعتبار البلوغ و ما بعده لكون ذلك من الشرائط العامه.

## احكام الصلح

١- و اما قول المصنف يلزم بعد الايجاب و القبول فلاصله اللزوم فى كل عقد التى تقدم الكلام عنها و سيأتى ايضا فى كتاب المضاربه.

٢- و لانه عقد لازم فلا يفسخ الا بالاقاله أو بفسخ من جعل له حق الفسخ منهما اثناءه و ذلك لان لزوم الصلح حتى لا حكمى.

٣- ثم ان الجهاله تغتفر فى الصلح حتى مع امكان معرفه المصالح عليه بشكل تام و من دون مشقه. خلافا للمنسوب إلى الشافعى من اعتبار العلم فى المصالح عليه و المصالح به <sup>(٢)</sup> و ذلك لإطلاق صحيح حفص و صحيح الحلبي السابقين.

ص: ١١٩

---

١- الكافي (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٢٥٨؛ باب الصلح.

٢- جواهر الكلام ٢٦: ٢١٨

و مع التنزل و افتراض نظرهما إلى أصل التشريع دون الخصوصيات يمكن التمسك بصحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (عليه السلام): «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما»(١).

و احتمال ان الحديث ناظر الى البراء دون الصلح مدفوع بان ظاهره المعاضه التى لا مجال لها الا فى الصلح.

٤- هذا و فى جواز التصالح على الجنس الربوى بمماثله مع التفاضل خلاف لاجل دلاله الاخبار الداله على اعتبار المماثله، فانه قد يدعى انصرافها إلى خصوص البيع فيلزم اختصاص التحريم به و قد ينكر ذلك و يتمسك باطلاقها فيلزم تعميم التحريم للصلح أيضا.

و من تلك الاخبار صحيحه محمد بن مسلم و زراره عن ابي جعفر (عليه السلام): «الحنطه بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطه مثلا بمثل لا بأس به»(٢).

ص: ١٢٠

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٦٦ الباب ٥ من أحكام الصلح الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٤٠ الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ٢

و صحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام): «الفضه بالفضه مثلا- بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زياده و لا نقصان»(١).

و صحيحه الوليد بن صبيح: «سمعت ابا عبد الله (عليه السلام): الذهب بالذهب، و الفضه بالفضه الفضل بينهما هو الربا المنكر هو الربا المنكر»(٢).

أقول: و الصحيح هو التعميم لو هن دعوى الانصراف.

قيل: لا يبعد التخصيص بما إذا كان الصلح بين العينين - كما لو قيل: صالحتك على هذا المثقال من الذهب بهذين المثقالين - دون ما إذا كان بين غيرهما - كما لو قيل: صالحتك على ان اهب لك هذا المثقال من الذهب مقابل ان تهب لى مثقالين من الذهب - لصدق عنوان الفضه بالفضه مثلا في الاول دونه في الثانى.

قلت: هذا بيع لا- صلح وذلك لان حقيقه الصلح هى التسالم على امر فى موارد الاختلاف والدعاوى وعليه فلو تعاوض اثنان تحت عنوان الصلح كما فى المثال المذكور فلا يكون صلحا بل هو بيع فان تمليل العين بالعوض بيع تحت اى عنوان كان و عليه فيثبت الربا فيما قال صاحب القيل .

(و هو أصل فى نفسه)

ص: ١٢١

---

١- وسائل الشيعه ١٢: ٤٥٦ الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٤٥٧ الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ٢

الأصل في القول بالأصليّ لأبي حنيفة و بالفرعيّ للشافعيّ و التحقيق أنّه لا يستعمل في مورد البيع و غيره ممّا عدّوه حتّى يكون أصلاً في قبالتها أو فرعاً منها فإنّ أخباره المرويّة في الكتب الثلاثة ليس موردها تلك بل أمور أخرى مرّ بعضها و يأتي بعضها الآخر واما القول بان حقيقه الصلح معامله مضمونها التسالم بين شخصين على تملك مال أو اسقاط دين أو حق بعوض أو مجاناً فليس بصحيح و ذلك لعدم كون مطلق التراضي عقداً من العقود كما و انه ليس مسوغاً لمشروعيه متعلقه و الّا لصحت كل العقود بدون ما قرره الشارع لها من شروط و قيود بمجرد التراضي فيصح بيع المجهول تحت عنوان الصلح و يصح الربا تحت ذاك العنوان و هكذا و هذا ما لا يقوله احد اذن فليس الصلح مطلق التسالم على شيء بل في ما اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهالة في حق احد و هذا المعنى هو المفهوم منه عرفاً فإذا كان في مورد يصح فيه البيع فما يسمى صلحاً أيضاً مثله لأنّه بيع عبّر عنه بالصلح لعدم اشتراط لفظ مخصوص في البيع و ليس هو صلحاً حقيقياً و به قال المبسوط حيث جعله فرع البيع (1) و هذا هو مراد شيخ الطائفة من كون الصلح بيعاً تاره و هبه اخرى و ...

و بذلك تعرف بطلان ما قيل: «من انه لا يرجع إلى سائر العقود و ان افاد فائدتها و ان احكام بقية العقود و شرائطها لا يمكن تسريتها إليه، فما أفاد فائده البيع لا تلحقه أحكامه من الخيارات الخاصة و اعتبار قبض العوضين في المجلس إذا

ص: ١٢٢

تعلق بمعاوضه التقدين، و ما افاد فائده الهبه لا يعتبر فيه قبض العين كما هو معتبر فيها».

## و لا يكون طلبه إقرارا

(و لا يكون طلبه إقرارا)

لكونه أعمّ فيمكن أن يكون لإسقاط مشقّه الدّعوى عليه أو لحفظ جاهه.

(و لو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للأخر ربح أو خسر صح عند انقضاء الشركه)

و إرادته فسسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء و يشهد لصحة ذلك ما في صحيح الحلبيّ، عن الصّيادق (عليه السلام) «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: «أعطني رأس المال و لك الرّبح و عليك التوى» فقال: لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ»(1).

هذا و لا يخفى ان هذه المسأله لا علاقته لها بالصلح بل هو توافق على القسمة و هي عقد مستقل و تسميتها بالمصالحة في العرف لا من جهة عقد الصلح بل باعتبار التراضى.

ص: ١٢٣

(و لو شرطاً بقاءهما على ذلك)

أى الشركه بحيث يكون ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما دون الآخر. (ففيه نظر)

و ذكر الشهيد الثانى فى وجه النظر: «من مخالفته لوضع الشركه حيث إنَّها تقتضى كونهما على حسب رأس المال و من إطلاق الرّوايه بجوازه بعد ظهور الرّبح من غير تقييد بإرادته القسمه صريحاً فيجوز مع ظهوره أو ظهور الخساره مطلقاً، و يمكن أن يكون نظره فى جواز الشرط مطلقاً و إن كان فى ابتداء الشركه كما ذهب إليه الشيخ و جماعه زاعمين أنّ إطلاق الرّوايه يدلّ عليه و لعموم المسلمون عند شروطهم و الأقوى المنع و هو مختاره فى الدروس»<sup>(١)</sup>.

و اجيب: بان شرط الإبقاء على ذلك فى أوّل الشركه أو وسطها خارج عن مورد تلك الأخبار بل قوله (عليه السلام) فى صحيح الحلبي: «فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ» يدلّ على بطلانه، و ما نسبه إلى الشيخ مخالف لما صرّح به فى المبسوطين بأنّه لو شرط الشريكان التساوى فى الربح مع تفاوت المالين و بالعكس بطلت الشركه و إنّما جوّز مثله المرتضى، و بالجمله الشركه مع البقاء على ما قال أولاً و وسطاً بدون الفسخ بلا معنى، و خارج عن موضوع تلك الأخبار.

ص: ١٢٤

---

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ١، ص: ٣٧٣



أقول: خروجه عن مورد الاخبار لا يكون دليلاً على البطلان بعد شمول عموم وجوب الوفاء له كما وان شرط الشريكين التساوى فى الربح مع تفاوت المالىن و بالعكس ليس مخالفاً للكتاب و السنه كيف و قد ورد به النص الصحيح فى صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام): «سألته عن رجل شارك رجلاً فى جاريه له و قال له: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعه فليس عليك شىء، فقال: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاريه»<sup>(١)</sup> و عمل به الكافى و غيره.

حصيله البحث:

حقيقه الصلح التسالم على شىء اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهاله فى حق احد لا مطلق التسالم و هو جائز مع الإقرار و الإنكار إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فيلزم بالإيجاب و القبول الصادرين من البالغ العاقل مع القصد و الاختيار فى المتصالحين و عدم الحجر لفلس أو سفه فى ما اذا اقتضت المصالحه التصرف فى ماله، و هو أصل فى نفسه و لا- يكون طلبه إقراراً. و لو اصطلح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر ربح أو خسر صحّ عند انقضاء الشركه و إرادته فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء و هو هنا نوع من القسمة و لو شرطاً بقاءهما على الشركه بحيث يكون ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما دون الآخر صح ايضاً .

ص: ١٢٥

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٢١٢؛ باب شراء الرقيق.

## و يصح الصلح على كل من العين و المنفعه

(و يصح الصلح على كل من العين و المنفعه)

للاطلاقات المتقدمه و يدلّ على العين بالخصوص ما تقدم من صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «فى رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى؟ قال: لا بأس بذلك - الخبر».

و استشهد للصلح على المنفعه بالخصوص بصحيحه الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرّجل يعطى أفقره من حنطه معلومه يطحنون بالدّراهم، فلمّا فرغ الطّحان من طحنه نقده الدّراهم و قفيزا منه و هو شىء قد اصطلحوا عليه فى ما بينهم، قال: لا بأس به و إن لم يكن ساعره على ذلك»<sup>(١)</sup> بتقريب أن يعطيه بعض الدراهم المقرره و قدرا من الدقيق عوضا عن بعضها على وجه الصلح . الا انه لا يخفى ان هذه الصحيحه لاربط لها بالصلح ايضا بل هى تدل على توافقهما على معاوضه جديده باعطاء مقدرا من الدقيق عوضا عن بعض الدراهم فهى فى الحقيقه بيع وتسميتها بالمصالحه فى العرف لا من جهه عقد الصلح بل باعتبار التراضى.

ص: ١٢٦

---

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٤٤ ح ٥

## و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح)

لوقوعه على المعين، و المعين ليس لمن صالح عليه.

(و لا يعتبر في الصلح على التّقدين القبض في المجلس)

أقول: إذا كان في مورد يصحّ فيه البيع فما يسمى صلحاً أيضاً مثله لأنّه بيع عبّر عنه بالصلح لعدم اشتراط لفظ مخصوص في البيع و ليس هو صلحاً حقيقياً و به قال المبسوط حيث جعله فرع البيع (١) و مثله الإسكافي (٢).

حصيله البحث:

و يصحّ الصّالِح على كلّ من العين و المنفعه بمثله و جنسه و مخالفه، و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصّالِح، و يعتبر في الصّالِح على التّقدين القبض في المجلس .

ص: ١٢٧

---

١- المبسوط ٢: ٢٨٨

٢- إلّا أنّه جوّز صلح ألف درهم و مائه دينار بألف درهم. وهو غريب منه.

## لو أتلف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقل

(و لو أتلف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقل فالمشهور الصحه)

الأصل فيه أنّ الخلاف قال: «إذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوي ديناراً و صالحه على دينارين لم يصحّ ذلك و به قال الشافعيّ، و قال أبو حنيفة: يجوز، دليلنا: أنّه إذا أتلف عليه الثوب و جبت في ذمّته قيمته و قيمه دينار فلو أجزنا أن يصلحه على أكثر كان بيعاً للدينار بأكثر و ذلك ربا لا يجوز» قلت: على القول بضمان القيمي بقيمته ليست القيمة الدرهمين حتّى يلزم ما ذكر بل أعمّ من الدراهم و الدنانير فالصحيح ما عليه المشهور.

## لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى

(و لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى فيها سنه صح، و لو أقرّ بها ثم صالحه على سكنى المقرّ صح أيضاً و لا رجوع، و على القول بفرعيّته العاريه الرجوع)

و قال الشّهد الثاني: «و لا رجوع في الصورتين لما تقدّم من أنّه عقد لازم و ليس فرعا على غيره و على القول بفرعيّته العاريه له الرجوع في الصورتين لأنّ متعلّقه المنفعه بغير عوض فيهما» .

أقول: تفرّيع الرجوع و عدمه على أصلية الصلح و فرعيّته إنّما هو في الصورة الثانية حيث إنّهُ لما أقرّ المدعى عليه كان الصلح على المنفعه بلا عوض، و أمّا في

الصورة الأولى فالصلح في مقابل حقّ الدّعى ظاهراً، فلا تفرّيع لها، و لم يذكر المختلف النزاع إلّا في الأولى فنقل عن المبسوط جواز الرجوع فيه لتفريعه على العاريه و اختار هو عدمه لأصلته عنده، و التحقيق أنّ الثانيه عين العاريه عبّر عنها بالصلح و إنّما الأولى من الصلح الذي ورد «الصلح جائز بين المسلمين» و حينئذ لا رجوع فيه ظاهراً و إن كان له الرجوع إن كانت الدّعى باطله باطنا.

حصيله البحث: لو أتلّف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقلّ صحّ، و لو صالح منكر الدّار على سكنى المدّعى فيها سنّه صحّ، و لو أقرّ بها ثمّ صالحه على سكنى المقرّ صحّ و له الرجوع .

## مسائل

## اشاره

(و لما كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب و التنازع) بين المتخاصمين (ذكر فيه أحكام من التنازع و لنشر الى بعضها في مسائل)

## لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما

(الأولى: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما خاصّه فللثاني نصف درهم)

الأصل في هذه المسألة صحيح عبد الله بن المغيرة وهو من اصحاب الاجماع عن غير واحد من أصحابنا عن الصادق (عليه السلام) في رجلين كان معهما درهمان، فقال

ص: ١٢٩

أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): أما أحد الدرهمين فليس له فيه شىء و إنه لصاحبه و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين»(١) و به عمل الفقيه(٢).

و صحيح محمّد بن أبى حمزه، عمّن ذكره، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك؟ فقال أبو عبد الله (عليه السلام): قد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنّه لصاحبه، و أمّا الآخر فيبينهما»(٣) و فى طريقه محمد بن أبى عمير و هو من اصحاب الاجماع.

أقول: الصحيحان كلاهما مرسلان إلا انهما من الاخبار الموثوق بها لاعتماد اصحاب الاجماع عليهما هذا من جهة السند .

و اما الدلالة فان قوله (عليه السلام) «و أمّا الآخر فيبينهما» او «و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين» فيمكن فيه وجهان:

الاول: انه يقسم بينهما بما تقتضيه اصول القضاء يعنى بعد حلف كلّ منهما لصاحبه على استحقاق النصف، و من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا قسم بينهما نصفين ، و عليه فليس فى الصحيحين مخالفه للقواعد.

ص: ١٣٠

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢٠٨ ح ١٢

٢- الفقيه فى ٨ من أخبار صلحه و فيه بدل «فقال أبو عبد الله - إلخ»: «فقال: أمّا الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له و أنّه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما».

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢٩٢ ح ١٦

الثانى: أنه يدل على وقوع الصلح قهرا بحكم الشرع كما احتمله المصنف فى الدروس فقال: «و يشكل إذا ادعى الثانى النصف مشاعا فإنه يقوى القسمة نصفين و يحلف الثانى للأول و كذا فى كلّ مشاع» و ذكر أنّ الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا و ذكروا المسأله فى باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريًا و جاز أن يكون اختياريًا فإن امتنعا فاليمين».

قلت: الظاهر من الصحيحين هو كون ادعاء الثانى النصف مشاعا لأنّ فيهما «و قال الآخر: هما بينى و بينك» كما و ان ظاهرهما وقوع الصلح قهرا عليهما فالوجه الثانى هو الاقوى.

و اما قول المصنف « و جاز أن يكون اختياريًا فإن امتنعا فاليمين» فلا شاهد له و لا قرينه عليه.

(و كذا لو أودعه رجل درهمين، و آخر درهما و امتزجا لا بتفريط و تلف أحدهما)

الأصل فيه ما فى الفقيه «و فى روايه السيكونى عن الصادق، عن أبيه عليهما السلام فى رجل استودع رجلا دينارين و استودعه آخر ديناراً، فضاع دينار منهما، فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»<sup>(١)</sup> و الخبر

ص: ١٣١

---

١- الفقيه (فى ١٢ من أخبار صلحه) و رواه التهذيب فى آخر صلحه ايضا.

خال من قيد الامتراج بتفريط و لم يذكر القيد المقنع و النهايه أيضا، و إنما قاله السرائر، و لا وجه له بعد كون الدنانير متماثله.  
و سند الفقيه الى كتاب السكوني لا- اشكال فيه الا من جهه النوفلى الا أنّ قول الشيخ فى العده «إنّ الطائفه عملت بأخبار مثل  
السكوني ..» يكشف عن موثوقيه كتاب السكوني فلا يضره اهمال النوفلى .

و الحكم فيه كسابقه , و أمّا ما قيل من القرعه فإنّما هو فى المشتبه و بعد حكم الشارع بالتنصيف لا اشتباه.

### **جواز جعل السقى بالماء عوضا للصلح و صحه الصلح على اجراء الماء**

(الثانيه: يجوز جعل السقى بالماء عوضا للصلح و موردا له و كذا يصح الصلح على اجراء الماء)

و يدلّ عليه عموم «الصلح جائز بين المسلمين إلّا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا» و عموم «الصلح جائز بين الناس» و عموم  
«المسلمون عند شروطهم».

### **لو تنازع صاحب السفلى و العلوّ فى جدار البيت**

(الثالثه: لو تنازع صاحب السفلى و العلوّ فى جدار البيت حلف صاحب السفلى) لكون قوله موافقا للظاهر فيكون منكرا .

(و لو تنازعا فى جدران الغرفه يحلف صاحبها و كذا فى سقفها)



عملا بالظاهر أيضا من كون صاحب الغرفة هو المالك .

(و لو تنازعا في سقف البيت أقرع بينهما)

لكونه تحت يد كل منهما حسب الظاهر و القرعه لكل امر مجهول كما ورد في النص و بذلك افتى الشيخ في الخلاف و قال: «فمن خرج اسمه حلف لصاحبه و حكم له به و إن قلنا إنه يقسم بينهما نصفين كان جائزا».

أقول: القرعه إنما هي في المشتبه و بعد حكم الشارع بالبينه على المدعى واليمين على المنكر لا اشتباه و لا جهاله فالصحيح ما قاله الشيخ في المبسوط من «حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فإن حلفا كان بينهما نصفين»<sup>(١)</sup>.

هذا و قال الإسكافي: «و لو كان على رأس الدرج ليستطرقة صاحب العلو و هو منزل صاحب السفلى كان الزوشن لصاحب العلو و أجداع السقف و بواريه و جميع آله السقف لصاحب العلو»<sup>(٢)</sup> و به قال ابن ادريس «يحكم لصاحب الغرفة بالسقف»<sup>(٣)</sup> واستدل له العلامة بأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف، إذ هو أرضها، و البيت قد يكون بغير سقف، و قد اتفقا على أنّ هنا غرفة لصاحبها، و بدون السقف

ص: ١٣٣

١- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٦، ص: ٢٢١

٢- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٦، ص: ٢٢١

٣- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٦، ص: ٢٢١

لا غرفه و لأنّ تصرّفه فيها دون صاحب السفلى . وفيه: ان الغلب فى البيت ان يكون مع السقف، وكلاهما متصرّفان فيه . وفى و

### إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك

(الرابعه: إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك حلف صاحب الغرف فى قدر ما يسلكه، و حلف الآخر على الزائد)

و استدلل لذلك بأنّ صاحب البيوت و إن كان له أيضا تصرّف فى قدر ما يسلكه صاحب الغرف إلا أنّ تصرّف صاحب الغرف أقوى حيث إنّ تصرّفه مستمرّ بخلاف صاحب البيوت و لأنّه لو قلنا بتصرّفهما و تقسيمه بينهما نصفين لا يبقى له مسلك تامّ، و قد كان له . وفيه: انه مجرد استحسان و حيث انه مشترك بينهما عملا يعنى انه تحت يديهما فهو مشاع بينهما كما قاله المصنف فى الدروس و عليه فيكون كل منهما مدع و منكرا.

(و لو تنازعا فى الدرجه يحلف العلوى و فى الخزانة تحتها يقرع بينهما)

أما الدرجه فلا تصرّف للسفلى فيها و لا احتياج له إليها فتكون للعلوى و يكون صاحب السفلى مدعيا.

و أما الخزانة فمن جهه أنّها فى ملك السفلى و لم يكن للعلوى فيها تصرّف تكون للسفلى. و من جهه انها تحت الدرجه الذى هو من ملك العلوى فهى للعلوى

فالتنتيجه انها لهما و عليه فكل منهما مدع و منكر ولا تصل النوبه للقرعه كما تقدم انفا .

### لو تنازع راكب الدابه و قابض لجامها فيها

(الخامسه: لو تنازع راكب الدابه و قابض لجامها فيها حلف الراكب)

كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و ذهب في الخلاف إلى كونها بينهما و اختاره الحلّي و الأول هو الاقوى لكون راكب الدابه هو صاحب اليد عرفا فالظاهر معه.

(و لو تنازعا ثوبا في يد أحدهما أكثره فهما سواء)

عملا بالظاهر من كونه الثوب تحت يديهما فكل منهما مدع و منكر .

(و كذا لو تنازعا في العبد و عليه ثياب لأحدهما)

لإن مجرد اللبس أعمّ فلا يكون موجبا لاختصاص احدهما و عليه فكل منهما مدع و منكر وقيل لا يبعد كون ثياب احدهما تكون مرجحا، فإنّ الأصل في المملوك أن يلبسه المالك لا غير و اختاره الدّروس. وفيه: ما تقدم من ان مجرد اللبس اعم .

(و يرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمه الحامله)

الظاهر أنه لا- مخالف في كون الحمل مرجحا تحكيما للظاهر، و الظاهر أنّ الأصل فيه ما قاله الشرائع «من أنه لو تداعيا جملا و لأحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه».

(و كذا صاحب البيت في دعوى الغرفة و ان كان بابها مفتوحا الى الآخر)

الظاهر أنّ الأصل فيه ما قاله في الشرائع من أنه لو تداعيا غرفة على بيت أحدهما و بابها إلى غرفة الآخر كان الرّجحان لدعوى صاحب البيت تحكيما للظاهر .

### لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما

(السادسه: لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما أو متصلا بينائهما معا فان حلفا أو نكلا فهو لهما و الّا فهو للخالف، و لو اتّصل بأحدهما خاصه حلف و قضى له به، و كذا لو كان لأحدهما عليه جذع)

كلّ ذلك عملا بالظاهر فيكون صاحبه منكرا إلّا أنّ المبسوطين لم يجعلوا لكون الجذع عليه أثرا و جعله الحلّي، مرجحا، و احتمل المبسوط في ما قبله القرعه. قلت: و مما تقدم تعرف ضعف هذه الاقوال .

(أما الخوارج و الروازن فلا ترجيح بها الّا معاقد القمط)

فيرجح من اليه لو تنازعا في الخصّ كما في صحيح منصور بن حازم، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن خصّ بين دارين فزعم أنّ عليّا (عليه السلام) قضى به لصاحب

الدَّارِ الَّذِي مِنْ قَبْلِهِ وَجْهُ الْقِمَاطِ» (١) و به عمل الفقيه (٢) و روى ثانيا خبر جابر، عن الباقر، عن أبيه، عن جدّه، عن عليّ عليهم السلام «أنّه قضى فى رجلين اختصما إليه فى خصّ، فقال: إنّ الخصّ للذى إليه القمط» (٣) ، و بعد ورود النصّ المعتبر به فالمصير إليه متعيّن.

حصيله البحث:

لو كان بيدهما درهمان فادّعاهما أحدهما و ادّعى الآخر أحدهما فللثانى نصف درهم و للأوّل الباقي، و كذا لو أودعه رجلٌ درهمين و آخر درهماً و امتزجا و تلف أحدهما و يجوز جعل الشّقى بالماء عوضاً للصّالح و مورداً له و كذا إجراء الماء على سطحه أو ساحته بعد العلم بالموضع الّذى يجرى منه الماء و لو تنازع صاحب السّففل و العلوّ فى جدار البيت حلف صاحب السّففل، و فى جدران الغرفه

ص: ١٣٧

١- الكافى (فى آخر باب جامع من حرّيم الحقوق، ١٥١ من معيشته) و رواه ثانيا فى خبره الثالث حسنا و فيه «عن حظيره» بدل «عن خصّ» و فى الصّحاح «الحظيره» تعمل للإبل من شجر ليقبها البرد و الرّيح و الخصّ البيت من القصب، قال الفزارى: الخصّ تقرّ فيه أعيننا خير من الآجرّ و الكمد و رواه التّهذيب (فى أواخر بيع الماء) مثل خبر الكافى الأوّل.

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٠٠ ح ١ و رواه مطابقا لخبر الكافى الثانى المشار اليه فى الهامش المتقدّم، و فيه «فذكر» بدل «فرعم» و فيه «من قبله القمط» .

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٠٠ ح ٢

يُحلف صاحبها و كذا في سقفيها، و لو تنازعا في سقف البيت حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فإن حلفا كان بينهما نصفين و إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته في المسلك كان كل منهما مدع و منكر، و كذلك دعواهما في الخزانة، و في الدرجه يحلف العلوي و لو تنازع راكب الدابة و قابض لجامها حلف الزاكب، و لو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره فهما سواءً لاشتراكهما فكل منهما مدع و منكر و كذا في العبد و عليه ثياب لأحدهما، و يرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمة الحامله، و صاحب البيت في الغرفه عليه و إن كان بابها مفتوحاً إلى الآخر، و لو تداعيا جداراً غير متصل بيناء أحدهما أو متصلاً بينائهما فإن حلفا أو نكلا فهو لهما و إلا فهو للحالف، و لو اتصل بأحدهما حلف و كذا لو كان عليه جذع، أما الخوارج و الزوازن فلا ترجيح بها إلا معاهد القمط في الخص فيرجح من اليه لو تنازعا في الخص.

## (كتاب الشركه)

### إشاره

قال: في تاج العروس: «الشرك و الشركه بكسرهما و ضمّ الثاني بمعنى واحد»<sup>(١)</sup> و مقتضاه كون الشركه بالكسر فالسكون أو الضمّ فالسكون.

ص: ١٣٨

---

١- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ١٣، ص: ٥٩١

## حقيقه الشركه و سببها

(و سببها قد يكون إرثا) و هي شركه قهرية.

(و عقدا و حيازه دفعه و مزجا) و هي الشركات الاختيارية.

(و الشركه قد تكون عينا) كما لو اشتركا في شراء دار (أو منفعه) كما لو اشتركا في استيجار دار (و حقا) .

و من الاشتراك في الحقّ حقّ أولياء المقتول في القصاص، و حقّ ورثه المقذوف في حدّ القاذف.

أقول: و حاصل ما تقدم ان الشركه تتحقق في موردين:

الاول: كون شىء واحد لاثنين أو أزيد بنحو الاشاعه فالاخوه مثلا إذا ورثوا مالا أو حقا كانت الشركه فيه فيما بينهم بهذا المعنى

و هكذا تتحقق ايضا إذا افترض اشتراك شخصين في حيازه المباحات، كاصطياد مجموعه من الاسماك بواسطه شبكه.

أو افترض امتزاج مالين لشخصين باختيار أو بغيره من دون تميز لأحدهما من الآخر بنحو عدّا عرفا موجودا واحدا، كامتزاج حنطه بحنطه أو دقيق حنطه بدقيق حنطه أو شعير. و اما إذا كان المزج بنحو لا يعدّان موجودا واحدا فلا تتحقق الشركه و ان لم يمكن التمييز، كما إذا اختلطت دنائير شخص بدنائير غيره، أو

عباءه شخص بعباءه غيره، أو حنطه شخص بشعير غيره، فانه حيث لا يعدّ الخليط موجودا واحدا فلا تتحقق الشركه بل يلزم الفرز ان امكن، و ان لم يمكن الا بكلفه بالغه فمع اتفاقهما على الصلح فهو و الآ قيل اجبرهما الحاكم عليه.

و قيل: بالمصير إلى القرعه مع عدم اتفاقهما على الصلح.

و الاخير هو الصحيح لكن في مثل مثال العباءه و الدنانير حيث لا- يعرف المالك فيشخص بالقرعه لان « كل مجهول ففيه القرعه»<sup>(١)</sup> بخلافه في مثال اختلاط الحنطه بالشعير، فانه لا معنى للمصير إلى القرعه بعد تشخص مالك الحنطه عن مالك الشعير بل يتعين المصير إلى الصلح ان اتفقا عليه و الا اجبرهما الحاكم عليه.

و قد يفترض تحقق الشركه أيضا فيما إذا امتلك شخصان أو أزيد شيئا واحدا بشراء أو صلح أو هبه و نحوها.

كما تتحقق أيضا بعملية التشريك المنصوص عليها في الاخبار، كمن كان عنده شيء و طلب منه غيره تشريكه فيه، بان قال له: شركني في نصفه بكذا مقدار، فانه إذا قبل تحققت فيه الشركه بالمعنى المذكور، فاذا حصل ربح أو نقصان اشتركا في ذلك.

ص: ١٤٠

---

١- وسائل الشيعه ١٨: ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١١



و الوجه فيه - مضافا إلى امكان دعوى انعقاد السيره العقلانيه عليه الممضاه بعدم ردع الشارع عنها - التمسك بصحيحه هشام بن سالم عن ابي عبد الله (عليه السلام): «سألته عن الرجل يشارك في السلعه، قال: ان ربح فله و ان وضع فعليه» (١) و غيرها.  
و الشركه في كل الأمثله التي أشرنا إليها تتحقق بنحو الاشاعه.

و قيل بامكان تحققها أيضا في موارد اخرى بنحو الكلى في المعين أو بنحو استقلال الشركاء في التصرف، كما في شركه الفقراء في الزكاه، و بنى هاشم في الخمس، و الموقوف عليهم في الاوقاف العامه و ليس ببعيد.

الثاني: الاتفاق بين طرفين أو أزيد على الاتجار بمالهم مع الاشتراك في الربح و الخساره .

و الشركه في هذا المورد عقد، و لأجله صحّ ادراجها في العقود بخلافه بالمورد الاول فانها ليست عقدا.

و هذا المورد ايضا مما انعقدت عليه السيره العقلانيه المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) الممضاه بعدم الردع عنها، و مشموله للعمومات، كقوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (٢).

ص: ١٤١

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركه الحديث ١

٢- المائده: ١

بل يمكن التمسك لإثبات صحتها بمعتبره السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام): «ان أمير المؤمنين (عليه السلام) كره مشاركة اليهودى و النصرانى و المجوسى الا ان تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم» (١) و غيرها.

و قد تقدم ان السكونى و ان لم يرد فى حقه توثيق خاص ألما ان دعوى الشيخ فى عدته عمل الطائفه برواياته (٢) كاف فى موثوقيه خبره.

### حقيقه الشركه العقدية

ثم انه قيل لا تصح الشركه العقدية ألأ بمزج مالى الشريكين اما قبل العقد أو بعده بنحو لا يتميزان. ولا مستند له سوى الاجماع المدعى فى المسأله، فان تم كان هو المدرك و ألأ فمقتضى العمومات كقوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} عدم الاعتبار وهو الاقوى .

و إذا قلت: مع افتراض تحقق المزج تكون الشركه متحققه به فما الفائده بعد ذلك من اجراء عقد و أى شىء يترتب عليه؟

ص: ١٤٢

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٧٦ الباب ٢ من أحكام الشركه الحديث ٢

٢- العده فى الاصول ١: ١٤٩

قلت: مع افتراض تحقق المزج الموجب للإشاعه تنحصر فائده العقد فى الاذن فى التصرف فى المال المشترك و يكون فى روحه راجعا إلى الاذن فى التصرف و توكيل احدهما الآخر فيه.

و اما مع عدم تحقق المزج أو افتراض تحققه بنحو غير موجب للإشاعه- بناء على انكار الاجماع رأسا أو دعوى قيامه على اعتبار اصل المزج و لو لم يوجب الاشاعه- فقليل فيه ان مرجع العقد حيثنذ إلى تمليك كل واحد من الطرفين حصه من ماله للآخر.

وفيه: انه راجع ايضا إلى الاذن فى التصرف ولادليل على انها تمليك حصه من المال للآخر.

وعليه فحقيقه الشركه العقديه هى الاذن فى التصرف .

حصيله البحث:

تتحقق الشركه بكون شىء واحد لاثنين أو أزيد بنحو الاشاعه فالاخوه مثلا إذا ورثوا مالا او حقا كانت الشركه فيه فيما بينهم بهذا المعنى , و هكذا تتحقق ايضا إذا افترض اشتراك شخصين فى حيازه المباحات، كاصطياد مجموعه من الاسماك بواسطه شبكه, او افترض امتزاج مالين لشخصين باختيار او بغيره من دون تميز لأحدهما من الآخر بنحو عدّا عرفا موجودا واحدا، كامتزاج حنطه بحنطه او دقيق حنطه بدقيق حنطه او شعير. و اما إذا كان المزج بنحو لا يعدّان موجودا واحدا فلا

ص: ١٤٣

تتحقق الشركه و ان لم يمكن التمييز، كما إذا اختلطت دنانير شخص بدنانير غيره، أو عباءه شخص بعباءه غيره، أو حنطه شخص بشعير غيره، فانه حيث لا يعدّ الخليط موجودا واحدا فلا تتحقق الشركه بل يلزم الفرز ان امكن، و ان لم يمكن الاّ بكلفه بالغه فمع اتفاقهما على الصلح فهو و الاّ فلا بد من القرعه مع عدم اتفاقهما على الصلح.

وتتحقق الشركه بالاتفاق بين طرفين أو أزيد على الاتجار بمالهم مع الاشتراك في الربح و الخساره , كما و تتحقق أيضا بعملية التشارك أيضا.

## و المعتبر شركه العنان

(و المعتبر شركه العنان)

قال في مختار الصحاح: «شركه العنان ان يشتركا في شيء خاص دون سائر اموالهما كانه عن لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه»<sup>(١)</sup>.

أقول: الشركه لها صور متعدده لا تصح عند المصنف الاّ في واحد منها، و هي عباره عن التعاقد على الاشتراك في ربح و خساره المالين بعد الاتجار بهما. و يصطلح عليها بشركه العنان. والوجه في صحه شركه العنان العمومات كما تقدم انفا.

ص: ١٤٤

(لا شركة الأعمال و لا شركة المفاوضه و لا شركة الوجوه)

اقول: اما بقيه صور الشركه فهى:

١- شركة الابدان. و هى التعاقد على عمل كل واحد من الطرفين بصوره مستقله و فى مجاله الخاص مع اقتسام الربح الحاصل لكل واحد، كما لو قرّر حلاقان اقتسام اجره الحلاقه التى يحصلان عليها فى كل يوم.

٢- شركة الوجوه. و هى التعاقد بين شخصين - لا يملكان مالا بل وجاهه بين الناس فقط - على شراء كل واحد منهما بثمان ثابت فى ذمته فقط شيئا لكلا الطرفين ثم يبعه بعد ذلك و اداء الثمن بعده و اقتسام الربح الحاصل.

٣- شركة المفاوضه. و هى التعاقد على اقتسام كل ما يستفيده أحد الطرفين من ارث أو وصيه أو ربح تجاره و نحو ذلك، و هكذا تحمل الطرفين كل ما يرد على احدهما من خساره.

و هذه الصور الثلاثه باطله عند المصنف و الشيخين و المرتضى مدعى الاخير عليه الإجماع و جواز الإسكافى شركة الوجوه فقال: «لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا و يبيعا بوجوههما جاز ذلك».

و أمّا شركة الأعمال ففصّل الإسكافى أيضا فقال: «و لو اشترك رجلان فكان من أحدهما بذر و بقر و على الآخر العمل و الخراج كانت الشركه جائزه بينهما، و لو اشترك رجلان على أن يعملوا عملا لكل واحد منهما فيه منفردا و إن يكون

ص: ١٤٥

أيديهما جميعاً في العمل، و يقسم الأجره بينهما لم أجز ذلك لأن الأجره عوض عن عمل. فإذا لم يتميّز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقّه فإن شاركه الفضل أو تحالاً أو يضمن أحدهما بالعمل ثمّ قسمه على الآخر من غير شركه جاز ذلك»(١).

و يستدل لعدم صحه شركه الابدان بان ملاك الشركه هو الامتراج الذي هو مفقود فيها.

و اما بناء على عدم اعتبار الامتراج فقد قيل في وجه عدم الصحه: ان ربح العمل المستقبلي معدوم حين العقد، و تمليك المعدوم أمر غير عقلائي و تحتاج صحته إلى قيام دليل خاص عليه، و هو مفقود.

و بهذا التوجيه يستدل ايضاً لبطلان شركه الوجوه و المفاوضه، فان المزج بناءً على اعتباره مفقود، و بناء على عدمه يكون المورد من موارد تمليك المعدوم، فان ربح ما يشتري في الذمه أو الفوائد المستقبليه التي تحصل من خلال الارث أو الوصيه و نحوهما مفقود حين اجراء عقد الشركه، و تمليك ذلك تمليك للمعدوم.

و فيه: نمنع كون تمليك المعدوم أمر غير عقلائي بل هو عقلائي كما في المضاربه حيث يكون الربح بينهما و هو معدوم حين العقد مضافاً الى كونه مجرد استحسان لا حجيه فيه و عليه فلا مانع من شمول عمومات وجوب الوفاء له.

ص: ١٤٦

---

١- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٦، ص: ٢٣٠

واستدل المرتضى لبطلانها بما روى من النهى عن الغرر .

وفيه: انه لاغرر فيه ولو كان غرريا لكانت المضاربه غرريه ايضا .

وقد يستدل ايضا بقوله تعالى {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ} فإذا كان عمل أحدهما أكثر أو وجهه أوجه تكون شركه الآخر معه أكلا بالباطل .

وفيه: انه ليس من مصاديق اكل المال بالباطل بل هو كالمضاربه مضافا الى ورود النص فى بعض افرادها كما فى المورد الاول مما فصله الإسكافى ففى صحيح على بن جعفر عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن رجل استأجر بيتا بعشره دراهم فأتاه الخياط أو غير ذلك فقال: أعمل فيه و الأجر بينى و بينك، و ما ربحت فلى ذلك، فربح أكثر من أجر البيت أ يحلّ ذلك، قال: لا بأس»(١).

و صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام): «سألته عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قال له: إن ربنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعه فليس عليك شىء، فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه»(٢) و به عمل الكافى .

ص: ١٤٧

---

١- مسائل على بن جعفر و مستدركاتهما؛ ص: ١٢٥؛ قسم المسائل . / قرب الإسناد (ط - الحديثه)؛ ص: ٢٦٥؛ باب ما يحل من البيوع .

٢- الكافى (فى ١٦ من باب شراء الرقيق، ٩٣ من معيشته

و الحاصل ان كل هذه الصور من الشركه صحيحه بمقتضى العمومات وعدم المانع .

حصيله البحث:

المعتبر من الشركه شركه العنان , و اما شركه الأعمال و لا المفاوضه و الوجوه فقيل بطلانها و الاقوى صحتها .

### شروط الشركه

١- يلزم فى الشركه العقدية الايجاب و القبول و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لسفه أو فلس, و ذلك بمقتضى افتراض كونها عقدا .

و يكفى كل ما يدل عليهما، كقول احدهما: تشاركنا مع قبول الآخر، بل تكفى المعاطاه، كما لو مزج المالان بقصد الاشتراك فى التجاره و ما يترتب عليها من ربح أو خساره، فانه بعد صدق العقد بذلك يشمله عموم قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}.

و اما اعتبار البلوغ و بقيه الشروط فلان ذلك من الشروط العامه فى كل عقد.

(و يتساويان فى الربح و الخسران مع تساوى المالين، و لو اختلفا اختلف و لو شرطا غيرهما فالأظهر البطلان)

ص: ١٤٨



ذهب إلى البطلان الشيخ في المبسوطين و الحلبيّان و الحلبيّ و هو ظاهر المفيد و الدّيلمى.

و ذهب المرتضى فى انتصاره إلى جوازه، مدعيا عليه الاجماع فقال: «و ممّا انفردت به الإماميّة القول بأنّ المشترّكين مع تساوى ماليهما إذا تراضيا بأن يكون لأحدهما من الرّبح أكثر من الآخر جاز ذلك و كذلك إذا تراضيا بأنّه لا وضعه على أحدهما، أو أنّ عليه من الوضع أقلّ ممّا على الآخر جاز أيضا، و خالف باقى الفقهاء فى ذلك فقال الشافعى: لا يجوز أن يشترطا تساويا فى الرّبح مع التفاضل فى المال و لا تفاضلا فى الرّبح مع التساوى فى المال، و إن شرطتا ذلك فسدت الشركه، و أبو حنيفه أجاز التفاضل فى الرّبح و إن كان رأس المال متساويا، و قال مالك: و لا يجوز عندى التفاضل فى الرّبح مع التساوى فى المال، و قالت الجماعه: إنّ الوضع على قدر المالىين و شرط الفضل باطل، دليلنا الإجماع المتكرّر».

أقول: و هو المفهوم من الكليني حيث اعتمد صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام): «سألته عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قال له: إن ربحتنا فيها فللك نصف الربح و إن كانت وضعه فليس عليك شىء، فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه» (1) الدال على صحته .

ص: ١٤٩

---

١- الكافى (فى ١٦ من باب شراء الرقيق، ٩٣ من معيشته

ثم على فرض البطلان فهل الشرط خاصه باطل كما صرح به الحلبي و هو الصحيح لما تقدم من ان الشرط الفاسد ليس بمفسد أو مع الشركه كما ذهب إليه الشيخ فالظاهر أنه لا ثمره في هذا النزاع حيث إن كلا منهما قائل بأن اللازم حينئذ أجره المثل .

هذا و يجوز الصلح بينهما عند فسخ الشركه بأخذ أحدهما رأس المال، كما مرّ في الصلح عند قوله: «و لو اصطلح الشريكان».

٢- و بذلك يظهر صحه شرط الزيادة لأحدهما سواء في كانت في مقابل عمل أم لا لانه شرط سائغ و مشمول لعموم قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»(١).

٣- و التصدي للعمل في عقد الشركه يتبع ما تمّ الاتفاق عليه بين الطرفين، فاذا اتفقا على تصدى احدهما فقط أو كليهما بنحو الاستقلال أو الانضمام كان السير على طبق ذلك لازما لأن عقد الشركه على ما تقدم يرجع إلى الاذن في التصرف و عليه يكون تحديد الاذن أمرا راجعا إلى الآذن .

و هكذا الحال بالنسبه إلى تعيين الكيفيه الخاصه للعمل فانها تتبع ما تمّ الاتفاق عليه.

ص: ١٥٠

---

١- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

٤- عقد الشركه جائز، بمعنى ثبوت الحق لكل من الشريكين فى التراجع عن اذنه فى التصرف. وذلك لان مرجعه- كما قلنا- الى الاذن فى التصرف و عليه فمن حق كل آذن التراجع عن اذنه.

### أحكام الشركه

لا يجوز لبعض الشركاء التصرف فى العين المشتركه

(و ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع و يقتصر من التصرف على المأذون)

١- انه لا يجوز لبعض الشركاء التصرف فى العين المشتركه إلا باذن البقيه و ذلك لعدم جواز التصرف فى مال الغير إلا عن طيب نفسه .

(فإن تعدى ضمن) كما سيأتى .

### و لكل من الشركاء المطالبه بالقسمه

(و لكل من الشركاء المطالبه بالقسمه عرضا كان المال أو نقدا)

٢- و إذا طالب بعض الشركاء بالقسمه لزمته اجابته ان لم يلزم منها تضرر البعض أو الكل سواء كانت قسمه افراز- بمعنى عدم احتياج المال المشترك فى تقسيمه إلى تعديل سهامه لتساوى أجزائه فى قيمه- أم قسمه تعديل.

ص: ١٥١

أقول: اما لزوم الاجابه إلى القسمه مع عدم التضرر لأن الشركه ليست من العقود اللآزمه حتّى أنّهما لو عيّنا لها مدّه فإنّما يفيد ذلك جواز تصرّف كلّ منهما في تلك المدّه لا عدم جواز الفسخ قبلها. و للسيره العقلانيه المنعقدّه على ان لكل مالك الحق في المطالبه بفرز ماله عن مال شريكه، و حيث لا- يحتمل حدوث السيره المذكوره في الازمنه المتأخره بل يجزم باتصالها بزمن المعصوم (عليه السلام) فتكون كاشفه عن رضاه (عليه السلام) بمضمونها بعد عدم ردعه عنها.

و اما استثناء حاله لزوم الضرر فلقاعدته نفى الضرر بناء على كون المراد منها نفى الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

و اما ان لزوم الاجابه إلى القسمه لا يفرّق فيه بين شكلى القسمه فلعوم السيره المتقدمه.

### **القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض**

٣- و القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض. و لو ادعى وقوع الغلط فيها لم يقبل ذلك ألبالينه و ذلك لأصالة اللزوم في كل عقد- كما تقدم- التي يلزم التمسك بها ما دام لم يثبت بالدليل الجواز.

و اما عدم قبول دعوى الغلط فيها فلاصالة الصحه- في كل عقد لم يثبت فساد- الثابته بالسيره العقلانيه غير المردوع عنها.

و اما استثناء حاله اقامه البيئه فلان كل من ادعى شيئاً على خلاف الاصل فيمكنه اثبات دعواه باقامه البيئه عليها لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «البيئه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه»(١).

### و الشريك أمين لا يضمن الا بتعداً أو تفريط

(و الشريك أمين لا يضمن الا بتعداً أو تفريط، و يقبل يمينه في التلف)

حسب شأن باقى الأمانة ففي صحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام): «ليس على مستعير عاربه ضمان، و صاحب العاربه و الوديعه مؤتمن»(٢).

(و ان كان السبب ظاهراً)

كالحرق، و الغرق. و إنما خصه لإمكان إقامه البيئه عليه، فربما احتتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامه . ويرده: ان وظيفه المنكر اليمين .

### كراهه مشاركه الذمى

(و تكره مشاركه الذمى و إبضاعه و إيداعه)

ص: ١٥٣

---

١- وسائل الشيعة ١٨: ١٧٠ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١

٢- التهذيب (في أول عاربه)

كما فى صحيح ابن رثاب: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى ولا يبضعه بضاعه ولا يودعه وديعه ولا يضافيه المودّه»<sup>(١)</sup>.

و معتبر السكونى، عنه (عليه السلام) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره مشاركة اليهودى والنصرانى والمجوسى إلا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم»<sup>(٢)</sup>.

### و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها

(و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركه الآخر فيه)

على المشهور، كما هو مقتضى الشركه وان لم يرد فيه نص خاص نعم وردت الأخبار فى ما لو اقتسم الشريكان الديون و فيها: أنه ما أخذه منها أحدهما يكون بينهما، كما فى خبر أبى حمزه: «سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»<sup>(٣)</sup>.

و موثق محمّد بن مسلم، عن أحدهما (عليه السلام): «سألته عن رجلين بينهما مال، بعضه غائب و بعضه بأيديهما فاقتهما الذى بأيديهما و احتال كل واحد منهما بحصته

ص: ١٥٤

١- الكافى (فى باب مشاركه الذمى، ١٤٣ من معيشته)

٢- وسائل الشيعه ١٣: ١٧٦ الباب ٢ من أحكام الشركه الحديث ٢

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٥ ح ٤

من الغائب، فاقترضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»(١).

و موقوف معاويه بن عمّار: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال بعضه بأيديهما و بعضه غائب عنهما، فاققسما الذى بأيديهما و احتال كل واحد منهما بحصّته من الغائب، فاقترضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»(٢).

و موقوف عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين، فاققسما العين و الدين فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذى للآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله»(٣).

و صحيح سليمان بن خالد، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجلين كان لهما مال، منه بأيديهما و منه متفرق عنهما، فاققسما بالسويّه ما كان فى أيديهما و ما كان غائبا، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان عنه غائبا و استوفى الآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب ماله»(٤) وغيرها.

ص: ١٥٥

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٦ ح ٥
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٦ ح ٦
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٦ ح ٧
- ٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٥ ح ٩

و بها أفتى الإسكافيّ و الشيخ في النهايه و الحلبيّان و ابن حمزه و هي دالّه بالأولويّه على ما إذا لم يقتسما و قبض أحدهما دينا أنّه يكون مشتركاً بينهما.

هذا و قيل: لا- يشارك لجواز أن يبرئ الغريم من حقّه و يصلحه عليه من غير أن يسرى إلى الآخر فكذا الاستيفاء . وفيه: انه معامله جديده لا تنفي احكام الشركه المتقدمه .

### لو ادعى المشتري شراء شيء لنفسه أو لهما حلف

(و لو ادعى المشتري شراء شيء لنفسه أو لهما حلف)

أمّا قبول ادّعاءه بيمينه لنفسه فلا يثبت الشريكين يمكن كلّ منهما أن يشتري شيئاً لنفسه بدون عمل شراكته، و أمّا لهما فلا يثبت كلاً منهما أمين الآخر فيقبل ادّعاؤه مع يمينه.

حصيله البحث:

يلزم في الشركه العقدية الايجاب و القبول و يكفي كل ما يدل عليهما , و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لسفه أو فلس , و يتساويان في الربح و الخسران مع تساوى المالين و لو اختلفا اختلف الربح، و لو شرطاً غيرهما فالأظهر الصحة و ليس لأحد الشّركاء التّصرّف إلّا بإذن الجميع، و يقتصر من التّصرّف على المأذون فإن تعدّى ضمن، و عقد الشركه جائز فلكلّ المطالبه بالقسمه عرضاً كان المال أو

ص: ١٥٦



نقداً و إذا طالب بعض الشركاء بالقسمه لزمته اجابته ان لم يلزم منها تضرر البعض أو الكل سواء كانت قسمه افراز- بمعنى عدم احتياج المال المشترك في تقسيمه إلى تعديل سهامه لتساوي أجزائه في القيمة- أم قسمه تعديل، و القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض. و لو ادعى وقوع الغلط فيها لم يقبل ذلك إلا بالبينه، و الشريك أمين لا يضمن إلا بتعداً أو تفریط، و يقبل يمينه في التلف و إن كان السبب ظاهراً، و تكره مشاركته الذمّي و إبطاعه و إيداعه، و لو باع الشريكان سلعةً صفةً و قبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركه الآخر فيه، و لو ادعى المشتري من المشترين شراء شيء لنفسه أو لهما حلف .

## (كتاب المضاربه)

### إشارة

(و هي أن يدفع مالا الى غيره ليعمل فيه بحصه معينه من ربحه)

أقول: بناء على هذا التعريف فحقيقه المضاربه تكون من العقود الاذنيه يعنى انها متقومه بأذن من المالك و قبول من العامل فلا تتضمن التزاما و تعهدا من الطرفين قيل: و عليه فلا- يمكن التمسك لإثبات صحتها بالعمومات من قبيل قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) بناء على ان المراد بالعقود العهود كما فى صحيحه ابن سنان مضافا الى ما قيل من انها تتضمن تملك العامل حصته من الناتج، و حيث انه لا وجود لها حين العقد فلا يمكن تملكها عقلا تيا لان غير الموجود ليس بمملوك

ص: ١٥٧

كى يقبل التملك. و هل ترى امكان ان يبيع الشخص السمكه التى سيصطادها بعد ساعه او يهب الشىء الذى يشتريه بعد ذلك؟ و عليه فيحتاج اثبات الصحه إلى دليل خاص غير مثل {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}.

و هذا الكلام لا يختص بالمضاربه بل يعم ما كان على شاكلتها، كالمزارعه و المساقاه.

و اجيب الدليل الثانى بان ما يحصل فى المستقبل هو فى نظر العرف بمنزله الموجود كمنافع العين .

و يجاب عن الدليل الاول بان المراد مما فى التعريف «ليعمل فيه بحصه معينه» هو التزام و تعهد العامل بالعمل و التزام المالك بدفع الحصه اذن فكل منهما ملتزم و متعهد للاخر و عليه فتشملها عموم ايه {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ألّا ان ذلك لا- يعنى ان تكون المضاربه من العقود اللازمه و ذلك لعدم كون تعهد العامل بالعمل على نحو الالتزام من مقوماتها بل هى تصح حتى لو لم يكن تعهد الزامى من العامل بالعمل ولهذا قالوا بجوازها و ادعى عليه الاجماع و السر فى عدم كونها لازمه مع شمول ايه وجوب الوفاء بالعقود لها انها حيث صحت مطلقه بدون اجل معين و جب الوفاء بما تضمنت ما دام العقد باقيا لم يفسخ ولا دلالة فى الآيه على عدم صحه الفسخ و ألّا لما جاز فسخها الى ابد الدهر وهو كما ترى فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم فى ما اذا كان متعلق العقد متضمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلا الى زمان معين كما فى الاجاره او متضمنا للتمليك بنحو الاطلاق كما فى

البيع وعليه فلا منافاه بين كونها مشموله للايه وكونها من العقود الاذنيه وبذلك يستدل على جواز الشركه والقرض.

هذا و تفترق المضاربه عن القرض ان المال على فرض القرض ينتقل جميعه إلى الطرف الثاني مقابل ضمانه لما يساويه، بخلافه على فرض المضاربه، فان المال يبقى على ملك مالكه و يعمل العامل فيه مقابل قسم من الربح وقد ورد في صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث «إِنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) قال: من ضمن تاجراً فليس له إلَّا رأس ماله، و ليس له من الربح شئ»<sup>(١)</sup> وهي صريحه الدلاله في كون تضمين المال يرجع الى القرض وهذا لا يفرق فيه بين كونه من أول الأمر، او بصيغه اشتراط الضمان عند الخساره او التلف. لكن قيل: انها وارده في التضمين من أول الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف<sup>(٢)</sup> وهذا الكلام مع كونه خلاف الاطلاق لا شاهد له فلا فرق بين الامرين عرفا وعقلا.

و تفترق عن الاجاره ان الارباح على فرض الاجاره تكون بأجمعها للمالك، و للعامل الاجره، بخلافه في المضاربه، فان الارباح من البدايه تكون بين الطرفين حسب الاتفاق.

ص: ١٥٩

---

١- الوسائل، ج ١٩ كتاب المضاربه، ب ٤ ح ١

٢- موسوعه المحقق الخوئي؛ ج ٣١، ص: ٣٦

و يدل على مشروعيتها النصوص الكثيره، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، و الربح بينهما»<sup>(١)</sup> و هى صحيحه بكلا طريقيها فراجع.

و يظهر منها ان صحه المضاربه فى الجملة امر مفروغ منه و ان السؤال وقع عن بعض خصوصياتها و به قال الإسكافى و الشيخ فى مبسوطيه و استبصاره و ابن حمزه و الحلّى، و هو ظاهر الصدوق و الكلينى حيث روى أخبارها، و ذهب المفيد و الديلمى إلى أنّ له أجره المثل، و هو ظاهر الحلبيّ، و تردّد فيه الشيخ فى نهايته فإنّه أفتى أولاً- بما قاله شيخه، ثمّ نسب الشركه فى الرّبح إلى الروايه، بل أفتى بعد ذلك بفروع مبتنيه على الشركه.

أقول: و هذه الفتوى من المفيد غريبه.

### شروط المضاربه

يلزم فى تحقق المضاربه توفر:

١- الايجاب من المالك و القبول من العامل بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه.

اما اعتبار الايجاب و القبول فواضح بعد كونها عقدا.

ص: ١٦٠

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ٢٨١ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربه الحديث ١

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فللتمسك باطلاق ادله مشروعيتهما بعد فرض تحقق الدلاله عليها , و من ذلك يتضح الوجه في تحققها بالمعاطاه.

٢- البلوغ و العقل و الاختيار في المالك و العامل. و يلزم في المالك أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس.

اما اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار في المالك و العامل فلأنها من الشرائط العامه المعتمده في كل عقد.

و اما اعتبار عدم الحجر على المالك فلانه من خلال المضاربه يتحقق منه التصرف في أمواله، و شرط جواز ذلك عدم الحجر.

و اما عدم اعتبار ذلك في العامل فباعبار انه لا يتحقق منه تصرف في ماله و انما يحاول تحصيل مال و ذلك ليس ممنوعا منه. نعم سيأتي في كتاب المزارعه وجود رأى يعتبر ذلك في العامل أيضا .

٣- تعيين الحصة و عدم تردها، و ان يكون تعيينها بنحو الكسر المشاع إلا اذا افترض وجود تعارف خارجي يوجب انصراف الاطلاق إليه.

اما اعتبار تعيين الحصة و عدم تردها فلان الحصة المردده لا وجود لها ليتمكن تملكها للعامل.

و هل يلزم تعيين الحصة بمعنى معلوميتها و عدم كونها مجهوله، كما لو قال المالك: ضاربتك بحصه تساوى الحصه المجهوله في مضاربه فلان مع افتراض

انهما يجهلان ذلك؟ المشهور ذلك لحديث: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنِ الْغُرْرِ (١) و قد استدللنا على اعتباره في كتاب الاجاره.

و اما اعتبار كون تعيين الحصه بالكسر المشاع فلاين ذلك مقوّم لمفهوم المضاربه، إذ لو عينت لا- بذلك - كما لو قال المالك:ضاربتك على ان يكون لك مائه دينار- كان المورد مصداقا للإجاره أو الجعاله.

و اما كفايه الانصراف فلأن به يتحقق التعيين.

٤- كون الربح بينهما، و عليه فقيل: لا يصح جعل مقدار منه لأجنبي الآ مع افتراض قيامه بعمل.

اما اعتبار كون الربح بينهما و عدم صحه جعل قسم منه لأجنبي فلأن ظاهر روايات المضاربه كون الربح بينهما لا غير.

على انه يكفي الشك في جواز الجعل للأجنبي في الحكم بعدم الجواز بناء على الرأى القائل بعدم امكان التمسك بالعمومات لإثبات صحه المضاربه , و اما لو قلنا بشمول العمومات لها كما هو الصحيح فلا مانع منه .

ص:١٦٢

---

١- تذكره الفقهاء، كتاب الاجاره، المسأله ٢ من الركن ٣ فى الفصل ٢

و اما استثناء حاله قيام الاجنبى بعمل فلأنه بفرض قيامه بعمل يكون عاملا آخر فى المضاربه، و من ثم سوف تكون المضاربه بين المالك و عاملين، و ذلك مما لا محذور فيه .

٥- ان يكون الاسترباح بالتجاره، فلو دفع إلى شخص مال ليشتري به سياره لحمل المسافرين مع اقتسام الاجره او دفع إلى خباز أو بقال و نحوهما مال ليصرف فى حرفتهم مع اقتسام الارباح لم يكن ذلك مضاربه.

اما اعتبار كون الاسترباح بالتجاره فلان ذلك دخيل فى مفهوم المضاربه.

و لا أقل من احتمال ذلك، و يكفى ذلك، حيث يلزم الرجوع إلى اصاله عدم ترتب الاثر.

و هل يمكن تصحيح المعامله - التى لا يكون الاسترباح فيها بالتجاره- بواسطه العمومات؟

نعم يمكن ذلك بناء على رأى المشهور القائل بإمكان تصحيح المضاربه و ما شاكلها من خلال العمومات و هو المختار كما تقدم الاستدلال عليه .

٦- قدره العامل على مباشره التجاره بنفسه إذا اشترط عليه ذلك.

اما اعتبار قدره العامل على المباشرة إذا كانت مقصوده فالأنه بدون ذلك لا يمكن تحقق القصد إلى المعامله و لا يمكن تعلق وجوب الوفاء بها. و هذا مطلب سار في كل معاملة و لا يختص بالمضاربه.

حصيله البحث:

و هي أن يدفع مالاً إلى غيره ليعمل فيه بحصّه معيّنه من ربحه مع قدره العامل على مباشره التجاره بنفسه إذا اشترط عليه ذلك و يصح جعل مقدار من الربح لأجنبي قام بعمل ام لم يقم, و يلزم في تحقق المضاربه الايجاب من المالك و القبول من العامل بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه. و يشترط فيها البلوغ و العقل و الاختيار في المالك و العامل, و يلزم في المالك أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس. و لا بد من تعيين الحصه و عدم تردددها، و ان يكون تعيينها بنحو الكسر المشاع إلا اذا افترض وجود تعارف خارجي يوجب انصراف الاطلاق إليه , و ان يكون الاسترباح بالتجاره، فلو دفع إلى شخص مال ليشتري به سياره لحمل المسافرين مع اقتسام الاجره او دفع إلى خباز أو بقال و نحوهما مال ليصرف في حرفتهم مع اقتسام الارباح لم يكن ذلك مضاربه نعم يصح كمعامله اخرى مستقلة.

## احكام المضاربه

(و هي جائزه من الطرفين)

ص: ١٦٤



لما تقدم من عدم كون تعهد العامل بالعمل من مقوماتها بل هي تصح حتى لو لم يكن تعهد العامل بالعمل الزاميا و لهذا قالوا بجوازها و ادعى عليه الاجماع, و قلنا ان السر في عدم كونها لازمه مع شمول ايه و جوب الوفاء بالعقود لها انها حيث صحت مطلقه بدون اجل معين و جب الوفاء بما تضمنت ما دام العقد باقيا لم يفسخ و لا دلالة في الآيه على عدم صحه الفسخ فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم في ما اذا كان متعلق العقد متضمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلا الى زمان معين او متضمنا للتملك بنحو الاطلاق كما في البيع .

(و لا يصح اشتراط اللزوم أو الأجل فيها)

عند المصنف بمعنى أنه لا- يجب الوفاء بالشرط، و لا تصير لازمه بذلك، و لا في الأجل بل يجوز فسخها عملا باصالة عدم اللزوم .

(و لكن) اشتراط الأجل (يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلّا بإذن جديد) لأن التصرف تابع للإذن و لا إذن بعد انتهاء الاجل.

أقول: لا وجه لما قال لعموم المؤمنين عند شروطهم كما و انه ليس شرطا مخالفا للكتاب و السنه او مقتضى العقد حتى لا يصح نعم هو خلاف اطلاق العقد و لا ضير فيه و عليه فيصح هذا الشرط و يجب الوفاء به تكليفا لا وضعا لعدم التلازم بين الحكم التكليفي و الوضعي فيصح الفسخ و ان فعل حراما , و لا ينافي و جوب الوفاء به كون الشرط في العقد الجائز جائزا و ذلك لان المراد به انه يجب الوفاء

بالشرط ما دام العقد باقيا ولا مانع من فسخ العقد, و هنا حيث ان الشرط هو عدم الفسخ فلا يجوز فسخ العقد لعموم المؤمنين عند شروطهم .

حصيله البحث:

المضاربه جائزه من الطرفين و يصح اشتراط اللزوم و يجب الوفاء به تكليفا لا وضعا فيصح الفسخ و ان فعل حراما , و مثله اشتراط الأجل فيها و يثمر هذا الشرط المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد.

### و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالك له

(و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالك له)

لما تقدم من كونها متقومه بالاذن و لا يحل التصرف في مال الغير بدون اذنه و يشهد لذلك صحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام) «في الرجل يعطى الرجل المال و يقول له: ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها، و اشتر منها؟ قال: فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما»<sup>(١)</sup>.

(و لو أطلق) له (تصرف بالاسترباح)

فله التصرف في كل ما يظن فيه حصول الربح للانصراف العرفي الى ذلك .

ص: ١٦٦

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٤٠ ح ١

(و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال)

كما في صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام) في المضارب ما أنفق من سفره فهو من جميع المال و إذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه» (١) وغيره (٢).

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى «أن نفقه العامل في السفر أيضا من ماله» و لا عبره به و الصحيح ما في خلافه. و ذهب إليه الإسكافي و ابن حمزه و الحلبي، و هو المفهوم من الصدوق و الكليني.

### و ليشر نقدا بنقد البلد بثمان المثل فما دون

(و ليشر نقدا بنقد البلد بثمان المثل فما دون و ليع نقدا بثمان المثل فما فوقه)

لأنّ المال مال غيره فليقتصر فيه على القدر المتيقن من رضاه، و بما قال صرح في المبسوطين و جوّز المختلف كلّ ما تقتضيه المصلحه، قلت: و هو صحيح لو كان له تمام الاختيار بدليل الانصراف او غيره .

(و ليشر بعين المال الآ مع الاذن في الذمه)

ص: ١٦٧

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٤٠ ح ٤ و التّهذيب في ٣٣ من أخبار شركته

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٤٠ ح ٩

لأنه القدر المتيقن .

قيل: لكنّه لو خالف و ربح يكون له الربح بدليل عموم صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في الرَّجُل يُعْطَى الرَّجُلُ مالا مضاربهً فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامنٌ و الربح بينهما»(١).

قلت: لا عموم فيه للتجاره في الذمه بل هو ظاهر في ما لو تاجر بمال المالك.

### لو تجاوز ما حد له المالك ضمن

(و لو تجاوز ما حد له المالك ضمن، و الربح على الشرط)

كما تقدم في صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الرَّجُل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج به، فخرج؟ قال: يضمن المال و الربح بينهما» و غيره و النصوص به فوق حد الاستفاضه.

ص: ١٦٨

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٩٠ ح ٢٤

(و انما تجوز) المضاربه (بالدراهم و الدينير) كما نسب ذلك إلى المشهور و ادعى عليه الاجماع .

أقول: إنما الأخبار بلفظ المال كصحيح محمد بن مسلم، وصحيح الحلبي، و خبر إسحاق بن عمار، و صحيح الكنانى و غيرها، و المال أعمّ منها. و عليه فالصحيح التعميم لمطلق المال و منه الأوراق النقدية لصدق عنوان المال عليها , و الاجماع المدعى - بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) - لم يثبت تحققه.

نعم يلزم ان يكون رأس المال عيناً و ليس ديناً، فلو كان لشخص على آخر دين لم يجز جعله مضاربه الا- بعد قبضه وذلك لقصور فى المقتضى و وجود المانع.

اما القصور فى المقتضى فلان عنوان اعطاء المال المذكور فى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه و غيرها ظاهر فى دفع العين و لا يشمل الدين. و لا أقلّ من الشك فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها.

و اما المانع فهو معتبره السكونى عن ابى عبد الله (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربه، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه»(١).

ص: ١٦٩

## لزوم الحصه بالشرط

(و تلزم الحصه بالشرط)

أقول: اتفقت الأخبار على مشروعته المضاربه بلزوم الحصه دون الأجره و قد تقدم بعضها و لم يعلم وجه مخالفه المفيد و الدليمي.

حصيله البحث:

يقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له، و لو أطلق تصرف بالاسترباح، و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال، و ليشر مع اطلاق العقد وعدم الاختيار التام نقداً بنقد البلد بضمن المثل فما دون، و لبيع كذلك بضمن المثل فما فوقه، و ليشر بعين المال إلا مع الإذن في الذمه، و لو تجاوز ما حد له المالك ضمن، و الربح على الشرط، و تجوز بمطلق المال و منه الأوراق النقدية ولا يشترط فيها الدراهم و الدنانير و تلزم الحصه بالشرط .

## العامل أمين لا يضمن إلا بتعد أو تفريط

(و العامل أمين لا يضمن إلا بتعد أو تفريط)

أقول: استفاضت الاخبار في ان الأمين لا يضمن إلا بتعد أو تفريط كما تقدم في كتاب الاجاره .

و اما كون العامل امينا فقد دلت عليه النصوص المتقدمه .

ص: ١٧٠

و اما انه يقبل قوله بلا يمين فافتى به الشيخ و ابن ادريس و نسبه فى المختلف الى سلاز و ابى الصلاح .

و ذهب المفيد و المرتضى الى الضمان و به افتى يونس بن عبد الرحمن احد اصحاب الاجماع كما جاء فى ذيل الخبر انه كان يعمل به و يأخذ و هو ظاهر الكلينى و الصدوق فى الفقيه و الروايات على طوائف .

احدها: ما فى صحيح الحلبي «من ان كل اجير يعطى الاجره على ان يصلح فيفسد فهو ضامن»<sup>(١)</sup> و مثله غيره<sup>(٢)</sup> .

قلت: هذه الضابطه لا علاقه لها بالموضوع لانها ناظره الى ان الافساد وقع بيده فهو ضامن لانه مباشر للتلف.

الثانيه: ما فى صحيح الحلبي و غيره عن الصادق عليه السلام (( من ان الامير عليه السلام كان يضمن القصار والصايغ احتياطاً للناس و كان ابى يتطول عليه اذا كان مأموناً ))<sup>(٣)</sup> و قد فسر الحديث بشككين:

الاول: ان فعل امير المؤمنين عليه السلام كان من باب اعمال ولايته بعنوان انه حاكم فالحديث لا نظر له للحكم الواقعي الاولى.

الثاني: ان الحكم بالضمان حكم اولى و ليست حكماً حكومتياً كما عرفت من افتى بذلك و لا يتوهم معارضته لذيل الحديث من انه كان ابى يتطول عليه حيث

ص: ١٧١

١- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/١.

٢- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/٨ و فيه غرمه بما جنت يده و انك دفعته اليه ليصلحه لا ليفسده.

٣- الوسائل باب ٢٩ الاجاره ح/٤

ان المراد من ذلك انه مدان شرعاً ألا ان الامام الباقر عليه السلام يتطول عليه بشخصه في ماله و يتحمل الامام الخساره عنه فهى ظاهره بانه ضامن ومثله صحيحه ابى بصير التى تضمنت الضمان مطلقا وان ابا جعفر (عليه السلام) كان يتفضل عليه اذا كان مأمونا .

و هذه الطائفة من الروايات غير قابله للحمل على الحكم السلطانى.

□  
و اما صحيحه ابى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه قال «ان كان مأمونا فليس عليه شىء و ان كان غير مأمون فهو ضامن» (١) الداله على التفصيل بين المأمون وغيره ففيها: ان السؤال وقع فيها عن ان الجمال كسر او اهرق المتاع وحكمه معلوم بلا خلاف وهو انه ضامن لان كل من اتلف مال الغير فهو له ضامن ولا ربط لها بكونه امينا او غير امين فلا وجه للتفصيل بين المأمون وغيره وبذلك يظهر بطلان هذا التفصيل الذى ذهب اليه بعض المعاصرين بدعوى ان هنالك روايات داله على هذا التفصيل وهى صحيحه ابى بصير المتقدمه وقد عرفت الجواب عنها وصحيح جعفر بن عثمان «انه قال حمل ابى متاعاً الى الشام مع جمال فذكر ان حملاً منه ضاع فقال عليه السلام اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه» (٢) ومثلها غيرها الا انه لا يخفى عدم تماميه دلالتها وذلك لان قوله (عليه السلام) اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه» وان كان ظاهرا فى عدم الضمان ابتداءً لكنه بقرينه صحيحى الحلبي وابى بصير المتقدمين - من ان الاجير ضامن

ص: ١٧٢

١- الوسائل باب ٣٠ ح ٧.

٢- الوسائل باب ٣٠ ح ٦.



وان كان مأمونا الا ان الامام الباقر كان يتفضل عليه باسقاط الضمان واللذين هما صريحان باستحباب التفضل عليه بعدم تضمينه-  
يعلم ان الامر بعدم التضمين لاجل الاستحباب حملا للظاهر على الاظهر بل الصريح .

و اما مكاتبه الصفار المتضمنه للتفصيل وقد نسبها الصدوق الى الروايه حيث قال و روى عن محمد بن على بن محبوب و نقل  
عين الروايه فلا يمكن الاعتماد عليها و ذلك لعدم الوثوق بها حيث اعرض عن العمل بها الاصحاب و قد انفرد بروايتها الشيخ و  
نسبها الصدوق الى الروايه مع انه له سند صحيح الى كل كتب الصفار عدا بصائر الدرجات , ومثلها فى عدم الموثوقه ما انفرد  
بنقلها الشيخ فى التهذيب اعرضنا عن ذكرها .

هذا و تبقى طائفه اخرى قد يتوهم منها المعارضه و عدم الضمان حسب ما تقتضيه القاعده من كونه اميناً والأمين لا يضمن الآ مع  
التعدى أو التفريط و هى:

صحيحه معاويه بن عمار «سألته عن الصباغ و القصار فقال ليس يضمنان» و خبر غياث ان امير المؤمنين عليه السلام ((اتى  
بصاحب حمام وضعت انه عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه و قال: انه امين)) و خبر اسحاق بن عمار ((ان علياً كان يقول لا  
ضمان على صاحب الحمام ما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب)).

و الجواب: ان الصحيحه ناظره الى مقام الثبوت لا الاثبات كما هو الصحيح و هو كون الامين لا يضمن فى الواقع الآ مع التعدى او  
التفريط .

هذا وحمله الشيخ على ما اذا كانا مأمونين وفيه ما تقدم من ان كونه مأمونا لا يرفع عنه الضمان .

و اما الخبران فدالتهما واضحه على انه لم يستأجر على الثياب و انما استأجر على امر اخر و ان الثياب عنده عاريه و لا ضمان فيها بمقتضى هاتين الروايتين , و عليه فالصحيح هو الضمان مطلقا.

و اما ما فى معتبر السكونى «ان امير المؤمنين عليه السلام كان يضمن الصباغ و القصار و الصائغ و لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب» الدال على الضمان الا من الغرق و الحرق و.. و صحيح ابى بصير عن ابى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن قصار دفعت اليه ثوبا فرعم انه سرق من بين متاعه، قال: فعليه ان يقيم البيئه انه سرق من بين متاعه و ليس عليه شىء ، فان سرق متاعه كله فليس عليه شىء» (١) الدال على الضمان لمن ادعى سرقة من بين امواله و عدم الضمان لمن ادعى مسروقيه جميع امواله فالظاهر منهما انه يسقط الضمان اذا كانت دعوى التلف مقرونه بالدليل الواضح من الغرق و سرقة جميع الاموال و...

و بقى خبره الاخر المروى فى الفقيه و قد جمع بين البيئه و الاستحلاف و لا- يخفى انه لم يقل احد من العلماء بالجمع على المدعى المتهم بذلك مضافاً لمخالفته للسنة حيث صح عن الرسول (صلى الله عليه و آله) البيئه على من ادعى و اليمين على من انكر و قد حمله البعض على غير موارد الدعوى.

ص: ١٧٤

و اما ما استدل به الشهيد الثانى من انه لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس فكلام باطل و لا تلازم فى البين فلو لم يقبل قوله يغرم لاغير.

(و لو فسخ المالك للعامل) عند المصنف (اجره مثله الى ذلك الوقت ان لم يكن ربح)

و يستدل لذلك بقاعده احترام عمل المسلم و قاعده «لا ضرر و لا ضرار».

واجيب بأن العامل أقدم على عقد جائز يتسلط فيه المالك على الفسخ و كان مستحقاً للربح لو كان الربح موجودا و حيث لم يكن فلا- استحقاق له لانه هو الذى اسقط احترام عمله باقدمه هذا . واما قاعده «لا ضرر و لا ضرار» فليس المراد منها لزوم تدارك الضرر كما قاله الفاضل التونى بل المراد منها نفي الحكم الضررى و الضرر هنا انما هو لاجل اقدمه و لم ينشأ من حكم الله جل و علا و عليه فالصحيح انه لا اجره له .

حصيله البحث:

العامل أمينٌ لا- يضمن إلما بتعداً أو تفريط ثبوتاً و اما اثباتاً فلا يقبل قوله بلا يمين، و لو فسخ المالك قيل للعامل أجره مثله إلى ذلك الوقت إن لم يكن ربحٌ و الاقوى عدم الاجره .

ص: ١٧٥

## و القول قول العامل في قدر رأس المال

(و القول قول العامل في قدر رأس المال، و في قدر الربح)

لاصاله عدم الزيادة في كل منهما .

(و ينبغي أن يكون رأس المال معلوما عند العقد)

ذهب الشيخ في «الخلاص» إلى وجوب معلوميته، و في «المبسوط» إلى عدمه. قلت: لا- دليل على لزوم المعلوميه ولا- على موضوعيته في المضاربه و انما هو لازم عقلا لثلا يحصل من عدمه الظلم على المالك او العامل .

## و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك

(و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك كمن ينعق عليه)

إنما المالك أعطى المضارب ماله برجاء ربح فكيف يصح للمضارب أن يفعل ما فيه فناء رأس ماله؟!.

(و كذا لا يشتري من رب المال شيئا)

إنما عدم جواز الاشتراء منه لأن أصل الثمن منه و أمّا لو كان عند المالك متاع و أراد العامل شراء مثله فأى مانع من أن يعطيه مقدار قيمته و يأخذه منه فيكون في صورته الشراء لا أنه شراء حقيقه.

(و لو أذن في شراء أبيه صح و انعتق و للعامل الأجره)

الصحيح هو التفصيل بين علم العامل و جهله فإنّ العامل إذا كان عالما بالحكم لا يكون له اجره لأنه أقدم على ما فيه بطلان عمله، هذا إذا لم يكن ظهر فيه ربح و إلما فله منه بمقدار حصّته قال في المبسوط: «إذا اشترى من ينعق على ربّ المال بإذنه و كان فيه ربح انعتق و ضمن العامل حصّته من الرّبح، و إذا لم يكن ربح انصرف العامل و لا شىء له».

و اما اذا كان جاهلا فقد كان المالك هو السبب في بطلان المضاربه فيستحق الاجره لاحترام عمل المسلم . و لا يتوهم ما تقدم من ان المالك لو فسخها لا يستحق العامل اجره و ذلك لعدم فسخها هنا قبل بطلانها .

(و لو اشترى العامل أبا نفسه صح، فان ظهر فيه ربح انعتق نصيبه و يسعى المعتق في الباقي)

لصحيحه محمّد بن ميسر، عن الصادق (عليه السلام) الحاكمه باستسعائه من غير استفصال قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم، فقال: يقوم فإذا زاد درهما واحدا أعتق و استسعى في مال الرّجل»(١).

ص: ١٧٧

١- الكافي (في باب ضمان المضاربه، ١١٢ من معيشته في خبره ٧) و رواه الفقيه في ٣ من أخبار مضاربه، عن محمّد بن قيس هكذا «و روى عن محمّد بن قيس: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) - الخبر» و رواه التّهذيب في ٢٧ من أخبار شركته عن كتاب الحسين بن سعيد، عن ابن أبي عمير، عن محمّد بن قيس، عنه (عليه السلام) مثل الفقيه، و في ١٠٧ هن أخبار عتقه عن كتاب محمّد بن عليّ بن محبوب، عن أيّوب بن نوح، عن ابن أبي عمير، عن محمّد بن ميسر، عنه (عليه السلام) مثل الكافي، فيعلم أنّ الأصل في الاختلاف الحسين بن سعيد و محمّد بن عليّ بن محبوب و الظاهر أصحّه الأول حيث إنّ التّهذيب و النجاشيّ رويّا كتاب محمّد بن ميسر عن ابن أبي عمير، عنه، و أمّا محمّد بن قيس فقال النجاشيّ: روى كتابه عاصم بن حميد و يوسف بن عقيل و عبيد ابنه، و قال رجال الشيخ: روى عنه عاصم بن حميد، كما أنّ الظاهر أنّ محمّد بن قيس إنّما كتبه في قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) و الخبر ليس منها، و أيضا المحقق رواه محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) و أمّا عن الصادق (عليه السلام) و إنّ نقل إلّا أنّه غير محقق، ثمّ الظاهر و هم الفقيه في قوله «و روى عن محمّد بن قيس» لأنّ طريقه إليه إنّما هو عاصم و قد عرفت من طريقى الخبر، أنّ الراوى عن الرّاوى إنّما هو ابن أبي عمير و لو كان الرّاوى محمّد بن قيس.

و القول قول العامل في قدر رأس المال و قدر الربح، و يلزم أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد مقدمه لاعطاء كل منهما حقه، و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضررٌ على المالك كمن ينعق عليه، و لو أذن في شراء أبيه صحَّ و انعتق و للعامل الأجره ان لم يكن عالما بانه ينعق عليه و إذا كان عالما بالحكم لا يكون له اجره إذا لم يكن ظهر فيه ربح و إلّا فله منه بمقدار حصّته، و لو اشترى أبا نفسه صحَّ، فإن ظهر فيه ربحٌ انعتق نصيبه و يسعى المعنق في الباقي.

(و هي استنابه في الحفظ)

أقول: حقيقه الوديعه انها عقد يتضمن استئمان الغير في حفظ المال. و يصطلح على الغير بالودعي و المستودع، و على الآخر بالمودع.

اما كونها عقداً فواضح، إذ لا يكفي مجرد إيجاب المودع في تحققها بل لا بد من قبول الودعي و الّا لم يكن له السلطنه على نفسه، و هو خلاف قانون السلطنه.

و مشروعيته من البديهيّات لانعقاد سيره العقلاء و المشرعه عليها، و للكتاب العزيز الصريح في ذلك في موارد متعدده، كقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (١)} و قوله تعالى {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ} (٢).

و الروايات في ذلك كثيره، كصحيحه ابن محبوب عن أبي كهمس: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): عبد الله بن أبي يعفور يقرئك السلام قال: و عليك و عليه السلام، إذا أتيت عبد الله فاقرئه السلام و قل له: ان جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به على عند رسول الله صلّى الله عليه و آله فالزمه، فان علياً (عليه السلام) انما بلغ ما بلغ به عند رسول الله صلّى الله عليه و آله بصدق الحديث و اداء الأمانه» (٣) و غيرها.

ص: ١٧٩

١- النساء: ٥٨

٢- البقره: ٢٨٣

٣- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٢، ص: ١٠٤ ح ٥

(و تفتقر إلى إيجاب و قبول)

اما افتقار الوديعة الى الايجاب و القبول فهو بمقتضى كونها عقدا.

(و لا حصر فى الألفاظ الدالة عليها)

كما هو شأن سائر العقود كما تقدم الكلام عن جملة منها لعدم دليل على لفظ خاص، بل كل لفظ يفهم المقصود .

(و يكفى فى القبول الفعل)

و كفايه الفعل انما فيما إذا كان مفهما للقبول وألا فلا يكفى مجرد أخذه بيده .

و اما دليل الاكتفاء بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه فلاطلاق دليل مشروعيتها بعد صدق عنوانها.

**و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه**

(و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه و مع الإكراه لا يجب حفظها)

و ذلك لعدم صدق عنوان الوديعة - الموقوف على تحقق القبول - كى يجب التحفظ عليه بعد وضوح ان أموال الغير لا يجب التحفظ عليها ابتداء.

ص: ١٨٠



١- (و لو قبل الوديعة وجب عليه الحفظ) بما هو المتعارف في الحفظ لأمثالها، و إذا لم يفعل ذلك يكون مفترطاً.

اما وجوب التحفظ على الوديعة بما هو المتعارف في أمثالها فلاستبطن قبول الوديعة تعهده بذلك.

على ان ردّ الامانه إلى أهلها واجب، و التحفظ المذكور مقدّمه له فيكون واجبا.

٢- (و لا ضمان عليه ألا بالتعدّي أو التفريط)

و ذلك للحديث الصحيح عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ: «ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته و لا تأتمن الخائن و قد جربته»<sup>(١)</sup>.

و لصحيح الحلبيّ، عن الصيّادق (عليه السلام) «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان - الخبر»<sup>(٢)</sup>. و به افتى الفقيه وزاد «و قال في رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرق . قال: هو مؤتمن»<sup>(٣)</sup>.

ص: ١٨١

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩ الباب ٤ من أحكام الوديعة الحديث ١٠

٢- الكافي باب ضمان العاريه و الوديعة، ١١١ من معيشته، ح ١

٣- الفقيه في أول وديعته

و صحيح الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمّد (عليه السلام) رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاعت فهل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام) هو ضامن لها إن شاء الله» (١).

هذا و قول الوسائل هنا: «قال الكليني و قال في حديث آخر: إذا كان مسلما عدلا» الدالّ على أنّه قاله في الوديعة فليس كذلك فإنّما قاله في العاربه و أنّ بابه لهما و زاد بعد ما مرّ «و قال: إذا هلكت العاربه عند المستعير لم يضمّنهُ إلّا أن يكون قد اشترط عليه، و قال في حديث آخر: «إذا كان مسلما عدلا فليس عليه ضمان» فتري أنّه مربوط بذيل الخبر في العاربه لا- صدره في الوديعة.

٣- و لا- يحق للودعي التصرف في الوديعة لحرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، بل لا معنى للأذن في التصرف و إلّا كان المورد عاربه لا وديعه.

٤- يجب على الودعي إيصال الوديعة إلى صاحبها لو فسخ و ذلك لوجوب ردّ الامانات إلى أهلها كما دلّ عليه قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا} (٢).

٥- هذا (فلو أخذت منه قهرا فلا ضمان) لعدم كونه متعديا او مفرطا .

هذا إلّا أنّ الحلبي قال: «إذا أسلمها بيده يضمّن و إن خاف التلف» و لا شاهد له.

ص: ١٨٢

١- الكافي باب ضمان العاربه و الوديعة، ١١١ من معيشته، ح ٩

٢- النساء: ٥٨

(و لو تمكّن من الدفع و جب) لوجوب حفظها عليه كما تقدم .

(ما لم يؤد الى تحمل الضرر كالجرح و أخذ المال)

لقاعده لا ضرر الداله على نفي الحكم الضررى .

(نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيؤدى)

لاين اليمين مقدمه لوجوب حفظها عليه و الحفظ يتوقف على الحلف كاذبا و المفروض جوازه عند الضروره فيجب بوجوب مقدمه الواجب و تدل عليه ايضا جمله من النصوص:

منها: ما رواه أبو الصباح قال: و الله لقد قال لى جعفر بن محمد عليه السلام ان الله علم نبيه التنزيل و التأويل فعلمه رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام قال: و علمنا و الله ثم قال: ما صنعتم من شىء أو حلفتم من يمين فى تقيه فانتم منه فى سعه(١).

و منها: ما رواه زراره قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم و يخلون سبيلنا و لا يرضون منا الا بذلك، قال: فاحلف لهم فهو أحل «احلى خ ل» من التمر و الزبد(٢).

ص: ١٨٣

---

١- الوسائل الباب ١٢ من ابواب الايمان الحديث: ٢

٢- نفس المصدر الحديث: ٦

و منها: ما رواه زراره قال: و قال أبو عبد الله عليه السلام: التقية في كل ضروره و صاحبها أعلم بها حين تنزل به (١).

و منها: ما رواه الحلبي انه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز «يجوز خ ل» بذلك ماله قال: نعم (٢).

و منها: مرسله الصدوق قال: و قال الصادق عليه السلام اليمين على وجهين «الى أن قال: فأما الذى يؤجر عليها الرجل اذا حلف كاذبا و لم تلزمه الكفاره فهو أن يحلف الرجل فى خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره الحديث (٣).

### بطلان الوديعه بموت كل منهما و جنونه و إغمائه

٦- (و تبطل بموت كل منهما)

لانتفاء العقد بموتهما او بموت احدهما .

(و جنونه)

ص: ١٨٤

١- نفس المصدر الحديث: ٧

٢- نفس المصدر الحديث: ٨

٣- نفس المصدر الحديث: ٩

حيث ان الوديعة امانه عند الودعي و يجب عليه حفظها و حيث ان المجنون ليس عليه تكليف و لا- يجب عليه الحفظ لا يصح ايداعه، و ان شئت قلت لا يترتب على ايداعه الاثر المترقب في الوديعة.

(و إغمائه)

عند المصنف و لا دليل عليه فان بطلانها بالإغماء غير معلوم و إن طال أياما .

وحيث بطلت (فتبقى أمانه شرعيه) لعدم الموجب للضمان .

حصيله البحث:

و هي استنابة في الحفظ. و تفتقر إلى إيجابٍ و قبولٍ، و لا حصر في الألفاظ الدالة عليهما، و يكفي في القبول الفعل، و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعةً فلا يجب حفظها و لو قبل وجب الحفظ، و لا ضمان عليه إلا بالتعدى أو التفريط، و لا يحق للودعي التصرف في الوديعة، و يجب على الودعي إيصال الوديعة إلى صاحبها لو فسخ. و لو أخذت منه قهراً فلا ضمان، و لو تمكّن من الدفع وجب ما لم يؤدّ إلى تحمّل الضرر الكثير كالحرج و أخذ المال، نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيوزى و تبطل بموت كل منهما و جنونه لا إغمائه و تبقى أمانه شرعيه.

ص: ١٨٥

## و لا يقبل قول الودعي في ردها إلا بينه

(و لا يقبل قول الودعي في ردها إلا بينه)

لانه مدع حيث ان الاصل عدم الرد .

و في المختلف «قال في المبسوط: لو ادعى الردّ كان القول قوله مع يمينه لأنّه أمينه و لا- بذل له على حفظها، بخلاف المرتهن لأنّه يمسكه على نفسه طلبا لمنفعه نفسه، و هو بنفسه يأخذ الحقّ من رقبه الرهن و المودع ممسك على غير نفسه، حافظ لغيره من غير فائده» و فيه: كونه امينا لا يكون دليلا على صحه دعوى الرد و باقى استدلاله مجرد استحسان .

## و لو عين المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع عليه

(و لو عين المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع عليه)

والأ كان متعديا و جوّز المبسوط نقل المستودع له إلى موضع مثله في الحفظ اختيارا. و هو كما ترى .

(الأ أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه و لا ضمان حينئذ) لوجوب حفظها عليه.

(و تحفظ الوديعه بما جرت العاده به كالثوب و النقد في الصندوق و الدابه في الإصطبل و الشاه في المراح) كلّ ذلك بدلاله العرف.

## عدم صحة استيداع الطفل و المجنون

(و لو استودع من طفل أو مجنون ضمن)

لأنهما ليسا أهلا- للإيداع حيث ان الوديعة امانه عند الودعي و يجب عليهما حفظها و حيث ان المجنون والصبي ليس عليهما تكليف و لا يجب عليهما الحفظ فلا يصح ايداعهما .

(و يبرء بالرد الي وليهما)

شأن باقى أموالهما لو حصلت بيده.

## وجوب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة

٧- (و يجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة و ان كان كافرا)

لأنه من ردّ الأمانة و هو واجب حتى بالنسبة إلى الفاجر و الكافر ما دام ليس غاصبا وذلك لإطلاق قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا} (١).

والاحاديث بذلك متظافره ففي صحيح الحسين بن أبي العلاء، عن الصادق (عليه السلام): إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَبْعَثْ نَبِيًّا إِلَّا بِصَدَقِ الْحَدِيثِ وَ أَدَاءِ الْأَمَانَةِ إِلَى الْبَرِّ وَ الْفَاجِرِ (٢).

ص: ١٨٧

١- النساء: ٥٨

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٢، ص: ١٠٤ ح ١

و فى الحديث عن الامام الصادق (عليه السلام): «ادّوا الامانه و لو إلى قاتل الحسين بن على عليهما السلام»(١).

هذا و التقييد بعدم كون صاحب الوديعه غاصبا فلان الواجب هو ردّ الامانه إلى أهلها، و ذلك لا يتحقق بالدفع إلى الغاصب بل فعل ذلك موجب للضمان لأنه تعدّد على الامانه.

(و يضمن لو أهمل بعد المطالبه أو أودعها لغيره من غير ضروره أو سافر بها أو طرحها فى موضع تتعفن فيه أو ترك سقى الدّابه أو علفها مالا تصبر عليه عاده أو ترك نشر الثوب للريح أو انتفع أو مزجها)

لأنّ كلّ ذلك إمّا تعدّد أو تفريط، و كلّ منهما موجب للضمان.

### و ليرد الوديعه إلى المالك أو وكيله

(و ليرد الوديعه إلى المالك أو وكيله) لانه كالاصيل .

(فان تعذر فالحاكم الشرعى) لولايته كما تقدم فى كتاب البيع .

واما تقييد المصنف لها بقوله: (عند الضروره إلى ردها) فلا شاهد له و يرده عموم ولايه الحاكم .

ص: ١٨٨



هذا وقال الحلبي: «إن مات المستودع وله ورثه ولم يتفقوا على أحد فالأولى دفعها إلى الحاكم لأنّ الودعي لا يجوز له قسمتها» قلت: بل الأقوى لأنه يجب رد المال إلى مالكه وإذا كان مشتركاً ولم يكن الشركاء بعضهم وكيلاً عن الآخر فالدفع اليهم كالدفع إلى الأجنبي .

