



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

مَنْ تَبِعَ الْكَوْثَبِيَّ إِذَا حَمَرَ

الْوَشِيحَ

بَرَّاعَةُ الْإِسْلَامِ

وَالْكَوْثَبِيُّ الْبَلَّاحُ

الشَّهِيدِيُّ

إِسْمَاعِيلُ

طَبْعُ
مَكْتَبَةِ
الْمَدِينَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٥
١٣	اشاره
١٤	اشاره
١٨	تتمه القسم الثاني في العقود
١٨	كتاب المزارعه و المساقاه
١٨	اشاره
٢٠	أما المزارعه
٢٠	اشاره
٢٣	و الكلام إما في شروطه،و إما في أحكامه
٢٣	اشاره
٢٣	أما الشروط فتلاته
٢٤	الأول:أن يكون النماء مشاعا بينهما
٢٧	الثاني:تعيين المدّه
٣١	الثالث:أن تكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها
٤٠	تفريع إذا استأجر أرضاً مدّه معيّنه ليغرس فيها ما يبقى(١) بعد المدّه غالباً
٤١	و أما أحكامه فتشتمل على مسائل
٤١	الأولى:إذا كان من أحدهما الأرض حسب،و من الآخر البذر و العمل و العوامل
٤٢	الثانيه:إذا تنازعا في المدّه،فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه
٤٤	الثالثه:لو اختلفا،فقال الزارع:أعرتنيها،و أنكر المالك و ادّعى الحضه أو الأجره و لا يبيّنه
٤٥	الرابعه:للمزارع أن يشارك غيره،و أن يزارع عليها غيره
٤٧	الخامسه:خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها
٤٨	السادسه:كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه
٤٨	السابعه:يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع

٥٠	و أما المساقاه
٥٠	اشاره
٥١	الأوّل في العقد
٥٥	الثاني في ما يساقى عليه
٥٨	الثالث في المدّه
٥٩	الرابع العمل
٦٦	الخامس في الفائده
٦٩	السادس في أحكامها
٦٩	اشاره
٦٩	الأولى: كلّ موضع تفسد فيه المساقاه، فللعامل أجره المثل
٧٠	الثانيه: إذا استأجر أجيرا للعمل بحضه منها
٧١	الثالثه: إذا قال: ساقيتك على هذا البستان بكذا، على أن أساقيك على الآخر بكذا
٧٢	الرابعه: لو كانت الأصول لاثنتين
٧٣	الخامسه: إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه
٧٥	السادسه: إذا ادّعى أنّ العامل خان، أو سرق، أو أتلف، أو فزط فتلف، وأنكر
٧٧	السابعه: إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقّه بطلت المساقاه
٧٩	الثامنه: ليس للعامل أن يساقى غيره
٨١	التاسعه: خراج الأرض على المالك
٨١	العاشره: الفائده تملك بالظهور
٨٤	تتّمه إذا دفع أرضا إلى رجل (١) ليغرسها على أنّ الغرس بينهما
٨٨	كتاب الوديعه
٨٨	اشاره
٩٠	الأوّل في العقد
١١٤	الثاني في موجبات الضمان
١١٤	اشاره
١١٤	أما التفريط

١١٨	القسم الثاني: في التعدي
١٢٥	الثالث في اللواحق
١٢٥	اشاره
١٢٥	الأولى: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامه
١٢٦	الثانيه: لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله
١٢٧	الثالثه: لو قدر على الحاكم
١٢٧	الرابعه: إذا أراد السفر فدفنها ضمن
١٢٨	الخامسه: إذا أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ
١٣٠	السادسه: إذا أنكر الوديعة، أو اعترف و ادعى التلف، أو ادعى الردّ و لا بينه
١٣٣	السابعه: إذا أقام المالك البيّنه على الوديعة بعد الإنكار، فصدّقها
١٣٤	الثامنه: إذا عتّن له حرزا بعيدا عنه وجب المبادره إليه بما جرت العاده
١٣٦	التاسعه: إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات، و جهلت عينها
١٣٧	العاشره: إذا كان في يده وديعه، فادّعاها اثنان
١٤٠	الحاديه عشره: إذا فرط و اختلفا في قيمه
١٤٠	الثانيه عشره: إذا مات المودع سلّمت الوديعة إلى الوارث
١٤٢	كتاب العاربه
١٤٢	اشاره
١٤٩	الأول في المعير
١٥١	الثاني في المستعير
١٥٦	الثالث في العين المعاره
١٦٦	الرابع في الأحكام المتعلّقه بها
١٦٦	اشاره
١٦٦	الأولى: العاربه أمانه
١٧١	الثانيه: إذا ردّ العاربه إلى المالك أو وكيله برئ
١٧٣	الثالثه: يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته في الأرض المستعاره
١٧٣	الرابعه: إذا حملت الأهويه أو السيول حتبا إلى ملك إنسان فنبت

- الخامسه: لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت، و قد شرط ضمانها ١٧٥
- السادسه: إذا قال الراكب: أعرتنيها، و قال المالك: أجزتكها ١٧٦
- السابعه: إذا استعار شيئا لينتفع به في شيء، فانتفع به في غيره ضمن ١٧٩
- الثامنه: إذا جحد العاربه بطل استيمانه ١٧٩
- التاسعه: إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه ١٨٠
- العاشره: لو فرط في العاربه كان عليه قيمتها عند التلف ١٨٠
- كتاب الإجاره ١٨٢
- اشاره ١٨٢
- الأول في العقد ١٨٤
- الثاني في شرائطها ١٩١
- اشاره ١٩١
- الأول: أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف ١٩١
- الثاني: أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل ١٩١
- اشاره ١٩١
- تفريعان ١٩٥
- الأول: لو قال: إن خطته فارسيا فلك درهم ١٩٥
- الثاني: لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان ١٩٥
- الثالث: أن تكون المنفعه مملوكه، إما تبعا لملك العين، أو منفرده ١٩٩
- الرابع: أن تكون المنفعه معلومه ٢٠٠
- اشاره ٢٠٠
- تفريع لو استأجره لحمل عشره أقره من صبره فاعتبرها، ثم حملها ٢٢٦
- الخامس: أن تكون المنفعه مباحه ٢٢٨
- السادس: أن تكون المنفعه مقدورا على تسليمها ٢٣٠
- الثالث في أحكامها ٢٣٣
- اشاره ٢٣٣
- الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا ٢٣٣

- ٢٣٤ الثانية: إذا تعدى في العين المستأجره ضمن قيمتها وقت العدوان
- ٢٣٥ الثالثة: من تقبل عملا لم يجر أن يقبله غيره بنقيصه، على الأشهر
- ٢٣٦ الرابعة: يجب على المستأجر سقى الدابة و علفها
- ٢٣٦ الخامسة: إذا أفسد الصانع ضمن، و لو كان حاذقا
- ٢٣٧ السادسة: من استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه
- ٢٣٨ السابعة: إذا أجر مملوكا له فأفسد، كان ذلك لازما لمولاه في سعيه
- ٢٣٩ الثامنة: صاحب الحمام لا يضمن
- ٢٣٩ التاسعة: إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه صح
- ٢٣٩ العاشرة: إذا أجر عبده ثم أعتقه، لم تبطل الإجاره
- ٢٤١ الحادية عشره: إذا تسلّم أجيرا ليعمل له صنعه فهلك لم يضمنه
- ٢٤٢ الثانية عشره: إذا دفع سلعه إلى غيره ليعمل فيها عملا
- ٢٤٣ الثالثه عشره: كل ما يتوقّف عليه توفيه المنفعه فعلى المؤجر
- ٢٤٤ الرابع في التنازع
- ٢٤٤ اشاره
- ٢٤٤ الأولى: إذا تنازعا في أصل الإجاره، فالقول قول المالك مع يمينه
- ٢٤٤ الثانية: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع، أو أنكر المالك، كلفوا البيّنه
- ٢٤٤ الثالثه: لو قطع الخياط ثوبا قباء
- ٢٤٨ كتاب الوكاله
- ٢٤٨ اشاره
- ٢٥٠ الأول في العقد
- ٢٤٨ الثاني في ما لا تصح فيه النيابة و ما تصح فيه
- ٢٧٣ الثالث في الموكل
- ٢٧٩ الرابع في الوكيل
- ٢٧٩ اشاره
- ٢٩٢ فرع
- ٢٩٥ الخامس في ما به تثبت الوكاله

- ٢٩٥ اشاره
- ٢٩٨ تفریع
- ٣٠١ السادس فی اللواحق
- ٣٠١ اشاره
- ٣٠١ الأولى: الوكيل أمين
- ٣٠١ الثانيه: إذا أذن لوكيله أن يوكل
- ٣٠٣ الثالثه: يجب على الوكيل تسليم ما في يده (١) إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر
- ٣٠٥ الرابعه: كل من في يده مال لغيره، أو في ذمته
- ٣٠٦ الخامسه: الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن
- ٣٠٦ السادسه: إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه
- ٣٠٧ السابعه: إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز
- ٣٠٩ السابع في التنازع
- ٣٠٩ اشاره
- ٣٠٩ الأولى: إذا اختلفا في الوكاله فالقول قول المنكر، لأنه الأصل
- ٣١١ الثانيه: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل
- ٣١٢ الثالثه: إذا ادعى الوكيل التصرف، وأنكر الموكل
- ٣١٣ الرابعه: إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى أنه وكيل لإنسان فأنكر
- ٣١٣ الخامسه: إذا زوج امرأه، فأنكر الوكاله و لا يتينه
- ٣١٥ السادسه: إذا وكله في ابتياع عبد، فاشتراه بمائه
- ٣١٥ السابعه: إذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار
- ٣١٦ الثامنه: إذا طالب الوكيل، (١) فقال الذي عليه الحق لا تستحق المطالبه، لم يلتفت إلى قوله
- ٣١٧ التاسعه: تقبل شهاده الوكيل لموكله، فيما لا ولايه له فيه
- ٣١٧ العاشره: لو وكله بقبض دينه من غريم له
- ٣٢٠ كتاب الوقوف و الصدقات
- ٣٢٠ اشاره
- ٣٢٢ كتاب الوقف

- ٣٢٢ اشارة
- ٣٢٢ الأول فى العقد
- ٣٣١ النظر الثانى فى الشروط
- ٣٣١ اشارة
- ٣٣١ الأول:فى شروط الموقوف
- ٣٣٦ القسم الثانى:فى شروط الواقف
- ٣٤٠ القسم الثالث:فى شروط الموقوف عليه
- ٣٤٤ القسم الرابع:فى شروط الوقف
- ٣٨٨ النظر الثالث فى اللواحق
- ٣٨٨ اشارة
- ٣٨٨ الأولى:الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه
- ٣٩٥ الثانى:إذا وقف مملوكا،كانت نفقته فى كسبه
- ٣٩٦ الثالث:لو جنى العبد الموقوف عمدا،لزمه القصاص
- ٤٠٠ الرابع:إذا وقف فى سبيل الله،انصرف إلى ما يكون وصله إلى الثواب
- ٤٠١ الخامس:إذا كان له موال من أعلى و أسفل
- ٤٠٤ السادس:إذا وقف على أولاد أوأولاده اشترك أولاد البنين و البنات
- ٤٠٩ السابع:إذا وقف مسجدا فخرّب،أو خربت القرية أو المحلّه
- ٤١١ الثامن:لو انهدمت الدار،لم تخرج العرصه عن الوقف
- ٤١٤ التاسع:إذا آجر البطن الأول الوقف مدّه،ثمّ انقراضوا فى أثنائها
- ٤١٥ العاشر:إذا وقف على الفقراء،انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره
- ٤٢١ و أمّا الصدقه
- ٤٢١ اشارة
- ٤٢٥ مسائل ثلاث
- ٤٢٥ اشارة
- ٤٢٥ الأولى:لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض
- ٤٢٥ الثانى:يجوز الصدقه على الذمّى و إن كان أجنبيا

٤٢٧ الثالثه: صدقه السرّ أفضل من الجهر

٤٢٩ كتاب السكنى و الحبس

٤٤٨ تعريف مركز

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين على، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلي]: الفهارس العامه/ تاليف زين الدين بن على
العالمى "شهيد ثانى"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهرى : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابك : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

يادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس مى باشد

يادداشت : عربى.

يادداشت : عنوان روى جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

يادداشت : کتابنامه

عنوان روى جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين على، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندى كنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۴۳۱۸-۸۲

ص: ۱

اشاره

تمه القسم الثاني في العقود

كتاب المزارعه و المساقاه

اشاره

كتاب المزارعه و المساقاه

ص: ٥

أما المزارعه

أشاره

أما المزارعه فهي معامله على الأرض، بحصّه من حاصلها. (١) قوله: «أما المزارعه فهي معامله على الأرض بحصّه من حاصلها».

المزارعه -لغه- مفاعله من الزرع، و هي تقتضى وقوعه منهما معا، كما يقتضيه باب المفاعله، لكنّها فى الشرع صارت معامله على الأرض بحصّه من حاصلها.

و يمكن إثبات المفاعله فيها أيضا، كما تقدّم مثله فى المضاربه (١)، لأنّ أحد المتعاملين زارع و الآخر آمر به، فكأنّه لذلك فاعل، نظرا إلى السبب.

و «المعامله» فى التعريف بمنزله الجنس، يشمل إجاره الأرض و المساقاه. و لكنّ الإجاره خرجت بالقيد الأخير، لأنّها لا تصحّ بحصّه من النماء، بل بأجره معلومه، و المساقاه بقيد الأرض، لأنّها معامله على الأصول بحصّه منها، و إن كانت الأرض من توابعها.

و قد يعبر عن المزارعه بالمخابره، إمّا من الخير و هو الأكار، أو من الخبارة و هي الأرض الرخوه، أو مأخوذه من معامله النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لأهل خيبر (٢).

و المزارعه عقد مشروع عندنا إجماعا، و عند أكثر علماء الإسلام. و منع منه الشافعى و أبو حنيفة و بعض العامّه إلا فى مواضع مخصوصه (٣).

ص: ٧

١- ١) فى ج ٤: ٣٤٣.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٦٨ ح ٢، الفقيه ٣: ١٥١ ح ٦٦٤، التهذيب ٧: ١٩٨ ح ٨٧٦، و الوسائل ١٣: ٢٠٣ ب «١٠» من أحكام المزارعه و المساقاه ح ٢، و ١٧: ٣٢٧ ب «١» من كتاب إحياء الموات ح ٢.

٣- ٣) راجع حليه العلماء ٥: ٣٧٨، المغنى لابن قدامه ٥: ٥٨١-٥٨٨، و جواهر العقود ١: ٢٥٧.

و عبارتھا أن یقول: زارعتک، أو ازرع (١) هذه الأرض، أو سلّمتها إلیک، و ما جرى مجراه، مدّه معلومه، بحصّه معینة من حاصلها.

قوله: «و عبارتھا أن یقول: زارعتک أو ازرع. إلخ».

المزارعه من العقود اللّازمه، فلا بدّ فیها من الإيجاب و القبول الدالّین علی الرضا بتسليم الأرض و تسلّمها للزراعه بالحصّه المخصوصه، و كونها بالعربیّه. و لا ریب فی الاجتزاء ب«زارعتک، و سلّمت إلیک، و قبلتک، و عاملتک» و نحوها من صیغ الماضي الدالّة علی الإنشاء صریحا، و أمّا قوله: «ازرع هذه الأرض» بصیغه الأمر فإنّ مثل ذلك لا یجیزونه فی نظائره من العقود، لكنّ المصنّف و جماعه (١) أجازوه هنا استنادا إلی روايتی أبی الربیع الشامی (٢) و النضر بن سوید (٣) عن أبی عبد الله علیه السلام. و هما قاصرتان عن الدلالة علی ذلك، فالإقتصار علی لفظ الماضي أقوى، إلحاقا له بغيره.

و فی عباره المصنّف تجوّز، لأنّه قال: «و عبارتھا کذا» و لم یدکر القبول، مع أنه أحد رکنی العبارة عنها، فلا بدّ من ذکره. و لعلّه أشار بما ذکر إلی الاکتفاء بالقبول الفعلی كما اختاره العلّامه فی القواعد (٤)، فنحصر العبارة فی الإيجاب. و الأقوی اعتبار القبول اللفظی کغيره من العقود اللّازمه.

و اعلم أنّه قد استفید من حقیقه المزارعه و من صیغتها أنّ المعقود علیه هو الأرض المملوکه المنتفع بها، كما سیتحزّر من شرائطها. و یبقی من لوازمها البذر و العمل و العوامل، و هی بحسب ما یتفقان علیه فی مقابله الأرض، أو بعضها مضافا إلیها من صاحب الأرض و بعضها علی العامل. و صورها المتشعبه منها کلّها جائزه.

و أنّه لا تشرع المزارعه بین المتعاملین إذا لم تكن الأرض ملکا لأحدهما، كما فی الأرض

ص: ٨

١- ١) كالعلّامه فی التحریر ٢٥٦: ١، التذکره ٣٣٧: ٢، و الإرشاد ٤٢٦: ١. و لم نجد له لغيره.

٢- ٢) التهذیب ١٩٤: ٧ ح ٨٥٧، الفقیه ١٥٨: ٣ ح ٦٩١، و الوسائل ٢٠١: ١٣ ب «٨» من أبواب المزارعه ح ١٠.

٣- ٣) الکافی ٢٦٧: ٥ ح ٤، التهذیب ١٩٧: ٧ ح ٨٧٢، و الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

٤- ٤) القواعد: ٢٣٧: ١.

الخراجيّه، و إن بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه، لما قد عرفت أنّ متعلقها و المعقود عليه فيها هو الأرض، فلو اتّفق اثنان على المعامله فى مثل ذلك فى الأرض الخراجيّه فطريق الصّحّه الاشتراك فى البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرّر فى باب الشركه، و يجعلان باقى الأعمال بينهما على نسبه المال. و لو اتّفقا على زياده عمل من أحدهما نوى به التبرّع، فلا رجوع له بالزائد. و لو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوى فى البذر أو بالعكس بنى على ما تقرّر فى الشركه من جواز ذلك. و قد عرفت أنّ المختار جواز الزياده فى القدر للعامل أو من له زياده فى العمل. فليلاحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعيّه على تسويغ هذه المعامله، لأنّها متداوله فى كثير من البلاد التى أرضها غير مملوكه فيحتاج فيها إلى وجه مجوّز. و يمكن فرضه بأمر:

منها: أن يجعل البذر بينهما على حسب ما يتّفقان عليه، و النفقه حينئذ على نسبه الملك، فإن زاد أحدهما و اتّفقا على التبرّع به جاز و لا رجوع به. و قد تقدّم.

و منها: أن يكون البذر بينهما كذلك، و يصلح من له العوامل للزراع (١) على منفعه عوامله المقابله لحصّه الزارع بعمل الزارع المقابل لحصّه الآخر مدّه معلومه.

و منها: أن يكترى كل منهما الحصّه من ذلك العمل بشىء معلوم يتّفقان عليه، بأن يستأجر صاحب العوامل الزارع على عمل نصيبه مدّه معلومه بألف مثلا، و يستأجر الزارع نصف (٢) العوامل و الآلات مثلا بقدر ذلك أو غيره مدّه مضبوطه.

و لو كان البذر من أحدهما خاصّه، فإن كان من صاحب العوامل استأجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل و نصف البذر مثلا، أو صالحه كذلك، و إن كان البذر من العامل استأجر نصف العوامل مثلا بنصف عمله و نصف البذر، بشرط الضبط الرافع للجهاله فى جميع ذلك. و الصلح يجرى فى الجميع كذلك.

ص: ٩

١- ١) كذا فى أكثر النسخ، و فى «م»: المزارع و لعلّ الصحيح: الزارع.

٢- ٢) فى «م»: نصيب، و فى «س»: نصيب عمل العوامل.

و هو عقد لازم لا يفسخ إلا بالتقاييل.(١)و لا يبطل بموت أحد المتعاقدين.(٢)

و الكلام إِمَّا في شروطه،و إِمَّا في أحكامه

إشاره

و الكلام إِمَّا في شروطه،و إِمَّا في أحكامه.

أَمَّا الشروط فتلانه

أَمَّا الشروط فتلانه:

قوله:«و هي عقد لازم لا يفسخ إلا بالتقاييل».

لزوم هذا العقد أمر متفق عليه،و لأنَّ الأصل لزوم العقد إلا ما أخرجه الدليل،لأمر بالوفاء (١)به،و لقوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:«المؤمنون عند شروطهم» (٢).و المراد من الحصر المستفاد من قوله:«لا- تبطل إلا- بالتقاييل»البطلان المستند إلى اختيار المتعاقدين،لأنَّ ذلك هو المفهوم عند إطلاق العقد اللازم و الجائز، و بقرينه التقاييل،فإنَّه أمر اختياري.و يتبَّه عليه عطفه عدم بطلانه بالموت،بجعله جمله مستقلَّة.و إِمَّا احتجنا إلى هذا التكلّف لأنَّ هذا العقد قد يبطل بغير التقاييل،كانقطاع الماء و فساد منفعه الأرض و نحو ذلك.

قوله:«و لا تبطل بموت أحد المتعاقدين».

هذا ممَّا يترتّب على لزوم العقد،و لأصالة الدوام و الاستصحاب.ثمَّ إن كان الميِّت العامل قام وارثه مقامه في العمل،و إلا استأجر الحاكم عليه من ماله أو على ما يخرج من حصّته.و إن كان الميِّت المالك بقيت المعامله بحالها،و على العامل القيام بتمام العمل.و ربّما استثنى من الأوّل ما إذا شرط عليه المالك العمل بنفسه،فإنَّها تبطل بموته.و يشكل لو كان موته بعد خروج الثمره،لأنَّه حينئذ قد ملك الحصّه، و إن وجب عليه بقيّته العمل،فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد.نعم،لو كان قبله اتّجه.

ص:١٠

١-١) المائده:١.

٢-٢) التهذيب ٧:٣٧١ ح ٣:١٥،الاستبصار ٣:٢٣٢ ح ٨٣٥ و الوسائل ١٥:٣٠ ب«٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

الأول: أن يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه أو تفاضلا. فلو شرطه أحدهما، لم يصح (١) وكذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كأن يشترط أحدهما الهرف و الآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول و الآخر ما يزرع في غيرها. (٢) و لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل، و ما زاد عليه بينهما، لم يصح، لجواز أن لا تحصل الزيادة. (٣) قوله: «أن يكون النماء مشاعا بينهما»- إلى قوله- لم يصح».

أى يكون مجموع النماء بينهما مشاعا، فيخرج من ذلك ما لو شرط أحدهما شيئا معينا و الباقي للآخر أو لهما، و ما لو شرطه أحدهما خاصه، و غير ذلك. و الوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعه.

قوله: «كأن يشترط أحدهما الهرف و الآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول و الآخر على غيرها».

الهرف- ساكن الوسط- المتقدم من الزرع و الثمره، يقال: أهرفت النخلة أى عجلت إثناءها، قاله الجوهري (١) و الأفل [١]- بالتسكين أيضا- خلاف الهرف، و هو المتأخر عنه (٢). و الجداول جمع جدول، و هو هنا النهر الصغير. و قد يطلق على قطعه من الأرض يجمع حولها التراب. كلامهما مشتركان فى عدم جواز اشتراطهما، لأن اللزوم إشاعه المجموع كما مر.

قوله: «و لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل»- إلى قوله- لا تحصل الزيادة».

لا فرق فى ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر و غيره، و لا بين كون الغالب على تلك الأرض أن يخرج منها ما يزيد على المشروط عادة و عدمه، لاشتراك الجميع

ص: ١١

١- ١) الصحاح ١٤٤٢: ٤، مادة: هرف.

٢- ٣) كذا فى النسخ. و لعل الصحيح: منه.

أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصّة، قيل: يصحّ، وقيل: يبطل. والأوّل أشبهه. (١) و تكره إجاره الأرض للزراعة بالحنطه أو الشعير، ممّا يخرج منها.

و المنع أشبهه. (٢) فى منافاه وضع المزارعه، و كون العقد على خلاف الأصل، حيث إنّ العوض فيه مجهول، فيقتصر فيه على موضع النقل. و خالف فى بعض ذلك الشيخ فى النهايه (١) و جماعه (٢)، فجوّزوا استثناء البذر من جمله الحاصل. و فى المختلف (٣) جوّز استثناء شىء منه مطلقاً. و المشهور الأوّل.

قوله: «أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه -إلى قوله- والأوّل أشبهه».

المشهور بين الأصحاب جواز هذا الشرط، لعموم الأوامر السابقه (٤)، و خروجه عن النماء الذى إشاعته بينهما من مقتضى العقد. و القول بالمنع لا نعلم القائل به. و على القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامه، كاستثناء أرتال معلومه من الثمره فى البيع. و لو تلف البعض سقط منه بحسابه، لأنّه كالشريك و إن كانت حصّه معيّنه، مع احتمال أن لا يسقط منه شىء بتلف البعض متى بقى قدر نصيبه، عملاً بإطلاق الشرط.

قوله: «و تكره إجاره الأرض للزراعة بالحنطه أو الشعير مما يخرج منها».

و المنع أشبهه».

مستند المنع روايه الفضيل بن يسار (٥) عن الباقر عليه السلام أنّه سأله عن

ص: ١٢

١- (١) النهايه: ٤٤٠.

٢- (٢) كما فى المهذب ٢: ١٢، و السرائر ٢: ٤٤٤.

٣- (٣) المختلف: ٤٧١.

٤- (٤) لاحظ الهامش (٢) فى ص: ١٠.

٥- (٥) الكافى ٥: ٢٦٥ ح ٦، التهذيب ٧: ١٩٥ ح ٨٦٤، الاستبصار ٣: ١٢٨ ح ٤٦٠، و الوسائل ١٣: ٢١٠ ب «١٦» من أحكام المزارعه و المساقاه ح ٥.

إجاره الأرض بالطعام، قال: «ان كان من طعامها فلا خير فيه». و يمكن الاستدلال به على الكراهه، لأنّ نفى الخير يشعر به.

و علّل مع ذلك بأنّ خروج ذلك القدر منها غير معلوم، فربّما لا يخرج شيئاً، أو يخرج بغير ذلك الوصف. و من ثمّ لم يجرّ السلم في حنطه من قراح معيّن لذلك.

و يشكل فيما لو كانت الأرض واسعه لا تخيس بذلك القدر عاده، فلا يتمّ إطلاق المنع.

و أمّا مع الإطلاق أو شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهه، للأصل.

و منع منه بعض الأصحاب (١)، بشرط أن يكون من جنس ما يزرع فيها، لصحيحه الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام قال: «لا تستأجر الأرض بالحنطه ثمّ تزرعها حنطه» و النهى للتحريم.

و أوجب بحمله على اشتراطه ممّا يخرج منها، لدلاله روايه الفضيل عليه، أو بحمل النهى على الكراهه.

و فيه نظر، لأنّ النهى مطلق، و لا منافاه بينه و بين تحريم شرطه من طعامها حتّى يجمع بينهما بحمله عليه.

و التحقيق: أنّ المطلق و المقيّد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبتين. و بملاحظه ذلك يتخرّج فساد كثير ممّا قرّره في مثل هذا الباب. و قد مضى مثله في النهى عن بيع الطعام قبل قبضه (٣)، مع ورود نصّ آخر بتحريم بيع المكيل و الموزون كذلك، حيث جمع الأ- كثر بينهما بحمل المطلق على المقيّد. و ليس بشيء. و تحقيق ذلك في الأصول. مع أنّه يمكن هنا حمل الخبر

ص: ١٣

١- ١) في هامش «و» و «ن»: «المانع ابن البرّاج. بخطّه رحمه الله» راجع المهدّب ١٠: ٢.

٢- ٢) الكافي ٢٦٥: ٥ ح ٣، المقنع: ١٣٠، التهذيب ١٩٥: ٧ ح ٨٦٣ و الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٣- ٣) في ج ٢٤٧-٣: ٢٤٨.

و أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها به (١)، إلا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيرها.

الثانى: تعيين المدّة

الثانى: تعيين المدّة.

و إذا شرط مدّة معيّنه بالأيام أو الأشهر، صحّ. (٢) الأول على الإطلاق كالثانى، بأن يريد بكونه من طعامها أى من جنسه. و يؤيّده ظهور الكراهه منه، و لو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فإنّ عدم الخير لا يبلغ حدّ المنع، فإنّ المباح أو المكروه لا يوصف بالخير و لا بضدّه، و بينه و بين الشرّ واسطه.

و أمّا النهى فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهه بغير دليل آخر غير حسن.

و قول ابن البرّاج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوه، نظرا إلى الروايه الصحيحه، إلا أن المشهور خلاف قوله.

قوله: «و أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها به. إلخ».

اختلف الأصحاب فى جواز إجاره الأرض و غيرها من الأعيان المستأجره بأكثر ممّا استأجرها به إذا لم يحدث فيها حدثا، فمنع منها جماعه (١) من الأصحاب استنادا إلى أخبار (٢) دلّت بإطلاقها على ذلك. و ذهب آخرون (٣) و منهم المصنّف إلى الكراهه، لدلاله أخبار آخر على الجواز (٤). و طريق الجمع بينها و بين ما دلّ على المنع حمل النهى على الكراهه. و هو حسن. و احتجّ الشيخ [١] على المنع - مع الأخبار - بأنّه ربا.

و ضعفه ظاهر، لا اشتراط الكيل و الوزن فى الربوى.

قوله: «و إذا شرط مدّة معيّنه بالأيام أو الأشهر صحّ».

مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدّة بين كونها وافية بإدراك الزرع

ص: ١٤

١ - ١) الانتصار: ٢٣١، النهايه: ٤٣٩، المهذب ١١: ٢، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٣٨.

٢ - ٢) الوسائل ٢٥٩: ١٣، الأبواب «٢٢، ٢١، ٢٠» من أحكام الإجاره.

٣ - ٣) المقنعه: ٦٣٦، المراسم: ١٩٥، السرائر ٤٤٦: ٢، المختلف ٤٦١: ٢، جامع المقاصد ٧: ١١٩.

٤ - ٤) الوسائل ٢٥٩: ١٣، الأبواب «٢٢، ٢١، ٢٠» من أحكام الإجاره.

و لو اقتصر على تعيين المزروع، من غير ذكر المدّة، فوجهان.

أحدهما: يصحّ، لأنّ لكلّ زرع أمدًا، فيبنى على العادة كالقراض.

والآخر: يبطل، لأنّه عقد لازم فهو كالإجاره، فيشترط فيه تعيين المدّة دفعا للغرر، لأنّ أمد الزرع غير مضبوط. وهو أشبه (١) و لو مضت المدّة و الزرع باق، كان المالك إزالته، على الأشبه، (٢) سواء كان بسبب الزارع كالتفريط، أو من قبل الله سبحانه، كتأخر المياه أو تغيّر الأهويه.

فيها و قاصره و محتمله. و هو أحد الوجهين فى المسألة. و الأقوى اعتبار مدّه يدرك فيها الزرع علما أو ظنًا غالبًا، فلو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل العقد، لأنّ الغرض (١) فى المزارعه هو الحصّه من النماء، فإذا لم يتحقّق فى المدّة عاده بقى العقد بلا عوض، و لأنّه خلاف وضع المزارعه. و الاعتذار بإمكان التراضى بعد ذلك على إبقائه لا ينفع، لأنّ التراضى غير لازم، فلا يعلّق عليه شرط اللازم.

قوله: «و لو اقتصر على تعيين المزروع - إلى قوله - و هو أشبه».

الأقوى اشتراط تعيين المدّة على الوجه السابق، لأنّ مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، و الفرق بينها و بين القراض واضح، فإنّه عقد جائز لا فائده فى ضبط أجل له لو شرط، لجواز الرجوع قبله، بخلاف المزارعه، فكان إلحاقها بالإجاره أشبه.

قوله: «و لو مضت المدّة و الزرع باق كان للمالك إزالته على الأشبه».

وجه جواز الإزاله انقضاء المدّة التى يستحقّ عليه فيها التبقية، و الأصل تسلّط المالك على ملكه كيف شاء، و لأنّ الزرع بعد المدّة لا حقّ له، فيكون إبقاؤه بدون رضا المالك ظلما.

و قيل: ليس له الإزاله، لأنّه قد حصل فى الأرض بحقّ، فلم يكن للمالك

ص: ١٥

١- ١) فى «و»: كتب فوق الكلمه: العوض ظ.

قلعه، ولأنّ للزرع أمدا معينا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا- يسقط حقّ الزارع، كما لو استأجر مدّه للزرع فانقضت قبل إدراكه. مع أنّ الاحتمال أيضا هناك قائم.

وقيل: له الإزالة بالأرض، جمعا بين الحقيين. ويشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع. وما اختاره المصنّف أقوى، لزوال حقّ الزارع بانقضاء المدّه، فلا أورش له ولا استحقاق.

نعم، لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صحّ، لأنّ الحقّ لا يعدو هما، لكن لا يجبر أحدهما عليه، خلافا لظاهر القواعد (1) حيث جعل التخيير فى قلعه بالأرض وإبقائه بأجره إلى المالك. ويشكل بأنّ إيجاب عوض فى ذمّه الزارع لا يعقل بدون رضاه.

ثمّ على تقدير القطع بأرض وغيره فالمقلوع لهما بناء على أنّ الزارع يملك الحصّه وإن لم ينعقد الحبّ، خلافا لابن زهره [1]، ولا أجره للمالك على ما مضى من المدّه لو لم ينتفع بالمقلوع، لأنّ مقتضى المزارعه قصر الحقّ على الحصّه، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض على المالك بتأخيرها. ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب أكثر الأمرين من الحصّه وأجره المثل لو فرض للمقلوع منفعة ناقصه عن المعتاد، لاستناد النقصان إلى تفريطه أيضا. ولا فرق فى كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض و الزارع، فيتوجه للزارع الأورش، لاستحقاقه فيه الحصّه، كما لو كان البذر منه، إلا على القول السابق.

ثمّ على القول بثبوت الأورش مع قلعه فطريق تحصيله أن يقوم الزرع قائما بالأجره إلى أوان حصاده ومقلوعا، ويحتمل أن يضاف إلى الأوّل كونه مستحقّ القلع

و إن اتفقا على التبقية، جاز بعوض و غيره. لكن إن شرط عوضا افتقر في لزومه إلى تعيين المدّة الزائده. (١) و لو شرط في العقد تأخيره، إن بقى بعد المدّة المشترطه، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدّة. (٢) بالأرش، لأنّ ذلك من جملة أوصافه اللازمه له على هذا القول، إلاّ أنّه لا يخلو من دور. و كلام الأصحاب في ذلك غير محرّر.

قوله: «و إن اتفقا على التبقية جاز- إلى قوله- المدّة الزائده».

متى قلنا بجواز القلع لم يجب على المالك الإبقاء إلاّ برضاه، بأجره أو غيرها.

و أمّا إذا قلنا بوجود الإبقاء ففي وجوب الأجره قولان. و القولان للعلامة، أوّلهما في التذكرة (١)، و ثانيهما في القواعد (٢). و على تقدير اتفاقهما على الإبقاء بأجره تكون إجاره للأرض حقيقه، لانقضاء مدّة المزارعه، فلا بدّ من ضبط المدّة كالإجاره، و إن جاز الإطلاق في المزارعه. و لو لم يضبطها، أو اتفقا على إبقائه بأجره و أطلقا، وجب أجره المثل.

قوله: «و لو شرط في العقد تأخيره- إلى قوله- تقدير المدّة».

وجه البطلان على القول المذكور: أنّ المدّة تصير في الحقيقه هي المجموع من المذكور و ما بعده إلى أن يدرك الزرع، و هي مجهوله، فيبطل العقد للإخلال بالشرط، و على تقدير عدم جهاله الجملة فالمدّة المشروطه مجهوله، و شرطها في متن العقد من جملة العوض، فإذا تضمّن جهاله بطل العقد، كما لو كان جميع المدّة مجهولا. و يحتمل على هذا القول صحّه الشرط المذكور، لأنّ المدّة مضبوطه، و ما تضمّن الشرط بمنزله التابع ذكر احتياطا، لاحتمال الحاجه، و جهاله التابع غير مضرّه كما تقدّم غير مرّه (٣).

و الأوّل أقوى.

ص: ١٧

١- (١) التذكرة ٣١٣: ٢. و صرّح فيه بوجود الأجره.

٢- (٢) القواعد ٢٣٣: ١. و فيه أيضا صرّح بوجود الأجره. و لم نجد المسأله في سائر كتبه.

٣- (٣) في ج ٣: ١٨٠ و ١٨١ و ٣٥٤ و ٣٥٥ و ٣٥٨.

و لو ترك الزراعه، حتى انقضت المدّه (١)، لزمه أجره المثل. و لو كان استأجرها لزمته الأجره.

الثالث: أن تكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها

الثالث: أن تكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها، بأن يكون لها ماء، إمّا من نهر أو بئر أو عين أو مصنع. (٢) قوله: «و لو ترك الزراعه حتى انقضت المدّه. إلخ».

لأنّ منفعتها صارت مستحقّه له بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها، و قد فوّتها عليه، فيلزمه الأجره، كما لو كان قد استأجرها مدّه معيّنه و لم ينتفع بها. هذا مع تمكين المالك له منها و تسليمه إياها، و إلا لم يستحقّ عليه شيئاً، لأنّ المنع من قبله.

و حيث يلزمه ضمان الأجره يلزمه أرشها لو نقصت بترك الزرع، كما يتفق في بعض الأرضين، لاستناد النقص إلى تفريطه. و هل يفرّق فيهما بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً أو غيره؟ ظاهرهم عدمه، و لا يبعد الفرق، لعدم التقصير في الثاني، خصوصاً في الأرش، و مقتضى العقد لزوم الحصّه خاصّه، و لم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه العقد. نعم، يتوجّه الحكم مطلقاً في الإجاره، لأنّ حقّ المالك هو الأجره عوضاً عن منفعه العين تلك المدّه، فإذا فاتت المنفعه فإنّما ذهبت على مالكها، و هو المستأجر، أمّا المؤجر فلا حقّ له فيها، إنّما حقّه في الأجره، و لم تفت.

قوله: «أن تكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع- إلى قوله- أو مصنع».

الضابط: إمكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره و ما أشبهه كماء المطر، و الزيادة كالليل. و حصره في المذكورات ليس بذلك الحسن.

و الحاصل: أنّ من شرط صحّه المزارعه على الأرض أن يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقى الزرع غالباً، فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعه و إن رضى العامل.

و تردّد في التذكرة (١) فيما لو كان لها ماء نادراً هل تصحّ المزارعه عليها أم لا؟ من عدم

ص: ١٨

و لو انقطع فى أثناء المدّة، فللمزارع الخيار، لعدم الانتفاع، هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة، و عليه أجره ما سلف، و يرجع بما قابل المدّة المتخلفه. (١) و إذا أطلق المزارعه، زرع ما شاء. (٢) التمكن من إيقاع ما وقع عليه العقد غالباً، و من إمكان الوقوع و لو نادراً، و بملاحظه هذه القاعده يشكل الحكم فى بعض ما يأتى، كما ستقف (١) عليه.

قوله: «و لو انقطع فى أثناء المدّة فللمزارع الخيار»- إلى قوله- المدّة المتخلفه».

قد عرفت أنّ إمكان الزرع شرط صحّحه المزارعه، فإذا وجد الشرط فى الابتداء ثمّ تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعده بطلان العقد، لفوات الشرط لباقي المدّة.

و لكنّ المصنّف- رحمه الله- و العلامه (٢) أطلقا القول بعدم البطلان، بل حكما بتسلّطه على الفسخ، و كأنّهما نظرا إلى صحّحه العقد ابتداء فستصحب، و الضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسليطه على الفسخ. و فيه نظر. هذا حكم المزارعه.

أمّا الإجاره: فإن كان قد استأجرها للزراعة فكذلك لا اشتراكهما فى المعنى، أمّا لو استأجرها مطلقاً لم يتخير مع إمكان الانتفاع بها بغيره. و قوله: «و عليه أجره ما سلف» من أحكام الإجاره على تقدير فسخه، فإنّ الفسخ الطارئ عليها يوجب ثبوت أجره ما سلف من المدّة و الرجوع بما قابل المتخلف، أمّا المزارعه فلا شىء على العامل، إذ لم يشترط عليه سوى الحصّه، و قد فاتت.

قوله: «و إذا أطلق المزارعه زرع ما شاء».

الظاهر أنّ ضمير «زرع» يعود إلى المزارع العامل. و إنّما يتمّ ذلك لو كان البذر من عنده، أمّا لو كان من عند صاحب الأرض فالتخير إليه بطريق أولى، لا إلى المزارع. و إنّما تخير مع الإطلاق لدلاله المطلق على الماهيّة من حيث هى، و كلّ فرد

ص: ١٩

١- ١) لا حظ ص: ٢٢-٢٤.

٢- ٢) القواعد ٢٣٨: ١، و التحرير ٢٥٧: ١.

من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه. و أولى منه لو عمّم، لدلالته على الإذن في كلّ فرد فرد. و قوّى في التذكرة (١) وجوب التعيين، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركة الغرر. و لا- ريب أنّه أحوط إلّا- أنّ في تعيينه نظراً، لدخول المالك على أضرّ الأنواع من حيث دخوله في الإطلاق، فلا غرر كما لو عمّم.

و ربّما فرق بين الإطلاق و التعميم بأنّ الإطلاق إنّما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الأفراد، و لا- يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشدّ ضرراً من غيره، إذ ليس في اللفظ إشعار بذلك الفرد، و لا دلالة على الإذن فيه و الرضا بزياده ضرره، و لأنّ الرضا بالقدر المشترك إنّما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكلّ، لا- الرضا بالزائد، فلا- يتناول المتوسط و الأشدّ، بخلاف العامّ، فإنّه دالّ على الرضا بكلّ فرد.

و فيه نظر، لأنّ المطلق لما كان هو الدالّ على الماهية بلا قيد صحّ وجوده في ضمن المفرد و المثني و المجموع و غيرها، على ما حقّق، مع أنّ لوازمها مختلفة، و لذلك حكموا بأنّ الأمر بالمطلق كالضرب مثلاً يتحقّق امتثاله بجزئى من جزئياته، كالضرب بالسوط و العصا، ضعيفا و قويا و متوسطاً، حتّى قيل: إنّ الأمر به أمر بكلّ جزئى أو إذن في كلّ جزئى. و هذا كلّه يناقض ما ادّعاه الفارق. و لو قيل بأنّ المطلق هو النكرة، كما اختاره الآمدى (٢) و ابن الحاجب (٣) حيث عزّاه بأنّه: «الوحده الشائعه» أو «النكرة في سياق الإثبات» فصلاحيته لكلّ فرد من أفرادها أيضاً ظاهره، و إن اختلفت بالقوّه و الضعف.

و المراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدرى أو نفس الحقيقه المشتركه بين الأفراد، لا تلك اللوازم اللاحقه لها، و هى فى مسألتنا الزرع الصالح

ص: ٢٠

١- ١) التذكرة ٣٤٠: ٢.

٢- ٢) الإحكام فى أصول الأحكام ٥: ٣.

٣- ٣) ورد فى مختصره ما يفيد هذا المعنى راجع حاشيه التفتازانى على مختصر ابن الحاجب ١٥٥: ٢.

و إن عین الزرع، لم یجز التعدی. (١) و لو زرع ما هو أضرّ و الحال هذه، كان لمالكها أجره المثل إن شاء، أو المسمّى مع الأرض. (٢) لكل فرد من أفراد المزروعات، لأنها مشتركة في هذا المعنى و إن لم تشترك في الضرر و غيره.

قوله: «و إن عین الزرع لم یجز التعدی».

لا- فرق في تعيين المعین بين كونه شخصيًا كهذا الحبّ، و صنفياً كالحنطة الفلانيّة، و نوعيًا، و غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه، فيتعیّن ما تعلق به الغرض المدلول عليه بالتعيين، فلا يجوز العدول عنه مطلقاً عملاً بالشرط.

و هذا هو مقتضى التعيين في كلام المصنّف و غيره، إلا أنه قد أتى بما ينافيه بعد ذلك في قوله: «و لو كان أقلّ ضرراً جاز». و الاعتذار بأنّ الرضا بزرع الأضرّ بالنسبة إلى الأرض يقتضى الرضا بالأقلّ ضرراً بطريق أولى باطل، لأنّ غرض مالك الأرض ليس منحصرًا فيما يتعلّق بمصلحه الأرض، بل القصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه لا مقصوده بالذات، و لا شكّ أنّ الأغراض تختلف في أنواع المزروع، فربّما كان غرضه في الأشدّ ضرراً من حيث نفعه أو الحاجه إليه و إن حصل للأرض ضرر، و لا يتعلّق غرضه بالأخفّ و إن انتفعت الأرض به، ألا ترى أنّ الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل نظراً إلى مصلحه الأرض؟ و حينئذ فالأقوى عدم التعدی لما عین مطلقاً.

نعم، مثل هذا يجرى في إجاره الأرض لزرع نوع معین، فإنّ عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخفّ ضرراً منه متّجه، لأنّ الغرض في الإجاره للمالك تحصيل الأجره، و هي حاصله على التقديرين. و يبقى معه زياده تخفيف الضرر عن أرضه، و أولى منه لو ترك الزرع طول المدّه، فإنّه لا- اعتراض للمالك عليه حيث لا- يتوجّه ضرر على الأرض، لحصول مطلوبه و هو الأجره، بخلاف المزارعه، فإنّ مطلوبه الحصّه من الزرع المعین، فلا يدلّ على الرضا بغيره، و لا يتناوله بوجه.

قوله: «و لو زرع ما هو أضرّ و الحال هذه- إلى قوله- مع الأرض».

أى لو عدل إلى زرع الأضرّ و الحال أنّه قد عین غيره ممّا هو أخفّ ضرراً، فإنّ

و لو كان أقل ضررا، جاز. (١) و لو زارع عليها أو أجرها للزراعة و لا ماء لها، مع علم المزارع لم يتخير، و مع الجهالة له الفسخ. (٢) المالك يتخير بين ما ذكر من الأمرين. و وجه التخيير أنّ مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادته في ضمن زرع الأضرّ، فيتخير بين أخذ المسمّى في مقابله مقدار المنفعة المعيّنه مع أخذ الأرش في مقابله الزائد الموجب لضرر الأرض بغير إذن مالكها، و بين أخذ أجره المثل لزرع ذلك الأضرّ من غير نظر إلى المسمّى و الأرش، لأنّ المزروع بتمامه واقع بغير إذن المالك، لأنّه غير المعقود عليه.

و يشكل الحكم الأوّل من التخيير بأنّ الحصّه المسمّاه إنّما وقعت في مقابله الزرع المعيّن و لم يحصل، و الذى زرع لم يتناوله العقد و لا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصّه، فوجوب أجره المثل خاصّه أقوى.

قوله: «و لو كان أقلّ ضررا جاز».

قد عرفت ما فى الجواز. و من لوازم الجواز- لو تمّ- ثبوت الحصّه للمالك مجّانا.

و فيه نظر، لأنّه غير معقود عليه أيضا، فكيف يستحقّ فيه شيئا مع أنّه نماء بذر العامل الذى لا دليل على انتقاله عن ملكه؟! و خير العلامة فى كتبه (١) هنا بين أخذ أجره المثل و المسمّى لتقريب ما ذكر فى الأضرّ. و فيه النظر السابق. و الأقوى ثبوت أجره المثل خاصّه.

قوله: «و لو زارع عليها أو أجرها- إلى قوله- له الفسخ».

قد عرفت فيما تقدّم من كلام المصنّف و ما حقّقناه أنّ من شرط صحّحه المزارعه على الأرض أن يكون لها ماء معتاد للسقى غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع، فبدونه لا يصحّ العقد، لفقد الشرط، و إن رضى كلّ من المالك و العامل، لأنّه تصرّف

ص: ٢٢

أمّا لو استأجرها مطلقاً، ولم يشترط الزراعه، لم يفسخ، لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع. (١) في حكم لم يرد الإذن فيه شرعاً، وهو ينافي ما ذكر هنا من جواز المزارعه على ما لا ماء لها، مع العلم بغير تخيير، ولا معه مع التخيير. واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعه هنا، سواء علم أم لم يعلم، ولأنّ الحكم بالتخيير فرع صحّ العقد. وقد شارك العلامة المصنّف في كتبه (١) على مثل هذه العبارة، وزاد عليه التصريح بأنّه لو ساقاه على ما لا ماء لها غالباً لم يصحّ العقد. وتردّد في التذكّره في الصّححه مع ندور الماء كما حكيناه سابقاً (٢).

و ربّما تكلف للجمع [١] بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ماء يمكن الزرع و السقى به، لكنّه غير معتاد من جهه المالك، بل يحتاج معه إلى تكلف و إجراء ساقيه و نحوه، و المنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقاً. و هو جيّد لو ثبت أنّ مثل هذا القدر يوجب التخيير، و أنّ الإطلاق يقتضى كون الماء معتاداً بلا كلفه، إلّا أنّ إطلاق كلامهم بأباه، فإنّهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل، و في التخيير على عدم الإمكان. و أيضاً فإنّ إحداث النهر و الساقيه و نحوهما لازم للمالك، سواء كان معتاداً أم لا، كما سيأتى التنبيه عليه (٣)، فلا فرق حينئذ بين كون الماء معتاداً و غيره في عدم الكلفه على الزارع. و الأقوى عدم الصّحّه هنا عملاً بهذا الإطلاق. و مثله ما لو استأجرها للزراع.

قوله: «أمّا لو استأجرها مطلقاً- إلى قوله- بغير الزرع».

الحكم بعدم الفسخ يقتضى أنّ الحكم فيما لو لم يكن المستأجر عالماً بحالها، فإنّ العالم لا معنى لتوهم جواز فسخه، بل إمّا أن يصحّ أو يبطل مطلقاً. و إنّما لم يكن

ص: ٢٣

١- (١) التذكّره ٣٣٨:٢، القواعد ٢٣٨:١.

٢- (٢) في ص: ١٨.

٣- (٣) في ص: ٣٤ و تفصيله في المساقاه ص: ٤٨-٤٩.

و كذا لو اشترط الزراعة، و كانت فى بلاد تسقيها الغيوط غالباً. (١) و لو استأجر للزراعة ما لا- ينحسر عنه الماء، لم يجز، لعدم الانتفاع. (٢) له الفسخ مع الجهل بحالها حينئذ لأنه إذا استأجرها مطلقاً لا- يقتضى اشتراط إمكان زرعها، لأنه نوع من أنواع الانتفاع، و لا- يشترط فى استئجار شىء أن يمكن الانتفاع به فى جميع الوجوه التى يصلح لها، بل إمكان الانتفاع به مطلقاً حيث يطلق، و هو هنا كذلك، لإمكان الانتفاع بالأرض المذكورة فى وضع المتاع و جعلها مراحا و مسرحا و غير ذلك، و إن كان الغالب فى الأرض الزراعة، لأن الغلبه لا تقيد الإطلاق، مع احتمال الرجوع إلى الغالب فى تلك الأرض، فإن كان الزرع تسلط على الفسخ حملاً على المعتاد.

قوله: «و كذا لو شرط الزراعة، و كانت فى بلاد تسقيها الغيوط غالباً».

هذا فى الحقيقة من جملة أقسام الأرض التى يعتاد لها ماء يسقيها، إذ لا فرق فى العاده بين كون السقى نفسه من قبل الله، أو إجراء الماء من قبله تعالى كالنهر و الزيادة. و لكن المصنّف لما حصر الماء المذكور سابقاً فى تلك الأقسام الأربعة أعقبها بذكر الغيث. قوله: «و لو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز، لعدم الانتفاع».

المراد أنّ الماء لا ينحسر وقت الحاجة إلى الزرع، و إلا فلو كان مستولياً عليها عند العقد و لكن يرتفع وقت الانتفاع عاده صحّ مع العلم بالأرض، بأن كان قد رآها أولاً، أو الماء صافياً لا يمنع رؤيتها. و وجه عدم الصّحة فى الأوّل ما ذكره من عدم الانتفاع بها فيما استؤجر عليه من المنفعة. و هو يؤيد ما أسلفناه فى المسائل السابقة.

و احترز بالاستئجار للزراعة عمّا لو استأجرها لغيرها ممّا يمكن استيفاؤه، أو

و لو رضى بذلك المستأجر، جاز. و لو قيل بالمنع، لجهاله الأرض، كان حسنا. (١) و إن كان قليلا يمكن معه بعض الزرع، جاز. (٢) و لو كان الماء ينحسر عنها تدريجا، لم يصح، لجهاله وقت الانتفاع. (٣) مطلقا، فإن الإجاره صحيحه و ينتفع بها فيما يشاء و لو باصطياد السمك. و لو فرض تعذر الانتفاع بها مطلقا لم يصح مطلقا، لأن شرط الصحه إمكان الانتفاع.

قوله: «و لو رضى بذلك المستأجر جاز. و لو قيل بالمنع لجهاله الأرض كان حسنا».

هذا التعليل لا- يدلّ على البطلان مطلقا، لإمكان العلم بالأرض- مع وجود الماء- سابقا، أو مع صفاء الماء كما ذكرناه. و لو فرض الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكره.

قوله: «و إن كان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز».

وجه الجواز: إمكان الانتفاع فى الجملة، لكن لو لم يعلم المستأجر بذلك تسلط على الفسخ للعيب. هذا إذا كان الزرع ممكنا فى جميع الأرض على نقصان، أما لو أمكن فى بعضها دون بعض ففى إلحاق غير ما لا ينحسر عنه بالجميع وجه.

قوله: «و لو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يصح، لجهاله وقت الانتفاع».

مقتضى التعليل أنه لا فرق بين رضا المستأجر بذلك و عدمه، لأن رضاه بما هو فاقد لشرط الصحه غير كاف فى الصحه. و فى القواعد (١) قيد المنع بعدم رضا المستأجر، فلو رضى صح. و هذا إنما يتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا و الخيار لا فى الجهاله. و على تقدير إلحاقه به، نظرا إلى إمكان الانتفاع فى الجملة، فإنما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعه، فلا وجه للحكم بعدم الصحه، بل ينبغى تخيير المستأجر مع الجهل. و ما أطلقه المصنّف هنا أوضح.

ص: ٢٥

و لو شرط الغرس و الزرع، افتقر إلى تعيين مقدار (١) كل واحد منهما، لتفاوت ضرريهما. و كذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر.

و هذه الأحكام آتية في المزارعه على الأرض المذكوره، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد حكم الأجنبي، أو التعميم. و ربّما قيل في هاتين المسألتين بأن المنع مخصوص بالإجاره، أما المزارعه عليها فجائزه. و الفرق ابتداء الإجاره على المعلوميه، لانضباط الأجره، فلا بدّ من انضباط المنفعه في مقابلتها، بخلاف المزارعه، فإنّ المنفعه-التي هي الحصّه-لما كانت مجهوله تسومح في مقابلتها من العوض ما لا يتسامح في غيرها. و لا بأس به.

قوله: «و لو شرط الغرس و الزرع افتقر إلى تعيين مقدار. إلخ».

أى اشترط في استئجار الأرض الغرس فيها و الزرع معا، فلا بدّ من تعيين مقدار كل واحد، لأنّ الغرس أضّر على الأرض، فيمكن أن يدلّ الإطلاق على الاقتصار من الأخفّ على مسّماه تحقيقا للجمع، و بالعكس، و بينهما في الضرر اختلاف كثير، فلا بدّ من ضبطه. و كذا القول في شرط الزرعين، كالحنطه و الشعير، فإن زرع الحنطه أضّر، فلا بدّ من تعيين المقدار. و كذا الغرسان المختلفان بسرّيان العروق في الأرض.

و يمكن حمل الإطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الأرض، لأنّ المتبادر من لفظ التشريك التسويه كما في نظائره، و لأنّ مقتضى الإجاره لهما أن يكون المنفعه المطلوبه كل واحد منهما، فعند الجمع يجب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح. و هذا هو الأقوى. و حينئذ فلا يجب التعيين.

هذا كلّه إذا استأجر لهما مطلقا. أمّا لو استأجرها لينتفع بما شاء منهما صحّ و تخير، لأنّ ذلك تعميم في الأفراد، و قدوم على الرضا بالأضّر. و يبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع و الغرس، و إطلاقه ما تقدّم.

تفريع إذا استأجر أرضاً مدّه معيّنه ليغرس فيها ما يبقى (١) بعد المدّه غالباً

تفريع إذا استأجر أرضاً مدّه معيّنه ليغرس فيها ما يبقى (١) بعد المدّه غالباً، قيل: يجب على المالك إبقاؤه، أو إزالته مع الأرش، و قيل: له إزالته، كما لو غرس بعد المدّه. و الأول أشبه.

قوله: «إذا استأجر أرضاً مدّه معيّنه ليغرس فيها ما يبقى. إلخ».

وجه الأول: أنّ المستأجر غير متعدّد بالزراع، لأنّه مالك للمنفعة تلك المدّه، فله الزرع، و ذلك يوجب على المالك إبقائه، لمفهوم قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«ليس لعرق ظالم حقّ» (١). قال الإمام فخر الدين (٢) (رحمه الله): «إنّ الأصوليين أجمعوا على دلالة المفهوم في هذا الحديث» و إن اختلفوا في دلاله مفهوم الوصف في غيره، لكنّ لئلا لم يكن له في الأرض حقّ بعد المدّه، لانقضاء الإجاره، جمع بين الحقيين بإبقائه بالأجره، و هو المراد من إطلاق المصنّف إبقائه أو قلعه بالأرش.

و وجه الثاني: أنّ المستأجر دخل على أن لا حقّ له بعد المدّه، لأنّ منفعة المدّه هي المبدوله في مقابله العوض، فلا يستحقّ بالإجاره شيئاً آخر، فللموَجِر قلعه مجاناً، كما لو غرس المستأجر بعد المدّه. و هذا هو الأقوى. و عدم تعدّي المستأجر بزراعته في المدّه لا يوجب له حقّاً بعدها مع استناد التقصير إليه، و المفهوم ضعيف، و دعوى الإجماع على العمل به هنا لم يثبت، و على تقدير صحّته يمنع من كونه بعد المدّه غير ظالم، لأنّه واضع عرقه في أرض لا حقّ له فيها، و إلزام المالك بأخذ الأجره على الإبقاء أو تكليفه الأرش على خلاف الأصل، فلا يصار إليه بمثل ذلك.

و مثله ما لو استأجر للزرع مدّه يدرك فيها غالباً، لكنّ قصير الزارع في الزرع إلى أن انقضت المدّه. أمّا لو كان التأخير لا بتقصيره، بل لكثرة الأمطار أو تغيير

ص: ٢٧

١ - ١) المجازات النبويّة: ٢٥٥، مستدرک الوسائل ١٧: ١١١ ب (١) من كتاب إحياء الموات، و روى أيضاً عن الإمام الصادق عليه السلام. راجع الوسائل ١٧: ٣١١ ب (٣) من أبواب الغصب ح ١.
٢ - ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٧١ - ٢٧٢.

و أمّا أحكامه فتشتمل على مسائل:

الأولى: إذا كان من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل

الأولى: إذا كان من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل، صحّ بلفظ المزارعه. و كذا لو كان من أحدهما الأرض و البذر و من الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض و العمل و من الآخر البذر، نظرا إلى الإطلاق. (١) الأهويه أو شدّه البرد و نحوها، توجه و جوب الصبر إلى بلوغه بالأجره، فإنّهما و إن اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدّه، إلاّ أنّه حيث لم يقصّر و قد زرع بحقّ يجمع بين الحقّين بالأجره، بخلاف ما إذا قصّر أو قدم على ذلك كالسابق، فإنّه يسقط حقّه إذ لا معارض له.

و اعلم أنّ هذه المسائل كلّها استطراديّه كان تأخيرها إلى باب الإجاره أنسب.

قوله: «إذا كان من أحدهما الأرض حسب- إلى قوله- نظرا إلى الإطلاق».

الظاهر أنّ الصور الممكنه في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلاً- و بعضا جائزه، لإطلاق الإذن في المزارعه من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما.

و هذا هو المراد من قوله: «نظرا إلى الإطلاق».

هذا إذا كانا اثنين خاصّه، فلو جعلهما ثالثا و شرطا عليه بعض الأربعة، أو رابعا كذلك، ففي الصحّح و جهان، من عموم الأمر بالوفاء بالعقد (١) و الكون مع الشرط (٢)، و من توقّف المعامله- سيّما التي هي على خلاف الأصل- على التوقيف من الشارع، و لم يثبت منه مثل ذلك، و الأصل في المزارعه قصّه خبير، و مزارعه النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم اليهود عليها على أن يزرعوها و لهم شطر ما يخرج منها و له صلّى الله

ص: ٢٨

(١-١) المائده: ١.

(٢-٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٤» من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥، و ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤. و غير ذلك.

و لو كان بلفظ الإجاره، لم يصحّ لجهاله العوض، (١) أمّا لو آجره بمال معلوم مضمون في الذمه، أو معين من غيرها، جاز.

الثانيه: إذا تنازعا في المدّه، فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه

الثانيه: إذا تنازعا في المدّه، فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه.

و كذا لو اختلفا في قدر الحصّه، فالقول قول صاحب البذر، (٢) عليه و آله و سلّم شرطه الآخر (١)، و ليس فيها أنّ المعامله مع أكثر من واحد، و كذلك باقى النصوص التى وردت من طرفنا، و لأنّ العقد يتمّ باثنين موجب و هو صاحب الأرض و قابل، فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه أو يحتاج إثباته إلى دليل.

و الأجود عدم الصحّه.

قوله: «و لو كان بلفظ الإجاره لم يصحّ لجهاله العوض. إلخ».

لا- إشكال في عدم وقوعها بلفظ الإجاره، لاختلاف أحكامها، فإنّ الإجاره تقتضى عوضا معلوما، و المزارعه يكفى فيها الحصّه المجهوله. و أمّا لو آجر الأرض بمال مضمون مقدّر، سواء كان من جنس ما يزرع أم من غيره، أم معيّن من غير ما يخرج منها، صحّ. و قد تقدّم الكلام (٢) فى ذلك. و تبه بالمنع من إيقاعها بلفظ الإجاره على خلاف بعض العامّه (٣) حيث جوّزها بها.

قوله: «إذا تنازعا في المدّه فالقول قول منكر الزيادة- إلى قوله- صاحب البذر».

أمّا المدّه فلأنّ الأصل عدم زيادتها عمّا يتفقان عليه، فيقدّم قول منكر الزيادة.

و أمّا النماء فلما كان تابعا للأصل فى الملك فالقول قول صاحب البذر فى حصّه الآخر، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، و عدم استحقاق الآخر للزائد، و لأنّ مدعى الزيادة فيها لو ترك المنازعه لترك، فيكون مدّعا بهذا المعنى أيضا.

لا يقال: اتّفاقهما على عقد يضمن حصّه و مدّه نقل عن الأصل المذكور، و ليس

ص: ٢٩

١-١) راجع ص: ٧.

٢-٢) فى ص: ١٢-١٤.

٣-٣) راجع الشرح الكبير ٥٥٧: ٥.

فإن أقام كل منهما بينه، (١) قدّمت بينه العامل. وقيل: يرجعان إلى القرعه.

و الأول أشبه.

مدعى الزيادة بمتروك إذا ترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به، وإنما يتم هذا إذا وقع الاختلاف عند الانتهاء.

لأننا نقول: العقد المتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الأصل في أصل المدّة و الحصّة، أمّا في قدر معيّن منهما فلا، فيبقى إنكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج عن الأصل شيء. والمراد ب«من ترك إذا ترك» في نفس ذلك المدعى، وهو هنا المدّة الزائدة أو الحصّة الزائدة، أمّا العمل فهو أمر خارج عن الدعوى، فلا أثر للمطالبه به في هذه المنازعه.

قوله: «و لو أقام كلّ منهما بينه. إلخ».

إذا أقام كلّ منهما بينه بنى على تقديم بينه الداخل أو الخارج. والمشهور الثاني.

و هو خارج بالنسبه إلى دعوى المدّة، لأنّ مالك الأرض يدعى تقليل المدّة، فيكون القول قوله، و البينه بينه العامل. و أمّا دعوى زياده الحصّة فهي ممّن ليس البذر منه، سواء في ذلك العامل و مالك الأرض، فيكون البينه بينه من لا بذر له، لأنّ الشرط منه حيث إنّ الجميع نماء ماله، فلا يتمّ إطلاق تقديم بينه العامل، بل ينبغي أن يقول: «قدّمت بينه الآخر» كما صنع غيره (١)، أو يصرّح بالمراد.

و وجه القول [١] بالقرعه أنّها «لكلّ أمر مشكل [٢]». و يشكل بآئه لا إشكال هنا، فإنّ من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه بمقتضى النصّ (٢)، فالقول بتقديم

ص: ٣٠

١-١) راجع القواعد ١: ٢٣٩، و اللعه دمشقيه: ٩٢.

٢-٢) الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم.

الثالثه: لو اختلفا، فقال الزارع: أعرنتيها، وأنكر المالك وادّعى الحصّه أو الأجره و لا يبيّنه

الثالثه: لو اختلفا، فقال الزارع: أعرنتيها، وأنكر المالك (١) وادّعى الحصّه أو الأجره و لا يبيّنه، فالقول قول صاحب الأرض. و تثبت له أجره المثل مع يمين الزارع. و قيل: تستعمل القرعه. و الأوّل أشبه.

و للزارع تبقيه الزرع إلى أوان أخذه، لأنّه مأذون فيه. (٢) يبيّنه المدّعى فيهما أقوى.

قوله: «لو اختلفا فقال الزارع أعرنتيها و أنكر المالك. إلخ».

المراد: أنّ القول قول صاحب الأرض في عدم الإعارة لا فيما يدّعيه، لأنّه منكر لها فيقدّم قوله فيها. و كذلك القول قول الزارع في عدم المزارعه و الإجاره، لأنّه منكر لهما. و حينئذ فيحلف كلّ منهما على نفى ما يدّعيه الآخر، و يبقى على الزارع أنّه انتفع بأرض غيره مع عدم ثبوت التبرّع، فيلزمه أجره المثل لذلك الزرع إلى أوان نزعه. هذا إذا لم تزد الأجره عمّا يدّعيه المالك من الحصّه أو الأجره المعينه، و إلّا- ثبت له ما يدّعيه خاصّه، لا- اعترافه بأنّه لا- يستحقّ سواه. و هذا إذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قوله: «الزارع» و قوله: «و للزارع تبقيه الزرع»، فلو كان النزاع قبله و تحالفا انتفت العاريه و الإجاره و المزارعه، فليس للعامل أن يزرع بعد ذلك.

و اعلم أنّه إذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقلّ الأمرين ممّا يدّعيه و أجره المثل، و كان الأقل هو ما يدّعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لأنّه لو اعترف له بما يدّعيه لم يكن له أزيد منه، و كذا لو حلف أو ردّ اليمين، و ما هذا شأنه لا فائده فيه. نعم، لو كان ما يدّعيه أزيد من أجره المثل اتّجهت فائده يمين الزارع، لأنّها تنفى الزائد ممّا يدّعيه المالك عن الأجره، و لو ردّها أو اعترف للزم الزائد. و القول بالقرعه هنا ضعيف كالأوّل.

قوله: «و للزارع تبقيه الزرع إلى أوان أخذه، لأنّه مأذون فيه».

أى مأذون في زرعه باتّفاق الخصمين، و إنّما اختلفا في استحقاق عوض في مقابلته و عدمه، فهو زرع بحقّ، فلا يجوز قلعه بغير إذن مالكة. و قد علم أنّ إبقاءه بأجره لا مجاناً، لأنّ الأجره الثابته من حين زرعه إلى حين أخذه. و إنّما عبّر بأخذه

أمّا لو قال: غصبتنيها، حلف المالك و كان له إزالته (١)، و المطالبه بأجره المثل، و أَرش الأرض إن عابت، و طَمّ الحفر إن كان غرسا.

الرابعه: للمزارع أن يشارك غيره، و أن يزارع عليها غيره

الرابعه: للمزارع أن يشارك غيره، و أن يزارع عليها غيره (٢)، و لا- يتوقّف على إذن المالك. لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم، و لم يجز المشاركة إلا بإذنه.

للتنبيه على أنّ أمره إلى الزارع، فإن شاء أخذه قصيلا، و إن شاء أبقاه إلى أوان حصاده، و مهما أبقاه من المدّه يلزمه أجرتها خاصّه، فكان التعبير بالأخذ أولى من التعبير بالحصاد.

قوله: «أمّا لو قال غصبتنيها حلف المالك و كان له إزالته. إلخ».

ما سبق من التحالف إنّما هو فيما لو ادّعى كلّ منهما عقدا غير ما يدّعيه الآخر، أمّا لو ادّعى الزارع الإعارة و أنكرها المالك و ادّعى غصب الأرض فالقول قول المالك مع يمينه، لأصالة عدم الإعارة، و بقاء منافع أرضه على ملكه، و عدم خروجها بعاريه و لا غيرها، فإذا حلف على نفى العاريه ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حقّ، فيتخيّر حينئذ المالك بين قلعه و مطالبته بأجره المثل لما مضى من المدّه، و أَرش الأرض إن نقصت و طَمّ الحفر، كما يلزم ذلك الغاصب. و إن اتّفقا على إبقائه بأجره جاز.

و في التذكرة (١) قال: «يحلف العامل على نفى الغصب»، و لم يذكر يمين المالك، و رتب باقي الأحكام. و الحقّ ما ذكر هنا من أنّ الحالف المالك على نفى العاريه لا غير.

قوله: «للمزارع أن يشارك غيره و أن يزارع عليها غيره. إلخ».

لَمّا كانت المزارعه من العقود اللازمه الموجه لنقل منفعه الأرض إلى ملك العامل بالحصّه المخصوصه، كان للعامل نقلها إلى غيره و مشاركته عليها، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، و لا يتوقّف ذلك على إذن مالِكها، إذ لا حقّ له في المنفعه.

نعم، لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن المالك. و سيأتي مثله إن شاء الله تعالى في

ص: ٣٢

الإجاره (١).

و اشتراط بعضهم [١] فى جواز مزارعته غيره كون البذر منه، ليكون تمليك الحَصِّه منوطا به. و به يفرق بينه و بين عامل المساقاه، حيث لا يصح له أن يساقى غيره كما سيأتى (٢). و لأنَّ البذر إذا كان من صاحب الأرض فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكة أو من أذن له و هو الزارع.

و هو حسن فى مزارعه غيره، أمّا المشاركه فلا لأنَّ المراد بها أن يبيع بعض حصّيته فى الزرع مشاعا بعوض معلوم، و هذا لا مانع منه، لملكه لها، فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعه، إذ لا حق له حينئذ إلاّ العمل، و به يستحقّ الحَصِّه. مع احتمال الجواز مطلقا، لأنَّ لزوم عقدها يقتضى تسلطه على العمل بنفسه و غيره، و ملكه للمنفعه، و التصرف فى البذر بالزرع و إن لم يكن بنفسه، حيث لا يشترط عليه الاختصاص، فيجوز نقله إلى الغير، كما تجوز الاستتابة. و يضعف بأنَّ البذر حينئذ ليس ملكا له، و إنّما هو مأذون فى التصرف فيه بالزرع، و به يملك الحَصِّه. و قد يقال: إنّ هذا كاف فى جواز مزارعه الغير، لأنّها عبارته عن نقل حقّه فى ذلك إليه و تسليطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه و الاستتابة بغيرها من الوجوه.

هذا كلّه إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه، و إلاّ لم يجز المشاركه و لا المزارعه بحيث يصير العمل أو بعضه متعلّقا بغيره. و لا يرد أنّ ذلك يقتضى منع المالك من التصرف فى ماله، فيكون منافيا للمشروع، لأنَّ الناس مسلطون على أموالهم، لأنَّ ذلك حيث لا يعارضه حقّ غيره، و إلاّ لم تتمّ الكليّته، ضروره تخلفه فى كثير كالأهّن و المفلس.

ص: ٣٣

١- ١) فى ص: ١٨٦-٢٢٢.

٢- ٣) فى ص: ٦٦.

الخامسة: خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها، (١) إلا أن يشترطه على الزارع.

قوله: «خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها. إلخ».

أمّا خراج الأرض فهو على مالكتها، لأنه موضوع عليها. و هو مروى. و روى أيضا [١] أنّ السلطان لو زاد فيها زياده و طلبها من الزارع و جب على صاحب الأرض دفعها إليهم. قال السائل [٢]: «قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم. قال: إنهم إنما زادوا على أرضك». و أمّا المؤنة فذكرها المصنّف و العلامه فى بعض كتبه (١) إجمالاً، و لم يتبها على المراد منها، مع إطلاقهم أنّ العمل على الزارع أو من شرط عليه.

و الظاهر أنّ المراد بمؤنه الأرض هنا ما يتوقف عليه الزرع و لا يتعلّق بنفس عمله و تنميته، كإصلاح النهر، و الحائط، و نصب الأبواب إن احتيج إليها، و إقامة الدولاب، و ما لا يتكرّر كلّ سنه، كما فصلوه فى المساقاه (٢). و المراد بالعمل الذى على الزارع ما فيه صلاح الزرع و بقاءه ممّا يتكرّر كلّ سنه، كالحرث و السقى و آلاتهما، و تنقيه النهر من الحماة [٥]، و حفظ الزرع و حصاده، و نحو ذلك. و بالجملة: فكلامهم فى هذا المحلّ قاصر جدّاً.

هذا كلّه إذا لم يشترط ذلك على الزارع، فإن شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوماً. و كذا لو شرط بعضه معيّناً أو مشاعاً مع ضبطه. و لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زياده فهى على صاحب الأرض، لأنّ الشرط لم يتناولها، و لم تكن معلومه، فلا يمكن اشتراطها. و لو شرطاً ذلك أو بعضه عليهما، أو إخراجها من

ص: ٣٤

١- (٣) القواعد ٢٣٨: ١، و التذكرة ٣٤٠: ٢.

٢- (٤) لا حظ ص: ٤٨.

السادسه: كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه

السادسه: كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه (١)، تجب لصاحب الأرض أجره المثل.

السابعه: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع

السابعه: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع (٢)، و الزارع بالخيار فى القبول و الردّ، فإن قبل كان استقرار ذلك مشروطا بالسلامه، فلو تلف الزرع بأفه سماويّه أو أرضيّه، لم يكن عليه شىء.

الأصل و الباقي بينهما، فهو كما لو شرط المالك نصفه على العامل، لأنّه بمعناه.

قوله: «كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه. إلخ».

هذا إذا كان البذر من الزارع، فلو كان من صاحب الأرض فهو له، و عليه للعامل و العوامل و الآلات أجره المثل، و لو كان منهما فالحاصل بينهما على نسبة الأصل، و لكلّ منهما على الآخر أجره مثل ما يخصّه على نسبة ما لآخر من الحصّه، فلو كان البذر لهما بالنصف رجع المالك بنصف أجره أرضه، و العامل بنصف أجره عمله و عوامله و آلاته، و على هذا القياس فى باقى الأقسام. و لو كان البذر من ثالث فالحاصل له، و عليه أجره مثل الأرض و باقى الأعمال و آلاتها.

قوله: «يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع. إلخ».

محلّ الخرص بعد بلوغ الغلّه، و هو انعقاد الحبّ. و تخير الزارع فى القبول و عدمه لا شبهه فيه. و على تقدير قبوله يتوقّف نقله إليه على عقد كغيره من الأموال، بلفظ الصلح أو التقييل، على ما ذكر الأصحاب. و المشهور أنّ لزوم العوض فيه مشروط بالسلامه، فإن تلفت الغلّه أجمع بأفه [سماويّه] (١) من قبل الله تعالى فلا شىء على الزارع. و لو تلف البعض سقط بالنسبه. و لو أتلّفها متلف ضامن فهى بحالها، و يطالب المتقبل المتلف بالعوض. و يمكن عموم الآفه الأرضيّه لهذا أيضا.

و الحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب. و مستنده غير واضح. و حكمه لا يخلو من اشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، و أنّى لهم به؟ و إنّما هو شىء ذكره

ص: ٣٥

الشيخ-رحمه الله-فى بعض كتبه (١)، و تبعه عليه الباكون (٢) معترفين بعدم النصّ ظاهرا على هذه اللوازم.

و لو كان النقصان بسبب الخطأ فى الخرص لم يسقط من المال شىء، عملا بالأصل. و هو مروى عن الكاظم عليه السلام مرسلا (٣). و لو زاد فالزائد ملكك للزراع عملا- بمقتضى العقد، خصوصا إذا جعل صلحا. و لو جعل بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه، مع احتمال العدم. و كيف وقع فهو عقد لازم يجب الوفاء به، و إن لحقته تلك الخواصّ الخارجة عن مقتضى اللزوم.

و أنكروا هذه المعاوضة ابن إدريس (٤)، و جعلها باطلة، لأنها إن كانت بيعا فهى محاقلة، و إن كانت صلحا فهو لازم سلم أم لا، إن كان بعوض مضمون، و إن كان العوض من الغلّه فهو باطل كالبيع. و الأقوى الصّحّة، لكن إثبات اللوازم المذكورة يحتاج إلى دليل. و قد تقدّم فى البيع جملة من بحث المسألة. (٥)

ص: ٣٦

١-١ (١) النهاية: ٤٤٢.

٢-٢ (٢) المهذب ٢: ١٤، القواعد ١: ٢٣٨، اللمعة دمشقية: ٩٢ و جامع المقاصد ٧: ٣٥٥.

٣-٣ (٣) الكافي ٥: ٢٨٧ ح ١، التهذيب ٢: ٨: ٧ ح ٩١٦، و الوسائل ١٣: ١٩ ب (١٠) من أبواب بيع الثمار ح ٤.

٤-٤ (٤) السرائر ٢: ٤٥٠.

٥-٥ (٥) فى مسائل مختلفة فى بيع الثمار ج ٣: ٣٥٣.

و أما المساقاه: فهي معامله على أصول ثابتة، بحصّه من ثمرتها. (١) و النظر فيها يستدعى فصولاً:

قوله: «و أما المساقاه فهي معامله على أصول ثابتة بحصّه من ثمرها».

المساقاه مفاعله من السقى. و خصّ الاشتقاق منه دون باقى الأعمال التى تتوقّف عليه المعامله لأنّه أظهرها و أنفعها فى أصل الشرعيّه، لوقوعه بالحجاز التى تسقى فيها النخل من الآبار، و لأنّه أكثر مؤنّه و أشدّ مشقّه من غيره من الأعمال. و عرفاً ما ذكره المصنّف، فالمعامله فيها بمنزله الجنس تتناول عقود المعاوضات. و خرج ب «الأصول» المزارعه، و ب «الثابته» -بالتاء المثلثه- غيرها من الأصول التى لا تبقى كالخضروات، و الودى غير المغروس، و المغروس الذى لم يستقلّ فى الأرض، و المغارسه، و ب «حصّيه» من ثمرها» خرجت الإجاره، فإنّها و إن صحّت على الأصول الثابته لكن لا بحصّه من الثمره، بل بأجره معلومه معيّنه أو مضمونه.

و المراد بالثمره هنا نماء الشجر و إن لم تكن ثمرته المعهوده، ليدخل فيه المساقاه على ما يقصد ورده و ورقه. و لو قال: «أو ما فى حكمها» لإدخال ذلك لاستغنيا عن تكلف إدخالها. و يمكن أن يريد بالثمره معناها المتعارف خاصّه، لتردده فيما يأتى (١) فى جواز المساقاه على ما يقصد ورقه. و ربّما قرئت «النابتة» بالنون متقدّمه، فيخرج بها الودى و المغارسه دون باقى ما سبق. و الأوّل أضيف.

ص: ٣٧

(١ - ١) فى ص: ٤٢.

الأول في العقد و صيغته الإيجاب أن يقول: ساقيتك، أو عاملتك، أو سلّمت إليك، أو ما أشبهه. (١) قوله: «و صيغته الإيجاب أن يقول: ساقيتك، أو عاملتك، أو سلّمت إليك، أو ما أشبهه.» لَمَّا كانت المساقاه من العقود اللازمه فلا بدّ فيها من إيجاب و قبول لفظيين دالين على الرضا الباطنى. و اللفظ الصريح فيها: «ساقيتك على كذا»، و فى حكمه:

«عاملتك، و سلّمت إليك، و عقدت معك عقد المساقاه، و قبّلتك عملها»، و نحو ذلك من الألفاظ الدالّة على الإنشاء الواقعه بلفظ الماضى.

و زاد فى التذكرة (١): «تعهد نخلى بكذا، أو اعمل فيه بكذا». و يشكل بما مرّ (٢) فى نظائره من عدم صراحه الأمر فى الإنشاء. و لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من نظائره. و قد نوقش فى الاكتفاء فى المزارعه بلفظ الأمر مع الاستناد فيها إلى النصّ (٣)، و هو منتف هنا. و جريان المعاطاه هنا بعيد، لاشتغال هذا العقد على الغرر و جهاله العوض، بخلاف البيع و الإجاره، فينبغى الاقتصار فيه على موضع اليقين. و ترك المصنّف ذكر القبول القولى، و لا بدّ منه، و هو كلّ لفظ دلّ على الرضا بذلك الإيجاب.

ص: ٣٨

١ - ١) التذكرة ٣٤٢: ٢.

٢ - ٢) كما فى ج ١٥٢: ٣.

٣ - ٣) لاحظ ص: ٨.

و هي لازمه كالإجاره،(١)و يصحّ قبل ظهور الثمره.و هل تصحّ بعد ظهورها؟فيه تردّد،و الأظهر الجواز،بشرط أن يبقى للعامل عمل و إن قلّ،بما يستزاد به الثمره.(٢) قوله:«و هي لازمه كالإجاره».

لا خلاف عندنا في لزوم هذا العقد،فلا يجوز لأحدهما فسخه إلا بالتراضي على وجه الإقاله،لعموم الأدلّه (١)التي دلّت على لزوم غيره من العقود.

و نبه المصنّف بقوله:«كالإجاره»على خلاف بعض العامّه (٢)حيث قال:إنّه جائز كالمضاربه،لاشتراكهما في كونهما عقدا على جزء من نماء المال،فقال المصنّف:

بل هو لازم كالإجاره،لاشتراكهما في كون كلّ منهما عقد معاوضه،و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٣)المقتضى للزوم إلا ما أخرجّه الدليل.

قوله:«و هل يصحّ بعد ظهورها-إلى قوله-يستزاد به الثمره».

إذا ساقاه على الشجر و الثمره معدومه مدّه يمكن وجودها فيها عاده صحّ إجماعا.و إن كان بعد ظهورها و لم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصحّ إجماعا،و إن احتاجت إلى عمل كالجذاذ و الحفظ و النقل و نحو ذلك،لأنّها حينئذ يكون قد ملكها ربّ الشجر،و لم تحصل بالمساقاه زياده،فيتنفي الغرض الذي اقتضى شرعيّتها.

و أمّا إذا كانت قد ظهرت،و لكن بقي لها عمل يحصل به زياده في الثمره كالسقى،و الحرث،و رفع أغصان شجره الكرم على الخشب،و تأبير ثمره النخل،ففي جوازها حينئذ وجهان،أجودهما الصّحّه،تحصيلا لتلك الفائده،و لأنّ العقد حينئذ أبعد عن الغرر،للوثوق بالثمره،فيكون أولى ممّا لو كانت معدومه.و وجه عدم الجواز أنّ الثمره إذا ظهرت فقد حصل المقصود،فصار بمنزله القراض بعد ظهور الربح،و لأنّ المقصود من المساقاه ظهور الثمره بعمله.و فيهما منع ظاهر.و لو كان

ص:٣٩

١-١ (١) الآية ١ من سوره المائده.

٢-٢ (٢) راجع المغنى لابن قدامه ٥:٥٦٨ و كتاب الفروع ٤:٤٠٧.

٣-٣ (٣) الآية ١ من سوره المائده.

و لا- تبطل بموت المساقى، و لا بموت العامل، على الأشبه. (١) العمل بحيث لولاه لاختلّ حال الثمره، لكن لا- يحصل به زياده كحفظها من فساد الوحش و نحوه، فمقتضى القاعده عدم الجواز. و حيث لا تصحّ المساقاه على ذلك تصحّ الإجاره على بقيه الأعمال بجزء من الثمره و الجعالة و الصلح.

قوله: «و لا تبطل بموت المساقى و لا بموت العامل على الأشبه».

«الأشبه» راجع إلى حكم موت كلّ واحد منهما، فقد قال الشيخ فى المبسوط (١): «إنّه لو مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاه عندنا كالإجاره». و الأقوى عدم البطلان، لأنّ ذلك مقتضى لزوم العقد. نعم، لو كان قد شرط على العامل العمل بنفسه بطلت بموته، إن كان قبل ظهور الثمره. و لو كان بعده ففيه نظر، من سبق ملكه لها فلا يزول بموته، و من أنّ ملكه مشروط بإكماله العمل و لم يحصل.

و أطلق جماعه من الأصحاب (٢) البطلان إذا شرط عليه العمل بنفسه. و الأنسب أن تكون مشتركه حينئذ، فلا يبطل ملكها بالموت.

ثمّ إن كان الميّت المالك استمرّ العامل على عمله، و قاسم الوارث. و إن كان الميّت العامل و كانت المساقاه وارده على عينه و لم تظهر الثمره بطلت. و إن ظهرت ففيه ما مرّ. و إن كانت وارده على ذمّته قام وارثه مقامه، و ليس للمالك منعه منه، و لا إجباره عليه لو امتنع من العمل، لأنّ الوارث لا- يلزمه حقّ لزم المورث إلا- ما أمكنه دفعه من ماله، و العمل ليس بمال المورث، فلا يجب على الوارث، كما لا يؤدّى الحقوق من مال نفسه.

ثمّ إن خلف العامل تركه تخيّر الوارث بين العمل و بين الاستتجار عليه من التركة، فإن امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة، فإن لم يتفق ذلك تخيّر المالك بين الفسخ و الإنفاق من ماله بتيه الرجوع، كما سيأتى تحقيقه فيما لو هرب العامل (٣).

ص: ٤٠

١- (١) المبسوط ٢١٦:٣.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢٣٣:٢، المهذب البارع ٥٧٥:٢، و جامع المقاصد ٣٤٨:٧.

٣- (٣) فى ص: ٦٠.

.....

وإنما يجب على المالك تمكين الوارث أو أجيره إذا كان أميناً عارفاً بأعمال المساقاة و إلاّ فله المنع، و يبقى الأمر كما لو لم يبدل.

ص: ٤١

الثانى فى ما يساقى عليه و هو كلّ أصل ثابت، له ثمره (١) ينتفع بها مع بقاءه. فتصحّ المساقاه على النخل، و الكرم، و شجر الفواكه، (٢) و فيما لا ثمر له إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت و الحنّاء على تردّد. (٣) قوله: «و هو كلّ أصل ثابت له ثمره. إلخ».

احترز به عن نحو البطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر، فإنّ هذه ليست كذلك و إن تعدّدت اللقطات و بقى القطن أزيد من سنه، لأنّ أصول هذه لا بقاء لها غالباً، و اضمحلّ لها معلوم عاده، فلا عبره بالنادر منها.

قوله: «فتصحّ المساقاه على النخل و الكرم و شجر الفواكه».

لا- يخفى أنّ النخل و الكرم من جملة شجر الفواكه، فعطفه عليهما تعميم بعد التخصيص، و هو جائز، لكن لو قدّمه و جعلهما من أمثله كان أوقع.

قوله: «و فيما لا ثمر له إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت و الحنّاء على تردّد».

منشؤه من أنّ هذه المعاملة باشمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الأصل، فيقتصر بها على محلّ الوفاق، و هو شجر الثمر، و من أنّ الورق المقصود كالثمره فى المعنى، فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به. و فى بعض الأخبار (١) ما

ص: ٤٢

١- ١) راجع دعائم الإسلام ٢: ٧٣ ح ٢٠٢، مستدرک الوسائل ١٣: ٤٦٦ ب «٧» من كتاب المزارعه ح ١، و الخلاف ٣: ٤٧٦ مسألة ٣، و المغنى لابن قدامه ٥: ٥٥٧.

و لو ساقى على ودى، أو شجر غير ثابت، لم يصح، اقتصارا على موضع الوفاق، (١) أمّا لو ساقاه على ودى مغروس، إلى مدّه يحمل مثله (٢) فيها غالبا، صحّ و لو لم يحمل فيها، و إن قصرت المدّه المشترطه عن ذلك غالبا، أو كان الاحتمال على السواء، لم يصحّ.

يقتضى دخوله. و القول بالجواز لا يخلو من قوه. و مثله ما يقصد زهره كالورد.

و المراد بالتوت المبحوث عنه الذّكر، و هو الذى لا- يقصد ثمرته، أمّا الأثنى المقصود منه الثمره فجائز إجماعا. و التوت بالتائين المثنّتين من فوق، و فى لغه نادره بالثاء المثلثه أخيرا، و ردّه الجوهري (١).

قوله: «و لو ساقى على ودى أو شجر غير ثابت لم يصحّ، اقتصارا على موضع الوفاق».

الودى- بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدّده أخيرا بوزن غنى -فسيل النخل قبل أن يغرس، و فى القاموس (٢) أنّه صغار الفسيل. و لا خلاف فى عدم جواز المساقاه على غير المغروس منه إلا من بعض العامّه (٣).

قوله: «أمّا لو ساقاه على ودى مغروس إلى مدّه يحمل مثله.

إلخ».

إنّما صحّ فى الأوّل و إن لم يحمل لأنّ مرجع المساقاه إلى تجويز ظهور الثمره و ظنّه بحسب العاده، فإذا حصل المقتضى صحّ و إن تخلّف، كما لو ساقاه على الشجر الكبير و اتفق عدم ثمره فى المدّه، و حينئذ فلا أجره له على جميع العمل، لقدومه على ذلك.

و المعتبر فى صحّه المساقاه ظنّ ثمره و لو فى آخر المدّه، كما لو ساقاه عليه عشر سنين

ص: ٤٣

١- ١) الصحاح ١: ٢٤٥ مادة (توت).

٢- ٢) القاموس ٤: ٣٩٩.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ٥: ٥٧٩.

و كانت الثمره لا تتوقع إلا فى العاشره، و حينئذ فتكون الثمره فى مقابله جميع العمل.

و لا- يقدر خلو باقى السنين، فإنّ المعتمد حصول الثمره ظنًا فى مجموع المدّه لا فى جميع أجزائها، كما يظهر ذلك فى غيره من الشجر. و حيث تقع باطله، للعلم بالقصور عاده أو احتمال الأمرين، فللعامل أجره المثل مع جهله بالفساد لا مع علمه على الأقوى.

و اعلم أنّه قد استفيد من ذلك أنّ عدم الثمره غير قادح فى صحّحه المساقاه إذا كان حصولها مظنونًا عاده حين العقد، و حينئذ فيجب عليه إتمام العمل لو علم بالانقطاع قبله. و مثله ما لو تلفت الثمار كلّها، أو أكلها الجراد، أو غصبها غاصب، فإنّه فى جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل، و لا- أجره له و إنّ تضرّر، كما يجب على عامل القراض إنضاض المال و إن ظهر الخسران، بل هنا أقوى، للزوم العقد، و وجوب العمل.

و احتمل فى التذكرة (١) انفساخ العقد لو تلفت الثمار بأسرها، و استشكل الحكم الأوّل فارقا بين العاملين بأنّ المباشر للبيع و الشراء فى القراض العامل، فكان عليه إنضاض المال، بخلاف عامل المساقاه.

و يندفع بأنّ المساقاه عقد لازم، فلا يؤثّر فيه تلف العوض، بخلاف القراض، فإذا وجب على عامل القراض مع جوازه و كون تغييره للمال يأذن المالك فهنا أولى.

و يمكن أن يقال: إنّ تلف الثمره هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض، المقتضى للبطلان فى البيع و نحوه. و فيه نظر.

الثالث فى المدّة (١) و يعتبر فيها شرطان: أن تكون مقدّره بزمان لا يحتمل الزيادة و النقصان، و أن يكون ممّا يحصل فيها الثمره غالباً.

قوله: «الثالث فى المدّة. إلخ».

المشهور بين الأصحاب اشتراط ضبط المدّة بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، كقدوم الحاح و إدراك الغلّه، و إن كانت هى الغلّه المعامل عليها، و قوفا فيما خالف الأصل و احتمل الغرر و الجهالة على موضع اليقين. و اكتفى ابن الجنيّد (١) بتقديرها بالثمره المساقى عليها، نظراً إلى أنه بالنسبه إلى ثبوته عاده كالمعلوم، و لأنّ المقصود منها هو العمل إلى إكمالها، و لأنّ العقد مبنى على الغرر و الجهالة فلا يقدحان فيه.

و الأجود الأوّل، و إن كان كلامه لا يخلو من وجه.

و اعلم أنّ الاتفاق على اشتراط تقديرها فى الجملة كما قرّرناه، أمّا تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً، و لأنّ عقد المساقاه لازم كما تقدّم. و لا معنى لوجوب الوفاء به دائماً، و لا إلى مدّة غير معلومه، و لا سنه واحده، لاستحاله الترجيح من غير مرجح. نعم، من قال من العامّه إنّها عقد جائز (٢) لا يعتبر عنده تعيين المدّة، لانتفاء المحذور الذى ذكرناه.

ص: ٤٥

١-١) راجع المختلف: ٤٧٢.

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٥٦٨: ٥.

الرابع العمل و إطلاق المساقاه يقتضى قيام العامل بما فيه زياده النماء، من الرفق و إصلاح الأجاجين، (١) و إزاله الحشيش المضرّ بالأصول، و تهذيب الجريد، (٢) و لا حدّ للمدّه فى جانب القلّه إلّا بما يغلب فيه حصول الثمره و إن كان شهراً، كما إذا ساقاه فى آخر العمل بحيث بقى ما فيه للثمره مستزاد يسير، و لا- فى جانب الكثره عندنا، خلافاً للشافعى (١) حيث شرط أن لا تزيد على ثلاثين سنه. و هو تحكّم.

قوله: «و إطلاق المساقاه يقتضى قيام العامل- إلى قوله- و إصلاح الأجاجين».

الضابط أنّه يجب على العامل مع الإطلاق كلّ عمل يتكرّر كلّ سنه ممّا فيه صلاح الثمره أو زيادتها، و منه إصلاح الأرض بالحرث و الحفر حيث يحتاج إليه، و ما يتوقّف عليه من الآلات و العوامل. و الأجاجين جمع إجانه بالكسر و التشديد. و المراد بها هنا الحفر التى يقف فيها الماء فى أصول الشجر التى تحتاج إلى السقى.

قوله: «و تهذيب الجريد».

المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج إلى قطعه منه، كالجزء اليابس، و مثله زياده الكرم، و قطع ما يحتاج إلى قطعه من أغصان الشجر المضرّ بقاؤها بالثمره أو الأصل، سواء كان يابسا أم أخضر، و تعريش الكرم حيث تجرى عادته به، و نحو ذلك.

ص: ٤٦

و السقى،(١)و التلقيح،و العمل بالناضح،و تعديل الثمره،(٢)و اللقاط،(٣)و إصلاح موضع التشميس،و نقل الثمره إليه،(٤)و حفظها،(٥) قوله:«و السقى».

و كذا مقدماته المتكثرة،كالدلو،و الرشا،و إصلاح طريق الماء،و تنقيتها من الحمأه و نحوها،و استقاء الماء،و إداره الدولاب،و فتح رأس الساقية،و سدّها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجه.

قوله:«و تعديل الثمره».

و هو إصلاحها بإزاله ما يضرّ بها من الأغصان و الورق،ليصل إليها الهواء و ما يحتاج إليه من الشمس،و ليتيسّر قطعها عند الإدراك،و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرّه بها،و رفعها عن الأرض حيث تضرّ بها،و نحو ذلك.

قوله:«و اللقاط».

بفتح اللام و كسرهما،و هو لقاط الثمره بمجرى العاده بحسب نوعها و وقتها،فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له،و ما يعمل دبسا فكذلك،و ما يؤخذ بسرا إذا انتهى إلى حاله أخذه،و ما يؤخذ يابسا أخذ وقت يسه.

قوله:«و إصلاح موضع التشميس و نقل الثمره إليه».

هذا فيما يفتقر إلى التشميس.و كما يجب إصلاح موضع التشميس يجب تحرّى موضع يصلح له عاده،و نقلها إليه،و وضعها فيه على الوجه المعتبر،و تقليبها فى الشمس حيث تحتاج إليه،فلو وضعها فى غيره فحصل بسببه نقص ضمن.

قوله:«و حفظها».

أى حفظ الثمره على أصولها،و فى بيدها،و فى طريق إيصالها إلى مالكةا إن لم يكن المالك قد تولّى ذلك.و هل نقلها إلى منزل المالك،أو يده،أو من يقوم مقامه،على العامل؟يحتمله،لأنه تمام العمل،و لعموم«على اليد ما أخذت حتى

و قيام صاحب الأصل ببناء الجدار،(١) و عمل ما يستقى به من دولاب أو داليه،(٢) تؤدى» (١)، و عدمه، لأنه ليس من أعمال الثمره، و إنما هو قبضها، فلا يجب عليه كالشريك.

و الضابط أنه يجب عليه العمل إلى وقت القسمة، فلو أخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخير المالك بين فسخ العقد و إزماءه بأجره مثل العمل، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له، و إن كان بعده فله الأجره، سواء كان قبل ظهور الثمره أم بعده، قضيه للشرط. أما ما يجب عليه مع الإطلاق فالظاهر أنه كذلك قبل ظهور الثمره، أما بعده ففيه نظر، و ليس ببعيد الجواز. و لو حصل على الأصل نقص بسبب التقصير لزمه الأرش. و الظاهر أن الثمره كذلك.

قوله: «و قيام صاحب الأصل ببناء الجدار».

ضابط ما يجب عليه ما لا يتكرر كل سنه عاده، و إن عرض له فى بعض الأحوال أن يتكرر. و هذه الأمور التى ذكرها منها. و لا فرق فى بناء الحائط بين جميعه و بعضه. و فى حكمه وضع الشوك و نحوه على رأسه، قاله فى التذكرة (٢). و يشكل لو كان مما يتكرر كل سنه عاده، طردا للضابطين.

قوله: «و عمل ما يستقى به من دولاب أو داليه».

الضابط: أنه يجب عليه من آليات السقى ما لا يتكرر غالباً فى كل سنه، كالدولاب و الداليه و نحو ذلك. و فى إلحاق ثور الدولاب به أو ببقر الحرث و جهان.

أما ما يتكرر غالباً كالدلو و الرشا فهو على العامل، خلافاً لابن إدريس حيث أوجب الجميع على العامل (٣).

ص: ٤٨

١ - ١) عوالى اللثالى ٢٢٤:١، و مستدرک الوسائل ٧:١٤ ب «١» من كتاب الوديعه ح ١٢، و مسند أحمد ١٢:٥، سنن أبى داود ٢٩٦:٣ ح ٣٥٦١ و غيرها.

٢ - ٢) التذکره ٣٤٦:٢.

٣ - ٣) السرائر ٤٥١:٢.

و إنشاء النهر،(١) والكش للتلقيح. وقيل: يلزم ذلك العامل. و هو حسن،(٢) لأنّ به يتمّ التلقيح.

و لو شرط شيئاً من ذلك على العامل صحّ، بعد أن يكون معلوماً.(٣) و لو شرط العامل على ربّ الأصول عمل العامل له، بطلت المساقاة، لأنّ الفائدة لا تستحقّ إلاّ بالعمل.

قوله: «و إنشاء النهر».

و مثله الآبار الجديدة، و التي انهارت دون إصلاحها، و تنقيتها من الحمأه و نحوها، كما مرّ (١).

قوله: «و الكش للتلقيح. وقيل: يلزم ذلك العامل. و هو حسن».

القول بوجوب الكش على المالك للأكثر، لأنّه ليس من العمل، و إنّما هو من الأعيان التي تصرف إلى مصلحه الثمره، و لأصالة البراءه من وجوبه على العامل.

و القول بوجوبه عليه لابن إدريس (٢)، لأنّه ممّا يتمّ به نماء الثمره و صلاحها الواجبان عليه. و الأولى الرجوع فيه إلى العاده، و مع عدم أطرادها في شيء فالأولى التعيين.

و مثله الخمر الذي يعمل للكرم، و الزيت (٣) لعمل الزبيب، و تمهيد (٤) الأرض حيث يحتاج إليه. و في التذكرة (٥) أنّ شراء الزبل و أجره نقله على ربّ المال، لأنّه ليس من العمل، فجرى مجرى ما يلقح به، و تفريق ذلك على الأرض على العامل كالتلقيح.

و هذا التفصيل مبنّى على وجوب الكش على المالك، كما أشعر به تعليقه، و إنّما هو محلّ الإشكال كأصل الذي ألحقه به.

قوله: «و لو شرط شيئاً من ذلك على العامل صحّ بعد أن يكون معلوماً».

جميع ما ذكر سابقاً ممّا يجب على العامل و المالك إنّما هو عند إطلاق العقد، و لو

ص: ٤٩

١- ١) في ص: ٣٤ و ٤٧.

٢- ٢) السرائر ٢: ٤٥١.

٣- ٣) كذا في النسخ. و لعل الصحيح: التزيب.

٤- ٤) في «و» و «ن»: تسميد، و في «س» و «م»: تسهيل، و في «ب»: تشييد.

٥- ٥) التذكرة ٢: ٣٤٦.

و لو أبقى العامل شيئاً من عمله، في مقابله الحصّه من الفائده، و شرط الباقي على ربّ الأصول، جاز. و لو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز، لأنّه ضمّ مال إلى مال. (١) شرطه على من هو عليه كان تأكيدا و لا يقدح في العقد.

و لو شرطه على أحدهما، فإن شرط ما على المالك على العامل صحّ بعد أن يكون معلوما بينهما على وجه لا يحتمل الغرر، و كذا لو شرط بعضه بطريق أولى.

و لو شرط ما يجب على العامل على المالك، فإن كان جميعه بطل، لما ذكره المصنّف من أنّ الحصّه إنّما يستحقّها العامل بالعمل، فإذا رفعه عنه لم يستحق شيئا، و إن أبقى منه شيئا فيه مستزاد الثمره صحّ، و جعلت الحصّه مقابله له، لأصل، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١)، و لا فرق بين أن يبقى عليه الأقلّ و الأكثر عندنا.

و لو أبقى العامل ما لا يحصل به مستزاد الثمره كالحفظ لم يصحّ أيضا، لمنافاه وضع المساقاه، كما لو ساقاه و قد بقي من العمل ذلك. نعم، لو جعل ذلك بلفظ الإجاره مع ضبط المدّه صحّ.

قوله: «و لو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز لأنّه ضمّ مال إلى مال».

أشار بالتعليل إلى جواب بعض العامّه (٢) المانع من ذلك، محتجا بأنّ يده كيد مالكه و عمله كعمله، فكما لا يصحّ اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك، و لأنّه مخالف لوضع المساقاه، و هو أن يكون من المالك المال و من العامل العمل.

و حاصل الجواب: أنّ عمل غلام المالك مال له، فهو ضمّ مال إلى مال، كما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمه يحمل عليها. و الفرق بين الغلام و سيّده

ص: ٥٠

١- ١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ و الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٥: ٥٦٧.

أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاصّ العامل، لم يجز، وفيه تردّد.

و الجواز أشبهه. (١) وكذا لو شرط عليه أجره الأجرء، (٢) أو شرط خروج أجرتهم، صحّ منهما.

ظاهر، فإنّ عمل العبد يجوز أن يكون تابعا لعمل العامل، ولا يجوز أن يكون عمل المالك تابعا لعمله، لأنّه هو الأصل، ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد، مع أنّا نمنع حكم الأصل، فإنّنا قد جوّزنا أن يشترط على المالك أكثر العمل.

قوله: «أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاصّ العامل، لم يجز. وفيه تردّد.

و الجواز أشبهه».

المراد بالشرط هنا أن يعمل الغلام في الملك المختصّ بالعامل أو العمل المختصّ به، أي الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيّده المساقى عليه.

و وجه الجواز: أنّه شرط سائغ فيجوز اشتراطه، ولأنّه إذا جاز أن يعمل في المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختصّ.

و وجه المنع الموجب لتردّده أولا: أنّه شرط عملا في مقابله عمله، فصار في قوّه اشتراط جميع العمل على المالك. و فساده ظاهر. و المعروف أنّ المانع من ذلك الشافعي (١)، لكنّ المصنّف و العلّامه (٢) ذكرا المسأله على وجه يشعر بالخلاف عندنا.

و قد تكرر هذا منهما في مواضع كثيره.

قوله: «و كذا لو شرط عليه أجره الأجرء. إلخ».

شرط العامل على المالك أجره الأجرء يجري على وجهين:

أحدهما: أن يشترط عليه أجره ما يحتاج إليه العامل من الأجرء ممّا لا يقدر على مباشرته أو لا يعتادها و نحو ذلك، بحيث يكون منه عمل في الجملة فيه مستزاد

ص: ٥١

١- ١ فتح العزيز (المطبوع بهامش المجموع) ١٣٦: ١٢.

٢- ٢ التحرير ٢٥٩: ١ و القواعد ٢٤٠: ١.

الثمره. و جواز هذا القسم واضح بعد ما ثبت من جواز اشتراط بعض العمل على المالك، لكن يشترط هنا ضبط ما يشترطه من ذلك حذرا من الغرر. وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق أولى.

و هذا القسم خالف فيه الشيخ رحمه الله (1)، فمنع من اشتراط أجره الأجراء الذين يستعان بهم، لأن موضوع المساقاه أن يكون من رب المال المال و من العامل العمل، وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال و العمل معا. وكذا منع من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مطلقا. و الأقوى الجواز فيهما.

و الثاني: أن يشترط العامل على المالك أن يستأجر بأجره على جميع العمل، و لا يبقى له إلا الاستعمال و الثمره. و في صحه هذا الشرط وجهان:

أحدهما: الجواز، لأن ذلك عمل تدعو الحاجة إليه، فإن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقنه و استعمال الأجراء، و لا يجد من يباشر الأعمال أو يأتئمه، فتدعوه الحاجة إلى أن يساقى من يعرف ذلك، لينوب عنه في الاستعمال.

و ثانيهما: المنع، للشك في أن مثل ذلك يسمى عملا من أعمال المساقاه الذي هو شرط في صحتها، فإن المتبادر من أعمالها خلاف ذلك، و العقود إنما تكون بتوقيف الشارع، خصوصا في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف الأصل.

إذا تقرّر ذلك، فقول المصنّف: «و كذا لو شرط. إلخ» يمكن كونه معطوفا على الحكم بالجواز، فيكون إشاره إلى القسم الأول، مع إمكان أن يريد الثاني أيضا. و يمكن عطفه على التردّد، فيكون إشاره إلى القسم الثاني، مع إمكان أن يريد به الأول. و إنما قلنا ذلك لأن الأول موضع رجحان مع احتمال المنع، و الثاني موضع تردّد مع احتمال الجواز.

ص: ٥٢

الخامس في الفائدة و لا بدّ أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً. فلو أُضرب عن ذكر الحصّة، بطلت المساقاة. و كذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمره، لم تصحّ المساقاة. (١) و كذا لو شرط لنفسه شيئاً معيّناً، و ما زاد بينهما. و كذا لو قدّر لنفسه أرطالاً، و للعامل ما فضل أو عكس. و كذا لو جعل حصّه ثمره نخلات بعينها، (٢) و للآخر ما عداها.

قوله: «و كذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمره لم تصحّ المساقاة».

لمخالفته لمقتضاها، لأنّها تقتضى شرعاً التشريك بينهما في الثمره، فإذا شرطت لأحدهما بطلت، لكن يختلف الحكم حينئذ، فإنّ شرطها إن كان للعامل فسدت و الثمره بأجمعها للمالك، و عليه للعامل أجره المثل، لدخوله على العمل بال عوض، فإذا لم يسلم له المشروط يرجع إلى أجره عمله. أمّا إذا شرطت للمالك فقد دخل العامل على التبرّع بالعمل، فالأقوى أنّه لا أجره له، لأنّ المتبرّع لا أجره له و لا- حصّه، كما تقدّم مثله في القراض (١). و وجه احتمال استحقاقه الأجره أنّ المساقاة تقتضى العوض في الجملة، فلا يسقط بالرضا بدونه. و هو ضعيف.

قوله: «و كذا لو شرط لنفسه شيئاً معيّناً- إلى قوله- نخلات بعينها».

الوجه في جميع ذلك مخالفته لموضوع المساقاة، فإنّها مبنيه على الاشتراك في

و يجوز أن يفرد كل نوع بحصّه مخالفه للحصّه من النوع الآخر، إذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع. (١) و لو شرط مع الحصّه من النماء، حصّه من الأصل الثابت لم يصحّ، لأنّ مقتضى المساقاه جعل الحصّه من الفائدة. و فيه تردّد. (٢) و لو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح، و بالثلث إن سقى بالسائح، بطلت المساقاه، لأنّ الحصّه لم تتعين. و فيه تردّد. (٣) الثمره على سبيل الشياح، كما دلّ عليه النصّ (١) و فعل (٢) النبيّ صلى الله عليه و آله و سلّم، و لأنّه ربّما لا يحصل إلاّ ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء.

قوله: «و يجوز أن يفرد كل نوع بحصّه مخالفه-إلى قوله-بمقدار كل نوع».

لأنّ الغرض ثبوت حصّه معلومه كيف كان، فلو لم يعلم بمقدار أحد الأنواع لم يصحّ، لجهاله الحصّه حينئذ، فإنّ المشروط فيه أقلّ الجزءين قد يكون أكثر الجنسين، فيحصل الغرر.

قوله: «و لو شرط مع الحصّه من النماء-إلى قوله-و فيه تردّد».

وجه الفساد ممّا ذكر، و أنّ الحصّه من الأصول تدخل في ملكه، فلا- يكون العمل المبذول في مقابله الحصّه واقعا في ملك المالك، و لا واجبا بالعقد، إذا لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه، و من عموم الأمر بالوفاء بالعقود (٣) و «المؤمنون عند شروطهم» (٤) و أنّ ذلك يجرى مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضّه، و هو جائز و إن كره. و القول بالمنع أوجه.

قوله: «و لو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح-إلى قوله-و فيه تردّد».

وجه البطلان واضح، لأنّ العمل مجهول، و النصيب مجهول، فهو مثل بعثك

ص: ٥٤

١- ١) لا حظ الوسائل ١٩٩: ١٣ ب «٨» و غيرهما من أحكام المزارعه و المساقاه.

٢- ٢) لا حظ الوسائل ١٩٩: ١٣ ب «٩» و غيرهما من أحكام المزارعه و المساقاه.

٣- ٣) المائده: ١.

٤- ٤) راجع ص: ١٠-٥.

و يكره أن يشترط ربّ الأرض على العامل مع الحصّه شيئاً من ذهب أو فضّه، لكن يجب الوفاء بالشرط. و لو تلفت الثمره لم يلزم. (١) بدينار مؤجّل و بنصفه حالّ (١). و يحتمل صحّه ذلك، لتعيين الحصّه على التقديرين، كما تصحّ الإجاره إذا قال: «إن خطته روميا فللك كذا، و إن خطته فارسياً فللك كذا». و من ذلك يظهر منشأ التردّد. و الأقوى البطلان، و مسأله الإجاره إن ثبتت فهى خارجه بدليل خارج.

قوله: «و يكره أن يشترط ربّ الأرض - إلى قوله - لم يلزم».

أمّا صحّه شرط ذلك فلعوموم «المؤمنون عند شروطهم»، و هو مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد، لأنّ الثمره مشاعه بينهما، و هذا شرط زائد. و أمّا كراهته فهو المشهور بين الأصحاب لا - نعلم بينهم خلافاً فى ذلك. و العاقبه (٢) أطبقوا على منعه و أبطلوا به المساواه.

و أمّا إذا تلفت الثمره أجمع، و مثله ما إذا لم تخرج، فوجه سقوط المشروط أنّه لو لاه لكان أكل مال بالباطل، فإنّ العامل قد عمل و لم يحصل له عوض، فلا أقلّ من خروجه رأساً برأس. نعم، لو كان الشرط للعامل على ربّ الأرض اتّجه عدم سقوطه، لأنّ العوض من قبل العامل - و هو العمل - قد حصل، و الشرط قد وجب بالعقد، فلا وجه لسقوطه. و ربّما قيل بمساواته للأوّل، و هو ضعيف.

و لو كان التّأليف فى الصورة الأولى البعض خاصّه فالأقوى عدم سقوط شىء من المشروط، لأصالة العدم، و لأنّ المعبر حصول عوض العمل، و لا - اعتبار بكثرتة و قلّته، و من ثمّ لا يسقط من العمل شىء بتلف بعض الثمره أو أكثرها. و يحتمل أن يسقط منه بالنسبه نظراً إلى مقابله الأجزاء بالأجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة.

و ضعفه ظاهر.

ص: ٥٥

١ - ١) فى «م» فقط: حالاً. و الظاهر أنّ الصحيح: بدينار مؤجّلاً و بنصفه حالاً.

٢ - ٢) راجع بدايه المجتهد ٢: ٢٤٨ و المغنى لابن قدامه ٥: ٥٧٧.

السادس في أحكامها و هي مسائل:

الأولى: كل موضع تفسد فيه المساقاه، فللعامل أجره المثل

الأولى: كل موضع تفسد فيه المساقاه، فللعامل أجره المثل، و الثمره لصاحب الأصل.

قوله: «كل موضع تفسد فيه المساقاه. إلخ».

أمّا كون الثمره لصاحب الأصل فظاهر، لأنها نماء ملكه، و لم يحصل ما يوجب نقلها عنه. و أمّا وجوب أجره المثل للعامل فلائنه لم يتبرّع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط، فيرجع إلى الأجره. و يجب تقييده بما إذا كان جاهلا. بالفساد، و لم يكن الفساد باشتراط جميع الثمره للمالك، إذ لو كان عالما به لكان متبرّعا بالعمل، لأنه بذل عمله في مقابله ما يعلم أنه لا يحصل. و أمّا مع شرط جميع الثمره للمالك فلدخوله على أن لا شيء له و إن كان جاهلا. و قد تقدّم (١) مثله.

لا- يقال: إن إيقاع العقد يقتضى أمر المالك له بالعمل، فيلزمه الأجره مطلقا، لأنه عمل له أجره عاده، و العامل ناصب نفسه للأجره، فتثبت كما سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى.

لأننا نقول: أمر المالك له بالعمل ليس مطلقا حتى تلزمه الأجره كما هو

ص: ٥٦

١- ١) في ص: ٥٣.

٢- ٢) في الصفحه التاليه.

الثانية: إذا استأجر أجيرا للعمل بحصّه منها، فإن كان (أ) بعد بدوّ الصلاح جاز. وإن كان بعد ظهورها و قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع صحّ إن استأجره بالثمره أجمع. و لو استأجره ببعضها قيل: لا يصحّ، لتعدّر التسليم. و الوجه الجواز.

المفروض في القاعده، و إنّما أمره بعوض مخصوص، و هو الجزء من الثمره، مع علم العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد، فيكون كما لو أمره بالعمل بغير أجره، فإنّه لا يستحقّها. و مثله ما لو أمره بالعمل مع كون الثمره بأسرها له، لأنّ لازم هذه الإذن و حاصلها تبرّع العامل.

نعم، يبقى في المسأله بحث آخر، و هو أنّه مع جهله بالفساد، و كونه ليس من جهه ما يقتضى عدم العوض، ينبغى على ما قرّناه أن يثبت للعامل أقلّ الأمرين من الحصّه المشترطه و أجره المثل، لأنّ الأقلّ إن كان هو الأجره فظاهر، لأنّ فساد العقد أسقط الحصّه فيرجع إلى الأجره، و إن كان الأقلّ هو الحصّه فالعامل قدم على أن لا يكون له سواها في مقابله عمله، حتّى لو كانت في مقابله عشر العمل لكان مسقطا للزائد، فيكون متبرّعا بالزائد على هذا التقدير، كما تبرّع به على تقدير اشتراط جميع الثمره للمالك، و على تقدير علمه بالفساد.

و يمكن أن يجاب بالفرق بين الموضوعين، فإنّه على هذا التقدير لم يقدم على التبرّع بعمله أصلا، بل كما يحتمل أن يكون الحصّه قاصره عن مقابله العمل يحتمل مساواتها له و زيادتها عليه أضعافا مضاعفه، فهو قادم على عمل بعوض محتمل للزيادة و النقصان، فليس متبرعا به مطلقا و إن احتمل قصوره في بعض الأحوال، بخلاف العالم و مشرط جميع الحصّه للمالك، فإنّه قادم في ابتداء الأمر على التبرّع المحض على كلّ تقدير.

و هذا الفرق لا بأس به، و إن كان ما اقتضاه البحث متوجّها أيضا. و أكثر الأصحاب أطلقوا وجوب أجره المثل مع الفساد. و فيه تردّد.

قوله: «إذا استأجر أجيرا للعمل بحصّه منها، فإن كان. إلخ».

إذا استأجر على العمل بجزء من الثمره، فإن كان قبل ظهورها لم يجز قولاً

الثالثه: إذا قال: ساقيتك على هذا البستان بكذا، على أن أساقيك على الآخر بكذا

الثالثه: إذا قال: ساقيتك على هذا البستان (١) بكذا، على أن أساقيك على الآخر بكذا، قيل: يبطل. و الجواز أشبه.

واحدًا، لأنَّ عوض الإجاره يشترط فيه الوجود و المعلوميه كعوض البيع، و هما متفتيان هنا، بخلاف عوض المساقاه، فإنَّها جُوزت كذلك، و خرجت عن الأصل بالنص (١) و الإجماع، و لإمساس الحاجه.

و إن كانت موجوده و كان قبل بدو صلاحها بنى على جواز نقلها بالبيع مطلقا أو بشرط القطع. و قد تقدّم (٢) أنّ الأقوى الجواز مطلقا، فيصحّ هنا كذلك. و اشتراط المصنّف هنا شرط القطع مبنى على مذهبه فى البيع، و كان عليه أن يضمّ إليه الضميمه أيضا، فإنّه يكتفى بها فى البيع عن شرط القطع، فليكن هنا كذلك. و لعلّه اكتفى بالإشاره إلى تساويهما فى الحكم إجمالا.

و يتفرّع على ذلك ما لو كان الاستئجار ببعضها، فإنّه ينقدح عدم الجواز، لأنّها تصير حينئذ مشتركه، و الشركه تمنع من شرط القطع، و يتعدّر التسليم، لتوقّفه على إذن الشريك، و قد لا يحصل. و الأصحّ الجواز، لإمكان القطع و التسليم بالإذن كما فى كلّ مشترك. و لو فرض امتناع الشريك يمكن بإذن الحاكم. و لو كان الاستئجار بجميع الثمره فلا إشكال، لانتفاء المانع. و مع الاكتفاء بالضميمه عن اشتراط القطع يندفع ذلك كلّه. و حيث لم يعتبر أحدهما فلا إشكال فى الموضوعين.

قوله: «إذا قال: ساقيتك على هذا البستان. إلخ».

القول بالبطلان للشيخ (رحمه الله) فى المبسوط (٣)، محتجًا عليه بأنّه بيعتان فى بيعه، فإنّه ما رضى أن يعطيه من هذه الحصّه إلا بأن يرضى منه من الآخر بالحصّه الأخرى، و هكذا فى البيع إذا قال: بعتك عبدى هذا بألف على أن تبعنى عبدك بخمسائه، فالكلّ باطل، لأنّ قوله: على أن تبعنى عبدك، إنّما هو وعد لا يلزم الوفاء

ص: ٥٨

١- ١) لا حظ الوسائل ١٣: ٢٠١ ب «٩» من أبواب المزارعه و المساقاه.

٢- ٢) فى ج ٣: ٣٥٥.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٢١١.

الرابعة: لو كانت الأصول لاثنين، فقالا لواحد: ساقيناك، (١) على أن لك من حصّه فلان النصف، و من حصّه الآخر الثلث، صحّ بشرط أن يكون عالما بقدر نصيب كلّ واحد منهما. و لو كان جاهلا بطلت المساقاه، لتجهيل الحصّه.

به، و الحال أنّه قد نقص الثمن لأجله، فإذا بطل ذلك ردّ إلى الثمن ما نقص منه، و هو مجهول فيتجهّل الثمن. قال: «و بهذا فارق ما إذا قال: ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا و الثلث من هذا، لأنّها صفقه واحده، كما لو قال: بعتك كذا و بعتك كذا، الأوّل بمائه و الثاني بمائتين».

و ابن الجنيّد (١) عكس الحكم فقال: «لا أختار إيقاع المساقاه صفقه واحده على قطع متفرّقه، بعضها أشقّ عملا من بعض، إلا أن يعقد ذلك و يشترط في العقد العقد على الأخرى».

و الأقوى صحّه الجميع، و نمنع الجهالة التي ادّعاها الشيخ، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، و ما يتضمّنه من الشرط كالجزء منه، و وجوب الوفاء بالشرط. و لو فرض عدم الوفاء لا يقتضى ذلك ردّ الناقص من الثمن كما ادّعاه، بل تسلّط المشروط له على الفسخ كما في الإخلال بغيره من الشروط. و أمّا ابن الجنيّد فلم يذكر على مدّعاه دليلا، و مقتضى الأصل جواز الأمرين معا.

قوله: «لو كانت الأصول لاثنين فقالا لواحد: ساقيناك. إلخ».

إذا تعدّد المالك و اتّحد العامل و العقد، صحّت المساقاه مع تساويهما في الحصّه المجعلوه كالنصف و الثلث، سواء علم حصّه كلّ واحد منهما أم لا، لأنّ حصّيته معلومه من المجموع، و المجموع معلوم، و لا ضروره إلى العلم بقدر حصّه كلّ منهما. و إن اختلفتا فلا بدّ من معرفه العامل بمقدار حصّه كلّ منهما في الملك، لئلا يتجهّل حصّته من النماء، لأنّه حينئذ بمنزله عقدين.

ص: ٥٩

١ - ١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٢.

٢ - ٢) المائدة: ١.

الخامسة: إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه. فإن بذل العمل (١) عنه بإذن، أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه، فلا خيار. وإن تعذر ذلك كان له الفسخ، لتعذر العمل.

و لا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين و الزائد عليهما، فلو كان بستان واحد بين ثلاثة بالسويّه فساقوا عليه واحدا يعلم بقدر النصيب، على أنّ له من نصيب واحد النصف، و من نصيب الثاني الربع، و من الثالث الثمن، صحّ.

و تصحّ مسألتهم من أربعة و عشرين مخرج السهام في عدد الشركاء، لكل واحد منهم ثمانية، فللعامل من حصّه الأوّل أربعة، و من الثاني اثنان، و من الثالث واحد، و الباقي لهم على التفاوت المقرّر.

و لو كان البستان لستّه ملاك بالسويّه، فساقوا عليه واحدا على أنّ له من نصيب واحد النصف، و من نصيب الثاني الربع، و من الثالث الثمن، و من الرابع الثلاثين، و من الخامس الثلث، و من السادس السدس، صحّ. و تصحّ مسألتهم من مائه و أربعة و أربعين، لكل واحد منهم أربعة و عشرون، فيأخذ العامل ممّن شرط له النصف اثني عشر، و من الثاني ستّه، و من الثالث ثلاثه، و من الرابع ستّه عشر، و من الخامس ثمانية، و من السادس أربعة، فيجتمع له تسعه و أربعون، و للملاك خمسه و تسعون يتفاوتون فيها على ما تقرّر.

و طريق بلوغها ذلك: أنّ مخارج الثلاثه الأولى متداخله يكتفى فيها بمخرج الثمن، و مخارج الثلاثه الأخيره متداخله يكتفى فيها بمخرج السدس، فتبقى ستّه و ثمانية، و بينهما موافقه بالنصف، تضرب نصف أحدهما في الآخر، ثمّ تضرب المرتفع و هو أربعة و عشرون في عدد الشركاء. و قس على هذا ما شئت من فروض المسأله، ذكرنا منها هذا القدر للتدريب.

قوله: «إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه، فإن بذل العمل.

إلخ».

لما كانت المساقاه من العقود اللازمه لم تنفسخ بمجرد هرب العامل. و لا يتسلّط

و لو لم يفسخ، و تعذر الوصول إلى الحاكم (١) كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه، و يرجع عليه على تردّد. و لو لم يشهد لم يرجع.

المالك على فسخها به، كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب.

ثمّ إن تبرّع المالك أو غيره عليه بالعمل أو بمؤنته بقي استحقيقه بحاله، و إلاّ رفع المالك أمره إلى الحاكم إن وجدته و ثبت عنده المساقاه، فينفذ الحاكم في طلبه فإن وجدته أجبره على العمل. و إن لم يجده و وجد له مالا استأجر منه من يتمّ العمل، لأنّه مستحقّ عليه، فإن لم يجد له مالا أنفق من بيت المال و لو قرضا إن كان فيه سعه، فإن لم يتفق اقترض عليه الحاكم، أو استأجر بأجره مؤجّله إلى وقت إدراك الثمره.

و لو فقد جميع ذلك إمّا لعدم من يعمل ذلك للحاكم، أو لعدم إمكان إثبات العقد عنده، أو لعدم بسط يده، أو لفقده، تخيّر المالك بين فسخ المساقاه دفعا للضرر و إبقائها. فإن فسخ صارت الثمره له و عليه أجره مثل عمله قبل الهرب، لأنّه عمل محترم صدر بإذن المالك في مقابله عوض و قد فات بالفسخ، فتجب قيمته و هو الأجره، لكن إنما يفسخ إذا كان ذلك قبل ظهور الثمره، أو بعده إذا لم يمكن بيعها أو بعضها للإئناق على العمل، أو لم يف به، و إلاّ باعها أو بعضها إن أمكن الاجتراء به و أنفق، و لا فسخ لزوال الضرر. و لو لم يوجد راغب في البعض مع الاكتفاء به في العمل باع الجميع و حفظ الباقي للعامل. و إن لم يفسخ و الحال أنّه قد تعذر إذن الحاكم و المتبرع، أنفق هو بتّيه الرجوع و رجع على الأقوى.

قوله: «و لو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم. إلخ».

الأولى أن يراد بتعذر الوصول إلى الحاكم تعذر الوصول إلى إذنه كما قلناه سابقا، سواء كان موجودا و لم يمكن استيذانه، لعدم إمكان إثبات الحقّ عنده، أم لغير ذلك. و في حكم تعذره بعده عنه بحيث يتوقّف الوصول إليه على مشقّه كثيره.

و حينئذ فهل له أن يشهد و يرجع؟ تردّد المصنّف في ذلك، من لزوم الضرر بدونه،

السادسه: إذا ادعى أن العامل خان، أو سرق، أو أتلف، أو فرط فتلف، وأنكر

السادسه: إذا ادعى أن العامل خان، أو سرق، أو أتلف، أو فرط فتلف، وأنكر، فالقول قوله مع يمينه. (١) و هو منفي بالآيه [١] والخبر (١)، و من أصاله عدم التسلط على مال الغير، و ثبوت شيء في ذمته بغير أمره و من يقوم مقامه. و الأقوى الرجوع حينئذ مع نيته.

و مقتضى قوله: «و لو لم يشهد لم يرجع» أنه على تقدير القول بجواز الرجوع مع الإشهاد لو لم يشهد لم يرجع، سواء أمكنه الإشهاد أم لم يمكن، لأنه شرط في جواز الرجوع كإذن الحاكم، فينتفى بدونه. و هذا أحد الأقوال في المسأله. و الثاني: أنه يرجع مع تعذر الإشهاد لا مع إمكانه كما في إذن الحاكم، دفعا للحرص و الضرر.

و الثالث: أنه يرجع مع نيته مطلقا. و هو الأقوى، إذ لا مدخل لشهاده الشاهدين في التسلط على مال الغير و إثبات شيء في ذمته، و لا ولايه لهما على العامل، و إنما فائدتهما التمكن من إثبات الحق، و هو أمر آخر، و المقتضى لعدم الرجوع هو نيه التبرع أو عدم نيه الرجوع، و لأصاله عدم الاشتراط. فعلى هذا يثبت حقه في ذمته فيما بينه و بين الله تعالى. و يحتمل قويا قبول قوله مع يمينه، لأن الأصل أن الإنسان لا يتبرع بعمل يحصل فيه غرامه عن الغير.

قوله: «إذا ادعى أن العامل خان - إلى قوله - مع يمينه».

أى القول قول العامل فى ذلك كله، لأنه أمين و نائب عن المالك فى حفظ حصيته كعامل القراض، و الأصل عدم ذلك كله. قال فى التذكرة (٢): «و إنما تسمع دعوى المالك فى ذلك كله إذا حرر الدعوى و بين قدر ما خان، فحينئذ يقبل قول العامل مع يمينه إن لم تكن نيته. و هذا بناء منه على أن الدعوى المجهوله لا تسمع،

ص: ٦٢

١ - ٢) مصادر هذا المضمون فى الأحاديث كثيره، راجع الوسائل ١٧: ٣١٩ ب «٥» من أبواب الشفعه ح ١، و ص ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات، و غير ذلك.

٢ - ٣) التذكرة ٣: ٣٥١.

و بتقدير ثبوت الخيانه هل ترفع يده، أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمره؟ الوجه أن يده لا ترفع عن حصّته من الربح، و للمالك رفع يده عمّا عداه. (١) و لو ضمّ إليه المالك أميناً كانت أجرته عن المالك خاصّه. (٢) مع أنّ مذهبه في باب القضاء (١) سماع الدعوى المجهوله، فلو قلنا بسماعها- كما هو الأجود- كفى في توجّه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الأمور من غير احتياج إلى بيان القدر. و هذه قاعده بابها أليق، فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى.

قوله: «و بتقدير ثبوت الخيانه- إلى قوله- رفع يده عمّا عداه».

الوجه وجيه، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، فلا وجه لرفع يد مالك عن ماله لأجل مالك آخر. و وجه الرفع: أنّ إثبات يده على حصّته يستدعى إثباتها على حصّته المالك، و ذلك غير جائز، فما يتوقّف عليه الواجب- و هو رفع يده عن حصّته المالك- واجب، و هو رفع يده عن حصّته. و ضعفه ظاهر. و فيه ترجيح لأحد الحقيين بلا مرجّح. و كذلك استئجار من يكون معه من الأصل، فإنّ ذلك حقّه فلا يقع بدون إذنه، غايته أنّ المالك إذا لم يرض باستئمانه ضمّ إليه من شاء يكون أميناً على حصّته. نعم، لو لم يمكن حفظه مع الحافظ توجّه رفع يده عن الثمره أجمع و إخراج أجره العامل من البين (٢)، لأنّ العمل واجب عليه، و قد تعدّر فعله بنفسه، فيكون كما لو هرب. و يحتمل مساواتها للأول، لمنع تعدّر العمل من جهته بمجرد خيانه.

قوله: «و لو ضمّ إليه المالك أميناً كانت أجرته عن المالك خاصّه».

لأنّ نائبه و القائم مقامه في حفظ ماله، و عمله لمصلحته، و العامل إنّما يجب عليه العمل، و هو باذل له، و خيانه لا ترفع ذلك. و خالف فيه بعض العامّه (٣) فجعلها على العامل، لأنّ مثونه الحفظ عليه. و هو ضعيف، لأنّه باذل للحفظ.

ص: ٦٣

١- (١) الإرشاد ١٤٣: ٢، التحرير ١٨٦: ٢، القواعد ٢٠٧: ٢.

٢- (٢) في «س»: من ماله.

٣- (٣) المنهاج، راجع معنى المحتاج ٣٣١: ٢، الوجيز ٢٢٩: ١.

السابعه: إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه بطلت المساقاه

السابعه: إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه (١) بطلت المساقاه، و الثمره للمستحق. و للعامل الأجره على المساقى، لا على المستحق. و لو اقتسما الثمره (٢) و تلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع.

و يرجع الغاصب على العامل بما حصل له. و للعامل على الغاصب أجره عمله. أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له. و قيل: له الرجوع على قوله: «إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه. إلخ».

أما كون الثمره للمستحق فظاهر، لأنها نماء ملكه، و لم ينتقل عنه بوجه.

و ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يجز المساقاه، لأن المساقى، الغاصب لا يقصر عن كونه فضوليًا. و لا يقال: إن مثل ذلك لا يتصور فيه إجازة المساقاه مع وقوع العمل له بغير عوض، فكيف يرضى بدفع العوض - و هو الحصه - مع ثبوتها له مجانًا؟ لأن هذا الاستبعاد إنما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل، و المسأله مفروضه فيما هو أعم منه، فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصه فى مقابله الباقي، لأن الأغراض لا تنضب.

و أما ثبوت أجره العامل على المساقى فلائنه استدعى منه عمله فى مقابله عوض و لم يسلم له، فلم يدخل متبرعا.

و فى قول المصنّف: «فبانت مستحقه» إشاره إلى أنّ العامل جاهل بالاستحقاق، فلو كان عالما لم يرجع على المساقى بشىء، كما أسلفناه. و الفرق بين ظهور استحقاق الثمره و بين هلاكها أو سرقته - حيث تثبت الأجره للعامل فى الأوّل دون الثانى - أنّ الاستحقاق يوجب فساد العقد حيث لم يجره المالك، و فساد العقد يوجب الرجوع إلى الأجره على ما فصل، بخلاف هلاك الثمره و سرقته و ما شاكلهما، فإنّ العقد معه صحيح، فلا يستحقّ العامل سوى الحصه و إن فاتته، لأنّ ذلك مقتضى عقد المساقاه على تقدير صحته.

قوله: «و لو اقتسما الثمره. إلخ».

إذا ظهر استحقاق الأصول بعد ظهور الثمره فلا يخلو: إما أن تكون باقيه أو

العامل بالجميع إن شاء، لأنَّ يده عاديه. و الأول أشبه، إلا بتقدير أن يكون العامل عالما به.

تالفه. و تلفها إما أن يكون في يد العامل أو المساقى، على وجه يضمن لو كان مالكا و عاملا، أو لا معه، بعد القسمة أو قبلها، مع علم كلَّ منهما بكونها مستحقَّه للغير، أو لا معه، و مع ادعاء المالك الملك و تسليم العامل له ذلك قطعا أو عملا بالظاهر، أو لا معه. فهذه خلاصه أقسام المسألة التي يختلف الحكم باختلافها.

و أمّا حكمها فنقول: إن كانت الثمره باقيه و جب ردّها على مالكها الذى قد ثبت ظاهرا، لأنّها عين ماله. و مع تلفها فإن كان بعد القسمة و تلف كلَّ حصّه فى يد المستولى عليها، تخير المالك فى الرجوع على كلَّ منهما بالجميع و البعض، لأنَّ كلاّ منهما ضامن لجميع الثمره بوضع يده عليها، فإن رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمره التى استهلكت، لأنّه لم يملكها العامل، لفساد العقد ظاهرا، و قد أخذ المالك عوضها من الغاصب، فكانت حقاّ له، لخروجها عن ملك المالك بأخذ عوضها من الغاصب، فلا يجمع بين العوض و المعوض، و للعامل على الغاصب الأجره.

هذا إذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكا، و إلاّ لم يكن له الرجوع على العامل بشىء، لاستلزام دعواه أنّه لا حقّ له على العامل، لأنّه أخذ الحصّه باستحقاق، و المدعى ظلمه بأخذ العوض منه، فلا يرجع على غير ظالمه. و كذلك ثبوت أجره المثل للعامل مقيد بما إذا لم يصرح بملكه المساقى، فإنّه يستلزم دعوى كون المدعى مبطلا، و البيّنه غير صادقه، و أنّه لا حقّ له إلاّ الحصّه. نعم، لو كان اعترافه مبنيّا على ظاهر اليد قبل رجوعه.

و إن رجع على العامل بالجميع، بناء على أنّه قد أثبت يده على جميع الثمره فاستحقّ المالك الرجوع عليه، رجع العامل على الغاصب بنصف الثمره التى أتلّفها و بأجره مثله مع جهله. و مع علمه لا يرجع بأجره بل بحصّه الغاصب خاصّه، لقرار الضمان على من تلفت فى يده.

و إن رجع على كلَّ منهما بما صار إليه جاز، لأنّ قرار ضمانه على من تلف فى

الثامنة: ليس للعامل أن يساقى غيره، (١) لأن المساقاه إنما تصحّ على أصل مملوك للمساقى.

يده، فله الرجوع به من أول الأمر. وحينئذ فيرجع العامل على الغاصب بأجره مثله لا غير مع جهله.

و لو كان الجميع قد تلف في يد العامل فضمام حصّته عليه، و أما حصّته الغاصب فإنّ يده عليها يد أمانه بزعم المالك، لأنّه أمينه، فإذا ظهر كونه ضامنا رجوع على الغاصب، لغروره. و لو تلف الجميع في يد الغاصب نظر، هل كانت يده عليه يد أمانه أو يد ضمان؟ فيرتّب على كلّ منهما مقتضاه.

إذا تقرّر ذلك: فقد اختار المصنّف أنّ المالك ليس له الرجوع على العامل بالجميع بعد حكاية القول بجوازه. و وجه ما اختاره: أنّ العامل لا تثبت يده على الثمره بالعمل، و إنّما هو مراعى لها و حافظ و نائب عن المساقى، فلا يضمن إلّا ما حصل في يده، حتّى لو تلفت الثمره بأسرها بغير فعله قبل القسمة أو غصبت لم يضمن، لأنّ يده لم تثبت عليه، بل يد العاقد مستدامه حكما.

و الأقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع، لأنّ يده على جميع الثمره و إن كانت بالنيايه، و استدامه يد المساقى لا ترفع يده.

قوله: «ليس للعامل أن يساقى غيره. إلخ».

الأصل في هذه المعامله أن تقع على الأصول المملوكه للمساقى. و العامل لا يملك منها سوى الحصّه من الثمره بعد ظهورها، كما قد علم من تعريفها و بقيه أحكامها. و من ثمّ لم يجز للعامل أن يساقى غيره، بخلاف المزارعه، فإنّ مبناه في الأصل على المعامله على الأرض بحصّته من حاصلها. و باقى اللوازم الأصل فيها أن يكون على العامل، إذ لا يقتضى تعريف المعامله على الأرض أزيد من ذلك. و لَمّا كان المقصود بالذات من المعاملين هو الحاصل، و الأرض مقصوده بالعرض، كان لعامل المزارعه أن يزارع غيره، لأنّ البذر-الذى يتفرّع منه الحاصل- منه، فكان البذر في ذلك كالأصول في المساقاه، فيعامل عليه من يملكه، بخلاف المساقاه، فإن عمل

الأصول مقصود بالذات لمالكها أيضا كالثمره، فلا يجوز أن يعامل عليها بغير إذنه، لاختلاف الناس في العمل، و تفاوت الأغراض فيه. و يعلم من هذا أنّ البذر لو كان من ربّ الأرض لم يجز للعامل مزارعه غيره. و قد تقدّمت (١) الإشارة إليه.

و ربّما أشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمره و بقى فيها عمل يحصل به زياده فيها، فإنّ المساقاه حينئذ جائزه، و العامل يصير شريكا فيها، فتسلّطه عليها بالعقد كتسلّط المزارع على الأرض، و كلاهما مقصود بالعرض، و المقصود بالذات هو الثمره، و هي مملوكه للعامل، لأنّه إذا ساقى حينئذ لا تحصل (٢) الحصّه إلّا ممّا يملكه، إذ ليس له تصرّف في مال المالك، و عمله متعيّن عليه.

فإن قيل: إنّ المعامله لا تكون إلّا على الأصول كما قد علم، و هي ليست مملوكه له، فلا ينفعه ملك النماء.

قلنا: و كذلك المعامله في المزارعه إنّما هي على الأرض، و هي ليست مملوكه له، و تسلّطه على البذر كتسلّطه على الثمره هنا، إذ لا ينتقل منها إلّا ما هو ملكه.

و ربّما قيل بأنّ ملك الأرض ليس بشرط في صحّه المزارعه، بل يكتفى فيها اشتراكهما في باقى الثلاثه التى يحصل بها الزرع، و هي البذر و العمل و العوامل. و على هذا، الفرق سهل، لأنّ متعلّق المساقاه الأصول فيعتبر من مالكها، و متعلّق المزارعه البذر فيعتبر من مالكه خاصّه، إلّا- إنّنا قد بيّنا سابقا أنّ ملك الأرض معتبر في صحّتها، بل حقيقتها شرعا ليست إلّا المعامله عليها على الوجه المذكور، و مع ذلك يقع الإشكال في صورته يكون مالكا للأرض.

و الأجود ما تحصّل من الجواب بأنّ الأرض لا يقصد عملها بالذات، و إنّما يقصد الزرع، فالعبره فيه بمالك البذر. و في المساقاه يقصد بالعمل الأصول و الثمره معا كلاهما بالذات، فلا يقع إلّا من مالكه أو من يأذن له.

ص: ٦٧

١- ١) في ص: ٣٣.

٢- ٢) في «ن» و «ب»: لا يجعل.

التاسعة:خراج الأرض على المالك، إلا أن يشترط على العامل أو بينهما.(١)

العاشره:الفائده تملك بالظهور

العاشره:الفائده تملك بالظهور(٢)،و تجب الزكاه فيها على كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصابا.

قوله:«خراج الأرض على المالك إلا أن يشترط على العامل أو بينهما».

الخراج فى الأرض الخراجيّه كالمفتوحه عنوه يكون على الأرض مع خلّوها عن الشجر،و على الشجر المغروس فيها بواسطه الأرض،لأنّ حقّ المسلمين إنّما هو فى الأرض لا فى الشجر.و لذلك أطلق المصنّف نسبه الخراج إلى الأرض و إن كان قد يوضع على الشجر.و إنّما كان على المالك لأنّه بسبب غراسه فيها،إلاّ أن يشترط على العامل أو عليهما،فيجب حسب ما شرط،لكن يشترط علمهما بقدره ليصحّ اشتراطه فى العقد اللازم،لثلاً- يتجهّل العوض.و لو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك، لا على حكم ما شرط،و قد تقدّم (١)مثله فى المزارعه.

قوله:«الفائده تملك بالظهور.إلخ».

أمّا كون الفائده تملك لهما بظهورها فمما لا نعلم فيه خلافا.و فى التذكره (٢)أسند الحكم إلى علمائنا،و هو ظاهر فى الإجماع عليه،لأنّه جمع مضاف يفيد العموم.

و الخلاف فيه مع بعض العامّه (٣)حيث جعل ملك العامل موقوفا على القسمه.و وجه المختار-مع الإجماع-أنّ مقتضى الشرط كون الثمره بينهما،و صحّته تقتضى ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحه،و الثمره متحقّقه بالظهور.و يتفرّع على ذلك وجوب الزكاه على من بلغ نصيبه منهما نصابا،لتحقّق شرط وجوب الزكاه و هو ملك الثمره قبل تحقّق الوجوب،و نموّها فى ملكه.و الحكم بهذا التفريع لازم بعد ثبوت الأصل.

ص:٦٨

١-١) فى ص:٣٤.

٢-٢) التذكره ٣٤٩:٢.

٣-٣) راجع المغنى لابن قدامه ٥٧٦:٥،و الشرح الكبير ٥٧٤:٥.

و قد خالف فيه من أصحابنا السيد ابن (1) زهره رحمه الله فأوجب الزكاه على من كان البذر منه خاصه، محتجاً عليه بأن الحَصِيَه للآخر كالأجره.

و ضعفه ظاهر، لأنَّ الحَصِيَه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت يصلح لتعلق الزكاه بها، لا بطريق الأجره. ثمَّ لو سلّم كونها كالأجره فمطلق الأجره لا يمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه، أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك، لوجبت الزكاه على مالك الأجره، كما لو اشترى الزرع كذلك.

نعم، لو كان يذهب إلى أنَّ الحَصِيَه لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه، أمكن ترتب الحكم [عليه] (2) لكنّه خلاف إجماع الأصحاب، و مع ذلك لا يتمّ تعليله بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب.

قال ابن إدريس (رحمه الله): «أنى راجعته فى هذا الحكم، و كاتبته إلى حلب و نبهته على فساده، فلم يقبل و اعتذر بأعذار غير واضحه، و أبان بها أنه ثقل عليه الردّ، و لعمري إنَّ الحقّ ثقيل كله، و مات (رحمه الله) و هو على ما قاله» (3).

و فى المختلف (4): إنَّ قول ابن زهره ليس بذلك البعيد من الصواب. و هو خلاف الظاهر، و الظاهر أنَّ الحامل له على ذلك كثره تشيع ابن إدريس عليه.

إذا تقرّر ذلك فنقول: على المشهور تجب الزكاه على المالك فى نصيبه إذا بلغ نصابا كيف اتّفق، إذ لا مئونه عليه، و بتقدير أن تحصل بالشرط أو بغيره يعتبر بعدها.

و أمّا العامل فيعتبر فى الوجوب عليه -على القول باستثناء المؤنه- بقاء قدر النصاب

ص: ٦٩

١- ١) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٠.

٢- ٢) من «و» بعنوان نسخه بدل.

٣- ٣) السرائر ٢: ٤٤٣ و ٤٥٤.

٤- ٤) المختلف: ٤٦٩.

بعدها، أو مطلقاً مع استثنائها، على ما تقدّم (1) تفصيله في الزكاه.

و على قول السيد (رحمه الله) يجب على مالك البذر الزكاه في نصيبه قطعاً، و أما حصّه الآخر فهل يجب عليه زكاتها؟ يبنى على أن مبنى حكمه ذلك هل هو على تأخر الملك عن بدو الصلاح، أم على ما يظهر من توهمه أنه كالأجره، و إن قلنا بملكه له بالظهور؟ فعلى الثاني لا يجب زكاتها على مالك البذر، لخروجها عن ملكه حين تعلّق وجوب الزكاه. و على الأوّل يكون من جملة المؤن، فإن لم نستثنها وجبت زكاتها عليه، لأنّ انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلّق الوجوب، كما تجب الزكاه على البائع لو باع الثمره بعد بدو الصلاح، و إن استثنينا المؤنه كانت من جملتها. و حكمها في ثلم النصاب و عدمه حكم المؤنه المتأخره عن بدو الصلاح. و الأقوى أنّها لا تثلم النصاب، بل يزكى الباقي بعدها و إن قلّ.

ص: ٧٠

تتمه إذا دفع أرضا إلى رجل (١) ليغرسها على أن الغرس بينهما

تتمه إذا دفع أرضا إلى رجل (١) ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطله، و الغرس لصاحبه. و لصاحب الأرض إزالته. و له الأجره، لفوات ما حصل الإذن بسببه. و عليه أرش النقصان بالقلع.

قوله: «إذا دفع أرضا إلى غيره. إلخ».

المغارسة معاملته خاصه على الأرض ليغرسها العامل على أن يكون الغرس بينهما. و هي مفاعله منه. و هي باطله عندنا و عند أكثر العامه (١)، لأن عقود المعاوضات موقوفه على إذن الشارع، و هي منتفيه هنا. و لا فرق بين أن يكون الغرس من مالك الأرض و من العامل، و لا بين أن يشترط تملك العامل جزءا من الأرض مع الغرس و عدمه.

و حيث كانت باطله فالغرس لصاحبه، فإن كان لصاحب الأرض فعليه للعامل أجره مثل عمله، لأنه لم يعمل مجانا، بل بحصه لم تسلم له. و إن كان للعامل فعليه أجره المثل للأرض عن مدته شغله لها، و لصاحب الأرض قلعه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، لكن بالأرش، لصدوره بالإذن، فليس بعرق ظالم.

و المراد بالأرش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه، و هو كونه حال غرسه باقيا بأجره و مستحقا للقلع بالأرش، و كونه مقلوعا، لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا- تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا و مقلوعا، إذ لا حق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحاله، و لا تفاوت ما بين كونه قائما بأجره

ص: ٧١

(١- ١) الإشراف على مذاهب أهل العلم ١:١٧٥، التنبيه: ١٢١، الوجيز ١:٢٢٧، و جواهر العقود ١:٢٤٩.

و مقلوعا،لما ذكرنا،فإنَّ استحقاقه للقلع بالأرش من جملة أوصافه،و لا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع و مقلوعا،لتخلف بعض أوصافه أيضا كما بيناه،و لا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالأرش و مقلوعا،لتخلف وصف القيام بأجره.

و هذه الوجوه المنفيّة ذهب إلى كلّ منها بعض [الأصحاب] (١)،اختار الثانی منها الشيخ على (٢)رحمه الله،و الأخير فخر الدين في بعض ما ينسب إليه،و الآخران ذكرهما من لا يعتدّ بقوله.

و الأول مع سلامته من ذلك لا يخلو من دور،لأنَّ معرفه الأرش فيه متوقّفه على معرفته حيث أخذ في تحديده.و الظاهر أنّ القيمه لا تختلف باعتبارها،و أنّ تقديره كذلك كتقديره مقلوعا و قائما بأجره،فلا يضّرّ مثل هذا الدور.و لهذا الأرش نظائر كثيره تقدّم بعضها (٣).

و يجب على العامل مع ذلك أرش الأرض لو نقصت به،و طمّ الحفر، و خصوصا لو قلعه بغير أمر المالك،و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع.

و لم يفرّق الأصحاب في إطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان و الجاهل،بل تعليلهم مؤذن بالتعميم.و لا يبعد الفرق بينهما،و أن لا أجره لصاحب الأرض مع علمه،و لا- أرش لصاحب الغرس مع علمه.أمّا الأول فلاذنه في التصرّف فيها بالحصّه مع علمه بعدم استحقاقها،و أمّا الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه.و يمكن دفعه بأنّ الأمر لما كان منحصرًا في الحصّه أو الأجره لم يكن الإذن من المالك تبرّعا،فله الأجره،لفساد المعامله.و الغرس لئيا كان بإذن المالك و إن لم يكن بحصّه فعرقه ليس بظالم،فيكون مستحقا للأرش.

ص:٧٢

١-١) من «س» فقط.

٢-٢) جامع المقاصد ٧:٣٩٣،حاشيته على الشرائع:٣٦٢.

٣-٣) في ص ١٦.

و لو دفع القيمة ليكون الغرس له (١) لم يجبر الغارس. وكذا لو دفع الغارس الأجره، لم يجبر صاحب الأرض على التبقية.

فرع لو كان الغرس من مالك الأرض لكن الغارس ركب فيه نوعا آخر، كما في شجر التوت و نحوه، فالمركب للغارس إن كان أصله ملكه، وكذا نماؤه مده بقائه.

و عليه مع أجره الأرض أجره أصول الغرس أيضا، و للمالك إزاله المركب مع الأرض كما مر.

قوله: «و لو دفع القيمة ليكون الغرس. إلخ».

عدم إجبار كلّ منهما واضح، لأنه معاوضه مشروطه بالتراضى، و لأنّ ذلك غير لازم فى الغصب فهنا أولى. و خالف فى ذلك بعض العامه (١)، فخير المالك بين أن يكلف الغارس القلع و يضمن له الأرض، و بين إقرارها و يضمن له القيمة.

ص: ٧٣

١-١) راجع المغنى لابن قدامه ٥٨٠:٥.

كتاب الوديعه

اشاره

كتاب الوديعه

ص: ٧٥

الأول في العقد

الأول في العقد و هو استنابه في الحفظ. (١) قوله: «و هو استنابه في الحفظ».

عَرَفَ المصنّف عقد الوديعه و لم يعرّفها نفسها مع أنّها أولى به. و لعلّه جرى على ما أسلفه من أنّ هذه المفهومات عباره عن العقد المفيد لتلك الفائده، كما قد علم (١) من تعريفه البيع بأنّه العقد، و كثير (٢) ممّا بعده، فتكون الوديعه على هذا التقدير هي العقد المفيد للاستنابه في الحفظ، كما عرّفه غيره.

و لما كان العقد مركّباً من الإيجاب و القبول لم يكن العقد هو الاستنابه خاصّه، لأنّها هنا تفيد فائده الإيجاب، فلا بدّ من ضميمة تدخل القبول، بأن يقال: هي الاستنابه و قبولها و نحوه ليتمّ العقد، فإنّه يقال: المودع استناب في الحفظ، و لا- يقال للمستودع ذلك، إلّا- إذا جعل بمعنى أناب، و هو بعيد. أو نقول: إنّ القبول هنا بالقول ليس بشرط، بل يقوم الفعل مقامه، فكان المتوقّف عليه العقد هو الإيجاب

ص: ٧٧

١- (١) في ج ١٤٤: ٣.

٢- (٢) كالقرض في ج ٤٣٩: ٣، و الحواله في ج ٢١٢: ٤.

و يفتقر إلى إيجاب و قبول. و يقع بكلّ عبارته دلّت على معناه. (١) و يكفي الفعل الدالّ على القبول. (٢) خاصّه، و إن كانت الوديعة لا تتمّ إلاّ بهما، إلاّ أنّ التعريف هنا للعقد. أو نقول:

إنّ تحقّق الاستنابه يستلزم قبولها، إذ لو ردّها بطلت و لم يحصل لها أثر، فأطلقها عليها لذلك.

و قد نقض التعريف في طرده بالوكالة، فإنّها تقتضى الاستنابه في حفظ ما و كلّ في بيعه و غيره. و جوابه: أنّ حقيقه الوكالة ليست هي الاستنابه في الحفظ، بل الإذن فيما و كلّ فيه، و الحفظ تابع من توابعها، بخلاف الوديعة، فإنّ حقيقتها الاستنابه، و التعريف إنّما يكون لذات الشئ لا للوازمه و عوارضه. و أوجب أيضا بالتزام اشتمال الوكالة على الوديعة من حيث تضمّنها الحفظ. و ما ذكرناه أجد.

قوله: «و يفتقر إلى إيجاب و قبول. و يقع بكلّ عبارته دلّت على معناه».

مقتضى كونه عقدا تركّبه من الإيجاب و القبول القوليين. و مقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارته، بل يكفي كلّ لفظ دلّ عليه. و لا يعتبر فيه التصريح، بل يكفي التلويح و الإشارة المفهمه لمعناه اختيارا.

قوله: «و يكفي الفعل الدالّ على القبول».

أطلق المصنّف و جماعه (١) هنا أنّه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونها عقدا، نظرا إلى أنّ الغايه منها إنّما هو الرضا بالاستنابه، و ربّما كان الفعل أقوى فيه من القول باعتبار التزامه به و دخوله في ضمانه حيثنذ لو قصر، بخلاف القبول القولي، فإنّه و إن لزمه ذلك شرعا إلاّ أنّه ليس صريحا في الالتزام، من حيث إنّ عقد جائز فإذا فسخه و لم يكن قبضه لم يظهر أثره. و اليد توجب الحفظ إلى أن يرده على مالكه، لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» (٢).

و هذا حسن، إلاّ أنّ فيه بعض الخروج عن حقيقه العقد. و من ثمّ ذهب بعض

ص: ٧٨

١- ١) منهم العلامة في القواعد ١: ١٨٧، و الشهيد في اللمعه: ٩٠.

٢- ٢) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

و لو طرح الوديعه عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها. (١) العلماء إلى أنها إذن مجرد لا عقد (١)، و فرّع عليه عدم اعتبار القبول القولى، و آخرون (٢) إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ «أودعتك» و شبهه ممّا هو على صيغ العقود و جب القبول لفظاً، و إن قال: أحفظه و نحوه، لم يفتقر إلى القبول اللفظى كالوكاله. و هو كلام موجه. و اعلم أنه لا- يجب مقارنة القبول للإيجاب، سواء اعتبرناه قولياً أم اكتفينا بالفعلى.

قوله: «و لو طرح الوديعه عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها».

المراد بالقبول هنا القبول الفعلى خاصه، لأنّ القبول اللفظى غير كاف فى تحقّق الوديعه قطعاً، بل لا بدّ معه من الإيجاب و لم يحصل هنا بمجرد الطرح. و أمّا الفعلى فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ، سواء تحققت به الوديعه أم لا، نظراً إلى ثبوت حكم اليد.

و حيث يحصل القبول الفعلى هنا إنّما يجب حفظها، لا أنّها تصير وديعه شرعيه.

و عبارته المصنّف لا تدلّ على أزيد من ذلك، لأنّه قال: لم يلزمه حفظها، و لم يقل: لم تصر وديعه. و ذلك لأنّ طرح المالك لها أعمّ من اقترانه بما يوجب الإيجاب، و هو الإتيان بما يدلّ على الاستنابه. لكنّ لما عرفت أنّ الإيجاب يحصل بالقول الصريح و الإشاره و التلويح ينظر هنا، فإن حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول فى قول المصنّف أعمّ من كونه قولياً و فعلياً، و إن لم يحصل معه ما يدلّ على الإيجاب فالمعتبر فى وجوب الحفظ القبول الفعلى خاصه. لكنّ قوله: «طرح الوديعه» لا يخلو من قرينه أن يريد بالطرح الإيداع بواسطه تسميتها وديعه، فإنّها لغه و عرفاً هى المال المودع، و شرعاً هى العقد المفيد للاستنابه فى حفظه، أو نقول: إنّ القبول يقتضى سبق إيجاب، فيؤذن بأنّه استفاد من الطرح الإيجاب، و أمّا تسلّمها بالفعل فلا يسمّى قبولا من دون سبق إيجاب و إن وجب حفظها لذلك (٣)، إلاّ أنّه قد يتوسّع فى إطلاق القبول من غير سبق إيجاب مطلقاً. و يتحصّل من ذلك صور:

ص: ٧٩

(١-١) لم نعتز عليه.

(٢-٢) راجع الوجيز ١:٢٨٤ بالالتفات الى ص: ١٨٩ منه.

(٣-٣) فى «ه» و «س» و «م»: كذلك.

و كذا لو أكره على قبضها لم تصر وديعه. ولا يضمنها لو أهمل. (١) الأولى: أن يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستتابة في حفظه، فيقبله قولاً. ولا أثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ.

الثانية: أن يقبله فعلاً بأن يقبضه الموضوع عنده، فيضمنه و يجب عليه حفظه إلى أن يرده على مالكة، للخبر (١).

الثالثة: أن يتلف المالك مع الطرح بما يدل على الإيداع، فيقبل قبولاً قوئياً، فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة، ولا ضمان إلا مع التقصير.

الرابعة: أن يقبله قبولاً - فعلياً، فيتم الوديعة أيضاً كما مرّ. وأما لو طرحها عنده متلفاً بالوديعة أم لا، ولم يحصل من الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولاً ولا فعلاً، لم يجب عليه حفظها، حتى لو ذهب وتركها فلا ضمان عليه، لكن يأنم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك، لوجوب الحفظ حينئذ من باب المعاونة على البرّ وإعانه المحتاج، فيكون واجبا على الكفاية. ولو انعكس الفرض بأن تمت الوديعة و لكن غاب المستودع وتركها والمالك حاضر عندها فهو ردّ للوديعة، ولو كان المالك غائباً ضمن. كذا جزم في التذكرة (٢). ويشكل تحقّق الردّ بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك، لأصالة بقاء العقد، و كون الذهاب أعمّ منه ما لم ينضمّ إليه قرائن تدلّ عليه.

وقد ظهر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من أنّ قول المصنّف: «و لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها» فيه دلالة على جواز كون الإيجاب فعلياً، لأنّ مفهومه أنّه لو قبلها لزمه الحفظ الدالّ على تحقّق الوديعة، ولم يحصل من المالك إيجاب قوليّ بل مجرد الطرح. و أنت قد عرفت أنّ وجوب الحفظ المرتّب على الفرض أعمّ من كونه بسبب الوديعة، لأنّه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير.

قوله: «و لو أكره على قبضها لم تصر وديعه. ولا يضمنها لو أهمل».

أى أهمل حفظها، فإنّه غير واجب عليه بسبب الإكراه. لكن يجب تقييده بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنّه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد

ص: ٨٠

١ - ١) المتقدم في ص: ٧٨ هامش (٢).

٢ - ٢) التذكرة ١٩٧: ٢.

و إذا استودع وجب عليه الحفظ. (١) الجديده و إن لم يجب بالإكراه. و هل تصير بذلك وديعه أم أمانه شرعيه؟ يَحتمل الأول، لأنَّ المالك كان قد أذن له و استنابه في الحفظ، غايته أنه لم يتحقّق معه الوديعة، لعدم القبول الاختياري، و قد حصل الآن، و المقارنه بين الإيجاب و القبول غير لازمه، و من إلغاء الشارع ما وقع سابقا، فلا يترتب عليه أثر. و يشكل بأنَّ إلغائه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالك. و يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بتيه الاستيداع و عدمه، فيضمن على الثاني دون الأول، إعطاء لكل واحد حكمه الأصلي.

قوله: «و إذا استودع وجب عليه الحفظ».

أى قبل الوديعة، و إن كان الاستيداع أعمّ منه. و إنّما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا، لأنَّ ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف، و إلاّ فإنّ الوديعة من العقود الجائزه، و جواز ردّها في كلّ وقت ينافي وجوب الحفظ.

لا يقال: وجوب الحفظ أعمّ من كونه بسبب الوديعة، و غايه ما يفرض أن يفسخ فيها في الحال، و مع ذلك يجب عليه حفظها إلى أن يردها إلى مالكيها، فقد صدق وجوب الحفظ على كلّ حال في الجملة.

لأنّا نقول: وجوب (١) الحفظ إلى أن يرده و إن كان واجبا إلاّ أنّه قد لا يتحقّق في الوديعة، بأن يكون المستودع مقيما عند المالك بحيث لا يتوقّف الردّ على زمان، فلا يتمّ التقريب إلاّ بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا، أو نقول: إنّ الوديعة و إن كانت جائزه لكن لا ينافي وجوب الحفظ، فإنّ الواجب على المستودع أحد الأمرين:

إمّا الحفظ، أو الردّ على المالك، فالحفظ واجب مخيّر يصحّ إطلاق الوجوب عليه بقول مطلق.

و اعلم: أنّ قبول الوديعة الذي يتفرّع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا، كما إذا كان المودع مضطرا إلى الاستيداع، فإنّه يجب على كلّ قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفايه، و لو لم يوجد غير واحد تعيّن عليه الوجوب. و في هذين الفردين

ص: ٨١

١- ١) كذا في النسخ، و الصحيح زياده كلمه: وجوب.

و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهرا. (١) وجوب الحفظ واضح. و قد يكون مستحبا مع قدرته و ثقته من نفسه بالأمانه و كون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونه على البرّ الذي أقلّ مراتب الأمر به الاستحباب، و قضاء حوائج الإخوان. و قد يكون محرّما [١]، كما إذا كان عاجزا عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانه، لما فيه من التعرّض للتفريط في مال الغير، و هو محرّم. و مثله ما لو تضمّن القبول ضررا على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين، و نحو ذلك. و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه.

قوله: «و لا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهرا».

هذا إذا لم يكن سببا في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعى بها إلى الظالم و لم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنّه يضمن، لأنّه فرّط في الحفظ، بخلاف ما لو كانت السعاه من غيره، أو علم الظالم بها من غير سعاه. و مثله ما لو أخبر اللصّ بها فسرقها. و لو أخبره بها في الجملة و لكن لم يعيّن له مكانها، قال في التذكرة (١): إنّّه لا يضمن. و يشكل مع كونه سببا في السرقة، لأنّه تفريط. نعم، لو لم يقصدها اللصّ فاتفقت مصادفته لها توجّه ذلك. و هذا بخلاف الظالم، فإنّ معلمه يضمن مطلقا.

و الفرق أنّ الظالم إذا علم بها أخذها قهرا، و السارق لا يمكنه أخذها إلا إذا علم موضعها.

و لا فرق في عدم الضمان مع أخذ الظالم لها قهرا بين أن يتولّى أخذها من يده و مكانه، و بين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه فيدفعها إليه كرها، لا لتفاء التفريط.

و حينئذ يرجع المالك على الظالم بالعين أو البدل. و هل للمالك مطالبه المستودع

ص: ٨٢

١-٢) التذكرة ٢٠٥: ٢.

نعم، لو تمكّن من الدفع وجب. و لو لم يفعل ضمن. (١) و لا- يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع، كالجرح و أخذ المال. (٢) بذلك؟ يحتمله، لأنّه باشر تسليم مال الغير إلى غير مالكة، و استقر به في التذكرة (١).

و على هذا معنى عدم ضمانه أنّه لا- يستقرّ عليه، بل يرجع بما غرم على الظالم. و الأقوى عدم جواز مطالبته، لعدم تفريطه، و لأنّ الإكراه صير فعله منسوباً إلى المكره، و لأنّه محسن فلا سبيل عليه، و التسليم بإذن الشارع فلا يستعقب الضمان.

قوله: «نعم، لو تمكّن من الدفع وجب، و لو لم يفعل ضمن».

أى تمكّن من دفع الظالم عنها بالوسائل و غيرها، حتّى بالاختفاء عنه، فإنّه حينئذ يجب، لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقاً، فيجب ما يتوقّف عليه.

فلو أهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن، لأنّه تفريط. و لو أمكن دفعه بشيء من المال منها أو من غيرها- بحيث لا يندفع بدونه عادة- فالأقرب جوازه، و يرجع به على المالك إن لم يمكنه استيذانه قبل الدفع أو استيذان وليه و عدم تيه التبرّع. و لو ترك الدفع عنها ببعضها مع إمكانه ضمن ما يزيد عمّا يندفع به لا الجميع، لأنّ مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين.

قوله: «و لا يجب تحمّل الضرر الكثير بالدفع كالجرح و أخذ المال».

المرجع في كثره الضرر و قلته إلى حال المكره، فمنهم من يعدّ الكلمه اليسيره من الأذى كثيراً في حقّه، لكونه شريفاً لا يليق بحاله ذلك، و منهم من لا يعتد بأمثال ذلك. و هكذا القول في الضرب و أخذ المال. و يفهم من قول المصنّف أنّ مطلق أخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمّله و إن جاز.

ثمّ إن كان المطلوب الذى لا- يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعاً، لانتفاء الفائدة. لكن لو بذله بتيه الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله، لأنّ الوديعة لولاه ذاهبه، فيكون بذل قدرها كبذلها، و عدمه، لأنّ القدر المأذون فيه شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك، و هو هنا منتف، فلا يكون شرعيّاً. و على هذا فيمكن عدم

ص: ٨٣

و لو أنكرها، فطولب باليمين ظلماً، جاز الحلف مورياً بما يخرج به عن الكذب. (١) و هي عقد جائز من طرفيه، (٢) يبطل بموت كل واحد منهما و بجنونه، و تكون أمانه.

الرجوع بجميعة لما ذكر، و بجزء منه ليقصر عنها و تترتب الفائده، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه. و يبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً و لا- يرجع بشيء أصلاً ممّا يساويها، فإنّ غير المأذون في المساوى إنّما هو القدر الذي تنتفى الفائده معه لا جميع المبدول. و لم أقف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره.

قوله: «و لو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف مورياً ما يخرج به عن الكذب».

الجواز هنا بالمعنى الأعمّ، و المراد منه الوجوب، لأنّ حفظ الوديعه لمّا كان واجبا و توقّف على اليمين وجبت من باب المقدّمه. و إنّما تجب التوريه عليه إذا عرفها، و إلا- وجب الحلف أيضا بغير توريه، لأنّه و إن كان قبيحا إلا أنّ إذهاب حقّ الآدمي أشدّ قبيحا من حقّ الله تعالى في اليمين الكاذبه، فيجب ارتكاب أخفّ الضررين، و لأنّ اليمين الكاذبه عند الضروره مأذون فيه شرعا، كمطلق الكذب النافع، بخلاف مال الغير، فإنّه لا- يباح إذهابه بغير إذنه مع إمكان حفظه بوجه. و متى ترك الحلف حيث يتوقّف حفظ المال عليه فأخذه الظالم ضمنه للتفريط.

قوله: «و هي عقد جائز من طرفيه. إلخ».

لا- خلاف في كون الوديعه من العقود الجائزه، فتبطل بما يبطل به، من فسخها و خروج كلّ منهما عن أهليته التكليف بموت أو جنون أو إغماء. فإذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردّها إليه أو إلى وارثه أو وليه. و لو كان ذلك من المستودع وجب ردّها عليه في صوره الفسخ، أو على وليه في صوره الجنون و الإغماء، أو وارثه في صوره الموت.

و معنى كونها بعد ذلك أمانه أنّها شرعيّه، لحصولها في يده حينئذ بغير إذن

مالكها، لكنّها غير مضمونه عليه، لإذن الشارع في وضع اليد عليها إلى أن يردها على وجهه. و من حكم الأمانة الشرعيّة وجوب المبادرة بردها على الفور إلى مالكها أو من يقوم مقامه، فإن أّخر عن ذلك مع قدرته ضمن. و لو تعذّر الوصول إلى المالك أو وكيله أو وليه الخاصّ سلّمها إلى الحاكم، لأنّه وليّ الغائب. و لا فرق في ذلك بين علم المالك بأنّها عنده و عدمه عندنا.

إذا تقرّر ذلك: فلو كان الميّت المودع، و طلبها الوارث أو لم يطلبها، و أّخر المستودع الدفع مع إمكانه، و ادّعى عدم علمه بانحصار الإرث في الوارث الظاهر، أو الشكّ في كونه وارثا، و أراد البحث عن ذلك، و لم يكن هناك حاكم يرجع إليه، فالأقوى عدم الضمان، خصوصا مع الشكّ في كون الموجود وارثا، لأصالة عدمه.

و أمّا مع العلم بكونه وارثا فالأصل أيضا عدم استحقاقه لجميع المال، و القدر المعلوم إنّما هو كونه مستحقّا في الجملة، و هو لا يقتضى انحصار الحقّ فيه. و أصالة عدم وارث آخر معارضه بهذا الأصل، فيبقى الحكم في القابض وجوب البحث عن المستحقّ كظائره من الحقوق.

و مثله يأتي في الإقرار لو أقرّ بمال لمورث زيد، فإنّه لا- يؤمر بتسليم جميع المقرّ به إليه إلاّ بعد البحث، حتّى لو ادّعى انحصار الوارث (1) في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحقّ فيه فيلزم بالدفع إليه، و من أنّه إقرار في حقّ الغير حيث يمكن مشاركة غيره له. و سيأتي البحث في ذلك إن شاء الله، فإنّه هنا عارضى.

و لو أّخر تسليم الوديعه إلى الوارث لبحث عن وصيّه الميّت أو إقراره بدين و نحوه فالأقرب الضمان، لأصالة عدمه، بخلاف الوارث.

و اعلم أنّ من جملة أحكام الأمانة الشرعيّة- مع ما تقدّم من وجوب المبادرة إلى

و تحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها، كالثوب و الكتب فى الصندوق، و الدابة فى الإصطبل، و الشاه فى المراح، أو ما يجرى مجرى ذلك. (١) ردها و إن لم يطالب-أنه لا يقبل قول من هى فى يده فى ردها إلى المالك مع يمينه، بخلاف الوديعة. و الفرق أن المالك لم يستأمنه عليها، فلا يقبل قوله فى حقه، مع أصله عدمه، بخلاف الوديعة، مع ما انضم إليه من الإحسان الموجب لنفى السبيل. و لها صور كثيرة:

أحدها: ما ذكر من الوديعة التى يعرض لها البطلان. و كذا غيرها من الأمانات، كالمضاربه و الشركه و العاربه.

و منها: ما لو أطارت الريح ثوبا و نحوه إلى داره.

و منها: ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبه.

و منها: ما لو أخذ الوديعة من صبى أو مجنون عند خوف تلفها.

و منها: ما يصير بأيدى الصبيان من الأموال التى يكتسبونها بالقمار، كالجوز و البيض، و علم به الولي، فإنه يجب عليه رده إلى مالكة أو وليه.

و منها: ما لو استعار صندوقا و نحوه، أو اشتراه أو غيره من الأمتعه، فوجد فيه شيئا، فإنه يكون أمانه شرعيه، و إن كان المستعار مضمونا.

و منها: اللقطه فى يد الملتقط مع ظهور المالك.

و ضابطه ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الإذن فيه شرعا.

قوله: «و تحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها-إلى قوله-أو ما يجرى مجرى ذلك».

لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفيته مخصوصه من قبل الشارع كان المرجع فيه إلى العرف، فما عدّ فيه حفظا لمثل تلك الوديعة كان هو الواجب، و لم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه. و ما ذكره من الأمثله يدلّ عليه العرف.

و أشار بقوله: «و ما يجرى مجرى ذلك» إلى أنّ ذلك بخصوصه غير متعين، بل

و يلزمه سقى الدابّة و علفها، أمره بذلك أو لم يأمره. (١) يقوم مقامه ما ساواه فى المعنى أو زاد عليه، كما لو وضع الدابّة فى بيت السكنى، أو الشاه فى داره المضبوطة، و نحو ذلك. و لا فرق فى وجوب الحفظ بما جرت به العادة بين علم المودع بأنّ المستودع قادر على تحصيل الحرز المعتبّر و عدمه، فلو أودعه دابّة مع علمه أنّه لا- إصطبل له، أو مالا- مع علمه أنّه لا- صندوق له، و نحو ذلك، لم يكن عذرا.

و اعلم أنّه ليس مطلق الصندوق كافيا فى الحفظ، بل لا- بدّ من كونه محرزا عن غيره، إمّا بأن لا- يشاركه فى البيت الذى فيه الصندوق يد أخرى، مع كون البيت محرزا بالقفل و نحوه، أو كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك، و كونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث يمكن سرقة كذلك مقفلا. و هكذا القول فى الإصطبل و المراح و غيرهما.

قوله: «و يلزمه سقى الدابّة و علفها، أمره بذلك أو لم يأمره».

لما كانت الدابّة من الأموال المحترمة التى لا يسوغ إتلافها بغير الوجه المأذون فيه شرعا، و جب على المستودع علفها و سقيها بما جرت العادة به لأمثالها. و ينبغى أن يراد بالدابّة هنا مطلق الحيوان المحترم، أو يكون ذكرها على وجه المثال. و الحكم فى الجميع كذلك. و أولى منه ما لو كان آدميا كالعبد. و لو أخلّ به كان من جملة التفريط، فيلزمه ضمانها إن تلفت، و نقصها إن نقصت. و لو لم يحصل واحد منهما صار ضامنا، و خرج عن كونه أمينا و إن عاد إلى القيام بذلك، كما لو تعدّى بغيره ثمّ رجع إلى الحفظ. و يحصل التفريط بترك ذلك مرّة واحدة أو بعضها.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا أودعه الحيوان المفتقر إلى النفقة فلا- يخلو إمّا أن يأمره بالإنفاق عليه، أو ينهاه، أو يطلق. فإنّ أمره أنفق و رجع عليه بما غرم. و الأمر فيه واضح. و إن أطلق توصّل إلى إذنه أو أذن و كيله فيه، فإنّ تعدّد رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أمينا عليه، فإنّ تعدّد الحاكم أنفق هو و أشهد عليه و رجع مع نيّته. و كذا يرفع أمره إلى الحاكم- إلى آخر ما ذكر- مع نهى المالك له عنه. و لو تعدّد الإشهاد اقتصر على نيّته الرجوع.

و يجوز أن يسقيها بنفسه و بعلامه، أتباعا للعادة. (١) و الكلام في اعتبار الإشهاد في جواز الرجوع و عدمه ما تقدم (١) في باب المزارعه و غيرها.

و في حكم الحيوان، الشجر الذي يفتقر إلى السقى و غيره من الخدمه. و في حكم النفقه على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض. و حيث ينفق مع عدم الإشهاد، إمّا لتعذره أو لعدم اشتراطه، و اختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه. و لو اختلفا في مدّه الإنفاق فالقول قول المودع، عملا بالأصل في الموضعين.

قوله: «و يجوز أن يسقيها بنفسه و بعلامه أتباعا للعادة».

مقتضى العاده جواز تولّى الغلام ذلك، سواء كان المستودع حاضرا عنده أم غائبا، و سواء كان الغلام أمينا أم لا. و ليس كلّ ذلك جائزا هنا، بل إنّما يجوز تولّى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أمينا، و إلا لم يجوز. و لا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل و خارجه، فلو توقّف سقيها على نقلها و لم يكن أمينا فلا بدّ من مصاحبه في الطريق، و إنّما تظهر الفائدة في نفس مباشره الغلام لذلك. و كذا لا فرق في ذلك كلّ بين الغلام و غيره ممّن يستنبيه المستودع.

و عباره المصنّف لا تنافي ما قيدناه، لأنّه لم يجوز إلاّ تولّى السقى، و هو أعمّ من كونها مع ذلك في يد المستودع و عدمه، و العام لا يدلّ على الخاصّ، فيمكن تخصيصه إذا دلّ عليه الدليل، و هو هنا موجود لما أطبقوا عليه من عدم جواز إيداع الودعي مع الإمكان، و هذا في معناه. و ربّما قيل بأنّ ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عاده، أمّا من لا يكون كذلك فيجوز له التوليه كيف كان. و هو ضعيف.

ص: ٨٨

(١ - ١) في ص: ٦١.

و لا يجوز إخراجها من منزله لذلك، إلا مع الضروره، كعدم التمكن من سقيها أو علفها في منزله، أو شبه ذلك من الأعذار. (١) و لو قال المالك: لا- تعلقها أو لا- تسقها لم يجز القبول، بل يجب عليه سقيها و علفها. نعم، لو أخلّ بذلك و الحال هذه أثم و لم يضمن، لأنّ المالك أسقط الضمان بنهيه، كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر. (٢) قوله: «و لا- يجوز إخراجها من منزله-إلى قوله-أو شبه ذلك من الأعذار».

لا- فرق في المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق آمنا و عدمه، لأنّ النقل تصرّف فيها، و هو غير جائز مع إمكان تركه، و لا بين كون العاده مطّره بالإخراج لذلك و عدمه لما ذكر، و لا بين كونه متولّيًا لذلك بنفسه و غلامه، مع صحبته له و عدمه، لا اتحاد العلّة في الجميع. و استقرب في التذكرة (١) عدم الضمان لو أخرجها مع أمن الطريق و إن أمكن سقيها في موضعها، محتجًا بأطراد العاده بذلك. و هو حسن مع أطراد العاده بذلك، لأنّ الحكم فيه على العموم، لعدم أطراد العاده بذلك في بعض الأماكن. و حيث جاز الإخراج فالحكم في مباشره الغلام أو غيره ما ذكرناه سابقا.

و اعلم أنّ إطلاق كلامه يقتضى عدم الفرق في جواز إخراجها لذلك-مع عدم إمكان فعله في موضعها-بين كون الطريق آمنا و عدمه. و وجهه: أنّ ذلك الفعل من ضرورات الحيوان لا يعيش بدونه، فالضرر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق الذى يمكن وقوعه و عدمه. و لكن يشكل في بعض الصور، كما إذا كان التأخير إلى وقت آخر أقلّ ضررا و خطرا من إخراجها حين الحاجة، و نحو ذلك، فينبغى مع اشتراكهما في الضرر مراعاة أقلّ الضررين.

قوله: «و لو قال المالك لا تعلقها-إلى قوله-فى البحر».

إنّما لم يجر ترك العلف و السقى مع النهى عنهما لأنّه حقّ لله تعالى كما أنّه حقّ

ص: ٨٩

(١-١) التذكرة ٢٠٣: ٢.

و لو عین له موضع الاحتفاظ (١) اقتصر عليه. و لو نقلها ضمن إلا إلى أحرز، أو مثله على قول. و لا يجوز نقلها إلى ما دونه، و لو كان حرزا، إلا مع الخوف من إبقائها فيه.

للمالك، فلا يسقط حقّ الله تعالى بإسقاط المالك حقّه، و لأنّ إتلاف المال منهيّ عنه.

و لا إشكال في وجوبهما مع النهي. إنّما الكلام في أمرين: أحدهما: الرجوع بعوضهما عليه، و قد تقدّم (١) الكلام فيه. و الثاني: أنّه لو تركهما حينئذ هل يضمن أم لا؟ و قد جزم المصنّف - رحمه الله - بعدم الضمان و إن حصل الإثم. أمّا الإثم فتركه حقّ الله تعالى، و إيجابه عليه ذلك. و أمّا عدم الضمان فلأنّ المائيّه حقّ للمالك و قد أسقط عنه الضمان بنهيه، و كان في ذلك كالأذن في إتلاف ماله فلا يتعقّب الضمان، كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر و نحوه من ضروب الإتلاف ففعل.

و أولى منه بعدم الضمان لو كانت الوديعة غير حيوان، كشجر يحتاج إلى السقى و العماره، و ثوب يحتاج إلى النشر و نحوه، فنهاه المالك عن ذلك. و هل يجب حفظه هنا كأول؟ يحتمله، لما في تركه من إتلاف المال المنهيّ عنه (٢). و الأقوى عدمه، لأنّ حفظ المال إنّما يجب على مالكة لا على غيره، و إنّما وجب في الحيوان لكونه ذا روح و يتألم بالتقصير في حقّه، فيجب دفع ألمه كفايه. نعم، يكره ترك إصلاحه للتضييع المذكور. و الوجهان أفتى بهما في التذكرة (٣).

قوله: «و لو عين له موضع الاحتفاظ. إلخ».

إذا عين موضعا للحفظ لم يجز نقلها إلى ما دونه إجماعا. و ذهب جماعة [١] إلى جواز نقلها إلى الأحرز، محتجّين بالإجماع و دلالة مفهوم الموافقه عليه. و اختلفوا في

ص: ٩٠

١ - ١) في ص: ٨٧.

٢ - ٢) كما في الوسائل ١٣: ٢٣١ ب «٦» من الوديعة ح ٢. و ص ٢٣٤ ب «٩» ح ٧.

٣ - ٣) التذكرة ٢: ٢٠٣.

المساوى فجوّزه بعضهم (١)- وهو القول الذى نقله المصنّف- نظرا إلى أنّ التعيين أفاد الإذن فى حفظه فيما لو كان فى تلك المرتبه، كما فى تعيين نوع الزرع و الراكب فى الإجاره، فإنّهم جوّزوا التخطى إلى المساوى، لتوافق المتساويين فى الضرر و النفع المأذون فيه.

و الأقوى المنع، لعدم الدليل على جواز تخطى ما عينه، و إلحاق مساويه به قياس محض، بل يحتمل قوياً ذلك فى النقل إلى الأحرز أيضا، عملا بمقتضى التعيين، و منع دلالة مفهوم الموافقه هنا، فإنّ الأغراض تختلف فى مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير التفات إلى كون بعضها أحفظ من بعض، و الإجماع على جوازه ممنوع، بل ظاهر جماعه (٢) من الأصحاب منع التخطى مطلقا. و يمكن أن يكون القول المحكى فى العبارة متعلّقا بالأمرين معا. و قريب منها عبارته القواعد (٣)، إلا أنّ شرّاحها المتقدمين (٤) صرّحوا بأنّ الخلاف فى المساوى خاصّه. و فى حواشى الشهيد (رحمه الله) عليها ما يدلّ على تناول الخلاف للأحرز أيضا، و هو ممّن اختار عدم جوازه.

إذا تقرّر ذلك: فلو نقلها إلى الأحرز أو إلى المساوى فتلفت، ضمن على القول بعدم الجواز إلاّ مع الخوف عليها فيهما، فإنّه يجوز نقلها إلى غير المعين، مراعيّا للأصلح أو المساوى مع الإمكان، فإنّ تعدّر فالأدون، و إنّما جاز المساوى هنا لسقوط حكم المعين بتعدّره، فينتقل إلى ما فى حكمه و هو المساوى فما فوقه. و على هذا فيجب تقييد قول المصنّف: «إلاّ مع الخوف من إبقائها فيه» فإنّه يشمل جواز نقلها إلى الأدون مع الخوف فى المعين مطلقا، و ليس كذلك.

ص: ٩١

١- ١) منهم الشيخ فى المبسوط ١٤٠: ٤، و السيورى فى التنقيح الرائع ٢٣٩: ٢.

٢- ٢) راجع الكافى للحلبى: ٢٣٠، و إصباح الشيعه، راجع سلسله الينايع الفقهيّه ١٣١: ١٧، و السرائر ٤٣٥: ٢، و الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٣٨.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١٨٩: ١.

٤- ٤) كما فى إيضاح الفوائد ١١٧: ٢.

و لو قال: لا تنقلها من هذا الحرز، ضمن بالنقل كيف كان، إلا أن يخاف تلفها فيه، و لو قال: و إن تلفت. (١) و لا تصحّ وديعه الطفل و لا المجنون، و يضمن القابض، و لا يبرأ بردها إليهما. (٢) و على القول بجواز النقل إلى الأحرز أو المساوى ينبغي أن لا يترتب عليه ضمان، حيث إنّه فعل مأذون فيه، كما لا يترتب الضمان لو نقلها إلى الأدون مع الخوف، لكنّ العلامة (١) - رحمه الله - حكم بجواز النقل إليهما مع الإطلاق، و الضمان مع تلفها فيهما. و ربّما فرّق أيضا بين تلفها بانهدامه أو بغيره، فيضمن في الأوّل دون الثانی. و فيهما معا نظر. و الأقوى الضمان مطلقا بانهدامه أو عدمه كذلك على القول بالجواز.

قوله: «و لو قال: لا تنقلها من هذا الحرز - إلى قوله - و إن تلفت».

إذا نهاه عن نقلها عن المعين لم يجز نقلها إلى غيره و إن كان أحرز إجماعا، إلا أن يخاف عليها في المعين، فإنّه حينئذ يجوز نقلها نقلها إلى المساوى و الأحرز مع الإمكان، و إلا - إلى الأدون، بل يجب، لأنّ الحفظ عليه واجب و لا يتمّ إلا بالنقل، و للنهي عن إضاعه المال (٢)، فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك، و إن صرح بقوله: «و إن تلفت» لكن هنا لو ترك نقلها أثم و لا ضمان، لإسقاط المالك له عنه كما مرّ.

و اعلم أنّه لو نقلها إلى غير المعين و توقّف النقل على أجره فقد قال في التذكرة (٣): إنّه لا يرجع بها على المالك، لأنّه متبرّع بها. و هو حسن، مع احتمال الرجوع مع نيّته، لإذن الشارع له في ذلك، فيقدّم على إذن المالك، و لأنّ فيه جمعا بين الحقيين مع مراعاة حقّ الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال.

قوله: «و لا تصحّ وديعه الطفل و المجنون، و يضمن القابض و لا يبرأ بردها إليهما».

لا شبهه في عدم جواز قبول الوديعة منهما، لعدم أهليتهما للإذن، فيكون وضع

ص: ٩٢

١- ١) تحرير الأحكام ٢٦٧: ١.

٢- ٢) راجع ص ٩٠ الهامش (٢).

٣- ٣) التذكرة ٢٠٤: ٢.

و كذا لا- يصح أن يستودعا. و لو أودعا لم يضمن بالإهمال، لأنّ المودع لهما متلف ماله. (١) يد المستودع على المال بغير حق، فيضمن. و لا- فرق في ذلك بين أن يكون المال لهما و لغيرهما، و إن ادّعى إذن المالك لهما في الإيداع. و إطلاق حكم المصنّف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في أيديهما و عدمه. و الأقوى أنّه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بتيّه الحسبه في الحفظ لم يضمن، لأنّه محسن و «ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (١)، لكن يجب عليه مراجعه الوليّ في ذلك، فإن تعذّر قبضها و ترتّب الحكم حينئذ. و أمّا عدم البراءة برده إلهما على التقديرين فواضح، للحجر عليهما في ذلك و شبهه، فلا يبرأ إلا بردها على وليّهما الخاص أو العام مع تعذّره.

قوله: «و لو استودعا لم يضمن بالإهمال لأنّ المودع لهما متلف ماله».

أى سبب في إتلافه حيث أودعه من لا يكلف بحفظه. و هذه علّه تقرّيبه، فإنّ من دفع ماله إلى مكلف يعلم أنّه يتلفه يكون متلفا لماله مع أنّ قابضه يضمنه. و الأولى في التعليل أنّ الضمان باعتبار إهمالهما إنّما يثبت حيث يجب الحفظ، و الوجوب لا يتعلّق بهما، لأنّه من خطاب الشرع المختصّ بالمكلفين. و لا يعارضه قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (٢) لأنّ «على» ظاهره في وجوب الدفع و التكليف بالردّ، فيكون مختصا بالمكلف.

و يفهم من قوله: «لم يضمن بالإهمال» أنّها لو تلفت بغيره بأن تعدّيا فيها فتلفت أنّهما يضمنان. و هو كذلك على الأقوى، لأنّ الإتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه، و الأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير و الكبير. و مثله القول في كلّ ما يتلفانه من مال الغير و يأكلانه منه، فإنّهما يضمنانه و إن لم يكن لهما مال حين الإتلاف، لأنّ تعلّق الحقّ بالذمّه لا يتوقّف عليه.

نعم، إيجاب التخلّص من الحقّ عليهما يتوقف على التكليف كما مرّ، فقبله

ص: ٩٣

١-١ (١) سورة التوبه: ٩١.

٢-٢ (٢) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

و إذا ظهر للمودع أماره الموت وجب الإشهاد بها. (١) يكون المخاطب بالدفع من مالهما الولي إن كان لهما مال، وإلا كان ديننا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف. و لو فرض موتهما قبله و لا مال لهما، أو لهما مال و لم يعلم الولي بالحال، لم يؤخذ به في الآخرة، بخلاف المكلف.