حصيلة البحث:

لا يقبل قول الودعي في رد الوديعة إلاّ بينه، ولو عيّن موضعاً للحفاظ اقتصر عليه إلاّ أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه ولا ضمان، و تحفظ الوديعة بما جرت العادة به، ولو استودع من طفلٍ أو مجنونٍ ضمن و يبرأ بالردّ إلى وليهما، و تجب إعادة الوديعة على المودع، و لو كان كافراً و يضمن لو أهمل بعد المطالبة، أو أودعها من غير ضروره أو سافر بها كذلك أو طرحها في موضع تتعفن فيه أو ترك سقى الدابّة أو علفها ما لا تصبر عليه عادةً أو ترك نشر الثوب للريح أو انتفع بها أو مزجها، و لتردّ إلى المالك أو وكيله فإن تعذّر فالحاكم .

### و لو أنكر الوديعة حلف

(و لو أنكر الوديعة حلف) منكرها لأصالة البراءة (و لو أقام) المالك (بها بينه قبل حلفه ضمن) لأنه متعدّد بجحوده لها (إلاّ أن يكون جوابه لا تستحقّ عندي شيئاً و شبهه)

ص: ١٨٩

كقوله: ليس لك عندى وديعه يلزمنى ردها و لا عوضها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعى التلف يقبل قوله بيمينه أيضا، و لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقه .

### القول قول الودعى فى القيمه

(و القول قول الودعى فى القيمه لو فرط)

لأصاله عدم الزيادة عما يعترف به، و ذهب الشيخان و ابن زهره إلى أنّ القول قول المالك، و أنكره الحلبيّ على الشّرخ و جعله روايه كما أنّ الحلبيّ أيضاً قال به روايه لكن لم نقف على روايه فيه (1)، و يمكن أن يكون مستند الشّرخين أنّه خرج بالتفريط عن الأمانه، و يضعف ان قبول قول الودعى ليس مبنيًا على أنه أمين حتى يقبل قوله حين كونه أمينًا و لم يفرط فى الأمانه، و لا يقبل قوله عند خروجه عن الأمانه بسبب التفريط، بل إنما يقبل قوله لكونه منكرا للزياده.

### إذا مات المودع سلمها الى وارثه أو الى من يقوم مقامه

(و إذا مات المودع سلمها الى وارثه أو الى من يقوم مقامه و لو سلمها الى البعض ضمن) للباقيين بنسبه حصتهم لأنّه سلّم مال شخص إلى غيره بغير إذنه.

(و لا يبرء بإعادتها إلى الحرز لو تعدى أو فرط)

ص: ١٩٠

---

١- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٨ ص: ١٠٣

لأنّ الدليل على أميئته ما دام لم يتعدّ و لم يفترط.

### قبول قوله بيمينه في الرد

(و يقبل قوله بيمينه في الرد)

الى الحرز و لكن الفقيه بعد نقل صحيح إسحاق بن عمّار في اختلافهما في كون المال وديعه أو قرضا قال: «مضى مشايخنا على أنّ قول المودّع مقبول فإنّه مؤتمن و لا- يمين عليه»<sup>(١)</sup> و أفتى في المقنع بعدم اليمين عليه إذا ادّعى السرقة و الضياع، و قال: و سئل الصادق (عليه السلام) عن المودّع هل يقبل قوله إذا كان غير ثقّه؟ قال: نعم».

و في النهاية «و لا يمين على المودّع بل قوله مقبول فإن ادّعى المستودع أنّ المودّع قد فرط أو ضيّع، كان عليه البيّنه، فإن لم يكن معه بيّنه كان على المودّع يمين».

و في الوسيله «و إذا ادّعى من عنده الوديعة هلاكها، قبل قوله بغير يمين ما لم يظهر منه خيانه فإن ادّعى عليه التفريط من غير بيّنه لزمه اليمين إن لم يفترط».

و بالجمله في ادّعائه السرقة و التلف أفتى الصدوق و ابن حمزه بعدم اليمين و أفتى الشيخ في النهاية باليمين عليه إذا ادّعى عليه التفريط و التعدّي، و مثله ابن زهره، و قال الإسكافيّ و الحلبيّ باليمين عليه إذا ادّعى الضياع و التلف .

ص: ١٩١

١- الفقيه في ٦ من أخبار الوديعة

أقول: مقتضى القاعده فى القضاء ان اليمين على من انكر كما ثبت ذلك عن الرسول الاكرم (ص) فالحكم بعدم اليمين مخالف للسنه القطعيه.

### حكم الاختلاف فى الدين و الوديعة

هذا: و لم يذكر المصنّف حكم الاختلاف فى الدين و الوديعة، فلو اختلفا فيه فالمقدّم قول المالک، كما فى صحيح إسحاق بن عمّار، عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا و لكنّها وديعه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): القول قول صاحب المال مع يمينه»<sup>(١)</sup>.

وصحيحه الاخر أيضا سألت أبا الحسن (عليه السلام) «عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعه و قال الآخر: إنّما كانت عليك قرضا قال: المال لازم له إلا أن يقيم اليّنه أنّها كانت وديعه»<sup>(٢)</sup> و العمل عليهما و تشكيك ابن ادريس لا اعتبار به.

٨- و من احكام الوديعة ان عقدها جائز من الطرفين إلا اذا كان مؤجلا بأجل معلوم فانه يلزم الوفاء آنذاك، و لا تنفسخ الوديعة مع الفسخ .

ص: ١٩٢

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٨ ح ٣ و رواه التّهذيب فى ٣٤ من أخبار رهونه.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٣٩ ح ٨ و رواه التّهذيب فى أول وديعته عنه مثله، و لكن رواه الفقيه فى ٦ من أخبار وديعته، عنه عن الصّيادق (عليه السلام) مع اختلاف فى اللفظ فيه «فقال له الرجل: إنّما كانت عليك قرضا، و قال الآخر إنّما كانت وديعه» .

اما ان عقد الوديعة جائز مع عدم الشرط فذلك واضح بلحاظ المودع لأنه من ناحيته لا يعدو الاذن في حفظ ماله، و للاذن حق التراجع عن اذنه متى شاء وكذلك من جهة الوديعة فلا يحتمل لزومها عليه كما عليه سيره العقلاء و المتشرعة و الا للزمت عليه مدى العمر و لا يقول به احد.

و اما مع الشرط فلا- وجه لجواز تراجع الوديعة قبل انتهاء الاجل ما دام العقد قد حدد به و ذلك لما تقدم من ان قوله تعالى {أوفوا بالعقود} دال على وجوب الوفاء بما تضمنه العقد و اما دعوى التسالم على عدم وجوب الوفاء كما قال صاحب الجواهر: «و هو- التسالم- الحجج في تخصيص الآيه و غيرها من أدله اللزوم»<sup>(١)</sup>. ففيه: ان المسأله غير معنونه في كتب المتقدمين فكيف حصل فيها التسالم كما و ان كبرى التسالم غير منقحه في علم الاصول فهل المراد منه الشهره او ما فوقها كما ذكر السيد الخوئي و كلاهما من سنخ الشهره الفتوائيه والمعروف بين المعاصرين عدم حجيتها فكيف يستدلون بالتسالم؟

و اما عدم تحقق الفسخ مع مخالفه الشرط فلان العموم السابق ناظر الى الأثر الوضعي كما هو ناظر الى الحكم التكليفي لان الآيه المباركه ظاهره في امضاء العقود .

ص: ١٩٣

و لو فسخ الودعى فى موارد جوازه لزمه اىصال المال إلى صاحبه فوراً، و إذا لم يفعل ذلك من دون عذر شرعى و تلف يكون ضامناً لصدق التفريط فى أمر الوديعة بعد خروج يده عن كونها امانيه لانتفاء العقد بالفسخ .

٩- و من أحسّ بامارات الموت يلزمه اىصال الوديعة إلى صاحبها أو وكيله، و إذا لم يمكنه ذلك يلزمه الايضاء بها و العمل بما يضمن به وصولها إلى صاحبها بعده و ذلك لانه مقتضى التحفظ الواجب فى أمر الامانه، و من دونه يصدق التفريط.

١٠- هذا و تنقسم الامانه الى قسمين: مالكيه و شرعيه، و الحكم فى كليهما واحد.

و انقسامها إلى مالكيه و شرعيه واضح إذ المودع تاره هو المالك فتكون الامانه مالكيه، و اخرى هو الشارع فتكون شرعيه، كما فى باب اللقطه، حيث اذن الشارع بالالتقاط و التحفظ على المال كأمانه.

و اما وحده حكم القسمين فلانه بعد صدق عنوان الامانه فى كليهما ينبغى تطبيق جميع أحكامه عليهما.

حصيله البحث:

لو أنكر الوديعة حلف، و لو أقام بها بينة قبل حلفه ضمن إلّا أن يكون جوابه: لا يستحقّ عندى شيئاً، و شبهه و القول قول الودعى فى قيمه لو فُزط، و إذا مات المودع سلّمها إلى وارثه أو إلى من يقوم مقامه و لو سلّمها إلى البعض ضمن

للباقى، و لا يبرأ بإعادتها إلى الحرز لو تعدى أو فُزط و يقبل قوله بيمينه فى الرّد. و لو اختلفا فى الدّين و الوديعه، فالمقدّم قول المالك، و عقد الوديعه جائز من الطرفين إلّا اذا كان مؤجلا بأجل معلوم فانه يلزم الوفاء به و لا تنفسخ الوديعه مع الفسخ . و لو فسخ الودعى فى موارد جوازه لزمه اىصال المال إلى صاحبه فوراً، و إذا لم يفعل ذلك من دون عذر شرعى و تلف يكون ضامناً ، و من أحسّ بامارات الموت يلزمه اىصال الوديعه إلى صاحبها أو وكيله، و إذا لم يمكنه ذلك يلزمه الايضاء بها و العمل بما يضمن به وصولها إلى صاحبها بعده ، هذا و تنقسم الامانه الى قسمين: مالكيه و شرعيه، و الحكم فى كليهما واحد .

## (كتاب العاربه)

### اشاره

حقيقه العاربه: «العاربه عقد تتضمن تسليط شخص غيره على عين للانتفاع بها مجاناً».

أقول: جواز الانتفاع بملك الغير يتحقق تاره من خلال اذن الشخص بالتصرف فى ملكه، و هو بهذا اللحاظ عاربه معاطاتيه حيث حصل فيها القبول من الطرف الثانى بفعله، و اخرى من خلال العاربه القبول الحاصل بالالفاظ المفهمه.

و فرق العاربه عن الاجاره ان الثانى تملك للمنفعه بعوض و الاولى تملك للانتفاع مجاناً.

و مشروعيه العاريه من واضحات الفقه، و تدل على مشروعيتها سيره العقلاء و المتشرعه و الروايات الكثيره، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام): «بعث رسول الله صَلَّى الله عليه و آله إلى صفوان بن اميه فاستعار منه سبعين درعا باطرافها (باطرافها) فقال: أ غصبا يا محمد؟ فقال النبي صَلَّى الله عليه و آله: بل عاريه مضمونه»<sup>(١)</sup> و غيره.

و هي جائزه من الطرفين ألما اذا كانت الى مده معينه و ذلك لانها ترجع إلى الاذن فى التصرف، و للأذن التراجع عن اذنه متى أحب .

و اما انه مع اشتراط عدم الفسخ مده معينه لا يجوز فسخها تكليفا و لا تنفسخ اذا فسخ فلما تقدم عند البحث عن الوديعه.

نعم مع اشتراط عدم الفسخ يحرم فسخها تكليفا لعموم المؤمنين لا وضعا لان الشرط خارج عن العقد فلو فسخ صح الفسخ و ان فعل حراما .

ثم لا يخفى توقف العاريه على الايجاب و القبول لكونها عقدا (و لا حصر أيضا فى ألفاظها) بل تتحقق بكل ما يدل عليها و لو بالمعاطاه تمسكاً باطلاق دليل شرعيتها بعد فرض صدق عنوانها.

حصيله البحث:

ص: ١٩٦



تتحقق العاربه بكل ما يدل عليها و لا حصر أيضا فى ألفاظها و هى جائزه من الطرفين إلا اذا كانت الى مده معينه نعم مع اشتراط عدم الفسخ يحرم فسخها تكليفا لا وضعا فلو فسخ صح الفسخ و ان فعل حراما .

### شروط المعير

(و يشترط كون المعير كاملا جائز التصرف)

بالبلوغ والعقل والرشد كما هو شأن العقود و إلا كان محجورا عليه كما تقدم فى كتاب الحجر .

(و تجوز اعاره الصبى بإذن الولي)

كما يجوز باقى معاملات-ه بإذن الولي، لكن لو كان الصبى يتيما فلا- يجوز للولي نفسه إعاره مال اليتيم لأن العاربه فى معرض التلف، و الانتقاص بناءً على اشتراط المصلحه او عدم المفسده فى افعال الولي لكن الاقوى الجواز لعدم اشتراطهما وتحقيقه فى العنوان الاتي .

### هل يشترط فى تصرف الولي المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا؟

و هل يشترط فى تصرف الولي المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا يعتبر شىء منهما؟ قال بالأول الشيخ حيث قال: و من يلى أمر الصغير و المجنون خمسة: الأب، و الجد، و وصي الأب و الجد، و الحاكم، و من يأمره، ثم قال: و كل

هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير؛ لأنّهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف فيه على وجه لا حظّ فيه كان باطلاً؛ لأنّه خلاف ما نصب له (١). انتهى.

و ذهب الشيخ الأنصارى إلى الثانى وحكى الثالث عن بعضهم وهو الاقوى .

وقد استدللّ الشيخ الاعظم لعدم اشتراط المصلحه وعدم المفسده باطلاق ما ورد من « أنت ومالك لأبيك » كما فى روايه سعد بن يسار (٢)، و أنّه و ماله لأبيه، كما فى النبوى المشهور (٣)، و صحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء» (٤)، و ما فى العلل عن محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه: من أنّ علّه تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى {يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ} (٥) (٦). و من الظاهر أنّ تصرّفات الإنسان فى مال نفسه لا- تشترط بالمصلحه أو عدم المفسده بل هى صحيحه و نافذه مطلقاً.

ص: ١٩٨

١- المبسوط ٢: ٢٠٠

٢- الوسائل ١٢: ١٩٦، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤

٣- الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢

٤- الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل

٥- علل الشرائع: ٥٢٤، الباب ٣٠٢، و عنه الوسائل ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، و الآيه من سوره الشورى: ٤٩.

٦- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٥٣٧

وفيه: أنّ هذه الأخبار بأجمعها أجنيبه عن الولايه ولا دلالة لها على اشتراطها أو عدم اشتراطها بشيء وتوضيح ذلك: أنّ المراد من قوله عليه السلام «أنت ومالك لأبيك» ليس هو الملك قطعاً، إذ لا معنى لأن يكون الولد ملكاً لوالده، وإلا فيصير كالعبد ولا يتملك شيئاً، نعم لو لم تشتمل الروايه على لفظه أنت لكان احتمال الملك ممكناً إلا أنّك عرفت أنّ الروايه مشتمله على لفظه أنت، ومعه لا يبقى مجال لهذا الاحتمال، هذا.

مضافاً إلى أنّ ذلك ينافي ما ورد من أنّ الولي أعنى الأب والجد يجوز أن يقترض من مال الولد (١) أو أنه يقوم جاريه الابن على نفسه (٢) إذ لو كان الولد وماله ملكاً لهما فلا يحتاج إلى الاقتراض بل هو ماله، كما لا يكون حينئذ معنى لتقويم الجاريه و لعله ظاهر فاحتمال إرادته الملك مقطوع الفساد .

كما أنّ المراد منها ليس هو الولايه بمعنى أنت و مالك تحت تصرف أبيك و ذلك لأنّ بعضها ورد في الكبير كالروايه (٣) المتضمنه لشكايه الولد إلى النبي صلّى الله عليه وآله من أبيه وما ورد في تزويج الجد للبت معللاً بأنّ البنت و أباهما للجد ومن المعلوم أنّ الكبير لا معنى للولايه عليه، فهذا الاحتمال أيضاً مندفع .

و أمّا احتمال إرادته الملك تنزيلاً بمعنى أنّ الولد وماله وإن لم يكونا مملوكين للأب حقيقه إلا أنّهما في حكم الملك بالنسبه إليه، فهو أيضاً مندفع بأنّ ذلك ينافي

ص: ١٩٩

١- الوسائل ١٧: ٢٦٤ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٦

٢- الوسائل ١٧: ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٣

٣- الوسائل ١٧: ٢٦٥ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٨

الاقتراض من مال الولد وتقويم جاريته على نفسه لأنّ الإنسان لا يقترض من مال نفسه ولا يقوّم ماله على نفسه .

و أمّا احتمال إرادته الانتفاع بمال الولد ونفسه بمعنى أنّ الوالد يجوز له الانتفاع من الولد وماله، فهو وإن كان صحيحاً في حدّ نفسه إلاّ أنه لا دلالة فيه على الولايه لأنّ جواز الانتفاع أمر غير الولايه على الولد كما هو ظاهر .

فتحصّل: أنّ هذه الأخبار لا دلالة فيها على الولايه ولا على تقييدها واشتراطها بشيء .

و التحقيق في معنى الحديث أن يقال: إنه ناظر إلى أمر أخلاقي ناشئ من الأمر التكويني، وذلك الأمر التكويني هو أنّ الله تعالى قد وهب الولد لوالده كما هو مقتضى قوله تعالى {يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ} (١) فهو موهوب و هديه من الله لوالده كما ورد في عدّه روايات (٢) سئل فيها عن وجه حليّه مال الولد لوالده دون العكس فأجابه عليه السلام بأنّ الولد موهوب إلهي للأب ومقتضى الهديه في مقابل المشاق التي احتملها الأب وتوسّل إلى الله تعالى في طلب الولد أن لا يمنعه الولد عن التصرف فيه وفي ماله، فلا علاقه لتلك الروايات بالولايه كما لا يخفى .

و استدلل أيضاً على عدم اعتبار شيء من الأمرين في ولايتهما باطلاق ما دلّ على ولايه الأب والجدّ على تزويج البنت وتقديم تزويج الجد على تزويج الأب فيما إذا زوّجا البنت من شخصين في زمان واحد معللاً بأنّ الأب وماله للجدّ، فولايه

ص: ٢٠٠

١- الشورى ٤٢: ٤٩

٢- الوسائل ١٧: ٢٦٦ / أبواب ما يكتسب به؛ ب ٧٨ ح ٩

الجدّ أقوى من ولأيه الأب في النكاح كما في موثق عبيد بن زرارته قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام) « الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل و يريد جدها تزويجها من رجل فقال: « الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن الاب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الاب و الجد » والروايه و ان كانت في النكاح الا انه لا خصوصيه له اولاً و يشمل باقى الموارد بطريق اولى.

وفيه: انهم عارض بموثق الفضل بن عبد الملك عن الصادق (عليه السلام) « قال: ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و كان ابوها حياً و كان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى ابو الجارية هوى و هوى الجد هوى و هما سواء فى العدل و الرضا قال: « احب الى ان ترضى بقول الجد» (١) و هو صريح انها لا ينفذ امره فيها من دون رضاها .

أقول: و يشهد لذلك أيضاً صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (عليه السلام) قال « اذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه » (٢) فان الظاهر منه ان الجد امره على ولده نافذ لا على اولاد اولاده كما تقدم تفصيل ذلك فى كتاب البيع (٣).

فالحاصل: ان هذه الأخبار لا يستفاد منها عدم اشتراط التصرف بالمصلحة و عدم المفسده. وقد يقال: انها على تقدير إطلاقها ودلالاتها على عدم الاشتراط نقيدها بصحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه

ص: ٢٠١

١- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٩٠ ح ٤

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٨٩ ح ١

٣- الدرر الفقيهه ج ١٠ ص ٦٨

إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنّ الله لا يُحبُّ الفساد» (١) فإنّ الاستشهاد بالآيه يدلّ على إرادته الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، و أنّه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسده للطفل. فهيدآله على تقييد التصرف فى مال الابن بصورة الحاجه مذيّله بقوله تعالى (والله لا يُحبُّ الفساد) فإنّ معناه أنّ الله يبغض الفساد لا أنه يكرهه، إذ لا معنى لكراهه الفساد، فتكون هذه الصحيحه دليلا على حرمة التصرف من دون مصلحه أو مع وجود المفسده فيكون موجبا لتقييد هذه الأخبار المتقدمه على تقدير إطلاقها ودالاتها على عدم الاشتراط .

و فيه: ان الصحيحه اجنبية بالمره عن ما نحن فيه من ولاية الاب على اموال صغيره بل هي وارده فى الأخذ من مال ابنه مما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه حسب منطوقها وان كان ابنه بالغا كما هو موردها من خطاب النبى (صلى الله عليه و آله) له انت.. الخ .

ثمّ إنهم استدّلوا على اشتراط المصلحه فى الولاية بوجوه:

الأول: أنّ نفس جعل الولاية فى حقّ الصغير والمجنون وغيرهما يقتضى اشتراطها بالمصلحه، لأنّ معناه أن يباشر الولى أمور المولى عليه لأجل أن يعود نفعها إلى ذلك المولى عليه بأن يبيع داره لأجل مصلحته ويشترى له شيئا لدفع مفسدته، لا أن تجعل الولاية للتصرف فى مال المولى عليه بلا مصلحه و صرفه فيما لا ينبغى له، وكيف كان فالحكمه فى جعل الولاية هي مصلحه الطفل والمولى عليه وإلاّ

ص: ٢٠٢

---

١- الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و الآيه من سورة البقره: ٢٠٥.

فيكون أصل تشريعها لغوياً، فمقتضى نفس جعل الولايه أن يراعى مصلحة المولّى عليه، ولعلّ ذلك ظاهر .

و فيه: أنه مجرد استحسان وبيتنى على ان جعل الولايه كان بالاضافه إلى مصالحه فقط، وهو اول الكلام ولعله كان جعلها بملا-حظه كل واحد من الطرفين اولأجل احترام الولي، لأنّ المولّى عليه موهوب له كما ورد في الأخبار من أنّ الولد هبه لأبيه، فإنّما جعل الولايه له حفظاً لاحترامه ومصالحه ولأجل التصرّف في مال المولّى عليه وحفظه، فلا يقتضى جعل الولايه للأب مثلاً رعايه مصالح المولّى عليه في جميع التصرّفات، ولا-وجه لتقييد أدلّتها مع أنّها مطلقة في مقام الاثبات، بل ثبت أنّ الولي له أن يأكل من مال الطفل عند الحاجه إليه وإن كان ذلك على خلاف مصلحة الصغير، وذلك لأنّ نفقه الوالدين على الولد عند الاعسار كما أنّ نفقه الولد على الأبوين .

الوجه الثاني: الاجماع على اشتراط الولايه بالمصلحه في التصرف ففي مفتاح الكرامه(1) استظهر الإجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد(2) على إناطه جواز تصرّف الولي بالمصلحه. وقال الحلّي في السرائر: لا يجوز للوليّ التصرّف في مال الطفل

ص: ٢٠٣

---

١- مفتاح الكرامه ٤: ٢١٧، وفيه: وهذا الحكم إجماعي على الظاهر.

٢- حاشيه القواعد (مخطوط): الورقه ٧١ ذيل قول العلّامة: مع المصلحه للمولّى عليه وفيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك.

إلّا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرّف فيه، و هذا الذى يقتضيه أصول المذهب (١). انتهى.

و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد: أنّ قطب الدين نقل عن العلامة: أنّه لو باع الوليّ بدون ثمن المثل، لم لا يُنزّل منزله الإِتلاف بالاقتراض؟ لأنّنا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إِتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنّه لا يقدر على مخالفه الأصحاب (٢).

و يدفعه: أنّ المحصّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجّه على وانه بين المتأخرين. مضافاً إلى كثره المخالف فى المسأله، و قد ذهب بعضهم إلى عدم اعتبار شىء من المصلحه و عدم المفسده .

الوجه الثالث: قوله تعالى (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٣) والأحسن إنّما يتحقّق بالمصلحه، فإن قلنا إنّ اليتيم عباره عن خصوص من مات أبوه فلا تشمل الآيه الأب كما هو ظاهر و تشمل الجدّ فقط عند فقدان الأب، فإذا ثبت اشتراط الولاية فى الجد بالمصلحه فنثبتته فى ولاية الأب بطريق أولى، لأنّ ولاية الجد أقوى من ولاية الأب عند المزاحمه، فإذا ثبت أمر فى القوى فيثبت فى الضعيف بالأولويه .

ص: ٢٠٤

١- السرائر ١: ٤٤١

٢- حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢١٧

٣- الأنعام ٦: ١٥٢



وفيه: ان الآيه تختص باليتيم - لو تمت دلالة الآيه المباركه - ولا يمكن التعدى عنه مضافا الى ما تقدم من الاشكال فى ولايه الجدد واقوائيتها .

واما دلالة الآيه المباركه فالظاهر عدم دلالتها لأنها نظير قوله تعالى {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} (١) وليس مفادها غير مفاد هذه الآيه المباركه، ومعنى القرب يختلف باختلاف الموارد ففيما إذا أضيف إلى فعل من الأفعال كما إذا قيل: لا تقربوا من شرب الخمر أو لا تقرب الزنا ونحو ذلك فمعناه لا تفعله ولا تأت به وإذا أضيف إلى جنس من الأجناس كما فى قوله تعالى {لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ} (٢) أو لا تقرب المزمارة والآلات الغناء فمعناه أن لا تجعله تحت يدك و لا تملكه بالأكل و التصرف فيه، والظاهر أن اليتيم فى الآيه إنما ذكر من أجل أن الغالب أنهم يتقربون من أموال اليتامى و يأخذونها لعدم تمكن اليتيم من الدفع عن نفسه و إلا فلا خصوصيه لليتيم أبداً .

ثم إن الباء فى قوله تعالى {إِلَّا بِالَّتِي} سببيه كما فى قوله تعالى {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} و قد حذف متعلقها وهو الطريقه الوسطى كما يشهد له تأنيث الموصول، و لا يراد به التقرب الأحسن، فمعنى الآيه لا تأكلوا و لا تقربوا أموال اليتامى إلا بالطريقه الوسطى وهى طريقه الإسلام فهو الظاهر من الآيه، بمعنى أنه لا تأكلوها إلا بمجوز شرعى الذى هو الطريقه الإسلاميه، فمساق الآيه مساق قوله تعالى {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} وعليه فالآيه أجنيه عن

ص: ٢٠٥

١- النساء ٤: ٢٩

٢- الأنعام ٦: ١٥٢

الولاية بالكليه، وذلك لأن التصرف في مال اليتيم بالبيع ونحوه ليس تقرباً لأن معنى التقرب هو الأكل والتملك لا البيع والشراء وأمثالهما، والنهي في المقام تكليفي قد تعلق بالتقرب بالمعنى المذكور ولا علاقة له بالحكم الوضعي من الصحه والفساد أبداً، وعلى تقدير أن النهي أعم من التكليفي والوضعي أيضاً فقد عرفت أن التقرب لا يشمل أمثال التصرف بالبيع ونحوه ولعله ظاهر، وعليه فالأخبار الواردة في ولاية الأب والجد الداله تبقى بلا مقيد.

و الحاصل عدم الدليل على اشتراط المصلحه و لا عدم المفسده في ولاية الولي .

بقى الكلام في أن المصلحه أو عدم المفسده بناءً على اعتبارهما في ولاية الأب و الجد هل الاعتبار بوجودهما الواقعي أو المعتبر فيهما هو المصلحه أو عدم المفسده بوجودهما الاحرازي، و تظهر الثمره فيما إذا تصرف في مال الصغير بقصد المصلحه و عدم المفسده فظهر أنه كان فاسداً في الواقع، أو أنه تصرف فيه بقصد الافساد ثم ظهر أنه على وفق مصلحه الطفل فهل يحكم بالصحه أو بالفساد؟ الصحيح هو الاول وهو الاعتبار بوجودهما الواقعي لكون الحكم معلق على ما هو الواقع كما هو ظاهر الدليل.

### اشتراط كون العين مما يصح الانتفاع بها

(و كون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها)

و ذلك لانه بدون بقاء العين لا يمكن تملك الانتفاع , نعم يكفي في المعير ان يكون مالكا للمنفعه وذلك لان التسليط على الانتفاع لا يتوقف على ملكيه العين بل تكفي فيه ملكيه المنفعه ما دام لم يشترط استيفاؤها بالمباشره.

هذا و قد يستثنى من العاريه المنحه و هى الشاه المستعاره للحلب الآ أن يقال: إن الاستعاره إنما هى فى الشاه لا فى اللبن، و لبنها و إن كان عينا إلا أن العرف يعدّه منفعه .

أقول: الصحيح أن المنحه عنوان مستقل غير عنوان العاريه فلا- علاقه لاحدهما بالاخر وهى - كما يفهم من اسمها - نوع من الهديه .

### و للمالك الرجوع فيها متى شاء

(و للمالك الرجوع فيها متى شاء) لأنها عقد جائز .

(آ فى الإعاره للدفن بعد الطم)

أقول: لا معنى لأصل الإعاره للدفن لأن لازم العاريه الردّ و لا يجوز النبش و إنما هو إجازة للدفن فى أرضه و معلوم أن من دفن يبقى فى مدفنه، و الأصل فى ما ذكره المبسوط، و مثله ما لو أعاره لوحا رقع به سفينته فى لجج البحر فلا رجوع له إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطىء أو إصلاحها فان العاريه فى مثله إنما تكون إلى موضع يمكنه الخروج أو الإصلاح، و الآ صار المعير سببا لوقوع الغير فى

الهلكه كما و ان الاستعاره للزهن أيضا ليس بعاريه بل رهن مال الغير بإذنه كييعه كذلك .

### و هي أمانه لا تضمن إلا بالتعدى أو التفريط

(و هي أمانه لا تضمن إلا بالتعدى أو التفريط)

كما هو مقتضى قاعده عدم ضمان الامين, مضافا إلى الروايات الخاصه, كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «... إذا هلكت العاريه عند المستعير لم يضمه الا ان يكون اشترط عليه»<sup>(١)</sup>.

و كصحيح الحلبي, عن الصادق (عليه السلام) «ليس على مستعير عاريه ضمان, و صاحب العاريه و الوديعة مؤتمن»<sup>(٢)</sup>.

و صحيح محمد بن قيس, عنه (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أعار جاريه فهلكت من عنده و لم يبغها غائله فقضى أن لا يغرمها المعار - الخبر»<sup>(٣)</sup>.

و صحيح ابن سنان, عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن العاريه, فقال لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٢٠٨

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٦ الباب ١ من أحكام العاريه الحديث ١

٢- التهذيب (في أول عاريته)

٣- التهذيب (في ٣ عاريته)

٤- الكافي (ط - الإسلامية), ج ٥, ص: ٢٣٩ ح ٥

و اما خبر وهب، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام أنّ علياً (عليه السلام) قال: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن و من استعار حرّاً صغيراً فعيب فهو ضامن» (١) الدال على الضمان والمراد بوهب أبو البختری الضعيف و لعلّه اليه استند الإسكافيّ في ضمان الحيوان و حملته الاستبصار على الأخذ بغير إذن المالك و التفريط وهو وان كان حملاً- تبرعياً ألما انه شاهد على مردوديه الخبر، و يرده ما تقدم من النصوص كصحيح محمد بن قيس .

### و إذا استعار أرضاً غرس أو زرع أو بنى

(و إذا استعار أرضاً غرس أو زرع أو بنى)

مخيراً بين هذه الثلاثة ان لم يكن هناك انصراف، و أمّا تخييره فلأنّه استعارها للانتفاع و لم يعين له جهه .

### و لو عيّن له جهه لم يتجاوزها

(و لو عيّن له جهه لم يتجاوزها) لانه لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه.

(و يجوز له بيع غروسه و أبنيته و لو على غير المالك)

ص: ٢٠٩

---

١- التّهديب (في ١١ عاريتّه)

كما هو مقتضى قاعده الناس مسلطون على اموالهم. لكن قال الشيخ في المبسوط: «الأقوى أنه ليس له بيعها على غيره لعدم إمكان التسليم» و هو صحيح ان كان لايمكن التسليم لكن بما تراضيا من قيمه او قيمه المثل بدليل قاعده نفي الضرر.

و لا بأس بنقل كلامه فلا يخلو من فائده فقال «إذا أذن له في الغرس و لم يعين مده فغرس كان للمالك المطالبه بالقلع إذا دفع الأرش بأن يغرم له ما ينقص فتقوم قائمه و مقلوعه و يغرم ما بين القيمتين و إن قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها، أجبر على قبضها لأنه لا ضرر عليه فيه، و لو قال المستعير: أنا أضمن قيمه الأرض لم يكن له ذلك، و للغارس بيعها على المالك، و الأقوى أنه ليس له بيعها على غيره لعدم إمكان التسليم، و لو أذن له في الزرع فزرع ليس له المطالبه بقلعه قبل إدراكه و إن دفع الأرش، لأن له وقتا ينتهي إليه» و تبعه الحلبي في الزرع، و نقول في الغرس أيضا القلع يمكن أن يؤدي إلى هلاك الشجر.

و يستدل لهما بان الاذن في الشيء اذن في لوازمه و عليه فيكون للمعار حق و يتحمل المعير لوازم اعارته.

هذا و قال الإسكافي: «لو أعاره قراحا ليبنى فيه أو يغرس مده معينه لم يكن لصاحب الأرض أن يخرجها عن بناءه و غرسه كرها قبل انقضاء المده فإن فعل ذلك كان كالغاصب و كان عليه أعلى قيمه بناءه و غرسه قائماً و منفرداً و لو كانت الإعارة غير موقتة كان لصاحب الأرض إخراجه إذا أعطاه قيمه بناءه و غرسه ثم

يخرجه» وما قاله هو صحيح إلا في مؤخذه الغاصب باعلى القيم فقد تقدم بطلانه لعدم الدليل عليه.

### و لو نقصت العين بالاستعمال لم يضمن

(و لو نقصت العين بالاستعمال لم يضمن)

لاين ذلك من لوازم الاذن فى الانتفاع بها مجاناً لكن ذلك فى غير العاربه المضمونه، و أمّا فيها فهو ضامن لنقصها، كما هو ضامن لهلاكها، كما أنه فى صورته التعدى و التفريط أيضاً كذلك ضامن لأصلها و نقصها.

### و يضمن العاربه باشتراط الضمان

(و يضمن العاربه باشتراط الضمان و بكونها ذهباً أو فضة)

كما فى موثقه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله أو أبى إبراهيم عليهما السلام: «العاربه ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة فانهما مضمونان اشتراطاً أو لم يشترطاً»<sup>(١)</sup>.

ان قلت: لا بدّ من تقييد الذهب و الفضة بخصوص الدنانير و الدراهم لصحيحه عبد الله بن سنان: «قال أبو عبد الله (عليه السلام): لا تضمن العاربه الا ان يكون قد اشترط

ص: ٢١١

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٠ الباب ٣ من أحكام العاربه الحديث ٤.

فيها ضمان آلا الدنانير فانها مضمونه و ان لم يشترط فيها ضمانا»(١)، و صحيحه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله (عليه السلام): «ليس على صاحب العاربه ضمان آلا ان يشترط صاحبها آلا الدراهم فانها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط»(٢).

قلت: ان التقييد المذكور ليس عرفيا لان لازمه الحمل على الفرد النادر، إذ شرط صحه العاربه على ما تقدم امكان الانتفاع بالعين مع بقائها، و هذا لا يتحقق عادة في الدنانير و الدراهم و ان كان يتحقق نادرا كما في اعارتها للترزين بها بخلاف عاربه غيرهما من الذهب و الفضة حيث يكون للاستعمال في الأعراس، و في الخبر: «إن عاربه الحلّي زكاته» و حينئذ فلا تقلّ منافعتها.

و عليه فتكون النتيجة ان العاربه ليس فيها ضمان آلا مع الاشتراط أو كونها من قبيل الذهب و الفضة. و لم يفهم خلاف صريح من كلام القدماء فعبر الصدوق و الشيخ بالذهب و الفضة، و الإسكافي و المفيد و الديلمي و الحلبيّان و الحلّي بالعين و الورق، و ابن حمزه بالثمن، فإن المتبادر منها المضروب، و لذا لم نر المختلف عيّن عنوانا لذكر الخلاف و إنما قال في المسأله الأولى من فصل عاربه: «المشهور أنّ العاربه إذا لم يكن ذهبا و لا فضة لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي سواء كان حيوانا أو غيره، ثم نقل خلاف الإسكافي في قوله: «و ما كان

ص: ٢١٢

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٩ الباب ٣ من أحكام العاربه الحديث ١ و المناسب: ضمان بالرفع كما في تهذيب الاحكام ٧: ١٨٣ و الاستبصار ٣: ١٢٦

٢- وسائل الشيعة ١٣: ٢٤٠ الباب ٣ من أحكام العاربه الحديث ٣



عينا أو ورقا أو حيوانا ضمن المعمار تلفه» و نقل في مسأله السابعه عن الحلبي و الإسكافي ضمان العين و الورق مطلقا و ما عداهما بشرط التضمن أو التعدي فمتى تلفت أو نقصت و الحال هذه فعلى المستعير ضمان مثل ما هلك و نقص من المال و قيمه ما تلف من الأعيان و أرش ما نقص، و قال: أطلقا، و الوجه ما قاله المبسوط إن نقصت بالاستعمال، ثم تلفت العين لم يضمن إلّا مع التعدي أو شرط تضمين ما نقص لأنّ الذّاهب من الأجزاء مأذون في إذهابها بمجرى العاده».

مع أنّه لا- يفهم اختلاف واضح بين المبسوط و بينهما كما أنّه إنّما قال في مسأله الأولى ردّا على الإسكافي في زيادته الحيوان في الضمان، و إنّما أوجبه في الذّهب و الفضّه لقصور النفع بالعاريه فيهما- إلخ».

هذا و يدل على الضمان باشرطه و لو من الكافر ايضا صحيح أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام): «بعث النبيّ صلّى الله عليه و آله: إلى صفوان بن أمية فاستعار منه سبعين درعا بأطراقها فقال: أغصبا يا محمّد؟ فقال: النبيّ صلّى الله عليه و آله: بل عاريه مضمونه»<sup>(١)</sup>.

و صحيح الحلبيّ، عنه (عليه السلام) في خبر «إذا هلك العاريه عند المستعير لم يضمنه إلّا أن يكون قد اشترط عليه»<sup>(٢)</sup> و غيرهما .

ص: ٢١٣

١- وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٦ الباب ١ من أحكام العاريه الحديث ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٨ ح ١

يشترط في العاربه كون المعير كاملاً- جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد و يجوز إعاره الصبي بإذن الولي و يشترط العين كونها ممياً يصح الانتفاع بها مع بقائها، و للمالك الرجوع فيها متى شاء، قيل: إلا في الإعاره للدفن بعد الطم. قلت: لا معنى للإعاره للدفن بل هي اجازة للدفن فلا يجوز بعدها التراجع لحرمة النيش، و هي أمانة لا تضمن إلا بالتعدى أو التفريط، و إذا استعار أرضاً غرس أو زرع أو بنى، و لو عين له جهه لم يتجاوزها، و يجوز له بيع غروسه و أبنيته و لو على غير المالك، و لو نقصت بالاستعمال لم تضمن، و تضمن العاربه باشتراط الضمان و بكونها ذهباً أو فضةً.

### و لو ادعى المستعير التلف حلف

(و لو ادعى المستعير التلف حلف)

إذا كان مأموناً و ألا كان مدعياً و يشهد لهذا التفصيل مفهوم صحيح محمّد - أي ابن مسلم - عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن العاربه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: إذا كان أميناً فلا غرم عليه»<sup>(١)</sup>.

ص: ٢١٤

و صحيح عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام): «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا»(١).

و موثق مسعده بن زياد، عن جعفر بن محمد عليهما السّلام: «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت أو سرت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا»(٢).

لا يقال: هذا التفصيل مخالف لقاعده عدم ضمان الامين .

فانه يقال: لاشك في عدم ضمان الامين ثبوتا و انما الكلام في مقام الاثبات كما تقدم في كتاب الاجاره.

## و لو ادعى الرد حلف المالك

(و لو ادعى الرد حلف المالك)

لان الاصل عدم الرد لكن قيل: ان مقتضى صحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام) «ليس على مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن» كون المستعير كالودعي في قبول قوله في الردّ نعم فرقوا بينهما بأنّ الودعي قبضه لمصلحه المالك و المستعير لمصلحه نفسه.

ص: ٢١٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٣٩ ح ٥

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٤ ح ١٦

وفيه: ان الحكم لم يثبت فى الودعى كما تقدم فى كتاب الوديعه وكونه امينا كما هو مدلول صحيح الحلبى لا يكون دليلا على صحه دعوى الرد وباقى استدلاله مجرد استحسان كما لا يخفى .

### و للمستعير الاستغلال بالشجر الذى غرسه

(و للمستعير الاستغلال بالشجر الذى غرسه فى الأرض المعاره)

ما دام المعير لم يفسخ العاريه ان كانت عاريه مطلقه و الّا كان له الانتفاع بمقدار ما اذن له المعير و بذلك يظهر ضعف ما فى المبسوط: «و أمّا المستعير فليس له أن يدخلها لغير حاجه فإذا أراد دخولها لحاجه مثل سقى الغراس و غيره ممّا يتعلّق بمصالح غرسه فهل له ذلك أم لا، قيل فيه وجهان - إلى - و الثانى: له ذلك لأنّنا إن لم نجعل له الدّخول لمصالح الغراس أتلفناه عليه، و ذلك لا يجوز».

(و كذا للمعير) لانها ملكه والناس مسلطون على اموالهم .

### و لا يجوز للمستعير اعاره العين المستعاره

(و لا يجوز للمستعير اعاره العين المستعاره إلّا بإذن المالك)

كما في صحيح إسحاق بن عمار، عن الصادق (عليه السلام) و الكاظم (عليه السلام) في خبر «و قال: إذا استعرت عاريه بغير إذن صاحبها فهلك فالمستعير ضامن»<sup>(١)</sup> و علي بن السندی حيث لم يستثنه ابن الوليد من نواذر الحكمة فهو ثقہ .

### و لو شرط سقوط الضمان في الذهب و الفضة صح

(و لو شرط سقوط الضمان في الذهب و الفضة صح)

كما في صحيح زراره: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): العاريه مضمونه؟ فقال جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب و الفضة فإنهما يلزمان، إلا أن يشترط عليه أنه متى ما توى لم يلزمك تواه- الخبر»<sup>(٢)</sup> و غيره مما تقدم .

### و لو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز

(و لو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر)

قيل: «و يحتمل عدم صحه الشرط لأنهما من أسباب الضمان فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه» .

ص: ٢١٧

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٨٣ ح ١٠

٢- الكافي (في ٣ من أخبار ضمان عاريته)

قلت: لا ريب في معقوليته إسقاطه عند العقلاء و لا مانع منه شرعا بعد فرض كونه عقلائيا وعموم المؤمنين عند شروطهم شامل له.

## و لو قال الراكب: أعرنتيها و قال المالك آجرتكها

(و لو قال الراكب: أعرنتيها و قال المالك آجرتكها، حلف الراكب)

كما ذهب إليه المبسوطان في باب عاريتهما .

(و قيل: يحلف المالك) كما ذهب اليه المبسوط في باب المزارعه (و يثبت له اجره المثل الا ان تزيد على ما ادّعاه من المسمّى) و تردد في باب المزارعه من الخلاف بين حلف الراكب أو القرعه.

أقول: مقتضى القاعدة ان كلا منهما مدع و منكر فان اتى احدهما بالبينه فهو و ان حلف احدهما فكذلك و ان اتيا بالبينه او حلفا كلاهما يتساقطان و تثبت اجره المثل لاحترام مال المسلم الا ان تزيد على ما ادّعاه من المسمّى لاققراره بعدم استحقاق الازيد هذا ما تقتضيه القاعدة الا ان الدليل الخاص قام على ان للمالك ان يحلف و هو صحيح إسحاق بن عمّار «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل: كانت عندي وديعه، و قال الآخر إنّما كانت عليك قرضا؟ قال: المال لازم له إلا أن يقيم البينه أنّها كانت وديعه»<sup>(1)</sup> بتقريب ان الصحيح دلّ على أنّ التصرّف في مال الغير حيث يكون بأنحاء بنحو

ص: ٢١٨

---

١- الكافي في ضمان عاريتة و وديعته

ضمان و بنحو غير ضمان فالأصل النحو الأول، و يفهم منه بتنقيح المناط أنه إذا اختلفا في كونه بما له أجره و ما ليس له أجره فالأصل كونه له أجره و عليه فالصحيح هو ان يحلف المالك و تثبت له اجره المثل إلا ان تزيد على ما ادعاه من المسمى.

حصيله البحث:

لو ادعى المستعير التلف حلف و لو ادعى الرد حلف المالك، و للمستعير الاستئصال بالشجر ما دام المعير لم يفسخ العاربه ان كانت عاربه مطلقه و إلا كان له الانتفاع بمقدار ما اذن له المعير و كذا للمعير، و لا يجوز إعاره العين المستعاره إلا بإذن المالك، و لو شرط سقوط الضمان في الذهب و الفضة صح، و لو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر، و لو قال الزاكب: أعرتنيها، و قال المالك: آجرتكها، حلف المالك و تثبت له أجره المثل إلا أن تزيد على ما ادعاه من المسمى.

**(كتاب المزارعه)**

**إشاره**

قال في المبسوط «المخابره و المزارعه اسمان لعقد واحد، و هو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، و في الناس من قال: المخابره أن يكون من أحدهما الأرض

ص: ٢١٩

وحدها، و المزارعه أن يكون الأرض و البذر و ما يحتاج إليه من الفدان و غيرها من ربّها، و لا يكون من الأكار إلا عمل نفسه، و الأوّل أظهر»(١).

قلت: بل المخابره أخصّ من المزارعه، فإنّها الإعطاء بالنصف وذلك لصحيحه حمّاد، عن الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن مزارعه أهل الخراج بالربيع و الثلث و النصف، فقال: لا بأس، قد قبل النبيّ صلى الله عليه و آله أهل خيبر أعطاهم اليهود حين فتحت عليه بالخبر و الخبر هو النصف»(٢).

### حقيقه المزارعه

(و هي معامله على الأرض بحصّته من حاصلها إلى أجل معلوم)

اما تحديد المزارعه بما ذكر فتشهد له روايات باب المزارعه، كصحيحه عبد الله بن سنان: «الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفًا و ان شئت ثلثًا»(٣) و غيرها.

و عدم اسناد الحديث الى الامام (عليه السلام) غير مهم بعد كون الناقل عنه ابن سنان الذي لا تحتمل في حقه الروايه عن غيره (عليه السلام).

ص: ٢٢٠

١- المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ٢٥٣ و الفدان، الثور أو الثوران يقرن للحرث بينهما.

٢- الفقيه في ٤ من أخبار بيع الثمار

٣- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٠ الباب ٨ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٥



على ان عدم اسنادها كذلك انما هو فى روايه الكلينى و الالفى روايه الشيخ اسندت إلى ابى عبد الله (عليه السلام) (١).

هذا و المفهوم من قول المبسوط «و هو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها» أنّ المزارعه إجاره مخصوصه، كما ورد التصريح به فى خبر الفيض بن المختار «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): ما تقول فى الأرض أتقبلها من السلطان، ثم أؤاجرها من أكرتى أنّ ما خرج منها من شىء كان لى من ذلك النصف أو الثلث أو أقلّ من ذلك أو أكثر، فقال: لا بأس به» (٢) و فى المقنع «و لا بأس أن يستأجر الرجل الأرض بخمس ما يخرج منها أو بدون ذلك أو بأكثر ممّا يخرج منها من الطعام و الخراج و العمل على العالج».

و هنا بحث عن امكان اثبات شرعيتها بمقتضى القاعده و قطع النظر عن الروايات الخاصه و عدمه ففيل بعدم الامكان، بتقريب ان المزارعه تتضمن تملك العامل حصته من الناتج، و حيث انه لا- وجود لها حين العقد فلا- يمكن تملكها عقلايا لان غير الموجود ليس بمملوك كى يقبل التملك. و هل ترى امكان ان يبيع الشخص السمكه التى سيصطادها بعد ساعه أو يهب الشىء الذى يشتريه بعد ذلك؟ كلا، انه ليس عقلايا، و عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (٣) و نحوه منصرف عنه و عليه

ص: ٢٢١

---

١- حسب بعض نسخ التهذيب على ما اشير اليه فى هامش الطبعه القديمه من وسائل الشيعه.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٦٩ ح ٢

٣- المائده: ١

فلا- يمكن التمسك لإثبات صحتها بالعمومات من قبيل قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} بناء على ان المراد بالعقود العهود كما فى صحيحه ابن سنان.

و اجيب: بان ما يحصل فى المستقبل هو فى نظر العرف بمنزله الموجود كمنافع العين كما تقدم فى المضاربه و عليه فلا مانع من شمول {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} لها.

### شروط المزارعه

يلزم فى المزارعه:

١- الايجاب و القبول (و عبارتھا زارعتك أو عاملتك أو سلمتها إليك و شبهه) و لو بغير العريه و الماضويه و لا يلزم ان يكون الايجاب من المالك و لا تقدمه (فيقبل لفظا) بل يجوز ان يكون الايجاب باللفظ و القبول بالفعل او يكونا معا بالفعل.

اما اعتبار الايجاب و القبول فى المزارعه فلأنها عقد لا ايقاع كما هو واضح.

و اما التعميم من الجهات الاخرى فلصدق العقد فى جميعها، و مقتضى اطلاق {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ثبوت الصحه و اللزوم فى جميعها ويشهد لذلك ايضا ما ورد من التعابير فى نصوص المزارعه مثل صحيحه ابن سنان المتقدمه «لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفاً و ان شئت ثلثاً»<sup>(١)</sup> الداله على صحتها بصيغه المضارع.

ص: ٢٢٢

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٠ الباب ٨ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٥

و مثله خبر أبي الربيع ففيه: «و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرعك في أرضك و لك كذا و كذا مما أخرج الله عز و جلّ فيها» (١) وقد تضمنا الإيجاب من الزارع و خير كما قد ورد وقوعه من المالك كما في خبر يعقوب ففيه: «سألته عن الرجل يُعطى الرجل الأرض الخربة فيقول أعمرها و هي لك ثلاث سنين..» (٢) فيفهم جواز كل منهما .

كما و يجوز كون صيغتها بلفظ الإجاره فقال الصدوق: «لا بأس أن يستأجر الأرض بخمس ما يخرج منها»، و قال الإسكافي: «لو أجرها بالثلث و الربع و جزء من الغلّه كانت مسافاه و كان ذلك جائزه» و قال الشيخ في مزارعه نهايته «و من استأجر أرضاً بالنصف أو الثلث أو الربع جاز له أن يؤجرها بأكثر من ذلك و أقلّ».

٢- و من شرائط المزارعه ان يكون كل من المالك و الزارع بالغاً عاقلاً مختاراً و ليس بمحجور عليه لسفه أو فلس. نعم إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجوريه في حقه.

اما اعتبار البلوغ و ما تلاه فقد تقدم وجهه في مباحث العقود المتقدمه .

ص: ٢٢٣

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٤٩

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٤٤ ح ١

و اما ان الزارع لا يشترط فيه عدم المحجوريه إذا لم يشارك بمال فلان السفه و المفلس ممنوعان من التصرف المالى فاذا فرض عدم المشاركة بمال فلا يعود وجه للاشترط المذكور.

هذا بناء على عدم منع السفه من التصرفات غير المالىه كما قال صاحب الجواهر «لان السفه لم يسلبه ... اهليه مطلق التصرف بل فى ماله خاصه ... كما هو واضح خلافا لبعض العامه»(1).

و اما بناء على منعه حتى من مثل جعل نفسه عاملا- فى المزارعه و المساقاه و نحوهما فيلزم فى الزارع عدم السفه حتى اذا لم يشارك بمال. قلت: و لا شاهد له و الصحيح هو الاول.

٣- تعيين المده بدايه و نهايه إذا لم يكن هناك انصراف يقتضى التعيين و يستدل له بحديث نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر وقد تقدم فى كتاب الاجاره موثوقه الحديث فراجع.

و يمكن الاستدلال لذلك بان المده إذا لم تكن متعينه بدايه و نهايه فلا يمكن تعلق الامر بوجوب الوفاء بالعقد لان ما لا تعين له كيف يتعلق به و جوب الوفاء؟

نعم إذا حددت البدايه و جعلت النهايه أدراك الحاصل كفى ذلك لأنه نحو من التعيين.

ص: ٢٢٤

٤- ان تكون المده بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها لانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المقصود من المزارعه و يكون الاقدام عليها لغوا و لا يشملها دليل الامضاء.

٥- تعيين نوع المزروع إذا لم يقصد التعميم لأى نوع كان و لم يكن هناك انصراف إلى نوع معين وذلك لنهى النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله عن الغرر ..

٦- وللغرر ايضا يلزم تعيين الارض مع تردها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف و لم يقصد التعميم لأى أرض وقع الاختيار عليها.

٧- ولأجل الغرر ايضا يلزم تعيين المصارف من البذر و نحوه و كونها على أى واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف مضافا الى ان العقد بدون ذلك لا يمكن تعلق وجوب الوفاء به، إذ وجوب الوفاء ببذل المصارف من خصوص احدهما بلا مرجح، و وجوبه بالبذل من كليهما امر على خلاف مقصودهما.

٨- ان تكون الارض و نحوها مملوكة و لو منفعه او يكون التصرف فيها نافذا بوكاله او ولايه وذلك لأنه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا.

حصيله البحث:

و المزارعه: معاملته على الأرض بحصه من حاصلها إلى أجل معلوم. و شرائطها: الايجاب و القبول و عبارتها زارعتك أو عاملتك أو سلمتها إليك و شبهه و لو غير العريه و الماضويه و لا يلزم ان يكون الايجاب من المالك و لا تقدمه فيقبل لفظا بل يجوز ان يكون الايجاب باللفظ و القبول بالفعل او يكونا معا بالفعل. و يشترط

ص: ٢٢٥

فيها ان يكون كل من المالك و الزارع بالغاً عاقلاً مختاراً و ليس بمحجور عليه لسفه أو فلس. نعم إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجوريه فى حقه, و يشترط فيها تعيين المده بدايه و نهايه إذا لم يكن هناك انصراف يقتضى التعيين , و ان تكون المده بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها و تعيين نوع المزروع إذا لم يقصد التعميم لأى نوع كان و لم يكن هناك انصراف إلى نوع معين و تعيين الارض مع تردها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف و لم يقصد التعميم لأى أرض وقع الاختيار عليها, و تعيين المصارف من البذر و نحوه و كونها على أى واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف , و ان تكون الارض و نحوها مملوكه و لو منفعه او يكون التصرف فيها نافذا بوكاله او ولايه.

## أحكام عامه فى باب المزارعه

١- (و عقدها لازم)

كما تقدم الاستدلال له بعموم قوله تعالى {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (١) و يؤيد ذلك خبر يونس: «كتبت إلى الرضا (عليه السلام) أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسماه ثم إنَّ المقبل أراد بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماه هل

ص: ٢٢٤

١- المائدة: ١

للمتقبّل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذى تقبّلها منه إليه و ما يلزم المتقبّل له؟ قال: فكتب (عليه السلام): له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمتقبّل من السنين ماله»(١).

(و يصحّ فيه التقايل)

لان الحق لا يعدو هما فلهما ذلك و يصحّ الفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط ايضا كما تقدم فى العقود المتقدمه.  
(و لا تبطل بموت أحدهما) بمقتضى كونها لازمه .

### و لا بدّ ان يكون النماء مشاعا بينهما

٢- (و) من شرائطها انه (لا بدّ من كون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه أو تفاضلا)

الأصل فى بطلان غير المشاع المبسوط فقال: «للمزارعه ضرب باطل بلا خلاف و هو أن يشترط لأحدهما شيئا بعينه مثل أن يكون لأحدهما الهرف- و هو ما يدرك أولا- و للآخر الأول- و هو ما يتأخّر إدراكه - أو على أن يكون لأحدهما ما ينبت على الجداول و الماذيانات(٢)، و للآخر ما ينبت على الأبواب، أو على أنّ الشتوى لأحدهما و الصيفى للآخر، فهذا باطل بلا خلاف لأنه غرر، لأنه قد ينمو

ص: ٢٢٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٧٠ ح ١

٢- الماذيانات - بكسر الذال و تفتح: مسائل الماء. و قيل: ما ينبت على حافى مسيل الماء، أو ما ينبت حول السواقى.

أحدهما و يهلك الآخر»(١) و الامر كما قال مضافا لما ورد في صحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام): «لا تقبل الارض بحنطه مسماه(٢) و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»(٣).

و قيد الشيخ في الاستبصار النهى فى الصحيحه بما اذا كانت الحنطه المسماه من نفس حاصل الارض، اما اذا كانت من حاصل موجود بالفعل من غيرها فلا بأس بذلك(٤). قلت: تخرج بذلك عن كونها مزارعه و تكون اجاره.

هذا و صرح الشيخ و القاضى و الحلبي بجواز اشتراط إخراج البذر أولا.

وفيه: أنه من الغرر فيمكن أن لا يحصل منه شيء أصلا أو يكون أنقص من البذر أو لم يكن فيه زياده.

هذا و يلزم أيضاً تعيين الحصه بالكسر المشاع، فلو قال: ازرع و اعطني مقدارا ما مشاعا لم تصح و ذلك للغرر .

### و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصه صح

(و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصه صح)

ص: ٢٢٨

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ٢٥٣

٢- اى بحنطه مقدّره بغير الكسر المشاع، بان يقول مثلا: بعشرين كيلوغراما.

٣- وسائل الشيعه ١٣: ١٩٩ الباب ٨ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٣

٤- الاستبصار ٣: ١٢٨



قال: في المختلف: «لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصّة، قال الشيخ: يكره و قيل بالمنع، و الأوّل أقوى عملاً بقوله المؤمنون عند شروطهم».

### و لو مضت المدّة و الزرع باق فعلى العامل أجره

٣- (و لو مضت المدّة و الزرع باق فعلى العامل أجره و للمالك قلعه)

إنّما ما قال، في ما إذا كان بقاء الزرع من تفريط الزارع مع ينعه، و أمّا لو كان لعدم ينعه فإنّ ينعه و حصاده يتقدّم و يتأخّر في السنين بحسب الهواء و الأمطار فليس له أجره و ليس له القلع، و في المبسوط «إذا زرع في أوّل الوقت غير أنّه لم يدرك في الوقت المحدود لا اضطراب الماء و شدّه البرد فهل يجبر على القلع؟ قيل: له ذلك لأنّه كان من حقّه أن يحتاط في تقدير المدّة التي يبلغ في مثلها، و قيل: لا، لأنّ هذا التأخير إنّما من جهة الله تعالى، و هو الأقوى»<sup>(١)</sup>.

### و لا بد من إمكان الانتفاع بالأرض

٣- (و) من شرائطها انه (لا بد من إمكان الانتفاع بالأرض بأن يكون لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع أو تسقيها الغيوث غالباً، فان لم يمكن بطلت المزارعه)

ص: ٢٢٩

---

١- المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ٢٦٣

كما و لابد من قابليه الارض للزراعه و لو بالعلاج، فلو كانت سبخته أو ما شاكل ذلك فلا تصح لانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المزارعه، و من ثم لا يمكن ان يشملها دليل الامضاء.

### و لو انقطع الماء فى جميع المده انفسخت

٤- (و لو انقطع الماء فى جميع المده انفسخت)

بعد انكشاف ان ما تعلقت به المزارعه غير واجد لشرائطها .

(و فى الأثناء يتخير العامل)

لطرو العيب، و لا يبطل العقد لعدم الموجب له ولسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار .

(فإن فسخ فعليه) اى العامل من الأجره (بنسبه ما سلف)

من المده، قال الشهيد الثانى «الانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له و زواله - اى الانتفاع - باختياره الفسخ. و يشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، و عمله الماضى مشروط بالحصه، لا بالأجره فإذا فاتت بالانقطاع ينبغى أن لا يلزمه شىء آخر» (١).

ص: ٢٣٠

---

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط كلاتر)؛ ج ٤، ص: ٢٧٩

أقول: مفروض المسأله ليس فى ما اذا انتفع بها وآلا كان الربح بينهما حسب التوافق اذن مفروض المسأله ما لم يحصل للعامل نفع و اخذه للارض لعمل لم يحصل فاذا فرضنا ان له حق الفسخ فلا شىء عليه لعدم الموجب له .

و الظاهر أنّ الأصل فى المسأله ما قاله المبسوط: «و كلّ أرض كان لها ماء قائم من نهر كبير أو صغير أو عين أو مصنع أو بئر فإنه يجوز اكتراؤها للزراعة، فإن ثبت الماء إلى أن يستوفى العلتين الصيفى و الشتوى منها فقد استوفى حقه، و إن كان قد استوفى أحدهما ثم انقطع الماء، فإن قال المكري: أنا أجرى إليها الماء من موضع آخر لأنّ لى فيه حقّ الشرب لأرضى لم يكن للمكبرى الخيار لأنّ العيب قد زال، و أمّا إذا تعدّر إجراء الماء إليها من موضع آخر فإنّ الخيار يثبت له فى الفسخ» قال: «و فيهم من قال: لا يبطل لأنّ جميع المنافع لم يتعدّر- إلى- فإذا ثبت ما قلنا من أنّها لا تنفسخ فى ما مضى، نظرت فإن كانت أوقات السّينه كلّها متساويه فى الأجره حسب على ما مضى، ففقط من الأجره المسّماه، و إن كانت مختلفه نظر كم اجره مثلها فى ماضى و فى ما بقى- إلى- و من قال: تنفسخ فى الكلّ و جب اجره المثل لما مضى». و مورد كلامه الإجاره كما لا يخفى و حينئذ فإن فسخ العامل فى الأثناء تكون عليه اجره ما مضى لانتفاعه بالارض بخلاف المقام لعدم الاجره فى المزارعه و القول بثبوت الاجره عليه ضرر نفاه الشّرع.

حصيله البحث:

ص: ٢٣١

عقد المزارعه لازمٌ و يصحّ التّقايل فيه و لا تبطل بموت أحدهما، و لا بدّ من كون النّماء مشاعاً تساويًا فيه أو تفاضلاً، و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً بضميمه مضافاً إلى الحصّه صحّ، و لو مضت المدّه و الزّرع باقٍ فعلى العامل الأجره و للمالك قلعه إذا كان بقاء الزّرع من تفريط الزّارع مع ينعه، و أمّا لو كان لعدم ينعه فإنّ ينعه و حصاده يتقدّم و يتأخّر فى السنين بحسب الهواء و الأمطار فليس له اجره و ليس له القلع، و لا بدّ من إمكان الانتفاع بالأرض بأن يكون لها ماءً من نهرٍ أو بئرٍ أو مصنعٍ أو تسقيها الغيوث غالباً، و لا بد من قابليه الارض للزراعة و لو بالعلاج، فلو كانت سبخه أو ما شاكل ذلك فلا تصحّ لانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المزارعه، و لو انقطع فى جميع المدّه انفسخت و فى الأثناء يتخيّر العامل، فإن فسخ و كان قد انتفع بها كان الربح بينهما حسب التوافق و اما ان لم يحصل للعامل نفع فلا شىء عليه .

### و إذا أطلق زرع ما شاء

(و إذا أطلق زرع ما شاء) بمقتضى اطلاق المزارعه .

(و لو عين لم يتجاوز)

ما اذن له و الّا كان متعديا قال فى المبسوط: «إذا علم المالك به قبل أن يدرك الزرع، له أن يقلعه لأنّه كالغاصب و بعد القلع إن كانت المدّه الباقيه تحتمل أن

يكون لو زرع فيها زرع يدرك كان له أن يزرعها، وإن لم تحتمل لم يكن له أن يزرعها وقد استقرت الأجره عليه لأنه فوت المنفعه على نفسه، كما لو لم يزرعها طول المدّه»(١).

(فلو خالف و زرع الأضر، قيل: يتخير المالك بين الفسخ فله اجره المثل، و بين الإبقاء فله المسمى مع الأرش)

وجه التخير: اما الفسخ فلو قوعه أجمع بغير إذنه، لأنه غير المعقود عليه، و اما أخذ المسمى ففي مقابله مقدار المنفعه المعينه مع أخذ الأرش في مقابله الزائد الموجب للضرر.

و اشكل عليه الشهيد الثانى بقوله: «بأن الحصة المسماه إنما وقعت في مقابله الزرع المعين و لم يحصل الزرع المعين والذي زرع لم يتناوله العقد، و لا- الإيدن، فلا- وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، و من ثم نسبه إلى القيل تنبيها على تميزه. و الأقوى و جوب أجره المثل خاصه»(٢) قلت: و هو الأقوى.

(و لو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز)

عند المصنف فيستحق ما سماه من الحصة، و لا أرش، و لا خيار، لعدم الضرر. و اشكل عليه الشهيد الثانى بقوله: «بأنه غير معقود عليه أيضا فكيف يستحق فيه

ص: ٢٣٣

١- المبسوط في اكتراء أرض للزراعة و زرع الأضر

٢- الروضه البهيه في شرح اللعه دمشقيه (كلانتر)؛ ج ٤، ص: ٢٨١

شيئا، مع أنه نماء بذر العامل الذى لا دليل على انتقاله عن ملكه. و الأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق». قلت: و هو الاقوى.

حصيله البحث:

إذا أطلق المزارعه زرع ما شاء، و لو عتین لم يتجاوز ما عتین له، فلو زرع الأضرّ فالاقوى وجوب أجره المثل، و لو كان أقلّ ضرراً فالاقوى ثبوت أجره المثل أيضا .

### و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب

(و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر، و العمل و العوامل)

و يدلّ على هذه الصورة صحيح يعقوب بن شعيب، عن الصّيادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرّجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدّي خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس - إلى - و سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منك و الأرض لصاحبها فما أخرج الله منها من

ص: ٢٣٤

شىء قسم على الشرط، و كذلك أعطى النبى صلى الله عليه و آله أهل خير حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها و لهم النصف ممّا أخرجت»(١).

(و كل واحده من الصور الممكنه جائزه)

بان كان من أحدهما بعضها و لو جزء من الأربعة، و من الآخر الباقي، مع ضبط ما على كل واحد من الأركان الأربعة الارض و البذر و العمل و العوامل ووجه جواز الاشتراك فى الامور الاربعة بأى شكل هو «إطلاق الاذن فى المزارعه من غير تقييد بكون بعض بخصوصه من احدهما»(٢).

و هذا الاطلاق ان كان ثابتا فهو والّا فبالامكان التعويض عنه بمثل عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}.

و يشهد للاطلاق صحيح الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن إبراهيم الكرخي: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): أشارك العلج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر و يكون على العلج القيام و السقى و العمل فى الزرع حتى يصير حنطه و شعيرا، و يكون القسمة يأخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على أن

ص: ٢٣٥

---

١- الكافي (فى باب مشاركه الذمى و غيره فى المزارعه و الشروط بينهما، ١٣٠ من معيشته فى خبره الثانى) و رواه التهذيب فى ٢٢ من أخبار مزارعته مع اختلاف يسير، و روى ذيله فى ٢ منها مع زياده فى آخره.

٢- الحدائق الناضره ٢١: ٣٢٣

للعلاج منه الثلث و لى الباقي؟ قال: لا بأس بذلك، قلت: فلى عليه أن يرّد علىّ ممّا أخرجت الأرض البذر و يقسم الباقي، قال: إنّما شاركته على أنّ البذر من عندك و عليه السقى و القيام»(١).

و عليه فلا يلزم فى البذر ان يكون من العامل بل يجوز ان يكون من المزارع أيضا أو منهما.

و قد يقال بلزوم كون البذر على العامل تمسكا بصحيحه يعقوب بن شعيب عن ابى عبد الله (عليه السلام): «... و سألته عن المزارعه فقال: النفقه منك و الارض لصاحبها، فما اخرج الله من شىء قسم على الشطر و كذلك اعطى رسول الله صلى الله عليه و آله خبير حين أتوه فأعطاهم إياها على ان يعمروها و لهم النصف مما اخرجت»(٢). بادعاء ظهورها بحصر النفقه و منه البذر من العامل .

و فيه: انها قد تكون فى مقام بيان احد المصاديق و على فرض الظهور فهى معارضة بصريح بقية الروايات فى جواز عدم كونه على العامل، كما فى موثقه سماعه: «سألته عن مزارعه المسلم المشرك فىكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون

ص: ٢٣٦

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٦٧ ح ١ و الفقيه ح ٩ ب المزارعه مع اختلاف لفظى و التهذيب ب المزارعه ح ٢١

٢- وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٣ الباب ١٠ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢



الارض و الماء و الخراج و العمل على العليج، قال: لا بأس به»(١) و غيرها. ولاشك في تقدم الصريح على الظاهر عند التعارض مضافا الى ما قد يدعى قيام سيره المزارعين المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) على ذلك.

هذا وقد دلت موثقه سماعه المتقدمه على جواز ان تكون الارض من المزارع كما يجوز كونها من العامل.

٥- ومن جمله احكام المزارعه انه يجوز لكل من المالك و العامل بعد ظهور الناتج تقبل حصه الآخر بمقدار معين من الناتج نفسه بعد التخمين، و لا يضر لو اتضحت بعد ذلك الزيادة أو النقصه و يستدل له:

١- بالتمسك بمقتضى القاعده، فان الناتج بعد اشتراكه بين الطرفين فمن حقهما تقسيمه بالشكل الذى يتفقان عليه، فان الحق لا يعدو هما. و هو واضح.

٢- و بانه نوع من الصلح غير المعاوض، فهما يتسالمان على ان تكون حصه احدهما من المال المشترك كذا مقدار و البقيه للآخر. و على ذلك يصح ايقاع عمليه التقبيل هذه بلفظ الصلح(٢).

ص: ٢٣٧

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٤ الباب ١٢ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ١. و العليج هو الرجل الضخم من الكفار او مطلق الكافر .

٢- العروه الوثقى، كتاب المزارعه، المسأله ٢٠

٣- و بصحيحه يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل اما زاد أو نقص، و اما ان آخذه انا بذلك، قال: نعم لا بأس به» (١) و غيرها.

و اما تقييد ذلك بما بعد ظهور الناتج فلانه قبل ذلك لا حنطه و شعير مثلا ليمنكن تقسيمه، و هل يمكن تقسيم المعدوم.

٤- و اما انه لا يضر اتضاح الزيادة او النقيصه بعد ذلك فلاقدام كل منهما على اجراء عقد القسمه او الصلح بالشكل المذكور فيلزم بمقتضى لزوم كل عقد. هذا بناء على كون المدرك الوجهين الاولين. و اما بناء على الوجه الثالث فلظهور الصحيحه فى ذلك.

٧- و من جمله احكام المزارعه انه يجوز للعامل ما دام لم تشترط عليه مباشره الزرع بنفسه ان يؤجر الغير او يزارعه. و هو واضح بعد عدم اشتراط المباشره بنفسه و اشتغال ذمته بذلك.

ص: ٢٣٨

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٨ الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار الحديث ١

و اما جواز مزارعته للغير فلعدم اشتراط صحه المزارعه بملك المزارع للأرض بل يكفي كونه مالكا للتصرف فيها فتشمله ادله صحه المزارعه بل مثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) أيضا.

حصيله البحث:

يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل، و كل واحدٍ من الصّور الممكنه جائزة، و يجوز لكل من المالك و العامل بعد ظهور الناتج تقبل حصه الآخر بمقدار معين من الناتج نفسه بعد التخمين، و لا يضر لو اتضحت بعد ذلك الزيادة أو النقصه ، و يجوز للعامل ما دام لم تشتط عليه مباشرة الزرع بنفسه ان يؤجر الغير او يزارعه .

### و لو اختلفا في المده حلف منكر الزيادة

(و لو اختلفا في المده حلف منكر الزيادة)

ص: ٢٣٩

لأصله عدم الزائد لكن ذلك في ما إذا قال أحدهما: إنَّ المدَّة كانت سنين و أمَّا في السنَّة الواحده فالأصل قول من يدَّعي كون المدَّة بلوغ الثمره تحكيما للظاهر على أصل العدم، و يؤيده خبر الدَّعائم مرفوعا «عن الصادق (عليه السلام): سئل عن رجل زرع أرض رجل فقال: أذن لي في زرعها على مزارعه كذا و كذا، و أنكر صاحب الأرض أن يكون أذن له، فقال (عليه السلام): القول قول صاحب الأرض مع يمينه إلَّا أن يكون علم به حين زرع أرضه و قامت بذلك عليه البيئنه فيكون القول قول الزَّارع مع يمينه في المزارعه إلَّا أن يأتي بما لا يشبه فيكون عليه مثل كراء الأرض و لا يقلع» .

### و في الحصه حلف صاحب البذر

(و) لو اختلفا (في الحصه) حلف (صاحب البذر)

لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكة في حصه الآخر بلا فرق بين كونه صاحب الأرض، أو العامل، لأصله عدم خروج ما زاد عن ملكه، و أصله عدم استحقاق الآخر لما زاد .

فان قلت: أليس المالك و العامل قد اتفقا على ثبوت حصه للعامل؟ و هذه الحصه المتفق عليها قد نقلت عن أصله عدم خروج ما زاد عن ملك المالك و عدم استحقاق الآخر لتلك الزيادة. فلماذا يقدم قول صاحب البذر و لا يقدم قول الآخر؟

ص: ٢٤٠

قلت: أن الإتفاق إنما وقع على أصل الحصه و هذا مما لا شك فيه. و إنما الكلام فى قدرها و هما متفقان على الأقل و إنما اختلفا فى المقدار الزائد على ما يعترف به المالك و الأصل عدمه.

(و لو أقاما بينه قدمت بينه الآخر)

أى مدعى الزيادة قال الشهيد الثانى: «فى المسألتين - و هما: مسأله اختلاف المالك و العامل فى المده. و اختلافهما فى الحصه - و هو العامل فى الأولى، لأن مالك الأرض يدعى تقليل المده فىكون القول قوله، و البينه بينه غريمه - و هو- العامل، و من ليس له بذر فى الثانى - و هى مسأله الاختلاف فى الحصه - من العامل، و مالك الأرض، لأنه الخارج بالنظر إلى البادر حيث قدم قوله (١) مع عدم البينه» (٢).

أقول: لم يعلم كون المالك - فى المسأله الأولى - مطلقا مدعىا لقله المده فلعله اعتقد كون معاملته جيده فادعى كون المزارعه ستين أو أكثر و العامل ينكرها وقد عمم المصنّف ثمّه و قال «حلف منكر الزيادة» و لم يخصه بالمالك.

(و قيل: يقرع)

ص: ٢٤١

---

١- اى البادر لانه منكر و تسمى بينته الداخلى و من ليس له بذر مدع و تسمى بينته بينه الخارج .

٢- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط كلاتر)؛ ج ٤، ص: ٣٠٠

لأنها لكل أمر مجهول. وفيه: بأنه لا جهاله هنا فإن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه فالقول بتقديم بينه المدعى فيهما أقوى .

حصيله البحث:

و لو اختلفا في المدّ حلف منكر الزيادة لكن ذلك في ما إذا قال أحدهما: إنّ المدّ كانت سنين و أمّا في السنّه الواحده فالأصل قول من يدّعى كون المدّ بلوغ الثمره تحكيما للظاهر على أصل العدم، و لو اختلفا في الحصّه حلف صاحب البذر، و لو أقاما بينه قدّمت بينه مدعى الزيادة .

### و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره

(و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره)

لأنه يملك منفعه الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها، و مشاركه غيره عليها، لأن الناس مسلطون على أموالهم و يؤيد ذلك خبر الفيض بن المختار: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان ثمّ أوجرها أكرتني على أنّ ما أخرج الله تعالى منها من شيء كان لي من ذلك النصف و الثلث بعد حقّ السلطان، قال: لا بأس به، كذلك أعامل أكرتني»(1).

(إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه)

ص: ٢٤٢

فلا يجوز له إدخال غيره مطلقا سواء كان بنحو المزارعه ام المشاركة عملا بمقتضى الشرط.

## و الخراج على المالك الا مع الشرط

(و الخراج على المالك)

لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع ففي صحيح يعقوب بن شعيب، عن الصادق (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس<sup>(١)</sup> و رواه الفقيه في أول مزارعته، بعد سؤالين هكذا: «و سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج عليها خراج معلوم ربما زاد و ربما نقص فيدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتي درهم في السنة؟ قال: لا بأس».

(إلا مع الشرط) فيتبع شرطه في جميع ما اتفقا عليه .

## و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر

(و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه)

اي صاحب البذر (الأجره) كما هو مقتضى القواعد .

ص: ٢٤٣

---

١- الكافي (في باب مشاركة الذمي، ١٣٠ من معيشته) ح ٢

(و يجوز لصاحب الأرض الخرص) اى التخمين (على الزارع مع الرضا)

أقول: هذه معاملته خاصه مستثناه من المحاقله(1) و يشهد لصحتها ما فى الصحيح عن محمد بن سهل، عن أبيه، عن الكاظم (عليه السلام) سألته عن رجل يزرع له الحرّاث الزعفران و يضمن له أن يعطيه فى كلّ جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما فربما نقص و غرم و ربما استفصل و زاد قال: لا بأس به إذا تراضيا(2). و محمد بن سهل بن اليسع كان من أصحاب الرضا و أبى جعفر عليهما السلام عنونه الصدوق فى المشيخه و طريقه إليه صحيح و قال النجاشي: له كتاب يرويه جماعه، و أبوه سهل بن اليسع القميّ ثقّه و قد اعتمد الصدوق على كتابه كما ان الكليني اعتمد هذه الروايه فلا شك فى موثوقيتها.

و مثله خبره عن ابن بكير، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يزرع له الزّعفران فيضمن له الحرّاث على أن يدفع إليه من كلّ أربعين منّا زعفران رطب منّا و يصلح على اليابس، و اليابس إذا جفّف ينقص ثلاثه أرباعه و يبقى ربعه و قد جرب، قال: لا يصلح، قلت: و إن كان عليه أمين يحفظ به لم يستطع حفظه لأنّه يعالج بالليل و لا يطاق حفظه، قال: تقبله الأرض أوّلا على أنّ لك فى كلّ أربعين منّا، منّا(3).

ص: ٢٤٤

١- و هو بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه.

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٦٦ ح ٩

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٢٥١ ح ٢٠ والكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٦٦ ح ٩



و خبر محمّد بن عيسى عن بعض أصحابه قلت لأبى الحسن (عليه السلام): «إنّ لنا أكره فنزارعهم فيجيئون و يقولون لنا: قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا، فأعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصّتكم على هذا الحزر، فقال: و قد بلغ، قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنّه يجيىء بعد ذلك فيقول: إنّ الحرز لم يجيىء كما حزرت و قد نقص، قال: فإذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه» (١). و الحزر بالمهملة ثمّ المعجمه ثمّ المهملة الخرص.

□

(يستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامه، فلو تلف) الزرع أجمع من قبل الله تعالى (فلا شىء) على الزراع .

اقول: ما ذكره من أنّه يستقرّ الخرص بالسلامه فلم يظهر له من مستند عدا ما قاله المفيد: «و يكره أن يشترط مع الارتفاع شىء من ذهب أو فضّه أو غيرهما من الأعراض، فإن اشترطه ربّ الضيعه كان مكروها، و على المزارع الخروج منه إذا كان قد رضى به و أوجبه على نفسه إلّا أن تخيس الثمره أو تهلك بآفه فيبطل حينئذ ما شرطه المزارع على نفسه ممّا سوى الارتفاع» (٢).

و فيه: انه كما أنّه إذا نقص من الخرص لم يكن على صاحب الأرض شىء، كذلك إذا أصابته آفه بعد المعامله بالخرص و صيرورته مال الزراع و جب عليه حصه المالك ايضا .

ص: ٢٤٥

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨٧ ح ١

٢- المقنعه (للشيخ المفيد)؛ ص ٦٣٨؛ باب المساقاه.

هذا و توهم الحلّي حيث رأى الشيخ فى النهايه ذكر مشروعيه الخرص و استقراره بالسّلامه كون الكلّ من خبر فقال بأنّ «مستند جميعه خبر واحد».

حصيله البحث:

و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره إلّا أن يشرط عليه المالك الزّرع بنفسه، و الخراج على المالك إلّا مع الشّروط، و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه الأجره، و يجوز لصاحب الأرض الخرص على الزّارع مع الرّضا و هذه المعامله لازمه لا انها تستقرّ بالسّلامه و عليه فلو تلف الزّرع لم ينقص من حصه صاحب الارض شىء .

## (كتاب المساقاه)

### اشاره

(و هى معامله على الأصول بحصّه من ثمرها)

حقيقه المساقاه: المساقاه عقد يتضمن الاتفاق على سقى شخص اشجار شخص ثان أو غيرها و اصلاح شؤونها إلى مده معينه بحصه من حاصلها. كما يستفاد من صحيحه يعقوب الآتيه.

و فرقها عن المزارعه ان العامل فى الثانيه يقوم بزراع الارض بحصه من الناتج بعد فرض انها غير مزروعه، بخلافه فى المساقاه، فان المفروض ثبوت الاشجار و

ص: ٢٤٦

غرسها فى الارض قبل العقد، و دور العامل السقى و اصلاح شؤون ما هو مغروس بحصه من الناتج.

و لا ريب فى شرعيتها قال فى الجواهر: «هى جائزه بالإجماع من علمائنا و أكثر العامه خلافا لأبى حنيفه و زفر فانكراها للجهاله و الغر»(١).

و تدل على ذلك صحيحه يعقوب بن شعيب عن ابى عبد الله (عليه السلام): «... سألته عن رجل يعطى الرجل ارضه و فيها ماء او نخل او فاكهه و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج الله عز و جل منه، قال: لا بأس»(٢) و غيرها.

و الخلاف السابق فى امكان تصحيح المزارعه على طبق القاعده و بقطع النظر عن الروايات الخاصه و عدمه آت هنا أيضا لوحده النكته.

(و هى لازمه من الطرفين)

لا تنفسخ الآ بالتقاييل أو بالفسخ بالخيار إذا فرض اشتراطه او تخلف بعض الشروط كما تقدم فى المزارعه.

### شرائط المساقاه

يلزم فى المساقاه توفر:

ص: ٢٤٧

١- جواهر الكلام ٢٧: ٥٠

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٢ الباب ٩ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢

١- الايجاب و القبول بمقتضى كونها عقدا (و إيجابها: ساقيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ما أشبهه، و القبول الرضا به)

كما مرّ في المزارعه و غيرها وقد تقدم عدم اشتراط لفظ مخصوص بل يكفي كلّ ما يدلّ على المقصود، و مرّ عدم اشتراط الماضيّه كما تقدم في صحيحه يعقوب بن شعيب، عن الصادق (عليه السلام) في خبر: و سألته عن الرّجل يعطى الرّجل أرضه و فيها رمان أو نخل أو فاكهه فيقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج، قال: لا بأس<sup>(١)</sup> و هي دالّه على كفايه «اسق هذا من الماء و اعمره» في إيجابها.

٢- البلوغ و العقل في المالك و العامل و عدم الحجر بالنحو المتقدّم في المزارعه.

٣- و من شرائط المساقاه ان يكون المغروس مملوكا و لو منفعه فقط أو يكون التصرف فيه نافذا بوكاله أو ولايه وذلك لانه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا.

٤- معلوميه الاشجار في مقابل التردّد و ذلك لان تعلق وجوب الوفاء بهذا المعين او بذاك المعين ترجيح بلا مرجح، و تعلقه بكليهما امر على خلاف مقصودهما. و المردد لا تحقق له ليتمكن تعلق ذلك به.

و اما المعلوميه في مقابل الجهل فاعتبارها لاجل ان مورد صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه قد فرضت فيه المعلوميه لدى الطرفين فلا يبقى ما يدل على

ص: ٢٤٨

١- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٢ الباب ٩ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢

صحتها مع عدم المعلوميه بناء على عدم امکان تصحيح المساقاه بمثل عموم { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } و اما بناء على امکان ذلك- كما هو الصحيح- فاعتبار ذلك لما تقدم من حديث نفي الغرر.

### و تصحّ إذا بقي للعامل

٥- (و تصحّ إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمره)

القول بعدم الجواز للشيخ فى المبسوط، و تبعه ابن حمزه، وقد تقدم الاستدلال على صحّحه الجميع و إن لم يكن داخلا فى هذا العنوان بعمومات الكتاب كقوله تعالى { إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ } وقوله تعالى { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } و به يمكن إدخال الخضراوات و ماله ورق و المغارسه فى هذا الحكم أيضا، مضافا الى أنّا لم نقف على عنوان المساقاه فى خبر و لا ذكر فى كلام من تقدّم على المفيد، ففى الكافى «باب قبالة الأرضين و المزارعه بالنصف و الثلث و الربع»، و فى الفقيه «باب المزارعه و الإجاره» و اقتصر التّهذيب على «باب المزارعه» و فى الخلاف «يجوز المساقاه على البقل الذى يجزّ جزّه بعد جزّه للأصل».

### (ظهرت قبل العقد أو لا)

٦- ان يكون العقد قبل بلوغ الثمره أو بعدها مع افتراض الحاجه إلى السقى أو غيره. اما مع فرض الحاجه إلى مجرد الحفظ و القطف فالصحّه وان كانت محل خلاف لكنها هى الاقوى .

ص: ٢٤٩

اما عدم تقييد صحه المساقاه بما قبل بلوغ الثمره فلاطلاق صحيحه يعقوب المتقدمه.

و اما عدم اعتبار الحاجه إلى خصوص السقى فلان عطف الاعمار على السقى فى الصحيحه: «اسق هذا من الماء و اعمره» هو من عطف العام على الخاص، و هو يدل على كفايه الاعمار بأى شكل كان و لو لم يكن بالسقى. و التعبير بالمساقاه تعبير فقهى لوحظ فيه أهم افراد الاعمار و هو السقى و الا فالروايه لم تعبّر بذلك لتفهم الخصوصيه للسقى.

و لو قيل باعتبار الخصوصيه للسقى باعتبار انه منصوص عليه فى الصحيحه يلزم ان يقال باعتبار الخصوصيه أيضا للأعمار غير السقى لأنه مذكور فى الصحيحه أيضا، و هو غير محتمل.

و اما الخلاف فى الاكتفاء بالحاجه إلى الحفظ و القطف فلأنهما ليسا نحوا من الاعمار ليكونا مشمولين للصحيحه.

نعم بناء على صحه التمسك بالعمومات يتوجه الحكم بالصحه و لو لم يكن ذلك بعنوان المساقاه.

**(ولابد من كون الشجر ثابتا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه بقاء يزيد عن سنته غالبا)**

٧- قلت: لا- يلزم فى المساقاه ان تكون الا-صول ذات جذور ثابتة فى الارض، كما فى النخل و أشجار الفواكه وذلك لعموم {  
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} فما قيل من انها لا تصح

ص: ٢٥٠

على ما لا ثبوت لعروقه في الارض، كالبطيخ و الباذنجان و غيرهما من الخضراوان لان مورد صحيحه يعقوب خاص بما كان له اصل ثابت ضعيف لانه لا يعارض عموم الآيه , بل لا وجه له لان مورد الصحيحه و ان كان مختصا بما له اصل ثابت الا ان تخصيص ذلك بالذكر لم يجئ في كلام الامام (عليه السلام) بل في كلام السائل، و حيث لا يحتمل ثبوت خصوصيه لذلك عرفا فيمكن تعميم الحكم إلى غيره.

(و في ماله ورق كالحنّاء نظر)

و ذلك باعتبار ان مورد صحيحه يعقوب هو الشجر المثمر.

و قد تقدم الجواب عنه و ان الصحيح هو الحكم بالتعميم لان مورد الصحيحه و ان كان ما ذكر لكنه قد وقع في سؤال السائل و لا يفهم العرف له خصوصيه فبتنقيح المناط يتعدى الى ما عداه .

هذا لو لم نقل بجواز التمسك بالعمومات و الا فالأمر أوضح.

٨- (و يشترط تعيين المدّه) وتحديدّها بدايه و نهايه، و ان تكون بمقدار تصلح لبلوغ الثمره. و يكفي بلوغ الثمره تحديدا للنهايه. و ذلك للغرر و لانه بدون ذلك لا تعين للعقد في الواقع ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به .

و اما ما قيل: من انه لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا أنشئ على نحو الدوام. و لعله هو الظاهر من أخبار خير، حيث لم يرد في شىء منها تحديد فتره كون الأرض بيدهم، بل و في بعض روايات العامه أنه (صلى الله عليه و آله و سلم) جعل لنفسه

الخيار و أنه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك(١) فإنه كالصريح في التأييد و عدم التحديد بمدّه معينه .

و الحاصل أنه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد و إن كان غير معين عند الطرفين، إذ يكفي فيه كونه معيناً في الواقع .

و لعلّ هذا هو المتعارف في العقود الخارجيه في المزارعه و المساقاه معاً، فإنّ أرباب الأراضى و البساتين يعطون أراضيهم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعامله بحدّ معين(٢).

ففيه: ان ما ورد عن الرسول الاكرم (ص) في قضيه خير كما فى الصحيح عن ابى الصَّبَّاحِ قَالَ «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ إِنَّ النَّبِيَّ ص لَمَّا افْتَتَحَ خَيْرَ تَرَكَهَا فِي أَيْدِيهِمْ عَلَى النُّصْفِ فَلَمَّا بَلَغَتِ الثَّمَرَةُ بَعَثَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلَيْهِمْ فَخَرَصَ عَلَيْهِمْ فَجَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ ص فَقَالُوا لَهُ إِنَّهُ قَدْ زَادَ عَلَيْنَا فَأَرْسَلَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ فَقَالَ مَا يَقُولُ هَؤُلَاءِ قَالَ قَدْ خَرَصْتُ عَلَيْهِمْ بِشَيْءٍ إِنْ شَاءُوا يَأْخُذُونَ بِمَا خَرَصْنَا وَ إِنْ شَاءُوا أَخَذْنَا فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ بِهَذَا قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَ الْأَرْضُ»(٣) لا اطلاق فيه لعدم كونه فى مقام بيان كيفية وقوع العقد واما روايات العامه فلا حجيه فيها كما و ان احتمال كون ذلك هو المتعارف فلا قيمه له كما هو واضح.

ص: ٢٥٢

١- انظر صحيح مسلم ٣: ١١٨٦ ح ١٥٥١

٢- موسوعه المحقق الخوئى؛ ج ٣١، ص: ٣٢٥

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٦٧ ح ٢



و اما اعتبار ان تكون المده بمقدار تبلغ فيه الثمره فلانه بدون ذلك لا يمكن ثبوت حصه العامل، و من ثم يكون العقد لغوا و لا معنى لتعلق وجوب الوفاء به.

و اما كفايه بلوغ الثمره حدا للنهائيه فلأن ذلك نحو من التحديد و عليه فلا يلزم تعيين الشهور فى السنه، قال الإسكافى: «لا بأس بمساقاه النخل و ما شاكله سنه و أكثر إذا حضرت المده أو لم تحضر» و مرّ صحيح يعقوب بن شعيب المشتمل على قول المالك للعامل: «اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج» و أيضا لا يعلم تحقيقا مده شهور الثمار فى السنه فلا بدّ من كفايه المده التى تحصل الثمره فيها.

### و يلزم العامل مع الإطلاق كل عمل متكرّر كل سنه

٩- يلزم تعيين ما على كل واحد منهما من اعمال لثلاثه يحصل الغرر هذا إذا لم يكن هناك انصراف (و) الّا (يلزم العامل مع الإطلاق) ما ينصرف اليه الاطلاق وهو (كل عمل متكرّر كل سنه ممّا فيه صلاح الثمره أو زيادتها).

هذا (و لو شرط بعضه على المالك صح لا جميعه)

لأن شرط جميع العمل من العامل على المالك غير معقول لأنه حينئذ ليس عاملا بل المالك يعمل لنفسه، و أمّا البعض فأنكره المبسوط، فقال: «إذا ساقاه بالنّصف على أن يعمل ربّ المال معه فالمساقاه باطله لأنّ موضع المساقاه على أنّ من ربّ المال المال و من العامل العمل» .

وفيه: انه لا وجه له «فالمؤمنون عند شروطهم» مع كون الشرط سائغا و ما قاله صحيح مع الإطلاق، و أمّا مع الشرط فلا مانع منه.