و اعلم أنّ في مسأله إيداعهما و مباشرتهما الإتلاف و جهين آخرين:

أحدهما: عدم الضمان، لعدم التكليف، و لتسليط مالكها لهما عليها، فكان سببا قويا، و المباشر ضعيف. و جوابه يظهر ممّا سبق.

و الثاني: الفرق بين المميّز و غيره، فيضمن المميّز خاصّه، لعدم قصد غيره إلى الإتلاف، فكان كالدابة.

و فيه نظر، لأنّ المقتضى للضمان و هو الإتلاف موجود، و المانع غير صالح للمانع. أمّا القصد فلاّنه لا مدخل له في الضمان و عدمه، كما يعلم من نظائره. و أمّا تسليط المالك فإنّه إنّما وقع على الحفظ لا على الإتلاف، غايه ما في الباب أنّه عرّض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، و هو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف ما إذا تركا الحفظ. و الأقوى الضمان مطلقا.

قوله: «و إذا ظهر للمودع أمارات الموت وجب الإشهاد بها».

لما كان حفظ الوديعة واجبا مطلقا وجب كلّ ما يتوقّف عليه، و من جملته الإشهاد عليها إذا حصل له أماره الموت لمرض مخوف أو حبس للقتل، و نحو ذلك.

و هل يعتبر في الإشهاد الواجب شاهدان، ليحصل بهما إثباتها حيث ينكر الورثه، أو يكونون أو بعضهم صغارا لثلا يمتنع الوصي من تسليمها إلى مالكها بدون الإثبات، أم يكفي واحد بحيث يجعل وصيا في إيصالها؟ المتبادر من الإشهاد الأول، و لتحقق الغايه المطلوبه منه. و يحتمل الاكتفاء بالثاني، و هو الظاهر من عبارات العلامة (١)، حيث جعل الواجب هو الإيضاء بها، و هو يتحقق بدون الإشهاد. و على التقديرين فلو أخلّ بذلك ضمن للتفريط، و لكن لا يستقرّ الضمان إلى أن يموت، فيعلم

ص: ٩٤

التفريط في أوّل زمان ظهر فيه أماره الموت، سواء كان ذلك في ابتداء المرض أم في أثنائه.

و الظاهر أنّ الإشهاد أو الإيضاء كاف و إن قدر على إيصالها إلى مالکها أو من يقوم مقامه، لأنّه لم يخرج بذلك عن أهليته الأمانه فيستصحب. و وجوب الإشهاد لا ينافيه، لأنّه من وجوه الحفظ الواجب عليه.

و ربّما قيل بوجوب الردّ حينئذ على المالك أو وكيله، أو الحاكم عند تعذّرها، أو إيداعها الثقة عند تعذّره، فإن عجز عن ذلك كلّه أشهد عليها. و هو الذي اختاره في التذكرة (١) أوّلا ثمّ رجع عنه إلى الاكتفاء بالوصيّة. و لو فرض موته فجأه لم يضمنها و إن تلفت، إذ لا يعدّ مقصّرا حينئذ، و إلّا لوجب الإشهاد عليها على كلّ و دعوى، لإمكان ذلك في حقّه، و هو منتف اتّفاقا.

و حيث يكتفى بالوصيّة يعتبر في الوصّي العدالة، و لا- فرق فيه بين الوارث و الأجنبي. و المراد أن يعلمه بها و يأمره بردّها على تقدير الموت، لا- أن يسلمها إليه، لأنّه إيداع لا يصحّ ابتداء. نعم، لو تعذّر الوصول إلى المالك أو من يقوم مقامه و اضطرّ إلى ذلك جاز تسليمها له، كما يجوز إيداع الثقة عند الضروره. و لو أوصى إلى غير الثقة فهو كما لو يوص.

إذا تقرّر ذلك فنقول: يجب على الودعيّ على تقدير الإشهاد و الإيضاء تعيين الوديعة و تمييزها، ببيان جنسها و وصفها الرافعين للجهاه عنها، فلو اقتصر على قوله:

عندي وديعه، أو لفلان، أو ذكر الجنس و أبهم الوصف كما لو قال: عندي ثوب لفلان، فهو كما لو لم يوص.

ثمّ على تقدير ذكر الجنس خاصّه إمّا أن لا- يوجد في تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعدّدا، أو متّحدا. ففي الأولين لا يحكم للموصى له بشيء، و يضمن

و لو لم يشهد، و أنكر الورثه، كان القول قولهم و لا يمين عليهم، إلا أن يدعى عليهم العلم. (١) الودعي، أما على تقدير عدم وجوده فظاهر، لتقصيره بترك البيان، و أما على تقدير وجود المتعدّد فهو بمنزله خلطها بماله حيث لا يتميّز، فيكون تفريطا يوجب الضمان، و لا يكون الموصى له شريكا في الثياب الموجوده، لأصالة عدم استحقاقه شيئا في تركه الودعيّ و إن كان ضامنا لحقّه، فيرجع إلى المثل أو القيامه. و يحتمل كونه شريكا، لأصالة البقاء و إن حكم بالضمان، كما لو مزجه بماله.

و لو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان، مأخذهما: أصالة بقاء حقّه الثابت بالإقرار، فيستصحب إلى أن يعلم التلف، و حملا- لإطلاقه على الموجود، لأصالة عدم غيره، و أنّ الموجود محكوم به تركه ظاهرا، و تقصيره في التمييز اقتضى ضمانها، أما كونها الموجود فلا، لاحتمال أن لا يكون هو الوديعه، فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال و ترك العمل بظاهر اليد.

و على تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمان وديعته؟ قيل لا- لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت، و الإقرار بها لا ينافيه. و قيل: نعم، لأصالة البقاء.

و الحقّ أنّ الحكم مبنيّ على أنّ الإجمال المذكور هل يعدّ تقصيرا يوجب الضمان، كما هو الظاهر من كلامهم، أم لا؟ فإن قلنا به ضمن قطعاً، للتفريط، و إن قلنا بالثاني فلا، لأصالة عدمه و براءة الذمّه منه، و أما أصالة بقائه فلا تقتضى الضمان، بل هي أعمّ منه، فلا يدلّ عليه. و قد مضى (١) مثله، و سيأتي (٢) الكلام على نظيره.

قوله: «و لو لم يشهد- إلى قوله- يدعى عليهم العلم».

هذا الحكم واضح، لأصالة عدم الوديعه، كما لو أنكرها المورث و كلّ من يدعى عليه، و إنّما لا يجب عليهم اليمين لأنّ الدعوى متعلّقه بمورثهم لا بهم، كما لو ادعى عليه بدين، إلا أن يدعى عليهم العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفى

ص: ٩٦

١- ١) في ج ٣٩٨: ٤.

٢- ٢) في ص: ١٢٣.

و تجب إعادته الوديعه على المودع مع المطالبه،(١) العلم لا- على البتّ، لأنّ ذلك ضابط الحلف على نفي فعل الغير. و مثله ما لو أقرّ الورثه بالوديعه و لكن لم يوجد فى التركه، و ادعى المستودع أنّه قصّر فى الإشهاد، و قال الورثه: لعلّها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم عملاً بظاهر براءه الذمّه، و لا يمين أيضاً إلاّ مع دعواه علمهم بالتقصير. و يمكن أن يريد المصنّف بمسألته هذا القسم، بأن يكون المراد بإنكار الورثه إنكارهم وجودها فى التركه حيث لم يشهد، و حملوا تركّ إشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الإشهاد، و ادعى المالك بقاءها و تقصيره فى الإشهاد. و الحكم فى المسألتين واحد.

قوله: «و تجب إعادته الوديعه على المودع مع المطالبه».

إذا طلب المالك الوديعه و هى باقيه و جب على الودعي ردّها عليه فى أوّل أوقات الإمكان، لا بمعنى مباشرته للردّ و تحمّل مئونه كما يظهر من العبارة، بل بمعنى رفع يده عنها و التخليه بين المالك و بينها، فإن كانت فى صندوق مقفل ففتحه عليه، و إن كانت فى بيت محرز فكذلك، و هكذا. و المراد بالإمكان ما يعمّ الشرعىّ و العقلىّ و العادىّ، فلو كان فى صلاه واجبه أتمّها، أو بينه و بينها حائل من مطر مانع و نحوه صبر حتّى يزول، أو فى قضاء حاجه فإلى أن ينقضى الضرورى منها، و يعتبر فى الذهاب مجرى العاده، و لا يجب الزياده فى المشى و إن أمكن.

و هل يعد إكمال الطعام و الحّمّام و صلاه النافله و انقطاع المطر غير المانع عذراً؟ و جهان. و استقرب فى التذكره (١) العدم، مع حكمه فى باب الوكاله (٢) بأنّها أعمار فى ردّ العين إذا طلبها الموكل، و ينبغى أن يكون هنا أولى [١].

و هل التأخير ليشهد عليه عذر؟ قيل: نعم، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر الردّ. و قيل: لا، لأنّ قوله فى الردّ مقبول فلا حاجه إلى البيئه، و لأنّ الوديعه

ص: ٩٧

١- (١) التذكره ٢٠٦: ٢.

٢- (٢) التذكره ١٤٠: ٢.

و لو كان كافرا،(١) مبيته على الإخفاء غالبا.و فصل آخرون جديدا فقالوا:إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله،ليدفع عن نفسه التهمة،و إن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك.و حيث يؤخر الردّ مع إمكانه يكون ضامنا،لأنه من أسباب التقصير.

و لو كان لعذر وجب المبادره في أوّل أوقات زواله.

قوله:«و لو كان كافرا».

يشمل إطلاقه الكافر الحربى وغيره من أنواع الكفار ممّن يجوز أخذ ماله،فإنّ الوديعه مستثناه من ذلك عملا بموجب الأمانه،و قد قال تعالى إنّ الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها(١)،و لروايه الفضيل عن الرضا عليه السلام قال:«سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمه،و الرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئا،و المستودع رجل خارجى شيطان فلم أدع شيئا،فقال:قل له يردّ عليه فإنّه ائتمنه عليه بأمانه الله»(٢).و قال الحسين الشيبانى للصادق عليه السلام:«إنّ رجلا من مواليك يستحلّ مال بنى أميه و دماءهم،و إنّه وقع لهم عنده وديعه،فقال عليه السلام:أدّوا الأمانات إلى أهلها و إن كانوا مجوسا،فإنّ ذلك لا يكون حتّى يقوم قائمنا فيحلّ و يحرم»(٣).و فى معناها أخبار كثيره (٤).

و قال أبو الصلاح (٥):«إذا كان المودع حربيا وجب على المودع أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام».و المشهور بين الأصحاب هو الأوّل،و لا نعلم فيه مخالفا غيره.

ص: ٩٨

١-١) النساء: ٥٨.

٢-٢) التهذيب ٧: ١٨١ ح ٧٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٣ ح ٤٣٩، و الوسائل ١٣: ٢٢٣ ب «٢» من كتاب الوديعه ح ٩، و فى الكافى ٥: ١٣٣ ح ٨ عن الامام الكاظم عليه السلام.

٣-٣) الكافى ٥: ١٣٢ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٥١ ح ٩٩٣، الوسائل ١٣: ٢٢٢ ب «٢» من الوديعه ح ٥.

٤-٤) راجع الوسائل ١٣ الباب «٢ و ٣» من أحكام الوديعه.

٥-٥) الكافى فى الفقه: ٢٣١.

إلا- أن يكون المودع غاصبا لها فيمنع منها. و لو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار. و تجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف. و إن جهل، عرّف سنة، ثمّ جاز التصدّق بها عن المالك. و يضمن المتصدّق إن كره صاحبها. (١) قوله: «إلا أن يكون المودع غاصبا- إلى قوله-صاحبها».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و مستنده روايه حفص بن غياث (١) عن الصادق عليه السلام. و الطريق ضعيف، و لكنّه عندهم مجبور بالشهره.

و أوجب ابن إدريس (٢) ردّها إلى إمام المسلمين، فإن تعذّر أبقاها أمانه، ثمّ يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحقّ. و قوّاه في المختلف (٣). و هو حسن، و إن كان القول بجواز التصدّق بها بعد اليأس و التعريف متوجّها أيضا، كما في كلّ مال يئس من معرفه صاحبه، لأنّ فيه جمعا بين مصلحتى الدنيا و الآخره بالنسبه إلى مالكها، فإنّه لو ظهر غرم له إن لم يرض بالصدقه، فلا ضرر عليه. و ذهب المفيد (٤) (رحمه الله) إلى أنّه يخرج خمسها لمستحقّه و الباقي يتصدّق به، و لم يذكر التعريف. و تبعه سلار (٥).

و الأجود التخيير بين الصدقه بها و إبقائها أمانه، و ليس له التملك بعد التعريف هنا و إن جاز فى اللقطه. و ربّما احتمل جوازه بناء على الروايه، فإنّه جعلها فيها كاللقطه. و هو ضعيف. و يمكن أن يريد أنّها منزله منزله اللقطه فى وجوب التعريف، لا مطلقا. و لم يذكر من عمل بالروايه جواز التملك.

و كما يجب إنكارها على الوارث يجب على المودع أيضا، لاستوائهما فى عدم الاستحقاق. و تخصيص المصنّف بالوارث لا وجه له. و إنّما يجب منع الغاصب منها

ص: ٩٩

١- ١) الكافى ٣: ٣٠٨ ح ٢١ و فيه: عن رجل، الفقيه ٣: ١٩٠ ح ٨٥٦، التهذيب ٧: ١٨٠ ح ٧٩٤، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤٠، الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب «١٨» من أبواب اللقطه ح ١.

٢- ٢) السرائر ٢: ٤٣٥-٤٣٦.

٣- ٣) المختلف: ٤٤٤.

٤- ٤) المقنع: ٦٢٦-٦٢٧.

٥- ٥) المراسم: ١٩٣-١٩٤.

و لو كان الغاصب مزجها بماله، ثم أودع الجميع، فإن أمكن المستودع تمييز المالكين ردّ عليه ماله و منع الآخر. و إن لم يمكن تمييزهما وجوب إعادتهما على الغاصب. (١) مع إمكانه، فلو لم يقدر على ذلك سلّمها إليه. و فى الضمان حينئذ نظر. و الذى يقتضيه قواعد الغصب أنّ للمالك الرجوع على أيّهما شاء، و إن كان قرار الضمان على الغاصب.

قوله: «و لو كان الغاصب مزجها بماله- إلى قوله- على الغاصب».

هكذا أطلق المصنّف و جماعه [١] من الأصحاب. و وجهه: أنّ منعه منها يقتضى منعه من ماله، لأنّ الفرض عدم التمييز، و هو غير جائز. و يشكل بأنّ فى الردّ تسليطاً للغاصب على مال غيره بغير حقّ، و هو غير جائز أيضاً.

و الأقوى ردّه على الحاكم إن أمكن ليقسّمه و يردّ على الغاصب ماله، فإن تعذّر و كان مثلياً و قدّر حقّ الغاصب معلوماً أحتمل قويّاً جواز تولّى الودعى القسمه جمعاً بين الحقيين. و القسمه هنا إجباريّة للضرورة، تنزيلاً للودعى منزله المالك حيث قد تعلق بضمانه، و للحسبه. و لو لم يكن كذلك بأن امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال. و يتوجّه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحقّ. و يحتمل عدم جواز الردّ مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معيّن أو يقاسم، لاستحاله ترجيح حقه على حقّ المغصوب منه مع تعلق الودعى بالحقيين. و ليس فى كلام الأصحاب هنا شيء منقح.

الثانى فى موجبات الضمان و ينظّمها قسمان:التفريط و التعدّى.(١)

أما التفريط

أمّا التفريط فكأن يطرحها فيما ليس بحرز،(٢)أو يترك سقى الدّابّه أو علفها،أو نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر،(٣) قوله:«فى موجبات الضمان و ينظّمها قسمان:التفريط و التعدّى».

الفرق بينهما أنّ التفريط أمر عدميّ،و هو ترك ما يجب فعله من الحفظ و نحوه، و التعدّى أمر وجوديّ،و هو فعل ما لا يجوز فعله،كلبس الثوب و نحوه، قوله:«فكأن يطرحها فيما ليس بحرز».

أى يطرحها فيه و يذهب عنها،أما لو بقى مراعيًا لها بنظره لم يعد تفريطًا،لأنّ العين حرز،إلاّ أن يكون المحلّ غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها،و هو نوع آخر من التفريط.

قوله:«أو يترك سقى الدّابّه أو علفها أو نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر».

كما يجب عند الإطلاق سقى الدّابّه و علفها و غيره ممّا فيه بقاؤها،كذا يجب فى كلّ وديعه فعل ما يقتضى بقاءها و دفع ما يوجب فسادها،كنشر الثوب و طيه و تعريضه للهواء فى كلّ وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادة،حتى لبسه لو لم يندفع ضرره إلاّ به،فلو أخلّ بذلك ضمن،سواء أذن المالك فيه أم سكت،لأنّ الحفظ واجب مطلق،فيجب كلّ ما يتوقّف عليه إذا كان مقدورًا.نعم،لو نهاه المالك عن ذلك لم

أو يودعها من غير ضروره و لا إذن،(١) يلزمه الضمان و إن جاز له فعله حفظا للمال. و قد تقدّم (١) مثله في نفقه الدايّه. و لو افتقر فعل ذلك إلى أجره فالحكم فيها كالنفقه، من وجوب مراجعه المالك أو الحاكم ثمّ تولّى ذلك بنفسه، و الرجوع به مع نيّته، إلى آخر ما تقدّم (٢).

قوله: «أو يودعها من غير ضروره و لا إذن».

لا فرق في عدم جواز إيداعها من دون إذن مالكيها و عدم الضروره بين أن يودعها لزوجته و ولده و عبده و غيرهم، و لا بين الثقة و غيره، و لا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها و شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره. و هو موضع وفاق، و لأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه، لأنّ المالك لم يرض بيد غيره و أمانته. و في حكم مشاركته غيره في الوديعة و وضعها في محلّ مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظه في سائر الأوقات، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج. نعم، لو كان عند مفارقتها لضروراته يستحفظ من يثق به و يلاحظ المحرز في عوداته (٣)، رجّح في التذكرة (٤) اغتفاره، لقضاء العاده به، و لأنّه إيداع عند الحاجه. و لو فوّض الحفظ إلى الغير لا لضروره، أو أشركه، أو لم يحرز عنه، ضمن.

و اشترط المصنّف في الضمان بالإيداع شرطين:

أحدهما: عدم الضروره، فلو حصل ضروره إلى الإيداع بأن خاف عليها من حرق أو سرق أو نهب، أو أراد سفراً و تعذّر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم، و لا يسمّى ذلك إيداعاً، فإنّ تعذّر أودعها العدل. و هذا هو الخارج بالقيّد، فلا يجوز إيداعها للضروره ابتداءً، بل على الوجه الذي فصلناه. و سيأتي (٥) في كلامه التنبيه عليه.

ص: ١٠٢

١-١) لاحظ ص: ٨٩-٩٠.

٢-٢) لاحظ ص: ٨٧.

٣-٣) في «ه»: و يلاحظ المحرز إلى عوده فقد رجّح.

٤-٤) التذكرة ٢٠٠: ٢.

٥-٥) في ص: ١١٣.

أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق و مع أمنه،(١) و الثاني: إذن المالك في الإيداع، فيجوز حينئذ على حسب ما يأذن رتبته و وصفاً، فلا ضمان مع الإيداع كما نصّ، لا إذا خالف المعين مطلقاً أو الوصف في غيره إلى ما دونه.

قوله: «أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق و أمنه».

من جملة أسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضروره و لا إذن المالك، سواء كان الطريق آمناً أم مخوفاً، فإذا أراد السفر و جب عليه ردّها إلى المالك أو وكيله كما مرّ، فإن تعذّر فعلى الحاكم، فإن تعذّر أو دعها العدل، فإن فقد فلا يخلو إمّا أن يخاف عليها مع إبقائها في البلد أو لا، فإن خاف جاز السفر بها كما سيأتى (١)، و هو الموافق لمفهوم العبارة هنا. و إن لم يخف عليها فمفهوم قوله: «كذلك» - أي كالسابق، و هو عدم الضروره و الإذن - أنه لا يجوز السفر بها حينئذ. و هو كذلك، لأنّ الإذن مع الإطلاق إنّما يتناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة، و لأنّ السفر لا يخلو من خطر في الجملة، و للخبر [١].

و لا فرق في الضروره بين تعلّقها بالوديعة كالخوف عليها، و بالوديعة كما لو اضطرّ إلى السفر، فإنّه يجوز أن يسافر بها حينئذ مع تعذّر إيصالها إلى من ذكر سابقاً.

و قد ادّعى في التذكرة (٢) الإجماع على جواز السفر بها حينئذ.

و المعتبر في تعذّر الوصول إلى المالك و وكيله و الحاكم المشقّه الكثيره، و هو المعبر عنه بالتعذّر عرفاً، لا معناه لغه، لما في إزمائه بتحمّل ما يزيد على ذلك من الحرج و الضرر المنفيين. و أمّا السفر فالأولى حمله على العرفي أيضاً لا الشرعي، فعلى هذا يجوز استصحابها في تردّداته في حوائجه إلى حدود البلد و ما قاربه من القرى التي لا

ص: ١٠٣

١- ١) في ص: ١١٢.

٢- ٣) التذكرة ٢٠٠: ٢.

و طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها.(١)و كذا لو ترك سقى الدابّه أو علفها مدّه لا تصبر عليها فى العاده،فماتت به.(٢) يعدّ الانتقال إليها سفرا مع أمن الطريق،فلا يجوز إيداعها فى مثل ذلك مع إمكان استصحابها،كما لا يجب ردّها على المالك.

و يفهم من التذكرة[١]أنّه لو سافر لغير ضروره يجوز استصحابها مع التزامه الضمان،و عجزه عن إيصالها إلى المالك و من يقوم مقامه،و إيداعها الثقه.و الأجود المنع.

و استثنى من عدم جواز السفر بها اختيارا ما لو أودعه حال السفر،أو كان المستودع منتجعا،فإنّه يجوز السفر بها حينئذ من غير ضمان،لقدوم المالك على ذلك حيث أودعه ماله على تلك الحاله.و ليس على المستودع حينئذ ترك السفر لأجلها، و كان هذا فى معنى الإذن فى السفر بها بدلاله القرائن الحائيه.

قوله:«و طرح الأقمشه فى المواضع التى تعفنها».

أى طرحها كذلك مدّه يمكن فيها تعفنها،أما لو وضعها فيها مدّه يقطع فيها بعدم الضرر فلا يعدّ ذلك تفریطا.و مثله وضع الكتب فى المواضع التى تفسدها بالتداوه و غيرها.و المرجع فى ذلك كلّ إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المدّه التى يبقيا فيها،و يمكن اعتبار كونه حرزا لها مطلقا،فلا-يجوز وضع الثوب فى موضع يعفنه و إن عزم على نقله قبل الفساد،نظرا إلى أنّه ليس بحرزل له عاده.

قوله:«و كذا لو ترك سقى الدابّه و علفها مدّه لا تصبر عليه فى العاده فماتت به».

احترز بموتها به عمّا لو ماتت بغيره،فإنّه لا يضمناها.و كذا لو كان بها جوع

القسم الثاني: [في] التعدي. مثل أن يلبس الثوب، أو يركب الدابة، (١) أو يخرجها من حرزها ليتفجع بها. نعم، لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد التيه.

سابق و عطش يعلم (١) بهما فماتت بهما بحيث لو لا- التقصير لما ماتت. و لو كان جاهلا- فوجهان. و جزم في التذكرة (٢) بالضمان. و لو لم تمت بل نقصت خاصه ضمن النقص.

و لو لم ينقص دخلت في ضمانه بسبب التفريط.

و اعلم أنّ الواجب علفها و سقيها بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه يعدّ تفريطا، سواء صبرت عليه أم لا. و متى عدّ تفريطا صار ضامنا لها و إن ماتت بغيره، هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعه. و حينئذ فتعلق المصنّف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدّه لا تصبر عليه عادة إن أريد به هذا المعنى فلا إشكال من هذه الحيثية، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به مع كونها قد صارت مضمونه بالتفريط، و من شأن المضمون به أن لا يفرّق الحال بين تلفه و نقصه بذلك السبب و غيره. و سيأتي له نظائر كثيره من كلام المصنّف و غيره. و إن أراد به معنى آخر أخصّ ممّا ذكرناه- كما هو الظاهر- أشكال الحكم، ممّا سبق، و من توقّف الضمان على ترك ذلك هذه المدّه، مع أنّ الواجب القيام بالمعتاد منه، و بتركه يتحقّق التفريط.

و في عبارته العلامه ما هو أبلغ ممّا هنا، فإنه قال في التذكرة (٣): «لو امتنع المستودع من ذلك- و عنى به العلف و السقى- حتى مضت مدّه يموت مثل الدابة في مثل تلك المدّه نظر: إن ماتت ضمنها، و إن لم تمت دخلت في ضمانه، و إن نقصت ضمن النقصان، فإن ماتت قبل مضى تلك المدّه لم يضمها». هذه عبارته، و قد علّق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدّه تموت فيها عادة، لا تأخيرها زياده عن المعتاد، و لا زياده على ما تصبر عليه عادة.

قوله: «في التعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة».

المراد أنّه لبسه للانتفاع به أو من غير قصد. أمّا لو توقّف حفظه على لبسه،

ص: ١٠٥

١- ١) في النسخ: لا يعلم بهما. و الصحيح ما أثبتناه لقوله بعد ذلك: و لو كان جاهلا.

٢- ٢) التذكرة ٢٠٣: ٢.

٣- ٣) التذكرة ٢٠٢: ٢.

و لو طلبت منه فامتنع من الردّ مع القدره ضمن.(١) و كذا لو جحدها ثمّ قامت عليه بينه أو اعترف بها.(٢) كلبس الثوب الصوف ليدفع عنه الدود حيث لا يندفع بنشره و عرضه على البرد و الهواء، لم يكن تعدّياً، بل يكون واجبا يضمن بدونه. و كذا القول فى ركوب الدابّه، كما لو توقّف نقلها إلى الحرز أو سقيها و نحوه على ركوبها، فإنّه يجب فضلا عن الجواز.

و فى حكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر فى الكتاب المودع له. و كذا النسخ منه بطريق أولى.

قوله: «و لو طلبت منه و امتنع من الردّ مع القدره ضمن».

قد تقدّم (١) أنّ المراد بالردّ الواجب عليه رفع يده عنها و تمكين مالكها منها بفتح القفل و الباب و نحو ذلك، لا مباشرة الردّ، و أنّ المراد بالقدره ما يشمل القدره شرعا، فإنّ من كان فى فريضه لا يعدّ قادرا شرعا إلى أن يفرغ، لتحريم قطعها. و لا يعذر فى التعقيب المعتاد، و لا- فى إكمال النافله، و لا- فى الليل إلى أن يصبح، إلا- أن يكون فى محلّ يشقّ إخراجها منه فيه عادة و نحو ذلك.

قوله: «و كذا لو جحدها ثمّ قامت عليه بينه أو اعترف بها».

إنّما كان الجحود تعدّياً موجبا للضمان لأنّه خيانه، حيث إنّه بإنكاره يزعم أنّ يده عليها ليست نيابه عن المالك، فلا يكون أمينه. و يعتبر فى تحقّق الضمان به أمور:

الأوّل: أن يكون بعد طلب المالك لها منه، فلو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضرّ، لأنّ الوديعه مبنيه على الإخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الردّ أقرب إلى الحفظ. و لو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها، أو قال: لى عندك وديعه فأنكر، ففى الضمان قولان:

أحدهما: العدم. اختاره فى التذكرة (٢)، لأنّه لم يمسكها لنفسه، و لم يقرّ يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها. و مجرّد السؤال لا يبطل الوديعه و لا يرفع الأمانه، بخلاف الطلب.

ص: ١٠٦

١- (١) لاحظ ص: ٩٧.

٢- (٢) التذكرة ٢٠٥: ٢.

و يضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميّز. (١) و الثاني: ثبوته، لأنّ جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك، لأنّ نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه فيضمن. و اختاره المحقق الشيخ على (١). و هو متّجه.

الثاني: أن لا يظهر لجحوده عذراً بنسيان أو غلط و نحوهما، فإنّه لا يضمن إن صدّقه المالك على العذر، و إلاّ ففي الضمان وجهان. و استقرب في التذكرة (٢) الضمان. و وجهه يعلم ممّا سلف، و إن كان عدم الضمان لا يخلو من وجه.

الثالث: أن لا يكون الجحود لمصلحه الوديعه، بأن يقصد به دفع ظالم أو متغلّب على المالك و نحو ذلك، لأنّه به محسن، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٣).

قوله: «و يضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميّز».

لا- فرق بين خلطها بأجود و مساو و أردى، لاشتراك الجميع في العدوان الناشئ من التصرّف في الوديعه تصرّفًا غير مشروع، و تعييبها بالخلط بالمزج المقتضى للشركه المفضى إلى المعاوضه على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه، و لأنّ الشركه عيب فكان عليه الضمان. و يفهم من قوله: «خلطها بماله» أنّه لو خلطها بمال المالك لم يضمن.

و ليس كذلك، بل يضمن على التقديرين. و لا فرق هنا أيضا بين أن يكون المالان عنده و ديعه فيمزج أحدهما بالآخر، و كون الآخر أمانه بغير الوديعه و غضبا، لصدق التصرّف المنهى عنه في ذلك كلّه. و ربّما كان للمالك غرض في الامتياز.

و يمكن أن يكون الضمير في «ماله» عائدا إلى المودع و المستودع. و الحكم فيهما صحيح، إلاّ أنّ في عوده إلى كلّ واحد إخلالا بالآخر، و استعماله فيهما على وجه الاشتراك بحيث يشملهما معا يحتاج إلى تكلف و تجوّز. و الأولى عوده إلى المستودع خاصّه كما ذكرناه أولا، لأنّ خلطه بمال المودع سيأتى (٤) الكلام فيه في العبارة في مادّه

ص: ١٠٧

١-١) جامع المقاصد ٣٩:٦.

٢-٢) التذكرة ٢٠٥:٢.

٣-٣) التوبه: ٩١.

٤-٤) في ص: ١٠٩.

و كذا لو أودعه مالا- فى كيس مختوم ففتح ختمه.(١) مخصوصه، و هو كونهما معا وديعه. و لا- فرق فى الحكم بين الوديعة و غيرها.

و يفهم من قيد الحيثيه بعدم التميّز أنّه لو تميّز المالان لا يضمن. و الحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفا آخر غير المزج منهيا عنه، كما لو كان المال فى كيس مختوم و نحو ذلك، فالضمان المنفئ على تقدير الامتياز من حيث المزج و إن أوجب الضمان من حيثيه أخرى.

قوله: «و كذا لو أودعه مالا فى كيس مختوم ففتح ختمه».

لا- فرق فى فتح الختم بين أن يأخذ شيئا من الكيس و عدمه، و لا- فى الختم بين أن يكون مشتملا على علامه للمالك و عدمه، لا اشتراك الجميع فى هتك الحرز و التصرف المنهئ عنه. و مثله الصندوق المقفل، و كذا ما أشبه الختم ممّا يدلّ على قصد المالك الإخفاء به كالربط و الشدّ، لا- ما يقصد به مجرّد المنع من الانتشار، كما فى الخيط و الربط الذى يشدّ به رأس كيس الثياب و الرزمه منها. و الفارق بين الأمرين القرائن.

و فى حكم القفل و الختم الدفن، فلو أودعه شيئا مدفونا فنبشه ضمن.

و تبّه بقوله: «فى كيس مختوم» على أنّ الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن، لأنّه لا هتك فيه و لا نقصان عمّا فعله المالك. هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك و إلّا كان كختم المالك.

و حيث يضمن بالفتح يصير ضامنا للمظروف. و فى ضمانه للظرف و جهان، أجمدهما ذلك، للتصرف فيه المنهئ عنه. و استقرب فى التذكرة (١) العدم، لأنّه لم يقصد الخيانه فى الظرف. و يضعف بأنّ قصد الخيانه لا دخل له فى الضمان، بل التصرف. و قد استشكل فيها حكم ما لو عدّ الدراهم غير المختومه أو وزنها أو ذرع الثوب مع أنّ مقتضى تعليله عدم الضمان. و لو لم يفتح الكيس المختوم لكن خرقة تحت الختم فهو كفضّ الختم، و يزيد ضمان الظرف أيضا. و لو كان الخرق فوقه لم يضمن إلّا نقصان الخرق.

ص: ١٠٨

و كذا لو أودعه كيسين فمزجهما. (١) و كذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف، فأجرها لأثقل، أو لأسهل فأجرها لأشق، كالقطن و الحديد. (٢) قوله: «و كذا لو أودعه كيسين فمزجهما».

لم يقيّد المزج هنا بكونه على وجه لا- يتميز أحد المالين عن الآخر، إمّا لاستتلافه ذلك، أو لكون المزج فى الغالب يراد منه ذلك، أو أراد تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج، لاستلزامه التصرف فى المالين بغير إذن المالك، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه و صبه على الآخر. و الظاهر أنه يضمن المخرج مطلقاً. و أمّا الآخر فإن كان مختوماً ضمنه، و إلا فلا مع بقاء التمييز، لأنه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه، مع احتمال الضمان مطلقاً. و هو قول لبعض الأصحاب (١).

هذا كلّه إذا كان الكيسان للمودع، إمّا لو كان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز، لأنّ له نقل الوديعة من محلّ إلى غيره، و له تفرغ ملكه، و لا- يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه أولاً. و قد تقدّم (٢) أنه لا فرق بين كون الكيسين معاً وديعه أو أحدهما أمانه غيرها أو غضبا.

قوله: «و كذا لو أمره بإجارتها- إلى قوله- و الحديد».

لا إشكال فى الضمان هنا مع استعمال المستأجر لها فى الأثقل، لأنه تعدّد محض من المستودع. و هل يتحقّق بمجرّد العقد؟ يحتتمل ذلك، لتسليطه على الانتفاع العدوانى (٣)، فيخرج عن كونه أميناً، كما يضمن بجحوده- بل بمجرّد نيّته على قول- مع عدم فعل ما يوجب الضمان، و عدمه، كما لو نوى الخيانة أو التفريط، أو قال:

إنّه يفعل ذلك و لم يفعل. و لم أقف فى ذلك على شىء يعتدّ به. و المراد من الأشقّ فى المثالين أنّ الحديد أشقّ عند سكون الهواء و القطن أشقّ عند الهواء. و من ثمّ جمع بين المثالين.

ص: ١٠٩

١-١) راجع جامع المقاصد ١٧: ٦.

٢-٢) لا حظ ص: ١٠٧.

٣-٣) فى النسخ: الانتفاع العدوان.

و لو جعلها المالك في حرز مقفل، ثم أودعها، ففتح المودع الحرز و أخذ بعضها ضمن الجميع، و لو لم تكن مودعه في حرز، أو كانت مودعه في حرز المودع، فأخذ بعضها ضمن ما أخذ. (١) ثم المضمون على تقدير المخالفه هو الجميع على التقديرين، لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصا في حمل الأثقل، لأنّ القدر المأذون فيه ليس بمضمون و إنّما تعدى بالزائد، فيقسط التالف عليهما. و على هذا فيعتبر في الأضرّ ما ساوى (١) المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا و إن قلنا به ثمّ، لأنّ مجموع الحمل مغاير للمأذون، بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستندا إلى زياده المقدار مع اتحاد الجنس، كما إذا أذن له في حمل قفيز فأجرها لقفيزين. و سيأتي (٢) مثل هذا الإشكال في باب الإجاره. و ضمان الجميع أقوى مطلقا.

قوله: «و لو جعلها المالك في حرز مقفل - إلى قوله - ضمن ما أخذ».

الفرق بين الأمرين واضح، فإنّه في الأول تعدى بنفس فتح الحرز المقفل من المالك، فيضمن الجميع - كما تقدّم (٣) - و إن لم يأخذ منه شيئا، فإذا أخذ أولى. و أمّا إذا لم تكن مودعه في حرز فلم يحصل منه تعدد إلاّ فيما أخذ. و كذا إذا كانت في حرز للمودع، فإنّ له فتحه في كلّ وقت، لأنّه لا يعدّ متصرفا في مال المستودع - بالكسر - بل في ماله، فلا يضمن من هذه الحيشه و إنّما يضمن من جهه الأخذ، و هو مقصور على المأخوذ. و يستثنى منه ما إذا شدّه المستودع بأمر المالك، فإنّه يصير حينئذ بمنزله ما أحرزه المالك.

و لا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يصرفه في حاجته و عدمه عندنا، لأنّ الإخراج على هذا القصد خيانه. و على هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونه عليه مطلقا، لأنّه لم يقبضها على وجه الأمانه،

ص: ١١٠

١ - ١) في «٥»: سوى (نسخه بدل)

٢ - ٢) في ص: ٢١٣.

٣ - ٣) لا حظ ص: ١٠٨.

و لو أعاد بدله لم يبرأ، و لو أعاده و مزجه بالباقي ضمن ما أخذه. و لو أعاد بدله و مزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع. (١) بل على سبيل الخيانة. و في تأثير التيه في استدامه الأخذ كما تؤثر في ابتدائه و جهان، من ثبوت اليد في الموضوعين مقترنا بالتية الموجب للضمان، و من أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة، و الشك في تأثير مجرد القصد في الضمان. و تردد في التذكرة (١). و يتحقق ذلك في صور: منها أن ينوى الأخذ و لم يأخذ، أو الاستعمال و لم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك و لم يتلفظ بالجحود، و غير ذلك. و قد جزم المصنف فيما سبق (٢) بأنه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد التيه.

قوله: «و لو أعاد بدله لم يبرأ-إلى قوله-ضمن الجميع».

إنما لم يبرأ مع إعادته البديل لأنه لم يتعين ملكا للمودع، إذ لا يحصل الملك إلا بقبضه أو قبض وكيله، و المستودع ليس وكيلا له في تعيين العوض و إن كان وكيلا- في الحفظ، فإذا مزج ما جعله بدلا بالباقي بحيث لا يتميز فقد مزج الوديعة بماله. و قد تقدم (٣) أن ذلك يوجب الضمان. و لو بقي متميزا فالباقي غير مضمون، و إذ لم يحصل فيه تعدد.

و لو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه، كما لا يزول بالرجوع عن كل تفريط و تعدد. و لا يتعدى إلى الباقي و إن مزجه به بحيث لا- يتميز، لأن الجميع مال المالك غايته أن بعضه مضمون و بعضه غير مضمون، و لأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ. و على هذا لو كان الجميع عشره دراهم و أخذ منها درهما ثم رده إليها و تلفت بغير تفريط لم يلزمه إلا درهم. و لو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم، و هكذا.

ص: ١١١

١-١ (١) التذكرة ١٩٨: ٢.

٢-٢ (٢) لا حظ ص: ١٠٥.

٣-٣ (٣) لا حظ ص: ١٠٧.

الثالث فى اللواحق و فىه مسائل:

الأولى: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة

الأولى: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة، ثم لا يضمن. (١) قوله: «يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة، ثم لا يضمن».

إنما يجوز السفر بها-مع الخوف عليها-مع تعذر ردّها على المالك و وكيله و الحاكم، و إيداعها الثقة حيث لا يكون فى إيداعها خطر عليها، فلو قدر على أحدهم لم يكن له السفر بها و إن خاف عليها. نعم، لو خاف عليها على تقدير إيداعها سقط وجوبه و جاز السفر بها حينئذ، بل يجب أخذها معه، لأنّ حفظها واجب فإذا لم يحصل إلّا بالسفر و جب من باب المقدمه و قد تقدّم (١) الكلام فى ذلك.

و المصنف-رحمه الله-عبّر بالجواز، و الظاهر أنه أراد به معناه الأعمّ فلا- ينافى الوجوب، إذ لا- يجوز تركها حينئذ مع الخوف عليها، إلّا أن يقال بأنّ السفر لا يجب عليه لأجلها و إن خاف تلفها بدونه، بل إن اختار السفر و جب عليه استصحابها، فلا يكون السفر واجبا و إنّما يجب مصاحبتها لو اختاره، فيصحّ إطلاق جواز السفر

ص: ١١٢

و لا يجوز السفر بها مع ظهور أماره الخوف. و لو سافر و الحال هذه، ضمن. (١)

الثانيه: لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله

الثانيه: لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله. فإن فقدهما فإلى الحاكم مع العذر. و مع عدم العذر يضمن. و لو فقد الحاكم و خشى تلفها، جاز إيداعها من ثقه. و لو تلفت لم يضمن. (٢) حيثند. و بهذا المعنى صرح بعض الأصحاب (١). و الأقوى الأول، بل قال في التذكرة (٢): إنه لا نعلم فيه خلافاً.

قوله: «و لا يجوز السفر مع ظهور أماره الخوف. و لو سافر و الحال هذه ضمن».

هذا من تتمه الحكم السابق. و محصّيه: أن السفر بالوديعة حيث يسوغ - لضرورته أو ضرورتها - إنما يجوز مع أمن الطريق، فلو كان مخوفاً و لو بظهور أماره عليه مفيدة لظنّ الخوف لم يجوز. و لو سافر و الحال هذه ضمن، لأنه تغرير، حتى لو فرض الخوف عليها في الحضر يكون قد تعارض خطران، فيرجح الإقامه، لأنّ السفر نفسه خطر، فإذا انضم إليه أماره الخوف زاد خطره على الحضر.

قوله: «لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك - إلى قوله - لم يضمن».

لمّا كانت الوديعة من العقود الجائزه جاز للمستودع ردها في كل وقت. لكن مع وجود المالك أو وكيله في قبضها، أو مطلقاً بحيث يتناولها، يردّها عليه، و لا يبرأ حينئذ بردها إلى الحاكم، لأنّه لا ولاية له على الحاضر الرشيد. فإن فقدهما و أراد ردها على الحاكم، و كان به حاجه إلى ذلك - كأن عجز عن حفظها، أو عرض له خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو خاف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب، و نحو ذلك من الضرورات - جاز دفعها إلى الحاكم، لأنّ له ولاية على الغائب على هذا الوجه، فإن تعذر أودعها ثقه. و لا ضمان فيهما، لمكان الحاجه.

و لو لم يكن له عذر لم يجوز دفعها إلى الحاكم و لا إيداعها ثقه و إن كان له فسخ

ص: ١١٣

١ - ١) في هامش «و» و «ن»: «هو الشيخ فخر الدين في حاشيته على القواعد. منه رحمه الله».

٢ - ٢) التذكرة ٢٠٠: ٢.

الثالثه: لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن. (١)

الرابعه: إذا أراد السفر فدفنها ضمن

الرابعه: إذا أراد السفر فدفنها ضمن، إلا أن يخشى المعاجله. (٢) الوديعه، لأنه قد التزم الحفظ، فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، ولأن المالك لم يرض بيد غيره، ولا - ضروره له إلى إخراجها من يده، فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر. هكذا ذكره الأصحاب، ولا نعلم فيه خلافا بينهم. ووافقهم جماعه من العامه (١)، وأجاز بعضهم (٢) دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك مطلقا، لأنه بمنزله وكيله. وليس بذلك البعيد.

ثم على تقدير جواز دفعها إلى الحاكم، هل يجب عليه القبول كما إذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله؟ وجهان، من أنه نائب عن الغائب حينئذ، وأنه منصوب للمصالح، ولو لم يجب القبض فانت المصلحه المطلوبه من نصبه، ومن أصله البراءه. والأقوى الأول. والوجهان آتيان فيما لو حمل إليه المديون الدين مع غيبه المدين، أو الغاصب المغصوب أو بدله عند تلفه، وغير ذلك من الأمانات التي يليها الحاكم.

قوله: «لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن».

حيث يجوز له دفعها إلى غير المالك و وكيله لتعذرهما، سواء كان ذلك لفسخ الوديعه مع العذر أم لإيراده السفر الضروري، يجب تقديم الدفع إلى الحاكم على إيداع الثقة، لأنه وكيل عام عن المالك، فكان أولى، فيضمن لو خالف الترتيب، كما يضمن لو دفعها إلى الحاكم مع إمكان دفعها إلى المالك أو وكيله الخاص. وقد تقدم (٣) مرارا.

قوله: «إذا أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخشى المعاجله».

قد عرفت أنه مع إرادته السفر يجب ردها إلى المالك أو وكيله، ثم إلى الحاكم، ثم يودعها الثقة على تفصيل فيه، فإذا ترك ذلك واقتصر على دفنها فإن كان مع وجود

ص: ١١٤

١-١ حليه العلماء ١٧٢: ٥.

٢-٢ راجع المغنى لابن قدامه ٢٨٣: ٧.

٣-٣ راجع ص: ١١٣، ١٠٣، ١٠٢.

الخامسة: إذا أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ

الخامسة: إذا أعاد الوديعة بعد التفريط (١) إلى الحرز لم يبرأ. ولو جدد المالك له الاستيمان، برئ. وكذا لو أبرأه من الضمان.

المالك أو وكيله فالضمان ظاهر، لأنه لو دفعها إلى الحاكم أو أودعها الثقة ضمن، فإذا دفنها في مكان يحتمل معه ذهابها رأساً - بأن يتفق موته فلا يصل مالها إليها - أولى.

وإن تعذر الوصول إلى المالك و أمكنه الوصول إلى الحاكم فكذلك. وكذا لو تعذر و دفنها في غير حرز، أو في حرز و لم يعلم بها الثقة، أو أعلمه و لم يكن تحت يده، بأن يكون في منزل المستودع. و لو كان الموضع في يد الأمين فهو كما لو أودعه، مع احتمال عدمه و هو ظاهر إطلاق العبارة، لأنه إعلام لا إيداع، و لأنه لا يلزمه حفظها بمجرد الإعلام، بخلاف ما لو قبل الوديعة، فإنه يترتب عليه وجوب ملاحظتها و نقلها من الموضع عند الخطر، و نحو ذلك من لوازم الأمانة. و قطع في التذكرة (١) بالأول. و في الثاني قوه.

هذا كله إذا لم يخش المعاجلة قبل إيصالها إلى من ذكر من المالك و من يترتب عليه، و إلا جاز الدفن في موضع أمين. و قد وقعت المعاجلة في كلام المصنف و الجماعة (٢) مطلقه، و هي تحتل أمرين: أحدهما: معاجلة السراق قبل ذلك. و هو صحيح، لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن، فيجب و يجزى، لأنه المقذور.

و يعتبر كونه في حرز مع الإمكان. و لا - شبهه حينئذ في عدم الضمان. و الثاني: معاجلة الرفقة إذا أراد السفر و كان ضرورياً و التخلف عنها مضراً، فإنه حينئذ يدفنها في حرز و لا ضمان عليه، لمكان الحاجة.

قوله: «إذا أعاد الوديعة بعد التفريط. إلخ».

إنما لم يبرأ بالردّ لأنه قد صار بمنزله الغاصب بتعدّيه، فيستصحب الحكم بالضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله. و يتحقّق ذلك بأمور:

منها: أن يرده عليه ثمّ يجدد له الوديعة. و هذا لا شبهه فيه، لأنه وديعه مستأنفه

ص: ١١٥

١- (١) التذكرة ٢٠٠: ٢.

٢- (٢) كالعلاجه في قواعد الأحكام ١٨٨: ١، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٢٢: ٦.

يترتب عليها حكمها، الذي من جملته كون الودعي أميناً. ويمكن دخوله في قول المصنّف: «جدد المالك له الاستئمان».

و منها: أن يجدده له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول له أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو استأمنتك عليها، و نحو ذلك. و قد جزم المصنّف بعود الأمانه بذلك، و وجهه أنّ الضمان إنّما كان لحق المالك، و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه.

و يمكن بناء ذلك على أنّ الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا؟ فإنّ المستودع هنا قد صار بتعدّيه بمنزلته. و المسأله موضع إشكال، إذ لا منافاه بين الوديعه و الضمان، كما فى الفرض المذكور، فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه، مع عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) و من أنّه قد أقام يده مقام يده، و جعله وكيلا فى حفظها، و ذلك يقتضى رفع الضمان.

و قد سلف البحث فى نظائرها فى مواضع (٢) كالرهن و القراض. و الأقوى هنا زوال الضمان، لأنّ المستودع نائب عن المالك فى الحفظ، فكانت يده كيده، و قبضه لمصلحته، فكان المال فى يده بمنزله ما إذا كان فى يد المالك، بخلاف الرهن.

و منها: أن يبرئه من الضمان. و قد جزم المصنّف ببراءته أيضا. و الوجه فيه ما سبق من أنّ الضمان كان لحق المالك و قد أسقطه بالبراءه.

و يشكل: بأنّ معنى الضمان أنّ العين لو تلفت و جب عليه بدلها، و الحال أنّها الآن لم تتلف، فيكون الإبراء من الضمان إبراء ممّا لم يجب.

و يمكن دفعه: بأنّ الضمان المسبب عن التعدى معناه جعل ذمه الودعي متعلقه بالمالك على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه، و لزوم البديل ثمره الضمان و فائدته لا نفسه، و الساقط بالإبراء هو الأوّل لا الثانى. و يدلّ على أنّ المراد من الضمان

ص: ١١٤

١-١) مسند أحمد ٥: ٨، سنن الدارمى ٢: ٣٤٢ ح ٢٥٩٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

٢-٢) فى ج ١٥: ٤-٣٥٩.

و لو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها و لا ضمان. (١)

السادسه: إذا أنكر الوديعه، أو اعترف و ادعى التلف، أو ادعى الردّ و لا يبيته

السادسه: إذا أنكر الوديعه، أو اعترف و ادعى التلف، أو ادعى الردّ و لا يبيته، فالقول قوله، و للمالك إحلافه، على الأشبه. (٢) هو المعنى الأول أنهم يحكمون عليه به بمجرد العدوان، فيقولون: صار ضامنا، و لو فعل كذا ضمن، و نحو ذلك، مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك، و إنما حصل قبول ذمته له، و هذا معنى يمكن زواله بالبراءه، بل هو متعلق البراءه، و أما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان، و البراءه إذا تعلقت به فإمّا تكون من نفس المال لا من الضمان الثابت بالعدوان.

و اعلم أنّ ما ذكره من تعليق الحكم على إعادته إلى الحرز بعد التفريط على سبيل المثال، و إلاّ فالحكم متعلق بكلّ موضع يثبت فيه الضمان ثمّ يزيل ذلك السبب، بأنّ يلبس الثوب ثمّ ينزعه بيته التخلّص، أو يأخذ الدراهم لينفقها ثمّ يردّها، أو ينظر في الكتاب ثمّ يطبقه و يردّه إلى الحرز، و غير ذلك من أسباب التعدّي و التفريط و الجحود و غيرها.

قوله: «و لو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها و لا ضمان».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، لضعف المباشر و قوّه السبب، فيختصّ به الضمان، و لأصالة براءه الذمّه، و لأنّ ترك التسليم حينئذ ضرر منفيّ فيباح، فلا يستعقب الضمان، لأنّه مأذون فيه شرعا. و خالف في ذلك أبو الصلاح - رحمه الله - (١) فأوجب الضمان إذا سلّمها بيده و إن خاف التلف، لا إن أخذها المكره من الحرز بنفسه، محتججاّ بأنّه متلف بالتسليم فكان ضامنا. و وافقه العلامة في التذكرة (٢).

و جوابه قد علم مما سبق، فإنّ القهر و الإذن الشرعيّ أسقطا الضمان، و لأنّ الإكراه صير فعله منسوباً إلى المكره، و لأنّه محسن فلا سبيل عليه. و على تقدير ضمانه فقراره على المكره، و إنّما تظهر الفائدة في جواز مطالبه المالك له بالعين أو البدل.

قوله: «إذا أنكر الوديعه - إلى قوله - على الأشبه».

«الأشبه» يمكن أن يرجع إلى قبول قوله في الأخير، و هو الردّ خاصّه، لأنّه

ص: ١١٧

١- (١) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

٢- (٢) التذكرة ٢٠٥: ٢.

موضع الإشكال، من حيث إنّ الأصل عدم الردّ، وعموم «البينة على المدعى» (1) و من حيث إنّّه محسن و قابض لمحض مصلحه المالك و أمين، و الأصل براه ذمته. و المشهور قبول قوله فيه بيمينه. هذا إذا ادعى ردّها على من ائتمنه، أمّا لو ادعى ردّها على غير من ائتمنه كالوارث فعليه البينه، لأنّ الأصل عدم الردّ، و هو لم يأتّمه، فلا يكلف تصديقه. و دعوى ردّها على الوكيل كدعوى ردّها على الموكل، لأنّ يده كيده.

و أما إنكار الوديعه فلا شبهه في قبول قوله فيه، لأنّه منكر، و الأصل عدمها من غير معارض.

و أمّا دعوى تلفها مع الاعتراف بها ابتداءً فإنّه و إن كان فيه مدّعيًا و مخالفًا للأصل إلا أنّ المشهور قبول قوله فيه مع يمينه، لأنّه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه.

و لا- فرق في ذلك بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق و الغرق و خفي كالسرق، لاشتراكهما في المعنى، خلافاً للمبسوط (2) حيث فرق بينهما فقبل قوله في الثاني دون الأوّل، إلا أنّ يكون معلوماً بالمشاهده أو الاستفاضه عامًا بحيث يمكن تناوله له. هذا إذا ذكر السبب. و لو أطلق قبل قوله بيمينه أيضًا.

قال في التذكرة (3) بعد حكايته عن الشافعي: «و لا بأس بهذا القول عندي».

و قال الصدوق في المقنع [1]: «تقبل دعوى التلف و الضياع بلا يمين».

و على هذا فيمكن عود «الأشبه» إلى قبول قوله في التلف بيمينه مطلقًا، فيكون ردًا على القولين، و إلى إثبات اليمين خاصه، و إلى قبول قوله مطلقًا، و إلى المجموع منهما و من قبول قوله في الردّ.

ص: ١١٨

١- (١) راجع الوسائل ١٧٠: ١٨ ب (٣) من أبواب كيفيّة الحكم.

٢- (٢) المبسوط ١٤١: ٤.

٣- (٣) التذكرة ٢٠٦: ٢.

أما لو دفعها إلى غير المالك، وادّعى الإذن فأنكر، فالقول قول المالك مع يمينه. (١) و لو صدّقه على الإذن لم يضمن و إن ترك الإشهاد، على الأشبه. (٢) قوله: «أما لو دفعها إلى غير المالك - إلى قوله - مع يمينه».

لأنّه منكر للإذن فيقدم قوله فيه، ولأصالة عدمه، ولأنّه المدفوع إليه لم يأت منه فلا يقبل قوله في الردّ إليه، كما لو ادّعى الردّ إلى الوارث، و كون المدّعى الدفع إليه و كيلا لتكون يده كيد المودع غير معلوم، لأنّ إنكاره الإذن له في الدفع إليه أخرجه عن كونه و كيلا - و حيثئذ فإذا حلف المالك نظر: فإن كان من ادّعى الدفع إليه مقرّاً بالقبض و هي باقية ردت على المالك، و إن تعذّر ارتجاعها منه لغيبه أو غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه و على الودعيّ، فإن رجع على الودعيّ رجع على المدفوع إليه إن كانت العين باقية، فإذا استرجعها ردها على المالك و أخذ البديل الذي دفعه، و إن كانت تالفه لم يكن له الرجوع عليه، لاعترافه بظلم المالك له في أخذ البديل، فلا يرجع به على غير من ظلمه. و إن كان منكراً للقبض الذي ادّعه المستودع، فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة، فيختصّ الغرم بالمستودع.

قوله: «و لو صدّقه على الإذن لم يضمن و إن ترك الإشهاد على الأشبه».

اختلف الأصحاب في أنّ من أمر غيره بدفع الوديعة إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل و لم يشهد فأنكر المدفوع إليه، هل يضمن الدافع أم لا؟ فقيل: يضمن فيهما، لأنّ إطلاق الإذن يقتضى دفعا ثابتا يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، فإذا ترك الإشهاد فقد قصر، خصوصا الدّين، فإنّ الغرض منه براءة الذمّه و لا تظهر إلا بالإشهاد، لأنّ الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

و قيل: لا يجب الإشهاد فيهما و لا ضمان بتركه، لأنّ المأمور به هو الدفع و قد امتثله، و التوثق عليه [١] أمر آخر لا يدلّ عليه إطلاق الأمر، و إنّما هو مطلوب من

السابعة: إذا أقام المالک البيّنه على الوديعه بعد الإنكار، فصدّقها

السابعة: إذا أقام المالک البيّنه على الوديعه (١) بعد الإنكار، فصدّقها ثمّ ادّعى التلف قبل الإنكار، لم تسمع دعواه، لاشتغال ذمّته بالضمان.

و لو قيل: تسمع دعواه و تقبل بيّنته، كان حسنا.

الآمر. و إلى هذا القول مال في المختلف (١).

و قيل: يجب الإشهاد في قضاء الدّين دون الوديعه، أمّا الدّين فلما ذكر، و أمّا الوديعه فلاّنها أمانه، و قول المستودع مقبول في الرّد و التلف، فلا معنى للإشهاد، و لأنّ الودائع حقّها الإخفاء، بخلاف قضاء الدّين. و اختار هذا القول في التذكرة و كثير من كتبه (٢). و المصنّف - رحمه الله - اختار هنا عدم وجوب الإشهاد على أداء الوديعه. و في الوكاله (٣) اختار التفصيل على تردّد فيه. و التفصيل حسن.

قوله: «إذا أقام المالک البيّنه على الوديعه. إلخ».

وجه عدم السماع أنّه إنكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقه، فلا تسمع لتناقض كلاميه، فلا يتوجّه بها يمين عليه و لا على المدّعى عليه، و كذا لا تسمع بيّنته بطريق أولى، لأنّه مكذب لها.

و وجه ما حسيّنه المصنّف من سماعها عموم الخبر (٤)، و جواز استناد جحوده إلى النسيان فيعذر. و هو خيره التذكرة (٥). و في المختلف (٦) منع من قبول بيّنته و سماع دعواه، بمعنى قبول قوله بيمينه، لكن قال: إن له إحلاف الغريم، و هو نوع من سماع دعواه. و في القواعد (٧) منعهما معا، فصار للعلامه في المسأله ثلاثه أقوال.

ص: ١٢٠

١-١) المختلف: ٤٤٥.

٢-٢) التذكرة ٢٠٦: ٢، القواعد ١٩٠: ١، التحرير ٢٦٨: ١.

٣-٣) في ص: ٢٩٣.

٤-٤) الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم المتقدّم في ص: ١١٨.

٥-٥) التذكرة ٢٠٥: ٢.

٦-٦) المختلف: ٤٤٦.

٧-٧) قواعد الأحكام ١٩٠: ١.

الثامنة: إذا عيّن له حرزا بعيدا عنه وجب المبادرة إليه بما جرت العادة

الثامنة: إذا عيّن له حرزا بعيدا عنه وجب المبادرة إليه بما جرت العادة. فإن أّخر مع التمكن ضمن. (١) و في المسأله قول رابع [١]، و هو أنه إن أظهر لإنكاره تأويلا كقوله: ليس لك عندي وديعه يلزمني ردّها أو ضمانها، و نحو ذلك، قبلت دعواه و سمعت بيّنته، و إن لم يظهر له تأويلا لم تقبل. و اختاره الشهيد رحمه الله (١). و هو حسن.

هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أمّا لو كانت صورته: لا يلزمني شيء، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، أو مالك عندي وديعه، أو ليس لك عندي شيء، فقامت البيّنه بها، فادّعى التلف أو الرد، سمعت دعواه و بيّنته، لعدم التناقض بين كلاميه.

و حيث قلنا بقبول بيّنته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان، و إن شهدت بتلفها بعده ضمن، لخيانته بالجحود و منع المالك عنها.

قوله: «إذا عيّن له حرزا بعيدا عنه-إلى قوله-ضمن».

لما كان الواجب على المستودع وضع الوديعة في حرز مع الإطلاق و في المعين منه مع تعيينه، و ذلك شامل لجميع أجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا، لزم وجوب المبادرة إلى وضعها في الحرز، فلو أمره بوضعها في البيت و كان خارجا عنه أو في الصندوق كذلك لم يصح له إبقاؤها معه إلى أن يصل إليه كيف شاء، بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة إلى إيداعها ذلك المحلّ المعين، فإن أّخر عن المبادرة و إن قلّ ضمن مع التمكن منها.

و ينبغي أن يراد بالتمكّن هنا ما يعمّ الشرعيّ و العقليّ، فلو كان في وقت فريضه قد ضاق بحيث تستلزم المبادرة فواتها و نحو ذلك عدّ غير متمكّن، إلّا أن يتمّ الواجب

ص: ١٢١

١-٢) نسبة الشارع في الروضه ٤:٢٤٩ إلى بعض تحقیقات الشهيد.

و لو سلّمها إلى زوجته لتحرزها ضمن. (١) المضيق، أما قضاء الوطر من الأكل و الحَمَام و قضاء الحاجة التي ليست ضروريّه فلا تعدّ عذرا على ما سبق (١) مع احتمالها. و الكلام في بقاء الضمان مع عدم المبادره و إن وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق (٢) في التقصير.

و يتفرّع على ذلك: أنه لو كان المعين البيت و له بيوت متعدّده فوضعها في أحدها جاز نقلها إلى الآخر إن لم يكن بينهما فاصل يعدّ خارجا عنهما، و إن كان من توابع الدار، و إلا لم يجوز، لأنّ المرور بها في القدر الخارج عنهما خروج عن مقتضى الأمر من غير ضروره. و لو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض الصناديق إلى بعض، لأنّه لم يخرج بها عن البيت المعين. و لو كان المعين الصندوق ضمن بإخراجها إلى غيره، لما ذكرناه من التعليل في نقلها من بيت إلى آخر. هذا إذا لم يكن التعيين شخصيًا، و إلاّ فحكم الضمان أوضح. كلّ ذلك مع الاختيار، أما مع الخوف و الحاجة (٣) إلى النقل فلا ضمان.

قوله: «و لو سلّمها إلى زوجته لتحرزها ضمن».

قد تقدّم (٤) أنّ المستودع لا يجوز له الإيداع اختيارا، و لا مشاركه غيره في الإحراز. و لا فرق في ذلك بين الزوجه و غيرها عندنا، بل يضمن مع عدم إحرازها عنها و إن لم يسلمها إليها إجماعا منّا. و تبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث جوّز له إيداع زوجته (٥)، و آخرين حيث جوّزوا الاستعانه بها و بالخدام (٦)، و ثالث حيث جوّز إيداع من عليه نفقته، قياسا على ماله (٧). و هو فاسد منقوض بالأجنبي.

ص: ١٢٢

١-١) لاحظ ص: ٩٧، إلا أنّ ظاهره هناك الميل إلى ترجيح كونه عذرا.

٢-٢) لاحظ ص: ١١٥-١١٧.

٣-٣) في «س»: أو الحاجه.

٤-٤) لاحظ ص: ١٠٢.

٥-٥) راجع بدايه المجتهد ٢: ٣١٢، المغنى لابن قدامه ٧: ٢٨٣، الشرح الكبير ٧: ٢٩٩، رحمه الأمه: ١٦٦.

٦-٦) راجع بدايه المجتهد ٢: ٣١٢، المغنى لابن قدامه ٧: ٢٨٣، الشرح الكبير ٧: ٢٩٩، رحمه الأمه: ١٦٦.

٧-٧) راجع بدايه المجتهد ٢: ٣١٢، المغنى لابن قدامه ٧: ٢٨٣، الشرح الكبير ٧: ٢٩٩، رحمه الأمه: ١٦٦.

التاسعة: إذا اعترف بالوديعة ثم مات، (١) و جهلت عينها، قيل: تخرج من أصل تركته. و لو كان له غرماء فضاقت التركة حاصيهم المستودع. و فيه تردد.

قوله: «إذا اعترف بالوديعة ثم مات. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب. و وجهه: أن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها و التزامه بها إلى أن يردها إلى مالكةا، فإذا لم تعلم كان ضامنا لها، لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) و لأنه بترك تعيينها مفترط فيها فيضمن، و لأن الأصل بقاؤها في يده إلى الموت، و بعده تكون في جملة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى عينها وجب البدل، فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء. و المصنف تردد في هذا الحكم. و تردده يحتمل أمرين:

أحدهما: أن يكون في أصل الضمان، فإن اعترافه بها في حياته إنما يقتضى وجوب الحفظ، و إلا فذمته بريئه من ضمانها، فإذا مات و لم يعلم أحتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها إلى المالك، و الأصل براءة ذمته من الضمان. و كون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل. و ليسا متنافيين حتى يتساقطا، إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة.

و الثانى: أن يكون التردد في كيفية الضمان، فإن أصاله بقائها اقتضى كونها في جملة التركة، غايته أن عينها مجهولة، فيكون مالكةا بمنزلة الشريك، و كون الشريك قهرية لا يقدح في الحكم، كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما، فإن الشريك تتحقق و يقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء. و الانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال، و إلا منعنا البدل، و أصاله البقاء قد أوجبت ذلك.

و الأقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت و لم يتميز قدم مالكةا على الغرماء، و كان بمنزلة الشريك، و إن علم تلفها بتفريط فهو أسوه الغرماء، و إلا فلا

العاشرة: إذا كان في يده وديعه، فادّعاها اثنان، (١) فإن صدّق أحدهما قبل، وإن أكذبهما فكذلك. وإن قال: لا أدري، أقرت في يده حتى يثبت لهما مالك. وإن ادّعى أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين.

ضمان أصلا، لأصالة براءة الذمه. وأصالة بقائها إلى الآن لو سلّمت لا يقتضى تعلّقها بالذمه. وقد سبق (١) مثل هذا البحث في الرهن والقراض.

قوله: «إذا كان في يده وديعه فادّعاها اثنان. إلخ».

إذا ادّعى كلّ من الشخصين على ثالث بأنّ ما في يده من المال المخصوص وديعه له عنده، فإنّما أن يقرّ لأحدهما، أو لهما معا، أو يكذبهما على وجه القطع، أو يقول: لا أدري لأيكما هي مع قطعه بانحصارها فيهما؟ أو يقول: لا أدري لمن هي؟ فإنّ أقرّ لأحدهما بعينه حكم بها للمقرّ له و يحلف للآخر، فإن حلف له سقطت دعواه عنه، و بقيت منازعته مع صاحبه فله إحلافه أيضا، فإن حلف سقطت دعواه أيضا، و استقرّ ملك المقرّ له على العين.

و لو نكل الودعيّ عن اليمين أحلف المدّعى على استحقاقها إن لم نقض بالنكول، و أغرم الودعيّ له المثل أو القيمة، لحيلولته بينه و بينها بإقراره الأوّل، تنزيلا- لليمين المردوده منزله إقرار المنكر، إذ لو أقرّ بها ثانيا للآخر يغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار. و لو جعلناها كالبيّنه من المدّعى ففي مساواتها للإقرار أو انتزاع العين من يد المقرّ له و جهان، من سبق استحقاقه بإقرار من هي في يده فلا يزال يمين الآخر، لأصالة بقاء الحقّ، و إمكان الجمع بتغريم المقرّ البدل، و من اقتضاء البيّنه كونها لمن شهدت له. و الأول أقوى، لأنّها إنّما تكون كالبيّنه بالنسبه إلى المتداعيين لا في حقّ غيرهما. و كونها كالبيّنه في حق المدّعى عليه يقتضى غرمه له عوضها، لحيلولته بينه و بينها بإقراره. و اليمين منهما هنا على البتّ، لأنّها ترجع إلى الاستحقاق و نفيه.

و لو أقرّ بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كلّ واحد في دعوى الجميع و صدّقه في البعض، فيقسّم بينهما. و يكون حكم التصديق و التكذيب في النصف كما

ص: ١٢٤

فى الجميع بالنسبه الى الودعى، و بالنسبه إليهما يبقى النزاع بينهما فى النصف، فإن حلفا أو نكلا قسّم بينهما، وإن حلف أحدهما خاصّه قضى له به، و لا خصومه للناكل مع المستودع.

و إن أكذبهما معا انتفت دعواهما، لأنّ اليد له، و لكلّ منهما إحلافه على البتّ أيضا، فإن نكل عن اليمين ردّت عليهما و صارا فى الدعوى سواء، لأنّ يدهما خارجه، فإن حلفا أو نكلا قسّمت بينهما، و إن حلف أحدهما خاصّه اختصّ بها.

و إن قال: هي لأحدكما و لا- أدرى من هو على التعيين؟ فإن صدّقه على عدم العلم فلا- خصومه لهما معه، و تبقى الخصومه بينهما، و الحكم كالسابق. لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزله ذى اليد لا الخارج، بخلاف الأوّل، و الفرق أنه فى الأوّل لا يد لأحدهما و لا اعتراف لذى اليد لأحدهما أيضا، فهما خارجان عنها على التقديرين، بخلافه هنا، فإنّ ذا اليد يعترف بأنّ اليد لأحدهما، و ليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الاشتباه. و يحتمل مساواته للأوّل، لعدم ثبوت اليد لأحدهما. و تظهر فائده اليد و عدمها عند تعارض البيّنات على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و إن كدّباه فى عدم العلم فادعى كلّ واحد منهما علمه بأنّه المالك فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم. و يكفى يمين واحده على الأقوى، لأنّ المدعى شىء واحد، و هو علمه بكون المال لمعيّن، بخلاف السابق، لأنّه ينفى استحقاق كلّ واحد فيحلف له.

و قيل: يحلف لكلّ منهما يمينا، لأنّ كلّا منهما مدّع فيدخل فى عموم الحديث السابق (1)، فإذا حلف لهما بقيت المنازعه بينهما. و اختلف هنا، فقيل: يقرع بينهما فمن خرج اسمه و حلف سلّم إليه. و قيل: توقف حتى يصطلحا. و القولان للشيخ. [1] أو الأقوى أنّهما يحلفان و تقسّم بينهما، لتكافؤ الدعويين، و تساويهما فى

الحجّه، و هو يقتضى القسمة كذلك، فلا يكون الأمر مشكلا. و الإيقاف حتى يصطلحا ضرر. و الاصطلاح غير لازم.

و لو نكل عن اليمين و حلفا على علمه أغرم القيمه تجعل مع العين فى أيديهما، لأنّ يمينهما اقتضت أن يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه، و بإنكاره حصلت الحيلولة بين المستحقّ و حقّه، فوجب أن يغرم القيمه، و لئما كانا سواء فى اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، فتجعل العين و القيمه معا فى أيديهما. و هل تقسيم بينهما بحلفهما كذلك، أو توقف حتى يصطلحا؟ القولان. و يمكن أن يقال هنا بأنّ القسمة بينهما تتوقّف على حلفهما ثانيا بالاستحقاق، لأنّ اليمين الأولى لم تتناوله و إنّما أثرت غرمه القيمه لهما. و لو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسّمت العين بينهما فقط.

و إن قال: لا أدرى أ هى لكما، أو لأحدكما، أو لغيركما؟ و ادّعى عليه العلم فالقول قوله فى نفيه كما مرّ، فإذا حلف تركت فى يده إلى أن تقوم البيّنه، و ليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنّها لم تثبت لهما و لا لو احد منهما عليها يد و لا استحقاق، بخلاف الصورة السابقة. و لو نكل عن اليمين ففى تسليمها إليهما مع حلفهما على الاستحقاق، و غرامته لهما القيمه لو حلفا على علمه، احتمال، لانحصار الحقّ فيهما ظاهرا، إذ لا منازع لهما الآن، و يحتمل العدم، لعدم حصر ذى اليد الحقّ فيهما. و لم أقف فى هذا القسم على شىء يعتدّ به.

و اعلم أنّ قول المصنّف: «أقرت فى يده» يشمل القسمين المشتملين على عدم علمه، أعنى: ما لو حصرها فيهما مع اشتباه التعيين، و ما لو أدخل فى الاحتمال معهما غيرهما. و إقراره فى يده فى الثانى جيّد، لأنّ يده يد أمانه، و لم يتعيّن لها مالك يجب الدفع إليه، و الحقّ ليس منحصرا فيهما ليتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما. و أمّا إقرار يده فى القسم الأول فقيل: إنّهُ كذلك، لما ذكرناه من كونها يد أمانه، و لم يتعيّن المالك. و قيل: إنّها تنتزع من يده، لانحصار الحقّ فيهما، و مطالبتهما إياه. و يضعف بأنّ المطالبه المقتضيه للعزل هى التى يجب معها التسليم، و هنا ليس كذلك، فلا

الحادي عشره: إذا فُزط و اختلفا فى القيمه (١) فالقول قول المالك مع يمينه. و قيل: القول قول الغارم مع يمينه. و هو أشبه.

الثانيه عشره: إذا مات المودع سلّمَت الوديعة إلى الوارث

الثانيه عشره: إذا مات المودع سلّمَت الوديعة إلى الوارث. (٢) فإن كانوا جماعه سلّمَت إلى الكلّ، أو إلى من يقوم مقامهم. و لو سلّمها إلى البعض من غير إذن ضمن حصص الباقيين.

يترتب عليه رفع الأمانه. و القولان للشيخ (١). و العلامه (٢) اختار ما أطلقه المصنّف.

و استوجه فى المختلف (٣) ردّ الأمر إلى الحاكم. و هو فى القسم الأول حسن.

قوله: «إذا فُزط و اختلفا فى القيمه. إلخ».

القول الأول للشيخ (٤) (رحمه الله) محتجاً بأنّه بالتفريط خرج عن الأمانه، فلا يكون قوله مسموعاً. و قيل: إنّ به روايه (٥). و يضعّف بأنّ لا نقبل قوله من جهه كونه أميناً، بل من حيث إنّ منكر للزائد، فيكون القول قوله، كما أنّ المالك مدّع فيكون عليه البيّنه عملاً بعموم الخبر (٦). و هذا الحكم لا يختصّ بالأمين، بل الحقّ تعدّيه إلى كلّ من شاركه فى هذا المعنى و إن كان غاصباً. و الخبر لم يثبت على وجه يحصل به الحجّه. فما اختاره المصنّف أقوى، و هو اختيار الأكثر.

قوله: «إذا مات المودع سلّمَت الوديعة إلى الوارث. إلخ».

المراد ب«من يقوم مقامهم» و كيلهم أجمع، أو وليّهم، أو وصيّ مورّثهم لو كانوا أطفالاً، أو الحاكم مع غيبتهم أو عدم وجود وليّ خاصّ لهم. و تجب المبادره إلى التسليم المذكور، لأنّها بموت المودع صارت أمانه شرعيّه. و لا فرق فى وجوب المبادره

ص: ١٢٧

١- (١) المبسوط ٤: ١٥٠، و الخلاف ٤: ١٧٨ مسألة ١٥.

٢- (٢) القواعد ١: ١٩١.

٣- (٣) المختلف: ٤٤٦.

٤- (٤) النهايه: ٤٣٧.

٥- (٥) راجع الكافى فى الفقه: ٢٣١.

٦- (٦) لاحظ ص: ١١٨ الهامش (١).

بين علم الورثه بالوديعة و عدمه عندنا. و قال بعض الشافعيه: إنّه مع علمهم لا يجب الدفع إلاّ بعد الطلب، و نفى عنه في التذكرة (١) البأس. و هو وجيه، إلاّ أنّه لم يتحقّق به قائل منّا و إن كان القول به ممكناً، لعدم تحقّق الإجماع.

ص: ١٢٨

(١ - ١) التذكرة ٢٠٧: ٢.

كتاب العاريه

اشاره

كتاب العاريه

ص: ١٢٩

كتاب العارِيه و هى عقد ثمرته التبرُّع بالمنفعه.(١) كتاب العارِيه هى -بتشديد الياء- كأنها منسوبه إلى العار، لأن طلبها عار و عيب. ذكره الجوهرى (١) و ابن الأثير فى نهايته (٢). و قيل: منسوبه إلى العاره، و هى مصدر من قولك: «أعرتَه إعاره» كما يقال: «أجاب يجيب إجابَه و جابه، و أطاق أطاقه و طاقه».

و قيل: مأخوذه من «عار يعير» إذا جاء و ذهب، و منه قيل للبطل عيار، لتردده فى بطالته، فسُميت عارِيه لتحوّلها من يد إلى يد. و قيل: مأخوذه من التعاور و الاعتوار، و هو أن يتداول القوم الشىء بينهم. و قال الخطّابى فى غريبه (٣): أن اللغه العارِيه العارِيه، و قد تخفّف.

قوله: «و هى عقد ثمرته التبرُّع بالمنفعه».

العقد اسم للإيجاب و القبول، و تعليق الثمره عليه يقتضى أن للقبول مدخلا فيها، مع أن التبرُّع بالمنفعه يتحقّق بالإيجاب خاصه، لأنّ المتبرُّع إنّما هو باذل العين لا المنتفع بها. و يمكن الجواب بأنّ القبول لَمّا كان شرطا فى صحّه العارِيه لم يتحقّق الثمره بدونه و إن بذلها المعير، فإنّه لو تبرُّع بالعين و أوقع الإيجاب فردّه الآخر لم تحصل الثمره و إن حصل التبرُّع بالمنفعه، فالمرتّب على العقد هو التبرُّع على وجه يثمر، و ذلك لا يتمّ بدون القبول.

ص: ١٣١

١-١ (١) الصحاح ٢:٧٤١.

٢-٢ (٢) النهايه ٣:٣٢٠.

٣-٣ (٣) غريب الحديث ٣:٢٣٢.

و نقض في طرده بالسكنى و العمرى و الحبس و الوصيه بالمنفعه، فإنّ هذه كلّها عقود تثمر التبرّع بالمنفعه.

و أوجب بأنّها في معنى العاربه و إن كانت لازمه، و غايته انقسام العاربه إلى جائزه و لازمه كالإعارة للرهن.

و فيه نظر، لأنّ هذه العقود في الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم و الصيغ، فإدخال بعضها في بعض بمجرد المشاركه في بعض الخواص اصطلاح مردود.

و لو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فليل: ثمرته التبرّع بالمنفعه مع بقاء الجواز و نحوه، خرجت هذه العقود و بقيت السكنى المطلقة، فإنّه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن، كما سيأتى (1). و قد يلتزم فيها بأنّها عاربه، لتحقق المعنى فيها مطلقاً. و لا تقدح الصيغه، لأنّ العاربه لا تختصّ بلفظ بل كلّ ما دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين تبرّعا، و السكنى المطلقة تقتضى ذلك و لكن تبقى العاربه اللازمه خارجه، فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر، أو التزام جواز الرجوع فيها بالنسبه إلى المستعير و إن لم يؤثر بالنسبه إلى المرتهن. و تظهر الفائده في وجوب السعى على الراهن في تخليصها بما أمكن، و وجوب المبادره إلى ردّها عند الفكّ على الفور بالمطالبه السابقه. و لو قلنا إنّه لا أثر لها و أنّها لازمه من طرفه مطلقا انتفت هذه اللوازم. و الأول ليس ببعيد من الصواب، إذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى.

و اعلم أنّ جعلها عقدا يقتضى اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين، لأنّ ذلك هو المفهوم من العقد و إن لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزه. و قد يتجوّز في القبول فيطلق على ما يكفى فيه القبول الفعلى، كما ذكره في الوديعه و الوكاله و نحوهما، لكن يبقى الإيجاب لا- يتحقّق العقد بدون التلفّظ به. و هذا هو الظاهر من عباره كثير من الأصحاب. لكن صرح في التذكره (2) بأنّه لا يشترط فيها اللفظ في

ص: ١٣٢

١- ١) في ص: ٤٢٥.

٢- ٢) التذكره ٢: ٢١١.

الإيجاب و لا- في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالّة على الظنّ بالرضا، محتجّاً بأنّه عقد ضعيف، لأنّه يثمر إباحه الانتفاع، قال: «و هي قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنّه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد، و كما في الضيف، بخلاف العقود اللازمه، فإنّها موقوفه على ألفاظ خاصّه اعتبارها الشرع». انتهى. و هو حسن حيث يحصل دلالة على الرضا بغير اللفظ كالكتابه و الإشاره، أمّا مجرد حسن الظن فيكفي في الصديق كما ذكر لا- مطلقا. و يمكن الاكتفاء به فيمن تناولته آيه الأكل من البيوت (1) حيث تكون المنفعة أقلّ من الأكل المأذون فيه لدخوله بطريق أولى، حيث إنّ الأكل يستدعي إتلاف العين و الانتفاع بالمكان، فهو عاريه و زياده، إلّا أنّها محدوده بمدّه يسيره عرفيه و إتلاف عين مخصوصه، فلا يدخل فيها إلّا ما كان أضعف منها ليدخل من حيث المفهوم، و ما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي (2) عن تناول مال الغير و الانتفاع به. و المرجع في الصديق إلى العرف، و لا بدّ معه من عدم قرينه الكراهه، و إلّا فقد تتفق الكراهه لكثير مع تحقّق الصداقه.

و قال في التذكرة في موضع آخر: «الأقرب عندي أنّه لا يفتقر العاريه إلى لفظ، بل يكفي قرينه الإذن بالانتفاع من غير لفظ دالّ على الإعارة و الاستعاره، لا من طرف المعير و لا من طرف المستعير، كما لو رآه عاريا فدفع إليه قميصا فلبسه تمتّ العاريه. و كذا لو فرش لضيّفه فراشا أو بساطا أو مصلى أو حصيرا، أو ألقى إليه وساده فجلس عليها، أو مخدّه فاتكأ عليها، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطه، لأنّه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه قضاء بالظاهر، و قد قال صلى الله عليه و آله و سلّم: «نحن نقضى بالظاهر» [1]. ثمّ نقل عن بعض

ص: ١٣٣

(١-١) النور: ٦١.

(٢-٢) البقره: ١٨٨ و غيرها.

و يقع بكلّ لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع. و ليس بلازم لأحد المتعاقدين. (١) و الكلام فى فصول أربعه:

الشافعيه الافتقار إلى اللفظ، قال: «و الأقرب ما تقدّم، و قد جرت العاده بالانتفاع بظرف الهديه المبعوثه إليه و استعماله، كأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها، فإنه يكون عاريه، لأنه منتفع بملك الغير بإذنه، و إن لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال» (١).

قوله: «و ليس بلازم لأحد المتعاقدين».

كون العاريه من العقود الجائزه لكلّ من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق، لكن يستثنى منه مواضع:

الأول: الإعاره للرهن بعد وقوعه. و قد تقدّم (٢) الكلام فيه.

الثانى: إعاره الأرض لدفن ميّت مسلم و من بحكمه، فإنه لا يصحّ الرجوع بعده، لتحريم نبشه و هتك حرمة إلى أن تدرس عظامه. و هو موضع وفاق أيضا، نقله فى التذكرة (٣). أمّا لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميّت صحّ. و كذا بعد وضعه و قبل مواراته على الأقوى. قال فى التذكرة: و مؤنه الحفر إذا رجع بعد الحفر و قبل الدفن لازمه لوليّ الميّت (٤). و يشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلاّ كذلك، إذ لا تقصير منه حينئذ، فينبغى كونه من مال الميّت، و لا يلزم وليّ الميت الطمّ، لأنّ الحفر مأذون فيه.

الثالث: إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحا يرقع به السفينه فرقعها به ثمّ لجّ فى البحر، فإنه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت فى البحر، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس. و يحتمل جوازه و يثبت له المثل أو القيمه مع تعذّر المثل، لما فيه من الجمع بين المصلحتين، أو

ص: ١٣٤

١-١) التذكرة ٢:٢١١.

٢-٢) فى ص: ١٣٢.

٣-٣) التذكرة ٢:٢١١.

٤-٤) التذكرة ٢:٢١١.

يقال بجواز الرجوع و إن لم يجب تعجيل التسليم إليه. و تظهر الفائده فى وجوب المبادرة بالردّ بعد زوال الضرر من غير مطالبه جديده، كما تقدّم (١) فى الاستعاره للرهن. و لو لم تدخل السفينه البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، و لو كانت داخله لكن أمكن رجوعها إلى الشاطئ و جب إذا لم يتوجّه على صاحبها ضرر.

الرابع: أن يعيره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه مع كون الطرف الآخر مثبتاً فى ملك المستعير، فإنّه إذا بنى و أدى الرجوع إلى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ -رحمه الله- (٢) و إن دفع الأرش، لأنّه يؤدّى إلى قلع جذوعه من ملكه مجبراً، و هو غير جائز.

الخامس: أن يعيره الأرض للزرع فيزرع، فليس له الرجوع فيها قبل إدراكه -و إن دفع له الأرش، لأنّ له وقتاً ينتهى إليه، و قد أقدم عليه فى ابتداء الإعارة- عند الشيخ (٣) و ابن إدريس (٤).

السادس: أن يعيره الأرض لبنى فيها أو يغرس مدّه معلومه، فإنّه لا يجوز الرجوع فيها [مطلقاً] (٥) طول المدّه. و لو كانت غير موقّته فله الرجوع. ذهب إلى ذلك ابن الجنيد (٦).

و الأقوى فى هذه الثلاثه جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الأرش، و إنما يستثنى من القاعده الثلاثه الأول خاصّه. و سيأتى (٧) ذكر بعضها فى كلام المصنف، و كأنّه ترك الاستثناء هنا اتكالا عليه.

ص: ١٣٥

١-١ (١) فى ص: ١٣٢.

٢-٢ (٢) المبسوط ٥٦:٣.

٣-٣ (٣) المبسوط ٥٦:٣.

٤-٤ (٤) السرائر ٤٣٣:٢.

٥-٥ (٥) من «ه» فقط.

٦-٦ (٦) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٤٤٨.

٧-٧ (٧) فى ص: ١٤٩.

الأول في المعير و لا- بد أن يكون مكلفا، جائز التصرف. فلا تصح إعاره الصبي، و لا المجنون. و لو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة. (١) و كما لا يليها عن نفسه كذا لا تصح ولايته عن غيره. (٢) قوله: «فلا تصح إعاره الصبي و لا المجنون. و لو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة».

قد تقدم (١) في البيع أن عقد الصبي لا- عبره به و إن أذن له الولي، و إنما جاز هنا لأن العار به لما كانت جائزه، و لا تختص بلفظ بل كل ما دل على رضا المعير و هو هنا الولي، كان إذنه للصبي بمنزلة الإيجاب، فالعبره حينئذ بإذنه لا بعباره الصبي.

و على هذا فلا فرق بين المميز و غيره. و ينبغي أن يكون المجنون كذلك، لاشتراكهما في الوجه، فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما.

و المراد بالمعار هنا ملك الصبي كما يدل عليه مراعاة المصلحة. و تتحقق المصلحة بكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، لخوف و نحوه، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة، أو لكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها تركه، و نحو ذلك.

قوله: «و كما لا يليها عن نفسه كذا لا يصح ولايته عن غيره».

هذا إذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد أذن للصبي في الإعاره، و إلا فينبغي

ص: ١٣٦

جواز ولايته عن غيره على حدّ ما سبق، بمعنى أنّ العبره بإذن المالك، فلا وجه لفصل الحكمين المتقارنين، وإن كان إطلاق منع توليته عن غيره جيّداً من حيث إنّهُ متولّ.

ص: ١٣٧

الثاني في المستعير و له الانتفاع بما جرت العاده به في الانتفاع بالمعار. (١) و لو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعدد لم يضمن، إلا أن يشترط ذلك في العاربه. (٢) قوله: «و له الانتفاع بما جرت العاده به في الانتفاع بالمعار».

المرجع في العاده إلى نوع الانتفاع و قدره و صفته، فلو أعاره بساطا اقتضى الإطلاق فرشه و نحوه من الوجوه المعتاده، أو لحافا اقتضى جعله غطاء فلا يجوز فرشه، لعدم جريان العاده بذلك، أو حيوانا للحمل اقتضى تحميله قدرا جرت العاده بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة، أو فرسا من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها، و على هذا القياس. و لو تعددت منفعة العين فإن عين نوعا تعين، و إن عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، و إن أطلق فالأقوى أنه كذلك. قوله: «و لو نقص من العين شيء - إلى قوله - في العاربه».

لما كان إطلاق الإذن أو تعميمه يقتضى الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل و الكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها و إن نقصت، كالثوب يبلى و الدابة تضعف على وجه لا يمنع منه، فإذا فرض حصول نقص في العين أو تلف لم يكن ذلك مضمونا، لاستناد التلف إلى مأذون فيه و لو من جهة الإطلاق. و ما قطع به المصنف هو أصح القولين في المسألة. و فيه وجه آخر، و هو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف و إن كان داخلا في الإطلاق. نعم، لو

و لا- يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنه ليس له إمساكه، و لو أمسكه ضمنه، و إن لم يشترط عليه. (١) كان قد شرط الضمان في العاربه ضمن. و سيأتي (١) الكلام فيه.

قوله: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيدا، لأنه ليس له إمساكه. و لو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه».

لا شبهه في عدم جواز استعاره المحرم الصيد من المحلّ و المحرم، لما ذكره المصنف من تحريم إمساكه عليه. فلو استعاره بعقد العاربه فهل يقع العقد فاسدا؟ يحتمله، للنهي (٢)، و عدمه لأنّ المعاملات لا يبطلها النهي إلاّ بدليل خارج. و عباره المصنف و غيره (٣) لا تدل على أحد الأمرين صريحا، لأنّ عدم الجواز أعمّ من الفساد كما ذكرناه. فعلى تقدير قبضه له إن ردّه على المالك لزمه الفداء لله تعالى و برئ من حقّ المالك، و إن تلف في يده فلا- شبهه في ضمانه الفداء لله تعالى، لأنّه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك، حتى لو كان المعير محرما أيضا فعلى كلّ واحد منهما فداء.

و مقتضى عباره المصنف و جماعه (٤) أنّه يضمّنه مع التلف للمالك أيضا بالقيمه، لأنّهم جعلوه من العواري المضمونه و إن لم يشترط فيها الضمان. و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا يدلّ على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحّته، أمّا مع صحّته فالأصل في العاربه عندنا أن تكون غير مضمونه إلاّ أن يدلّ دليل عليه، و لم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه، و أمّا مع فسادها فلا أنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه- كما أسلفناه في مواضع- قاعده كليّه.

و يمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص [١] بأنّ المحرم لو أتلف

ص: ١٣٩

١- ١) في ص: ١٥٣.

٢- ٢) راجع الوسائل ٩: ٢٣١ ب «٣٦» من أبواب كفّارات الصيد و توابعها ح ٢، ٣.

٣- ٣) كالعلّامه في القواعد ١: ١٩١.

٤- ٤) منهم العلّامه في تحرير الأحكام ١: ٢٦٩.

و لو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحلّ جاز، لأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك. (١)
صيدا مملوكا فعليه فداؤه لملكه، فيدخل فيه صورته النزاع. وفيه نظر، لمعارضته بالنصّ الصحيح (١) الدالّ على أنّ العاريه غير
مضمونه، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك يمكن تخصيص الثانى بغير الصيد، فالترجيح غير واضح.

و زاد فى التذكرة (٢) أنّ المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله و ضمن للمالك قيمته، و أنّه إن ردّه على المالك ضمن
للّه تعالى الفداء و سقطت عنه القيمة للمالك. و وجه الحكم الأول أنّه صيد و حكمه بالنسبه إلى المحرم و جوب الإرسال، لكن
ذلك فى المملوك موضع إشكال، لتعارض حقّ اللّه تعالى فيه و حقّ الآدمى، و القاعده المعروفه فى ذلك تقديم حقّ
الآدمى، فينبغى ردّه على مالكة و ضمان الفداء لله تعالى كما ذكره ثانىا.

قوله: «و لو كان الصيد فى يد محرم - إلى قوله - ما ليس بملك».

إذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار فيه بمنزله الأجنبى، بإطلاق الجواز على إعارته يشكّل من ثلاثه أوجه:

الأول: أنّ الإعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير، و هو هنا منتف، لما ذكره من زوال ملكه عنه.

الثانى: أنّ تسليمه للمحلّ إعانه على الصيد و إثبات سلطنه للغير عليه، و هو محرّم على المحرم فلا يناسبه إثبات الجواز.

الثالث: أنّ تسليمه إذا كان محرّما على المحرم يحرم قبوله من المحلّ، لإعانتته له على الإثم و العدوان المنهى عنه فى القرآن (٣)، و
إن كان للمحلّ تناول الصيد لو لا

ص: ١٤٠

١- (١) الوسائل ١٣: ٢٣٦ ب «١» من أبواب كتاب العاريه.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٢٠٩.

٣- (٣) المائده: ٢.

و لو استعاره من الغاصب، و هو لا يعلم، (١) كان الضمان على الغاصب، و للمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة، و يرجع على الغاصب، لأنه أذن له في استيفائها بغير عوض. و الوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب. و كذا لو تلفت العين في يد المستعير. ذلك.

و الأقوى الحكم بتحريم الإعاره المذكوره، أعنى إثبات صورتها و إن كان الملك غير متحقق، و تحريم أخذ المحلّ له من يده للإعانه على المحرّم، لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحلّ سوى الإثم، و لا شيء للمحرم عليه، لزوال ملكه، و على المحرم الفداء لو تلف في يد المحلّ لتعديده بالإعاره، فإنه كان يجب عليه الإرسال، ففي العبارة تساهل في اللفظ و إشكال في الحكم.

قوله: «و لو استعار من الغاصب و هو لا يعلم. إلخ».

المستعير من الغاصب يده يد ضمان كما في كلّ من ترتبت يده على يده، سواء كان عالماً بالغصب أم جاهلاً، على أصحّ القولين في المسألة، لكن مع جهل المستعير له الرجوع بما أغرمه المالك، لدخوله على أن يكون العين و المنفعة غير مضمونه.

و يستثنى منه ما إذا كانت العاربه مضمونه، فإنه لا يرجع حينئذ على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده، و يرجع بأجره المنفعة إذا أخذها منه المالك، و كذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف، لأنه غير مضمون عليه و إن كانت مضمونه، كما سيأتي (١).

و وجه ما اختاره المصنّف من اختصاص الضمان بالغاصب- حيث لا تكون العاربه مضمونه- أن المستعير مغرور فضعفت مباشرته فكان السبب الغارّ أقوى.

و المشهور الأوّل.

و الحاصل: أن المالك مخير في الرجوع على كلّ منهما، فإن رجع على المستعير رجع على الغاصب إن لم تكن العاربه مضمونه، و إلا رجع عليه بعين (٢) ما قدم على

ص: ١٤١

١- ١) في ص: ١٤٢.

٢- ٢) في «س» و «ه»: بغير.

أما لو كان عالما كان ضامنا(١)و لم يرجع على الغاصب.و لو أغرم الغاصب رجوع على المستعير.