## و تعيين الحصّة بالجزء المشاع كالتّصف

١٠- (و تعيين الحصّة بالجزء المشاع كالتّصف)

تعيين حصه كل من المالك و العامل بنحو الكسر المشاع لثلا يلزم الغرر إذ مع تردد الحصه لا يمكن ثبوت وجوب الوفاء لان تعلقه بلحاظ أحد الاحتمالين دون الآخر بلا مرجح، و المردد بما هو مردد لا وجود له ليتمكن تعلق وجوب الوفاء به.

(لا المعين)

للغرر ألّا انه قيل: لا- مانع من المعين أيضا فإنّه إن لم يكن فيه نصّ خاصّ يكفي العمومات لكن لو أصابته آفه لا يبعد ورود النقص على المعين بالنسبه كما قالوا في بيع الثمار. وفيه: انه مع الغرر لا يمكن التمسك بالعمومات و قياسه على بيع الثمار قياس مع الفارق .

(و يجوز اختلاف الحصّة في الأنواع\_ إذا علماها\_)

كما يدلّ عليه قولهم عليهم السّلام: «المسلمون عند شروطهم».

حصيله البحث:

ص: ٢٥٤

و هي معاملة على الأصول بحصه من ثمرتها، و هي لازمه من الطرفين. و شرائط المساقاه: الايجاب و القبول و إيجابها: ساقيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ما أشبهه، و القبول الرضا به و البلوغ و العقل في المالك و العامل و عدم الحجر بالنحو المتقدم في المزارعه. و من شرائط المساقاه ان يكون المغروس مملوكا و لو منفعه فقط أو يكون التصرف فيه نافذا بوكاله أو ولايه وذلك لانه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا و يشترط معلوميه الاشجار و تصح إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمره و يشترط ان يكون العقد قبل بلوغ الثمره أو بعدها مع افتراض الحاجه إلى السقى أو غيره. اما مع فرض الحاجه إلى مجرد الحفظ و القطف فالصحه وان كانت محل خلاف لكنها هي الاقوى قيل: و لا بد من كون الشجر ثابتاً ينتفع بثمرته مع بقاء عينه. قلت: الاقوى عدم لزوم هذا الشرط و كذلك تصح فيما له ورق كالحناء، و يشترط تعيين المدّه و تحديدها بدايه و نهايه، و ان تكون بمقدار تصلح لبلوغ الثمره، و يكفي بلوغ الثمره تحديدا للنهايه و يلزم العامل مع الإطلاق كلّ عملٍ متكرّرٍ كلّ سنه، و لو شرط بعضه على المالك صحّ لا جميعه، و تعيين الحصه بالجزء المشاع لا المعين، و يجوز اختلاف الحصه في الأنواع إذا علماها.

و يكره أن يشترط رب المال على العامل مع الحصه ذهباً أو فضه

(و يكره أن يشترط رب المال على العامل مع الحصه ذهباً أو فضه)

لم يظهر للكراهه دليل، و أمّا ذكر الحصه فقط في الأخبار فأعمّ، و الأصل في كراهه الشرط المفيد إلّا أنّه عمّم فقال في مساقاته: «و يكره أن يشترط مع الارتفاع

شىء من ذهب أو فضّه أو غيرهما من الأعراض» نعم اقتصر الشّيح فى النّهايه على ذكر كراهه اشتراط الذهب و الفضة.

(فلو شرط وجب بشرط سلامه الثمره)

و المفيد عمّم فقال مشيرا إلى غير الارتفاع: «فإن اشترط ربّ الضيعة كان مكروها و على المزارع الخروج منه إذا كان قد رضى به و أوجبه على نفسه إلّا أن تخيس الثمره أو تهلك بآفه فيبطل حينئذ ما شرطه المزارع على نفسه ممّا سوى الارتفاع».

و النّهايه عمّم الشرط على العامل أو له فقال: «فإن شرط ذلك على المساقى أو شرط له وجب عليهما الوفاء بما شرط اللّهم إلّا أن تهلك الثمره بآفه سماويّه و لا يلزم حينئذ شىء ممّا شرط عليه على حال».

أقول: لو كان الشرط مطلقا لم يقيد بالسلامه يجب الوفاء به لان المؤمنين عند شروطهم و لا دليل على سقوطه عند عدم السلامه .

### و كلما فسد العقد فالثمره للمالك

(و كلما فسد العقد فالثمره للمالك) لأنها تابعه لأصلها (و عليه أجره مثل العامل) لأنه لم يتبرع بعمله، و لم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجره. هذا إذا لم يكن العامل عالما بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل، و إلّا فلا شىء له، لاقدام العامل على ذلك.

ص: ٢٥٦

ثم انه لو ظهر الشجر مستحقاً للغير و اقتسما الثمر هل يرجع المالك على العامل الجاهل بنصف الثمر (يعنى الحصه التي اخذها) كما قاله المبسوط أو بجميعة لأنه كان تحت يده، الأظهر الأول لانه المتيقن من دليل الضمان و هو بناء العقلاء .

### و لو شرط عند مساقاه فى عقد مساقاه فالأقرب الصحه

(و لو شرط عند مساقاه فى عقد مساقاه فالأقرب الصحه)

الأصل فيه أن المبسوط قال: «إذا قال: ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث بطلت، لأنه بيعان فى بيعة فإنه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف إلا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر، و هكذا فى البيع إذا قال: بعتك عبدى هذا بألف على أن تبغنى عبدك بخمسائه فالكل باطل - إلى - و يفارق هذا القول إذا قال: «ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا و بالثلث من هذا، حيث يصح لأنها صفقه واحده و عقد واحد - إلخ».

وفيه: انه لا- فرق بينهما إلا باللفظ و لا- أثر للفظ و عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط شامل لهما . هذا و جعله الإسكافي مكروها مطلقا فقال: «و لا أختار إيقاع المساقاه صفقه واحده على قطع متفرقه بعضها أشق عملا من بعض و لا أن يعقد ذلك على واحده و يشترط فى العقد العقد على الأخرى» و لم نقف على دليل.

## و لو تنازعا في خيانه العامل حلف العامل

(و لو تنازعا في خيانه العامل حلف العامل)

لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، كما هو مقتضى قاعده عدم ضمان الامين و ما على الأمين إلّا اليمين و لأصالة عدمها.

(و ليس للعامل أن يساقى غيره)

اللازم هو العمل بمفاد العقد نفيا و إثباتا و اما مع اطلاق العقد و انصرافه الى العامل فليس له أن يساقى غيره و اما مع عدمه فالصحيح أنه له ان يساقى غيره لعدم تقييد العقد .

هذا و قال الإسكافي: «لو شارك غيره جاز إذا لم يشترط عليه المباشرة و كان شريك الأول في سهمه إذا عملا معا و إن انفرد الثاني بالعمل و لم يكن الأول مأذونا كان له اجره المثل» قلت: ما قاله هو مقتضى القواعد .

و قال القاضي: «إذا دفع إنسان إلى غيره نخلا بالنصف فدفعه إلى آخر بعشرين وسقا كان الخارج نصفين بين المالك و الأول و للثاني على الأول أجره المثل - إلى آخر ما قال» قلت: اما كونه نصفين بين المالك و الأول فلمقتضى عقد المساقاه الاول و اما ان للثاني على الأول أجره المثل فلبطلان عقده الثاني للغرر كما تقدم.

ص: ٢٥٨

## و الخراج على المالك أآ مع الشرط

(و الخراج على المالك أآ مع الشرط)

لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا- غير ففى صحيح يعقوب بن شعيب، عن الصادق (عليه السلام) سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس<sup>(١)</sup> ومثله موثق سماعه المتقدم «سألته عن مزارعه المسلم المشرك فيكون من عند المسلم البذر و البقر و تكون الأرض و الماء و الخراج و العمل على العلج، قال: لا بأس به».

## و تملك الفائدة بظهور الثمره

(و تملك الفائدة بظهور الثمره)

حسبما اتفقا عليه و يستقر ملكها ببقائها بلا آفه.

(و تجب الزكاه على كل من بلغ نصيبه النصاب من المالك و العامل)

لأن كلا منهما مالك للنصاب.

ص: ٢٥٩

---

١- الكافى (فى باب مشاركه الذمى، ١٣٠ من معيشته) ح ٢

(و لو كانت المساقاه بعد تعلق الزكاه و جوزناها) بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد الثمره (فالزكاه على المالك) لتعلق الوجوب بها على ملكه .

أقول: ما قاله المصنف مبنين على تعلق الزكاه قبل التصفيه، و الصواب كونها بعدها كما تقدم في كتاب الزكاه (١).

(و أثبت السيد) أبو المكارم حمزه (بن زهره الزكاه على المالك في المزارعه و المساقاه، دون العامل)

محتجا بأن حصته كالأجره بلا فرق بين تعلق الوجوب قبل الثمر أم بعد الثمر. و هو ضعيف، لأن الأجره إذا كانت ثمره، أو زرعاً قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاه على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأي وجه كان، و إن أراد كالأجره بعد تعلق الوجوب فليس محل النزاع .

حصيله البحث:

ولا يكره أن يشترط رب المال على العامل ذهباً أو فضةً و لو شرط وجب و لا يشترط فيه سلامه الثمره، و كلما فسد العقد فالثمره للمالك و عليه أجره مثل العامل إذا لم يكن العامل عالماً بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل، و إلا فلا شىء له، و لو ظهر الشجر مستحقاً للغير و اقتسما الثمر رجع المالك على العامل الجاهل بالحصة التي اخذها لا الجميع، و لو شرط عقد مساقاه

ص: ٢٦٠



فى عقد مساقاه فالأقرب الصيحه، و لو تنازعا فى خيانه العامل حلف، العامل و ليس للعامل أن يساقى غيره مع اطلاق العقد و انصرافه الى العامل ، و الخراج على المالك إلّا مع الشرط، و تملك الفائده بظهور الثمره، و تجب الزكاه على كل من بلغ نصيبه النصاب، و لو كانت المساقاه بعد تعلق الزكاه بأن بقى من العمل ما فيه مستراد الثمره فالزكاه على المالك .

### و المغارسه باطله

(و المغارسه) و هى أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرسها على أنّ الغرس بينهما (باطله)

عند المصنف وعلل البطلان اولاً: باقتضاء الاصل لذلك بعد عدم الدليل على صحتها، فان عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ناظر إلى اثبات اللزوم للعقد الصحيح و ليس لإثبات صحه مشكوك الصحه كما هو المنقول عن صاحب الجواهر(١).

و فيه: انه غريب هذا الكلام من صاحب الجواهر فان الآيه ناظره الى وجوب الوفاء بالعهود والالتزامات ولاشك لنا فى كون المغارسه نوع من الالتزام والعهد وبعد تحقق عقديتها فلا شك فى شمول عموم الآيه المباركه لها .

ص: ٢٤١

و ثانياً: بان الاثر للإنشاء لا بدّ و ان يكون مقارنا له - كما هو المستفاد من قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} حيث يجب الوفاء بالعقد بمجرد تحقّقه- و لذا لا يمكن الانشاء من الآن للبيع او الطلاق بعد يوم. و حيث انه في باب المغارسة يصير صاحب الارض مالكا للأشجار بعد الغرس لا من حين العقد فيلزم ما ذكر من الانفكاك الذي لا دليل على صحه العقد معه .

و فيه: انه يكفي في صحتها عمومات الكتاب و السّنّه بعد فرض كونها معقوله و عقلائيّه و لا فرق بينها وبين المزارعه و المساقاه و الآيه داله على وجوب الوفاء بالعهود و الالتزامات فصاحب الارض ملتزم بالوفاء اذا ما انجز العامل عمل المغارسة كذلك العامل بما التزم فيه فاي قصور في شمول عموم الآيه لها و عليه فالاقوى صحه المغارسة.

(و) بناءً على بطلان المغارسة ف(لصاحب الأرض قلعه و له الأجره) عن الأرض (لطول بقائه) فيها .

### و لو نقص بالقلع ضمن أرشه

(و لو نقص بالقلع ضمن أرشه)

و هو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً، و باقيا في الأرض بالأجره، و لو كان الغرس من مالك الأرض، و قد شرط على العامل غرسه و عمله بالحصه فهو لمالكه، و عليه أجره الغارس، و ما عمل فيه من الأعمال.

و على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجره على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون الأرض ملكه (بعوض) أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابته) لأن كلا منهما مسلط على ماله. و حيث يقلعه الغارس يجب عليه طم الحفر، و أرش الأرض لو نقصت به، و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع فى الأرض. و لم يفرق المصنف فى إطلاق كلامه بين العالم بالفساد و الجاهل، فى استحقاق الأرش، و ثبوت أجرته لو كان الغرس لمالك الأرض، و الاقوى هو الفرق بين العالم بالفساد و الجاهل فى استحقاق الأرش، لتبرع العالم بالعمل فلا يستحق شيئاً حينئذ .

### و لو اختلفا فى الحصه حلف المالك

(و لو اختلفا فى الحصه حلف المالك)

أقول: أصاله عدم الزيادة التى يدعيها العامل مضافاً لكونها من الاعدام الازليه لا تجرى لمعارضتها لأصاله عدم ما يدعيه المالك و التى هى من الاعدام الازليه ايضاً و وجه تعارضهما بناءً على القول بصحة جريان الاستصحاب فى العدم الازلى هو ان كلا منهما مدع و منكر حيث ان كلا منهما يدعى وقوع العقد على ما يدعيه و الاصل عدمه و عليه فالصحيح فى تشخيص المدعى من المنكر هو: انه لا ريب فى وقوع عقد صحيح بينهما فما اتفقا عليه هو الثابت و الاصل وهو القدر المتيقن من الحصه و كل من يدعى الزيادة عليه فهو المدعى و بذلك يظهر ان العامل هو المدعى لانه يدعى الزيادة على ما اتفقا عليه و بذلك يظهر ان المراد من

ص: ٢٤٣

اصاله عدم الزيادة فى باب التنازع هو عدم الزيادة على القدر المتيقن بينهما كما هو فى الفروع الآتية والمتقدمه.

و بذلك تعرف ضعف ما قيل من أن النماء تابع للأصل فيرجع إلى مالكة فى مقدار ما أخرج منه عن ملكه فانه صحيح لو لم يكن هناك عقد صحيح واما لو كان فالمرجع هو ما اتفقا عليه فى العقد وحيث اختلفا فى ما تعلق به العقد فكل منهما مدع و منكر و الاصل عدم ما يدعيانه .

(و فى المده يحلف المنكر) لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة.

حصيله البحث:

المغارسه صحيحه، و لو اختلفا فى الحصه حلف المالك و فى المده يحلف المنكر.

## (كتاب الوكاله)

### اشاره

حقيقه الوكاله: (و هى استنابه فى التصرف)

فهى عقد يتضمن تسليط الغير على كل ما امكن قيام الغير فيه نيابه معامله او غيرها. و هى تغاير النيايه. قيل: والاذن ايضا وليس بصحيح.

اما ان الوكاله عقد فلا ريب فيه عرفا وعقلا. و خالف فى ذلك بعض من قارب عصرنا فاختر عدم توقف تحققها على القبول، بدليل انه لو قال الموكل للوكيل:

ص: ٢٦٤

وكلتلك فى ببع ءارى فباعها صحّ الببع حتى مع الغفله عن قصد النىابه و إنشاء القبول بالببع. و أيضا لو كانت عقءا لزم مقارنه القبول لإىابها، و الحال ان من الجائز ءوكيل الغائب الءى يصله خبر الوكاله بعء فءره و هذا لا يعنى ان القبول لو ءحقق بعء الاىاب فلا ءكون عقءا، بل المقصوء ان بالامكان وقوعها بنحو الاىقاع ءاره و بنحو العقء اءرى(١).

و فىه: لاشك فى كونها عقءا لقضاء الارتكاز العقلائى بءوقف ءحققها على القبول، و صحه الببع ءى أشار إليها فى القرينه الاولى من جهه ءحقق القبول بالفعل لا- بالقول، و الموالاه بين الاىاب و القبول ءى اشار إليها فى القرينه ءانىه لم يءبء اعءبارها فى العقء بشكل مءلق لو سلم بءبوء اعءبارها فى الجمله.

و ما ذكره من ءحققها اءىانا بالاىاب و القبول معا غير واضح، إء لو كان الاىاب كافىا فى ءحققها فلا ءور لضم القبول، و من ءم يلزم ان ءكون اىقاعا ءائما.

و اما كونها ءءضمن ءسلىط الغير على كل ما امكن قىام الغير فىه نىابه فلان ذلك هو المفهوم منها عرفا.

ص: ٢٤٥

و اما القول بان الوكالة تغاير الاذن من جهة ان الاذن لا يتوقف تحققه على القبول بخلاف الوكالة. ففيه: ان الشخص بقبوله فعل ما اذن به الغير يكون فى الحقيقه محققا للوكالة من ذاك الحين .

فان قلت: ان الوكالة تنفسخ بفسخ الوكيل، بخلاف الاذن، فانه لا يرتفع برفض الماذون. و تصرف الوكيل يقع صحيحا و ان عزله الموكل ما دام لم يبلغه خبر العزل، بخلافه فى الاذن، فان التصرف يقع باطلا مع التراجع و ان لم يبلغ الماذون ذلك.

قلت: الوكالة تنفسخ بفسخ الوكيل لو لم يقيم بما هو وكيل به واما بعد انجاز العمل الموكل به فلا فرق بينهما , واما تصرف الوكيل يقع صحيحا و ان عزله الموكل ما دام لم يبلغه خبر العزل، بخلافه فى الاذن فذلك لاجل تحقق الوكالة فى الاول دون الثانى .

و اما مغايره الوكالة للنيابة فذلك لان فى الوكالة ينتسب الفعل الى الموكل، بخلافه فى النيابة، فالحج الآتى به النائب لا ينتسب إلى المنوب عنه، بخلافه فى مثل البيع الذى يأتى به الوكيل، فانه ينتسب إلى الموكل.

و النيابة قد تقع تبرعيه، بخلاف الوكالة، فانه لا يتصور فيها ذلك.

هذا و مشروعيه الوكالة من البديهيّات لاستقرار سيره العقلاء و نظامهم عليها.

و فى صحيح هشام بن سالم فى خبر «و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه أو مشافهه بالعزل عن الوكاله»(١).

و يستدل على ذلك أيضا بقوله تعالى: {فَلْيَأْتِكُمْ بَرِّزِقٍ مِنْهُ} (٢) كما هو الظاهر من الآية المباركه بعد كون الاذن والوكاله امرا واحدا كما تقدم .

و اما عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (٣) فقييل: بعدم امكان التمسك به فى المقام للتسالم على جواز الوكاله و عدم لزومها. قلت: تقدم شمول عموم الآية لها و انها لا تنافى عدم لزومها وذلك لان الوكاله تتضمن التزام و تعهد الوكيل بما انيط له من عمل و التزام الموكل بالاذن له فى ما كانت الوكاله مشروطه فى عقد لازم و عليه فتشملها عموم ايه {أوفوا بالعقود} و لا يعنى ذلك ان الوكاله من العقود اللازمه و ذلك لعدم كون تعهد العامل بالعمل على نحو الالتزام من مقوماتها بل هى تصح حتى لو لم يكن تعهد الزامى من العامل بالعمل فليس الزام الطرفين من مقوماتها وهذا معنى كونها من العقود الاذنيه و لهذا قالوا بجوازها و ادعى عليه الاجماع و السر فى عدم كونها لازمه مع شمول ايه و جوب الوفاء بالعقود لها انها حيث صحت مطلقه بدون اجل معين و جب الوفاء بما تضمنته ما دام العقد باقيا لم يفسخ و هى لم تتضمن الالتزام وانما تضمنت الاذن و لا دلالة فى الآية على عدم صحه الفسخ

ص: ٢٤٧

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢١٣

٢- الكهف: ١٩

٣- المائدة: ١

والا- لما جاز فسخها الى ابد الدهر و هو كما ترى فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم فى ما اذا كان متعلق العقد متضمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلا- الى زمان معين كما فى الاجاره او متضمنا للتملك بنحو الاطلاق كما فى البيع وعليه فلا منافاه بين كونها مشموله للايه وكونها من العقود الاذنيه .

و حيث أنها من جمله العقود فهى تفتقر إلى إيجاب و قبول (و إيجابها و كلتك، أو استنبتك) أو ما شاكله من الألفاظ الداله على الاستتابة فى التصرف .

(أو الاستيجاب و الإيجاب) كقوله: و كلنى فى كذا، فيقول: و كلتك بل يكتفى بكل ما يدل عليهما و ذلك لإطلاق دليل شرعيتها بعد فرض تحققها و منه يتضح الوجه فى تحققها بالكتابة ايضا .

(أو الأمر بالبيع و الشراء)

و النصوص بذلك مستفيضه ففى خبر عمر بن حنظله عن الصادق (عليه السلام): سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت شيئا ممّا قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك فذهب فخطب له- الخبر(1). و فى صحيح الحلبي، عنه (عليه السلام) «فى امرأه و لت أمرها رجلا فقالت: زوّجنى فلانا- الخبر(2). و فى خبر هشام عنه (عليه السلام) «إذا قال لك الرجل:

ص: ٢٤٨

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٨٥

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٨٧



اشتر لي فلا تعطه من عندك» (١). و في موق إسحاق بن عمّار، عنه (عليه السلام) «سألته عن الرّجل يبعث إلى الرّجل فيقول: ابتع لي ثوبا» (٢).

و في خبر «عنه عليه السلام في الرّجل يحمل المتاع لأهل السوق و قد قوّموا عليه قيمه فيقولون: بع فما ازددت فلک» (٣).

و في صحيح زراره، عنه (عليه السلام) «رجل يعطى المتاع فيقول: ما ازددت على كذا فهو لك» (٤) و في صحيح محمّد بن مسلم عنه (عليه السلام) «في رجل قال لرجل: بع لي ثوبا بعشره دراهم فما فضل فهو لك» (٥) و في صحيح أبي بصير، عنه (عليه السلام) «يقول للرّجل ابتع لي متاعا و الرّبح بيني و بينك» (٦) إلى غير ذلك من الأخبار التي يقف عليها المتتبع في مطاوى الفقه الدّالّة على أنّ الأصل في إنشاء الوكّال هو التعبير عن حقيقه الوكّال به بأن يقول له: افعّل عنّي كذا و كذا لا لفظها، و إنّما يعبر بلفظها في مقام الإخبار عنها فيقول لغيره: و كلّ فلانا في كذا و كذا.

(و قبولها قولى و فعلى)

ص: ٢٦٩

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٣٥٢ ح ١١٩
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٣٥٢ ح ١٢٠
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٥٤ ح ٣٣
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٥٤ ح ٣١
- ٥- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٥٤ ح ٣٢
- ٦- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٥٤ ح ٤٤

و يدلّ على ما قال من كفايه الفعل الأخبار المتقدّمه.

### عدم اشتراط الفوريه

(و لا يشترط فيه الفوريه فإن الغائب يوكل)

لكن بشرط أن لا- يردّ أو يظهر التردّد. و التسالم على اعتبار الموالاه فى العقود ان فرض تحقّقه فلا يجزم بشموله للوكاله ان لم يدع الجزم بعدم شموله لها.

### شرطيه التنجيز

(و يشترط فيها التنجيز)

اما عدم جواز التعليق فى الوكاله نفسها فللغرر وعلله صاحب الجواهر بالإجماع القائم بكلا قسميه على عدم جواز التعليق فى مطلق العقود(1). و فيه: ان الاجماع محتمل المدركيه .

ص: ٢٧٠

و يستدل على ذلك أيضاً بأنه ينافى الجزم لأنه يعرض العقد لعدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله .

نعم التعليق على ما هو معلق عليه العقد فى الواقع لا يضر بتنجز العقد لتحقيقه عرفاً.

(و يصح تعليق التصرف)

اما جواز التعليق فى متعلق الوكالة دونها كما إذا قال الموكل: انت وكيلى من الآن فى بيع دارى متى ما ارتفع سعرها فواضح لان الاجماع على عدم جواز التعليق فى الوكالة ان ثبت فهو ناظر الى تعليق الوكالة نفسها دون حاله التعليق فى متعلقها مع فرض اطلاقها، و لا أقل من كون ذلك هو القدر المتيقن منه فيعود دليل شرعيه الوكالة بلا مانع يمنع من التمسك باطلاقه.

(و هى جائزه من الطرفين)

كما تقدم فى اول بحث الوكالة و ذكرنا عدم المانع من شمول عموم {اوفوا بالعقود} لها ولا يعنى ذلك ان الوكالة من العقود اللازمه وذلك لعدم كون تعهد العامل بالعمل على نحو الالزام من مقوماتها بل هى تصح حتى لو لم يكن تعهد الزامى من العامل بالعمل فليس الزام الطرفين من مقوماتها وهذا معنى كونها من العقود الاذنيه و لهذا قالوا بجوازها و ادعى عليه الاجماع و السر فى عدم كونها لازمه مع شمول ايه و جوب الوفاء بالعقود لها انها حيث صحت مطلقه بدون اجل معين و جب الوفاء بما تضمنته ما دام العقد باقيا لم يفسخ و هى لم تتضمن الالزام و

ص: ٢٧١

انما تضمنت الاذن و لا- دلالة في الآيه على عدم صحه الفسخ و أّ لما جاز فسخها الى ابد الدهر و هو كما ترى فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم في ما اذا كان متعلق العقد متضمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلا الى زمان معين كما في الاجاره او متضمنا للتملك بنحو الاطلاق كما في البيع و عليه فلا منافاه بين كونها مشموله للايه و كونها من العقود الاذنيه .

و عليه فلكلّ منهما إبطالها في حضور الآخر و غيبته لكن قيل: «إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً» . قلت: بل لا تبطل إلّا إذا أعلم الوكيل الموكل وذلك لعدم انتفاء اذن الموكل و ايجابه كما صرح به العلامة في المختلف فقال: و الوجه أنّه يجوز للوكيل التصرف بالإذن السابق ما لم يمنعه الموكل . هذا و نقل المختلف عن المبسوط بطلانها مطلقا وهو كما ترى.

### و لو عزله الموكل اشترط علمه بالعزل

(و لو عزله الموكل اشترط علمه بالعزل و لا يكفي الاشهاد)

ذهب إلى كفايه الإشهاد الشيخ في النهاية و تبعه الحلبيّ و القاضي و ابن حمزه و الحلبيّ، و ذهب إلى عدمها الإسكافيّ و الشيخ في خلافه، و هو الصحيح لاستفاضه النصوص المعتمده فيه و إن ادعى الخلاف اختلافها كما أنّه ادعى أنّ في التهذيبيّن جمع بينها بترجيح العدم، مع أنّه لم يعنون المسأله في الاستبصار، بل لم يذكر كتاب و كاله، و في التهذيب نقل الأخبار بلا ذكر معارض حتى تحتاج

إلى جمع فروى (١) خمس روايات منها خبر جابر بن يزيد و معاوية بن وهب، عن الصادق (عليه السلام): «من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها» (٢).

و منها: صحيح هشام بن سالم، عنه (عليه السلام) «عن رجل وكل آخر على وكالة في إمضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلانا عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل عن الوكالة فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى.

قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر ماض على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشىء؟ قال: نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه أو مشافهه بالعزل عن الوكالة» (٣).

و خبر العلاء بن سيباه عنه (عليه السلام): «سألته عن امرأه وكلت رجلا بأن يزوجه من رجل فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجه ثم إنَّها أنكرت

ص: ٢٧٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢١٣

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢١٣ ح ١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٦، ص: ٢١٣ ح ٢

ذلك الوكيل و زعمت أنها عزلته عن الوكاله، فأقامت شاهدين أنها عزلته، قال: فما يقول من قبلكم في ذلك، قلت: يقولون: ينظر في ذلك فإن عزلته قبل أن يزوج فالوكاله باطله و التزويج باطل، و إن عزلته و قد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكاله إذا لم يتعد شيئاً مما أمرته به و اشترطت عليه في الوكاله، قال: فقال: يعزلون الوكيل عن وكالته و لا تعلمه بالعزل، فقلت: نعم يزعمون أنها لو وكت رجلا و أشهدت في الملاء، و قالت في الملاء: اشهدوا أنني قد عزلته بطلت وكالته، و إن لم يعلم العزل و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصه، و في غيره لا يبطلون الوكاله إلا أن يعلم الوكيل بالعزل و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد، فقال: سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده إن النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد، إن علياً (عليه السلام) أته امرأه مستعديه على أخيها فقالت: وكت أخي هذا بأن يزوجني رجلاً فأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك فذهب، و زوجني و لى بينه أنني قد عزلته، قبل أن يزوجني، فأقامت البيئه، و قال الأخ: إنها وكتني و لم تعلمني بأنها قد عزلتني عن الوكاله حتى زوجتها كما أمرتني به، فقال لها: فما تقولين؟ فقالت: قد أعلمته، فقال لها لك بينه بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون بأنني قد عزلته، فقال (عليه السلام): كيف تشهدون؟ قالوا: نشهد إنها قالت: «اشهدوا أنني قد عزلت أخي فلانا عن الوكاله بتزويجي فلانا و إنني مالكة لأمرى من قبل أن يزوجني فلانا، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر؟ قالوا: لا، قال: أفتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكاله، قالوا: لا،

قال: أرى أنّ الوكّالَه ثابتَه و النكاح واقع، أين الزوج؟ فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها، فقالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل و أنّه لم يعلم بعزلي إتياءه قبل النكاح، قال: و تحلف؟ قال: نعم، فحلف و أثبت و كآلته و أجاز النكاح»<sup>(١)</sup> و غيرها ، ثمّ روى خبرا فى حكم قبض الأب صداق بنته مع الوكّالَه و بدونها، و خبرا آخر فى حكم امرأه و كآلت رجلا فى تزويجها مع عيبتها و حكم امرأه و كآلت رجلا فى تزويجها ثمّ زوّجها من نفسه و ختم باب الوكالات. فلا بدّ أنّ الخلاف و هم، و كيف كان فيه قال الصدوق حيث قال: باب الوكّالَه و روى الأخبار المتقدمه، و روى ذينك الخبرين، ولم أقف على فتوى النهايه على خلاف الأخبار ، و به قال الكلينيّ حيث إنّهُ روى خبر أبى هلال الرّازى<sup>(٢)</sup> احد الاخبار الخمسه التى نقلها التهذيب الدال على ذلك.

(و تبطل بالموت)

لانه لا مورد معه للوكّالَه لأنّها تفويض حتىّ إلى آخر أمر من أموره التي تقبل النيابة.

(و الجنون)

لخروجه عن اهليه التصرف بلافق بين تصرفاته بالفعل ام سابقا .

ص: ٢٧٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢١٤ ح ٥

٢- الكافي (فى باب الوكّالَه فى الطلاق، و هو ٥٥ من أبواب طلاقه)

(و الإغماء)

عند المصنف و قد يقال فى وجهه ان الوكاله هى فى روحها اذن خاص تترتب عليه بعض الخصوصيات، و معه فمن المناسب بطلانها بما ذكر لزوال الاذن بذلك.

و فيه: انه لا يزول الاذن بذلك اولاً- و على فرض الشك يستصحب فالاقوى عدم زوال الوكاله بالاغماء و حاله حال النوم و المرض الشديد.

(و بالحجر على الموكل فى ما و كل فيه)

بالسفه، و الفلس، لأن منعه من مباشره الفعل يقتضى منعه من التوكيل فيه فليس الفرع فوق الأصل. و فى حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان حربيا فاسترق، و لو كان وكيلا أصبح بمنزله توكيل عبد الغير.

(لا بالنوم و ان تناول ما لم يؤد الى الإغماء)

بناءً على بطلان الوكاله به لكن تقدم ان الاقوى خلافه .

(و تبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكاله)

كما لو و كله فى بيع عبد ثم باعه و بطلانها بمعنى عدم بقاء لموردها و فى حكمه فعله ما ينافيها كعتقه.

حصيله البحث:

ص: ٢٧٦



الوكاله استنابهُ فى التّصرّف و إيجابها: وكتك و استنتك أو الاستيجاب و الإيجاب أو الأمر بالبيع و الشراء، و قبولها قولئ و فعلئ. و إيجابها: وكتك و استنتك أو الاستيجاب و الإيجاب أو الأمر بالبيع و الشراء، و قبولها قولئ و فعلئ، و لا يشترط فيه الفورئه فإنّ الغائب يوكل، و يشترط فيها التّنجيز، و يصحّ تعليق التّصرّف و هى جائزة من الطّرفين، و لو عزله اشترط علمه، و لا يكفى الإشهاد، و تبطل بالموت و الجنون و الحجر على الموكل فيما و كل فيه، و لا تبطل بالنّوم و إن تطاول و لا الإغماء، و تبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكاله.

### إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى...

(و إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى البيع بثمان المثل حالاً بنقد البلد و لو خالف ففضولى)

قال فى الخلاف: «إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى البيع بثمان المثل» و لكن قال الإسكافئ «لو فوّض المالك إلى الوكيل العمل بما يرى كان ما عمله الوكيل ممّا لا تعدى فيه للعرف ماضياً و لو لم يجعل ذلك إليه، و إنّما و كله فى البيع و لم يقل: بما رأيت لم يجز البيع إلّا بعد مؤامره المالك. و لو قال «بما رأيت» و لم يقل له: «و كيف رأيت» لم يكن له أن يحتال بالثمان و لا يأخذ به كفيلاً و لا رهناً»<sup>(١)</sup>.

ص: ٢٧٧

أقول: و الصواب أن يقال: مع الإطلاق لم يكن له أن يحتال بالثمن أو يأخذ به كفيلا أو رهنا، و أمّا مع قوله: «أنت وكيل في البيع بما رأيت» فيصحّ ولا فرق بين «بما رأيت» و «كيف رأيت».

ثمّ إنّ الدّعائم روى مرسلا عن أبي جعفر (عليه السلام): «من وكّل وكيلا- على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز عليه إلّا أن يثبت أنّه تعمّد الخيانه أو حابي المشتري بوكس، و كذلك إن وكّله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنّه تعمّد الزيادة أو خان أو حابي فشراؤه جائز عليه، و إن علم أنّه تعمّد شيئا من الضّرر ردّ بيعه و شراؤه، فإن وكّله على بيع شىء فباع له بعضه و كان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز» وحيث انه ضعيف السند فلا تعويل عليه.

(و إنّما تصحّ الوكالة في ما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه كالعتق و الطلاق و البيع لا فيما يتعلّق غرضه بإيقاعه)

من مباشر بعينه و يعرف ذلك من بناء العرف و ذلك لحججه ما يفهمه من النص من خلال تحكيم مناسبات الحكم و الموضوع و غيرها من القرائن..

و قد علم تعلق غرضه بجمله من العبادات، لأن الغرض منها امتثال المكلف ما أمر به و انقياده بفعل المأمور به و لا يحصل ذلك بدون المباشرة (كالطهاره) فليس له الاستتابة فيها أجمع، و إن جاز في غسل الأعضاء و مسحها حيث يعجز عن مباشرتها، مع توليه النيه و مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا، و من ثم يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانه على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق.

هذا و قال الشيخ: الطهاره لا يصح التوكيل فيها، و إنما يستعين بغيره فى صب الماء عليه على كراهيه فيه. و قال ابن البراج: و أما النياه فى صب الماء على المتطهر القادر على الطهاره فعندى لا يجوز، و قد أجازه بعض أصحابنا على كراهيه. قلت: مراد الشيخ من عدم صحه التوكيل هو عدم صحه النياه و اما الاستعانه بصب الماء فى كف الانسان ليتوضأ به فليس من النياه نعم هو مكروه كما ورد فى معتبر السكونى عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن آبائه عن على (عليه السلام) قال قال رسول الله ص خلّتان لا أحبُّ أن يُشاركنى فيهما أحد وضوئى فإنّه من صلاتى و صدقتى فإنّها من يدي إلى يد السائل فإنّها تقع فى يد الرحمن (١).

(و الصلاه الواجبه فى حال الحياه)

اى حياه الموكل فلا يستتاب فيها مطلقا إلّا ركعتا الطواف، و احترز بالواجبه عن المندوبه، فيصح الاستتابه فيها فى الجمله كصلاه الطواف المندوب كما فى خبر الحضرمى (٢) و قد اعتمده الكافى، أو فى الحج المندوب و إن وجب .

هذا و قال العلامة: تصح الوكاله من أهل السهمان (٣) فى قبض الزكاه قاله الشيخ فى المبسوط (٤). و قال ابن البراج: لا تصح الوكاله فى الزكاه إلّا فى إخراجها. و قال ابن

ص: ٢٧٩

١- الخصال، ج ١، ص: ٣٣

٢- وسائل الشيعه، ج ١١، ص: ٢٠٥ باب ٣٠ استحباب التطوع بطواف و ركعتين عن المؤمنين.

٣- السهمان جمع السهم وهو النصيب - مختار الصحاح ص ٣١٣

٤- المبسوط: ج ٢ ص ٣٦١

إدريس: قال بعض أصحابنا: يجوز من أهل السهمان التوكيل في قبضها(١). وقال ابن البراج: لا- يجوز، وهو الذى يقوى فى نفسى، لأنه لا دلالة عليه، فمن ادّعه فقد أثبت حكماً شرعياً يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى، و لا دلالة، الى ان قال: «و الحق الجواز. لنا: أنه عمل مباح يقبل النيابة فصحت الوكالة فيه، أما اباحتها فلا شك فيها، و أمّا قبوله النيابة فظاهر، و لهذا وضع الشارع نصيباً للعامل، و لا- خلاف أنه يجب دفع الزكاة الى الامام و العامل، و تبرأ ذمه الدافع و ان تلفت، لأنهما كالوكيلين لأهل السهمان. و أى استبعاد فى أن يقول الفقير: وكتك فى قبض ما يدفعه المالك إلى عن زكاته، و لا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة، بل إذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله(٢). قلت: وقد اجاد فيما افاد فهو الاقوى.

حصيله البحث:

إطلاق الوكالة فى البيع يقتضى البيع بثمن المثل حالاً بنقد البلد و كذا فى الشراء و لو خالف ففضولتي، و إنّما تصحّ الوكالة فيما لا يتعلّق غرض الشارح بإيقاعه من مباشرٍ بعينه كالتحق و الطلاق و البيع لا فيما يتعلّق كالطهاره و الصلاه الواجبه فى الحياه .

ص: ٢٨٠

١- السرائر: ج ٢ ص ٨٢

٢- مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة؛ ج ٦، ص: ١٨

## (و لا بدّ من كمال المتعاقدين)

بالعقل و لا ريب فى اشتراطه .

قيل: و بالبلوغ كما عن الإسكافى حيث قال: «و لا نختار توكيل غير ذى الدّين من البالغين». قلت: لا دليل عليه و اما ما استدلّ المبسوط له بعدم الدّليل على صحّته ففيه: أن سيره العقلاء و المتشرعه قائمه على توكيل غير البالغ فى ما هو قادر عليه مع أنّ فى أخبارنا توكيل أم سلمه ابنها سلمه فى تزويجها من النّبى صّى الله عليه و آله مع صغره و قد تقدم فى كتاب البيع صحه توكيل الصبى و دلالة قوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى...﴾ عليه .

## (و جواز تصرف الموكل)

فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. و خص الموكل، لجواز كون المحجور فى الجملة و كيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالسفيه، و المفلس و العبد بإذن سيده.

ص: ٢٨١

## (وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر)

كما في صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل جعل أمر امرأته إلى رجل فقال اشهدوا أنني جعلت أمر فلانه إلى فلان أ يجوز ذلك للرجل قال نعم(١).

و صحيح ابن مسكان و هو من اصحاب الاجماع عن أبي هلال الرّازي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) رجل و كل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت و خرج الرّجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به و أنه قد بدا له في ذلك قال فليعلم أهله و ليعلم الوكيل(٢) وغيرهما.

(كالغائب) لأن الطلاق قابل للنيابة، واطلاق النصوص شامله له.

هذا و منع الشيخ من توكيل الحاضر فيه استنادا إلى خبر زراره عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لا تجوز الوكالة في الطلاق»(٣) جمعا منه بينه و بين صحيح سعيد الأعرج وغيره بحمل هذا على الحاضر و حمل تلك على الغائب و تبعه الحلبي و القاضي.

و فيه: انه لا شاهد لهم لهذا الحمل فهو حمل تبرعى مع كون الخبر ضعيفا لاوثوق فيه كما سيأتى معارض لما هو اقوى منه.

ص: ٢٨٢

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٢٩ ح ٢١٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٢٩ ح ٤

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٣٠ ح ٦

ثم ان ظاهر كلام المصنف أنّ توكيل الغائب لا خلاف فيه مع أنّه أيضا خلافيّ فقال الكلينيّ بعد نقل خبر زراره عن الصادق (عليه السلام): «لا تجوز الوكاله في الطلاق»<sup>(١)</sup>: «قال الحسن بن سماعه: و بهذا الحديث نأخذ».

أقول: لا أثر لخلاف الحسن بن سماعه لكونه واقفيًا من شيوخيهم و كان يعاند و يتعصّب، و الصواب حمل خبره على الشذوذ كما يفهم من الكلينيّ فإنّه قال في آخر الباب: «و روى»<sup>(٢)</sup> والظاهر ان الغرض من نقله مسندا ليعلم ضعف سنده ففي أحد طريقه واقفيون حميد و الحسن بن سماعه و جعفر بن سماعه، و في طريقه الآخر معلّى بن محمّد الذي مضطرب الحديث و المذهب.

(و لا يجوز للوكيل أن يوكل الّا مع الإذن صريحا) و لو بالتعميم كاصنع ما شئت.

(أو فحوى، كاتساع متعلقها)

بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه كالزراع في أماكن متباعده لا تقوم إلا بمساعدة ولذا جوّز الإسكافيّ مع الإطلاق التوكيل إذا أراد سفرا و لم يكن موكله بحاضر أيضا، لدلالة القرائن على الإذن له فيه فيما إذا كان ما وكلّه فيه يفسد لو تركه فيجوز في مثله التوكيل.

(و ترفع الوكيل عما وكل فيه عادة)

ص: ٢٨٣

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٣٠ ح ٦

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ١٢٩ بعد الحديث الخامس .

فإن توكيله حينئذ يدل بفحواه على الإذن له في التوكيل، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا لم يجز لأنه مستفاد من القرائن، كما وأنه مع جهل الموكل بحاله ينتفى.

حصيلة البحث:

يشترط في الوكالة كمال المتعاقدين و الأقوى صحه توكيل الصبي، و جواز تصرف الموكل فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته، و تجوز الوكالة في الطلاق للحاضر كالغائب و لا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن صريحاً أو فحوى كاتساع متعلقها و ترفع الوكيل عما وكل فيه عادةً.

### (و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره عارفا باللغه التي يحاور بها)

لم يرد نص به بالخصوص، وقال في الجواهر: «ويستحب استحباباً إرشادياً أن يكون الوكيل تام البصيره فيما و كل فيه عارفا باللغه التي يتحاور بها في الموكل فيه، بحيث يكون ملياً بتحقيق مراد الموكل، بل عن ابن البراج و ظاهر أبي الصلاح وجوبه، و لكنه ضعيف و الوجه الندب.

قلت: اما الوجوب فلا- دليل عليه كما و ان المراد من الاستحباب الارشادى حكم العقل بحسن ذلك كما قالوا: «أرسل حكيماً و لا توصه»<sup>(١)</sup>.

ص: ٢٨٤



ثم قال: «كما انه ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومه و الخصومه عنه، إذا لم يباشروا، و كذا يوكل من يباشروا عنه جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الممنوعين منه و كذا غير السفهاء ممن للحاكم ولايه عليه، و كذا الحكم فى الوصى و غيره من الأولياء، إلا أن ينص الموصى على عدم التوكيل عنهم»<sup>(١)</sup>.

قلت: تعبيره ب«ينبغي» ليس بصحيح بل يجب على الحاكم تولى ذلك مباشرة او تسبباً .

### (و يستحب لذوى المروآت التوكيل فى المنازعات)

عند المصنف قال فى الجواهر: «يكره لذوى المروآت من أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان أن يتولوا المنازعه بأنفسهم لهم فضلاً عنها لغيرهم. بل قد يستفاد مما روى عن على عليه السلام «أن للخصومه قحماً، و أن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها» عموم الكراهه المتسامح فيها، و إن تأكدت فيهم خصوصاً، إذا كانت مع ذوى الألسنه البذيه.

و لا ينافى ذلك مخاصمه النبى صلى الله عليه و آله و سلم<sup>(٢)</sup> مع صاحب الناقه إلى رجل من قريش، ثم إلى على عليه السلام، و مخاصمه على عليه السلام<sup>(٣)</sup> مع رجل

ص: ٢٨٥

١- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٢٧، ص: ٣٩١

٢- الوسائل الباب ١٨- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ١

٣- الوسائل الباب- ١٤ من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ٦

رأى عنده درع طلحه «فقال له: إنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فأنكره و دعاه إلى شريح القاضي فمضى عليه السلام معه إليه» و هي مشهوره، و مخاصمه على بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانيه لما طلقها و ادعت عليه المهر، فإن الدواعى و الضرورات الرافعه للكراهه فى حقهم عليهم السلام قائمه»(١).

أقول: كما يستدل له ايضا بما فى المستدرک عن العوالى «و روى أنّ عليا (عليه السلام) و كلّ أخاه عقيلًا فى مجلس أبى بكر أو عمر، و قال: هذا عقيل فما قضى عليه فعلىّ و ما قضى له فلى، و و كلّ عبد الله بن جعفر فى مجلس عثمان. لكن الكل كما ترى ضعيف كما هو معارض بما تقدم مما نقله صاحب الجواهر .

### (و لا تبطل الوكاله بارتداد الوكيل)

لعدم الدليل على البطلان كما ان مقتضى الاستصحاب بقاؤها نعم ذهب إلى بطلانها الإسكافى، و قال الشيخ و القاضي بعدمه، و موضع كلامهم الوكيل و الموكل و لا شاهد لهم.

(و لا يتوكل المسلم للذمى على المسلم على قول، و لا الذمى على المسلم لمسلم و لا للذمى قطعا، و باقى الصور جائزه)

قال المفيد: «و للمسلم أن يتوكل للمسلمين على أهل الإسلام، و لأهل الذمه على أهل الذمه خاصه» و مثله الحلبيّ و الشيخ فى النهايه و جوّزه المبسوط فقال:

ص: ٢٨٤

«يكره أن يتوكل المسلم للكافر على مسلم، و ليس بمفسد للوكاله، و قال: «إذا وُكِّلَ المسلم ذمياً أو مستأمنًا صحَّ التوكيل، لأنه ليس من شرط التوكيل كما ليس من شرطه العداله»، و مراده توكيل المسلم ذمياً على المسلمين بدليل تعليقه، و مثله الخلاف، لكن قال: «يكره أن يتوكل مسلم لكافر على المسلم، و لم ينكر ذلك أحد من الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه و لأنه لا دليل على جوازه».

و لا دليل على الحرمة و استدلل لها بقوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ و هو كما ترى فلا دلاله للايه على المقام و فرّق الحلّي فقط بين الصّور الثلاث فجوّز الأوّل دون الأخيرتين كما أنّ عدم جواز الصوره الأولى لم يقل به الشيخ فقط فقال به المفيد و الدّيلمى و الحلبيّان و ابن حمزه و لم يقل به الشيخ مطلقاً، و إنّما قال به فى نهايته دون مبسوطه و خلافه، و المفهوم من الإسكافى أيضاً جواز الثلاث، فقال: «و لا يستحبّ وكاله المسلم لمن يوجب الدّين البراءه منه و لا توكيله» فقوله: «وكاله المسلم» صريح فى جواز الأولى على كراهه، و قوله: «و لا توكيله» ظاهر فى جواز الأخيرتين على كراهته أيضاً.

حصيله البحث:

قيل: و يستحبّ أن يكون الوكيل تامّ البصيره عارفاً باللّغه الّتى يحاور بها، و يستحبّ لذوى المروءات ايضاً التوكيل فى المنازعات. قلت: لم يثبت الاستحباب فيهما، و لا تبطل الوكاله بارتداد الوكيل، و يجوز ان يتوكل المسلم للذمّي على المسلم، و الذمّي على المسلم لمسلم، و ذمّي .

ص: ٢٨٧

## و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له إلّا أن تشهد العاده بدخوله

(و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له)

لان الوكالة ترجع فى روحها إلى الاذن فلا بد من الاقتصار على حدودها.

(إلّا أن تشهد العاده بدخوله كالزيادة فى ثمن ما وُكِّل فى بيعه، و النقيصه فى ثمن ما وُكِّل فى شرائه)

قال الإسكافى: «إذا قال: بعه فى مدينه بغداد، فباعه فى سوادها ضمن، و إن قال: بعه فى بغداد فباعه فى موضع لا يقصر فيه أهل مدينه بغداد الصّلاه إذا خرجوا إليه لم يضمّن و إن تجاوز ذلك ضمن» وقال الشيخ: «إذا أمره بالبيع فى سوق فباع فى غيرها صحّ» قلت: و الصواب ما قاله المصنّف انه لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له إلّا أن تشهد العاده بدخوله.

حصيله البحث: و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له إلّا أن تشهد العاده بدخوله .

## (و تثبت الوكالة بعدلين)

لعموم حجيه البيئه فان الاصل الاولى فى الاثبات هو البيئه بمعنى شهاده رجلين عدلين لان ذلك هو المنصرف من كلمه «البيئه» المعتمره فى الاثبات فى مثل قوله

ص: ٢٨٨

صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «البينه على من ادعى»(١) أو «انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان»(٢).

و على تقدير التشكيك فى ذلك يمكن التمسك بالاطلاق المقامى، فان الوسيله المعروفه فى الاثبات هى شهاده عدلين، و السكوت عن تحديد البينه انما ان يكون اعتمادا على ذلك .

(و لا تقبل فيها شهاده النساء منفردات و لا منضمات)

كما تقدم فى كتاب الشهادات(٣).

(و لا تثبت بشاهد و يمين)

لأنّ الوكاله ليست بمال حتى تثبت برجل و امرأتين فلا بدّ فيها من شهاده رجلين.

(و لا بتصديق الغريم)

أقول: أمّا تصديق الغريم فلا أثر له، و إنّما المؤثر تصديق الموكل، فإنّه إقرار دون تصديق الغريم .

ص: ٢٨٩

---

١- وسائل الشيعه ١٨: ١٧٠ الباب ٣ من أبواب الشهادات الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٨: ١٦٩ الباب ٢ من أبواب الشهادات الحديث ١

٣- الدرر الفقيهه ج ٧ كتاب الشهادات ص ٢٦٩

ثم ان العدلين لو اختلفا فى لفظ التوكيل فقال أحدهما: قال الموكل: «جعلته وكيلا»، و قال الآخر: قال: «جعلته جريًا» أو قال أحدهما؟ قال: «وكلتك» و قال الآخر: قال: «استنتك» قال الإسكافي ثبت، و قال الشيخ: لا ثبت، و هو الصحيح لانه لا بد من توارد الشهادتين على شىء واحد. وبذلك يظهر ضعف قول الأسكافي الاخر أيضا: «لو شهد أحدهما بكونه وكيلا فى الخصومه إلى قاضى بغداد، و الآخر إلى قاضى مصر كان وكيلا فى الخصومه إلى قاضى كل بلد».

(و الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدى)

كما هو مقتضى قاعده عدم ضمان الامين .

و يؤيد كون الامين ضامنا عند التعدى خبر محمد بن مرزم، عن أبيه أو عمه «شهدت أبا عبد الله (عليه السلام) و هو يحاسب وكيلا- له، و الوكيل يكثر أن يقول: و الله: ما خنت، و قال (عليه السلام) له: يا هذا خيانتك و تضيعك علىّ مالى سواء إلا أن الخيانه شرّها عليك- الخبر»(1).

(و يجب عليه تسليم ما فى يده الى الموكل إذا طولب به)

ص: ٢٩٠

كما فى صحىحه الكاهلى؁ عن الصادق (علفه السلام) قال: «سألته عن القصار أسلم إله الثوب و أشرط علىه يعطىنى فى وقت؁ قال: إذا خالف و ضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن»<sup>(١)</sup> و مورده و إن كان الأجر؁ إلّا أنّ المناط واحد.

(فلو أفر مع الإمكان ضمن) لانه من مصادق التعدى .

(و له أن ىمتنع حتّى ىشهد على الموكّل و كذا كلّ من كان علىه حق)

بدلىل قوله صلّى الله علىه و آله: «لا ضرر و لا ضرار» الداله على نفى الحكم الضررى و تحمّله للىمين ضرر.

(و ان كان ودىعه ىقبل قوله فى ردّها)

هكذا فى بعض النسخ و افئى المصنف بخلاف ذلك فى كتاب الودىعه فقال: «و لا ىقبل قول الودعى فى ردّها إلّا بىبئه» و هو الصحىح لانه مدع حىث ان الاصل عدم الرد فلا ىقبل قوله بمجرّد دعوى الرد .

(والوكىل فى الودىعه) لمال شىخص عند آفر (لا ىجب علىه الإشهاد) على المستودع و المراد من الوجب هنا الوجب لدفع الضمان عن نفسه (بخلاف الوكىل فى قضاء الدين؁ و تسليم المبع) فلىس له ذلك حتّى ىشهد .

ص: ٢٩١

و الفرق أن الإشهاد على الودعي لا- يفيد ضمانه لقبول قوله في الرد، بخلاف غيره لكن تقدم في العناوين السابقه ان الصحيح عدم الفرق بين الامرين و ان الوكيل في الوديعه مثل الوكيل في قضاء الدين لا يقبل قوله في الرد إلا بينه، و الأصل في هذا الفرع العامه ذكره المبسوط فقال: «فأما إذا كان ذلك في الإيداع فأمره أن يودع المال الذي أعطاه إياه رجلا سمّاه له فادّعى الوكيل تسليمه إلى المودع و أنكر المودع ذلك، كان القول قوله مع يمينه، فإن حلف أسقط دعوى الوكيل، و هل يرجع الموكل على الوكيل أم لا، ينظر فإن كان تسليمه إلى المودع بحضرتة لم يرجع عليه لأنه غير مفترط فيه، و إن كان بغيبته فهل يكون مفترطاً بترك الإشهاد قيل: فيه و جهان: أحدهما لا يكون مفترطاً لأنه لا فائده في الشهاده لأنّ أكثر ما فيه أن يثبت الإيداع بالشهادة فإذا ثبت بها كان للمودع أن يدّعى التلف أو الرّد، و إذا ادّعى ذلك كان القول قوله مع يمينه، و الثاني أنّ الوكيل يكون مفترطاً في تركه الإشهاد لأنه أمره بإثبات الإيداع كما أمره بإثبات القضاء في المسألة الأولى فإذا لم يشهد فقد ترك ما أمره به، فمن قال: يكون مفترطاً رجوع به عليه، كما قلنا في القضاء، و من قال: لا يكون مفترطاً لم يرجع به عليه، و هو الأقوى» (1) و الظاهر أنّ مراده بقوله في ما مرّ «فإذا ثبت بها كان للمودع أن يدّعى التلف أو الرّد، و إذا ادّعى ذلك كان القول قوله مع يمينه» إنّه لما كان عالماً بالإشهاد عليه و أراد الخيانه يبذل إنكاره بادّعاء تلفه أو ادّعاء رده بناء على قبول قوله في الرد، و يقبل

ص: ٢٩٢

١- المبسوط بعد ذكر مسأله القضاء و فروعها



قوله مع يمينه فلا يبقى أثر لاشهاده و ليس المراد أنه بعد الإنكار و الإثبات عليه يدعى الردّ أو التلف لأنه لا يقبل قوله حينئذ بعد ثبوت خيانتة.

أقول: و يمكن فرض فائده للإشهاد في ما إذا ادعى الودعي كونه أنقص ممّا أودع عنده .

(فلو لم يشهد) على غير الوديعه (ضمن) لتفريطه إذا لم يكن الأداء بحضره الموكل، و إلما انتفى الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إلى الموكل .

حصيله البحث:

و تثبت الوكاله بعدلين، و لا- يقبل فيها شهاده النساء منفرداتٍ و لا منضماّتٍ، و لا تثبت بشاهدي و يمينٍ و لا بتصديق الغريم و الوكيل أمينٍ لا- يضمّن إلما بالتفريط أو التّعدي، و يجب عليه تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طولب به، فلو أخر مع الإمكان ضمن و له أن يمتنع حتّى يشهد، و كذا كلّ من عليه حقٌّ و إن كان وديعه، و الوكيل في الوديعه يجب عليه الإشهاد لدفع الضمان عن نفسه كالوكيل في قضاء الدين و تسليم المبيع، فلو لم يشهد ضمن إذا لم يكن الأداء بحضور الموكل، و إلّا فلا.

ص: ٢٩٣

(و يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل)

قال الشهيد الثانى: «لانتفاء المانع حينئذ و مغايره الموجب للقابل يكفى فيها الاعتبار، و لو أطلق له الإذن ففى جواز توليها لنفسه قولان منشأهما دخوله فى الإطلاق، و من ظاهر الروايات الدالّة على المنع و هو أولى، و اعلم أنّ توليه طرفى العقد أعمّ من كون البيع و الشراء لنفسه و لغيره و موضع الخلاف مع عدم الإذن توليه لنفسه إمّا لغيره بأن يكون و كيلا- لهما، فلا إشكال إلّا على القول بمنع كونه موجبا قبالاً و ذلك لا يفرّق فيه بين إذن الموكل و عدمه»<sup>(١)</sup>.

أقول: تقدم ان المصنف فى كتاب البيع قائل بعدم جواز بيع الوكيل و ابتياعه لنفسه فقال «ويجوز للجميع تولى طرفى العقد الا الوكيل والمقاص»<sup>(٢)</sup> كما قال به الصدوق و الإسكافى و ابن ادريس و الشيخ فى المبسوط و التهذيب وهو المفهوم من الكلينى حيث اقتصر على صحيح هشام بن الحكم ففيه: «اذا قال الرجل اشترلى فلا تعطه من عندك و ان كان الذى عندك خيراً منه» الظاهر فى الحرمة و لم يرو ما يعارضه. لا لما ذكره الشهيد الثانى من اشتراط تغاير الموجب و القابل، لان مغايره الموجب للقابل يكفى فيها الاعتبار كما قال، بل لأنّه خيانه و تهمه كما دلّت عليه النصوص، كما فى معتبر اسحاق بن عمار «عن الصادق (عليه السلام): سألته عن

ص: ٢٩٤

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلاتر)؛ ج ٤، ص: ٣٨٥

٢- الدرر الفقيهيه ج ١٠ ص ٧٥

الرَّجُلُ يَبِيعُ إِلَى الرَّجُلِ يَقُولُ لَهُ: ابْتَغِ لِي ثَوْبًا، فَيَطْلُبُ لَهُ فِي السُّوقِ فَيَكُونُ عِنْدَهُ مِثْلُ مَا يَجِدُ لَهُ فِي السُّوقِ فَيُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِهِ، فَقَالَ: لَا- يَقْرَبَنَّ هَذَا وَلَا يَدْنُسْ نَفْسَهُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ {إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا} وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ خَيْرٌ مِمَّا يَجِدُ لَهُ فِي السُّوقِ فَلَا يُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِهِ» (١) و خبر القلانسي «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرَّجُلُ يَجِيئُنِي بِالثَّوْبِ فَأَعْرَضُهُ فَإِذَا أُعْطِيَتْ بِهِ الشَّيْءُ زِدْتَ فِيهِ وَأَخَذْتَهُ، قَالَ: لَا تَزِدْهُ، قُلْتَ: وَ لَمْ ذَاكَ؟ قَالَ: أَلَيْسَ أَنْتَ إِذَا عَرَضْتَ أَحْبَبْتَ أَنْ تُعْطِيَ بِهِ أَوْ كَسَ مِنْ ثَمَنِهِ، قُلْتَ: نَعَمْ، قَالَ: لَا تَزِدْهُ» (٢).

أقول: ألما ان خبر القلانسي اشتمل على عله ظاهره في الكراهه ففيه: «قال لا- ترده قلت و لم ذاك؟ قال: اليس انت اذا عرضته احببت ان تعطى به او كس من ثمنه قلت نعم قال: لا- ترده» (٣) و يشهد للحمل على الكراهه معتبر ابن ابى حمزه ففيه: « قال ما احب لك ذلك» (٤) و في موثق ميسر تفصيل اخر حيث قال (عليه السلام): « ان امننت ان لا يتهمك فاعطه من عندك و ان خفت ان يتهمك فاشتره من السوق» (٥).

ص: ٢٩٥

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٣٥٢
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٥٨ ح ٥٢
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٥٨ ح ٥٢
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٢٨ ح ٢٩
- ٥- الفقيه (في ١٧ من تجارته، ٤ من معاشه)

و موثق صفوان عن اسحاق بن عمار عن معمر الزيات عنه (عليه السلام): «إني رجل أبيع الزيت يأتيني من الشام فأخذ لنفسى ممّا أبيع، قال: ما أحبّ لك ذلك، قال: إني لست أنقص لنفسى شيئاً ممّا أبيع، قال: بعه من غيرك و لا تأخذ منه شيئاً، أ رأيت لو أنّ رجلاً قال لك: لا أنقصك رطلاً من دينار كيف كنت تصنع لا تقربه»<sup>(١)</sup>.

و كيف كان فهذه الأخبار إنّما نظرها إلى التّهمة و عدمها و لا علاقه لها بالايجاب و القبول و الصحيح هو القول بالكرهه لا الحرمة حملاً للظاهر على الصريح .

نعم المتقاص لا يأخذ حقه بعنوان البيع و انما تضمن صحيح ابي بكر الحضرمي «انه يقول بينه و بين الله عزوجل انه ما اخذه ظلماً و خيانه بل مكان ماله»<sup>(٢)</sup> و به افتى في المقنع و لا يخلو من فائده و لعلها انه لو استحلفه بانك ما اخذت من مالي شيئاً جاز له الحلف بانه ما اخذه يعني ظلماً بل اخذ حقه منه .

و أمّا قوله: «إمّا لغيره بأن يكون وكيلا- لهما، فلا إشكال إلّا على القول بكونه موجبا قابلاً و عدم الفرق فيه بين إذن الموكل و عدمه» ففيه أنّ مع إذنه لا- قائل منّا ظاهراً بالمنع، و أمّا ما في المبسوط «إذا أذن الموكل لو كيله في بيع ماله من نفسه قيل: فيه و جهان: أحدهما يجوز و هو الصحيح و قال: قوم لا- يجوز كما لا يجوز أن يزوّج بنت عمّه من نفسه» فالمراد به الاختلاف عند العامّة و الدليل عليه قوله بعد ما مرّ «و هذا عندنا أيضا جائز».

ص: ٢٩٦

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٢٧ ح ٢٨

٢- الفقيه ١٧ من أخبار دينه و قروضه، ٣ من أبواب معاشه .

## و لو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر

(و لو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر)

لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل. و تظهر فائده إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع فيدعى الموكل حصولها لئتم له العقد و ينكرها الوكيل ليتزلزل و يتسلط على الفسخ.

و لو اختلفا (في الرد حلف الموكل)

لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة بجعل أم لا.

(و قيل) يحلف (الوكيل، إلما أن تكون بجعل) فالموكل و القائل هو الشيخ في المبسوط و تبعه القاضى ففى المبسوط فى الردّ بغير جعل، القول قول الوكيل لأنّه قبض لمصلحة الموكل كالودعى، و بالجعل فيه و جهان: أحدهما تقدّم قول الموكل لأنّ الوكيل قبض المال لمصلحة نفسه، فهو كالمرتهن و المستعير و المستأجر يدعون الردّ، و ثانيهما تقدّم قول الوكيل أيضا لأنّه أخذ العين أيضا لمنفعه الموكل لأنّه لا ينتفع بعين المال و الجعل لا يتعلّق بقبض العين فقبضه أيضا مثل الودعى و ليس كالمستعير و المرتهن لتعلّق حقوقهما بالعين» و ظاهر المبسوط عدم الخلاف فى قبول قول الوكيل فى الردّ إذا كان بغير جعل كالودعى، و إنّما الإشكال فى ما كان بالجعل والصحيح هو القول بتقدّم قول الموكل مطلقا كما قاله ابن ادریس.

ص: ٢٩٧

و أما استدلال الشيخ من كونه أمينا و قد قبض المال لمصلحه المالك كالودعي فكان محسنا محضا فيشمله قوله تعالى { مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ } . فقد تقدم الجواب عنه بأن الأمانه لا- تستلزم القبول، سواء كانت بجعل ام بغير جعل و كذلك كون الوكيل محسنا فى توليه الوكالة بدون جعل لا يستلزم قبول قوله فى الرد لانصراف الآيه عن هذا المعنى، مضافا الى أن التمسك بالآيه الكريمه فى عدم توجه اليمين نحو الوكيل غير ممكن هنا، لأن الآيه الكريمه تنفى كل سبيل مع أن المورد بحاجه إلى اليمين على أى حال فى فصل الخصومه قضاءً، فالآيه الشريفه مخصصه بغير المورد على فرض الشمول لا- محاله . مضافا الى ورود تفسيرها فى بعض الاخبار بنفى الحجه للكفار على المؤمنين فبناء على هذا التفسير لا ربط لها بالمقام.

(و) لو اختلفا (فى التلف) أى تلف المال الذى بيد الوكيل كالعين الموكل فى بيعها و شرائها، أو الثمن، أو غيره (حلف الوكيل)

لأنه أمين و لا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهر، و خفى (و كذا) يحلف لو اختلفا (فى التفريط) و المراد به ما يشمل التعدى، لأنه منكر (و) كذا يحلف لو اختلفا (فى القيمه) على تقدير ثبوت الضمان كما فى صورته إثبات الموكل التفريط، أو التعدى أو فى صورته إقرار الوكيل بالتفريط أو التعدى، لأصالة عدم الزيادة عن المقدار المتيقن و لم أقف فيه على مخالف و إن كان لم يعنونها الكثير.

## و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة فأنكر الزوج

(و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (حلف) لأصالة عدمها (و على الوكيل نصف المهر)

لصحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصره - من بنى تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم- قال خالف أمره و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة و لا عدّه عليها و لا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأة و لم يسم أرضاً و لا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه فقال إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصّيداق على الأمر و إن لم يكن له بينه كان الصّيداق على المأمور لأهل المرأة و لا ميراث بينهما و لا عدّه عليها و لها نصف الصّداق إن كان فرض لها صداقاً» (١).

و يؤيده خبر عمر بن حنظله عن الصادق عليه السلام «في رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قالت من صداق أو ضمننت من شىء أو شرطت فذلك رضى لى و هو لازم لى. و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال: يغرم لها نصف الصداق عنه و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها، فلما أن لم يشهد لها عليه

ص: ٢٩٩

بذلك الذى قال له، حلّ لها أن تتزوَّج ولا- تحلّ للأوّل فى ما بينه و بين الله عزّ و جلّ إلّا أن يطلقها لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِخْلَافٍ﴾ فإن لم يفعل فإنّه مأثوم فى ما بينه و بين الله عزّ و جلّ و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام قد أباح الله تعالى لها أن تتزوَّج»(١) و به افتى الفقيه(٢) و الشيخ فى المبسوط و كذا النهايه إلّا أنّه قال: لزم الوكيل مهر المرأة و لم يلزم الموكل شىء، و تبعه القاضى و كذا الحلّى و لا وجه له لأنّ الصحيح دلّ على أنّ على الوكيل نصف المهر مثل طلاق المرأة بلا دخول لأنّه فُزط و لم يشهد على الموكل.

لكن يمكن أن يقال ان المراد من قوله مهر المرأة أى النصف الذى كان على الزوج لو أقرّ و طلق، و إنّما الذى صرّح بجميع المهر ابن ادریس.

(و لها التزوج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكاله .

□  
(و يجب على الزوج) فيما بينه، و بين الله تعالى (الطلاق إن كان وكل)

فى التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها و تعريضها للتزوج بغيره محرم .

(و يسوق نصف المهر إلى الوكيل) للزومه بالطلاق، و غرم الوكيل بسببه.

(وقيل) و لم يعلم القائل به و إنّما قال فى المختلف: قال بعض علمائنا ذلك (يبطل) العقد (ظاهرا و لا غرم على الوكيل)

ص: ٣٠٠

---

١- الوسائل كتاب الوكاله باب ٤ الحديث ١

٢- الفقيه فى ٤ من أخبار وكالته مع اختلاف لفظى.



و علل ذلك الشهيد الثاني بعدم ثبوت العقد حتى يحكم بالمهر، أو نصفه، و لأنه على تقدير ثبوت العقد فالزوج يكون ملزماً بدفع المهر لأنه عوض البضع. و الوكيل ليس بزوجه، و الحديث ضعيف السند لأن في طريقه داود بن الحصين و هو واقفي، و دينار بن الحكم و هو مهمل، و لولا ضعف السند لما عرضنا عنه مع عمل أكثر الأصحاب بمضمونه، و التعليل «بكونه فسخ قبل الدخول» فاسد و وجه الفساد: أن هذا ليس بعقد أصلاً حتى يثبت و يستوجب الفسخ فالقول الأخير و هو البطلان أقوى (١).

وفيه: ان الحكم لا ينحصر بخبر عمر بن حنظله بل قد عرفت دلالة صحيح ابي عبيده عليه مضافاً الى عمل الاصحاب به .

هذا و إنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها، و إلا لم يجز لها التزوج قبل الطلاق، لأنها بزعمها زوجه، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال.

لا يقال: أن الصحيح دلّ على أنه لما ما جعل تعالى في الدين من حرج فهذا حكم ظاهري للإسلام حلّ به للمرأة تزويجها مطلقاً. فانه يقال: ان الاحكام الظاهرية حجة ما لم يعلم مخالفتها للواقع و لو باقرارها.

و لو امتنع من الطلاق حينئذ لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهراً و حينئذ ففي تسلط المرأة على الفسخ او الطلاق بدليل قاعده لاضرر الداله على نفي الحكم

ص: ٣٠١

---

١- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط- كلاتر)، ج ٤، ص: ٣٨٩

الضررى، أو تسلط الحاكم على الفسخ أو على الطلاق لانه ولى الممتنع او من هو بحكمه كما فى المقام، أو بقاؤها بدون الطلاق حتى يطلق أو يموت، أوجه؟ اقواها هو تسلط الحاكم على الطلاق دون الفسخ لان علقه الزواج لا ترتفع شرعا ألا بالطلاق و دون تسلط المرأه لان الحكم الضررى مرتفع بما قرره الشرع من الرجوع الى الحاكم .

هذا و لو أوقع الطلاق معلقا على الشرط كإن كانت زوجتى فهى طالق صح، و لم يكن إقرارا، و لا تعليقا مانعا، لأنه أمر يعلم حاله، و كذا فى نظائره كقول من يعلم أن اليوم الجمعه: إن كان اليوم الجمعه فقد بعته كذا، أو غيره من العقود كما تقدم صحه هذا التعليق فى كتاب البيع(1).

### و لو اختلفا فى تصرف الوكيل حلف

(و لو اختلفا فى تصرف الوكيل) بأن قال: بعته، أو قبضته، أو اشترت (حلف) الوكيل، لأنه أمين و قادر على الإنشاء. و التصرف إليه و مرجع الاختلاف إلى فعله و هو أعلم به.

(و قيل) يحلف (الموكل) كما نقل المختلف عن المبسوط قال: «إذا ادعى الوكيل الإذن بالبيع بثمن فأنكره المالك: إنَّ القول قول الموكل مع يمينه و ردّ العين أو مثلها أو قيمتها». و عن النهايه أيضا «إنَّ القول قول الموكل لكن يلزم الدلّال إتمام

ص: ٣٠٢

ما حلف عليه المالك لا- استرداد العين أو المثل أو قيمه» و قال المختلف نفسه: «إنّ القول قول الموكل لأنه غارم» واستدل له أيضا بأصالة عدم التصرف، و بقاء الملك على مالكة.

و فيه: ان الاصل لا يصار اليه مع الدليل وهو كونه امينا يقبل قوله كما تقدم فالأقوى هو الأول.

(و كذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به السلعة)

كأن قال الوكيل: اشترتته بمائه و الحال أنه يساوى مائه، ليتمكن صحه البيع وقال الموكل: بل بثمانين فانه يقدم قول الوكيل، لأنه أمين، و الاختلاف في فعله و هو أعلم به و دلالة الظاهر على كون الشئ إنما يباع بقيمته و هو الأقوى: و قيل: قول الموكل، لأصالة براءته من الزائد، و لأن في قبول قول الوكيل إثبات حق للبائع على الموكل فلا يسمع قول الوكيل. وفيه: ما تقدم من ان الاصل لا يصار اليه مع الدليل وهو كونه امينا يقبل قوله كما تقدم فالأقوى هو الأول .

### من أحكام الوكالة

و تلزم متى ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة كما لو اشترطت الزوجه في عقد نكاحها ان تكون و كيله عن زوجها في طلاق نفسها متى ما سجن أو ساء خلقه أو غير ذلك فهو المشهور لأنها و ان كانت جائزه في حدّ نفسها إلا ان ذلك لا ينافى لزومها بسبب الاشتراط.

ص: ٣٠٣

هذا وقد زاد بعض الاعلام قائلا: لو اشترطت الوكالة ضمن العقد الجائز لزوم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد فيزول لزوم الشرط بالتبع(١).

ثم انه إذا افترض اشتراط الوكالة ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل كان العمل بالشرط واجبا تكليفا ألا انه لو عصى المشتري عليه فلا يلزم سوى الاثم و لا تتحقق الوكالة.

و إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة فقد قيل بلزومها و ذلك من جهة لزوم العمل بالشرط بمقتضى قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»(٢) لكن الاقوى لزوم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد فيزول لزوم الشرط بالتبع و ذلك لجواز عقد الوكالة و لا دليل على لزومها و ان كان العمل بالشرط واجبا تكليفا.

حصيله البحث:

يجوز للوكيل تولي طرفي العقد بإذن الموكل، و لو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر، و لو اختلفا في الردّ حلف الموكل و في التلف حلف الوكيل، و كذا في التفريط و في القيمة، و لو زوجه امرأة بدعوى الوكالة فأنكر الزوج حلف و على الوكيل نصف المهر و لها التزوج بغيره إذا لم تصدق الوكيل عليها او عالمه

ص: ٣٠٤

١- ملحقات العروه الوثقى ٢: ١٢٢

٢- وسائل الشيعه ١٢: ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

بالوكالة، و إنما لم يجر لها التزوج قبل الطلاق، و يجب على الزوج الطلاق إن كان و كّل و يسوق نصف المهر إلى الوكيل، و لو امتنع من الطلاق حينئذ لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهرا و حينئذ فالاقوى تسلط الحاكم على الطلاق دون الفسخ، و لو اختلفا في تصرف الوكيل حلف، و كذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به السلعة. و تلزم الوكالة متى ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجة، و اما بنحو شرط الفعل فيجب العمل بالشرط وجوبا تكليفا و لو عصى المشتري عليه فلا يلزمه سوى الاثم و لا تتحقق الوكالة. و إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة فالاقوى لزوم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد .

## (كتاب الشفعة)

### إشارة

حقيقه الشفعة: الشفعة لغه كما في مجمع البحرين - كغرفه - هي في الأصل التقويه و الاعانه... و اشتقاقها على ما قيل من الزيادة لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به كانه كان واحدا و ترا فصار زوجا شفعا.

(و) شرعا (هي استحقاق الشريك الحصة المبيعه في شركته)

ولا يخفى نقصان التعريف والصواب في تعريفها ما قاله الحلبي من أنها استحقاق الشريك في المبيع تسليمه على المبتاع بمثل ما نقد، و يصطلح على صاحب الحق المذكور بالشفيع، و هي من الايقاعات تتوقف على إنشاء الايجاب من دون حاجه الى القبول وذلك للدله التي دلت على مشروعيتها كصحيحه عبد الله بن

سنان عن ابي عبد الله (عليه السلام): «لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يقاسما، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»<sup>(١)</sup>. و موثقه ابي العباس البقباق: «سمعت ابا عبد الله (عليه السلام) يقول: الشفعة لا تكون الا لشريك»<sup>(٢)</sup> و رواه عقبه بن خالد عن ابي عبد الله (عليه السلام): «قضى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بالشفعة بين الشركاء فى الارضين و المساكن و قال: لا ضرر و لا ضرار. و قال: اذا ارف الأرف<sup>(٣)</sup> و حدت الحدود فلا شفعة»<sup>(٤)</sup> الى غير ذلك من الروايات.

و ينبغي الالتفات الى ان ثبوت حق الشفعة جاء تخصيصا لقاعده عدم حليه التصرف فى مال الغير من دون طيب نفسه كما هو واضح، و لا محذور فى ذلك، فان القاعده المذكوره ليست حكما عقليا كى لا تقبل التخصيص.

ص: ٣٠٦

- 
- ١- وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٠ الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث ١
  - ٢- وسائل الشيعه ١٧: ٣١٥ الباب ١ من أبواب الشفعة الحديث ١
  - ٣- الارفه- بالضم- الحد بين الأرضين اى اذا رسمت الحدود. و العطف تفسيرى. و المقصود الرد على من يقول بأن الشفعة ثابتة بعد تقسيم الارض و تعيين حصه كل شريك كما قال به بعض العامه وابن ابي عقيل.
  - ٤- وسائل الشيعه ١٧: ٣١٩ الباب ٥ من أبواب الشفعة الحديث ١

يشترط في الشفعة امور:

١- الايجاب ويتحقق بكل ما يدل على ذلك من قول كقول الشفيع اخذت الحصه المبيعه بثمانها, او فعل كما اذا دفع الشفيع الثمن و اخذ الحصه كما هو مقتضى القاعده كما تقدم في العقود و يمكن استفاده ذلك من الروايات السابقه, فانها اذا كانت مشتمله على اطلاق لفظي فهو المطلوب و الا يمكن التمسك بالاطلاق المقامي, بتقريب ان اثبات حق الشفعه للشريك من دون بيان ما به يتحقق اعماله يدل على ايكال الامر الى العرف و ان الشارع ليس له تحديد خاص في هذا المجال بل كل ما يدل على اعمال الحق المذكور في نظر العرف فهو كاف.

### و لا تثبت لغير الشريك الواحد

٢- ان تكون العين مشتركه بين اثنين لا اكثر كما قال:

(و لا تثبت لغير الشريك الواحد)

و بذلك استفاضت النصوص كما في صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه عن الصيادق (عليه السلام): «لا يكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه»<sup>(١)</sup>.

ص: ٣٠٧

---

١- وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٠ الباب ٧ من أبواب الشفعه الحديث ١

و صحیحہ یونس عن بعض رجاله عنه (عليه السلام): «سألته عن الشفعه لمن هي، و في أى شىء هي، و لمن تصلح، و هل تكون في الحيوان شفعه، و كيف هي؟ فقال: الشفعه جائزه في كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، و إن زاد على الاثنين فلا شفعه لأحد منهم»<sup>(١)</sup> وغيرها.

الآن في مقابل ذلك روایتين أحدهما للسكوني و الأخرى لطلحه بن زيد عن الامام الصادق (عليه السلام) و كلتاهما بلسان: «الشفعه على عدد الرجال»<sup>(٢)</sup> و إليهما استند الإسكافي لكنهما عاميان لا يقاومان المستفيضه و قد حملهما الشيخ على التقيه<sup>(٣)</sup>، فلا وثوق بهما و على فرض تسليم التعارض يتساقطان و يلزم الرجوع الى الاصل المقتضى لعدم حل التصرف من دون طيب نفس المالك فان القدر المتيقن في الخارج عن الاصل المذكور ما اذا كانت الشركه بين اثنين، و اما اذا كانت بين اكثر فيشك في الخروج عن الاصل فيتمسك به ان فرض عدم وجود اطلاق في الروايات يدل على ثبوت حق الشفعه في حاله اشتراك العين بين اكثر من اثنين، هذا كله مع امكان المناقشه في سند الاولى بالنوفلي الراوى عن السكوني و في الثانيه بطلحه بن زيد .

ص: ٣٠٨

- 
- ١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٨
  - ٢- وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٢ الباب ٧ من أبواب الشفعه الحديث ٥
  - ٣- تهذيب الاحكام ٧: ١٦٦



٣- ان تكون العين المشتركة من الاشياء غير المنقوله كما قال:

(و موضوعها ما لا ينقل كالأرض و الشجر)

اما ثبوت الشفعه فى الاعيان غير المنقوله القابله للقسمه فهو مما لا خلاف فيه بين الاصحاب و هو القدر المتيقن من النصوص الداله على حق الشفعه .

و اما ثبوتها فى غير القابل للقسمه فسيأتى الكلام فيه.

و اما الاشياء المنقوله فمحل خلاف و ظاهر كلام المصنف عدم الخلاف فيه مع أنه خلاف المشهور فذهب إلى ثبوته فى المنقول أيضا الإسكافى و الصدوقان و الحلبيان و المرتضى و القاضى و ابن حمزه و الحلّى و الشيخ فى غير الخلاف و المبسوط، و هو ظاهر المفيد حيث قال: «الشفعه واجبه فى كلّ مشاع إذا كان مشتركا بين اثنين».

و أمّا ادعاء الجواهر صراحه كلامه فى ذلك فى آخر الباب فوهم فإنما قال ثمّه: «تثبت الشفعه أيضا لو باع الشقص بغير الورق و العين من العبد أو الأمه أو سائر العروض بإعطاء الشريك قيمتها للمشتري» و هو ظاهر الكلينى حيث روى صحيح يونس، عن بعض رجاله، عن الصادق (عليه السلام) - فى خبر- فقال: الشفعه جائزه فى كلّ

شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين - الخبر (١) و قال بعده: «و روى أيضا أن الشفعة لا تكون إلّا فى الأرضين و الدّور فقط» (٢) فنسبه إلى الرّوايه .

نعم روى فى باب شراء الرّقيق صحيحا عن الحلبيّ عنه (عليه السلام) «فى المملوك يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحقّ به، أله ذلك؟ قال: نعم، إذا كان واحدا، فليل فى الحيوان شفعه؟ قال: لا» (٣) الدال على ان الشفعة فى الرقيق دون الحيوان لكن الظاهر اعتماده على ما تقدم من صحيحه يونس لعدم نقله هذا الخبر فى ذاك الباب.

و ظاهر الدّيلمى الاختصاص بغير المنقول و يحتمله كلام العمانيّ حيث قال: «لا شفعه فى سفينه و لا فى نهر ولا طريق» و هو مختار المبسوط و كذا الخلاف , والظاهر انهم استندوا إلى معتبر السكونى المتقدّم.

و أمّا خبر عقبه بن خالد، عن الصّيادق (عليه السلام): «قضى النّبىّ صلّى الله عليه و آله بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار» (٤).

ص: ٣١٠

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٨

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٩

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢١٠ ح ٥

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨٠ ح ٤

و خبر هارون بن حمزه الغنوي، عن الصيادق (عليه السلام): سألته عن الشفعة في الدور شىء واجب للشريك و يعرض على الجار فهو أحقّ بها من غيره فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها بالثمن» (١). فمع ضعفهما سندا الاستدلال بهما استدلال بمفهوم اللقب و لا حجة فيه .

أقول: و الصحيح هو ثبوت حق الشفعة في جميع الاشياء كما صرحت بذلك صحيحه يونس عن بعض رجاله عن ابي عبد الله (عليه السلام): «الشفعة جائزه في كل شىء من حيوان او ارض او متاع» (٢). و هي وان كانت مرسله الا ان الراوى لها من اصحاب الاجماع .

كما و دلت صحيحه عبد الله بن سنان: « سألته عن مملوك بين شركاء اراد احدهم بيع نصيبه قال: يبيعه. قلت: فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه: اعطني قال: هو احق به ثم قال (عليه السلام): لا شفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا» (٣). على ثبوته في الحيوان. و التعدى منه الى مطلق الاشياء غير المنقوله يتوقف على فهم عدم الخصوصية للحيوان كما هو كذلك.

و عمل بها علي بن بابويه و ابنه في مقنعه و الشيخان و المرتضى و الديلمي و الحلبيان و القاضي و ابن حمزه و الحلبي و هو ظاهر الكليني كما تقدم انفا و بذلك

ص: ٣١١

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٥

٢- وسائل الشيعة ١٧: ٣١٩ الباب ٥ من أبواب الشفعة الحديث ١

٣- وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٢ الباب ٧ من أبواب الشفعة الحديث ٧

يظهر لك اعراض الاصحاب عما في ذيل صحيح الحلبي المتقدم من عدم الشفعه فى الحيوان .

و أما صحيح منصور بن حازم، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: إن كان باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك، فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه» (١). الذى قد يتوهم منه ثبوت الشفعه فى الاكثر من شريك ففیه انه أعمّ و يأتى الجمع للاثنين أيضا و غايه ما يدعى فيه ان له ظهورا وهو لا يعارض النص على ان النسبه بينهما العموم و الخصوص المطلق. و بذلك يظهر ضعف قول ابن الجنيد حيث لم يشترط الاثنين مطلقا، و ضعف ما فى الفقيه حيث خصّ الاثنين بالحيوان، و فى غيره جوّز الأكثر فقال بعد نقل مضمون صحيح يونس المتقدم مرفوعا إلى الصادق (عليه السلام) «يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده فأتمّيا فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين، و تصديق ذلك - و نقل صحيح عبد الله بن سنان (٢).

قلت: و حملة كما ترى حيث ان صدر الصحيح «الشفعه واجبه فى كلّ شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره» فهو صريح فى اشتراط الاثنيّته فى كلّ شىء

ص: ٣١٢

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨٠ ح ٢

٢- الفقيه (فى ١١ من أخبار شفعتة) و فى نسخه، بدل «واحدًا» «رقبه واحده».

فكيف يقول إنَّ قوله بعد «فإن زاد على الاثنين فلا شفعه لأحد منهم» المراد به الحيوان فقط، مع أنَّ ما استشهد به من صحيح عبد الله بن سنان استشهاد بمفهوم اللقب ولا حجيه فيه.

ان قلت: ان صحيحه سليمان بن خالد عن ابي عبد الله (عليه السلام): «ليس في الحيوان شفعه»<sup>(١)</sup> دلت على عدم ثبوت الشفعه في الحيوان فتعارض صحيحه ابن سنان.

قلت: لا- وثوق بها بعد اعراض الاصحاب عنها كما ويمكن تقييد نفى الشفعه فيها بما اذا كان الشركاء اكثر من اثنين كما قاله الشيخ في التهذيب<sup>(٢)</sup>.

### و في اشتراط إمكان قسمته قولان

(و في اشتراط إمكان قسمته قولان)

فذهب إلى اشتراط الصدوقان والشيخ والديلمي والقاضي وابن حمزه وهو ظاهر الصدوق والكليني فروى الأول معتبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آباء عليهم السلام عن علي (عليه السلام) قال النبي صلى الله عليه وآله: «لا شفعه في سفينه ولا في نهر ولا طريق ولا في رحي ولا في حمام»<sup>(٣)</sup> ورواه الكليني ايضا

ص: ٣١٣

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٢٢ الباب ٧ من أبواب الشفعه الحديث ٦

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٦٥ ح ١٠

٣- الفقيه (في ٧ من أخبار شفعتة)

عن السِّكُونِيِّ، عن الصِّادِقِ (عليه السلام)، عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- شفعه في سفينه و لا- في نهر و لا- في طريق»<sup>(١)</sup>.

و هو ظاهر إطلاق المفيد و الحلبيّ، و ذهب الإسكافي و السيّدان و الحلبيّ إلى عدمه.

أقول: اما معتبر السُّكُونِيِّ فلا- عموم فيه بل خاص بهذه الموارد لكن ليست العله في هذه الموارد كونها غير قابله للقسمه بل قد تكون العله في الطريق هو كونه غير مملوك فيختص هذا الحكم بالطريق غير المملوك و يؤيد ذلك ما في الرّضوى: «و لا شفعه في سفينه و لا في طريق لجميع المسلمين».

و ذلك لما دل على ثبوت الشفعه في الطريق المملوك ففي صحيح منصور بن حازم «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار فيها دور و طريقهم واحد في عرصه الدّار فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: إن كان باع الدّار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدّار فلهم الشفعه»<sup>(٢)</sup> حملا للمطلق على المقيد.

ص: ٣١٤

---

١- الكافي ج ٥، ص: ٢٨٢ ح ١١ و رواه التّهذيب في ١٥ من أخبار شفّعه مثل الكافي .

٢- الكافي (في الثّاني من أخبار شفّعه) و رواه التّهذيب في ٨ من أخبار شفّعه و فيه «فقال: إن كان باب الدّار، و ما حول بابها إلى الطريق غير ذلك» و هو كما ترى .

وقد يتوهم ذلك من صحيحه عبد الله بن سنان: «ما لم يقاسما» فقد يفهم من هذا التعبير اعتبار قابلية الشئ للقسمه وهو كما ترى فان غايه ما يدل عليه انتفاء الشفعه بالتقسيم لا عدم الشفعه فى ما لا يقبل القسمه و عليه فالاقوى العدم.

### ولا تثبت فى مقسوم الا مع الشركه فى المجاز و الشرب

٤- (ولا تثبت فى مقسوم)

ومن جمله شرائط ثبوت حق الشفعه عدم فرز الحصص و قد دلت عليه روايات كثيره كصحيحه عبد الله بن سنان «لا تكون الشفعه الا لشريكين ما لم يقاسما، فاذا صاروا ثلاثه فليس لواحد منهم شفعه»<sup>(١)</sup> و غيرها.

و لم نقف فيه على مخالف إمام العمانى فقال: «الشفعه فى الأموال المشاعه و المقسومه جميعا، و لا شفعه للجار مع الحائط» و استدل له المختلف بصحيح منصور الا تى ثانيا، وقيل الظاهر استناده إلى خبر عقبه المتقدم «إذا أُرْفَت الأرف و حَدَّت الحدود فلا شفعه» و خبر طلحه بن زيد المتقدم «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله قَضَى بِالشَّفْعَةِ مَا لَمْ تُؤْرَفْ» قلت: و لا دلالة فيهما فان الارفه- بالضم- الحد بين الأرضين اى اذا رسمت الحدود و العطف فى خبر عقبه تفسيرى فالأصل مجرد تحديد الحدود و فسّر الصدوق «تؤرف» بمعنى تقسم و هو ايضا بمعنى رسم الحدود.

ص: ٣١٥

---

١- وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٠ الباب ٧ من أبواب الشفعه الحديث ١

و يدل على ثبوت الشفعه فى الشركه فى المجاز و الشرب صحيح منصور بن حازم «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدار فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: إن كان باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه»(١).

و فى صحيح الاخر قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) «دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعه و بناها و تركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال: نعم، و لكن يسدّ بابه و يفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت و يسدّ بابه فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحقّ به و إلّا فهو طريقه يجىء حتى يجلس على ذلك الباب»(٢).

ص: ٣١٤

---

١- الكافى (فى الثانى من أخبار شفعتة) و رواه التّهذيب فى ٨ من أخبار شفعتة و فيه «فقال: إن كان باب الدار، و ما حول بابها إلى الطريق غير ذلك» و الصحيح نسخه الكافى كما لا يخفى.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٩ و رواه التّهذيب فى ٩ منها. و رواه فى آخر شفعتة بطريق آخر عن منصور بدون جملة «فأخذ كل واحد منهم قطعه و بناها» و فيه بعد «أو ينزل من فوق البيت» فإن أراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه، فإنهم أحقّ به و إن أراد يجىء حتى يقعد على الباب المسدود الذى باعه لم يكن لهم أن يمنعوه» و المراد من ذيله أنه إذا باعه بدون الطريق ليس للشريك شفعه و مع ذلك لا يسقط حقّه من الطريق فيجوز له أن يتصرّف فيه بنفسه.



و فى الفقيه: «و إذا كانت دارا فيها دور و طريق أربابها فى عرصه واحده فباع أحدهم دارا فيها من رجل و طلب صاحب الدار الأخرى الشفعه فإن له عليه الشفعه إذا لم يتهتأ له أن يحول باب الدار التى اشتراها إلى موضع آخر فإن كان حول بابه فلا شفعه لأحد عليه»<sup>(١)</sup> و لا بدّ أنه أخذه من مضمون الخبرين.

و أما معتبر السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام عن عليّ (عليه السلام) قال النبىّ صلّى الله عليه و آله: «لا شفعه فى سفينه و لا فى نهر و لا طريق و لا فى رحى و لا فى حمام»<sup>(٢)</sup> و رواه الكلينى ايضا عن السكونى، عن الصادق (عليه السلام)، عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا شفعه فى سفينه و لا فى نهر و لا فى طريق»<sup>(٣)</sup> فحملة الاستبصار على التقيّه و الاقوى حملة على طريق غير مملوك كما تقدم انفا.