ضمانه.و ربّما احتمل هنا ضعيفا رجوعه مطلقا،لأنّ استحقاق العين أوجب فساد العاربه فلا تكون مضمونه،و هو مغرور مع الغصب فيرجع على من غرّوه.و يضعّف بأنّ غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان،لأنّنا لم نضمّمه من حيث الغصب بل من حيث كونها عاربه مضمونه و دخوله على ذلك،فإذا تبين فساده لحق حكم الفاسد بالصحيح،كما سلف من القاعده.

و إن رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير إن لم تكن مضمونه،و إلاّ رجع عليه بما كان يضمّنه لو كانت صحيحه.و لا فرق في ذلك كلّه بين المنفعه و الأجزاء و العين.و إطلاق المصنّف رجوع المستعير على الغاصب أو اختصاص الضمان به غير جيّد،بل كان عليه أن يستثنى العاربه المضمونه.

قوله:«أما لو كان عالما كان ضامنا.إلخ».

إذا كان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزله الغاصب في جميع الأحكام،و من حكم ترتّب أيدي الغاصبين على المال أنّ المالك يتخيّر في الرجوع على أيّهما شاء،و يستقرّ الضمان على من تلفت العين في يده.هذا إذا تساوت قيمتها في أيديهما،أو زادت في يد المستعير،أما لو اختصّ الغاصب بزياده فيها ثمّ ذهبت قبل قبض المستعير اختصّ بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه،فلا يرجع به المالك على المستعير،و لا يرجع به الغاصب عليه لو رجع المالك عليه ابتداء.

ص:١٤٢

الثالث فى العين المعاره وهى كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه،(١) كالثوب و الدابّه.

و تصح استعاره الأرض للزراعه و الغرس و البناء. و يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه. و قيل: يجوز أن يستبيح ما دونه فى الضرر، كأن يستعير أرضا للغرس فيزرع. و الأول أشبه. (٢) قوله: «و هى كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه».

هذا الحكم بحسب الأصل أو الغالب و إلا فسيأتى (١) جواز إعاره المنحه، و المستوفى منها أعيان لا منافع، كالصوف و الشعر و اللبن.

قوله: «و يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه- إلى قوله- و الأول أشبه».

هذه المسأله لم يذكر العلامه (٢) فى كتبه أجمع فيها خلافا. و فى المختلف لم يذكرها و قطع بجواز الانتفاع بالأدون ضررا و المساوى. و ما اختاره المصنّف أوجه و قوفا مع الإذن، لأنّ الأصل عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه، خرج منه ما أذن فبقى الباقي. و كون الأدون أولى بالإذن فيدخل من باب مفهوم الموافقه ممنوع، لجواز تعلّق غرض المالك بالنوع الخاص، فالأولويه ممنوعه. نعم، لو علم

ص: ١٤٣

١- ١) فى ص: ١٤٥.

٢- ٢) راجع تحرير الأحكام ١: ٢٦٩، التذكرة ٢: ٢١١، القواعد ١: ١٩٣.

انتفاء الغرض فى التخصيص توجه جواز التخطى إلى الأقل، كما أنه لو نهى عن التخطى لم يجر إلى المساوى و الأقل قطعاً. وكذا لو دلت القرائن على تعلق الغرض بالمعین.

إذا تقرّر ذلك: فلو عدل إلى الأضرّ مع النهى أو الإطلاق، أو إلى المساوى و الأذون مع النهى أو الإطلاق على ما اختاره المصنّف، فهل تلزمه الأجره لمجموع الزرع، أو يسقط منها مقدار أجره المأذون فيه و يثبت الزائد خاصّه؟ وجهان، من أنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه، و هو يستلزم ثبوت الأجره كملاً، و من أنه قد أباحه المنفعه المخصوصه فلا يجب لها عوض، فإذا تخطى إلى غيرها كان مقدار منفعه المأذون مباحاً له فيضمن الزائد إن كان، فعلى هذا لا يحصل فى المساوى و الأقل ضرراً إلاّ الإثم خاصّه. و الأقوى الأول، لأن المنفعه المأذون فيها لم يستوفها فسقط حقّه منها.

و ما استوفاه وقع بغير إذن المالك فيضمن أجرته كملاً، لأنه عدوان محض.

و العلامه (1) - رحمه الله - فرق بين النهى عن التخطى و بين الإطلاق، فأوجب الأجره كملاً مع النهى و أسقط التفاوت مع الإطلاق. و الفرق غير واضح، لأنّ التخطى فى الحالين غير مأذون فيه، غايته أنه فى إحداهما نصّ على المنع و فى الأخرى جاء المنع من أصل الشرع بواسطة عدم الإذن، و ذلك لا يوجب اختلاف الحكم المذكور.

نعم، لو كان المأذون فيه داخلاً فى ضمن المنهى عنه كما لو أذن له فى تحميل الدابّه قدراً معيّناً فزاد عليه، أو فى ركوبها بنفسه فأردف غيره، تحقّق إسقاط قدر المأذون قطعاً، لأنّ المأذون فيه بعض المنفعه التى استوفاه فلا أجره له، بخلاف النوع المخالف. و مثله ما لو زرع المأذون فيه و غيره.

ص: ١٤٤

و كذا يجوز استعاره كل حيوان له منفعة، كفحل الضراب، و الكلب، و السنور، و العبد للخدمه، و المملوكه، و لو كان المستعير أجنبيًا منها. (١) و يجوز استعاره الشاه للحلب، و هي المنحه. (٢) و لا يستباح و طء الأمه بالعاريه. و فى استباحتها بلفظ الإباحه تردّد. و الأشبه الجواز.

قوله: «و المملوكه و إن كان المستعير أجنبيًا منها».

لا- خلاف عندنا فى جواز إعاره الجاريه للخدمه، سواء كانت حسنه أم قبيحه، و سواء كان المستعير أجنبيًا أم محرماً، لكن تكره إعارتها للأجنيب، و تتأكد الكراهه إذا كانت حسناء خوف الفتنه. و خالف فى ذلك الشافعي (١) فحرّم إعارتها إلا- أن تكون صغيره لا تشتهى أو كبيره كذلك أو قبيحه المنظر فله وجهان. و أمّا استعارتها للاستمتاع فغير جائز إجماعاً.

قوله: «و يجوز استعاره الشاه للحلب و هي المنحه».

الحلب- بفتح العين- مصدر قولك: حلبت الشاه و الناقه أحلبها حلباً.

و المنحه- بالكسر- الشاه المستعاره لذلك، و أصلها العطيّه. و جواز إعاره الشاه لذلك ثابت بالنصّ (٢) على خلاف الأصل، لأنّ اللبن المقصود من الإعاره عين لا منفعه.

و عدّوا الحكم إلى غير الشاه ممّا يتخذ للحلب من الأنعام و غيرها. و فى التذكرة (٣):

«يجوز إعاره الغنم للانتفاع بلبنها و صوفها».

و فى تعدّي الحكم عن موضع الوفاق إن كان- و هو إعاره الغنم للبن- نظر، لعدم الدليل مع وجود المانع، و هو أنّ الإعاره مختصّه فى الأصل بالأعيان ليستوفى منها المنافع. و النصّ من طرفنا غير واضح، و من طرق العامه (٤) لا يدلّ على غير الشاه.

ص: ١٤٥

١- ١ فتح العزيز ٢١٢: ١١.

٢- ٢ استدلال على ذلك بما ورد فى الوسائل ١٢: ٢٦٠ ب «٩» من أبواب عقد البيع و شروطه ح ١، ٤، و فى عوالم اللثالى ٣: ٢٤١ ح

١، و مستدرک الوسائل ١٢: ٣٩٣ ب «٤» من أبواب الدين و القرض ح ٤.

٣- ٣ التذكرة ٢١٠: ٢.

٤- ٤ كنز العمال ٤١٦: ٦ و ١٦٣٣٠ و ١٦٣٣١، و لكن ح ١٦٣٣٢ و ١٦٣٣٣ صريحان فى غير الشاه.

و تصحّ الإعارة مطلقه، ومدّه معيّنه. و للمالك الرجوع. (١) و لو أذن له فى البناء أو الغرس، ثمّ أمره بالإزاله وجبت الإجابته.

و كذا فى الزرع و لو قبل إدراكه، على الأشبه. (٢) قوله: «و تصحّ الإعارة مطلقه و مدّه معيّنه و للمالك الرجوع».

الحكم بجواز الرجوع متعلّق بما إذا عيّن المدّه. و نبه عليه-مع دخوله سابقا فى كون العاربه من العقود الجائزه من الطرفين-على خلاف ابن الجنيد (١) حيث حكم بلزومها من طرف المعير إذا عيّن لها مدّه، لكنّه خصّ الحكم بإعارة الأرض البراح للغرس و البناء. و أمّا تعلّق الحكم بالقسمين معا-أعنى الإطلاق و تعيين المدّه-فلا نكته فيه بعد ذكر الجواز مطلقا. و وجه جواز الرجوع مطلقا أنّ ذلك هو مقتضى العاربه، فلزومها فى بعض الأفراد يحتاج إلى دليل صالح. و تعيين المدّه لم يخرجها فيها عن كونها عاربه جائزه. نعم، يفيد تعيينها عدم جواز تصرف المستعير بعدها، كما يفيد تعيين المدّه للقراض ذلك، مع جواز الفسخ فيها لكلّ منهما.

قوله: «و لو أذن له فى البناء أو الغرس-إلى قوله-على الأشبه».

إنّما فصل الزرع عنهما لأنّ الخلاف فيه دونهما إلاّ مع اقترانهما بمدّه، و قد تقدّمت (٢) الإشارة منه إلى حكمه. و المخالف فيه الشيخ (٣)-رحمه الله-حيث أوجب على المعير الوفاء بالعاربه إلى حين إدراكه، لأنّ له وقتا ينتهى إليه بخلاف الغرس و البناء، و تبعه ابن إدريس (٤). و يمكن أن يكون «الأشبه» تنبيها على قول ابن الجنيد (٥) أيضا، و يكون متعلّقا بحكم الغرس و البناء من حيث الإطلاق، فإنّه يشمل ما لو أعاره لهما مدّه معيّنه، إلاّ أنّ الأوّل أقعد و أنسب بفصل الزرع عنهما و عطفه

ص: ١٤٦

١-١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤٨.

٢-٢) فى ص: ١٤٣.

٣-٣) المبسوط ٥٦: ٣.

٤-٤) السرائر ٤٣٣: ٢.

٥-٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤٨.

و على الآذن الأرش. و ليس له المطالبه بالإزاله من دون الأرش. (١) عليهما بعد الفراغ من حكمهما.

و كيف كان فالأقوى ما اختاره المصنّف من جواز الرجوع مطلقاً، لأنّ بناء العاريه على الجواز إلّا ما أخرجه الدليل، و هو منتف هنا. و حديث الضرر و الإضرار (١) مشترك بين المعير و المستعير، فيسقط اعتباره للتعارض و يرجع إلى الأصل، مع أنّه يمكن الجمع بين المصلحتين و اندفاع الضررين بدفع المعير الأرش.

قوله: «و على الآذن الأرش و ليس له المطالبه بالإزاله من دون الأرش».

أى أرش الزرع و الغرس و البناء، و هو تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض و ثابتاً. و هل يعتبر فيه كونه مجاناً أو بأجره؟ كلام الشيخ في المبسوط [١] صريح في الأول. و هو الظاهر من كلام المصنّف و الجماعه [٢]، مع احتمال اعتبار الثاني، لأنّ الرجوع في العاريه يقتضى كون أرض الغير مشغوله بملك غيره بغير إذنه، فلا بدّ من اعتبار الأجره في بقائه.

و يمكن دفعه بأنّ وضعه في الأرض لمّا كان صادراً عن اذن المالك تبرّعا اقتضى ذلك بقاءه تبرّعا كذلك، و إنّما صير إلى جواز القلع بالأرش جمعا بين الحقّين، فيقوم ثابتاً بغير أجره، مراعاة لحقّ المستعير، و يقلع مراعاة لحقّ المعير.

و فيه: أنّ جواز الرجوع في العاريه لا- معنى له إلّا- أن تكون منفعه الأرض ملكاً لصاحبها لا حقّ لغيره فيها، و حينئذ فلا يستحقّ الإبقاء فيها إلّا برضاه بالأجره، و حقّ المستعير يجبر بالأرش، كما أنّ حقّ المعير يجبر بالتسلّط على القلع و بأخذ الأجره لو اتّفقا

ص: ١٤٧

١- ١) راجع الوسائل ١٧: ٣٤٠ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات و غيره، و مسند أحمد ٥: ٣٢٧، و الموطأ ٢: ٨٠٥، و سنن ابن ماجه

على إبقائه بها. وهذا هو الأقوى، واختاره في التذكرة (١) في غير محله استطرادا.

ولمّا كان المراد من الأرش هو التفاوت بين الحالين، فحيث ينتفى التفاوت - كما إذا كان الرجوع بعد إدراك الزرع - لا أرش، فلا يضرّ حكم المصنّف بالأرش في جميع ما تقدّم الذي من جملته قوله: «و كذا الزرع و لو قبل إدراكه» فإنّ «لو» الوصلية تقتضى جواز الرجوع بعد إدراكه بطريق أولى، فصارت من جملة الصور المعقّبة بثبوت الأرش على الآذن، والحال أنّه هنا لا - أرش، لعدم الاختلاف. وإثبات الأرش إنّما يكون في صورته اختلاف حالتي القلع والبقاء، وهو باقى الصور. وأشار بقوله: «و ليس له المطالبة. إلخ» إلى أنّ دفع الأرش شرط في جواز المطالبة، فلا تجب إجابته إلى القلع قبل دفعه وإن بذله، لاحتمال تعدّر الرجوع عليه بإفلاس أو غيبه ونحوهما، فيضيع حقّ المستعير ويلزم الضرر، بخلاف ما لو دفع أولاً، فإنّ غايته أن يهرب المستعير أو يتعدّر مباشرته للقلع بوجهه، فيباشره المعير بإذن الحاكم مع إمكانه، أولاً معه مع تعدّره و تعدّر إذن المالك، فلا يحصل الضرر. لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة، ومن شأنها أنّهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير أن يسبق أحدهما الآخر، وإنّما حكم هنا بسبق دفع الأرش لأنّ المعية غير ممكنة، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج و عسر، والضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدّمه.

و اعلم أنّ المعير لو بذل قيمة الغرس و الزرع و البناء لم يجب إجابته، كما لا - يجب إجابه المستعير لو بذل قيمة الأرض أو الأجره، لأنّ تملك مال الغير و استحقاق منفعه ماله موقوف على رضاه، خلافاً للشيخ (٢) - رحمه الله - في الأوّل، فإنّه أوجب على المستعير الإجابة محتجاً بانتفاء الضرر عليه. ولا يخفى ضعفه، فإنّ مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه.

ص: ١٤٨

١ - ١) التذكرة ١٨٤: ٢.

٢ - ٢) المبسوط ٥٥: ٣.

و لو أعاره أرضا للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميِّت. (١) و للمستعير أن يدخل إلى الأرض، و يستظلّ بشجرها. (٢) قوله: «و لو أعاره أرضا للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميِّت».

المراد بالميِّت هنا المسلم أو من فى حكمه، كولده الصغير و المجنون و اللقيط بشرطه، إذ لا حرمة لغيره. و إنّما لزم الإعارة هنا لما فى النباش من هتك حرمة الثابته له بعد الوفاة كالحياه. و هو موضع وفاق. و غايه المنع من الرجوع اندراس عظام الميِّت و صيرورته رميما. و المرجع فى ذلك إلى الظنّ الغالب بحسب الترب و الأهويه. و إنّما أطلق المصنّف المنع لأنّه علّقه على القلع، و لا يتحقّق إلاّ مع بقاء شيء من أجزائه، فإذا بلى لم يتحقّق القلع، فارتفع المنع.

قوله: «و للمستعير أن يدخل إلى الأرض و يستظلّ بشجرها».

إذا استعار الأرض للغرس و غرسها جاز لكلّ من المعير و المستعير دخول الأرض، أمّا المعير فلاّ أنّ الأرض ملكه فله الدخول إليها فى كلّ وقت، و له أن يستظلّ بشجرها و إن كان ملكا لغيره، لأنّه جالس فى ملكه كما لو جلس فى غيره من أملاكه و اتفق له التظلّل بشجر غيره، أو فى المباح كذلك. و الضابط أنّه يجوز له الانتفاع منها بكلّ ما لا يستلزم التصرّف فى الغرس. و مثله البناء. و أمّا المستعير فلاّ أنّ الشجر ملكه، فله الدخول لأجله بأن يسقيه و يحرسه و يهدّبه و نحو ذلك، و ليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلّق بمصلحه الشجر و الثمر كالتفريج، لأنّ الاستعاره وقعت لمنفعه معيّنه فلا يتعدّهاها.

و اعلم أنّ الموجود فى عباره الأصحاب و غيرهم فى هذه المسأله: أنّ المعير له الدخول و الاستظلال بالشجر معلّين بما ذكرناه من أنّه جالس فى ملكه فلا يمنع منه، و أمّا المستعير فلم يذكر أحد جواز جلوسه للاستظلال، و إنّما شرطوا فى دخوله ما ذكرناه من متعلّقات الشجر. و عباره المصنّف هنا وقعت فيما وجدناه من النسخ أنّ للمستعير الدخول و الاستظلال، و حقّه أنّ للمعير الدخول للاستظلال، على ما وجدته فى سائر كتب الفقه التى تعرّضوا فيها لهذه المسأله من كتبنا و كتب غيرنا.

و النكته فى الاستظلال بالنسبه إلى المعير واضحه كما ذكرناه، و أما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكته فى تخصيصه من بين الوجوه التى ينتفع بها.

قال فى التذكرة (١): «يجوز للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها و الاستظلال بالبناء و الشجر، لأنه جالس على ملكه، و ليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر و لا غصن و لا ورق و لا غير ذلك، و لا بضرب و تد فى الحائط، و لا التسقيف عليه. و ليس للمستعير دخول الأرض للتفرّج إلاّ بإذن المعير، لأنّه تصرّف غير مأذون فيه. نعم، يجوز له الدخول لسقى الشجر و مرّمه الجدر، حراسه لملكه عن التلف و الضياع».

و قال فى التحرير (٢): «للمعير الدخول إلى أرضه و الاستظلال بالشجر دون الانتفاع به من شدّ دابّته فيه و غيره، و أمّا المستعير فليس له الدخول لغير حاجه قطعاً، و فى دخوله لحاجه سقى الغرس و جهان».

و فى القواعد (٣): «يجوز للمعير دخول الأرض و الانتفاع بها، و الاستظلال بالبناء و الشجر، و كلّ ما لا يضّرّ بالبناء و الغرس، و للمستعير الدخول لسقى الشجر و مرّمه البناء دون التفرّج». و باقى عبارات القوم قريبه من ذلك.

نعم، ذكر الشهيد فى اللمعه (٤) جواز استظلال كلّ منهما بالشجر، و هو أجود من الاقتصار على المستعير، إلاّ أن يجعل نكته الاقتصار عليه بيان الفرد الأخرى.

تنبيه: يعلم من قولهم: إنّ المستعير ليس له الدخول للتفرّج أنّه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرّج بطريق أولى إلاّ بإذن المالك. نعم، لو كان صديقاً توجّه الجواز مع عدم قرينه الكراهه، كما تقدّم (٥) فى صدر العاربه.

ص: ١٥٠

١- ١) التذكرة ٢١٣: ٢. و فيها: أو حراسه لملكه.

٢- ٢) تحرير الاحكام ٢٧٠: ١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١٩٢: ١.

٤- ٤) اللمعه: ٩١.

٥- ٥) لاحظ ص: ١٣٣.

و لو أعاره حائطا لطرح خشبه فطالبه بإزالتها كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبتة في بناء المستعير، فيؤدى إلى خرابه، و إجباره على إزاله جذوعه عن ملكه. و فيه تردّد. (١) و لو أذن له فى غرس شجره فانقلعت جاز أن يغرس غيرها، استصحابا للإذن الأوّل. و قيل: يفتقر إلى إذن مستأنف. و هو أشبه. (٢) قوله: «و لو أعاره حائطا لطرح خشبه- إلى قوله- و فيه تردّد».

هذا الحكم ذكره الشيخ (١)- رحمه الله- و تبعه عليه ابن إدريس (٢). و وجهه:

ما أشار إليه المصنّف من أنّ رجوع المعير مستلزم للتصرّف فى ملك الغير و تخريب بنائه الواقع فى ملكه، فيمنع منه، لأنّ الثابت له شرعا إنّما هو تفرّغ ملكه من ملك الغير، لا تخريب ملك الغير.

و وجه تردّد المصنّف فيه ممّا ذكر، و من أنّه عاربه من لوازمها جواز الرجوع فيها، و ما ذكر لا- يصلح للمنع، لأنّ تفرّغ مال المستعير مع المطالبه واجب، فإذا توقّف على تخريب ملكه كان من باب المقدّمه التى لا- يتم الواجب إلا- بها، فيجب من هذه الحيثيه. و المستعير أدخل الضرر على نفسه ببناؤه فى ملكه بناء معرّضا للزوال بالرجوع فى العاربه التى هى مبنيّه على الجواز. و الأقوى الجواز مع الأرش كما مرّ (٣)، و هو جائز لضرر المستعير.

قوله: «و لو أذن له فى غرس شجره فانقلعت- إلى قوله- و هو أشبه».

وجه الأوّل: أنّ الإذن قائم ما لم يرجع. و يضعف بأنّه قائم فيما دلّ عليه لا فى غيره، فعدم الجواز- كما اختاره المصنّف- إلاّ بإذن جديد أقوى. و مثله الزرع و البناء و وضع الجذع. قال فى التذكرة (٤): «أما لو انقلع الفسيل المأذون له فى زرعه فى غير

ص: ١٥١

١-١) المبسوط ٥٦:٣.

٢-٢) السرائر ٤٣٣:٢-٤٣٤.

٣-٣) فى ص: ١٣٥.

٤-٤) التذكرة ٢١٤:٢.

و لا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك،(١) ولا إيجارها، لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير، وإن كان له استيفؤها.

وقته المعتاد، أو سقط الجذع كذلك و قصر الزمان جدًّا، فالأولى أن له أن يعيده بغير تجديد الإذن.

قوله: «و لا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك. إلخ».

أى لأن شرط المعير أن يكون مالكا للمنفعة، ولأن الأصل عصمه مال الغير و صيانتة عن التصرف فيه، و الإعاره إنما تناولت المستعير. نعم، يجوز للمستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه و وكيله، و لا يعد ذلك إعاره، لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل. و هذا موضع وفاق، و خالف فيه بعض العامه (١) فجوزه قياسا على إجاره المستأجر. و الفرق واضح.

و حيث يعير المستعير فللمالك الرجوع بأجره المثل عن مدّة الإعاره الثانيه على من شاء منهما، و ببدل العين لو تلفت، فإن رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال، إلا أن تكون العاربه مضمونه فيرجع عليه ببدل العين خاصه. و لو كان عالما استقرّ الضمان عليه كالعاصب. و إن رجع على المستعير رجع على المعير بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه لغروره. هذا هو مقتضى القواعد. و قد تقدّم (٢) مثله في المستعير من العاصب.

و في التذكرة (٣) و القواعد (٤) استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقا، و في رجوع المعير على المستعير الجاهل، مع حكمه في المستعير من العاصب بمثل ما سلف.

و مثله القول في الإجاره بل أولى، لأن الإعاره جائزه، فإذا رجع المعير أمكن

ص: ١٥٢

١- ١) روضه القضاء ٥٣١: ٢، فتح العزيز ٢١٠: ١١- ٢١١.

٢- ٢) لاحظ ص: ١٤١- ١٤٣.

٣- ٣) التذكرة ٢١٦: ٢.

٤- ٤) قواعد الأحكام ١٩٣: ١.

الرابع فى الأحكام المتعلقة بها و فى مسائل:

الأولى: العارية أمانه

الأولى: العارية أمانه، لا تضمن إلا بالتفريط فى الحفظ، أو التعدى، أو اشتراط الضمان. (١) المستعير الرجوع فى إعارته، فقد يتوهم جوازه لذلك و يجعل المستعير كالوكيل، بخلاف الإجاره، للزومها على تقدير صحتها فتنافى الإعاره.

قوله: «العارية أمانه- إلى قوله- أو اشتراط الضمان».

أجمع أصحابنا و أكثر العامه (١) على أن العارية أمانه لا تضمن بالتلف، و النصوص الصحيحه (٢) على ذلك من طرقنا كثيره. و استثنى منه مواضع:

الأول: التعدى و التفريط فى الحفظ. و قد كان يستغنى عن استثنائه، لأن معنى عدم ضمان الأمانه فى كل موضع أنها لو تلفت بدونهما لم تضمن. و الأمر سهل.

الثانى: العارية من غير المالك. و الكلام فى استثنائها كما مر، فإنها غصب فى الحقيقه لا عاريه، و لكنها بصوره العاريه فأجروا عليها اللفظ.

الثالث: عاريه الصيد للمحرم، فإن إمساكه حرام فىكون متعديا و ضامنا.

ص: ١٥٣

١- (١) الإشراف على مذاهب العلماء ٢٧٠: ١، المغنى لابن قدامه ٣٥٥: ٥، و رحمه الأمه: ١٦٧.

٢- (٢) الوسائل ٢٣٦: ١٣ ب «١» من أبواب أحكام العاريه ح ١٠، ٦، ٣، ١، و باب «٣» أيضا.

و هذا ظاهر بالنسبه إلى حقّ الله تعالى، أمّا بالنسبه إلى حقّ المالك فقد يشكل بما مرّ (١).

الرابع: عاريه الذهب و الفضة إلا أن يشترط سقوطه. و سيأتي الكلام فيه.

الخامس: إذا اشترط ضمانها. و هو صحيح بالنصّ (٢) و الإجماع.

السادس: عاريه الحيوان، فإنّ ابن الجنيّد (٣) حكم بكونه مضمونا استنادا إلى روايه (٤) يمنع ضعفها من العمل بها. و الأقوى أنّه كغيره ممّا لا يضمن إلا بالشرط.

و قد اتّضح بذلك أنّه لا يستثنى إلا ما استثناه المصنّف خاصّه.

إذا تقرّر ذلك فالعاريه بالنسبه إلى الضمان و عدمه مع الشرط و عدمه أربعة أقسام:

أحدها: ما يضمن و إن اشترط عدم الضمان، و هو الثلاثه الأوّل من الصور المستثناه. و يحتمل قويا سقوطه في الأوّل، لأنّه في قوه إذن المالك له في الإلتلاف مجّانا، فلا يستعقب الضمان. أمّا الأخيران فالأمر فيهما واضح، لأنّ إسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبره به. و كذا إسقاط الضمان عن المحرم، لأنّه ثابت عليه من عند الله تعالى باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا.

و ثانيها: ما لا- يكون مضمونا و إن اشترط الضمان، و هو استعاره المحلّ الصيد من المحرم. و قد تقدّم (٥) تسميه المصنّف له استعاره.

و ثالثها: ما يكون مضمونا إلا أن يشترط عدم الضمان، و هو استعاره الذهب و الفضة.

ص: ١٥٤

١- ١) في ص: ١٣٩.

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب «٣» من أحكام العاريه، و ح ١ من باب «١» أيضا.

٣- ٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٦.

٤- ٤) الكافي ٥: ٣٠٢ ح ٢، الاستبصار ٣: ١٢٥ ح ٣، ٤٤٥، التهذيب ٧: ١٨٥ ح ٧، الوسائل ١٣: ٢٣٨ ب «١» من أبواب أحكام العاريه ح

١١.

٥- ٥) لاحظ ص: ١٤٠.

و تضمن إذا كانت ذهبا أو فضّه (١) و إن لم يشترط، إلا أن يشترط سقوط الضمان.

و رابعها: ما لا يكون مضمونا إلا أن يشترط الضمان، و هو باقى أقسامها.

قوله: «و تضمن إذا كانت ذهبا أو فضّه. إلخ».

هذه إحدى الصور التى تضمن فيها العاربه من غير شرط، بل هى الفرد الأظهر كما تقرّر. و مستند الحكم النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السلام، كروايه زراره فى الحسن عن الصادق عليه السلام «قال: قلت له: العاربه مضمونه؟ فقال: جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب و الفضّه، فإنّهما يلزمان إلا أن يشترط أنّه متى توى لم يلزمك تواه. و كذلك جميع ما استعرت و اشترط عليك لزمك. و الذهب و الفضّه لا لزم لك و إن لم يشترط عليك (١)». و روى ابن مسكان فى الصحيح عنه عليه السلام: «لا تضمن العاربه إلا أن يكون اشتراط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنّها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمّانا» (٢). و فى حسنه عبد الملك (٣) مثلها إلا أن الاستثناء فيها للدرهم.

و قد علم من ذلك أنّ عاربه الدرهم و الدنانير مضمونه. و لا خلاف فى ضمانهما عندنا، إنّما الخلاف فى غيرهما من الذهب و الفضّه كالحلّى المصوغه، فإنّ مقتضى الخبر الأوّل و نحوه دخولها، و مقتضى تخصيص الثانى بالدرهم و الدنانير خروجها، فمن الأصحاب من نظر إلى أنّ الذهب و الفضّه مخصّصان من عدم الضمان مطلقا، و لا منافاه بينهما و بين الدرهم و الدنانير، لأنّهما بعض أفرادهما، فيستثنى الجميع، و يثبت الضمان فى مطلق الجنسين. و منهم من التفت إلى أنّ الذهب و الفضّه مطلقان أو عامّان، بحسب إفاده الجنس المعرّف العموم و عدمه، و الدرهم و الدنانير مقيدان أو

ص: ١٥٥

١- ١) الكافى ٥: ٢٣٨ ح ٣، التهذيب ٧: ١٨٣ ح ٧، الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب «٣» من أبواب أحكام العاربه ح ٢.

٢- ٢) الكافى ٥: ٢٣٨ ح ٢، الاستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٤٨ و فيهما: عن ابن سنان، التهذيب ٧: ١٨٣ ح ٨٠٤، الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب «٣» من أبواب أحكام العاربه ح ١.

٣- ٣) التهذيب ٧: ١٨٤ ح ٨٠٨، الوسائل ١٣: ٢٤٠ ب «٣» من أبواب أحكام العاربه ح ٣.

مخصّصان، فيجمع بين النصوص بحمل المطلق على المقيد أو العامّ على الخاصّ.

و التحقيق في ذلك أن نقول: إنّ هنا نصوصا على ثلاثة أضرب:

أحدها: عامّ في عدم الضمان من غير تقييد، كصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «ليس على مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعة (١) مؤتمن». و قريب منها صحيحه محمّد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام.

و ثانيها: بحكمها إلاّ أنّه استثنى مطلق الذهب و الفضة.

و ثالثها: بحكمها إلاّ أنّه استثنى الدنانير أو الدراهم.

و حيثئذ فلا بدّ من الجمع، فأخراج الدراهم و الدنانير لازم، لخروجهما على الوجهين الأخيرين، فإذا خرجا من العموم بقى العموم فيما عداهما بحاله، و قد عارضه التخصيص بمطلق الجنس، فلا بدّ من الجمع بينهما بحمل العامّ على الخاصّ.

فإن قيل: لمّا كان الدراهم و الدنانير أخصّ من الذهب و الفضة و جب تخصيصهما بهما عملا بالقاعده، فلا تبقى المعارضه إلاّ بين العامّ الأوّل و الخاصّ الأخير.

قلنا: لا- شكّ أنّ كلا- منهما مخصّص لذلك العامّ، لأنّ كلاّ منهما مستثنى، و ليس هنا إلاّ أنّ أحد المخصّصين أعمّ من الآخر مطلقا، و ذلك غير مانع، فيخصّ العامّ الأوّل بكلّ منهما أو يقيّد مطلقه، لا أنّ أحدهما يخصّص بالآخر، لعدم المنافاه بين إخراج الذهب و الفضة في لفظ و الدراهم و الدنانير في لفظ حتّى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد. و أيضا: فإنّ العمل بالخبرين الأخصّين لا يمكن، لأنّ

ص: ١٥٦

١- (١) التهذيب ٧: ١٨٢ ح ٧٩٨، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤١، الوسائل ١٣: ٢٣٧ ب «١» من أبواب أحكام العاريه ح ٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٤، الفقيه ٣: ١٩٢ ح ٨٧٥، التهذيب ٧: ١٨٢ ح ٧٩٩، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤٢، الوسائل ١٣: ٢٣٧ ب «١» من

أبواب أحكام العاريه ح ٧.

أحدهما لم يخصّ إلاّ الدنانير و أبقى الباقي على حكم عدم الضمان صريحا، و الآخر لم يستثن إلاّ الدراهم و أبقى الباقي على حكم عدم الضمان كذلك، فدالتهما قاصره، و العمل بظاهر كلّ منهما لم يقل به أحد، بخلاف الخبر المخصّص بالذهب و الفضة.

فإن قيل: التخصيص إنّما جعلناه بهما معا لا بكلّ واحد منهما، فلا يضّرّ عدم دلاله أحدهما على الحكم المطلوب منه.

قلنا: هذا أيضا لا يمنع قصور كلّ واحد عن الدلالة، لأنّ كلّ واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر، و قد وقعا في وقتين في حالتين مختلفتين، فظهر أنّ إرادته الحصر من كلّ منهما غير مقصوده، و إنّما المستثنى فيهما من جملة الأفراد المستثناه.

و على تقدير الجمع بينهما- بجعل المستثنى مجموع ما استفيد منهما- لا يخرجان عن القصور في الدلالة على المطلوب، إذ لا يعلم منهما إلاّ أنّ الاستثناء ليس مقصورا على ما ذكر في كلّ واحد.

فإن قيل: إخراج الدراهم و الدنانير خاصّه ينافى إخراج جملة الذهب و الفضة، فلا بدّ من الجمع بينهما بحمل الذهب و الفضة على الدراهم و الدنانير، كما يجب الجمع بين عدم الضمان لمطلق العاريه و الضمان لهذين النوعين لتحقق المنافاه.

قلنا: نمنع المنافاه بين الأمرين، فإنّ استثناء الدراهم و الدنانير اقتضى بقاء العموم في حكم عدم الضمان فيما عداهما، و قد عارضه الاستثناء الآخـر، فوجب تخصيصه به أيضا، فلا- وجه لتخصيص أحد المخصّصين بالآخـر. و أيضا: فإنّ حمل العامّ على الخاصّ استعمال مجازيّ، و إبقاؤه على عمومه حقيقه، و لا- يجوز العدول إلى المجاز مع إمكان الاستعمال على وجه الحقيقه، و هو هنا ممكن في عموم الذهب و الفضة فيتعيّن، و إنّما صرنا إلى التخصيص في الأوّل لتعيّنه على كلّ تقدير.

فإن قيل: إذا كان التخصيص يوجب المجاز و جب تقليده ما أمكن، لأنّ كلّ فرد يخرج يوجب زياده المجاز في الاستعمال حيث كان حقّه أن يطلق على جميع الأفراد. و حينئذ فنقول: قد تعارض هنا مجازان، أحدهما في تخصيص الذهب و الفضة

الثانية: إذا ردّ العاريه إلى المالك أو وكيله برئ

الثانية: إذا ردّ العاريه إلى المالك أو وكيله برئ. ولو ردّها إلى الحرز لم يبرأ. (١) بالدنانير و الدراهم، و الثاني في زياده تخصيص العامّ الأوّل بمطلق الذهب و الفضّه على تقدير عدم تخصيصهما بالدنانير و الدراهم، فترجيح أحد المجازين على الآخر ترجيح من غير مرجّح، بل يمكن ترجيح تخصيص الذهب و الفضّه، لأنّ فيه مراعاة قوانين التعارض بينه و بين ما هو أخصّ منه.

قلنا: لا نسلمّ التعارض بين الأمرين، لأنّ استعمال العامّ الأوّل على الوجه المجازى حاصل على كلّ تقدير إجماعاً، و زياده التجوّز في الاستعمال لا يعارض به أصل التجوّز في المعنى الآخر، فإنّ إبقاء الذهب و الفضّه على عمومهما استعمال حقيقيّ، فكيف يكافيه مجرد تقليل التجوّز مع ثبوت أصله؟! و بذلك يظهر بطلان الترجيح بغير مرجّح، لأنّ المرجّح حاصل في جانب الحقيقة.

هذا ما يقتضيه الحال من الكلام على هذين الوجهين. و بقى فيه مواضع تحتاج إلى تنقيح.

و المعتمد في الحكم بضمانهما في الجملة على النصوص. و أمّا تعليل الضمان فيهما بأنّ المنفعة فيهما ضعيفه لا يعتدّ بها في نظر الشرع، و المقصود منها الإنفاق فكانت مضمونه عملاً بالغاية الذاتية، و أنّ هذه الحكمة تقوى في المصوغ، لكثرة منفعتة بدون إنفاقه، فيختصّ حكم الضمان بالدنانير و الدراهم، فهو ضعيف لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعيّ، فإنّ إعارتهما إنّما تصحّ لينتفع بهما على تقدير بقائهما، لأنّه شرط صحّحه الإعارة، و ضعف المنفعة و قوّتها لا مدخل له في اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعاره البعير و قطعه من حصير.

قوله: «إذا ردّ العاريه إلى المالك أو وكيله برئ. ولو ردّها إلى الحرز لم يبرأ».

أى ردّها إلى حرز المالك من غير أن يوصلها إلى يده أو ما في حكمها، كما لو ردّ الدابّة إلى إصطبله، أو ردّ آله الدار إليها. و عدم براءته بذلك واضح، لأنّه لم

و لو استعار الدابّة إلى مسافه فجاوزها ضمن. و لو أعادها إلى الأولى، لم يبرأ. (١) يسلمها إلى المالك، و«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)، بل لو لم تكن العاربه مضمونه صارت مضمونه بذلك، لتفريطه بوضعها في موضع لم يأذن المالك بالردّ إليه، كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها أو الدابّة المودعه في الإصطبل فتلفت قبل أن يتسلمها المالك. و هذا لا خلاف فيه عندنا، و إنّما تبه به على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث ذهب إلى أنّ ردّها إلى ملك المالك كردها إليه، لأنّ ردّ العواري في العاده يكون إلى أملاك أصحابها. و فساد واضح، و أطراد العاده بذلك ممنوعه.

قوله: «و لو استعار الدابّة إلى مسافه فجاوزها ضمن. و لو أعادها إلى الأولى لم يبرأ».

مبدأ الضمان من حين الأخذ في تجاوز المأذون و يستمرّ إلى أن يردها إلى المالك.

و أمّا ضمان المنفعه - و هو الأجره - فيثبت في المسافه المتجاوزة ذهابا و عودة إلى الموضع المأذون فيه خاصّه، لأنّه فيها غاصب. و لم تبطل الإعارة بذلك فيكون استعمالها بعد عوده إلى المأذون فيه إلى أن يردها على الوجه المأذون جائزا، و إن كان الأصل مضمونا بالتعدّي السابق. و لو كانت العاربه مضمونه في أصلها ضمنها من حين أخذها إلى أن يأخذ في تجاوز المأذون ضمان العاربه، و هو ضمان العين دون المنفعه على ما سيأتى (٣)، و في المتجاوز ضمان الغصب إلى أن يعود إلى المأذون، و منه إلى أن يصل إلى المالك ضمان العاربه أيضا عندنا [١].

ص: ١٥٩

١-١) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

٢-٢) المغنى لابن قدامه ٥:٣٥٨ و الشرح الكبير ٥:٣٧٠.

٣-٣) في ص: ١٤٢.

الثالثة: يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته في الأرض المستعاره

الثالثة: يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته (١) في الأرض المستعاره للمعير و لغيره، على الأشبه.

الرابعة: إذا حملت الأهويه أو السيول حبًا إلى ملك إنسان فنبت

الرابعة: إذا حملت الأهويه أو السيول حبًا إلى ملك إنسان (٢) فنبت كان لصاحب الأرض إزالته، ولا يضمن الأرش، كما في أغصان الشجره البارزه إلى ملكه.

قوله: «يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته. إلخ».

الخلاف في بيعه لغير المعير [١]. و وجه المنع: أنه في معرض الهدم و النقص، و أنّ ملكه عليه غير مستقر، لأنّ المعير بسبيل من ملكه (١). و الأقوى الجواز، لأنّه مملوك له في حال بيعه، غير ممنوع من التصرف فيه. و كونه مترلزل لا يمنع من جواز بيعه، كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف، و هو في معرض الهلاك، و مستحقّ القتل قصاصا كذلك على ما مرّ. (٢)

ثمّ إن كان المشتري جاهلا بالحال فله الفسخ، لأنّ ذلك عيب، لا إن كان عالما، بل ينزل منزله المستعير. و لو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمان واحد صحّ، على خلاف ما تقدّم (٣) في باب الشركه. و يوزع الثمن عليهما، فيوزع على أرض مشغوله بالغرس أو البناء على وجه الإعارة، مستحقّ القلع مع الأرش، أو الإبقاء مع الأجره، أو التملك بالقيمه مع التراضي، و على ما فيها من بناء أو غرس مستحقّ للقلع على أحد الوجوه الثلاثة، فحصّه الأرض للمعير، و حصّه ما فيها للمستعير.

قوله: «إذا حملت الأهويه و السيول حبًا إلى ملك إنسان. إلخ».

إذا حملت السيول و شبهها حبًا إلى أرض آخر، فلا يخلو إمّا أن يكون ممّا يعرض عنه مالكة أولا. و على التقديرين إمّا أن يعلم المالك أو يجهل، منحصرًا في

ص: ١٦٠

١-٢) في «س»: على ملكه.

٢-٣) في ج ١٧١: ٣.

٣-٤) في ج ٣٣٢: ٤.

جماعه منحصرين أولًا. و على التقادير الستة، إمّا أن يكون متمولًا، أو قليلا غير متمول كالحبّه الواحده. فالصور اثنتا عشره.

فإن أعرض عنها المالك و طرحها-و إن كانت كثيره- فلمالك الأرض تملكها، و له طرحها من أرضه، كما يجوز تناول ما أعرض مالكة عنه من الثمار و السنبل و نحوها. و يجوز للمالك الرجوع فيها ما دامت عينها باقيه، لأن ذلك بمنزله الإباحه.

و إن لم يكن أعرض عنها و كان معلوما فهى باقيه على ملكه، و لصاحب الأرض مطالبته بالإزاله فتجب عليه، لأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق، فيجب تخليصه منها. و هل يجب عليه الأجره للمدّه التى كان باقيا فيها؟ أمّا بعد المطالبه و التمكّن من إزالته فالوجوب واضح، لأنه حينئذ بمنزله الغاصب مختارا، و أمّا قبل ذلك فالظاهر أنه لا أجره عليه، إذ لم يقصّر فى القلع، و لا حصل فى الأرض بتفريطه.

فإذا قلعه و جب عليه تسويه الأرض و طمّ الحفر، لأنها حدثت بفعله لتخليص ملكه منها، فإن امتنع أجبر عليه، و جاز لصاحب الأرض نزعها منها، كما لو سرت أغصان شجره إلى ملكه.

و لو اشتبه المالك فى قوم منحصرين و جب عليهم أجمع التخلّص بالصلح أو التمليك و نحوه. و يجب على مالك الأرض أيضا مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين.

و لو لم ينحصر المالك كان بمنزله اللقطه يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، فلو تركه من غير نيّه التملك حتى بلغه و جب تعريفه كاللقطه، و يحتمل كونه كمال مجهول المالك فى جواز التصدّق به عنه من غير تعريف.

و لو كان قليلا لا يتمول كنواه واحده و حبّه واحده فنبتت أحتمل كونه لمالك الأرض إن قلنا لا يجب ردّ مثله على مالكة، لانتفاء حقيقه الماليه فيه، و التقويم إنّما حصل فى أرضه. و الأقوى عدم جواز تملكه مطلقا، فيكون حكمه كما تقدّم.

و لو حمل السيل أرضا بشجرها أو بدونه فهى لمالكها، و يجبر على إزالتها كما مرّ.

الخامسة: لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت، و قد شرط ضمانها

الخامسة: لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت، و قد شرط ضمانها، (١) ضمن قيمتها يوم تلفها، لأنّ النقصان المذكور غير مضمون.

و فى جميع ذلك لو تركه مالكة لصاحب الأرض التى انتقل إليها فإن قبله فلا- كلام، و إلا- ففى وجوب إزالته على مالكة وجهان، و قطع فى التذكرة (١) بأنّه يسقط حينئذ عنه مؤونه نقله و أجرته، لأنّه حصل بغير تفريطه و لا عدوانه، و كان الخيار لصاحب الأرض المشغولة، إن شاء أخذه لنفسه و إن شاء قلعه.

قوله: «لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت و قد شرط ضمانها. إلخ».

إذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف، و ضمان نقصانه على تقديره، و ضمانهما على تقديرهما. و قد يطلق اشتراط الضمان. و لا- شبهه فى اتباع مقتضى شرطه فى الثلاثه الأول، فيضمن العين خاصه فى الأول، و النقصان خاصه فى الثانى إلى أن تنتهى حالات تقويمه باقيا، و ضمانهما معا فى الثالث.

و إنّما الكلام عند إطلاق اشتراط الضمان، و هو مسأله الكتاب. و المصنّف (رحمه الله) جزم بأنّ الإطلاق منزّل على ضمان العين خاصه، فيضمن قيمتها يوم التلف، لأنّ النقص حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا، و لأنّها لو لم تتلف و ردها على تلك الحال لم يجب شىء، فإذا تلفت و جب مساويها فى تلك الحال.

و يمكن الفرق بين تلف الأجزاء الموجب للنقص بالاستعمال و غيره، فيضمن على الثانى دون الأول، لأنّ تلفها بأمر مأذون فيه فلا يستعقب ضمّانا.

و قد يمنع أصل هذا الوجه و يحكم بضمان النقص و إن ردها، فإنّ ذلك من مواضع النزاع، إذ لمانع أن يمنع من كون النقص غير مضمون فى المضمونه، سواء تلفت أم ردها، لأنّ مقتضى تضمين العين تضمين أجزائها، لأنّها مركّبه منها، و الإذن فى أصل الاستعمال لا ينافى الضمان و الحال أنّه مشروط، إذ ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذونا فيه و النقص مضمونا.

ص: ١٦٢

السادسه: إذا قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها

السادسه: إذا قال الراكب: أعرتنيها، (١) وقال المالك: آجرتكها، فالقول قول الراكب، لأن المالك مدّع للأجره. وقيل: القول قول المالك في عدم العاربه. فإذا حلف سقطت دعوى الراكب، ويثبت عليه أجره المثل، لا المسمّى، وهو أشبه.

و في القواعد (١) استشكل الحكم، و في التذكرة (٢) وافق على ما ذكره المصنّف.

و القول بالضمان لا- يخلو من قوّه، فإن قلنا به ضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، إن كان اختلافها من حيث الأجزاء، كالثوب يلبس و ينسحق على التدريج. و لو كان الاختلاف من حيث قيمه السوق لم يضمن الزائد بسببه، لأن ذلك ليس من مدلول ضمان العين، خصوصاً إن لم نوجهه على الغاصب [كما هو المنصور] [١]. و إن قلنا بعدم الضمان ضمن قيمته آخر حالات التقويم.

و احترز بقوله: «و قد شرط ضمانها» عمّا لو كان موجب الضمان التفريط أو التعدي، فإنه يوجب ضمان الأجزاء المتأخره عن وقت الضمان، دون الذاهبه قبله بالاستعمال و نحوه من الوجوه التي هي غير مضمونه. و في القواعد (٣) ساوى بين الأمرين في الحكم بالضمان و عدمه، في الأجزاء المتقدمه على التفريط و المتأخره عنه.

و ليس بجيد.

قوله: «إذا قال الراكب أعرتنيها. إلخ».

القول الأول للشيخ (رحمه الله) في الخلاف (٤)، و وجهه أنّهما متفقان على أنّ تلف المنافع وقع على ملك المستعير، لأن المالك يزعم أنّه ملكها بالإجاره، و المستعير يزعم أنّه ملكها بالاستيفاء المستند إلى الإعاره، لأنّ المستعير يملك بذلك الاستيفاء، فيده شرعيه على القولين.

ص: ١٤٣

١-١) قواعد الأحكام ١٩٣: ١.

٢-٢) التذكرة ٢١٥: ٢.

٣-٤) قواعد الأحكام ١٩٣: ١.

٤-٥) الخلاف ٣: ٣٨٨ مسألة ٣ من كتاب العاربه.

ثمَّ المالك يدعى عليه عوض ما استوفاه من ملكه، وهو ينكر استحقاقه.

و الأصل يقتضى عدم وجوبه، و براهه ذمّه الراكب منه، فيكون القول قوله. و المالك يدعى شغلها، فيحتاج إلى البيّنه.

و يشكل بأنّ المنافع أموال كالأعيان، فهي بالأصالة لملك العين، فادّعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل. و أصالة براهه ذمّته إنّما تصحّح من خصوص ما ادّعاه المالك، لا من مطلق الحقّ، بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة أموال المالك و حقوقه، و الأصل يقتضى عدم خروجها عن ملكه مجاناً، فمن ثمّ ذهب المصنّف و قبله ابن إدريس (١) إلى تقديم قول المالك فى عدم العاربه، و إن لم يقبل قوله فيما يدّعيه من الإجاره، لأنّه مدّع أيضاً فيحتاج إلى البيّنه، كما أنّ الراكب مدّع للعاربه فلا يقبل قوله فيها، فإذا حلف المالك على نفي العاربه لم تثبت الإجاره، و لكن يثبت كون الراكب تصرّف فى ملكه بغير تبرّع منه، فيثبت عليه أجره المثل.

و يشكل بما لو كان ما يدّعيه من الأجره أقلّ من أجره المثل، لاعترافه بنفي الزائد، فينبغى أن يثبت له بيمينه أقلّ الأمرين ممّا يدّعيه و أجره المثل، لأنّ الأقلّ إن كان ما يدّعيه من الأجره فهو يعترف بعدم استحقاقه سواه، و إن كان الأقلّ أجره المثل فلم يثبت بيمينه سواها، إذ لم تثبت الإجاره، و إنّما لزم تصرّف الراكب فى ماله بغير إذن المالك على وجه التبرّع.

و هذا هو الذى اختاره العلّامه فى القواعد (٢)، و هو أجود من السابق، إلاّ أنّه يشكل بأنّ المالك يدّعي الزائد من الأجره عن أجره المثل على تقدير كون المسّمى أكثر، و الراكب ينفيه، فلا بدّ من وجه شرعى يقتضى نفيه، و حلفه على نفي الإعاره لم يدلّ على نفي الإجاره، كما لم يدلّ على إثباتها. و إثبات أقلّ الأمرين باليمين مسلّم

ص: ١٦٤

١-١) السرائر ٢:٤٣١ و ٤٣٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ١:١٩٤.

لكن يبقى النزاع فى الزائد على تقديره، فلا يندفع إلا بحلف الراكب على نفى الإجاره، أو نكوله فيحلف المالك على الإجاره و يأخذ الزيادة. و من ثم ذهب العلامة فى المختلف (١) و الشهيد (٢) (رحمه الله) فى بعض تحقیقاته - و تبعهما جماعه (٣) - إلى أنهما يتحالفان، لأنّ كلاّ منهما مدّع و مدّعى عليه، فيحلف المالك على نفى ما يدّعه الراكب و هو الإعاره، و يحلف الراكب على نفى ما يدّعه المالك من الإجاره، و حينئذ يثبت أقلّ الأمرين، لا انتفاء الزائد من المسمّى بيمين المستعير، و انتفاء الزائد من أجره المثل باعتراف المالك. و هذا هو الأقوى.

و للشيخ (٤) قول خامس، و هو القرعه، بناء على أنه أمر مشتبه.

و يضعف بأنّه لا اشتباه مع القاعده المتفق عليها من حكم المدّعى و المنكر.

هذا كلّه إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدّه يدّعى المالك كونها مدّه الإجاره، أو مضى مدّه لها أجره عاده، أمّا لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما سنذكره.

و لا فرق بين أن يكون هذا النزاع مع بقاء العين و تلفها، لأنّها إن كانت باقيه ردها بعد التحالف إلى المالك و ثبت الأقلّ من الأجرتين، أو من أجره المثل و قسط المسمّى لو كان فى أثناء المدّه، و بطلت الإجاره فى الباقي إن كان.

و لو اكتفينا بحلف المالك على نفى الإعاره ففى انتزاع العين نظر، من إنكار المستعير الإجاره، و إذن المالك على وجه التبرّع قد انتفى بإنكاره فيرتجع، و من اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضى المدّه التى يدّعيها. و هذا ممّا يؤيد القول بالتحالف، لأنّ هذا نزاع آخر لم يتحرّر من يمين المالك كالنزاع فى الزائد من المسمّى.

ص: ١٦٥

١ - ١) المختلف: ٤٤٧.

٢ - ٢) ذكره فى غايه المراد: ١٢٨ فى مسأله المزارعه.

٣ - ٣) منهم الشيخ على فى جامع المقاصد ٩١: ٦.

٤ - ٤) المبسوط ٢٦٦: ٣، و الخلاف ٥٢١: ٣ مسأله ١١.

و لو كان الاختلاف عقيب العقد (١) من غير انتفاع، كان القول قول الراكب، لأنَّ المالك يدعى عقداً و هذا ينكره.

السابعة: إذا استعار شيئاً لينتفع به في شيء، فانتفع به في غيره ضمن

السابعة: إذا استعار شيئاً (٢) لينتفع به في شيء، فانتفع به في غيره ضمن. و إن كان له أجره، لزمته أجره مثله.

الثامنة: إذا جحد العاريه بطل استيمانه

الثامنة: إذا جحد العاريه بطل استيمانه، (٣) و لزمه الضمان مع ثبوت الإعارة.

و إن كانت العين تالفه فحكم الأجره ما ذكر، و أمّا العين فإن كانت أمانه، كما لو كانت الإعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونه، فلا شيء على الراكب، لا اتفاقهما على كونها في يده أمانه، إمّا بالإجاره أو الإعارة. و إن كانت مضمونه فمدعى الإعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته، و المالك ينكره، لعدم اقتضاء الإجاره الضمان، فتوقف إلى أن يتفقا عليه.

قوله: «و لو كان الاختلاف عقيب العقد. إلخ».

هذا التعليل آت بإطلاقه في الأول، فلا بدّ من اقترانه بأمر آخر، و هو أنّ المالك لا يدعى على مدعى الإعارة بشيء من عوض المنافع، و إنّما يدعى ثبوت الإجاره و وجوب الأجره في ذمته و إن كان قبل الاستيفاء، و الآخر ينكرهما، فيقدّم قوله لأصالة براه ذمته من تعلق الإجاره و ما يلزمها بها، فالدعوى هنا متمخضة للمالك، فيقدّم قول مدعى الإعارة و يستردّ العين.

قوله: «إذا استعار شيئاً. إلخ».

وجه الضمان ظاهر، لتعدّيه في العين حيث انتفع بها في غير المأذون، فيلزمه أجره مثل ذلك العمل لوقوعه بغير إذن المالك، و لا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون، لأنّه لم يستوف تلك المنفعة، فكأنّه أسقط حقه ممّا يملكه و انتفع بما لا يملك. و لا فرق بين كون المنفعة التي استوفها أشقّ من المأذون فيها و مساويه و أدنى إذا كانت مخالفة لها في الجنس. و لو اتفقتا في الجنس كأنواع الزرع ففيه ما مرّ من الإشكال. (١)

قوله: «إذا جحد العاريه بطل استيمانه. إلخ».

القول في جحد العاريه كالقول في جحد الوديعه حكماً و شرائط، فراعاه

ص: ١٤٤

التاسعة: إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه

التاسعة: إذا ادعى التلف (١) فالقول قوله مع يمينه. و لو ادعى الردّ فالقول قول المالك مع يمينه.

العاشرة: لو فرط في العاربه كان عليه قيمتها عند التلف

العاشرة: لو فرط في العاربه كان عليه قيمتها عند التلف، إذا لم يكن لها مثل. وقيل: أعلى القيم من حين التفريط إلى وقت التلف.

و الأول أشبه. (٢) ثم (١). و مبدأ الضمان الجحود، لأنه بمنزلة التعدي.

قوله: «إذا ادعى التلف. إلخ».

أمّا الأول فلائنه و إن كان مدّعيا ما يخالف الأصل إلا أنه يمكن صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس. و قد تقدّم نظيره و ما يرد عليه في أبواب الأمانات (٢).

و أمّا الثاني فلائّن الأصل عدم الردّ، فيكون القول قول منكره و هو المالك، و لأنّ المستعير قبض لمصلحه نفسه، و بذلك فارق الودعيّ، لأنه إنّما قبض لمصلحه المالك فهو محسن محض و «ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (٣).

و اعلم: أنّ هذه العله تجرى في كثير من أبواب تنازع المستأمنين، إلا أنّها تقتضى قبول قول الوكيل في الردّ لو كان بغير جعل، و هو مشكل لمخالفته للأصل، و كون هذه العله ليست منصوصه و إنّما هي مناسبة.

قوله: «لو فرط في العاربه - إلى قوله - إلى وقت التلف. و الأول أشبه».

وجه الأمول: أنّ الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون قيمه، و إنّما ينتقل إليها مع التلف، و حينئذ فالمعتبر قيمه وقت التلف. و هذا هو الأقوى.

ص: ١٤٧

١ - ١) لاحظ ص: ١١٧-١١٨.

٢ - ٢) كما في ج ٣٧٥: ٤.

٣ - ٣) التوبه: ٩١.

و لو اختلفا فى القيمه (١) كان القول قول المستعير. و قيل: قول المالك. و الأول أشبه.

و وجه الثانى: أنّ العين لما كانت مضمونه فكلّ واحده من القيم المتعدّده فى وقت كونها مضمونه مضمونه، إذ معنى ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها، و هو حاصل فى جميع الوقت، فيضمن أعلى القيم، لدخول الباقي فيها. و موضع الخلاف ما لو كان الاختلاف بسبب السوق، أمّا لو كان بسبب نقص فى العين فلا إشكال فى ضمانه، لأنّ ضمان العين يقتضى ضمان أجزائها.

و فى المسأله قول ثالث، و هو أنّ المعتمد قيمتها وقت الضمان، لتعلقها بالذمه حينئذ على تقدير التلف. و قد تقدّم (١) الكلام فى هذه المسأله غير مرّه.

قوله: «و لو اختلفا فى القيمه. إلخ».

أى اختلفا فى قيمه المستعار على تقدير تلفه بتفريط أو كونه مضمونا بأمر آخر، فالقول قول المستعير، لأنّه منكر للزائد، فيدخل فى عموم (٢) الخبر. و قال الشيخ (٣) و جماعه [١]: قول المالك، لخروج المستعير عن الأمانه، خصوصا على تقدير التفريط، فلا يقبل قوله. و الأقوى الأول، لأنّ قبول قوله من حيث كونه منكرا، لا من حيث كونه أمينا.

ص: ١٤٨

١-١ (١) لاحظ ج ٧٣: ٤.

٢-٢ (٢) لاحظ الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦.

٣-٣ (٣) النهايه: ٤٣٨.

كتاب الإجاره

اشاره

كتاب الإجاره

ص: ١٦٩

الأول في العقد

الأول في العقد و ثمرته تملك المنفعه بعوض معلوم.(١) و يفتقر إلى إيجاب و قبول.

كتاب الإجارة الإجارة من الألفاظ المنقوله شرعا عن موضوعها لغه، لأنها في الشرع عباره عن تملك المنفعه خاصه بعوض معلوم لازم لماهيتها، أو العقد المفيد لذلك على ما تقرّر سابقا. و هي في اللغه (١) اسم للأجره، و هي كراء الأجير، لا مصدر «آجر يؤجر» فإن مصدره الإيجار، بخلاف باقي العقود، فإنه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر، فلا يتغير عن موضوعه إلا بشروط زائده و تغيير سهل، و المطابق لغيرها التعبير بالإيجار، لكنّها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا يرتاب في تحقّق النقل، إذ لا يتبادر غيره.

قوله: «في العقد. و ثمرته تملك المنفعه بعوض معلوم».

عدل عن تعريف الإجارة بذكر ما يفيد فائده التعريف لسلامته ممّا يرد على التعريف، إذ لو قال: «هي عقد ثمرته تملك المنفعه. إلخ» كما عرّف به بعضهم لا تنقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم، و بهبتها مع شرط العوض.

و أمّا جعل المصنّف ذلك ثمره هذا العقد فلا ينافي كونه ثمره عقد آخر، لكن يبقى فيه أن تملك المنفعه المذكوره ليس ثمره العقد، بل ثمره الإيجاب، لأن المؤجر

ص: ١٧١

و العبارة الصريحه عن الإيجاب: «آجرتك» و لا يكفى «ملكك».

أما لو قال: «ملكك سكنى هذه الدار سنة مثلا» صح. (١) هو المملك لا المستأجر، فإن التمليك مصدر ملك-بالتشديد- لا ملك أو تملك، لأن مصدرهما الملك و التملك. و يمكن اندفاعه بأن الإيجاب لما كان جزء السبب المصحح للتمليك نسبت الثمره إليهما، فإن التمليك و إن وقع من الموجب خاصه إلا أنه لا يتم ثمرته بانفراده، بل لا بدّ من مصاحبته لبقية الشرائط و غيرها ممّا تتوقّف عليه الصحه.

قوله: «و العبارة الصريحه من الإيجاب «آجرتك»-إلى قوله-صح».

لما كانت الإجاره من العقود اللازمه و جب انحصار لفظها فى الألفاظ المنقوله شرعا، المعهوده لغه. و الصريح منها فى الإيجاب «آجرتك» و «أكريتك». أما الأولى فقد تقدّم الكلام فيها، و أما الثانيه فهى من الألفاظ المستعمله أيضا لغه و شرعا فى الإجاره، يقال: أكريت الدار، فهى مكراه، و يقال: اكرتت و استكرتت و تكاريت بمعنى، و منه أخذ المكارى، لأنه يكرى دوابه و نفسه.

و أما التمليك فيفيد نقل ما تعلق به، فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها، و ليس ذلك مورد الإجاره، لأن العين تبقى على ملك المؤجر، بل إذا أراد إقامته مقام الإجاره تعين إضافته إلى المنافع، لأن التمليك فى الإجاره بالعوض إنما هو للمنفعه لا للعين. و لا بدّ حينئذ من وقوع الإيجاب ابتداء بلفظه، كأن يقول: «ملكك منفعه هذه الدار مدّه كذا مثلا بكذا». أما لو عبّر فى الإيجاب بلفظ «آجرت» و «أكرت» فإنهما إنما يردان على العين، فلو أوردهما على المنفعه بأن قال: «آجرتك منفعه هذه الدار مثلا. إلخ» لم يصحّ، بخلاف ملكك.

و أمّا القبول فضابطه كلّ لفظ يدلّ على الرضا بالإيجاب، ك«قبلت، و استأجرت، و اكرتت، و استكرتت» كما سبق. و لو تقدّم القبول على الإيجاب صحّ بما عدا الأول.

و كذا «أعرتك» لتتحقق القصد إلى المنفعة. (١) و لو قال: «بعتك هذه الدار» و نوى الإجاره، لم تصحّ. و كذا لو قال: «بعتك سكنها سنه» لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. و فيه تردّد. (٢) قوله: «و كذا أعرتك، لتتحقق القصد إلى المنفعة».

المشبه به سابقا المشار إليه ب«ذا» هو الحكم بالصحة إذا قال: «ملكك سكنها سنه» أي و كذا يصحّ لو قال: «أعرتك هذه الدار سنه بكذا». و وجه الصحة ما أشار إليه بقوله: «لتتحقق القصد إلى المنفعة». و المراد أن الإعارة لما كانت لا تقتضى ملك المستعير للعين، و إنما تفيد تسلطه على المنفعة و ملكه لاستيفائها، كان إطلاعها بمنزله تملك المنفعة، فتصحّ إقامتها مقام الإجاره، كما يصحّ ذلك بلفظ الملك.

و الحقّ: أنّ العاريه أنما تقتضى إباحه المنفعه لا تملكها، و العوض لا يدخل فى ماهيتها، بخلاف التملك، فإنه يجامع العوض. و لا يخفى أن التجوّز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمه.

قوله: «و لو قال: «بعتك هذه الدار و نوى الإجاره» لم يصحّ - إلى قوله - و فيه تردّد».

وجه المنع: ما ذكره من أن البيع موضوع لنقل الأعيان و المنافع تابعه لها، فلا يثمر الملك لو تجوّز به فى نقل المنافع منفرده، و إن نوى الإجاره. و ظاهر التذكرة (١) أنّ ذلك إجماعى، لأنّه نسبه إلى علمائنا، و لكن المصنّف تردّد. و فى التحرير جعل المنع أقرب (٢).

و وجه تردّد المصنّف: ممّا ذكره، و من أنه بالتصريح بإرادته نقل المنفعه - مع أن البيع يفيد نقلها أيضا مع الأعيان و إن كان بالتبع - ناسب أن يقوم مقام الإجاره إذا قصدتها. و الأصحّ المنع.

ص: ١٧٣

١-١) التذكرة ٢٩١:٢.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢٤١:١.

و الإجاره عقد لازم، لا تبطل إلا بالتقاييل، أو بأحد الأسباب المقتضيه للفسخ. (١) و لا تبطل بالبيع، (٢) و لا بالعدر، مهما كان الانتفاع ممكنا. (٣) قوله: «و الإجاره عقد لازم لا تبطل إلا بالتقاييل أو بأحد الأسباب المقتضيه للفسخ».

لزوم عقد الإجاره موضع وفاق، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) يتناوله.

و حينئذ فتدخله الإقاله كغيره من عقود المعاوضات. و أما الأسباب المقتضيه للفسخ فستأتى (٢) مفصّله، إن شاء الله تعالى.
قوله: «و لا تبطل بالبيع».

لعدم المنافاه، فإنّ الإجاره تتعلّق بالمنافع، و البيع بالعين، و المنافع تابعه، لكن إن كان المشتري عالما بالإجاره تعيّن عليه الصبر إلى انقضاء المدّه، و إن كان جاهلا تخيّر بين فسخ البيع و إمضائه مجاناً مسلوب المنفعه إلى آخر المدّه، لأنّ إطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم و الانتفاع نظراً إلى الغالب. و لو فسخ المستأجر بعد البيع لحدوث عيب و نحوه عادت المنفعه إلى البائع لا إلى المشتري.

و لو كان المشتري هو المستأجر صحّ البيع. و فى انفساخ الإجاره وجهان، أجمدهما بقاؤها، فيجتمع عليه الثمن و الأجره. و الثانى: الانفساخ، لأن ملك العين يستدعى ملك المنافع، لأنها نماء الملك. و يضعّف بأن العين إنما تستتبع المنافع إذا لم يسبق ملكها بسبب آخر.

قوله: «و لا بالعدر مهما كان الانتفاع ممكنا».

أى الانتفاع الذى تضمّنه عقد الإجاره بالتعيين أو الإطلاق، فلا عبره بإمكان الانتفاع بغير المعين، كما لو استأجر الأرض للزراعه فغرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها، فإنّ ذلك كتلف العين. و عدم منع العذر الانتفاع أعمّ من بقاء جميع المنفعه المشروطه و بعضها، و عدم البطلان حاصل على التقديرين، لكن مع حصول

ص: ١٧٤

١-١) المائده: ١.

٢-٢) فى ص: ١٨٠ و ٢١٨-٢٢١.

و هل تبطل بالموت؟ المشهور بين الأصحاب نعم. وقيل: لا تبطل بموت المؤجر، و تبطل بموت المستأجر. وقال آخرون: لا تبطل بموت أحدهما. و هو الأشبه. (١) و كل ما صح إعارته صح إجارته. (٢) الانتفاع ناقصا يتخير المستأجر بين الفسخ و الإمساك بتمام الأجره.

قوله: «و هل تبطل بالموت؟- إلى قوله- و هو الأشبه».

القولان الأولان للشيخ رحمه الله (١). و الأقوى ما اختاره المصنف رحمه الله، و عليه المتأخرون أجمع، لأن الإجاره من العقود اللازمه، و من شأنها أن لا تبطل بالموت، و لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، و للاستصحاب. نعم، يستثنى منه مواضع تبطل فيها الإجاره بالموت:

أحدها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعه بنفسه، فإنها تبطل بموته.

و ثانيها: أن يكون المؤجر موقوفا عليه، فيؤجر ثم يموت قبل انتهاء المده، فإنها تبطل بموته أيضا، إلا أن يكون ناظرا على الوقف و أجره لمصلحه العين بالنسبه إلى البطون، أو إلى الجميع، فلا تبطل بموته، لكن الصحه حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه بل من حيث إنه ناظر.

و ثالثها: الموصى له بالمنفعه مدّه حياته لو آجرها مدّه و مات في أثنائها، فإنها تبطل أيضا، لانتهاء استحقاقه.

قوله: «و كل ما صح إعارته صح إجارته».

أى ما صح إعارته بحسب الأصل لثلا ترد المنحه، لأنه تصح إعارتها و لا تصح إجارتها، لكن حكمها ليس ثابتا بحسب الأصل، أى القاعده المعروفه، فإنها تقتضى أن المستعار ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه، و هى ليست كذلك، فحكمها مخالف للأصل، أو أراد الكليه بحسب الغالب.

ص: ١٧٥

١- (١) الخلاف ٣:٤٩١ مسأله ٧، و المبسوط ٣:٢٢٤.

٢- (٢) المائده: ١.

و إجاره المشاع جائزه كالمقسوم.(١)و العين المستأجره أمانه لا يضمناها المستأجر إلا بتعدّ أو تفريط.(٢)و فى اشتراط ضمانها من غير ذلك تردّد، أظهره المنع.(٣) قوله:«و إجاره المشاع جائزه كالمقسوم».

إذ لا- مانع منه باعتبار عدم القسمة، لإمكان تسليمه و استيفاء منفعتة بموافقه الشريك.و لا فرق بين أن يؤجره (١)من شريكه و غيره.و هو موضع وفاق.و خالف فيه بعض العامّه (٢)،فمنع من إجارته لغير الشريك.

قوله:«و العين المستأجره أمانه لا يضمناها المستأجر إلا بتعدّ أو تفريط».

لا فرق فى ذلك بين مدّه الإجاره و بعدها،قبل طلب المالك لها و بعده فى أثناء الردّ بحيث لم يؤخّره.أما كونها أمانه فى المدّه فظاهر،لأنها مقبوضه بإذن المالك لحقّ القابض.و أما بعده فلأنه لا يجب على المستأجر ردّ العين إلى المؤجر و لا مؤونه ذلك، و إنما يجب عليه التخليه بين المالك و بينها كالوديعة،لأصالة براهه ذمّته من وجوب الردّ،ولأنها أمانه قبل انقضاء المدّه فيستصحب.و لا يجب ردّها إلا بعد المطالبه، و الواجب بعدها تمكينه منها كغيرها من الأمانات.

و خالف فى ذلك جماعه منهم الشيخ (٣)و ابن الجنيد (٤)(رحمه الله)،لأن ما بعد المدّه غير مأذون فيه فيضمناها،و يجب عليه مؤونه الردّ.و تردّد العلّامه فى المختلف (٥)، و جزم فى غيره (٦)بعدم الضمان و عدم وجوب الردّ.

قوله:«و فى اشتراط ضمانها من غير ذلك تردّد، أظهره المنع».

أى اشتراط ضمانها مع التلف من غير تعدّ و لا تفريط،ففى صحّحه الشرط

ص:١٧٦

١-١) فيما لدينا من النسخ: يأجره.

٢-٢) راجع روضه القضاء ١:٤٧٦،المغنى لابن قدامه ١٥٢:٦.

٣-٣) المبسوط ٢٤٩:٣.

٤-٤) نقله عنه العلّامه فى المختلف:٤٦٥.

٥-٥) المختلف:٤٦٥.

٦-٦) التذكرة ٣١٨:٢،القواعد ٢٣٤:١.

و ليس فى الإجاره خيار المجلس. (١) و لو شرط الخيار لأحدهما أو لهما جاز، سواء كانت معيّنه كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار، أو فى الذمه كأن يستأجره لىنى له حائطا.

و العقد تردّد، من عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١)، و من مخالفته لمقتضى الإجاره فىفسد. ثمّ على تقدير فساد، هل يتبعه العقد فى الفساد؟ قولان تقدّم (٢) نظيرهما فى مواضع. و الأقوى بطلانها معا لفساد الشرط، و لا رضا بالعقد إلاّ به.

قوله: «و ليس فى الإجاره خيار المجلس. إلخ».

لأنّ خيار المجلس مختص بالبيع عندنا، فلا يثبت فيها مع الإطلاق. و لو شرط ففى صحته قولان أحدهما: نعم، اختاره فى المبسوط (٣)، لعموم «المؤمنون عند شروطهم». و يشكل بأنّه شرط مجهول، لأنّ المجلس يختلف بالزيادة و النقصان، و إنّما لم يقدر فى البيع لأنه ثابت فيه بالنصّ. نعم، لو ضبطه بمدّه صحّ إلاّ أنه يخرج عن وضع خيار المجلس، و يصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس، و لا- شبهه فى جوازه لعموم الخبر، سواء شرط لهما أم لأحدهما أم لأ-جنبى، و سواء كانت معيّنه كأن يستأجر هذه العين، أم كان موردها الذمه كأن يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط، لعموم الخبر فى الجميع.

و ثبّه بقوله: «سواء كانت معيّنه. إلخ» على خلاف بعض العامّة (٤) حيث جوّز خيار الشرط فى المطلقه لا المعيّنه. و هو تحكّم.

ص: ١٧٧

١- (١) التهذيب ٧:٣٧١ ح ١٥٠٣، و الاستبصار ٣:٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥:٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٢- (٢) فى ج ٣:٢٧٣ و ج ٤:٥٥ و ٣١٣ و ٣٩٥.

٣- (٣) المبسوط ٣:٢٢٦.

٤- (٤) جواهر العقود ١:٢٧٢.

إشارة

الثانى فى شرائطها و هى ستّه:

الأول: أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف

الأول: أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف. فلو آجر المجنون لم تنعقد إجارته. وكذا الصبّ غير المميّز. وكذا المميّز إلاّ بإذن وليّه. وفيه تردّد. (١)

الثانى: أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل

إشارة

الثانى: أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل فيما يكال أو يوزن، ليتحقّق انتفاء الغرر. وقيل: تكفى المشاهده. و هو حسن. (٢)
قوله: «و كذا المميّز إلاّ أن يأذن وليّه. وفيه تردّد».

قد تقدّم (١) الكلام فى نظير هذه، وأنّ الأقوى البطلان مطلقاً، لأنّ عبارته مسلوبه بالأصل، فلا يصحّحها الإذن ولا الإجازة، لرفع القلم عنه، و هو يقتضى عدم الاعتداد بعبارته شرعاً فى حال، وإذن الوليّ لا يصيّر الناقص كاملاً. نعم، يؤثّر فى الكامل المحجور عليه بسبب عرضيّ كالسفه.

قوله: «أن تكون الأجره معلومه بالوزن أو الكيل - إلى قوله - و هو حسن».

وجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهده، وأصاله الصحّه. و هو اختيار جماعه منهم الشيخ (٢) و المرتضى (٣). و الأقوى المنع، لأنّها معاوضه لانزمه مبيته على المغابنه و المكايسه، فلا بدّ فيها من نفي الغرر عن العوضين، و قد ثبت من الشارع اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون فى البيع، و عدم الاكتفاء بالمشاهده، فكذا فى الإجاره، لاّتحاد طريق المسألتين، و لنهى النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم عن

ص: ١٧٨

١- ١) فى ج ١٥٥: ٣.

٢- ٢) المبسوط ٢٢٣: ٣.

٣- ٣) الناصريّات (الجوامع الفقهيّه): ٢٥٣.

و تملك الأجره بنفس العقد.(١) و يجب تعجيلها مع الإطلاق،و مع اشتراط التعجيل.(٢)و لو شرط التأجيل صحّ،بشرط أن يكون معلوماً.و كذا لو شرطها في نجوم.(٣) الغرر[١]مطلقاً،و هو يتناول صورته النزاع.و مثله القول في المعدود.

قوله:«و تملك الأجره بنفس العقد».

لأنّ المعاوضه إذا صحّت اقتضت نقل الملك في كلّ من العوضين إلى الآخر، و الإجاره من العقود اللّازمه فيحصل انتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع، لكن لا يجب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المؤجره،أو بالعمل إن كانت الإجاره على عمل،حتى لو كان المستأجر وصيّاً لم يجر له التسليم قبله إلا- مع الإذن صريحاً أو بشاهد الحال.و لو فرض توقّف الفعل على الأجره كالحجّ و امتنع المستأجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الأجير.

قوله:«و يجب تعجيلها مع الإطلاق و مع اشتراط التعجيل».

المراد بتعجيلها مع الإطلاق في أول أوقات وجوب دفعها،و هو تمام العمل و تسليم العين المؤجره،لأن تسليم أحد العوضين يسلّط على المطالبه بالآخر بمقتضى المعاوضه الموجهه للملك.و أمّا مع اشتراط التعجيل فأولى.و فائده الشرط-مع أن الإطلاق يقتضيه-مجرد التأكيد.و قد تفيد فائده أخرى،و هو تسلّط المؤجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدّه مضبوطه فأخلّ به.و كذا لو شرط القبض قبل العمل،أو قبل تسليم العين المؤجره،صحّ و وجب الوفاء به،لعنوم الخبر (١).

قوله:«و لو شرط التأجيل صحّ بشرط أن يكون معلوماً.و كذا لو شرطها في نجوم».

إذا شرط المستأجر تأجيل الأجره إلى أمد بحيث لا يطالب بها و إن تسلّم العين المؤجره إلى ذلك الأمد،أو شرط ذلك على المؤجر لعمل و إن عمله صحّ،لعنوم الخبر (٢)،لكن يشترط كون الأجل مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره من

ص:١٧٩

١-٢) تقدّم في ص ١٧٧.

٢-٣) تقدّم في ص ١٧٧.

و إذا وقف الموجر على عيب في الأجره، سابق على القبض، كان له الفسخ أو المطالبه بالعرض، إن كانت الأجره مضمونه. و إن كانت معينه كان له الردّ أو الأرش. (١) و لو أفلس المستأجر بالأجره فسخ المؤجر إن شاء.

و لا- يجوز أن يؤجر المسكن و لا- الخان و لا الأجير بأكثر ممّا استأجره، إلا أن يؤجر بغير جنس الأجره، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت. و كذا لو سكن بعض الملك لم يجر أن يؤجر الباقي بزياده عن الأجره و الجنس واحد، و يجوز بأكثرها. (٢) الآجال. و لا فرق بين المتحد كشهري، و المتعدّد بأن يجعلها نجوما فيقسّطها و يجعل لكلّ أجل قسطا معلوما منها. و كذا لا فرق في ذلك بين الإجاره الوارده على معيّن شخصيّ و المطلقه الوارده على الذمّه، لعدم المانع عندنا، خلافا لبعض العامّه (١) حيث منع من التأجيل في الثاني، قياسا على السلم الذي يجب فيه قبض العرض. و فساده واضح، و تعليله فاضح.

قوله: «و إذا وقف المؤجر- إلى قوله- أو الأرش».

إنما يجوز الفسخ في المطلقه مع تعدّد العرض، لأن الإطلاق إنما يحمل على الصحيح، و هو أمر كليّ لا ينحصر في المدفوع إليه، فلا- يجوز الفسخ ابتداء. نعم، لو تعدّد العرض توجه الفسخ، و له حينئذ الرضا بالمعيب، فيطالب بالأرش عوض الفئات بالمعيب، لتعيّن المدفوع إليه لأن يكون عوضا بتعدّد غيره، و أمّا المعينه فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر، لاقتضاء الإطلاق السليم، و تعيينه مانع من البديل كالبيع.

قوله: «و لا يجوز أن يؤجر المسكن- إلى قوله- بأكثرها».

هذا قول أكثر الأصحاب استنادا إلى روايات (٢) حملها على الكراهه طريق الجمع بينها و بين غيرها، و في بعضها تصريح بها. و الأقوى الجواز في الجميع. و أما تعليل المنع باستنزاه الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح.

ص: ١٨٠

١- ١) جواهر العقود ٢٩٤: ١.

٢- ٢) أنظر الوسائل ٢٥٩: ١٣ ب «٢٠» و ب «٢٢» من أبواب أحكام الإجاره.

و لو استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين، بأجره في وقت معين، فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئا، جاز. و لو شرط سقوط الأجره إن لم يوصله فيه لم يجز، و كان له أجره المثل. (١) قوله: «و لو استأجره ليحمل له متاعا- إلى قوله- أجره المثل».

هذا قول الأكثر. و مستنده روایتان صحيحه و موثقه عن محمد بن مسلم (١) و الحلبي (٢) عن الباقر عليه السلام. و يشكل بعدم تعيين الأجره، لاختلافها على التقديرين، كما لو باعه بثمانين على تقديرين. و من ثم ذهب جماعه (٣) إلى البطلان.

و يمكن حمل الأخبار على الجعالة. و متى حكم بالبطلان ثبت أجره المثل إلا أن يشترط إسقاط الجميع فلا شيء مع عدم الإتيان به في المعين. و لو أتى به فيه فكغيره.

و يمكن القول بصحة الإجاره على التقدير الثاني، و هو شرط سقوط الأجره مع الإخلال بالمعین، لا يجعله أحد شقّي المستأجر عليه، لخلوّه عن الأجره، بل بيانا لنقيض (٤) الإجاره، فإنها إذا عيّنت بوقت فأخلّ الأجير بالفعل فيه بطلت، فإذا فعله في غيره لم يستحق شيئا، فيكون التعرض لذلك بيانا لنقيض الإجاره [و شرطا لمقتضاها] (٥) فلا ينافيها. و حينئذ فيثبت المسمى إن جاء به في المعين، و لا شيء في غيره، للإخلال بمقتضاها. و هذا مما نبه عليه الشهيد (رحمه الله) في اللمعه (٦).

ص: ١٨١

- ١- (١) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٧، التهذيب ٧: ٢١٤ ح ٩٤١، الوسائل ١٣: ٢٥٣ ب «١٣» من أبواب أحكام الإجاره ح ١.
- ٢- (٢) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٥، الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٨، التهذيب ٧: ٢١٤ ح ٩٤٠، الوسائل ١٣: ٢٥٣ ب «١٣» من أبواب أحكام الإجاره ح ٢.
- ٣- (٣) كالعلامه في المختلف: ٤٦٣، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٧: ١٠٧.
- ٤- (٤) في هامش «ه»: لمقتضى.
- ٥- (٥) من «ه» و «و».
- ٦- (٦) اللمعه الدمشقيه: ٩٥.

و إذا قال: آجرتك كل شهر بكذا، صحّ في شهر، و له في الزائد أجره المثل إن سكن. و قيل: تبطل، لجهل الأجره. و الأول أشبه. (١)

تفريعان

تفريعان

الأول: لو قال: إن خطته فارسياً فلک درهم

الأول: لو قال: إن خطته فارسياً فلک درهم، و إن خطته رومياً فلک درهمان، صحّ.

الثاني: لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلک درهمان

الثاني: لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلک درهمان، و في غد درهم، فيه تردّد، أظهره الجواز. (٢) قوله: «و إذا قال: آجرتك كل شهر بكذا» صحّ - إلى قوله - و الأول أشبه.

وجه الأشبه أن الشهر معلوم و كذا أجرته، فلا مانع من الصحّ فيه. نعم، يبطل الزائد، لعدم انحصاره في وجه معيّن، و الأجره تابعه له. و الأقوى البطلان مطلقاً، للجهالة المقتضيه للغرر، إذ لا يلزم من مقابله جزء معلوم من المدّه بجزء معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين، فإن العوض هنا المجموع، و هو مجهول.

قوله: «لو قال: إن خطته فارسياً - إلى قوله - أظهره الجواز».

وجه الصحّ فيهما أن كلاً من الفعلين معلوم، و أجرته معلومه، و الواقع لا يخلو منهما، و أصاله الجواز. و يشكّل: بمنع معلوميته، إذ ليس المستأجر عليه المجموع و لا كلّ واحد و إلا لوجب، فيكون واحداً غير معيّن، و ذلك غرر مبطل للإجاره، كالبيع بثمانين نقداً و نسيئه، أو إلى أجلين، فالأجود البطلان.

نعم، لو وقع ذلك جعله صحّ، وفاقاً لابن إدريس (١). و ردّه في المختلف بأن الجعالة أيضاً تفتقر إلى تعيين الجعل (٢). و فيه: أن مبنى الجعالة على الجهالة في العمل

ص: ١٨٢

(١ - ١) السرائر ٤٧٨: ٢.

(٢ - ٢) المختلف: ٤٦٦.

و يستحقّ الأجير الأجره بنفس العمل، سواء كان فى ملكه أو ملك المستأجر. و منهم من فرق. و لا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر. (١) و كلّ موضع يبطل فيه عقد الإجاره (٢) تجب فيه أجره المثل، مع استيفاء المنفعه أو بعضها، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه.

و الجعل، ك«من ردّ عبدى فله نصفه، و من ردّ عبدى فله كذا» و محلّه غير معلوم، و كذا: «من ردّ عبدى من موضع كذا فله كذا، و من موضع كذا فله كذا» مع الجهاله فيهما.

و فسر الرومى بما كان بدرزين و الفارسى بما كان بدرز واحد.

قوله: «و يستحقّ الأجير الأجره بنفس العمل» - إلى قوله - «على الآخر».

قد تقدّم (١) أن الأجير يملك الأجره بالعقد، فالمراد باستحقاقها هنا استحقاق المطالبه بها بعد العمل. و وجه ما اختاره المصنف - رحمه الله - من عدم توقف استحقاق المطالبه بها على تسليمه العين مطلقاً - أن العمل إنما هو فى ملك المستأجر أو ما يجرى مجراه، فيكون ذلك كافياً عن التسليم، و إن كان موضع العمل ملكاً للأجير. و يضعف بأن المعاوضه لا - يجب على أحد المتعاضين فيها التسليم إلا مع تسليم الآخر، فالأجود توقف المطالبه بها على تسليم العين و إن كان العمل فى ملك المستأجر.

و ما نقله من الفرق قول ثالث بأنه إن كان فى ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه، لأنه بيده تبعاً للملك، و لأنه غير مسلم للأجير فى الحقيقه، و إنما استعان به فى شغله كما يستعين بالوكيل، و إن كان فى ملك الأجير توقف. و هو وسط أوجه من إطلاق المصنف. و الأوسط الذى اخترناه أوجه.

قوله: «و كلّ موضع يبطل فيها عقد الإجاره. إلخ».

إنما كان الثابت مع الفساد أجره المثل لأن مقتضاه رجوع كلّ عوض إلى

ص: ١٨٣

(١ - ١) فى ص: ١٧٩.

مالكه، و مع استيفاء المنفعه يمتنع ردها فيرجع إلى بدلها، و هو أجره مثلها.

و استثنى الشهيد (رحمه الله) من ذلك ما لو كان الفساد باشرط عدم الأجره فى العقد، أو متضمنًا له كما لو لم يذكر أجره، فإنه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجره، لدخول العامل على ذلك. و هو حسن.

و ربما استشكل الحكم فيما لو كانت الإجاره متعلقه بمنفعه عين كدار مثلا، فاستوفاه المستأجر بنفسه، فإن اشترط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى، فحقه وجوب أجره المثل، كما لو باعه على أن لا ثمن عليه. و أما لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير، فعمل بنفسه مع فسادها، فوجه عدم استحقاقه لشيء ظاهر، لأنه متبرع بالعمل، و هو المباشر لإتلاف المنفعه.

و يندفع الإشكال فيها (١) بأنه مع اشترط عدم الأجره يكون اللفظ الوارد فى ذلك دالًا على إعاره العين المؤجره، فإن الإعاره لا تختص بلفظ مخصوص، بل و لا على لفظ مطلقا كما تقدم (٢). و لا شك أن اشترط عدم الأجره صريح فى الإذن فى الانتفاع من غير عوض، باللفظ فضلا عن القرينه، فلا يترتب عليه ثبوت أجره.

و يرد على القسم الثانى الذى اعترف فيه بعدم ثبوت أجره، و هو ما لو عمل الأجير بنفسه، أنه قد لا يكون متبرعا كما لو أمره المستأجر، فإن مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ، و حينئذ فلا يتحقق التبرع إلا مع عمل الأجير من غير سؤال، و إلا فينبغى مع عدم ذكر الأجره ثبوت أجره المثل، كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد.

فإن قلت: أى فائده فى تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام، و إقامته مقام العاربه؟ قلت: فساده بالنسبه إلى الإجاره بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمه لصحيح

ص: ١٨٤

١- ١) فى «س» و «ب» و «م»: فيهما.

٢- ٢) فى ص: ١٣٢-١٣٣.

و يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجره،(١)و أن يضمن، إلا مع التهمه.(٢) عقدها، كوجوب العمل على الأجير و نحوه، لا مطلق الأثر.

قوله: «و يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطعه على الأجره».

لما روى عن الصادق عليه السلام: «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعمل أجيرا حتى يعلمه ما أجره» (١). و فى حديث طويل عن الرضا عليه السلام يتضمن النهى عن ذلك و «أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعه ثم زدته لذلك الشئ ثلاثه أضعافه على أجرته إلا ظن أنه قد أنقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك و رأى أنك قد زدته» (٢).

قوله: «و أن يضمن إلا مع التهمه».

فيه تفسيرات :

الأول: أن يشهد شاهدان على تفريطه، فإنه يكره تضمينه للعين إذا لم يكن متهما.

الثانى: لو لم يقم عليه بينه و توجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك.

الثالث: لو نكل عن اليمين المذكوره و قضينا بالنكول [حينئذ] (٣) كره تضمينه كذلك.

الرابع: على تقدير ضمانه و إن لم يفرط، كما إذا كان صانعا على ما سياتى (٤)، يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير.

الخامس: أنه يكره له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط، على القول بجواز الشرط.

ص: ١٨٥

١-١) الكافي ٥: ٢٨٩ ح ٤، التهذيب ٧: ٢١١ ح ٩٣١، الوسائل ١٣: ٢٤٥ ب «٣» من أبواب أحكام الإجاره ح ٢.

١-٢) الكافي ٥: ٢٨٨ ح ١، التهذيب ٧: ٢١٢ ح ٩٣٢، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٣-٣) من «س» فقط.

٤-٤) فى ص: ٢٢٣.

الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة، إمّا تبعا لملك العين، أو منفردة

الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة، إمّا تبعا لملك العين، أو منفردة، و للمستأجر أن يؤجر، إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه. (١) السادس: لو أقام المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمّنه مع عدم التهمة.

السابع: لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمّنه كذلك.

و الأربعة الأول سديده. و الخامس مبني على صحّة الشرط، و قد بيّنا فساده و فساد العقد به. و الأخيران فيهما: أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان، و مع فرضه لا يكره تضمينه، لا اختصاص الكراهه بعدم تهتمته، فكيف مع تيقن ضمانه؟!.

قوله: «و للمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه».

هذا من جملة صور ملك المنفعة منفردة. و حيث يجوز له الإيجار يتوقّف تسليم العين على إذن المالك، إذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة و الإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره، فلو سلّمها بغير إذنه ضمن. كذا ذكره العلامة (١) و جماعه (٢).

و قوى الشهيد (٣) (رحمه الله) الجواز من غير ضمان، لأنّ القبض من ضرورات الإجاره للعين، و قد حكم بجوازها، و الإذن في الشيء إذن في لوازمه. و ردّ بمنع كون القبض من لوازمها، لإمكان استيفاء المنفعة بدونه. و الأقوى عدم الضمان لصحيحه على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (٤) في عدم ضمان الدابّة المستأجره بالتسليم إلى الغير، و غيرها أولى.

ص: ١٨٦

١-١) قواعد الأحكام ٢٢٦:١.

٢-٢) كالصيمري في تلخيص الخلاف ٢:١٩٨ مسألة (١١)، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٢٥، و حاشيته على الشرائع: ٣٦٤.

٣-٣) غايه المراد: ١٢٦.

٤-٤) الكافي ٥: ٢٩١ ح ٧، التهذيب ٧: ٢١٥ ح ٧، الوسائل ١٣: ٢٥٥ ب «١٦» من أبواب أحكام الإجاره ح ١.

و لو شرط ذلك، فسلم العين المستأجره إلى غيره، ضمنها. (١) و لو آجر غير المالك تبرّعا، (٢) قيل: تبطل، و قيل: وقفت على إجازة المالك. و هو حسن.

الرابع: أن تكون المنفعة معلومه

إشاره

الرابع: أن تكون المنفعة معلومه، إمّا بتقدير العمل كخياطه الثوب المعلوم، و إمّا بتقدير المدّة كسكنى الدار، أو العمل على الدابّة مدّة معيّنه. (٣) و ما ذكره المصنّف من منع إجاره غيره إذا شرط عليه الاستيفاء بنفسه، ينبغي تقييده بما إذا لم يشترط المستأجر الأوّل على الثانى استيفاء المنفعة له بنفسه على جهه الوكاله، إذ لو شرط ذلك لم يقدح فى صحّحه الإجاره، لعدم منافاته لشرط الاستيفاء بنفسه، فان استيفاءه بنفسه أعم من استيفائه لنفسه.

قوله: «و لو شرط ذلك فسلم العين المستأجره إلى غيره ضمنها».

قيّد الضمان بتسليم العين، لأنّه لا يضمن بمجرد إجارها، و إن شرط عليه الاستيفاء بنفسه، لعدم التعدّى، إذ يمكن مع ذلك أن يستوفيه بنفسه على الوجه الذى ذكرناه سابقا و نحوه.

قوله: «و لو آجر ذلك غير المالك تبرّعا. إلخ».

الإشاره ب«ذلك» إلى ما دلّ عليه الكلام السابق من العين الصالحه للإجاره.

و المراد أنه لو آجر غير المالك شيئا ممّا يصحّ للمالك إجاره فضولا هل يقع باطلا أو يقف على الإجاره؟ قولان، و لا خصوصيته لهما بالإجاره، بل الخلاف وارد فى جميع عقود الفضولى، و لكن قد تختصّ الإجاره عن البيع بقوّه جانب البطلان، من حيث إن قصّه عروه البارقى مع النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم فى شراء الشاه دلّت على جواز بيع الفضولى و شرائه (١)، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النصّ. و الأقوى توقّفه على الإجاره مطلقا.

قوله: «إمّا بتقدير العمل كخياطه الثوب المعلوم-الى قوله-مدّة معيّنه».

ليس التخيير فى ذلك كليّا، بل المراد أن كلّ منفعه يمكن ضبطها بالعمل أو

ص: ١٨٧

و لو قَدَّرَ بالمدَّة و العمل، مثل أن يستأجره (١) ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم، قيل: يبطل، لأنَّ استيفاء العمل في المدَّة قد لا يتَّفَق. و فيه تردّد.

بالزمان يكفى تقديرها بأيهما كان، و ذلك كاستئجار الأدمى و الدابة، فإنه يمكن استئجارهما بالزمان كخياطه شهر و ركوب شهر، و بالعمل كخياطه هذا الثوب و ركوبها إلى موضع معيّن. و ما لا يمكن ضبطه إلا بالزمان كالعقارات و الإرضاع فلا بدّ من تقديره به و ضبطه. و الضابط العلم بالمنفعة على أحد الوجهين. و مدار العلم على ما فصلناه. و جعل في التحرير (١) ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان، و ما يختصّ بالزمان ما ليس له عمل كالدار و الأرض. و ينتقض الأوّل باستئجار الأدمى للإرضاع، فإنه عمل و لا ينضبط إلا بالزمان.

قوله: «و لو قَدَّرَ بالمدَّة و العمل مثل أن يستأجر. إلخ».

المراد من هذا التعليل أن استيفاء العمل في المدَّة المعيّنه على وجه التطابق بحيث يتّمان معا قد لا يتَّفَق غالباً، لأن هذا هو الذى علّل به القائل بالبطلان، لا ما يشعر به ظاهر تعليل المصنف من كون المدَّة ظرفاً للفعل بحيث يستوفى فيها، فإن هذا يمكن جعله متّفقا اتّفاقاً غالباً، أو معلوماً عادة بتكثير المدَّة.

و تقرير وجه البطلان على الوجه المشهور: أن الجمع بينهما على وجه المطابقيه يستلزم الغرر، فإنه يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل، و بالعكس، فإن أمر بالإكمال فى الأول لزم العمل فى غير المدَّة المشروطة، و إلا كان تاركاً للعمل الذى وقع عليه العقد، و إن أمر فى الثانى بالعمل إلى أن ينتهى المدَّة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، و إن لم يعمل كان تاركاً للعمل فى المدَّة المشروطة.

و اختار فى المختلف [١] الصّحّة محتجاً بأنّ الغرض إنّما يتعلّق فى ذلك غالباً بفراغ العمل، و لا ثمره مهمّة فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه. فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجره لحصول الغرض. و إن خرجت المدَّة قبله

ص: ١٨٨

(١ - ١) تحرير الأحكام ١: ٢٤٥.

و الأجير الخاص، (١) و هو الذى يستأجره مدّه معيّنه، لا يجوز له العمل لغير المستأجر إلا بإذنه.

فلمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل عمل شىء فلا شىء، أو بعد شىء فأجره مثل ما عمل، و إن اختار الإمضاء ألزم الإكمال خارج المدّه، و ليس له الفسخ.

و الحقّ: أن ما ذكره إنّما يتمّ لو لم يقصدا المطابقه، و هو خلاف موضع النزاع، فلو قصداها بطل كما قالوه. و مع ذلك يشكّل لزوم أجره المثل مع زيادتها على المسمّى، فإن الأجير ربّما يجعل التوانى فى العمل وسيله إلى الزائد، فينبغى أن يكون له أقلّ الأمرين من المسمّى إن كان أتمّ العمل، و ما يخصّه منه على تقدير التقسيط إن لم يتمّ، و من أجره مثل ذلك العمل. و الأقوى البطلان، إلا مع إرادته الظرفيه المطلقه و إمكان وقوع العمل فيها.

قوله: «و الأجير الخاص. إلخ».

الأجير الخاصّ هو الذى يستأجر للعمل بنفسه مدّه معيّنه، أو عملا- معيّنا مع تعيين أول زمانه، كعمل شىء معيّن أول زمانه اليوم، بحيث لا يتوانى فى فعله حتى يفرغ منه.

ثمّ إن كان العمل مطلقا اقتضى استيجاره على هذا الوجه ملك جميع منافعه فى الوقت الذى جرت العاده بالعمل فيه، فليس له أن يعمل لغيره فيه عملا- إلا- بإذن المستأجر، و له ذلك فيما لم تجر العاده بالعمل فيه للمستأجر كالليل، إذا لم يؤدّ إلى ضعف فى العمل المستأجر عليه.

و هل يجوز عمله فى الوقت المعيّن عملا لا ينافى حقّ المستأجر، كإيقاع عقد و نحوه فى حال اشتغاله أو تردّده فى الطريق بحيث لا- ينافيه؟ وجهان من شهاده الحال بالإذن فى مثل ذلك، و النهى عن التصرّف فى ملك الغير بغير إذنه (١). و مثله يأتى فى استعمال عبد الغير بغير إذنه على هذا الوجه. و سيأتى (٢) تحقيقه فى الوكاله. و أولى

ص: ١٨٩

١- (١) السنن الكبرى ١: ١٠٠، مجمع الزوائد ٤: ١٧٢، كنز العمال ١: ٩٢ ح ٣٩٧.

٢- (٢) فى ص: ٢٦٧-٢٦٨.

.....
بالجواز هنا.

و إن كان العمل معينا فكذلك مع منافاه العمل للغير للمعین، إما فى نفسه أو فى بعض أوصافه. و مع عدم المنافاه مطلقا له العمل، كإيقاع العقد و تعليمه فى حال الخياطه و نحوها، مع احتمال المنع.

و سُمى هذا الأجير خاصا باعتبار انحصار منفعتة المخصوصه فى شخص معين، بحيث لا يجوز له العمل لغيره على ذلك الوجه. و يقابله المشترك كما سيأتى.

و إطلاق الخصوص عليه بضرب من المجاز، و لو سُمى مقيدا كان أولى، لأنه فى مقابله المشترك لا فى مقابله العام، و المراد بالمشترك هنا المطلق كما ستعلمه.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا عمل هذا الأجير لغير المستأجر عملا فى الوقت المنهى عن العمل فيه فلا يخلو: إما أن يكون بعقد إجاره أو جعله أو تبرعا. و على تقدير التبرع إما أن يكون لذلك العمل أجره عادة أو لا.

فإن كان عمله بعقد تخير المستأجر:

بين فسخ عقده، لفوات المنافع التى وقع عليها العقد، فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئا فلا شىء عليه، و إن كان بعده تبعضت الإجاره و لزمه من المسمى بالنسبه. و حينئذ فى لزوم الإجاره أو الجعالة الثانيه و جهان يلتفتان إلى من باع ملك غيره ثم ملكه، فإن قلنا بالصحة فلا بحث، و إلا رجع إلى أجره المثل.

و بين إبقائه. و يتخير حينئذ فى فسخ العقد الطارئ و إجازته، إذ المنفعه مملوكه له، فالعاقد عليها فضولى. فإن فسخه رجع إلى أجره المثل عن المدّه الفائتة، لأنها قيمه العمل المستحق له بعقد الإجاره، و قد أتلّف عليه. و يتخير فى الرجوع بها على الأجير، لأنه المباشر للإتلاف، أو المستأجر، لأنه المستوفى.

و إن أجازته ثبت له المسمى فيه، فإن كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر، لأن الأجير هنا بمنزله فضولى باع ملك غيره فأجاز المالك، فإنه لا يطالب الفضولى بالثمن. و إن كان بعد القبض فإن كانت الأجره معينه فى العقد فالمطالب

و لو كان مشتركا جاز، و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المدّة. (١) بها من هي في يده، و إن كانت مطلقة فإن أجاز القبض أيضا فالمطالب الأجير، و إلا فالمطالب المستأجر، ثمّ المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله، أو علمه و بقاء العين. و أطلق العلامة (١) القول بتخيّر المستأجر بين مطالبه الأجير و المستأجر في جميع هذه المواضع. و هو غير واضح.

و إن عمل بجعله تخيّر مع عدم الفسخ بين إجازته فيأخذ المسمّى منه أو من الجاعل بتقريب ما تقدّم، و عدمه فيرجع بأجره المثل.

و إن عمل تبرّعا فإن كان العمل ممّا له أجره في العادة تخيّر مع عدم فسخ عقده بين مطالبه من شاء منهما بأجره المثل، لتحقق العدوان منهما و إلا - فلا شىء. و في معنى التبرّع عمله لنفسه، فلو حاز شيئا من المباحات و نوى تملكه لنفسه ملكه، و كان حكم الزمان المصروف في ذلك ما تقدّم.

قوله: «و لو كان مشتركا جاز و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المدّة».

الأجير المشترك هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدّة، أو عن المدّة مع تعيين المباشرة، أو مجرد عنهما. فالأول كأن يستأجره على تحصيل الخياطة يوما مثلا، و الثانى كأن يستأجره ليخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرّض إلى وقت، و الثالث كأن يستأجره على تحصيل خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان.

و سمى مشتركا لعدم انحصار منفعتة في شخص معيّن، إذ له أن يعمل لنفسه و غيره. و صدق الاشتراك عليه حقيقة بسبب استحقاقه العمل لغير المستأجر، لا لأن منفعتة مشتركة بالفعل بين المستأجر و شخص آخر غير الأجير. و لو سمّاه مطلقا كما صنع الشهيد (٢) (رحمه الله) كان أولى، لأنه في مقابله المقيّد و هو الخاصّ، و هو

ص: ١٩١

١-١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٨-٢٢٩.

٢-٢) اللعنه: ٩٥.

باعتباراته الثلاثة مابين للخاصّ بقول مطلق، إذ الأول مطلق بالنسبه إلى المباشر، و الثاني بالنسبه إلى المدّه، و الثالث فيهما معا.

و حكمه جواز العمل لغير المستأجر مع عدم مطالبته له بالمبادره مطلقا، و وجوب تحصيل العمل معها بنفسه و بغيره فى الأول و الثالث، و بنفسه فى الثانى.

و الفرق بين الأول و الثالث وجوب تحصيل العمل على الأول فى المدّه المعينه إن كان معينا و قلنا بجوازه أو مطلقا. و اعلم أن الشهيد (رحمه الله) حكم فى بعض تحقيقاته بأن الإطلاق فى كلّ الإجازات يقتضى التعجيل، و أنه تجب المبادره إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المدّه خاصّه فبنفسه، و إلا تخير بينه و بين غيره، و حينئذ فيقع التنافى بينه و بين عمل آخر فى صوره المباشره. و فرّع عليه منع صحّه الإجاره الثانیه فى صوره التجرد عن المدّه مع المباشره، كما منع فى الأجير الخاصّ. و ما تقدّم (1) فى الإجاره للحج مؤيد لذلك، فإنهم حكموا بعدم صحّه الإجاره الثانیه مع اتّحاد زمان الإيقاع نصّا أو حكما، كما لو أطلق فيهما، أو عين فى إحداهما بالسنة الأولى و أطلق فى الأخرى.

و لا ريب أن ما ذكره أحوط، و إن كان وجهه غير ظاهر، لعدم دليل يدلّ على الفوريه، و عموم الأمر بالإيفاء بالعقود (2) و نحوه لا يدلّ بمطلقه على الفور عندهم و عند غيرهم من المحقّقين، سلّمنا لكنّ الأمر بالشىء إنّما يقتضى النهى عن ضده العام، و هو الأمر الكلى، لا الأفراد الخاصّه، سلّمنا لكنّ النهى فى غير العباده لا يدلّ على الفساد عندهم، و الاستناد إلى ما ذكر من الحج ليس حجّه بمجرد.

و يتفرّع على ذلك وجوب مبادره أجير الصلاه إلى القضاء بحسب الإمكان، و عدم جواز إجارتها بنفسه ثانيا قبل الإتمام. و أما تخصيص الوجوب بصلاه مخصوصه و أيام معينه فهو من الهدايات الباردة و التحكّمات الفاسده.

ص: ١٩٢

١- ١) فى ج ١٧٤: ٢.

٢- ٢) المائده: ١.

و تملك المنفعة بنفس العقد، كما تملك الأجره به. (١) و هل يشترط اتصال مدّه الإجاره بالعقد؟ قيل: نعم. و لو أطلق بطلت. و قيل: الإطلاق يقتضى الاتّصال. و هو أشبهه. (٢) قوله: «و تملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجره به».

قد تقدّم (١) أن الأجره تملك بالعقد. و الغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به أيضا. و وجهه ما تقدّم (٢) من أن صحّح المعاوضه تقتضى انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، و العوض من جانب الأجير أو المؤجر هو المنفعة، فيلزم انتقالها إلى المستأجر بنفس العقد و إن كان إنّما يستوفيهما على التدرّيج، فإن معنى ملكه لها كونها حقّا من حقوقه، فيصحّ له استيفائها و نقلها إلى غيره، و غير ذلك من لوازم الحقوق المائنه و إن لم يكن عيناً، و لا معنى للملك إلا ذلك، فإن كونها مملوكه للمؤجر قبل الإجاره معناه أن له أن يتصرّف فيها كتصرّفه فى العين، فلما آجرها صار المستأجر مالكا للتصرّف فيها كما كان يملكه المؤجر.

و خالف فى ذلك بعض العامّه (٣) فزعم أن المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد، لأنها معدومه حينئذ، بل يملكها على التدرّيج شيئا فشيئا بعد وجودها و حدوثها على ملك المؤجر. و ملك الأجره تابع لملك المنفعة، فلا يملكها المؤجر إلا تدرّيجا كذلك. و ليس بشيء.

قوله: «و هل يشترط اتصال مدّه الإجاره بالعقد- إلى قوله- و هو أشبهه».

القول بالبطلان مع الإطلاق و التصريح بعدم الاتّصال للشيخ (٤) (رحمه الله).

و الأقوى الجواز مع الإطلاق إن دلّ العرف على اقتضائه الاتّصال، و إلا- فلا- للجها له. و أما القول بأن الإطلاق يقتضى الاتّصال مطلقاً، ففيه أنه أعمّ فلا يدلّ

ص: ١٩٣

١- ١) فى ص: ١٧٩.

٢- ٢) فى ص: ١٧٩.

٣- ٣) راجع المغنى لابن قدامه ١٧: ٦.

٤- ٤) المبسوط ٣: ٢٣٠، و الخلاف ٣: ٤٩٦ مسألة ١٣.

و لو عيّن شهرا متأخراً عن العقد، قيل: يبطل. و الوجه الجواز. (١) و إذا سلّم العين المستأجره، و مضت مدّه يمكن فيها استيفاء المنفعة، لزمته الأجره. و فيه تفصيل. (٢) على الخاصّ إلا بقريته، و نحن نسلّم الحكم مع وجودها لا مطلقاً.

قوله: «و لو عيّن شهرا متأخراً عن العقد قيل: يبطل. و الوجه الجواز».

القول بالبطلان للشيخ (١) (رحمه الله) محتجاً بأن الإجاره تقتضى استحقاق التسليم بالعقد، و هو منتف في الفرض، و بأنه لا دليل على الصحّح. و جوابه: منع كون مطلق الإجاره يستحقّ بها التسليم بالعقد، فإنه عين المتنازع. و دليل الصحّح عموم الأدلّه الدالّه على الأمر بالوفاء بالعقد (٢) و صحّحه هذه المعامله. و أيضاً فإن شرط الاتّصال يقتضى عدمه، لأن كلّ واحد من الأزمنه التي تشتمل عليها مدّه الإجاره معقود عليه، و ليس متّصلاً منها بالعقد سوى الجزء الأول. و متى كان اتّصال باقى الأجزاء غير شرط فكذا اتّصال الجميع.

قوله: «و إذا سلّم العين المستأجره- إلى قوله- و فيه تفصيل».

المراد بالمدّه التي يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعيّنت شرعاً للاستيفاء، إما بالتعيين أو ما في حكمه، كما إذا عيّنت المنفعة بالعمل، فإن مدّتها هي الزمان الذي يسعها عادة. و إنّما قيدناها بذلك ليخرج منها ما لو سلّمها قبل المدّه المشروطه متأخره عن العقد، فإنها لا تستقرّ بهذا التسليم. و لا فرق في ثبوت الأجره عليه بالتسليم بين كون الإجاره صحيحه و فاسده، لأنّ المنافع إذا كانت مضمونه بالقبض الصحيح فكذا الفاسد، لتبعيته له في ذلك، كما سلف (٣) مراراً، لكن مع الفساد يلزم أجره المثل عمّا فات من المنافع في يده. و في حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدّه، أو مضت مدّه يمكنه الاستيفاء، فتستقرّ الأجره، لكن

ص: ١٩٤

١- (١) المبسوط ٣: ٢٣٠، و الخلاف ٣: ٤٩٦ مسألة ١٣.

٢- (٢) المائده: ١.

٣- (٣) كما في ج ٣: ١٥٤.

و كذا لو استأجر دارا و سلمها، و مضت المدّة و لم يسكن، أو استأجره لقلع ضرسه، فمضت المدّة التي يمكن انتفاع ذلك فيها، فلم يقلعه المستأجر استقرّ الأجره. أمّا لو زال الألم عقيب العقد، سقطت الأجره. (١) هنا لا بدّ من تقييده بالصحيحه.

و أمّا التفصيل الذي أشار إليه المصنف فيمكن أن يشير به إلى ما ذكره الشيخ في المبسوط (١) من أن الأجره إنّما تستقرّ في المعيّنه لا- المطلقه، كما يفهم الأول من كلامه صريحا و الثاني فحوى. و يمكن أن يريد به أن الحكم إنّما يكون إذا كانت العين المستأجره غير حرّ، فلو كانت الإجاره على عمل الحرّ فسلمّ نفسه فتسلمه، أو لم يتسلمه و لكن خلّ بينه و بين العمل في المدّة، لم تستقرّ، لأن منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد، بخلاف غيره. و يمكن أن يكون إشاره إلى الفرق بين المعيّنه بوقت و المتعلّقه بالذمه مجرّده عن الزمان، فتستقرّ في الأول دون الثاني، لأنّ جميع الأزمنه صالح لها.

و الحقّ عدم الفرق في ذلك كلّه، و أن الحكم على ما قرّرناه. و بخطّ شيخنا الشهيد (رحمه الله) على شرائعه بعد أن ذكر التفصيل الأول، قال: «و الاحتمالات متكثّره في التفصيل من غير استناد إلى حجّه».

قوله: «أو استأجره لقلع ضرسه- إلى قوله- سقطت الأجره».

المراد أن الأجير سلمّ نفسه للعمل و امتنع المستأجر من غير عذر، فإن الأجره تستقرّ بالتمكين المذكور. و تبه بذلك على أن الأجير في هذا و نظائره بمنزله العين المبحوث عن تسليمها سابقا. و فيه رد على التفصيل بالمعنى الثاني.

و اعلم: أن المستأجر للقلع لا- يجب عليه تسليم نفسه بالاستئجار، بل له الامتناع منه تشهيا و إن استقرّ الأجره. و إنّما سقطت الأجره بالبراء لبطلان الإجاره من حيث تعلّقها بمنفعه لا يجوز استيفؤها شرعا، إذ لا يجوز قلع الضرس و إدخال الألم على النفس لغير ضروره، فلا يصحّ الاستئجار عليه، كما لو استأجر لقلعه

ص: ١٩٥

و لو استأجر شيئاً، فتلف قبل قبضه، بطلت الإجاره. و كذا لو تلف عقيب قبضه. أمّا لو انقضى بعض المدّة ثمّ تلف، أو تجدد فسخ الإجاره، صحّ فيما مضى، و بطل في الباقي، (١) و يرجع من الأجره بما قابل المتخلف من المدّة.

ابتداء من غير ألم، أو لقطع يده من غير سبب يوجبه، أمّا لو كانت متآكله يخاف من سريان المرض فهي كالضرس الفاسد. و المرجع في ذلك إلى ظنّ أهل الخبره أو التجربه.

قوله: «و لو استأجر شيئاً فتلف - إلى قوله - و بطل في الباقي».

المراد بالتالف المعين في عقد الإجاره استيفاء المنفعه منه، كما يرشد إليه ظاهر العبارة. و بطلان الإجاره حينئذ واضح، لأنه أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كالبيع. و الاستيفاء هنا للمنفعه بتمامها قائم مقام القبض في المبيع، كما أن استيفاء البعض كقبض بعضه. و لو كانت الإجاره في الذمّه و تسلّم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالإجاره باقيه.

و المراد بتلفها عقيب القبض وقوعه بغير فصل بحيث لم يمض زمان يمكنه استيفاء بعض المنفعه، كما يرشد إليه قوله: «أمّا لو انقضى بعض المدّة فإن المراد منها ما هو أعمّ من المعينه بخصوصها و ما في حكمها.

و حيث يبطل في البعض يقسّط المسمّى على جميع المدّة و يثبت للماضى ما قابله منها، فإن كانت متساويه الأجزاء فظاهر، و إلا فطريق التقسيط أن تقوم أجره مثل جميع المدّة، ثمّ تقوم الأجزاء السابقه على التلف و ينسب إلى المجموع، فيؤخذ من المسمّى بتلك النسبه.

و لو تلف بعض العين خاصّه فالحكم في التالف كما مرّ، و يتخير في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقه و إمساك الحصّه بقسطها من الأجره. و لو لم يتلف شيء لكن نقصت المنفعه بطرؤ عيب بأن نقص ماء الأرض أو الرّحى، أو عرجت الدابّه، أو مرض الأجير، و نحو ذلك، ثبت للمستأجر الفسخ.

ولا- بدّ من تعيين ما يحمل على الدابّة، إمّا بالمشاهده، وإمّا بتقديره بالكيل أو الوزن، أو ما يرفع الجهاله. (١) ولا- يكفى ذكر المحمل مجزّدا عن الصفه، ولا راكب غير معيّن، لتحقّق الاختلاف (٢) فى الخفّه و الثقل. ولا بدّ مع ذكر المحمل من ذكر طوله و عرضه و علوّه، و هل هو مكشوف أو مغطّى؟ و ذكر جنس غطائه.

قوله: «ولا بدّ من تعيين ما تحمله الدابّة-إلى قوله-أو ما يرفع الجهاله».

لَمّا كان الضابط التوضيّل فى معرفه المحمول (١) إلى ما يرفع الجهاله لم يكف مطلق المشاهده، ولا- مطلق الاعتبار بأحد الأمرين، بل مع قيود زائده. أما فى المشاهده فلا- بدّ معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان فى ظرف، لما فى الأعيان من الاختلاف فى الثقل و الخفّه مع التفاوت فى الحجم. و أما فى المعتبر بأحد الأمرين فلا بدّ معه من ذكر جنسه، للاختلاف الفاحش باختلافه، فإن القطن يضرّ من جهه انتفاخه و دخول الريح فيه فيزداد ثقله فى الهواء، و الحديد يجتمع على موضع من الحيوان فرّبما عقره، و تحمّل بعض الأجناس أصعب من بعض، و الحفظ فى بعضها كالزجاج أصعب، فلا بدّ من ذكر الجنس مع التقدير.

و اعلم: أنه متى ذكر قدراً معيّناً من جنس كالحنطه فظرفه خارج عن التقدير، لتخصيصه القدر بكونه من الجنس، فالظرف خارج مدلول عليه بالالتزام حيث يفتقر إليه. و يجيء على إطلاق المصنّف الاكتفاء بالكيل أو الوزن من غير اعتبار ذكر الجنس: أنه لو قدر بمائه رطل و أطلق، دخل الظرف فيه. و على ما ذكرناه من الاشتراط لا يتوجّه الإطلاق، لبطلان العقد معه.

قوله: «ولا يكفى ذكر المحمل و لا راكب غير معيّن، لتحقّق الاختلاف».

المحمل-بكسر الميم الأخيره، كمجلس-واحد المحامل، و هو شقّان على

ص: ١٩٧

(١- ١) فى «س» و «م»: المجهول.

و كذا لو استأجر دابته للحمل، فلا بد من تعيينه بالمشاهدة، أو ذكر جنسه و صفته و قدره.

و كذا لا يكفى ذكر الآلات المحمولة، ما لم يعين قدرها و جنسها. (١) و لا يكفى اشتراط حمل الزاد، ما لم يعينه. و إذا فنى ليس له حمل بدله، ما لم يشترط. (٢) البعير يحمل فيهما العديلان. و اعتباره إما بالمشاهدة أو الوزن مع ذكر الطول و العرض، لاختلافه باختلافهما فى السهولة و الصعوبة و إن اتفق وزنه، و لو عهد اتفاق المحامل أو اتفاق جنس منها كفى ذكر ذلك الجنس. و كذا يعتبر معرفه مقدار وطائه و غطائه لاختلافهما.

و أما الراكب فيعتبر بالمشاهدة، أو الوزن مع عدمها. و فى الاكتفاء فيه بالوصف من نحافه و ضخامه و طول و قصر و حركه و بطء و نحوها و جهان، أجمودهما ذلك، مع إفادته للوصف التام الرافع للجهاله.

قوله: «و كذا لا يكفى ذكر الآلات المحمولة ما لم يعرف قدرها و جنسها».

المراد بالآلات هنا ما يصحبه معه المستأجر فى السفر من نحو السفره و القربه و الإداوه و القدر، فإنه إذا شرط حملها و جب معرفتها بالمشاهدة أو الوزن أو الوصف الرافع للجهاله، لاختلافهما على وجه تحصل بإجمالها الجهاله و الغرر. و لو لم يشترطها لم يدخل فى الإطلاق إلا مع جريان العاده بها بحيث لا يحصل القصد بدونها، فيتوجه بطلان الإجاره لو لم يعرف قدرها، لأن ذلك بمنزله الشرط المجهول.

قوله: «و كذا لا يكفى اشتراط حمل الزاد- إلى قوله- ما لم يشترط».

إنما لم يكن له إبدال الزاد مع فئاته- مع أنه قد شرط حمل القدر المعين- لأن المتبادر من الزاد ما يفنى فى الطريق بالأكل، فيرجع فيه إلى المتعارف. و المراد فئاؤه بالأكل المعتاد، فلو فنى بغير ذلك كضيافه غير معتاده، أو أكل كذلك، أو ذهب بسقوط أو سرقة، فله إبداله تنزيلا للإطلاق على المعتاد المتعارف، و يكون حكم

و إذا استأجر دابته اقتصر على مشاهدتها. فإن لم تكن مشاهدته فلا بد من ذكر جنسها و وصفها. و كذا الذكور و الأنوثة، إذا كانت للركوب. (١) و يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل.

و يلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج إليه في إمكان الركوب، من الرحل و القتب و آلته و الحزام و الزمام. (٢) البديل حكم المبدل منه في ذلك، و يعلم من ذلك أنه لو شرط حمل زاد زائد على العادة فليس للزائد حكم المعتاد، بل له إبداله، لأنه كالمحمول المطلق، إلا أن يريد جعل الجميع زادا توسعه. و لو شرط الإبدال في الجميع فلا ريب في الصحه عملا بالشرط.

قوله: «و إذا استأجر دابته افتقر إلى مشاهدتها- إلى قوله- إذا كانت للركوب».

فيذكر في الوصف الجنس كالإبل، و النوع كالعرب، و الذكور أو الأنوثة، فإن الأنثى أسهل و الذكر أقوى إن استؤجر للركوب، و إلا- لم يفتقر إلى أحدهما. و يحتمل عدم اعتبار الوصف الأخير مطلقا، لأن التفاوت بينهما يسير، فلم يكن معتبرا في نظر الشارع، و لأن أحد النوعين ربما اختلفت أفراده أزيد مما بين النوعين. و كذا يجب ذكر كل وصف يختلف السير و الركوب به، سواء أشار إلى معين غائب أم جعل متعلقها الذمه غير مقيدة بعين شخصيته.

قوله: «و يلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج إليه- إلى قوله- و الزمام».

الضابط وجوب كل ما جرت العادة بالتوطئه به للركوب، أو الاستعانة به بالنسبه إلى نوع الدابة المعينه، فيجب السرج لذات السرج، و البرذعه [١] لمن يعتاده، و نحو ذلك. و كذا اللجام و الزمام و غيرها من الآلات. و كذا يعتبر السائق و القائد مع اقتضاء العادة لهما أو لأحدهما. و كذا يجب إعانته على الركوب و النزول، إما برفعه إن كان يمكنه ذلك، و هو من أهله، أو بيروك الجمل إن كان عاجزا، أو قادرا و لكن لا تقتضى العادة له بذلك، كالمرأه و الشيخ الكبير و المريض.

و في رفع المحمل و شدّه تردّد، أظهره اللزوم. (١) و لو أجرها للدوران بالدولاب، افتقر إلى مشاهدته، (٢) لاختلاف حالته في الثقل.

و لو أجرها للزراعة، فإن كان لحرث جريب معلوم، فلا بدّ من مشاهدته الأرض أو وصفها، و إن كان لعمل مدّه، كفى تقدير المدّه. (٣) و لو كان المستأجر قويًّا يتمكّن من فعل ذلك بنفسه لم يجب إعانته. كلّ ذلك مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبه، أو قضاء العاده بها، أو كانت الإجاره للركوب في الذمّه، أما لو كانت مخصوصه بدابّه معيّنه ليذهب بها كيف شاء و لم تقض العاده بذلك، فجميع الأفعال على الراكب.

قوله: «و في رفع المحمل و شدّه تردّد أظهره اللزوم».

هذا هو الأقوى، لقضاء العاده به، و لأنه من أسباب التهيئه و التحميل الواجب على المؤجر، فيجب. نعم، لو شرط خلاف ذلك أتبع شرطه.

قوله: «و لو أجرها للدوران بالدولاب افتقر إلى مشاهدته».

و لو أمكن الوصف الراجع للجهاله كفى. و كذا يشترط معرفه عمق البئر بالمشاهده أو الوصف إن أمكن الضبط به، و تقدير العمل بالزمان كاليوم، أو بملء بركه معيّنه بالمشاهده أو المساحه، لا بسقى البستان و إن شوهده، للاختلاف بقرب عهده بالماء و عدمه، و حراره الهواء و برودته.

قوله: «فإن كان لحرث جريب معلوم- إلى قوله- كفى تقدير المدّه».

اكتفى المصنف في معرفه الأرض بالوصف. و هو الظاهر، بل ربّما كان أبلغ من المشاهده، لأن صاحب الأرض قد يطلع من باطنها ما لا يظهر بمشاهده ظاهرها.

و في التذكرة اعتبر المشاهده و لم يكتف بالوصف محتجًا بأنها تختلف، فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر و مستعملها، و بعضها رخو يسهل، و بعضها فيه حجاره يتعلّق بها السكّه، و مثل هذا الاختلاف إنّما يعرف بالمشاهده دون

و كذا فى إجاره دابّه لسفر مسافه معيّنه، فلا- بدّ من تعيين وقت السير ليلا- أو نهارا، إلا أن يكون هناك عادة فيستغنى بها. (١)
الوصف (١).

و فيه ما مرّ، مع أن مشاهدته ظاهر الأرض لا- يفيد ذلك، و إنّما يظهر بالعمل، و هو متوقّف على صحّحه الإجاره، و يبعد أن يريد
بالمشاهده معرفه ما يصل إليه العمل بها، لما فى اعتبار ذلك من الحرج. و لأن المراد من ذلك رفع الجهاله العاديه لا الضبط
الكلى. و يمكن التوصل إلى ذلك باختبارها بالحفر فى مواضع على وجه يرفع الغرر.

هذا إذا قدّر بالعمل. و لو قدّر بالمدّه لم يعتبر معرفه الأرض، لكن يعتبر تعيين الدابّه التى تستعمل فى الحرث، إما بالمشاهده أو
الوصف الرافع للجهاله. و لو قدّره بالأرض لم يحتج إلى معرفه الدابّه، و هل يعتبر معرفه السكّه؟ وجهان، أجودهما الاكتفاء فيها و
فى نزولها فى الأرض بالعادة.

قوله: «فلا بدّ من تعيين وقعت السير ليلا أو نهارا إلا أن يكون هناك عادة فيستغنى بها».

إنما وجب تعيين الوقت لاختلاف الناس فى ذلك، الموجب للجهاله بسبب اختلافه، فيجب التعيين مع عدم العاده المعينه لتلك
الطريق. و يشكل الحكم فيما إذا اختلف السير و لم يكن (٢) التعيين إليهما كطريق الحجّ، فإن مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحّحه
الاستئجار فيها، إلا- أن تستقرّ العاده بسير مخصوص فى تلك السنه بحسب ما يناسبها عادة من السنين. و فى التذكرة منع من
الاستئجار فى الطريق التى ليس لها منازل مضبوطة، إذا كانت مخوفه لا يمكن ضبطها باختيارهما (٣).

ص: ٢٠١

١- (١) التذكرة ٣١١: ٢.

٢- (٢) فى «م» و «و»: و لم يمكن. و على هذه النسخه فلعلّ الصحيح: و لم يمكن التعيين لهما.

٣- (٣) التذكرة ٣٠٩: ٢.

و يجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعقبه، و يرجع في التناوب إلى العاده. (١) و إذا اكرتري دأبه، فسار عليها زياده عن العاده، أو ضربها كذلك، أو كبجها باللجام من غير ضروره، ضمن. (٢) قوله: «و يصح أن يستأجر اثنان جملاً- أو غيره للعقبه و يرجع في التناوب إلى العاده».

العقبه-بضم العين-النوبه، و هما يتعاقبان على الراحله: إذا ركب هذا تاره و هذا أخرى (١). فإن كان هناك عاده مضبوطه إما بالزمان أو المسافه حمل الإطلاق عليها، و إلا وجب التعيين. و لو اتفقا في المنضبط بالعاده على خلافها و ضبطاه صح.

و يعتبر تعيين مبدأ الركوب و من يركب منهما أولاً. و اكتفى في التذكرة (٢) بالقرعه في تعيين المبتدئ إن لم يعيناه في العقد، لأن محلها الأمر المشكل. و يشكل بأنه لا إشكال هنا، فإن عقد المعاوضه لا يبنى على الجهاله المفضيه إلى التنازع مع إمكان رفعها. قوله: «و إذا اكرتري دأبه- إلى قوله-ضمن».

أى أسرع السير زياده على عاده أمثالها بحسب نوعها و وصفها في تلك الطريق، فإن ذلك لا يجوز فيضمن. و التقييد في الضرب بالزياده عن العاده يدلّ بمفهومه على أنه لو ضربها بما جرت العاده به لم يضمن، حملاً على المعتاد، فإن ذلك ممّا اقتضاه عقد الإجاره و إن لم يأذن فيه صريحاً، خلافاً للتذكرة حيث حكم بالضمان بالضرب مطلقاً، محتجاً بأن الإذن مشروط بالسلامه (٣). و ما اختاره المصنف أوجه.

و المراد بكبح الدأبه باللجام جذبها به لتقف، قال الجوهري: «كبحت الدأبه إذا جذبتها إليك باللجام لكي تقف و لا تجرى. يقال: أكمحتها، و أكفحتها، و كبحتها هذه وحدها بلا ألف، عن الأصمعي» (٤).

ص: ٢٠٢

١-١) راجع النهايه لابن الأثير ٣:٢٦٨، و القاموس ١:١٠٦.

٢-٢) التذكرة ٢:٢٩٨.

٣-٣) التذكرة ٢:٣١٨.

٤-٤) الصحاح ١:٣٩٨ ماده «كبح».

و لا- تصحّ إجاره العقار، إلا مع التعيين بالمشاهده أو بالإشارة إلى موضع معيّن، موصوف بما يرفع الجهاله، (١) و لا تصحّ إجارته في الذمه، لما يتضمّن من الغرر، بخلاف استئجار الخياط للخياطة، و النسيّاج للنساجه. و إذا استأجره مدّه فلا- بدّ من تعيين الصانع، دفعا للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعه. (٢) قوله: «و لا تصحّ إجاره العقار-إلى قوله- بما يرفع الجهاله».

العقار-بالفتح-الأرض و البيوت و الشجر. و المراد هنا ما يجوز استئجاره منه، فيجب مشاهده الأرض المستأجره للزرع أو الغرس أو غيرهما أو ما هو أعمّ، أو وصفها بما يرفع الجهاله.

و اشترط المصنف في الموصوف أن يكون عينا شخصيّه، فلا- يكفي إيجار عقار موصوف في الذمه، محتجّيا بلزوم الغرر. و فيه نظر، فإن الوصف الراجع للجهاله كيف يجمع الغرر؟ و الفرق بينه و بين المعين الموصوف غير واضح. نعم، لو علّل بعسر تحصيل الموصوف، لاختلاف العقارات في الخواصّ و الأوصاف اختلافا كثيرا يعسر معه الوقوف على ما عينه، أمكن. و وافقه على هذا التفصيل في التحرير (١)، و أطلق في القواعد (٢) و التذكرة (٣) و الإرشاد (٤) الاكتفاء بالوصف.

قوله: «و إذا استأجره مدّه-إلى قوله- في الصنعه».

أى إذا استأجره لعمل من الأعمال التي يختلف فيها الصنّاع بالخفّه و البطء كالخياطة و الكتابة لم يصحّ جعله في الذمه بحيث يحصّله بمن شاء، لما في ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر، بل لا بدّ من تعيين الصانع، سواء كان هو المؤجر أم غيره، مع إمكان تحصيل المنفعة منه للانضباط حينئذ.

ص: ٢٠٣

١-١) تحرير الأحكام ١:٢٤٦.

١-٢) قواعد الأحكام ١:٢٢٥.

٢-٣) التذكرة ٢:٣٠٦.

١-٤) إرشاد الأذهان ١:٤٢٣.

و لو استأجر لحفر البئر، لم يكن بدّ من تعيين الأرض، و قدر نزولها وسعتها، (١) و يفهم من تقييده المنع بالمدّة أنه لو وقع الاستئجار على عمل معيّن، كنسخ الكتاب (١) المعيّن أو خياطه الثوب المخصوص، صحّ و إن لم يعيّن الصانع، لأن الاختلاف في الخفّة و البطء الموجب للزيادة في العمل و النقيصه غير قادح، لحصول المطلوب و هو العمل المعيّن. و هو جيّد على الوجه الذى قيّدناه من أن منشأ الاختلاف المانع من جهه الزيادة و النقيصه. أما من حيث الظاهر من العبارة- أن المانع هو تفاوتهم فى الصنعه الشامل للاختلاف فيها بحسب الجوده و الرّداء- فلا فرق فيه بين المعيّن بالعمل و المدّة. لكنّ الأول أوفق، ليحصل الفرق.

و أمّا ضبط الأوصاف التى يحصل باختلافها الغرض (٢) فى العمل فلا- بدّ منه فى صحّته الإجاره، كغيره من الأمور التى يعتبر ضبطها. و حيثئذ يرتفع الغرر من هذه الجهه. أما التقدير بالعمل المعيّن فى المدّة المعيّنه فلا ينضبط، بل لا يصحّ التعرّض له كما سبق (٣)، فلا بدّ من تعيين الصانع على وجه يرتفع به هذا النوع من الغرر.

و هذه المسأله قلّ من تعرّض لها غير المصنّف. نعم، ذكرها الشافعيّ فى كتبهم، و جعلوا فى صحّحه الإطلاق مع تعيين المدّة وجهين. قوله: «و لو استأجر لحفر البئر لم يكن بد من تعيين الأرض و قدر نزولها وسعتها».

إطلاق التعيين يشمل المشاهده و الوصف الراجع للجها له. و قد سبق (٤) مثله فى أرض الحرث. و فى التذكرة (٥) و القواعد (٦) اعتبر هاهنا المشاهده خاصّه. و فى

ص: ٢٠٤

١- ١) فى «و» و «م»: كنسخ الكتّان.

٢- ٢) فى «س»: التى تختلف باختلافها العوض فى العمل.

٣- ٣) فى ص: ١٨٨.

٤- ٤) فى ص: ٢٠٠.

٥- ٥) التذكرة ٣٠٣: ٢.

٦- ٦) قواعد الأحكام ٢٢٩: ١.

و لو حفرها فانهارت أو بعضها، لم يلزم الأجير إزالته، و كان ذلك إلى المالك. (١) و لو حفر بعض ما قوطع عليه، ثمّ تعذّر حفر الباقي إمّا لصعوبه الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك، قوم حفرها و ما حفر منها، و يرجع عليه بنسبته من الأجره. و في المسأله قول آخر مستند إلى روايه مهجوره. (٢) الإرشاد (١) عكس فاعتبر المشاهده خاصه في أرض الحرث، و اكتفى هنا بمطلق التعيين كما أطلق المصنّف.

و يمكن أن يريد بالتعيين المشاهده، لأنها أدخل في تحقّقه، إلا أن المشاهده لما كان المراد منها الاطلاع على ظاهر الأرض دون باطنها- إذ لا يمكن معرفه الباطن إلا بالعمل تامًا- لم تكن المشاهده أضبط من الوصف، بل ربّما كان الوصف أضبط منها، لإمكان اطلاع المستأجر على الباطن بكثره الممارسه.

هذا. و إنّما يعتبر تعيين النزول و السعه مع تقدير العمل بتعيين المحفور، إمّا لو قدّره بالمده لم يفتقر إلى ذلك، مع احتمال، لاختلاف العمل بذلك سهوله و صعوبه.

قوله: «و لو حفر فانهارت أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته و كان ذلك إلى المالك».

أى انهدمت من جميع جوانبها أو بعضها. و عدم وجوب إزالته ظاهر، لامثال الأجير ما يجب عليه، و عدم تضمّن عقد الإجاره لذلك. و ضمير «إزالته» يعود إلى التراب المتساقط المدلول عليه بالانهيار. و لو وقع من التراب المرفوع شيء و جب على الأجير إزالته، لاستناده إلى تفصيله في الوضع، إذ يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع إليه. و المرجع في قدر البعد إلى العرف.

قوله: «و لو حفر بعض ما قوطع عليه- إلى قوله- روايه مهجوره».

ضمير «عليه» يعود إلى الأجير، و الراجع هو المستأجر. هذا هو الظاهر من

ص: ٢٠٥

سياق العبارة، وحيثُ أن فضمير «بنسبته» يرجع إلى التفاوت المستفاد من نسبة المحفور إلى ما قوطع عليه أجمع، لأن ذلك هو الذى يرجع المستأجر من الأجره بنسبته، لأنه المتخلف من العمل. وهذا مبنى على أنه دفع الأجره و أن المراد بالرجوع عود ذلك القدر إلى ملك المستأجر بعد أن كان قد ملكه الأجير بالعقد كما سبق (١).

و يمكن أن يكون «يرجع» مبتيا للمعلوم، و فاعله ضمير عائد إلى الأجير المذكور مرارا، و ضمير «عليه» عائد على المستأجر المدلول عليه بالمقام، و ضمير «بنسبته» راجع إلى المذكور سابقا، و هو ما حفره منها. و الأمر متقارب من جهه التركيب اللفظي، لأن فى كل واحد تقدير من يعود إليه الضمير من دون أن يكون ملفوظا.

و المراد من الأجره أجره المثل، لأنها هى المعتبر فى النسبه، و المرجوع به هو جزء من المسمى بتلك النسبه. و يجوز أن يريد بالأجره المسمى، و الجارّ يتعلّق ب«يرجع»، و التقدير أنه يرجع من المسمى بنسبه ما حفر أو ما بقى إلى أجره مثل المجموع.

و الحاصل: أن الأجير المذكور إذا حفر بعض ما استؤجر عليه و تعذر عليه الإكمال فله من المسمى بنسبه ما عمل إلى المجموع.

و طريق معرفته: أن تنسب أجره مثل ما عمل إلى أجره مثل المجموع، بأن يقوّم جميع العمل المستأجر عليه، و يقوّم ما عمل منفردا و ينسب إلى المجموع، فيستحقّ الأجير من المسمى بتلك النسبه، و يرجع المستأجر بالباقي. و لو فرض تساوى أجره الأجزاء فله من الأجره على قدر ما عمل. فلو استأجره على حفر بئر عشره أذرع طولاً و عرضاً و عمقاً، فحفر خمسا فى الأبعاد الثلاثة فهو ثمن القدر المشروط، فمع التساوى له ثمن الأجره، و مع الاختلاف بالحساب. و إنّما كان ذلك ثمنا لأن مضروب العشره فى الأبعاد الثلاثة ألف، و مضروب الخمسه فى الأبعاد الثلاثة كذلك مائه و خمسه و عشرون، و هو ثمن الألف.

ص: ٢٠٦

و طريق معرفته بالاعتبار: أنه لم يحفر من النصف الأسفل شيئاً، و لا من نصف النصف الأعلى، و لا من نصف نصفه، و ذلك سبعة أثمان، و على هذا الحساب قياس الباقي من الفروض.

و القول الآخر الذى أشار إليه المصنف للشيخ فى النهايه (١) مستندا إلى روايه أبى شعيب المحاملى عن الرفاعى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا أن يحفر له بئرا عشر قامات بعشره دراهم، فحفر له قامه ثم عجز، قال:

تقسّم عشره على خمسه و خمسين جزء، فما أصاب واحدا فهو للقامه الأولى، و الاثنى للاثنين، و الثلاث للثلاث، و هكذا إلى العاشره» (٢)، و فى ذلك استيفاء الخمسه و الخمسين. و لكن فى بلوغ العدد هذا المقدار طريقان:

أحدهما: أن يزداد أقلّ الأعداد على أكثرها، و تضرب نصف المجتمع منها فى الأكثر. ففى المثال تجمع واحدا أقلّ الأعداد مع عشره، و تضرب نصف المجتمع - و هو خمسه و نصف - فى الأكثر - و هو عشره - يبلغ خمسه و خمسين.

و الثانى: أن تضرب العدد الأكثر - و هو العشره عدد القامات - فى نفسه، فما بلغ زدت عليه جذره - و هو عشره - و نصّفته. ففى المسأله مضروب العشره فى نفسها مائه، و جذر ذلك عشره، و إذا نصّفتها كانت خمسه و خمسين، و ذلك مجموع الأعداد المقسوم عليها.

و هذه الروايه محموله على ما إذا تناسبت القامات على هذا الوجه بحيث يكون نسبه القامه الأولى إلى الثانى أنها بقدر نصفها فى المشقّه و الأجره، و هكذا. و هو مع ذلك حكم فى واقعه معيّنه فلا يتعدى. مع أن الشيخ لم يذكرها فى النهايه على وجه الفتوى، و إنّما نقلها بلفظ الروايه. و فى المبسوط (٣) ذكر الحكم كما اختاره المصنّف

ص: ٢٠٧

١ - ١) النهايه: ٣٤٨ - ٣٤٩.

٢ - ٢) الكافى ٧: ٤٣٣ ح ٢٢، التهذيب ٦: ٢٨٧ ح ٦٧٩٤، الوسائل ١٣: ٢٨٤ ب «٣٥» من أبواب أحكام الإجاره ح ٢. و هناك اختلاف بين المصادر و ما هنا فى السند و المتن.

٣ - ٣) المبسوط ٣: ٢٣٧.

و يجوز استئجار المرأه للرضاع مدّه معينه بإذن الزوج، فإن لم يأذن فيه تردّد، و الجواز أشبه، إذا لم يمنع الرضاع حقّه. (١) و الجماعه، و قال: «و قد روى أصحابنا فى مثل هذا مقدّرا ذكرناه فى النهايه» فلا يتعيّن لذلك قولاً. و على تقدير العمل بمضمونها لا يتعدّى، لما ذكرناه. و لو قيل بالتعدّى و كان المستأجر عليه خمسّه قسّمت على خمسّه عشر، و الأربعة على عشره، و هكذا، عملاً بما ذكرناه من الضابط. و كذا فى طرف الزيادة.

قوله: «و يجوز استئجار المرأه للرضاع- إلى قوله-حقّه».

يجوز للزوجه إجاره نفسها للإرضاع و غيره مع إذن الزوج مطلقاً عندنا، لأنها حرّه مالكة لمنافعها، فجاز لها صرفها إلى غيرها بعوض و غيره. و لو لم يأذن الزوج، فإن منع شيئاً من حقوقه توقّف على إجازته قطعاً، للمنافاه، و سبق حقّه. و إن لم يمنع ففى الصحّه قولان، أحدهما- هو الذى اختاره المصنّف- الصحّه، لأصالتها، و عموم الأمر بالوفاء (١) بالعقود، و لما ذكرناه من التعليل، فإنها مالكة للمنافع التى لا تعلق للزوج بها، فلها نقلها إلى الغير. و متى منع شيئاً من حقوقه فله الفسخ لا أنه يقع باطلاً، خلافاً للعلامة فى القواعد (٢) حيث حكم ببطلانه حينئذ.

و القول الآخر للشيخ (٣) (رحمه الله) و جماعه (٤) المنع من دون إذنه مطلقاً، محتجاً بأنه لا دليل على الصحّه، و قد عرفته. و ربّما احتجّ عليه بأن الزوج مالك لمنافعها بالعقد، فلا يجوز لها نقلها إلى غيره. و هو ضعيف، لأنه إنّما يملك منافع الاستمتاع لا مطلقاً.

و لو فرض تقدّم الاستيجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعاً (٥)، لسبق حقّ المستأجر، و له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع. و ليس لولّى الطفل .

ص: ٢٠٨

١- (١) المائده: ١.

٢- (٢) قواعد الأحكام ١: ٢٢٧.

٣- (٣) المبسوط ٣: ٢٣٩، و الخلاف ٣: ٤٩٨ مسألة (١٨).

٤- (٤) منهم ابن إدريس فى السرائر ٢: ٤٧١.

٥- (٥) فى «٥»: مطلقاً.

و لا بدّ من مشاهدته الصبيّ. (١) و هل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه؟ قيل: نعم. و فيه تردّد. (٢) منع الزوج عن الوطاء مع عدم تضرّر الولد به، و معه له المنع، لسبق حقّه. و كذا القول فيما لو آجر أمته للإرضاع ثمّ زوّجها. و كلّ موضع يمنع الزوج فيه من الوطاء لحقّ الإرضاع تسقط فيه النفقه عنه في تلك المدّة، لعدم التمكين التامّ.

قوله: «و لا بدّ من مشاهدته الصبيّ».

لاختلاف الأولاد في هذه المنفعة كبيرا و صغيرا، و نهمه و غيرها. و الوصف لا يفي بضبطه. و في حكم الصبيّ الصبيّة، و تخصيصه محبّه طبيعته.

قوله: «و هل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه؟ قيل: نعم. و فيه تردّد».

وجه الاشتراط اختلاف محالّ الإرضاع في السهولة و الصعوبة و النفع، فإن بيت المرضعه أسهل عليها، و بيت الوليّ أوثق له، و من أصاله عدم الاشتراط. و الأقوى الاشتراط. و كذا القول في كلّ موضع يختلف فيه الفعل.

و اعلم أن حكم الاستئجار للإرضاع ثابت على خلاف الأصل، لأن متعلّق الإجاره الأعيان لتستوفى منها المنافع، و الركن الأعظم في الرضاعة اللبن و هو عين تالفه بالإرضاع، فتكون المعاوضة عليه بالإجاره خارجه عن موضوعها. و مثلها الاستئجار للصبيغ و البئر للاستقاء منها. و من ثمّ ذهب بعضهم (١) إلى أن المنفعة المستحقّه هنا-التي هي متعلّق الإجاره-المرضعه من حيث حملها للولد و وضعه في حجرها و وضع الثدي في فيه و نحو ذلك من الأعمال الصادره عنها، لا نفس اللبن.

و يضعف بأن المقصود بالذات هو اللبن، و هذه الأمور كلّها تابعه أو مقدّمه.

و الأجود أن المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن. و جوازه حينئذ- مع أن بعض متعلّقها عين ذاهبه-للنصّ و هو قوله تعالى:

ص: ٢٠٩

(١-١) راجع الشرح الكبير لابن قدامه ١٩: ٦.

و إن مات الصبيّ أو المرضعه بطل العقد. (١) و لو مات أبوه، هل تبطل؟ يبنى على القولين: كون الإجاره هل تبطل بموت المؤجر و المستأجر أم لا؟ و الأصحّ عدم البطلان.

فإن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١)، و فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ وَ مِنْ بَعْدِهِ مِنَ الْأَثْمَةِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ. وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِ الْمَرَادِ الْمَجْمُوعِ: إِنْ اللَّبَنُ يَكُونُ تَابِعًا، لِكَثْرَةِ قِيَمِهِ غَيْرِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ وَ قَلَّةِ قِيَمِهِ اللَّبَنِ، وَ إِنْ كَانَ اللَّبَنُ مَقْصُودًا مِنْ وَجْهِ آخَرَ، وَ يَثْبِتُ لِلتَّابِعِ مِنَ الْحُكْمِ الْمَخَالَفَ مَا لَا يَثْبِتُ لِلْمَتَّبِعِ. وَ مِثْلُهُ الْقَوْلُ فِي الصَّبْغِ. قَوْلُهُ: «وَ لَوْ مَاتَ الصَّبِيُّ أَوْ الْمَرْضَعَةُ بَطَلَ الْعَقْدُ. إِيخ».

أما موت الصبيّ فلا إشكال في بطلان الإجاره به، لفوات ما تعلق العقد باستيفائه المنفعه. و أما موت المرضعه فقد أطلق المصنف البطلان به. و وجهه فوات المنفعه بهلاك محلّها، فتبطل الإجاره، كما لو ماتت الدابته المستأجره.

و هذا يتمّ مع كونها معيّنه للإرضاع بنفسها، كما هو الظاهر من القطع بالحكم، فلو كانت مضمونه في ذمتها فالأقوى عدم البطلان كغيرها من الإجازات المتعلّقه بالذمه، لأن الإرضاع حينئذ في ذمتها بمنزله الدين، فينتقل إلى مالها إذا فاتت ذمتها، فتخرج أجره المثل لما بقي من المدّه من أصل تركتها، لأنّها قيمه الواجب في الذمه، و يدفع إلى وليه. و يحتمل وجوب استئجار وليها عليه من تركتها، لأن الواجب في ذمتها هو الإرضاع و لم يتعدّر، و إلا لانفسخت الإجاره.

و أما موت أبيه فيبنى على القولين في أن موت المستأجر هل تبطل به الإجاره أم لا؟ و قد تقدّم (٢) أن الأقوى العدم. نعم، لو كان الولد معسرا و استأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمه الأب و لم يخلف تركه توجه جواز فسخها، لا أنها تبطل بذلك.

و في قول المصنّف: (يبنى على القولين) إشاره لطيفه إلى الردّ على ابن إدريس

ص: ٢١٠

١-١) الطلاق: ٤.

٢-٢) في ص: ١٧٥.

و لو استأجر شيئاً مدّه معيّنه لم يجب تقسيط الأجره على أجزائها، سواء كانت قصيره أو متطاولة. (١) و يجوز استئجار الأرض ليعمل مسجداً. (٢) حيث حكم في مسأله موت أحد المؤجرين أنّها لا تبطل (١)، و حكم هنا (٢) أنّها تبطل بموت أبي المرتضع، محتجاً بالإجماع على أن موت المستأجر يبطلها، و الحال أن المسأله واحده، و فيها القولان، ففصلها كما ذكره تحكّم أو تناقض.

قوله: «و لو استأجر شيئاً مدّه معيّنه - إلى قوله - أو متطاولة».

هذه المسأله لا تختص بنوع من الإجاره، بل هي مستقلّه بنفسها آتية في جميع مواردّها. و لا خلاف عندنا في حكمها، و إنما نبه به على خلاف بعض العاّمه (٣) حيث أوجب تقسيط الأجره في متن العقد على أجزاء المدّه إن كانت سنتين فصاعداً، حذراً من الاحتياج إلى تقسيط الأجره على المدّه على تقدير لحوق الانفساخ بتلف العين و غيره، و ذلك ممّا يشقّ أو يتعدّر. و يبطله الإجماع على عدم وجوب التقسيط في السنه الواحده فما دون مع ورود ما ذكره فيه. و إلى ردّه أشار المصنف بقوله: «سواء كانت قصيره أم طويله» لأن موضع النزاع الطويله على الوجه المذكور.

و اعلم أنه متى قسّطت الأجره على أجزاء المدّه جاز، سواء تفاوتت في التقسيط أم اتّفتت. فلو تلفت العين في أثناء المدّه كانت أجره ما مضى بحسب ما شرط. و لو كان التلف في أثناء جزء منها بعد مضى أجزاء ثبت ما سمي لتلك الأجزاء و قسّط المسمّى لذلك الجزء على أجزائه. و لو لم يقسّط في متن العقد قسّط المسمّى على جميع المدّه و رجع بحصّته.

قوله: «و يجوز استئجار الأرض ليعمل مسجداً».

لأن ذلك غرض مقصود راجح فضلاً عن إباحته متقوم فتصحّ الإجاره له.

ص: ٢١١

١-١) السرائر ٢:٤٤٩ و ٤٧١.

٢-٢) السرائر ٢:٤٧١.

٣-٣) يراجع الفتح العزيز ٣٤٠:١٢-٣٤١.

و يجوز استئجار الدراهم و الدنانير(١)إن تحققت لها منفعه حكميّه مع بقاء عينها.

نعم، لا يثبت لها حرمة المسجد بذلك، لأن شرطه أن يكون موقوفاً، و الوقف شرطه التأييد، و الإجاره ينافيها التأييد، فإذا تنافيا في الحكم تنافيا في الخاصّيّه، و هي من جمله الأحكام. و إطلاق المسجديّه على الأرض المذكوره بسبب إعدادها للصلاه، إما بحسب المجاز لهذه المناسبه، أو بجعل المسجد مشتركاً بين ماله حرمة و غيره، كمسجد يتّخذة الإنسان في بيته لصلاته و صلاه أهله. و قد تقدّم في بابه.

قوله: «و يجوز استئجار الدراهم و الدنانير. إلخ».

لما كان شرط العين المؤجره إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها، و كان الغرض الذاتيّ من هذين النقيدين لا يتمّ إلا بذهابهما، و ربّما فرض لهما منافع آخر مع بقاء عينها، بأن يترّين بهما و يتجمّل، و يدفع عن نفسه ظاهر الفقر و الفاقه، فإن دفع ذلك غرض مطلوب شرعا حتى كان الأئمه عليهم السلام يقترضون أموالاً و يظهرونها للناس أو يدفعونها إلى عمّال الصدقه مظهرين أنّها زكاه أموالهم ليظهر بذلك غناؤهم، و من جمله الأغراض المقصوده بها أيضا نثرها في الأعراس و نحوها ثمّ تجمع، و الضرب على سكّتها و نحو ذلك، فكان القول بجواز إجارتها قويا. و ربما أشعر كلام المصنف بتردد في أن هذه المنافع هل يعتدّ بها و تتقوّم بالمال على وجه تجوز الإجاره أم لا؟ لتعليقه الجواز على شرط تحقّق المنفعه مع أنها مشهوره، و ما ذلك إلا للشكّ في الاكتفاء بها.

و قد صرّح العلّامه بالإشكال فيها في بعض كتبه (١)، و جزم بالجواز في بعضها (٢)، و احتجّ للمنع الذي هو أحد شقّي الإشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا، و لهذا لا تضمن منفعتها بالغصب.

و فيه نظر، لأن ضمانها بالغصب فرع تقوّمها، و هو موضع النزاع، فلا- يجعل دليلا فيه، فإن من جوّز إجارتها فقد جعل الأجره في مقابله هذه المنافع، و هي متقوّمه بالمال، فتضمن بالغصب.

ص: ٢١٢

١- ١) قواعد الأحكام ٢٢٦: ١.

٢- ٢) التذكرة ٢٩٤: ٢، و التحرير ٢٤٣: ١.

تفريع لو استأجره لحمل عشرة أفقره من صبره فاعتبرها، ثم حملها

تفريع لو استأجره لحمل عشرة أفقره (١) من صبره فاعتبرها، ثم حملها فكانت أكثر، فإن كان المعتبر هو المستأجر لزمه أجره المثل عن الزيادة، وضمن الدابته إن تلفت، لتحقق العدوان. وإن اعتبرها المؤجر لم يضمن المستأجر أجره ولا قيمه. ولو كان المعتبر أجنبيًا لزمته أجره الزيادة.

و حيث جاز استئجارها لا يشترط تعيين جهة الانتفاع غيرها من الأعيان، لأن المعتبر صلاحية العين للمنفعة المقصودة لا ذكرها في العقد. وكذا يجوز استئجار الشمع للترين به لا للضوء، والتفاح للشم، والأشجار للاستظلال، وإن لم يعين المنفعة المقصودة. والضابط جواز استئجار العين المشتملة على منفعة تحسن مقابلتها بمال.

قوله: «لو استأجره لحمل عشرة أفقره. إلخ».

إذا شرط في عقد الإجاره حمل الدابته قدرًا معينًا فبان الحمل أزيد، فلا يخلو:

إما أن يكون المتولّي للكيل هو المؤجر، أو المستأجر، أو أجنبي. ثم إما أن يكون المحمّل على الدابته المؤجر، أو المستأجر، أو أجنبيًا (١). وعلى التقادير التسعة: إما أن تكون الزيادة في الكيل وقعت عمداً أو غلطا. وعلى التقادير الثمانية عشر: إما أن يكون المحمّل عالما بالزيادة أو جاهلا. ثم إما أن يكون الزيادة ممّا يقع التفاوت فيها بين المكائيل أو أزيد من ذلك. فالصور اثنتان و سبعون صوره.

و أما حكمها فنقول: إن كانت الزيادة ممّا تتفاوت فيها المكائيل فلا عبره بها، ولا توجب ضمانا. وإن كانت أكثر، فإن كان المستأجر هو الذى كال الطعام و حمّله بنفسه ضمن الدابته لتعدّيه، وللزائد عن المشروط أجره المثل. وإن لم يكن حمّله بل سلّمه إلى المؤجر حتى حمّله هو، فإن كان جاهلا- بالحال بأن دلّس عليه المستأجر أنه غير زائد فظهر كذبه فكالأول. و مثله ما لو أمر أجنبيًا بالتحميل. و لو لم يدلّس عليه بل سكت و لم يخبر بشيء فتولّى المؤجر حملها جاهلا ففي ضمان المستأجر و كونه غارًا بذلك نظر. و يمكن القول بالضمنان، لأن إعداد الحمل و تسليمه بمنزله الأمر

ص: ٢١٣

(١-١) فى ما لدينا من النسخ: أو أجنبي.

بالحمل، كما فى تقديم طعام الغير إليه للأكل فى أكله.

و لو كان المستأجر مع كيله زائدا قد ذهب فى بعض أغراضه بغير قصد فحمله المؤجر فى غيبته فلا شىء على المستأجر، لعدم الغرور، وإمكان كون غرضه التكلّم معه على الزيادة بخصوصها على وجه من الوجوه.

و لو كان المؤجر عالما بالزيادة، فإن لم يقل المستأجر شيئا و باشر المؤجر التحميل فلا شىء على المستأجر. و لا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فى حمله المؤجر على الدابّة، و بين أن يضعه على ظهرها فى سيرها المؤجر، و إن أتم المستأجر فى الثانى، مع احتمال الفرق. و إن قال المستأجر: حمل هذه الزيادة، فأجابه لزمه الأجره لها.

و إن كان المتولى للكيل هو المؤجر و حمله على الدابّة فلا أجره له عن الزيادة، سواء كان المستأجر عالما بها أم لا، لأن سكوته مع علمه ليس بإذن، و للمستأجر هنا مطالبه المؤجر برّد الزيادة إلى الموضع المنقول منه، و ليس للمؤجر ردها بدون إذنه. و لو لم يعلم المستأجر حتى أعادها المؤجر إلى البلد المنقول منه فله أن يطالبه بردها إلى المنقول إليه.

و لو كان المتولى للحمل هو المستأجر، فإن كان عالما بالزيادة فهو كما لو كال بنفسه و حمل، لأنه لما علم بها كان عليه أن لا يحملها إلا- بإذنه. و إن كان جاهلا، فإن أمره المؤجر بالحمل فلا ضمان عليه، و على المؤجر ردّ الزيادة للغرور. و إن لم يأمره فى كون المستأجر مغرورا بفعل المؤجر التردد السابق، و قوّى فى التذكرة (1) عدم الضمان و عدم الأجره.

و لو كان المتولى للحمل أجنبيا غير المؤجر و المستأجر، فإن كان بإذن من فعل الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الأجنبى لا مع علمه. و كذا لو كان بأمر الآخر إن كان مجرد التهيئه غرورا.

و إن كان المتولى للكيل أجنبيا و حمل على الدابّة بغير إذن و لم يعلمهما فهو متعدّد

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة. فلو آجره مسكنا ليحرز فيه خمرا، أو دكانا لبيع فيه آله محرّمه، أو أجيرا ليحمل له مسكرا، لم تنعقد الإجاره. و ربّما قيل بالتحريم، و انعقاد الإجاره، لإمكان الانتفاع في غير المحرّم. و الأوّل أشبهه، لأنّ ذلك لم يتناوله العقد. (١) عليهما، فيضمن الدابّه و أجره الزيادة، و عليه ردّها إلى الموضع المنقول منه إن لم يرض المالك. و لو تولّى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين، فإن كان عالما فهو كما لو كان بنفسه، و إن كان جاهلا لم يتعلّق به حكم.

إذا تقرّر ذلك فنقول: على تقدير ضمان المستأجر الدابّه ما الذي يضمن منها؟ يحتمل النصف، لأنّ تلفها مستند إلى فعلين: أحدهما مأذون فيه و هو غير مضمون، و الآخر غيره، و لا- ينظر إلى التفاوت، كما لو جرح نفسه جراحات و جرحه غيره جراحه واحده، فسرى الجميع، فإنه يجب نصف الدّيه على فاعل الجراحه الواحده. و يحتمل التوزيع على الأصل و الزيادة فيضمن بقسط الزيادة، لأنّ التلف مستند إلى الجمله فلا- ترجيح، و لاستلزام الأوّل مساواه الزائد للناقص، و هو محال، و التوزيع على المحمول ممكن، بخلاف الجراحات. و يحتمل ضمان جميع القيمه، لأنّه متعدّد فيضمن كما لو انفرد باليد، و ظاهر حكم المصنف و تعليقه اختياره. و هذا هو الأقوى. فهذه جملته أحكام أقسام المسأله، و قد ظهر منها ما فات العبارة.

قوله: «فلو آجره مسكنا ليحرز فيه خمرا- إلى قوله- لم يتناوله العقد».

المراد بالخمير هنا المحرّمه، و هي المتّخذة للشرب، فلو كان الاتّخاذ للتخلييل أو طرأ قصده قبل الإجاره صحّت. و مثل إيجارها لذلك العلم بكون المستأجر يفعل فيها ذلك، لأنّه معاونه على الإثم و العدوان، و قد روى الشيخ في التهذيب بإسناده إلى الصادق عليه السلام في الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: «حرام أجره» (١) و لا أقلّ من حمله على العالم بذلك. و روى أيضا عنه عليه السلام في مكاتبه ابن أذينه

ص: ٢١٥

١- (١) التهذيب ٦: ٣٧١ ح ١٠٧٧. راجع أيضا الكافي ٥: ٢٢٧ ح ٨، و الاستبصار ٣: ٥٥ ح ١٧٩، و الوسائل ١٢: ١٢٥-١٢٦ ب «٣٩» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

و هل يجوز استئجار الحائط المزوق للتزّه؟ قيل: نعم. و فيه تردّد. (١) له: «يسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممّن يحمل فيها أو عليها الخمر، فقال:

«لا بأس» (١). و جمع الشيخ بينهما بكون النهى فى الأول متوجّها إلى من يعلم و الثانى إلى من لا يعلم (٢). و الحقّ أنه لو لم يكن للثانى معارض من الأخبار لكانت الآية (٣) مخصّصة له بغير العالم، مع أنه مكاتبه تقصر عن دلالة الأول إن تساويا سندا.

و أما القول المحكىّ فتعليه يرد عليه، لأن المفروض إيجاره لهذه المنفعة، فلا يجوز التعدّى لو صحّت الإجاره.

قوله: «و هل يجوز استئجار الحائط المزوق للتزّه؟ قيل: نعم. و فيه تردّد».

القول بالجواز لابن إدريس (٤) محتجّاً بأنه يشتمل على منفعة متقوّمه كتعلّم الصنعه المحكمه منه، كما يجوز استئجار كتاب فيه خطّ جيّد للتعلّم منه، لأن فيه غرضاً صحيحاً. و منعه الشيخ (٥) و جماعه (٦)، لأن ذلك يمكن استفادته بدون إذن المالك، كما يجوز الاستئجار بحائطه بدونه. و بهذا يفرّق بينه و بين الكتاب. و هذا الوجه إنّما يتمّ لو كان الحائط ظاهراً للمستأجر إلى مكان يملك فيه المقام، فلو كان داخلاً فى ملك المؤجر لم يملك التوضيل إليه بدون إذنه، فما ذكره ابن إدريس حسن مع توقّف تحصيل المنفعة على الاستئجار.

ص: ٢١٦

١- (١) التهذيب ٣:٣٧٢ ح ١٠٧٨، راجع أيضاً الكافى ٥:٢٢٧ ح ٦، و الاستبصار ٣:٥٥ ح ١٨٠، و الوسائل ١٢:١٢٦ ب «٣٩» من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ٣:٣٧٢ ح ٦، و الاستبصار ٣:٥٦.

٣- (٣) المائدة: ٢.

٤- (٤) السرائر ٢:٤٧٩.

٥- (٥) المبسوط ٣:٢٤٠.

٦- (٦) كالطبرسى فى المؤتلف من المختلف ١:٦٥٨، و العلامه فى المختلف: ٤٦٦.

السادس: أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها، فلو آجر عبدا آبقا لم تصحّ و لو ضمّ إليه شيء. وفيه تردد (١).

و لو منعه المؤجر منه سقطت الأجره. و هل له أن يلتزم و يطالب المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردد. و الأظهر نعم. (٢) قوله: «فلو آجر عبدا آبقا لم يصحّ و لو ضمّ إليه. وفيه تردد».

وجه التردد من عدم القدره على تسليم المنفعه، و من جواز بيعه مع الضميمة للنص (١)، فكذا إجارته بطريق أولى، لاحتمالها من الغرر ما لا- يحتمله البيع. و كذا تردد في التحرير (٢) و التذكرة (٣)، و أطلق المنع في الإرشاد (٤)، و قيّده في القواعد (٥) بعدم الضميمة، و مفهومه جوازها معها، و هو الذي اختاره الشهيد (٦) (رحمه الله) محتجا بالأولوية. و الأولى الاقتصار بالحكم على موضع النصّ و الوفاق. نعم، لو كان المستأجر يتمكّن من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع. و كذا القول في المغصوب لو آجره للغاصب أو لمن يتمكّن من قبضه.

و على القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متموّله يمكن أفرادها بالمعاوضه.

و في اعتبار أفرادها بجنس ما يضمّ إليه، ففي البيع تفرد بالبيع، و في الإجاره بالإجاره، أو يكفي كلّ واحد منهما في كلّ واحد منهما، و جهان، من حصول المعنى، و من أن الظاهر ضميمة كلّ شيء إلى جنسه. و قوى الشهيد (رحمه الله) الثاني.

قوله: «و لو منعه المؤجر منه سقطت الأجره- إلى قوله- و الأظهر نعم».

الظاهر أن سقوطها مشروط بالفسخ لتعدّد حصول العين المطلوبه، فإذا فسخ

ص: ٢١٧

١-١ (١) الوسائل ٢٦٢:١٢-٢٦٣ ب «١١» من أبواب عقد البيع.

١-٢ (٢) تحرير الأحكام ١:٢٤٨.

١-٣ (٣) التذكرة ٢:٢٩٦.

١-٤ (٤) إرشاد الأذهان ١:٤٢٤.

١-٥ (٥) قواعد الأحكام ١:٢٢٧.

١-٦ (٦) حكاة المحقق الكركي في جامع المقاصد ٧:١٣٤.

و لو منعه ظالم قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ و الرجوع على الظالم بأجره المثل. (١) سقط المسمّى إن لم يكن دفعه و إلا استرجعه. و بهذا صرح في القواعد (١). و يحتمل ضعيفا كون سقوطها غير متوقّف على الفسخ تنزيلا- لتعذّر تسليمها منزله التلف، فكما أنه مع التلف ليس له غير الأجره المسمّاه فكذا هنا. و اختار هذا الاحتمال في التذكرة (٢)، لكن قيده بمنع المؤجر المستأجر من العين من غير أن يستوفى المنافع، و قرّب ثبوت الخيار لو استوفى.

و ما اختاره المصنف من التخيير حسن، لأن المنفعة صارت حقّه و قد غصبها المؤجر فيجب عليه عوضها كالأجنبيّ، فيتخيّر المستأجر بين الفسخ فيسقط المسمّى، و لا رجوع حينئذ بالتفاوت بين المسمّى و أجره المثل، و بين البقاء على الإجاره و أخذ عوض المنفعة، و هو أجره مثلها، فيرجع بالتفاوت و هو زياده أجره المثل عن المسمّى إن كان.

قوله: «و لو منعه ظالم قبل القبض -إلى قوله- بأجره المثل».

وجه التخيير أن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذّرها و مطالبه المؤجر بالمسمّى، لفوات المنفعة عليه، و له الرضا بذلك و مطالبه الغاصب بأجره المثل، لأنه باشر الإتلاف عدوانا. و هل للمستأجر مع عدم الفسخ مطالبه المؤجر بأجره المثل؟ يحتمله، لكونها مضمونه عليه حتى يتحقّق القبض.

و يضعف: بأنّ الثابت عليه على تقدير تضمينه إنّما هو المسمّى إن كان قبضه.

و لا يسقط هذا التخيير بعود العين إلى المستأجر في أثناء المدّه، بل له الفسخ في الجميع و أخذ المسمّى، لفوات المجموع من حيث هو مجموع، و لأصالة بقاء الخيار السابق، و له الإمضاء و استيفاء باقى المنفعة و مطالبه الغاصب بأجره مثل ما فات في

ص: ٢١٨

١-١) قواعد الأحكام ٢٢٨:١.

٢-٢) التذكرة ٣٢٦:٢.

و لو كان بعد القبض لم تبطل، و كان له الرجوع على الظالم.(١) و إذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجاره، إلا أن يعيده صاحبه و يمكنه منه. و فيه تردد.(٢) و لو تمادى المؤجر فى إعادته، ففسخ المستأجر، رجع بنسبه ما تخلف من الأجره إن كان سلم إليه الأجره.

يده من المنافع، و ليس له الفسخ فى الماضى خاصه و الرجوع بقسطه من المسمى على المؤجر و استيفاء الباقي من المنفعه، لاقتضائه تبعض الصفقه على المؤجر، و هو خلاف مقتضى العقد، بل إما أن يفسخ فى الجميع أو يمضيه، مع احتمالها، لأن فوات المنفعه فى هذه الحاله يقتضى الرجوع إلى المسمى، و قد حصل فى البعض خاصه فاستحق الفسخ فيه.

قوله: «و لو كان بعد القبض لم تبطل و كان له الرجوع على الظالم».

كان حقه أن يقول: لم يكن له الفسخ، لأن البطلان منتف على التقديرين، فليس هو موضع الاستدراك. و إنما لم يكن له الفسخ حينئذ لاستقرار العقد بالقبض و براءه المؤجر، فيستحق المستأجر على الغاصب أجره مثل المنفعه الفائته فى يده لا غير. و لا فرق فى الغصب بعد القبض بين كونه فى ابتداء المده و فى خلالها، لحصوله فى الموضوعين. و لو كان الغاصب المؤجر فالظاهر عدم الفرق.

قوله: «و إذا انهدم المسكن - إلى قوله - و فيه تردد».

مقتضى جواز الفسخ أن العقد لا يفسخ بنفسه، و لا بد من تقييده بإمكان إزالة المانع أو بقاء أصل الانتفاع، فلو انتفيا معا انفسخت الإجاره، لتعذر المستأجر عليه.

و المراد بإعادته المالك المستثناه لرفع الخيار ما كانت بسرعه بحيث لا يفوت شىء من المنافع و إن قل، و إلا بقى الخيار بغير تردد.

و منشأ التردد على تقدير إعادته كذلك من زوال المانع مع عدم فوات شىء من المنافع، و من ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، إذ لم يدل دليل على سقوطه بالإعاده. و هو قوى.

الثالث فى أحكامها و فىه مسائل:

الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا

الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره (١) عيبا كان له الفسخ أو الرضا بالأجره من غير نقصان، و لو كان العيب ممّا يفوت به بعض المنفعة.

قوله: «إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره إلخ».

وجه التخيير- مع أن المعيب هو العين و حقه منها هو المنفعة- أن مورد الإجاره هو العين ليستوفى منها المنفعة، و هى تابعه فى المائيه للعين، فيلزم من نقص العين نقص مائيه المنفعة، فعيب العين فى قوه عيب المنفعة، فله الفسخ و إن استوفى بعضها. و لا يرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف، و هو يسقط خيار العيب، لأن المراد بالتصرف حقيقه فى العوض الذى صار للمتصرف و هو هنا المنفعة، و ما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه إنما حصل التصرف فى المستوفى، و لأن الصبر على العيب ضرر منفي.

و قوله: «من غير نقصان» أى من غير أرش. و بهذا صرح جماعة (١). و كأن وجهه أن العقد إنما جرى على هذا المجموع و هو باق، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع. و يضعف بأن الإطلاق لَمَّا كان منزلاً على الصحيح كان الجزء الفائت أو الوصف مقصودا للمستأجر و لم يحصل، و هو يستلزم نقص المنفعة التى هى أحد

ص: ٢٢٠

الثانية: إذا تعدّى في العين المستأجره ضمن قيمتها وقت العدوان

الثانية: إذا تعدّى في العين المستأجره ضمن قيمتها وقت العدوان. (١) و لو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دابته. و قيل: القول قول المستأجر على كل حال. و هو أشبه. (٢) العوضين، فثبوت الأرش متّجه. و طريق معرفته أن ينظر إلى أجره مثلها سليمة و معيية، و ينظر إلى التفاوت بينهما، و يرجع من المسمّى بتلك النسبة.

و لو اختار الفسخ، فإن كان قبل أن يمضى من المدّة ما له أجره فلا شيء عليه، و إن كان بعد مضيّ بعض المدّة و استيفاء منفعتها فعليه من المسمّى بقدر ما مضى.

ثمّ إن تساوت المنفعة في المدّة قسّطت على أجزاء المدّة، و إن اختلفت كدار أجرتها في الشتاء أكثر منها في غيره، و دابته أجرتها في بعض المواسم أكثر أو الطريق مختلفه، رجع في التقويم إلى أهل الخبرة، و يقسّط المسمّى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع.

و اعلم أن القسم المسكوت عنه المدلول عليه ب«لو» الوصليّ في قوله: «و لو كان العيب ممّا يفوت به بعض المنفعة» هو ما إذا كان العيب لا- يفوت به شيء منها، لا- ما إذا كان يفوت به الجميع، لأن ذلك يفسد العقد. هذا كلّ إذا كانت الإجاره وارده على العين، فلو وردت على الذمّة فدفع إليه عينا فظهرت معيية لم يكن له الفسخ، بل على المؤجر إبدالها. نعم، لو تعذّر الإبدال لعجزه عنه أو امتناعه و لم يمكن إجباره عليه تخيّر المستأجر، لتعذّر ما جرت عليه المعاوضه، فيرجع إلى ماله.

قوله: «إذا تعدّى في العين المستأجره ضمن قيمتها وقت العدوان».

لأنه يصير حينئذ بمنزلة الغاصب، و هو مبنى على أن الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب. و هو اختيار الأكثر. و قيل: يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف. و الأقوى ضمان قيمتها يوم التلف. و قد تقدّم (١) مرارا.

قوله: «و لو اختلفا في القيمة- إلى قوله- و هو أشبه».

القول بالتفصيل للشيخ (٢) (رحمه الله). و الأقوى ما اختاره المصنف من تقديم

ص: ٢٢١

١- (١) كما في ج ٤:٧٣ و غيرها.

٢- (٢) راجع النهاية: ٤٤٦.

الثالثه: من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه، على الأشهر

الثالثه: من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه، على الأشهر، إلا أن يحدث فيه ما يستتبع به الفضل. (١) ولا يجوز تسليمه إلى غيره، إلا بإذن المالك. ولو سلم من غير إذن ضمن. (٢) قول المستأجر مطلقا، لأنه منكر.

قوله: «من تقبل عملا - إلى قوله - يستتبع به الفضل».

هذا هو المشهور، ومستنده أخبار (١) حملها على الكراهه أولى جمعا. ولا فرق في الجواز على تقدير الحدث بين قليله و كثيره. ولا يخفى أن الجواز مشروط بعدم تعيين العامل في العقد، وإلا فلا إشكال في المنع والضمان لو سلم العين.

قوله: «ولا يجوز تسليمها إلى غيره إلا بإذن المالك. ولو سلم من غير إذن ضمن».

يمكن أن يريد بالتسليم المنهى عنه على تقدير عدم جواز تقييلها لغيره.

والحكم حينئذ واضح. ويمكن أن يريد به في صورته الجواز أو الأعم. والوجه حينئذ أنه مال الغير فلا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه، وجواز إجارتها لا - ينافيه، بل يستأذن المالك، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر احتمال جواز التسليم حينئذ، لتعارض حقّ المعامل الثاني و حقّ المالك، فيقدم المعامل وفاء بالعقد. ويحتمل تسلطه على الفسخ لا غير، لأن المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء و يمنع من شاء، والحال أنه لم يرض بأمانته.

ولو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقييل كان حسنا، لصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام (٢) في عدم ضمان الدابة المستأجره بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه. وإذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك فسقوطه مع كون المنفعة للمالك أولى. وإليه مال في

ص: ٢٢٢

١- ١) راجع الوسائل ١٣: ٢٦٥ ب «٢٣» من أبواب أحكام الإجاره ح ١، ٤، ٧.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٩١ ح ٧، التهذيب ٧: ٢١٥ ح ٩٤٢، الوسائل ١٣: ٢٥٥ ب «١٦» من أبواب أحكام الإجاره ح ١.

الرابعة: يجب على المستأجر سقى الدابّة و علفها

الرابعة: يجب على المستأجر سقى الدابّة و علفها. و لو أهمل ضمن. (١)

الخامسة: إذا أفسد الصانع ضمن، و لو كان حاذقا

الخامسة: إذا أفسد الصانع ضمن، و لو كان حاذقا، كالقصار يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجام يجنى فى حجامته، أو الختان يخنن فيسبق موساه إلى الحشفه، أو يتجاوز حدّ الختان. و كذا البيطار، مثل أن يحييف على الحافر، أو يفصد فيقتل، أو يجنى ما يضرّ الدابّة، و لو احتاط و اجتهد.

أمّا لو تلف فى يد الصانع لا بسببه من غير تفريط و لا تعدّ، لم يضمن على الأصحّ. (٢) المختلف (١). و ابن الجنيّد (٢) جوّز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلّم مأمونا.

و لكن ينبغى تقييده بكون المدفوع إليه ثقّه، و إلا فالمنع أوجه.

قوله: «يجب على المستأجر سقى الدابّة و علفها. و لو أهمل ضمن».

المراد أن ذلك لازم للمستأجر بدون الشرط من ماله من غير أن يرجع به على المالك. و هو مذهب جماعة [١] من الأصحاب. و الأقوى وجوبهما على المالك إلا مع الشرط، لأصالة عدم وجوبهما على غيره.

ثمّ إن كان حاضرا معه و إلا استأذنه فى الإنفاق و رجع عليه، فإنّ تعدّ استأذن الحاكم، فإنّ تعدّ أنفق بتيه الرجوع و أشهد عليه و رجع به، و لو لم يشهد إمّا لتعدّره أو مطلقا فالحكم ما سبق (٣) فى الرهن و الوديعة و غيرهما. و حيث يجب عليه الإنفاق لغيبه المالك لو أهمل ضمن لتفريطه.

قوله: «إذا أفسد الصانع ضمن - إلى قوله - على الأصح».

أمّا الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق. و لا فرق فى ذلك بين الحاذق و غيره، و لا بين المختصّ و المشترك، و لا بين المفترّط و غيره، و لأنّ التصرف فى مال الغير

ص: ٢٢٣

١- (١) راجع المختلف: ٤٦٢.

٢- (٢) راجع المختلف: ٤٦٢.

٣- (٣) ج ٤١: ٤، و هنا: ٨٧، ٦١-٨٨.

و كذا الملاح و المكارى، و لا يضمنان (١) (١) إلا ما يتلف عن تفريط على الأشبه.

السادسه: من استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه

السادسه: من استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه كانت نفقته على المستأجر، إلا أن يشترط على الأجير. (٢) بالإتلاف من غير إذن يقتضى الضمان، و لا يدفعه عدم التفريط. و أما عدم الضمان لو تلف من غير تفريط بغير فعله فقيل: إنه كذلك، بل ادعى عليه المرتضى (٢) الإجماع. و ما اختاره المصنّف أقوى، لأصالة البراءة، و لأنهم أمناء فلا يضمنون بدون التفريط. و فى كثير من الأخبار (٣) دلالة عليه. و الإجماع ممنوع.

قوله: «و كذا الملاح و المكارى لا يضمنان. إلخ».

هذا هو الأقوى، لما تقدّم، و لعدم دخولهما فى اسم الصانع الذى وقع عليه الإجماع. و الشيخ (٤) استند فى ضمانهما إلى روايه (٥) ضعيفه السند.

قوله: «من استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه. إلخ».

مستند ذلك روايه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام (٦)، و لاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقه، و اختاره جماعه من الأصحاب [١]. و الأقوى أنه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، و يمكن حمل الروايه على تقدير سلامتها عليه.

ص: ٢٢٤

١- ١) يلاحظ أن فى نسخه الشرائع لدى الشارح (رحمه الله): لا يضمنان (بدون الواو) و عليه يبنى الشرح بخلاف الجواهر.
٢- ٢) الانتصار: ٢٢٥.

٣- ٣) الوسائل ١٣: ٢٧١ ب «٢٩» من أبواب أحكام الإجاره ح ١٨، ١٧، ١٦، ١٤، ١١، ٦.

٤- ٤) النهايه: ٤٤٧.

٥- ٥) الوسائل ١٣: ٢٧٧ ب «٣٠» من أبواب أحكام الإجاره ح ١٠، ٩، ٢.

٦- ٦) الكافي ٥: ٢٨٧ ح ٢، التهذيب ٧: ٢١٢ ح ٧، الوسائل ١٣: ٢٥٠ ب «١٠» من أبواب أحكام الإجاره ح ١.

السابعه: إذا آجر مملوكا له فأفسد، كان ذلك لازما لمولاه في سعيه

السابعه: إذا آجر مملوكا له فأفسد، كان ذلك (١) لازما لمولاه في سعيه.

و كذا لو آجر نفسه بإذن مولاه.

و استحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفعه في ماله الذى من جملته الأجره. و حيث يشترط على المستأجر فلا بد من بيان قدرها و وصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداء، فإنه يجب عليه القيام بعاده أمثاله.

قوله: «إذا آجر مملوكا له فأفسد كان ذلك. إلخ».

لما كان الصانع ضامنا لما يفسده في ماله و كان العبد لا مال له، تعلق الضمان بكسبه إن كان العقد صادرا عن إذن مولاه أو الإذن مطلقا، لأن ذلك من مقتضى الإجاره، فيكون الإذن فيها التزاما بلوازمها، لكن لو زادت الجنايه عن الكسب لم يلزم المولى، كما تقدم (١) نظيره في تصرف المأذون. هكذا اختاره جماعه (٢). و قال أبو الصلاح: «إن ضمان ما يفسده العبد على المولى مطلقا» (٣). و تبعه الشيخ (رحمه الله) في النهايه (٤)، لروايه زراره في الحسن عن الصادق عليه السلام (٥).

و الأصح أن الإفساد إن كان في المال الذى يعمل فيه بغير تفريط تعلق بكسبه كما ذكروه، و إن كان بتفريط تعلق بدمته يتبع به إذا أعتق، لأن الإذن في العمل لا يقتضى الإذن في الإفساد. نعم، لو كان بإذن المولى تعلق به. و عليه تحمل الروايه.

و إن كان بجنايه على نفس أو طرف تعلق برقبه العبد. و للمولى فداء بأقلّ الأمرين من قيمه و الأرش، سواء كان بإذن المولى أم لا.

ص: ٢٢٥

١-١ (١) في ج ٤٦٨: ٣.

١-٢ (٢) منهم العلّامه في التحرير ٢٥٥: ١، و القواعد ٢٣٥: ١.

١-٣ (٣) الكافي في الفقه: ٣٤٧.

١-٤ (٤) النهايه: ٤٤٨.

١-٥ (٥) الكافي ٣٠٢: ٥ ح ١، التهذيب ٢١٣: ٧ ح ٩٣٦، الوسائل ١٣: ٢٥١ ب «١١» من أبواب أحكام الإجاره ح ٢.

الثامنة: صاحب الحَمَام لا يضمن، (١) إلا ما أودع و فَرَط في حفظه أو تعدى فيه.

التاسعة: إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه صح

التاسعة: إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه (٢) صح. و لو أسقط المنفعة المعينه لم تسقط، لأن الإبراء لا يتناول إلا ما هو في الذمم.

العاشره: إذا آجر عبده ثم أعتقه، لم تبطل الإجاره

العاشره: إذا آجر عبده (٣) ثم أعتقه، لم تبطل الإجاره، و يستوفى المنفعه التي تناولها العقد. و لا يرجع العبد على المولى بأجره مثل عمله بعد العتق.

قوله: «صاحب الحَمَام لا يضمن. إلخ».

لأنه على تقدير الإيداع أمين فلا يضمن بدون التفريط. و مع عدمه فالأصل براءة ذمته من وجوب حفظ مال الغير مع عدم التزامه به، حتى لو نزع المغتسل ثيابه و قال له: احفظها، فلم يقبل لم يجب عليه الحفظ و إن سكت. و لو قال: دعها، و نحوه مما يدل على القبول، كفى في تحقق الوديعة.

قوله: «إذا أسقط الأجره بعد تحققها في الذمه. إلخ».

المراد بتحقق الأجره في الذمه تعلقها بها و إن لم يستحق المطالبه بها، و يتحقق ذلك بالعقد كما مر (١). و المراد بإسقاطها البراءه منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم بما شاكله من الألفاظ الداله عليه. و لما كان الإبراء عباره عن إسقاط ما في الذمه لم يصح تعلقه بالأعيان و لا بالمنافع المتعلقة بها، و منها الأجره لو كانت عينا.

و يصح عمّا في الذمه، سواء كان أجره أم منفعه، كما لو استأجره ليخيط له ثوبا و نحوه.

قوله: «إذا آجر عبده. إلخ».

لما كانت منافع العبد ملكا للمولى كالرقبه، و نقلها إلى غيره في زمن ملكه نقلا لازما، و يجب أن لا يبطل بالعتق، لأن العتق حينئذ لم يصادف إلا رقبته دون منفعه

مدّه الإجاره، فتزول السلطنه عن رقبته و عن المنافع التي لم يتناولها عقد الإجاره، و يجب على العبد القيام بإيفاء المنافع باقى المدّه، لأنه حقّ و جب عليه بمقتضى الإجاره السابقه فيستصحب، حتى كأنه رقيق بالنسبه إلى تلك المنافع.

و هل يرجع على مولاه بأجره مثل عمله فى تلك المدّه؟ قطع المصنّف بعدمه، لأنها مملوكه له زمن الإجاره كالرقبه، و قد استحقّها المستأجر قبل العتق، فلا وجه لرجوعه على المولى بها، لأنه إنّما أزال الرقّ عنه مسلوب المنافع تلك المدّه، فلم ينصرف إلا إلى الرقبه. و قريب منه ما لو أعتقه و شرط عليه خدمه مدّه معيّنه، بل مسأله الإجاره أولى بعدم اعتراض العبد و عدم استحقاقه شيئاً، لسبق ملك المستأجر لها على العتق.

و ربّما قيل برجوعه على السيّد بأجره المثل عن تلك المدّه، لأن إزاله الرقّ تقتضى ملك العبد للمنافع، فإذا سبق نقل المولى لها فانت العين، فيرجع العبد على المولى بعوضها، و هو أجره المثل. و ضعفه يعلم ممّا سبق.

إذا تقرّر ذلك: فنفقته تلك المدّه إذا لم تكن مشروطه على المستأجر هل تجب على مولاه، أو فى كسبه، أو فى بيت المال إن كان؟ أو وجه من انتفائها عن العبد، لاستغراق وقته (1) فى الخدمه، و عن المستأجر، لانتفاء الشرط، فلم يبق لها محلّ إلا السيّد، و لأنه ملك عوض نفعه تلك المدّه. و من انتفاء المقتضى للإنفاق، إذ هو الملك و قد زال. و من أن النفقه مقدّمه على حقّ كلّ أحد كما فى المديون و المعسر، فيخرج من الكسب مقدّمه على حقّ المستأجر.

و الأقوى الأخير، لزوال ملك السيّد، و عجزه عن نفسه، و لبطلان الحصر، و عدم استلزام تملك عوض نفعه تلك المدّه النفقه، و إنّما تقدّم النفقه على حقّ الغير من مال المكتسب، و هو منفى هنا، و بيت المال معدّ للمصالح و هو من جملتها. و مع

و لو آجر الوصيّ صبياً (١) مدّه يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقّن و صحّت في المحتمل، و لو اتّفق البلوغ فيه. و هل للصبّي الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم. و فيه تردّد.

الحاديه عشره: إذا تسلّم أجيّرا ليعمل له صنعه فهلك لم يضمّنه

الحاديه عشره: إذا تسلّم أجيّرا (٢) ليعمل له صنعه فهلك لم يضمّنه، صغيرا كان أو كبيرا، حرّا كان أو عبدا.

تعدّره فهو من الواجبات الكفائيّه على سائر المكلفين.

قوله: «و لو آجر الوصيّ صبياً. إلخ».

لَمّا كان زمان الولاية على الصبّي هو ما قبل البلوغ و الرشد فإذا آجره مدّه يقطع ببلوغه في أثنائها، كما لو آجر ابن العشر ستّ سنين و كان رشيدا، فإن الإجاره تلزم إلى وقت الكمال، ثمّ هي موقوفه على إجاره الصبّي. و قَيّدنا بوجود الرشد لأنّه لو لم يكن موجودا بل أمكن تجدّده فإنه يكون كما لو آجره مدّه يمكن فيها بلوغه و عدمه، لأن الرشد أحد الشرطين في زوال الولاية، و تجدّده ممكن في كلّ وقت و إن طعن في السنّ.

و على تقدير عدم القطع ببلوغه في المدّه أو بلوغه و عدم رشده يصحّ في الجميع صحّه لازمه إلى حين اجتماع الشرطين قطعاً، لانتفاء المانع. و هل يتوقّف بعد ذلك على إجاره الصبّي؟ قيل: نعم، لأن زمان الولاية هو ما قبل الكمال فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه. و يحتمل العدم، لوقوع الإجاره من أهلها في محلّها في وقت لم يعلم لها منافع فيستصحب. و الأقوى الأول. و حكم المجنون بعد الإقامة مطلقا حكم الصبّي إذا بلغ في الوقت المحتمل.