حصيله البحث:

و هى استحقاق الشريك الحصه المبيعه فى شركته، و يشترط فى الشفعه الايجاب و يتحقق بكل ما يدل على ذلك من قول كقول الشفيح اخذت الحصه المبيعه بثمانها، او فعل كما اذا دفع الشفيح الثمن و اخذ الحصه، و لا تثبت لغير الواحد، و

ص: ٣١٧

---

١- الفقيه بعد خبره الثانى عشر من شفعتة

٢- الفقيه (فى ٧ من أخبار شفعتة)

٣- الكافى ج ٥، ص: ٢٨٢ ح ١١ و رواه التهذيب فى ١٥ من أخبار شفعتة مثل الكافى .

موضوعها المنقول كالحيوان وغيره كالأرض، و في اشتراط إمكان قسمته؟ قولان الاقوى العدم، و لا تثبت في المقسوم إلّا مع الشّركه في المجاز و الشّرب، نعم لا شفّعه في سفينه و لا في نهر و لا طريق غير مملوك و لا في رحى و لا في حَمَام .

### و يشترط قدره الشفيع على الثمن و إسلامه

(و يشترط قدره الشفيع على الثمن)

٥- و من جمله شرائط ثبوت حق الشفّعه تسديد مقدار الثمن عقيب اعمال الحق اذ لا يحتمل ثبوت حق الشفّعه و انتقال العين الى الشفيع باعماله الشفّعه مع عدم ادائه الثمن، و هل ذلك إلّا الضرر المنفى بقاعده لا ضرر؟

هذا مضافا الى ان روايات الشفّعه لا اطلاق لها من هذه الناحيه فينبغى الاقتصار على مورد اليقين، و هو ما اذا تمّ اداء الثمن.

٦- و من جمله شرائط ثبوت حق الشفّعه ان الشفيع لا يمكنه تملك الحصة إلّا بدفع مقدار الثمن بدون زياده و لا نقيصه كما هو مدلول روايه هارون بن حمزه الغنوى عن ابى عبد الله (عليه السلام): «سألته عن الشفّعه في الدور أ شىء واجب للشريك؟ و يعرض على الجار فهو احق بها من غيره(١)؟ فقال: الشفّعه في البيوع اذا

ص: ٣١٨

١- لعل المقصود: هل يلزم عرض الدور- التى يراد بيعها- على الجار و يكون أحق بها من غيره؟ و أجاب (عليه السلام) عن هذه الفقره من السؤال بالنفى و ان الشفّعه تختص بالشركاء.

كان شريكاً فهو احق بها بالثمن»<sup>(١)</sup> ألّا ان سندها يشتمل على يزيد بن اسحاق شعر، و هو لم يوثق لكنها مجبوره بعمل الاصحاب و قد قال صاحب الجواهر: «لا خلاف بين الخاصه و العامه نصاً و فتوى في ان الشفيح يأخذ بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد»<sup>(٢)</sup> .  
أقول: بل هذا هو معنى الشفعه .

(و) كذلك يشترط (إسلامه إذا كان المشتري مسلماً)

كما في معتبر السكوني، عنه (عليه السلام) «ليس لليهودي و النصراني شفعه»<sup>(٣)</sup>.

و معتبر طلحه بن زيد، عنه (عليه السلام)، عن أبيه، عن عليّ عليهما السلام بلفظ «ليس لليهودي و النصراني شفعه»<sup>(٤)</sup> . قال في النجعه: و في نسخه مصححه زياده «على مسلم».

### و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام

(و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام)

ص: ٣١٩

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٥

٢- جواهر الكلام ٣٧: ٣٢٦

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٦ و رواه شفعه التهذيب عنه أيضا بلفظ «ليس لليهود و النصراني شفعه» .

٤- من لا يحضره الفقيه؛ ج ٣، ص ٧٨.

يدل على ذلك صحيح علي بن مهزيار: «سألت ابا جعفر الثاني (عليه السلام) عن رجل طلب شفعه ارض فذهب علي ان يحضر المال فلم ينض (١) فكيف يصنع صاحب الارض ان اراد بيعها أبيعها او ينتظر مجيئ شريكه صاحب الشفعه؟ قال: ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه ايام فان اتاه بالمال و الّا فليبع و بطلت شفعتة فى الارض, و ان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثه ايام اذا قدم, فان وافاه و الّا فلا شفعه له» (٢) و فى سند الروايه الهيثم بن ابى مسروق النهدي و هو ممن لم يستثنه ابن الوليد من نوادر الحكمه فالاقوى وثاقته و على فرض ضعفه فهى مجبوره بعمل الاصحاب .

و بمضمونه عبّر فى الفقيه فقال: «و من طلب شفعه و زعم أنّ ماله غير حاضر و أنّه فى بلد آخر انتظر به مسيره الطريق فى ذهابه و رجوعه و زياده ثلاثه ايام فإن أتى بالمال و إلّا فلا شفعه له» (٣).

هذا و يظهر من هذا الصحيح صحه الشفعه قبل وقوع البيع, وأنّ البائع لو عرض الشقص على الشريك فترك لم يكن شفعه بعد البيع من غيره, و به قال الصدوق و الشيخان و ابن حمزه, و إن قال الإسكافى و الحلّى ببقائها و لا عبره بما فى

ص: ٣٢٠

---

١- نض المال ينض اذا تحول الى نقد بعد ان كان متاعا.

٢- وسائل الشيعه ١٧: ٣٢٤ الباب ١٠ من أبواب الشفعه الحديث ١

٣- الفقيه فى شفعتة بعد خبره ١٢ و بيان حكم دار طريقها مشترك

الدَّعائم مرفوعاً «عن الصادق (عليه السلام) سئل عن الرجل يسلم الشفعه قبل البيع، ثم يقوم فيها بعد البيع قال: له أن يقوم ما لم يسلم بعد البيع» مع أنه أعم من إعراضه قبل البيع كما هو المدعى .

و منه يظهر ما في قول المصنّف من اقتصاره على ثلاثة أيّام بل لا بد من الفتوى بما تضمنه الصحيح.

هذا و لا يفرّق بين ان يكون مقدار الثمن مساويا للقيمه السوقيه او لا و ذلك لإطلاق البيانين المتقدمين من هذه الناحيه .

(ما لم يتضرر المشتري)

بدليل قاعده لا ضرر لكن القاعده لا تجرى مع وجود الدليل المتقدم .

حصيله البحث:

يشترط قدره الشفيع على الثمن و إسلامه إذا كان المشتري مسلماً، و لو ادّعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيّام إذا كان معه بالمصر فان اتاه بالمال و الّا فليبع و بطلت شفيعته في الارض سواء كان الثمن مساويا للقيمه السوقيه ام لا , و الظاهر صحه الشفيعه قبل وقوع البيع, وأنّ البائع لو عرض الشقص على الشريك فترك لم يكن شفيعه بعد البيع من غيره , و ان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر فليتنظر به مقدار ما يسافر الى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثة ايام اذا قدم، فان وافاه و الّا فلا شفيعه له .

ص: ٣٢١

(و تثبت للغائب فإذا قدم أخذه، و للصبي و المجنون و السفیه و يتولى الأخذ لهم الولی مع الغبطه) بناءً على اشتراط تصرفاته بالغبطه و قد تقدم البحث عنه.

و يدلّ على ثبوتها للغائب و الصبيّ ما فى معتبر السّكونيّ عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر «و قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): وصّى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إن كان له رغبه فيه، و قال للغائب: شفعه»<sup>(١)</sup>.

لكن الفقيه نسبه الى الروايه فقال: «و فى روايه السّكونيّ، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ عليهم السّلام - إلى - و قال عليّ (عليه السلام): وصّى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إذا كانت [له] رغبه و قال (عليه السلام): للغائب الشفعه»<sup>(٢)</sup> و ظاهره التردد فيها و الاقوى الثبوت.

(فإن ترك فلهم الأخذ عند الكمال)

أقول: أمّا الثبوت لو ترك الوليّ فلا دليل عليه و يمكن أن يكون ضراراً على المشتري و قد نفى، و التفريط من الوليّ لا منه، نعم مرسله الدّعائم «عن الصادق (عليه السلام): الشفعه للغائب و الصغير كما هى لغيرهما إذا قدم الغائب و بلغ الصغير» تدل

ص: ٣٢٢

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٢٨١ ح ٦ و التهذيب فى ١٤ من أخبار شفّعه.

٢- الفقيه (فى خبره السابع من شفّعه)

عليه لكن أخباره إذا لم يكن بها وثوق لا عبره بها ولا يخفى ان أخباره لا اسناد لها مضافا الى عدم شهره كتابه .

## و يستحق الأخذ بنفس العقد

(و يستحق الأخذ بنفس العقد)

لاطلاق ادله الشفعه و لخصوص خبر هارون بن حمزه الغنوي المتقدم «الشفعه فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحقّ بها بالثمن» .

و يؤيده ما فى الدعائم «عن الصادق (عليه السلام): إذا انعقد البيع وجبت الشفعه قبض المال أو لم يقبض» .

هذا بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري بالعقد فلو أوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ توقف على انقضائه .

(و ان كان فيه خيار) لعدم كون الخيار مانعا من حق الشفعه .

و أمّا قول المبسوطين «إذا باع بشرط الخيار للبائع أو لهما فلا شفعه للشفيع، و إن كان للمشتري وجبت الشفعه للشفيع لأنّ الملك ثبت للمشتري بنفس العقد و له المطالبه بعد انقضاء الخيار» و مثلهما القاضى .

و قول الإسكافى «و البيع إذا كان على خيار المشتري وجبت الشفعه و إن كان على خيار البائع أو خيارهما لم يجب إلّا بعد تمامه» فكما ترى.

(ولا يمنع الأخذ) بالشفعة (من التخاير) لاصاله بقاء الخيار .

(فلو اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت)

الشفعة و قد يستدل لذلك بان موضوع الشفعة البيع و قد انتفى .

و فيه: ان الشفيع بعد اخذه بالشفعة انتفى محل خيار المشتري فيكون خياره من مصاديق السالبة بانتفاء الموضوع و عليه فلا يبطل خيار المشتري الشفعة , نعم ان حق البائع اسبق من حق الشفيع لو اختار البائع الفسخ .

حصيله البحث:

ثبتت الشفعة للغائب فإذا قدم أخذ، و للصبى و المجنون و السفيفه و يتولّى الأخذ الولي، فإن ترك فليس لهم الاخذ بها عند الكمال، و يستحقّ بنفس العقد و إن كان فيه خياراً، و لا يمنع من التّخاير فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت .

### و ليس للشفيع أخذ البعض

(و ليس للشفيع أخذ البعض بل يأخذ الجميع أو يدع)

لثلا يتضرر المشتري بتبعص الصفقه و لأن حقه فى المجموع من حيث هو المجموع كالخيار فلا دليل على جواز أخذ البعض فإنّ مورد أخبار الشفعة أخذ الكلّ إلّا أن يكون البعض تلف فله أخذ الباقي كما يأتى.

ص: ٣٢٤



و يؤيده ما فى الدّعاء «عن الصادق (عليه السلام): سئل عن البيع يقع على المشاع و المقسوم فإن أراد أخذهما معا و إلّا يسلمهما معا».

(و يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد و لا يلزمه غيره من دلاله و و كاله و اجره)

لأنها ليست من الثمن و إن كانت من توابعه و يشهد لذلك ايضا خبر هارون بن حمزه الغنوى المتقدم حيث دل على ان الشفيع احق بالمبيع بالثمن .

قيل: يمكن الاستدلال بلزوم باقى ما أنفق بأخبار لا ضرار، و بفحوى خبر محمّد بن عليّ بن محبوب عن رجل قال: «كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل نصف دار مشاعا غير مقسوم و كان شريكه الذى له النصف الآخر غائبا فلمّا قبضها و تحوّل عنها تهدّمت الدار و جاء سيل جارف فهدمها و ذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعه من هذا فأعطاه الشفعه على أن يعطيه ماله كمالا- الذى نقد فى ثمنها فقال له ضع عنى قيمه البناء فإنّ البناء قد تهدّم و ذهب به السيل فما الذى يجب فى ذلك؟ فوقّع (عليه السلام) ليس له إلّا الشراء و البيع الأوّل إن شاء الله»<sup>(١)</sup>.

و فيه: اما حديث نفى الضرر فانما هو يرفع الحكم الضررى و الضرر هنا ناشىء من قبل المشتري حيث اقدم على معامله حكم فيها الشرع باستحقاق الشفيع المبيع بالثمن , و اما الخبر فهو دال على لزوم الثمن الاول ولا اولويه فيه لغيره.

ص: ٣٢٥

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٩٢ ح ٣٦

ثم أنه إذا كان مرسوما وضع شىء يسقط عن الشفيع أيضا لان البيع وقع على الثمن الثانى و الّا فلا و يؤيد ذلك ما فى الدعائم «عن الصادق (عليه السلام): إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله من المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع و إن كان الذى وضع ما لا يوضع مثله، فإنّما هو هبه و ليس يوضع عن الشفيع».

### ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله

(ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله و ان كان قيميا فقيمه يوم العقد)

قال الشّهد الثانى: و «قيل: لا شفعه هنا «فيما لو كان الثمن قيميا» لتعدّر الأخذ بالثمن، و عملا بروايه لا تخلو من ضعف و قصور عن الدّلاله، و على الأوّل يعتبر قيمته يوم العقد»(1).

قلت: ذهب إلى الأوّل المفيد و الحلبيّان و الحلّيّ و المبسوط استنادا الى اطلاق ادله الشفعه .

و ذهب إلى الثانى الخلاف و ابن حمزه، و هو ظاهر الإسكافيّ حيث قال: «إذا انتقل عنه بعروض لم يجعل عوضا عن ثمن، لم يكن للشفيع شفعه إلّا أن يردّ على المشتري تلك العين بذاتها لا قيمتها» و هو ظاهر القاضى حيث قال: «و إذا طلب

ص: ٣٢٦

---

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - كلانتر)؛ ج ٤، ص: ٤٠٤

إنسان بشفعه فوجبت له كان عليه من الثمن مثل ما وزنه فإن كان البيع بالنقد وجب عليه نقدا وإن كان نسيئه - إلخ .

و فى المسأله قول آخر: و هو البيع بالنقدين لا- بكلّ مثليّ، ذهب إليه ابن الوليد و مال إليه ابن بابويه فى الفقيه «و كان شيخنا محمّد بن الحسن يقول: إنّما الشفعه فى ما اشترت بثمان معلوم ذهب أو فضّه و يكون غير مقسوم، و حديث عليّ بن رثاب يؤيد ذلك» (١) و أشار الصدوق فى قوله «و حديث عليّ بن رثاب» إلى ما رواه صحيحا عن الحسن بن محبوب، عن عليّ بن رثاب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بزّ و جوهر، فقال: ليس لأحد فيها شفعه» (٢) حيث نفى الشفعه فيما إذا كان الثمن قيميا، بل المنصرف منه عرفا هو النقدين حيث لا- فرق عرفا بين المتاع و بين الحنطه والشعير من المثليات، و روى الخبر التّهذيب (٣) و فى طريقه ابن سماعه و الضعف إنّما فى طريق التّهذيب دون الفقيه فإسناده إلى الحسن بن محبوب صحيح. و منه يظهر لك ما فى قوله «و عملا- بروايه لا- تخلو عن ضعف» و اليه ذهب الشيخ فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع و العلامه فى المختلف اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و عليه فالاقوى عدم ثبوت الشفعه ألا فى ما كانت بثمان معلوم ذهب أو فضّه - و المراد النقدين و عليه

ص: ٣٢٧

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٨٢ باب الشفعه

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٨٠

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان) ج ٧ ص ١٦٧، ١٤ باب الشفعه

فيشمل ما يقوم مقامهما من الاوراق النقدية حسب الفهم العرفي - عملا بالصحيح المتقدم و الذي به تقييد الاطلاقات .

حصيله البحث:

ليس للشفيع اخذ البعض بل يأخذ الجميع أو يدع و يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، و لا يلزمه غيره من دلاله أو وكاله، و الاقوى عدم ثبوت الشفعه الا في ما كانت بضمن معلوم من النقدين و ما يقوم مقامهما من الاوراق النقدية .

### و هي على الفور

(و هي على الفور)

كما ذهب إليه الشيخ مدعيا عليه الاجماع و ابن حمزه و القاضي و لكن ذهب إلى التراخي الإسكافي و علي بن بابويه و المرتضى مدعيا الاجماع على عدم الفوريه و الحلبي و هو ظاهر الحلبي.

و الاقوى هو الأوّل على تفصيل في إحضار الثمن ففي صحيح علي بن مهزيار، عن الجواد (عليه السلام): «سألته عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام فإن أتاه بالمال و إلّا فليبيع و بطلت شفعتة في الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل

ص: ٣٢٨

المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما سافر الرّجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثه أيام إذا قدم فإن وافاه و إلّا فلا شفّعه له»<sup>(١)</sup> و هيثم بن ابى مسروق النهدي ممن لم يستثنه ابن الوليد من نواذر الحكمة فالاقوى وثاقته.

و أمّا ما فى الدّعائم مرفوعا «عن الصادق (عليه السلام) فى الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثمّ يقدم فيطلب شفّعته؟ قال: هو على شفّعته ما لم يذهب وقتها، و وقت الشفّعه للحاضر البالغ سنه فإذا انقضت السنه بعد وقت البيع و لم يطلب شفّعه فلا شفّعه له» فلا عبره به.

و اما ما ورد من ان «الشفّعه لمن واثبها»<sup>(٢)</sup>، «و الشفّعه كحلّ العقال»<sup>(٣)</sup> فلم يرد من طرقنا.

و قد يقال بكونه متراخيا الى الحد الذى يلزم فيه الضرر تمسكا بالاستصحاب، فانه جار الّا بناء على المبنى القائل بعدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه او فى موارد الشك فى المقتضى.

وفيه: انه مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملى .

(و إذا علم و أهمل بطلت)

ص: ٣٢٩

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ١٦٧-١٦٨

٢- نيل الاوطار للشوكانى ٦: ٨٧

٣- سنن البيهقى ٦: ١٠٨

قد عرفت تضمن صحيح علي بن مهزيار المتقدم في العنوان السابق مهله ثلاثة أيام له في إحضار المال و أما الأخذ فعلى الفور.

هذا و لا يخفى عدم ثبوت الشفعه بالجوار و ذلك لقصور في المقتضى مضافا الى صريح روايه الغنوى المتقدمه.

### و لا تسقط الشفعه بالفسخ

(و لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع بتقابل)

لأن التقايل لاحق للعقد و الشفعه تثبت بالعقد فتقدم عليه .

(أو فسخ بعيب)

لأن استحقاق الفسخ به فرع دخول المعيب في ملكه، إذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير، و دخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا، و في هذا الوقت تثبت الشفعه فيقتربان - الشفعه و الفسخ - و يقدم حق الشفيع، لعموم أدله الشفعه للشريك، و استصحاب الحال .

(و لا بالعقود اللاحقه كما لو باع أو وهب أو وقف)

لانه بعد ثبوت حقه بالبيع الأول لم يعلم سقوطه بما تعقبه فيستصحب.

(بل للشفيع إبطال ذلك كله و له أن يجيز البيع و يأخذ بالبيع الثاني)

و يؤيده ما في الدعائم «عن الصيادق (عليه السلام) إذا بيع الشقص مرارا في مدّه الشفعه فللشفيع أن يقوم على من شاء من المشترين».

ص: ٣٣٠

## و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه

(و الشفيع يأخذ من المشتري)

لا- من البائع، لأنه المالك الآن (و دركه) أى درك الشقص لو ظهر مستحقا (عليه) أى المشتري فيرجع الشفيع على المشتري بالثمن و بما اغترمه لو أخذه المالك هذا اذا كان المشتري عالما بالغصبيه والا ففيه وجهان كما تقدم فيمن قدم طعاما لغيره (1).

و للشفيع أن يأخذ من البائع إذا صمّم على البيع لا ما إذا لم يرد البيع، و يدلّ عليه صحيح عليّ بن مهزيار المتقدم عن الجواد (عليه السلام): «سألته عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينضّ فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجىء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام فإن أتاه بالمال و إلّا فليبيع و بطلت شفעתه فى الأرض - الخبر».

و أخذه من المشتري إنّما كان لأنّه كان أحقّ ببيع المالك منه من غيره كما هو مقتضى صحيح الحلبيّ، عن الصّيادق (عليه السلام) «فى المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحقّ به أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا» (2).

ص: ٣٣١

١- الدرر الفقيهه ج ٩ ص ٣٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ١٦٦ ح ١٢ قلت: وقد تقدم هذا الصحيح ص ٢٧٨ وذكرنا ان فى ذيله اشكالا .

ثم ان حق الشفعه قابل للإسقاط بدون عوض او معه دون النقل و ذلك لانه حق و لا يحتمل كونه حكما شرعيا لكي لا يقبل الاسقاط.

و اما عدم قابليته للنقل فيكفي لإثباته عدم الدليل على قبوله لذلك .

حصيله البحث:

ولا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب بتقاييل أو فسخ لعيب، و لا بالعقود اللاحقه كما لو باع أو وهب أو وقف بل للشفعه إبطل ذلك كله، و له أن يجيز و يأخذ بالبيع الثاني، و الشفعه يأخذ من المشتري و دركه عليه، و حق الشفعه قابل للإسقاط بدون عوض او معه دون النقل .

### و الشفعه تورث كالمال بين الورثه

(والشفعه تورث)

عن الشفعه كما يورث الخيار، و حد القذف، و القصاص، في أصح القولين، لعموم أدله الإرث. ذهب إلى موروثيتها المفيد و المرتضى و الحلبي و الشيخ في موضع من الخلاف و هو المفهوم من الكافي حيث لم يرو خبره والصدوق حيث نسبه الى الروايه فقال: «و في روايه طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام قال: قال علي (عليه السلام): الشفعه لا تورث»<sup>(1)</sup>.

ص: ٣٣٢

---

١- الفقيه (في ٦ من أخبار شفعتة) والتهديب (في ١٨ من أخبار شفعتة)



وقيل: لا تورث ذهب اليه الشيخ في النهايه و المبسوط و القاضي و ابن حمزه استنادا الى خبر طلحه المتقدم .

و يؤيده ما فى المستدرک عن البحار «عن كتاب الإمامه لعلی بن بابويه، عن هارون بن موسى، عن محمّد بن علی، عن محمّد بن الحسن، عن علی بن أسباط، عن ابن فضال، عن الصّادق، عن أبيه، عن آبائه عليهم السّلام، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله الشفعه لا تورث» قلت: ولا يخفى ما فيه من اشكال فابن فضال لا يروى عن الصّادق (عليه السلام) و أيضا الظاهر أقدميه علی بن بابويه، عن هارون بن موسى التلعكبرى.

و كيف كان فحيث لا وثوق بالخبرين فالاقوى هو الاول و انها تورث (كالمال) فتقسم (بين الورثه) على نسبه سهامهم، لا على رؤوسهم، فللزوجه مع الولد الثمن، و لو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلاً واحدا أخذ الجميع، أو ترك) حذرا من تبعض الصفقه على المشتري .

### و يجب تسليم الثمن أولا ثم الأخذ

(و يجب تسليم الثمن أولاً)

تدار كالمقهر المشتري (ثم الأخذ) أى تسلّم المبيع (إلا أن يرضى الشفيع) المشتري و الظاهر وقوع كلمه الشفيع من سهو القلم (بكونه) أى الثمن (فى ذمته) فله أن

يتسلم المبيع أولاً، لأن الحق في ذلك للمشتري فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمه الشفيع فله ذلك.

### **و لا يصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه**

(و لا يصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه)

و وصفه، لأنه معاوضه تفتقر إلى العلم بالعوضين كما تقدم في البيع .

(فلو أخذه قبله لغا و لو قال: أخذته بمهما كان) للغرر، و لا تبطل بذلك شفيعته.

حصيله البحث: الشفيعه تورث كالمال بين الورثه، فلو عفوا إلّا واحداً أخذ الجميع أو ترك، و يجب تسليم الثمن أولاً ثمّ الأخذ إلّا أن يرضى المشتري بكونه في ذمته، و لا يصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه، فلو أخذ قبله لغى و لو قال: أخذته بمهما كان .

### **و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفيعه**

(و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفيعه)

ص: ٣٣٤

و ذلك لاختصاص ادله الشفعه بالبيع و يؤيده خبر أبى بصير، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوج امرأه على بيت فى دار له، و له فى تلك الدار شركاء، قال: جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها»(١).

و فى الفقيه قبل هذا الخبر «و كان شيخنا محمّد بن الحسن يقول: ليس فى الموهوب و المعاوض به شفعه، إنّما الشفعه فى ما اشترى بثمان معلوم ذهب أو فضّه» كما تقدم ذلك .

و اما ما قاله المصنّف من الصلح فصحيح إن كان صلحا لا ينطبق على البيع - مثل الصلح على دعاويه غير الثابته أو حقوقه غير المعينه - و إلّا فلا لأنّه بيع بدل لفظه كما تقدم تحقيقه فى كتاب الصلح.

ثمّ لم نقف على معمم سوى الإسكافى، و الظاهر كونه أحد موارد عمله بالقياس الذى نسب إليه، و إلّا فقد عرفت أنّ موارد الأخبار فيها البيع.

### و لو اشتراه بثمان كثير ثم عوضه عنه بيسير

(و لو اشتراه بثمان كثير ثم عوضه عنه بيسير، أو أبرأه من الأكثر) و لو حيله على ترك الشفعه (أخذ الشفيع بالجميع)

ص: ٣٣٥

إن شاء، لأنه الثمن و الباقي معاوضه جديده، أو إسقاط لما ثبت. و مقتضى ذلك أن الثمن الذى وقع عليه العقد لازم للمشتري، و جازر للبائع أخذه، و إن كان بينهما مواطاه على ذلك، إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت فى ذمته، و لا يثبت فى ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبه به.

و يؤيده ما فى الدّعائم «عن الصّیادق (عليه السلام): إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشّراء ما يوضع مثله فإنّما هو هبه للمشتري و ليس يوضع عن الشفيع».

أقول: هذا صحيح إذا كان البيع لا- عن تواطئ بحيث لم يكن للبائع حقّ أن لا يقبل العوض الأقلّ، و أمّا لو يكن للبائع حقّ كأن وقع البيع على الاقل و مواطأتهما مجرد خداع ثبتت الشفعه بالاقل .

هذا و قال الشيخ: إذا حطّ البائع من الثمن قبل انقضاء خيار المجلس أو الشّروط كان حطّا من الشفيع، و قال الحلبيّ: لا فرق بين قبل انقضائه و بعده.

قلت: الصحيح ما تقدم انفا من أنّه إذا كان مرسوما وضع شىء يسقط عن الشفيع أيضا لان البيع وقع على الثمن الثانى و الّا فلا .

حصيله البحث:

لو انتقل الشقص بهبه أو صداق فلا شفعه، و لو اشتراه بثمن كثير ثمّ عوضه عنه بيسير أو أبراه من الأكثر أخذ الشفيع بالجميع أو ترك الشفيع نعم لو كان تواطأهما على الاكثر مجرد خداع ثبتت الشفعه بالاقل .

ص: ٣٣٦

## و لو اختلف الشفيع و المشتري في الثمن

(و لو اختلف الشفيع و المشتري في الثمن حلف المشتري)

على المشهور فذهب إليه الشيخان و الديلمى و الحلبي و الحلبي، لأن حق الشفيع فيما يدعيه متفرع على ثبوت البيع بالمقدار الذي يدعيه و هو لم يثبت كما و ان المالك لا يزال ملكه إلّا بما يدعيه و عليه فالقول قول المشتري، و هو من مصاديق قاعده من ملك شيئاً ملك الاقرار به بناءً على صحه القاعده.

و قال الإسكافي: «إذا اختلف الشفيع و المشتري في الثمن كانت البيئه على الشفيع في قدر الثمن إذا لم يقرّ له بالشفعه فإن أقرّ بها المشتري كانت البيئه في قدر الثمن عليه، و إلّا كانت يمين الشفيع لأنه لا يستحقّ عليه زياده على ما يقرّ له به من الثمن».

قلت: الظاهر أنّ مراده بإقرار المشتري للشفيع بالشفعه إقرار المشتري بأنّ الشريك يستحقّ الشفعه في معاملتي هذه على ما اشترت فكأنّه أقرّ له خفيًا بدعواه و إلّا فلا معنى لإقرار المشتري كليًا، فالحكم بالشفعه إنّما هو حكم الشريعة لا يستطيع المشتري عدم الإقرار بها، و ممّا نقلنا يظهر لك ما في نسبة الشهيد الثاني إلى الإسكافي من تقديم قول الشفيع مطلقاً (1).

ص: ٣٣٧

---

١- الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلانتر)؛ ج ٤، ص: ٤١٤

و يؤيد ذلك ما فى الدّعاء مرفوعاً «عن الصّادق (عليه السلام): إذا اختلف المشتري و الشفيع فى ثمن الدّار، فالقول قول المشتري إذا جاء بما يُشبهه مَعَ يَمِينِهِ إِنْ لَمْ تَكُنْ لِلشَّفِيعِ بَيْنَهُ»<sup>(١)</sup>. و الظاهر ان المراد من قوله «إذا جاء بما يُشبهه» أى الثمن يعنى ان دعواه فى الثمن متعارفه و عليه فلا يمكن العمل بالخبر فى هذه الفقرة لعدم حججه الخبر .

### و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده حلف الشريك

(و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده)

و أنه يستحق عليه الشفعه فأنكر الشريك التأخر (حلف الشريك) لأنه منكر، و الأصل عدم الاستحقاق .

(و يكفيه الحلف على نفى الشفعه)

عند المصنف فانه و إن أجاب بنفى التأخر ألما أن الغرض هو الاستحقاق فيكفى اليمين لنفيه، و ربما كان صادقاً فى نفى الاستحقاق و إن كان الشراء متأخراً لسبب من الأسباب المسقطه للشفعه فلا يكلف الحلف على نفيه.

و فيه: لزوم مطابقه حلفه على مورد الدعوى من نفى التأخر على تقدير الجواب به.

ص: ٣٣٨

## و لو تداعيا السبق تحالفا

(و لو تداعيا السبق تحالفا)

لان كلا منهما مدع ومنكر وقد بين حكمه فى الشريعة و عليه فلا تصل النوبه الى القول بالقرعه. فاذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر (و لا شفعه) لانتفاء السبق.

حصيله البحث:

و لو اختلف الشفيع و المشتري فى الثمن حلف المشتري، و لو ادعى أنّ شريكه اشترى بعده حلف الشريك و لا يكفيه الحلف على نفى الشفيعه بل اللازم مطابقه حلفه على مورد الدعوى، و لو تداعيا السبق تحالفا و لا شفعه .

## (كتاب السبق و الرمايه)

### اشاره

أقول: و الاصل فى كتاب السبق و الرمايه الشيخ فى مبسوطه مستندا فيه إلى أخبار العامه و تبعه الحلّى، و سبقه الإسكافى الذى كان مثل الشيخ فى مبسوطه يذكر فروع العامه، و حيث لم يكن فيه ذكر فى فقه القدماء بسط المبسوط فى فروع بسطا، و لم يذكر المتأخرون جميعها، كما أنّ فى كتب الحديث لم يذكر له بابا و إنّما الكافى ذكر الأخبار المتقدمه فى جهاده، و التهذيب لم يذكر شيئا منها سوى

ص: ٣٣٩

خبراً في «البيّنات» من حيث اشتماله على الشهاده، كما أنّ الصدوق أيضاً ذكر فيه خبراً في من يجب ردّ شهادته من حيث قبول الشهاده و عدمه.

### حقيقه السبق و الرمايه

السبق - بسكون الباء - معامله تتضمن اجراء الخيل و ما شابها في حلبه السباق لمعرفة الاجود منها.

و الرمايه معامله تتضمن رمى السهام نحو الهدف للتعرف على الحاذق من المترايين و عليه فهما عقدان و ذلك انهما لا يتحققان إلا بعد اتفاق شخصين أو أكثر عليهما، و لا يكفي الايجاب من طرف واحد لتحقيقهما.

نعم بناءً على كونهما جعلاه - كما هو المنسوب للشيخ و العلامة (١) - فهما ايقاع و لا - حاجه في تحققهما إلى القبول بل يكفي البذل، كما يكفي في مثل: من ردّ على سيارتي المسروقه فله كذا.

ألا ان ذلك صحيح لو كان البذل من شخص ثالث أجنبي، و اما إذا كان منهما باتفاق بينهما فلا يحتمل كونهما جعلاه .

و لا تخفى مشروعيه المعاملتين المذكورتين لكثرة الروايات الداله على صحتها كموثقه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي بن الحسين عليهم

ص: ٣٤٠



السَّلام: «ان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله أجرى الخيل و جعل سبقها(١) أوقى من فضه»(٢) و صحيحه حفص بن البحتري عن أبي عبد الله (عليه السلام) انه كان يحضر الرمي و الرهان(٣).

هذا و يطلق السبق في الأخبار على ما يشمل الرمايه كما في صحيح حفص عن الصادق (عليه السلام): «لا سبق إلّا في خفّ أو حافر أو نصل يعنى النضال»(٤) و خبر عبد الله بن سنان(٥) فإنّ المراد بالنّصل الرّمايه و قد سمّاه سبقا كالسبق بالإبل و الخيل، و لكن في المبسوط «النّضال اسم يشتمل على المسابقه بالخيل و الرّمي معا، و لكلّ واحد منهما اسم ينفرد به فالمناضله في الرّمي و الرّهان في الخيل».

## أحكام السبق و الرمايه

١- (و انما ينعقد السبق من الكاملين)

ص: ٣٤١

- 
- ١- السبق بفتح السين و الباء: العوض المجعول للسابق. و يقال له: الخطر- بفتح الحاء و الطاء- أيضا. و السبق بفتح السين و سكون الباء: مصدر بمعنى المعامله المتقدمه. و الأوقى: جمع أوقيه.
  - ٢- وسائل الشيعه ١٣: ٣٤٥ الباب ١ من أحكام السبق و الرمايه الحديث ١٠
  - ٣- وسائل الشيعه ١٣: ٣٤٨ الباب ٢ من أحكام السبق و الرمايه الحديث ٤
  - ٤- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥٢ باب ٣ ح ١
  - ٥- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥٣ باب ٣ ح ٢

بالبلوغ والعقل لانهما من العقود وهى لا تصح من الصبي والمجنون كما تقدم فى كتاب البيع .

(الخالين من الحجر) لأنه يقتضى تصرفا فى المال.

٢- (على الخيل) و الإبل لورود النصّ الخاصّ فيهما (و البغال و الحمير)

و هى داخله فى الحافر المثبت فى صحيح حفص عن الصادق (عليه السلام): «لا- سبق إلما فى خفّ أو حافر أو نصل يعنى النضال»(١).

(و الإبل و الفيله)

و هما داخلان فى الخف لكن قيل: الظاهر انصرافه إلى الأوّل. قلت: و هو ممنوع، قال: فى المبسوط: «و أمّا الخفّ فضربان إبل و فيله، فأما الإبل فيجوز المسابقه عليه لقوله تعالى { فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَ لَأِ رِكَابٍ } و الركاب الإبل. و للخير و لأنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله سابق بناقته العضباء. و أمّا الفيل فقال قوم: لا- يجوز لأنّه ليس ممّا يكرّ و يفترّ، و قال آخرون: يجوز و هو الأظهر، و الأقوى عندنا لعموم الخبر»(٢). قلت: و هو الأقوى لعموم صحيح حفص المتقدم.

ص: ٣٤٢

١- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥٢ باب ٣ ح ١ الحافر اسم فاعل، و حافر الدابّه هو بمنزله القدم للإنسان، و الخف- بالضم- للبعير و النعام بمنزله الحافر لغيرهما، و المراد صاحب الخف و صاحب الحافر من الدوابّ.

٢- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٦، ص: ٢٩١

و تردّد فيه الإسكافيّ فقال: «المجمع عليه ما يكون به القوّه على حرب الأعداء فى الدّين و النكايه لهم و الزّهبه و ما به يصل البأس إليهم بأىّ وجه كان الخيل و الإبل من الحيوان و الرّمى عن القسى بذى النصل من السيّهام و قد أجازّه قوم بالمزاريق و البغال و الحمير و غيرها من الحيوان».

(و على السيف و السهم و الحراب)

و هى داخله فى النصل , و النصل لغّه: حديده السهم و الرمح و السيف .

(لا بالمصارعه و السفن و الطيور و العدو و رفع الأحجار)

و رميها و نحو ذلك لدلاله صحيح حفص المتقدم على نفى مشروعيه ما خرج عن الثلاثه.

قال الشهيد الثانى: «هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض أما لو تجرد عنه ففى تحريمه نظر من دلالة النص على عدم مشروعيته إن روى السبق بسكون الباء - ليفيد نفى المصدر و إن روى بفتحها كما قيل إنه الصحيح روايه كان المنفى مشروعيه العوض عليها فيبقى الفعل على أصل الإباحه إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها و لو قيل بعدم ثبوت روايه الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالاته على المنع»<sup>(١)</sup>.

ص: ٣٤٣

---

١- الروضه البهيّه (المحشى - كلاتتر)؛ ج ٤، ص: ٤٢٢؛ كتاب السبق و الرمايه.

أقول: و في خبر التّهذيب الاتي بعد ذكر الرّهان في الخفّ و الحافر و الرّيش «و ما سوى ذلك قمار حرام» دلالة على عدم جواز الرهان في المصارعة و السفن و الطيور و العدو و رفع الأحجار و غيرها، و أمّا بدونه فليس بحرام لكنه ضعيف سندا.

و مما يشهد للجواز بلا رهان حسنه زيد الشحام، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه عليهم السلام: «أنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله دخل ليله بيت فاطمه عليها السّلام و معه الحسنان عليهما السّلام فقال لهما: قوما و اصطرعا، فقاما ليصطرعا و قد خرجت فاطمه عليها السّلام لبعض حاجاتها فسمعت النّبىّ صلّى الله عليه و آله يقول إنّه: يا حسن شدّ على الحسين فأصرعه، فقال: يا أبة أ تشجّع الكبير على الصغير؟ فقال: يا بتيه أما ترضين أن أقول: أنا يا حسن شدّ على الحسين فأصرعه، و هذا جبرئيل يقول: يا حسين شدّ على الحسن فأصرعه»<sup>(١)</sup>.

و أمّا ما نقله ابن أبي جمهور الأحسائي «أنّ في الحديث أنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم خرج يوما إلى الأبطح فرأى أعرابيا يرعى غنما له و كان موصوفا بالقوّه فقال له الأعرابي: هل لك إلى أن تعود، فقال: ما تسبّق؟ قال: شاه أخرى فصارعه فصرعه صلّى الله عليه و آله فقال الأعرابي: اعرض على الإسلام فما أحد صرعنى غيرك، فعرض عليه الإسلام و ردّ عليه غنمه»<sup>(٢)</sup> فمضافا الى ضعف اصل الكتاب و

ص: ٣٤٤

١- الأمالى للصدوق ص: ٤٤٣ ح ٨

٢- عوالى اللئالى العزيزيه فى الأحاديث الدينيه، ج ٣، ص: ٢٦٧ ح ٨

المؤلف انه ضعيف سندا مضافا الى اعراض الاصحاب عنه و لذا ذكرت فيه بعض التوجيهات كأن يكون ذلك منه صَلَّى الله عليه و آله بمحض صورته، لردّها عليه أخيرا و كان غرضه إسلام الرّجل أو لأنّ مال الكافر حلال .

و قال فى المبسوط « المسابقة بالمصارعة بغير عوض أجازة قوم بعوض و فيه خلاف فمن أجازة قال لما روى «أنّ النّبى صَلَّى الله عليه و آله خرج إلى الأبطح فرأى يزيد بن ركانه يرعى أعزاه له فقال للنّبى هل لك فى ان تصارعنى؟ فقال النّبى ما تسبق لى فقال: شاه فصارعه فصرعه، فقال للنّبى صلى الله عليه و آله هل لك فى العود؟ فقال النّبى صلى الله عليه و آله ما تسبق لى فقال شاه فصارعه فصرعه، فقال للنّبى اعرض على الإسلام، فما أحد وضع جنبى على الأرض، فعرض عليه الإسلام فأسلم و رد عليه غنمه و الأقوى أنه لا يجوز لعموم الخبر» (1) قلت: والخبر الذى ذكره من روايات العامه لاحجيه فيه كما لا يخفى.

و قال المبسوط ايضا: «جوز بعض العامه المسابقة بالأقدام بما رووا عن عائشه كنت مع النّبى فى غزاه فقال للقوم تقدّموا فتقدّموا. فقال: تعالى اسابقك، فسابقته برجلي فسابقته فلمّا كان فى غزاه أخرى قال للقوم: تقدّموا فتقدّموا، و قال: تعالى اسابقك فسابقته فسبقنى و كنت قد نسيت، فقال: يا عائشه هذه بتلك و كنت

ص: ٣٤٥

بدنت»(١) قلت: وهو مضافا الى ضعفه سندا من موضوعاتهم الركيكه و من ادعاءاتها الجلفه كما لا يخفى.

ثم ان عدم الجواز فى الطيور إجماعى، و أمّا ما فى الفقيه قائلًا «و روى عن العلاء بن سيباه قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهادته من يلعب بحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا يقولون: قال عمر: هو شيطان، فقال سبحانه الله أما علمت أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله و سلم قال: إنّ الملائكة لتنفّر عند الرّهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الرّيش و النصل، فإنّها تحضرها الملائكة و قد سابق النبيّ صلى الله عليه وآله و سلم أسامه بن زيد و أجرى الخيل»(٢) الظاهر فى جواز السبق بالحمام لاستدلاله لعدم البأس بلعب الحمام بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله و سلم قال بعدم نفر الملائكة من رهان الرّيش، فمع ضعفه سندا شاذّ متروك و لذا قيل بحمله على التقيه.

و يؤيده خبر الجعفرىات عن جعفر بن محمّد، عن آبائه عليهم السّلام: «أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله رأى رجلا يرسل طيرا فقال: شيطان يتبع شيطانا» و قال: «الحمامات الطيّارات حاشيه المنافقين»(٣).

ص: ٣٤٦

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ٦، ص: ٢٩٠

٢- الفقيه باب من يجب ردّ شهادته، و من يجب قبول شهادته فى خبره ٢٣

٣- الجعفرىات (الأشعثيات) ص: ١٧٠

مع أنّ التّهذيب روى الخبر عن العلاء بن سيباه بدون هذه الفقره «قلت: فإن من قبلنا يقولون: قال عمر: هو شيطان، فقال سبحانه الله أما علمت» فقال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن شهاده من يلعب بالحمام، فقال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق» ثم قال: «سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَأَبَأْسَ بِشَهَادَةِ الَّذِي يَلْعَبُ بِالْحَمَامِ وَلَا بِأَسَ بِشَهَادَةِ الْمَرَاهِنِ عَلَيْهِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَدْ أَجْرَى الْخَيْلَ وَ سَابِقَ وَ كَانَ يَقُولُ إِنَّ الْمَلَائِكَةَ تَحْضُرُ الرَّهَانَ فِي الْخَفِّ وَ الْحَافِرِ وَ الرَّيْشِ وَ مَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ قِمَارٌ حَرَامٌ» (1) فَإِنَّ الْأَصْلَ فِيهِمَا وَاحِدٌ، وَ تَرَى أَنَّهُ تَضَمَّنَ أَنَّهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ بِعَدَمِ الْبَأْسِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا اللَّاعِبُ بِالْحَمَامِ لِعَدَمِ كَوْنِهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ فَسَقًا، وَ الثَّانِي شَهَادَةَ الرَّاهِنِ فِي السَّبْقِ وَ الزَّمَايَةِ لِمَشْرُوعِيَّتِهِ وَ عَمَلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ بِهِ.

و بعد كون الأصل في خبر الفقيه و خبر التّهذيب واحدا يعلم أنّ احدهما محرف و يتعين التحريف في خبر الفقيه وذلك لسلامه خبر التّهذيب من الاشكال متنا فلا خلاف في مضمونه بخلاف خبر الفقيه، و ممّا يدلّ على وقوع التحريف فيه قوله

ص: ٣٤٧

١- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥٣ باب ٣ ح ٣ و من الغريب أنّ الوسائل نقل خبر التّهذيب بالنقص فبدّل قوله «و لا بأس بشهاده صاحب السياق المراهن عليه» بقوله «و لا بأس بشهاده المراهن عليه» فصار الضمير بعد الإسقاط بحسب السياق راجعا إلى الذي يلعب بالحمام فاضطرّ إلى تأويله و قال: «قال بعض فضلائنا: الحمام في عرف أهل مكّه و المدينه يطلق على الخيل، فلعلّه المراد من الحديث بدلاله استدلاله بحديث الخيل فيحصل الشكّ في تخصيص الحصر السابق بغير الحمام» فإن كون الخبر كما قلنا قطعى نقله الوافى كما نقلنا في باب عداله الشاهد. و هو كذلك في مطبوعتين معتبرتين من التّهذيب .

فى ذيله «وقد سابق- إلخ» فإنه بعد كونه بحسب سياقه- لولا التحريف- فى مقام بيان جواز السبق بالحمام بقوله صلى الله عليه و آله «و الريش» لا ربط لقوله «وقد سابق- إلخ» فإن المسابقة بالخيل مشروعيّتها مسلّمه عند الخاصّه و العامّه و جميع الأمّه، و من خبر التّهذيب يعلم أنّ «و النصل» فى الفقيه أيضا «زائد» غير الخلط الذى قلنا فان المراد من الريش هو النصل(1) فلا وجه لذكر النصل بعد ذكر الريش، واما ما رواه الفقيه ايضا مرفوعا فى موضع آخر فقال: «قال الصادق (عليه السلام): إنّ الملائكه- إلخ»(2) فهو نفس خبر ابن سيابه و أنّه أخذه من خبره ذاك.

و الأصل فى اللّعب بالحمام حديث وضعه القاضى أبو البختريّ فى تاريخ بغداد فى ترجمته «قال زكريّا الساجى بلغنى أنّ أبا البختريّ دخل على الرّشيد و هو قاضٍ و هارون إذا ذاك يطير الحمام فقال: هل تحفظ فى هذا شيئا فقال: حدّثنى هشام بن عروه، عن أبيه، عن عائشه أنّ النّبىّ كان يطير الحمام، فقال: اخرج عنّى لولا أنّه رجل من قريش لعزلته، و قيل لأحمد ابن حنبل: تعلم أحدا روى «لا سبق إلّا فى خفّ أو حافر أو جناح؟ فقال: ما روى هذا إلّا ذاك الكذاب أبو البختريّ.

و لم يقل بجوازه أحد منّا و إنّما نقله الخلاف عن الشافعى فى قول له على خلاف المذهب عندهم لفائده نقل الكتب و معرفه الأخبار.

ص: ٣٤٨

---

١- قال فى مختار الصحاح ص ٢٦٦: «راش السهم ألزق فيه الريش» فالمراد من الريش اذن هو السهم وقال فى ص ٦٦٣: النصل: نصل السهم والسيّف والسكين والرمح.

٢- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥١ باب اح ٦



## حكم السبق والرمايه فى وسائل القتال الحديثه

هذا و يصح اجراء هاتين المعاملتين على وسائل القتال الحديثه و لا يختص بما إذا كان على السيف و السهام و الخيل و الابل و ما شاكل ذلك فان النصوص و ان اقتصرت عليها، كما فى صحيحه حفص عن أبى عبد الله (عليه السلام): «لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصل»<sup>(١)</sup> ألما ان تخصيصها بالذكر هو من جهه كونها الوسائل الحربيه المتداوله تلك الفتره و لا- ينبغى فهم الخصوصيه لها كما هو واضح بالفهم العرفى.

حصيله البحث:

إنما ينعقد السبق من الكاملين بالبلوغ و العقل الخالين من الحجر على الخيل و البغال و الحمير و الإبل و الفيله، و على السيف و السهم و الحراب لا بالمصارعه و السفن و الطيور و العدو، و يصح اجراء هاتين المعاملتين على وسائل القتال الحديثه .

ص: ٣٤٩

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٨ الباب ٣ من أحكام السبق و الرمايه الحديث ١

٣- (و لا بدّ فيها) اى المسابقه (من إيجاب و قبول على الأقرب)

لأنها من العقود وأشار بقوله «على الأقرب» إلى الخلاف في كونها من العقود الجائزه كالجعله كما ذهب إليه المبسوطان فلا يحتاج إلى قبول، أو اللزمه كالإجاره فيحتاج كما ذهب إليه الحلّي و اختاره المصنف .

و يستدل للقول بكونها جعاله بانه لا دليل على وجوب تعيين المسابق مضافا الى أنّ الخلاف ليس فيه مطلقا ففي المبسوط «إذا تسابقا أو تناصلا و أخرج كلّ واحد منهما سبقا و أدخلهما بينهما محلّلا فهل ذلك من العقود الجائزه أو اللزمه؟ فمن قال من العقود اللزمه، قال لزم، و يلزم الوفاء به، و متى أراد أحدهما أن يخرج منه نفسه بعد التلبس بالمناضله أو قبل التلبس و بعد العقد، لم يكن له ذلك و من قال من الجائزه، قال هو كالجعله و أيهما أراد إخراج نفسه من السباق، كان له ذلك»(١).

أقول: لو توافق اثنان على السباق لامعنى لكون هذا التعاقد من الجعاله و كونه من العقود لا يتنافى مع وقوع الجعاله فيه و يشهد لصحه الجعاله فيه موثق محمّد بن يحيى، عن غياث بن إبراهيم، عن الصادق، عن أبيه عليهما السّلام، عن عليّ بن الحسين عليهما السّلام: «أنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله أجرى الخيل و جعل سبقها

ص: ٣٥٠

أواقى من فضّه»(١) و ظاهره أنّه جعل السبق لمن سبق عموماً، و محمّد بن يحيى فى سنده هو الخراز لا العطار شيخ الكلينى، فان الكلينى بنى سنده على سند الخير السابق عليه و هو: «على بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمّد بن يحيى، عن طلحه بن زيد، عنه (عليه السلام)» لكنّه غفل عن فصل خير عبد الله بن سنان الذى لم يقع الخراز فيه، فالخير ليس بمرسل كما توهم .

و مثله موثق الحسين بن علوان عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أنّ النّبىّ صلّى الله عليه و آله سابق بين الخيل و أعطى السوابق من عنده»(٢).

كما و ان الاقوى انها عقد لازم و ذلك لاصاله اللزوم فى مطلق العقود كما تقدم.

هذا و يتحقق الايجاب و القبول فيها بكل ما يدل عليهما و ذلك لإطلاق دليل المشروعيه.

(و تعيين العوض)

و هو المال الذى يبذل للسابق منهما قدرا و جنسا و وصفا فالتعيين شرط صحه العقد و ذلك للغرر كما تقدم فى كتاب الاجاره الاستدلال له.

و فى التذكرة أن تعيين العوض ليس بشرط و إنما المعتبر تعيينه لو شرط وقد يستدل له بظاهر خبر طلحه بن زيد «عن الصادق (عليه السلام) فى إجراء النّبىّ صلّى الله

ص: ٣٥١

---

١- الكافى (فى باب فضل ارتباط الخيل، ٢٢ من أبواب جهاده)

٢- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص: ٨٧ ح ٢٩٠

عليه وآله الخيل و سبقها من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقا، و أعطى المصلّي عذقا، و أعطى الثالث عذقا»(١).

و فيه: ان الخبر لا علاقه له بعقد السبق و انما هو من موارد الجعالة كما تقدم انفا.

(و يجوز كونه منهما معا)

و من أحدهما و فائدته حينئذ أن البازل إن كان هو السابق أحرز ماله و إن كان غيره أحرزه .

(و من بيت المال)

لأنه معد للمصالح و هذا منها لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد .

(و من أجنبي)

سواء كان الإمام أم غيره و على كل تقدير فيجوز كونه عينا و دينا حالا و مؤجلا .

و اما جواز ان يكون السبق من أجنبي أو بيت المال أو المتراهنين فلاطلاق دليل المشروعيه.

(و لا يشترط المحلل)

ص: ٣٥٢

---

١- الكافي (في الزابع من أخبار باب فضل ارتباط خيله، ٢٢ من جهاده)

و هو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط فى عقده فيتسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما ، ثم إن سبق أخذ العوض و إن لم يسبق لم يغرم و هو بينهما كالأمين و إنما لم يشترط تمسكًا باطلاق دليل المشروعيه و تناول ما دل على الجواز للعقد الخالى منه و للاصل.

قال فى المختلف السابق إن كان من ثالث أو من أحدهما جاز و إن لم يدخل المحلل إجماعا فإن أخرج كل منهما سبقا و قال: من سبق فله العوضان، قال ابن الجنيد: لم يصح إلّا بالمحلل، و روى أبو هريره «عن النبى صلى الله عليه و آله من أدخل فرسا بين فرسين و قد أمن أن يسبق فهو قمار، و من أدخل فرسا بين فرسين و هو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار» و إذا كان مع أمن أن يسبق يكون قمارا فمع عدمه أولى و قال: و اشترط أيضا المحلل فى النضال. و قال فى المبسوط «عندى أنه لا يمنع جوازه لأن الأصل الإباحه و الرّوايه عندنا ضعيفه». قلت: و أصل المحلل لم يرد فى أخبارنا بل فى أخبار العامه كما فى خبر أبى هريره المتقدم. و لم يظهر لابن الجنيد دليل فى المقام .

حصيله البحث:

و لا بدّ فى المسابقه من إيجابٍ و قبولٍ بكل ما يدل عليهما و تعيين العوض الذى يبذل للسابق منهما قدرا و جنسا و وصفا، و يجوز كونه منهما معاً و من بيت المال و من أجنبيّ، و لا- يشترط المحلل و هو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط فى عقده فيتسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما .

ص: ٣٥٣

## و يشترط فى السبق تقدير المسافه

(و يشترط فى السبق تقدير المسافه ابتداءً و غايهً)

لثلا- يلزم الغرر و لثلا- يؤدى إلى التنازع و لاختلاف الأغراض فى ذلك اختلافًا ظاهرًا لأن من الخيل ما يكون سريعًا فى أول عدوه دون آخره فصاحبه يطلب قصر المسافه و منها ما هو بالعكس فينعكس الامر .

(و تقدير الخطر) و هو العوض وقد تقدم ذكره فلا وجه للتكرار .

(و تعيين ما يسابق عليه)

بالمشاهده قيل: و لا يكفى الإطلاق و لا التعيين بالوصف لاختلاف الأغراض بذلك كثيرا فيلزم الغرر .

(و احتمال السبق فى المعينين) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه .

(فلو علم قصور أحدهما بطل)

لانتفاء الفائده حينئذ لأن الغرض منه استعلام السابق, و لا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر لحصول الغرض معه .

(و أن يجعل السبق) بفتح الباء و هو العوض (لأحدهما) اذا سبق لا مطلقا (أو للمحلل إن سبق لا لأجنبي)

ص: ٣٥٤

لا- دليل لعدم جواز جعله لأجنبي و الاصل جوازه و تعليله «بمنافاه ذلك للغرض الأقصى من شرعيته و هو الحث على السبق و التمرن عليه» كما ترى فيمكن أن يكون في الأجنبي فضل يطيبون نفسا بكون السبق له فكأنهم أعطوه من مالهم فالغرض يحصل إذا كان برضاهم جميعا.

### و لا يشترط التساوى فى الموقف

(و لا يشترط التساوى فى الموقف)

للأصل و حصول الغرض مع تعيين المبدأ و الغايه, و قيل يشترط لانتفاء معرفه جوده عدو الفرس و فروسيه الفارس مع عدم التساوى لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه فيخل بمقصوده و مثله إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى.

(و السابق هو الذى يتقدم على الآخر بالعنق)

و لا دليل عليه بل العبره فى تحقق السبق على الصدق العرفى او ما تعاقدنا عليه, هذا و يطلق على السابق المجلى .

(و المصلى هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله)

و التالى هو الثالث و البارع الرابع و المرتاح الخامس و الحظى السادس و العاطف السابع و المؤمل مبنيا للفاعل الثامن و اللطيم بفتح أوله و كسر ثانيه التاسع و

السكيت بضم السين ففتح الكاف العاشر و الفسكل بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف أو بضمهما كقنغد الأخير، و تظهر الفائده فيما لو شرط للمجلى مالا و للمصلى أقل منه و هكذا إلى العاشر.

حصيله البحث:

و يشترط فى السبق تقدير المسافه ابتداءً و غايةً و تقدير الخطر و تعيين ما يسابق عليه و احتمال السبق فى المعينين. فلو علم قصور أحدهما بطل، و أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل إن سبق، قيل: لا لأجنى. قلت: الاقوى جوازه، و لا يشترط التساوى فى الموقف، و السابق هو الذى يتقدم على الآخر بالعنق، و المصلى هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما العظمان الثابتان عن يمين الذنب و شماله.

### و يشترط فى الرمى معرفه الرشق و عدد الإصابه و صفتها

(و يشترط فى الرمى معرفه الرشق)

بفتح الراء (1) و هو عدد الرمى الذى يتفقان عليه كعشرين و قال فى المبسوط «و ليس للرشق عدد معلوم عند الفقهاء و عند أهل اللغه عباره عمّا بين عشرين إلى ثلاثين».

ص: ٣٥٦

---

١- والرشق بالكسر بمعنى آخر ففى الصّحاح: «رشقته بالنبل رشقا، و الرشق- بالكسر الاسم و هو الوجه من الرمى فإذا رمى القوم بأجمعهم فى جهه واحده قالوا: رمينا رشقا».



(و عدد الإصابه) كعشره منها (و صفتها من المارق) و هو الذى يخرج من الغرض نافذا و يقع من ورائه (و الخاسق) بالمعجمه و المهمله و هو الذى يثقب الغرض و يقف فيه (و الخازق) بالمعجمه و الزاى و هو ما خدشه و لم يثقبه , و قيل ثقبه و لم يثبت فيه (و الخاصل) بالخاء المعجمه و الصاد المهمله و هو يطلق على القارع و هو ما أصاب الغرض و لم يؤثر فيه , و على الخازق و على الخاسق و قد عرفتهما و على المصيب له كيف كان (و غيرها) من الأوصاف كالخاصر و هو ما أصاب أحد جانبيه و الخارم و هو الذى يخرم حاشيته و الحابى و هو الواقع دونه ثم يحبو إليه مأخوذ من حبو الصبى و يقال على ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب إليه فأصابه و هو المزدلف , و القارع و هو الذى يصيبه بلا خدش.

قال الشهيد الثانى: «و مقتضى اشتراط المصنف تعيين الصفه بطلان العقد بدونه و هو أحد القولين لاختلاف النوع الموجب للغرر و قيل يحمل على أخير ما ذكره بمعناه الأخير و هو الأقوى لأنه القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه و لأصالة البراءه من وجوب التعيين و لأن اسم الإصابه واقع على الجميع فيكفى اشتراطه و لا- غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلاله على المشترك»(1).

(و قدر المسافه)

إما بالمشاهده أو بالتقدير كمائه ذراع لاختلاف الإصابه بالقرب و البعد .

ص: ٣٥٧

---

١- الروضه البهيه فى شرح اللعنه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء) ج ٢، ص: ٣٣

(و) قدر (الغرض)

و هو ما يقصد إصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما لاختلافه بالسعه و الضيق .

(و السيق)

و هو العوض وفي المبسوط «قال ابن الأعرابي: السبق و الخطر و العذب و القرع و الوجبه، عباره عن المال المخرج» و فيه: السبق هنا كالثمن فى البيع.

(و تماثل جنس الآله)

أى نوعها الخاص كالقوس العربى أو المنسوب إلى وضع خاص لاختلاف الرمى باختلافها و شمل إطلاق الآله القوس و السهم و غيرهما.

هذا و قال فى المبسوط: «يتعين فى المسابقه شخص الفرس و أمّا فى النضال فلا يحتاج إلى تعيين القوس و إن عينها لم يتعين و متى انكسرت كان له أن يستبدل».

وقيل: «لا- يشترط تعيين السهم لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمى - بخلاف القوس. ولو لم يعين جنس الآله انصرف إلى الأغلب عادة لأنه جار مجرى التقييد لفظا . ولو لم يكن هناك انصراف فسد العقد للغرر» قلت: الملاك اذن الغرر وعدمه.

(لا شخصها) لعدم الفائده بعد تعيين النوع.

ص: ٣٥٨

## و لا يشترط المبادره و لا المحاطه

(و لا يشترط) تعيين (المبادره)

و هى اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فى الرشق كخمسه من عشرين.

و فى المبسوط «قال قوم: شرط، و قال آخرون: ليس بشرط» (و لا المحاطه) و هى اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشتركا فيه.

(و يحتمل الإطلاق على المحاطه)

و قيل: يحمل على المبادره لأنه المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عددا معيناً.

أقول: و حيث لا نص فيها يحمل كل ذلك على فهم العرف و الظاهر ما قاله المصنّف .

(فاذا تمّ النضال ملك الناضل العوض)

كما أنّ فى السبق يملك السابق بعد تمامه العوض و كذلك صاحبه على حسب الشرط .

و قال: فى المبسوط «فاذا تمّ النضال بينهما سواء قيل إنه جائز أو لازم فقد استحقّ السبق بذلك» .

ص: ٣٥٩

قلت: هذا صحيح على القول باللزوم واما لو قلنا بالجواز فله الفسخ.

(و إذا نضل أحدهما صاحبه) بشىء (فصالحه على ترك النضل لم يصح)

و استدل له بأنه مفوت للغرض من المناضله أو مخالف لوضعها قلت: ذلك إذا كان ابتداء و أما انتهاء فلا , مضافا الى عموم الامر بالوفاء بالعقود.

### حكم تبين استحقاق العوض المعين

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين) فى العقد (وجب على البازل مثله أو قيمته)

و استدل لذلك بأنهما أقرب إلى ما وقع التراضى عليه من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فساده. و اجاب الشهيد الثانى عنه: «بأن استحقاق العوض المعين يقتضى فساد المعامله كظائره , و ذلك يوجب الرجوع إلى أجره المثل لا العوض الآخر. نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد لدخوله على عدمه» قلت: و هذا هو الأقوى .

و المراد بأجره المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة فإن لم تستقر العاده على شىء قيل: بالرجوع إلى الصلح . و فيه: ان الرجوع الى الصلح لم يرد فى دليل, و لو ورد فهو اختيارى لا-قهرى و الصحيح هو الاخذ بالمتيقن لجريان البراءة فى الزائد.

حصيله البحث:

ص: ٣٦٠

يشترط في الرّمي معرفه الرّشق كعشرين و عدد الإصابه و صفتها من المارق و الخاسق و الخازق و الخاصل و غيرها و قدر المسافه و الغرض و السّبق و تماثل جنس الآله لا شخصها، و لا يشترط المبادره و لا المحاطه، و يحمل المطلق على المحاطه. فإذا أتمّ النّضال ملك النّاضل العوض، و إذا نضل أحدهما صاحبه فصالحه على ترك النضل صحّ، و لو ظهر استحقاق العوض وجبت أجره المثل لا العوض الآخر. نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد .

## (كتاب الجعالة)

### إشاره

الجعالة: بكسر الجيم و قد تضم (و هي صيغه) إنشاء تتضمن الالتزام بعوض على عمل.

و (ثمرتها تحصيل المنفعه بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما)

أى و لو مع جهاله العمل و العوض مثل «من رد عبدي فله نصفه» مع الجهاله به و بمكانه لاطلاق دليل مشروعيتها كما هو مقتضى اطلاق صحيحه على بن جعفر الاتيه فان ما يتطلبه ردّ الآبق و الضاله غير محدد، و مقدار الجعل لم تفترض معلوميته و مع ذلك نفى (عليه السلام) البأس من دون تفصيل.

و بهذا تتميز عن الإجاره على تحصيل منفعه معينه لأن تعيين العوض شرط فى الإجاره.

هذا و فى الاجاره يستحق الاجير الاجره بمجرد العقد و تنشغل ذمته بالعمل للمستأجر بمجرد ذلك بخلافه فى الجعالة فانه لا تنشغل ذمه الجاعل بالجعل بمجرد الايجاب بل بعد العمل، كما لا تنشغل ذمه العامل بالعمل للجاعل بمجرد ذلك.

هذا و قد يقال باعتبار ان لا يكون الجهل بالعوضين بشكل كامل لان التعامل مع الجهل بالعوض بشكل كامل ليس عقلائيا، و ادله امضاء المعاملات منصرفه عن التعامل غير العقلائى.

و انه لم يحرز شمول ادله الجعالة لحاله الجهل الكامل، و معه يلزم التمسك باستصحاب عدم ترتب الاثر عند الشك فى ثبوت الامضاء.

و فيه: انه لافرق بين مراتب الجهالة و كلها داخله تحت عنوان الغرر و الأ فالجهالة لاموضوعيه لها و الظاهر من صحيح حفص صحه الجعالة مطلقا و عليه فلا تصل النوبه الى الاصل العملى.

هذا و لا شك فى مشروعيتها كما يشهد لها قوله تعالى: {وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ} (١) بعد ضم استصحاب حكم الشريعة السابقه عند الشك فى نسخه , و ان كان الصحيح دلالة الآية المباركه بلا حاجه الى ضميمه الاستصحاب كما حققناه فى علم الاصول.

ص: ٣٦٢

١- يوسف: ٧٢

مضافا الى صحيحه على بن جعفر عن اخيه ابي الحسن (عليه السلام): «سألته عن جعل الآبق و الضاله، قال: لا بأس به»(1) فان المقصود السؤال عن الجعالة على ردّ الآبق و الضاله.

و السيره العقلانيه، فانها انعقدت على كون طلب العمل سببا من اسباب الضمان، فمن طلب من غيره تعمير داره او حمل متاعه في سيارته كان ذلك سببا للضمان اما باجره المثل ان لم تقرر اجره معينه او بما قرر ان فرض ذلك، و حيث ان السيره المذكوره لا يحتمل حدوثها بعد عصر المعصومين عليهم السلام و لم يصدر ردع عنها فيستكشف امضاؤها.

(و يجوز على كل عمل محلّ)

غير واجب على العامل كالصلاه كما تقدم في المكاسب المحرمه، كما و لا تصح على الأعمال المحرمه كالزنا كما تقدم.

(مقصود للعقلاء)

فلا- تصح على ما لا غايه له معتد بها عقلائيّا كنزف ماء البئر و الذهاب ليلا إلى بعض المواضع الخطيره و نحوهما مما يقصده العابثون نعم لو كان الغرض به التمرن على الشجاعه و أضعاف الوهم و نحوه من الأغراض المقصوده للعقلاء صح .

ص: ٣٤٣

---

١- وسائل الشيعه ١٦: ١٣٦ الباب ١ من أبواب الجعالة الحديث ١

و يشهد لذلك ما فى صحيح محمد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أكل و أصحاب له شاه فقال: إن أكلتموها فهى لكم و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، ففضى فيه أن ذلك باطل لا شىء فى المؤاكلة من الطعام ما قلّ منه و ما كثر و منع غرامه فيه»<sup>(١)</sup>. فقد دلت هذه الصحيحه على بطلان هذه الجعالة و منع حصول غرامه فيها على الخاسر بعد بطلانها شرعاً.

### حقيقه الجعالة

و ترجع فى حقيقتها الى كونها ايقاعا عاما يتحقق بمجرد الايجاب .

(و لا يفتقر الى قبول لفظي)

بل يكفى فعل مطلق الاستدعاء به، والدليل على انها ايقاع لا تحتاج الى قبول ان الجاعل بايجابه للجعالة لا يتصرف فى سلطان الغير ليحتاج الى قبوله، مضافا الى السيره العقلانيه فانها قاضيه بعدم الحاجه الى القبول.

(و لا) تفتقر (إلى مخاطبه شخص معين)

أقول: الصحيح أن الجعالة موضوعها الجعل لكلّ من أتى بعمل و أمّا من أمر شخصا بعمل فإنّ عين له شيئا يكون أجيره بذلك الشىء و إلّا يكون له أجره المثل كمن سكن فى دار غيره بدون تعيين أجره.

ص: ٣٦٤



و يشهد لصحة كون الايجاب عاما اطلاق صحيحه على بن جعفر المتقدمه و السيره العقلائييه.

و قد يستدل لصحة كون الايجاب خاصا بصحيحه عبد الله بن سنان: «سمعت ابي يسأل ابا عبد الله (عليه السلام) و أنا اسمع فقال: ربما امرنا الرجل فيشترى لنا الارض و الدار و الغلام و الجارية و نجعل له جعلاً، قال: لا بأس» (١) فانه ليس المقصود ندفع له بعد ذلك لا بعنوان الجعالة و الآ لقييل: نعطيهِ، بل المقصود نقرر له ذلك من البدايه بعنوان الجعالة . وفيه: انه على الاجاره ادل فانه لو عين له العوض كان اجاره و الآ تعينت اجره المثل و لا دلالة له على الجعالة بوجه.

و عليه فلا يكون ايجابها خاصاً بل عاماً (فلو قال من رد عبدى أو خاط ثوبى) بصيغته العموم (فله كذا صح أو فله مال أو شىء) و نحوهما من العوض المجهول (صح إذ العلم بالعوض غير شرط فى تحقق الجعالة و انما هو شرط فى تشخيصه و تعيينه فإن أراد ذلك) التعيين (فليذكر جنسه و قدره و إلّا) يذكره أو ذكره و لم يعينه (ثبت بالرد أجره المثل)

عند المصنف لخروجه عن الجعالة و صيرورته اجاره فاسده لعدم معلوميه العوض فيها و ثبت بالرد أجره المثل لقاعده احترام عمل المسلم الآ اذا كان عالماً بالفساد فلا تشمله القاعده لانه اسقط احترام عمله باقدامه على عمل باطل يعلم ببطلانه.

ص: ٣٤٥

وفيه: ان ثبوت أجره المثل يتنافى مع قوله صحح و عليه لو قلنا بصحة الجعالة مع العوض المجهول كما ادعى عليه الاجماع(1) فاللازم ان يعطيه ما يصدق عليه ذلك و هو الاقوى .

حصيلة البحث:

الجعالة صيغةٌ ثمرتها تحصيل المنفعة بعوضٍ مع عدم اشتراط العلم فيهما، و تجوز على كلِّ عملٍ محلِّ مقصودٍ، غير واجبٍ على العامل و لا تفتقر إلى قبولٍ و تتقوم بعدم مخاطبه شخصٍ معيّنٍ و الّا كانت اجاره، فلو قال: من ردّ عبدى أو خاط ثوبى فله كذا، صحّ، أو فله مالٌ أو شىءٌ، صحّ و لزمه ما يصدق عليه اللفظ .

### و يشترط فى الجاعل الكمال

(و يشترط فى الجاعل الكمال)

بالبلوغ و العقل لمحجوريه الصبى والمجنون .

(و عدم الحجر)

بالسفه مثلاً- لأنه يعتبر فى باذل المال رفع الحجر عنه بخلاف العامل فإنه يستحق الجعل و إن كان صبيا مميزا بغير إذن وليه لاحترام عمله بدليل سيره العقلاء .

ص: ٣٦٦

---

١- الروضة البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - كلانتر)؛ ج ٤، ص: ٤٤٠

(و لو عين الجعالة لواحد)

قلت: قد تقدم أنّ الصحيح في الجعالة التعميم فإن عين الجعالة لواحد يكون كالأجير له.

(و) كيف كان فلو (رد غيره فهو متبرع بالعمل لا شيء له)

أي للمتبرع و لا للمعين لعدم الفعل.

(و لو شارك المعين فان قصد التبرع عليه فالجميع للمعين) لوقوع الفعل بأجمعه له (و إلا) يقصد التبرع عليه بأن أطلق أو قصد العمل لنفسه أو التبرع على المالك (فالنصف)

للمعين خاصة لحصوله بفعلين أحدهما مجعول له و الآخر متبرع به فيستحق النصف بناء على قسمه العوض على الرأس و الأقرى بسطه على عملهما فيستحق المعين بنسبه عمله قصر عن النصف أم زاد و هو خيره المصنف في الدروس و مثله ما لو عمل معه المالك.

### و لا شيء للمتبرع

(و لا شيء للمتبرع) لكن ظاهر المفيد إثبات حق له كما سيأتي.

ص: ٣٦٧

## و تجوز الجعالة من الأجنبي

(و تجوز الجعالة من الأجنبي)

لأنّ النَّاسَ مسلّطون على أموالهم و أنفسهم, فيلزّمه المال دون المالك إن لم يأمره به و لو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي.

(و يجب عليه الجعل مع العمل المشروط)

ظاهر العبارة انه يجب على الأجنبيّ بذل الجعالة اذا اتى المجعول له بالعمل المشروط بالجعل كما هو واضح.

حصيلة البحث:

يشترط في الجاعل الكمال و عدم الحجر. و لو عيّن الجعالة لفريق كالفقراء او طلاب مدرسه معينه و ردّ غير من عين فهو متبرّع لا شىء له، و لو شارك المعين فإن قصد التبرّع عليه فالجميع للمعين و إلّا فالنصف و لا شىء للمتبرّع، و تجوز الجعالة من الأجنبيّ و يجب عليه الجعل مع العمل المشروط .

ص: ٣٤٨

## و هي جائزه من طرف العامل مطلقا

(و هي جائزه من طرف العامل مطلقا)

قبل التلبس بالعمل و بعده فله الرجوع متى شاء و لا يستحق شيئا لما حصل منه من العمل قبل اتمامه مطلقا لعدم الدليل على الاستحقاق قبل ذلك.

كما و انه اذا اتى ببعضه و اراد التوقف لا يستحق شيئا وذلك لان الجعل قد جعل على اتمام العمل حسب الفرض.

(و أما الجاعل فجائزه قبل التلبس) بالعمل لعدم الدليل على اللزوم .

(و أما بعده فجائزه بالنسبه إلى ما بقى من العمل)

فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض .

(أما الماضي فعليه أجرته)

و لا يجوز الفسخ لما مضى كما هو مقتضى السيره العقلائيه المتقدمه, ففي المبسوط: «الجعاله قبل الشروع جائزه من الطرفين و متى تلبس بها لم يكن للجاعل الرجوع إلّا أن يبذل اجره ما قد عمل». و ثبوت العوض بعد العمل لا ينافى كونها من العقود الجائزه كما أنها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض.

## و لو رجع و لم يعلم العامل

(و لو رجع) المالك فيها قبل العمل أو في أثناءه (و لم يعلم العامل رجوعه فله كمال الأجره)

كما تقتضيه القاعده من احترام عمل المسلم , قال الإسكافي: «لو جعل عامًا كمن جاء بالآبق فخرج الناس عند عمومهم بما جعل من الجعل فأشهد المولى على نفسه بأنه قد فسخ ما كان جعله لم يفسخ ذلك» .

(و لو علم في الأثناء فله بنسبه ما سلف) قبل العلم كما تقدم انفاً.

## و لو أوقع المالك صيغتين عمل بالأخيره

(و لو أوقع المالك صيغتين) مختلفتين في مقدار العوض أو في بعض أوصافها (عمل بالأخيره إذا سمعهما العامل)

لأن الجعاله جائزه و الثانيه رجوع عن الأولى سواء زادت أم نقصت .

(و إلّا) يسمعهما (فالمعتبر ما سمع)

من الأولى و الأخيره, و لو سمع الثانيه بعد الشروع في العمل فله من الأولى بنسبه ما عمل إلى الجميع و من الثانيه بنسبه الباقي .

## و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود

(و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود فلو جاء به الى باب منزل المالك فهرب فلا شىء للعامل)

لأن المنصرف من الرد، الرد إلى يده، بل يضمن إذا خلاه كما في معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام) «أن أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه في رجل أخذ عبداً آبقاً و كان معه ثم هرب منه، قال: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما سلبه ثيابه و لا شيئاً مما كان عليه و لا باعه و لا داهن في إرساله فإذا حلف برء من الضمان»<sup>(١)</sup>.

## و لا يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل

(و لا يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل)

أى استدعاؤه الرد سواء كان مع بذل عوض أم لا (فلو رد بغيره كان متبرعا) لا عوض له و ان لم يقصد التبرع .

قال الشهيد الثاني: «وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، و لو رد بنيه العوض مطلقاً و كان ممن يدخل في عموم الصيغة أو إطلاقها ففي استحقاقه قولان منشأهما فعله متعلق الجعل مطابقاً لصدوره من المالك على وجه يشمل و أنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع و قد وقع بإذن الجاعل فقد وجد

ص: ٣٧١

المقتضى و المانع ليس إلّا عدم علمه بصدور الجعل و مثله يشك في مانعيته لعدم الدليل عليه فيعمل المقتضى عمله ,, و من أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع إذ لا عبره بقصده من دون جعل المالك و عدم سماعه في قوه عدمه عنده, و فصل ثالث ففرق بين من رد كذلك عالما بأن العمل بدون الجعل تبرع و إن قصد العامل العوض و بين غيره لأن الأول متبرع محضاً بخلاف الثاني و استقر المصنف الأول و التفصيل متجه»(١).

أقول: ان كانت حقيقه الجعالة انشغال ذمه الجاعل مطلقاً لمن قام بالعمل بمجرد ايقاعها عمت حتى الصوره الاولى و هو ما لو قصد العامل التبرع و إلّا اختص بمن اتى بالعمل عن علم و قصد و في غير هذه الصوره فلا يستحق العامل شيئاً و في صوره الشك في حقيقتها جرت اصاله البراءه في حق الجاعل كما و يكفي عدم الدليل على الاستحقاق، فان السيره دليل لبي يلزم الاقتصار فيه على القدر المتيقن، و النصوص منصرفه عن مثل ذلك فالصحيح عدم ثبوت شيء في كلا الصورتين.

و يؤيد عدم استحقاق شيء مع عدم جعل ما في الدعائم، عن الصادق (عليه السلام) «من أتى بأبق فطلب الجعل فليس له شيء إلّا أن يكون جعل له»(٢).

و «في أصل جعفر بن محمد بن شريح عن عبد الله بن طلحه، عن الصادق (عليه السلام): «من أكل السحت سبعة - إلى - و جعله الأعرابي»(٣).

ص: ٣٧٢

١- الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص: ٣٨

٢- دعائم الإسلام، ج ٢، ص: ٤٩٨ ح ١٧٧٨

٣- الأصول الستة عشر (ط - دار الحديث)، ص: ٢٤٣ وفي نسخه اخرى جعليه .



لكن قال المفيد: «و إذا وجد الإنسان عبداً آبقاً أو بغيراً شاردًا كان له على ذلك جعل، إن كان وجده في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جيداً، وإن كان وجده في غير المصر فأربعة دنانير قيمتها أربعون دراهم جيداً، بذلك ثبت السنّه عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وإن كانت الضّاله غير العبد و البعير فليس في جعل ردها شيء مؤظف لكن يرجع فيه إلى عاده القوم في ما يبذلونه لمن وجدها و نحو ذلك و إذا جعل صاحب الضّاله لمن ردها جعلاً فواجب عليه الخروج إليه منه على ما سمّاه من قدره و شرطه فيه على نفسه» (1) و صرح ابن حمزه في العبد و البعير باستحقاق ما قال المفيد و إن لم يجعل المالك شيئاً، و كلام الشيخ في النهايه مجمل و محتمل لكلام المفيد.

قلت: و لا شاهد معتبر لهم كما سيأتي.

حصيله البحث:

الجعله جائزاً من طرف العامل مطلقاً، و أمّا بالنسبه الى الجاعل فجائزاً قبل التلبّس و أمّا بعده فجائزاً بالنسبه إلى ما بقى من العمل أمّا الماضي فعليه أجرته، و لو رجع و لم يعلم العامل رجوعه فله كمال الأجره، و لو أوقع صيغتين عمل بالأخيره إذا سمعها العامل و إلّا فالمعتبر ما سمع، و إنّما يستحقّ الجعل على الرّد بتسليم

ص: ٣٧٣

---

١- المقنعه (في باب جعل الآبق)

المردود، فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا- شىء للعامل ولا- يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل، فلو ردّ بغيره كان متبرّعاً، وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، بل ولو رد بنيه العوض مطلقاً وكان ممن يدخل فى عموم الصيغه أو إطلاقها فلا يستحق ايضاً ما لم يسمع الجعالة .

## (مسائل)

### حكم ما لو لم يعين جعلاً

(كلما لم يعين جعل) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد و أطلق أو لذكره مبهماً (فأجره المثل)

عند المصنف و القاعده تقتضى المجانيه كأن قال ايها الناس ردوا علىّ ضالتي و اما لو طلب ذلك من احد معين كأن قال يا فلان رد على ضالتي فلا يدخل فى الجعالة و انما هو من مصاديق الاجاره كما تقدم و له اجره المثل.

(إلا فى ردّ الأبق من المصر فدينار و فى رده من غيره أربعة، و البعير كذلك)

كما قال به القاضى و الحلّى و فى «الخلاص» خصّ العبد بما قال دون البعير، و كلامه مجمل هل هو مع جعل مطلق أو بدون جعل، فقال: لم ينص أصحابنا على شىء من جعل اللقط و الضوال إلا على إباق فإنهم رووا أنّه إن ردّه من خارج البلد يستحقّ الأجره أربعين درهما قيمتها أربعة دنانير و إن كان من البلد فعشره دراهم

قيمتها دينار» و قد تقدم انفاً أن ذلك ظاهر المفيد و لو لم يذكر جعل أصلاً، و صرح ابن حمزه في العبد و البعير باستحقاق ما قال المفيد و إن لم يجعل المال كشيء، و كلام الشيخ في النهاية مجمل و محتمل لكلام المفيد و يومئ إليه ايضاً كلام المبسوط في مجيء الزوايه بدون جعل فقال: «قد روى أصحابنا في من ردّ عبداً أربعين درهماً قيمتها أربعة دنانير و لم يفضّيلوا و لم يذكروا في غيره شيئاً، و هذا على جهة الأفضل لا الوجوب»<sup>(١)</sup>.

و قد يستدل له بما رواه التهذيب بسند ضعيف عن مسمع بن عبد الملك كردين أبي سيّار، عن الصادق (عليه السلام) «أنّ النبيّ صلى الله عليه و آله جعل في جعل الآبق ديناراً إذا أخذه في مصر و إن أخذه في غير مصره فأربعة دنانير»<sup>(٢)</sup> ناقلاً له عن الكافي لكن في الوافي «لم نجد الخبر في الكافي» كما لا وجود له في نسخنا من الكافي ايضاً.

هذا و لم نقف في البعير على خبر و لعلّ المفيد حمل الآبق على الأعمّ من العبد و البعير و إن كان انصرافه إلى الأول .

و كيف كان فالخبر مضافاً لضعفه لم يروه الصدوق و كذا الكافي بل روى ما يخالفه فروى معتبر غياث بن إبراهيم، عن الصادق (عليه السلام) «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام)

ص: ٣٧٥

---

١- المبسوط في فقه الإماميه؛ ج ٣، ص: ٣٣٣

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٣٩٨ ح ٤٣

قال: فى جعل الآبق المسلم ىردّ على المسلم«(١) اى ىنبغى أن ىرد جعل على المسلم لو أخذه منه أو لا يأخذه لو أعطاه. وحمله على الاستجاب بقرىنه صحىح حفص المتقدم من صحه الجعالة فى الآبق .

### حكم ما لو بذل جعلاً فردّه جماعه

(و لو بذل جعلاً فردّه جماعه، استحقوه بىنهم بالسوىّه)

كما هو مقتضى القاعده، و فى المآختلف «المشهور أنه إذا قال: من دخل دارى فله دىنار فدخلها جماعه استحقّ كلّ واحد منهم دىنارا لصدوره عن كلّ واحد و لو قال: من ردّ عبدى فله دىنار فردّه جماعه استحقّوا بأجمعهم دىنارا واحدا لصدوره عن الجميع لا عن كلّ واحد، و هو جىد لكن ىحتمل التساوى فىستحقّ الداخلون كلّهم دىنارا واحدا لأنه المبذول و العموم ىقتضى التشرىك لا الزىاده على المبذول».

قلت: الصواب التفصىل فى مراده هل أراد العموم الاستغراقى أو البدىلى، ففى الأوّل كما قال المشهور و فى الثانى كما قال العلامه فى المآختلف.

ص: ٣٧٤

## و لو جعل لكل من ثلاثة جعلاً مغايراً للآخرين

(و لو جعل لكل من الثلاثة جعلاً مغايراً للآخرين)

كأن جعل لأحدهما دينارا و للآخر دينارين و للثالث ثلاثة و حيث كان جعله خاصا فلا يصح جعله بل كان اجاره فاسده لعدم تحقق شروطها (فردوه) فلا شىء لهم أصلا , و عند المصنف (فلكلٍ ثلث ما جعل له , و لو لم يسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله أجره المثل) بناء على صحة الجعالة و لو لم تكن عامه و لكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له.

(و لو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبه)

أى لو ردوه أجمع فلكل واحد بنسبه عمله إلى المجموع من أجره المسمى هذا اذا كانت الجعالة عامه و إلا جاء فيها ما تقدم.

## و لو اختلفا فى أصل الجعالة حلف المالك

(و لو اختلفا فى أصل الجعالة) كأن ادعى العامل الجعل و أنكره المالك و ادعى التبرع (حلف المالك) لأصالة عدم الجعل .

(و كذا) يحلف المالك لو اختلفا (فى تعيين الآبق)

مع اتفاقهما على الجعالة بأن قال المالك إن المردود ليس هو المجعول و ادعاه العامل لأصالة براءه ذمته من المال الذى يدعى العامل استحقاقه.

لو لم يعين جعلاً فلا شيء عليه، و لو بذل جعلاً فردّه جماعةً استحقّوه بينهم بالسويّه، و لو جعل لكلّ من الثلثه جعلاً مغايراً فردّوه كان اجاره فان كانت واجده لشرائط الصحه فلكلّ ثلث ما جعل له، و لو كانوا أزيد فبالنسبه .

### و لو اختلفا في السعي

(و لو اختلفا في السعي بأن قال المالك حصل في يدك قبل الجعل) و قال الراد بل بعده (حلف المالك أيضاً للأصل) و هو براهه ذمته من الجعل .

(و في قدر الجعل كذلك)

يحلف المالك لأصالة براءته من الزائد و لأن العامل مدع للزياده و المالك منكر (فيثبت للعامل) يمين المالك (أقلّ الأمرين من اجره المثل و مما ادعاه إلا أن يزيد ما ادعاه المالك عن اجره المثل، و قال ابن نما: إذا حلف المالك على نفي ما ادعاه يثبت ما ادعاه و هو قوی كمال الإجاره)

قال في المبسوطین: «إذا اختلفا في القدر يحلف المالك و عليه اجره المثل» و تبعه القاضي، و قال في المختلف بما قاله المصنّف أولاً من ثبوت أقلّ الأمرين إلا أن يزيد ما ادعاه المالك عن اجره المثل فيكون عليه الزائد عن اجره المثل.

أقول: حيث لا- نزاع فى اصل الجعالة كما و لانزاع على الاقل لانهما متفقان عليه و انما اختلافهما فى الزائد عليه فيمين المالك تنتفى دعواه و يثبت الاقل و لا دليل للرجوع الى اقل الامرين منه و من اجره المثل او الى اجره المثل .

حصيله البحث:

لو اختلفا فى أصل الجعالة حلف المالك و كذا فى تعيين الآبق، و لو اختلفا فى السّعى بأن قال المالك: حصل فى يدك قبل الجعل، حلف أيضا للأصل. و كذلك فى قدر الجعل حلف المالك أيضا .

## (كتاب الوصايا)

### اشاره

(و فيه فصول)

### الفصل الأول

#### اشاره

(الأول: الوصيه)

قال فى الصّيحاح: «وصّيت الشّىء بكذا: إذا وصلته به،... و قال أيضا: «أرض واصيه» متّصله النبات «وقد وصت الأرض» إذا اتّصل نبتها، و ربما قالوا: توأصى النبات إذا اتّصل و هو نبت واص».

أقول: إنّ كون «وصى يصى» مجرّدا بمعنى الاتّصال لا يستلزم كون «أوصى و وصّى» أيضا بمعناه، بل يكونان بمعنى العهد، قال القاموس «و أوصاه و وصّاه

ص: ٣٧٩

توصيه عهد إليه و الإسم الوصاءه و الوصايه و الوصيّه» و يدلّ على ما قلنا من كون معناهما «العهد» الكتاب و السنّه أيضا قال تعالى {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ خِطِّ الْأُنثِيَيْنِ} و قال جلّ و علا {ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ} و معناهما العهد قطعاً و لا علاقة لهما بالوصل.

و في خبر سليمان بن جعفر، عن الصادق (عليه السلام)، عن النبيّ صلّى الله عليه و آله: «من لم يحسن وصيّته عند الموت كان نقصاً في مروءته و عقله، قيل: يا رسول الله و كيف يوصى الميّت؟ قال: إذا حضرته وفاته و اجتمع الناس إليه قال «اللهم فاطر السموات و الأرض عالم الغيب و الشهاده الرّحمن الرّحيم، إني أعهد إليك في دار الدنيا أنني أشهد أنّك إله إلا أنت - إلى - و تصديق هذه الوصيّه في القرآن في السوره التي يذكر فيها مريم في قوله عزّ و جلّ {لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا} فهذا عهد الميّت، و الوصيّه حقّ على كلّ مسلم أن يحفظ هذه الوصيّه و يعلمها - الخبر» (١).

و في مهذب القاضي «روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام) ينبغي لمن أحسّ بالموت أن يعتمد عهده و يجدّد وصيّته» (٢).

ص: ٣٨٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧ ص: ٢٠٢ ح ١

٢- المهذب (لابن البراج) ج ٢ ص ١٠٤



(تمليك عين أو منفعه أو تسليط على تصرف بعد الوفاه)

حقيقه الوصيه: هي إنشاء يتضمن تمليكا او عهدا بتصرف معين بعد الوفاه.

فهى اذن على قسمين: تمليكيه و عهديه.

الاولى: هي ما تضمنت إنشاء ملكيه عين او اختصاص حق بعد الوفاه- كالوصيه بكون قسم من المال لشخص معين او لجهه معينه كالفقراء- و اركانها ثلاثه: الموصى، و الموصى به، و الموصى له.

الثانيه: هي ما تضمنت العهد بتولى تصرف معين بعد الوفاه، كالوصيه بتمليك شخص او جهه مقدارا من المال او الوصيه بالدفن فى مكان معين او بولايه شخص على الاطفال القاصرين او بالتصرف فى المال ببناء مسجد به او حسنيه و ما شاكل ذلك. و اركانها ثلاثه أيضا: الموصى، و الوصى، و الموصى به. و مع تعلق الموصى به بالغير- كالوصيه بتمليك الوصى مقدارا من المال لشخص- تكون اطرافها اربعه باضافه الموصى له.

و قد اورد الشهيد الثانى على تعريف المصنف للوصيه التمليكيه بقوله «انه ينتقض بالوصيه بالعتق، فإنه فك ملك و التدبير فإنه وصيه به عند الأكثر و الوصيه بإبراء المديون و بوقف المسجد فإنه فك ملك أيضا، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه

فإنهما وإن أفادا ملك العامل الحصه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك و قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليك».

قلت: انتقاضه إنما هو لو أردنا إدخالها في التمليك المحض والصحيح ان حقيقتها هو التسليط و قد يكون متعلقه التمليك و قد لا يكون. و التدبير و إن كان وصيه إلا أنه عنوان مستقل و له كتاب مستقل و عرفه المصنف ثمه بأنه تعليق عتق عبده بوفاته و لا يضرّ خروجه من الوصيه بالمره.

و مشروعيتهما من ضروريات الدين. و يدل على ذلك قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} \* فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ { (١).

و موردها و ان كان خاصا بالوصيه للوالدين و الاقربين الا ان فقره: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ} تدل على امضاء مطلق الوصيه للاستشهاد بها في بعض الروايات على نفوذ مطلق الوصيه، ففي صحيحه محمد بن مسلم: «سألت ابا جعفر (عليه السلام) عن الرجل اوصى بماله في سبيل الله قال: اعطه لمن اوصى له به و ان كان يهوديا او نصرانيا ان الله عز و جل يقول: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} { (٢).

ص: ٣٨٢

١- البقره: ١٨٠- ١٨١

٢- وسائل الشيعة ١٣: ٤١١ الباب ٣٢ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذُوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ...﴾ (١) ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾ (٢).

و تدل على المشروعيه أيضا السيره القطعيه بين المتشرعه المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) , واطلاق الآيه الكريمه الاولى و السيره القطعيه يقتضيان مشروعيتها بكلا قسميها.