قوله: «إذا تسلّم أجيّرا. إلخ».

هذا الحكم موضع وفاق منّا و من العامّه، و لأنّه قبض العين لاستيفاء منفعه يستحقّها منها، و لأنّه مستحقّ للمنفعه و لا يمكن استيفاؤها إلاّ بإثبات اليد فكانت أمانه. و لا فرق بين هلاكه في مدّه الإجاره و بعدها، إذ لا يجب على المستأجر ردّ العين إلى مالکها على تقدير كونها مملوکه، بل الواجب عليه التخليه بينه و بينها، فإذا كان

الثانية عشره: إذا دفع سلعه إلى غيره ليعمل فيها عملا

الثانية عشره: إذا دفع سلعه إلى غيره ليعمل فيها عملا،(١) فإن كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار، فله أجره مثل عمله. وإن لم تكن له عادة و كان العمل ممّا له أجره، فله المطالبه، لأنّه أبصر بتبته. وإن لم يكن ممّا له أجره بالعادة، لم يلتفت إلى مدّعياها.

حزّا أولى. نعم، لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدّة صار بمنزله المغصوب.

و سيأتى (١) أن الحرّ البالغ لا يضمن بذلك. و ما عليه من الثياب تابع له، لأنها تحت يده، و الحرّ لا يدخل تحت اليد. و لو كان صغيرا أو عبدا ضمنه.

قوله: «إذا دفع سلعه إلى غيره ليعمل فيها عملا. إلخ».

لَمّا كان الأمر بالعمل يقتضى استيفاء منفعه مملوكه للمأمور متقوّمه بالمال و جب ثبوت عوضها على الأمر كالأستيجار معاطاه. و قد شرط المصنّف فى لزوم الأجره أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يستأجر لمثل ذلك العمل، أو كون العمل له أجره فى العاده. و العلامه (رحمه الله) (٢) اعتبر فى لزومها كون العمل ذا أجره عاده خاصّه. و يتخرّج على ذلك صور أربع:

الأولى: أن يكون العمل ممّا له أجره عاده و العامل ممن يستأجر لذلك كذلك، كما لو دفع إلى القصار ثوبا ليقصّيره، أو جلس بين يدي حلاق معدّ نفسه لذلك فحلق له، فله الأجره على القولين.

الثانية: انتفاؤهما معا، و لا أجره عليهما. و لا فرق بين كون العمل حينئذ متقوّما بأجره و عدمه، إذا لم يكن له فى العاده أجره و لا أعدّ العامل نفسه لها.

الثالثة: أن يكون العمل ممّا له أجره فى العاده، و لكنّ العامل ليس من عادته الاستئجار له، فيثبت على القولين أيضا، لوجود الشرط و هو المذكور عند العلامه، و أحد الأمرين عند المصنّف.

الرابعة: عكسه فتثبت الأجره عند المصنّف دون العلامه. و مختار المصنّف

ص: ٢٢٩

١- ١) كتاب الغصب، النظر الأول فى السبب.

٢- ٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، و القواعد ١: ٢٣٥.

الثالثه عشره: كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى المؤجر

الثالثه عشره: كل ما يتوقف عليه (١) توفيه المنفعه فعلى المؤجر، كالخيوط فى الخياطه، و المداد فى الكتابه. و يدخل المفتاح فى إجاره الدار، لأن الانتفاع لا يتم إلا بها. (٢) أوضح، لما تقدم من أنه استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلا بإباحه مالكة و لم يتحقق.

قوله: «كل ما يتوقف عليه إلخ».

ما يتوقف عليه الانتفاع على أقسام: منه ما يجب على المالك بغير خلاف، كعماره الحيطان و السقوف، و عمل الأبواب، و مجرى الماء، و نحو ذلك. و منه ما هو على المستأجر بغير إشكال، كالحبل لاستقاء الماء، و الدلو، و البكره. و منه ما ليس على أحدهما، كالتحسين، و التزيين. و منه ما اختلف فيه، و هو الخيوط للخياطه، و المداد للكتابه، و الصبغ للصباغه، و الكش للتليح.

و قد جزم المصنف بأنها على المؤجر، لتوقف إيفاء المنفعه الواجبه عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدمه. و يحتمل كونها على المستأجر، لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك هو المقصود من إجاره العين، أما الأعيان فلا تدخل فى مفهوم الإجاره على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلا- فى شواذ يثبت على خلاف الأصل كالرضاع و الاستحمام. و الأقوى الرجوع إلى العرف المطرد، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر.

قوله: «و يدخل المفتاح فى إجاره الدار، لأن الانتفاع يتم بها».

التعليل بتماميه الانتفاع لا يتم، لما قد عرفت أن بعض ما يتم به الانتفاع ليس لازما للمؤجر. و لا يتم الاستدلال إلا إذا جعل الحكم كلياً، خصوصاً مع تأييده بأن المنقول لا- يدخل فى إجاره العقار الثابت إلا مع العاده أو التبعية. و الأولى التعليل بأنه تابع للغلق المثبت، بل هو كالجزم منه. و هذا بخلاف مفتاح القفل، فلا يجب تسليمه و لا تسليم القفل، لانتهاء التبعية، و لما ذكر.

الرابع فى التنازع و فيه مسائل:

الأولى: إذا تنازعا فى أصل الإجاره، فالقول قول المالك مع يمينه

الأولى: إذا تنازعا فى أصل الإجاره، فالقول قول المالك مع يمينه. (١) قوله: «إذا تنازعا فى أصل الإجاره فالقول قول المالك مع يمينه».

لأنه منكر لها، فىكون القول قوله كما فى كل منكر. و كان الأولى التعبير بتقديم قول المنكر مطلقا، لجواز كونه غير المالك. ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه. و إن كان بعد استيفاء شىء من المنافع، أو استيفاء الجميع الذى يزعم من يدعى وقوع الإجاره أنه متعلق العقد، فلا يخلو إما أن يكون المدعى للإجاره المالك أو المتصرف.

فإن كان المالك و حلف المنكر انتفت الإجاره و وجب عليه أجره المثل، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبه به إن كان دفعه، لا اعترافه باستحقاق المالك، و وجب عليه دفعه إن لم يكن دفعه، و ليس للمالك قبضه، لا اعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى إلا أن يكذب نفسه فى دعواه الأولى على قول. و إن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبه بالزائد إن كان دفعه، و سقط عنه إن لم يكن. و العين ليست مضمونه عليه فى هذه الصوره، لا اعتراف المالك بكونها أمانه بالإجاره.

و إن كان المدعى للإجاره هو المستأجر، فإن أنكر المالك مع ذلك الإذن فى التصرف فى العين فالقول قوله فىهما مع يمينه، فإذا حلف استحق أجره المثل، فله

و كذا لو اختلفا فى قدر المستأجر. (١) و كذا لو اختلفا فى ردّ العين المستأجره. (٢) أمّا لو اختلفا فى قدر الأجره، فالقول قول المستأجر. (٣) المطالبه بها إن لم يكن قبض قدرها، و إن زادت عن المسمّى بزعم المتصرّف. و إن كان المسمّى أكثر فليس له المطالبه بالزائد، و إن كان المتصرّف يعترف له به، إلا أن يكذب نفسه على قول. و لو كان المتصرّف قد أقبض المسمّى و هو أزيد من أجره المثل فليس له المطالبه بالزائد، و إن كان المالك يعترف بعدم استحقاقه، لزعم المتصرّف أنه لا حقّ له فى الزائد. و يضمن العين هنا لإنكار المالك الإذن. و لو اعترف به فلا ضمان.

قوله: «و كذا لو اختلفا فى قدر المستأجر».

هو بفتح الجيم، أى فى قدر العين المستأجره، بأن قال: آجرتنى الدار بأجمعها بمائه، فقال: بل البيت منها خاصّه بالمائه، فإن القول قول المنكر، لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عمّا يعترف به.

و ربّما قيل هنا بالتحالف، لأن كلاً منهما مدّع و منكر. و الأقوى ما اختاره المصنف، لاتفافهما على وقوع الإجاره على البيت، و على استحقاق الأجره المعينه، و إن كان توزيعها مختلفا بحسب الدعوى، إنّما الاختلاف فى الزائد فيقدّم قول منكره. و ضابط التحالف أن لا يتّفقا على شىء، كما لو قال: آجرتك البيت الفلانى، فقال: بل الفلانى، أو قال: آجرتك البيت، فقال: بل الحمام. و مثله ما تقدّم (١) فى البيع إذا اختلفا فى قدر المبيع، و فى تعيينه، فالقول بالتحالف هنا دون البيع ليس بجيد.

قوله: «و كذا لو اختلفا فى ردّ العين المستأجره».

فإن القول قول المالك، لأنه منكر، و الأصل عدم الردّ، و المستأجر قبض لمصلحه نفسه، فلا يقبل قوله فى الردّ، مع مخالفته للأصل.

قوله: «أما لو اختلفا فى قدر الأجره فالقول قول المستأجر».

لإنكاره الزائد منها مع اتّفافهما على وقوع العقد و على العين و المدّه. و قيل

ص: ٢٣٢

الثانية: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع، وأنكر المالك، كلفوا البيّنه

الثانية: إذا ادعى الصانع أو الملاح (١) أو المكارى هلاك المتاع، وأنكر المالك، كلفوا البيّنه. و مع فقدتها يلزمهم الضمان. و قيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء. و هو أشهر الروايتين. و كذا لو ادعى المالك التفريط، فأنكروا.

الثالث: لو قطع الخياط ثوبا قباء

الثالث: لو قطع الخياط ثوبا قباء، (٢) فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصا، فالقول قول المالك مع يمينه. و قيل: قول الخياط. و الأوّل أشبه.

و لو أراد الخياط فتحه لم يكن له ذلك، إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك. و لا أجره له، لأنه عمل لم يأذن فيه المالك.

بالتحالف هنا أيضا، لأن كلّ واحد منهما مدّع و منكر. و هو ضعيف [جدّا] (١).

قوله: «إذا ادعى الصانع أو الملاح. إلخ».

القول بضمانهم مع عدم البيّنه هو المشهور، بل ادعى عليه الإجماع.

و الروايات (٢) مختلفة. و الأقوى أن القول قولهم مطلقا، لأنهم أمناء، و للأخبار الدالّة عليه (٣). و يمكن الجمع بينها و بين ما دلّ على الضمان بحمل تلك على ما لو فرّطوا أو أخرّوا المتاع عن الوقت المشترط، كما دلّ عليه بعضها.

قوله: «لو قطع الخياط ثوبا قباء. إلخ».

القولان للشيخ (٤) رحمه الله، و أقواهما ما اختاره المصنّف، لأنه منكر لما يدّعيه الخياط من التصرّف في ماله. و الخياط يدّعي الإذن في قطعه على الوجه الذى يزعمه، و الأصل عدمه. و يدّعي أيضا المسقط لضمانه بتصرّفه فى مال الغير، و هو إذن المالك،

ص: ٢٣٣

١- ١) نسخه بدل من «و» فقط.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٣: ٢٧١ ب «٢٩» و ب «٣٠» من أبواب أحكام الإجاره.

٣- ٣) راجع ص: ٢٢٤ هامش (٣).

٤- ٤) الخلاف ٣: ٣٤٨ مسألة «١١» كتاب الوكاله، و ٥٠٦ مسألة «٣٤» كتاب الإجاره.

و لأن قول المالك مقدم في أصل الإذن فكذا في صفته، لأن مرجعه إلى الإذن على وجه مخصوص.

و وجه تقديم قول الخياط: أن المالك يدعى عليه حقًا و هو الأرش، فهو غارم، فيقدم قوله في نفيه و إن لم يثبت له الأجره.

فعلى المختار من تقديم قول المالك لا- أجره للخياط على عمله، و عليه أرش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا و مقطوعا قباء، فعلى هذا لا- أرش لما يصلح لهما من القطع، لكونه من جمله المأذون. و يحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته صحيحا و مقطوعا، لأن القطع على الوجه الذى يدعى الخياط عدوان.

ثم لو أراد فتح القباء (1) ليرفع ما أحدثه من العمل لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط للمالك، سواء كانت من الثوب أم من غيره، إذ ليس له عين يمكنه انتزاعها، و لا يمكن تخليص العمل، لأنه ليس عينا و قد صدر عدوانا، فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر عدوانا، فإنه ليس له رده إلى محله الأول إلا بمطالبة المالك.

و لو كانت الخيوط للخياط ففى تمكينه من أخذها و جهان أصحهما ذلك، لأنها عين ماله و هى باقيه، فكانت كالصنغ فى الثوب المغصوب. و وجه المنع: استلزام أخذها التصرف فى ملك الغير بغير إذنه، و أنه يزعم أنها للمالك بناء على أن الخيوط على الخياط، و أنه إنما يستحق الأجره و قد ظلمه المالك بإنكاره.

و على المختار لو طلب المالك أن يشد فى طرف كل خيط خيطا حتى إذا سل الخياط خيوطه صار خيط المالك فى مكانه لم يجب على الخياط إجابته، لأنه تصرف فى مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمه الخيوط و تبقيتها، لأنه مسلط على ماله. و كذا لو بذل للمالك قيمه الثوب.

ص: ٢٣٤

كتاب الوكالة

اشاره

كتاب الوكالة

ص: ٢٣٥

الأول فى العقد

الأول فى العقد و هو استنابه فى التصرف.(١)و لا بدّ فى تحقّقه من إيجاب دالّ على القصد، كقوله: «و كلتك» أو «استنبتك» أو ما شاكل ذلك.و لو قال:

«و كلتنى» فقال: نعم، أو أشار بما يدلّ على الإيجاب، كفى فى الإيجاب.(٢) قوله: «فى العقد و هو استنابه فى التصرف».

الوكالة-بفتح الواو و كسرها-استنابه فى التصرف.فالاستنابه بمنزله الجنس يشمل الأمانات المالكيه كالوديعة و العاربه و القراض و غيرها.و خرج بقيد التصرف الوديعة،فإنها استنابه فى الحفظ خاصّه.و الوصيه إحداث ولايه لا استنابه،فهى خارجة من أول الأمر.و بقى نحو القراض و المزارعه و المساقاه مندرجا فى التعريف.

و كأنه أراد الاستنابه فى التصرف بالذات فتخرج هذه،لأن الاستنابه فيها ضمّيته أو التزاميه،و المقصود بالذات غيرها.و لو صرح بالقيّد كان حسنا.

قوله: «و لا بدّ فى تحقّقه من إيجاب دالّ على القصد-إلى قوله-كفى فى الإيجاب».

لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزه صحّ بكلّ لفظ يدلّ على الاستنابه فى التصرف،و إن لم يكن على نهج الألفاظ المعتره فى العقود.و يتّبه عليه قول النبىّ صلّى

و أما القبول فيقع باللفظ كقوله: «قبلت» أو «رضيت» أو ما شابهه.

و قد يكون بالفعل كما إذا قال: «وكلتكم في البيع» فباع. (١) الله عليه و آله و سلم لعروه البارقي: «اشتر لنا شاه» (١) و قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف «فَلْيَأْتِكُمْ بَرِزِقٍ مِنْهُ» (٢). و منه: بع و اشتر و أعتق، و أذنت لك في كذا، و «نعم» عقيب الاستفهام التقريرى ك «وكلتني في كذا؟» لأنها نائبة مناب و كلتكم.

و كذا الإشارة الدالة على المراد الواقعه جوابا، فإنها و إن لم تعدد (٣) إيجابا صريحا و لم يحصل النطق به إلا- أنه بمنزلة في الدلالة، فيكفي فيه التوسع في مثل هذا العقد.

قوله: «و أما القبول فيقع باللفظ- إلى قوله- فباع».

إنما اكتفى بالقبول الفعلى بهذا المعنى، لأن المقصود الأصلي من الوكاله الاستنابه و الإذن في التصرف، و هو إباحه و رفع حجر فأشبهه إباحه الطعام و وضعه بين يدي الآكل، فإنه لا يفتقر إلى القبول اللفظى.

و ما ذكره المصنّف من كون القبول الفعلى هو فعلى ما تعلقت به الوكاله هو الظاهر من عباره كثير من الأصحاب، و منهم العلامة في غير التذكرة (٤)، أما فيها (٥) فقال: «إن القبول يطلق على معنيين: أحدهما: الرضا و الرغبة فيما فوض إليه، و نقيضه الردّ. و الثانى: اللفظ الدالّ عليه على النحو المعتبر فى البيع و سائر المعاملات.

و يعتبر فى الوكاله القبول بالمعنى الأول دون الثانى، حتى لو ردّ و قال: لا أقبل و لا أفعل، بطلت. و لو أراد أن يفعل أو يرجع فلا بدّ من استئناف إذن مع علم الموكل».

و الأصل فى ذلك أن الذين و كلهم النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره. قال: «و إن لم يشترط القبول اللفظى كفت الكتابه و الرساله، و كان مأذونا فى التصرف» انتهى. و هذا يدلّ على أن القبول الفعلى بمعنى فعل ما و كلّ فيه

ص: ٢٣٨

١- (١) ثاقب المناقب: ١١٢ ح ١٠٨، سنن الدار قطنى ٣: ١٠ ح ٢٩.

٢- (٢) الكهف: ١٩.

٣- (٣) فى «٥»: نفذ.

٤- (٤) تحرير الأحكام ١: ٢٣٢، و القواعد ١: ٢٥٢.

٥- (٥) التذكرة ٢: ١١٤.

و لو تأخّر القبول عن الإيجاب لم يقدح في الصّحّه، لأنّ الغائب يوكل و القبول يتأخّر. (١) و من شرطها أن تقع منجزه، فلو علقت بشرط متوقّع، أو وقت متجدّد، لم تصحّ. (٢) لا يكفي مطلقاً، بل مع اقترانه بالرضا و الرغبة و وقوعه قبل أن يردّ. و المراد بقوله:

«كفت الكتابه» أى فى الإيجاب. و إنّما رتب الاكتفاء بهما على عدم اشتراط القبول اللفظى، لأنه لو اشترط كان عقدا محضاً، فلا يكفي فيه الكتابه. أما إذا لم يعتبر فهي إباحه يكفي كلّ ما دلّ عليها.

و ما ذكره المصنف و الجماعه (١) من الاكتفاء فى الإيجاب بالإشاره اختياراً يقتضى الاكتفاء بالكتابه أيضاً، لا اشتراكهما فى الدلاله مع أمن التزوير.

قوله: «و لو تأخّر القبول عن الإيجاب- إلى قوله- يتأخّر».

ظاهر العلامه فى التذكرة (٢) أن هذا الحكم إجماعى، لأنه أسنده إلى أصحابنا، و جوّز تراخيه و إن كان إلى سنه. و تعليل المصنف الجواز بتوكيل الغائب مع تأخّر القبول لا يخلو من دور، لأن جواز توكيل الغائب مع تأخّر القبول فرع جواز التراخى، إذ لو قلنا بوجود فوريته لم يصحّ توكيل الغائب. و لو أراد أن توكيل الغائب جائز إجماعاً فيدلّ على جواز التراخى أمكن الاستدلال بالإجماع أيضاً على جواز التراخى من غير قيد الغائب، إلا أن يقال الإجماع واقع فى الغائب خاصّه. و لم يذكره أحد.

قوله: «و من شرطها أن تقع منجزه- إلى قوله- لم تصحّ».

من شرط الوكاله و وقوعها منجزه عند علمائنا، فلو علّقها على شرط متوقّع و هو ما يمكن وقوعه و عدمه، أو صفه و هى ما كان وجوده فى المستقبل محققاً كطلوع الشمس- و إليها أشار بقوله: أو وقت متجدّد- لم يصحّ. و احترز بتعليقها على الشرط عمّا لو قرنّها بشرط لا يقتضى التعليق ك«وكلّتك فى كذا، و شرطت عليك كذا» ممّا لا

ص: ٢٣٩

١- ١) منهم العلامه فى التذكرة ٢: ١١٤، و المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٨: ١٧٨.

٢- ٢) التذكرة ٢: ١١٤.

نعم، لو نجّز الوكّالَه، و شرط تأخير التصرّف، جاز. (١) مانع منه، فإنه جائز.

و اعلم أنه متى فسد العقد لتعليقه على الشرط فهل يصحّ التصرّف بعد حصول الشرط؟ قرّب في التذكرة ذلك محتجاً بأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد، و صار كما لو شرط في الوكّالَه عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، تفسد الوكّالَه، و لكن إن باع يصحّ (١). و لأن المقتضى للصحة حاصل و هو الإذن، إذ الغرض حصول المعلق عليه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا. رفع الوكّالَه، و هي أخصّ من مطلق الإذن، و رفع الخاصّ لا يستلزم رفع العام. فعلى هذا فائده الفساد سقوط الجعل المسمّى في عقد الوكّالَه إن كان و الرجوع إلى أجره المثل، كما في المضاربه الفاسده حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصّيه المشروطه و وجب للعامل أجره المثل.

و فيه: أن الوكّالَه ليست أمراً زائداً على الإذن، و الجعل المشروط ليس جزء منها، و إنّما هو شرط زائد عليها، لصحتها بدونه، بخلاف المضاربه، فإن اشتراط الحصّيه شرط في صحتها. و لأنه لو تمّ ذلك لزم الحكم بصحة التصرّف مع فسادها بوجه آخر، كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكلّ به و سكوته، فإن الإذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل. و لأن العقد حينئذ فاسد قطعاً، و لا معنى للفساد إلا. ما لا يترتب عليه أثره. و لأن الإذن المطلق إنّما وجد في ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكليّ إلا في ضمن جزئياته، و لم يوجد منها إلا هذا الجزئيّ، فإذا ارتفع الكليّ.

و للتوقف في هذا الحكم مجال.

قوله: «نعم، لو نجّز الوكّالَه و شرط تأخير التصرّف جاز».

كأن يقول: و كلّتك في كذا و لا تتصرّف إلا بعد شهر مثلاً، فإنه يجوز بلا خلاف. نقله في التذكرة (٢). و الوجه أن منعه من التصرّف في الوقت المعيّن شرط زائد

ص: ٢٤٠

١-١) التذكرة ١١٤: ٢.

٢-٢) التذكرة ١١٤: ٢.

و لو و كَّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه، لينتفى الغرر. (١) على أصل الوكالة المنجّزه، و هي قابله للشروط السائغه [١]. و هذا و إن كان في معنى التعليق إلا أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفاد فائدتها.

قوله: «و لو و كَّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفى الغرر».

لما كان العبد المطلق متوَعَّلاً في الإبهام، صادقاً على أصناف مختلفه في الأوصاف و الرغبات، لم يكن إطلاق التوكيل في شرائه كافياً، بل لا بدّ من وصفه من بعض الوجوه، كقوله: عبداً تركياً و نحوه، لينتفى الغرر. و لا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث ترتفع الجهاله عنه اتفاقاً. كذا ذكره المصنف و جماعه (١).

و يشكل بأن الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحه في شرائه، فإن الإطلاق محمول شرعاً على الاستنابه في شراء عبد يكون شراؤه مشتملاً على مصلحه للموَكَّل، فيتخيّر الوكيل حيث توجد المصلحه في متعدّد. و يكون ذلك كالقراض حيث أمره المالك بشراء شيء فإنه أشدّ توَعَّلاً في الإبهام. فالجواز مطلقاً قويّ، و إن كان اعتبار الوصف أحوط.

و لا- فرق بين كون المقصود من العبد التجاره و القنيه، لأن رعايه المصلحه معتبره في الموضوعين. و احتمال الشهيد (٢) «رحمه الله» التفصيل فيجب الوصف في الثاني دون الأول، لأن دائره التجاره أوسع، فإن الغرض منها الاسترباح و هو يتحقّق في ضمن أيّ فرد كان. و يندفع بأن المصلحه معتبره في كلّ شيء بحسبه، و الأعيان متفاوتة في الموضوعين.

ص: ٢٤١

١- (٢) منهم الشيخ في المبسوط ٣٩١: ٢، و العلامه في قواعد الأحكام ٢٥٤: ١.

٢- (٣) حكاه عنه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٢٢٢: ٨.

و لو و كله مطلقا لم يصح على قول. و الوجه الجواز. (١) و هي عقد جائز من طرفيه، فلو وكيل أن يعزل نفسه، مع حضور الموكل و مع غيبته. (٢) قوله: «و لو و كله مطلقا لم يصح على قول. و الوجه الجواز».

القول بعدم جوازه مع الإطلاق للشيخ (١) رحمه الله، لاشتماله على الغرر.

و وجه الجواز يعلم مما سبق، فإن فعل الوكيل لَمَّا كان مقيدا بالمصلحه، و الجهاله تنتفى بالرجوع إلى المتعارف المناسب للموكل، انتفى المانع.

و في حكم المصنّف بجواز الوكاله مطلقا مع الإطلاق و عدم جوازها في شراء العبد مطلقا نوع تنافر، لأن دائره المطلق أوسع من العبد المطلق، لأنه فرد من أفراد، فكان أولى بالجواز. و مثله اتفق لفتوى القواعد (٢)، فإنه ذكر الإطلاق بعد مسأله العبد و أنه لا بد من وصفه ليرتفع الغرر، إلا أن الشراح (٣) ذكروا أنه يريد بالإطلاق في الثانيه الإطلاق في وكاله شراء العبد، و جعلوه رجوعا عن السابق. و عبارته التحرير (٤) تؤيد ما ذكره، لأنه صرح فيها بأن الإطلاق في وكاله شراء العبد، و هو مناسب أيضا لنقل القول بالبطلان، فإنّ الشيخ صنع في مسأله العبد كذلك (٥). فإن أريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بتجويزه بعد اعتبار الوصف رجوعا صريحا، أو يريد بالافتقار الأولويه و نحوها. و يحتمل أن يريد هنا مطلق الوكاله الشامله لشراء العبد، و غيره أولى. و على التقديرين فالأقوى الصحه.

قوله: «و هي عقد جائز من طرفيه، فلو وكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل و غيبته».

انعزال الوكيل بعزله نفسه و جعل الوكاله من أبواب العقود يقتضى أرجحيه ما

ص: ٢٤٢

١-١ (١) المبسوط ٣٩١:٢.

١-٢ (٢) قواعد الأحكام ٢٥٤:١.

١-٣ (٣) راجع إيضاح الفوائد ٣٤٠:٢، و جامع المقاصد ٢٢١:٨.

١-٤ (٤) تحرير الأحكام ٢٣٢:١.

١-٥ (٥) المبسوط ٣٩١:٢.

فسرّ به في التذكرة سابقا (١) في القبول الفعلي من أنه الرغبة في الفعل و الرضا به لا مجرد الفعل، و إلا لكان إباحه محضه و إذنا خالصا، و هو لا يبطل برده، فإن من أذن لغيره في تناول طعامه أو أخذ شيء من ماله فلم يقبل ذلك لا يبطل الإذن له، بل يجوز له التصرف بعد ذلك، لأن المسوّغ و هو إذن المالك موجود، و القبول إذا لم يكن شرطا في الإباحه لم يكن ردها مانعا.

و لا- فرق في بطلان وكالته بعزله نفسه بين إعلام الموكل و عدمه، بخلاف عزل الموكل له كما سيأتي (٢). و الفارق النصّ (٣). فعلى هذا لو تصرف بعد عزله نفسه و قبل أن يعلم الموكل بذلك لم ينفذ تصرفه، لإبطاله العقد الجائر الذي هو مناط جواز التصرف.

و يحتمل توقّف انزاله على علم الموكل، فيجوز له التصرف قبل بلوغه عملا بالإذن العام الذي تضمّنته و كاله، بل يحتمل ذلك مع بلوغه أيضا، لأصله بقاء الإذن، و مجرد علمه بالردّ لا- يدلّ على بطلانه من قبل الآذن. و لو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوى هذا الاحتمال جدا، لأنها تصير حينئذ مجرد إذن و إباحه، و يجوز مع ذلك إطلاق العقد عليها من حيث إن قبولها بالقول يصحّ، و يترتب عليه أثر في الجملة. و بهذا الاحتمال قطع في القواعد (٤) مع جهل الموكل بالردّ، و استشكل مع علمه. و ليس ببعيد.

و يمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا يبطل بالردّ و عدم بطلان التصرف بالردّ، بأن يحكم ببطلان و كاله الخاصه و ما يترتب عليها من الجعل لو كان، و بقاء الإذن العام.

ص: ٢٤٣

١-١) راجع ص: ٢٣٨.

٢-٢) في ص: ٢٤٤.

٣-٣) الوسائل ٢٨٦: ١٣ ب «٢» من أبواب كتاب الوكاله.

٤-٤) قواعد الأحكام ٢٥٩: ١.

و للموكل أن يعزله، بشرط أن يعلمه العزل.

و لو لم يعلمه لم ينزل بالعزل. و قيل: إن تعذر إعلامه فاشهد، انزل بالعزل و الإشهاد. و الأول أظهر. (١) و يمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم (١) من أن بطلان الوكالة هل يقتضى بطلان الإذن العام أو لا؟ و قد مرّ تحقيقه، لا اشتراكهما في بطلان الوكالة هناك بعدم التنجيز و هنا بعدم القبول، إلا- أن الحكم هنا لا- يخلو من رجحان على ذلك، من حيث إن الإذن هنا صحيح جامع للشرائط، بخلاف السابق، فإنه معلق. و فى صحته ما قد عرفت. و من ثمّ جزم فى القواعد ببقاء صحته هنا، و جعل الصحه هناك احتمالاً (٢). و فى التذكرة (٣) عكس، فاستقرب هناك بقاء الإذن الضمنى و جعل بقاءه هنا احتمالاً. و فى التحرير (٤) و الإرشاد (٥) أطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا. فقد صار للعلامه «رحمه الله» فى المسألتين ثلاثه أقوال.

قوله: «و للموكل أن يعزله بشرط أن يعلمه بالعزل- إلى قوله- و الأول أظهر».

ما اختاره المصنف هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً بين المتأخرين.

و مستنده أخبار عن أئمة الهدى عليهم السلام، كصحيحه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٦): «عن رجل و كل آخر و كاله فى إمضاء أمر من الأمور، و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنى قد عزلت فلانا عن الوكالة. فقال: إن كان الوكيل قد أمضى الأمر الذى و كل عليه قبل

ص: ٢٤٤

١-١ (١) لاحظ ص: ٢٤٠.

١-٢ (٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٢.

١-٣ (٣) التذكرة ٢: ١١٤ و ١٣٣.

١-٤ (٤) تحرير الأحكام ١: ٢٣٢.

١-٥ (٥) إرشاد الأذهان ١: ٤١٧.

١-٦ (٦) الفقيه ٣: ٤٩ ح ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ ح ٥٠٣، و الوسائل ١٣: ٢٨٦ ب (٢) من كتاب الوكالة ح ١.

أن يعزل عن الوكالة فإن الأمر ماض، كره الموكل أم رضى. قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم العزل 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 بشيء؟ قال: نعم، إنَّ الوكيل إذا وَّكَّل ثمَّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة. ولاستلزام انعزاله قبل العلم ضرراً عظيماً، كما إذا وَّكَّله في بيع جاريه فيطؤها المشتري قبله، أو طعام فيأكله، ونحو ذلك. وفي رواية العلاء بن سبابه عنه عليه السلام (١) نحو ذلك، وفيها أنه لا عبرة بالإشهاد على العزل من دون أن يعلم به الوكيل قبل الفعل.

و القول بالاكْتفاء في انعزاله بالإشهاد للشيخ (٢) و جماعه من الأصحاب (٣).

و اختار في القواعد (٤) انعزاله بالعزل مطلقاً، نظراً إلى أنه عقد جائز، و من حقّه أن يفسخ بالفسخ على جميع الأحوال، و إلا كان على بعضها لازماً. و الأخبار (٥) التي بعضها صحيح حجّه عليهما.

و مقتضى قول المصنف هنا - و من وافقه على قوله كالعلامة في سائر كتبه [١]،

ص: ٢٤٥

١- (١) الفقيه ٣: ٤٨ ح ١٦٨، التهذيب ٦: ٢١٤ ح ٥٠٦، الوسائل ١٣: ٢٨٦ ب «٢» من أبواب أحكام الوكالة ح ٢.

٢- (٢) النهاية: ٣١٨.

٣- (٣) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٨، و ابن حمزه في الوسيلة: ٢٨٣، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٩٣.

٤- (٤) قواعد الأحكام ١: ٢٥٨.

٥- (٥) أنظر الوسائل ١٣: ٢٨٥ كتاب الوكالة ب «١» و ب «٢».

و لو تصرّف الوكيل قبل الإعلام، مضى تصرّفه على الموكل. فلو وكله في استيفاء القصاص ثمّ عزله، فاقتصّ قبل العلم بالعزل، وقع الاقتصاص موقعه. (١) و تبطل الوكالة بالموت، (٢) حيث قيّدوا الانعزال بعلمه - عدم الاكتفاء ببلوغه له بما لا يفيد العلم و إن كان بعدل، بل و إن كان بعدلين، لأنهما يفيدان ظنًا يجوز التعويل عليه شرعا و لكن لا يفيدان العلم، لأن مناطه من جهة الأخبار التواتر أو الخبر المحفوف بالقرائن إن قلنا بإفادته العلم، و هو منفيّ فيهما، فلا ينعزل على مقتضى ظاهر كلامهم إلا بمشافهته به أو بلوغه الخبر ممّن يفيد قوله التواتر. و الظاهر أنهم لا يريدون هذا المعنى قطعاً، لما قد علم من مستند الحكم، خصوصا إخبار الشاهدين، فإنه حجّه شرعيّه فيما هو أقوى من ذلك.

و الأقوى انعزاله بما دلّ عليه الخبر الصحيح (١) من إخبار الثقة و إن كان واحداً، و لا عبره بإخبار غير العدل و إن تعدّد ما لم يثمر العلم.

قوله: «و لو تصرّف الوكيل - إلى قوله - موقعه».

هذا من فروع عدم انعزاله بعزله من دون الإعلام، و الحكم حينئذ ظاهر.

و كان الأنسب عطفه عليه بالفاء ليفيد التفريع، إلا أن النسخ المعتبره - كنسخه شيخنا الشهيد التي قابلها بنسخه مصنّفه (٢) - بالواو.

قوله: «و تبطل الوكالة بالموت».

أى موت كلّ من الوكيل و الموكل. أما موت الوكيل فظاهر، و أما موت الموكل فتبطل به وكالة الوكيل، فيكون تصرّفه بعد الموت باطلاً و إن لم يعلم بموته، لأن ذلك هو الأصل، و إنّما خرجت مسأله العزل بالنصّ. و لا تبطل الأمانة ببطان الوكالة

ص: ٢٤٦

١ - (١) الفقيه ٣: ٤٩ ح ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ ح ٥٠٣، و الوسائل ١٣: ٢٨٥ ب (٢) من أبواب أحكام الوكالة ح ١.

٢ - (٢) كذا في «و». و في «س» و «ن» و «ه»: بنسخ معظمه. و في «ب» معظمه.

و الجنون، و الإغماء، من كل واحد منهما. (١) و تبطل وكاله الوكيل بالحجر على الموكل، فيما يمنع الحجر من التصرف فيه. (٢) و لا تبطل الوكاله بالنوم و إن تطاول. (٣) هنا، فلو تلفت العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن. و كذا لو كان وكيلا في قبض حقّ فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به و تلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادره إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن آخر ضمن كالوديعة.

قوله: «و الجنون و الإغماء من كل واحد منهما».

هذا موضع وفاق، و لأنه من أحكام العقود الجائزه. و لا- فرق عندنا بين طول زمان الإغماء و قصره، و لا بين الجنون المطبق و الأبدوار. و كذا لا- فرق بين أن يعلم الموكل بعروض المبطل و عدمه. و يجيء على احتمال جواز تصرفه مع ردّه و مع بطلان الوكاله بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالإذن العامّ.

قوله: «و تبطل وكاله الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه».

لأنه إذا منع من مباشرته فمن التوكيل فيه أولى، و لسلب الحجر للسيفه و الفلس أهليه التصرف المالي مطلقا. و في حكم الحجر طرؤ الرقّ على الموكل بأن كان حربيا فاسترق. و لو كان هو الوكيل صار بمنزله توكيل عبد الغير. و سيأتي (١) الكلام فيه.

قوله: «و لا تبطل الوكاله بالنوم و إن تطاول».

لبقاء أهليه التصرف، و من ثمّ لا- تثبت عليه به ولا-يه. و مثله السكر إلا- أن يشترط في الوكيل العدالة، كوكيل وليّ اليتيم و وليّ الوقف العامّ و وكيل الوكيل مطلقا، فتبطل وكالته بالسكر الاختيارى. و كذا لو فعله الموكل الذى تشترط عدالته. و قيد في اللّمعه (٢) النوم المتطاول بأن لا يؤدى إلى الإغماء. و هو حسن إلا أنه خروج عن موضع الفرض.

ص: ٢٤٧

١- ١) في ص: ٢٤٧.

٢- ٢) اللّمعه الدمشقيه: ٩٧.

و تبطل الوكالة بتلف ما تعلقت الوكالة به، كموت العبد الموكّل في بيعه، وموت المرأة الموكّل بطلاقها. (١) وكذا لو فعل الموكّل ما تعلقت الوكالة به. (٢) قوله: «و تبطل الوكالة-إلى قوله-بطلاقها».

المراد بمتعلّق الوكالة ما دلّ عليه لفظها مطابقه أو تضمّنها. فالأول كما ذكره المصنّف من موت العبد الموكّل في بيعه و موت المرأة الموكّل في طلاقها، والثاني كتلف الدينار الموكّل في الشراء به، فإن متعلّق الوكالة حينئذ الشراء و كونه بالدينار المعين، فإذا تلف الدينار بطلت الوكالة، لفوات متعلّقها في الموضوعين. و لا- فرق بين أن ينصّ على الشراء بعينه و يطلق بأن يقول: اشتر به، لاقتضائه دفعه ثمنا فلا- يتناول بدله كما لو كان تلفه موجبا لضمّانه. و في حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكّل في بيعه، أو باع الموكّل في عتقه، أو نقل الدينار عن ملكه كذلك و إن كان بإقراضه للوكيل و إقباضه إيّاه.

قوله: «و كذا لو فعل الموكّل ما تعلقت به الوكالة».

كما لو و كلّه في بيع عبد ثمّ باعه، و بطلان الوكالة ظاهر، لامتناع تحصيل الحاصل. و في حكمه فعل الموكّل ما ينافي الوكالة. و في كون و طء الزوجه الموكّل في طلاقها و السّرّيّه الموكّل في بيعها منافيا وجهان، من دلاله الوطاء على الرغبه ظاهرا، و لهذا دلّ فعله على الرجوع في المطلقة رجعيه، فرفعه للوكالة أولى، و من ثبوت الوكالة. و منافاه الوطاء لها غير معلوم، و ثبوت الفرق بين الطلاق و الوكالة، فإن الطلاق يقتضى قطع علاقه النكاح فينا فيه الوطاء، بخلاف التوكيل، فإنه لا ينافي انتفاع الموكّل بالملك الذى من جملة الوطاء بوجه. نعم، فعل مقتضى الوكالة ينافيه، و الأولويّه ممنوعه. و هذا أقوى. و أولى بعدم البطلان فعل المقدمات.

و في القواعد (١) فُرّق بين الزوجه و السّرّيّه، فقطع في الزوجه بالبطلان و في السّرّيّه بخلافه. و الفرق ضعيف. و في التذكرة (٢) توقّف في حكم الوطاء و المقدمات

ص: ٢٤٨

١- ١) قواعد الأحكام ٢:٢٥٨. ١.

٢- ٢) التذكرة ١:١٣٤. ٢.

و العبارة عن العزل أن يقول: «عزلتك» (١) أو «أنزلت نيابتك» أو «فسخت» أو «أبطلت» أو «نقضت» أو ما جرى مجرى ذلك.

و إطلاق الوكالة يقتضى الاتباع بثمان المثل، بنقد البلد، حالاً، (٢) و أن يتباع الصحيح دون المعيب. و لو خالف لم يصح، و وقف على إجازة المالك. (٣) معاً.

قوله: «و العبارة عن العزل أن يقول: عزلتك. إلخ».

هذا بيان للعزل القولى، أما الفعلى فقد تقدّم ما يدلّ عليه. و لو نهاه عن فعل ما و كله فيه فهو عزل قولى أيضاً، و هو داخل فى «ما جرى مجراه».

قوله: «و إطلاق الوكالة يقتضى الاتباع بثمان المثل بنقد البلد حالاً».

يستثنى من ثمن المثل النقصان عنه بالشيء اليسير الذى يتسامح الناس بمثله و لا يناقشون به، كدرهم و درهمين فى ألف. و يجب تقييد جواز البيع به بعدم وجود باذل لأزيد منه، و إلا لم يجز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد فى مدّة الخيار باذل زياده و جب عليه الفسخ إن كانت وكالته متناوله لذلك. و ليس كذلك ما لو عيّن له قدراً فوجد باذلاً لأزيد، فإنه لا يجب عليه هنا بيعه بالأزيد، مع احتمالها.

و الفرق أنه فى الأول مخاطب بالعمل بالأمر المتعارف، و هنا بالعمل بما عيّن له.

و أما نقد البلد فإن اتّحد حمل عليه، لأنه المعهود عند الإطلاق، و إن اختلف باع بالأغلب، فإن تساوت النقود فى المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، فإن استوت نفعاً و معاملة تخير.

قوله: «و أن يتباع الصحيح دون المعيب -إلى قوله- إجازة المالك».

لا- خلافاً عندنا فى أن إطلاق الوكالة بالشراء يقتضى شراء الصحيح دون المعيب، و لأنه المعهود عرفاً، خصوصاً فيما يشتري للقبه، و بهذا فارقت الوكالة القراض. فإذا خالف الوكيل فاشترى المعيب عالماً كان فضولياً. و إن كان جاهلاً وقع

و لو باع الوكيل بضمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر، كان القول قوله مع يمينه، ثم تستعاد العين إن كانت باقيه، ومثلها أو قيمتها إن كانت تالفه. وقيل: يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك. وهو بعيد. (١) عن الموكل، لأنه مكلف بالظاهر، والوقوف على الباطن قد يعجز عنه، بخلاف ما لو اشترى بأزيد [١] من ثمن المثل، فإنه لا يقع عن الموكل وإن كان جاهلاً، لأن نقص القيمة أمر ظاهر مستند إلى تقصيره في تحرير القيمة، بخلاف العيب. كذا قرره.

و يشكل فيهما على الإطلاق، فإن من العيب ما هو أظهر من الغبن كالعور والعرج، ومن الغبن ما هو أخفى على كثير من أهل الخبرة من (١) كثير من العيوب كما في الجواهر ونحوها. والذي يقتضيه الفرق و يوافق النظر أن العيب والغبن معا إن كانا مما يخفى غالباً وقع الشراء عن الموكل مع الجهل بهما، وإلا وقف على الإجازة، فينبغي تأمل ذلك.

قوله: «و لو باع الوكيل بضمن - إلى قوله - وهو بعيد».

هذا الاختلاف راجع إلى صفة الوكالة، وكما يقبل قول الموكل في أصلها فكذا في صفتها، لأنه فعله وهو أعرف بحاله ومقاصده الصادره عنه، ولأصله عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل. وتبّه بقوله: «و لو باع الوكيل» على أن فائده هذا الاختلاف إنما هي مع وقوع التصرف، لأن الوكالة قبله تندفع بمجرد الإنكار.

لا - يقال: إن دعوى الموكل حينئذ تستلزم جعل الوكيل خائناً، لتصرفه على غير الوجه المأمور به، فيكون القول قوله، لأنه أمين والأصل عدم الخيانة كما سيأتي.

لأننا نقول: إن ذلك إنما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض متعلقاتها، كما لو ادعى الموكل عليه - بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة

ص: ٢٥٠

(١ - ٢) كذا في «ه» وفي غيرها: في.

فإن تصادق الوكيل و المشتري على الثمن، و دفع الوكيل إلى المشتري السلعة فتلفت في يده، كان للموكل الرجوع على أيهما شاء بقيمة. لكن إن رجع على المشتري، لا- يرجع المشتري على الوكيل، لتصديقه له في الإذن. و إن رجع على الوكيل، رجوع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين، من ثمنه و ما اغترمه. (١) - تأخر قبضه عن تقييض المبيع أو التعدي فيه بوجه. و هنا ليس كذلك، لأن اختلافهما في صفة التوكيل يؤول إلى الاختلاف في أصله، لأن الموكل منكر لأصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل. و بالجملة فالوجه الذي يقتضى القبول في أصلها يقتضيه في صفتها. و القول الذي نقله المصنف ضعيف، و لا سند له.

قوله: «فإن تصادق الوكيل - إلى قوله - و ما اغترمه».

إذا حلف الموكل على نفي ما ادّعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة إلى الوكيل. و أما المشتري فإن صادق (١) على الوكالة ثبت في حقه كذلك، و إلا فلا، بل يلزمه اليمين على نفي العلم إن ادّعى عليه، فإن نكل ردّت على الموكل، و توقّف ثبوت البطلان بالنسبة إليه على يمين أخرى.

ثمّ إمّا أن تكون العين باقية أو تالفه. فإن كانت باقية و ثبت قول الموكل بالنسبة إلى المشتري استرجعها، و رجع المشتري بالثمن إن كان دفعه و لم يصدّق الوكيل في دعواه، و إلا رجع بأقل الأمرين من الثمن و قيمه المبيع، لأن الثمن إن كان أقلّ فليس في يد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري بزعمه سواء، فيأخذه قصاصاً، و إن كان أكثر لم يرجع بأزيد من قيمه، لأنه المظلوم فيها بزعمه، و يبقى الزائد في يد الوكيل مجهول المالك.

و إن كانت تالفه فحكمه ما ذكره المصنف من تخيير الموكل في الرجوع على أيهما شاء. أما المشتري فتلف ماله في يده، و أما الوكيل فلعدوانه ظاهراً.

ص: ٢٥١

(١ - ١) في س: تصادقا.

و إطلاق الوكالة فى البيع يقتضى تسليم المبيع، لأنه من واجباته.

و كذا إطلاق الوكالة فى الشراء يقتضى الإذن فى تسليم الثمن. لكن لا يقتضى الإذن فى البيع قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض. (١) فإن رجع على المشتري بالقيمة و كان مصدقا للوكيل فيما يدّعه لم يرجع المشتري على الوكيل، لتصديقه له فى صحه البيع و زعمه أن الموكل ظالم فى رجوعه عليه، فلا يرجع على غير ظالمه. هذا إذا لم يكن قد قبض الوكيل الثمن منه، و إلا لم يتوجه عدم الرجوع عليه، لأن الوكيل لا يستحق الثمن، و الموكل لا يدّعه، لعدم تعيينه ثمنه له، و قد أغرم المشتري عوض المال فيرجع على الوكيل بما دفعه إليه، لكن إن كان بقدر القيمة أو أقل فالرجوع به ظاهر، و إلا رجع بقدر ما غرم، و يبقى الباقي فى يد الوكيل مجهول المالك.

و إن لم يكن المشتري مصدقا على الوكالة رجع على الوكيل بما غرمه أجمع لغروره. و لو كان الثمن أزيد و قد دفعه إلى الوكيل رجع به، لفساد البيع ظاهرا. و إن رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه و ما اغترمه، لأن الثمن إن كان أقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواه و أنه ظالم يأخذ الزائد من القيمة، فلا يرجع به على المشتري، و إن كانت القيمة أقل فلم يغرم سواها، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهرا، لأن الموكل لا يستحقه بزعمه، و موافقه الظاهر له، و الوكيل قد خرج عن الوكالة بإنكار الموكل فليس له قبضه، فينتزعه الحاكم و يتوصل إلى تحصيل مالكة.

و اعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد و إن كان أول الكلام أعم، و حينئذ يرجع كل واحد من الوكيل و المشتري على الآخر بأقل الأمرين مع تصادقهما، و يبقى الزائد مجهول المالك. و لو فرض القبض كانت الزيادة فى يد الوكيل أيضا مجهولة إن اتفقت.

قوله: «و إطلاق الوكالة فى البيع - إلى قوله - على القبض».

إنما كان من واجباته لأن البيع يقتضى إزاله ملك البائع عن المبيع و دخوله فى

و للوكيل أن يردّ بالعيب،(١)لأنه من مصلحه العقد،مع حضور الموكل و غيبته ملك المشتري،فيجب على مدخل الملك التسليم،لأنه من حقوقه،لكن لا- يسلمه حتى يقبض الثمن هو أو من يكون له قبضه رعايه لمصلحه الموكل،أو يتقابضا معا، فلو سلم المبيع قبله فتعذر أخذه من المشتري ضمن،لتضييعه إياه بالتسليم قبله.

و وجه الثانى مستفاد مما ذكر،وقبض المبيع فيه كقبض الثمن،فلا يقتضى التوكيل فى الشراء تسلم الوكيل المبيع،لأنه قد يستأمن على الشراء من لا يستأمن على المبيع.

نعم،لو دلت القرائن على الإيذن فيهما-كما لو و كله فى شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل لها ذهابها-جاز قبضه،بل وجب،كما أنه لو أمره بالبيع فى موضع يضيع الثمن بترك قبضه-كسوق غائب عن الموكل،أو البيع على متغلب على الموكل بحيث تدلّ القرينه على أنه لم يأمره ببيعه إلا رجاء قبضه-جاز القبض كما مرّ.فلو أخلّ الوكيل بالقبض فتعذر الوصول إلى الثمن ضمن لتضييعه له.

قوله:«و للوكيل أن يردّ بالعيب.إلخ».

لأن الموكل قد أقامه مقام نفسه فى هذا العقد،و الردّ بالعيب من لوازمه،و لأن التوكيل لما لم ينزل إلا على شراء الصحيح،فإذا ظهر العيب كان له الردّ و شراء الصحيح.و يشكل الأول:بأنه إنما أقامه مقام نفسه فى العقد لا فى اللوازم،إذ من جملتها القبض و الإقالة و غيرهما و ليس له مباشرتها إجماعا.و الثانى:بأن مقتضاه و قوف العقد على الإجازة كما مرّ لا ثبوت الرد.

و علّله فى التذكرة (١)بأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر،و ليس مكلفا بالسلامة فى الباطن،لأن ذلك لا يمكن الوقوف عليه،فلا يجوز تكليفه به،و يعجز

ص:٢٥٣

و لو منعهُ الموكَّل لم يكن له مخالفته. (١) عن التحرّز عن شراء معيب لا يظهر عليه، فيقع الشراء للموكَّل.

و هذا التعليل لا دلالة له على جواز الردّ أيضا، لأنه مغاير للشراء، و التوكيل إنّما اقتضى الشراء لا الردّ، و يمكن استفادة جواز الردّ من القرائن الخارجيّة لا من نفس الصيغ.

و ربما فرّق بين ما لو أطلق الموكَّل كما لو قال: «اشتر لي عبدا هنديا» و بين ما لو عيّنه كـ «هذا العبد» فيجوز للوكيل الردّ بالعيب في الأول لما مرّ دون الثاني، لأنه بتعيينه له قد قطع نظر الوكيل و اجتهاده.

و الأجود عدم جواز الردّ مطلقا وفاقا للتذكرة، لأن الوكالة في الشراء إنّما اقتضت إدخال المبيع في ملكه، و الردّ يقابله و يضادّه فلا يدخل فيها.

قوله: «و لو منعهُ الموكَّل لم يكن له مخالفته».

لا- شبهه في بطلان ردّه بالنهي المذكور، لأنه إبطال للوكالة فيما تضمّنته و عزل له فيه، و إذا جاز عزله عن الوكالة فعن بعض مقتضياتها أولى. و في حكمه إظهاره الرضا بالمعيب، فإنه في معنى النهي عن الردّ. و أراد بذلك الفرق بين الوكيل و عامل المضاربه حيث إنه قد سلف (١) أنه ليس للمالك منعه من الردّ بالعيب و إن رضى به، مع كون العامل في معنى الوكيل، و الفارق انحصار الحقّ هنا في الموكَّل و اشتراكه في العامل.

ص: ٢٥٤

(١-١) في ج ٤: ٣٥٠.

الثانى فى ما لا- تصح فيه النيابة و ما تصح فيه أما ما لا- تدخله النيابة فضابطه: ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة(١) كالطهاره مع القدره-و إن جازت النيابة فى غسل الأعضاء عند الضروره-و الصلاه الواجبه ما دام حيًا.

قوله:«فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة».

المرجع فى معرفه غرض الشارع فى ذلك إلى النقل، إذ ليس له قاعده كليّه لا تنخرم و إن كانت بحسب التقريب منحصره فيما ذكر. أمّا العبادات فالمقصود منها فعل المكلف ما أمر به و انقياده و تذلّله، و ذلك لا يحصل إلا بالمباشره. و لا يفترق الأمر فى ذلك بين حالتى القدره و العجز غالبًا، فإن العاجز عن الصلاه الواجبه ليس له الاستنابه فيها بل يوقعها بنفسه على الحالات المقرّره، و قريب منها الصوم. و قد تخلف الحكم فى مواضع أشار المصنف إلى بعضها:

منها: غسل أعضاء الطهاره و مسحها إذا عجز عنها المكلف، فإنه يجوز له الاستنابه فيه، سواء فى ذلك المائيه و الترابيه، و يتولّى هو التيه، إذ لا- عجز عنها مع بقاء التكليف. و ليس هذا توكيلا حقيقيا، و من ثمّ يقع بتولّى من لا يصحّ توكيله كالمجنون. و أما تطهير الثوب و البدن و غيرهما مما يجب تطهيره فإنه يجوز الاستنابه فيه، لكن كما يمكن جعل هذا النوع عباده كذلك يمكن إخراجها، إذ التيه ليست شرطا فى صحته، فإن الغرض منه هجران النجاسه و زوالها كيف اتفق، و إن توقّف حصول

و كذا الصوم و الاعتكاف، و الحجّ الواجب مع قدره، و الأيمان و النذور، و الغصب و القسم بين الزوجات لأنه يتضمّن استمتاعاً،
(١) الثواب على فعله و التحاقه بالعبادة على التّيه.

و منها: الصلاة الواجبه، و ذلك في ركعتي الطواف حيث يجوز استنابه الحيّ في الحجّ الواجب، و المندوبه كصلاه الزياره، و الطواف المندوب حيث يناب فيه، و أما غيرهما من النوافل و مطلق الصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه نظر، و إطلاق جماعه
(١) من الأصحاب المنع من الاستنابه في العبادات يشملهما و إن تقيّد الإطلاق في غيرهما. و الاعتكاف كالصوم، لاشرطه به.

و منها: أداء الزكاه، فإن الاستنابه فيه جائزه بغير إشكال.

و منها: عتق العبد عن كفّاره و جبت عليه بإذنه أو مطلقاً على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

و منها: الحجّ المندوب مطلقاً، و الواجب عند العجز عنه، على ما تقدّم (٢) تفصيله.

و منها: توليه الإمام غيره في القضاء. و كذا توليه منصوبه الخاص لغيره مع الإذن له في ذلك. و تسميه هذا النوع و كاله مجاز، و استنأؤه من هذا الباب لكونه عباده، بل من أكمل العبادات، و ما تقدّم في الطهاره آت هنا. و إنّما قيّدنا توليه القضاء بالإمام أو نائبه الخاصّ لعدم إمكان توليه منصوبه العام—و هو الفقيه في زمان الغيبه—لغيره فيه، لأن غيره إن كان جامعاً لشرائط الفتوى كان مساوياً للأول في كونه نائباً للإمام فيه أيضاً، و إلا—لم يتصوّر كونه قاضياً، لما اتّفق عليه الأصحاب من اشتراط جمع القاضى لشرائط الفتوى. نعم، يمكن الاستنابه في الحلف بعد توجّه اليمين عنده.

قوله: «و القسم بين الزوجات، لأنه يتضمّن استمتاعاً».

هو—بفتح القاف—مصدر قولك: قسمت الشيء. و لا فرق فيه بين توكيل

ص: ٢٥٦

١-١) كما في الإرشاد ٤١٦:١، و التنقيح الرائع ٢٨٥:٢.

٢-٢) في ج ١٦٢:٢.

و الظهار و اللعان و قضاء العده و الجنايه و الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش (١) و إقامه الشهاده، إلا على وجه الشهاده على الشهاده. (٢) و أما ما تدخله النيايه فضابطه: ما جعل ذريعه إلى غرض لا يختص بالمباشره، كالبيع و قبض الثمن و الرهن و الصلح و الحوالة و الضمان و الشركه و الوكاله و العاريه و فى الأخذ بالشفعه و الإبراء و الوديعه و قسم الصدقات و عقد النكاح و فرض الصداق و الخلع و الطلاق و استيفاء القصاص و قبض الديات و فى الجهاد على وجه و فى استيفاء الحدود مطلقا، (٣) محرم الزوجه و غيره، و إن كان يكفى فيه مجرد الإقامه عندهن، لما نبه عليه بقوله: «لأنه يتضمن استمتاعا» أى تلذذا و انتفاعا للزوجه به، و لا يتم بدون الزوج.

قوله: «و الالتقاط و الاحتطاب و الاحتشاش».

بناء على كونه يملك بمجرد الحيازه، فلا يتصور فيه الاستنايه على وجه يفيد ملكيه الموكل. و قد تقدم (١) أن الأقوى جواز التوكيل فيه و ملك الموكل مع نيته الوكيل الملك للموكل.

قوله: «إلا على وجه الشهاده على الشهاده».

الأولى كون الاستثناء منقطعاً، لأن الشهاده على الشهاده ليست بطريق الوكاله، بل هى شهادة بكون فلان شاهداً. نعم، فيها مشابهه للوكاله من حيث الصوره بسبب استناد الجواز إلى قول الشاهد الأصل (٢)، و بسبب هذه الملامحه (٣) يمكن كون الاستثناء متصلاً بجعلها من أفرادها مجازاً.

قوله: «و فى استيفاء الحدود مطلقاً».

أى سواء كانت حدود الآدميين كحد السرقة و القذف أم حدود الله تعالى كحد

ص: ٢٥٧

١- ١) تقدم فى ج ٤: ٣٣٨.

٢- ٢) فى غير «س»: الأصل.

٣- ٣) فى «ه»: الملاحظه. و فى «م»: المشابهه.

و فى إثبات حدود الآدميين، أمّا حدود الله سبحانه فلا، (١) و فى عقد السبق و الرمايه و العتق و الكتابه و التدبير و فى الدعوى و فى إثبات الحجج و الحقوق.

الزنا. و المراد استيفائها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها أو تحصيلها. و لا فرق فى ذلك بين حضور المستحقّ و غيبته. و نبه بقوله: «مطلقاً» على خلاف بعض العامه (١) المانع من التوكيل فى استيفاء حدود الآدميين فى غيبه المستحقّ، لأنه لا يتيقن بقاء الاستحقاق لجواز العفو، و لأنه ربما رقّ قلبه بحضوره فيعفو. و يضعّف بأنّ الأصل البقاء، و الاحتمال لا أثر له مع حضوره و لا ينهض مانعاً، لأنّ الغرض استحقاقه الآن و مطالبته به نيابه (٢).

قوله: «و فى إثبات حدود الآدميين، أمّا حدود الله سبحانه فلا».

هكذا أطلق المصنف و العلامه فى غير التذكرة (٣). و وجه المنع فى حدود الله أنها مبيته على التخفيف، و لأمره صلى الله عليه و آله و سلم (٤) بإدائها بالشبهات، و التوكيل توصل إلى إثباتها. و الأقوى جوازه، لأن جواز الاستنابه فى الأحكام على العموم يدخل الحدود فمع التخصيص أولى، و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و كل أنيسا فى إثبات الحدّ و استيفائه جميعاً، و قال: «فإن اعترفت فارجمها» (٥). و هذا يدلّ على أنه لم يكن قد ثبت. و الأمر بإدائها بالشبهات لا ينافى جواز التوكيل، لأنّ للتوكيل أن يدرأها بالشبهه.

ص: ٢٥٨

١- ١) المهذب. راجع المجموع ١٤: ٩٨.

٢- ٢) فى «و»: بنائبه.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٥٤.

٤- ٤) الفقيه ٤: ٥٣ ح ١٩٠، و الوسائل ١٨: ٣٣٦ ب «٢٤» من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.

٥- ٥) مسند أحمد ٤: ١١٦، سنن البيهقى ٨: ٢٢٦.

و لو وَّكَلَّ عَلَى كُلِّ قَلِيلٍ وَ كَثِيرٍ، قِيلَ: لَا يَصَحُّ، لَمَا يَتَطَرَّقُ مِنْ اِحْتِمَالِ الضَّرَرِ. وَ قِيلَ: يَجُوزُ، وَ يَنْدَفِعُ الْحَالُ بِاعْتِبَارِ الْمَصْلَحَةِ. وَ هُوَ بَعِيدٌ عَنِ مَوْضِعِ الْفَرَضِ. نَعَمْ لَوْ وَكَّلَهُ عَلَى كُلِّ مَا يَمْلِكُهُ صَحَّ، لِأَنَّهُ يَنَاطُ بِالْمَصْلَحَةِ. (١) قَوْلُهُ: «و لَوْ وَكَّلَّ عَلَى كُلِّ قَلِيلٍ -إِلَى قَوْلِهِ- يَنَاطُ بِالْمَصْلَحَةِ».

الْقَوْلَانِ لِلشَّيْخِ (١) (رَحِمَهُ اللَّهُ). وَ الْجَوَازُ مَذْهَبُ الْأَكْثَرِ، لِاتِّفَاقِ الْغُرَرِ، وَ اِنْدِفَاعِ الضَّرَرِ بِمُرَاعَاةِ الْمَصْلَحَةِ فِي فِعْلِ الْوَكِيلِ مُطْلَقًا. وَ الْمَصْنُفُ -رَحِمَهُ اللَّهُ- رَدَّ هَذَا الْقَيْدَ بِأَنَّهُ بَعِيدٌ عَنِ مَوْضِعِ الْفَرَضِ، فَإِنَّ الْفَرَضَ كَوْنَهُ وَ كَيْلًا فِي كُلِّ شَيْءٍ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِتْقُ عِبِيدِهِ وَ تَطْلِيقُ نِسَائِهِ وَ هَبُّ أَمْلَاكِهِ وَ نَحْوُ ذَلِكَ مِمَّا يُوْجِبُ الضَّرَرَ، وَ التَّقْيِيدَ خُرُوجَ عَنِ الْكَلِيَّةِ. وَ جَوَابُهُ: أَنَّ الْقَيْدَ مَعْتَبَرٌ وَ إِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِهَذَا الْعُمُومِ، حَتَّى لَوْ خَصَّ بِفَرْدٍ وَاحِدٍ تَقْيِيدًا بِالْمَصْلَحَةِ فَكَيْفَ يُمَثِّلُ هَذَا الْعَامَّ الْمُنْتَشِرَ؟ وَ فَرَّقَ الْمَصْنُفُ بَيْنَ هَذَا الْعَامِّ وَ بَيْنَ مَا لَوْ خَصَّ بِهِ بَوَاجِهُ كَقَوْلِهِ: وَكَلَّتْكَ عَلَى مَا أَمْلَكَ، وَ نَحْوِهِ، لِانْدِفَاعِ مَعْظَمِ الْغُرَرِ نَظْرًا إِلَى أَنَّ رِعَايَةَ الْمَصْلَحَةِ فِي الْأُمُورِ الْمُنْتَشِرَةِ أَمْرٌ خَفِيَ جَدًّا، فَإِذَا خَصَّ بِمَتَعَلِّقِهَا سَهَلَتْ. وَ هُوَ غَيْرٌ وَاضِحٌ، لِأَنَّ رِعَايَةَ الْمَصْلَحَةِ تَضْبِطُ الْأَمْرَيْنِ، وَ اِنْتِشَارُ الْأُمُورِ لَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنَّ مَرْجِعَ الْمَصْلَحَةِ إِلَى نَظَرِ الْوَكِيلِ، فَمَا عَلِمَ فِيهِ الْمَصْلَحَةَ يَفْعَلُهُ وَ مَا اشْتَبَهَ يَمْتَنَعُ فَعَلُهُ، وَ لِأَنَّهُ لَوْ فَصَّلَ ذَلِكَ الْعَامَّ الْمُنْتَشِرَ فَقَالَ: وَكَلَّتْكَ فِي عِتْقِ عَبْدِي وَ تَطْلِيقِ زَوْجَاتِي وَ بَيْعِ أَمْلَاكِي، صَحَّ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مُنْضَبَطٌ بِرِعَايَةِ الْمَصْلَحَةِ عَلَى مَا اعْتَرَفُوا بِهِ، وَ ذَلِكَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ.

وَ الْأَقْوَى الْجَوَازُ مُطْلَقًا.

ص: ٢٥٩

الثالث فى الموكّل يعتبر فى البلوغ و كمال العقل، و أن يكون جائز التصرف فيما و كلّ فيه، ممّا تصحّ فيه النيابة. فلا تصحّ و كاله الصبى، ممّيزا كان أو لم يكن.

و لو بلغ عشاّرا جاز أن يوكلّ فيما له التصرف فيه، (١) كالوصيّ و الصدقه و الطلاق، على روايه. و كذا يجوز أن يتوكّل فيه.

و كذا لا تصحّ و كاله المجنون. و لو عرض ذلك بعد التوكيل، أبطل الوكاله.

و للمكاتب أن يوكلّ، لأنّه يملك التصرف فى الاكتساب.

و ليس للعبد القنّ أن يوكلّ إلاّ بإذن مولاه. (٢) قوله: «و لو بلغ عشاّرا جاز أن يوكلّ فيما له التصرف فيه».

بناء على جواز تصرفه فى هذه الأشياء مباشرة فجازت الاستنابه. و الأقوى المنع منهما (١).

قوله: «و ليس للعبد القنّ أن يوكلّ إلاّ بإذن مولاه».

القنّ إن قلنا إنه يملك فلا يجوز توكيله فيما يملكه إلاّ بإذن مولاه، لثبوت الحجر عليه، و إن أحلنا ملكه فتوكيله إنما يكون فى حقّ مولاه، فإن لم يكن مأذونا لم

ص: ٢٦٠

و لو وَّكَّله إنسان فى شراء نفسه من مولاه صحَّ. (١) و ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن من الموكل. (٢) يصحَّ توكيه مطلقاً، إذ ليس له التصرف مباشرة، فلا- يجوز وكالته. نعم، يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرة بدون إذنه كالطلاق. و إن كان مأذوناً جاز له التوكيل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه خاصه. و سيأتى.

قوله: «و لو وَّكَّله إنسان فى شراء نفسه من مولاه صحَّ».

المراد أنه وَّكَّله بإذن مولاه، لما سيأتى (١) من توقّف وكالته على إذنه. و خصّ هذه الصوره لدفع احتمال البطلان هنا من حيث إن الشراء يستدعى مغايره المشتري للمبيع، و يندفع بأن المغايره الاعتباريه كافيه. و يمكن أن يكون مبنيًا على جواز توكيه بغير إذن مولاه إذا لم يمنع منه شيئاً من حقوقه كما سيأتى (٢) تحقيقه، و الأمر هنا كذلك، إذ لا منع من حقوق المولى حيث إنه بحضرته و كلامه معه.

قوله: «و ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن من الموكل. إلخ».

لأن الوكيل لا يملك المباشرة لنفسه و لا ولايه له، و إنما هو نائب فيقتصر على ما دلّ عليه اللفظ، فإن أذن له فى التوكيل صريحا فلا إشكال. و كذا لو دلّ اللفظ بإطلاقه أو عمومه على ذلك ك«اصنع ما شئت أو مفوضاً» و نحوه. و لو لم يأذن له صريحا و لا ضمنا و لكن دلّت القرينه على الإذن- كما لو وَّكَّله فيما لا يباشره مثله لترفعه عنه، أو عجزه عنه أو عن بعضه لا تساعه، كالزراع فى أماكن متعدده لا- يقوم جميعها إلا بمساعد- فالأجود جوازه، لكن يجب تقييده بعلم الموكل بترفعه و عجزه، فلو لم يعلم بهما لم يجز له التوكيل، لانتفاء القرينه من جانب الموكل التى هى مناط الإذن.

و يقتصر فى التوكيل فى الأ-خير على ما يعجز عنه، لأنّ توكيه خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع الحاجه. و حيث أذن له فى التوكيل فإن صرح بكونه و كيلا عن الوكيل لحقه أحكام الموكل، و إن صرح بكونه و كيلا عن الموكل أو أطلق كان و كيلا آخر عنه.

ص: ٢٤١

١- ١) لاحظ ص: ٢٤٧.

٢- ٢) لاحظ ص: ٢٤٨.

و لو كان المملوك مأذونا له في تجارته، جاز أن يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه، لأنه كالمأذون فيه. ولا يجوز أن يوكل في غير ذلك، لأنه يتوقف على صريح الإذن من مولاه، و له أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه، من غير إذن مولاه، مما تصح فيه النيابة كالطلاق.

و للمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه، من طلاق و خلع و ما شابهه.

و لا يوكل المحرم في عقد النكاح، و لا ابتياع الصيد. (١) و سيأتي (١) تفصيله.

قوله: «و لا يوكل المحرم في عقد النكاح و لا إيداع الصيد».

هذا الحكم صالح لدخوله في باب الموكل و الوكيل، فإنه كما لا يجوز للمحرم أن يوكل في العقد كذا لا يصح له التوكل فيه. و المحرم عليهما من ذلك إيقاع العقد في حال الإحرام و التوكيل فيه كذلك. أما لو حصلت الوكالة في حالته ليوقع في حال الإحلال فظاهر العبارة منعه أيضا، و الأولى الجواز.

و هل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام و النص (٢)، أم هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب و الجد و شبههما التوكيل حال الإحرام في إيقاع عقد الموالي عليه، و كذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل؟ كل محتمل، و طريق الاحتياط واضح.

و في حكم التوكيل في إيداع الصيد التوكيل في شرائه و بيعه، لا امتناع إثبات المحرم يده على الصيد. و في حكم المحرم المعتكف في عقد البيع حيث لا يجوز له ذلك. و في بعض النسخ: ابتياع الصيد بدل إيداعه. و هو أجود.

ص: ٢٦٢

١-١) في ص: ٢٨٨-٢٩٠.

٢-٢) راجع الوسائل ٩: ٨٩ ب «١٤» من أبواب تروك الإحرام.

و للأب و الجدّ أن يوَكِّلا عن الولد الصغير.

و تصحّ الوكّال في الطّلاق للغائب إجماعاً، و للحاضر على الأظهر. (١) و لو قال الموكّل: اصنع ما شئت، كان دالاً على الإذن في التوكيل، لأنّه تسليط على ما يتعلّق به المشيئة. (٢) قوله: «و تصحّ الوكّال في الطّلاق عن الغائب إجماعاً، و للحاضر على الأظهر».

هذا هو المشهور، بل ادّعى عليه ابن إدريس الإجماع (١)، و لأنّ الطّلاق قابل للنيايه و إلا لما صحّ توكيل الغائب، و لعموم صحيحه سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام: «في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل يطلّقها أ يجوز ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم» (٢) من غير استفصال، و هو يفيد العموم. و منع منه الشيخ (٣) و جماعه (٤) جمعا بين ما تقدّم و بين إطلاق روايه زراره عنه عليه السلام: «لا تجوز الوكّال في الطّلاق» (٥) بحملها على الحاضر. و هي مع ضعفها قاصره عن الدلالة.

قوله: «و لو قال الموكّل: اصنع ما شئت كان دالاً على الإذن في التوكيل، لأنّه تسليط على ما يتعلّق به المشيئة».

تقرير الاستدلال على جواز توكيل الوكيل بذلك: أن «ما» من صيغ العموم و قد أذن له في أن يفعل كلّ ما شاء، فإذا شاء أن يوكل فقد دخل في عموم الإذن. و هو

ص: ٢٤٣

١-١) السرائر ٩٥:٢.

٢-٢) الكافي ١٢٩:٦ ح ١ و ٢، الاستبصار ٢٧٨:٣ ح ٩٨٦ و ٩٨٧، التهذيب ٣٨:٨-٣٩ ح ١١٥ و ١١٦، الوسائل ٣٣٣:١٥ ب «٣٩» من أبواب مقدمات الطّلاق و شرائطه ح ١.

٣-٣) النهايه: ٣١٩.

٤-٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٧، و ابن البراج في المهذب ٢:٢٧٧.

٥-٥) الكافي ١٣٠:٦ ح ٦، التهذيب ٣٩:٨ ح ١٢٠، الاستبصار ٢٧٩:٣ ح ٩٩١، الوسائل ٣٣٤:١٥ ب «٣٩» من أبواب مقدمات الطّلاق و شرائطه ح ٥.

و يستحب أن يكون الوكيل تامّ البصيره فيما وكل فيه، عارفاً باللغه التي يحاور بها. (١) و ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولّى الحكومه عنهم. (٢) و يكره لذوى المروّات أن يتولّوا المنازعه بنفوسهم. (٣) جيّد في موضعه. و خالف في ذلك العلامه في التذكره (١) محتجّاً بأنه إنما يستلزم التعميم فيما يفعله بنفسه، فلا يتناول التوكيل. و جوابه يعلم من التقرير، فإن العموم تناول فعله بنفسه و بنائيه حيث يشاء النيابة، و في الحقيقه مدلول العام كمدلول الخاصّ في الحجّيه و إن اختلفا في القوّه و الضعف، فهذا إذن له في التوكيل من حيث العموم فيدخل فيما تقدم (٢) إلا أنه أعاده للتنبيه على أنه موضع شبهه كما ذكره العلامه.

قوله: «و يستحب أن يكون الوكيل تامّ البصيره فيما وكل فيه عارفاً باللغه التي يحاور بها».

أى يكون له بصيره تامه و معرفه باللغه التي تتعلّق بعين ما وكل فيه ليكون ملتباً بتحقيق مراد الموكل. و قال ابن البرّاج: إن ذلك واجب (٣). و هو ظاهر أبى الصلاح (٤). و هو ضعيف.

قوله: «و ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولّى الحكومه عنهم».

و كذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الذي يمنعون منه، و كذا غير السفهاء ممن للحاكم عليه ولايه كالصبيان و المجانين. و كذا الحكم في الوصىّ إلا أن ينصّ له الموصى على عدم التوكيل.

قوله: «و يكره لذوى المروّات أن يتولّوا المنازعه بنفوسهم».

المراد بهم أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان. و روى

ص: ٢٦٤

١- ١) التذكره ١١٦: ٢.

٢- ٢) لاحظ ص: ٢٦١.

٣- ٣) نقله عنه العلامه في المختلف: ٤٣٦.

٤- ٤) الكافي في الفقه: ٣٣٧.

أن عليًا عليه السلام وكن عقيلا في خصومه و قال: «إن للخصومه قحما و إن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها (١)». قال في الصحاح: «القحمة-بالضم- المهلكة، و للخصومه قحمة أى أنها تقحم بصاحبها على ما لا يريد» (٢).

ص: ٢٤٥

١-١) المغنى لابن قدامه ٥:٢٠٥، المجموع ١٤:٩٨، النهاية لابن الأثير ٤:١٩.

٢-٢) الصحاح ٥:٢٠٦ مادة «قحمة».

الرابع فى الوكيل الوكيل يعتبر فيه البلوغ، وكمال العقل، و لو كان فاسقا أو كافرا أو مرتدًا.

و لو ارتدّ المسلم لم تبطل (١) وكالته، لأن الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداء، وكذلك استدامه.

و كلّ ما له أن يليه بنفسه، و تصحّ النيابة فيه، صحّ أن يكون فيه وكيلا. (٢) فتصحّ وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس. و لا تصحّ نيابه المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله، كابتياح الصيد و إمساكه و عقد النكاح.

قوله: «و لو ارتدّ المسلم لم تبطل. إلخ».

المراد عدم بطلانها من حيث الارتداد كما يدلّ عليه تعليقه، و ذلك لا ينافى بطلانها من جهه أخرى، ككونه وكيلا على مسلم، فإنه بحكم الكافر فى هذه الجبهه على الظاهر. و لا- فرق بين المرتدّ عن فطره و غيره كما يقتضيه إطلاقهم. و أراد بذلك دفع توهم بطلان وكالته، لحكمهم ببطلان تصرّفاته. و وجه خروج الوكالة أن تصرّفه الممنوع ما كان لنفسه، و كالته لغيره ليست منه.

قوله: «و كلّ ما له أن يليه بنفسه و تصحّ النيابة فيه صحّ أن يكون فيه وكيلا».

هذا ضابط ما يجوز الوكالة فيه بمعنى أن يكون وكيلا. و احترز بقوله: «و تصحّ

و يجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها. و هل تصح في طلاق نفسها؟ قيل: لا، و فيه تردد. (١) و تصح وكالتها في عقد النكاح، لأن عبارتها فيه معتبره عندنا. (٢) و تجوز وكاله العبد إذا أذن مولاه. (٣) النيابة فيه «عما يصح أن يليه بنفسه من العبادات و ما وافقها من الأحكام التي لا تصح النيابة فيها مع أن للإنسان أن يليها بنفسه. و دخل فيه المحجور عليه لسفه و فلس، فإنهما يليان لأنفسهما بعض الأفعال فتصح وكالتهما فيها بل في غيرها أيضا. و خرج توكل المحرم في حفظ الصيد و شرائه، إذ ليس له أن يليه لنفسه كما مر (١).

قوله: «و يجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها-إلى قوله- و فيه تردد».

أما وكالتها في طلاق غيرها-سواء كانت زوجه لزوجها أم لأجنبي-فلا إشكال فيه، لأن الطلاق يقبل النيابة في الجملة. و أما طلاق نفسها فممنوع منه الشيخ (٢) و ابن إدريس (٣) لا-لاشترائط المغايره بين الوكيل و المطلقه. و هو ضعيف، لأنه يكفي فيه المغايره الاعتباريه.

قوله: «و تصح وكالتها في عقد النكاح، لأن عبارتها فيه معتبره عندنا».

نبه بذلك على خلاف الشافعي (٤)، فإنه منع من توكلها فيه إيجابا و قبولا كالمحرم. و ليس بشيء.

قوله: «و تجوز وكاله العبد إذا أذن مولاه».

لأن عبارته معتبره، و المانع كون منافعه مملوكه لمولاه فمع إذنه يزول المانع.

و مقتضى إطلاق توقف توكله على إذن المولى-في كلام المصنف و غيره-عدم الفرق

ص: ٢٤٧

١-١ (١) لاحظ ص: ٢٤٢ و ج ٢: ٢٤٧.

٢-٢ (٢) المبسوط ٢: ٣٦٥ و ٥: ٢٩.

٣-٣ (٣) السرائر ٢: ٨٧.

٤-٤ (٤) الأم ٥: ١٩، و مختصر المزنى: ١٦٦.

بين أن يمنع ما وكل فيه شيئاً من حقوق سيّده المطلوبه منه و عدمه، كما لو وكله في إيجاب عقد أو قبوله في حال خلّوه من أمر السيّد بشيء أو في حال اشتغاله بأمره أو مقدّماته حيث لا منافاه. و يدلّ على حكم الإطلاق كون منافعه بأجمعها ملكاً للسيّد، فلا فرق بين قليلها وكثيرها.

و ذهب العلامة في التذكرة إلى جواز توكيله بغير إذنه إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه (١)، و هو متّجه لشهادته الحال و انتفاء الضرر.

و أورد عليه: أن المنافى إن كان هو أن منافعه بجميعها ملك المولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون إذنه، و لا يعتدّ بها في نظر الشرع بدونها. و إن كان المانع هو منافاه التوكيل لانتفاع المولى و جب أن لا يفرّق بين قليل المنافع و كثيرها، فيجوز أن يستغزله و يستنسجه حيث لا يمنع انتفاع المولى، كأن يغزل و هو يتردّد في حوائج المولى، و ذلك باطل.

و جوابه: أنّنا نختار الأول، و القليل غير المنافى خارج من العموم مستند إلى قرائن الأحوال، بل ربما استند بعضها إلى الضرورة، كالاستغلال بحائط الغير و الاستناد إليه و الاستضاءه بمصباحه حيث لا يتّجه عليه ضرر، و قد تقرّر في الأصول أن الإذن في ذلك و أشباهه مستند إلى العقل. و أيضاً فإن ذلك يستلزم تحريم محادثه عبد الغير و محاورته بما يستلزم تكلمه، فإن ذلك من جملة منافعه التي منع من استيفائها، و هو ظاهر البطلان. و الفرق بين ما حكم بجوازه و بين ما أورده من الاستغزال و نحوه شواهد الأحوال و القرائن التي تلحق الأمور المشتبهه بالمعلوم.

فإن قيل: تكليمه خرج بإطباق الناس عليه، و جريان العاده المطّرده به، كالشرب من ساقية الغير بغير إذنه.

قلنا: المستند واحد، و هو القرائن المقترنه بعدم المفسده، مع أن إيقاعه لصيغه العقد إيجاباً أو قبولاً - أو هما من جملة الكلام، فتخصيص بعضه دون بعض تحكّم.

ص: ٢٤٨

و يجوز أن يوكله مولاة في إعتاق نفسه.(١) ولا تشترط عدالة الولي، ولا الوكيل في عقد النكاح.(٢) ولا يتوكل الذمي على المسلم(٣) للذمي ولا للمسلم، على القول المشهور. وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم؟ فيه تردد. والوجه الجواز على كراهيته. ويجوز أن يتوكل الذمي على الذمي.

ولا يخفى أن توكيله أيضا مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد، كإبطائه عن غرض مطلوب منه ونحوه، وإلا حرم أيضا. قوله: «و يجوز أن يوكله مولاة في إعتاق نفسه».

الكلام في توليه إعتاق نفسه كالكلام في توكيله في شراء نفسه من مولاة، فإنه يحتمل المنع من حيث إن المعتق مغاير للمعتق. والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة الاعتبارية. قوله: «ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح».

الجارّ متعلق بالفعل، وهو متناول للولي والوكيل، أي لا يشترط عدالة الولي وهو الأب والجد له في النكاح، فلهما أن يزوجا الولد وإن كانا فاسقين، ولهما أن يوكلتا غيرهما فيه. وكذا الوكيل في عقد النكاح لا يشترط أن يكون عدلا، بل يصح توكيل الفاسق فيه إيجابا وقبولا، لقبوله النيابة، وأصله عدم اشتراط العدالة، إذ لا يتضمن ذلك استئمانا على أمر خفي كالمال، خلافا لبعض الشافعية (١) حيث اشترط العدالة فيهما. أما اشتراط عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين أصحابنا. وفي التذكرة قطع بأن الفاسق لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه (٢). واستشكل في القواعد في باب الوصايا (٣).

قوله: «ولا يتوكل الذمي على المسلم إلخ».

مدار الوكاله بالنسبه إلى إسلام الوكيل و الموكل و الموكل عليه و كفرهم و التفريق

ص: ٢٤٩

١-١) راجع المهذب (المجموع) ١٠٣: ١٤، و حليه العلماء ١١٦: ٥.

٢-٢) التذكرة ٥١١: ٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣٥٣: ١.

و يقتصر الوكيل (١) من التصرف على ما أذن له فيه، و ما تشهد العاده بالإذن فيه. فلو أمره ببيع السلعه بدينار نسيئه، فباعها بدينارين نقدا صحّ. و كذا لو باعها بدينار نقدا، إلا- أن يكون هناك غرض صحيح يتعلّق بالتأجيل. أما لو أمره ببيعه حالا، فباع مؤجلا لم يصحّ، و لو كان بأكثر مما عين، لأن الأغراض تتعلّق بالتعجيل.

ثمانيه، فإن الموكل إما مسلم، أو كافر. و على التقديرين: فالوكيل إما مسلم، أو كافر. و على التقادير الأربعة: فالموكل عليه إما مسلم، أو كافر. فمنها صورتان لا تصحّ الوكاله فيهما عندنا، و هما ما نسب المصنّف الحكم فيهما إلى المشهور، و فى التذكرة (١) ادعى الإجماع عليهما، و هما و كاله الكافر على المسلم لكافر أو مسلم، لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفّى بالآيه (٢). و باقى الصور تصحّ الوكاله فيها من غير كراهه إلا فى صوره واحده، و هى و كاله المسلم للكافر على المسلم، فإن المشهور فيها الكراهه، بل ادعى فى التذكرة الإجماع عليها (٣). و المصنّف تردّد فيها ثمّ حكم بها. و يظهر من الشيخ فى النهايه (٤) عدم الجواز.

و اعلم أن المصنّف و الجماعه (٥) عبّروا عن الكافر بالذمى، و لا فرق من حيث الحكم، بل إذا ثبت المنع فى الذمى ثبت فى غيره بطريق أولى، و كذا الكراهه. و صور الجواز مشتركه من غير أولويّه، فلذلك عدلنا إلى التعبير بالعامّ. قوله: «و يقتصر الوكيل. إلخ».

أما اقتصاره على ما أذن فيه فلا شبهه فيه. و أما تجاوزه إلى ما تشهد العاده بالإذن فيه فهو جائز مع أطرادها أو دلالة القرائن على ما دلّت عليه، كما لو أذن له فى البيع بقدر نسيئه فباع به نقدا أو بأزيد بطريق أولى، لأنه قد زاده خيرا. و مثل بيع

ص: ٢٧٠

١-١) التذكرة ١١٧: ٢.

٢-٢) النساء: ١٤١.

٣-٣) التذكرة ١١٧: ٢.

٤-٤) النهايه: ٣١٧.

٥-٥) منهم العلامه فى القواعد ١: ٢٥٣، و الشهيد فى اللمعه: ٩٧.

و لو أمره ببيعه في سوق مخصوصه(١)، فباع في غيرها بالثمن الذي عيّن له، أو مع الإطلاق بثمان المثل صحّ، إذ الغرض تحصيل الثمن.

النسيئه نقدا البيع بأزيد مما عيّن له مع المماثله في النقد و النسيئه، و الشراء بأنقص.

و يجب تقييد ذلك كّله بعدم الغرض فيما عيّن، و إلا لم يجز التعدي و إن لم يصرّح بالنهاي، فإن الأغراض تختلف و المصالح لا تنضب. و يمكن كون الغرض في البيع نسيئه أن يخاف على الثمن قبل الأجل، أو يخاف ذهابه في النفقه مع احتياجه إليه بعده، فلا يجوز تعدي أمره إلا مع القطع بعدم الغرض، فإن الغرض هنا ليس نادرا حتى يحمل على الغالب. و مثله الشراء نسيئه بمثل ما أذن فيه نقدا، لإمكان أن يتصرّر ببقاء الثمن معه، أو يخاف تلفه قبل الأجل و عدم حصوله بعده أو صعوبته، فلا يجوز التعدي و إن جهل الحال إلا مع تحقّق عدم الغرض.

و أما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه إرادته إرفاق المشتري إن كان معيناً، فلا يجوز بيعه بأزيد. و لو لم يكن معيناً جاز البيع بالأكثر مع عدم العلم بالغرض و عدم التصريح بالنهاي عن الزائد، لندور الغرض في الفرض المذكور و أغلبيته إرادته الأزيد، مع إمكان أن يريد الإرفاق المطلق، أو عدم الإشطاط في البيع، أو سهوله المعامله، فإنه مندوب إليه شرعا، و عدم زياده الربح عن مقدار معين لغرض شرعيّ، أو غير ذلك، إلا أن هذه الأمور نادره في المطلق فلا يلتفت إليها مع الاشتباه.

قوله: «و لو أمره ببيعه في سوق مخصوصه. إلخ».

الكلام هنا نحو ما سبق، فإن الغالب على ما ذكره المصنف، مع إمكان تعلق الغرض بالسوق بسبب جوده النقد أو كثرته أو حلّه أو صلاح أهله أو مودّه بين الموكل و بينهم. و المصنّف أطلق جواز التعدي، و لا بدّ من تقييده بعدم العلم بالغرض.

و اشترط في التذكرة (١) العلم بعدم الغرض، فلا- يجوز التخطي مع الجهل به، لأن ذلك ليس نادرا. و لو علم انتفاء الغرض صحّ البيع في غيره قطعا، لكن لا يجوز نقل

ص: ٢٧١

أما لو قال: بعه من فلان، (١) فباعه من غيره، لم يصحّ و لو تضاعف الثمن، لأن الأغراض في الغرماء تتفاوت.

و كذا لو أمره أن يشتري (٢) بعين المال، فاشترى في الذمه، أو في الذمه فاشترى بالعين، لأنه تصرف لم يؤذن فيه، و هو ممّا تتفاوت فيه المقاصد.

و إذا ابتاع الوكيل وقع الشراء (٣) عن الموكل، و لا يدخل في ملك الوكيل، لأنه لو دخل في ملكه لزم أن ينعق عليه أبوه و ولده لو اشتراهما، كما ينعق أبو الموكل و ولده.

المبيع إليه فلو نقله كان ضامنا، و إنما الفائدة صحّحه المعامله لا غير.

قوله: «أما لو قال: بعه من فلان. إلخ».

الغرض في تعيين الأشخاص أكثرى فلا- يجوز التخطي مع الإطلاق قطعا، سواء علم الغرض أم جهل الحال أم علم انتفاء الغرض على ما يظهر من إطلاقهم، لندور الفرض، و وقوفا مع الإذن.

قوله: «و كذا لو أمره أن يشتري. إلخ».

أى لا يصحّ التعدي مطلقا كما مرّ، لاختلاف الأغراض في ذلك غالبا، فإنه يجوز أن يتعلّق الغرض بالشراء بالعين بسبب حلّ المال و خلوصه من الشبهه، و تعيين الثمن فيبطل البيع بتلفه قبل القبض، لاحتمال أن لا يريد بدل غيره أو لا يقدر عليه.

و العكس في شراء الذمه، لشبهه في المال أو تحريمه و نحو ذلك. و يتحقّق الأمر بأحدهما بالنصّ عليه يقينا كـ «اشتر بعين هذا المال، أو: اشتر في الذمه». و الأمر بالعين بالتعيين بما يدلّ عليه لغه و إن لم يصرح به كـ «اشتر بهذا المال» فإن «الباء» تقتضى المقابله. و لو أطلق له الأمرين أو أتى بعبارته تشملهما- بأن سلّم إليه ألفا و قال: «اصرفها في الثمن» أو قال: «اشتر كذا بألف» و لم يشر إلى المعين و نحو ذلك- تخيّر. و متى قيل بعدم صحّحه العقد في هذه الصور فالمراد كونه فضوليا يقف على الإجازة.

قوله: «و إذا ابتاع الوكيل وقع الشراء. إلخ».

هذا موضع وفاق، و وجهه مع ذلك: أنّ الوكيل إنّما قبل لغيره فوجب أن ينتقل

و لو و كل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح.

الملك إلى ذلك الغير دونه عملا بالقصد، كما لو اشترى الأب و الوصي للمولى عليه.

و نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (١) حيث حكم بأنه ينتقل أولا- إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، محتجا بأن حقوق العقد تتعلق به، كما لو اشتراه بأكثر من ثمن مثله و لم يذكر الموكل لفظا، فإنه يدخل في ملكه و لا ينتقل إلى الموكل، و لأن الخطاب إنما جرى معه.

و يضعف بمنع تعلق الأحكام به في نفس الأمر، و إنما تعلقت به في المثال ظاهرا لعدم العلم بقصده، و الخطاب إنما وقع معه على سبيل النيابة. و يعارض بشراء الأب و الوصي، فإنه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداء. و يلزمه ما ذكره المصنف - رحمه الله - من لزوم انعقاد أب الوكيل و نحوه ممن ينعق عليه لو اشتراه للموكل، و لم يقل به أحد.

قال العلامة رحمه الله: «أوردت ذلك على بعض الحنفية فأجاب: بأنه في الزمن الأول يقع للوكيل و في الزمن الثاني ينتقل إلى الموكل، فألزمته بأنه لم يرجح الانتقال في الزمن الثاني إلى الموكل دون العتق؟ فلم يجب بشيء» (٢). و الحق أنه لو انتقل إلى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق، لأنه مبني على التغليب باعترافهم. و له نظائر كثيرة.

قوله: «و لو و كل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح».

كما يشترط كون الوكيل قادرا على أن يلي الفعل لنفسه يشترط كون الموكل كذلك، فلا يكفي جواز تصرف أحدهما دون الآخر. و حينئذ فلا يصح توكيل المسلم الذمي في بيع خمر و ابتياعه و إن كان الذمي يملك ذلك لنفسه. و قد تقدم (٣) مثله في توكيل المحرم محلا في شراء صيد و بيعه.

ص: ٢٧٣

١- ١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٦٣.

٢- ٢) التذكرة ١٣٠: ٢- ١٣١.

٣- ٣) لاحظ ص: ٢٦٢.

و كلّ موضع يبطل الشراء للموكل، (١) فإن كان سّماه عند العقد لم يقع عن أحدهما. و إن لم يكن سّماه قضى به على الوكيل فى الظاهر.

قوله: «و كلّ موضع يبطل الشراء للموكل. إلخ».

أما عدم وقوعه عن الوكيل فلائّ العقد تابع للقصد و قد خصّ الشراء بالموكل لفظا و نيه فلا يقع عنه. و أما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفة أمره، فلا يكون ما و كلّ فيه واقعا فيكون فضوليا. و أمّا مع عدم ذكر الموكل فيقع للوكيل، لأن الخطاب معه.

هذا بحسب الظاهر، بمعنى أنّ البائع يأخذ منه الثمن، و يلحقه بالنسبه إليه جميع الأحكام، لعدم تكليفه بالأمر الباطنه.

و أما الوكيل فى نفس الأمر مع عدم إجازة الموكل فيجب عليه التخلّص بحسب الإمكان. و سيأتى تفصيله (١). و لا بدّ من تقييد ذلك أيضا بعدم الشراء بعين مال الموكل، و إلّا بطل العقد مع عدم إجازته و إن لم يذكره، لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعيّنين. هذا بالنسبه إلى نفس الأمر، و أما بحسب الظاهر فإن صدّق البائع على ذلك أو قامت به البيّنه ثبت البطلان ظاهرا و باطنا، و وجب عليه ردّ ما أخذه، و إلّا- ثبت ظاهرا و وجب على الوكيل عوض المدفوع للموكل، لتعدّر تحصيله (٢) شرعا، لا اعترافه بالتفريط بسبب المخالفه، و على البائع الحلف على نفي العلم بالحال إن ادّعى عليه ذلك و إلّا فلا.

و اعلم أنّ المراد بتسميه الوكيل للموكل التصريح بعقد الشراء له مع موافقه القصد على ذلك، إذ لو ذكره لفظ و لم يقصده باطنا وقع البيع له ظاهرا و وقف على إجازته للمخالفة، لكن يكون الشراء فى الباطن للوكيل إن لم يشتر بعين مال الموكل و لم يكن للبائع غرض فى تخصيص الموكل، فيكون الحكم مبّتيا على الظاهر فى الموضوعين.