و اما استحباب مطلق الوصيه فيدل على ذلك النصوص المستفيضه منها قوله (عليه السلام): «ما ينبغي لامرئ مسلم ان يبيت ليله الا و وصيته تحت رأسه» (٣) و «من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه» (٤).

و في وصيه النبي صلى الله عليه و آله لأمر المؤمنين (عليه السلام): «يا على أوصيك بوصيه فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظت وصيتي ... يا على من لم يحسن وصيته عند موته كان نقصا في مروته و لم يملك الشفاعه» (٥).

ص: ٣٨٣

١- المائده: ١٠٦

٢- النساء: ١١-١٢

٣- وسائل الشيعه ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٧

٤- وسائل الشيعه ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨

٥- وسائل الشيعه ١٣: ٣٥٧ الباب ٦ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢

حقيقه الوصيه: هى إنشاء يتضمن تملিকা او عهدا بتصرف معين بعد الوفاء, فهى على قسمين: تمليكه و عهديه, و هى مستحبه و قد تكون بنحو الوجوب احيانا كما سيأتى.

### و إيجابها أوصيت لفلان بكذا

(و إيجابها أوصيت لفلان بكذا أو افعلاو كذا بعد وفاتى)

هذا القيد يحتاج إليه فى الصيغه الثانيه خاصه لأنها أعم مما بعد الوفاء أما الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاء (أو لفلان بعد وفاتى كذا) و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المعنى المطلوب .

(و القبول الرضا) بما دل عليه الإيجاب .

و يرى المصنف انها من العقود الجايزه كما يستفاد ذلك من عبارته من حيث افتقارها إلى الإيجاب و القبول , و من حيث جواز رجوع الموصى ما دام حيا و الموصى له كذلك ما لم يقبل بعد الوفاء (سواء تأخر) القبول عن الإيجاب (أو قارن , ما لم يرد) الوصيه قبل ذلك (فإن رد) حينئذ لم يؤثر القبول لبطان الإيجاب برده نعم لو رده (فى حياه الموصى جاز القبول بعد وفاته) إذ لا اعتبار برده السابق حيث إن الملك لا يمكن تحققه حال الحياه و المتأخر لم يقع بعد.

(و ان ردّ بعد الوفاء قبل القبول بطلت و ان قبض اتفاقاً)

إذ لا أثر للقبض من دون القبول .

(و ان رد بعد القبول لم تبطل و ان لم يقبض، على أجاد القولين) عند المصنف. قال الشهيد الثاني: «لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الرد كرد غيره من العقود المملكه بعد تحققه فإن زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل و لم يتحقق و الأصل عدمه، و قيل يصح الرد بناء على أن القبض شرط فى صحة الملك كالهبة فتبطل بالرد قبله، و يضعف ببطان القياس و ثبوت حكمها بأمر خارج لا يقتضى المشاركه بمجرد و أصاله عدم الزوال بذلك و استصحاب حكم الملك ثابت»(1).

أقول: الأصل فى كلام المصنف أنّ المبسوط قال: «إذا أوصى لرجل بشىء ثم إنَّ الموصى له ردَّ الوصية فيه أربع مسائل:

إحداها: أن يرده قبل وفاه الموصى، فإنه لا حكم لهذا الردّ لأنه ما وجب له شىء حتّى يرده كما لو عفا عن الشفعة قبل البيع فلا يكون له حكم و يكون له القبول بعد وفاه الموصى.

الثانية: أن يردها بعد وفاه الموصى صحّ ذلك و نيين بذلك أنّ المال انتقل إلى ورثته.

ص: ٣٨٥

---

١- الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص: ٤٣

الثالثة: أن يردّها بعد القبول و القبض فإنّه لا يصحّ الردّ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، و بالقبض استقرّ ملكه فهو كمن وهب منه و أقبضه إيّاه فإنّه لا يملك ردّه.

الرابعة: أن يردّها بعد القبول و قبل القبض فإنّه يجوز , و فى النَّاس من قال: لا يصحّ الردّ لأنّه لمّا قبل ثبت ملكه له إمّا بالموت و إمّا بالشرطين و إذا حصل فى ملكه لم يكن له الردّ. و الصحيح أنّ ذلك يصحّ لأنّه و إن كان قد ملكه بالقبول لكن لم يستقرّ عليه ملكه ما لم يقبضه فصحّ منه الردّ، كما أنّ من وقف عليه شىء فإنّه متى ردّ صحّ ذلك و إن كان قد ملك الرّقبة و المنفعة أو أحدهما».

و أشار بقوله: «و إمّا بالشرطين» إلى ما ذكره قبل بقوله «إذا مات الموصى متى ينتقل الملك إلى الموصى له قيل فيه قولان أحدهما ينتقل بشرطين بوفاه الموصى و قبول الموصى له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول، و القول الثانى أنّه مراعى إن قبل الوصية تبيّن أنّه انتقل إليه الملك بوفاته و إن لم يقبل تبيّن أنّ الملك انتقل إلى الورثة بوفاته، و قيل فيه قول ثالث و هو أنّ الملك ينتقل إلى الموصى له بوفاه الموصى مثل الميراث فإن قبل ذلك استقرّ ملكه و إن ردّ ذلك انتقل عنه إلى ورثته و هذا قول ضعيف لا يفرّع عليه، و التفريع على القولين الأولين»(١).

ص: ٣٨٦

أقول: ما قاله الشيخ وبتبعه المصنف انما هو من أقوال العامه و فروعهم و ليس فى أقوال المتقدمين وأخبارنا منها عين ولا أثره والتحقيق هو: انه إذا أوصى لرجل بشىء فله فى حياه الموصى الرد حيث إن الناس مسلطون على أنفسهم كأموالهم، كما أن للوصى الرد فى حياه الموصى، و أما بعده فإنما هو كالإرث لا يحتاج إلى قبوله ولا أثر لردّه، و للإنسان أن يوصى بثلثه كيف شاء فى المشروع و لا يحتاج إلى قبول فى إنسان كما لا يحتاج فى غيره و قد قوى ذلك الشيخ أخيراً و استدلل له باطلاق قوله تعالى {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوَصِّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ} فلم يقل «من بعد وصيّه موص و قبول الموصى له».

وقد استدلل لاعتبار القبول فى الوصيه التمليكيه بالوجهين التاليين:

١- ان تحقق الملك بدون قبول الموصى له مخالف لقاعده سلطنه الانسان على نفسه الثابته بالسيره العقلانيه، فان دخول شىء فى ملك الغير قهراً مناف لذلك. و ثبوت مثله فى الارث هو لدليل خاص فلا مجال معه للتعدى عنه.

وفيه انه اجتهاد قبال النص وذلك لاطلاق الآيه الكريمه {فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} (١) والنصوص المعتمده الاتيه.

٢- التمسك باستصحاب عدم الانتقال الى الموصى له بدون قبوله.

ص: ٣٨٧

و فيه: انه لا يصار اليه مع وجود الدليل.

نعم ادعى الاجماع فى المسأله على اعتبار القبول, و هو ان تمّ كان هو الدليل لكنه غير تام لكونه محتمل المدركيه.

و يشهد لعدم اعتبار القبول صحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام): «قضى امير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل اوصى لآخر و الموصى له غائب فتوفى الموصى له الذى اوصى له قبل الموصى قال: الوصيه لو ارث الذى اوصى له. قال: و من اوصى لأحد شاهدا كان او غائبا فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لو ارث الذى اوصى له الا ان يرجع فى وصيته قبل موته»<sup>(١)</sup> و ما كان بمضمونها، فان مقتضى اطلاقها لزوم الدفع الى الوارث حتى مع عدم قبول الموصى له و لا وجه للدفع اليه الاّ تحقق ملك مورثه و الانتقال منه اليه.

و صحيح العباس بن عامر: «سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له وليا، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجده و علم الله عزّ و جلّ منك الجّد فتصدّق بها»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٣٨٨

١- وسائل الشيعه ١٣: ٤٠٩ الباب ٣٠ من أحكام الوصايا الحديث ١

٢- الكافي ج ٧، ص: ١٣٣ ح ٣ و فى الفقيه «روى العباس بن عامر، عن مثى قال: سألته» .



و يؤيده خير محمد بن عمر الساباطي: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إليّ و أمرني أن أعطى عمّا له في كلّ سنه شيئاً، فمات العمّ فكتب أعط و رثته» (١).

وكذلك الوصيه العهديه من الايقاعات لا تتوقف على القبول كما هو رأى غير واحد من الفقهاء. و تدل عليها الروايات الداله على وجوب العمل بالوصيه على الوصى اذا لم يرد او ردّ و لم يبلغ الموصى ذلك، كصحيحه منصور بن حازم عن ابى عبد الله (عليه السلام): «اذا اوصى الرجل الى اخيه و هو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهداً فأبى ان يقبلها طلب غيره» (٢) فان القبول لو كان معتبراً جاز الرد مطلقاً بل لم يتوقف بطلانها على الرد و يكفى عدم القبول.

مضافاً الى اطلاق قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَدَّلْهُ بِعَيْدٍ مَّا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (٣) بعد تفسيره بمطلق الايصاء على ما تقدم.

حصيله البحث:

تتحقق الوصيه بقوله: أوصيت أو افعلوا كذا بعد وفاتي أو لفلانٍ بعد وفاتي كذا, و هي من الايقاعات فلا تحتاج الى القبول نعم للوصى الردّ فى حياه الموصى فان ابطالها الموصى بطلت و الّا فلا، و أمّا الرد بعده فلا اثر له لانها كالإرث لا تحتاج

ص: ٣٨٩

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٣ ح ٢

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث ٣

٣- البقره: ١٨١

إلى القبول، و للإنسان أن يوصى بثلته كيف شاء فى المشروع و لا يحتاج إلى قبول احد فى الوصيه لانسان و غيره , وكذلك الوصيه العهديه من الايقاعات لا تتوقف على القبول .

### و ينتقل حقّ القبول الى الوارث

(و ينتقل حقّ القبول الى الوارث)

قال الشَّهيد الثانى: «لو مات الموصى له قبله سواء مات فى حياه الموصى أم بعدها على المشهور، و مستنده روايه تدلّ بإطلاقها عليه، و قيل: تبطل الوصيه بموته لظاهر صحيحه أبى بصير و محمّد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام)، و فصل ثالث فأبطلها بموته فى حياته و الأقوى البطلان مع تعلق غرضه بالمورث».

قلت: المفهوم من صحيح محمّد بن قيس و صحيح العباس، و خبر محمّد بن عمر الساباطى المتقدمه انفاً انتقال عين المال الموصى به إلى الوارث لا حقّ القبول، و قد عرفت فى العنوان المتقدم أنّ مورد الأوّل موته قبل الموصى، و مورد الثانى الموت قبل القبض، و مورد الثالث أعمّ، و بها أفتى الصدوق و الشيخان و الدّيلمى و ابن حمزه و هو المفهوم من الكافى.

ص: ٣٩٠

و أما صحيح أبي بصير، و محمد جميعا، عن الصادق (عليه السلام) سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: ليس بشيء» (١).

و صحيح منصور بن حازم، عنه (عليه السلام): سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيته إن حدث بي حدث، فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: ليس بشيء» (٢) الدالين على البطلان. فحملهما الشيخ على تغيير الوصى للوصيه فقال: «المعنى فى هذين الخبرين هو أنه إنما لا يكون ذلك شيئا إذا غيّر الموصى الوصيه بعد موت الموصى له فأما مع إقراره الوصيه على ما كانت فإنها تكون لورثته» (٣).

أقول: و ان كان حمل الشيخ لهما بلا- شاهد و تبرعا لما انه ايه كونهما معرض عنهما فلم يعمل بهما الصدوق و الشيخان و الديلمى و ابن حمزه والكلينى فلا وثوق بهما فلا يعارضان الاخبار المتقدمه.

ثم انه بعد كونه لورثه الموصى له , لو مات الموصى له قبل الموصى و لم يكن للموصى له ورثه فهل يرجع إلى ورثه الموصى كما قال به الشيخان أو يكون للإمام كما قال به ابن ادریس؟ أو يتصدق به كما أفتى به المقنع و هو المفهوم من الكلينى لروايته صحيح العباس المتقدم «سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولى فادفعها إليه، قلت:

ص: ٣٩١

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٣١ ح ٤

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٣١ ح ٥

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٣١

فإن لم أعلم له ولياً، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجده و علم الله عز و جل منك الجّد فتصدّق بها»(١) و به افتى الفقيه، و هو الاقوى.

حصيله البحث: ينتقل عين المال الموصى به إلى الوارث بموت الموصى له قبل الموصى لا حقّ القبول، و لو مات الموصى له قبل الموصى و لم يكن للموصى له ورثه كان حكمه ان يتصدّق به .

### و تصحّ مطلقه و مقيده

(و تصحّ مطلقه و مقيده مثل افعلوا بعد وفاتي في سنه كذا أو في سفر كذا فتخصص)

قال تعالى {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}.

و في صحيح محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال: أعطه لمن أوصى به له و إن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}»(٢).

ص: ٣٩٢

١- الكافي ج ٧، ص: ١٣٣ ح ٣ و في الفقيه «روى العباس بن عامر، عن مثنى قال: سألته» .

٢- الكافي باب إنفاذ الوصية على جهتها، ١٠ من وصايا

(و تكفى الإشارة) الداله على المراد قطعاً في إيجاب الوصيه (مع تعذر اللفظ) كما فى صحيح الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) أنّ أباه حدّثه أنّ امامه بنت أبى العاص و أمّها زينب بنت النّبىّ صلّى الله عليه و آله فتزوّجها بعد عليّ (عليه السلام) المغيره بن نوفل أنّها وجعت وجعت وجعا شديدا حتّى اعتقل لسانها فجاءها الحسن و الحسين ابنا عليّ عليهم السّلام و هى لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها، و المغيره كاره لذلك: أعتقت فلانا و أهله فجعلت تشير برأسها: لا، و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها: نعم، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها». و ليس فيه «كانت تحت عليّ بن أبى طالب (عليه السلام) بعد فاطمه عليها السّلام» (١).

و خبر سدير، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «دخلت على ابن الحنفية محمّد بن عليّ و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيه، فلم يجب، قال: فأمرت بطست فجعلت فيه الرّمّل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك فخطّ وصيته بيده فى الرّمّل، و نسخت أنا فى صحيفته» (٢).

و عن الصادق (عليه السلام) «أنّ فاطمه بنت أسد أمّ أمير المؤمنين (عليه السلام) كانت أوّل امرأه هاجرت إلى النّبىّ صلّى الله عليه و آله من مكّه إلى المدينة على قدميها - إلى -

ص: ٣٩٣

- 
- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٩ ص ٢٤١ و رواه الفقيه بسند اخر مع تفاوت لا يضر بالمقصود .
  - ٢- الفقيه (فى باب الوصيه بالكتب و الإيماء، ٢٢ من وصاياه)

فلَمَّا مرضت أوصت إلى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها فجعلت تومئ إلى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إيماء فقبل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَصَيْتَهَا»(١).

(و كذا) تكفى (الكتابه) كذلك (مع القرينه)

الداله قطعاً على قصد الوصيه بها لا مطلقاً لأنها أعم .

قال الشهيد الثانى: «و لا تكفيان» «الإشاره والكتابه» مع الاختيار و إن شوهد كاتباً أو علم خطه أو علم الورثه ببعضها خلافاً للشيخ فى الأخير أو قال إنه بخطى و أنا عالم به أو هذه وصيتى فاشهدوا على بها و نحو ذلك بل لا بد من تلفظه به أو قراءته عليه و اعترافه بعد ذلك لأن الشهاده مشروطه بالعلم و هو منفى هنا خلافاً لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده»(٢).

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول فى كفايتهما مع الاختيار و الثانى فى قبول شهاده من يستند بشهادته اليهما.

اما الاول فلا ريب فى حجيه القطع و اليقين و ان كان الموصى قادراً على التكلم و لا موضوعيه للكلام فى حجيه القطع كما حرر فى علم الاصول.

ص: ٣٩٤

١- الكافي فى ٢ من أخبار مولد أمير المؤمنين (عليه السلام)

٢- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص: ٤٤

و يؤيده ما فى الفقيه: «وروى عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل كتبت كتابا بخطه، و لم يقل لورثته «هذه وصيتي» و لم يقل «إني قد أوصيت» إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب (عليه السلام): إن كان له ولد ينفذون كل شىء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجه البر أو غيره»(١).

و بذلك يظهر ضعف ما فى النهايه مشيرا إلى خبر الفقيه المتقدم «إذا وجدت وصية بخط الميت و لم يكن أشهد عليها و لا أقر بها كان الورثه بالخيار بين العمل بها و بين ردّها و إبطالها، فإن عملوا بشىء منها لزمهم العمل بجميعها» وهو كما ترى، فالخبر غير دال على التخيير بل ظاهر فى وجوب العمل بجميعه بعد علمهم بكونه خطه، ثم أى ملازمه إذا لم يعلموا قطعا بكونه وصيته إذا عملوا ببعضه أن يعملوا بباقيه؟!

و اما الثانى فهو تابع لشرائط الشهاده من كونها عن حس و غيرها فان حصلت قبلت و الآ فلا.

ص: ٣٩٥

---

١- الفقيه (فى باب الوصية بالكتب و الإيماء، اخر وصاياها)

## و الوصيه للجهه العامه مثل الفقراء و المساجد و المدارس

(و الوصيه للجهه العامه مثل الفقراء و المساجد و المدارس لا تحتاج الى القبول)

لو قلنا باحتياج الوصيه إليه فى الخصوص و قد تقدم ان الوصيه من الايقاعات فلا- تحتاج الى القبول واما بناء على كونها من العقود فلا- دليل على عدم احتياجها الى القبول بل لابد من قبول الحاكم أو منصوبه كما قيل به فى الوقف و ان لم يكن به قائل هنا بعد اقتضاء القاعده له.

## (و الظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له)

واستدل له الشهيد الثانى بقوله: «إذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك إذ الميّت لا- يملك لخروجه عن أهليته كالجمادات , و انتقال ماله عنه , و لا الوارث لظاهر قوله تعالى {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ} فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك» .

قلت: هذا الاستدلال مبنى على كون الوصيه من العقود، و قد عرفت عدم الدليل عليها بل على خلافها و انها من الايقاعات.

حصيله البحث:

ص: ٣٩٦



تصحّ الوصيه مطلقهً و مقيداً مثل بعد وفاتي في سنه كذا و في سفر كذا، فيتخصّص، و تكفي الإشاره مع تعذر اللفظ و كذا الكتابه مع القرينه، و الوصيه للجهه العامه مثل الفقراء و المساجد و المدارس لا تحتاج إلى القبول .

### و يشترط في الموصى الكمال

(و يشترط في الموصى الكمال) بالبلوغ والعقل و رفع الحجر.

(و في وصيه من بلغ عشرين قول)

بالصحه ففي المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه انه تجوز وصيته في البر والمعروف اذا بلغ عشرين و به قال ابو الصلاح و ابو علي و هو مختار الإسكافي بالفحوى فقال: «إذا أوصى الصبيّ و له ثمان سنين و الجاربه و لها سبع سنين بما يوصى البالغ الرّشيد جاز» و استناده إلى خبر الحسن بن راشد عن العسكريّ (عليه السلام): إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجاز أمره في ماله و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تمّ للجاريه سبع سنين فكذلك»<sup>(١)</sup> لكنّه خبر شاذّ لاعراض الكل عنه عدا ابن الجنيد. والقول بالصحه هو المفهوم من الكليني والفقيه ايضاً حيث اعتمدوا اخبارها.

ص: ٣٩٧

---

١- التّهذيب في ١١ من أخبار باب وصيه الصبي

أقول: وقد دلت جملة من الروايات على ذلك ففي صحيح عبدالرحمن بن ابي عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: ((إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته))<sup>(١)</sup> وفي صحيح ابي بصير عنه عليه السلام قال: ((إذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته و إذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته))<sup>(٢)</sup> وفي صحيح ابن مسلم ((ان الغلام اذا حضره الموت و لم يدرك جازت وصيته لذوى الارحام و لم تجز للغرباء))<sup>(٣)</sup> وغيرها.

هذا و لم يخالف الا ابن ادريس عملاً بعمومات البلوغ و لا وجه له بعد كون الكل قائلين بجواز وصيته .

ثم ان كل من قال بجواز وصيته قال بها مع شرائط فيها لا مطلقاً كما أرسل المصنف.

فقال ابن حمزه: «و حكم كمال العقل يكون للمراهق الذى لم يضع الأشياء فى غير مواضعها فإنَّ وصيته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضيه دون غيرها» و قال المفيد: إذا بلغ الصبى عشر سنين جازت وصيته فى المعروف فى وجوه البرّ و كذلك المحجور عليه لسفه إذا أوصى فى برّ و معروف جازت وصيته و لم يكن لوليّه الحجر عليه و لا تجوز وصيه الصبى و المحجور عليه فى ما يخرج عن

ص: ٣٩٨

---

١- لا يضر بصحته ابان بن عثمان فانه امامى ثقته من اصحاب الاجماع كما تقدم.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٩٤ ح ٤

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٨١ ح ١

وجوه البرّ و المعروف، و هبتهما باطله و وقفهما و صدقتهما كوصيتهما جائزه إذا وقعا موقع المعروف، و قال الشيخ: وصيه الصبيّ في المعروف إذا كان له عشر سنين جائزه إذا كان يضع الشىء مواضعه، و مردوده في غير البرّ - إلخ» و مثله القاضي .

و الشرائط كون وصيته في حد معروف وحق في موضع الصدقه و للارحام كما يشهد لذلك موثق صفوان عن موسى بن بكر عن زراره، عن الباقر (عليه السلام): «إذا أتى على الغلام عشر سنين فأنه يجوز له في ماله ما أعتق و تصدّق و أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو جائز» (١) و به عمل الفقيه (٢).

و الظاهر ان المراد من كونه حقا ان يكون في موضع الصدقه كما يدل على ذلك موثق عبيد الله الحلبي، و محمّد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام): سئل عن صدقه الغلام ما لم يحتلم؟ قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقه» (٣). و اما قيد الارحام فقد تقدم في صحيح ابن مسلم (٤).

(و أما المجنون و السكران) فلا تصح الوصيه منهما لانتفاء العقل فيهما.

(و من جرح نفسه بالمهلك فالوصيه منه باطله)

ص: ٣٩٩

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٨١ ح ١

٢- من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ١٩٧ باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته .

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٨٢ ح ٩

٤- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٨١ ح ١

كما في صحيحه أبي ولّاد عن الصادق (عليه السلام): «من قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها، قيل له: أ رأيت إن كان أوصى بوصيته، ثم قتل نفسه من ساعته ينفذ وصيته؟ فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا في نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت أجزت وصيته في الثلث و إن كان أوصى بوصيته بعد ما أحدث في نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته»<sup>(١)</sup> و به افتى الفقيه<sup>(٢)</sup>، فقول ابن ادريس بصحتها وان جرح نفسه بالمهلك لا وجه له .

حصيله البحث:

يشترط في الموصى الكمال بالبلوغ والعقل و رفع الحجر، و الاقوى صحه وصيه من بلغ عشرين بشرا بشرط كون وصيته في حد معروف و حق في موضع الصدقه و للارحام، أما المجنون أو السكران و من جرح نفسه بالمهلك فالوصيه منهم باطله.

### يشترط في الموصى له الوجود و صحه التملك

(و يشترط في الموصى له الوجود) حاله الوصيه (و صحه التملك، فلو أوصى للحمل اعتبار) وجوده حال الوصيه (بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصيه) فيعلم بذلك كونه موجودا حالتها (أو بأقصى مدّه الحمل) فما دون (إذا لم يكن

ص: ٤٠٠

---

١- الكافي (في باب من لا تجوز وصيته من البالغين، ٣١ من أبواب وصاياها)

٢- الفقيه في باب وصيه من قتل نفسه متعمدا ٢٧ من أبواب وصيته

هناك زوج و لا مولى) فإن كان أحدهما لم تصح لعدم العلم بوجوده عندها و أصله عدمه لإمكان تجرده بعدها .

هذا و فى المبسوط: «إذا أوصى بحمل جاريه و قال: هو ابن فلان فأنت به و نفاه زوجها باللعان صحّت الوصية لأنه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الوالد و ولده فأما من الأجنبيّ فلا، و قال قوم: هذا خطأ لأنه إذا نفى الولد باللعان بيّنا أنه ليس مخلوقا من مائه، فإن لم يكن مخلوقا لم يكن موجودا حال الوصية فلا تصحّ الوصية له و هذا قريب - إلخ» قلت: وتعليقه فى قوله «بيّنا - إلخ» ليس المراد به الانتفاء الواقعى بل بالتعبد و الانتفاء هو الأقوى.

حصيله البحث:

يشترط فى الموصى له الوجود و صحّه التملك. فلو أوصى للحمل اعتبر بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصية أو بأقصى الحمل إذا لم يكن هناك زوج و لا مولى.

ص: ٤٠١

(و لو أوصى للعبد لم يصح)

سواء كان قنا أم مدبرا أم أم ولد، أجاز مولاه أم لا ، لأن العبد لا يملك بتمليك سيده فبتمليك غيره أولى ، و استدل له بروايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما ع «قال: لا وصيه لمملوك» (١).

أقول: لكنّه لا- يعلم أنّ المراد بالخبر كون المملوك موصى له فيحتمل أن يكون المراد به انه لا يجوز له أن يوصى كما احتمله الشيخ فقال: «و يحتمل أن يكون المراد بالخبر أنّه لا يجوز له أن يوصى لأنّه لا يملك شيئاً و لا يُرد أنّه لا يجوز له أن يوصى له» (٢) و استشهد له بصحيح محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) أنّه «قال في المملوك ما دام عبداً فإنّه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيته إلّا أن يشاء سيّده» (٣).

قال الشهيد الثاني: «و لو كان عبد غيره مكاتبا مشروطا أو مطلقا لم يؤدّ شيئا ففى جواز الوصية له قولان من أنّه فى حكم المملوك حيث لم يتحرّر منه شىء، و لروايه محمد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) و من انقطاع سلطنه المولى عنه و من ثمّ

ص: ٤٠٢

١- الوسائل كتاب الوصايا باب ٧٩ الحديث ٣

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢١٦

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢١٦ ح ٣

جاز اكتسابه و قبول الوصيه نوع منها، و الصحه مطلقا أقوى و الروايه لا حجه فيها».

أقول: لم أف على من قال بجواز الوصيه لهما و إنما قال المبسوط و تبعه القاضى: «أنه يجوز الوصيه لمكاتب ورثته كما يجوز لقين ورثته لأن الوصيه لهما وصيه لهم و الوصيه للوارث صحيحه» .

و اعترض عليه المختلف بأنه قال بعدم جواز الوصيه لعبد الأجنبى، و مقتضى تعليله فى الورثه صحته لأنه كالوصيه للأجنبى.

و يدل على عدم الجواز لمكاتب غيره الذى لم يؤد شيئا صحيح محمد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «فى مكاتب كانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها له إنه مكاتب لم يعتق و لا يرث فقضى بأنه يرث بحساب ما أعتق منه و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق عنه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز ربع الوصيه، و قال فى رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»<sup>(١)</sup> و به افتى الفقيه<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٠٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٢٣ ح ٢٤

٢- الفقيه فى باب الوصيه للمكاتب و أمّ الولد، ٣٦ من وصايا

وقوله: «و الزوايه لا- حجه فيها» تحكم فإنه خبر صحيح رواه المشايخ الثلاثة الكليني و الصدوق و الشيخ (١) و دلالتة واضحه صريحه و قد كثر الحكم فيه في أربعة مواضع و لا معارض له و لا مفتى بخلافه.

(إلا أن يكون) العبد الموصى له (عبده) أي عبد الموصى (فتصرف) الوصيه (إلى عتقه) فإن ساواه أعتق أجمع و إن نقص عتق بحسابه (و إن زاد المال عن ثمنه فله الزائد)

كما في صحيح الحسن بن محبوب وهو من اصحاب الاجماع عن الحسن بن صالح الذي لم يستثن من كتاب نواذر الحكمة (٢) عن الصادق (عليه السلام) «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، فقال: يقوم المملوك بقيمه عادله ثم ينظر ما ثلث الميِّت فإن كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد في ربع قيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه» (٣).

ص: ٤٠٤

---

١- التهذيب في ٣٣ من أخبار باب مكاتبه

٢- معجم الثقاہ ص ٢٥٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢١٦ ح ١



و صحيح الحلبي في الرجل يقول: «إن مت فعبدي حرّ، و على الرجل دين؟ قال: إن توفّي و عليه دين قد أحاط بثمان العبد بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه و هو حرّ إذا وفاه»(١).

و بذلك أفنى الشيخ في الخلاف و الحلبي و الحلبي، و به قال عليّ بن بابويه و كذا الإسكافي حيث قال: «لو أوصى للمملوك بثلاث ماله فقد روى عن أبي عبد الله (عليه السلام): أنه قال: إن كان الثلث أقلّ من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد في ربع قيمه، و إن كان الثلث أكثر أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه، و يخرج الثلث من جميع التركة» و لو كانت الوصية للمملوك بمال مسمّى لم يكن عتاقه لجواز إخراج ذلك من رقبته و لو كان جزء من التركة كعشر أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته محرّرا و باقيه كما قلنا»(٢).

قلت: و المفهوم منه أنه خصّ الصحيح بما فيه مورده من الوصية بالثلث المشاع مثلا- دون مال معيّن فيبطل سواء كان أقلّ من الثلث أو أكثر، و هذا التفصيل بين المشاع و المعين غير صحيح و ذلك لصحيحه أبي عبيده: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له أم و ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي

ص: ٤٠٥

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص ٢٣٢ ح ٧٢

٢- المختلف ج ٦ ص ٣٦٩

درهم أو بأكثر، للورثه أن يسترّقوها؟ فقال: لا بل تعتق من ثلث الميّت و تعطى ما أوصى لها به»(١) و هى موردها المعين .

و قال الدّيلمى: «إن كانت أقلّ من الثلث أعتق و أعطى ما فضل و إن كانت أكثر بمقدار الرّبع و الثلث من الثلث أعتق بمقدار الثلث و استسعى فى الباقي».

و قال المفيد: «إذا أوصى الإنسان لعبده بثلث ماله نظر فى قيمه العبد فإن كانت أقلّ من الثلث أعتق و أعطى ما فضل عن قيمته من جمله ما وصّى له به و إن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار السّدس و الرّبع و الثلث و نحو ذلك أعتق منه بمقدار ما وصّى له به و استسعى فى الباقي، و إن كانت قيمته على الضعف من الثلث الذى وصّى له به بطلت الوصّيّه له و كان ميراثا بين الورثه»(٢) و مثله الشّيخ فى النهايه و القاضى فى مهذبّه و كامله.

و قد جمع بهذا التفصيل بين صحيح الحسن بن صالح و صحيح الحلبي المتقدّمين و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج سألتنى أبو عبد الله (عليه السلام): «هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه، فقلت: بلغنى أنّه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنّه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى أرى أن أبيعهم و أدفع

ص: ٤٠٦

---

١- الفقيه (فى باب الوصّيّه للمكاتب و أمّ الولد، فى خبره الثانى)

٢- المقنعه فى باب وصّيّه الإنسان لعبده

أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم- إلى- فقال: أما و الله إنَّ الحقَّ، الذى قال ابن أبى ليلى و إن كان قد رجح عنه فقلت له: هذا ينكسر عندهم فى القياس، فقال: هات قايسنى، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال: لتقولنَّ بأشدَّ ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبدا لم يترك مالاَ غيره و قيمته ستمائة درهم و دينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقى من قيمه العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما يشاء. قال: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إنَّ العبد لا وصيَّه له إنما ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كان قيمه العبد ستمائة درهم و دينه أربعمائه درهم؟ قال: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و يأخذ الورثة مائتين فلا يكون للعبد شىء، قلت له: فإنَّ قيمه العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائه درهم فضحك و قال: من ههنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئا واحدا، و لم يعلموا السنَّه إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتَّهم الرَّجل على وصيَّته و أجزت وصيَّته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلثه للورثة، و يكون له السدس»(1).

ص: ٤٠٧

و صحيح جميل بن درّاج، عن زراره، عن أحدهما عليهما السّلام «فى رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين، قال: إن كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه و إلّا لم يجر»(١).

و موثق الحسن بن الجهم، عن أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل أعتق مملوكا له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئا غيره؟ قال: يعتق منه سدسه لأنّه إنّما له منه ثلاثمائة درهم و يقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة ثلثها و هو السّدس من الجميع»(٢).

و قد يقال بتعارض هذه النصوص مع مفهوم صحيح الحلبي «و إن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه و هو حرّ إذا وفاه» لكن نسبتهما العموم والخصوص المطلق و نقيده بهذه النصوص مفهوم الصحيح , و عليه فالأقوى ما قاله المفيد .

حصيله البحث:

لو أوصى للعبد لم يصحّ إلّا أن يكون عبده فإذا أوصى الإنسان لعبده بثلث ماله نظر فى قيمه العبد فإن كانت أقلّ من الثلث أعتق و أعطى ما فضل عن قيمته من جملة ما وصّى له به و إن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار السّدس و الرّبع و

ص: ٤٠٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٧ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٢٧ ح ٣

الثالث و نحو ذلك أعتق منه بمقدار ما وصّى له به و استسعى في الباقي، و إن كانت قيمته على الضعف من الثلث الذي وصّى له به بطلت الوصية له و كان ميراثا بين الورثة .

### و تصح الوصية للشخص بالنسبه

(و تصح الوصية للشخص بالنسبه)

كما في ما تقدم من صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «في مكاتب كانت تحته امرأه حرّه فأوجبت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها له، إنّه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى بأنّه يرث بحساب ما أعتق منه و يجوز له من الوصية بحساب ما أعتق عنه، و قضى في مكاتب أوصى له بوصية و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصية، و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية، و قال في رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»(١).

(و لام الولد فتعتق من نصيبه و تأخذ الوصية)

ص: ٤٠٩

أقول: لا دليل له عدا ما فى نسخه لصحيحه أبى عبيده الاثيه فقال الكلينى بعد نقل الصحيحه «و فى كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به» (١) و مثله التّهذيب (٢) و به افتى الشيخ فى النهايه.

و الاقوى انها تعتق من الوصيّه فإن ضاقت فالباقي من نصيب ولدها لتأخر الإرث عن الوصيّه و الدّين بمقتضى الآيه و لصحيحه أبى عبيده: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له أمّ ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفى درهم أو بأكثر، للورثه أن يسترّقوها؟ فقال: لا- بل تعتق من ثلث الميّت و تعطى ما أوصى لها به» (٣) و قد فهم منها الاصحاب ان ما اوصى به يجعل من الثلث و تعتق منه و اذا زاد يعطى لها، لا- انها تعتق من الثلث ثم تعطى كل ما اوصى لها كما قد يتوهم فانه مقطوع البطلان لان الوصيه ستزيد على الثلث حيثنذ.

و بذلك افتى ابن ادريس، و هو ظاهر المبسوط حيث قال: «و أمّ الولد تصحّ له الوصيّه بلا خلاف عندنا لأنّ الوصيّه للعبد جائزه و عندهم لأنّها تنعتق بالموت» و قال الإسكافى: «الوصيّه لأمّ الولد جائزه و تعتق من وصيّيّها [أ (خ)] و نصيب ولدها و تعطى بقيه الوصيّه، فإن كان دون نصيبيها [قيمتها (ظ)] و لا ولد ل [ه] ا

ص: ٤١٠

- 
- ١- الكافى فى باب الوصيّه لأئمّهات الأولاد، ٢٢ من وصاياه فى خبره الأخير
  - ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ٢٢٤ ح ٣٠ لكن فيه «عن جميل بن صالح، عن أبى عبد الله (عليه السلام)» و لم يوسّط أبا عبيده بينهما . أقول: والخبر على كلا التقديرين صحيح.
  - ٣- الفقيه (فى باب الوصيّه للمكاتب و أمّ الولد، فى خبره الثانى)

أعتق منها بقسط وصيّتها و الباقي من الثلث».و العتق من الوصيّه ظاهر الفقيه حيث اقتصر على نقل خبر أبي عبيده بدون النقل عن كتاب العباس .

و يؤيده أيضا مرسل محمّد بن يحيى عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) في أمّ ولد إذا مات عنها مولاها و قد أوصى لها قال: تعتق في الثلث و لها الوصيّه»(١).

و مثل ذلك ما لو أوصى لام ولد مات ولدها كما في صحيح البزنطي قال: «نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن (عليه السلام) فلان مولاك توقّى ابن أخ له و ترك أمّ ولد ليس لها ولد فأوصى لها بألف درهم، هل تجوز الوصيّه و هل يقع عليها عتق و ما حالها، رأيك فدتك نفسى؟ فكتب (عليه السلام) تعتق في الثلث و لها الوصيّه»(٢).

### و الوصيّه لجماعه تقتضى التسويه

(و الوصيّه لجماعه تقتضى التسويه إلّا مع التفضيل و لو قال على كتاب الله فللذكر ضعف الأنثى)

لكن ورد في الوصيّه للأولاد و الأعمام و الأخوال ردّها الى كتاب الله و لو أطلق كما في صحيح زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام) «في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث» و به افتى الفقيه(٣).

ص: ٤١١

١- الكافي (في ٣ من أخبار الباب المتقدّم)

٢- الكافي (ح ١ من أخبار الباب المتقدّم)

٣- الفقيه في باب الوصيّه للأقرباء و الموالى و التهذيب ح ٢٣ «باب الوصيّه المبهمه» .

و يؤيده خبر سهل قال: «كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام) رجل كان له ابنان فمات أحدهما و له ولد ذكور و إناث فأوصى لهم جدّهم بسهم أبيهم فهذا السهم الذّكر و الأنثى فيهم سواء، أم للذّكر مثل حظّ الأنثيين؟ فوقع (عليه السلام) ينفذون وصيّته جدّهم كما أمر إن شاء الله- قال: و كتب إليه: رجل له ذكور و إناث فأقرّ لهم بضيعه أنّها لولده و لم يذكر أنّها بينهم على سهام الله عزّ و جلّ و فرائضه، الذّكر و الأنثى فيه سواء؟ فوقّع (عليه السلام): ينفذون فيها وصيّته أبيهم على ما سمّى، فإن لم يكن سمّى شيئا ردّوها إلى كتاب الله و سنّه نيّيه صلّى الله عليه و آله إن شاء الله»<sup>(١)</sup>. و روى ذيله الفقيه أيضا و ظاهر الفقيه والكافي العمل بهما، و بخير الأعمام و الأخوال أفتى الشيخ فى النهايه و القاضى، و هو ظاهر الإسكافى حيث رواه عن الباقر (عليه السلام) ساكتا عليه، و بالتسويه أفتى الحلّى. و يمكن نسبته إلى من لم يتعرّض للتفصيل، و لعلّ التفريق بينهما لصحّح خبر الأعمام و الأخوال دون خبر الأولاد لوقوع سهل الذى ضعّفه الأ-كثر، فيه. و الاقوى عدم التفريق لاعتماد الاصحاح على الخبر اولا و الغاء خصوصيه الاعمام و الاخوال عرفا فنفس الصحيح الاول شامل للاولاد .

ص: ٤١٢

---

١- الكافي ط, الاسلاميه ج ٧، ص: ٤٥ ح ١ و التهذيب ح ٢٢ «باب الوصيه المبهمه» .



(و القرايه من عرف بنسبه)

ذهب إليه في المبسوطين و تبعه القاضى و الحلّى، و قال المفيد: «هى جميع ذوى نسبه الرّاجعين له إلى آخر أب له و أمّ فى الإسلام» و تبعه النهايه و هو كما ترى، و قال الإسكافى «هى من تقرب إليه من جهه ولده أو والديه و لا اختار أن يتجاوز بالفرقه ولد الأب الرّابع لأنّ النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لم يتجاوز ذلك فى تفرقه سهم ذوى القرايه من الخمس» و هو تحكم بلا شاهد و قياسه على الخمس قياس مع الفارق، مضافا الى ان النبى (صلّى الله عليه و آله) لم يتجاوز ولد الأب الثالث و هو هاشم و أمّا الرّابع و هو عبد مناف فقول باختصاصه بولده المطلب دون نوفل و عبد شمس .

و يدل على قول المصنف صحيح البزنطى قال: «نسخت من كتاب بخطّ أبى الحسن (عليه السلام) رجل أوصى لقرايته بألف درهم و له قرايه من قبل أبيه و أمّه ما حدّ القرايه يعطى من كان بينه قرايه أولها حدّ ينتهى إليه، رأيك فدتك نفسى؟!، فكتب (عليه السلام) إن لم يسمّ أعطاه قرايته»<sup>(١)</sup> و هو صريح فى أنّه إذا لم يسمّ من أقربائه أشخاصا معيّنين يعطى كلّ من يسمّى عرفا من قرايته .

ص: ٤١٣

(و الجيران لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا)

كما ذهب إليه الشيخان و الدّيلمى و الحلبيّان و القاضي و ابن حمزه و الحلبيّ و لم نقف على مستند لهم نعم ورد أربعون ذراعا في حريم المسجد لا حدّ الجوار كما سيأتي.

وقيل: حدّ الجوار أربعون دارا لكن لم يعرف قائله, و مستنده أربعة أخبار كما في صحيح جميل بن درّاج «عن الباقر (عليه السلام): حدّ الجوار أربعون دارا من كلّ جانب من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله»<sup>(١)</sup>.

و خبر عمرو بن عكرمه، عن الصّادق (عليه السلام)، عن النّبيّ صلّى الله عليه و آله: كلّ أربعين دارا جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله»<sup>(٢)</sup> وفي طريقه ابن ابي عمير فهو موثوق به. وغيرهما.

و حيث إنّها مطلقة يمكن حملها على الجار في كلام الشارع لا في كلام العرف كقولهم عليهم السّلام: «لا صلاة لجار المسجد إلّا في المسجد، و قول أمير المؤمنين (عليه السلام): الله الله في جيرانكم فإنّها وصيّة نبيكم صلّى الله عليه و آله.

ص: ٤١٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٢، ص: ٦٦٦ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٢، ص: ٦٦٦ ح ١

أقول: الاقوى ان وصايا الناس تحمل على العرف لانه هو المراد كما هو مقتضى اصاله الظهور .

## و للموالى يحمل على العتيق و المعتك

(و للموالى يحمل على العتيق و المعتك أآ مع القرينه على إراداه أحدهما)

الأصل فى ما ذكره العلامة و الاقوى اختصاصه بالعتيق كما هو ظاهر صحيح الصفار: «كتب إلى العسكرى (عليه السلام) رجل أوصى بثلاث ماله لمواليه و لمولياته الذكر و الأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصية؟ فوقع (عليه السلام) جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله» (١) فإن المنصرف من قوله «رجل أوصى» رجل عربى ليس له معتق أوصى لعقائه كما كان الغالب فى ذلك العصر و لو أريد المعتق لقيد المولى بالمعتق، كما أن مواليه ينصرف إلى موالى شخصه دون موالى أبيه. ويؤيد ذلك خبر الحسن بن راشد، عن العسكرى (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى بثلثه بعد موته، فقال: ثلثى بعد موتى بين موالى و موالياتى، ولأبيه موالى يدخلون موالى أبيه فى وصيته بما يسمون مواليه أم لا يدخلون؟ فكتب (عليه السلام): لا يدخلون» (٢).

ص: ٤١٥

- 
- ١- الكافى (فى باب من أوصى لقرباته و مواليه، ٣٢ من وصاياهم) و الفقيه (فى باب الوصية للأقرباء و الموالى) و التهذيب (فى ٢٤ من أخبار باب الوصية المبهمه)
  - ٢- الفقيه (فى ٩ من أخبار نوادر وصاياهم) و التهذيب (فى الأخير من وصيته المبهمه)

ثمّ الخبر محمول بقريته تطابق الجواب والسؤال على أنّ الموصى لو جعل الموليات كالموالى هل يصحّ أو يكون كالإرث؟ فأجاب (عليه السلام) بأنّ للموصى أن يفعل ما يشاء ولا يلزم أن يراعى حكم الإرث.

(وقيل تبطل)

كما اُفتى به الشيخ في المبسوط حيث قال: «إذا قال: أعطوا ثلث مالى لموالى، قيل: فيه ثلاثة أوجه: أحدها تصحّ هذه الوصية لمولى الأعلى لأنّ الإطلاق ينصرف إليه، والوجه الثانى يستويان فيه لمولى الأعلى و مولى الأسفل لأنّ الاسم يتناولهما، والوجه الثالث يبطل الوصية. والوجه الثانى أقرب».

### و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى

(و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى و يدخل فيهم المساكين ان جعلناهم مساوين أو أسوء حالا و الأ فلا و كذا العكس)

أما الانصراف إلى فقراء ملته، فلمعلوميته من العرف، قال الله تعالى {فَاتِّمَّا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}.

ففى صحيح الزّيان بن شبيب قال: «أوصت مارده لقوم نصارى فراشين بوصية فقال أصحابنا: اقسم هذا فى فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا (عليه السلام) فقلت: إن أختى أوصت بوصية لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا

ص: ٤١٤

مسلمين فقال: امض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى «فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» (١) وغيره .

و أما الفقراء و المساكين هل يدخل أحدهما في الآخر فالمتبع أولاً إرادته، و الّا كان مجملاً فيؤخذ بالقدر المتيقن.

ثم انه لو اوصى او اوقف - و المناط في الوصية و الوقف واحد - فإن كان الموصى او الواقف عامياً فسيبيل الله عندهم الجهاد فيصرف في الجهاد، كما ورد ذلك في خبر يونس بن يعقوب الذي رواه المشايخ الثلاثة «أن رجلاً كان بهمذان ذكر أن أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر فأوصى بوصية عند الموت و أوصى أن يعطى شىء في سبيل الله فسئل عنه أبو عبد الله ع كيف نفعل و أخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر فقال لو أن رجلاً أوصى إلى أن أضع في يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما إن الله تعالى يقول فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الأمر يعنى بعض الثغور فابعثوا به إليه» (٢).

و إن كان إمامياً يجوز صرفه إلى فقراء الشيعة كما يجوز صرفه في الحج و كل ما يصدق عليه سبيل الله، كما دل عليه صحيح حجاج الخشاب، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «سألته عن امرأه أوصت إلى بمل أن يجعل في سبيل الله فقيل لها: نحج به؟

ص: ٤١٧

١- وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ٣٤٣ باب ٣٥ ح ١

٢- وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ٣٤١ باب ٣٣ ح ٤

فقال: اجعله فى سبيل الله، فقالوا لها: فنعطيه آل محمد عليهم السلام؟ قالت: اجعله فى سبيل الله، فقال أبو عبد الله (عليه السلام) اجعله فى سبيل الله كما أمرت، قلت: مرني كيف أجعله؟ قال: اجعله كما أمرتك إن الله تبارك و تعالى يقول {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} أ رأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهوديًا كنت تعطيه نصرانيًا؟ قال: فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه، فقلت له: مثل الذى قلت أول مره، فسكت هنيهة، ثم قال: هاتها قلت: من أعطيتها؟ قال: عيسى شلقان»(١).

أقول: و عيسى شلقان هو ابن ابى منصور، قال الكشى: سألت حمدويه بن نصير، عن عيسى؟ فقال: خير، فاضل، هو المعروف بشلقان و هو ابن أبى منصور و اسم أبى منصور صبيح (انتهى)(٢). و عدّه الشيخ المفيد فى رسالته العديده من الفقهاء الأعلام و الرؤساء المأخوذ منهم الحلال و الحرام و الفتيا و الأحكام الذين لا يطعن عليهم و لا طريق لدم واحد منهم(٣).

و فى صحيح الحسن بن راشد: «سألت العسكرى (عليه السلام) بالمدينه عن رجل أوصى بمال فى سبيل الله، فقال: سبيل الله شيعتنا»(٤) و هما دالان على أنّ من جملة سبيل الله شيعتهم أى مستحقّوهم و عيسى بن شلقان احدهم.

ص: ٤١٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٥ ح ١

٢- رجال الكشى (١٥٥)

٣- معجم رجال الحديث، ج ١٣، ص ١٧٦، عيسى بن ابى منصور شلقان.

٤- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٣٣٩ باب ٣٣ ح ١

نعم فى خبر الحسين بن عمرو - الذى رواه المشايخ الثلاثة - قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): «إن رجلا أوصى إلى بشىء فى السبيل، فقال: اصرفه فى الحج، قلت له: أوصى إلى فى السبيل، قال: اصرفه فى الحج، فإنى لا أعلم شيئا من سبيله أفضل من الحج» (١) سبيل الله هو الحج .

قلت: و لا تنافى بينهما فكل منهما سبيل الله جل و علا لكن الفقيه جمع بين صحيح الحسن بن راشد و خبر الحسين بن عمرو بأن المراد يعطى رجل من الشيعة يحج به عنه (٢).

قلت: لكن هذا الجمع لا شاهد له بل كل منهما بمفرده مصداق لسبيل الله تعالى.

حصيله البحث:

تصح الوصية للمشقق بالنسبه و لأم الولد فتعتق من الوصيه فإن ضاقت فالباقي من نصيب ولدها، و كذلك لو اوصى لام ولد مات ولدها، و الوصيه لجماعه تقتضى التسويه إلا مع التفضيل او كانت للوراث فحسب الارث و ان لم يرثوا بالفعل، و لو قال: على كتاب الله، فللذكر ضعف الأنثى، و القرابه من عرف بنسبه، و الوصيه للجيران تحمل على العرف، و للموالى تحمل على العتيق إلا مع القرينه، و للفقراء تنصرف إلى فقراء مله الموصى، و لو اوصى او اوقف فى سبيل الله فإن

ص: ٤١٩

١- وسائل الشيعة، ج ١٩، ص: ٣٣٩ باب ٣٣ ح ٢

٢- الفقيه (فى باب الرجل يوصى بمال فى سبيل الله، ٣٠ من وصايا)

كان الموصى او الواقف عاميًا يصرف فى الجهاد، و إن كان إماميًا يجوز صرفه إلى فقراء الشيعة كما يجوز صرفه فى الحج و كل ما يصدق عليه سبيل الله .

## الفصل الثانى فى متعلق الوصيه

### و هو كل مقصود يقبل النقل عن الملك

(و هو كل مقصود) للتملك عاده (يقبل النقل عن الملك)

من مالكة إلى غيره فلا تصح الوصيه بما ليس بمقصود كذلك إما لحقارته كفضله الإنسان أو لقلته كحبه الحنطه و قشر الجوزه أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخزير.

اقول: الامر كما قال المصنف لو لم يكن هنالك اطلاق يشمل غير المقصود للتملك مما يكون للانسان حق الاختصاص فيه و قابلا للنقل و الظاهر ثبوت الاطلاق كما سيأتى فى الايه المباركه الداله على امضاء عنوان الوصيه متى ما صدق .

ص: ٤٢٠



(و لا يشترط كونه معلوما للموصى و لا للموصى له و لا مطلقا و لا موجودا) بالفعل (حال الوصيه)

بل يكفي صلاحيته للوجود عاده في المستقبل و ذلك لإطلاق الآيه الكريمة: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ... فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} (١) الدال على امضاء عنوان الوصيه متى ما صدق

(فتصح الوصيه بالقسط و النصيب و شبهه) قيل: كالكثير.

قلت: لو اراد بذلك المعنى العرفي و ألما فإن الكثير ممّا فسّر في الخبر بثمانين، كما في مرسل علي بن إبراهيم «لما سمّ المتوكل نذر إن عوفى أن يتصدق بمال كثير فلما عوفى سأل الفقهاء عن حدّ المال الكثير - إلى - أن الهادي (عليه السلام) قال: الكثير ثمانون» (٢) مستندا (عليه السلام) الى قوله تعالى {لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ} و به افتى الكليني و الفقيه (٣) و الخلاف و ابن حمزه.

ص: ٤٢١

١- البقره: ١٨٠-١٨١

٢- الكافي (ط - الإسلامية) ج ٧ ص ٤٦٤ باب النوادر

٣- الفقيه ج ٤ ص ٢٠٦ باب الوصيه بالشيء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

و أما قول ابن ادریس: إنَّ الخبر ورد في النذر دون الوصیّه فیردّه أنّ المناط تفسیر الكثير و لذا عمم الصدوق الحكم.

(و یتخیر الوارث فی تعیین ما شاء)

إذا لم یعلم من الموصی إرادته قدر معین أو أزیّد مما عینه الوارث.

### أما الجزء فالعشر

(أما) لو أوصی بـ (الجزء فالعشر)

ذهب إلى العشر علی بن بابویه و الصدوق فی مقنعه، و الشیخ فی تهذیبیه و هو مختار الكلینی فروی صحیح عبد الله بن سنان، عن عبد الرحمن بن سیابه قال: «إنَّ امرأه أوصت إلىّ فقالت: ثلثی یقضی دینی و جزء منه لفلانہ فسألته عن ذلك ابن أبي ليلى فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء، فسألته عنه أبا عبد الله (عليه السلام) بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأه و ما قال ابن أبي ليلى فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إنَّ الله عزَّ وجلَّ أمر إبراهيم (عليه السلام) فقال {اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا} و كانت الجبال يومئذ عشره و الجزء هو العشر من الشئ»<sup>(١)</sup> و في سننه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع.

ص: ٤٢٢

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٣٩ باب من أوصى بجزء من ماله» ح ١ والتهذيب في أول وصيته المبهمه و في آخره «فالجزء هو العشر»، و الإستبصار في أول «من أوصى بجزء من ماله» و أسقط ابن سيابه، و نسب الوافي إلى التهذيبيين إثباته، و الوسائل إلى الشیخ مطلقاً إسقاطه، و رواه المعاني بإسناد آخر مع إسقاط ابن سيابه و مع اختلاف في اللفظ لكن الأصل واحد.

و موثق معاويه بن عمّار، عنه (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: جزء من عشرة قال الله عزّ و جلّ «اجْعَلْ عَلَيَّ كُلَّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا» و كانت الجبال عشرة»(١).

وصحيح أبان بن تغلب «عن الباقر (عليه السلام): الجزء واحد من عشرة لأنّ الجبال عشرة، و الطيور أربعة»(٢).

و يدلّ عليه غير ما رواه الكافي اربعة اخبار اخر.

و به قال الفضل بن شاذان فقال الكليني «قال الفضل فإن قال: فما قولك في من أوصى لرجل بجزء من ماله و مات و لم يبين هل يجعل له جزءا من ثلاثين جزء من ماله كما فعلته للمعتق، قيل له: لا و لكنّه يجعل له جزء من عشرة من ماله لأنّ هذا ليس من طريق المواقيت، و إنّما هذا من طريق العدد، فلمّا أن كان أصل العدد كلّ الذي لا تكرر فيه و لا- نقصان فيه عشرة فأخذنا الأجزاء من ذلك لأنّ ما زاد على عشرة فهو تكرر لأنّك تقول: أحد عشر و اثنا عشر و ثلاثة عشر و هذا

ص: ٤٢٣

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٣٩ باب من أوصى بجزء من ماله» ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٣٩ باب من أوصى بجزء من ماله ح ٣ و رواه التّهذيب و فيه «كانت عشرة و الطير أربعة» .

تكرار الحساب الأوّل، و ما نقص من عشره فهو نقصان عن حدّ كمال أصل الحساب و عن تمام العدد، فجعلنا لهذا الموصى له جزءاً من عشره إذا كان ذلك من طريق العدد، و هكذا روينا عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنّ له جزءاً من عشره»<sup>(١)</sup>. قلت: و هذه روايه اخرى مضافا الى استدلاله كما و ان قول ابن شاذان كاشف عن فقه الشيعة في زمن المعصومين عليهم السلام.

(و قيل: السبع)

ذهب إلى السبع الإسكافي و المفيد و الصدوق في الهدايه و الشيخ في خلافه و نهايته و الديلمى و القاضي و ابن حمزه و الحلّى و يدلّ عليه صحيح البزنطى: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال: واحد من سبعة إنّ الله تعالى يقول ﴿لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾، و الخبر»<sup>(٢)</sup>.

و خبر إسماعيل بن همام الكندى، عن الرضا (عليه السلام) «في رجل أوصى بجزء من ماله، قال: الجزء من سبعة يقول ﴿لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٤٢٤

---

١- الكافي (في آخر باب ميراث المماليك، ٤٢ من أبواب موارثه)

٢- التهذيب في خبره الخامس من باب وصيته المبهمه والايه ٤٤ من سوره الحجر

٣- التهذيب في خبره السادس من باب وصيته المبهمه

و ما فى الإرشاد مرسلًا «عن أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى بجزء من ماله و لم يعينه، فاختلف الوارث بعده فى ذلك. ففضى عليهم بإخراج السبع من ماله، و تلا قوله عزّ و جلّ {لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ} (١).

و جمع الفقيه بين أخبار السبع و أخبار العشر، فقال: كان أصحاب الأموال فى ما مضى يجرّون أموالهم فمنهم من يجعل أجزاء ماله عشرة، و منهم من يجعلها سبعة فعلى حسب رسم الرّجل فى ماله تمضى وصيته و مثل هذا لا يوصى به إلّا من يعلم اللّغه و يفهم عنه، فأما جمهور النّاس فلا تقع لهم الوصايا إلّا بالمعلوم الذى لا يحتاج إلى تفسير مبلغه.

و فيه: انه جمع تبرعى لا شاهد له.

و جمع التّهديب فقال: «نحمل الجزء على أنه يجب أن ينفذ فى واحد من العشره، و يستحبّ للورثه إنفاذه فى واحد من السبعه لتلائم الأخبار و لا تتضادّ»، و مثله فى الاستبصار و هما كما ترى جمع تبرعى لا شاهد له.

اقول: اشتملت الطائفة الاولى على ثمان روايات و هى فوق حد الاستفاضه و فيها الصحيح والموثق بخلاف الثانيه فهى ثلاث روايات احدها مرسل و ثانيها ضعيف سندا و ثالثها صحيح البنظى و هو معارض بصحيحه الاخر، عن الحسين بن خالد،

ص: ٤٢٥

---

١- الإرشاد فى معرفه حجج الله على العباد ج ١ ص ٢٢١ فى جملة من قضاياه أيام حكمه ع .

عن أبي الحسن (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله قال: سبع ثلثه» (١) الدال على ان الوصيه بجزء المال معادل لسبع الثلث والحال انه دال على سبع كل المال . مضافا الى ان آيه {لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ} ان الجزء فيها مقيد بالمقسوم و الكلام فى المطلق كما فى آيه {عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ} وعليه فلا وثوق باخبار السبع فلا تعارض اخبار العشر ويرد علمها الى اهلها .

و أمّا ما قيل: «أنه لو أضاف الجزء إلى جزء آخر كالثلث فالمراد به العشر معينا لصحيح ابن سنان» قلت: لم يقل أحد باختلافه باختلاف المضاف إليه من الكلّ أو الجزء المشاع أو المعين، فإن أريد بالجزء العشر يكون معنى جزء من ماله: عشر ماله. و جزء من ثلثه: عشر من ثلثه، وهكذا.

## و السهم الثمن

(و) لو اوصى بـ (السهم) فهو (الثمن)

كما ذهب إلى اليه الإسكافى و المفيد و الديلمى و القاضى و ابن حمزه و الحلّى و الشيخ فى النهايه، و هو المفهوم من الكلينى فروى معتبر السكونى، عن الصادق (عليه السلام) سئل عن رجل يوصى بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثمانيه لقول الله

ص: ٤٢٦

---

١- الفقيه ج ٤ ص ٢٠٥ باب الوصيه بالشىء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

تعالى: {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ} (١).

و صحيح صفوان، عن الرضا (عليه السلام) «عن رجل أوصى بسهم من ماله و لا يدري السهم أى شىء هو؟ فقال: ليس عندكم فى ما بلغكم عن جعفر و لا عن أبى جعفر عليهما السلام فيها شىء؟ قلنا له: جعلنا فداك ما سمعنا أصحابنا يذكرون شيئا من هذا عن آبائك، فقال: السهم واحد من ثمانية، فقلنا له: جعلنا فداك كيف صار واحدا من ثمانية؟ فقال: أما تقرأ كتاب الله عز و جل؟ قلت: جعلت فداك إني لأقرأه و لكن لا أدري أى موضع هو فقال قول الله عز و جل {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ} ثم عد بيده ثمانية، قال: و كذلك قسمها النبي صلى الله عليه و آله على ثمانية أسهم فالسهم واحد من ثمانية». و غيرهما.

و قيل: السهم السدس، ذهب إليه على بن بابويه و ابنه فى مقنعه و هدايته و الشيخ فى مبسوطيه، و هو ظاهر ابن زهره حيث قال: و قد روى عن إياس بن معاوية قال: «السهم فى اللغة السدس». و روى «عن ابن مسعود: أن رجلا أوصى له بسهم من ماله فأعطاه النبي صلى الله عليه و آله و سلم السدس».

ص: ٤٢٧

---

١- الكافي فقال: «باب من أوصى بسهم من ماله، ٢٦ من أبواب وصاياها»

وقال في الفقيه بعد نقله لمعتبر السكوني المتقدم: «وقد روى أنّ السّهم واحد من ستّه ثمّ قال: ومتى أوصى بسهم من سهام الزكاه كان السّهم واحدا من ثمانية، ومتى أوصى بسهم من سهام المواريث فالسهم واحد من ستّه» ثم قال: و هذان الحديثان متّفقان غير مختلفين فتمضى الوصيه على ما يظهر من مراد الموصي»(١).

اقول: وهو كما ترى فإنما الكلام في ما أطلق و به صرّح في الأخبار المتقدمه و لم ينقل لنا خبرا في السّمس غير ما ارسله و هو لاحق فيه، و اما ما نقله ابن زهره فالظاهر انه خبر عامّي.

هذا و نقل قتيلا بالعشر ولم نقف على قائله نعم ورد ذلك في خبر طلحه بن زيد، عن أبي عبد الله، عن أبيه عليهما السّلام: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشره»(٢) وحمله الشيخ على الوهم فقال: يوشك أن يكون قد وهم الزاوي سمع هذا في من أوصى بجزء من ماله فظنّ في من أوصى بسهم.

اقول: وكيف كان فهو لا يعارض ما تقدم من صحيح صفوان وغيره كما هو واضح.

ص: ٤٢٨

---

١- الفقيه (في باب الوصيه بالشئ من المال و السهم - إلخ)

٢- التّهديب (في ١١ من أخبار وصيته المبهمه)



(و) اما الوصيه ب(الشيء) فهو (السدس)

كما في ما رواه المشايخ الثلاثة (١) باسانيد اربعة و فيها الصحيح عن أبان والمراد ابن تغلب كما صرح بذلك الفقيه، عن علي بن الحسين عليهما السلام «سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله، فقال: الشيء في كتاب علي (عليه السلام) واحد من ستة» (٢).

حصيله البحث:

تصح الوصيه بكل مقصود يقبل النقل، وكذلك ما يكون للانسان حق الاختصاص فيه وقابلا للنقل، ولا يشترط كونه معلوماً ولا موجوداً حال الوصيه بل يكفي صلاحيته للوجود عاده في المستقبل، فتصح الوصيه بالقسط والنصيب وشبهه، ويتخير الوارث، في تعيين ما شاء إذا لم يعلم من الموصى إرادته قدر معين أو أزيد مما عينه الوارث، وأما الوصيه بالمال الكثير فان اراد المعنى العرفي فهو و اما لو أطلق فثمانون، وكذلك الجزء لو أطلق فالعشر، والسهم الثمن والشيء السدس .

ص: ٤٢٩

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٤ ومعاني الأخبار ص: ٢١٧ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٤٠ ح ١ والتّهذيب في ١٢ من أخبار وصيته المبهمه

## و تصح الوصيه بما ستحملة الأمه أو الشجره

(و) حيث لم يشترط فى الموصى به كونه موجودا بالفعل (تصح الوصيه بما ستحملة الأمه أو الشجره)

إما دائما أو فى وقت مخصوص كالسنه المقبله (و بالمنفعه) كسكنى الدار مده معينه أو دائما و منفعه العبد كذلك و شبهه و إن استوعبت قيمه العين.

## و لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل

(و لا تصح بما لا يقبل النقل كحق القصاص و حد القذف)

اقول: الشك فى انتقال حق القصاص و حد القذف يكفى فى الحكم بعدم الانتقال لاصاله العدم مضافا الى ما قيل من إن الغرض من الأول تشفى الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره و مثله حد القذف و التعزير للشم .

(و) مثلهما حق (الشفعه)

لا- ينتقل بالوصيه لتقومه بالشفيع و يكفى الشك بعدم قابليته للانتقال مضافا الى ما قيل: من ان الغرض منها هو دفع الضرر عن الشريك بالشركه و لا حظ للموصى له فى ذلك .

ص: ٤٣٠

(و تصحّ بأحد الكلاب الأربعة) و الجرو القابل للتعليم لكونها مالا مقصودا (لا بالخنزير و كلب الهراش)

لانتفاء المالىه فيهما , ولذا قال ابن حمزه «إن أوصى بشىء من نوع فيه ما لا يصحّ تملكه كانت الوصيه بما يصحّ تملكه مثل من أوصى بكلب فإنه يستحقّ كلب صيد أو زرع أو ماشيه»(١).

قلت: و قد تقدم الاشكال فيه و قلنا ان اطلاق الايه المباركه دال على امضاء عنوان الوصيه متى ما صدق فيشمل ما لا يملك اذا كان فيه نفع ما يوجب حق الاختصاص لمن بيده.

نعم دليل الوصيه منصرف عن الوصيه بالحرام كطبل اللهو الذى لا يقبل التغيير عن الصفه المحرمه مع بقاء المالىه.

حصيله البحث:

تصحّ الوصيه بما ستحملة الأمه أو الشجره و بالمنفعه، و لا تصحّ الوصيه بما لا يقبل النقل كحقّ القصاص و حدّ القذف و الشفعه، و تصحّ بأحد الكلاب الأربعة

ص: ٤٣١

لا بالخزير و كلب الهراش، و تصح الوصيه بما لا يُملك اذا كان فيه نفع ما يوجب حق الاختصاص لمن بيده.

## و يشترط في الزائد عن الثلث اجازة الوارث

(و يشترط في الزائد عن الثلث اجازة الوارث و ألا بطل)

كما استفاضت بذلك النصوص المعتبره كصحيح أحمد الأشعريّ قال: «كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن (عليه السلام) إنّ درّه بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاصا في مواضع و أوصت بسيدها من أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث و نحن أوصياؤها و أحبينا أن ننهي إلى سيدنا فإن هو أمر بامضاء الوصيّه على وجهها أمضيناها و إن أمر بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله، قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: ليس يجب لها من تركتها إلّا الثلث و إن تفضّلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله»(١).

و صحيح محمد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول لأنّ أوصى بخمس مالي أحبّ إليّ من أوصى بالربع، و لأنّ أوصى بالربع أحبّ إليّ من أن أوصى بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك، و قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل توفّي و أوصى بماله كلّه أو أكثره فقال: إنّ الوصيّه تردّ إلى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه و أتى في وصيّه المنكر و الحيف فإنّها تردّ إلى

ص: ٤٣٢

١- الكافي (في باب ما للإنسان أن يوصى به، ٦ من أبواب وصاياها)

المعروف و يترك لأهل الميراث ميراثهم، وقال: من أوصى بثلث ماله فلم يترك و قد بلغ المدى - الخبر».

و صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصادق (عليه السلام) «من أوصى بالثلث فقد أضرب بالورثه و الوصيه بالخمس و الربع أفضل من الوصيه بالثلث و من أوصى بالثلث فلم يترك».

لكن ظاهر علي بن بابويه جواز الوصيه بالكلّ فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه فإن أوصى بماله كلّهُ فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيه علي ما أوصى، و استدلل له بخبر عمّار بن موسى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «الرجل أحقّ بما له ما دام فيه الرّوح إن أوصى به كلّهُ فهو جائز له» (١).

اقول: و هو ضعيف سنداً و من اخبار عمّار المعروفه بالشذوذ و لذا حمّله الشيخ على محامل متعدده لكن الظاهر منه ان أوصى فيه بمعناه اللغوى كقوله تعالى {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ} و بقرينه قوله « ما دام فيه الرّوح » فالمراد إن أمر به كلّهُ لغيره ما دام فيه الروح كان جائزاً، و هو الذى فهمه الكلينيّ حيث رواه فى ذاك الباب.

و قد يستدل له بخبر محمد بن عبدوس: «اوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبى عبد الله (عليه السلام) فكتب اليه: رجل اوصى إلىّ بجميع ما خلف لك و خلف ابنتى

ص: ٤٣٣

اخذ له فرأيك في ذلك فكتب إليّ: بع ما خلف و ابعث به إليّ فبعث و بعثت به اليه فكتب إليّ: قد وصل»(١).

و موثقه على بن الحسن بن فضال: «مات محمد بن عبد الله بن زراره و أوصى الى اخى احمد بن الحسن و خلف دارا و كان اوصى في جميع تركته ان تباع و يحمل ثمنها الى ابى الحسن (عليه السلام) فباعها فاعترض فيها ابن اخت له و ابن عم له فاصلحنا امره بثلاثة دنانير. و كتب اليه احمد بن الحسن و دفع الشىء بحضرتى الى ايوب بن نوح فاخبره انه جميع ما خلف و ابن عم له و ابن اخته عرض و اصلحنا امره بثلاثة دنانير فكتب: قد وصل ذلك و ترخم على الميت و قرأت الجواب»(٢).

اما الاولى فهي ضعيفه السند بمحمد بن عبدوس فانه مهمل و قد تحمل على صورته اجازة الورثة.

و اما الموثقه فلا- يبعد نظرها الى صورته اجازة الورثة و جلب رضاهم بثلاثة دنانير و الّا فهي معرض عنها ولا يمكن ان تعارض تلك النصوص المعتمده.

هذا و فضيل ابن حمزه في أفضلية الربع و الخمس، فقال: إن كان الوارث غتيا فالثلث أولى. و متوسيطا فالربع أولى، و فقيرا فالخمس أولى» و هو و ان كان قريبا الى صحيح حماد المتقدم لكنه لا شاهد على هذا التفصيل.

ص: ٤٣٤

---

١- وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٩ الباب ١١ من أحكام الوصايا الحديث ١٦

٢- وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٩ الباب ١١ من أحكام الوصايا الحديث ١٧

ذهب إلى كفايتها الإسكافي و الشيخ حيث قال: «باب فى من أوصى بأكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك هل لهم أن ينقضوا ذلك بعد موته» ثم روى صحيح محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلمّا مات الرّجل نقضوا الوصيه هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، و الوصيه جائزه عليهم إذا أقرّوا بها فى حياته» (١) و صحيح صفوان (٢) و غيرهما، و هو ظاهر الكافى حيث اعتمد الصحيحين المتقدمين (٣).

قلت: و لا- معارض لها كما و لا مانع من العمل بها فالواجب الفتوى بها و إن قال المفيد و الدّيلمى و ابن حمزه و الحلّى بعدم الكفايه لعدم استحقاق الوارث المال حينئذ و هو اجتهاد قبال النص ، مع أنّ العماني و القاضى و ابن زهره أطلقوا صحّحه الوصيه بأكثر من الثلث بالإجاره.

هذا و يعتبر فى المجيز جواز التصرف فلا- عبره بإجازة الصبى و المجنون و السفيه أما المفلس فإن كانت إجازته حال الحياه نفذت إذ لا ملك له حينئذ و إنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصى .

ص: ٤٣٥

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٩٣ ح ٧
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٩٣ ح ٨
- ٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٢

و لو كانت الاجازة بعد الموت فقيل: فى صحتها وجهان مبناهما على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت و بالإجازة تنتقل عنه إلى الموصى له و عليه فلا تنفذ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة. أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه فهى تكشف عن سبق ملك الموصى له بتمليك الموصى من حين الوصيه لا الموت فإجازته تنفيذ لتصرف الموصى لا ابتداء عطيه .

قلت: لا- وجه للاحتمال الثانى من كون الاجازة كاشفه لعدم الدليل عليه و ان من قال به, قال به فى البيع بتوهم دلاله صحيحه محمد بن قيس عليه و اما فى المقام فلا دليل عليه فيسقط الاحتمال الثانى.

## و المعتر بالتركة حين الوفاء

(و المعتر بالتركة) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاء)

لا حين الوصيه و لا ما بينهما لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال , فلو اوصى شخص بعين و كانت بمقدار نصف امواله حين الوصيه و صارت بمقدار الثلث حين الموت صحت الوصيه فى تمامها. و اذا انعكس الامر فكانت بمقدار الثلث حين الوصيه و ازيد منه حين الوفاء نفذت بمقدار الثلث و توقفت فيما زاد على اجازة الورثه.

(فلو قتل فأخذت ديته حسبت) الديه (من تركته)



و اعتبر ثلثها لثبوتها بالوفاه و إن لم تكن عند الوصيه كما ورد في صحيح محمّد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قلت: «رجل أوصى لرجل بوصيه في ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأ يعني الموصى؟ فقال: يحاز لهذه الوصيه من ميراثه و من ديته»(١).

و معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام): قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «من أوصى بثلث ما له ثم قتل خطأ، فإنّ ثلث ديته داخل في وصيته»(٢).

### و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم

(و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم) وقد تقدم عدم صحه الوصيه في المحرم (صرف الى المحلل)

حملا لتصرف المسلم على الصحيح المعبر عنه باصالة الصحه في فعل المسلم (كالعود) و له عود لهو و عيدان قسى و عيدان عصى و عيدان السقف و البنيان (و الطبل) و له طبل لهو و طبل حرب بناء على حليته في الحرب.

قال المبسوط: «إطلاق قوله: «عيد من عيداني» ينصرف إلى العود الذي يضرب به للهو لأنّ ذلك يسمّى بالإطلاق عودا في العاده، ثمّ ينظر فإن كان له منفعه مباحه

ص: ٤٣٧

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٣-٦٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١١-١٢

غير الضرب صحّت الوصية، وإن لم يكن له منفعه مباحه ولا يصلح إلّا للعب بطلت الوصية.

و عن ابن حمزه: « وكذلك لو أوصى بطبل يستحقّ طبل حرب، و أمّا إن أوصى بعود لم يصحّ». قلت: و يظهر من المبسوط و ابن حمزه عدم جريان اصاله الصحه مع وجود الانصراف , و هو الصحيح لعدم الشك مع الانصراف.

حصيله البحث:

يشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث، و تكفي حال حياة الموصى، و لو كانت الاجازة بعد الموت لم تصح, و المعتبر بالتركه حين الوفاة، فلو قتل فأخذت ديته حسبت من تركته، و لو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم و المحلّل صرف إلى المحلّل كالعود و الطبل ان لم يكن هنالك انصراف الى احدهما و الّا عمل عليه .

### و يتخير الوارث في المتواطئ

(و يتخير الوارث في المتواطئ)

و هو المقول على معنى يصدق على كثيرين (كالعبد و في المشترك) و هو المقول على معنيين فصاعداً بالوضع الأول (كالقوس) لأن الوصية بالمتواطئ وصية بالماهية الصادقة بكل فرد من الأفراد كالعبد لأن مدلول اللفظ فيه هو

ص: ٤٣٨

المأهيه الكليه و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلما تبعا فيتنخير الوارث في تعيين أى فرد شاء لوجود متعلق الوصيه في جميع الأفراد و كذا المشترك لأن متعلق الوصيه فيه هو الاسم و هو صادق على ما تحته من المعانى حقيقه فتحصل البراءه بكل واحد منها و بذلك قال الحلّي.

و فصل المبسوط ما حاصله بالعمل بالاطلاق ان لم يكن هنالك انصراف او قرينه معينه (١).

### و الجمع يحمل على الثلاثه

(و الجمع يحمل على الثلاثه، جمع قلّه كان كأعبد أو كثره كالعبيد)

إذا كان ذلك من متعارف الناس و إذا كان من لغوى يراعى في استعمالاته قواعد اللغه فالعبيد يحمل في كلامه على العشره.

### و لو أوصى بمنافع العبد دائما

(و لو أوصى بمنافع العبد دائما أو بثمره البستان دائما قومت المنفعه على الموصى له و الرقبه على الوارث ان فرض لها قيمه)

اقول: نقل المبسوط عن العامه قولين أحدهما ما قاله المصنف و الثانى تقويم المنفعه و الرقبه على الموصى له مطلقا و قواه.

ص: ٤٣٩

و نقل المبسوط قولاً- آخر: و هو تقوّم المنفعه على الموصى له و سقوط الرّقبه رأساً من قيمه، و ذلك لأنّ الرّقبه إذا كانت مسلوبه المنافع لا قيمه لها فإن ما لا منفعه فيه كالحشرات لا قيمه لها فى الشرع و لا فى العاده.

اقول: و الصحيح هو إن رضى الوراث بإعمال الوصيه بلا مطالبه منهم للعين فهو و الآ فهم يملكون العين و لا يسقط حقهم منها لكونها مسلوبه المنفعه و يشهد لذلك انه لو كانت المنفعه مجردة عن العين مساويه للثلث و مع العين زائده على الثلث فلا ريب فى بطلان الوصيه فى الزائد على الثلث و بذلك يظهر ضعف ما قيل من «أنّ الرّقبه إذا كانت مسلوبه المنافع لا قيمه لها» و قول المصنف «ان فرض لها قيمه»، و عليه فلو كان استحصال المنفعه موجبا لسقوط حق الوارث من العين فالاقوى بطلان الوصيه فى الزائد على الثلث كما لو اوصى بمنافع داره و كانت المنافع تسوى ٣٠٠ دينار و قيمه الدار ٩٠٠ دينار فالقول بنفوذ هذه الوصيه يساوى كون الوصيه ب ٩٠٠ دينار يعنى سقوط حق الوارث من العين بالمره فالقول بذلك يساوى القول بصحة الوصيه بكل المال يعنى ٩٠٠ دينار و لا ريب ببطلانه، و عليه فلا بد من تقويم المنافع الدائمية الحاصله بالتدرّج فان زادت على ثلث المال كان الموصى له شريكاً لصاحب العين بمقدار الثلث و الآ كان شريكاً له بما قومت.

حصيله البحث:

يتخيّر الوارث فى المتواطئ كالعبد و فى المشترك كالقوس ان لم يكن انصراف فى البين، و الجمع يحمل على الثلاثة قلّه كان كأعبدٍ أو كثره كالعييد إذا كان

ص: ٤٤٠

ذلك من متعارف الناس و إذا كان من لغوى يراعى فى استعمالاته قواعد اللغه فالعبيد يحمل فى كلامه على العشره، و لو أوصى بمنافع العبد دائماً أو بثمره البستان دائماً فالأقوى انه إن رضى الوراث بإعمال الوصيه بلا مطالبه منهم للعين فهو و الآ فهم يملكون العين و لا يسقط حقهم منها لكونها مسلوبه المنفعه و عليه فلا بد من تقويم المنافع الدائميّه الحاصله بالتدريج فان زادت على ثلث المال كان الموصى له شريكاً للوراث بمقدار الثلث و الآ كان شريكاً لهم بما قومت .

### و لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين قدم الدين

(و لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين قدم الدين) من أصل المال الذى من جملة المملوك (و عتق من الفاضل) عن الدين من جميع التركة بمقدار (ثلثه)

أى الفاضل , ذهب إلى ما قاله فى الوصيه بالعتق بدون تفصيل فى قيمه المملوك الحلّى , و لكن الشيخ و القاضى اشترط فيه أيضاً كون قيمته الضعف قال الأول: «إذا أوصى الإنسان بعتق مملوك له و كان عليه دين فإن كان قيمه العبد ضعفى الدين استسعى العبد فى خمسه أسداس قيمته ثلاثه أسهم للديان و سهران للورثه و سهم له، و إن كانت قيمته أقلّ من ذلك بطلت الوصيه»(1) و مثله الثانى .

ص: ٤٤١

قلت: وقد تقدم الكلام في ذلك (1) و ان الاقوى صحه الوصيه ان كانت قيمته على الضعف من الثلث الذى وصّى له به و الّا بطلت الوصيه.

(و لو نجز عتقه) فى مرضه (فإن كانت قيمته ضعف الدين صح العتق) فيه أجمع (و سعى فى قيمه نصفه للديان، و فى ثلثه) الذى هو ثلثا النصف الباقي عن الدين (للوارث)

لأن النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه و يكون ثلثاه للورثه، كما قال به الصدوق فى المقنع، و المفيد فى المقنعه، لكنهما عبرا بعتق سدسه و كون نصفه للغرماء و ثلثه للورثه، و به قال الإسكافى لكن قال: استسعى فى النصف للغرماء و الثلث للورثه، و هو المفهوم من الكافى حيث اعتمد صحيح عبد الرحمن بن الحجاج سألنى أبو عبد الله (عليه السلام): «هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه، فقلت: بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى أرى أن أبيعهم و أدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم - إلى - فقال: أما و الله إن الحق، الذى قال ابن أبى ليلى و إن كان قد رجع عنه فقلت له: هذا ينكسر عندهم فى القياس، فقال: هات قايسنى، فقلت: أنا أفايسك؟ فقال: لتقولن بأشد ما يدخل

ص: ٤٤٢

١- ص ٤٠٤

فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبدا لم يترك مالا غيره و قيمته ستمائة درهم و دينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أ ليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى، قلت: أ ليس للرجل ثلثه يصنع به ما يشاء. قال: بلى، قلت: أ ليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إن العبد لا وصيه له إنما ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كان قيمة العبد ستمائة درهم و دينه أربعمائة درهم؟ قال: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم، و يأخذ الورثة مائتين فلا يكون للعبد شىء، قلت له: فإن قيمة العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائة درهم فضحك و قال: من ههنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئا واحدا، و لم يعلموا السنه إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته و أجزت وصيته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلثه للورثة، و يكون له السدس»(١).

و صحيح جميل بن دراج، عن زراره، عن أحدهما عليهما السلام «فى رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين، قال: إن كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه و إلّا لم يجز»(٢).

ص: ٤٤٣

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٦٦ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٧٦ ح ٢

و موثق الحسن بن الجهم، عن أبي الحسن (عليه السلام) في رجل أعتق مملوكا له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك و قيمته ستّمائة درهم و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئا غيره؟ قال: يعتق منه سدسه لأنّه إنّما له منه ثلاثمائة درهم و يقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة ثلثها و هو السّدس من الجميع» (١).

فهذه ثلاثه أخبار معتبره سنّدا بلا معارض و الواجب العمل بها، و قول الحلبي ساقط و منجزات المريض و إن كانت من الأصل على الأصحّ لكن شرط كون القيمة ضعف الدين ليس تحت قاعده بل حكم خاصّ وردت به السنّه كما عرفته من صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، و قال في المقنعه بعد ذكر الاشتراط: «بهذا جاء الأثر عن آل محمّد عليهم السّلام».

هذا و ظاهر الشيخ و القاضي و ابن حمزه و ابن زهره كون نصفه للغرماء يستسعى لهم و نصفه له و لا شيء للورثه، قال الأوّل في نهايته «و إذا أعتق الرّجل مملوكه عند موته و عليه دين فإن كان ثمن العبد ضعفي ما عليه من الدين مضى العتق و استسعى العبد في قضاء دين مولاه و إن كان ثمنه أقلّ من ضعفى الدين كان العتق باطلا».

و قال الثّاني في مهذبّه: «إذا أعتق عبده عند موته و عليه دين و كان ثمن العبد ضعفي ما عليه من الدين كان عتقه ماضيا و استسعى العبد في قضاء ما على سيّده من الدين، و إن كان ثمنه أقلّ من ضعفى الدين كان العتق باطلا». و مثله الأخيران،

ص: ٤٤٤



و لعلهم استندوا إلى صحيح زراره، عن الصادق (عليه السلام): «إذا ترك الذى عليه و مثله أعتق المملوك و استسعى»<sup>(١)</sup>، لكنه مجمل من حيث كون عتقه منجزاً أو بالوصية.

و مثله ما عن حفص بن البختري، عنه (عليه السلام): «إذا ملك المملوك سدسه استسعى و أجزى» و هو أيضاً مجمل و يحملان على المفصل الذى تضمن العتق المنجز.

و صحيح الحلبيّ قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) «رجل قال: إن متّ فعبدى حرّ و على الرجل دين، فقال: إن توفّي و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد و إن لم يكن قد أحاط بثمان العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه و هو حرّ إذا أوفى»<sup>(٢)</sup> و هو مطلق يحمل على المقيد من النصوص المتقدمة.

و أنكرك ذلك كلّ الحلّي فلم يشترط كون القيمه الضعف و لا كون شىء للغرماء و لا للورثه بل يكون عتقه صحيحاً لأنّ الإنسان مسلط على ما له قبل موته .

ص: ٤٤٥

---

١- التهذيب (فى ٣٤ من أخبار باب الإقرار فى المرض، أوّل وصاياها)

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨ ص ٢٣٢ ح ٧٢

(و لو أوصى بعق ثلث عبده أو عدد مبهم استخرج بالقرعه)

كما في صحيح محمّد بن مروان الذي رواه المشايخ الثلاثة عن الشيخ (عليه السلام) «أنّ أبا جعفر (عليه السلام) مات و ترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم و أخرجت الثلث»<sup>(١)</sup> وسنده باحد طرق الفقيه صحيح<sup>(٢)</sup>.

و صحيح حريز، عن محمّد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) «في الرّجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم، قال: كان عليّ (عليه السلام) يسهم بينهم»<sup>(٣)</sup>.

ثمّ الصحيحان دالّان بالالتزام على حكم العدد المبهم فإنّه إذا كان للباقر (عليه السلام) ستين مملوكا و أوصى بعق ثلثهم كان لازمه أنّه (عليه السلام) أوصى بعق عشرين من مماليكه الستين و لا- فرق بين التعبيرين في الحكم فما قيل: «يتخيّر الوارث في الثاني لأنّ متعلّق الوصيّة متواط فيتخيّر في تعيينه الوارث كما سبق و لأنّ المتبادر

ص: ٤٤٦

- 
- ١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٨ ح ١١ و رواه في ص: ٥٥ ح ١٢ بسند اخر عن الصادق (عليه السلام)، و فيه «فأخرجت عشرين فأعتقهم». و تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢٤٠ ح ٢٢
  - ٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢١٥ وسنده صحيح و ج ٣، ص: ١١٩ و يظهر من مجموعها أنّ المراد بالشيخ في ما ورد فيه الصادق (عليه السلام) و تفسير الفقيه له في وصاياه بالكاظم (عليه السلام) فاضطرّ إلى زياده «عن أبيه» و هم.
  - ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٦، ص: ٢٤٠ ح ٢١

من اللفظ هو الاكتفاء بعنق أى عدد كان من الجميع فيحمل عليه و هو قوَى» في غير محلّه مع أنّ لفظ الثلث أيضا متواط كالعشرين، و لفظ خبر عتق الفقيه و التهذيب «و أوصى بعنق ثلثهم فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم» «فعبّر أولاً بالثلث و أخيرا بالعشرين».

### و لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم

(و لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم)

و لو كان الواجب متعددا فالواجب الجمع بينهما مهما أمكن ، و يدل على تقدّم الواجب صحيح معاويه بن عمّار قال: «أوصت إلى امرأه من أهلي بثلاث مالها و أمرت أن يعتق و يحجّ و يتصدّق، فلم تبلغ ذلك فسألت أبا حنيفة عنها فقال: تجعل أثلاثا ثلث في العتق و ثلث في الحجّ و ثلث في الصدقة فدخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فقلت: إنّ امرأه من أهلي مات و أوصت إلى بثلاث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يتصدّق و يحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: ابدأ بالحجّ فإنّه فريضه من فرائض الله عزّ و جلّ و تجعل ما بقى طائفه في العتق و طائفه في الصدقة فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله (عليه السلام) فرجع عن قوله، و قال بقوله (عليه السلام)» (١).

ص: ٤٤٧

---

١- الكافي (في باب من أوصى بعنق أو صدقه أو حجّ، ١٣ من وصاياه في خبره ١٤)

و صحيح معاويه ابن عمّار، قلت له: «رجل يموت و عليه خمسمائه درهم من الزكاه و عليه حجّه الإسلام و ترك ثلاثمائه درهم و أوصى بحجّه الإسلام و أن يقضى عنه دين الزكاه، قال: يحجّ عنه من أقرب ما يكون و يخرج البقيّه فى الزكاه»<sup>(١)</sup> وغيرهما.

(و أبدأ بالأول حتى يستوفى الثلث)

و أمّا الابتداء بالأوّل فالأوّل حتى يستوفى الثلث كما هو مقتضى قوله تعالى {فمن بدله بعد ما سمعه...} و صحيح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن ابى جميله عن حمران، عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى رجل أوصى عند موته أعتق فلانا و فلانا و فلانا و فلانا و فلانا، فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الّتى أمر بعقّهم، قال: ينظر إلى اللّذين سّماهم و يبدء بعقّهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء، ثمّ الثّانى، ثمّ الثّالث، ثمّ الرّابع، ثمّ الخامس فإن عجز الثلث كان فى اللّذى سّمى أخيرا لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك»<sup>(٢)</sup>.

حصيله البحث:

ص: ٤٤٨

---

١- الكافى «فى باب قضاء الزكاه عن الميّت»

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٩ ح ١٥

لو أوصى بعق مملوكه و عليه دينٌ قَدَمُ الدِّينِ و عتق من الفاضل ثلثه ان كانت قيمته على الضعف من الثلث الذى وصى له به و  
الّا بطلت الوصيه، و لو نَجَزَ عتقه فإن كانت قيمته ضعف الدِّينِ صحَّ العتق و سعى فى نصفه للدِّيانِ و فى ثلثه للوارث، و لو أوصى  
بعق ثلث عبيده أو عددٍ مبهمٍ منهم استخرج منهم بالقرعه، و لو أوصى بأمورٍ فإن كان فيها واجبٌ قَدَمُ و إلّا بدئ بالأوّل فالأوّل  
حتّى يستوفى الثلث و لو كان الواجب متعددا فالواجب الجمع بينهما مهما أمكن .

### حكم ما لو رتب

(و لو رتب ثم قال: أبدأ بالأخير أو بغيره اتبع الأخير)

و أمّا ما قاله من أنّه لو رتبّ و قال: ابدءوا بالأخير فلاّنه يصير الآخر أوّلاً حينئذ فيقدّم .

(و لو لم يرتب بسط الثلث على الجميع)

كما لو قال: أعطوا الجماعه الفلانيه المبلغ الفلانى، فلاّ و ررد النقص على كلّهم مقتضى القاعده لأنهم حينئذ كالواحد، فكما  
يرد على الواحد نقص، الزائد فكذلك على الجمع.

و أمّا قول ابن حمزه: إن كانت الوصيه بأمور فى وقتين قَدَمُ الأخير مع الزيادة على الثلث» فبلا وجه مع عدم النسخ، نعم ما قاله من  
أنّه «إن لم ينصّ قَدَمُ الأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث و إن اشتبه أخرج بالقرعه» و جيه.

## و لو أجاز الورثه ما زاد فادعوا ظن القله

(و لو أجاز الورثه ما زاد فادعوا) بعد الإجازة (ظن القله) أى قله الموصى به و أنه ظهر أزيد مما ظنوه (فإن كان الإيضاء بعين لم يقبل منهم) لأن الإجازة وقعت على معلوم لهم فلا تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثلث بيسير مثلا فظهر أزيد أو ظنوا أن المال كثير .

(و إن كان) الإيضاء (بجزء شائع) فى التركة (كالنصف قبل) قولهم (مع اليمين) عند المصنف و استدل له بجواز بنائهم على أصله عدم زياده المال فظهر خلافه.

قلت: اولاً: لا فرق بين الأمرين مع احتمال الصدق و عدمه، و يمكن العكس بأن يكون الورثه مطلقين كاملاً من التركة و جاهلين بقيمه العين.

ثانياً: لاحجيه فى اصله عدم الزيادة لأنها من العدم الازلى لا النعتى.

ثالثاً: مضافا الى كونهم مدعين بعد نفوذ اجازتهم فلا يقبل قولهم الا بالبينه.

## و يدخل فى الوصيه بالسيف جفنه و حليته

(و يدخل فى الوصيه بالسيف جفنه) و هو غمده (و حليته) لشمول اسمه لها عرفاً (و بالصندوق أثوابه) الموضوعه فيه و كذا غيرها من الأموال المظروفه (و بالسفينه متاعها) الموضوع فيها عند الأكثر و مستنده صحيح البنظى و هو من اصحاب الاجماع عن أبى جميله الذى رواه المشايخ الثلاثه عن الرضا (عليه السلام): «سألته عن

رجل أوصى لرجل بسيف و كان فى جفن و عليه حليه, فقال له الورثه: إنّما لك النصل و ليس لك المال, قال فقال: لا بل السيف بما فيه له, قال: فقلت: رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فيه مال فقال الورثه: إنّما لك الصندوق و ليس لك المال, قال: فقال أبو الحسن (عليه السلام): الصندوق بما فيه له»(١).

و خبر عقبه بن خالد, عن الصادق (عليه السلام) «سألته عن رجل قال هذه السفينه لفلان و لم يسمّ ما فيها و فيها طعام أ يعطاها الرّجل و ما فيها؟ قال هى للذى أوصى بها إلّا أن يكون صاحبها متّهما و ليس للورثه شىء»(٢) و رواه الفقيه لكن فيه بدل «متّهما» «استثنى ما فيها» كذا فى المصحّحه, و فى نسخه و نقل الوسائل و الوافى «استثنى ممّا فيها» و يشهد لما قلنا أنّ المقنع و الهدايه أيضا بلفظ «ما فيها» و كذا الرّضوىّ و لا يخفى ان الأصل واحد.

و فى خبر على بن عقبه, عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فى الصندوق مال, فقال الورثه: إنّما لك الصندوق و ليس لك ما فيه, فقال الصندوق بما فيه له»(٣).

ص: ٤٥١

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه), ج ٧, ص: ٤٤١ و التّهذيب فى ١٤ من وصيّته المبهمه, والفقيه فى باب الرّجل يوصى لرجل بسيف أو صندوق أو سفينه.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه), ج ٧, ص: ٤٤٢

٣- الكافى (ط - الإسلاميه), ج ٧, ص: ٤٤٤

هذا و عمل بها الإسكافي و الصدوق و الشيخان و الحلبي و القاضي و ابن حمزه و ابن ادريس، و بعمل الاصحاب ينجير ضعفها السندی و عليه فهو الاقوى و ان كان العرف قد يقضى بخلافه و حقيقه الموصى به مخالفه للمظروف .

(ألا مع القرينه) فيعمل بها بلا ريب .

### و لو عقب الوصيه بمضادها عمل بالأخيره

(و لو عقب الوصيه بمضادها عمل بالأخيره)

لأنها ناقضه للأولى و الوصيه جائزه من قبله فتبطل الأخيره ما قبلها، ويشهد لذلك مرسل يونس: «قال علي بن الحسين عليهما السلام: للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه، و يملك من كان أمر بعتقه، و يعطي من كان حرمه، و يحرم من كان أعطاه ما لم يمت»(١).

### و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه وجب

(و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه وجب فان لم توجد) وحصل له اليأس (أعتق من لا يعرف بنصب)

كما أفتى به الشيخ وهو ظاهر الصدوق و الكليني أيضا، فروى الثاني صحيح ابن ابي عمير و هو من اصحاب الاجماع عن علي بن ابي حمزه «سألت أبا الحسن

ص: ٤٥٢

---

١- الكافي (في باب الرجل يوصى بوصيه ثم يرجع عنها، ٨ من وصاياها)



(عليه السلام) عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك قال: يشتري من الناس فيعتق»(١).

و روى ثانياً خبر آخر لابن أبي حمزة أيضاً: «سألت عبداً صالحاً (عليه السلام) عن رجل هلك فأوصى بعق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد له بالذي سمى قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى، قلت: فإن لم يجدوا قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصيباً»(٢) وبهما عمل الفقيه(٣).

و خالف القاضي وان ادريس فواجبا العمل بالوصية مهما أمكن بلا تبديل لها , و فيه: انه بعد موثوقه الخبر المتقدم لا وجه له هذا اذا قلنا بعدم وثاقه ابن أبي حمزة و الصحيح وثاقته كما تقدم .

### و لو ظنها مؤمنة فأعتقها كفى

(و لو ظنها مؤمنة فأعتقها كفى و ان ظهر خلافه)

ص: ٤٥٣

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٨٠ ح ٩

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٨٠ ح ١٠

٣- الفقيه في باب الوصية بالعتق، ح ١١ و ١٢

و يشهد لذلك ما فى صحيح عمّار بن مروان، عن الصّادق (عليه السلام) ، فى خبر «قلت: و أوصى بنسمة مؤمنه عارفه، فلمّا أعتقناه بان لنا أنّه لغير رشده»(١) فقال: أجزأت عنه، إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحّيه على أنّها سمينه فوجدها مهزوله فقد أجزأت عنه»(٢).

### و لو أوصى بعتق رقبة بثمان معيّن وجب

(و لو أوصى بعتق رقبة بثمان معيّن وجب، و لو تعذر إلّا بأقلّ اشترى و عتق و دفع اليه ما بقى)

و يشهد لذلك صحيح سماعه بناءً على اماميه سماعه كما هو الصحيح عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى أن أعتق عنه نسمة بخمسائه درهم من ثلثه فأشترى نسمة بأقلّ من خمسمائه درهم و فضلت فضله، فما ترى؟ قال: تدفع الفضله إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن الميّت»(٣) و به افتى الاصحاب.

ص: ٤٥٤

١- يقال: هذا ولد رشده إذا كان لنكاح صحيح كما يقال فى ضده: ولد زنيه - بالكسر - فيهما (النهايه).

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٧٦٢-١٧٦٣

٣- الكافي (فى باب من أوصى بعتق، ١٣ من وصاياهم فى خبره ١٣)

و الصحيح كما ترى ظاهر في جواز الشراء بأقل من ثمن عين الموصى و لا- يشترط التعذر في جواز الشراء بالأقل كما قال المصنف، و تضمن أنه يدفع إليه ما بقي قبل عتقه.

حصيله البحث:

لو لم يرتب الموصى في الوصيه بسط الثلث على الجميع كما لو قال: أعطوا الجماعة الفلانيه المبلغ الفلاني، و لو أجاز الورثه فادعوا ظن القله لم يقبل منهم، سواء كان الإيضاء بجزء شائع كالنصف او كان بعين، و يدخل في الوصيه بالسيف جفنه و بالصندوق أثوابه و بالسفينه متاعها إلا مع القرينه، و لو عقب الوصيه بمضادها عمل بالأخيره، و لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه و جب، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب، و لو ظنها مؤمنه كفى و إن ظهر خلافه، و لو أوصى بعتق رقبه بثمان معين و جب، و يجوز الشراء بالأقل و يعتق ثم يدفع إليه ما بقي.

### الفصل الثالث: في الأحكام

#### صح الوصيه للذمي و إن كان أجنبيا

(تصح الوصيه للذمي و ان كان أجنبيا بخلاف الحربى و ان كان رحما و كذا المرتد) و الاقوى الصحه مطلقا.

و فى المسأله أربعه أقوال:

ص: ٤٥٥

أحدها: التفصيل بالصَّحِّه للذَّمِّ مطلقاً و عدمها للحربى مطلقاً، و هو للشيخ فى الخلاف ولعله استند الى قوله تعالى { لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُواكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ } \* إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } (١) وفيه: ان صريح الايه الثانيه ان النهى بالنسبه للذميين قاتلونا فى الدين مختص بالتولى { أَن تَوَلَّوهُمْ } لا- بالبر والصدقه.

الثانى: التفصيل بين الرِّحم و غيره، و هو للشيخ فى المبسوط و النهايه و لابنى حمزه و زهره، و الأصل فيه المفيد، قلت: ولا شاهد له بل نقل أنّ الأسير الذى تصدّق عليه أهل البيت عليهم السّلام كان كافراً حربياً (٢) كما وانه خلاف القرآن الكريم كما تقدم انفا.

الثالث: عدم الصَّحِّه مطلقاً و هو للقاضى و كذا الدّيلمى، فقال: «و الضالّ قد روى جواز الوصيه له و روى خلافه و هو الأثبت و الأصحّ، وفيه: انه لا دليل عليه بل هو خلاف القرآن الكريم كما تقدم انفا.

الرّابع: الصَّحِّه مطلقاً و هو الاقوى، ذهب إليه الصدوق و الحلبيّ و الحلبيّ، و هو ظاهر الكليني حيث روى صحيح محمّد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله فقال: أعطه لمن أوصى به له و إن كان يهودياً أو

ص: ٤٥٦

١- سورة الممتحنه ايه ٨-٩

٢- النجعه ج ٨ كتاب الوصيه

نصرانيا، إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ {فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} (١). وبه افتى الفقيه (٢) مضافا الى روايته خبر يونس بن يعقوب «أَنَّ رجلا كان بهمدان ذكر أَنَّ أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر فأوصى بوصيته عند الموت و أوصى أن يعطى شىء فى سبيل الله، فسئل عنه أبو عبد الله (عليه السلام) كيف يفعل به فأخبرناه أَنَّهُ كان لا يعرف هذا الأمر، فقال: لو أَنَّ رجلا أوصى إلیّ أن أضع ما [قاظ] له فى يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه يعنى بعض الثغور فابعثوا به إليه». ثم قال «باب آخر منه».

و صحيح حجاج الخشاب، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن امرأه أوصت إلیّ بمال أن يجعل فى سبيل الله - إلى - قال: اجعله كما أمرتك إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: {فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} أ رأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهوديا كنت تعطيه نصرانيا - الخبر».

و أمّا ما قيل من كون مال الحربى فيئا، فلا ينافى وجوب الدّفع إليه كما فى ردّ الأمانه.

ص: ٤٥٧

---

١- الكافى باب إنفاذ الوصيه على جهتها، ١٠ من وصاياه

٢- الفقيه فى باب وجوب إنفاذ الوصيه

## و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه

(و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه)

و به قال الشيخ فى الخلاف و تبعه الحلّى و قال المفيد: للمجاهدين فإن لم يكن ففى أبواب البر و تبعه الشيخ فى النهايه و القاضى فى كامله، و قال ابنا بابويه: «إن شاء جعله لإمام المسلمين و إن شاء جعله فى حجّ أو فرقه على قوم مؤمنين».

اقول: يشهد لكون السبيل كلّ قربه آيه الزكاه, نعم إن كان الموصى عاميًا فسبيل الله عندهم الجهاد فيصرف فى الجهاد .

## و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين

(و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين ما يصنع به دفع اليه يصنع به ما شاء)

لأن الوصيه تقتضى تسلط الموصى له تسلط المالك و لو عين له المصرف تعين.

حصيله البحث:

تصح الوصيه للذمّى و إن كان أجنبيًا بل و ان كان حربيًا و كذا المرتدّ، و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه إلا اذا كان الموصى عاميًا فيصرف فى الجهاد، و لو قال: أعطوا فلاناً كذا، و لم يبين ما يصنع به دفع إليه يصنع به ما شاء.

ص: ٤٥٨

## استحباب الوصية لذوي القرباه وارثا كان أو غيره

(و تستحب الوصية لذوي القرباه وارثا كان أم غيره)

اقول: النصوص بالجواز مستفيضة مثل صحيح محمد بن قيس قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض، قال: نعم و نساءه»(١).

و صحيح أبي بصير: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الوصية للوارث، فقال: تجوز»(٢).

و صحيح أبي ولّاد، عنه (عليه السلام): سألت عن الميت يوصى للوارث بشيء؟ قال: نعم - أو قال - جائز له»(٣).

و صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): الوصية للوارث لا بأس بها»(٤) و غيرها.

و بالآخرين افتى الفقيه و قال: «و الخبر الذي روى «أنه لا وصية لوارث» معناه لا وصية لوارث بأكثر من الثلث كغير الوارث»(٥).

ص: ٤٥٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٩٦ ح ٦

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٩٦ ح ١

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٩٦ ح ٢

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٩٦ ح ٣ و ح ٤

٥- الفقيه (في باب الوصية للوارث)

قلت: و يصدّق حمله ما رواه التحف عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله فِي خطبه الوداع «أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ اللَّهَ قَدْ قَسَمَ لِكُلِّ وَاْرث نَصِيْبِهِ مِنَ الْمِيْرَاثِ وَ لَا تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ لَوَاْرث بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ - الخبر».

و أما خبر القاسم بن سليمان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه، فقال: لا يجوز وصيته لوارث و لا اعتراف» فمضافا الى ضعفه قال الشيخ فيه انه محمول على التقيّه لآئه مذهب جميع من خالف الشيعة في امتناعهم من إجازة الوصية للوارث.

و مثله خبر مسعده بن صدقه، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما السّلام قال: «قال عليّ (عليه السلام): لا وصية لوارث، و لا إقرار بدين - يعنى إذا أقرّ المريض لأحد من الورثة بدين له فليس له ذلك» (1) وهو مع ضعفه حمله الشيخ ايضا على التقيّه أيضا، قلت: ولا يخفى ان مسعده الرواي له عامي. مضافا الى انها لا يمكن ان تعارض النصوص المستفيضة المتقدمة و التي عمل بها الاصحاب.

و اما استحباب الوصية للوارث فاستدل له بقوله تعالى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ} و هو كما ترى فظاهره الوجوب، و يشهد للوجوب موثق السكوني، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما

ص: ٤٦٠

---

١- التهذيب (في ١١ من أخبار باب الإقرار في المرض، و هو أول وصاياها)



السِّيَلام: «من لم يوص عند موته لذوى قرابته مَمَّن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه»<sup>(١)</sup> فانه يدل على وجوبها لذوى قرابته مَمَّن لا يرثه وظاهر الفقيه افتاؤه به .

اقول: السيره المقطوع بثبوتها بين المسلمين و اجماع الفقهاء عملا- و قولاً- على عدم وجوبها و اعراض الاصحاب عن موثق السكوني قرينه قطعيه على احد امرين:

الاول: اما ان يكون المراد بالكتابه فى الايه المباركه القضاء بمعنى التشريع لا بمعنى الالتزام و عليه فالايه داله على الاستحباب .

الثانى: القول بأن الايه منسوخه كما قاله العامه والسكوني عامى ايضا و يؤيد ذلك مرسله العياشى «عن أبى بصير، عن أحدهما عليهما السِّيَلام فى تفسير قوله تعالى { كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ } هى منسوخه نسختها آيه الفرائض التى هى المواريث» كما هو الظاهر من تعبير «كُتِبَ عَلَيْكُمُ» فَإِنَّهُ ظَاهِرٌ فِي الْوَجُوبِ نَظِيرَ قَوْلِهِ تَعَالَى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» و نسخ بايه المواريث، وكيف كان فالقول بالوجوب غير ثابت كما و ان القول بالاستحباب ايضا غير ثابت اذا كانت الايه منسوخه لكن القول بمنسوخيه الايه معارض بصحيح عمار بن مروان، عن سماعه بن مهران، عن الصادق (عليه السلام)

ص: ٤٤١

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٧٤ ح ٨ ومن لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ١٨٢ بدون جمله «مَمَّن لا يرثه» و الظاهر سقوطها منه بشهاده عنوانه مع اقتصاره عليه فضلا عن روايه التهذيب .

فى قوله عزّ و جلّ {الْوَصِيَّةُ لِلْإِنْدِينِ وَ الْمَأْقُرِبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} قال: هو شىء جعله الله عزّ و جلّ لصاحب هذا الأمر، قلت: فهل لذلك حدّ؟ قال: نعم، قلت: و ما هو؟ قال: أدنى ما يكون ثلث الثلث«(١). الدال على مطلوبه الوصيه للامام الدال على عدم نسخها و عليه تكون الايه المباركه داله على الاستحباب .

و أمّا الاستحباب لغير الوارث من الارحام فمسلم كما هو مقتضى قول الله عزّ و جلّ {الَّذِينَ يَصِلُونَ} ما أمر الله به أن يوصلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ} (٢).

و فى صحيح ابن ابى عمير عن ابراهيم بن عبد الحميد و هو ثقه عن سالمه مولاة أبى عبد الله (عليه السلام) قالت: «كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) حين حضرته الوفاة فأغمى عليه، فلما أفاق قال: أعطوا الحسن بن على بن الحسين عليهما السلام عليهما السلام و هو الأفتس سبعين ديناراً و أعطوا فلاناً كذا و كذا، فقلت: أتعطى رجلاً حمل عليك بالشفرة؟ فقال: ويحك أما تقرأ القرآن؟ قلت: بلى، قال: أمّا سمعت قول الله عزّ و جلّ {الَّذِينَ يَصِلُونَ} ما أمر الله به أن يوصلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ} قال ابن محبوب فى حديثه: «حمل عليك بالشفرة يريد أن يقتلك، فقال: يريد ابن على أن لا أكون من الذين قال الله تعالى {الَّذِينَ يَصِلُونَ} ما أمر الله به أن يوصلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ} نعم يا سالمه إن الله خلق الجنه و طيبها و طيب

ص: ٤٤٢

١- الفقيه فى نوادر وصاياه فى خبره ١٦ و رواه العياشى مرسل فى تفسيره تاره عن سماعه مثله، و اخرى عن عمّار بن مروان مع اختلاف، و الظاهر أن الأصل واحد.

٢- الرعد ٢١

ريحها وإن ريحها ليوجد من مسيره ألفى عام، لا يجد ريحها عاقاً ولا قاطع رحم»(١).

### و لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث

(و لو أوصى للأقرب) أى أقرب الناس إليه نسبا (نزل على مراتب الإرث) لأن كل مرتبه أقرب إليه من التي بعدها (لكن يتساوى المستحق هنا)

لاستواء نسبتهم إلى سبب الاستحقاق و هو الوصيه و الأصل عدم التفاضل.

### و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف

(و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف ان كان له ابن واحد، و الثلث ان كان له ابنان و على هذا، و لو قال أعطوه مثل سهم أحد وراثي اعطى مثل سهم الأقل) لصدق الاسم به و لأصالة البراءة من الزائد فلو ترك ابنا و بنتا فله الربع.

و فى المبسوطين: «لو أوصى له بنصيب ابنه بطلت الوصيه، و قال بعض علمائنا: تصحّ و يكون بمنزله ما لو أوصى بمثل نصيب ابنه».

قلت: ما قاله البعض هو الصحيح فإنه نظير أن يقول: لا تعطوا ابني شيئا و أعطوا نصيبه فلانا فإنه يرجع إلى حرمان الابن من الثلث و إعطاء الموصى له بقدر نصيب

ص: ٤٤٣

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٥٤٤ ح ١٠ و فى روايه الفقيه و التهذيب سلمه بدل سالمه ولا يضر ذلك بموثوقيه الصحيح بعد كون ابن ابى عمير و الحسن بن محبوب فى اسانيده.

الولد إن لم يكن زائدا على الثلث، وليس هذا بمنزله من أوصى أعطوا مال فلان لفلان، فإنه لا حق له في مال غيره بخلاف ماله  
فله حق مشاع بقدر الثلث و ليس مال ابنه معينا.

### و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه

(و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه) كما هو بين الفقهاء و أهل اللغه.

(و بضعفيه ثلاثه أمثاله)

لأن ضعف الشىء ضم مثله إليه فإذا قال ضعفه فكأنه ضم مثليه إليه وهو المفهوم عرفا فهو الصحيح و عند الشك تجرى اصاله  
البراءه عن الزائد.

هذا و قيل: ثلاثه أمثاله و قيل: أربعة أمثاله ففى المختلف: «إذا أوصى له بضعف نصيب ابنه كان له مثلاه، فإن أوصى له بضعفيه،  
للشيخ قولان أحدهما: له أربعة أمثاله، قاله فى المبسوط، و قال فى الخلاف: يكون له ثلاثه أمثاله لأنه مجمع عليه، و لأنّ الضعف  
إذا أضعفته نصيبه يكون ثلاثه، ثم قال: و الذى يقوى مذهب أبى ثور و هو أربعة أضعافه لأنّ ضعف الشىء مثلاه، فإذا تناه و جب  
أن يكون أربعة أمثاله».

اقول: و لا يخفى مجانبه هذه الاقوال لفهم العرف فلا يصار اليها.

### و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل ثلث الى فقراء بلد المال

(و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل الثلث الى فقراء بلد المال و لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى جاز)

لحصول الغرض من الوصيه و هو صرفه الى الفقراء , ثم انه لو علم أنّ قصده من الفقراء الجمع اعطى للجمع، و إلا لو كان قصده الجنس كفى فيه الواحد كما هو واضح .

### و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريض، ثم مات الموصى له

(و لو أوصى له بأبيه) اى بأب الموصى له (فقبل و هو مريض) بمرض الموت (ثم مات الموصى له عتق) ابوه (من صلب ماله) و استدل له الشهيد الثانى بأنه ملكه هنا بالقبول و انعتق عليه قهرا تبعا لملكه.

قلت: قد تقدم ان الصحيح هو انتقال عين المال الموصى به إلى الوارث كما هو المفهوم من صحيح محمد بن قيس و صحيح العباس، و خبر محمد بن عمر الساباطى المتقدمه (1) و عليه فان كان ممن ينعتق عليهم عتق و الأ فلا.

### و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف

(و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف)

قلت: حيث أنّ المتبادر جعل زيد فى مقابل الفقراء فيكون له النصف، و يمكن القول بالنصف أيضا بكون الفقراء للجنس كما ورد فى صحيح حماد بن عثمان، عن الصادق (عليه السلام) قال: «أوصى رجل بثلاثين ديناراً لولد فاطمه عليها السلام قال:

ص: ٤٤٥

«فأتى بها الرجل إلى أبي عبد الله (عليه السلام) فقال: ادفعها إلى فلان شيخ من ولد فاطمه عليها السلام و كان معيلاً مقلًا، فقال له الرجل: إنما أوصى بها الرجل لولد فاطمه عليها السلام فقال (عليه السلام): إنها لا تقع من ولد فاطمه و هي تقع من هذا الرجل و له عيال»<sup>(١)</sup> يعنى لا يسعهم جميعا و لا يمكن إيصالها اليهم قاطبه و انما يمكن اعطاؤها بعضهم فادفعها الى الشيخ المعيل منهم.

(وقيل: الربع) لان اقل الفقراء من حيث الجمع ثلاثه فاذا شرك بينهم و بين زيد بالعطف كان احدهم, و فيه: ان التشريك كان بينه و بين الفقراء لا احادهم.

حصيله البحث:

تستحب الوصيه لذي القرابه وارثاً كان أم غيره، و لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث، و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابنٌ واحدٌ و الثلث إن كان له ابنان و على هذا، و لو قال: مثل سهم أحد ورثتي، أعطى مثل سهم الأقل. و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه و بضعفيه ثلاثه أمثاله، و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كلِّ ثلثٍ إلى فقراء بلد المال، و لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصى جاز، و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريضٌ ثم مات انتقل عين

ص: ٤٦٦

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٥٨٢ و الفقيه في ١٣ من أخبار نوادر وصيته. و التهذيب في ٤ من أخبار زيادات وصاياه .

المال الموصى به إلى ورثته فان كان ممن ينعق عليهم عتق و آلا فلا , و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف .

## و لو جمع بين عطيه منجزه و مؤخره

(و لو جمع بين عطيه منجزه و مؤخره قدمت المنجزه)

اما بناء على كون منجزات المريض تخرج من الاصل كما هو الاقوى فالامر واضح فتخرج من الاصل و لا تراحمها المؤخره .

و اما على القول بكون منجزات المريض تخرج من الثلث فكذلك فعلى كل تقدير المنجزه مقدمه على غيرها كما فى صحيح إسماعيل بن همام عن أبى الحسن (عليه السلام) «فى رجل أوصى عند موته بمال لذوى قرابته و أعتق مملوكا له و كان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث، كيف يصنع فى وصيته؟ فقال: يبدء بالعتق فينفذه»<sup>(١)</sup>.

و خبر محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مملوكه فى مرضه فقال: «إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث و جاز العتق»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٤٦٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٧ ح ٣

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٧ ح ١

و خبر أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام): «إن أعتق رجل عند موته خادما له، ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه و أعتق الخادم من ثلثه إلّا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصيه»(١)

و صحيح محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل حضر الموت فأعتق مملوكه و أوصى بوصيه فكان أكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام و يكون النقصان في ما بقي»(٢).

### يصح الرجوع في الوصيه قولا، أو فعلا

(و يصح الرجوع في الوصيه قولا مثل رجعت أو نقضت أو أبطلت أو لا تفعلوا كذا، أو فعلا مثل بيع العين الموصى بها أو رهنها أو طحن الطعام أو عجن الدقيق أو غزل القطن أو نسج مغزوله أو خلطه بالأجود)

كما تشهد لذلك النصوص المستفيضة منها صحيح سعيد بن يسار، عن الصادق (عليه السلام) «في رجل دفع إلى رجل مالا و قال: إنّما أدفعه إليك ليكون ذخرا لابنتي فلانه و فلانه، ثمّ بدا للشيخ بعد ما دفع المال أن يأخذ منه خمسة و عشرين و مائه دينار فاشترى بها جاريه لابن ابنه، ثمّ إنّ الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين و بين الغلام أو إحداهما فقالتا له: ويحك و الله إنّك لتتكح جاريتك حراما إنّما اشتراها

ص: ٤٦٨

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٧٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ١٧٤



أبونا لك من مالنا الذى دفعه إلى فلان فاشترى لك منه هذه الجارية فأنت تنكحها حراما لا يحلّ لك فأمسك الفتى عن الجارية، فما ترى فى ذلك؟ فقال: أليس الرّجل الذى دفع المال أبا الجاريتين و هو جدّ الغلام و هو اشترى له الجارية؟ قلت: بلى، قال: فقل له: فليأت جاريته إذا كان الجدّ هو الذى أعطاه و هو الذى أخذه»(١).

و موثق عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام): «للموصى أن يرجع فى وصيّته إن كان فى صحّحه أو مرض»(٢).

و صحيح يونس و هو من اصحاب الاجماع عن على بن سالم قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) فقلت: إنّ أبى أوصى بثلاث وصايا فبأيهن أخذ؟ قال: خذ بأخرهنّ، قلت: فإنّها أقلّ، فقال: «و إن قلّ»(٣) و غيرها.

هذا و قد يقال بدلاله الرّهن على بطلان الوصيه و هو كما ترى، فكثيرا ما يرهنون النّاس برجاء الفكّ بل دائما فيكون رهنها كباقي التصرّفات فيها ما دام الحياه للانتفاع بها أعمّ من الرجوع .

حصيله البحث:

ص: ٤٦٩

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٦٦-٣١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٢-١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١٩٠-١٨

و لو جمع بين منجزه و مؤخره قدمت المنجزه، و يصح الرجوع في الوصيه قولاً مثل: رجعت أو نقضت أو أبطلت أو لا- تفعلوا كذا، و فعلاً مثل بيع العين الموصى بها أو رهنها أو طحن الطعام أو عجن الدقيق أو خلطه بالأجود .

### من أحكام الوصيه

١- ان الواجبات الموسعه كقضاء الصلاه و الصوم و اداء الكفارات و النذور و ... , تنضيق كما هو المعروف و تجب المبادره الى ادائها مع الامكان عند ظهور امارات الموت. و اذا لم يمكن ادائها يجب الايضاء بها الا مع العلم بقيام الوارث او غيره بها .

و قيل في وجه اعتبار تضيق الواجبات الموسعه عند ظهور امارات الموت ان جواز تأخير الامتثال منوط بسعه الوقت، اما مع الظن بعدمها - بسبب ظهور امارات الموت - فلا معنى له .

قلت: و هذا صحيح مع فرض قيام اجماع قولى او عملى على اناطه جواز التأخير بعدم ظن الضيق و الا فالصحيح جعل المدار فى التضيق و عدمه على العلم او الاطمئنان بالتمكن من الامتثال و عدمه - و ليس على الظن بالتمكن و عدمه - فمن لم يطمئن بتمكّنه من الامتثال لو اُخر تلزمه المبادره اليه و لو لم تظهر امارات الموت عليه .

و ذلك لان كل تكليف لا- بدّ عقلا من المبادره الى امثاله الا مع العلم او الاطمئنان بالتمكن لو لم يبادر. و جعل المدار على ظهور امارات الموت و عدمه بلا وجه.

٢- و اما وجوب الايصاء بها عند عدم التمکن من مباشره الامتثال فواضح بعد عدم سقوطها عن الذمه بالموت. و لا محذور فى اعتبار اشتغال الذمه بشىء بعد الموت. و ثمرته لزوم تفرغها تسبباً قبل الموت من خلال الوصيه بها.

٣- و هكذا اموال الناس - من الوديعه و نحوها- اذا كانت عند شخص فانه يجب عليه ردها مع الامكان عند ظهور امارات الموت، و ذلك باعتبار ان ردّ الامانه الى اهلها واجب .

و الصحيح ان يقال: ان ردها واجب اذا لم يطمئن بادهاء الوارث لها و الا فلا موجب لذلك، فان اللازم فى باب الامانه حفظها، و هو متحقق مع الاطمئنان بادهاء الوارث لها، اما ردها مع فرض عدم مطالبه صاحبها بها فليس واجبا.

هذا و مع عدم الامكان يجب الايصاء بها كما تقدم دليله.

و ينبغى الالتفات الى ان اداء الوارث لها اذا كان موقوفا على الايصاء بها و الاشهاد عليها وجب ذلك من باب وجوب مقدمه الواجب و لو عقلا، هذا فى غير الديون.

٤- و اما الديون فيجب اداؤها أيضاً مع مطالبه المالك بها اذا كانت حاله سواء ظهرت امارات الموت أم لا، و مع عدم مطالبته بها فلا موجب للالزام بادائها،

و مع عدم الامكان او كونها مؤجله يجب الايصاء بها اذا خيف ضياعها بدون ذلك كما تقدم.

٥- الواجبات الماليه و هى الاموال المشتغله بها الذمه، كالمال المقترض و ثمن المبيع و الزكاه و ... تخرج من الاصل و ان لم يوص بها بلا خلاف لانها دين و يدل عليه قوله تعالى: {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنًا} فان عطف الدين على الوصيه يدل على لزوم اخراجه من التركه و ان لم يوص به.

هذا مضافا الى دلالة الروايات الكثيره، كصحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر (عليه السلام): «قال امير المؤمنين (عليه السلام): ان الدين قبل الوصيه ثم الوصيه على اثر الدين ثم الميراث بعد الوصيه فان اول القضاء كتاب الله» (١) و غيرها.

٦- و اما الواجبات غير الماليه كالصلاه و غيرها فقد وقعت محلا للخلاف بين المعاصرين فليل بلزوم اخراجها من الاصل قبل الارث أيضا كالديون الماليه. و قيل باخراجها من الثلث.

و استدل على الاول بانها دين، و كل دين لا بد من اخراجه من الاصل.

اما الصغرى فلما رواه الشيخ الصدوق باسناده عن سليمان بن داود المنقرى عن حماد بن عيسى عن ابى عبد الله (عليه السلام): «قال لقمان لابنه: ... يا بنى اذا جاء وقت الصلاه فلا تؤخرها لشيء صلها و استرح منها فانها دين ...» (٢).

ص: ٤٧٢

١- وسائل الشيعه ١٣: ٤٠٦ الباب ٢٨ من أحكام الوصايا الحديث ٢

٢- وسائل الشيعه ٨: ٣٢٣ الباب ٥٢ من أبواب آداب السفر الى الحج الحديث ١

و اما الكبرى فلآيه الكريمة المتقدمه الداله على لزوم اخراج الدين من التركه قبل الارث و لقصه الخثعميه التى: «أتت الى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله فقالت: يا رسول الله ان فرض الحج قد ادرك ابى و هو شيخ لا يقدر على ركوب الراحله أ يجوز ان احج عنه؟ قال صَلَّى الله عليه و آله: يجوز. قالت: يا رسول الله ينفعه ذلك؟ قال صَلَّى الله عليه و آله: أ رأيت لو كان على ابيك دين فقضيته أما كان يجزئ؟ قالت: نعم. قال: فدين الله أحق»(١).

و فيه: اما الصغرى فلان استعمال لفظ «الدين» فى وصيه لقمان فى الصلاه مسامحى اريد به بيان اهميه الصلاه و انها كالدين فى لزوم المبادره الى تفرغ الذمه منه. على انه لو تم فهو خاص بالصلاه و لا يعم مطلق الواجبات.

هذا بقطع النظر عن سند الشيخ الصدوق الى المنقرى- الذى ورد فيه القاسم بن محمد الاصفهانى الذى لم يوثق- و الأ فالامر اوضح.

و اما الكبرى فباعتبار ان لفظ «الدين» فى الآيه الكريمة منصرف الى الدين المالى على ان القصة المذكوره ضعيفه سندا و من روايات العامه وقد وردت فى صحيحى البخارى و مسلم من دون فقره الاستشهاد، فقد روى مسلم عن عبد الله بن عباس: «كان الفضل بن عباس رديف رسول الله صَلَّى الله عليه و آله فجاءته امرأه من خثعم تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها و تنظر اليه فجعل رسول الله صَلَّى

ص: ٤٧٣

اللّٰه عليه وآله يصرف وجه الفضل الى الشق الآخر، قالت: يا رسول اللّٰه ان فريضه اللّٰه على عباده فى الحج ادركت ابي شيخا كبيرا لا يستطيع ان يثبت على الراحله فأحج عنه؟ قال: نعم، و ذلك فى حجه الوداع»(١).

و النتيجة ان الواجبات الماليه تخرج من الاصل اوصى بها او لا، و غير الماليه لا تخرج من الاصل اوصى بها او لا.

نعم لو اوصى بها وكانت مشروعه - لا مثل الصلاه الاستيجاريه فانها غير مشروعه- اخرجت من الثلث.

## الفصل الرابع

### الوصايه استنابه الموصى غيره بعد موته فى التصرف

( فى الوصايه) بكسر الواو و فتحها و صحتها هو مقتضى الادله الداله على امضاء الوصيه من الآيات الكريمه و غيرها، بل صحيح منصور المتقدم صريح فى ذلك . ( و هى استنابه الموصى غيره بعد موته فى التصرف )

ص: ٤٧٤

---

١- صحيح مسلم الباب ٧١ باب الحج عن العاجز لزمانه و هرم و نحوهما او للموت من كتاب الحج ٢: ٩٧٣ و راجع صحيح البخارى ٢: ٥٧٢ الباب ٢٤ حج المرأة عن الرجل من كتاب جزاء الصيد.

فيما كان له التصرف فيه من إخراج حق أو استيفائه أو ولاية على طفل أو مجنون يملك الولاية عليه بالأصالة أو بالعرض مثل وصايه الوصي كما يشهد لذلك صحيح الصفار كتب إلى أبي محمد (عليه السلام): «رجل كان وصي رجل فمات، و أوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصي وصيه الرجل الذي كان هذا وصيته؟ فكتب (عليه السلام): يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء» (١).

### و إنما تصح الوصيه على الأطفال بالولاية

(و إنما تصح الوصيه على الأطفال بالولاية من الأب و الجد له)

بناءً على القول بولايته و قد تقدم في كتاب البيع الخلاف فيه و ما هو المختار .

(أو الوصي المأذون له من أحدهما)

في الإيضاء لغيره و لو أطلق الموصي جاز للوصي الإيضاء لظاهر صحيحه الصفار المتقدمه.

### و يعتبر في الوصي الكمال بالبلوغ و العقل و الإسلام

(و يعتبر في الوصي الكمال) بالبلوغ و العقل (و الإسلام)

ص: ٤٧٥

---

١- الفقيه (في باب ما يجب على وصي الوصي من القيام بالوصيه)

فلا- تصح الوصيه إلى كافر و إن كان رحماً لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين و للنهي عن الركون إليه (إلا أن يوصى الكافر إلى مثله) لعدم المانع حينئذ .

(و العدالة في قول قوی)

إلّا إذا حصل الوثوق بغير العادل لا سيما إذا كان له نفوذ فيكون أقوى من العادل إذا لم يكن له نفوذ على حفظ مال الصغير و تحصيله ممّن عليه , هذا كله بناء على اشتراط المصلحه او عدم المفسده في فعل الوصى و الأ صحت مطلقاً.

(و) كذا يشترط في الوصى (الحرية) فلا تصح وصايه المملوك لاستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه (إلا أن يأذن المولى) له فتصح لزوال المانع.

### و تصحّ الوصيه إلى الصبي منضمًا الى كامل

(و تصحّ الوصيه إلى الصبي منضمًا الى كامل)

لكن لا يتصرف الصبي حتّى يكمل ففي صحيح الصفّار: «كتب إلى أبي محمّد (عليه السلام) رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّح على الميت بشهود عدول قبل أن

ص: ٤٧٦



يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع (عليه السلام): نعم على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»<sup>(١)</sup>.

ومعتبر على بن يقطين: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه وأشرك في الوصية معها صبيًا، فقال: يجوز ذلك و تمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلّا ما كان من تبديل أو تغيير فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»<sup>(٢)</sup> وبهما عمل الفقيه<sup>(٣)</sup>.

(و إلى المرأة و الخنثى)

عندنا مع اجتماع الشرائط لانتفاء المانع و قياس الوصية على القضاء واضح الفساد، و يشهد لصحة الوصية إليها معتبر على بن يقطين المتقدم الذى اعتمده الكليني و الصدوق لكن يعارضه خبر السيكوني، عن جعفر بن محمد، عن آبائه عليهم السلام «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) المرأة لا يوصى إليها لأن الله عزّ و جلّ قال ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٤٧٧

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٤٦٦ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٤٦٦ ح ١

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٩

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٢٦

و ما فى المرسل «سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن قوله عزّ وجلّ {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ} قال: لا تؤتوها شارب الخمر، ولا النساء، ثم قال: و أئى سفیه أسفه من شارب الخمر»(١). وحملهما الصدوق على الكراهه فقال: إنّما يعنى كراهيه اختيار المرأه للوصيه فمن أوصى إليها لزمها القيام بالوصيه على ما تؤمر به و يوصى إليها فيه إن شاء الله.

اقول: الصحيح هو حملهما على التقية و ذلك لإبء ظاهرهما عن الحمل على الكراهه فان اعطاء المال الى السفیه ليس مكروها بل باطل كما وان من المقطوع به عدم كون المرأه من مصاديق السفهاء و عليه فهذه قرينه قطعيه على عدم صحه الخبرين متنا و عليه فلا وثوق بهما حتى يعارضا معتبر ابن يقطين .

## و يصح تعدد الوصى

(و يصحّ تعدد الوصى فيجتمعان)

لو كانا اثنين فى التصرف بمعنى صدوره عن رأيهما و نظرهما و إن باشره أحدهما كما فى صحيح الصفّار: «كتب إلى أبى محمّد (عليه السلام): رجل مات و أوصى إلى رجلين أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة، و الآخر بالنصف؟ فوقع (عليه السلام): لا ينبغى لهما أن يخالفا الميّت و أن يعملا على حسب ما أمرهما إن شاء الله»(٢).

ص: ٤٧٨

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٢٦

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٤٦٦ ح ١

و خبر بريد بن معاويه «أن رجلا مات و أوصى إليّ و إلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك و أعطني النصف ممّا ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال: ذلك له» (١).

قال الصدوق بعد نقله للخبر: لست افتى به، بل بما عندي بخط الحسن بن عليّ عليهما السلام (٢)، و مراده صحيح الصفار، واجابه الشيخ فقال: «ظنّ ابن بابويه تنافى الخبرين فقال: لا أعمل به ظنّاً منه أنّهما متنافيان و ليس الأمر على ما ظنّ لأنّ قوله ع ذلك له ليس في صريحه أنّ ذلك للمطالب الذي طلب الاستبداد بنصف التركة و ليس يمتنع أن يكون المراد بقوله ع ذلك له يعنى الذي أبى على صاحبه الانقياد إلى ما أراده فيكون تلخيص الكلام أنّ له أن يأبى عليه و لا يجيبه إلى ملتمسه و على هذا الوجه لا تنافى بينهما على حال» (٣). قلت: و الأمر كما قال الشيخ .

(ألا أن يشترط لهما الانفراد)

فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره.

ص: ٤٧٩

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٢٤٦ ح ٢

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٢٠٣

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٩، ص: ١٨٦

(فإن تعاسرا) فأراد أحدهما نوعا من التصرف و منعه الآخر (صح) تصرفهما (فيما لا بد منه) كمؤنه اليتيم و وقف غيره على اتفاهما .

(و للحاكم) الشرعى (إجبارهما على الاجتماع)

من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان إذ لا ولايه له فيما فيه وصى, و يدل على ذلك صحيح صفوان بن يحيى قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك و له وصيان فهل يجوز أن يدفع إلى أحد الوصيين دون صاحبه؟ قال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم بينهم المال، فوضع على يد هذا النصف و على يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»(١).

(فإن تعذر) عليه جمعهما (استبدل بهما)

و ذلك لانه يجب على الحاكم ان يقوم بما يلزم القيام به والمفروض تعذر قيامهما به .

(و ليس لهما قسمه المال)

لأنه خلاف مقتضى الوصيه من اجتماع فى التصرف كما تقدم فى صحيح الصفار و معتبر برید .

ص: ٤٨٠

(و لو شرط لهما الانفراد ففي جواز الاجتماع نظر)

من أنه خلاف الشرط فلا يصح فأَنَّ الميِّت إذا كان له غرض في شرط الانفراد لم يجز كصوره النهي , و بذلك تعرف ضعف الوجه الثاني من أن الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأى كل واحد منهما و شرط الانفراد اقتضى الرضا.

(و لو نهاهما عن الاجتماع اتبع) عملا بمقتضى الوصيه.

(و لو جوّز لهما الأمرين أمضى فلو اقتسما المال جاز)

لأنه لا يحصل حينئذ تبادل للوصيه حتى يكون منهيًا عنه .

### **و لو ظهر من الوصى عجز ضمّ الحاكم اليه**

(و لو ظهر من الوصى عجز ضمّ الحاكم اليه)

حتى يحصل الجمع بين عدم تبادل الوصيه و إنفاذها.

(و لو خان الوصى)

ضمّ الحاكم اليه من يمنعه منها اولا جمعا بين عدم تبادل الوصيه و وجوب تنفيذ الوصيه بعد الالتفات الى عدم لياقه الخائن لذلك و اذا لم يمكن منعه من الخيانه المجدده بضم آخر اليه (عزله الحاكم و أقام مكانه) غيره .

ص: ٤٨١

هذا اذا لم يستظهر من الوصيه كون الايضاء مقيدا بعدم الخيانه و الا يخرج عن كونه وصيا بمجرد الخيانه .

حصيله البحث:

إنّما تصحّ الوصيّة على الأطفال بالولاية من الأب أو الوصيّ المأذون له من أحدهما. و يعتبر في الوصيّ الكمال و الإسلام و إن كان رحماً إلّا أن يوصى الكافر إلى مثله، و الوثاقه، و كذا الحرّيه إلّا أن يأذن المولى. و تصحّ الوصيّة إلى الصبّي منضمّاً إلى كامل و إلى المرأه و الخنثى، و يصحّ تعدّد الوصيّ فيجتمعان إلّا أن يشترط لهما الانفراد، فإن تعاسرا صحّ فيما لا بدّ منه كمؤونه اليتيم و للحاكم إجبارهما على الاجتماع، فإن تعدّدت استبدل بهما و ليس لهما قسمه المال، و لو شرط لهما الانفراد فلا يجوز لهما الاجتماع، و لو نهاهما عن الاجتماع اتّبع قطعاً، و لو جوّز لهما الأمرين أمضى، فلو اقتسما المال جاز، و لو ظهر من الوصيّ عجزٌ ضمّ الحاكم إليه، معيناً و لو خان عزله الحاكم و أقام مكانه .

### و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده

(و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده)

يعنى لو كان للوصى دين على الميت جاز ان يستوفى ممّا فى يده من غير اذن حاكم إذا لم يكن له حجه، كما عن الشيخ فى النهايه و قد يستدل له بموثقه بريد بن معاويه، عن الصادق (عليه السلام) قلت له: «إنّ رجلاً أوصى إلىّ فسألته أن يشرك معى

ص: ٤٨٢

ذا قرابه له ففعل و ذكر الذى أوصى إليّ أن له قبل الذى أشركه فى الوصية خمسين و مائه درهم عنده رهنا بها جام من فضّه فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه؟ قال: إن أقام البيّنه و إلّا فلا شىء له، قال: قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ ممّا فى يده شيئاً؟ قال: لا يحلّ له، قلت: أ رأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا»(١).

و قال بالجواز مطلقاً ابن إدريس و هو الأقوى و الجواب عن الموثقه انها مفروضه فى استيفاء أحد الوصيين على الاجتماع بدون اذن الآخر كباقي التصرفات و ليس للآخر تمكينه من تقاصّ ما يجعله تحت يده من المال بحسب الظاهر بدون اثباته، و قد نبه عليه فى آخر الروايه بان هذا ليس مثل هذا اى هذا يأخذ باطلاع الوصى الآخر و ليس له تمكينه بمجرد الدعوى بخلاف من يأخذ على جهه المقاصه حيث لا يطلع عليه احد.

(و قضاء ديون الميت التى يعلم بقاءها)

كما فى صحيح الصّفار المتقدم عن العسكرى (عليه السلام) ففيه: «نعم على الأكابر أن يقضوا دين أبيهم و لا يجسوه بذلك».

(و لا يوصى) عن اوصى اليه (إلّا بإذن منه) فى الايصاء.

ص: ٤٨٣

لا دليل على المنع كما يشهد لذلك صحيح الصفار كتب إلى أبي محمد (عليه السلام): «رجل كان وصى رجل فمات، و أوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيته؟ فكتب (عليه السلام): يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء» (١).

و بالجواز مطلقا أفتى الإسكافى و القاضى، و بالمنع المفيد و الحلبي و الحلبي، و قد صرح المبسوط بأنه ليس لنا نص فيه و قال فى الخلاف: «يكون النص على الجواز» .

و حيث لم يوص (يكون النظر بعده) فى وصيه الأول (إلى الحاكم) لأنه وصى من لا وصى له (و كذا) حكم كل (من مات و لا وصى له و مع تعذر الحاكم) لفقده أو بعده بحيث يشق الوصول إليه عادة (يتولى) إنفاذ الوصيه (بعض عدول المؤمنين)

من باب الحسبه و يدل على ذلك صحيح إسماعيل بن سعد الأشعري: «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل مات بغير وصيه و ترك أولادا ذكرانا و إناثا و غلمانا صغارا و ترك جوارى مماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم - إلى - و عن الرجل يموت بغير وصيه و له ورثه صغار و كبار أ يحلّ شراء خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستأمروا الخليفه

ص: ٤٨٤

---

١- الفقيه (فى باب ما يجب على وصى الوصى من القيام بالوصيه)



أ يطيب الشراء منه؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضى الورثة وقام عدل في ذلك»(١).

و خبر ابن رثاب: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك أولادا صغارا وترك ممالك له غلمان وجواري ولم يوص فما ترى في من يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد وما ترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا أنفذ ذلك القيم الناظر في ما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا في ما صنع القيم لهم، الناظر في ما يصلحهم»(٢).

و موثق سماعه، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية له وله خدم وممالك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك فلا بأس»(٣).

و صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «إن رجلا من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله وكان رجلا خلف ورثه صغارا ومتاعا وجواري، فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع

ص: ٤٨٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٦٦ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٦٦ ح ٢

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٦٦ ح ٣

الجوارى ضعف قلبه فى بيعهنّ و لم يكن الميّت صير وصيته إليه، و كان قيامه بها بأمر القاضى لأنهنّ فروج، قال: محمّد فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام) فقلت: جعلت فداك يموت الرّجل من أصحابنا فلا- يوصى إلى أحد و خلف جوارى فيقيم القاضى رجلا- منّا لبيعهنّ- أو قال: يقوم بذلك رجل منّا- فيضعف قلبه لأنهنّ فروج فما ترى فى ذلك؟ فقال: إذا كان القيم مثلك، و مثل عبد الحميد فلا بأس» (١).

### و الصفات المعبره فى الوصى هل يشترط حصولها حال الإيضاء؟

(و الصفات المعبره فى الوصى) من البلوغ و العقل و غيرهما قيل: (يشترط حصولها حال الإيضاء) لأنه وقت إنشاء العقد فإذا لم تكن مجتمعه لم يقع صحيحا كغيره من العقود و الايقاعات قضاء للشرط المعبر تقدمه على المشروط، أو مقارنته .

و فيه: ان الكلام فى شرطيتها فى حال الانشاء و لا دليل عليه بل قد تقدم صحه جعل الصبى وصيا بالانضمام الى غيره .

(و قيل) يكفى حصولها (حال الوفاه) حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول الصفات الأهليه له قبل الموت صح لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت و هو محل الولاية و لا حاجه إليها قبله، و هذا القول هو الموافق لمقتضى عمومات الوصيه المقتصر فى تخصيصها على ما تيقن من شرطيه هذه الأشياء فى

ص: ٤٨٦

الوصى، بمعنى المتلبس بالولاية، و أول آتات تلبسه بذلك مع الإطلاق من حين الوفاء، فتعتبر الشروط ذلك الوقت، إذ هو قبل ذلك ليس بوصى بمعنى تحقق الولاية، بل أقصاه وقوع العبارة التي تقتضى نصبه حين الوفاء إذا جمع غيرها من الشروط ذلك الوقت، ففقدتها قبل تلبسه بالولاية غير ضائر، بعد شمول عموم {فَمَنْ يَدَّلْهُ} ونحوه له، و ليس فى أدله الشروط ما يقتضى اشتراطها حال إيجاد عبارة النصب كما تقدم الكلام فى حقيقة الوصية من كونها من الايقاعات.

(وقيل) يعتبر (من حين الإيصاء إلى حين الوفاء)

وفيه: ان هذا القيل لا دليل عليه بل تقدم ما يدل على عدمه فراجع (١).

حصيلة البحث:

و لو كان للوصى دين على الميت جاز له استيفاء دينه ممّا فى يده و لا يلزم له استيذان حاكم الشرع و مثل ذلك قضاء ديون الميت التى يعلم بقاءها، و له ان يوصى بمن اوصى اليه و يكون النظر بعده إلى الحاكم لو لم يوص و كذا من مات و لا وصى له، و مع تعذر الحاكم يتولّى بعض عدول المؤمنين، و الصفات المعتبره فى الوصى يشترط حصولها حال الوفاء .

ص: ٤٨٧

(و للموصى أجره المثل على نظره فى مال الموصى عليهم)

لا شك فى جواز اخذ الاجره فى الجملة و انما اختلف الاصحاب فى مقدارها.

ف قيل: انه يأخذ اجره المثل و ذلك لان اجره المثل هى المصداق لعنوان المعروف الوارد فى الايه المباركه .

و تؤكد ذلك صحيحه هشام بن الحكم: «سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن تولى مال اليتيم ما له ان يأكل؟ فقال: ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك»<sup>(١)</sup> و هى صريحه فى اجره المثل .

و قيل: يأخذ قدر الكفايه لظاهر قوله تعالى {فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} فإن المعروف ما لا إسراف فيه و لا تقتير من القوت ففى صحيح ابن سنان، عن الصادق (عليه السلام) فى قوله عزّ و جلّ «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: «المعروف هو القوت و إنما عنى الوصى أو القيم فى أموالهم و ما يصلحهم»<sup>(٢)</sup>.

و موثق سماعه، عن الصادق (عليه السلام) فى قوله تعالى {وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} فقال: من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو

ص: ٤٨٨

١- وسائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٥

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ١٣٠ ح ٣

يتقاضى أموالهم و يقوم فى ضيعتهم فليأكل بقدر، و لا يسرف و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج لنفسه فلا يرزأن من أموالهم شيئاً»(١). و لا يرزأن يعنى لا يصيبن.

وقيل: أقل الأمرين لأن الأقل إن كان أجره المثل فلا عوض لعمله شرعا سواها و إن كان الأقل الكفايه فلأنها هى القدر المأذون فيه بظاهر الآيه.

و الأقوى جواز أخذ أجره المثل لصراحه صحيحه هشام فى ذلك و صحيح ابن سنان و موثق سماعه قابلان للحمل على هذه الصحيحه و ليسا صريحين بالآخذ بمقدار الكفايه و عليه فيحمل الظاهر- ان قلنا بظهورهما - على النص .

(مع الحاجه)

و هى الفقر كما نبه عليه تعالى بقوله {وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} و لا- يجوز مع الغناء لقوله تعالى {وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ} .

وقيل يجوز أخذ الأجره مطلقا لأنها عوض عمل محترم .

و فيه: انه اجتهاد قبال النص المتقدم انفا.

و اما مرسله العياشى عن رفاعه، عن الصيادق (عليه السلام) فى قوله تعالى {فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} قال: كان أبى يقول: إنها منسوخه».

ص: ٤٨٩

و ما فى المجمع قال: «روى عن الباقر (عليه السلام) أنّ من كان فقيراً يأخذ من مال اليتيم، قدر الحاجه من الكفايه على جهه القرض، ثمّ يرّد عليه ما أخذ إذا وجد». فهما ضعيفان سندا ولا يلتفت اليهما.

هذا وقد يقال باعتبار ان لا يكون مال اليتيم قليلا لروايه ابى الصباح الكناني: «عن ابى عبد الله (عليه السلام) فى قول الله عز و جل: {وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} فقال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشه فلا بأس ان يأكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم اموالهم، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا» (١).

وفيه: انها ضعيفه السند بمحمد بن الفضيل - حيث لم يحرز كونه النهدي الثقه - مضافا الى اعراض المشهور عن الفتوى بمضمونها ويمكن تنزيلها على الاستحباب.

هذا و يجوز للوصى غير القيم على اليتيم اخذ اجره المثل لان ذلك مقتضى الامر بالعمل لا على نحو المجانيه المقتضى لضمان اجره المثل للسيره العقلايه.

## و يصح الردّ للوصيه بشرطين

(و يصح الردّ للوصيه)

لكن بشرطين: ١- كون ذلك فى حياه الموصى كما قال: (ما دام حيّا) ٢- (مع بلوغه) الرد .

ص: ٤٩٠

---

١- وسائل الشيعه ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٣

كما هو صريح صحيح منصور المتقدم وقد يضاف الى ذلك امكان الايحاء الى شخص آخر استنادا الى قوله (عليه السلام) في الصحيحه المتقدمه «لأنه لو كان شاهدا فأبى ان يقبلها طلب غيره» .

و فيه انه لا ظهور لهذه الفقره بالعليه بل هي على نحو الحكمه , و عليه (فلو رد و لم يبلغ الموصى بطل الرد)

(و لو لم يعلم بالوصيه إلا بعد وفاه الموصى لزمه القيام بها)

كما في صحيح محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام): إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يردّ وصيته فإن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل»(١).

و صحيح فضيل، عنه (عليه السلام) «في رجل يوصى إليه؟ فقال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه»(٢).

و ليس المراد بهما الردّ بعد الموت و ذلك لما تقدم من صحيحه منصور بن حازم عن الصادق (عليه السلام): «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره».

ص: ٤٩١

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٠٦ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٧، ص: ٦٠٦ ح ٢

هذا اذا لم يكن العمل بها حرجيا و الّا جاز ردها حتى مع اختلال ما تقدم لقاعده نفى الحرج المستفاده من قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ (١).

هذا و يلزمه القيام بالوصيه لو لم يعلم بها الّا بعد الموت (الّا مع العجز) فلا يكلف الله نفسا الّا وسعها.

هذا و لو ردّ الوصى الوصيه فهل يلزم من ذلك بطلان الوصيه رأسا ام لا؟ الاقوى هو الثانى لان اقصى ما يستلزمه الرد خلو الوصيه من الوصى و هو لا يقتضى بطلانها.

و هل يجب قبول الولد للوصيه اذا دعاه والده الى ذلك؟ قيل بالوجوب لروايه على بن الريان: «كتبت الى ابى الحسن (عليه السلام): رجل دعاه والده الى قبول وصيته هل له ان يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع (عليه السلام): ليس له ان يمتنع» (٢) و هى وان كانت ضعيفه السند بسهل بن زياد لكنها موثوق بها حيث اعتمدها الكليني (٣) و افتى بها الفقيه (٤).

ص: ٤٩٢

١- الحج: ٧٨

٢- وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١

٣- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٧٦ ح ٦

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ١٩٥



هذا ولو عيّن الموصى احدا لتنفيذ الوصيه تعين كما هو مقتضى الادله الداله على امضاء الوصيه , بل صحيح منصور المتقدم صريح فى ذلك.

و لو لم يعيّن الموصى شخصا للقيام بتنفيذ وصيته او مات الوصى قبل تنفيذ الوصيه فعلى الحاكم الشرعى تعيين شخص لذلك و ذلك لأنه بعد الحكم شرعا بصره الوصيه- تمسكا باطلاقات صرحه الوصيه- يلزم تصدى بعض لتنفيذها، و اذا دار امر ذلك البعض بين كونه مطلق عدول المؤمنين او خصوص الحاكم الشرعى فينبغى الاقتصار على من يتيقن باذن الشارع له فى التصدى و هو الحاكم الشرعى و يكون تصدى غيره موردا لاستصحاب عدم ترتب الاثر.

بل يصح التمسك لذلك أيضا بالتوقيع الشريف و هو صحيح اسحاق بن يعقوب: «سألت محمد بن عثمان العمري ان يوصل لى كتابا قد سألت فيه عن مسائل اشكلت علىّ فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (عليه السلام): اما ما سألت عنه ارشدك الله و ثبتك ... و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فانهم حجتي عليكم و انا حجه الله ...»(1).

و يجوز للاب نصب القيم على اطفاله بعد الوفاه و هو مما لا خلاف فيه. و يمكن استفاده ذلك من موثقه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله (عليه السلام): «سئل عن رجل

ص: ٤٩٣

أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و اذن له عند الوصيه ان يعمل بالمال و ان يكون الربح بينه و بينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك و هو حي»(١).

و موردها و ان كان خاصا بالمضاربه ألما انه يمكن التعدى الى غيره اما تمسكا بعموم التعليل الوارد في ذيلها او بعدم القول بالفصل.

و يمكن التمسك أيضا بالروايات الداله على جواز جعل قيم على الاطفال في الجملة، فانها و ان لم تحدد من له حق الجعل الا ان القدر المتيقن من ذلك هو الاب خصوصا اذا لاحظنا الروايات الداله على ان الاب له الولايه على تزويج الصغيرين(٢) فانها اذا لم تدل باستقلالها على جواز جعل القيم عليهما من باب الاولويه فلا أقل هي تدل على المطلوب بعد ضمها الى الروايات المتقدمه.

هذا و شمولها للجهد محل خلاف قد تقدم في كتاب البيع.

ص: ٤٩٤

---

١- وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١ هذا و قد اشتمل سندها على الحسن بن على بن يوسف- و هو ابن البقاع الراوى لكتاب المثنى بن الوليد على ما ذكر النجاشى فى ترجمه المثنى- الذى وثقه النجاشى فى رجاله: ٢٩ منشورات مكتبه الداورى.

٢- وسائل الشيعه ١٤: ٢٠٧ الباب ٦ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد

و اما الولايه لغيرهما فلم تثبت و ذلك للأصل بعد عدم الدليل خلافا لابن الجنيّد حيث جعل للأُم الولايه بعد الاب اذا كانت رشيدَه (١) و لم يتضح مستنده في ذلك.

و وظيفه القِيم مع عدم تحديد جهه معينه له التصدي للشؤون المرتبطه بالطفل من تربيته و حفظ امواله و الانفاق عليه و استيفاء دينه و وفاء ما عليه من دين و ما شاكل ذلك. و ذلك لانصراف جعل الولايه له الى جعلها بلحاظ ذلك.

هذا و يجوز للموصى نصب ناظر على الوصى وظيفته اما لابداء النظر بنحو لا يكون تصرف الوصى نافذا الا اذا وافق نظره، او الاشراف على عمل الوصى بحيث يكون تحت نظره ليعترض عليه و يردعه اذا رأى منه مخالفه لمقررات الوصيه من دون ان يلزم الوصى بمتابعه رأيه بل يكفي اطلاعه على عمله الموافق بنظره- الوصى- لمقررات الوصيه. و لعل الغالب تداوله في جعل الناظر هو هذا المعنى، فانه و ان يشار اليه في الروايات بل و لا في كلمات المتقدمين من فقهاءنا الا ان اطلاقات صحه الوصيه و امضائها على ما هي عليه كقوله تعالى: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} تشهد على صحته .

حصيله البحث:

و للوصى القيم و غيره أجره المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجه، و يصح الرّد ما دام حيّاً، فلو ردّ و لما يبلغ الرّد بطل الرّد، و لو لم يعلم بالوصيه إلا

ص: ٤٩٥

بعد وفاه الموصى لزمه القيام بها إلا مع العجز او كون العمل بها حرجيا , و لا تبطل الوصيه برّد الوصى و يجب على الولد قبول الوصيه اذا دعاه والده الى ذلك , و لو لم يعين الموصى شخصا للقيام بتنفيذ وصيته او مات الوصى قبل تنفيذ الوصيه فعلى الحاكم الشرعى تعيين شخص لذلك .

## (كتاب النكاح)

### اشاره

النكاح فى مقابل الزنا و السفاح.

و هو عقد يتضمن إنشاء علقه الزوجيه التى تترتب عليها احكام خاصه , و يعبر عنه بتمليك البضع, و المراد من البضع الاستمتاع.

اما ان النكاح هو العقد المذكور و ليس هو الوطاء فيشهد له الكتاب العزيز، فانه لم يعهد فيه استعمال لفظ النكاح فى الوطاء.

ص: ٤٩٤

## (الأول: فى المقدمات)

### النكاح مستحب مؤكّد

(النكاح مستحب مؤكّد)

ويكفى فى تأكّيده قوله تعالى {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} وقوله جلّ و علا {فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً}.

(و فضله محقق حتى أن المتزوج يحرز نصف دينه و روى ثلثا دينه)

والنصوص بذلك فوق حد الاستفاضه منها صحيح صفوان، عن الصادق (عليه السلام): «قال النبي صلى الله عليه وآله: تزوجوا و زوجوا أأا فمن حظّ امرئ مسلم إنفاق قيمه أئمه(١)، و ما من شىء أحبّ إلى الله عزّ و جلّ من بيت يعمر فى الإسلام بالنكاح، و ما من شىء أبغض إلى الله عزّ و جلّ من بيت يحرب فى الإسلام بالفرقه - يعنى الطلاق»-(٢).

ص: ٤٩٧

١- الأيم فى الأصل التى لا زوج لها بكرا او ثيبا مطلقه او متوفى عنها زوجها. (النهايه).

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٢٨ ح ١

و موثق ابن القدّاح، عن الصادق (عليه السلام) «ركعتان يصلّيهما المتزوّج أفضل من سبعين ركعه يصلّيهما عزب»<sup>(١)</sup>.

و معتبر محمّد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام): «تزوّجوا فإنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله قال: من أحبّ أن يتبع سنّتي فإنّ من سنّتي التزوّج (الترّوج - ظ)»<sup>(٢)</sup>.

و خبر كليب بن معاوية الأسدّي، عن الصادق (عليه السلام) «قال النّبى صلّى الله عليه و آله: من تزوّج أحرز نصف دينه» و فى حديث آخر «فليتق الله فى النصف الآخر أو الباقي»<sup>(٣)</sup>. و لم أقف على روايه الثلثين التى ذكرها المصنّف.

### و هو أعظم الفوائد بعد الإسلام

(و هو أعظم الفوائد بعد الإسلام)

كما فى صحيح صفوان بن يحيى عن أبى الحسن علىّ بن موسى الرضاع قال: «ما أفاد عبد فائده خيراً من زوجه صالحه إذا رآها سرّته و إذا غاب عنها حفظته فى نفسها و ماله»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٤٩٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٢٨ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٢٩ ح ٥

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٢٨ ح ٢

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٢٧ ح ٣

و موثق بريد العجلي، عن الباقر (عليه السلام)، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: «إِذَا أُرِدْتُ أَنْ أَجْمَعَ لِلْمُسْلِمِ خَيْرَ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ جَعَلْتُ لَهُ قَلْبًا خَاشِعًا، وَ لِسَانًا ذَاكِرًا، وَ جَسَدًا عَلَى الْبَلَاءِ صَابِرًا، وَ زَوْجَةً مُؤْمِنَةً تَسْرَهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا وَ تَحْفَظُهُ إِذَا غَابَ عَنْهَا فِي نَفْسِهَا وَ مَالِهَا»(١).

(و ليتخير البكر)

كما في معتبر عبد الأعلى بن أعين مولى آل سام، عن الصادق (عليه السلام): «قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: تَرَوُّجُوا الْأَبْكَارَ فَإِنَّهُنَّ أَطْيَبُ شَيْءٍ أَفْوَاهًا،- وَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ- وَ أَنْشَفَهُ أَرْحَامًا وَ أَدَّرَ شَيْءٌ أَخْلَافًا، وَ أَفْتَحَ شَيْءٌ أَرْحَامًا- الْخَيْرِ»(٢).

(و العفيفه الولود الكريمة الأصل و لا يقتصر على الجمال أو الثروه)

كما في موثق ابن مسكان و هو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابه، عن الصادق (عليه السلام): «إِنَّمَا الْمَرْأَةُ قَلَادَةٌ فَانظُرْ إِلَى مَا تَقْلُدُهُ، قَالَ: وَ سَمِعْتَهُ يَقُولُ: لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ خَطَرٌ إِلَّا لِصَالِحَتَيْهَا وَ لَا لِطَالِحَتَيْهَا، أَمَّا صَالِحَتَيْهَا فَلَيْسَ خَطَرُهَا الذَّهَبُ وَ

ص: ٤٩٩

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٢٧ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٤ ح ١، و رواه التهذيب في ٧ من أخبار «اختيار أزواجه» و ليس فيه «و في حديث آخر». و فيه بعد «أفواها» «و أدَّرَ شَيْءٌ أَخْلَافًا، وَ أَحْسَنَ شَيْءٌ أَخْلَافًا، وَ أَفْتَحَ شَيْءٌ أَرْحَامًا- الْخَيْرِ» .

الفضة بل هي خير من الذهب والفضة، وأما طالحتهنّ فليس التراب خطرهما بل التراب خير منها»(١).

و في معتبر السكونيّ، عن الصادق (عليه السلام)، عن النبيّ صلّى الله عليه وآله: اختاروا لنطفكم فإنّ الخال أحد الضجعين»(٢).

و في معتبره الاخر: «و أنكحوا الأكفاء و أنكحوا فيهم و اختاروا لنطفكم»(٣).

و في معتبره الثالث: «قام النبيّ صلّى الله عليه وآله خطيباً فقال: إياكم و خضراء الدمن قيل: و ما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسنة في منبت السوء»(٤).

و صحيح هشام بن الحكم عنه (عليه السلام): «إذا تزوّج الرجل المرأة لجمالها أو مالها و كل إلى ذلك، و إذا تزوّجها لدينها رزقه الله الجمال و المال»(٥).

و صحيح عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام): «جاء رجل إلى النبيّ صلّى الله عليه وآله فقال: إنّ لى ابنه عمّ قد رضيت جمالها و حسنها و دينها و لكنّها عاقر؟ فقال: لا تتزوّجها إنّ يوسف بن يعقوب لقي أخاه فقال: يا أخي كيف استطعت أن

ص: ٥٠٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٢ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٢ ح ٢

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٢ ح ٣

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٢ ح ٤

٥- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٣٣ ح ٣



تتزوج النساء بعدى، قال إنَّ أبى أمرنى، و قال: إن استطعت أن تكون لك ذرّيّه تثقل الأرض بالتسييح فافعل، قال فجاء رجل من الغد إلى النّبىّ صلّى الله عليه و آله فقال له مثل ذلك، فقال له: تزوّج سواء ولودا، فإنّي مكاثر بكم الأمم يوم القيامة، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): ما السّوءاء؟ قال: القبيحه»(١).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «قال النّبىّ صلّى الله عليه و آله: تزوّجوا بكرا ولودا و لا تزوّجوا حسناء جميله عاقرا، فإنّ أباهى بكم الأمم يوم القيامة»(٢).

### استحباب صلاه ركعتين و الدعاء بعدهما بالخيره

(و يستحب صلاه ركعتين و الاستخاره و الدعاء بعدهما بالخيره، و ركعتى الحاجه و الدعاء بعدهما)

كما فى معتبر أبى بصير، عن الباقر (عليه السلام): «إذا تزوّج أحدكم كيف يصنع؟ قلت: لا أدري، قال: إذا همّ بذلك فليصل ركعتين و ليحمد الله عزّ و جلّ ثمّ يقول: «اللهمّ إنى أريد أن أتزوّج فقدّر لى من النّساء أعفهنّ فرجا و أحفظهنّ لى فى نفسها و

ص: ٥٠١

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٣٣ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٣٣ ح ٢

مالى و أوسعهم رزقا و أعظمهم بركه، و قدّر لى ولدا طيبا، تجعله خلفا صالحا فى حياتى و بعد موتى - الخبر» (١).

و معتبر عبد الرحمن بن أعين، عن الصادق (عليه السلام): «إذا أراد الرجل أن يتزوج المرأة فليقل: «أقررت بالميثاق الذى أخذ الله إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» (٢).

و كان على المصنّف ان يقول بدل «و الاستخاره»: «و الدّعاء بطلب الخير من الله».

و أمّا قوله: «و ركعتى الحاجه و الدّعاء بعدهما» فلم نقف على مستند له فى خصوص النكاح.

(و الاشهاد و الإعلان)

كما فى صحيح زراره، عن الصادق (عليه السلام) «سئل عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود، فقال: لا بأس بتزويج البتّه فى ما بينه و بين الله إنّما جعل الشهود فى تزويج البتّه من أجل الولد، لو لا ذلك لم يكن به بأس» (٣).

و صحيح هشام بن سالم، عنه (عليه السلام): «إنّما جعلت البيّنات للنسب و المواريث» و فى روايه أخرى «و الحدود» (٤).

ص: ٥٠٢

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠١ ح ٣

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠١ ح ٣

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٨٧ ح ١

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٨٧ ح ٢

(و) تستحب (الخطبه) بضم الخاء (امام العقد)

للتأسي بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمه عليهم السلام و خطبهم المنقوله فى ذلك مشهوره (١) و روى الكلينى أربع خطب عن أمير المؤمنين (عليه السلام) و خطبه عن الصادق (عليه السلام) و خطبه عن أبى الحسن أى الهادى (عليه السلام) ظاهرا لأن الزاوى عبد العظيم و خطبتين عن الرضا (عليه السلام)، ثم روى عن الصادق (عليه السلام) خطبه أبى طالب فى نكاح النبى صلى الله عليه وآله خديجه (٢).

و لا تجب إجماعا أو ضروره، خلافا لداود الظاهرى، كما فى خبر عبيد بن زراره، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن التزويج بغير خطبه، قال: أو ليس عامه ما يتزوج فتياننا و نحن نتعرق الطعام على الخوان نقول: يا فلان زوج فلانا فلانه، فيقول: نعم قد فعلت» (٣).

(و إيقاعه ليلا)

ص: ٥٠٣

- 
- ١- المستدرک الباب - ٣٣- من أبواب مقدمات النكاح
  - ٢- الكافي (فى باب خطب النكاح)
  - ٣- الكافي (فى باب التزويج بغير خطبه، ٤٣ من نكاحه)

استنادا الى خبر الوشاء عن الرضا (عليه السلام): «من السنه الترويح بالليل لأن الله تعالى جعل الليل سكنا و النساء إنما هن سكن» (١).

و موثق ميسر بن عبد العزيز، عن الباقر (عليه السلام): «تزوج بالليل فإن الله جعله سكنا، و لا تطلب حاحه بالليل فإن الليل مظلم، ثم قال: إن للطارق لحقا عظيما و إن للصاحب لحقا عظيما» (٢). بناء على أن المراد من الترويح في خبر الوشاء والتزوج في الموثق العقد كما فهمه المصنف تبعا للشيخ و الحلبي إلا انه غير معلوم، فلعل المراد به الزفاف كما يفهم من القاضى و يؤيده التعليل، و يشهد له أيضا معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام) «زفوا عرائسكم ليلا و أطعموا ضحى» (٣).

و يؤيد ذلك ما فى الحسن عن الشيعونى، عن الصادق (عليه السلام)، عن آباءه عليهم السلام: «قال النبى صلى الله عليه و آله: لا سهر إلا فى ثلاث: متهجيد بالقرآن أو فى طلب العلم، أو عروس تهدى إلى زوجها» (٤). و بالجمله المحقق استحباب الزفاف ليلا دون العقد.

(و ليجنب إيقاعه و القمر فى برج العقرب)

ص: ٥٠٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٦ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٦ ح ٣

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٦ ح ٢

٤- الخصال، ج ١، ص: ١١٢

لخبر الكليني عن إبراهيم بن محمّد بن حمران عن أبيه عن الصادق (عليه السلام) «من سافر أو تزوّج و القمر في العقر لم ير الحسنى»<sup>(١)</sup> و رواه الفقيه عن محمد بن حمران عن أبيه<sup>(٢)</sup>، و لا بدّ من تحريف أحدهما، قيل: و الظاهر تحريف ما في الفقيه حيث جعل الزاوي عن الصادق (عليه السلام) حمران نفسه، و التّهذيب جعله ابنه محمّد و يشهد لروايه الابن عنه (عليه السلام) تصريح النجاشي بروايته عنه (عليه السلام)، و عدّ رجال الشيخ له في أصحابه (عليه السلام)، و قد روى عنه (عليه السلام) في غسل يوم الجمعة الفقيه، و في وسوسه الكافي و غيرهما.

قلت: و يضعفه ان الصدوق نقل الحديث عن كتاب محمد بن حمران في موضعين<sup>(٣)</sup> و اما ابراهيم ابنه فليس بصاحب كتاب و من المحتمل ان ابراهيم نقل الحديث عن ابيه من كتابه و وقع التحريف في عبارته، و لا يحتمل ذلك في عبارته الصدوق روى محمد بن حمران في الموضعين، انه من تحريف النسخه و انه انما نقل روايه عن ابراهيم خارجا عن كتاب ابيه و ذلك لانه لا يناسبه التعبير بروى بل المناسب ان يعبر و في روايه... كما هو ديدنه فيما يماثل المورد و كون محمد يروى عن الصادق (عليه السلام) لا- ينافى روايته عنه (عليه السلام) بتوسط ابيه كما وان الكافي نقل الروايه عن البرقي عن علي بن اسباط و الحال ان البرقي رواها في المحاسن عن

ص: ٥٠٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٨، ص: ٢٧٥

٢- الوسائل ج ٢٠، ص: ١١٤ باب ٥٤ و في روايه الفقيه و التّهذيب تفاوت في المتن لا يضر.

٣- من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٢٦٧ و ج ٣ ص ٣٩٤

بعض اصحابه عن على بن اسباط (١) فيعلم من ذلك اضطراب احدهما و عليه فلا عبره بهما, و عليه فسنند الصدوق اليه صحيح و على فرض ضعفه فهو مجبور بعمل الاصحاح كالكليني و الصدوق و المفيد (٢) و غيرهم.

و يؤيد ما تقدم خبر عبد العظيم، عن الهادي (عليه السلام) قال: «من تزوج و القمر في العقرب لم ير الحسنى و قال: من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد» (٣) و لم ينقله الفقيه لكّنه قال: «و روى أنّه يكره التزويج في محاق الشهر» (٤) فكأنّه كان له تردّد في صحّه هذا الخبر الذي رواه في العلل و العيون و لم يذكره الأكثر. و المحاق من الشهر ثلاث ليال من آخره (٥), نعم يكره الجماع في محاق الشهر كما ورد في صحيح الجعفرى (٦) و هو شيء اخر.

حصيله البحث:

ص: ٥٠٦

١- المحاسن - ٣٤٧ - ٢٠

٢- المقنعه ص ٥١٤

٣- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ١١٥ ح ٣

٤- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ١١٥ ح ٢

٥- الصحاح للجوهري ٤- ١٥٥٣

٦- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٢

النكاح عقد يتضمن إنشاء علقه الزوجيه التي تترتب عليها احكام خاصه، و النكاح مستحبٌ مؤكّد و فضله مشهورٌ محقّق و هو من أعظم الفوائد بعد الاسلام، و ليختر البكر العفيفه الولود الكريمه الأصل، و لا- يقتصر على الجمال أو الثروه، و يستحبّ صلاه ركعتين و الاستخاره و الدعاء بطلب الخير من الله و الإشهاد و الإعلان و الخطبه أمام العقد و ليجنب إيقاع العقد و القمر في برج العقرب و يستحب إيقاع الزفاف ليلاً .

### استحباب صلاه ركعتين و الدعاء إذا أراد الدخول

(فإذا أراد الدخول صلى ركعتين و دعا) بالمأثور (و المرأه كذلك)

اقول: لا شك في استحباب صلاه ركعتين عند إرادته النكاح، و أمّا عند الدخول فغير معلوم نعم استحباب الدعاء معلوم كما في صحيح أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام): «إذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها و استقبل القبله و قل: «اللهم بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحلتها، فإن قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقيا من شيعه آل محمد عليهم السلام و لا تجعل للشيطان فيه شركاء و لا نصيبا»(١).

و يدلّ على اختصاص الصلاه بوقت إرادته النكاح ما في معتبره ايضا: «قال لي أبو جعفر (عليه السلام): إذا تزوّج أحدكم كيف يصنع؟ قلت: لا أدري قال: إذا همّ بذلك فليصل ركعتين و ليحمد الله عزّ و جلّ، ثمّ يقول: «اللهم إني أريد أن أتزوّد فقدر

ص: ٥٠٧

لى من النساء أعفهنّ فرجا و أحفظهنّ لى فى نفسها و مالى و أوسعهنّ رزقا»- إلى- فإذا دخلت عليه فليضع يده على ناصيتها و ليقل: «اللهم على كتابك تزوّجتها و فى أمانتك أخذتها و بكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت لى فى رحمها شيئا، فاجعله مسلما سويا. و لا تجعله شرك شيطان- الخبر»(١).

ففضّل فيه بين إرادته التزوّج و وقت الدّخول فاستحبّ للأوّل الصّلاه و الدّعاء، و للثانى الدّعاء فقط، نعم وردت الصّلاه فى ما إذا كان المتزوّج شيئا و خاف بغض المرأة له لا- مطلقا، كما فى صحيحه أيضا «قال: سمعت رجلا و هو يقول لأبى جعفر (عليه السلام): جعلت فداك إنى رجل قد أسننت و قد تزوّجت امرأه بكرا صغيره و لم أدخل بها و أنا أخاف أنّها إذا دخلت علىّ ترانى أن تكرهنى لخضابى و كبرى، فقال أبو جعفر (عليه السلام): إذا دخلت فمرها قبل أن تصل إليك أن تكون متوضّئه، ثم أنت لا تصل إليها حتّى توضّأ و صلّ ركعتين، ثمّ صلّ على محمّد و آل محمّد، ثمّ ادع و مر من معها أن يؤمّنوا على دعائك: و قل: «اللهم ارزقنى إلفها و ودّها و رضاها و أرضنى بها و اجمع بيننا بأحسن اجتماع، و آنس ايتلاف، فإنّك تحبّ الحلال و تكره الحرام» ثمّ قال: و اعلم أنّ الالف من الله و الفرق من الشيطان ليكره ما أحلّ الله عزّ و جلّ»(٢).

ص: ٥٠٨

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٠ ح ٣

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٠ ح ١



و أما ما قاله المصنف من أنّ المرأة أيضا كذلك تصلّى و تدعو فاستند فيه إلى روايه التّهذيب لصحيح أبي بصير الأخير فزاد فيه ذلك ففيه بعد «حتّى توضحاً و تصلّى ركعتين»: ثم مرهم يأمرها أن تصلّى أيضا ركعتين ثمّ تحمد الله و تصلّى على محمّد و آله، ثمّ ادع الله و مر من معها- إلخ»(١).

ثمّ على فرض صحّحه ما فى التّهذيب و سقوط الزيادة عن الكافى كما هو مقتضى اصاله عدم الزيادة فمورده أيضا تزوّج الشيب لا مطلقا مع أنّه أيضا إنّما تضمّن الصلاه فقط للمرأة بدون الدعاء و إنّما تضمّن حمدها و تصليتها فقط بعد الصلاه.

هذا و الأصل فى القول باستحباب الصلاه و الدعاء عند الدخول الشيخ و تبعه القاضى و ابن حمزه لكن فى المرأة لم يقولوا بالدعاء حتّى أنّ الحلّى الذى نسب ما قاله الشيخ إلى الروايه اقتصر فى الدعاء، على الرجل، و قلنا: إنّ الروايه أصلها فى شيب و شابه لا مطلقا كما هو المدعى، و بالجمله الواجب الاقتصار على مورد الخبر و مقدار دلالتة.

(و ليكن ليلا)

و قد عرفت عند قول المصنف: باستحباب العقد ليلا أنّ المحقّق من خبر التزويج ليلا الزفاف دون العقد

ص: ٥٠٩

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤٠٩ ح ٨

هذا و فى صحيح ابان و هو من اصحاب الاجماع عن عبد الرحمن بن أعين، عن الصيادق (عليه السلام): «إذا أراد الرجل أن يتزوج المرأة فليقل «أقررت بالميثاق الذى أخذ الله إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»(١) و هو ظاهر فى استحباب هذا القول وقت الزفاف لا عند اراده التزوج و الأ لقال اذا اراد ان يتزوج امرأه.

و فى خبر الميثمى رفعه «قال: أتى رجل أمير المؤمنين (عليه السلام) فقال له: إني تزوجت فادع الله لى، فقال: قل: «اللهم بكلماتك استحللتها و بأمانتك أخذتها اللهم اجعلها لودا و دودا لا تفرك، تأكل مما راح و لا تسأل عما سرح»(٢) و به افتى الكليني.

و المراد منه ما إذا لم يدع عند الدخول يدعو بعده بما قاله (عليه السلام)، واما معنى «راح» و «سرح» فقال الجوهري: سرحت الماشيه بالغداه و راحت بالعشى أى رجعت. و لعل المراد هنا كناية عن قناعتها بما يأتى به زوجها و رضايته بما حضره عندها. (و يضع يده على ناصيتها) كما تقدم.

حصيله البحث:

يستحب صلاة ركعتين عند إرادته النكاح، ويستحب الدعاء بالمأثور عند الدخول , و يستحب الصلاة و الدعاء بالمأثور فى ما إذا كان المتزوج شيبا و خاف بغض المرأة له لا مطلقا .

ص: ٥١٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠١-٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠١-٤

(و يسمّى تعالى عند الجماع دائماً)

كما فى المستفيضه و هى وان كان فى اسنادها ضعف لكنها موثوق بها لموافقتها للكتاب بالامر بالاستعاذه من الشيطان الرجيم.

مثل خبر الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرّجل إذا أتى أهله فخشى أن يشاركه الشيطان؟ قال: يقول: «بسم الله» و يتعوّذ بالله من الشيطان الرجيم»(١).

و خبر ابن القدّاح، عنه (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إذا جامع أحدكم فليقل: «بسم الله و بالله اللهم جنبني الشيطان و جنب الشيطان ممّا رزقتني» قال: فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضرّه الشيطان أبدا»(٢).

هذا، و فى صحيح هشام بن سالم، عنه (عليه السلام) «فى النطفتين اللتين للآدمى و الشيطان إذا اشتركا فقال (عليه السلام): ربما خلق من أحدهما و ربما خلق منهما جميعا»(٣).

(و يسأل الله الولد الذكر السوى)

كما تقدم فى معتبر ابى بصير «...فإن قضيت لى فى رحمها شيئا، فاجعله مسلما سويا...- الخبر»(٤).

ص: ٥١١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٢ ح ١

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٣ ح ٣

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٣ ح ٦

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٠ ح ٣

و فى خير عبد الرحمن بن كثير قال: «كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) جالسا فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، قلت: جعلت فداك فما المخرج من ذلك قال: إذا أردت الجماع فقل: «بسم الله الرحمن الرحيم الذى لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض اللهم إن قضيت منى فى هذه الليلة خليفه فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا ولا حظا، واجعله مؤمنا مخلصا مصفى من الشيطان ورجزه جل ثناؤك»(١).

و خبر أبى بصير: قال لى أبو عبد الله (عليه السلام): «يا أبا محمد إذا أتيت أهلَكَ فأى شىء تقول؟ قلت: جعلت فداك و أطيع أن أقول شيئا؟ قال: بلى قل: «اللهم بكلماتك استحللت فرجها و بأمانتك أخذتها، فإن قضيت فى رحمها شيئا فاجعله تقيا زكيا و لا تجعل للشيطان فيه شركا» قلت: جعلت فداك و يكون فيه شرك الشيطان، قال: نعم أما تسمع قول الله عز و جل فى كتابه ﴿وَ شَارِكُهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَجِيءُ فَيَقْعِدُ كَمَا يَقْعِدُ الرَّجُلُ وَ يَنْزِلُ كَمَا يَنْزِلُ الرَّجُلُ قلت: بأى شىء يعرف ذلك قال: بحبنا و بغضنا»(٢).

قلت: و يكفى فى استحباب الدعاء مشاركه الشيطان لنا كما جاء فى الآية ﴿وَ اسْتَفْزِرْ مَنِ اسْتَطَعْتَ مِنْهُمْ بِصَوْتِكَ وَ أَجْلِبْ عَلَيْهِمْ بِخَيْلِكَ وَ رَجْلِكَ وَ شَارِكُهُمْ فِي﴾

ص: ٥١٢

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠٣-٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠٣-٥

الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ وَعَدَّتْهُمْ وَمَا يَعِدُهُمُ الشَّيْطَانُ إِلَّا غُرُورًا» (١) و بها استشهد الامام (عليه السلام) .

### استحباب الوليمه يوما أو يومين

(و ليولم يوما أو يومين)

ففى صحيح هشام بن سالم، عن الصادق (عليه السلام): «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله حين تزوج ميمونه بنت الحارث أولم عليها و أطمع الناس الحيس» (٢).

و فى خبر الوشاء، عن الرضا (عليه السلام) «أَنَّ النَّجَاشِيَّ لَمَّا خَطَبَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله آمنه بنت أبى سفيان فزوجه دعا بطعام، ثم قال: إِنَّ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ الْإِطْعَامَ عِنْدَ التَّرْوِيجِ» (٣).

و أما كونها يوما أو يومين فيشهد له معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام): «قال النبي صلى الله عليه و آله: الوليمه أول يوم حقّ و الثانى معروف و ما زاد رياء و سمعه» (٤).

ص: ٥١٣

١- الإسراء: ٦٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٨ ح ٢

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٧ ح ١

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٨ ح ٤

و مرفوع ابن فضال إلى أبي جعفر (عليه السلام): «الوليمه يوم و يومان مكرمه، و ثلاثه أيام رياء و سمعه» (١).

و اما ما فى مرسل على بن الحكم قال: «أولم أبو الحسن موسى (عليه السلام) وليمه على بعض ولده فأطعم أهل المدينة ثلاثه أيام الفالوذجات فى الجفان فى المساجد و الأزقه فعابه بذلك بعض أهل المدينة فبلغه ذلك فقال: ما أتى الله عزّ و جلّ نبيا من أنبيائه شيئا إلّا و قد أتى محمّدا صلّى الله عليه و آله مثله و زاده ما لم يؤتهم، قال لسليمان { هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ } و قال لمحمّد صلّى الله عليه و آله { وَ مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا } (٢).

فلا يعلم ان المراد من قوله: «وليمه على بعض ولده» وليمه على عرسه، و الظاهر انها وليمه تولّد بعض ولده بشهاده خبر منهل القصاب قال: «خرجت من مكّه و أريد المدينة فمررت بالأبواء و قد ولد لأبى عبد الله (عليه السلام) موسى (عليه السلام) فسبقته إلى المدينة و دخل بعدى بيوم فأطعم الناس ثلاثا فكنت آكل فى من يأكل فما آكل شيئا إلى الغد حتّى أعود فأكل فمكثت بذلك ثلاثا أطعم حتّى ارتفق ثمّ لا أطعم شيئا إلى الغد» (٣).

(و يدعو المؤمنين إليها)

ص: ٥١٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٦٨ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٦، ص: ٢٨١ ح ١

٣- المحاسن، ج ٢، ص: ٤١٨ ح ١٨٧

لا سيّما المساكين ففي صحيح حمّاد بن عثمان قال: « أولمّ إسماعيل ره فقال له أبو عبد الله ع عليك بالمساكين فأشبعهم فإنّ الله يقول {وَمَا يُبْدِي البَاطِلُ وَمَا يُعِيدُ} (١).

و مرسل معلى بن محمد عن أبي إبراهيم (عليه السلام) «نهى النّبىّ صلّى الله عليه وآله عن طعام وليمه يخصّ بها الأغنياء و يترك الفقراء» (٢).

(و يستحب لهم الإجابة)

كما في صحيح جابر، عن الباقر (عليه السلام): «قال النّبىّ صلّى الله عليه وآله: أوصى الشاهد من أمّتى و الغائب أن يجيب دعوه المسلم و لو على خمسه أميال فإنّ ذلك من الدّين» (٣).

و معتبر السّكونى، عن الصّادق (عليه السلام) «أجب فى الوليمه و الختان و لا تجب فى خفض الجوارى» (٤).

ص: ٥١٥

١- المحاسن، ج ٢، ص: ٤١٨ ح ١٨٨

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ٢٨٢ ح ٤

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ٢٧٤ ح ٤

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٦، ص: ٢٧٥ ح ٦

## جواز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال

(و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال)

و عليه السيره قديما و حديثا، و في صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن النثار من السكر و اللوز و أشباهه أ يحلّ أكله؟ فقال: يكره أكل ما انتهب»<sup>(١)</sup> و نسبه في الفقيه الى الروايه<sup>(٢)</sup> و هو ظاهر في جواز الاخذ ألّا انه مكروه , قلت: «النَّهْبُ: الغنيمه، و الاثْنَهَابُ: أخذه من شاء. و الاثْنَهَابُ: إباحته لمن شاء»<sup>(٣)</sup>.

حصيله البحث:

و يسمّى عند الجماع دائماً، و يسأل الله الولد السوّى الصّالح، و ليولم يوماً أو يومين و يدعو المؤمنين لا- سيما المساكين و تستحبّ الإجابة، و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال .

ص: ٥١٦

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ١٢٣ ح ٧

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ١٦٠

٣- كتاب العين، ج ٤، ص: ٥٩ للفراهيدي، خليل بن احمد، نشر هجرت، قم المقدسه.



(و يكره الجماع عند الزوال)

إستنادا الى ما فى الفقيه مرسلًا وما فى الامالى مسندا عن أبى سعيد الخدرى - إلى - عن النبىِّ صلَّى الله عليه وآله: «يا على لا تجامع امرأتك بعد الظهر، فإنَّه إن قضى بينكما ولد فى ذلك الوقت يكون أحول و الشيطان يفرح بالحول فى الإنسان - الخبر» (١).

اقول: و الخبر عامى ولم يروه الكافى و لا - الشيخ و لم نر من أفتى به من القدماء أحد حتّى هو فى مقنعه و هدايته سوى ابن حمزه، مع أنّ فيه بعد الظهر و المصنف قال «عند الزوال» و الأصل فى هذا الفرع ابن حمزه حيث أفتى ببعض ما تضمنه الخبر فانه قد تضمّن امورا اخرى فففيه كراهه الجماع ليله الأضحى، و بين الأذان و الإقامه، فففيه: يا على لا تجامع امرأتك فى ليله الأضحى فإنَّه إن قضى بينكما ولد يكون له ستّ أصابع أو أربع أصابع» و فيه «يا على لا تجامع امرأتك بين الأذان و الإقامه فإنَّه إن قضى بينكما ولد يكون حريصا على إهراق الدماء» و فيه أيضا «لا تجامع امرأتك تحت شجره مثمره فإنَّه إن قضى بينكما ولد يكون جلاّدا قتالا أو عزيفا، يا على لا تجامع امرأتك فى وجه الشمس و تالأؤها إلّا أن ترخى سترًا فيستر كما فإنَّه إن قضى بينكما ولد يكون أعمى القلب بخيل اليد، يا على لا

ص: ٥١٧

تجامع أهلك في النَّصف من شعبان، فإنه إن قضى بينكما ولد يكون مشوما ذا شامه في وجهه، يا عليّ لا تجامع أهلك في آخر درجه منه إذا بقي يومان فإنه إن قضى بينكما ولد يكون عشّارا أو عوناً للظالمين و يكون هلاك فئام من النَّاس على يديه، يا عليّ لا- تجامع أهلك على سقوف البنيان فإنه إن قضى بينكما ولد يكون منافقا مرائيا مبتدعا، يا عليّ إذا خرجت في سفر فلا تجامع أهلك في تلك اللَّيلة فإنه إن قضى بينكما ولد ينفق ماله في غير حقّ» و فيه «يا عليّ لا تجامع أهلك إذا خرجت إلى سفر مسيره ثلاثه أيام و لياليهنّ فإنه إن قضى بينكما ولد يكون عوناً لكلّ ظالم يملك».