ص: ٢٧٤

١- ١) فى ص: ٢٧٤.

٢- ٢) فى «س»: تخليصه.

و كذا لو أنكر الموكل الوكالة. لكن (١) إن كان الوكيل مبطلاً- فالملك له، ظاهراً و باطناً، وإن كان محققاً كان الشراء للموكل باطناً.

قوله: «و كذا لو أنكر الموكل الوكالة لكن الخ».

هذه المسألة قد تقدمت في مواضع جزئية كثيراً، و هنا أتى فيها بضابط كلي.

و تفصيل المسألة: أن الوكيل إذا اشترى و لم تثبت و كالتة في ذلك- إما لدعوى المخالفه، أو لإنكار أصل الوكالة- فلا يخلو: إما أن يكون قد اشترى بعين مال الموكل و لو بحسب الدعوى، أو في الذمه. و على الأول: إما أن يكون البائع عالماً بكون الثمن لمالكه، أو تقوم البيّنه بذلك، أو لا- و على التقادير: إما أن يصرح بكون الشراء للموكل، أو ينوى ذلك خاصه. ثمّ إما أن يكون الوكيل صادقاً بحسب الواقع أو كاذباً.

و حكمها: أنه متى كان الشراء بالعين فهو فضولي، سواء ذكر الموكل أم لا، و سواء نوى الشراء للموكل أم لا. فإن لم يجز المالك و قد ذكره صريحاً أو كان له بيّنه أن العين له أو البائع عالماً بذلك، فإن كان الوكيل صادقاً فالعقد صحيح باطناً فاسد ظاهراً. فإن رجع المالك في العين و أخذها من البائع رجع إليه مبيعاً، و إن رجع بالعين على الوكيل لتعدّر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصاً، و توصل إلى ردّ ما فضل منه عن حقه إن كان هناك فضل. و إن تلفت تخير في الرجوع، فإن رجع على البائع رجع على الوكيل، و إن رجع على الوكيل لم يرجع على البائع، لا اعترافه بظلم الموكل في الرجوع. و لو لم يعلم البائع بالحال و لم يحصل الوصفان الآخرا لم يجب عليه الدفع، بل يحلف على نفى العلم إن ادعى عليه ثمّ يغرم الوكيل و يأخذ العين قصاصاً كما مرّ.

و إن كان الوكيل كاذباً بحسب الواقع بطل الشراء بالعين مطلقاً، و أتى فيه التفصيل، لكن إن كانت العين قد تلفت عند البائع و جب على الوكيل ردّ المبيع إليه، و إن كانت باقيه عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل أو قيمه ثمّ يصالح البائع على العين إن أمكن.

و طريق التخلّص أن يقول الموكل: إن كان لى فقد بعته من الوكيل، فيصحّ البيع و لا- يكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط و يتقاصان. (١) و لو امتنع الموكل من البيع (٢) جاز أن يستوفى عوض ما أذاه إلى البائع عن موكله من هذه السلعه، و يردّ ما يفضل عليه أو يرجع بما يفضل له.

و إن كان الشراء فى الذمه و ذكر الموكل وقع له باطنا إن كان محققاً و بطل ظاهراً فأخذه قصاصاً. و إن لم يذكره لفظاً و لا نيه فالشراء للوكيل ظاهراً و باطناً. و إن كان مبطلاً و ذكر الموكل بطل البيع مطلقاً. و إن نواه خاصه فالسلعه للبائع باطناً، فيشترىها منه بالثمن إن كان باقياً، و إلا دفعها إليه و لا شىء عليه. و إن لم ينوه وقع الشراء للوكيل.

قوله: «و طريق التخلّص أن يقول الموكل - إلى قوله - و يتقاصان».

إنما لم يكن ذلك شرطاً مع كونه بصيغته لأن الشرط المبطل ما أوجب توقّف العقد على أمر يمكن حصوله و عدمه، و هذا أمر واقع يعلم الموكل حاله، فلا يضّرّ جعله شرطاً. و كذا القول فى كلّ شرط علم وجوده، كقول البائع يوم الجمعه مع علمه به:

«إن كان اليوم الجمعه فقد بعتك كذا» و مثله قول منكر التزويج أو الوكاله عقيب دعوى الزوجه: «إن كانت زوجتى فهى طالق». و لو أوقع البيع أو الطلاق من غير تعليق على الشرط صحّ أيضاً و لم يكن إقراراً بالتوكيل وفاقاً للتذكره (١).

قوله: «و إن امتنع الموكل من البيع. إلخ».

و يكون ذلك على سبيل المقاصه، و من ثمّ توقّف على امتناع الموكل. و المراد بالرجوع بما يفضل الرجوع بالزائد عن قيمه المبيع لو كانت أقلّ من الثمن المدفوع، و الرجوع أيضاً على وجه المقاصه على تقدير ظفره بمال للموكل و أمكنه وضع يده عليه. و لا يجوز له التصرّف فى المبيع قبل أحد الأمرين، لخروج الملك عنه على كلّ تقدير، لأنه إن كان صادقاً فى دعوى الوكاله فهو للموكل، و إن كان كاذباً فهو للبائع.

ص: ٢٧٦

و لو وکل اثنين، فإن شرط الاجتماع (١) لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف. وكذا لو أطلق. ولو مات أحدهما بطلت الوكالة. وليس للحاكم أن يضم إليه أمينا. أما لو شرط الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأى صاحبه.

و لو رفع أمره إلى الحاكم أمر من أخبره الوكيل أنه له (١) بيعه منه برفق، وليس له إجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا. و لو باعه الحاكم بالقيمة بعد الامتناع صحّ و إن لم يعلم الحال، لأن الوكيل إن كان صادقا فالموكل ممتنع من إيفاء الحق، فللحاكم البيع عليه، و إن كان كاذبا فالملك له، فتلغو الصيغه.

قوله: «و لو وکل اثنين فإن شرط الاجتماع. إلخ».

لأن توكيله إياهما على هذا الوجه يؤذن بعدم رضاه برأى أحدهما و تصرفه منفردا. و إذا كان الإطلاق مؤديا لمعنى الاجتماع فشرطه على الخصوص لمجرد التأكيد. و المراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما و أمرهما معا، لا- إيقاع كل منهما الصيغه و إن كان ذلك جائزا أيضا. فلو وکل أحدهما فى إيقاع الصيغه أو وکلا ثالثا صحّ إن اقتضت و كالتها جواز التوكيل، و إلا تعين عليهما إيقاع الصيغه مباشرة، فيوقعها كل واحد مره. و يمكن أن يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل و لو يكون أحدهما يوکل الآخر، لدلاله القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغه مرتين غالبا. و هذا بخلاف الوصيين على الاجتماع، فإن توكيل أحدهما للآخر و توكيلهما لثالث جائز. و الفرق بين الوصيّ و الوكيل أن الوصيّ يتصرف بالولاية كالأب، بخلاف الوكيل، فإنه يتصرف بالإذن فيتبع مدلوله.

و تبه بقوله: «و ليس للحاكم أن يضم إليه» على الفرق أيضا بين الوصيّ و الوكيل حيث إن موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضمّ، و الفرق أنه لا- ولاية للحاكم هنا على الموكل، بخلاف الوصيّ، لأن النظر فى حقّ الميّت و اليتيم إليه، و إذا تعدّر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبه إلى التصرف بمنزله عدم الوصيّ، إذ لم يرض

ص: ٢٧٧

و لو و كمل زوجته، أو عبد غيره، ثم طلق الزوجه و أعتق العبد، لم تبطل الوكالة. (١) أما لو أذن لعبده في التصرف (٢) بماله، ثم أعتقه، بطل الإذن، لأنه ليس على حدّ الوكالة، بل هو إذن تابع للملك.

برأيه منفردا فيشاركه الحاكم بنصب شريك.

قوله: «و لو و كمل زوجته أو عبده ثم طلق الزوجه و أعتق العبد لم تبطل الوكالة» [١].

إذا لا مدخل للعبودية و الزوجية في صحه الوكالة. نعم، لو باعه توقّف فعله على إذن المشتري كما لو و كمل عبد غيره ابتداء حتى لو ردّ الوكالة بطلت. قال في التذكرة: «و لو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه و إن ترك واجبا». (١)

قوله: «أما لو أذن لعبده في التصرف. إلخ».

قد عرفت في أول الوكالة أن صيغتها لا تنحصر في لفظ، بل تصحّ بكلّ ما دلّ على الإذن في التصرف. و حينئذ فيشكل الفرق بين توكيل العبد و الإذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعته و تبطل الإذن، إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجيه الداله على أنّ مراده من الإذن ما دام في رقه و مراده من الوكالة كونه مأذونا مطلقا.

و حينئذ فلا- فرق بين كون الإذن بصيغه الوكالة و غيرها، مع احتمال الفرق، فيزول مع الإذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها، حملا لكلّ معنى على لفظه. و يضعف بما مرّ، فإن الوكالة ليست أمرا مغايرا للإذن، بل يتأدى بكلّ ما دلّ عليه، فلا فرق بين الصيغتين.

و احتمال في القواعد (٢) بطلانها مع البيع دون العتق، لانتقاله إلى التأهيل للوكالة على وجه أقوى من الحاله الأولى، بخلاف البيع، لانتقال منافعه لشخص

ص: ٢٧٨

١- ٢) في التذكرة ١٣٤: ٢.

٢- ٣) قواعد الأحكام ٢٥٣: ١.

و إذا و كَلَّ إنسانا فى الحكومه (١) لم يكن إذنا فى قبض الحق، إذ قد يوكل من لا يستأمن على المال. و كذا لو و كَلَّ فى قبض المال، فأنكر الغريم، لم يكن ذلك إذنا فى محاكمته، لأنه قد لا يرتضى للخصومه.

فرع

لو قال: و كَلَّتك فى قبض حَقِّي من فلان فمات، لم يكن له مطالبه الورثه [

فرع لو قال: و كَلَّتك فى قبض حَقِّي من فلان فمات، (٢) لم يكن له مطالبه الورثه. أما لو قال: و كَلَّتك فى قبض حَقِّي الذى على فلان، كان له ذلك. آخر فيمتنع بقاؤها من دون إذنه.

و يضعف بأنه لا يقصر عن توكيل عبد الغير، فإنها لا تبطل بيعه و إن كان للثانى فسخها، فكذا هنا. نعم، لو صرح المالك بالإذن التابعه للملك أو الوكاله التى لا تتوقف على بقائه فلا ريب فى اتباعه، و تحقق الفرق بين الإذن و الوكاله، و وجب الحكم بزوال الإذن بالعتق و البيع معا، و بقاء الوكاله فى الأول مطلقا و فى الثانى موقوفا على إجازة المشتري.

قوله: «و إذا و كَلَّ إنسانا فى الحكومه. إلخ».

لما كان إطلاق الإذن مقتضيا لفعل ما دلّ عليه من غير أن يتجاوز إلا مع دلالة خارجيه على التجاوز كما مرّ كان إطلاق الإذن فى كلّ من الخصومه و الاستيفاء غير متناول للآخر، إذ لا يدلّ الإذن فى أحدهما على الآخر بإحدى الدلالات، أما المطابقه و التضمّن فظاهر، و أما الالتزام فلما ذكره المصنف من التعليل، فإنه لا يلزم من الإذن فى الخصومه الإذن فى القبض، لجواز أن يكون المأذون عارفا بأحكام الخصومه و دقائقها و ليس بأمين على المال، كما هو واقع فى كثير، و لا بالعكس، لجواز كونه أمينا و ليس بعارف فى أحكام المنازعات، كما هو الأغلب فى كثير من الصالحين الذين يستأمنون على المال و لا يصلحون للحكومه.

قوله: «لو قال و كَلَّتك فى قبض حَقِّي من فلان فمات. إلخ».

الفرق بين الصيغتين أن «من» متعلقه بفعل الأمر و هو «اقبض»، و مبدؤها

و لو وکله فی بیع فاسد لم یملک الصحیح.(۱) و کذا لو وکله فی ابتیاع معیب.(۲) المدیون، ففیها تعین لمبدأ القبض و منشئه و هو فلان المدیون، فلا یتعدی الأمر إلى وارثه، لأن قبضه من الوارث لیس قبضا من المدیون. نعم، له القبض من وکیل المدیون لأن یده یده و هو نائب عنه، بخلاف الوارث، فإن الملك لم ینتقل إلیه بحق النیابه، و من ثم یحث لو حلف علی فعل شیء بفعل موکله له لا- بفعل وارثه. و أمّا «الذی علی فلان» فإن جملة الموصول و الصله فی صفه للحقّ و لیس فی تعین للمقبوض منه بوجه، بل الإذن تعلق بقبض الحقّ الموصوف بکونه فی ذمه زید، فالوکیل یتبع الحقّ حیث ما انتقل.

فإن قیل: وصف الحقّ بکونه علی فلان یشعر بحصر القبض فیہ، لأن الصفه إذا زالت بموته لم یکن الحقّ المتعلق بالوارث موصوفا بکونه فی ذمه فلان، فلا یكون هو الموکّل فیہ.

قلنا: الوصف إنما یفید الاحتراز به عن دین آخر له فی ذمه شخص آخر، و لا إشعار له بتخصیص القبض. و بتقدير أن لا یكون له دین آخر علی غیره فالصفه هنا لمجرد التوضیح، فیکون كما لو قال: بع عبدی النائم أو الآکل، و ما شاکلهما من الأوصاف، فإن له بیعه و إن انتبه و ترک الأکل.

قوله: «و لو وکله فی بیع فاسد لم یملک الصحیح».

كما لو قال له: اشتر لی کذا إلى إدراک الغلائت، أو مقدم الحاج، أو بعه کذلك، و ما شاکله. و لا فرق فی ذلك بین أن یكونا عالمین بالفساد و جاهلین و بالتفریق. و إنما لم یملک الصحیح لعدم التوکیل فیہ فیقع فضولیا. و ردّ بذلك علی أبی حنیفه (۱) حیث زعم أنه یقتضیه. و كما لا- یملک الصحیح لا یملک الفاسد، لأن الله تعالی لم یأذن فیہ، و الموکّل لم یملکه فالوکیل أولى. فلو اشترى به و سلّم الثمن أو باع کذلك و سلّم المبیع ضمن.

قوله: «و کذا لو وکله فی ابتیاع معیب».

أی لا یملک به ابتیاع الصحیح و قوفا مع الإذن، لكن هنا له أن یشترى

ص: ۲۸۰

(۱- ۱) راجع المغنی لابن قدامه ۲۵۲: ۵.

و إذا كان لإنسان (١) على غيره دين، فوكله أن يبتاع له به متاعاً جاز، و يبرأ بالتسليم إلى البائع.

المعيب، لأنه أمر مشروع و الأغراض تتعلق به كما تتعلق بالصحيح. ثم إن عين المعيب لم يجز التخطي إلى غيره، سواء ساواه أم قصر أم زاد عليه، و إن أطلق صحَّ شراء ما يطلق عليه اسم المعيب.

قوله: «و إذا كان لإنسان. إلخ».

إنما توقفت البراءة على التسليم إلى البائع لأن الدين لا يتعين إلا بتعيين مالكة أو من يقوم مقامه، و مالكة لم يعينه إلا على تقدير جعله ثمناً، لأن الباء تقتضى المقابلة، و لا يصير ثمناً مع كونه فى الذمه بحيث يتحقق البراءة منه إلا بقبض البائع له. و بتقدير إفرازه قبل الشراء و صحته لا - تتحقق البراءة منه إلا - بقبض المالك له أو من يقوم مقامه و ليس هنا إلا قبض البائع، إلا أن هذا القسم خارج عن موضع الفرض، لما تقرّر من أن مقتضى الشراء بالدين جعله عوضاً و لا دلاله فى اللفظ على إفرازه، فيقتصر على موضع اليقين. و لا مانع من جعله على هذا الوجه ثمناً للمبيع فى الجملة.

ص: ٢٨١

الخامس في ما به تثبت الوكالة و لا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل، و لا بموافقه الغريم، ما لم يقيم بذلك بينه، و هي شاهدان. و لا تثبت بشهادة النساء، و لا بشاهد واحد و امرأتين، (١) و لا بشاهد و يمين، على قول مشهور. و لو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ، و الآخر في تاريخ آخر، قبلت شهادتهما نظرا إلى العادة في الإشهاد، إذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر. و كذا لو شهد قوله: «و لا بشاهد و امرأتين. إلخ».

هذا هو المذهب و لا- نعلم فيه مخالفا، و لأن متعلق الشاهد و اليمين و الشاهد و المرأتين الحقوق المائيه، و الغرض من الوكالة الولايه على التصرف، و المال قد يترتب عليها لكنّه غير مقصود بالذات من ماهيتها. و يشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى على الجهتين، كما لو ادعى شخص على آخر و كاله بجعل و أقام شاهدا و امرأتين أو شاهدا و حلف معه. و الظاهر حينئذ أنه يثبت المال لا- الوكالة، و لا- يقدر في ذلك تبعض الشهاده. و مثله ما لو أقام ذلك بالسرقة، فإنه يثبت المال لا القطع. و لأن المقصود بالذات هنا المال لا الولايه. نعم، لو كان ذلك قبل العمل أتجه عدم الثبوت، لأن إنكار الولايه أبطؤها و المال لم يثبت بعد. و يمكن أن يكون نسبه المصنف القول إلى الشهره المشعر بتوقفه فيه لأجل ذلك، فيكون التوقف في عموم الحكم لا في أصله.

قوله: «و لو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ- إلى قوله- شهدا في

أحدهما أنه وكله بالعجميه، والآخر بالعربيه، لأن ذلك يكون إشاره إلى المعنى الواحد. ولو اختلفا في لفظ العقد، بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال: وكلتك، ويشهد الآخر أنه قال: استنتبتك، لم تقبل، لأنها شهاده على عقدين، إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للأخرى. وفيه تردد، إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين. (١) أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل و اقتصرنا على إيراد المعنى جاز، وإن اختلفت عبارتهما. وإذا علم الحاكم بالوكاله حكم فيها بعلمه.

وقتين».

المشهور في عبارات الأصحاب وغيرهم أن الشاهدين بالوكاله إذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم يثبت الوكاله بذلك، لأن كل صيغه واقعه في وقت منهما لم يقيم بها شاهدان، وإحداهما غير الأخرى. أما لو شهدا بإقراره بها في وقتين قبلت.

والمصنف - رحمه الله - لم يفرّق في إطلاق كلامه بينهما، بل ظاهره في الأول أنّ شهادتهما بنفس الوكاله في تاريخين. ولكن تعليقه بعسر جمع الشهود في الوقت الواحد قد يستفاد منه أنّ المتأخّر وقع على جهه الإقرار، لأنّ الصيغه إذا وقعت مرّه بقي ما بعدها إقرارا بها. وعلى هذا فيكفى شهاده أحدهما بالإنشاء والآخر بالإقرار في وقتين، كما يقبل لو شهدا معا بالإقرار في الوقتين. ويبقى قوله «ولو اختلفا في لفظ العقد» صريحا في إنشاء الوكاله. ومع ذلك اختلف العبارة يقتضى تعدّد الإنشاء كما لو تعدّد الوقت وإن اتّفتت العبارة.

و مرجع تردّده في ذلك و تعليقه الجواز بقوله: «إذ مرجعه إلى أنّهما شهدا في وقتين» يدلّ على أن اختلف الوقت في العقد نفسه لا يضرّ، لأنه فرض المسأله في اختلافهما في نفس العقد، وإنما يضرّ لو تكاذبا في لفظه بأن شهد أحدهما أنّ العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ «وكلتك» وشهد الآخر أنه بعينه كان بلفظ «استنتبتك»، وهنا لا إشكال في عدم الثبوت. والذي يظهر من العبارة أن ما عدا صورته التناقض المحض يثبت به وإن اختلف الوقت مطلقا. وهو مشكل، لعدم ثبوت كلّ واحد من الصيغتين، وإنما الشك فيما لو شهدا بالإقرار في الوقت

ص: ٢٨٣

المختلف، إلا أن المشهور حينئذ قبوله.

و الفرق بين الإقرار و الإنشاء أن الإقرار إخبار، و هو يستدعى أمرا خارجا مطابقا له، و لا يلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج، لإمكان أن يخبر عن الشيء الواحد بأخبار متعدده في أزمته متعدده بألفاظ مختلفه، فيكون الأمر الخارج عن نسبه الخبر مسكوتا عنه من جهه التعدد و الاتحاد، فيكون ذلك كإطلاق الشهاده من غير تعيين زمان أو مكان، فيثبت أصل التوكيل، لا اتفاقهما عليه و أصاله عدم التعدد في العقد الواحد، بخلاف ما لو كان الاختلاف في نفس عقد الوكاله، فإنه إنشاء لا خارج له يقصد مطابقتة، بل الوكاله حاصله منه في الحال، فتعدّد زمانه و مكانه و اختلاف صيغته يوجب اختلافه، و لم يتطابق على أحدهما شاهدان، فلا تثبت.

فإن قيل: تعدد الخبر كما لا- يستلزم تعدد المخبر عنه كذا لا- يستلزم اتحاده، بل هو أعمّ منهما، فلا يدلّ على أحدهما و هو الخاصّ، و الحال أنهما لم يتعرّضا للإنشاء بنفى و لا إثبات، فلا شاهد عليه، و الإقرار متعدّد، و كلّ واحد من أفراده غير ثابت.

قلنا: لما ثبت أن الإقرار يستدعى نسبه إلى أمر خارج، و كان الإقراران مستلزمين لحصول التوكيل في الجملة، فقد حصل المقتضى للثبوت، و يبقى احتمال التعدد في المخبر عنه و اتحاده، و ذلك غير قادح في الشهاده، كما لو أطلقا الشهاده على الإنشاء فإن المانع من ذلك إنما هو التعدد و هو غير معلوم، فيجب التمسك بالمقتضى إلى أن يثبت خلافه، مع اعتضاده بأصاله عدم التعدد.

هذا غاية ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادّعوه، و مع ذلك لا- يخلو من نظر فكيف بما أطلقه المصنف؟! و يمكن أن يريد المصنّف باختلاف الوكاله في المسألتين الإقرار، من حيث إن الوكاله لما كانت تثبت بأيّ صيغه دلّت عليها فقوله: «وكلت فلانا، أو استنبته على كذا» يمكن جعله إقرارا و إنشاء، إلا مع تصريحه بأحدهما بأن يقول: «إنه قد وكله قبل هذا الوقت» فيكون إقرارا، أو: «لم يوكله فيما مضى» فيكون إنشاء، و الكلام فيما لو أطلق.

لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم، فإن أنكر الغريم]

تفريع لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم، فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه. وإن صدّقه، فإن كانت عينا لم يؤمر بالتسليم. ولو دفع إليه كان للمالك استعادتها. فإن تلفت كان له إلزام أيهما شاء، مع إنكاره الوكالة. ولا يرجع أحدهما على الآخر.

و كذا لو كان الحقّ ديناً. وفيه تردّد. (١) لكن في هذا لو دفع لم يكن للمالك مطالبه الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعيّن إلا بقبضه أو قبض وكيله، وهو ينفى كلّ واحد من القسمين.

و للغريم أن يعود على الوكيل إن كانت العين باقية، أو تلفت بتفريط منه. ولا درك عليه لو تلفت بغير تفريط.

و كلّ موضع يلزم الغريم التسليم لو أقرّ به يلزمه اليمين إذا أنكر.

و اعلم أن العلامة - رحمه الله - نقل في التذكرة (١) عن بعض العامّة عدم الثبوت بذلك مطلقاً، لقيام الاحتمال. ولا يخلو من وجه، لكن الظاهر عدم الخلاف عندنا و عند معظم العامّة (٢) في الثبوت مع تعدّد الإقرار.

قوله: «لو ادعى الوكالة عن غائب - إلى قوله - وفيه تردّد».

إذا ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله، فإن أقام بيّنه وجب تسليمه مطلقاً، وإن لم يكن بيّنه فإن أنكر الغريم وكيلاً فالقول قوله بغير يمين، لأن اليمين إنما يتوجّه إذا كان المنكر بحيث لو أقرّ نفذ إقراره، وليس هنا كذلك. وفي بعض هذه المقدمات نظر يأتي.

و إن صدّق الغريم مدعى الوكالة، فإن كان الحقّ عينا لم يؤمر بالتسليم إليه قطعاً، لأن إقراره متعاقب بحقّ المالك فلا تسمع. نعم، يجوز له حينئذ تسليمه، إذ

ص: ٢٨٥

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه و كذا الشرح الكبير ٥: ٢٦٥ و ٥: ٢٦٦.

لا- منازع غيرهما الآن، و يبقى المالك على حجته. فإذا حضر و صدق الوكيل برئ الدافع، و إن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإن كانت العين موجوده أخذها، و له مطالبه من شاء منهما بردها، لترتب أيديهما على ماله، و للدافع مطالبه الوكيل بإحضارها لو طولب به دون العكس. و إن تعذر ردها لثلف أو غيره تخير في الرجوع على من شاء منهما، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقا، لاعترافه ببراءته بدفعها إليه، و إن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل إن تلفت في يده بغير تفريط، لأنه بتصديقه له أمين عنده، و إلا رجع عليه.

و إن كان الحق دينا ففى وجوب التسليم إليه مع تصديقه وجهان: أحدهما مساواته للعين، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل، و لا يثبت بإقرار الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه [١]، و لأن التسليم لا يؤمر به إلا إذا كان مبرئا للذمه، و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكة حتى يشهد عليه، و ليس هنا كذلك، لأن الغائب يبقى على حجته، و له مطالبه الغريم بالحق لو أنكر الوكاله.

و الثانى وجوب الدفع هنا، لأن هذا التصديق إنما اقتضى وجوب التسليم من مال نفسه و إنكار الغائب لا يؤثر فى ذلك. فلا مانع من نفوذه لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١). و توقف وجوب التسليم على كونه مبرئا مطلقا ممنوع، و البراءه بزعمه هنا حاصله. و الاحتجاج بجواز الامتناع للإشهاد إنما يقتضيه على المدفوع إليه و هو ممكن بالنسبه إلى مدعى الوكاله، فوجوب الدفع هنا أوجه.

ص: ٢٨٤

ثمّ إذا حضر المالك و أنكر، طالب الغريم لا- الوكيل و إن كانت العين باقيه، لأنّه لم يقبض ماله، إذ لا يتعيّن الدّين إلاّ بتعيين مستحقّه أو من يقوم مقامه، وقد انتفى ذلك هنا. نعم، للغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط لا بدونها، لبراءه القابض من عهدتها بزعم الغريم، لمصادفته على كونه و كيلا فيكون أمينا.

و قد ظهر من ذلك: أنّ الغريم إذا أنكر و كاله المدعى لها و كان الحقّ دينا يتوجّه عليه اليمين على نفى العلم مع ادّعائه عليه، لأنّه لو أقرّ لزمه التسليم، بخلاف ما لو كان عينا، عملا بمقتضى القاعده المشهوره: أنّ كلّ من لو أقرّ بشيء يلزمه لو أنكره يتوجّه عليه اليمين.

السادس فى اللواحق و فيه مسائل:

الأولى: الوكيل أمين

الأولى: الوكيل أمين، لا يضمن ما تلف فى يده، إلا مع التفريط أو التعدى.

الثانيه: إذا أذن لو كيله أن يوكل

الثانيه: إذا أذن لو كيله أن يوكل (١)، فإن وَّكَّلَ عن موكله كانا وكيلين له. و تبطل وكالتهما بموته. و لا تبطل بموت أحدهما، و لا بعزل أحدهما صاحبه. و إن وَّكَّلَ عن نفسه كان له عزله. فإن مات الموكل بطلت وكالتهما. و كذا إن مات وكيل الأول.

قوله: «إذا أذن لو كيله أن يوكل. إلخ».

إذا أذن له أن يوكل فلا- يخلو: إما أن يأذن له فى التوكيل عن نفسه أو عن الموكل أو يطلق، فالأقسام ثلاثه. و قد يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالتيه، كاتساع متعلق الوكاله، و ترفعه عن المباشره، أو المقاتليه ك«أنت وكيل مفوض».

ففى القسم الأوّل لا- إشكال فى كون الوكيل الثانى يكون نائبا عن الأوّل، فتبطل وكالته بعزل كلّ من الوكيل و الموكل له، و بموته، و بانعزال الأوّل، لأنّه فرعه و نائبه.

و فى القسم الثانى يكون الثانى وكيلا- عن الموكل كالأوّل، فليس لأحدهما عزل الآخر، و لا- ينعزل بموته و نحوه من أسباب العزل، و إنّما ينعزل بعزل الموكل و خروجه

عن أهليته الوكاله.

و في الثالث أوجه:

أحدها: أنه وكيل عن الوكيل، لأن الغرض من ذلك تسهيل الأمر عليه.

و ثانيها: أنه يكون وكيلاً للموكل، لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل فيقع عن الموكل، ولأن ذلك هو المتبادر حيث إن الحق بالأصالة للموكل، فالنيابة عنه (١). و بهذا الوجه قطع في القواعد (٢) و التحرير (٣) و توقف في التذكرة (٤)، لأنه نقل الوجهين عن الشافعيه و لم يرجح شيئا.

و ثالثها: أنه يتخير بين أن يوكل عن نفسه و عن موكله. و هو ظاهر عبارته الكتاب، لأنه فرض الإذن مطلقاً ثم قال: «فإن وكل عن نفسه. و إن وكل عن موكله». و وجه التخيير: صلاحية الإطلاق لهما، لصدق الوكيل المأذون فيه على التقديرين.

و هذا الوجه قريب إن كان قولاً، فإن العبارة -على تقدير انحصار الأمر في الوجهين الأولين- يمكن حملها على ما يوافقهما، بأن يجعل قوله: «فإن وكل عن موكله» بأن كان مضمون توكيل الموكل له ذلك، و كذا القسم الآخر، إلا أنه لا ضروره إلى ذلك، فإن المسألة محتمله، و الوجه ليس أبعد منهما.

و في القسم الرابع -و هو ما كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية- يحتمل الأوجه الثلاثة. و توقف في التذكرة. (٥) و قطع في التحرير (٦) بأن الثاني يكون

ص: ٢٨٩

١-١) كذا في «ن» و «م» و هو الصحيح. و في «س»: للموكل و للوكيل بالنيابة عنه و في سائر النسخ الموكل بالنيابة عنه.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢٥٣:١.

٣-٣) تحريم الأحكام ٢٣٤:١.

٤-٤) التذكرة ١١٦:٢.

٥-٥) التذكرة ١١٦:٢.

٦-٦) تحرير الأحكام ٢٣٤:١.

الثالثة: يجب على الوكيل تسليم ما فى يده (١) إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر

الثالثة: يجب على الوكيل تسليم ما فى يده (١) إلى الموكل مع المطالبه و عدم العذر. فإن امتنع من غير عذر ضمن. و إن كان هناك عذر لم يضمن. و لو زال العذر و أخر التسليم ضمن. و لو ادعى بعد ذلك (٢) أن تلف المال قبل الامتناع، أو ادعى الرد قبل المطالبه، قيل: لا تقبل دعواه و لو أقام بينه. و الوجه أنها تقبل.

و كيلا للوكيل. و هو متجه.

و فى القسم الخامس - و هو القرينه المقاليه - يكون كما لو أطلق.

قوله: «يجب على الوكيل تسليم ما فى يده. إلخ».

ما يبيد الوكيل من المال الذى و كله فى بيعه، و ثمنه على تقدير البيع، و المبيع الذى اشتراه للموكل و غيرها أمانه فى يده بإذن المالك، فلا يجب عليه إيصاله قبل طلبه، و إنما يجب مع الطلب و إمكان الدفع. و ليس المراد به القدره العقليّه بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادره و إن كان على خلاف العاده، بل يرجع ذلك إلى المعروف شرعا ثم إلى العرف العام، و يعذر بما عدّ عذرا فيهما و إن كان مقدورا، كما فى الصلاه عند الطلب فى أثنائها و إن كانت نفلا، و التشاغل بها عند ضيق الوقت - و إن كان الطلب قبل الشروع فيها - عذر شرعى، و الفراغ من الحمام و أكل الطعام و نحو ذلك من الأعذار العرفيه، صرح به فى التذكرة (١). و العجب أنه فى الوديعه منها (٢) حكم بأنه لا يعذر فى ردّها مع الطلب إلاّ بتعدّر الوصول إلى الوديعه، و إكمال صلاه الفرض دون النفل و غيره من الأعذار العرفيه، مع أن الأمر فى الوديعه أسهل على الودعيّ، لأنها مبتيه على الإحسان المحض الذى يناسبه التسهيل، بخلاف الوكاله، إذ قد يدخلها أغراض للوكيل، كالجعل و غيره، فلا أقلّ من المساواه.

قوله: «و لو ادعى بعد ذلك. إلخ».

إذا امتنع من ردّ المال على الموكل فقد يكون امتناعه مجرّد تقصير و مطل، و قد

ص: ٢٩٠

١- (١) التذكرة ١٣٨: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٢٠٦: ٢.

يكون للجحود. و على تقدير الجحود: فقد يكون جحوده بقوله: «لا- حق لك عندى»، أو: «لا- يلزمنى دفع شىء إليك» و ما فى معناه، أو: «ما قبضت منك شيئا».

و فى الأولين لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو رد المال قبل المطالبة فسماع دعواه و قبول بينته ظاهر، لأنه لم يكذبها بامتناعه الأول، بل هو مؤكّد لدعواه، فإنه إذا ردّ فله الامتناع من الإجابة بعده، و الجحود بمعنى قوله: لا حق لك، و نحوه. و إن كان صيغه جحوده إنكار عدم تسليمه (١) أصلا فهنا قد كذب بدعواه الثانية الأولى، و كذب بدعواه الأولى بينته على الردّ أو التلف. فهذا وجه القول بعدم سماعها.

و وجه ما اختاره المصنّف من القبول جواز استناد إنكاره إلى سهو و نسيان، و عموم: «البيّنه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٢) و يقوى ذلك إن أظهر لإنكاره هذا التأويل و نحوه. و لو ادعى على الموكل العلم بصحة دعواه فالظاهر أنّ له إحلّافه و إن لم تسمع دعواه.

و اعلم أنّ عبارته المصنّف تقتضى عدم الفرق بين الأقسام الثلاثة، و أنّ الخلاف واقع فيها أجمع من حيث إطلاقه الامتناع. و الإشكال فى الأولين ضعيف. و يفهم من قوله: «فادعى تلف المال قبل الامتناع أو الردّ» أنه لو ادعى ذلك بعد الامتناع أنّ قوله يسمع و بينته تقبل. و هو حسن إذ لا تكذيب حينئذ، بل غايته أن يكون بامتناعه متعدّيا و غاصبا و ذلك لا ينافى سماع دعواه و لا قبول بينته. و أطلق العلامة -رحمه الله- فى غير الإرشاد (٣) عدم سماع دعواه فى الصورتين، و فى الإرشاد (٤) السماع هنا. و على

ص: ٢٩١

(١-١) كذا فى «س» و فى غيرها تسلّمه.

(٢-٢) الوسائل ١٨:٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفية الحكم ح ٣. و فيه: «البيّنه على من ادعى». و راجع أيضا ص ١٧٠ ب «٣» و عوالى اللئالى ١:٢٤٤ ح ١٧٢، و المستدرک ١٧:٣٦٨ ب «٣» من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥.

(٣-٣) تحرير الأحكام ١:٢٣٦.

(٤-٤) إرشاد الأذهان ١:٤٢٠.

الرابعة: كل من في يده مال لغيره، أو في ذمته

الرابعة: كل من في يده مال لغيره، أو في ذمته، فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض. و يستوى في ذلك ما يقبل قوله في ردّه، و بين ما لا يقبل إلا بيّنه، هربا من الجحود المفضى إلى الدرك أو اليمين. و فضل آخرون بين ما يقبل قوله في ردّه و ما لا يقبل، فأوجبوا التسليم في الأول، و أجازوا الامتناع في الثانى إلا مع الإشهاد. و الأول أشبه. (١) هذا الحكم فى الردّ واضح، و أما فى دعوى التلف فتقبل من جهة العين و يلزمه المثل أو القيمة، لأنّه ضامن بجحوده.

قوله: «كل من فى يده-إلى قوله-و الأول أشبه».

وجه التفصيل: أنّ ما يقبل قول الدافع فى ردّه لا يتوجّه عليه ضرر بترك الإشهاد، لأنّ قبول قوله يدفع الغرم عن نفسه، بخلاف ما لا يقبل. و ربما فضل بعضهم هذا القسم بأنّه إن كان بالحقّ بيّنه فله الامتناع حتى يشهد و إلا فلا، لأنّه و إن لم يقبل قوله لو أقرّ لكن يمكنه إنكار أصل الحقّ على وجه يصدق، بأن يقول:

إنّه لا يستحقّ عنده شيئا، فيقبل قوله كالقسم الأول.

و الأقوى ما اختاره المصنّف، لأنّ تكلف اليمين ضرر عظيم و إن كان صادقا، و إذن الشارع فيها و ترتّب الثواب عليها لا يدفع أصل الضرر، خصوصا فى بعض الناس من ذوى المراتب، فإنّ ضرر الغرامه عليهم أسهل من اليمين.

و اعلم: أنّ فى قول المصنّف: «حتى يشهد صاحب الحقّ بالقبض» تجوّزا، لأنّ الغريم إذا كان له الامتناع من الإقباض حتى يشهد كيف يمكن المستحقّ الإشهاد بالقبض و لم يقع؟ فإنّه ليس بصحيح، و كان حقه أن يقول: «حتى يشهد على القبض». و الأحسن فى الجواب أن يجعل «الباء» بمعنى «على» فإنه واقع لغه، و منه قوله تعالى: و منهم من إن تأمنه بقنطار (١) أى على قنطار.

ص: ٢٩٢

(١-١) آل عمران: ٧٥. و الآيه فى المصحف الكريم «و من أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار» .

الخامسة: الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن

الخامسة: الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن.

و لو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن. و فيه تردد. (١)

السادسة: إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه

السادسة: إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه، و لا تبطل وكالته، لعدم التنافي. (٢) و قوله: «كل من في يده. أو في ذمته» يشمل نحو الحقوق الواجبه كالزكاه، فإنها حق في الذمه أو في يده على تقدير عزلها، و ليس له التأخير إلى أن يشهد على دفعها.

قوله: «الوكيل في الإيداع- إلى قوله- و فيه تردد».

الفرق: أن الإيداع مبني على الإخفاء و هو فيها أمر مطلوب، بخلاف قضاء الدين، بل هو على الضد. و لأن الودعي قوله مقبول في الرد و التلف فلا يؤثر الإشهاد في تغريمه، بخلاف المديون. و وجه التردد في الحكم مما ذكرناه، و من عدم دلالة مطلق الأمر على الإشهاد، فيحصل الامتثال بدونه.

و تردد المصنف يمكن كونه في مجموع الحكم في المسألتين، أو في المسألة الثانية، و هي مسألة الدين خاصه، فلا ينافي ما سبق (١) في الوديعه من حكمه بعدم الضمان بترك الإشهاد. و يمكن كونه في كل واحد من المسألتين، فيكون رجوعا عن السابق.

و الظاهر هو الأول. و لا بد من تقييد الحكم بكون الأداء بغير حضره الموكل و إلا انتفى الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إلى الموكل.

قوله: «إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه. و لا تبطل وكالته، لعدم التنافي».

نبه بذلك على خلاف بعض العامه (٢) حيث زعم أنها تبطل بالتعدى، لأنها أمانه، فترتفع بزوالها كالوديعه. و بطلانه ظاهر، لما ذكره المصنف من عدم التنافي بين الضمان و الإذن. و تحريره: أن الوكالة تضمّن شيئين: الأمانه و الإذن في التصرف،

ص: ٢٩٣

١- (١) في ص: ١١٩.

٢- (٢) راجع المغني لابن قدامه و الشرح الكبير ٥: ٢٤٤ و ٢١٤، و المهذب (المجموع) ١٤: ١٥٥.

و لو باع الوكيل ما تعدى فيه،(١) و سلمه إلى المشتري، برئ من ضمانه، لأنه تسليم مأذون فيه، فجرى مجرى قبض المالك.

السابعة: إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز

السابعة: إذا أذن الموكل لوكيله (٢) في بيع ماله من نفسه فباع جاز.

و فيه تردّد. و كذا في النكاح.

فإذا تعدى زالت الأمانة و بقي الإذن بحاله، كما أنّ الرهن لما اشتمل على شيئين أيضا: الأمانة و التوثق، لم يبطل الثاني ببطلان الأول بالتعدى عند الجميع. و بهذا يحصل الفرق بينها و بين الوديعة، فإنّ الوديعة لم تشتمل إلا على الأمانة، فإذا ارتفعت بقيت مضمونه، مع أنّنا نمنع بطلان الوديعة مطلقا.

قوله: «و لو باع ما تعدى فيه. إلخ».

لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم إلى المشتري، لما ذكره المصنف، و لأنّ المشتري قد ملكه، فإذا وصل إليه بإذن المالك زال الضمان. و إنّما الكلام في زواله بمجرد البيع، فإنّه يحتمل ذلك، لخروجه عن ملك الموكل به و دخوله في ملك المشتري و ضمانه، و عدمه، لأنّه ربّما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل. و هذا أقوى. و تردّد في التذكرة (١). و لو قبض ثمنه في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه و إن كان أصله مضمونا، لقبضه بإذن الموكل و لم يتعدّ فيه.

و مثله ما لو تعدى في الثمن ثمّ اشترى به و قبض المبيع. و لو ردّ عليه بعيب ففى عود الضمان وجهان، أجمدهما العدم، لانتقال الملك إلى المشتري بالعقد، و بطلان البيع من حينه لا من أصله. و موضع الإشكال على تقدير جواز ردّه عليه.

قوله: «إذا أذن الموكل لوكيله. إلخ».

القول بالجواز للأكثر، لوجود المقتضى و هو إذن المالك له في البيع المذكور و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه و كيلا و ذلك لا يصلح للمانع. و وجه التردّد ممّا ذكر، و من قول الشيخ [١] و جماعه بالمنع منه للتهمه، و لأنّه يصير موجبا و قابلا عند المانع عنه.

ص: ٢٩٤

ولا- ريب في قوّه جانب الجواز، لمنع التهمه مع الإِذن، و مراعاة المصلحه المعتره في كلّ وكيل، و جواز تولّي الواحد الطرفين عندنا.

و لو أطلق له الإِذن ففي جواز بيعه من نفسه القولان، و أولى بالمنع هنا. و قد ذهب جماعه (١) من مجوّزى الأول إلى المنع مع الإِطلاق لما تقدّم، و لأنّ المفهوم من الاستتابة في البيع البيع على غيره، فلا يتناوله الإِطلاق. و قد ورد مع ذلك روايات [تدلّ] (٢) على المنع من شراء الوكيل من نفسه. منها: روايه هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام: «إذا قال لك الرجل: اشتر لي، فلا تعطه من عندك، و إن كان الذي عندك خيرا منه». (٣) و في حديث آخر عنه عليه السلام نحوه، و تلا- إنا عرّضنا الأمانة على السّمواتِ و الأرضِ الآيه (٤). و يمكن الاحتجاج به على منع البيع أيضا، لعدم الفرق و القائل به.

و ذهب في المختلف (٥) إلى الجواز للأصل، و لجوازه في الأب و الجدّ فكذا في الوكيل، و المغايره الاعتباريّة هي المصحّحه في الجميع.

و قد ظهر بذلك: أنّ الخلاف في هذه المسأله ليس باعتبار تولّي الواحد طرفي العقد، لأنّ جماعه قائلون بجوازه مع منعهم هنا، و لأنّه يمكن المغايره بتوكيله في القبول إن لم يجر في الإيجاب. نعم، يزيد الحكم بالجواز بعدا عند القائل بمنع تولّي

ص: ٢٩٥

١- ١) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ٣٨١، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٩٧.

٢- ٢) من «س» فقط.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٥١ ح ٦، التهذيب ٦: ٧ ح ١٩، الوسائل ١٢: ٢٨٨ ب «٥» من أبواب آداب التجاره ح ١.

٤- ٤) التهذيب ٦: ٣٥٢ ح ٦، الوسائل ١٢: ٢٨٩ ب «٥» من أبواب آداب التجاره ح ٢، و الآيه في سوره الأحزاب: ٧٢.

٥- ٥) المختلف: ٣٤٩ و ٤٣٨.

السابع في التنازع و فيه مسائل:

الأولى: إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر، لأنه الأصل

الأولى: إذا اختلفا في الوكالة (١) فالقول قول المنكر، لأنه الأصل.

الطرفين.

و الخلاف في المسأله في موضعين و ينحلّ إلى ثلاثه:

أحدها: أنّ الوكيل هل يدخل في إطلاق الإذن أم لا؟ الثاني: مع التصريح بالإذن هل له أن يتولاه لنفسه إن وُكِّل في القبول أم لا؟ الثالث: على القول بالجواز مع التوكيل هل يصحّ تولّى الطرفين أم لا؟ و الشيخ [١] على المنع في الثلاثه، و العلامه في المختلف (١) على الجواز في الثلاثه، و في غيره (٢) في الأخيرين، و المصنّف يجوّز الأخير، (٣) و يمنع الأول، و قد تردّد في الوسط.

قوله: «إذا اختلفا في الوكالة. إلخ».

لا- فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل و الوكيل، للأصل، و من ثمّ أطلق المنكر. و توجيه كون منكرها الموكل ظاهر. و أما إنكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان

ص: ٢٩٦

١- ٢) المختلف: ٣٤٩ و ٤٣٨.

٢- ٣) راجع القواعد ١: ٢٥٥، التحرير ١: ٢٤٠، و الإرشاد ١: ٤١٧.

٣- ٤) تقدّم في ج ١: ١٦٥.

و لو اختلفا فى التلف فالقول قول الوكيل، لأنه أمين. و قد يتعدّر إقامه البينه بالتلف غالبا، (١) فاقتنع بقوله، دفعا للترام ما تعدّر غالبا. و لو اختلفا فى التفريط، (٢) فالقول قول منكره، لقوله عليه السلام: «و اليمين على من أنكر».

التوكيل فى شىء مشروطا فى عقد لازم، و شرط إيقاعه فى وقت معين، و حصل الاختلاف بعد انقضائه فى حصول التوكيل، فادّعه الموكل ليخرج عن العهد و يصير العقد لازما و أنكره الوكيل، و نحو ذلك.

قوله: «و لو اختلفا فى التلف-إلى قوله-غالبا».

المراد تلف المال الذى بيده على وجه الأمانة، ليدخل فيه العين الموكّل فى بيعها قبله، و ثمنها حيث يجوز له قبضه بعده، و العين الموكّل فى شرائها كذلك. و وجه القبول-مع مخالفته للأصل-بعد الإجماع ما ذكره المصنف. و لا فرق بين أن يدعى تلفها بسبب ظاهر كالغرق و الحرق و خفى كالسرق عندنا. و فى حكمه الأب و الجد و الحاكم و أمينه و الوصى. و قد تقدّم (١) الخلاف فى قبول قول بعض الأبناء.

قوله: «و لو اختلفا فى التفريط. إلخ».

يمكن أن يريد بالتفريط ما يشمل التعدّى، إمّا لاشتراكهما فى الحكم و استعمال أحدهما فى الآخر كثيرا، و إمّا لأنّ التفريط إذا عدّى ب«فى» ضمّن معنى التقصير و إذا عدّى ب«على» ضمّن معنى التعدّى كما نصّ عليه الجوهري (٢). و من الثانى قوله تعالى إِنَّنَا نَخَافُ أَنْ يَفْرُطَ عَلَيْنَا (٣). و قد ذكره هنا خاليا من حرف التعدّى فيحتمل الأمرين.

ص: ٢٩٧

١-١) فى ص: ١١٧-١١٨.

٢-٢) الصحاح ١١٤٨: ٣ مادة «فرط».

٣-٣) طه: ٤٥.

الثانية: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل

الثانية: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل، فإن كان بجعل، كلف البيّنه، لأنه مدّع. وإن كان بغير جعل، قيل: القول قوله كالوديعة و هو قول مشهور. وقيل: القول قول المالك. وهو الأشبه. (١) أما الوصّي فالقول قوله في الإنفاق، لتعذّر البيّنه فيه، دون تسليم المال إلى الموصى له. وكذا القول في الأب والجّد والحاكم وأمينه مع اليتيم، إذا أنكر القبض عند بلوغه ورشده. (٢) وكذا الشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالّه.

قوله: «إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل - إلى قوله - وهو الأشبه».

وجه عدم قبول قوله مطلقا واضح، لأصالة عدم الردّ، وعموم «البيّنه على المدّعى واليمين على من أنكر» (١) والتفصيل يقطع الاشتراك. والقائل بالتفصيل نظر إلى أنّه مع عدم الجعل أمين، وقد قبض المال لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا، وكلّ ما دلّ على قبول قول الودعيّ يدلّ عليه، كقولهم: إنّه يؤدّي إلى الإعراض عن قبول النيابة في ذلك، وهو ضرر منفيّ.

وفيه: أنّ الأمانة لا تستلزم القبول كمن قبض لمصلحه نفسه مع كونه أمينا، والضرر مندفع بالإشهاد، والتقصير في تركه منه، والإحسان لا - ينافي عدم قبول قوله في الردّ. وكونه من جملة السبيل (٢) المنفيّ عنه يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضا وليس بمندفع. ويمكن الجواب بأن السبيل المنفيّ نكره منفيّه فتعمّ إلا - ما أخرجه الدليل، واليمين ثابت بالإجماع فكان خارجا فيبقى الباقي. والحقّ: أن قبول قول الودعيّ إن كان خارجا بالإجماع فهو الفارق وإلا فلا فرق، وفي الإجماع بعد. وقد تقدّم (٣) الكلام على ذلك.

قوله: «أما الوصّي فالقول قوله في الإنفاق - إلى قوله - ورشده».

ظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض،

ص: ٢٩٨

١ - ١) مرّ ذكر مصادره في ص: ٢٩١ هامش (٢).

٢ - ٢) التوبة: ٩١.

٣ - ٣) في ص: ١١٧ - ١١٨.

الثالثة: إذا ادعى الوكيل التصرف، و أنكر الموكل

الثالثة: إذا ادعى الوكيل التصرف، و أنكر الموكل، مثل أن يقول:

بعت أو قبضت، قيل: القول قول الوكيل، لأنه أقرّ بماله أن يفعله. و لو قيل: القول قول الموكل أمكن. لكن الأول أشبهه. (١) و هو يؤيد تقديم قول الموكل فيه، للاشتراك في العله، بل ربما كان الإحسان هنا أقوى. أمّا الإنفاق فخرج من ذلك -مع أنّ الأصل عدم ما يدّعيه المنفق- لعسر إقامه البينه عليه في كلّ وقت يحتاج إليه فيستلزم العسر و الحرج المنفيتين (١)، بخلاف تسليم المال.

قوله: «إذا ادعى الوكيل التصرف -إلى قوله- أشبهه».

وجه الأشبهه أنّه أمين، و قادر على الإنشاء، و التصرف إليه، و مرجع الاختلاف إلى فعله و هو أعلم به. و وجه تقديم قول الموكل ظاهر، لأصالة عدم الفعل. و قد اختلف كلام العلّامة -رحمه الله- في هذه المسألة، فجزم في الإرشاد (٢) بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف، و قرّبه في القواعد (٣)، و جزم في التذكرة (٤) بتقديم قول الموكل إن كان النزاع بعد عزل الوكيل، و استتقرب كون الحكم قبل العزل مثله، لأصالة عدم التصرف، و أصالة بقاء الملك على مالكه، و توقّف في التحرير (٥).

و الأجود الأول.

و اعلم: أنه لا يحتاج إلى تقييد التصرف في فرض المسألة بكون الثمن قد تلف في يد الوكيل، بأن يقول مثلاً: بعت و قبضت الثمن و تلف في يدي، كما ذكره بعضهم تبعاً لتقييده بذلك في التحرير (٦)، لأنّ الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقاً (٧) مطلقاً، و هو أمر خارج عن هذه المسألة، و إنّما حاصل هذه دعوى الموكل

ص: ٢٩٩

١- ١) سورة البقره: ١٨٥، و سورة الحجّ: ٧٨.

٢- ٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٠.

٣- ٣) قواعد الأحكام ١: ٢٦١.

٤- ٤) التذكرة ٢: ١٣٧.

٥- ٥) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

٦- ٦) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

٧- ٧) في ص: ٢٩٧.

الرابعة: إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى أنه وكيل لإنسان فأنكر

الرابعة: إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى أنه وكيل لإنسان فأنكر، كان القول قوله مع يمينه، و يقضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو فى ذمّه، إلا- أن يكون ذكر أنه يتناع له فى حاله العقد. (١) و لو قال الوكيل: ابتعت لك، (٢) فأنكر الموكل، أو قال: ابتعت لنفسى، فقال الموكل: بل لى، فالقول قول الوكيل، لأنه أبصر بتيته.

الخامسة: إذا زوجه امرأه، فأنكر الوكاله و لا يتنه

الخامسة: إذا زوجه امرأه، فأنكر الوكاله و لا- يتنه، كان القول قول الموكل مع يمينه، و يلزم الوكيل مهرها، و روى نصف مهرها. قيل:

يحكم بطلان العقد فى الظاهر، و يجب على الموكل أن يطلّقها، إن كان يعلم صدق الوكيل، و أن يسوق لها نصف المهر. و هو قوئ. (٣) عدم التصرف بالبيع و نحوه ليرتجع العين و الوكيل يدعى الفعل، سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أم لا.

قوله: «إذا اشترى إنسان سلعه- إلى قوله- حاله العقد».

إذا حلف المنكر اندفع الشراء عنه و حكم به للمشتري ظاهرا و ألزم بالثمن.

و يجب تقييده زياده على ما استثناه المصنّف- رحمه الله- بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلا، أو كون العين التى اشترى بها ملكا للمنكر، أو قيام البينه بذلك، و إلا بطل أيضا، كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعيّنين.

قوله: «و لو قال الوكيل: ابتعت لك. إلخ».

الوجه فى المسألتين: أنّ الاختلاف راجع إلى قصده، و لا- يعرف إلا- من قبله، فيرجع إليه فيه. و هل يلزمه مع ذلك يمين؟ الظاهر ذلك، إما بناء على سماع دعوى التهمه، أو لإمكان اطلاع الموكل على الحال بإقراره قبل ذلك. نعم، لو صرح بكون قصده ذلك من غير وجه محتمل أحتمل عدم سماع الدعوى.

قوله: «إذا زوجه امرأه- إلى قوله- وهذا قوئ».

وجه الأوّل: أنّ المهر يجب بالعقد كاملا، و إنما ينتصف بالطلاق و ليس، و قد

فَوْتَهُ الْوَكِيلَ عَلَيْهَا بِتَقْصِيرِهِ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ فَيُضْمَنُهُ. وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ فِي النِّهَايَةِ (١).

وَالثَّانِي هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَيْضًا فِي الْمَبْسُوطِ (٢).

وَمُسْتَنَدُهُ مَا رَوَاهُ عُمَرُ بْنُ حَنْظَلَةَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ قَالَ لِآخِرٍ:

اخْطَبَ لِي فَلَانَهُ فَمَا فَعَلْتَ مِنْ شَيْءٍ مِمَّا قَالَتْ مِنْ صِدَاقٍ أَوْ ضَمَنْتَ مِنْ شَيْءٍ أَوْ شَرَطْتَ فَذَلِكَ رَضِي لِي، وَهُوَ لَازِمٌ لِي، وَ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيَّ ذَلِكَ، فَذَهَبَ فَخَطَبَ لِي وَبَدَلَ عَنِّي الصَّدَاقَ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا طَلَبُوهُ وَسَأَلُوهُ، فَلَمَّا رَجَعَ إِلَيَّ أَنْكَرْتُ ذَلِكَ كُلَّهُ، قَالَ: «يَغْرَمُ لَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ عَنِّي، وَذَلِكَ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي ضَيَّعَ حَقَّهَا، فَلَمَّا أَنْ لَمْ يَشْهَدْ لَهَا عَلَيْهِ بِذَلِكَ الَّذِي قَالَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَ لَا تَحْلَلَ لِلأَوَّلِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِلَّا أَنْ يَطْلُقَهَا لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشِيرِيحٌ بِإِحْسَانٍ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَإِنَّهُ مَأْتُومٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَكَانَ الْحُكْمُ الظَّاهِرُ حُكْمَ الْإِسْلَامِ قَدْ أَبَاحَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ» (٣). وَ لِأَنَّهُ فَسَخَ قَبْلَ الدَّخُولِ فَيَجِبُ مَعَهُ نِصْفَ الْمَهْرِ كَالطَّلَاقِ. وَ فِي الْآخِرِ مَنَعُ، وَ فِي سُنَدِ الْحَدِيثِ ضَعْفٌ، وَ لَوْ صَحَّ لَمْ يُمْكِنِ الْعُدُولُ عَنَّهُ.

وَ الْقَوْلُ الثَّلَاثُ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ قَوِيٌّ، وَ وَجْهُهُ وَاضِحٌ، فَإِنَّهُ إِذَا أَنْكَرَ الْوَكِيلَ وَ حَلَفَ عَلَيَّ نَفِيهَا انْتَفَى النِّكَاحُ ظَاهِرًا، وَ مِنْ ثَمَّ يَبَاحُ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ وَ قَدْ صَرَّحَ بِهِ فِي الرَّوَايَةِ، فَيَنْتَفَى الْمَهْرُ أَيْضًا، لِأَنَّ ثُبُوتَهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيَّ لَزُومِ الْعَقْدِ، وَ لِأَنَّهُ عَلَيَّ تَقْدِيرُ ثُبُوتِهِ إِنَّمَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ، لِأَنَّهُ عَوَاضُ الْبُضْعِ وَ الْوَكِيلُ لَيْسَ بِزَوْجٍ. نَعَمْ، لَوْ ضَمَّنَ الْوَكِيلَ الْمَهْرَ كُلَّهُ أَوْ نِصْفَهُ لَزِمَهُ حَسَبُ مَا ضَمَّنَ، وَ يُمْكِنُ حَمْلُ الرَّوَايَةِ عَلَيْهِ. وَ أَمَّا وَجُوبُ الطَّلَاقِ عَلَيَّ الزَّوْجِ مَعَ كَذْبِهِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ وَ وَجُوبُ نِصْفِ الْمَهْرِ عَلَيْهِ فَوَاضِحٌ.

وَ اعْلَمْ: أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا جُوزَ لَهَا التَّزْوِيجُ مَعَ حَلْفِهِ إِذَا لَمْ تَصَدَّقِ الْوَكِيلَ عَلَيْهَا وَ إِلَّا

ص: ٣٠١

١- (١) النِّهَايَةُ: ٣١٩.

٢- (٢) الْمَبْسُوطُ: ٣٨٦: ٢.

٣- (٣) الْفَقِيهِ ٣: ٤٩ ح ١٦٩، التَّهْذِيبُ ٦: ٢١٣ ح ٥٠٤، الْوَسَائِلُ ١٣: ٢٨٨ ب «٤» مِنْ أَبْوَابِ أَحْكَامِ الْوَكَالَةِ ح ١، وَ الْآيَةُ فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ: ٢٢٩.

السادسه: إذا وَّكَّله في ابتياع عبد، فاشتره بمائه

السادسه: إذا وَّكَّله في ابتياع عبد، (١) فاشتره بمائه، فقال الموَّكل:

اشتريته بثمانين، فالقول قول الوكيل، لأنه مؤتمن. ولو قيل: القول قول الموَّكل، كان أشبه، لأنه غارم.

السابعه: إذا اشترى لموَّكَّله كان البائع بالخيار

السابعه: إذا اشترى لموَّكَّله كان البائع بالخيار، (٢) إن شاء طالب الوكيل، وإن شاء طالب الموَّكل. والوجه اختصاص المطالبه بالموَّكل مع العلم بالوكالة، واختصاص مطالبه الوكيل مع الجهل بذلك.

لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها باعترافها زوجها، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال. فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه، لانتهاء النكاح ظاهراً. وحينئذ ففي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم على الطلاق، لأن له ولاية الإيجاب على الممتنع، أو بقائها كذلك حتى يطلق أو يموت، أو جه.

قوله: «إذا وَّكَّله في ابتياع عبد. إلخ».

التقدير أن المبيع يساوي مائه كما ذكره في التحرير (١) وإلا لم يكن الشراء صحيحاً، لما تقدّم (٢) من حمل إطلاق الإذن على الشراء بثمن المثل. ووجه تقديم قول الوكيل: أن الاختلاف في فعله، وهو أمين، وأن الظاهر أن الشيء إنما يشتري بقيمته. وهو قوى. ووجه تقديم قول الموَّكل: أصاله براءته من الزائد، ولأن في ذلك إثبات حق للبائع على الموَّكل فلا يسمع. ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين وفي الذمه، لثبوت الغرم على التقديرين.

قوله: «إذا اشترى لموَّكَّله كان البائع بالخيار. إلخ».

أما مع الجهل فلائذ العقد وقع معه، والتمن لازم له ظاهراً، فله مطالبته. وأما مع العلم بكونه وكيلاً فلائذ يكون نائباً عن غيره، فلا حق له عنده، بل عند الموَّكل.

والمراد بالجهل بالوكالة كونه مستمرّاً إلى أن حصل القبض، فلو كان جاهلاً وقت العقد معه بكونه وكيلاً. ثم ثبتت وكالته فالمطالب الموَّكل. ويحتمل بقاء استحقاق

ص: ٣٠٢

١- (١) تحرير الأحكام ٢٣٦: ١.

٢- (٢) في ص: ٢٤٩.

الثامنة: إذا طالب الوكيل، (١) فقال الذى عليه الحق لا تستحق المطالبة، لم يلتفت إلى قوله

الثامنة: إذا طالب الوكيل، (١) فقال الذى عليه الحق لا تستحق المطالبة، لم يلتفت إلى قوله، لأنه مكذب لبينه الوكاله. و لو قال عزلك الموكل، لم يتوجه على الوكيل اليمين، إلا أن يدعى عليه العلم. و كذا لو ادعى أن الموكل أبرأه. المطالبة للوكيل، استصحابا لما كان، و لإمكان عدم رضاه بمطالبه الموكل لو علم ابتداء. و لا يكفي فى ثبوت الوكاله اعتراف الموكل بها، لإمكان توأطئهما على إسقاط حق البائع (١) عن مطالبه الوكيل، لكن هنا له الرجوع على من شاء منهما، صرح به فى التذكرة (٢). و وجه التخيير مطلقا: أن الحق على الموكل و العقد مع الوكيل، و هو ضعيف. و المذهب هو الأول.

و اعلم: أن الحكم بمطالبه الموكل مع العلم و الوكيل مع الجهل لا يتم أيضا على إطلاقه، لأن الثمن لو كان معيناً لم يكن له مطالبه غير من هو فى يده، بل الأولى أن يقال فى المسألة: إن الثمن إمّا أن يكون معيناً، أو مطلقاً. و على التقديرين: فإما أن يسلم إلى الوكيل أو لا. و على التقادير: فإما أن يكون البائع عالماً بوكالته، أو غير عالم.

و حكمها: أنه متى كان الثمن معيناً فالمطالب به من هو فى يده، سواء فى ذلك الوكيل و الموكل. و إن كان فى الذمه و دفعه الموكل إلى الوكيل تخير البائع فى مطالبه أيهما شاء مع علمه بالوكاله، أما الوكيل فلائن الثمن فى يده، و أما الموكل فلائن الشراء له، و ما دفع لم ينحصر فى الثمن بعد. و إن لم يكن دفعه إلى الوكيل فله مطالبه الوكيل مع جهله بكونه و كيلا. و عدم البيئه عليها، و الموكل مع علمه. و هذا القسم الأخير يصلح مسأله الكتاب.

قوله: «إذا طالب الوكيل. إلخ».

وجه التأكيد: أن مقتضى إقامه البيئه استحقاق المطالبة، فنفيه ذلك ردّ

ص: ٣٠٣

(١ - ١) فى ما لدينا من النسخ: المشتري.

(٢ - ٢) التذكرة ١٣١: ٢.

التاسعة: تقبل شهادة الوكيل لموكله، فيما لا ولاية له فيه

التاسعة: تقبل شهادة الوكيل لموكله، فيما لا ولاية له فيه. (١) و لو عزل قبلت (٢) في الجميع، ما لم يكن أقام بها أو شرع في المنازعه.

العاشره: لو وكله بقبض دينه من غريم له

العاشره: لو وكله بقبض دينه من غريم له، فأقرّ الوكيل بالقبض و صدّقه الغريم، و أنكر الموكل، فالقول قول الموكل. و فيه تردّد. (٣) لمقتضاها، فلا يلتفت إليه.

و يشكل: بأنّ نفي الاستحقاق أعمّ من تكذيب البينه، لجواز كون سببه طرؤ العزل أو الإبراء عن الحقّ أو الأداء إلى الموكل أو إلى وكيل آخر، فينبغي أن تسمع دعواه، و من ثمّ استشكل الحكم في القواعد (١).

و يمكن دفع الإشكال: بأنّ نفي الاستحقاق لما كان مشتركاً بين ما تسمع و ما لا تسمع، لأنّه لا يعدّ دعوى شرعيّه حتى تحزّر.

قوله: «تقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه».

لعدم المانع، بخلاف ماله فيه ولاية، لأنّه يثبت لنفسه حقاً. و لو شهد عليه قبل مطلقاً.

قوله: «و لو عزل قبلت. إلخ».

لانتفاء المانع من القبول حينئذ، خلافاً لبعض العامّه حيث ردّها مطلقاً، نظراً إلى أنّ مجرد عقد الوكالة أوجب الخصومه. و بطلانه واضح.

قوله: «لو وكل بقبض دينه - إلى قوله - و فيه تردّد».

منشأ التردّد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدّم قوله فيه، و لأنّه أمين، و من أصله بقاء حقّ الموكل عند الغريم. و الأقوى تقديم قول الوكيل.

ص: ٣٠٤

أما لو أمره ببيع سلعه (١) و تسليمها و قبض ثمنها، فتلف من غير تفريط، فأقرّ الوكيل بالقبض، و صدّقه المشتري و أنكر الموكل، فالقول قول الوكيل، لأنّ الدعوى هنا على الوكيل من حيث إنه سلّم المبيع و لم يتسلّم الثمن، فكأنّه يدّعى ما يوجب الضمان، و هناك الدعوى على الغريم. و فى الفرق نظر.

قوله: «أما لو أمره ببيع سلعه. إلخ».

نبه أولاً على الفرق بين المسألتين - مع اشتراكهما فى موجب تقديم قول الوكيل و الموكل - بأنّ الموكل يدّعى على الوكيل ما يوجب الخيانه، و هو تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فيكون القول قول الموكل (١). و وجه التردّد فى الفرق: اشتراكهما فى كون النزاع فى تصرّف الوكيل، و قد تقدّم (٢) أنّ قوله مقبول فيه، فينبغى أن يقدم قوله فى الصورتين. فإنّ المصنف قد تردّد فى الحكم الأول و جزم فى الثانى، فيكون الاستشكال فى الفرق راجعاً إلى ردّ الأوّل إلى الثانى لا - إلى عكسه و إن أمكن من حيث اشتراكهما فى أصله عدم القبض، لأنّ دعوى الخيانه فى الثانى لا رادّ لها، و هى أمر زائد على ما توجه فى تقديم كلّ منهما.

و هذا كلّه إنّما يتمّ مع كون التسليم متوقفاً على القبض، كما لو و كلّه فى البيع حالاً و لم يصرّح له بالإذن فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن، أمّا مع الإذن أو كون الثمن مؤجلاً فلا فرق فى تقديم قول الموكل بين تسليم المبيع و عدمه، إلّا أنه يشكّل بما قلناه من أنّ مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرّف و التلف، و قوله مقدّم فيهما، و غايته أن يتوجه فى دعوى القبض هنا الخلاف. و قد يندفع الثانى بأنّ التلف الذى تسمع دعواه فيه ما كان بعد تحقّق وصول المال إليه، و هو منتف هنا. و أمّا التصرّف فكما يكون بعد وصول المال إليه كذا يكون قبله، بل قد لا يجامعه كالوكيل فى البيع

ص: ٣٠٥

١- ١) كذا فى النسخ، و الظاهر أنّ الصحيح: الوكيل.

٢- ٢) فى ص: ٢٩٩.

و لو ظهر فى المبيع عيب (١) رده على الوكيل دون الموكل، لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه. و لو قيل برّد المبيع على الموكل كان أشبه.

خاصّه، و قد يكون التصرف هو القبض كما إذا كان و كيلا فيه خاصّه.

و اعلم أنّه متى قدّم قول الوكيل فى القبض فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن؟ الظاهر ذلك لأنّ الحقّ واحد، فإذا قبل قول الوكيل فى قبضه كيف يتوجّه إيجابه على المشتري؟ أو يحتمل عدم براءته بذلك، لأصالة عدم الأداء، و إنّما قبل فى حقّ الوكيل لاستثمانه، و هذا المعنى مفقود فى المشتري، إذ لا- يقبل قوله فى ذلك لو كان النزاع معه ابتداء. و نفى العلامة عن هذا الاحتمال البأس فى التذكرة (١).

قوله: «و لو ظهر فى المبيع عيب. إلخ».

القول الأول للشيخ- رحمه الله- (٢) معللاً- بما ذكر. و موضع الخلاف ما إذا علم كونه و كيلا كما يرشد إليه التعليل. و الأقوى ما اختاره المصنف- رحمه الله- لأنّ الملك له و الوكيل نائب عنه، و البائع فى الحقيقة هو الموكل، و وصول الثمن إليه و عدمه لا مدخل له فى هذا الحكم أصلاً، بل لا يجوز رده على الوكيل، لأنّه ينزل بالبيع إن لم يكن و كيلا فى قبض المبيع على تقدير رده بالبيع. و كيف كان فقول الشيخ ضعيف، و كذا تعليله.

ص: ٣٠٦

١- (١) التذكرة ١٣٨: ٢.

٢- (٢) المبسوط ٤٠٤: ٢.

كتاب الوقوف و الصدقات

اشاره

كتاب الوقوف و الصدقات

ص: ٣٠٧

كتاب الوقف و النظر فى العقد و الشرائط و اللواحق

الأول فى العقد

الأول الوقف عقد ثمرته تحببى الأصل و إطلاق المنفعه. (١) قوله: «الوقف عقد ثمرته تحببى الأصل و إطلاق المنفعه».

عَرَفَ الوقف ببعض خواصه تبعا للحديث الوارد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَلَ الثَّمْرَةَ» (١). و المراد بتحبيس الأصل المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا لملكه، و بتسبيل الثمره إباحتها للجهد الموقوف عليها بحيث يتصرف فيها كيف شاء كغيرها من الأملاك. و عدل المصنّف عنه إلى إطلاق المنفعه لأنه أظهر فى المراد من التسبيل. و مع ذلك فليس تعريفا حقيقيا و إلا لانتقض بالسكنى و قسيمها، لأنها تقتضى الخاصتين، و إرادته تحببى الأصل على الدوام لتخرج تلك الثلاثه خروج عن إطلاق معنى التحببى، فإنه أعمّ من المؤيد، مع أنّ إرادته ما لا يدلّ عليه ظاهر التعريف معيب فيه. و لانتقاضه أيضا بالوقف المنقطع الآخر، فإنه صحيح و ليس بمؤبد، إلا أن يقال: إنّه حينئذ يصير حسبا كما عبّر به بعضهم، و هو ممنوع و إن كان فى معناه.

ص: ٣٠٩

١- (١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ ح ٢٣٩٧، سنن البيهقى ٦: ١٦٢، عوالى اللئالى ٢: ٢٦٠ ح ١٤.

و اللفظ الصريح فيه: «وقفت» لا غير. (١) أما «حرمت و تصدقت» فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينه، (٢) لاحتمالها مع الانفراد غير الوقف. و لو نوى بذلك الوقف من دون القرينه، دّين بتيته. نعم، لو أقر أنه قصد ذلك، حكم عليه بظاهر الإقرار.

و قريب من تعريف المصنف ما عرّفه به الشهيد فى الدروس [١] من أنه الصدقه الجاربه، تبعاً لما ورد فى الحديث عنه صلى الله عليه و آله و سلم: «إذا مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاثه، ولد صالح يدعو له، و علم ينتفع به بعد موته، و صدقه جاربه» (١). قال العلماء: المراد بالصدقه الجاربه الوقف. و هو تعريف ببعض الخواصّ أيضاً، و إلا فإنه صادق على نذر الصّدقه كذلك و الوصيه بها.

قوله: «و اللفظ الصريح فيه: وقفت، لا غير».

لمّا كان الوقف من العقود الناقله للملك على وجه اللزوم إمّا للعين أو المنفعه افتقر إلى لفظ يدلّ عليه صريحا كغيره من التمليكات، ليكون دالاً على القصد القلبى الذى هو العمده فى النقل. و لا خلاف فى أنّ لفظ «وقفت» صريح فيه، لأنّه اللفظ الموضوع له لغه و شرعا. و فى لغه شاذّه: أوقفت، بزياده الهمزه. و الظاهر أنّ الصيغه بها صحيحه و إن كانت غير فصيحه.

قوله: «أما حرمت و تصدقت» فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينه.

إلخ».

كما لا خلاف فى أنّ الصيغه الأولى صريحه لا خلاف فى عدم صراحه هاتين الصيغتين فيه. و مثلهما «أبدت». و إنّما هى كناية عنه تفتقر فى الدلاله عليه إلى قصده أو انضمام لفظ آخر إليها يدلّ عليه منضمّا إليها صريحا كقوله: «صدقه موقوفه، أو محبسه، أو دائمه، أو مؤبده، أو لا تباع و لا توهب» و نحو ذلك. و إنّما لم تكن صريحه

ص: ٣١٠

فيه بدون الضميمة لاشتراكها في الاستعمال بينه وبين غيره كالتمليك المحض وإخراج الزكوات والصدقات المطلقة والهبات ونحوها.

هذا كله بالنظر إلى دلالة ظاهر اللفظ بحيث يحكم عليه به لو سمع منه ظاهراً، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن نوى به الوقف تعين وإلا فلا. والفرق بينه وبين الصريح - مع اشتراكهما في اعتبار القصد إلى اللفظ - أن الصريح يحمل عليه ظاهراً كما قررناه وإن لم يكن قصده في نيته، بخلاف الكناية، فإنه لا يحكم عليه به إلا باعترافه بكونه قد قصده به، وهو معنى كونه يدين بنيته، وهو في لفظ المصنّف بضمّ الدال وتشديد الياء مكسوره بالبناء للمفعول، ومعناه: أنه يوكل إلى دينه إذا ادعى بغير الصريح الوقف أو ضده.

و في قوله: «و لو نوى بذلك الوقف دين بنيته» ثمّ قوله: «نعم، لو أقرّ أنه قصد ذلك حكم عليه. إلخ» حرازه، لأنّ ظاهره أن إدانته بالنيته على تقدير التيه وأنّ إقراره بقصده ليس من الإدانة ومن ثمّ استدركه ب«نعم». والأولى أن يقول - كما أشرنا إليه - أنه يدين بنيته لو ادعى إرادته الوقف أو ضده.

بقي هنا أمور:

الأول: أنه فرّق في التذكرة (1) بين إضافته لفظ الصدقة إلى جهه عامه كقوله:

«تصدّقت بهذا على المساكين» وإضافته إلى جهه خاصه كقوله لمعين: «تصدّقت عليك أو عليكم»، وجعل الأول ملحقا بالصريح ويكون وقفاً، بخلاف الثاني، فإنه يرجع فيه إلى نيته كما أطلقه غيره. والفرق غير واضح.

الثاني: أن ظاهر العبارة وغيرها وصريح القواعد (2) والتذكرة (3) أنّ كلّ واحد من الألفاظ الثلاثة كناية عن الوقف يقع به مع نيته أو انضمام غيره إليه على ما قرّر.

والأمر فيه كذلك، ولكن ذكر الشهيد في الدروس أنّ ظاهر الأصحاب يدلّ على أنّ

ص: ٣١١

١- (١) التذكرة ٢: ٤٢٧.

٢- (٢) قواعد الأحكام ١: ٢٦٦.

٣- (٣) التذكرة ٢: ٤٢٧.

و لو قال: «حَبَسْتُ وَ سَبَلْتُ»، قيل: يصير وقفا (١) و إن تجرّد، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَلُ الثَّمَرِ». و قيل: لا يكون وقفا إلا مع القرينه، إذ ليس ذلك عزمًا مستقرًا، بحيث يفهم مع الإطلاق. و هذا أشبه.

«تصدّقت و حرّمت» صيغه واحده، فلا تغنى الثانيه عن الأولى و تغنى الأولى مع القرينه (١). و ما ادّعاها من الظاهر غير ظاهر.

الثالث: ألحق فيها (٢) بالصریح ما لو قال: «جعلته وقفا أو صدقه مؤيّدته محرّمه» فاكتفى بها بدون دعوى التيه. و هو حسن لصراحتة فيه، إلاّ أن فيه خروجًا عن صيغه الوقف المنقول، و ظاهرهم عدم المسامحة في مثل ذلك، و إن كان الأقوى الاكتفاء بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب صريحًا.

قوله: «و لو قال: حَبَسْتُ وَ سَبَلْتُ قيل يصير وقفا. إلخ».

قد استفيد من ذلك و ما قبله أنّ صيغ الوقف خمس و بما ذكرناه ستّه، واحده لا تتوقّف على الضميمة إجماعًا، و اثنتان تتوقّفان إجماعًا، و اثنتان تتوقّفان على خلاف، و هما «حَبَسْتُ وَ سَبَلْتُ»، فذهب جماعه منهم العلامة في التذكرة (٣) و القواعد (٤) إلى أنّهما صريحان كـ «وقف» - و مثلهما «أحبست» بزيادة الهمزة - بغير إشكال، نظرًا إلى الاستعمال العرفيّ لهما فيه مجرّدين كما ورد في الخبر الذي نقله المصنّف، فإنّه أطلق عليه تحييس الأصل. و فيه: أنّ مجرّد الاستعمال أعمّ من المطلوب، و الظاهر وجود القرينه في هذا الاستعمال، و معها لا إشكال، و قد وقع إطلاق الصدقه عليه في وقف أمير المؤمنين عليه السلام لداره في بنى زريق (٥)، و حمل على الوقف لانضمام القرائن

ص: ٣١٢

١-١) الدروس: ٢٢٨.

٢-٢) الدروس: ٢٢٨.

٣-٣) التذكرة ٤٢٧: ٢.

٤-٤) قواعد الأحكام ٢٦٦: ١.

٥-٥) الفقيه ١٨٣: ٤ ح ٦٤٢، التهذيب ١٣١: ٩ ح ٥٦٠، الاستبصار ٩٨: ٤ ح ٣٨٠، الوسائل ٣٠٤: ١٣ ب «٦» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٤.

اللفظية بعده، فكذا هنا.

و الأقوى ما اختاره المصنّف من افتقارهما إلى القرينه اللفظية أو التيه، و هو اختيار العلامه أيضا في غيرهما (١)، لاشتراكهما في الاستعمال بينه و بين غيره، و الموضوع للمشترك لا يدلّ على شيء من الخصوصيات، و لأصالة بقاء الملك إلى أن يحصل الناقل الشرعيّ، و هو غير معلوم.

و اعلم: أنّ ظاهر كلامه حيث اعتبر الإيجاب و لم يتعرّض للقبول أنّه غير معتبر في الوقف مطلقا، و هو ظاهر الأكثر و أحد الأقوال في المسألة. و وجهه: أصالة عدم اشتراطه، إذ ليس في النصوص ما يدلّ عليه، و لأنه كالإباحه خصوصا إذا قلنا إنّ الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى، و لأنه فكّ ملك فيكفي فيه الإيجاب كالتعق، و استحقاق الموقوف عليه المنفعه كاستحقاق المعتق منافع نفسه.

و القول الثاني: اعتباره مطلقا، لإطباقهم على أنّه عقد فيعتبر فيه الإيجاب و القبول كسائر العقود، و لأنّ إدخال شيء في ملك الغير بدون رضاه بعيد، و لأصالة بقاء الملك على مالكة بدونه.

و فصّل ثالث فاعتبره إن كان الوقف على جهه خاصه كشخص معيّن أو جماعه معيّنين، لما ذكر، و لإمكان القبول حينئذ، و إن كان على جهه عامه كالفقراء و المسجد لم يعتبر، لأنه حينئذ فكّ ملك، و لأنّ الملك ينتقل فيه إلى الله تعالى، بخلاف الأول، فإنه ينتقل إلى الموقوف عليه. و قد يظهر من المصنّف فيما يأتي (٢) اختياره. و لعله أقوى.

و حيث يعتبر القبول مطلقا أو على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من العقود اللازمه، من اللفظ الصحيح العربي المطابق للإيجاب المتعقّب له بغير فصل يعتدّ به، إلى غير ذلك من الشروط. و يتولاه في المصالح العامه على القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم و منصوبه، كما يتولّى غيره من المصالح. و على القولين لا يعتبر

ص: ٣١٣

١- (١) التحرير ٢٨٤:١، الإرشاد ٤٥١:١.

٢- (٢) لاحظ ص: ٣٧٢.

و لا يلزم إلا بالإقباض (١). و إذا تمَّ كان لازماً لا يجوز الرجوع فيه، (٢) إذا وقع في زمان الصحه.

قبول البطن الثاني لو (١) كان متعدداً، و لا رضاه، لتمايمه الوقف قبله فلا ينقطع، و لأنَّ قبوله لا يتصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمة.

قوله: «و لا يلزم إلا بالإقباض».

لا- خلاف بين أصحابنا في أنَّ القبض شرط لصحه الوقف، فلا- ينعقد بدونَه كما لا- ينعقد بالإيجاب مجرداً عن القبول أو بالعكس، فيكون القبض جزء السبب الناقل للملك. و عبارَه المصنف بنفى اللزوم قد لا يفيد ذلك، و لكنه فيما سيأتي (٢) سيصرِّح بما ذكرناه، حيث يقول في القسم الرابع: «و القبض شرط في صحته».

و تظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد و القبض على تقدير حصوله، فإنَّه للواقف على ما حقَّقناه، و على ظاهر كونه شرطاً في اللزوم لا- ينافي أن يكون للموقوف عليه، لتحقق الوقف و إن لم يلزم، فإنَّ اللزوم غير معتبر في ملك النماء حيث يتحقق العقد الناقل و إن كان جائزاً عند المصنّف و غيره من المحققين، كما يتبّه عليه البيع بخيار و نحوه. و لعلّه حاول بنفى لزومه بدون القبض الرّد على بعض العامه [١] حيث جعله لازماً بمجرد الصيغه و إن لم يقبض، فأتى بعبارَه تردّد عليه بالصريح و لم يعتبر دلالة مفهومها ثمَّ صرِّح بمراده بعد ذلك.

قوله: «و إذا تمَّ كان لازماً لا يجوز الرجوع فيه».

لا خلاف في لزوم الوقف حيث يتمّ عند علمائنا أجمع، و إنما تبّه بذلك على

ص: ٣١٤

١- ١) في إحدى الحجريتين: و لو كان متعدداً.

٢- ٢) في ص: ٣٥٨.

أما لو وقف في مرض الموت، فإن أجاز الورثه، وإلا اعتبر من الثلث كالهبة و المحاباه في البيع. وقيل: يمضى من أصل التركة، و الأول أشبهه. (١) و لو وقف و وهب و أعتق و باع و حابى، و لم يجز الورثه، فإن خرج ذلك من الثلث صحّ. و إن عجز، بدئ بالأول فالأول، حتى يستوفى قدر الثلث، ثم يبطل ما زاد. و هكذا لو أوصى بوصايا. و لو جهل المتقدم، (٢) قيل: يقسّم على الجميع بالحصص، و لو اعتبر ذلك بالقرعه كان حسنا.

خلاف أبى حنيفه (١) حيث زعم أنه لا يلزم بمجرّده، و للواقف الرجوع فيه و لورثته بعده إلا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم.

قوله: «وقيل يمضى من أصل التركة و الأول أشبهه».

هذا هو الأشهر (٢). و قد تقدّم الكلام فيه (٣)، و سيأتى تحقيقه فى الوصايا (٤).

قوله: «و لو جهل المتقدم إلخ».

وجه الأول أصاله عدم تقدّم كلّ منها على الآخر فيحكم بالاقتران، لأنّ ذلك قضيه كلّ حادثين اشتبه سبق كلّ منهما بالآخر و تأخره عنه. و وجه القرعه أنّها لكلّ أمر مشتبه أو معلوم عند الله مشتبه عندنا، و هو هنا كذلك. و هذا هو الأقوى، لكن إن احتمل السبق و الاقتران فى كلّ منها (٥) افتقر إلى رقاغ توضح الحال على جميع التقادير الممكنه، و هى سبق كلّ واحد و لحوق الباقي مترتبا و مقترنا و اقتران الجميع.

و إن علم عدم الاقتران اقتصر على كتابه رقاغ بسبق كلّ واحد، فإذا خرج واحد قدّم ثمّ أخرج على الباقي إلى أن يبقى واحد فيكون هو المتأخر.

و كيفيه القرعه على الأول لا تخلو من إشكال، لأنّ الغرض استخراج ما يمكن

ص: ٣١٥

١- (١) اللباب ٢: ١٨٠، المبسوط للسرخسى ١٢: ٢٧، حليه العلماء ٦: ٨، و رحمه الأمه: ١٨٣.

٢- (٢) فى «ب» و «م»: الأظهر.

٣- (٣) فى ج ٤: ١٥٦.

٤- (٤) فى ج ٦: القسم الثانى من الفصل السادس فى اللواحق.

٥- (٥) فى ما لدينا من النسخ: منهما.

و إذا وقف شاه، كان صوفها و لبنها(١)الموجود داخلا فى الوقف، ما لم يستثنه، نظرا إلى العرف، كما لو باعها.

من الفروض، و هى هنا على تقدير كون الواقع وقفا و عتقا و بيعا بمحاباه كما فرضه المصنّف أولا ثلاثة عشر، ترتبها مع سبق الوقف ثمّ العتق ثمّ البيع، أو مع تقدّم البيع على العتق، و سبق العتق ثمّ الوقف ثمّ البيع، و مع تقدّم البيع، و سبق البيع مع الصورتين، فهذه ستّ، و مقارنه اثنين منها و هى ستّ أيضا: اقتران الوقف و العتق سابقين و تأخر البيع، و لا حقين له، و تقارن الوقف و البيع سابقين على العتق، و لا- حقين له، و تقارن العتق و البيع سابقين على الوقف، و لا- حقين له، و اقتران الثلاثة، فتفتقر القرعه إلى كتبه رقاع تصحّ على جميع الاحتمالات.

و حينئذ فيكتب سبع رقاع فى إحداها الوقف، و فى الثانيه العتق، و فى الثالثه البيع، و فى الرابعه الوقف و العتق، و فى الخامسه الوقف و البيع، و فى السادسه العتق و البيع، و فى السابعه اجتماع الثلاثة، ثمّ يخرج واحده فإن ظهرت بأحد المنفردين قدّم، و أخرج أخرى فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره عمل به ثانيا و استغنى عن الثالث، و إن ظهر السابق مع غيره أو الثلاثة اطرحت و أخرج غيرها كما ذكر. و إن ظهر أولا- رقعته الثلاثة أفاد الاجتماع أو رقعته اثنين جمع بينهما سابقا و حكم بتأخر الثالث. و لو كتب ابتداء ثلاث عشره رقعته بعدد الاحتمالات و أخرج على الوجه الذى صوّرناه فالظاهر الإجزاء. هذا هو الذى يقتضيه تحقيق حال القرعه و إلا فكلام الأصحاب خال عن تحريره.

قوله: «إذا وقف شاه كان صوفها و لبنها. إلخ».

نبه بالنظر إلى العرف على أنّ حقّهما أن لا- يدخلا فى الوقف، لأنّهما منافع خارجه عن حقيقه الشاه التى تعلّقت بصيغه الوقف بها، لكن لمّا دلّ العرف على كونهما كالجزم منها تناولهما العقد كما يتناولهما البيع، بخلاف الحمل، فإنّه و إن كان بمثابة فى الاتّصال الذى هو فى قوّه الانفصال إلا أنّ العرف لم يجعله كالجزم، و الأصل عدم

دخوله كغيره لو لا- دليل خارج لغيره (١).و المراد أنّ الصوف و اللبن موجودان (٢)على الظهر و فى الضرع،فلو احتلب اللبن أو جزّ الصوف لم يدخل قطعا.

و لا يرد: أنّ تناول العقد لهما يقتضى كونهما من جملة الموقوف عملا بمقتضى العقد،فلا يجوز التصرف فيهما كالأصل.

لأننا نمنع من كون تناول العقد يقتضى ذلك،و إنما يقتضى تحييس الأصل و إطلاق الثمره،و هما من جملة الثمره فيلحقهما حكمها، كما يشملهما اسم الثمره إذا تجدد،و إنّما دخلا فى العقد تبعا بدلاله العرف كما قرناه.

و لو كان الموقوف شجره فنماؤها الموجود للواقف،و المتجدد للموقوف عليه كالحمل.و حكم الأغصان المعتاده للقطع حكم الثمره بالنسبه إلى المنفعه،لكنّها تدخل فى الوقف مطلقا كالصوف على الظهر.و لا فرق فى الثمره بين النخل و غيره، فلا يدخل الموجود و إن لم يؤبر،فإنّ ذلك التفصيل حكم مختصّ بالبيع كما سلف.

ص: ٣١٧

١-١) فى «س،ب»: كغيره.

٢-٢) كذا فى النسخ،و الأولى:و المراد الصوف و اللبن الموجودان.

النظر الثانى فى الشرائط و هى أربعه أقسام:

الأول: فى شرائط الموقوف

الأول: فى شرائط الموقوف.

و هى أربعه: أن يكون عينا، مملوكه. (١) ينتفع بها مع بقائها، و يصح إقباضها.

فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين.

قوله: «أن يكون عينا مملوكه إلخ».

يطلق العين على ما يقابل الدين فيقال: المال إمّا عين أو دين، و على ما يقابل المبهم، و على ما يقابل المنفعه فيقال: إمّا عين أو منفعه. و يجوز الاحتراز بالعين هنا عن كل واحد من الثلاثه، لعدم جواز وقفها. و قد أشار فى التفصيل إلى الأولين منها و ترك الثالث.

أمّا عدم جواز وقف الدين فظاهر، لأنّ الوقف يقتضى أصلا يحبس و منفعه تطلق، و ذلك يقتضى أمرا خارجيا يحكم عليه بالتحبّيس، و الدين فى الذمه أمر كلى لا وجود له فى الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم، و من ثمّ اختاروا عدم جواز هبه الدين لغير من هو عليه لما ذكرناه. و لا يقدح تجويز هبته لمن هو عليه، لأنه حينئذ إبراء و إسقاط لما فى الذمه فلا يتوقف على عين خاصه، بخلاف الوقف، فإنّه يقتضى عينا يديم ثباتها و يقيد بها عن التصرف.

و لكن يشكل ذلك عند القائل بجواز هبه الدّين لغير من هو عليه مع توقّفه على قبضه، فإنّه يلزم الجواز هنا كذلك. و ما يقال فى الفرق-من أنّ الوقف شرطه التنجيز، و مع عدم تعينه يكون تحقّقه موقوفا على أمر آخر بعد العقد، و هو ينافى تنجيزه-يندفع بأنّ الهبه شرطها التنجيز كذلك و لم يمنع صحتّها تأخّر القبض فكذا الوقف، و لأنّ المتأخّر فيه حقيقة هو القبض و هو غير مناف لتنجيز الصيغه كما لو تأخّر مع تعيينها، خصوصا على ما تقدّم (1) نقله فى البيع عن الشهيد-رحمه الله-فى بيع السلم قبل القبض على غير من هو عليه من أنّ العقد إذا كان متعلّقه ماهيه كليّه ثمّ عيّن فى عين شخصيه انصبّ العقد عليها و كانت كأنّها المعقود عليها ابتداء، إلاّ أنا قد بيّنا ضعفه ثمّ. و نزيد هنا أنّ الماهيه الكليه لما لم يكن لها وجود فى الخارج لم يكن الموقوف موجودا حال العقد، فكان فى معنى وقف المعدوم و إن وجد بعد ذلك.

و اعلم: أنّه لا فرق فى الدّين بين الحالّ و المؤجّل، على الموسر و المعسر، لاشتراك الجميع فى المعنى المبطل.

و أما عدم جواز وقف المبهّم-سواء استند إلى معيّن كفرس من هذه الأفراس أم إلى غير معيّن كفرس-فلما ذكر فى الدّين من أنّ غير المعيّن باعتبار كليّته غير موجود، و يزيد الثانى أنّه غير مملوك أيضا، و هما مناط الوقف.

و أمّا المنفعة فوقفها مناف للغايه المطلوبه من الوقف من الانتفاع به مع بقاء عينه، لأنّ الانتفاع بها يستلزم استهلاكها شيئا فشيئا، و لا يكفى مجرد إمكان الانتفاع مع عدم بقاء العين محتبسه، و لجواز التصرف فى العين فتتبعها المنافع فيفوت الغرضان معا. و لو قيل: إنّ استحقاق الانتفاع المؤيد بالعين يمنع من التصرف فيها كالعمرى و أختيها الترمنا أنّ ذلك عمرى لا وقف إن جوّزناها بما دلّ عليها من الألفاظ مطلقا، و إلاّ منعنا الأمرين و إن شاركته العمرى فى هذا المعنى حيث يصرّح بها.

ص: ٣١٩

و كذا لو قال:وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا و لم يعين.(١)و يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث(٢)و الآلات المباحه.و ضابطه كل ما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاء عينه.

و كذا يصح وقف الكلب المملوك و السنور،(٣)لإمكان الانتفاع به.

و بالجملة:فمتعلق الوقف هو العين لينتفع بها لا المنفعه وحدها و إن تبعثها العين فى المنع من التصرف فيها.

قوله:«و كذا لو قال:وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا و لم يعين».

اي لم يعينها بالشخص و إن عينها بالوصف الرفع للجها له مع بقائها كليه.

و المراد بالناضح البعير الذى يستقى عليه.قاله الجوهري (١).

قوله:«و يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث.إلخ».

الوجه فى ذلك كله وجود المقتضى للصحة و هو تحييس الأصل و إطلاق المنفعه، و انتفاء المانع،فيثبت الصحة.و هو محل وفاق.و تبه به على خلاف أبى حنيفه (٢)حيث منع من وقف الحيوان و الكتب،و مالك (٣)حيث منع من وقف المنقول مطلقا.و يبطله ما تقدم،و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:«أما خالد فإنه قد احتبس أذراعه و أعبدته فى سبيل الله» (٤)و إقراره أبا معقل حيث وقف ناضحه فى سبيل الله (٥).