(و بعد الغروب حتّى يذهب الشفق)

كما في صحيح ابن ابي عمير عن عبد الرحمن بن سالم، عن أبيه، عن الباقر (عليه السلام): «قلت له: هل يكره الجماع في وقت من الأوقات و إن كان حلالاً؟ قال: نعم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس و من مغيب الشمس إلى مغيب الشفق - الخبير» (١).

ص: ٥١٨

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٩٨ ح ١

و صحيح عمرو بن عثمان، عنه (عليه السلام) «سألته أ يكره الجماع فى ساعه من السّاعات، قال: نعم- إلى- و فى ما بين غروب الشمس إلى أن يغيب الشّفق و من طلوع الفجر إلى طلوع الشّمس- الخبر»(١).

(و عاريا)

استنادا لمعتبر الفقيه «و سأل محمّد بن الفيض أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: أجامع و أنا عريان قال: لا، و لا تستقبل القبله و لا تستدبرها»(٢) و به افتمى الشيخ فى التهذيب(٣) و ابن الفيض و ان كان مهملًا- ألما ان الراوى عنه ابن ابى عمير(٤) و هو من اصحاب الاجماع مضافا الى اعتماد الصدوق على كتابه و عليه فالخبر موثوق به .

و خبر الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آباءه عليهم السّلام، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله: «إذا تجامع الرّجل و المرأه فلا يتعريان فعلاً الحمارين فإنّ الملائكه يخرج من بينهما إذا فعلا ذلك»(٥).

(و عقب الاحتلام قبل الغسل)

ص: ٥١٩

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٣

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٤

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٢ ح ١٨ و فيه: سال محمد بن العيص بدل ابن الفيض .

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٥٢٥

٥- علل الشرائع ج ٢ باب علل نواذر النكاح ص ٥١٣

كما فى خبر حمّاد بن عمرو و أنس بن محمّد، عن أبيه، عن جعفر بن محمّد، عن آباءه، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله- إلى- «و  
كره أن يأتى الرّجل أهله و قد احتلم حتّى يغتسل من الاحتلام فإن فعل ذلك و خرج الولد مجنوناً فلا يلومنّ إلّا نفسه»(١).

و خبر الحسين بن زيد، عن جعفر بن محمّد، عن آباءه عليهم السّلام، عن النّبىّ صلّى الله عليه و آله: «كره لكم أيتها الأُمّه أربعة و  
عشرين خصله- إلى- و كره أن يغشى الرّجل المرأة و قد احتلم حتّى من احتلامه الذى رأى فإن فعل و خرج الولد مجنوناً فلا  
يلومنّ إلّا نفسه- الخبر»(٢) و الخبران وان كانا ضعيفى السند لكن الاصحاب عملوا بمضمونهما.

(أو الوضوء)

إنّما زاد الوضوء الشيخ و تبعه القاضى و ابن حمزه، و أمّا المفيد(٣) و الدّيلمىّ و الحلّى فلم يذكروا غير الغسل و هو الصواب،  
لأنّ الخبر لم يذكر غيره.

(و الجماع عند ناظر اليه)

ص: ٥٢٠

---

١- الفقيه نوادر آخر الفقيه و التهذيب فى ١٨ من أخبار السنّه باب عقود النكاح

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٥٥٧

٣- المقنعه (للشيخ المفيد) ص: ٥١٦

ففى صحيح الحلبى عن أبى عبد الله ع قال: «سألته عن قول الله عزَّ و جل {أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ} فقال هو الجماع و لكنَّ الله ستيرٌ يحبُّ السَّتر فلم يُسمِّ كما تسمُّون»(١).

و فى خبر ابن راشد، عن أبيه، عن الصِّادق (عليه السلام): «لا- يجامع الرَّجل امرأته و لا جاريتته و فى البيت صبىٌّ فإنَّ ذلك ممَّا يورث الزَّنا»(٢).

و خبر الحسين بن زيد، عنه (عليه السلام): قال النَّبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: و الذى نفسى بيده لو أنَّ رجلاً غشى امرأته و فى البيت صبىٌّ مستيقظ يراهما و يسمع كلامهما و نفسهما ما أفلح أبداً إن كان غلاماً كان زانياً أو جارياً كانت زانية، قال: كان على بن الحسين عليهما السَّلام: إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب و أرخى الستور و أخرج الخدم»(٣).

ص: ٥٢١

- 
- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٩٨ ح ٣
  - ٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٩٩ ح ١ و التَّهذيب فى ٢٧ من أخبار السنَّه فى عقود النكاح، عن الكافى، لكن فيه بدل «ابن راشد» «أبى راشد»، والمحاسن فى ٤٢ من أخبار علله لكن فيه «ابن رشيد»، و رواه علل الصدوق فى باب العله التى لا يجوز أن يجامع الرَّجل و فى البيت صبىٌّ، ٢٦٧ من أبوابه و فيه بدل «ابن راشد» «حنان بن سدير» و فيه «يورثه الزَّنا».
  - ٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٩٩ ح ٢

و عن طَبِّ الحسين بن بسطام و أخيه بإسنادهما «عن أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام): إِيَّاكَ أَنْ تَجَامَعَ أَهْلَكَ وَ صَبِيَّ يَنْظُرُ إِلَيْكَ فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ كَانَ يَكْرَهُ ذَلِكَ أَشَدَّ كَرَاهِيَةً» (١).

ثمَّ المفهوم من خبر الحسين بن زيد المتقدِّم صيروره الناظر - غلاما كان أو جاريه - زانيا و مثله الخبر الأوَّل على نقل العلل بلفظ «يورثه الزَّنا» و لكن عن طبِّ ابن بسطام و أخيه بإسنادهما «عن جابر، عن الباقر (عليه السلام) إِيَّاكَ وَ الْجَمَاعَ حَيْثُ يَرَاكَ صَبِيَّ يَحْسُنُ أَنْ يَصِفَ حَالَكَ، قُلْتُ: يَا ابْنَ رَسُولِ اللَّهِ كَرَاهَهُ الشَّنْعَةُ؟ قَالَ: لَا - فَإِنَّكَ إِنْ رَزَقْتَ وَلَدًا كَانَ شَهْرَهُ عِلْمًا فِي الْفَسْقِ وَ الْفَجْرِ» (٢) و هو أيضا دالٌّ على اشتراط كون الصبيِّ ممثِّزا.

(و النظر الى الفرج حال الجماع و غيره)

قلت: المسلم كراهته حال الجماع، كما في موثق سماعه قال: «سألته عن الرَّجُلِ يَنْظُرُ فِي فَرْجِ الْمَرْأَةِ وَ هُوَ يَجَامِعُهَا؟ قَالَ: لَا بِأَسْ بِهَ إِلَّا أَنَّهُ يورث العمى في الولد» (٣) و مثله في كون الكراهه حال الجماع غيره.

ص: ٥٢٢

١- وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص: ١٣٤ ح ٩

٢- وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص: ١٣٤ ح ٨

٣- وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص: ١٢١ ح ٣

و أما خير الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آباءه عليهم السلام، عن النبي صلى الله عليه وآله: «و كره النظر إلى فروج النساء و قال: إنه يورث العمى» (١)، و خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد، عن أبيه، عن الصادق (عليه السلام)، عن آباءه عليهم السلام، عن النبي - إلى - و النظر إلى فروج النساء لأنه يورث العمى» (٢) فمضافا لضعف سندهما يحمل إطلاقهما لإجمالهما على الأخبار الأولى المفضلة.

و يدل على عدم الكراهة مرسل ابن ابي عمير عن إسحاق بن عمار، عن الصادق (عليه السلام) «في الرجل ينظر إلى امرأته و هي عريانه؟ قال: لا بأس بذلك و هل اللذه إلا ذلك» (٣).

هذا و ظاهر الكليني عدم كراهته حتى في حال الجماع و ذلك لعدم روايته لها بل اقتصاره على ما هو ظاهر في عدم الكراهة فروى خبر أبي حمزه، عن الصادق (عليه السلام): «سألته أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته و هو يجامعها؟ فقال: لا بأس» (٤).

اقول: و الجمع بينه و بين موثق سماعه هو حمل الكراهة في حال الجماع بالنظر إلى الباطن بقريته حديث الأربعمائه وهو صحيح سندا «عن علي (عليه السلام): لا ينظرن أحدكم إلى باطن فرج امرأته، فلعله يرى ما يكره و يورث العمى» (٥).

ص: ٥٢٣

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٥٥٦

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٣٥٧

٣- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ١٢٠ ح ١

٤- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ١٢٠ ح ٢

٥- الخصال باب الأربعمائه ح ١

(و الجماعة مستقبل القبلة و مستديرها)

كما في معتبر الفقيه «و سأل محمّد بن الفيض أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: أجامع و أنا عريان قال: لا، و لا تستقبل القبلة و لا تستديرها»<sup>(١)</sup> و موثق غياث بن إبراهيم، عن الصادق (عليه السلام) «كره أن يجامع الرجل مقابل القبلة»<sup>(٢)</sup>.

(و الكلام عند ملتقى الختانيين إلا بذكر الله تعالى)

للرجل كما في حديث الأربعمائه الصحيح سندا «عن عليّ (عليه السلام): إذا أتى أحدكم زوجته فليقلّ الكلام، فإن الكلام عند ذلك يورث الخرس»<sup>(٣)</sup> و ظاهره الاختصاص بالرجل.

و عليه يحمل خبر عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام): «أتقوا الكلام عند ملتقى الختانيين فإنه يورث الخرس»<sup>(٤)</sup> و خبر الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه

ص: ٥٢٤

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٤

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٦٠ ح ١٧

٣- الخصال باب الأربعمائه ح ١

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٩٨ ح ٧



عليهم السّلام، عنه صلّى الله عليه وآله «و نهى أن يكثّر الكلام عند المجامعة، و قال: يكون منه خرس الولد» (1) مضافاً لضعفهما سندا.

(و ليله الخسوف و يوم الكسوف و عند هبوب الريح الصفراء أو السوداء أو الزلزله)

أو الريح الحمراء، كما تقدم في صحيح ابن ابي عمير عن عبد الرحمن بن سالم، عن أبيه، عن الباقر (عليه السلام) قلت له: «هل يكره الجماع في وقت من الأوقات و إن كان حلالاً قال: نعم - إلى - و في اليوم الذي ينكسف فيه الشمس، و في الليله التي ينخسف فيها القمر، و في الليله و اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء أو الريح الحمراء و الريح الصفراء، و اليوم و الليله اللذين يكون فيهما الزلزله، و لقد بات النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم عند بعض أزواجه في ليله انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليله ما يكون منه في غيرها حتى أصبح، فقالت له: ألبغض كان منك في هذه الليله؟ قال: لا و لكن هذه الآيه ظهرت في هذه الليله فكرهت أن أتلدّذ و ألهو فيها و قد عبر الله أقواماً فقال عزّ و جلّ في كتابه ﴿وَإِنْ يَرَوْا كِسْفًا مِنَ السَّمَاءِ سَاقِطًا يَقُولُوا سَحَابٌ مَّرْكُومٌ فَذَرَهُمْ حَتَّىٰ يُلَاقُوا يَوْمَهُمُ الَّذِي فِيهِ يُصْعَقُونَ﴾ ثم قال أبو جعفر (عليه السلام): و أيم الله لا يجامع أحد في هذه الأوقات التي نهى النبي صلّى الله

ص: ٥٢٥

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٥

عليه وآله وسلم عنها وقد انتهى إليه الخبر فيرزق ولدا فيرى في ولده ذلك ما يحب» (١).

(و أول ليله من كل شهر آلا شهر رمضان و نصفه)

ويدلّ على ما قال صحيح حديث الأربعمائة «عن عليّ (عليه السلام): إذا أراد أحدكم أن يأتي أهله فليتوقّ أول الأهل و أنصاف الشهر فإنّ الشيطان يطلب الولد في هذين الوقتين و الشياطين يطلبون الشرك فيهما فيجئون و يحلبون» (٢) وغيره .

و أما الكراهه في كلّ المحاق فلصحيح سليمان بن جعفر الجعفريّ، عن أبي الحسن (عليه السلام) «من أتى أهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد» (٣).

و أما استثناء أول ليله من شهر رمضان فلمرسله الفقيه «و قال عليّ (عليه السلام): يستحبّ للرجل أن يأتي أهله أول ليله من شهر رمضان لقول الله عزّ و جلّ {أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ} (٤) فلو قلنا بحجيتها بعد فتوى الصدوق بها فهو و آلا فلا، و الايه لا تدل على اكثر من الجواز.

(و في السفر مع عدم الماء)

ص: ٥٢٤

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٩٨ ح ١

٢- الخصال باب الاربعمائه ح ١

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٢

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٧٣

إلّا أن يخاف على نفسه فلا يكره له ذلك كما فى صحيح إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرّجل يكون معه أهله فى السّفرة لا يجد الماء أو يأتى أهله؟ قال: ما أحبّ أن يفعل إلّا أن يخاف على نفسه؟ قال: قلت: طلب بذلك اللّذّه أو يكون شبّقا إلى النساء؟ قال: إنّ الشّبّيق يخاف على نفسه، قلت: يطلب بذلك اللّذّه؟ قال: هو حلال، قلت: فإنّه يروى عن النّبىّ صلّى الله عليه وآله «أنّ أبا ذرّ سأله عن هذا، فقال: ائت أهلك تؤجر، فقال: يا رسول الله آتيهم و أوجر، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: كما أنّك إذا أتيت الحرام أذرت فكذلك إذا أتيت الحلال أجزت» فقال أبو عبد الله (عليه السلام): ألا ترى أنّه إذا خاف على نفسه فأتى الحلال أجر»(١).

ثمّ إنّ الكليني ذكر كراهه جماع المختضب حيث روى خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصّيادق (عليه السلام): لا يجامع المختضب، قلت: جعلت فداك لم لا يجامع المختضب؟ قال: لأنّه محتصر»(٢).

قلت: ويدل على ذلك صحيح ابن ابي عمير عن أسلم مولى علىّ بن يقطين قال: «أردت أن أكتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله يتنوّر الرّجل و هو جنب؟ قال:

ص: ٥٢٧

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٩٥ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٩٨ ح ٨

فكتب لى ابتداء «النوره تزيد الجنب به نظافه و لكن لا يجامع الرّجل مختضبا و لا تجامع امرأه مختضبه»(١).

هذا وقد ورد كراهه الجماع فى السفينه كما فى معتبر ابن الفيض على نسخه الفقيه او ابن العيص حسب نسخه التهذيب وقد تقدم فيه: «و قال علىّ (عليه السلام) لا تجامع فى السفينه»(٢).

كما و لم يذكر كراهه الجماع حين طلوع الشّمس و اصفرارها قبل الغروب كما ورد فى صحيح عبيد الله الحلبيّ، عن الصادق (عليه السلام) فى خبر و قال: «إنّى أكره الجنابه حين تصفّر الشّمس و حين تطلع و هى صفراء»(٣).

و أمّا فى الماء فلا مانع منه كما هو الاصل و يؤيده خبر بريد العجليّ، عن الصادق (عليه السلام): «يأتى جاريته فى الماء، قال: لا بأس»(٤).

حصيله البحث:

لا يكره الجماع عند الزّوال، و يكره بعد الغروب حتّى يذهب الشّفق، و عارياً و عقيب الاحتلام قبل الغسل، و الجماع عند ناظرٍ إليه، و النّظر إلى باطن الفرج حال

ص: ٥٢٨

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ١، ص: ٣٧٧ ح ٢٢
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٢ ح ١٨
- ٣- من لا يحضره الفقيه، ج ١، ص: ٨٤
- ٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ١، ص: ٣٧١ ح ٢٦

الجماع، و الجماع مستقبل القبلة و مستدبرها، و الكلام للرجل عند التقاء الختانين إلّا بذكر الله تعالى، و ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند هبوب الرّيح الصّيفراء، أو السوداء او الحمراء و اليوم و اللّيله اللّذين يكون فيهما الزّلزله، و أوّل ليله من كلّ شهر و نصفه، و فى السّفرة مع عدم الماء إلّا أن يخاف على نفسه فلا يكره له ذلك و يكره الجماع للمختضب و فى السفينه و حين تصفّر الشّمس و حين تطلع و هى صفراء و أمّا فى الماء فلا مانع منه .

### جواز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها

(و يجوز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها)

و بذلك استفاضت الاخبار كما فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يريد أن يتزوّج المرأه أ ينظر إليها؟ قال: نعم إنّما يشتريها بأعلى الثّمن»<sup>(١)</sup>.

و صحيح هشام بن سالم، و حمّاد بن عثمان، و حفص بن البختري كلّهم، عن الصّيادق (عليه السلام): «لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوّجها»<sup>(٢)</sup> و المعاصم جمع معصم و هو موضع السوار من الساعد كما فى القاموس.

(و) يجوز النظر له و (ان لم يستأذنها) لاطلاق ما تقدم من النصوص.

ص: ٥٢٩

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٦٥ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٦٥ ح ٢

(بل يستحب له) لما يفهم من قوله (عليه السلام) « نعم إنما يشتريها بأغلى الثمن »

(و يختص الجواز بالوجه و الكفين و ينظرها قائمه و ماشيه) للاقتصار عليه فى النصوص المتقدمه.

(و روى جواز النظر الى شعرها و محاسنها)

كما فى صحيح عبد الله بن سنان، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): «الرجل يريد أن يتزوج المرأة فينظر إلى شعرها، فقال: نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» (١) و به افتى الفقيه (٢).

و قيد فى ما رواه عبد الله بن الفضل، عن أبيه عن رجل عن الصادق (عليه السلام) قلت له: «أينظر الرجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها و محاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذا» (٣) بعدم الالتذاذ لكنه ضعيف بالارسال.

و فى صحيح يونس بن يعقوب: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) الرجل يريد أن يتزوج المرأة، يجوز أن ينظر إليها؟ قال: نعم، و ترقق له الثياب، لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» (٤).

ص: ٥٣٠

١- التهذيب (فى باب نظر الرجل إلى المرأة قبل أن يتزوجها)

٢- الفقيه فى ٢٤ من أخبار ما أحل الله تعالى من النكاح

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٦٥ ح ٥

٤- العلل (فى باب العله التى من أجلها يجوز للرجل أن ينظر إلى امرأه يريد تزويجها، ٢٦٠ من أبواب جزئه الثانى)

اقول: و اختصاص الجواز بالوجه و الكفّين للمبسوط و تبعه ابن زهره و الحلبي، و أمّا غيرهم فكلّامهم أعمّ .

قال المفيد: «و إذا أراد أن يعقد على امرأه فلا- حرج عليه أن ينظر إلى وجهها قبل العقد، و يرى يديها بارزه من الثوب و ينظر إليها ماشيه في ثيابها».

و قال الشيخ في نهايته: «و ينظر إلى محاسنها يديها و وجهها و يجوز أن ينظر إلى مشيها و إلى جسدها من فوق الثياب» .

و قال ابن حمزه: «جاز له النَّظر إلى محاسنها و مشيها و جسدها فوق الثياب».

و قال القاضي: و إلى محاسنها و جسمها من فوق ثيابها» .

و قال الحلبي: «جاز أن ينظر إلى وجهها و يديها و ماشيه في ثيابها» و اليدان عرفا أعمّ من الكفّين و إن كانتا في آيتي السِّرقه و التيمّم أطلقنا على الكفّين.

اقول: هذه اقوال العلماء و الاقوى جواز النظر الى شعرها و الاخبار المتقدمه الاولى لا مفهوم لها حتى تعارض صحيح ابن سنان كما و انه لم يثبت اعراض الاصحاب عنه.

حصيله البحث:

ص: ٥٣١

يجوز النظر إلى وجه امرأه يريد نكاحها و ينظرها قائمه و ماشيه، و لا يختص الجواز بالوجه و الكفين، بل يجوز النظر إلى شعرها

## أحكام النظر

١- لا يجوز للرجل النظر إلى بدن الاجنبيه و لو من دون تلذذ. و استثنى من ذلك الوجه و الكفين و القدمين.

اما حرمه النظر إلى بدن الاجنبيه فى الجملة و لو لم يكن بتلذذ فيشهد له قوله تعالى: {وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ} (١) و الروايات الآتية التى تستثنى الوجه و الكفين من حرمه الابداء، و غير ذلك من الروايات الواردة فى الموارد المتفرقه.

بل يستفاد ذلك من قوله تعالى: {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ...} (٢) فان حرمه الابداء امام الغير تستلزم حرمه نظره عرفا. و المراد بالزينه ان كان مواضعها فالأمر واضح، و ان كان نفسها فحرمه ابدائها تستلزم حرمه ابداء مواضعها بالاولويه العرفيه.

و اما الاستدلال بقوله تعالى: {قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أُنْبُسَارِهِمْ...} (٣) فقابل للتأمل لان غض البصر ليس بمعنى تركه رأسا بل بمعنى عدم الطمع فى الشىء و جعله

ص: ٥٣٢

١- النور: ٣٠

٢- النور: ٣٠

٣- النور: ٣٠



مغفولا عنه, على انه قد يقال: بان المراد غَضَّ البصر عن خصوص الفروج بقريته السياق.

٢- و اما استثناء الوجه و الكفين فلعدّه وجوه نذكر منها:

١- التمسك بصحيحه الفضيل: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الذراعين من المرأه هما من الزينه التي قال الله: {وَلَا يُدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ} ؟ قال: نعم، و ما دون الخمار من الزينه و ما دون السوارين»(١) فان الوجه لا يستره الخمار، و الكف فوق السوار لا دونه فتكون الصحيحه داله على جواز ابدائهما.

الّا ان الاستدلال بها يحتاج إلى ضم مقدمه اخرى، و هي ان جواز الابداء يستلزم جواز نظر الغير، و قد ترفض الملازمه المذكوره، و لذا قد يقال بانه يجوز للرجل عدم ستر بدنه من دون استلزام ذلك لجواز نظر المرأه اليه.

اقول: لا شك في وجود الملازمه عرفا كما و ان الجواز في عدم تستر الرجل يدل على جواز نظر المرأه اليه الّا اذا قام الدليل على المنع ولم يثبت. و غايه ما يقتضيه انكار الملازمه فقدان الدليل على جواز نظر الرجل الا ان هذا وحده لا يكفي للحكم بحرمة إذا لم يكن لدليل حرمة النظر إلى بدن الاجنبيه اطلاق يشمل الوجه و الكفين لإمكان التمسك آنذاك بأصل البراءه.

ص: ٥٣٣

---

١- وسائل الشيعة ١٤: ١٤٥ الباب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١

٢- التمسك بصحيحه ابي حمزه الثمالى عن ابي جعفر (عليه السلام): «سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها اما كسر و اما جرح في مكان لا يصلح النظر إليه يكون الرجل ارفق بعلاجه من النساء أ يصلح له النظر إليها؟ قال: إذا اضطرت إليه فليعالجها ان شاءت»<sup>(١)</sup> فانها تدل بوضوح على ان بعض جسد المرأة يصلح النظر إليه، و حيث لا يحتمل انحصاره بغير الوجه و الكفين فيكونان القدر المتيقن للموضع الذى يجوز النظر إليه.

٣- التمسك بقوله تعالى: { وَلْيَضْرِبَنَّ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ } فان تخصيص الجيوب بوجوب الستر يدل على عدم وجوب ستر الوجه و الا كان اولى بالذكر من الجيب لان الخمار لا يستر الوجه عادة بل الجيب. و دلالتها لا تتم الا بضم الملازمه السابقه.

هذا و قد يتمسك لإثبات حرمة النظر بالروايات الداله على جواز النظر لمريد التزوج إلى وجهه و كفى المرأة، فانه يدل على عدم جواز النظر في غير حاله اراده التزوج.

و فيه: ان هذه الروايات وردت في مقام توهم الحرمة فلا دلالة فيها على عدم الجواز.

أو بصحيحه محمد بن الحسن الصفار: «كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) في رجل أراد ان يشهد على امرأه ليس لها بمحرم هل يجوز له ان يشهد عليها و هي من وراء الستر

ص: ٥٣٤

---

١- وسائل الشيعة ١٤: ١٧٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١

و يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان انها فلانه بنت فلان التي تشهدك و هذا كلامها أو لا يجوز له الشهاده عليها حتى تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع (عليه السلام): تتنقب و تظهر للشهود ان شاء الله» (١) فانها تدل على عدم جواز النظر إلى وجه المرأه لو لا الحاجه إلى ذلك للشهادة و الا لم يكن حاجه للأمر بالتنقب.

و فيه: ان الصحيحه بصدد بيان الشهاده مع تسترها وليست فى مقام بيان حرمه النظر اليها كما لا يخفى و يكفى احتمال ذلك.

و اما ما دل على ان النظر سهم من سهام ابليس و انه زنا العين (٢) فلا دلالة له على التحريم كما هو واضح و سيأتى البحث عنه.

و من خلال هذا يتضح انه لا مقتضى لحرمه النظر مضافا الى الملازمه العرفيه بين جواز الابداء و جواز النظر.

ثم ان جواز النظر يشمل القدمين ايضا و ذلك لقصور المقتضى فى شمول الحرمه لهما و يدل على الجواز صحيح مروك بن عبيد، عن بعض أصحابنا، عنه (عليه السلام) قلت

ص: ٥٣٥

١- تهذيب الاحكام ٦: ٢٥٥

٢- وسائل الشيعه ١٤: ١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح والكافى (فى نوادر من نكاحه ١٩١ منه ح ١١) «عن أبى جميله، عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام: ما من أحد إلّا و هو يصيب حظًا من الزنا فزنا العينين النظر، و زنا الفم القبلة، و زنا اليدين اللّمس صدق الفرج ذلك أم كذب». وح ١٢ عن عليّ بن عقبه (عن أبيه) عن الصادق (عليه السلام): النظر سهم من سهام إبليس مسموم و كم من نظره أورثت حسره طويله».

له: «ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة إذا لم يكن محرماً، قال: الوجه و الكفّان و القدمان»(١) و به افتى الكليني.

و اما ما فى الجواهر، عن عليّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن الرجل ما يصلح له أن ينظر إليه من المرأة التي لا تحلّ له؟ قال: الوجه و الكفّين» فلا وجود له فى كتب الحديث و لم ينقله الوسائل و مستدرکه.

### جواز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه

٢- (و يجوز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه لا لشهوه)

الأصل فى جعل الذمّيه كالامه المفيد حيث قال: «لا بأس بالنظر إلى وجوه نساء أهل الكتاب و شعورهن لأنهنّ بمنزله الإمام و لا يجوز النّظر إلى ذلك منهنّ لربيّه» و الشيخ فى الخلاف: «لا بأس بالنظر إلى نساء أهل الكتاب و شعورهنّ لأنهنّ بمنزله الإمام إذا لم يكن النظر لربيّه أو تلذّذ» و الظاهر أنّ مرادهما أنّهنّ كالإمام للناظر لا إماء غيره مع أنّه لا دليل على التعليل المذكور، و بجواز النّظر إلى شعورهنّ صرح القاضى أيضاً، و إنّما أنكره الحلّي استناداً إلى آيه الغصّ. وسيأتى اختلاف الأخبار فى المملوك و مولاته.

هذا و استفاضت الاخبار بجواز النظر الى الأمه إذا أراد شراءها كما فى معتبر أبى بصير: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: لا بأس بأن

ص: ٥٣٦

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥ ص: ٥٢١ ح ٢

ينظر إلى محاسنها و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه»(١) و به افتى الفقيه(٢).

و موق حبيب بن معلّى الخثعمي: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني اعترضت جواري بالمدينه فأمدت، فقال: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أمّا لمن لا يريد أن يشتري فإني أكرهه»(٣) و هي ظاهره بالجواز مع الكراهه لمن لم يرد الشراء.

و موق الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام «أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها»(٤).

٣- و اما جواز النظر الى اهل الذمه فيشهد له معتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام)، عن النبيّ صلّى الله عليه و آله: «لا حرمه لساء أهل الذمه، أن ينظر إلى شعورهنّ و أيديهنّ»(٥).

هذا و التقييد بنساء أهل الذمه لا خصوصيه له بل يجوز النظر إلى مطلق غير المسلمه، فان تخصيص نساء أهل الذمه بالذكر هو من باب دفع توهم ان عقد

ص: ٥٣٧

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٣٥٧-٣٥

٢- من لا يحضره الفقيه، في باب ما جاء في النظر إلى النساء، ج ٤، ص: ٢٠

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٣٦-٢٣٩

٤- النجعه في شرح اللمعه، ج ٨، ص: ٣١١

٥- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٢٤-٥٢٤

الذمام يمنحهن نحواً من الاحترام، ومع قطع النظر عن ذلك يمكن التمسك باطلاق صحيحه عباد بن صهيب الاثيه.

و يؤيده خبر أبي البختری، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عن عليّ عليهم السّلام: «لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل الذّمّه، و قال: ينزل المسلمون على أهل الذّمّه في أسفارهم و حاجاتهم، و لا ينزل المسلم على المسلم إلّا بإذنه» (١).

و اما اعتبار عدم التلذذ بالنظر فليل للتسالم الفقهي عليه، و لولاه كان مقتضى الاطلاق الجواز مطلقاً و هو كما ترى.

٤- و مثل اهل الذمه النساء اللواتي اذا نهين لا ينتهين كما ورد ذلك في صحيح عباد بن صهيب، عن الصادق (عليه السلام): «لا بأس بالنظر إلى رؤوس أهل تهمامه و الأعراب و أهل السّواد و العلوج لأنهم إذا نهوا لا ينتهون، و قال: و المجنون و المغلوبه على عقلها، و لا بأس بالنظر إلى شعرها و جسدها ما لم يتعمّد ذلك» (٢) و به عمل الفقيه (٣) و المفيد و الشيخ.

ص: ٥٣٨

١- قرب الاسناد (ط - الحديثه) للحميري، ص: ١٣١

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٢٤ ح ١

٣- الفقيه في ٢١ من نوادر بعد متعته و فيه بدل «و أهل السّواد- إلى- لا ينتهون» «و أهل البوادي من أهل الذّمّه و العلوج لأنهنّ إذا نهين لا- ينتهين» و فيه «قال: و المجنون المغلوبه لا- بأس- إلخ»، و رواه العليل في الباب ٣٦٥ و فيه «و أهل السّواد من أهل الذّمّه».

٥- هذا ويجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى بدن مماثله ما عدا العوره وذلك لانه من الضروريات، و تقتضيه سيره المسلمين، و روايات باب الحمام الناهيه عن دخول الحمام إلا بمئزر (١).

بل لا حاجة إلى دليل على الجواز بعد كونه مقتضى الاصل الذي خرج منه خصوص النظر الى العوره بالدليل الشرعي، كصحيحه حريز عن ابي عبد الله (عليه السلام): «لا ينظر الرجل إلى عوره أخيه» (٢) و غيرها.

٦- هذا ويجوز النظر إلى القواعد من النساء و الصبيه غير البالغه.

اما استثناء النظر إلى القواعد من النساء فلقوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ يَدَيْهِنَّ غَيْرَ مُتَّبِعَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ﴾ (٣).

و اما جواز النظر إلى الصبيه غير البالغه فلقصور المقتضى، فان حرمه النظر ان كانت مستفاده من الضروره الفقهيه فالقدر المتيقن منها النظر إلى البالغه. و ان كانت مستفاده من آيه حرمه ابداء الزينه فهي خاصه بالبالغه أيضا. و ان كانت

ص: ٥٣٩

١- وسائل الشيعة ١: ٣٦٧ الباب ٩ من أبواب آداب الحمام.

٢- وسائل الشيعة ١: ٣٦٣ الباب ٣ من أبواب آداب الحمام الحديث ١

٣- النور: ٦٠

مستفاده مما دلّ على استثناء الوجه و الكفين من حرمة الابداء فهو خاص بالبالغه أيضا.

و اما ما دلّ على ان النظر سهم من سهام ابليس فقد تقدم قصور دلالته عن افاده حرمة النظر و انها للارشاد لثلا يقع فى الزنا كما يشهد لذلك صحيح علي بن سويد قال: «قلت لأبى الحسن ع إني مبتلى بالنظر إلى المرأة الجميله فيعجبني النظر إليها فقال لي يا علي لا بأس إذا عرف الله من يتتك الصدق و إياك و الزنا فإنه يحق البركه و يهلك الدين»(١).

٧- و لا يلزم المرأة التحجب من الصبي غير البالغ فانه وان كان مقتضى المفهوم فى قوله تعالى: ﴿وَأَلَّا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ... أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾(٢) عدم جوازه ألما ان مقتضى صحيحه البنظى عن الرضا (عليه السلام): «يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين. و لا تغطى المرأة شعرها منه حتى يحتلم»(٣) الجواز، و لا بدّ من تقييد اطلاق مفهوم الآيه الكريمه بها.

و دعوى الشيخ الاعظم ان تخصيص جواز النظر فى صحيحه الفضلاء بالوجه و المعاصم لا يظهر له وجه ألّا اختصاصهما بجواز النظر فيكون ذلك مقيدا لإطلاق

ص: ٥٤٠

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٤٢ ح ٦

٢- النور: ٣١

٣- وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣



صحيحه ابن مسلم(١)، مدفوعه بان تخصيص ذلك بالذكر لا يوجب صلاحيته لتقييد غيره الآ بناء على ثبوت المفهوم للقب، و هو محل منع.

٨- و هل يجوز للمرأة النظر إلى من تريد الزواج به - بناء على حرمة مطلقا و قد تقدم منه - ام لا؟ قيل بالجواز و ذلك لأنه إذا جاز نظر الرجل إلى من يريد الزواج بها لأنه يبذل أعلى الثمن فيجوز نظر المرأة إليه بطريق اولى لأنها تبذل أعلى الثمن خصوصا و ان بإمكان الرجل التخلص بالطلاق بخلاف المرأة فانها لا تتمكن من ذلك(٢).

و فيه: ان بذلها لأعلى المثلثن يقتضى جواز معرفتها بالثمن، و هو المهر لا بالزوج، فانه ليس هو الثمن للبضع المبذول.

٩- (و يجوز أن ينظر الرجل الى مثله و ان كان شابا حسن الصورة)

لاصالة البراءة من الحرمة .

(لا لريبه و لا تلذذ)

اما تقييد جواز النظر إلى الشاب بعدم الرّيبه فاستدل له بمعتبر السكوني، عن الصادق (عليه السلام)، عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ «إِيَّاكُمْ وَ الْأَغْنِيَاءَ وَ الْمُلُوكَ

ص: ٥٤١

---

١- كتاب النكاح للشيخ الأعظم: ٣٩

٢- كتاب النكاح للشيخ الأعظم: ٤٣

المرد، فإنَّ فتنهم أشدَّ من فتنه العذارى في خدورهنَّ»<sup>(١)</sup> وفيه: ان الخير لا- ظهور له في حرمه النظر ذاتا بل هو في مقام بيان ان النظر اليهم موجب للفتنه فيكون مقدمه للحرام.

و قيل للتسالم الفقهي عليه، و لولاه كان مقتضى الاصل الجواز مطلقا وهو كما ترى.

١٠- (و) يجوز (النظر الى جسد الزوجه ظاهرا و باطنا) و هو من ضروريات الدين.

(و) يجوز النظر (الى المحارم خلا العوره)

بمقتضى قوله تعالى {وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ} <sup>(٢)</sup> واما استثناء العوره فلصحيحه حريز عن ابى عبد الله (عليه السلام): «لا ينظر الرجل إلى عوره أخيه»<sup>(٣)</sup> و غيرها.

ص: ٥٤٢

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٤٨ ح ٨

٢- النور ٣١

٣- وسائل الشيعة ١: ٣٦٣ الباب ٣ من أبواب آداب الحمام الحديث ١

## و لا ينظر إلى الأجنبيه إلا مره من غير معاوده

١١- (و لا ينظر إلى الأجنبيه إلا مره من غير معاوده)

ظاهر المصنف حرمه معاوده النظر استنادا الى الاخبار المستفيضه الداله على كون النظره الاولى لك و الثانيه عليك لكنها لا ظهور له فى حرمه النظر ذاتا بل هى فى مقام بيان ان النظره الثانيه موجهه للفتنه فتكون مقدمه للحرام كما هو صريح صحيح ابن ابي عمير عن الكاهلي، عن الصادق (عليه السلام): «النظره بعد النظره تزرع فى القلب الشهوه و كفى بها لصاحبها فتنه»<sup>(١)</sup>.

و خبر الأصبع، عن عليّ (عليه السلام) عن النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم: «يا عليّ لك أوّل نظره و الثانيه عليك و لا لك»<sup>(٢)</sup>.

و صحيح حديث الأربعمائه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «لكم أوّل نظره إلى المرأه فلا تتبعوها نظره اخرى، و احذروا الفتنة» وغيرها، وعليه فلا بد من حملها اما على الارشاد كما هو الظاهر منها او الكراهه .

١٢- (إلا لضروره كالمعامله و العلاج)

ص: ٥٤٣

---

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ١٨

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ١٩

نعم يستثنى من حرمة النظر إلى الأجنبيه مقام المعالجه و حاله الضروره كالإنقاذ من الغرق أو الحرق و نحوهما فانه يجوز النظر بل اللمس أيضا، و ذلك لصحيحه الثمالي، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن المرأة المسلمه يصيبها البلاء في جسدها إنا كسر أو جراح في مكان لا يصلح النظر إليه، و يكون الرجال أرفق بعلاجه من النساء أ يصلح له أن ينظر إليه؟ قال: إذا اضطرت إليه فيعالجها إن شاءت»<sup>(١)</sup>.

و صحيحه الصفار «و كتب محمّد بن الحسن الصفّار إلى أبي محمّد الحسن (عليه السلام) في رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد من وراء الستر و يسمع كلامها إذا شهد عدلان أنّها فلانه بنت فلان التي تشهدك و هذا كلامها أو لا تجوز الشهاده عليها حتّى تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع (عليه السلام) تنتقب و تظهر للشهود إن شاء الله تعالى» و هذا التوقيع عندى بخطه<sup>(٢)</sup>، و لا يخفى ان الصحيحه بصدد بيان الشهاده مع تسترها و ليست في مقام بيان حرمة النظر اليها كما هو واضح و يكفى احتمال ذلك.

و أمّا ما عن كتاب عليّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن المرأة يكون بها الجرح في فخذها أو بطنها أو عضدها هل يصلح للرجل أن ينظر إليه يعالجه قال: لا» فمحمول على وجود امرأه معالجه.

ص: ٥٤٤

---

١- وسائل الشيعة ١٤: ١٧٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٦٧

و اما قاعده نفى الضرر و قوله (عليه السلام): «و ليس شىء مما حرّم الله الا و قد أحلّه لمن اضطر إليه»<sup>(١)</sup> فيدلان على جواز تكشف المرأة لدى الاجنبى و لا يدلان على جواز نظر الطبيب، فانه ليس مضطرا و لا متضررا.

ان قلت: ان اثبات الجواز فى حق المرأة دون الطبيب المعالج تلزم منه اللغو به.

قلت: انها تلزم لو كان الدليل على جواز كشف المرأة دليلا- خاصا دون ما لو كان اطلاقا، كما هو المفروض فى المقام، إذ لا يلزم الغاء الدليل رأسا بل الغاء اطلاقه، و هو لا محذور فيه.

### حكم نظر المرأة إلى الأجنبي

١٣- (و كذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي)

عند المصنف استنادا الى دعوى الاجماع على مساواه نظرها لنظر الرجل فى محل المنع و الجواز.

وفيه: ان الاجماع الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) لم يتضح ثبوته، بل السيره القطعيه للمتشرع المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) على خلاف ذلك، فالرجال يخرجون و رؤوسهم و أعناقهم مكشوفه، و النساء يختلطن معهم فى الازقه و الأسواق فلو كان نظر المرأة إلى ما تعارف للرجل كشفه حين خروجه من بيته محرّما لزم القول اما بوجوب تستر الرجال أو عدم جواز الاختلاط أو جواز

ص: ٥٤٥

---

١- وسائل الشيعة ٤: ٦٩٠ الباب ١ من أبواب القيام الحديث ٧

الاختلاط و التحدث مع حرمه النظر. و الكل غير محتمل, و بهذا يثبت جواز نظر النساء إلى ما تعارف للرجال ابرازه .

و أما ما كان مستورا من جسداهم فلا, لما دل من الأخبار على عدم غسل الأجنبيه للرجل.

اقول: و هذه الاخبار لا دلالة لها أيضا لما فى الغسل من الملامسه غالبا و عليه فيجوز النظر لها فى ما عدا العوره و ذلك لقصور المقتضى للحرمه, بل وجود ما يدل على جواز نظر المرأة الى الرجل وهو صحيح على بن جعفر, عن أخيه (عليه السلام): «و سألته عن الرجل يكون ببطن فخذاه أو أليته الجرح هل يصلح للمرأة أن تنظر إليه أو تداويه؟ قال: إذا لم يكن عوره فلا بأس» (1) و هو صريح فى الجواز فى ما عدا العوره.

و قد يستدل على الجواز بعدم وجود روايات يسأل فيها الاصحاب عن حكم نظر النساء إلى الرجال وان السبب فى ذلك يعود اما إلى وضوح الحرمه لديهم أو الشك فى ذلك أو وضوح الجواز. و المتعين هو الاخير, لبطلان الاول لعدم احتمال أوضحيه حرمه نظر النساء إلى الرجال من حرمه نظر الرجال إلى النساء, وبطلان الثانى لان المناسب له صدور السؤال من الأصحاب.

و فى مقابل هذا قد يستدل على الحرمه:

ص: ٥٤٦

---

١- مسائل على بن جعفر و مستدرکاتها، ص: ١٦٦

اما بقوله تعالى: {وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ...} (١).

أو بما رواه أحمد بن أبي عبد الله البرقي: «استأذن ابن أم مكتوم على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَعِنْدَهُ عَائِشَةُ وَحَفْصَةُ فَقَالَ لَهَا: قوما فادخلا البيت فقالتا: انه أعمى فقال: ان لم يركما فانكما تريانه» (٢).

أو بما رواه الطبرسي في مكارم الأخلاق عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «ان فاطمه قالت له في حديث: خير للنساء ان لا يرين الرجال ولا يراهن الرجال فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: فاطمه مني» (٣).

أو بما رواه الطبرسي أيضا عن أم سلمة قالت: «كنت عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَعِنْدَهُ مَيْمُونَةُ فَأَقْبَلَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أَمَرَ بِالْحِجَابِ فَقَالَ: احْتَجِبَا فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَلَيْسَ أَعْمَى لَا يَبْصُرُنَا؟ فَقَالَ: أَعْصِيَا وَإِنْ أَلَيْسَ لَسْتُمَا تَبْصِرَانِهِ» (٤).

قلت: و الكل كما ترى.

اما الاول فلما تقدم من عدم مساوقه غضّ البصر لترك النظر رأسا.

ص: ٥٤٧

١- النور: ٣١

٢- وسائل الشيعة ١٤: ١٧١ الباب ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١

٣- وسائل الشيعة ١٤: ١٧٢ الباب ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣

٤- وسائل الشيعة ١٤: ١٧٢ الباب ١٢٩ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٤

و اما الثاني فلأنه على تقدير تماميه دلالاته على التحريم هو ضعيف السند بالارسال لبعده عصر البرقى عن عصر النبى صلى الله عليه وآله. ومثله الاخيران لضعفهما بالارسال على تقدير تماميه دلالتهما , ومثلها فى الضعف ما فى عقاب الأعمال عن النبى صلى الله عليه وآله: «اشتد غضب الله على امرأه ذات بعل ملأت عينها من غير زوجها أو غير ذى محرم منها فإنها إن فعلت ذلك أحبط الله عزّ وجلّ كلّ عمل عملته، فإن اوّطت فراشه غيره- الخبر» والظاهر انه خبر عامى ولا عبره به.

(أو تسمع صوته إلا لضروره)

لا دليل عليه والسيره جاريه على استماع أصواتهم.

و يؤيد جواز تكلمها خبر أبى بصير قال: «كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) إذ دخلت علينا أمّ خالد التى كان قطعها يوسف بن عمر تستأذن عليه، فقال (عليه السلام): أيسرّك أن تسمع كلامها- إلى- فتكلّمت فإذا هى امرأه بليغه فسألته عنهما- الخبر»<sup>(١)</sup>.

و أمّا ما فى خبر مناهى النبى صلى الله عليه وآله «عن الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام) أنه قال: «و نهى أن تتكلم المرأة عند غير زوجها و ذى محرم منها أكثر من خمس كلمات ممّا لا- بدّ لها منه»<sup>(٢)</sup> فمضافا الى ضعفه يمكن حمله على الكراهه.

ص: ٥٤٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٨ ص: ١٠١ ح ٧١

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٦



و مثلها فى الضعف مرسله الفقيه «و كان (عليه السلام) أى النبىّ صلى الله عليه و آله يسلم على النساء و يرددن عليه، السلام و كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يسلم على النساء و كان يكره أن يسلم على الشابه منهنّ، و قال: أتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل من الإثم على أكثر ممّا أطلب من الأجر، و قال: قال (عليه السلام) ذلك لغيره و إن عبّر عن نفسه» (1) مع ما فيها من حصول الإثم قهرا وهو باطل عقلا و شرعا و عليه فلا بد من حلها على الارشاد او الكراهه.

هذا ولا يجوز نظر المرأة للرجل (و ان كان أعمى) عند المصنف وقد عرفت فى ما تقدم ضعف مستنده .

### حكم نظر المرأة إلى الخصى المملوك لها و بالعكس

(و فى جواز نظر المرأة إلى الخصى المملوك لها أو بالعكس خلاف)

اقول: الاقوى الجواز سواء كان خصيا ام فحلا، و ظاهر المصنف انحصار الخلاف فى الخصى المملوك مع أن النزاع فى مطلق المملوك خصيا أو فحلا، فقال فى المبسوط: «إذا ملكت المرأة فحلا أو خصيا فهل يكون محرما لها حتى يجوز له أن يخلو بها و يسافر معها؟ قيل فيه: وجهان أحدهما و هو كالظاهر أنه يكون محرما لقوله تعالى ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ - إِلَى - أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ فنهاهنّ عن إظهار زينتهنّ لأحد إلّا من استثنى، و استثنى ملك اليمين، و روى «عن النبىّ

ص: ٥٤٩

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ وَ هِيَ فَضْلٌ (١) فَأَرَادَتْ أَنْ تَسْتَرَّ فَقَالَ: لَا عَلَيْكَ، أَبُوكَ وَ خَادِمُكَ - وَ رَوَى أَبُوكَ وَ زَوْجُكَ وَ خَادِمُكَ - وَ الثَّانِي وَ هُوَ الْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا - يَكُونُ مُحْرَمًا وَ هُوَ الَّذِي يَقْوَى فِي نَفْسِي، وَ رَوَى أَصْحَابُنَا فِي تَفْسِيرِ الْآيَةِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْإِمَاءَ دُونَ الذُّكْرَانِ (٢)، وَ بَمِثْلِهِ قَالَ الْحَلِيُّ إِذَا أَنَّهُ جَعَلَ الْقَوْلَ بِالْعَدَمِ مَذْهَبًا وَ بِالْجَوَازِ مَذْهَبًا مُخَالَفِينَا.

هَذَا وَ ظَاهِرُ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الْقَمِّيِّ الْعَمَلُ بِظَاهِرِ الْآيَةِ حَيْثُ قَالَ: «ثُمَّ رَخَّصَ لِقَوْمٍ مَعْرُوفِينَ الدَّخُولَ عَلَيْهِنَّ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَقَالَ: «لَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ - الْآيَةَ» وَ لَمْ يَذْكُرْ تَأْوِيلًا.

وَ هُوَ ظَاهِرُ الْكَلِينِيِّ حَيْثُ رَوَى إِخْبَارًا مُتَعَدِّدَةً فِي الْجَوَازِ مِثْلَ صَحِيحِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، عَنِ الصَّادِقِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَمْلُوكِ يَرَى شَعْرَ مَوْلَاتِهِ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ» (٣).

وَ صَحِيحُ مَعَاوِيَةَ بْنِ عَمَّارٍ: «كُنَّا عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) نَحْوًا مِنْ ثَلَاثِينَ رَجُلًا إِذْ دَخَلَ أَبِي فَرَحَّبٌ بِهِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) وَ أَجْلَسَهُ إِلَى جَنْبِهِ فَأَقْبَلَ عَلَيْهِ طَوِيلًا ثُمَّ قَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): إِنَّ لِأَبِي مَعَاوِيَةَ حَاجَةً فَلَوْ خَفَّفْتُمْ فِقْمَنَا جَمِيعًا، فَقَالَ لِي أَبِي: ارْجِعْ يَا مَعَاوِيَةَ فَرَجَعْتُ، فَقَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): هَذَا ابْنُكَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ وَ هُوَ يَزْعُمُ أَنَّ أَهْلَ الْمَدِينَةِ يَصْنَعُونَ شَيْئًا لَا يَحِلُّ لَهُمْ، قَالَ: وَ مَا هُوَ، قُلْتُ: إِنَّ الْمَرْأَةَ الْقَرَشِيَّةَ وَ الْهَاشِمِيَّةَ تَرْكَبُ وَ تَضَعُ

ص: ٥٥٠

١- أَى فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ مَتَوَشَّحَهُ بِهِ، جَاعِلُهُ طَرَفِيهِ عَلَى عَاتِقِهَا .

٢- الْمَبْسُوطُ فِي فِقْهِ الْإِمَامِيَّةِ؛ ج ٤، ص: ١٦١

٣- الْكَافِي (ط - الْإِسْلَامِيَّةِ)، ج ٥، ص: ٥٣١ ح ١

يدها على رأس الأسود و ذراعها على عنقه، فقال (عليه السلام): يا بني أما تقرء القرآن، قلت: بلى قال: اقرء هذه الآية «لَا جُنَاحَ عَلَيْهِمْ فِي آبَائِهِمْ وَلَا أَبْنَائِهِمْ - حَتَّىٰ بَلَغَ - وَلَا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»، ثم قال: يا بني لا بأس أن يرى المملوك الشعر و الساق» (١).

و صحيحه الاخر قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): «المملوك يرى شعر مولاته و ساقها؟ قال: لا بأس» (٢).

و صحيح يونس بن عمار، و يونس بن يعقوب جميعا، عنه (عليه السلام): «لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها غير متعمد لذلك» و «في روايه أخرى: «لا بأس أن ينظر إلى شعرها إذا كان مأمونا» (٣) لكنه خص الجواز بالشعر، وبشرط عدم التعمد. لكن صحيح يونس لا يقوى على معارضه الصحيحين المتقدمين لاطلاق الايه ويمكن حمله على الكراهه .

و الجواز هو المفهوم من الفقيه فروى صحيح إسحاق بن عمار، عن الصادق (عليه السلام) قلت: «أ ينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال: نعم و إلى ساقها» (٤) ونسب ما يعارضه الى الروايه فقال: «و روى عن محمد بن إسحاق بن عمار قلت لأبي الحسن (عليه السلام):

ص: ٥٥١

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٣١ ح ٢

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٣١ ح ٣

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٣١ ح ٤

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٦٩

يكون للرجل، الخصى يدخل على نسائه يناولهنّ الوضوء فيرى شعورهنّ؟ قال: لا» ورواه الكافي بسند صحيح (١).

اقول: لكن الثاني ليس بمعارض للأوّل لأنّ مورد الأوّل مولاها، و مورد الثاني خصيّ البعل.

و اما ما رواه الحميري بسنده الى الحسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السّلام: لا- ينظر العبد إلى شعر سيّدته» (٢) فلا يقاوم ما تقدم من الصحاح.

و اما ما في صحيح محمّد بن إسماعيل ابن بزيع، عن الرضا (عليه السلام): «سألته عن قناع الحرائر من الخصيان، فقال: كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن (عليه السلام) و لا- يتقنّعن، قلت: فكانوا أحرارا؟ قال: لا قلت: فالأحرار يتقنّعن منهم؟ قال: لا» (٣) فرواه الشيخ و قال: و روى في آخر «أنّه لمّا سئل عن هذا أمسك و لم يجبه» و قال: إنّه دليل على كونه تقيّه (٤). قلت: وعليه فلا وثوق به كما هو واضح.

و اما خبر القاسم الصيقل قال: «كتبت إليه أمّ عليّ تسأل عن كشف الرّأس بين يدي الخادم و قالت له: إنّ شيعتك اختلفوا عليّ في ذلك، فقال بعضهم: لا بأس، و قال بعضهم: لا يحلّ، فكتب (عليه السلام): سألته عن كشف الرّأس بين الخادم لا تكشفى

ص: ٥٥٢

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٦٩ و الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥ ص: ٥٣٢ ح ٢

٢- قرب الإسناد (ط - الحديثه) للحميري، ص: ١٠٣

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٣٢ ح ٣

٤- التّهذيب ح ١٣٤ من أخبار زيادات فقه نكاحه

رأسك بين يديه فإن ذلك مكروه»(1) فمضافاً لضعفه هو مخالف للكتاب و لعل المراد من الكراهه فيه الحرمة.

حصيله البحث:

لا يجوز للرجل النظر إلى بدن الاجنبيه و لو من دون تلذذ. و استثنى من ذلك الوجه و الكفين و القدمين , و يجوز النظر إلى وجه الأمه و يديها و ينظر إلى محاسنها و يمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه و يجوز النظر مع الكراهه لمن لم يرد الاشتراء, و يجوز النظر الى اهل الذمه فانه لا حرمة لهن, و مثل اهل الذمه النساء اللواتى اذا نهين لا ينتهين و المجنونه و المغلوبه على عقلها, فانه لا بأس بالنظر إلى شعرهن و جسدهن ما لم يتعمد ذلك و يجوز النظر إلى القواعد من النساء و الصبيه غير البالغه. و ينظر الرجل إلى مثله و إن كان شاباً حسن الصوره إلا اذا صار مقدمه للحرام فلا يجوز, و لا يجب على المرأه التحجب من الصبى غير البالغ . و يجوز النظر إلى جسد الزوجه باطناً و ظاهراً و إلى المحارم خلا العوره, و ينبغي ان لا ينظر إلى الأجنبيه إلا مره من غير معاوده إلا لضروره كالمعامله و الشهاده و العلاج, و لا يحرم على المرأه أن تنظر إلى الأجنبي أو تسمع صوته, و يجوز نظر المرأه إلى الخصي المملوك لها و بالعكس .

ص: ٥٥٣

---

١- التّهذيب ح ٣٦ من أخبار زيادات فقه نكاحه

## جواز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه إلا القبل فى الحيض

(و يجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه)

و هو من الضروريات و فى صحيح ابان بن عثمان و هو من اصحاب الاجماع عن عبد الملك بن عمرو قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) ما يحل للرجل من المرأة و هى حائض قال: كل شىء غير الفرج، ثم قال: إنما المرأة لعبه الرجل»<sup>(١)</sup>.

(إلا القبل فى الحيض و النفاس)

و يدل على اختصاص الحرمه بالقبل فى زمان الحيض قوله تعالى {يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٌّ فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ} فكرر المحيض فى الآيه و لم يؤت بضميره ثانيا لكون الأول اسم زمان و الثانى اسم مكان و مكان الحيض القبل. و حكم النفاس حكم الحيض كما تقدم فى كتاب النفاس.

و الروايات مستفيضه فى اختصاص الحرمه بالقبل كما فى الصحيح المتقدم انفا و موثق معاويه بن عمّار، عنه (عليه السلام): «سألته عن الحائض ما يحل لزوجها منها؟ قال: ما دون الفرج»<sup>(٢)</sup> و الفرج منصرف إلى القبل مع أنّ الدبر لو كان فرجا لوجب أن يقول ما دون الفرجين، و يدل على كون الفرج القبل ما فى تفسير القمى قال: قال الصادق (عليه السلام) فى قوله تعالى «فَأْتُوا حُرُوجَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» أى متى شئتم فى الفرج، و

ص: ٥٥٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٣٩ ح ٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٣٨ ح ٢

الدليل على قوله في الفرج قوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾ فالحرث الزرع في الفرج في موضع الولد»

و يدلّ على الجواز صحيح يونس بن عمّار، «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام)، أو لأبي الحسن (عليه السلام): إنّي ربما أتيت الجارية من خلفها يعني دبرها، و نذرت فجعلت على نفسي إن عدت إلى امرأه هكذا فعلت صدقه درهم، و قد ثقل ذلك عليّ قال: ليس عليك شيء و ذلك لك» (١) و هو يدلّ على عدم انعقاد نذر تركه.

### كراهه الوطى في دبرها كراهه مغلظه

(و الوطى في دبرها مكروه كراهه مغلظه)

اما جوازه فاستفاضت به الاخبار مضافا للقران الكريم ففي صحيح عبد الله بن أبي يعفور: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يأتي المرأة في دبرها؟ قال: لا بأس إذا رضيت، قلت: فأين قول الله عزّ و جلّ «فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ» قال: هذا في طلب الولد فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله إنّ الله تعالى يقول ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ (٢) ومعنى الايه حسب مفاد هذا الصحيح جواز الاتيان كيف شئتم او اى مكان شئتم فيشمل الدبر لكن الصحيح دال على لزوم رضاها فلا يجوز بلا رضا منها.

ص: ٥٥٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤٦٠ ح ٥٠ و ابو اسحاق هو ابراهيم بن هاشم.

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٤ ح ٢٩

و يؤيد ذلك ما في تفسير العياشي «عن صفوان، عن بعض أصحابنا، عن الصادق (عليه السلام): سألته عن قوله «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» قال: من قدامها و من خلفها في القبل» (١).

و «عن الفتح الجرجاني: كتبت إلى الرضا (عليه السلام) في مثله فورد الجواب: سألت عمّن أتى جاريه في دبرها و المرأة لبعه الرّجل فلا تؤذى و هي حرث كما قال الله تعالى».

و اما ما رواه عن زراره عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن قوله تعالى «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» قال: حيث شاء» (٢) وعن أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يأتي أهله في دبرها فكره ذلك، و قال: و إياكم و محاش النساء» و قال: إنّما معنى «نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» أي ساعة شئتم» (٣) فمضافا لضعفهما بالارسال لا يقاومان ما تقدم.

و أما كراهته فيشهد له مرسل أبان عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن إتيان النساء في أعجازهنّ فقال: هي لعبتك لا تؤذها» (٤) و صحيح صفوان بن يحيى، قلت للرّضا عليهم السلام: «إنّ رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسأله و أستحي منك

ص: ٥٥٦

١- تفسير العياشي، ج ١، ص: ١١١ ح ٣٣٢

٢- تفسير العياشي، ج ١، ص: ١١١ ح ٣٣١

٣- تفسير العياشي، ج ١، ص: ١١١ ح ٣٣٣

٤- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٤٠ ح ١



أن يسألك، قال: ما هي، قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها، قال: ذلك له، قلت له: فأنت تفعل؟ قال: إنا لا نفعل ذلك»(١).

وأما كونها مغلظه فلم اقف على دليل له وكان على المصنف ان يقيد الحكم برضاها كما دل عليه صحيح ابن ابي يعفور.

(و في روايه يحرم)

و هي روايه سدير «عن الباقر (عليه السلام)، عن النبي صلى الله عليه و آله محاش النساء على أمتي حرام»(٢) وروايه هاشم و ابن بكير، عن الصادق (عليه السلام) قال: هاشم لا تفرى و لا تفرث» و ابن بكير قال «لا تفرث أى لا تؤتى من غير هذا الموضع»(٣) و قال الشيخ فيهما: مع كونهما مرسلين محمولان على الكراهه يدلّ عليه، واستشهد لذلك بمرفوعه البرقي عن ابن ابي يعفور «سألته عن إتيان النساء في أعجازهنّ فقال: ليس به بأس، و ما أحبّ أن يفعله»(٤) ثمّ احتمل كونهما تقيّه لكون الحرمة مذهب المخالفين غير مالك. منهم..

ص: ٥٥٧

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٥-٣٥ والكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٤٠-٢

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٦-٣٦

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٦-٣٧

٤- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤١٦-٣٨

قلت: و على التقيّه يحمل ما فى تفسير العياشى «عن زيد بن ثابت قال: سأل رجل أمير المؤمنين (عليه السلام) أ تؤتى النساء فى أدبارهنّ؟ فقال: سفلت سفل الله بك، أما سمعت الله يقول {أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ} مع أن زيد كان عثمانياً لا يقبل قوله و الاستدلال من آيات لوط بقوله تعالى: {هُؤُلَاءِ بَنَاتِي} على الجواز أقرب من الاستدلال على الحرمة بقوله: أ تأتون».

### حكم العزل عن الحرّه بغير شرط

(و لا يجوز العزل عن الحرّه بغير شرط)

عند المصنف هذا و ذهب إلى عدم الجواز المفيد و الشيخ فى خلافه، و تبعهما الحلبيّ و ابن حمزه و ابن زهره، و الكراهه هى المفهومه من الديلمى، و بها قال الحلبيّ.

و الجواز هو الظاهر من الكلينيّ فروى موثق عبد الرحمن ابن أبى عبد الله، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن العزل؟ فقال: ذاك إلى الرجل» (١).

و موثق محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «لا بأس بالعزل عن المرأه الحرّه إن أحبّ صاحبها، و إن كرهت ليس لها من الأمر شىء» (٢).

ص: ٥٥٨

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٤ ح ١

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٠٤ ح ٢

و «عنه صحيحا عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث يشاء»<sup>(١)</sup>.

و خبر عبد الرحمن الحذاء، عن الصادق (عليه السلام) «كان علي بن الحسين عليهما السلام لا يرى بالعزل بأسا فقرأ هذه الآية «وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَ أَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ وَ كُلُّ شَيْءٍ عِندَ اللَّهِ مِنْهُ الْمِيثَاقُ فَهُوَ خَارِجٌ وَ إِن كَانَ عَلَىٰ صَخْرَةٍ صَمَاءً»<sup>(٢)</sup>.

و هو المفهوم من الإسكافي حيث قال: «روى إباحه العزل عن الحرّ عن علي بن الحسين، و محمّد بن عليّ و جعفر ابن محمّد عليهم السلام، و لا بدّ أنّه أشار إلى الأخبار المتقدّمة، و لم ينقل عن العماني أيضا قول بالحرمة كعلي بن بابويه، و هو ظاهر الفقيه حيث روى صحيح محمّد بن مسلم المتقدّم بلفظ «الماء للرجل يصرفه حيث يشاء»<sup>(٣)</sup> و هنالك روايات اخرى داله على الجواز ايضا.

اقول: و الاقوى هو الجواز الّا انه مكروه كما هو صريح صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام «أنه سئل عن العزل، فقال: أمّا الأمه فلا بأس، و أمّا الحرّ فإنّي أكره ذلك إلّا أن يشترط عليها حين يتروّجها»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٥٥٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠٤ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٠٤ ح ٤

٣- الفقيه آخر باب ما أحلّ الله من النكاح

٤- تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ج ٧، ص: ٤١٧ ح ٤٣

(فتجب ديه النطفه لها عشره دنانير)

و أما ما ذكره المصنف من الديه بناءً على حرمة استنادا لما روى صحيحا عن علي عليه السلام من وجوبها على من أفرغ مجامعا فعزل، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرجل يفرغ عن عرسه، فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك بنصف خمس الماء عشره دنانير و إذا أفرغ فيها عشرين ديناراً»<sup>(١)</sup>.

اقول: الاستناد إليه إنما يصح في نقل الفقيه بلفظ « و هُوَ الرَّجُلُ يُفْرَغُ عَنْ عَرْسِهِ فَيَلْقَى نُطْفَتَهُ وَ هِيَ لَا تُرِيدُ ذَلِكَ فَجَعَلَ فِيهَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عِشْرِينَ دِينَاراً الْخُمْسَ »<sup>(٢)</sup> فعلى هذا النقل يكون الزوج هو السبب في افراغ المنى خارج الفرج و أمّا على نقل الكافي و التهذيب له بلفظ « و أفتى في منى الرجل يفرغ- من الفزع- إلى- و لم يرد » بصيغه المذكور فلا ربط له بالعزل بل تفصيل في ثالث أفرغ الرجل و المرأة فيلقى الرجل النطفه قبل الصبّ وحاصل معنى الصحيح ان على المفزع ان يعطى الديه للرجل و حيث لم تثبت نسخه الفقيه بل تتعارض مع نسختي الكافي و التهذيب فلا وجه لثبوت الديه.

ص: ٥٦٠

---

١- الكافي (في باب ديه الجنين، ٤٠ من أبواب دياته) و التهذيب (في باب ديات شجابه، في ٢٦ من أخباره)

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٧٦

## عدم جواز ترك وطئ الزوجه أكثر من أربعة أشهر

(و لا يجوز ترك وطئ الزوجه أكثر من أربعة أشهر)

لكن فى المرأه الشابه فى الصحيح «و سأل صفوان بن يحيى أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن رجل يكون عنده المرأه الشابه فيمسك عنها الأشهر و السينه لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبه أ يكون فى ذلك آثما؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك»(١) و بهذا القيد افتى فى الفقيه كما هو مورد الصحيح لا مطلقا كما أفتى الشيخ و القاضى و الحلبي.

## عدم جواز الدخول قبل إكمالها تسع

(و لا يجوز الدخول قبل إكمالها تسع)

كما ورد فى النصوص المستفيضه كصحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام): «إذا تزوج الرجل الجاربه و هى صغيره فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين»(٢).

و خبر زراره عن الباقر (عليه السلام): «لا يدخل بالجاربه حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين»(٣) و مثله خبر أبى بصير(٤).

ص: ٥٦١

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٠٥ باب حدّ المدّه التى يجوز فيها ترك الجماع لمن عنده المرأه الشابه الحرّه .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٨ ح ٢

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٨ ح ٣ و الفقيه فى ٢٥ من أخبار باب ما أحلّ الله من نكاحه، و التّهذيب فى ٩ من أخبار السّينه فى عقود مع زياده قال: «إتى سمعته يقول لسبع سنين أو عشر سنين» كما فى طبعه القديم، و نقل الوسائل، و رواه الخصال (فى باب حدّ بلوغ المرأه تسع) بزياده «و قال: أنا سمعته يقول: تسع أو عشره» و الزّيادة كما ترى.

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٨ ح ١

(و تحرم لو أفضاها)

يعنى لو أثم و دخل بالزوجه الصبيه التى لم تبلغ تسعا فأفضاها حرم عليه وطؤها أبدا و إن قلنا لم تخرج بذلك من حباله عند المصنف و الشيخ فى تهذيبه و تبعه القاضى و ابن حمزه و الحلّى و جملة من المتأخرين كما حكى عن كشف الرموز و المهذب البارع , لكن المسألة خلافية فافتى الشيخ فى مبسوطه بعدم الحرمة فقال: «إذا وطئ زوجته فأفضاها و الإفضاء أن يجعل مدخل الذّكر و مخرج البول واحدا فمتى فعل هذا فعليه الدّيه عندنا، سواء كان البول مسترسلا أو مستمسكا، و هكذا إن أكره امرأه أو وطأها بشبهه فأفضاها فوجب المهر و الدّيه، و عندنا خاصّه أنّه يلزم النفقه عليها ما دامت حيّه إذا كان وطأها قبل تسع سنين و إن وطأها بعد تسع سنين فأفضاها لم يكن عليه شىء و فيه خلاف. فإذا تقرّر هذا فأفضاها ثم أراد جماعها ثانيا نظرت فإن كان الموضوع قد اندمل فصار بحيث لا يستصّر بالجماع كان عليها التمكن منه»

ص: ٥٦٢

بل هو ظاهر الصدوق أيضا فروى صحيح حمران عن الصادق (عليه السلام) «سئل عن رجل تزوج جاريه بكرة لم تدرك، فلما دخل بها افتضها فأفضاها، فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضها فإنه قد أفسدها و عطّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتهما و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شىء عليه»<sup>(١)</sup> الدال على ان عليه الديه ان لم يرد ابقائها والا فلا شىء عليه.

و روى صحيح حمّاد عن الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أنّ من دخل بامرأه قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن»<sup>(٢)</sup>.

كما أنّ ظاهر الكليني حصول الحرمة و لو مع عدم الإفضاء فروى خبر يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام): إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا»<sup>(٣)</sup>.

و مثله التهذيب فقال: «و من تزوج بصبيّه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا»<sup>(٤)</sup> ثمّ نقل خبر الكافي المتقدّم عنه.

ص: ٥٦٣

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤٣١

٢- الفقيه ح ٢٦ باب ما أحلّ الله عزّ و جلّ من النكاح

٣- الكافي باب المرأة التي تحرم على الرجل فلا تحلّ له أبدا، ح ١٢

٤- التهذيب آخر باب من يحرم نكاحهنّ بالأسباب

و صحيح بريد بن معاويه، عن الباقر (عليه السلام) «فى رجل افتض جاربه يعنى امرأته فأفضاها قال: عليه الدّيه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: فإن كان أمسكها و لم يطلّقها فلا شىء عليه، و إن كان دخل بها و لها تسع سنين و لا شىء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق»(١) الدال على ان عليه الديه ان لم يرد ابقائها و الّا فلا شىء عليه.

و جمع الاستبصار بينهما بحمل الأخير على تراضيهما ببقائها عنده بدون وطى، و هو كما ترى.

و فى صحيح سليمان بن خالد: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) - إلى - و سألته عن رجل وقع بجاريه فأفضاها و هى إذا نزلت بتلك المنزله لم تلد، قال: الدّيه كامله»(٢).

و صحيح الحلبيّ، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل تزوّج جاربه فوقع بها فأفضاها؟ قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حيّه»(٣) و حملة الإستبصار على الوطى بعد التسع، و هو كما ترى، و هو مجمل من حيث الإجراء فيحمل على ما فى صحيحى بريد و حمران المتقدّمين و عليه فالظاهر من الإجراء هو بذل النّفقه لو لم يطلقها .

ص: ٥٦٤

---

١- الكافى باب ما يجب فيه الدّيه كامله، ٢٧ من أبواب دياته، ح ١٩

٢- الفقيه (فى أواخر ما يجب فيه الدّيه)

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ١٠، ص: ٢٤٩ ح ١٨



ثم روى الاستبصار عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام: «أن رجلا أفضى امرأه فقومها قيمه الأمه الصحيحه و قيمها مفضاه، ثم نظر ما بين ذلك فجعل من ديتها و أجبر الزوج على إمساكها»(١) و حمله على التقيّه.

و روى التهذيب أيضا خبر طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ (عليه السلام): من تزوج بكرا فدخل بها في أقل من تسع سنين فعيب فهو ضامن»(٢).

ثم خبر غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام «لا- توطأ جاريه لأقل من عشر سنين، فإن فعل فعيب فقد ضمن»(٣) و سندهما و إن كان ضعيفا إلا أنّهما بمضمون صحيح الحلبي المتقدم و لا ريب في كون مضمونهما الضمان و يحمل إجمالها على تفصيل صحيح حمران و صحيح بريد المتقدمين و مثلها صحيح الحلبي المتقدم في الإجراء فيحمل الإجراء على ما فصل فيهما.

و أمّا الإسكافي فقال: «فإن أولج عليها فأفضاها قبل تسع سنين فعليه أن لا يطلقها حتى يموت و ينفق عليها و يقوم بأمرها، فإن أحب طلاقها أغرم ديتها و لزمه مع ذلك مهرها» فترى أنه أفتى بإمساكها بمعنى كونها زوجته و الإجراء عليها و إن أراد طلاقها أعطاه ديتها، و لا بدّ أنه جمع بين صحيح الحلبي المتقدم في الإجراء و صحيح حمران المتقدم من الفقيه، و صحيح بريد المتقدم من الكافي و هو جمع

ص: ٥٦٥

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ١٠، ص: ٢٤٩ ح ١٩

٢- التهذيب (ح ١١ من أخبار السنه في عقوده)

٣- التهذيب (ح ١٢ من أخبار السنه في عقوده)

صحيح، و قد عرفت استظهار العدم من الفقيه، و اقتصر في مقنعه على الضمان كما هو مضمون ما رواه صحيحا عن الحلبي في فقيهه.

و أمّا الكافي فالظاهر أنه رجوع في دياته عمّا رواه في نكاحه، و هو الحقّ، فخير نكاحه مرسل، و خبر دياته صحيح، و عرفت رجوع الشيخ في مبسوطه.

و اما مرسل يعقوب بن يزيد فمضافا لضعفه لا يعارض غيره من الصحاح المتقدمه كما لا يخفى .

هذا و لم يذكر المفيد و الديلمي و الحلبيان الحرمة بل أفتوا في الدّيات بالدّيه و لكن جمع الأوّلان بين الإجراء و الدّيه عملا بخبر الإجراء و أخبار الدّيه.

لكن عرفت إجماله و إجمالها و الصحيح حملهما على صحيحى بريد و حمران المفضّلين، و حيث لم ينقل عن العمانيّ و عليّ بن بابويه قول بالحرمة فلا- بدّ أنّهما أيضا غير قائلين بها، و بالجملة لم يدلّ خبر على الحرمة سوى ذلك المرسل و مضمونه الحرمة بمجرّد الدّخول و ليس فيه اسم من الإفضاء و لا- وجه له بل لم يفت احد باطلاقه، و عليه فلا- وثوق به فالاقوى عدم حرمتها مؤبدا بالافضاء.

و اما الدّيه في الإفضاء قبل البلوغ إذا طلقها فلا ريب في ثبوتها و قد دلّ عليها صحيح حمران و صحيح بريد المتقدمان صريحا، و صحيح سليمان بن خالد و غيرها، و دلّ الأوّلان على سقوطها إذا أمسكها و يشهد لهما صحيح الحلبيّ في الإجراء، و دلّا على سقوط الدّيه لو كان بعد البلوغ، و إنّ أخبار الضمان يعني

صحيح الحلبى و خيرى طلحه و غياث أيضا يحمل إجمالها على ذينك الصحيحين المفصلين .

ثم إنَّ الشيخ وابن ادريس فسِّرا الإفضاء بأتّحاد مدخل الذّكر (وهو مسلك الحيض) و مخرج البول، و فسِّره الصحاحان بأتّحاد المسلكين و المراد من المسلكين اما مسلك الحيض و البول او مسلك البول و الغائط، و فى اللّسان عن الفراء: «الإفضاء أن تسقط ثنياه من فوق و من تحت و كلّ أضراسه، قال أبو منصور: و من إفضاء المرأه إذا انقطع لسان الذى بين مسلكيها» قلت: و هو كسابقه يحتمل الامرين ، و فى المصباح «أفضاها جعل مسلكيها بالافتضاض واحدا و قيل: جعل سبيل الحيض و الغائط واحدا».

### يكره للمسافر أن يطرق أهله

(و يكره للمسافر أن يطرق أهله)

كما فى خبر عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام): «يكره للرجل إذا قدم من السفر أن يطرق أهله ليلا حتّى يصبح»(1)، و الخير ضعيف سندا فان عمل به الاصحاب فهو و ألا فلا .

ص: ٥٦٧

---

١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٩٩ ح ٤ و التهذيب ج ٧، ص: ٤١٢ ح ١٧

هذا و ظاهر نقل الكافى و التهذيب الخبر فى باب «آداب الخلوه و الجماع» و باب «الأوقات التى يكره فيها الباه» كون المراد من الطروق ليلا كراهه الجماع ليله ووروده .

لكن فى خبر السِّكونيّ عن الصادق، عن أبيه عليهما السّلام عن جابر الأنصارى: «نهى النَّبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنْ يَطْرُقَ الرَّجُلَ أَهْلَهُ لَيْلًا إِذَا جَاءَ مِنَ الْغَيْبِ حَتَّى يُؤْذَنَ لَهُ» (١) و نسبه الفقيه الى الروايه (٢).

و منه يظهر أن من قيده استند إلى هذا الخبر بقاعده حمل المطلق على المقيد لكن التحقيق أن الطروق فى الخبرين مختلف ففى خبر الكافى المراد به الجماع، و فى خبر المحاسن المراد به الورود لأنّ لفظهما مختلف فالأوّل «يطرق أهله ليلا حتّى يصبح» و الثانى «يطرق أهله ليلا- إذا جاء من الغيبه حتّى يؤذّنهم» فكلّ منهما بمعنى، و لا وجه لحمل الأوّل على الثانى و يشهد لمجىء الطروق بمعنى الجماع ما فى الصحاح «و الطرق أيضا ماء الفحل، و طرق الفحل الناقه يترك طروقا أى وقع عليها، و طروقه الفحل أنثاء يقال: ناقه طروقه الفحل، لتّى بلغت أن يضربها الفحل، و يقال: أطرقنى فحلكت أى أعرنى فحلكت ليضرب فى إبلى، و استطرقته فحلا إذا طلبته منه ليضرب فى إبلك».

حصيله البحث:

ص: ٥٦٨

---

١- المحاسن، ج ٢، ص: ٣٧٧ ح ١٤٨

٢- الفقيه، ج ٢، ص: ٣٠٠

يجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه إلا القبل فى الحيض و النفاس، و الوطء فى دبرها مكروه لكن جوازه مشروط برضاها , و يكره العزل عن الحرّه ألما اذا اشترط عليها حين تزوّجها، و لا- ديه فيه لو عزل، و لا- يجوز ترك و طء الزوجه الشابه أكثر من أربعة أشهرٍ و لا يجوز الدخول قبل تسعٍ و لا تحرم عليه و لو أفضاها نعم تجب الدّيه فى الإفضاء قبل البلوغ إذا طلقها دون ما لو لم يطلقها .

## (الفصل الثانى فى العقد)

### اشاره

فهو بمقتضى كونه عقدا لابد فى تحقّق الزوجيه من الايجاب و القبول .

(فالإيجاب)

يتحقق بقول المرأه (زوجتك و أنكحتك) فى العقد الدائم و هما موضع وفاق و قد ورد بهما القرآن فى قوله تعالى {زَوَّجْنَاكُمَا} وقوله تعالى {إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَى هَاتَيْنِ}.

(و متعتك)

واكتفى بهذه الصيغه الاخيريه المصنّف و جماعه لأنها من ألفاظ النكاح لكونها حقيقه فى المنقطع عند الفقهاء و عند عامه الناس اعم و عليه يصح استعمالها فى الدائم مع القرينه المفهمه و بذلك يظهر لك بطلان ما قيل: «انه لم يرد فى شىء

ص: ٥٦٩

من النصوص الشرعية التعبير عن الدائم بلفظ التمتع ليحكم بصحة الانشاء به، و من الواضح انه لا تصح الاستعانه بكل لفظ بل لا بد من الاقتصار على ما تداول التعبير به شرعا أو عرفا، فاذا كان الملاك على ما تداول التعبير به شرعا أو عرفا فلا بد من الرجوع الى العرف وهو لا يمنع من الانعقاد مع القرينه العرفيه الواضحه فراجع.

هذا مضافا إلى ان المستفاد من قوله تعالى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ...} (١) مطلوبه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان العقد يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعاً و ممضياً.

(لا غير)

هذه الصيغ عند المصنف للشك في تحقق الزوجيه معها فتجرى اصاله عدم النفوذ و يحكم بالبطلان.

و فيه: ان العقود امور عرفيه وعقلائييه و ليس للشرع فيها تأسيس شيء في تحقق موضوعها بل دوره فيها مجرد رد بعضها وامضاء الاخر و عليه فكل لفظ بل فعل مفهوم يكفى عرفا فهو كاف شرعا كما تقدم في سائر العقود و يشهد لذلك النصوص المعتمره الاتيه.

ص: ٥٧٠

١- النور: ٣٢

نعم لا تصح بالفاظ سائر العقود مع عدم القرينه كما فى لفظ وهبتك نفسى كما يشهد لذلك خبر عبد الله بن المغيرة، عن رجل، عن الصادق (عليه السلام) «فى امرأه وهبت نفسها لرجل من المسلمين، قال: إن عوضها كان ذلك مستقيماً» (١) فالمراد به انه ان جعل نكاحها بلا مهر كان باطلا وان عوضها كان صحيحا وذلك لأنه فى مقام بيان عدم جواز كون نكاح مرأه بدون مهر لغير النبى صلى الله عليه وآله كما يدل عليه أخبار أخرى رواها فى هذا الباب.

و صحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام) فى خبر: «فأما لغير رسول الله صلى الله عليه وآله فلا يصلح نكاح إلا بمهر» لكن قبله «و أحل له أن ينكح من عرض المؤمنين بغير مهر و هى الهبه» (٢) وهو فى الدلاله كسابقه.

## و القبول قبل التزويج أو النكاح

(و القبول قبل التزويج أو النكاح أو تزوجت أو قبلت كلاهما)

أما التزويج و هو الأصل فى الصيغ لأنه متضمن لجعل الرجل زوجا و المرأه زوجته، و هو فى تزويج الغير للمرأه فيشهد لصحته ما فى صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه وآله و سلم فقالت: زوجنى فقال صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا، فقال: ما تعطيتها؟

ص: ٥٧١

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٨٥ ح ٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٨٧ ح ١

فقال: ما لي شيء، فقال: لا، قال: فأعادت، فأعاد صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يبق أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال صلى الله عليه وآله في المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، فقال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه» (١).

و خبر عبد الله بن ميمون القداح، عن الصيادق (عليه السلام) أنّ علي بن الحسين عليهما السلام كان يتزوج وهو يتعرق عرقا يأكل، لما يزيد على أن يقول: «الحمد لله و صلى الله على محمد وآله و يستغفر الله عزّ و جلّ و قد زوجناك على شرط الله- الخبر» (٢).

و خبر زراره: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن خلق حواء- إلى- فقال- أي آدم- يا ربّ فيأني أخطبها إليك فما رضاك لذلك، فقال عزّ و جلّ: رضاى أن تعلمها معالم ديني، فقال ذلك لك علي يا ربّ إن شئت ذلك لي، فقال عزّ و جلّ: و قد شئت ذلك و قد زوجتكها فضّمها إليك- الخبر» (٣).

و فى الفقيه مرسلا «و لمّا تزوّج أبو جعفر محمّد بن عليّ الرضا عليهما السلام ابنه المأمون- إلى- قال (عليه السلام) له: زوجتني؟ قال: بلى، قال: قلت: و رضيت» (٤).

ص: ٥٧٢

---

١- الكافي باب نواذر فى المهر (و هو ٤٨ من نكاحه فى خبره الخامس)

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٦٨ ح ٢

٣- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٧٩

٤- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٣٩٨



و أما فى تزويج المرأه نفسها فلا يصح إلاً أن تقول: «تزوجتك على مهر معين» أو تقول: «زوجتك نفسى» كما فى المرسل عن عبد الرحمن بن كثير، عن الصادق (عليه السلام): «لما أراد النبى صلى الله عليه وآله أن يتزوج خديجه بنت خويلد- إلى- قالت: قد زوجتك يا محمد نفسى، و المهر على فى مالى- الخبر»(1).

و أما «أنكحت» فيدلّ عليه قوله تعالى {إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ} و هو أيضا فى تزويج الغير: و أما فى تصديها فتقول: «أنكحتك على المهر المعين أو أنكحتك نفسى على المهر المعين» و قالوا: الأصل فى تزوج العرب نكح بالضمّ و الكسر فقالوا: إن أمّ خارجه التى قالوا فيها: «أسرع من نكاح أمّ خارجه» كان يقال لها: خطب، فيقول: نكح.

(بلفظ الماضى)

فقد يستدل له: تاره بكون العقد بالماضى هو القدر المتيقن من العقد الصحيح، و غيره مشكوك فتجرى بلحاظه اصاله عدم ترتب الاثر.

و اخرى بأن الماضى صريح فى الانشاء بخلاف غيره.

و ثالثه بان تجويز غير الماضى يؤدى إلى انتشار الصيغه و عدم وقوفها عند حدّ معين.

ص: ٥٧٣

و الجواب: اما عن الاخير فبان انتشار الصيغه و عدم وقوفها عند حد لا يشكل محذورا.

و اما عن الاولين فبما تقدم من ان العقود امور عرفيه و عقلائيه وليس للشرع فيها تأسيس شىء فى تحقق موضوعها و ان الاستفادة من الكتاب العزيز مطلوبه كل ما يصدق عليه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان الانشاء بغير الماضى يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعا.

هذا مضافا الى النصوص الداله على خلافه كصحيح صفوان وهو من اصحاب الاجماع عن القاسم عن جبير عن الأحول، عن الصادق (عليه السلام) - فى خبر- يقول لها: «زوّجيني نفسك متعه على كتاب الله و سنّه نبيه نكاحا غير سفاح، على أن لا أرثك و لا ترثيني و لا أطلب ولدك إلى أجل مسمى - الخبر» (١).

و صحيح ثعلبه تقول: «أتزوّجك متعه على كتاب الله و سنّه نبيه نكاحا غير سفاح على أن لا ترثيني و لا أرثك - الخبر» (٢).

وموثق أبى بصير «لا بدّ أن تقول فيه هذه الشروط أتزوّجك متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا، نكاحا غير سفاح - الخبر» (٣).

ص: ٥٧٤

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢٦٣ ح ٦١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢٦٣ ح ٦١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢٦٣ ح ٦١

و صحيح هشام بن سالم قلت: «كيف يتزوج المتعه قال: يقول: يا أمه الله أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما-  
الخير»(١).

فإن قيل: لعل هذه الأخبار في بيان ذكر الشروط دون العقد، قلت: إن سياقها يدل على كونها في مقام بيان العقد ويشهد لذلك  
ايضا خبر أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): كيف أقول لها إذا خلوت بها، قال: تقول: أتزوجك متعه على كتاب  
الله و سنّه نبيّه لا- وراثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما  
تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا- فإذا قالت: نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها- الخبر»(٢) فإنه صريح في ما  
قلنا.

### و لا يشترط تقديم الإيجاب

(و لا يشترط تقديم الإيجاب)

من المرأة أو وليها أو وكيلها لكن لو ابتداء التزوج أو وكيله أو وليه لا- يقال له: القبول، بل الإيجاب، كما هو مقتضى الأخبار  
المتقدمه كصحيح هشام المتقدم في التمتع أن الرجل يقول للمرأة «أتزوجك متعه، أو أتزوجك كذا و كذا يوما»(٣).

ص: ٥٧٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٥٥ ح ٥

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٥٥ ح ٣

٣- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٥٥ ح ٥

و خبر أبان المتقدم انفا «فإذا قالت: نعم فقد رضيت» و حينئذ ففى الحقيقه لا يشترط أن يكون الإيجاب من قبل المرأه و القبول من قبل الرجل و يجوز العكس، ومثله خبر عبيد بن زراره(١) المتقدم.

### و لا يشترط القبول بلفظه

(و لا يشترط القبول بلفظه، فلو قال: زوجتك، فقال: قبلت النكاح صح)

كما هو مقتضى القاعده وقد تضمّن خبر أبان المتقدم انفا جواز كون القبول بلفظ «نعم». وفى خبر عبيد بن زراره قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن التزويج بغير خطبه، قال: أو ليس عامّه ما تزوّج فتياننا و نحن نتعرّق الطعام على الخوان نقول: يا فلان: زوّج فلانا فلانه، فيقول: نعم قد فعلت»(٢).

هذا و يكفى فى البكر سكوتها كما فى صحيح البيزنطى، عن أبى الحسن (عليه السلام) قال «فى المرأه البكر: إذنها صماتها، و الثيب أمرها إليها»(٣).

### و هل يجوز بغير العربيه مع القدره؟

(و لا يجوز بغير العربيه مع القدره)

ص: ٥٧٦

- ١- الكافى (فى باب التزويج بغير خطبه، ٤٣ من نكاحه)
- ٢- الكافى (فى باب التزويج بغير خطبه، ٤٣ من نكاحه)
- ٣- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ٥، ص: ٣٩٤

عند المصنف لكنه لا دليل على اشتراط العرييه و إنما هي القدر المتيقن، و قد تقدم ان مقتضى القاعده هو الجواز، و جوز ابن حمزه غيرها اختيارا.

هذا مضافا إلى ان المستفاد من قوله تعالى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ...} (١) مطلوبه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان العقد بغير العرييه يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعاً و ممضياً.

هذا و قيل باعتبار الايجاب و القبول اللفظيين و عدم الاكتفاء بالتراضى و ان كان واضحاً عرفاً كمن يعرس و يحتفل و يدعو الناس لذلك من دون اجراء الصيغه فقد يستدل له بانه:

١- لو لا ذلك لم يبق فارق بين النكاح و السفاح.

قلت: و التأمل فيه واضح، فان الفارق ثابت بقطع النظر عن ذلك، و هو انه فى النكاح يوجد اعتبار للزوجيه بخلافه فى السفاح.

٢- و بما ورد فى تعليم صيغه النكاح المنقطع، كخير ابان بن تغلب: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوماً و ان شئت كذا و كذا سنه

ص: ٥٧٧

١- النور: ٣٢

بكذا و كذا درهما، و تسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فاذا قالت: نعم فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها»(١) و غيرها.

و هي و ان كانت وارده فى النكاح المنقطع الا انه لا يحتمل ثبوت الخصوصيه له.

و دلالتها واضحه، فانها ظاهره فى ارتكاز المفروغيه من اعتبار الصيغه فى ذهن ابان و السؤال وقع بلحاظ بعض الخصوصيات.

على ان قوله (عليه السلام) فى الذيل: «فاذا قالت: نعم فقد رضيت و هي امرأتك» يدل بالمفهوم على عدم تحقق الزوجيه من دون قول الزوجه نعم بعد قول الزوج لها أتزوجك متعه ...

وفيه: اما ظهورها فى ارتكاز المفروغيه من اعتبار الصيغه فى ذهن ابان فمحل منع واما مفهومها من عدم تحقق الزوجيه من دون قول الزوجه نعم بعد قول الزوج لها أتزوجك متعه، فهو صحيح بالاضافه الى ما فى صدرها من قوله: أتزوجك متعه على... و لا مفهوم له خارجا عن ذلك الصدر، وهكذا سائر الاخبار فانها لا مفهوم لها و عليه فلا بد من الرجوع الى مقتضى القاعده من صحه كل كاشف عرفا عن الايجاب و القبول كما تقدم .

ص: ٥٧٨

(و الأخرس يعقد بالإشارة)

كقراءته في صلاته و تليته في حجّه، كما في معتبر السكونيّ، عن الصادق (عليه السلام) «تلييه الأخرس و تشهده و قراءته للقرآن في الصّلاه تحريك لسانه و إشارته بإصبعه»<sup>(١)</sup> و هو الذي تقتضيه القاعده .

حصيله البحث:

فالإيجاب: زوّجتك و أنكحتك و اما متّعتك فيصح استعمالها في الدائم مع القرينه المفهمه و يكفي كل لفظ بل فعل مفهم عرفا كمن يعرس و يحتفل و يدعو الناس لذلك من دون اجراء الصيغه لكن مع وضوح كون هذا التراضى معنونا بالزواج الدائم من ساعه الاحتفال بذلك ، و القبول: قبلت التزويج أو النّكاح أو تزوّجت أو قبلت. و لا يشترط فيهما ان يكونا بلفظ المضى، و لا يشترط تقديم الإيجاب و لا القبول بلفظه، فلو قال: زوّجتك، فقال: قبلت النّكاح صحّ، و يجوز بغير العربيّه و لو مع القدره عليها و الأخرس بالإشارة .

ص: ٥٧٩

(و يعتبر في العاقد الكمال)

بالعقل و البلوغ كسائر العقود كما تقدم غير مره.

(فالسكران) الفاقد لعقله (باطل عقده و لو أجاز بعده)

اقول: و خصّ السكران بالذكر تنبيها على ردّ من اجاز عقده بالاجازه بعد الافاقه استنادا الى صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت الرضا (عليه السلام) عن امرأه ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظننت أنه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أو التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للرجل عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاها، فقلت: و هل يجوز ذلك التزويج عليها، فقال: نعم» (1) تبعا لابن ادريس حيث طرحها لكن عمل بها الشيخ والقاضى و الفقيه و لم يتعرّض الباقر بنفى و لا إثبات، و هو الصحيح بل هو الذى تقتضيه القاعده كما تقدم.

ص: ٥٨٠

---

١- الفقيه (فى ١٥ من أخبار باب ما أحلّ الله عزّ و جلّ من النكاح) والتّهذيب فى ٤٧ من أخبار باب عقد المرأة على نفسها، و فيه «ففرعت منه» و الصواب ما فى الفقيه «فورعت منه» بمعنى أنها لظنّها لزوم العقد أقامت مع الرجل ورعا.



## و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها

(و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها إيجابا و قبولاً)

كما تقتضيه القاعده و من غير خلاف عندنا و إنما نبه على خلاف بعض العامه المانع منه.

## عدم اشتراط الشاهدين فى النكاح

(و لا يشترط الشاهدان فى النكاح)

و يكفى لإثباته عدم الدليل على اعتباره فيتمسك آنذاك باطلاق ادله صحه النكاح. على انه قد قام الدليل على عدم اعتبار ذلك و استفاضت به اخبارنا(١) حتى اصبح ذلك من معالم مذهبنا.

و فى الخبر ان الامام الكاظم (عليه السلام) قال لأبى يوسف القاضى: «ان الله امر فى كتابه بالطلاق و أكد فيه بشاهدين و لم يرض بهما الا عدلين و أمر فى كتابه بالتزويج فاهمله بلا شهود فاثبتتم شاهدين فيما اهمل و أبطلتم الشاهدين فيما أكد»(٢).

ص: ٥٨١

---

١- راجع الفقيه (فى ٥ من أخبار باب الولى و الشهود) و الكافى (فى باب التزويج بغير بينه، ٥٤ من أبواب نكاحه) و التهذيب (فى أول تفصيل أحكام نكاحه)

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٨٧ ح ٤

و أمّا خبر المهلب الدّلال «أنّه كتب إلى أبي الحسن (عليه السلام) أنّ امرأه كانت معي في الدّار، ثمّ إنّها زوجتني نفسها و أشهدت الله و ملائكته على ذلك، ثمّ إنّ أباهما زوّجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب (عليه السلام): التزويج الدائم لا يكون إلّا بوليّ و شاهدين و لا- يكون تزويج متعه بيكر، استر على نفسك و اكنم رحمك الله»<sup>(١)</sup> فمضافا لضعفه و معارضته للنصوص المتظافره انه محمول على التقيّه.

قال في المختلف: و الى هذا الخبر استند العمانيّ حيث اشترط ذلك .

قلت: لعلّه استند إلى خبر المعلّى بن خنيس «قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) ما يجزى في المتعه من الشهود؟ فقال: رجل و امرأتان يشهدهما، قلت: أ رأيت إن لم يجدوا أحدا؟ قال: أنّه لا يعوزهم، قلت: أ رأيت إن أشفقوا أن يعلم بهم أحد أ يجزيهم رجل واحد؟ قال: نعم، قلت: جعلت فداك كان المسلمون على عهد رسول الله صلّى الله عليه و آله يتزوّجون بغير بينه؟ قال لا:»<sup>(٢)</sup> و حمله الشيخ على أنّ بناءهم في عهده صلّى الله عليه و آله كان على الأفضليّه و لا يدلّ على المنع و استدلاله بصحيح الحارث بن المغيرة عنه (عليه السلام): «سألته ما يجزى في المتعه من الشهود؟ فقال: رجل و امرأتان، قلت: فإنّ كره الشهره؟ فقال: يجزيه رجل و إنّما ذلك لمكان المرأه لئلا تقول في نفسها: هذا فجور»<sup>(٣)</sup>.

ص: ٥٨٢

- ١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٥٥-٢٦
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٦١-٥
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٢٦٢-٥٧

قلت: و هو كما قال و خبر المعلى مضافا الى ضعفه سندا معارض بما عرفت.

(و لا-) يشترط اذن (الولى فى الرشيد) وهى المالكه لامرها كما سيأتى ( و ان كان أفضل) عند المصنف حملا منه لبعض النصوص على الافضليه وفيه تأمل كما لا يخفى.

هذا و لا- ريب فى عدم ثبوت ولايه الاب و الجد على الثيب فانه لا خلاف فى استقلالها فى أمرها, بخلاف البكر البالغه فقد وقعت محلا للاختلاف, فليل باستقلالهما فى ذلك, و قيل باستقلالها, و قيل بالتشريك و سيأتى البحث عنها.

و اما ان الثيب تستقل فى امرها فالنصوص فيه متظافره و الفتاوى متفقه عليه , و مثلها البكر التى ليست له أب.

و نكتفى بنقل صحيح الحلبي, عن الصّادق (عليه السلام) «فى المرأه الثيب تخطب إلى نفسها؟ قال: هى أملكك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوا بعد أن تكون قد نكحت رجلا قبله»(1).

و أمّا خبر سعد بن إسماعيل, عن أبيه: «سألت الرّضا (عليه السلام) عن رجل تزوّج ببكر أو ثيب لا يعلم أبوها و لا أحد من قراباتها, و لكن تجعل المرأه وكيلا- فيزوّجها من غير علمهم, قال: لا- يكون ذا»(2) فمضافا لضعفه سندا فان سعد لم يوثق لا يعارض ما

ص: ٥٨٣

١- الكافي (ط - الإسلاميه), ج ٥, ص: ٣٩٢ ح ٣

٢- تهذيب الأحكام ج ٧, ص: ٣٨٥ ح ٢٤

تقدمت الاشارة اليه من النصوص المتضافره وحمله التهذيب تاره على كون الجواب للبكر فقط، و اخرى على التقية ، بل هو خلاف القران فقال تعالى { حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ } الدال على نفوذ امر الثيب كما استدل به السيد المرتضى فى انتصاره فى بطلان قول العامه فى الثيب فى قبال العامه القائلين بأن المرأه و لو كانت ثيبا محتاجه فى نكاحها إلى ولي.

### اشراط تعيين الزوج و الزوجه

(و يشترط تعيين الزوج و الزوجه) بالإشاره أو بالاسم أو الوصف الرافعين للاشتراك (فلو كان له بنات و زوجه واحده و لم يسمها فإن أبهم و لم يعين شيئا فى نفسه بطل) العقد لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين و لصحيحه ابى عبيده الاثيه.

(و إن عين) فى نفسه من غير أن يسميها لفظا (فاختلفا فى المعقود عليها حلف الأب إذا كان الزوج رآهن و إلا بطل العقد)

و مستند الحكم صحيحه أبى عبيده الحذاء ولا وجه لذكر وجوب الحلف على الأب لأن الصحيحه خاليه منه، وهى: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار فزوج واحده منهن رجلا و لم يسم التى زوج للزوج و لا للشهود و قد كان الزوج فرض لها صداق فلما بلغ أن يدخل بها على الزوج و بلغ الزوج أنها الكبرى قال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغرى من بناتك، فقال

أبو جعفر (عليه السلام) إن كان الزوج رهنً كَلَهَنَ و لم يسم له واحده منهنّ فالقول في ذلك قول الأب و على الأب في ما بينه و بين الله عزّ و جلّ أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجه إياها عند عقده النكاح، و إن كان الزوج لم يرهَنَ كَلَهَنَ و لم يسم له واحده منهنّ عند عقد النكاح، فالنكاح باطل»(1).

و بها أفتى الشيخ و القاضي و كلامهما أيضا خال من الحلف و هو الاقوى، و كأنّ المصنّف أتى بالحلف من عموم «اليمين على من أنكر» لكن مورد وروده المال، و بها عمل الفقيه و أمّا الكافي فحيث وصف بابه بالنادر فقد يقال بتردده و أنكره الحلّي. و فقه الحديث: أنّه إذا كان الزوج رهنً و لم يقل للأب: إنّي أريد فلانه منهنّ فكأنّه كان كلّ واحده منهنّ مورد قبوله و كأنّه جعل الأب و كيله في الاختيار و إنّ الوكيل أمين فيقبل قوله.

حصيله البحث:

يعتبر في العاقد الكمال فالتيكران باطلٌ عقده نعم لو أجاز بعد ذلك صح إذا كان ايجاب الطرف الاخر او قبوله باقيا، و يجوز تولّى المرأه العقد عنها و عن غيرها إيجاباً و قبولاً و لا يشترط الشّاهدان و لا الوليّ في نكاح من كانت مالكة لامرأها و

ص: ٥٨٥

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤١٢ ح ١ والتهذيب ج ٧، ص: ٣٩٣ ح ٥٠ الفقيه ح ٥٣ باب ما أحلّ الله عزّ و جلّ من النكاح .

لو كانت باكره، و يشترط تعين الزوجه و الزوج فلو كان له بنت و زوجه واحده و لم يسمها فإن أبهم و لم يعين شيئاً في نفسه بطل، و إن عین فاختلفا في المعقود عليها فالقول في ذلك قول الأب بلا حجه الى اليمين إن كان الزوج رآهن و إلا بطل العقد و على الأب في ما بينه و بين الله عز و جل أن يدفع إلى الزوج الجاربه التي كان نوى أن يزوجه إياه عند عقده النكاح .

### و لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجد له على خلاف في الجد

(و لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجد له)

اما ولاية الاب فلا خلاف و لا شبهه فيها للنصوص الواردة فيها مثل صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم. قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا» (١) و لا يخفى انصراف الاب في هذه النصوص الى الاب وحده دون الجد كما هو واضح.

و في صحيح الفضل بن عبد الملك: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال لا بأس - الخبر» (٢).

ص: ٥٨٦

---

١- وسائل الشيعة ١٤: ٢٢٠ الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح الحديث ١

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٠٠ ح ١

هذا و فى صحيح أبى عبیده، عن الباقر (عليه السلام) فى خبر قلت: «فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه»(١) وقد تضمن ان المهر يكون على الأب كما وقد تضمن ايضا انهما لهما الخيار ففيه: «إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا» و مثله ايضا صحيح محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الصبى يتزوج الصبيّه؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا- الخبر»(٢). و خبر يزيد الكناسى «وفى سنده ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع» عنه (عليه السلام) قلت: «متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته و لا يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوّجها قبل بلوغ التسع كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين - إلى - قلت: فالغلام يجرى فى ذلك مجرى الجاريه؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشره سنه أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته قبل ذلك- الخبر»(٣) و عليه فالنكاح نافذ على الصغيرين لكنهما بالخيار فى فسخه و بذلك افتى الشيخ فى النهايه و بنى البراج و حمزه و إدريس(٤).

و اما خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله ع قال: «سألته عن الصبى يُزوّج الصبيّه هل يتوارثان قال إذا كان أبواهما [هما] اللذان زوّجاهما فنعم قلت أيجوز طلاق

ص: ٥٨٧

- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٣٢ ح ١
- ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٨٢ ح ١٩
- ٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٨٢ ح ٢٠
- ٤- جواهر الكلام ج ٢٩ ص ١٧٤

الأب قال لا»(١) الدال باطلاقه على النفوذ مطلقاً فمضافاً لضعف سنده مضطرب السند و المتن ، فرواه الشيخ عن أبي العباس و عبيد بن زياد على ما فى نسختين و نقله العاملي «و عبيد بن زراره»(٢) و رواه الفقيه عن القاسم بن سليمان، عن عبيد بن زراره مثل الكافي إلى «فنعم» و زاد «قال القاسم بن سليمان: فإذا كان أبواهما حيين فنعم»(٣) و عليه فلا- و ثوق به. و اطلاقه قابل للتقييد بما اذا رضيا ولم يفسخا.

و اما ولايه الجد للاب فقد وقع الخلاف فى ان حياه الاب شرط فى ولايه الجد ام لا؟ فذهب الى الاول الشيخ فى النهايه و التهذيب فقال: «و إنما يجوز عقد الجدّ مع وجود الأب، فأما إذا كان ميتاً فلا يجوز له أن يعقد عليها إلّا برضاها»(٤).

و به قال ابن الجنيد و ابو الصلاح و ابن البراج و الصدوق فقال فى الفقيه: «و إن كان لها أب و جدّ فللجدّ عليها ولايه ما دام أبوها حياً لأنّه يملك ولده و ما ملك، فإذا مات الأب لا يزوّجها الجدّ إلّا بإذنها»(٥).

و اما ابن ابى عقيل فلم يذكر للجد ولايه مطلقاً، و كلامهم وان كان فى النكاح الا ان الظاهر منه هو العموم بل لا خصوصيه للنكاح

ص: ٥٨٨

- ١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٣٢ ح ٣
- ٢- التهذيب فى باب توارث الأزواج من الصبيان
- ٣- الفقيه (فى ميراث الصبيان يزوجان)
- ٤- التهذيب (فى باب عقد المرأه على نفسها بعد خبره ٣٩)
- ٥- الفقيه (فى باب الولي و الشهود)



و ذهب الى الثانى المفيد والمرضى و سلاز و ابن ادريس و يشهد لهم اطلاق موثق عبید بن زرارہ قال: قلت لابی عبد الله (عليه السلام) «الجاريه يريد ابوها ان يزوجه من رجل و يريد جدها تزويجها من رجل فقال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن الاب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الاب و الجد»(١) و الروايه و ان كانت فى النكاح الا انه لا خصوصيه له اولاً و يشمل باقى الموارد بطريق اولى.

لكن يعارضه موثق الفضل بن عبد الملك عن الصادق (عليه السلام) «قال: ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و كان ابوها حياً و كان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى ابو الجاريه هوى و هوى الجد هوى وهما سواء فى العدل و الرضا قال: «احب الى ان ترضى بقول الجد»(٢) و هو صريح انها لا ينفذ امره فيها من دون رضاها .

و يشهد لذلك ايضاً صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (عليه السلام) قال «اذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه»(٣) فان الظاهر منه ان الجد امره على ولده نافذ لا على اولاد اولاده و بذلك يظهر ان ولايه الجد على ابن ابنه او بنت بنته انما هى فى الحقيقه على ولده لا على اولاد ولده و بذلك يمكن الجمع بين قول ابن ابي عقيل و قول الصدوق و ابن الجنيد و غيرهما ممن قال بتقييد ولايه الجد بحياه الاب فان الجد لا ولايه له على الحفيد و انما امره نافذ على ولده و لا يعارض

ص: ٥٨٩

- 
- ١- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٥ ح ١
  - ٢- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٩٠ ح ٤
  - ٣- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٨٩ ح ١

ذلك ما تقدم من موثق ابن زراره فان مورده حياه الوالد فالسؤال فيها لم يقع مطلقاً و انما فيمن كان ابوها يريد ان يزوجها من رجل و يريد جدها تزويجها من آخر و عليه فقوله « و يجوز عليها تزويج الاب و الجد » لا يقتضى ان للجد ولايه مطلقه عليها بل يصدق بما قلنا من ان امر الجد نافذ على ولده والولد يطيع امر ابيه فى ابنه و ليس له مخالفته الا اذا كان مضاراً بمقتضى موثق ابن زراره و بدليل لا ضرر و لا ضرر ايضاً و بذلك يظهر ضعف ما قيل « من ان ولايه الجد اقوى فلا يؤثر فيها موت الاضعف » و وجه اقوائتها ما جاء فى موثق ابن زراره من ان الجد اولى.

اقول: و تقدم ان الاولويه لا من جهه ولايته بل من جهه اخرى.

هذا و لو قلنا باطلاق موثق عبيد بن زراره فهو يحمل على المقيد من ان ذلك مختص بحياه الاب .

و على ما ذكرنا يحمل خبر عبيد بن زراره الاخر عن الصادق (عليه السلام) قال: «إني لذات يوم جالس عند زياد بن عبيد الله الحارثي إذا جاء رجل يستعدى على أبيه فى تزويج ابنته بغير إذنه فقال زياد لجلسائه: ما تقولون؟ قالوا: باطل، ثم أقبل على فقال: ما تقول، فأقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فى ما تروون أن رجلاً جاء يستعدى على أبيه فى مثل هذا، فقال له النبي صلى الله عليه و آله: أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا هو و ماله لأبيه، و لا يجوز نكاحه عليهم-  
الخير»(1).

ص: ٥٩٠

و صحيح هشام بن سالم و محمّد بن حكيم، عن الصادق (عليه السلام): «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأول، و إن كانا جميعا في حال واحده فالجدّ أولى» (١).

و اما خبر أبي العباس، عنه (عليه السلام): «إذا زوّج الرّجل فأبى ذلك والده فإنّ تزويج الأب جائز و إن كره الجدّ، ليس هذا مثل الذى يفعله الجدّ، ثمّ يريد الأب أن يرده» (٢) فظاهره انه بعد تزويج الاب ابنته لا تضر كراهه الجد و معنى قوله «ليس هذا- إلخ» أنّه لو ابتدأ الجدّ و أراد الأب رده ليس له حقّ الردّ كما تقدم، و هنا الحقّ للأب لتقدمه.

(و المولى)

أمّا المولى فلا- ريب فى ولايته على الامه قال تعالى {فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} وفى خبر أبي العباس، عنه (عليه السلام): «سألته عن الأمه تتزوّج بغير إذن أهلها؟ قال: يحرم ذلك عليها و هو الزّنا» (٣).

و أمّا على العبد فكذلك كما فى صحيح عبد الله بن سنان، عن الصادق (عليه السلام): «لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه» (٤) وغيره.

ص: ٥٩١

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٥ ح ٤

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٦ ح ٦

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٧٩ ح ١

٤- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٧٧ ح ١

وفى صحيحه الآخر عنه (عليه السلام): «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فزق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم ابن عتيبه وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد ولا يحل إجازته السيد له فقال أبو جعفر (عليه السلام): إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز» (١) وغيرهما.

وفى صحيح معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله (عليه السلام) فقال: إني كنت مملوكا لقوم و إني تزوجت امرأة حره بغير إذن موالى، ثم أعتقوني بعد ذلك أفأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يعيروا علي فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول» (٢) وغيرها.

(و الحاكم)

و استدل له بمقبوله عمر بن حنظله والظاهر اختصاصها بالقاضي نعم قد يستفاد منها بالاولويه القطعيه ولايه الحاكم بتقريب ان الاسلام لم يهمل مشكله الترافع و التخاصم فكيف يهمل ما هواهم منه كاداره البلاد و اجراء الحدود و التصدى لكل امر لا متصدى له بالخصوص مما هو موكول الى الامام (عليه السلام) و استدل له ايضا بالتوقيع الشريف و هو ما صح عن الكليني عن اسحاق بن يعقوب و فيه « فاما

ص: ٥٩٢

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٨ ح ٣

٢- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٧٨ ح ٤

الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه احاديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجه الله « و سنده لا اشكال فيه حتى من جهة اسحاق حيث جاء فى نهايه التوقيع « و السلام عليك يا اسحاق » الظاهر فى جلالته و وثاقته و لا يضره انه هو الراوى لهذه الفقرة بعد اعتماد الكلينى عليه.

و اما دلالته فبتقريب ان المراد من الحوادث هى الوقائع و الامور العمليه و الرجوع فيها ليس المراد منه الرجوع فى حكمها بل الرجوع فى شخصها و بقرينه ان الامام (عليه السلام) جعل رواه احاديثهم حجه على العباد من قبل شخصه (عليه السلام) وهذا لا يناسب الرجوع فى حكمها، بل ذيلها ظاهر فى النصب و انهم منصوبون مطلقاً من قبله (عليه السلام) لعدم تقييده (عليه السلام) حجيتهم بامر خاص هذا ولا يخفى ان المراد من الرواه هم الفقهاء كما هو واضح.

(و الوصى)

المراد من الوصى هو الوصى القيم لا مطلق الوصى و لا شك فى نفوذ تصرفانه حيث جعل الراوى صحه القيمومه بالوصيه امرا مفروغاً عنه وقد اقرهما الامام على ذلك كما يشهد لذلك ما فى صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيه، فرفع أمره إلى قاضى الكوفه...قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد، و يخلف

ص: ٥٩٣

جواری، فقیم القاضی رجلاً منّا لیبعهنّ أو قال: یقوم بذلک رجلٌ منّا فیضعف قلبه؛ لأنّهنّ» (۱).

و صحیحہ علی بن رثاب: «رجل مات و بینی و بینہ قرابہ و ترک اولاداً صغاراً و ممالیک غلماناً و جواری و لم یوص...» (۲).

و موثّقه سماعه: «فی رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار، من غیر وصیّته، و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع...» (۳).

و صحیحہ إسماعیل بن سعد «قال: سألت الرضا علیه السلام عن رجل یموت بغير وصیّته...» (۴).

و اما صحیح محمد بن اسماعیل الاخر قال: «سأله رجل عن رجل مات و ترک أخوين و ابنه، و الابنه صغیره، فعمد أحد الأخوين الوصی فزوّج الابنه من ابنه، ثم مات أبو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: أخی لم یزوّج ابنه فزوّج الجاریه من ابنه فقیل للجاریه: أئی الزّوجین أحبّ إلیک الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ الثانی مات، و للأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوّج فقال للجاریه: اختاری أيّهما أحبّ إلیک الزّوج الأول أو الزّوج الآخر؟ فقال: الزّوايه فیها أنّها

ص: ۵۹۴

۱- الوسائل ۱۲: ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۲

۲- الوسائل ۱۲: ۲۶۹، الباب ۱۵ من أبواب عقد البیع و شروطه

۳- وسائل ۱۳: ۴۷۴، الباب ۸۸ من أبواب أحكام الوصایا، الحدیث ۲

۴- الوسائل ۱۲: ۲۶۹ ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع، الحدیث ۱

للزّوج الأخير، و ذلك أنّها تكون قد كانت أدركت حين زوّجها و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها»(١). والظاهر أنّ المراد بقوله: «قال سأله» هو كلام الراوى عن ابن بزيع و هو أحمد الأشعري، يعنى سأل ابن بزيع رجل ، و ليس المراد «قال ابن بزيع سأل رجل من المعصوم» بدليل أنّ جوابه «فقال: الرّواية فيها- إلخ» وهذا جواب للسؤال من ابن بزيع، وعليه فابن بزيع هو المسؤول وهو اجاب عن السؤال بروايه مرسله ولعله كان استنباطاً منه من الروايه ، ومضمونها: دالّ على عدم ولايه للوصيّ فتكون معارضه لما تقدم ولما دل على صحه الوصيه العهديه ونفوذ امر الوصى كما هو مقتضى اطلاق صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ع قال: «الذى بيده عقده النكاح هو وليّ أمرها»(٢) الدال على نفوذ تصرف مطلق الولي.

و صحيح أبي بصير، و محمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الذى بيده عقده النكاح، فقال: هو الأب و الأخ و الموصى إليه و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبيع لها و يشتري، قال: فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر إذا عفا عنه»(٣) ولا يخفى ان المراد من الاخ: الاخ الذى هو قيم عليها بالقيومه الحسينيه كما تقدم الكلام عن اولياء العقد فى كتاب البيع.

ص: ٥٩٥

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٧ ح ٣

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٩٢ ح ٤٦

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٤٨٤ ح ١٥٤

و مثله فى الدلالة خبر أبى بصير، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرّجل يوصى إليه و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشتري فأى هؤلاء عفا فقد جاز» (١).

(فولايه القرابه) من الاب والجد على القول بولايته.

(على الصغيره أو المجنونه أو البالغه سفيهه، و كذا الذكر)

و هل ان ولايه الاب و الجد على القول بها ثابتة على الصغير بعد بلوغه مجنوناً او سفيهاً ام انها تنقطع بالبلوغ؟ و لو قلنا بثبوتها بعد البلوغ اذا ما كان الجنون متصلاً به فهل هى ثابتة لو بلغ عاقلاً ثم جن ام تعود الولاية للحاكم الشرعى؟

استدل للاول بالاجماع و الاستصحاب و هما كما ترى و اشكلوا على ثبوتها فى الثانى بعد انقطاعها اولاً.

اقول: لكن المستظهر من الروايات هو ثبوت الولاية سواء كان الجنون و السفه متصلاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه منها صحيح هشام، عن الصادق (عليه السلام) «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس منه رشد و كان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله» (٢) فان المفهوم عرفاً من الولي هو الاب.

ومنها: ما دل على ان المرأة المالكه لنفسها يجوز تزويجها بغير ولي مثل صحيح الفضلاء عن الباقر (عليه السلام) « قال: المرأة التى ملكت نفسها غير السفيهه و لا المولى

ص: ٥٩٦

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٩٣ ح ٤٩

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٦٨ ح ٢



عليها ان تزويجها بغير ولي جائز» (١) فان المراد بالولى ما هو المعهود من ولاية الاب لا الحاكم الشرعى و مثله حسنه زراره عن الباقر (عليه السلام) قال: اذا كانت المرأه مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم يكن ذلك فلا يجوز الا بأمر وليها « فان المنصرف من الولى فيها لا شك هو الاب دون الحاكم الشرعى و عليه فالمستظهر من الروايات ان ولاية الاب على ولده مفروغ عنها و لا تفصيل فيها بمن كان مجنوناً بعد البلوغ متصلاً به ام منقطعاً عنه.

هذا ويستدل لولاية الاب على المجنون بصحيحه أبى خالد القمات: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن طلق هو ان يقول غدا: لم أطلق أو لا يحسن ان يطلق قال: ما أرى وليه الا بمنزله السلطان» (٢) و غيرها، فان القدر المتيقن فى المراد من الولى هو الاب. و إذا ثبت كونه بمنزله السلطان فى الطلاق ثبت كونه كذلك فى النكاح بالاولويه.

و بقطع النظر عن الصحيحه المذكوره يمكن التمسك باستصحاب الولاية الثابته قبل البلوغ بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه و عدم معارضه استصحاب بقاء المجعول باستصحاب عدم الجعل الزائد كما هو الاقوى.

ص: ٥٩٧

---

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩١ ح ١

٢- وسائل الشيعه ١٥: ٣٢٩ الباب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١

و يمكن الاستدلال ايضا لحاله الجنون الطارئ بعد البلوغ باطلاق الصحيحه السابقه و ما هو بمضمونها .

(لا على البكر البالغه الرشیده فى الأصح)

اقول: الظاهر ان مراده من الرشیده هى المالكه لامرها ولو لم تكن ثيبا و عليه فالاصح انها مستقله بالتصرف و لا ولى لها و يشهد لذلك صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله ع قال: «تزوِّج المرأة من شاءت إذا كانت مالكةً لأمرها فإن شاءت جعلت ولياً» (١). وصحيح الفضلاء المتقدم انفا وحسنه زراره المتقدمه عن أبى جعفر (عليه السلام): «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها و إن لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليها» (٢) فظاهره أنه إذا كانت رشیده تكون مالكة أمرها مطلقا ,ولا اشكال فى سندہ الّا من جهه موسى بن بكر و الظاهر اعتماد الاصحاب عليه فراجع معجم رجال الحديث (٣).

ص: ٥٩٨

- 
- ١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٢ ح ٣
  - ٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٧٨ ح ٦
  - ٣- م عجم رجال الحديث - المحقق الخوئى ج: ١٩ ص: ٢٨ و فيه: الظاهر أن موسى بن بكر ثقة و ذلك لأن صفوان قد شهد بأن كتاب موسى بن بكر مما لا يختلف فيه أصحابنا .

و يؤيد ذلك خبر أبي مريم، عن الصّادق (عليه السلام): «الجارية البكر التي لها أب لا- تتزوج إلّا بإذن أبيها و قال: إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت متى شاءت»<sup>(١)</sup>. وقد يتوهم من قوله في ذيله «إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت متى شاءت» انه دالّ بقريته صدره «البكر التي لها أب لا تتزوج إلّا بإذن أبيها» على أنّها ما دامت بكرًا لم تكن مالكة لأمرها .

و فيه: انه يستشعر ذلك منه و ليس بظهور فلاحجه فيه، مضافا لضعفه سندا و معارضته لحسنه زواره الظاهر في أنّها إذا كانت رشيدة تكون مالكة أمرها مطلقا، و بذلك يتم بين الجمع بين الاخبار و يرتفع توهم تعارضها فان ما دلّ على استقلال الاب و هو روايات متعدده تبلغ ستا أو اكثر كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب»<sup>(٢)</sup> و يدلّ عليه أيضا خبر وصحيح عليّ بن جعفر أخيه (عليه السلام): «سألته عن الرّجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن يكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر»<sup>(٣)</sup> و غيرهما، يكون المراد منها انها ما دامت غير مالكة لامرها فتصرفها غير نافذ والشرط في نفوذ تصرفها ان تكون مالكة لامرها و كذلك الكلام في ما دلّ على اعتبار اذن الاب من دون دلاله على الاستقلال ليهو هو روايات متعدده تبلغ

ص: ٥٩٩

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٣٩١ ح ١

٢- وسائل الشيعة ١٤: ٢٠٣ الباب ٣ من أبواب عقد النكاح الحديث ١١

٣- مسائل علي بن جعفر و مستدركاتهما، ص: ١١٢

ستا أو أكثر كصحيحه ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله (عليه السلام): «لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آباءهن» (١) ولا تعارض بينها حينئذ وبين صحيحه منصور بن حازم عن ابي عبد الله (عليه السلام): «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها» (٢).

و صحيحه صفوان: «استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (عليه السلام) في تزويج ابنته لابن أخيه فقال: افعل و يكون ذلك برضاها، فان لها في نفسها نصيبا. قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر (عليه السلام) في تزويج ابنته على بن جعفر فقال: افعل و يكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظًا» (٣) وعلى كونها مالكة لامرأها يحمل خبر سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله (عليه السلام): لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن أبيها» (٤) و الحاصل انها مستقلة في زواجها اذا كانت مالكة لامرأها والا فلا. وفي المسألة أقوال:

الأول: استقلالها في امرها و ذهب إليه المفيد في أحكام نسائه و المرتضى و الديلمى، و مال إليه ابن حمزه و يدل عليه ما دل على استقلال البكر في امرها، و

ص: ٦٠٠

- ١- وسائل الشيعه ١٤: ٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح الحديث ٥
- ٢- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ١
- ٣- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ٢
- ٤- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ٤

لا توجد روايه صريحه تدل على ذلك سوى روايه سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد الله (عليه السلام): لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن أبيها»(١).

و فيه: انها ضعيفه السند لان سعدان لم تثبت وثاقته ألما بناء على تماميه كبرى وثاقه كل من ورد في كامل الزيارات أو تفسير القمى مضافا إلى ذلك هي مبتلاه بالاشكال من ناحيه اخرى، فان الشيخ رواها مره بسنده إلى محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن سعدان قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) ... و اخرى رواها عن محمد بن أحمد بن يحيى عن العباس عن سعدان عن رجل عن أبي عبد الله (عليه السلام) ... (٢) و بما ان من البعيد سماع سعدان الروايه من الامام (عليه السلام) مرتين فلا يمكن الجزم بعدم وجود واسطه مجهوله بين سعدان و الامام (عليه السلام) فتسقط من الاعتبار.

الثانى: التشريك ذهب إليه المفيد في المقنعه و الحلبي، و مال إليه ابن زهره، و يدل على ذلك ما دلّ على اعتبار اذن البكر و عدم استقلال الاب و هما روايتان: صحيحتا منصور بن حازم (٣) و صفوان (٤) المتقدمتان .

الثالث: عدم الاشتراط فى المتعه و الاشتراط فى الدوام ذهب إليه الشيخ فى تهذيبه و نهايته على ما حكاه فى النجعه ولم اقف على مستندهم.

ص: ٦٠١

- ١- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ٤
- ٢- وسائل الشيعه ١٤: ٤٥٩ الباب ١١ من أبواب المتعه الحديث ٨
- ٣- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ١
- ٤- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٤ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح الحديث ٢

الرابع: الاشتراط مطلقا ذهب إليه العماني و الصدوق و القاضي، ويشهد له ما دلّ على استقلال الاب و هي روايات متعدده تبلغ ستا أو اكثر و فيها الصحاح، كصحيحه الحلبي (١) وغيرها , وما دلّ على اعتبار اذن الاب من دون دلالة على الاستقلال فهو هي روايات متعدده تبلغ ستا أو أكثر كصحيحه ابن ابي يعفور (٢) المتقدمه وغيرها.

اقول: و قد ذكرنا انها غير متعارضه و انها تحت امر ابيها ما لم تملك امرها و الا فالامر بيدها.

(و لو عضلها الولي)

و هو أن لا- يزوجهما من كفو مع رغبتها و رغبتة بمهر المثل أو بدونه، و في الصحاح «يقال: عضل الرجل أيمه إذا منعها من التزويج» و فيه أيضا «و عضلت عليه تعضيلًا إذا ضيقت عليه في أمره، و حلت بينه و بين ما يريد»

(فلا بحث في سقوط ولايته)

لقاعده لا- ضرر , مضافا الى حرمة لانه اضرار بالغير مضافا الى انه موجب للحرج عليها و هو مرتفع قال تعالى {ما جعل عليكم من حرج}.

ص: ٦٠٢

---

١- وسائل الشيعه ١٤: ٢٠٣ الباب ٣ من أبواب عقد النكاح الحديث ١١

٢- وسائل الشيعه ١٤: ٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح الحديث ٥

(و للمولى تزويج رقيقه)

كما فى صحيح الحلبى: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): كيف ينكح الرجل عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدّا من طعام أو درهم أو نحو ذلك» (١) وغيره.

و الحاكم و الوصى يزوجان من بلغ فاسد العقل أو سفيها

(و الحاكم و الوصى يزوجان من بلغ فاسد العقل أو سفيها مع كون النكاح صلاحا له و خلوه من الأب و الجد)

كما تقدم البحث عن ذلك و قلنا ان الولاية غير مشروطه بالمصلحه و ان جواز ذلك هو مقتضى اطلاق صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله ع قال: «الذى بيده عُقدته النكاح هو وليُّ أمرها» (٢) الدال على نفوذ تصرف مطلق الولي.

و قال الشيخ فى المبسوط «النساء عاقله و مجنونه و لا يجوز للحاكم تزويج المجنونه و عند المخالف للحاكم تزويجها إن كانت كبيره، بكرا كانت أو ثيبا، و عندنا يجوز ذلك للإمام الذى يلى عليها أو من يأمره الإمام بذلك» و قال ايضا «ويجوز للحاكم تزويج المجنونه إن كانت كبيره».

ص: ٦٠٣

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٧٩ ح ١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٣٩٢ ح ٤٦

ثم انه لا ولاية للحاكم والوصى الا مع الخلو من الأب، و أمّا مع عدمه و وجود الجد فالمفهوم من الإسكافي و الشيخ و ابن حمزه و ابن زهره و الديلمى و الحلبي عدم ولايته على الصغيره(١).

حصيله البحث:

ولا ولاية في النكاح لغير الأب و للمولى و الحاكم و الوصى، و اما الجد فالظاهر أن امره نافذ على ولده لا على اولاد اولاده فلا ولاية له عليهم، فولايه القرابه على الصيغ غيره أو المجنونه أو البالغه سفيهه سواء كان الجنون و السفه متصلًا بالبلوغ ام منقطعاً عنه و كذا الذكر لا- على المالكه لامرهما، و لو عضلها فلا- بحث في سقوط ولايته و حرمة عضله، و المولى يزوج رقيقه و الحاكم و الوصى يزوجان من بلغ فاسد العقل و خلوه من الأب .

**(وهنا مسائل)**

**صحّه اشتراط الخيار فى الصداق**

(الاولى: يصحّ اشتراط الخيار فى الصداق)

أمّا صحّه اشتراط الخيار فى الصّداق فلا دليل عليه بالخصوص و الاستدلال للصحّه بعموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه.

ص: ٦٠٤

---

١- النجعه فى شرح اللمعه، ج ٨، ص: ٣٥٦



نعم ورد في صحيح عليّ بن رثاب، عن الكاظم (عليه السلام) قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأه على مائه دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم يخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده، فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، و لها مائة دينار التي أصدقها إياها، و إن أراد أن تخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام، فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتّى يؤدّى إليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت و هو جائز له» (١) الدال على صحه شرط زياده المهر و نقيصته و عليه فاذا صح مثل هذا الشرط صح الخيار فيه بالفهم العرفي لكنه ينتقل الى مهر المثل لو اخذ بالخيار كما سيأتي.

(و لا يجوز) اشتراط الخيار (في العقد فيبطل العقد)

و أمّا عدم جوازه في العقد فصحيح لعدم الدليل على مشروعيه الخيار في عقد النكاح كما في صحيح ابن قيس الاتي لكن بطلان العقد به باطل، بل الصحيح صحته يشهد لذلك صحيح محمد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «في الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، و إن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل، و ذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه، ففرضي للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم» (٢).

ص: ٦٠٥

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٠٤ ح ٩

٢- الكافي ج ٥، ص: ٤٠٢ ح ١ و رواه التهذيب ج ٧، ص: ٣٧٠ ح ٦١ مع تفاوت لا يضر.

(و يصح توكيل كل من الزوجين)

فليس من اللازم على الزوجين مباشرة العقد بأنفسهما بل يجوز لهما التوكيل في ذلك، ولا مانع من كون الوكيل واحدا عن الطرفين، بل يجوز ان يكون الزوج وكيلا عن الزوجه فيجرب الايجاب بالوكاله و القبول بالاصاله، كما يجوز ان تكون هي وكيله عنه فتوجب بالاصاله و تقبل بالوكاله.

و ذلك لإطلاق دليل مشروعيه الوكاله و للروايات الخاصه، كصحيحه داود بن سرحان عن أبي عبد الله (عليه السلام): «رجل يريد ان يزوّج اخته ... فان قالت: زوّجني فلانا زوّجها ممن ترضى» (١) و غيرها .

(فليقل الولي: زوجت من موكلك فلان و لا يقل منك، و ليقل الوكيل: قبلت لفلان)

و يكفى ان يقول وكييل الزوجه لو كليل الزوج: زوجت موكلتي فلانه موكلك فلانا على مهر كذا، ثم يقول وكييل الزوج: قبلت الزواج عن موكلى على المهر المذكور.

و إذا كانت الزوجه قد وكلت فقط كفى ان يقول وكييلها للزوج: زوجتك موكلتي على مهر كذا ثم يقول الزوج: قبلت الزواج على المهر المذكور.

ص: ٦٠٦

و إذا كان الزوج قد وكل فقط كفى ان تقول الزوجه لوكيل الزوج: زوجت نفسي موكلك على مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلت الزواج عن موكلى على المهر المذكور.

و اما جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فلعدم المانع منه بعد شمول اطلاق ادله مشروعيه الوكاله له.

و اتحاد الموجب و القابل لا محذور فيه بعد كفايه المغايره الاعتباريه.

فان قيل: أنه كتكلم الإنسان مع نفسه و إنّه لو كانت المغايره الاعتباريه كافيّه لم جعل النبيّ صلّى الله عليه و آله فى تزوّجه بأمّ سلمه ابنها الصغير طرفا و لم يتولّ الإيجاب و القبول كما فى خبر إبراهيم بن أبى يحيى، عن الصادق (عليه السلام): «تزوّج النبيّ صلّى الله عليه و آله أمّ سلمه زوّجها إياه عمر بن أبى سلمه و هو صغير لم يبلغ الحلم»<sup>(١)</sup>.

و فيه: انه لا بد للعقد من انشاء و كاشف له و لا شك انه لو اجرى الصيغه امام احد لصدق ذلك و كذلك لو كان وحده و اما الخبر فمضافا لضعفه لا مفهوم له على عدم صحه ذلك و لا حجيّه لمجرد الاستشعار.

و منه يتضح الوجه فى جواز تولى الزوج أو الزوجه كلا طرفى العقد.

ص: ٦٠٧

ان قلت: ان موثقه عمار الساباطى عن أبى الحسن (عليه السلام): «امرأه تكون فى أهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها أ يحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجى؟ قال: لا. قلت له: جعلت فداك و ان كانت ايما قال: و ان كانت ايما. قلت: فان وكلت غيره بتزويجها منه، قال: نعم»<sup>(١)</sup> ودلالاتها على عدم جواز تولى الزوج كلا طرفى العقد واضحه.

قلت: مضافا الى عدم موثوقه روايات عمار كما تقدم , هى أجنبيه عن ذلك، فانها ناظره إلى ان الزوج إذا كان وكيلا فلا يصلح ان يكون شاهدا بل الشاهد لا بد من كونه مغايرا للوكيل فى التزويج.

هذا و لا يجوز الاستمتاع للزوجين إلا بعد العلم من اجراء الوكيل للعقد وذلك لاستصحاب عدم تحققه.

(و لا يزوجه الوكيل من نفسه إلا إذا أذنت فيه عموما أو خصوصا)

كما فى صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السلام) «فى امرأه ولت أمرها رجلا فقالت: زوّجنى فلانا، فقال: إنى لا أزوّجك حتى تشهدى لى أنّ أمرك بيدى فأشهدت له، فقال: عند التزويج للذى يخطبها يا فلان عليك كذا و كذا، قال: نعم، فقال: هو للقوم: أشهدوا أنّ ذلك لها عندى، و قد زوّجتها نفسى، فقالت المرأه: لا و لا

ص: ٦٠٨

---

١- وسائل الشيعه ١٤: ٢١٧ الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح الحديث ٤

كرامه و ما أمرى إلّا بيدى، و ما وليتك أمرى إلّا حياء من الكلام، قال: تنزع منه و توجع رأسه»(١).

حصيله البحث:

يصحّ اشتراط الخيار فى الصّيداق لكنه ينتقل الى مهر المثل لو اخذ بالخيار , و لا يجوز فى العقد فيبطل، و يصحّ توكيل كلّ من الزّوجين فى النّكاح، فليقل الولي: زوّجت من موكلك فلان، و لا يقل: منك، و ليقل: قبلت لفلان. و لا يزوّجها الوكيل من نفسه إلّا إذا أذنت فيه عموماً أو خصوصاً.

### لو ادعى زوجيه امرأه فصدّقه حكم بالعقد ظاهراً

(الثانيه: لو ادعى زوجيه امرأه فصدّقه حكم بالعقد ظاهراً و توارثاً)

و ذلك لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز واما صحيح أبى بصير: «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل أخذ مع امرأه فى بيت فأقرّ أنّها امرأته و أقرّت أنّه زوجها فقال: ربّ رجل لو أتيت به لأجزت له ذلك و ربّ رجل لو أتيت به لضربته»(٢) فمجمّل ولم تتضح دلالتة.

ص: ٦٠٩

---

١- الكافى باب المرأه تولى أمرها رجلا ليزوجها من رجل فزوجها من غيره، و الفقيه ح ٦ من باب وكالته.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٥٦١ ح ٢١

(و لو اعترف أحدهما قضى عليه به دون صاحبه)

لأنه بالنسبة إلى نفسه إقرار و إلى صاحبه ادعاء، و يشهد لذلك ايضاً صحيح عبد العزيز بن المهتدي: «سألت الرضا (عليه السلام) قلت: جعلت فداك إن أخي مات و تزوجت امرأته فجاء عمي فادّعى أنه قد كان تزوجها سرّاً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت: ما كان بيني و بينه شيء قطّ، فقال: يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها»<sup>(١)</sup>.

هذا و لو ادعى احد زوجيه امرأه و انكرت هي كان عليه البيّنه كما هو مقتضى البيّنه على من ادعى و اليمين على المنكر و لصحيح الحسين «أنه كتب إليه يسأله عن رجل تزوج امرأه في بلد من البلدان فسألها أ لك زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها، ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتى فأنكرت المرأه ذلك ما يلزم الزوج؟ فقال: هي امرأته إلا أن يقيم البيّنه»<sup>(٢)</sup>.

نعم يلزم زوجها الحالى اجتنابها لو كان المدعى ثقه كما هو مقتضى حجه خبر الثقه في الموضوعات و يشهد له بالخصوص موثق سماعه قال: «سألته عن رجل

ص: ٦١٠

---

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٥٦٣ ح ٢٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص: ٤٧٧ ح ١٢٢

تزوج جاريه أو تمتع بها فحدّثه رجل ثقه أو غير ثقه فقال: إنّ هذه امرأتى و ليست لى بيّنه، فقال: إن كان ثقه فلا يقربها و إن كان غير ثقه فلا يقبل منه»(١).

حصيله البحث:

لو ادعى زوجيه امرأه فصدّفته حكم بالعقد ظاهراً و توارثاً، و لو اعترف أحدهما قضى عليه به دون صاحبه، و لو ادعى احد زوجيه امرأه و انكرت هى كان عليه البيّنه نعم يلزم زوجها الحالى اجتنابها لو كان المدعى ثقه .

### لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه

(الثالثه: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه)

الأصل فى المسأله خبر الزهرى عن السجّاد (عليه السلام) «فى رجل ادعى على امرأه أنّه تزوّجها بولّى و شهود و أنكرت المرأه ذلك فأقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البيّنه أنّه قد تزوّجها بولّى و شهود و لم يوقّتا وقتاً، فكتب أنّ البيّنه بيّنه الرجل و لا تقبل بيّنه المرأه لأنّ الزوج قد استحقّ بضع هذه المرأه و تريد أختها فساد النكاح و لا تصدّق و لا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها».

اقول: و الخبر ضعيف ففى سنده الأوزاعى و الزهرى و هما عامّيان , و سليمان المنقرى الذى فى سنده قال النجاشى فيه: ليس بالمتحقّق بنا، و ابن الغضائرى قال:

ص: ٤١١

ضعيف جدًا، و عيسى مهمل و القاسم واقفي، فالظاهر عدم اعتباره فيرجع في مثل النزاع إلى القواعد .

وهي تقضى بان الرجل منهما مدع و منكر فيلزمه اقامه البينه على دعواه زوجيه اخت المدعيه و الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما قال المصنف:

(حلف) الرجل لأنه منكر ( فإن أقامت بينه فالعقد لها)

بكونها زوجته ثابت و لا حاجه لان تحلف هي, لانه لا وجه لحلفها فعلاَم تحلف؟ و انكارها لزوجيه اختها لا علاقه له بدعواه (و ان أقام بينه) و لم تقم هي (فالعقد) على الأخت (له) ثابت فتكون اختها زوجته و عليه الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما تقدم.

(و الأقرب) عند المصنف (توجه اليمين على الآخر)

و هو ذو البينه (في الموضوعين) عند المصنف و هما إقامه البينه فيحلف معها و إقامتها فتحلف معها .

و إنما حكم باليمين مع اقامتها للبينه (لجواز صدق البينه) الشاهده لها بالعقد (مع تقدم عقده على من ادعاها) و البينه لم تطلع عليه فلا بد من تحليفها لينتفى الاحتمال و ليس حلفها على إثبات عقدها تأكيداً للبينه لأن ذلك لا يدفع الاحتمال و إنما حلفها على نفى عقد أختها.

ص: ٦١٢



و فيه: انها ليست طرفا للدعوى حتى يلزمها الحلف كما تقدم .

(و) وجه حلفه مع بينته على نفى عقده على المدعيه (جواز صدق بينته) بالعقد على الأخت (مع تقدم عقده على من ادّعته) و البينه لا تعلم بالحال فيحلف على نفية لرفع الاحتمال و الحلف هنا على القطع لأنه حلف على نفى فعله .

(و لو أقام بينه فالحكم)

هو تساقطهما كما هو مقتضى تعارض الحجّتين لتكاذبهما للعلم ببطلان احدهما إلا اذا تقدم تاريخ احدهما فيحكم بصحته و يبطل المتأخر لعدم المحل له.

و عند المصنف الحكم (لبينته إلا أن يكون معها) أى مع الأخت المدعيه (مرجح) لبينتها (من دخول) بها استنادا الى خبر الزهرى المتقدم و قد تقدم عدم حجّيته .

(أو تقدم تاريخ بينتها على تاريخ بينته) حيث تكونان مؤرختين فيقدم قولها و يحكم بزوجيتها له كما تقدم.

حصيله البحث:

لو ادّعى زوجيه امرأه و ادّعت أختها عليه الزّوجيه حلف، فإن أقامت بينه فالعقد لها، و إن أقام بينه فالعقد له و عليه الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما تقدم، و لو أقام بينه فالحكم هو تساقطهما كما هو مقتضى تعارض الحجّتين لتكاذبهما

ص: ٦١٣

للعلم ببطلان احدهما الا اذا تقدم تاريخ احدهما فيحكم بصحته و يبطل المتأخر لعدم المحل له .

### لو اشترى زوجته لسيدة فالنكاح باق

(الرابعة: لو اشترى زوجته لسيدة فالنكاح باق) لأن شراءها لسيدة ليس مانعا منه (و إن اشترها) العبد (لنفسه بإذنه أو ملكه إياها) بعد شرائها له (فإن قلنا بعدم ملكه فكالأول) لبطلان الشراء و التمليك فبقيت كما كانت أولا على ملك البائع أو السيد .

اقول: و يشهد لعدم ملكه صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل يأخذ من أمّ ولده شيئا و هبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع أ يجوز ذلك له؟ قال: نعم إذا كانت أمّ ولده» (١).

و صحيح يونس بن عبد الرحمن وهو من اصحاب الاجماع عن الدقاق قال: «سألته عن الرجل يكون له مملوكه و لمملوكه مملوكه و هبها لها أبوها، يحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال: لا بأس» (٢).

(و إن حكمنا بملكه بطل العقد) كما لو اشترى الحر زوجته الأمه و استباح بضعها بالملك (أما المبعوض فإنه) بشرائه لنفسه أو بتملكه (يبطل العقد قطعا) لأنه بجزئه

ص: ٦١٤

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢٠٦ ح ٣٥

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٨ ص: ٢١٥ ح ٧٢

الحر قابل للتملك و متى ملك و لو بعضها بطل العقد على ما هو المعروف وسياتي تحقيق الامر فيه .

حصيله البحث:

لو اشترى العبد زوجته لسيدته فالنكاح باقٍ، و إن اشترى لنفسه بإذنه أو ملكه إياها ، و أمّا المبعوض فإنه يبطل العقد قطعاً.

### لا يزوج الولي و لا الوكيل بدون مهر المثل

(الخامسه: لا- يزوج الولي و لا- الوكيل بدون مهر المثل و لا بالمجنون و لا بالخصي) و لا بغيره ممن به أحد العيوب المجوزه للفسخ .

(و كذا لا يزوج الولي الطفل بذات العيب)

هذا كله على القول باشتراط ولايه الولي بالمصلحه باعتبار قوله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن﴾ (١) او عدم المفسده بدليل صحيح ابي حمزه الثمالي «ما احب ان يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد» (٢) (٣) و يستانس لذلك بصحيح ابن رثاب: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل بيني و بينه

ص: ٦١٥

١- الانعام ١٥٢

٢- البقره ٢٠٥

٣- الكافي ج ٥ ص ١٣٥ ح ٣

قرايه مات و ترك اولادا صغارا و ترك مماليك له غلمان و جوارى و لم يوص فما ترى فى من يشتري منهم الجاربه يتخذها أم ولد و ما ترى فى بيعهم؟ فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فى من يشتري منهم الجاربه يتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا أنفذ ذلك القيم الناظر فى ما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا فى ما صنع القيم لهم، الناظر فى ما يصلحهم»(1).

اقول: بغض النظر عن صحه الاستدلال المتقدم و عدمه لا دليل على تقييد ولايه الولى بالمصلحه او بعدم المفسده و ما تقدم ظاهر فى مجرد تكليف الولى بذلك وانه يلزمه رعايه المصلحه بناء على دلاله الايه المباركه او عدم المفسده بناء على ثبوت ذلك لا ان تصرفه وولايته مشروطه بذلك و لا تلازم بين تكليفه بذلك و بين كون تصرفه مشروط بذلك .

هذا و الايه المباركه {وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ} (٢) لها ظهور فى ان من بيده عقده النكاح له الولاية على ان يعفو عن المهر مطلقا.

ص: ٦١٤

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٦٦٦ ح ٢

٢- البقره ايه ٢٣٧

هذا و لو ثبتت شرطيه المصلحه او عدم المفسده فى تصرفاته لكان اللازم من ذلك بطلان تصرفه لا الخيار للمولى عليه و بذلك يظهر ضعف كلام المصنف حيث قال: (فيتخير) كل منهما (بعد الكمال) .

نعم فى خصوص تزويج الصغيرين يتخيران بعد البلوغ مطلقا و لو كان تصرف الولي مطابقا للمصلحه و ذلك لقيام الدليل عليه كما فى صحيح أبى عبيده، عن الباقر (عليه السلام) فى خبر قلت: «فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام...إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا»(١).

و مثله ايضا صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الصبى يتزوّج الصبيّه؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا- الخبر»(٢).

و خبر يزيد الكناسى «وفى سنه ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع» عنه (عليه السلام) قلت: «متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته و لا- يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوّجها قبل بلوغ التسع كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين- إلى- قلت: فالغلام يجرى فى ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشره سنه أو يشعر فى وجهه أو

ص: ٦١٧

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٣٢ ح ١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٨٢ ح ١٩

ينبت في عانتة قبل ذلك- الخبر»(١) وعليه فالنكاح نافذ على الصغيرين لكنهما بالخيار في فسخه و بذلك افتي الشيخ في النهايه و بنى البراج و حمزه و إدريس(٢).

حصيله البحث:

لا- يزوّج الوليّ و لا الوكيل إلّا مع رعايه المصلحه، فلا يزوج بالمجنون و لا بالخصي، و لا بذات العيب و لو زوج نفذ، نعم في خصوص تزويج الصغيرين يتخيران بعد البلوغ مطلقا و لو كان تصرف الولي مطابقا للمصلحه , و اما غيرهما فلا خيار له .

### عقد النكاح لو وقع فضولا يقف على الإجازة

(السادسه: عقد النكاح لو وقع فضولا يقف على الإجازة من المعقود عليه أو وليه، و لا يبطل على الأقرب)

و يشهد لصحّته في الحر خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سئل عن رجل زوّجه امه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز إن شاء المتزوّج قبل و إن شاء ترك فإن

ص: ٦١٨

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٣٨٢ ح ٢٠

٢- جواهر الكلام ج ٢٩ ص ١٧٤

ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه»<sup>(١)</sup> لكنه مضافا لضعفه سندا محل اشكال كما سيأتي في المساله العاشره.

و اما فى المملوك فالأخبار به متظافره و يتعدى منه الى الحر لعدم الخصوصيه كصحيح زراره، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده؟ فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته و إن شاء فرّق بينهما، قلت: إنّ الحكم بن عتيبه و إبراهيم النخعيّ و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا يحلّ إجازته السيّد له، فقال (عليه السلام): إنّ لم يعص الله إنّما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز»<sup>(٢)</sup> و غيره .

و صحيح معاويه بن وهب: جاء رجل إلى أبى عبد الله (عليه السلام) فقال: إنّى كنت مملوكا لقوم و إنّى تزوّجت امرأه حرّه بغير إذن موالىّ، ثمّ أعتقونى بعد ذلك أ فاجدّد نكاحى إياها حين أعتقت؟ فقال له: أ كانوا عالمين أنّك تزوّجت امرأه و أنت مملوك لهم، فقال: نعم و سكتوا عنّى و لم يعيروا علىّ، فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت على نكاحك الأوّل»<sup>(٣)</sup> و غيرهما.

ص: ٦١٩

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٠١ ح ٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٧٨ ح ٣ والفقيه فى باب طلاق العبد، و التّهذيب ح ٦٣

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٤٧٨ ح ٤

و اما ما فى صحيح أبان، عن الصادق (عليه السلام): «إذا زوّج الرجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، و إذا زوّج ابنته جاز ذلك»<sup>(١)</sup> و رواه الكافى صحيحا عن أبان، عن الفضل بن عبد الملك، عن الصادق (عليه السلام) فى ذيل خبر «و قال إذا زوّج الرجل ابنته فذلك إلى أبيه (وفى نسخه الى ابنه) و إذا زوّج الابنة جاز»<sup>(٢)</sup> و ظاهره أنّ تزويج الابن مع البلوغ يقف على إجازته بقريته صدره «سألته (عليه السلام) عن الرجل يزوّج ابنه و هو صغير، قال: لا بأس» على نسخه التهذيب و بعض نسخ الكافى.

و أما ما تقدم من ان تزويج البنت مع البلوغ لا يقف على الإجازة فهو معارض لما تقدم من ان الصغيرين لهما الخيار بعد بلوغهما فضلا عن وقوع ذلك زمان بلوغهما لكن تعارضهما معارض النص والظاهر ولا شك بتقدم النص - وهو انهما بالخيار - على الظاهر خصوصا مع اختلاف النسخ و عليه فيقف نفوذه على اجازتها .

حصيله البحث:

عقد النكاح لو وقع فصولاً يقف على الإجازة من المعقود عليه أو وليه، و لا يبطل اذا كان ايجاب الطرف الاخر باقيا وكذلك تزويج البنت مع البلوغ يقف على الإجازة .

ص: ٦٢٠

---

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخراسان)، ج ٧، ص ٣٩٣ ح ٥٢

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص ٤٠٠ ح ١



(السابعة: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكها)

لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و لقوله تعالى {فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} .

(و إن كان) المالك (امرأه في الدائم و المتعه) عند المصنف .

(و روايه سيف) بن عميره عن الصيادق (عليه السلام): «لا بأس أن يتمتع الرجل بأمه المرأه فأما أمه الرجل فلا يتمتع بها إلا بإذنه» (١) ورواها ايضا عن علي بن المغيرة قال سألت أبا عبد الله ع «عن الرجل يتمتع بأمه المرأه من غير إذنها فقال لا بأس» (٢) و هي صحيحه السند لكنها (منافيه للأصل) و هو تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا بل مخالفه لاطلاق الكتاب في قوله تعالى: {فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} فلذلك أطرحتها الأصحاب غير الشيخ في النهايه (٣) و التهذيب و هو المفهوم من الكافي حيث رواها بدون طعن فيها.

اقول: الاصل لا يصار اليه مع وجود الدليل و اما كونها مخالفه للكتاب ففيه: أن المقيّد ليس مخالفا للمطلق بل يقيّده كما هو مقتضى الجمع العرفي و عليه فالاقرب جواز العمل بها.

ص: ٦٢١

- ١- الكافي (في آخر باب تزويج الإماء) والتهذيب ح ٤١ من أخبار تفصيل أحكام نكاحه .
- ٢- التهذيب ح ٣٨ من أخبار تفصيل أحكام نكاحه , و رواه ايضا عن داود بن فرقد.
- ٣- الروضة البهيه في شرح اللمعه دمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ٢، ص ٧٨

ثم لم نقف على روايه اخرى غيرها لكن الحلّي قال: قال المفيد في جواب مسائل محمد بن محمد الرّملي الحائري عنه، و قد ظنّ قوم لا- بصره لهم ممّن يعزى إلى الشيعة و يميل إلى الإماميه أنّ ذلك جائر لحديث زراره أنّه «لا بأس أن يستمتع الرّجل من جاريه امرأه بغير إذنها و هذا حديث شاذّ»(١).

(و لو زاد العبد المأذون) في المعين في مورد تعيين المولى المهر، (و على مهر المثل) في اطلاق المولى المهر (صح)

للاذن في أصل النكاح و هو يقتضى مهر المثل على المولى، أو ما عينه .

(و كان الزائد في ذمته يتبع به بعد عتقه، و مهر المثل) أو المعين (على المولى) و كذا النفقه لأن الإذن في النكاح يقتضى الإذن في توابعه و المهر و النفقه من جملتها، و العبد لا- يملك شيئاً فلا- يجب عليه شيء، لامتناع التكليف بما لا يطاق فيكون على المولى كسائر ديونه.

(و من تحرر بعضه ليس للمولى إجباره على النكاح)

مراعاة لجانب الحريه .

(و لا للمبعض الاستقلال)

ص: ٦٢٢

مراعاة لجانب الرقيه بل يتوقف نكاحه على رضاه و إذن المولى جمعا بين الحقين كما فى المملوك بين شريكين يجب إذن كلّ منهما فى نكاحه فلو أذن أحدهما فترّوج كان للآخر فسخه، و يشهد لذلك صحيح عبيد بن زراره عن الصادق (عليه السلام) «فى عبد بين رجلين زوجه أحدهما و الآخر لم يعلم، ثمّ إنّ علم به بعد، إله أن يفرّق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن، أن يفرّق بينهما إذا علم، و إن شاء تركه على نكاحه»(١).

حصيله البحث:

لا- يجوز نكاح الأمه إلّا بإذن مالکها و إن كان امرأةً فى الدائم و المتعه إلّا فى الزوج فيجوز له نكاح امه زوجته من دون اذنها، و لو زاد العبد المأذون على مهر المثل صحّ و كان الزائد فى ذمّته يتبع به بعد عتقه و مهر المثل على المولى، و من تحرّر بعضه ليس للمولى إجباره على النكاح و لا للمبغض الإستقلال.

### لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم

(الثامنه: لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم من جهته، و إذا بلغ الآخر و أجاز حلف على عدم سببیه الإرث فى الإجازة و ورث)

ص: ٦٢٣

و استدلل لذلك بصحيح علي بن رئاب، عن أبي عبيده «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين، فقال: النكاح جائز و أيهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكون قد أدركا و رضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى، قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجاريه رضى بالنكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجاريه أثرته؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليه الميراث و نصف المهر، قلت: فإن ماتت الجاريه و لم تكن أدركت أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت، قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه»(١).

اقول: الصحيحه موضوعها تزويج الولتين كما هو صريحها « زوجهما وليان لهما » و لا شمول لها للفضوليين و دعوى ان المراد منهما الفضوليين كما ترى.

نعم صحيح الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن العبدى عن عبيد بن زرار، عن الصادق (عليه السلام) «فى الرجل يزوج ابنه يتيمة فى حجره و ابنه مدرك و اليتيمه غير مدركه؟ قال: نكاحه جائز على ابنه فإن مات عزل ميراثها منه حتى تدرك فإذا أدركت حلفت بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنكاح، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر، قال: فإن ماتت بقى قبل أن تدرك و قبل أن

ص: ٦٢٤

١- الكافى باب ميراث الغلام و الجاريه يزوجان و هما غير مدركين .

يموت الزّوج لم يرثها الزّوج لأنّ لها الخيار عليه إذا أدركت و لا خيار له عليها»(١) يدل على صحه تزويج الفضولي لان الامام (عليه السلام) اطلق و لم يقيد الحكم بما اذا كان وليا على اليتيمه .

و اما خبر عباد بن كثير، عن الصادق (عليه السلام): «سألته عن رجل زوّج ابنا له مدركا من يتيمه في حجره قال: ترثه إن مات و لا- يرثها لأنّ لها الخيار و لا خيار عليها»(٢) الظاهر فى استحقاق الجاربه الميراث حين موت الرّجل و لو قبل بلوغها و عدم احتياجها إلى حلف. فهو نفس صحيح ابن محبوب رواه عن نعيم عن عباد ناقصا و المراد منه هو نفس ما فى صحيحه المتقدم الذى هو نص فى استحقاق الجاربه الميراث بعد بلوغها و الحلف.

و مما تقدم يظهر انه لو زوّج أحد الصغيرين الولي أو كان أحدهما بالغاً رشيداً فمات الأول عزل للثانى نصيبه و احلف بعد بلوغه كذلك، و إن مات قبل ذلك بطل العقد و هذا الحكم و إن لم يكن مورد النصّ المتقدم إلّا أنّه ثابت فيه بطريق أولى للزوم العقد هنا من الطرف الآخر فهو أقرب إلى الثبوت ممّا هو جائز من الطرفين.

حصيله البحث:

ص: ٦٢٥

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص: ٣٠٩

٢- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ١٣٢ ح ٢

لو زوّج الفضوليّ الصّيغيرين فبلغ أحدهما و أجاز العقد لزم فلو أجاز ثمّ مات عزل للصغير قسطه من ميراثه و إذا بلغ الآخر و أجاز حلف على عدم سبّيّه الإرث في الإجازة و وراثته، و إن مات قبل ذلك بطل العقد .

### لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا

(التاسعة: لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا قدّم عقد الجدّ)

استنادا الى صحيح هشام بن سالم، و محمّد بن حكيم، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأوّل فإن كانا جميعا في حال واحده فالجدّ أولى» (١).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام قال: «إذا زوّج الرّجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه و لابنه أيضا أن يزوّجها، فقلت: فإن هوى أبوها رجلا و جدّها رجلا، فقال: الجدّ أولى بنكاحها» (٢).

و فيه: ان هذا مبتن على كون الجد وليا وقد تقدم منعه والظاهر من الصحيح ان الجد امره نافذ على ولده لا على اولاد اولاده و بذلك يظهر ان ولايه الجد على

ص: ٦٢٦

١- الكافي باب الرجل يريد أن يزوّج ابنته و يريد أبوه أن يزوّجها رجلا آخر، ح ٤

٢- وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص: ٢٨٩ ح ١

ابن ابنه او بنت بنته انما هي في الحقيقه على ولده لا على اولاد ولده كما تقدم تحقيقه (١).

(و لو سبق أحدهما صحَّ عقده)

كما دل على ذلك صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم، عن الصادق (عليه السلام): «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأول» (٢).

و يؤيده خبر أبي العباس، عن الصادق (عليه السلام): «إذا زوّج الرجل فأبى ذلك والده فإنّ تزويج الأب جائز و إن كره الجدّ ليس هذا مثل الذي يفعله الجدّ ثم يريد الأب أن يرده» (٣) و معنى قوله «ليس هذا- إلخ» أنّه لو ابتداء الجدّ و أراد الأب رده ليس له حقّ الردّ، و هنا الحقّ للأب لتقدمه.

(و لو زوّجها الاخوان برجلين فالعقد للسابق ان كانا و كيلين)

كما تقتضيه القاعده حيث تنتفى و كاله اللاحق بعد انتفاء موضوعها.

(و الّا فتتخير ما شاءت)

لعدم ما يوجب الزامها.

ص: ٦٢٧

١- في صفحه ٥٤٥

٢- الكافي باب الرجل يريد أن يزوّج ابنته و يريد أبوه أن يزوّجها رجلا آخر، ح ٤

٣- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٦ ح ٦

(و يستحبّ لها إجازة الأكبر)

كما فى صحيح ابن مسكان وهو من اصحاب الاجماع عن وليد بن عبيد الأسفاط: «سئل أبو عبد الله (عليه السلام) وأنا عنده عن جاريه كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفة و زوّجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأوّل أولى بها إلّا أن يكون الآخر قد دخل بها فإن دخل بها فهى امرأته و نكاحه جائز» (١).

و يحمل على كونهما غير و كيلين و إلّا كان عقد السابق منهما هو النافذ و الأكبر أولى بان تمضى هى عقده استحبابا إلّا أن يكون الأخير قد دخل بها فإنّه دليل على أنّها أمضت عقده. و قرينه الحمل على الاستحباب انه لو كان عقد الأكبر هو النافذ فلا تصل النوبة الى اللاحق مطلقا و لا معنى للتفصيل كما لا يخفى.

و على الاستحباب يحمل ما فى خبر الحسن [الحسين ظ] بن عليّ، عن بعض أصحابنا، عن الرضا (عليه السلام) «الأخ الأكبر بمنزلة الأب» (٢) و الا فلا شك فى عدم الولاية للاخ الأكبر.

و اما ما فى صحيح محمّد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه أنكحها أخوها رجلا، ثم أنكحها أمها بعد ذلك رجلا و خالها أو أخ لها صغير فدخل بها فحبلت فاحتكما فيها فأقام الأوّل الشهود فألحقها بالأوّل و

ص: ٦٢٨

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٥، ص: ٣٩٦٢

٢- التّهذيب (فى ٥١ من أخبار ذاك الباب)



جعل لها الصداقين جميعا و منع زوجها الذى حَقَّت له أن يدخل بها حتى تضع حملها، ثم الحق الولد بأبيه»(١). فلا يخلو من اجمال ويحمل على كون الأخ الأكبر وكيلا فى العقد و عقد لكن لم تعلم المرأة به , وعقدتها أمها و خالها و أخ أصغر من الأول لآخر فدخل بها الأخير مع عدم علمه و عدم علم المرأة فالحكم فيه ما قضى (عليه السلام) فيه.

(فإن اقترنا) فى العقد قبولاً (بطلا) لاستحاله الترجيح و الجمع (إن كان كل منهما وكيلا) و القول بتقديم عقد الأكبر هنا ضعيف لضعف دلاله صحيح ابن مسكان المتقدم انفا على النفوذ بل المراد هو الاستحباب كما تقدم.

(وإلا) يكونا وكيلين (صح عقد الوكيل منهما) لبطلان عقد الفضولى بمعارضه العقد الصحيح .

(و لو كانا فضوليين واقترنا) اى عقداهما (تخيرت) فى إجازة ما شاءت منهما و إبطال الآخر او إبطالهما .

حصيله البحث:

لو زوجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق إن كانا وكيلين و إلا فلتختر ما شاءت، و تستحب إجازة عقد الأكبر، و إن اقترنا بطلا إن كان كل منهما وكيلا و إلا صح عقد الوكيل منهما، و لو كانا فضوليين و اقترنا تخيرت.

ص: ٦٢٩

(العاشرة: لا ولاية للأم فلو زوجته أو زوجها اعتبر رضاهما بعد الكمال فلو ادّعت الوكالة عن الابن الكامل و أنكر غرمت نصف المهر)

الأصل في المسألة خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سئل عن رجل زوجته أمه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه»<sup>(١)</sup> و هو ضعيف سنداً و ظاهره ان جميع المهر على الام وهو خلاف القران ولذا حمله بعضهم على كون المراد نصف المهر لعدم الدخول، و لصحيحه أبي عبيده، عن الصادق (عليه السلام) «في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بنى تميم، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم، قال: خالف أمره و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة و لا عدّه عليها و لا ميراث بينهما، فقال بعض من حضره: فإن أمره أن يزوجه امرأة و لم يسم أرضاً و لا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون قد أمره بذلك بعد ما تزوجه؟ فقال: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه بزوجه، كان الصداق على الأمر و لا ميراث بينهما و لا عدّه عليها و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً، و إن لم يكن سمي لها صداقاً فلا شيء لها»<sup>(٢)</sup>.

ص: ٦٣٠

١- الكافي (ط - الإسلامية)، ج ٥، ص: ٤٠١ ح ٢ والتهذيب ج ٧، ص: ٣٩٢ ح ٤٥

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٤١٩

هذا و أمّيا حمل المصنّف للخبر على ادّعاء الأمّ للوكاله مع خلوّ الخبر عنه فلأنّ الناس عادة لا يقدمون على عقد لشخص غير حاضر مع عدم ادّعاء من أراد العقد له الوكاله.

و بذلك يظهر ضعف قول ابن الجنيد من ان الام و اباهما يقومان مقام الاب مستدلاً «بان رسول الله (صلى الله عليه و آله) أمر نعيم النحام ان يستأمر ام بنته فى امرها و قال: فأمرهن فى بناتهن» فضعيف للغاية و الروايه عاميه و دلالاتها غير ظاهره لاحتمالها الاستشاره و معارضه بما هو اقوى مثل موثق الفضل بن عبد الملك.

حصيله البحث:

لا ولايه للأم فلو زوّجته أو زوّجتها اعتبر رضاهما، فلو ادّعت الوكاله عن الابن و أنكّر بطل و غرمت نصف المهر.

تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر اوله الفصل الثالث من كتاب النكاح والحمد لله اولاً و آخراً.

ص: ٦٣١

(كتاب الرهن) ٣

و الإيجاب رهنتك أو وثقتك. ٥

و تكفى الإشاره فى الأخرس أو الكتابه معها ٥

فإن ذكر أجلا اشترط ضبطه. ٥

و يجوز اشتراط الوكاله للمرتهن و غيره ٨

و لا يشترط دوام القبض.. ٩

و هل يقبل إقرار الراهن بالإقباض؟ ١٠

و لو كان بيد المرتهن فهو قبض.. ١٠

و لو كان الرهن مشاعاً ١١

(و الكلام إما فى الشروط أو اللواحق) ١٢

شرائط صحه الرهن ١٢

أن يكون عيناً مملوكه. ١٢

رهن المدبر إبطال لتدييره ١٣

و لا رهن الخمر و الخنزير ١٣

لو رهن ما لا يملكه الراهن. ١٤

و تلزم بعقد الراهن و يضمن الراهن لو تلف. ١٥

صحه رهن الأرض الخراجيه. ١٥

و لا رهن المصحف عند الكافر ١٦

صحه الرهن فى زمن الخيار ١٨

هل يصح رهن العبد المرتد؟ ٢٢

و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل. ٢٣

شروط المتعاقدين. ٢٣

و يصح رهن مال الطفل للمصلحه. ٢٤

و لو تعذر الرهن هنا ٢٤

اشراط ثبوت الحق فى الذمه كالقرض.. ٢٥

ص: ٦٣٢

و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن. ٢٧

صححه زياده الدين على الرهن. ٢٨

صححه زياده الرهن على الدين. ٢٩

(و أما اللواحق فمسائل) ٣٠

إذا شرط الوكاله فى الرهن لم يملك عزله. ٣٠

يجوز للمرتهن ابتياعه. ٣٢

لا يجوز لأحدهما التصرف فيه. ٣٤

متى يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء؟ ٤٠

لو باع أحدهما توقف على إجازة الآخر ٤١

الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق. ٤٦

والنماء المتجدد يدخل فى الرهن. ٤٩

ينتقل حق الرهانه بالموت لا الوكاله. ٥١

لا يضمن المرتهن إلا بتعد أو تفريط. ٥٢

لو اختلفا فى قدر الحق المرهون به حلف الراهن. ٥٦

لو أدى دينا و عين به رهنا ٦١

لو اختلفا فى ما يباع به الرهن يبيع بالنقد الغالب. ٦٢

(كتاب الحجر) ٦٣

و أسبابه ستة. ٦٣

امتداد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد ٦٣

عدم صححه إقرار السفیه بمال و لا تصرفه فى المال. ٦٦

و العبد ممنوع من التصرف عدا الطلاق. ٧١

و المريض مما زاد على الثلث. ٧١

و يثبت الحجر على السفية بظهور سفهه. ٧٧

كتاب الضمان ٧٩

عدم اشتراط علمه بالمستحق و لا الغريم. ٨١

و الايجاب ضمننت و تقبلت و شبهه. ٨٣

و لا عبره بالغريم. ٨٧

ص: ٦٣٣

و يشترط فيه الملاءه أو علم المستحق بإعساره ٨٨

ضمان المشتري لعهدده الثمن. ٩٠

و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم قبل. ٩١

شرائط الضمان ٩٢

(كتاب الحواله) ٩٥

شرائط الحواله ٩٧

و لا يجب قبولها على الملى ء. ١٠١

و يصح ترمى الحواله و دورها ١٠١

و لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع لإنكاره الدين. ١٠٢

من أحكام الحواله ١٠٤

(كتاب الكفاله) ١٠٦

شرائط الكفاله ١٠٦

و يبرء الكفيل بتسليمه تامًا عند الأجل. ١٠٧

و لو علق الكفاله بشرط أو صفه بطلت. ١٠٧

و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم. ١٠٩

و لو غاب المكفول أنظر الكفيل بعد الحلول بمقدار الذهاب اليه. ١١٠

و ينصرف الإطلاق إلى التسليم فى موضع العقد ١١٠

و لو قال الكفيل لا حقّ لك. ١١١

و لو تكفّل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما ١١٢

و لو تكفّل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما ١١٢



و يصح التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل. ١١٢.

(كتاب الصلح) ١١٥

و هو جائز مع الإقرار و الإنكار ١١٦

شروط الصلح ١١٧

فيلزم بالإيجاب و القبول الصادرين من الكامل. ١١٨.

احكام الصلح. ١١٩.

و لا يكون طلبه إقرارا ١٢٣

ص: ٦٣٤

و يصح الصلح على كل من العين و المنفعه. ١٢٦

و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح. ١٢٧

لو أتلّف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقل. ١٢٨

لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى. ١٢٨

مسائل. ١٢٩

لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما ١٢٩

جواز جعل السقى بالماء عوضا للصلح و صحه الصلح على اجراء الماء. ١٣٢

لو تنازع صاحب السفلى و العلوّ فى جدار البيت. ١٣٢

إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك. ١٣٤

لو تنازع راكب الدابه و قابض لجامها فيها ١٣٥

لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما ١٣٦

(كتاب الشركه) ١٣٨

حقيقه الشركه و سببها ١٣٩

حقيقه الشركه العقديه. ١٤٢

و المعتبر شركه العنان. ١٤٤

شرائط الشركه. ١٤٨

أحكام الشركه. ١٥١

لا يجوز لبعض الشركاء التصرف فى العين المشترکه. ١٥١

و لكلّ من الشركاء المطالبه بالقسمه. ١٥١

القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض.. ١٥٢

و الشريك أمين لا يضمن الا بتعدّد أو تفريط. ١٥٣

كراهه مشاركه الذمى. ١٥٣

و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها ١٥٤

لو ادعى المشتري شراء شىء لنفسه أولهما حلف. ١٥٦

(كتاب المضاربه) ١٥٧

شرائط المضاربه ١٦٠

احكام المضاربه. ١٦٤

ص: ٦٣٥

و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالك له. ١٦٦

و ليشتتر نقدا بنقد البلد بثمن المثل فما دون. ١٦٧

لو تجاوز ما حد له المالك ضمن. ١٦٨

جواز المضاربه بالمال. ١٦٩

لزوم الحصه بالشرط. ١٧٠

العامل أمين لا يضمن إلا بتعد أو تفريط. ١٧٠

و القول قول العامل فى قدر رأس المال. ١٧٦

و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك. ١٧٦

(كتاب الوديعه) ١٧٩

و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه. ١٨٠

أحكام الوديعه ١٨١

بطلان الوديعه بموت كل منهما و جنونه و إغمائه. ١٨٤

و لا يقبل قول الودعى فى ردها إلا بينه. ١٨٦

و لو عين المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع عليه. ١٨٦

عدم صحه استيداع الطفل و المجنون. ١٨٧

وجوب إعادته الوديعه على المودع مع المطالبه. ١٨٧

و ليرد الوديعه إلى المالك أو وكيله. ١٨٨

و لو أنكر الوديعه حلف. ١٨٩

القول قول الودعى فى قيمه. ١٩٠

إذا مات المودع سلمها الى وارثه أو الى من يقوم مقامه. ١٩٠

قبول قوله بيمينه فى الرد ١٩١

حكم الاختلاف فى الدين و الوديعه. ١٩٢

حكم فسخها ١٩٤

(كتاب العاريه) ١٩٥

شرايط المعير ١٩٧

هل يشترط فى تصرف الولى المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا؟ ١٩٧

اشتراط كون العين مما يصح الانتفاع بها ٢٠٦

ص: ٦٣٦

و للمالك الرجوع فيها متى شاء. ٢٠٧

و هي أمانه لا تضمن إلا بالتعدى أو التفريط. ٢٠٨

و إذا استعار أرضا غرس أو زرع أو بنى. ٢٠٩

و لو عيّن له جهه لم يتجاوزها ٢٠٩

و لو نقصت العين بالاستعمال لم يضمن. ٢١١

و يضمن العاريه باشتراط الضمان. ٢١١

و لو ادّعى المستعير التلف حلف. ٢١٤

و لو ادعى الرد حلف المالك. ٢١٥

و للمستعير الاستظلال بالشجر الذي غرسه. ٢١٦

و لا يجوز للمستعير اعاره العين المستعاره ٢١٦

و لو شرط سقوط الضمان فى الذهب و الفضة صح. ٢١٧

و لو شرط سقوطه مع التعدى أو التفريط احتمل الجواز ٢١٧

و لو قال الراكب: أعرتنيها و قال المالك آجرتكها ٢١٨

(كتاب المزارعه) ٢١٩

حقيقه المزارعه ٢٢٠

شرائط المزارعه ٢٢٢

أحكام عامه فى باب المزارعه ٢٢٤

و لا بدّ ان يكون النماء مشاعا بينهما ٢٢٧

و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا الى الحصه صح. ٢٢٨

و لو مضت المدّه و الزرع باق فعلى العامل الأجره ٢٢٩

و لا بد من إمكان الانتفاع بالأرض.. ٢٢٩

و لو انقطع الماء فى جميع المده انفسخت. ٢٣٠

و إذا أطلق زرع ما شاء. ٢٣٢

و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب. ٢٣٤

و لو اختلفا فى المده حلف منكر الزيادة ٢٣٩

و فى الحصه حلف صاحب البذر ٢٤٠

و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره ٢٤٢

ص: ٦٣٧

و الخراج على المالك الأ مع الشرط. ٢٤٣

و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر ٢٤٣

(كتاب المساقاه) ٢٤٦

شرائط المساقاه ٢٤٧

و تصح إذا بقي للعامل. ٢٤٩

(ظهرت قبل العقد أو لا) ٢٤٩

(ولابد من كون الشجر ثابتا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه بقاء يزيد عن سنته غالبا) ٢٥٠

و يلزم العامل مع الإطلاق كل عمل متكرر كل سنه. ٢٥٣

و تعيين الحصه بالجزء المشاع كالنصف. ٢٥٤

و كلما فسد العقد فالثمره للمالك. ٢٥٦

و لو شرط عند مساقاه في عقد مساقاه فالأقرب الصحه. ٢٥٧

و لو تنازعا في خيانه العامل حلف العامل. ٢٥٨

و الخراج على المالك الأ مع الشرط. ٢٥٩

و تملك الفائده بظهور الثمره ٢٥٩

و المغارسه باطله. ٢٦١

و لو نقص بالقلع ضمن أرشه. ٢٦٢

و لو اختلفا في الحصه حلف المالك. ٢٦٣

(كتاب الوكاله) ٢٦٤

عدم اشتراط الفوريه. ٢٧٠

شرطيه التنجيز ٢٧٠



و لو عزله الموكل اشترط علمه بالعزل. ٢٧٢

إطلاق الوكالة في البيع يقتضى... ٢٧٧

(و لا بدّ من كمال المتعاقدين) ٢٨١

(و جواز تصرف الموكل) ٢٨١

(وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر) ٢٨٢

(و يستحبّ أن يكون الوكيل تام البصيره عارفا باللّغه التي يحاور بها) ٢٨٤

(و يستحبّ لذوى المروّات التوكيل فى المنازعات) ٢٨٥

ص: ٦٣٨

(و لا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل) ٢٨٦

و لا يتجاوز الوكيل ما حد له الا أن تشهد العاده بدخوله. ٢٨٨

(و تثبت الوكالة بعدلين) ٢٨٨

يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل. ٢٩٤

و لو اختلفا فى أصل الوكالة حلف المنكر ٢٩٧

و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة فأنكر الزوج. ٢٩٩

و لو اختلفا فى تصرف الوكيل حلف. ٣٠٢

من أحكام الوكالة ٣٠٤

(كتاب الشفعه) ٣٠٥

شروط الشفعه. ٣٠٧

و لا تثبت لغير الشريك الواحد ٣٠٧

و موضوعها ما لا ينقل. ٣٠٩

و فى اشتراط إمكان قسمته قولان. ٣١٣

و لا تثبت فى مقسوم الامع الشركه فى المجاز و الشرب. ٣١٥

و يشترط قدره الشفع على الثمن و إسلامه. ٣١٨

و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام. ٣٢٠

و تثبت للغائب. ٣٢٢

و يستحق الأخذ بنفس العقد ٣٢٣

و ليس للشفع أخذ البعض.. ٣٢٥

ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله. ٣٢٦

و هي على الفور ٣٢٩

و لا تسقط الشفعة بالفسخ. ٣٣١

و الشفيع يأخذ من المشتري و دركه عليه. ٣٣١

و الشفعه تورث كالمال بين الورثه. ٣٣٣

و يجب تسليم الثمن أولاً ثم الأخذ ٣٣٤

و لا يصح الأخذ إلا بعد العلم بقدره و جنسه. ٣٣٥

و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفعه. ٣٣٥

ص: ٦٣٩

و لو اشتراه بثمان كثير ثم عوضه عنه بيسير ٣٣٦

و لو اختلف الشفيع و المشتري فى الثمن. ٣٣٧

و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده حلف الشريك. ٣٣٩

و لو تداعيا السبق تحالفا ٣٣٩

(كتاب السبق و الرمايه) ٣٤٠

حقيقه السبق و الرمايه ٣٤٠

أحكام السبق و الرمايه ٣٤٢

حكم السبق والرمايه فى وسائل القتال الحديثه. ٣٤٩

لابديه الايجاب والقبول. ٣٥٠

و يشترط فى السبق تقدير المسافه. ٣٥٤

و لا يشترط التساوى فى الموقف. ٣٥٥

و يشترط فى الرمى معرفه الرشق و عدد الإصابه و صفتها ٣٥٧

و لا يشترط المبادره و لا المحاطه. ٣٥٩

حكم تبين استحقاق العوض المعين. ٣٦٠

(كتاب الجعاله) ٣٦٢

حقيقه الجعاله ٣٦٥

و يشترط فى الجاعل الكمال. ٣٦٧

و لا شىء للمتبرع ٣٦٨

و تجوز الجعاله من الأجنبى. ٣٦٨

و هى جائزه من طرف العامل مطلقا ٣٦٩

و لو رجع و لم يعلم العامل. ٣٧٠

و لو أوقع المالك صيغتين عمل بالأخيره ٣٧٠

و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود ٣٧١

و لا يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل. ٣٧١

(مسائل) ٣٧٤

حكم ما لو لم يعين جعلاً. ٣٧٤

حكم ما لو بذل جعلاً فرده جماعه. ٣٧٤

ص: ٦٤٠

و لو جعل لكل من ثلاثه جعلاً مغايراً للآخرين. ٣٧٧

و لو اختلفا فى أصل الجعالة حلف المالك. ٣٧٨

و لو اختلفا فى السعى. ٣٧٨

(كتاب الوصايا) ٣٧٩

الفصل الأول. ٣٨٠

حقيقه الوصيه. ٣٨١

و إيجابها أو وصيت لفلان بكذا ٣٨٤

الوصيه من الايقاعات ٣٨٧

و ينتقل حقّ القبول الى الوارث. ٣٩٠

و تصحّ مطلقه و مقيده ٣٩٢

و تكفى الإشاره مع تعذر اللفظ. ٣٩٣

و الوصيه للجهه العامه مثل الفقراء و المساجد والمدارس.. ٣٩٤

(و الظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له) ٣٩٤

و يشترط فى الموصى الكمال. ٣٩٧

يشترط فى الموصى له الوجود و صحه التملك. ٤٠١

و لو أوصى للعبد لم يصح. ٤٠٢

و تصح الوصيه للشقص بالنسبه. ٤٠٩

و الوصيه لجماعه تقتضى التسويه. ٤١١

و القرابه من عرف بنسبه. ٤١٣

ما هو المراد من الجيران؟ ٤١٤

و للموالى يحمل على العتيق و المعتق. ٤١٥

و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى. ٤١٦

(الفصل الثانى فى متعلق الوصيه) ٤٢٠

و هو كل مقصود يقبل النقل عن الملك. ٤٢٠

و لا يشترط كونه معلوما ٤٢١

أما الجزء فالعشر ٤٢٢

و السهم الثمن. ٤٢٦

ص: ٦٤١

و الشىء السدس .. ٤٢٩

و تصح الوصيه بما ستحملة الأمه أو الشجره ٤٣٠

و لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل ٤٣٠

و تصح بأحد الكلاب الأربعة. ٤٣١

و يشترط فى الزائد عن الثلث اجازة الوارث. ٤٣٢

و المعتبر بالتركة حين الوفاه ٤٣٦

و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم. ٤٣٧

و يتخير الوارث فى المتواطئ ٤٣٨

و الجمع يحمل على الثلاثة. ٤٣٩

و لو أوصى بمنافع العبد دائما ٤٣٩

و لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين قدم الدين. ٤٤١

و لو أوصى بعق ثلث عبيده أو عدد مبهم. ٤٤٦

و لو أوصى بأموال فإن كان فيها واجب قدم. ٤٤٧

حكم ما لو رتب. ٤٤٩

و لو أجاز الورثه ما زاد فادعوا ظن القله. ٤٥٠

و يدخل فى الوصيه بالسيف جفنه و حلته. ٤٥٠

و لو عقب الوصيه بمضادها عمل بالأخيره ٤٥٢

و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه و جب. ٤٥٢

و لو ظنها مؤمنه فأعتقها كفى. ٤٥٣

و لو أوصى بعق رقبه بثمان معين و جب. ٤٥٤



(الفصل الثالث: فى الأحكام) ٤٥٥

صححه الوصيه للذمي و إن كان أجنبيا ٤٥٥

و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه. ٤٥٨

و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين. ٤٥٨

استحباب الوصيه لذوى القرباه وارثا كان أو غيره ٤٥٩

و لو أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث. ٤٦٣

و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف. ٤٦٣

ص: ٦٤٢

و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه ٤٦٤

و لو أوصى بثلته للفقراء جاز صرف كل ثلث الى فقراء بلد المال. ٤٦٥

و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريض، ثم مات الموصى له. ٤٦٥

و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف. ٤٦٦

و لو جمع بين عطيه منجزه و مؤخره ٤٦٧

يصح الرجوع فى الوصيه قولاً، أو فعلاً. ٤٦٩

من أحكام الوصيه ٤٧٠

(الفصل الرابع) ٤٧٥

الوصايه استتابه الموصى غيره بعد موته فى التصرف. ٤٧٥

و إنما تصح الوصيه على الأطفال بالولاية ٤٧٦

و يعتبر فى الوصى الكمال بالبلوغ و العقل و الإسلام. ٤٧٦

و تصح الوصيه إلى الصبى منضمًا الى كامل. ٤٧٧

و يصح تعدد الوصى ٤٧٩

فان تعاسرا صح تصرفهما فى ما لا بد منه. ٤٨٠

و لو ظهر من الوصى عجز ضمّ الحاكم اليه. ٤٨٢

و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده ٤٨٣

و الصفات المعتره فى الوصى هل يشترط حصولها حال الإيضاء؟ ٤٨٧

و للموصى أجره المثل ٤٨٨

و يصح الردّ للوصيه بشرطين. ٤٩١

من احكام الوصى ٤٩٣

(كتاب النكاح) ٤٩٧

(و فيه فصول) ٤٩٨

النكاح مستحب مؤكّد ٤٩٨

و هو أعظم الفوائد بعد الإسلام. ٤٩٩

استحباب صلاه ركعتين و الدعاء بعدهما بالخيره ٥٠٢

و الخطبه أمام العقد ٥٠٤

استحباب صلاه ركعتين و الدعاء إذا أراد الدخول. ٥٠٨

ص: ٦٤٣

و يسمّى تعالى عند الجماع دائما ٥١٢

استحباب الوليمه يوما أو يومين. ٥١٤

جواز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال. ٥١٧

كراهه الجماع عند الزوال. ٥١٨

جواز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها ٥٣٠

أحكام النظر ٥٣٣

جواز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه. ٥٣٧

و لا ينظر إلى الأجنبيه إلا مره من غير معاوده ٥٤٤

حكم نظر المرأه إلى الأجنبي. ٥٤٤

حكم نظر المرأه إلى الخصى المملوك لها و بالعكس.. ٥٥٠

جواز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه إلا القبل فى الحيض.. ٥٥٥

كراهه الوطى فى دبرها كراهه مغلظه. ٥٥٤

حكم العزل عن الحرّه بغير شرط. ٥٥٩

عدم جواز ترك و طى الزوجه أكثر من أربه أشهر ٥٦٢

عدم جواز الدخول قبل إكمالها تسع. ٥٦٢

يكره للمسافر أن يطرق أهله. ٥٦٨

(الفصل الثانى) ٥٧٠

و القبول قبلت التزويج أو النكاح. ٥٧٢

و لا يشترط تقديم الإيجاب. ٥٧٤

و لا يشترط القبول بلفظه. ٥٧٧

و هل يجوز بغير العريه مع القدره؟ ٥٧٧

و الأخرس يعقد بالإشاره ٥٨٠

و يعتبر فى العاقد الكمال. ٥٨١

و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها ٥٨٢

عدم اشتراط الشاهدين فى النكاح. ٥٨٢

اشتراط تعيين الزوج و الزوجه. ٥٨٥

و لا ولايه فى النكاح لغير الأب و الجد له على خلاف فى الجد ٥٨٧

ص: ٦٤٤

و للمولى تزويج رقيقه. ٦٠٤

(وهنا مسائل) ٦٠٦

صححه اشتراط الخيار فى الصداق. ٦٠٦

صححه الوكاله فى عقد النكاح. ٦٠٧

لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته حكم بالعقد ظاهرا ٦١١

لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه. ٦١٣

لو اشترى زوجته لسيدته فالنكاح باق. ٦١٥

لا يزوج الولي و لا الوكيل بدون مهر المثل. ٦١٧

عقد النكاح لو وقع فضولا يقف على الإجازة. ٦٢٠

لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكتها ٦٢٢

لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم. ٦٢٥

لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا ٦٢٨

عدم الولاية للأم. ٦٣٢

الفهرس.. ٦٣٤

ص: ٦٤٥

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه



بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می  
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه  
اول

وب سایت: [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

ایمیل: [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

# گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی  
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

**[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