قوله:«و كذا يصح وقف الكلب المملوك و السنور».

أراد بالمملوك أحد الكلاب الأربعة،فإنه لا- مانع من وقفه متى جؤزنا وقف الحيوان.و تبه بذلك على خلاف بعض العامه (٦)المانع من وقفه بناء على أنه لا يملك مطلقا.

ص: ٣٢٠

١-١) الصحاح ٤١١:١.

٢-٢) راجع بدائع الصنائع ٢٢٠:٦، الانصاف ٧:٧، حليه العلماء ١١:٦، رحمه الأمه: ١٨٣، و جواهر العقود ٣١٨:١.

٣-٣) راجع بدائع الصنائع ٢٢٠:٦، الانصاف ٧:٧، حليه العلماء ١٢:٦، رحمه الأمه: ١٨٣، و جواهر العقود ٣١٨:١.

٤-٤) صحيح البخارى ١٥١:٢، صحيح مسلم ٦٧٧:٢ ح ١١.

٥-٥) راجع الشرح الكبير و المغنى لا بنى قدامه ٢١٠:٦ و ٢٦٥.

٦-٦) راجع الشرح الكبير ٢١٢:٦، و الإنصاف ٩:٧-١٠.

و لا يصحّ وقف الخنزير، لأنّه لا يملكه المسلم. و لا وقف الآبق، لتعدّر التسليم. (١) و هل يصحّ وقف الدنانير و الدراهم؟ (٢) قيل: لا، و هو الأظهر، لأنّه لا نفع لها إلا بالتصرّف فيها، و قيل: يصحّ، لأنّه قد يفرض لها نفع مع بقائها.

قوله: «و لا وقف الآبق لتعدّر التسليم».

لمّا تحقّق أنّ القبض شرط في صحّح الوقف و كان الآبق المتعدّر تسليمه لا يمكن قبضه لم يصحّ وقفه. و مثله الجمل الشارد و نحوه. لكن يشكّل بأنّ القبض المعتبر في الصحّح غير فورى، و حيثنذ فلا مانع من وقوع الصيغّه صحيحه و صحّح الوقف مراعاة بقبضه بعد ذلك و إن طال الزمان، فإنّ تعدّر بطل. و هذا بخلاف البيع، فإنّه معاوضه من الجانبين، و شرطه إمكان تسليم العوضين في الحال بالنصّ (١)، فلا يتعدّى إلى غيره للأصل. و لو قدر الموقوف عليه على تحصيله فأولى بالصحّح لزوال المانع.

و لا عبره بالضميمه هنا، لأنّ شرط الوقف القبض و لا يكفي قبض بعض الموقوف و هو هنا الضميمه عن الباقي. و على هذا فبين حكم البيع و الوقف بالنسبه إلى الآبق عموم و خصوص من وجه.

قوله: «و هل يصحّ وقف الدنانير و الدراهم. إلخ».

و ذلك النفع هو التحلّى بها، و تزيين المجلس، و الضرب على سكتها، و نحو ذلك. و وجه الخلاف مع ذلك الشكّ في كون هذه المنفعه مقصوده للعقلاء عاده أم لا، فإنّ أظهر منافعها إنفاقها و هو لا يتمّ إلا بإذهاب عينها المنافى لغايه الوقف.

و الأقوى الجواز، لأنّ هذه المنافع مقصوده و لا يمنع قوّه غيرها عليها. نعم، لو انتفت هذه المنافع عاده في بعض الأزمان أو الأمكنه اتّجه القول بالمنع.

ص: ٣٢١

١- (١) انظر التهذيب ٧: ٢٣٠ ح ١٠٠٥، و الوسائل ١٢: ٣٦٨ ب (٢) من أبواب أحكام العقود ح ٤.

و لو وقف ما لا- يملكه لم يصح وقفه. و لو أجاز المالك، قيل: يصح، لأنه كالوقف المستأنف. و هو حسن. (١) و يصح وقف المشاع، و قبضه كقبضه في البيع. (٢) قوله: «و لو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه- إلى قوله- و هو حسن».

الصحة المنفيّة في الأوّل بمعنى اللزوم لثلاً- ينافي ما استحسنته بعده. و يمكن أن يريد بها معناها المتعارف و يجعل ذلك جارياً على مذهب الغير ثمّ ذكر ما يختاره.

و مرجع الخلاف إلى أنّ تصرف الفضولي الملحق بالإجازة قد وقع شرعاً في مثل البيع بالنصّ، و غيره من العقود مساو له في المعنى، و أنّ الوقف عقد صدر من صحيح العبارة و لا مانع فيه إلا وقوعه بغير إذن المالك و قد زال المانع بإجازته فدخل تحت الأمر العامّ بالوفاء بالعقد (١)، فتصير الإجازة كالوقف المستأنف من المالك. و هذا هو الذي حسّنه المصنف. و أنّ عبارة الفضولي لا- أثر لها من حيث عدم الملك و قبض التصرف في ملك الغير فلا- يترتب عليه أثر، و تأثير الإجازة غير معلوم في غير موضع النصّ، و تحقّق الفرق بين الوقف و البيع، لأنّ بعض أقسامه فكّ ملك كالعتق فلا يقبل الفضول، فماهيته من حيث هو مغايره للبيع و إن وافقه في بعض الأفراد لو قيس عليه. و توقّف العلامة في التذكرة (٢) و الشهيد رحمه الله في الدروس (٣) لذلك. و له وجه و إن كان ما اختاره أوجه.

قوله: «و يصح وقف المشاع و قبضه كقبضه في البيع».

لا- خلاف عندنا في صحّة وقف المشاع كغيره، لتحقّق الغاية المقصودة من الوقف فيه، و لإمكان قبضه، كما يجوز بيعه و غيره من العقود. و تبه بذلك على خلاف بعض العامّة (٤) حيث منع من وقفه بناء على دعواه عدم إمكان قبضه. و الأصل

ص: ٣٢٢

١-١ (١) المائدة: ١.

٢-٢ (٢) التذكرة ٤٣١: ٢.

٣-٣ (٣) الدروس: ٢٢٩.

٤-٤ (٤) اللباب ١٨١: ٢، و المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٧، و بدائع الصنائع ٢٢٠: ٦.

القسم الثاني: في شرائط الواقف.

و يعتبر فيه البلوغ، و كمال العقل، و جواز التصرف. و في وقف من بلغ عشرة تردد. (١) و المروى جواز صدقته. و الأولى المنع، لتوقف رفع الحجر على البلوغ و الرشد.

ممنوع، فإن المشاع يصح قبضه كما يصح قبض المقسام، لأنه إن كان هو التخليه فإمكانه واضح، و إن كان هو النقل فيمكن وقوعه بإذن الواقف و الشريك معا. و قد تقدم (١) تحقيقه في البيع و أنّ المختار توقفه على إذن الشريك إن كان منقولا و عدمه إن كان عقارا.

قوله: «و في وقف من بلغ عشرة تردد. إلخ».

أشار بقوله: «و المروى جواز صدقته» بعد ترده في جواز وقفه إلى أنّ وقفه لم يرد به نص بخصوصه و إنما ورد بجواز صدقته، لكن الشيخ (٢) و جماعه (٣) عدوه إلى الوقف نظرا إلى أنه بعض أفراد الصدقة بالمعنى الأعم. و الرواية رواها زراره عن الباقر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف فهو جائز (٤)»، و قريب منه روايه سماعه (٥). و مثل هذه الأخبار الشاذة المخالفه لأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم.

و في قول المصنف: «و الأولى المنع» رائحه الميل إليه، لأنّ لفظ الأولى لا يمنع النقيض. و استدلاله بتوقف رفع الحجر على البلوغ و الرشد نوع من الاستدلال

ص: ٣٢٣

١-١) في ج ٣: ٢٤٠.

٢-٢) قال في النهاية: ٥٩٦؛ و الوقف و الصدقة شيء واحد.

٣-٣) نقل ابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٣: ٥٩ ذلك عن التقى و أبي علي.

٤-٤) الكافي ٧: ٢٨ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، الوسائل ١٣: ٣٢١ ب (١٥) من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات ح ١.

٥-٥) الكافي ٦: ١٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٥، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٣، الوسائل ١٥: ٣٢٥ ب (٣٢) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٧.

و يجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه (١) و لغيره، فإن لم يعين الناظر، كان النظر إلى الموقوف عليه، بناء على القول بالملك.

بالمتازع، لأنَّ المجوز لا يسلم الحجر عليه في هذا التصرف الخاص، لكن لما كان الحجر عليه في النصوص و الفتاوى مطلقا بل الإجماع عليه في الجملة أقامه مقام الدليل على المنع، و إن كان لا يخلو عن شيء.

قوله: «و يجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه. إلخ».

الأصل في حق النظر أن يكون للواقف، لأنه أصله و أحق من يقوم بإمضائه و صرفه في أهله. فإذا وقف فلا يخلو: إما أن يشترط في عقد الوقف النظر لنفسه أو لغيره أو لهما أو لا يشترط شيئا. فإن شرط لنفسه صحح و لزم. و إن شرطه لغيره صحح بحسب ما عينه عملا بمقتضى الشرط المشروع، و قد شرطت فاطمه عليها السلام النظر في حوائطها السبعة التي وقفها للأمير المؤمنين عليه السلام ثمَّ الحسن ثمَّ الحسين ثمَّ الأكبر من ولدها (١)، و شرط الكاظم عليه السلام النظر في الأرض التي وقفها للرضا عليه السلام و أخيه إبراهيم فإذا انقرض أحدهما دخل القاسم مع الباقي منهما إلخ (٢)، و هذا كله مما لا خلاف فيه.

و إن أطلق و لم يشترط النظر في متن العقد لأحد بنى الحكم على انتقال الملك، فإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه مطلقا فالنظر له، و إن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيننا و لله تعالى إن كان على وجه عامه - كما هو الأقوى - فالنظر في الأول إلى الموقوف عليه و للحاكم الشرعي في الثاني، لأنه الناظر العام حيث لا يوجد خاص، و يصير الواقف في ذلك بعد العقد كالأجنبي. ثمَّ إن تعدد الناظر الثابت بالخصوص أو بالعموم اشتركوا فيه، فليس لأحد منهم التصرف بدون إذن الباقي، و إن اتحد

ص: ٣٢٤

١ - ١) الكافي ٧: ٤٨ ح ٥، الفقيه ٤: ١٨٠ ح ٤٣٢، التهذيب ٩: ١٤٤ ح ٦٠٣، الوسائل ١٣: ٣١١ ب «١٠» من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات ح ١.

٢ - ٢) الكافي ٧: ٥٣ ح ٨، الفقيه ٤: ١٨٤ ح ٦٤٧، عيون أخبار الرضا عليه السلام ١: ٣٣ ب «٥» ح ١، التهذيب ٩: ١٤٩ ح ٦١٠، الوسائل ١٣: ٣١٤ ب «١٠» من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات ح ٥.

.....
اختصّ به.

إذا تقرّر ذلك فنقول: متى قلنا إن النظر إلى الواقف ابتداء أو مع شرطه فالنظر إليه، سواء كان عدلا أم لا، لأنه إنّما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه. وإن كان إلى غيره بشرطه اشترط عدالته، فإن لم يكن عدلا أو خرج عنها خرج عن النظر، وكان الحكم فيه كما لو أطلق. ويشترط فيه -مضافا إلى ذلك- الاهتمام إلى كفيته التصرف كما يعتبر ذلك في الوصي. ولو عادت إليه العداله بعد خروجها عاد إليه إن كان مشروطا من الواقف وإلا فلا. وبما ذكرناه من عدم اشتراط عدالته إن شرطه لنفسه قطع في التذكرة (١)، مع احتمال اشتراطها مطلقا، لخروجه بالوقف عن الملك و مساواته لغيره، فلا بدّ من اعتبار الثقة في التولية كما يعتبر في غيره.

ثمّ الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لا- يجوز له عزله مطلقا، لعموم الأمر (٢) بالكون مع الشرط. ولو كان منصوبا من قبله بعده بالنظر المتناول له جاز له عزله متى شاء، لأنه حينئذ كالوكيل. ولا- يجب على المشروط له النظر القبول، للأصل. ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه غير واجب في الأصل فيستصحب. فإذا ردّ صار كما لا ناظر له ابتداء، فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه، و يحتمل الحاكم مطلقا، لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه، فعوده إليه يحتاج إلى دليل، بخلاف الحاكم، فإنّ نظره عامّ.

و كما يجوز شرط النظر لواحد و متعدّد موجود يجوز جعله لمعدوم تبعا، كسوقه (٣) في بطون و ذريه و ما شاكل ذلك، عملا بعموم الأمر بالوفاء بالشرط. ثمّ إن شرط للناظر شيئا من الرّيع جاز، و كان ذلك أجره عمله ليس له أزيد منه و إن كان أقلّ من

ص: ٣٢٥

١-١) التذكرة ٢:٤٤١.

٢-٢) التهذيب ٧:٣٧١ ح ١٠٥٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥:٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤ و غيرها.

٣-٣) في «س»: لسوقه.

الأجره.و إن أطلق فله أجره مثل عمله على الأقوى.

و اعلم أن وظيفه الناظر فى الوقف العماره له أولاً، و تحصيل الربح، و قسمته على المستحق، و حفظ الأصل و الغلّه، و نحو ذلك من مصالحه. هذا كله مع الإطلاق، و لو فوّض إليه بعضها اختصّ به، و لو شرّك معه غيره مطلقاً اشتركا على الاجتماع كما مرّ، أو خصّ كلاهما بمصلحه اختصّ بحسب ما عيّن، أو فوّض لكلّ منهما الاستقلال على الاجتماع و الأفراد اتّبع. و لو اختصّ أحدهما بالعداله أو بقى عليها ضمّ إليه الحاكم حيث لا يكون منفرداً، أو انضمّ إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدّم.

و حيث يتحقّق الناظر بوجه لا- يجوز التصرّف فى شىء من الأعمال المذكوره و لا- فى شىء من الغلّه إلّا- بإذنه، و إن كان المتصرّف هو المستحقّ لها و الناظر غير مستحق، عملاً بالشرط. هذا هو الذى يقتضيه إطلاق النصّ (1) و الفتوى إلّا أنّ فيه إشكالا من وجهين:

أحدهما: ما لو كان الموقوف عليه متّحداً إمّا ابتداءً أو لاتّحاده فى بعض الطبقات اتّفاقاً، فإنّه مختصّ بالغلّه، فتوقّف تصرّفه فيها على إذن الناظر بعيد، لعدم الفائده، خصوصاً مع تحقّق صرفها إليه بأن تكون فاضله عن العماره و غيرها مما يقدم على القسمه يقيناً. نعم، لو أشكل الحال توقّف على إذنه قطعاً، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها فى الأمور المتقدمه على اختصاص الموقوف عليه.

و ثانيهما: الأوقاف العامه على المسلمين و نحوهم التى يريد الواقف انتفاع كلّ من الموقوف عليه بالثمره إذا مرّ بها كأشجار الثمار، فإنّ مقتضى القاعده أيضاً عدم جواز تصرّف أحد منهم فى شىء منها إلا بإذن الحاكم. و لا يخلو من إشكال و تفويت لكثير من أغراض الواقف، بل ربما دلّت القرينه هنا على عدم إرادته الواقف النظر

ص: ٣٢٦

(١-١) الوسائل ٢٩٥:١٣ ب «٢»، و ٣١١ ب «١٠» من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات.

القسم الثالث: في شرائط الموقوف عليه.

و يعتبر في الموقوف عليه شروط ثلاثة: أن يكون موجوداً، ممّن يصحّ أن يملكه، وأن يكون معيّناً، وأن لا يكون الوقف عليه محرّماً.

و لو وقف على معدوم ابتداء لم يصحّ، كمن يقف على من سيولد له، أو على حمل لم ينفصل. (١) على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كلّ واحد من أفراد تلك الجهة العامّة، فكأنّه في قوّه جعل النظر إليه. لكن هذا كلّ لا يدفع الإشكال، لما تقدّم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبيّ و ينتقل الحكم إلى الحاكم، فلا عبره بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعيّة. و جعل مثل هذا الإطلاق نظراً لكلّ واحد في حيّز المنع. و بالجملة. فهذه القواعد الشرعيّة المتفق عليها لا تدفع بمثل هذا الخيال.

و ينبغي أن يقال: إن المتصرّف على هذا الوجه يأثم خاصّه، و يملك حيث لا يجب صرف الثمره في الأمور المتقدّمة على صرفها إلى الموقوف عليه. و كذا القول في تصرّف الموقوف عليه المتّحد، أمّا المتعدّد فلا، لأنّ قسمتها و تميّز حقّ كلّ واحد من الشركاء يتوقّف على الناظر، و حينئذ فيكون كالتصرّف في المال المشترك بغير إذن الشريك، فيستقرّ في ذمّته حصّه الشريك من ذلك. و لم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه.

قوله: «أو على حمل لم ينفصل».

تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوّز، لأنّه في نفسه موجود غايته استتاره، و إنّما يشاركه في الحكم بعدم صحّح الوقف عليه من جهة أخرى و هي أهليّة الموقوف عليه للتملّك، فإنّها شرط من حيث إنّ الوقف إمّا تملك العين و المنفعة إن قلنا إنّ الوقف يملكه الموقوف عليه و إمّا تملك المنفعة إن لم نقل به، و الحمل لا يصلح لشيء منهما. و الفرق بين الوقف عليه و الوصيّة له أنّ الوصيّة تتعلّق بالمستقبل و ليس

أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فإنه يصح (١) ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود، (٢) قيل لا يصح، وقيل يصح على الموجود. والأول أشبه.

فيها نقل في الحال، بخلاف الوقف، فإنه تسليط على الملك في الحال فيشترط أهليته المتقل إليه له.

قوله: «أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فإنه يصح».

إنما يصح تبعه المعدوم للموجود إذا أمكن وجوده عادة و كان قابلاً للوقف، كما لو وقف على أولاده الموجودين و من يتجدد منهم، أو عليهم و على من يتجدد من أولادهم، و نحو ذلك. أما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت أو لا يقبل الملك لم يصح مطلقاً (١)، فيكون مع جعله آخراً كمنقطع الآخر، أو وسطاً فكمقطع (٢) الوسط، أو أولاً فكمقطع (٣) الأول، أو ضمّه إلى الموجود بطل فيما يخصه خاصه على الأقوى.

قوله: «و لو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود. إلخ».

هذا هو المنقطع الأول، و صورته كثيرة يجمعها عدم صحه الوقف على الطبقة الأولى، سواء كانت معدومه كما مثل أم موجوده و لكن لا يقبل الملك كما ذكره في المسأله الأخرى بعدها.

و قد اختلف الأصحاب في حكمه فذهب المصنّف و المحقّقون (٤) منهم إلى بطلان الوقف رأساً، لأنه لو صحّ لزم إمّا صحه الوقف مع عدم موقوف عليه أو مخالفه شرط الواقف و جريانه على خلاف ما قصده، و التالي بقسميه باطل فالمقدم مثله، و الملازمه ظاهره، لأنه مع الصحه إن لم يجب إجراؤه على من يصحّ الوقف عليه المذكور أو غيره لزم الأول، و إن انصرف إلى من يصحّ الوقف عليه و ينزل الآخر منزله غير المذكور

ص: ٣٢٨

١- ١) في «س»: قطعاً.

٢- ٢) في الموضوعين في «س، ش»: كمنقطع (بدون فاء).

٣- ٣) في الموضوعين في «س، ش»: كمنقطع (بدون فاء).

٤- ٤) المختلف: ٤٩٥، إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٠-٣٨١، التنقيح الرائع ٢: ٣٠٨-٣٠٩، تلخيص الخلايف ٢: ٢١٩، مسأله ٨، جامع المقاصد ٩: ٢١.

لزم الثاني. و يدلّ على بطلان الثاني قول العسكري عليه السلام في مكاتبه محمد بن الحسن الصفار: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها». (١) ولا شبهه في أنّ الواقف لم يقصد الموجود ابتداء فلا ينصرف إليه، بل يكون كالمعلّق على شرط و هو باطل.

و بهذا يبطل ما قيل في جوابه: بأننا نلتزم أنّ هناك موقوفاً عليه، ثمّ إن أمكن انقراض الأوّل اعتبر انقراضه، فيكون انقراضه شرطاً في تجويز الانتفاع لا في نفوذ الوقف، و النماء للواقف أو ورثته كمنقطع الوسط أو يساوي من لا يمكن انقراضه، و يقال فيهما: إنّه لما كان المصدّر به محالاً كان شرط الواقف له كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال، و اتّباع شرط الواقف إنّما يلزم لو كان سائغاً، و بطلان الوقف إنّما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنّه موجود قطعاً، و الواسطه غير صالحه للمانعته.

هذا غاية ما أجابوا به، و فساده يظهر ممّا قلناه. و يزيد به بياناً أنّ انقراض الأوّل إذا جعل شرطاً في انتفاع الثاني و جعل النماء للواقف زمانه لم يتحقّق إخراج الوقف عن نفسه مطلقاً فلم يقع صحيحاً، و قد قطع الأصحاب بأنّه لو نجّز الوقف و شرط لنفسه فيه شرطاً من الغلّه أو وفاء دين و نحوه و إن كان معلوماً لم يصحّ، مع أنّه شرط مضبوط غير مناف لتنجيز الوقف بخلاف المتنازع [فيه] (٢). و بناؤه على منقطع الوسط ردّ إلى المتنازع [فيه] (٣)، فإنّه بمثابة منقطع الأوّل فيما بعد الانقطاع، و إن أراد فيما قبله فالفرق واضح. و جعل ما لا يفرض انقراضه كشرط المحال فيكون كلا شرط ضعيف، لأنّ مرجعه إلى أنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد بل يقتصر على إلغائه، و هو قول ضعيف. و قد تقدّم (٤) الكلام في ضعفه و أنّ ذلك خلاف المقصود الذي لا يتمّ العقد بدونه. و قوله: «إنّ الموقوف عليه موجود» إن أراد به ابتداء فممنوع أو بعد

ص: ٣٢٩

١- ١) الكافي ٧: ٣٧ ح ٣٤، الفقيه ٤: ١٧٦ ح ٤٢٠، التهذيب ٩: ١٢٩ ح ٥٥٥، الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب (٢) من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات.

٢- ٢) من الحجريّتين.

٣- ٣) من الحجريّتين.

٤- ٤) في ج ٣: ٢٧٣.

و كذا لو وقف على من لا يملك، ثم على من يملك. وفيه تردد، و المنع أشبه. (١) حين فلا ينفعه، فصلحت الواسطه للمانعيه.

و القول بالصحه للشيخ فى الخلاف (١) و موضع من المبسوط (٢)، محتجاً بأصالة الصّحّه و أنّه ضمّ صحيحاً إلى فاسد فلا يفسده. و قد عرفت أنّ الأصالة انقطعت، و الضميمة مبطله.

إذا عرفت ذلك: فعلى المختار من بطلان الوقف لا بحث. و على القول بالصّحّه فهل تصرف منفعه الوقف فى الحال إلى من يصحّ فى حقّه أم لا؟ وجهان، و قد ظهر من خلال دليل المجوّز.

و فضّل الشيخ فى المبسوط فقال: ينظر فإن كان الذى بطل الوقف فى حقّه لا يصحّ اعتبار انقراضه مثل أن يقف أولاً على مجهول أو ميت فإنّه يكون فى الحال لمن يصحّ الوقف فى حقّه، فيكون الأوّل بمنزله المعدوم الذى لم يذكر فى الوقف، لأنّ وجوده كعدمه، و إن كان الموقوف عليه أولاً - يمكن اعتبار انقراضه كالعبد فمنهم من قال: يصرف إليهم فى الحال، لأنّه لا - مستحقّ غيرهم، و هو الصحيح، و منهم من قال: لا - يصرف إليهم فى الحال، لأنّه إنّما جعل منفعه الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم، و الشرط لم يوجد فيصرف إلى الفقراء و المساكين مدّه بقاء الموقوف عليه أولاً، ثمّ إذا انقراض رجعت إليهم (٣).

و لا يخفى عليك ضعف هذه الوجوه، لعدم الدليل عليها، و عدم قصد الواقف لها، فالمصرف على تقدير الصّحّه مشكل.

قوله: «و كذا لو وقف على من لا يملك ثمّ على من يملك. وفيه تردد. و المنع أشبه».

الحكم فيه كما تقدّم. و يزيد القول بالصّحّه هنا ضعفاً لو كان من لا يملك لا

ص: ٣٣٠

١ - ١) الخلاف ٥٤٤: ٣ مسألة ١٠.

٢ - ٢) المبسوط ٢٩٣: ٣.

٣ - ٣) المبسوط ٢٩٤: ٣.

و لا يصحّ على المملوك، (١) و لا ينصرف الوقف إلى مولاه، لأنه لم يقصده بالوقفية.

و يصحّ الوقف على المصالح (٢) كالقناطر و المساجد، لأنّ الوقف في الحقيقة على المسلمين، لكن هو صرف إلى بعض مصالحهم.

يفرض انقراضه كالوقف على الميت أو الحائط، أو يجهل وقت انقراضه كالوقف على الملك، فإنّ انصراف الوقف ابتداء إلى من يصحّ الوقف عليه خلاف الشرط، و لا مدّة معلومه ترتقب حتى يكون هناك شرط منضمّ إلى وقف منجز كما قالوه. لكنّ الشيخ (١) هنا جزم بانتقال الوقف إلى من يصحّ عليه ابتداء كما حكيناه عنه. و لا يخفى ما فيه.

قوله: «و لا يصحّ على المملوك. إلخ».

بناء على أنّ المملوك لا يملك شيئاً أو يملك ما لا يدخل فيه الوقف كفاضل الضريبه، و لو قلنا بملكه مطلقاً صحّ الوقف عليه و إن كان محجوراً عليه إذا قبل مولاه. و نبه بقوله: «و لا ينصرف الوقف إلى مولاه» على خلاف بعض العامة (٢) حيث جوّز الوقف عليه و جعله مصروفاً إلى مولاه. و نبه بقوله «لأنّه. إلخ» على وجه ردّه، فإنّ الوقف عقد و العقد تابع للقصد فكيف ينصرف إلى مولاه و هو غير مقصود؟!.

قوله: «و يصحّ الوقف على المصالح. إلخ».

أشار بالتعليل إلى جواب سؤال يرد على صحّ الوقف المذكور من حيث إنّ هذه المصالح المذكوره و شبهها لا تقبل التملك، و هو شرط صحّ الوقف كما سلف.

و تقرير الجواب: أنّ الوقف و إن كان لفظه متعلّقاً بالجهات المذكوره إلّا أنّه في الحقيقة وقف على المسلمين القابلين للتملك، غايه ما هناك أنّه وقف على المسلمين باعتبار مصلحه خاصّه، لأنّهم المنتفعون بها، فإنّ الغرض من المسجد تردّدهم إليه للعباده

ص: ٣٣١

١- (١) المبسوط ٢٩٤: ٣.

٢- (٢) الوجيز ٢٤٥: ١، جواهر العقود ٣١٤: ١.

و لا يقف المسلم على الحربى (١) و لو كان رحما. و يقف على الذمى، و لو كان أجنبيا.

و إقامه شعار الدين و نحوه، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه على وجه مخصوص، و هو جائز. و مثله الوقف على أكفان الموتى و مؤونه حفر قبورهم و نحو ذلك.

قوله: «و لا يقف المسلم على الحربى. إلخ».

هنا مسألان:

إحداهما: الوقف على الحربى. و المشهور عدم جوازه مطلقا لقوله تعالى لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (١) الآيه، و الوقف نوع مودّه فيكون منهيا عنه، خصوصا إذا اشترطنا فى الوقف القربه فإنّ النهى ينافيها. و لأنّ الوقف إذا تمّ و جب الوفاء به و حرم تغييره و نقله عن وجهه، و مال الحربى فىء للمسلم يصحّ أخذه و بيعه، و هو ينافى صحته.

و ربّما قيل بجوازه، لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «على كلّ كبد حرّى أجر» (٢) و عموم قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» (٣)، و غيره من الأخبار الدالّة بإطلاقها عليه، مع القدرح فى دليل المنع، فإنّ الظاهر من النهى عن المودّه له من حيث كونه محادا لله و إلّا لحرّم محادثتهم على وجه اللطف و نحوه من الإكرام، و تحريم تغييره من حيث الوقف لا ينافيه من حيثه أخرى و هى جواز التصرف فى مال الحربى بأنواع التصرفات المستلزم لتغييره. و كيف كان فالمذهب المنع.

و الثانية: وقف المسلم على الذمى. و فيه أقوال:

ص: ٣٣٢

١- ١) المجادل: ٢٢.

٢- ٢) عوالى اللثالى ١: ٩٥ ح ٣.

٣- ٣) تقدّم مصادره فى ص ٣٢٩ هامش (١).

أحدها: المنع مطلقاً للآية المتقدّمة. وهو قول سلار (١) وابن البراج (٢).

و الثاني: الجواز مطلقاً. وهو الذى اختاره المصنّف، للعموم السابق، وقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤوهم (٣) الآية، وللخبر السابق.

و الثالث: الجواز إذا كان الموقوف عليه قريباً دون غيره. وهو مختار الشيخين (٤) و جماعه (٥)، جمعاً بين ما ذكر و بين الأوامر العامّة الدالّة على وجوب صلة الرحم الدالّ على الجواز، بتخصيص ذلك النهى بغير الرحم.

و الرابع: الجواز للأبوين خاصّه. اختاره ابن إدريس بعد اضطراب كثير فى فتوى المسأله، فإنّه قال بعد حكاية كلام الشيخ بجوازه على ذى الرحم: «قد قلنا ما عندنا فى هذه المسأله: إنّه لا يجوز الوقف على الكفره إلا أن يكون الكافر أحد الوالدين» (٦). و وجهه ما سبق مضافاً إلى قوله تعالى و صاحبهما فى الدنيا معزوفاً (٧) و وصينا الإنسان بوالديه حسناً (٨)، فإنّه ليس من الصحبه بالمعروف ترك صلتهما مع حاجتهما، فيجب الجمع بين الأدلّه. و كيف كان: فالقول بالمنع مطلقاً ضعيف، و قول المصنّف لا يخلو من وجه.

و اعلم أنّه لم يرد فى عبارته المتقدّمين إلا الوقف على الكافر، غير المبسوط (٩) فإنّه

ص: ٣٣٣

١-١) المراسم: ١٩٨.

٢-٢) المهذب: ٢: ٨٨.

٣-٣) الممتحنه: ٨.

٤-٤) المقنعه: ٦٥٣، المبسوط ٣: ٢٩٤.

٥-٥) راجع الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٤١، الكافي فى الفقه: ٣٢٦، الوسيله: ٣٧٠، و جامع المقاصد: ٩: ٤٩-٥٠.

٦-٦) السرائر ٣: ١٦٧.

٧-٧) لقمان: ١٥.

٨-٨) العنكبوت: ٨.

٩-٩) المبسوط ٣: ٢٩٤.

و لو وقف على الكنائس و البيع لم يصح. (١) صرح بالذمي، و لعل مرادهم ذلك.

قوله: «و لو وقف على الكنائس و البيع لم يصح».

لَمَّا حُكِمَ بجواز الوقف على أهل الذمّة و جواز الوقف على المساجد و نحوها، و حمله على كونه وقفا على المسلمين، لأنّه من أهمّ مصالحهم، أحتمل كون الوقف على الكنائس و البيع جائزا إذا كانت لأهل الذمّة، بناء على أنّ الوقف عليها وقف على أهل الذمّة و إن اختصّ ببعض مصالحهم، فتبته على خلاف ذلك للفرق بين الجهتين، فإنّ الوقف على المساجد مصلحه للمسلمين، و هي مع ذلك طاعه و قربه، فهي جهه من جهات المصالح المأذون فيها. و كذا الوقف على أهل الذمّة أنفسهم، فإنّه بذاته لا يستلزم المعصية، إذ نفعهم - من حيث الحاجة و أنّهم عباد الله، و من جملة بنى آدم المكرّمين، و من حيث يجوز أن يتولّد منهم المسلمون - لا معصية فيه.

و ما يترتب عليه من إعتابهم به على المحرّم - كشرب الخمر، و أكل لحم الخنزير، و الذهاب إلى الجهات المحرّمه - ليس مقصودا للواقف حتى لو فرض قصده حكما بطلانه. و مثله الوقف عليهم لكونهم كفّارا، بل على فسقه المسلمين من تلك الحيثية، بخلاف ما لو وقف على المسلم فصرفه في المعصية، فإنّه لا يقدح نظرا إلى القصد الأصلي، فكذا هنا. و هذا بخلاف الوقف على الكنائس و نحوها، فإنّه وقف على جهه خاصه من مصالح أهل الذمّة لكنّها معصية محضه، لأنّه إعانه لهم على الاجتماع إليها للعبادات المنسوخه و المحرّمه و الكفر، فالمعصية حاصله له ابتداء و بالذات فلم يقع الوقف صحيحا.

و أما تعليل المنع من الوقف على الكنائس و نحوها - بأنّ من جملة مصارف الوقف عمارتها و هي محرّمه، بخلاف عماره المساجد و باقى مصالح أهل الذمّة - فغير مطّرد، لأنّ من الكنائس ما يجوز لهم عمارته، بل هو الأغلب في بلاد الإسلام.

و تخصيصه بكنيسه لا يجوز إحداثها - كالمحدثه في أرض الإسلام أو أرضهم - بعيد عن الإطلاق من غير ضروره.

و كذا لو وقف في معونه الزناه أو قطاع الطريق أو شاربي الخمر.(١) وكذا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراه والإنجيل لأنها محرّفه.(٢) و لو وقف الكافر جاز.(٣) قوله: «و كذا لو وقف في معونه الزناه أو قطاع الطريق أو شاربي الخمر».

المراد أنّه وقف عليهم من حيث هم كذلك بأن جعل الوصف مناط الوقف.

و وجه عدم الصحّح حينئذ ظاهر، لأنه معصيه من حيث الإعانه على فعل المحرّم. أمّا لو وقف على شخص متّصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناطه صحّح، سواء أطلق أم قصد جهة محلّه.

قوله: «و كذا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراه والإنجيل، لأنها محرّفه».

نّبّه بقوله «يسمّى الآن» على أنّ ما بأيديهم ليس هو الذي أنزله الله تعالى و إن كان منسوخا يحرم الوقف عليه من هذه الجهة. و المراد أنّه بجملة ليس هو الذي أنزله الله و إن كان بعضه منه، للقطع بأنهم لم يحرفوا جميع الكتاب بل بعضه.

و تحريم الوقف على الكتابين ظاهر، للتحريف و النسخ، فيحرم كتبهما و حفظهما لغير النقض و الحجّج، و قد روى العامّة أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم خرج إلى المسجد فرأى في يد عمر صحيفه فيها شيء من التوراه، فغضب صلّى الله عليه و آله و سلّم لما رأى الصحيفه في يده و قال له: «أ في شك أنت يا ابن الخطّاب، ألم آت بها بيضاء نقيّه؟ لو كان أخى موسى حيّا لما وسعه إلاّ اتّباعي» (١). و هذا يدلّ على أنّ النظر إليها معصيه أيضا و إلاّ لما غضب منه لذلك. و ينبغي جواز الوقف عليهما على الوجه الذي يجوز إمساكهما لأجله و هو النقض و الحجّج، لأنّ الجهه حينئذ طاعه، إلاّ أنّ الفرض لما كان نادرا أطلقوا المنع من الوقف عليهما.

قوله: «و لو وقف الكافر جاز».

أى وقف الكافر على أحد الكتابين، و في معناه وقفه على البيع و الكنائس، إلاّ

ص: ٣٣٥

والمسلم إذا وقف على الفقراء (١) انصرف إلى فقراء المسلمين، دون غيرهم. و لو وقف الكافر كذلك، انصرف إلى فقراء نحلته.

أنّ عوده إليها في العبارة بعيد، لتوسّط ما ليس بمراد بين الحكّمين و هو الوقف على العصاه المذكورين. و وجه الجواز حينئذ اعتقادهم شرعيته، و إقرارهم على دينهم.

و هو يتمّ إن لم يشترط في الوقف القربه كما هو ظاهر كلام المصنف -رحمه الله- حيث لم يتعرّض لاشتراطها، و إلاّ أشكل من حيث إنّ ذلك معصيه في الواقع فلا يتحقّق معنى القربه فيها، إلاّ أن يراد قصدها في الجملة و إن لم يحصل، أو قصدها ممّن يعتقد حصولها. و هذا هو الظاهر.

قوله: «و المسلم إذا وقف على الفقراء. إلخ».

لما كان الفقراء جمعا معرّفا مفيدا بصيغه العموم الشامل للمسلمين و الكفّار كان مدلول الصيغه من هذه الحيثية شمول الوقف على الفقراء للجميع، إلاّ أنّ ذلك مفهوم لغويّ و العرف يخالفه، فإنّه يدلّ على إرادة المسلم فقراء المسلمين و إرادة الكافر فقراء نحلته، فتخصّص به، لأنّ العرف مقدّم. و هذا يتمّ مع تحقّق دلالة العرف و شهادته الحال عليه، فلو انتفت فلا معارض للّغه، إلاّ أنّ ثبوتها لما كان ظاهرا أطلق -كغيره- الحمل على ما دلّت عليه الآن. و لا فرق بين الوقف على الفقراء مطلقا -كما مثّل- و فقراء بلده أو بلد مخصوص.

نعم، لو لم يكن في البلد المعين إلاّ فقراء الكفّار حيث يكون الواقف المسلم أو بالعكس و علم الواقف بذلك انصرف إلى الموجود كيف كان، عملا بالإضافه، و حذرا من بطلان الوقف حيث لا مصرف له مع إمكان حمله على الصحه، و لانتفاء القرينه. و لو لم يعلم بذلك ففي كون الحكم كذلك و جهان، من وجود الإضافه و العموم المتناول للموجود، و من أنّه بعدم العلم لا توجد القرينه الصارفه عن المتعارف. و لعلّ إلحاقه بالأوّل أولى.

و لو وقف على المسلمين، انصرف إلى من صلى إلى القبلة. (١) و لو وقف على المؤمنين (٢) انصرف إلى الاثنى عشرية، و قيل: إلى مجتنبى الكبائر. و الأول أشبه.

قوله: «و لو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلى إلى القبلة».

أى من اعتقد وجوب الصلاة إليها حيث تكون الصلاة واجبه. و المراد:

انصرافه إلى من دان بالشهادتين، و اعترف من الدين بما علم ضروره، و منه الصلاة إليها و إن لم يصل حيث لا يكفر بذلك. و يلحق به أطفاله و مجانينه تبعاً، لاندراجهما معه عرفاً، و شموله لهما تبعاً، كما تدخل الإناث فى صيغه الذكور. و يخرج بما ذكرناه من فرق المسلمين من حكم بكفره من الخوارج و النواصب و الغلاة و المجسمه و غيرها.

و إطلاق دخول المصلى إلى القبلة لا يخرج له لکنه مراد، مع احتمال العموم نظراً إلى شمول المفهوم عرفاً.

و لا- فرق بين كون الواقف من المسلمين محققاً و غيره عملاً- بالعموم. و قيل: إن كان الواقف محققاً يختص الوقف بقبيله، لشهاده الحال كما لو وقف على الفقراء. و رد بأن تخصيص عام لا يقتضى تخصيص آخر، و شهاده الحال ممنوعه. و الفرق بين المسلمين و الفقراء قائم، فإن إرادته الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم و تباين مقالاتهم و معتقداتهم بعيد، بخلاف إرادته فرق المسلمين من إطلاقهم، فإنه أمر راجح شرعاً مطلوب عرفاً. و الأقوى المشهور.

نعم، لو كان الواقف من إحدى الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيله من وقفه و لا غيره ممن يحكم بكفره أيضاً حيث لا يشهد حاله بإخراجه. و يحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيله خاصه اقتصاراً فى التخصص على محلّ اليقين، و هو حسن إلا مع شهاده الحال بخلافه.

قوله: «و لو وقف على المؤمنين. إلخ».

الإيمان يطلق على معينين: عام و خاص. فالعام هو التصديق القلبى بما جاء به النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و الإقرار باللسان كاشف عنه، و هو أخص من الإسلام مطلقاً، و هذا المعنى معتبر عند أكثر المسلمين. و الخاص قسمان: أحدهما:

أنه كذلك مع العمل الصالح، بمعنى كون العمل جزءاً منه، و صاحب الكبيره عليه

ليس بمؤمن، وهذا مذهب الوعديّ، وقريب منه قول المعتزله بأنّ للفساق منزله بين المنزلتين. والثاني: اعتقاد إمامه الاثني عشر إماما عليهم السلام، وهذا هو المعنى المتعارف بين الإماميّة.

فإذا وقف واقف على المؤمنين و أطلق فإن كان من الإماميّة انصرف الوقف إلى الاثني عشرية، لأنّه المعروف عندهم من هذا الإطلاق. وإن كان من غيرهم فظاهر المصنّف والأكثر كونه كذلك. وهو مشكل، لأنّ ذلك غير معروف عنده ولا قصده متوجّه إليه فكيف يحمل عليه؟! أو ليس الحكم فيه كالمسلمين في أنّ لفظه عامّ فينصرف إلى ما دلّ عليه اللفظ وإن خالف معتقد الواقف كما تقدّم، لأنّ الإيمان لغه (١) هو مطلق التصديق وليس بمراد هنا، واصطلاحاً يختلف بحسب المصطلحين، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العامّ، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إماميّ كان حسناً، أو يقال: إذا كان من الوعديّ يحمل على معتقده، أو من الإماميّة فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده، عملاً بشهادته الحال و دلالة العرف الخاصّ و القرائن الحاليّة. ولو كان الواقف إماميّاً وعيديّاً كما اتّفق لكثير من قدمائنا تعارض العرفان عنده، ولعلّ حمله على المعنى المشهور - وهو الأخير - أوضح، لأنّه أعرف.

إذا تقرّر ذلك: فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور في المعنى المشهور اجتناب الكبائر؟ قال الشيخ (٢): نعم، فلا يجوز للفساق من الإماميّة أخذ شيء منه، و تبعه جماعه (٣). و لعلّ مبناه على أنّ العمل جزء من الايمان كما هو مأثور عن السلف و ورد في كثير من الأخبار (٤)، و أنّه مرّكب من ثلاثه أشياء: اعتقاد بالجنان و إقرار باللسان

ص: ٣٣٨

١-١) راجع الصحاح ٢٠٧١: ٥: ماده (أمن).

٢-٢) النهايه: ٥٩٧-٥٩٨.

٣-٣) منهم ابن البراج في المهدب ٢: ٨٩، و ابن حمزه في الوسيله: ٣٧١.

٤-٤) راجع الوسائل ١١: ١٢٧ ب «٢» من أبواب جهاد النفس ح ٣ و ٤ و ٥ و غير ذلك.

و عمل بالأركان (١)، فيكون العمل ثلث الايمان. و المشهور -و هو الأصح- عدم اعتباره، و إليه ذهب الشيخ (٢) -رحمه الله- في التبيان أيضا، لما تحقّق في الكلام من أنّ الإيمان هو التصديق بالقلب و الإقرار باللسان على الوجه السابق و أنّ العمل ليس بجزء منه و لا شرط.

بقي هنا أمران:

أحدهما: أنّ القائل بحرمان الفاسق عبّر باشتراط اجتناب الكبائر و فرّع عليه حرمان الفاسق من المؤمنين، و بين الأصل و الفرع تباين كثير، فإنّ الفسق يحصل بارتكاب الكبائر و بالإصرار على الصغائر و بمخالفه المرّوه و إن لم يكن الفعل محرّما، لأنّ الفسق يقابل العدالة فإذا إزالتها مخالفه المرّوه ثبت الفسق. و لا شبهه في أنّ ترك المرّوه لا يخرج عن الإيمان، لأنّه ليس من الأعمال السيئه على أصل القائل، كما لا- شبهه في أنّ ارتكاب الكبائر عنده مخرج، و بقي أمر الإصرار على الصغائر فعلى تفرّيعه يخرج دون أصله. و يمكن إدراجه بأنّ الإصرار على الصغيره يلحقها بالكبيره كما يتّبه عليه قوله: «و لا صغيره مع إصرار» (٣)، أو يجعل جميع الذنوب كبائر و أنّ صغرها و كبرها إضافيّ كما ذهب إليه جماعه (٤).

و الثاني: أنّ المعروف من إطلاق القائل بالمذهب المشهور أنّ المؤمن معتقد إمامه الاثنى عشر كما ذكرناه دون غيرهم، و لم يذكروا اشتراط أمر آخر، و لكنّ الشهيد في الدروس (٥) صرّح باشتراط اعتقاد عصمتهم بناء على أنّه لازم المذهب. و في اشتراطه نظر و إن كان أولى، و يلزمه اشتراط اعتقاد أفضليّتهم على غيرهم و غيره من

ص: ٣٣٩

١-١) أصول الكافي ٢:٢٧ ح ١.

٢-٢) التبيان ٢:٨١.

٣-٣) أصول الكافي ٢:٢٨٨ ح ١.

٤-٤) كالحلّي في السرائر ٢:١١٨، و نسبه الطبرسي في مجمع البيان ٣:٣٨ يقرب إلى أصحابنا.

٥-٥) الدروس: ٢٣٢.

و لو وقف على الشيعة، فهو للإمامية (١) و الجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية.

و هكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبه، دخل فيها كل من أطلقت عليه، (٢) معتقدات الإمامية المجمع عليها عندهم، و الفتاوى خالية عنه، و الظاهر يشهد بخلافه.

قوله: «و لو وقف على الشيعة فهو للإمامية. إلخ».

اسم الشيعة يطلق على من قدم علينا عليه السلام في الإمامه على غيره بعد النبي صلى الله عليه و آله و سلم. و لا شبهه في كون الإمامية منهم، و كذا الجارودية من فرق الزيدية، و كذا الإسماعيلية حيث لا يكونوا ملاحظه، و أما باقي فرق الشيعة كالكيسانية و الواقفية و الفطحية فداخله لكن لانقراضهم استغنى عن ذكرهم.

و القول بانصرافه إلى من ذكر هو المشهور بين الأصحاب تبعا للشيخ (١).

و فضيل ابن إدريس فقال (٢): إن كان الواقف من إحدى فرق الشيعة حمل كلامه العام عليه على شاهد حاله و فحوى قوله، و خصص به، فصرف في أهل نحلته دون من عداهم عملا بشاهد الحال. و نفى عنه في التذكرة (٣) البأس، و هو حسن مع قيام القرينه على إرادته لفريقه، و مع اشتباه الحال فالحكم لعموم اللفظ، كالمسلمين.

و ربما قيل باختصاص الاسم بالإمامية، و هو غريب.

و خصص الجارودية من فرق الزيدية لأنه لا يقول منهم بإمامه على عليه السلام دون غيره من المشايخ سواهم، فإن الصالحية منهم و السليمانية و البترية يقولون بإمامه الشيخين و إن اختلفوا في غيرهما. و الجارودية نسبة إلى الجارود و اسمه زياد بن المنذر.

قوله: «و هكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبه دخل فيها كل من أطلقت عليه».

هذا هو الضابط في جميع هذه المسائل، لكن مع اتفاق العرف أو الاصطلاح

ص: ٣٤٠

١-١) النهاية: ٥٩٨.

٢-٢) السرائر ١٦٢: ٣.

٣-٣) التذكرة ٤٣٠: ٢.

فلو وقف على الإمامية كان للاثني عشرية (١) و لو وقف على الزيدية، كان للقائلين بإمامه زيد بن علي عليه السلام (٢) و كذا لو علّقهم بنسبه إلى أب، كان لكلّ من انتسب إليه بالأبوة، كالهاشميين: فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبي طالب عليه السلام و الحارث و أبي لهب.

على الإطلاق لا- كلام في انصرافه إليه، و مع التعدّد يحمل على المتعارف عند الواقف، و بهذا يتخرّج الخلاف و الحكم في الجميع.

قوله: «فلو وقف على الإمامية كان للاثني عشرية».

أى القائلين بإمامتهم المعتقدين لها. و الكلام في اعتقاد عصمتهم كما سبق في المؤمنين، فإنّ الشهيد-رحمه الله- شرط في الدروس (١) ذلك فيهما. و يظهر منه أنّ الخلاف في اشتراط اجتناب الكبائر آت هنا، و ليس كذلك. و الفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه، فإنّ مفهوم الإمامية لا مدخل له في العمل مطلقاً، بخلاف المؤمنين.

قوله: «و لو وقف على الزيدية كان للقائلين بإمامه زيد بن علي».

الزيدية ينسبون إلى زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام، و يجعلون الإمامه بعده لكلّ من خرج بالسيف من ولد فاطمه عليهم السلام من ذوى الرأى و العلم و الصّلاح، هكذا حكم الشيخان (٢) و تبعهما الأ-كثر. و قال ابن إدريس (٣): هذا الإطلاق ليس بجيد، بل إذا كان الواقف زيدياً كان كذلك و إن كان إمامياً كان الوقف باطلاً، بناءً منه على أنّ وقف المحقّ على غيره باطل. و هو باطل.

ص: ٣٤١

١-١ (١) الدروس: ٢٣٢.

٢-٢ (٢) المقنعه: ٦٥٥، النهايه: ٥٩٨.

٣-٣ (٣) السرائر ١٦٢: ٣-١٦٣.

و الطالبين: فهو لمن ولَّده أبو طالب عليه السلام. و يشترك الذكور و الإناث المنسوبون إليه (١) من جهة الأب نظرا إلى العرف. و فيه خلاف للأصحاب.

قوله: «و يشترك الذكور و الإناث المنسوبون إليه. إلخ».

لا إشكال في دخول الذكور و الإناث في المنسوب و إن وقع بلفظ المذكر كالهاشميين و العلويين، لأن اللفظ حينئذ يشمل الإناث تبعا كما يتناولهن في جميع الخطاب الواقع في التكليف في الكتاب و السنَّة، و لصدق إطلاقه على الإناث يقال:

فلانه علويّه أو هاشميّه أو تميميّه و غيره.

و الخلاف الذي أشار إليه بين الأصحاب في اختصاص النسبه إليه بالأب أو عمومها للأب و الأم، فالمشهور بينهم الاختصاص بالأب، لأنّه المعروف منه لغه و شرعا قال تعالى اُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ (١)، و قال الكاظم عليه السلام: «من كانت أمّه من بني هاشم و أبوه من سائر قريش فإنّ الصدقه تحلّ له و ليس له من الخمس شيء، فإنّ الله تعالى يقول «اُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ» (٢). و قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا بنوهنّ أبناء الرجال الأباعد

(٣) و ذهب المرتضى (٤) إلى دخول أبناء البنات، لاستعماله فيه، و الأصل فيه الحقيقة. أمّا الأول فلقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ مشيرا إلى الحسن و الحسين عليهما السلام: «هذان ابناي إمامان قاما أو قعدا» (٥)، و لقوله تعالى وَ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ - إلى قوله - وَ عِيسَى (٦) مع عدم انتساب عيسى إليه بالأب. و أمّا الثاني فقد

ص: ٣٤٢

١- ١) الأحزاب: ٥.

٢- ٢) الكافي ١: ٥٤٠ ذ ح ٤، التهذيب ٤: ١٢٩ ذ ح ٣٦٦، الوسائل ٣: ٣٥٩ ب «١» من أبواب قسمه الخمس ذ ح ٨.

٣- ٣) خزانه الأدب ١: ٤٤٤-٤٤٥.

٤- ٤) راجع رسائل الشريف المرتضى ٣: ٢٦٢-٢٦٥، و ٤: ٣٢٨ مسألة (٥).

٥- ٥) إعلام الوری: ٢٠٨.

٦- ٦) الأنعام: ٨٤-٨٥.

و لو وقف على الجيران رجوع إلى العرف. (١) وقيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا. و هو حسن، وقيل: إلى أربعين دارا من كل جانب. و هو مطّرح. حَقَّق في الأصول. و أوجب بتسليم الاستعمال لكنّه أعمّ من الحقيقة، و قد حَقَّق فيه أيضا. و لاستلزامه الاشتراك، و المجاز خير منه. و يمكن دفع الأخير بجعله للقدر المشترك بين الأمرين، و هو خير منهما.

قوله: «و لو وقف على الجيران رجوع إلى العرف. إلخ».

وجه الأوّل واضح، لأنّه المرجع حيث لا يكون للفظ حقيقة شرعيّه. و الثاني قول الأكثر و منهم الشيخان (١) و أتباعهما (٢)، و ابن إدريس (٣)، و الشهيد (٤) - رحمه الله - و مال إليه العلامة في التحرير (٥). و مع ذلك لم نقف لهم على مستند خصوصا لمثل ابن إدريس الذي لا يعوّل في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة و نحوها، و العرف لا يدلّ عليه فكيف فيما لا مستند له، و لعلّه عوّل على ما تخيله من الإجماع عليه كما اتّفق له ذلك مرارا.

و أما الثالث فلم أعلم قائله. و جماعه من باحثي مسائل الخلاف كالإمام فخر الدين في الشرح (٦) و المقداد في التنقيح (٧) و الشيخ على (٨) أسندوا دليله إلى روايه العامّة عن عائشه أنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم سئل عن حدّ الجوار فقال: «إلى أربعين»

ص: ٣٤٣

١- ١) المقنعه: ٦٥٣، النهاية: ٥٩٩.

٢- ٢) راجع المذهب ٢: ٩١، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤١، إصباح الشيعه (سلسله الينايع الفقيهيه) ٢٠٢: ١٢.

٣- ٣) السرائر ٣: ١٦٣.

٤- ٤) الدروس: ٢٣٢.

٥- ٥) تحرير الأحكام ١: ٢٨٨.

٦- ٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٦.

٧- ٧) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٠.

٨- ٨) جامع المقاصد ٩: ٤٥.

دارا» (١)، مع أنّ الكليني -رحمه الله- ذكر في الكافي ثلاث روايات بذلك معتبرات الأسناد: إحداهما رواها عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن دراج، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «حدّ الجوار أربعون دارا من كلّ جانب من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله» (٢). و الثانية بالإسناد عن ابن أبي عمير، عن معاوية بن عمّار، عن عمرو بن عكرمه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: كلّ أربعين دارا جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله» (٣). و الثالثة عن عمرو بن عكرمه أيضا، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل في آخره: «إنّ رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم أمر عليّا و سلمان و أبا ذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنّه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه، فنادوا بها ثلاثا، ثمّ أوماً بيده إلى كلّ أربعين دارا من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله» (٤). و الرواية الأولى من الحسن. و لو لا شذوذ هذا القول بين أصحابنا لكان القول به حسنا لكثرة رواياته من الطرفين، و كثيرا ما يثبت الأصحاب أقوالا بدون هذا المستند، و العامه عاملون بروايتهم في ذلك.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن رجعنا في ذلك إلى العرف فالأمر واضح، فما حكم بدخوله يدخل و ما لا فلا. و إن رجعنا إلى الأذرع فالمعتبر منها الشرعيّ، و هي أربعة و عشرون إصبعا. ثمّ إن انتهى العدد إلى آخر دار أو بين دارين فالحدّ متميّز، و إن انتهى في أثناء دار هل يدخل في الحدّ أم لا؟ يبنى على دخول الغايه في المعنى مطلقا أم لا، أم بالتفصيل بالفصل (٥) المحسوس فلا يدخل و عدمه فيدخل. و الأقوى تفرّعا

ص: ٣٤٤

-
- ١- ١) الجامع الصغير للسيوطي ١: ٥٧٠ ح ٣٦٨٧، كنز العمال ٩: ٥٢ ح ٢٤٨٩٥.
 ٢- ٢) الكافي ٢: ٦٦٩ ح ٢، الوسائل ٨: ٤٩١ ب «٩٠» من أبواب أحكام العشرة ح ١.
 ٣- ٣) الكافي ٢: ٦٦٩ ح ١، الوسائل ٨: ٤٩١ ب «٩٠» من أبواب أحكام العشرة ح ٢.
 ٤- ٤) الكافي ٢: ٦٦٦ ح ١، الوسائل ٨: ٤٨٧ ب «٨٦» من أبواب أحكام العشرة ح ١.
 ٥- ٥) كذا في «م»، و في غيرها: بالمفصل.

عليه حينئذ الدخول. و لو وصل المقدار إلى باب داره خاصّه بنى على ما ذكر، و أولى بعدم الدخول هنا. و صرّح ابن البراج بدخوله في عبارته رديّه [١]، و قوّاه في الدروس (١).

و لو اعتبرنا في الدور العدد رجوع إليه. و لا فرق حينئذ بين الدار الصغيره و الكبيره في الجوانب و إن اختلفت المسافه في الجوانب كثيرا، عملا بمسمّى العدد.

و لو كان من أهل البادية اعتبر من ينزل حوله و يسمّى جاره عرفا أو مساحه أو عددا بالنسبه إلى البيوت المخصوصه.

بقي في المسأله أمور:

الأوّل: لا يعتبر في الجار ملكيه الدار، فلو كان مستأجرا أو مستعيرا استحقّ على الأقوى. و يحتمل اعتبار الملكيه، و عليه لا يستحقّ المالك و لا الساكن. أمّا الأوّل فلعدم المجاوره، و أمّا الثاني فلعدم الملك. و في إلحاق الغاصب بمستوفى المنفعه بحقّ وجهان، من صدق الجوار به عرفا، و من العدوان فلا. يترتب على مجاورته أثر. و فيه نظر، لعدم المنافاه. و رجيح في التحرير (٢) هنا عدم الاستحقاق مع توقّفه في استحقاق المستأجر و المستعير.

الثاني: لو خرج الجار عن الدار فإن بقي مالكا لها اعتبر في بقاء استحقاقه صدق اسم الجار عليه عرفا و إن لم يعتبر العرف ابتداء. فإن خرج عنه بأن انتقل إلى دار أخرى و هجر الأولى و نحو ذلك خرج عن الاستحقاق. و لو لم يكن مالكا بل مستأجرا تّمّت مدّته أو مستعيرا و نحوهما خرج عن الاستحقاق، فإن عاد عاد.

الثالث: لو باع صاحب الدار داره التي يسكنها خرج عن الوقف و دخل المشتري عوضه إن سكن، فإن استعادها البائع عاد إليه الاستحقاق، و هكذا.

ص: ٣٤٥

١- (٢) الدروس: ٢٣٢.

٢- (٣) التحرير ٢٨٨: ١.

و لو وقف على مصلحه فبطل رسمها، صرف في وجوه البرّ. (١) الرابع: لو لم يسكن الدار لم يستحقّ، لانتفاء الاسم عرفا و إن اعتبرت الدار، إذ المعتبر عدد الدور مع صدق اسم الجوار، مع احتمال، للإطلاق. أمّا لو كانت موطنه لكن غاب عنها بسفر بتيه العود لم يخرج عن الاستحقاق، سواء كان الوقف متقدّما على سفره أم اتفق في غيبته.

الخامس: لو كان له داران يتردّد إليهما في السكنى فهو جار لأهلها، فيستحقّ بسببهما معا، لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبره. و لو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحقّ زمن السكنى خاصّه.

السادس: يقسّم حاصل الوقف على عدد رؤوس الجيران مطلقا إن اعتبرنا فيه العرف أو الأذرع، و يستوى فيه الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى، دون العبد، لعدم أهليّته الملك. و الظاهر عدم الفرق بين صاحب الدار و من في عيلولته من ولد و زوجه و غيرهما، لتناول الاسم للجميع و إن كان تناوله له أقوى. و لو اعتبرنا عدد الدور ففي قسمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان. و على الثاني يقسّم على الدور أوّلا ثمّ يقسّم حصّه كلّ دار على رؤوس أهلها.

قوله: «و لو وقف على مصلحه فبطل رسمها صرف في وجوه البرّ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (١) - رحمه الله - و تبعه عليه الجماعة (٢)، و لم أقف فيه على راد منهم إلاّ - المصنّف في النافع (٣) فإنّه نسبه إلى قول مشعرا برده (٤).

و وجه الحكم: أنّ الملك خرج عن الواقف بالوقف الصحيح أوّلا فلا يعود إليه، و القربه الخاصّه قد تعدّرت فيصرف إلى غيرها من القرب، لاشتراك الجميع في أصل القربه. و لأنّه أقرب شيء إلى مراد الواقف، و لا أولويّه لما أشبه تلك المصلحه

ص: ٣٤٦

١-١ (١) النهاية: ٦٠٠.

٢-٢ (٢) الوسيه: ٣٧١، راجع السرائر ١٦٦: ٣، الجامع للشرائع: ٣٧٠، القواعد ٢٦٩: ١.

٣-٣ (٣) المختصر النافع: ١٥٨.

٤-٤ (٤) في «س»: بتردّه.

التي بطل رسمها، لاستواء القرب كلها في عدم تناول عقد الوقف لها و عدم قصد الواقف لها بخصوصها، و مجرد المشابهة لا دخل له في تعلقه بها، فيبطل القيد و يبقى أصل الوقف من حيث القرب. هذا غاية ما قرّوه لتوجيهه.

و فيه نظر: فإنه لا يلزم من قصد القرب الخاصه و إرادتها قصد القرب المطلقه، فإن خصوصيات العبادات مقصوده و لا يلزم بعضها من إرادته بعض. و الدعوى المشهوره- من أنّ المطلق جزء من المقيد (1) فقصده يستلزم قصده كما أنّ العلم به يستلزم العلم به- ممنوعه.

و التحقيق: أنّ المصلحه المذكوره الموقوف عليها لا يخلو: إما أن يكون ممّا ينقرض غالباً، أو ممّا يدوم غالباً، أو يشته الحال.

فالأول: كالوقف على مصلحه شجر مخصوص كالتين و العنب. و هذا الوقف يكون كمنقطع الآخر أو هو بعض أفراده، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحه أخرى يقتضى التأيد.

و الثاني: كالوقف على مصلحه عين من ماء مخصوص و نحوه ممّا تقضى العاده بدوامه فيتفق غوره، أو على قنطره على نهر فيتفق انقطاعه أو انتقاله عن ذلك المكان حيث لا- يكون العاده قاضيه بذلك. و المتجه فيه ما ذكره الأصحاب، لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده إليه يحتاج إلى دليل، و هو منتف. و صرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه.

و الثالث: كالوقف على مسجد في قريه صغيره أو على مدرسه كذلك بحيث يحتمل انقطاع مصلحته كما يحتمل دوامها. و في حملها على أى الجهتين نظر، من أصاله البقاء فيكون كالمؤبد، و الشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكة مطلقاً الذي هو التأيد فيحصل الشك في المشروط، فلا يحكم إلا بالمتيقن منه و هو خروجه عن ملكه مدّه تلك المصلحه، و يبقى الباقي على أصاله البقاء على ملك مالكة.

ص: ٣٤٧

(١- ١) في «م، و»: المقيد جزء من المطلق. و في «ب»: القيد.

و لو وقف فى وجوه البرّ و أطلق،(١)صرف فى الفقراء و المساكين،و كلّ مصلحه يتقرّب بها إلى الله سبحانه و تعالى.

و يمكن أن يقال هنا: إنّ الوقف على المصالح الخاصّه (١) فى الحقيقه وقف على المسلمين، إلاّ أنّه مخصّص ببعض مصالحهم كما تبه عليه فى الوقف على المساجد (٢)، و ذلك هو المصحح للوقف على تلك المصالح التى لا تقبل الملك. و حينئذ فلا يلزم من بطلان المصلحه بطلان الوقف، بل يصرف إلى سائر مصالح المسلمين أو يتعين الأقرب إلى تلك المصلحه فالأقرب، فيصرف وقف المسجد إلى مسجد آخر، و المدرسه إلى مدرسه أخرى، و القنطره إلى مثلها، و هكذا، نظرا إلى تعلق غرض الواقف بذلك الصنف، فإذا فات الشخص كان باقى أفراد الصنف أقرب إلى مراده. و لعلّ هذا أقرب إلاّ أنه يشكّل بالمصلحه التى يعلم انقطاعها، فإنّ الدليل آت فيها و حكم منقطع الآخر متناول لها، إلاّ أن يخصّ هذا بما لا يتعلّق بمصلحه المسلمين بل بمثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه فى باقى البطون و نحو ذلك. و ليس بذلك البعيد. و للتوقّف مجال.

و اعلم أنّه على تقدير صرف الوقف فى وجوه البرّ مع بطلان المصلحه الخاصّه لو عادت بعد انقطاعها و جب عوده إليها، لوجب الوفاء بالعقد السابق، خرج منه ما إذا تعدّر فيبقى الباقي. و على هذا القياس (٣).

قوله: «و لو وقف فى وجوه البرّ و أطلق. إلخ».

البرّ-بالكسر- يطلق على معان منها الطاعه، و الإحسان، و الخير. و هذه الثلاثه تصلح هنا، فمعنى وجوه البرّ وجوه الخير أو وجوه الطاعه لله و نحوه، فيصرف إلى القربات كلّها كنفع الفقراء و المساكين و طلبه العلم و عماره المسجد و المدارس و القناطر و المشاهد و إعانه الحاجّ و الزائرين و أكفان الموتى و نحو ذلك. و فى جواز صرفه

ص: ٣٤٨

١- ١) فى ما لدينا من النسخ الخطيه: خاصّه.

٢- ٢) لا حظ ص: ٣٣١.

٣- ٣) كذا فى «و». و فى «س»: و على هذا، و فى غيرهما: على هذا.

و لو وقف على بنى تميم صحّ، (١) و يصرف إلى من يوجد منهم. و قيل:

لا يصحّ، لأنهم مجهولون. و الأوّل هو المذهب.

و لو وقف على الذمى جاز، (٢) لأنّ الوقف تملكه، فهو كإباحه المنفعه.

و قيل: لا يصحّ، لأنّه يشترط فيه تبه القربه إلاّ على أحد الأبوين. و قيل:

يصحّ على ذوى القرابه. و الأوّل أشبه.

فى مطلق نفع المسلمين و إن كانوا أغنياء وجه، لأنّه من جمله وجوه الخير و إن كان غيره من الوجوه أكمل، فإنّ المذكوره سابقا متفاضله أيضا، و لا يجب تحزى الأكل منها للأصل و صدق المعنى الموقوف عليه.

قوله: «و لو وقف على بنى تميم صحّ. إلخ».

القائل بعدم الصحّ ابن حمزه فإنّه قال: «لا يصحّ الوقف على بنى فلان و هم غير محصورين فى البلاد» (١). و هو مذهب الشافعى (٢)، للجهل بالمصرف حيث إنّّه يتعدّد استيعابهم و حصرهم. و هو مدفوع بالأخبار (٣) و الإجماع الدالّين على صحّ الوقف على الفقراء و المساكين و على المسلمين و المؤمنين مع انتشارهم و عدم حصرهم.

و تبه بقوله: «و الأوّل هو المذهب» على ندور المخالف و ضعف قوله بحيث لا يكاد تخرج المسأله بسبب خلافه عن الإجماع. و فى التذكرة (٤) أسند القول إلى علمائنا مشعرا بالإجماع عليه.

قوله: «و لو وقف على الذمى جاز. إلخ».

أشار بقوله: «لأنّ الوقف تملك» إلى دليل الجواز، و حاصله: أنّ الوقف - كما سلف - تملك عين أو منفعه، و الذمى قابل للتمليك و الإباحه. و أشار إلى أنّ عدم الصحّ مبنى على اشتراط القربه. و قد علم من عدم اشتراطها فيما سبق، و من جعله

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسيله: ٣٧٠.

٢- (٢) أنظر المغنى لابن قدامه ٢٦١: ٦.

٣- (٣) راجع الوسائل ٣٠٨: ١٣ ب «٨» من أبواب الوقوف و الصدقات.

٤- (٤) التذكرة ٤٣٠: ٢.

و كذا يصحّ على المرتدّ. (١) و في الحربيّ تردّد، أشبهه المنع. (٢) و لو وقف و لم يذكر المصرف، بطل الوقف. (٣) تمليكا، و من قوله بعد نقله اشتراط القربه: «و الأول أشبه» أنّ مختاره عدم اشتراطها في الوقف، و هو الوجه، لعدم دليل صالح على اشتراطها و إن توقّف عليها حصول الثواب، و عموم الأدلّه على صحّته و أنّ الوقوف على حسب ما يقفها أربابها (١) يدلّ على عدمه. و قد تقدّم الكلام (٢) في تحقيق هذه الأقوال، و لعلّه أعاد المسأله ليتبّه على الخلاف، فقد ذكر الحكم فيما سبق مجردا عنه.

قوله: «و كذا يصحّ على المرتدّ».

المراد به المرتدّ عن ملّه و المرأه المرتدّه عن فطره. أمّا الرجل المرتدّ عن فطره فلا يصحّ الوقف عليه، لأنّه لا يقبل التملك، و هو شرط صحّحه الوقف. و وجه صحّحه الوقف على المرتدّ ما تقدّم (٣) من وجه الصحّحه على الكافر، لأنّه بمعناه.

قوله: «و في الحربيّ تردّد أشبهه المنع».

قد تقدّم (٤) الكلام في ذلك و ما يدلّ على القولين، و كأنّه أعاد للتنبيه على الخلاف. و كان الأولى الاكتفاء بذكره مرّه واحده، و كذا الذمّي.

قوله: «و لو وقف و لم يذكر المصرف بطل الوقف».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و لم أقف فيه على مخالف إلا ابن الجنيد (٥)، و خلافه غير قادح هنا على قاعده الأصحاب. و يدلّ عليه أيضا أنّ الوقف تمليك كما مرّ فلا بدّ من مالك كالبيع و الهبه، فإنّه لو قال: «بعث دارى بكذا أو وهبتها» و لم يذكر المصرف بطلا- اتفقا، و لأنّه لو وقف على مجهول ك«وقفت على جماعه» بطل فإذا أطلق كان أولى بالبطالان، لأنّ علّه البطلان جهاله المصرف و هي متحقّقه فيهما مع

ص: ٣٥٠

١- ١) الوسائل ٢٩٥: ١٣ ب «٢» من أبواب الوقوف و الصدقات.

٢- ٢) في ص: ٣٣٢-٣٣٣.

٣- ٣) في ص: ٣٣٢-٣٣٣.

٤- ٤) في ص: ٣٣٢-٣٣٣.

٥- ٥) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٤٩٦.

و كذا لو وقف على غير معيّن، (١) كأن يقول: على أحد هذين، أو على أحد المشهدين، أو الفريقين، فالكل باطل.

و إذا وقف على أولاده أو إخوته أو ذوى قرابته، اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور و الإناث، و الأدنى و الأبعد، و التساوى فى القسمة، إلا أن يشترط ترتيباً أو اختصاصاً أو تفضيلاً. (٢) زياده فى هذا. و قال ابن الجنيّد: «لو قال ابن الجنيّد: «لو قال: صدقه لله و لم يذكر من يتصدّق بها عليه جاز ذلك و كانت فى أهل الصّدقات الذين سمّاهم الله تعالى، لأنّ الغرض من الوقف الصدقه و القربه و هو متحقّق» (١). و ردّ بأنّ الغرض من الوقف ليس مطلق القربه بل القربه المخصوصه كما ذكر.

قوله: «و كذا لو وقف على غير معيّن. إلخ».

الوجه فيه ما تقدّم من أنّه تمليك فلا بدّ من مالك معين و لو فى ضمن عامّ أو مطلق، و لا يعقل تمليك ما ليس بمعين. و لأنّ الوقف حكم شرعىّ فلا بدّ له من محلّ معين يقوم به كما يفتقر مطلق العرض إلى المحلّ الجوهرى، و أحد الأمرين أمر كلّى لا وجود له خارجاً و إن كان كلّ واحد منهما موجوداً خارجاً.

قوله: «و إذا وقف على أولاده أو إخوته - إلى قوله - أو تفضيلاً».

وجه الاشتراك فى الجميع تناول اسم القرابه و الأولاد و نحوهما للجميع على السواء، و الإناث يدخلن تبعاً فى اللفظ المختصّ بالذكر فى مثل هذه الإطلاقات كما يدخلن فى الأوامر الشرعيّه المختصّه بالذكر إجماعاً. و حيث ينتفى المقتضى للتفضيل فالحكم بالاشتراك فى الاستحقاق يقتضى التسويه بين الجميع، و خالف فى ذلك ابن الجنيّد (٢) و جعله مع الإطلاق للذكر مثل حظّ الأنثيين حملاً على الميراث. و هو ضعيف.

ص: ٣٥١

١- ١) المختلف: ٤٩٦.

٢- ٢) راجع المختلف: ٤٩٣.

و لو وقف على أحواله و أعمامه تساوا جميعا. (١) و إذا وقف على أقرب الناس إليه، (٢) فهم الأبوان و الولد و إن سفلوا، فلا يكون لأحد من ذوى القرابه شىء، ما لم يعدم المذكورون، ثمّ الأجداد و الإخوه و إن نزلوا، ثمّ الأعمام و الأخوال على ترتيب الإرث، لكن يتساوون فى الاستحقاق، إلا أن يعين التفضيل.

قوله: «و لو وقف على أحواله و أعمامه تساوا جميعا».

لاشترآكهم فى أصل الوقف، و الأصل يقتضى التسويه إلا ما أخرجہ الدليل الخارجى كالإرث أو الخاص كما لو شرط تفضيل بعضهم على بعض، و حينئذ فلا ينحصر فى المفضل فى الإرث بل على حسب ما شرط، لعموم الأمر بالوفاء به (١).

و يفهم من تعليل ابن الجنيد فى الذكور و الإناث كون الأعمام و الأخوال متفاضلين كذلك. و سيأتى فى الوصيه قول بأن إطلاقها للأخوال و الأعمام يقتضى أن يكون للأعمام الثلثان و للأخوال الثلث. و هو ضعيف.

قوله: «و إذا وقف على أقرب الناس إليه. إلخ».

الضابط: أنه ينزل على مراتب الإرث، فيبدأ أولاً بالآباء و الأولاد، ثمّ مع فقد الأولاد للصلب و البطن فلأولادهم، و يشاركون آباء الواقف دون آبائهم و إن كانت العبارة قد تشعر بخلافه، ثمّ ينتقل إلى الإخوه و الأجداد، و يقدم الأقرب إلى الواقف فالأقرب، ثمّ إلى الأعمام و الأخوال كذلك. و يتساوون فى الاستحقاق فى كل مرتبه، لأنّ ذلك هو الأصل إلاّ أن يشترط خلافه فيتبع شرطه، لأنه شرط لا ينافى مقتضى الوقف فيجب الوفاء به.

و مقتضى هذه القاعده أنه لو اجتمع الإخوه المتفرقون أو الأخوال أو الأعمام كذلك اشتركوا فى الاستحقاق و استوا فيه. و الأمر فيه كذلك. و للشيخ (٢) قول بأنّ

ص: ٣٥٢

١- ١) راجع الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب «٢» من أبواب الوقوف و الصدقات.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٢٩٧.

القسم الرابع: فى شرائط الوقف.

و هى أربعة: الدوام، و التنجيز، و الإقباض، و إخراجہ عن نفسه.

فلو قرنه بمدّه بطل. و كذا لو علّقه بصفه متوقّعه. و كذا لو جعله لمن ينقرض غالباً، كأن يقفه على زيد و يقتصر، أو يسوقه إلى بطون تنقرض غالباً، أو يطلقه فى عقبه و لا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض. و لو فعل ذلك، قيل: يبطل الوقف، و قيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون.

و هو الأشبه (١). المتقرّب بالأبوين أولى من المتقرّب بأحدهما حتى بالأم، فيكون الأخ للأبوين أولى من الأخ للأم، و هكذا. و قواه العلامه فى المختلف (١) فى الإخوه، و قطع به فى التحرير (٢) مطلقاً من غير فرق بين الإخوه و غيرهم ممن يتقرّب بالأبوين. و الأقوى المشهور.

قوله: «فلو قرنه بمدّه بطل - إلى قوله - و هو الأشبه».

هنا مسألتان:

إحدهما: أن يقرن الوقف بمدّه كسنة مثلاً. و قد قطع المصنف بطلانه، لأنّ الوقف شرطه التأيد، فإذا لم يحصل الشرط يبطل. و قيل: إنّما يبطل الوقف و لكن يصير حبساً كالثانية، لوجود المقتضى و هو الصيغه الصالحه للحبس، لاشتراك الوقف و الحبس فى المعنى فيمكن إقامه كلّ واحد مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأيد كان قرينه إرادته الحبس، كما لو اقترن الحبس بالتأيد، فإنه يكون وفقاً كما مرّ (٣). و هذا هو الأقوى، لكن هذا إنّما يتمّ مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقى و جب القطع بالبطلان لفقد الشرط.

ص: ٣٥٣

١ - ١) المختلف: ٤٩٧.

٢ - ٢) التحرير ٢٨٨: ١.

٣ - ٣) لاحظ ص: ٣١٢.

و الثانيه: أن يجعله لمن ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف بعده، كما لو وقف على أولاد و اقتصر، أو على بطون تنقرض غالبا. و فى صحته وقفا أو حبسا أو بطلانه من رأس أقوال أشار إليها المصنف و اختار أولها. و يمكن أن يكون اختار الثانى، لأنّ وجوب إجرائه حتّى ينقرض المسّمون يشملهما.

و وجه الأوّل: أنّ الوقف نوع تمليك و صدقه فيتبع اختيار المملّك (١) فى التخصيص و غيره. و لأصالة الصحّح، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد (٢). و لأنّ تمليك الأخير لو كان شرطا فى تمليك الأوّل لزم تقدّم المعلول على العلّة. و لروايه أبى بصير عن الباقر عليه السلام أنّ فاطمه عليها السلام أوصت بحوائطها السبعة إلى علىّ عليه السلام ثمّ إلى الحسن ثمّ إلى الحسين عليهما السلام ثمّ إلى الأكبر من ولدها (٣).

و لعموم ما سلف من توقيع العسكرى عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» (٤).

و أوجب عن الأوّل بأنّ التمليك لم يعقل موقّتا، و كذا الصدقة. و أصالة الصحّح متوقّفه على اجتماع شرائطها، و هو عين المتنازع، لأنّ الخصم يجعل منها التأييد.

و الأمر بالوفاء بالعقد موقوف على تحقّق العقد، و هو موضع النزاع. و كون تمليك الأخير شرطا غير لازم، و إنّما الشرط بيان مصرف الأخير ليتحقّق معنى الوقف. و فعل فاطمه عليها السلام لا حجّه فيه من حيث إنّها لم تصرّح بالوقف بل بالوصيّة، و لا إشكال فيها. و لو سلّم إرادتها الوقف فجاز علمها عليها السلام بتأييد ولدها، للنصّ على الأئمّه عليهم السلام و أنّهم باقون ببقاء الدنيا (٥)، و قوله صلّى الله عليه و آله

ص: ٣٥٤

١- ١) فى «س» و «و»: المالك.

٢- ٢) المائدة: ١.

٣- ٣) الكافى ٧: ٤٨ ح ٥، الفقيه ٤: ١٨٠ ح ٤٠٣، التهذيب ٩: ١٤٤ ح ٦٠٣، الوسائل ١٣: ٣١١ ب «١٠» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ١.

٤- ٤) تقدّم مصادره فى ص ٣٢٩ ه ١.

٥- ٥) يدلّ عليه ما ورد فى باب الاضطرار إلى الحجّه. راجع البحار ١: ٢٣-٥٦.

و سلم: «جبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا على الحوض» [١]. و قول العسكري عليه السلام متوقف على تحقق الوقف، و هو المتنازع.

و فيه نظر، لأن التملك الموقت متحقق في الحبس و أخويه، و هذا منه.

و اشتراط التأييد متنازع مشكوك فيه، فيجوز التمسك بالأصل و عموم الأمر بالوفاء بالعقد، إذ لا شبهه في كونه عقدا غايته النزاع في بعض شروطه. و الاستدلال بعدم افتراق الحبلين إلى أن يردا الحوض على بقاء الذريه إلى آخر الزمان، فيه: أن افتراقهما لازم بعد الموت إلى البعث، فعدم الافتراق إمّا كناية عن الاجتماع باعتبار بقاء النفوس الناطقه أو على ضرب من المجاز، و معهما لا يفيد المطلوب.

و القول بالصحة حسن، و لكن لا يظهر الفرق بين كونه وقفا أو حبسا بدون القصد، فالأولى الرجوع إليه فيه. و لا يقدر في الحبس استعماله فيه على وجه المجاز، إمّا لأنه شائع في هذا الاستعمال، أو لمنع اختصاص كل بصيغه خاصه بل بما أفاده و هو حاصل. و القول باستلزام الصحة انتقال الملك عن الواقف و إلاّ فهو الحبس فيجب أن لا يعود عين النزاع. و بالجملة فالقول بالصحة في الجملة متجه. و فائده الفرق بين الحبس و الوقف على هذا الوجه نادره.

و أمّا القول بالبطلان فنقله الشيخ (١) عن بعض الأصحاب، و احتج له بأن الوقف شرطه التأييد، فإذا لم يرد به إلى ما يدوم لم يتحقق الشرط. و لأنه يكون منقطعا فيصير الوقف على مجهول. و فيه: أن المجهول إن أريد به في الابتداء فظاهر فساد، و إن أريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلا، فلا يحكم بالجهالة، إذ بعد انقراضه يصير موروثا كما سيأتي لا موقوفا. و الكلام في اشتراط التأييد قد سمعته.

ص: ٣٥٥

فإذا انقرضوا رجع إلى ورثه الواقف، وقيل: إلى ورثه الموقوف عليهم.

و الأول أظهر. (١) قوله: «فإذا انقرضوا رجع إلى ورثه الواقف، وقيل: إلى ورثه الموقوف عليه. و الأول أظهر».

هذا الخلاف متفرع على القول بصحته وقفا، إذ لا شبهة في كونه مع وقوعه حبسا يرجع إلى الواقف أو إلى ورثته، كما أنه مع البطلان لا يخرج عنه. وإنما الكلام على القول بصحته وقفا. وقد اختلف الأصحاب في انتقاله بعد انقراض المستمين على أقوال:

أحدها - وهو قول الأ- كثر و منهم العلامة (رحمه الله) في أكثر كتبه (١) - رجوعه إلى ورثه الواقف، لأنه لم يخرج عن ملكه بالكيفية، وإنما تناول أشخاصا فلا يتعدى إلى غيرهم. و لظاهر قول العسكري عليه السلام: إن الوقف على حسب ما يقفه أهله (٢)، و إنما وقفوه هنا على من ذكر فلا يتعدى، و يبقى أصل الملك لهم كالحبس أو هو عينه. و استدلل له أيضا بروايه جعفر بن حيان (٣) عن الصادق عليه السلام. و هي مع تسليم سندها لا دلالة لها على المطلوب، فلذا لم نطل الكلام بذكرها.

و الثاني: انتقاله إلى ورثه الموقوف عليه. اختاره المفيد (٤) و ابن إدريس (٥)، و قواه العلامة في التحرير (٦) لانتقال الملك إليه (٧) قبل الانقراض فيستصحب. و لأن عوده

ص: ٣٥٦

١ - ١) كالتقواعد ١: ٢٦٧، و المختلف: ٤٩٢، و التذكرة ٢: ٤٣٣، و التبصرة: ١٢٦.

٢ - ٢) تقدم في ص: ٣٥٤ هامش رقم (٤).

٣ - ٣) الكافي ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٤٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب «٦» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٨، و في اسم أبي الراوى اختلاف في كتب الحديث بل في نسخ الكتاب الواحد و في الروايات المختلفة. و هنا أيضا في «و» و «ش»: حيان، و في غيرهما: حنان.

٤ - ٤) المقنعة: ٦٥٥.

٥ - ٥) السرائر ٣: ١٦٥.

٦ - ٦) التحرير ١: ٢٨٥.

٧ - ٧) في «و» و «م» و «ب»: إليهم.

و لو قال:وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد،لم يصحّ.(١) إلى الواقف بعد خروجه يفتقر إلى سبب و لم يوجد.ولأنه نوع صدقه فلا يرجع إليه.

و الثالث:أنه يصرف في وجوه البرّ.ذهب إليه السيد أبو المكارم بن زهره (١)، و نفى عنه البأس في المختلف (٢).لخروج الملك عن الواقف فلا يعود إليه،و عدم تعلق العقد بورثه الموقوف عليه،و عدم القصد إليهم فلا ينتقل إليهم،و أقرب شيء إلى مقصوده وجوه البرّ.

و ضعف القولين ظاهر،و أصحّها الأول.و المعتمد وارثه عند انقراض الموقوف عليه،كالولاء،و يحتمل وارثه عند موته مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض.و تظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ثمّ مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض،فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصّه،و على الثاني يشترك هو و ابن أخيه لتلقّيه من أبيه كما لو كان حيا.

قوله:«و لو قال:وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد لم يصحّ».

هذا تفريع على اشتراط التنجيز ربّه مشوّشا،إذ كان حقّه الابتداء بتفريعه.

و تبّه بالمثاليين على أنه لا فرق بين تعليقه بوصف لا بدّ من وقوعه كمجىء رأس الشهر، و هو الذي يطلق عليه الصفة،و بين تعليقه بما يحتمل الوقوع و عدمه كقدوم زيد،و هو المعبر عنه بالشرط.

و اشتراط تنجيزه مطلقا موضع وفاق كالبيع و غيره من العقود،و ليس عليه دليل بخصوصه.نعم،يتوجّه على قول الشيخ (٣) بجواز الوقف في المنقطع الابتداء-إذا كان الموقوف عليه أولا ممّن يمكن انقراضه[أو يعلم] (٤)كنفسه و عبده،بمعنى صحّته

ص:٣٥٧

١-١ (١) الغنيه(الجوامع الفقيهيه):٥٤١.

٢-٢ (٢) المختلف:٤٩٣.

٣-٣ (٣) المبسوط ٢٩٣:٣،الخلافاً ٥٤٤:٣ مسأله ١٠.

٤-٤ (٤) كذا في «و» و في «ب» و «م»:و يعلم.و لم ترد الكلمه في «س» و «ش».

و القبض شرط فى صحته، فلو وقف و لم يقبض، ثم مات كان ميراثا. (١) بعد انقراض من بطل فى حقه -جواز المعلق على بعض الوجوه. و قد تقدم (١) ضعفه.

و يستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان الشرط واقعا و الواقف عالما بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، فلا يضر كغيره.

قوله: «و القبض شرط فى صحته، فلو وقف و لم يقبض ثم مات كان ميراثا».

لا- خلاف عندنا فى اشتراط القبض فى تمامية الوقف بحيث يترتب عليه أثره، بمعنى كون انتقال الملك مشروطا بالعقد و القبض، فيكون العقد جزء السبب الناقل و تمامه القبض، فقبله يكون العقد صحيحا فى نفسه لكنه ليس بناقل للملك، فيجوز فسخه قبله، و يبطل بالموت قبله، و النماء المتخلل بين العقد و القبض للواقف.

و بهذا يظهر أن القبض من شرائط صحه الوقف كما عثر به المصنف و جماعه (٢). و لكن بعضهم (٣) عثر بأنه شرط للزوم، و لا يريدون به معنى غير ما ذكرناه، و إن كان من حيث اللفظ محتملا لكونه عقدا تاما ناقلا للملك نقلا غير لازم كالمملك فى زمن الخيار للبائع، فإن النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل إليه، و ليس كذلك هنا اتفاقا، و إنما أراد بكونه شرطا فى اللزوم أن العقد لا يتم و لا يلزم بحيث يترتب عليه أثره، أو أن الانتقال لا يلزم و لا يتحقق بدونه، و نحو ذلك.

و يدل على جواز الرجوع فيه قبل القبض -مع الإجماع- صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدو له

ص: ٣٥٨

(١ - ١) فى ص: ٣٣٠.

(٢ - ٢) كالعلاجه فى القواعد ١: ٢٦٦، و المقداد السيورى فى التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ١١.

(٣ - ٣) راجع الخلاف ٣: ٥٣٩ مسألة ٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤١، إصباح الشيعه (سلسله الينايع الفقيهيه) ١٢: ٢٠٢.

أن يحدث في ذلك شيئاً، فقال: إن كان أوقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع، وإن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لم يحوزوها و قد بلغوا» (١). و على بطلانه بموت الواقف قبله روايه عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا فقال عليه السلام: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره». (٢) و قد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقه الوقف و استدلوا به على ما ذكرناه، مع احتمال أن يريد بالصدقه معناه الخاص فلا يكون دليلاً. و يؤيده قوله في آخر الحديث: و قال: «لا يرجع في الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى» فإن هذا الحكم من خواص الصدقه الخاصه لا الوقف.

و الظاهر أن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف، لأن ذلك هو شأن العقد الجائز فضلاً عن الذي لم يتم ملكه، و لكنهم اقتصرُوا على المروى. و يحتمل هنا قيام البطن الثاني مقامه في القبض، و يفرق بينهما بأن موت الواقف ينقل ماله إلى وارثه، و ذلك يقتضى البطلان كما لو نقله في حياته، بخلاف موت الموقوف عليه فإن المال بحاله و لم ينتقل إلى غيره، لعدم تمامية الملك. و في التحرير (٣) توقّف في صحته إذا قبض البطن الثاني، و لم يذكره في غيره و لا غيره. و في معنى الموت الجنون و الإغماء.

إذا تقرّر ذلك فالقبض المعتبر هنا هو المعتبر في البيع، و قد حقّقناه ثم (٤).

ص: ٣٥٩

١ - ١) الكافي ٧: ٣٧ ح ٣٦، التهذيب ٩: ١٣٤ ح ٥٦٦، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩٢، الوسائل ١٣: ٢٩٨ ب «٤» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٤.

٢ - ٢) الفقيه ٤: ١٨٢ ح ٦٣٩، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٧، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩٠، الوسائل ١٣: ٢٩٩ ب «٤» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٥.

٣ - ٣) التحرير ١: ٢٨٥.

٤ - ٤) راجع ج ٣: ٢٣٨.

و لو وقف على أولاده الأصاغر، كان قبضه قبضا عنهم. وكذا الجد للأب.

و فى الوصى تردّد، أظهره الصّحّه. (١) و الأقوى أنّه لا- يشترط فيه الفورىّ للعقد، للأصل و انتفاء دليل يدلّ عليه. و فى الروايتين السابقتين إرشاد إليه حيث علّق البطلان بعدم القبض إلى أن يموت، فإنّ مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل. و يحتمل اعتبار الفورىّ، لأنّه ركن فى العقد فجرى مجرى القبول، خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول. و بهذا يفارق قبض البيع، فإنّ الملك و العقد يتمّ بدونّه، فلا يشترط فى تحقّق حكمه فورىّته قطعاً.

قوله: «و لو وقف على أولاده الأصاغر- إلى قوله- أظهره الصّحّه».

لما كان المعبر من القبض رفع يد الواقف و وضع يد الموقوف عليه و كانت يد الوليّ بمنزله يد المولّى عليه كان وقف الأب و الجدّ و غيره- ممّن له الولاية على غير الكامل لما فى يده- على المولّى عليه متحقّقاً بالإيجاب و القبول، لأنّ القبض حاصل قبل الوقف فيستصحب و ينصرف إلى المولّى عليه بعده لما ذكرناه. و الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولّى عليه للوقف و عدمه، لتحقّق القبض الذى لم يدلّ الدليل على أزيد من تحقّقه. و يحتمل اعتبار قصده قبضا عنه بعد العقد، لأنّ القصد هو الفارق بين القبض السابق الذى كان لغير الوقف و بينه.

و لا- فرق فى هذا الحكم بين أصناف الوليّ كالأب و الجدّ و الحاكم و الوصى على أصحّ القولين. و لكنّ المصنّف تردّد فى إلحاق الوصىّ بغيره من الأولياء فى ذلك، و كذا العلامه فى التحرير (١)، نظراً إلى ضعف يده و ولايته بالنسبة إلى غيره. و لا وجه للتردّد، فإنّ أصل الولاية كاف فى ذلك، و المعبر هو تحقّق كونه تحت يد الواقف مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه، فيكون يده كيده، و لا- يظهر لضعف اليد و قوّتها أثر فى ذلك. و فى معنى ما ذكر ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعه و عاريه و نحوهما، لوجود المقتضى للصّحّه و هو القبض، فإن استدامته كابتدائه إن لم يكن أقوى، و لا دليل على اعتبار كونه واقعا مبتدأ بعد الوقف.

ص: ٣٦٠

و لو وقف على نفسه، لم يصح (١) وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره. وقيل: يبطل في حق نفسه، و يصح في حق غيره. و الأول أشبه.

و لو كان القبض واقعا بغير إذن المالك كالمقبوض بالغصب و الشراء الفاسد ففي الاكتفاء به نظر، من صدقه في الجملة كما ذكر، و النهى عنه غير قاذح هنا، لأنه ليس بعباده خصوصا إذا لم يشترط فيه القربة، و من أن القبض ركن من أركان العقد و المنهى عنه لا- يعتد به شرعا. و لهذا لو قبض الموقوف عليه بدون إذن الواقف لغى، فلو اعتبر مطلق القبض لكفى و إن أثم. و قد مضى مثله في باب الرهن (١). و اختلف كلام العلامة في التذكرة (٢) فقطع هنا بالاكتفاء بقبض الغاصب، و في الرهن (٣) بعدمه و أنه يشترط الإذن و مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض. و سيأتى مثله في الهبة (٤) و أن كلام المصنف يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب، و لعله أجدد. و حيث لا- يعتبر تجديد القبض لا- يعتبر مضى زمان يمكن فيه إحداثه و إن اعتبر اعتبر، لأن الإذن فيه يستدعى تحصيله و من ضروراته مضى زمان، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد. و قد تقدم له مزيد تحقيق في الرهن. (٥)

قوله: «و لو وقف على نفسه لم يصح إلخ».

لا- خلاف بين أصحابنا في بطلان وقف الإنسان على نفسه. و لأن الوقف إزالة ملك و تملك من الواقف و إدخال ملك على الموقوف عليه، و الملك هنا متحقق ثابت لا يعقل إدخاله و تجديده مع ثبوته و لا اشتراط نفعه لنفسه كالبيع و الهبة. و لأنه تملك منفعه وحدها أو مع الرقبه، و لا- يعقل تملك الإنسان نفسه. و خالف في ذلك بعض العامه [١] فصححوه بناء على أن استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه ملكا، و قد

ص: ٣٤١

١- ١) في ج ٤: ١٥.

٢- ٢) التذكرة ٤٣٢: ٢.

٣- ٣) التذكرة ٢٥: ٢.

٤- ٤) في ج ٦ النظر الأول في حقيقه الهبة.

٥- ٥) في ج ٤: ١٦.

يقصد حبسه و منع نفسه من التصرف المزيل للملك.

إذا تقرر ذلك، فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، لبطالته في حق نفسه. و هل يصح في حق غيره؟ قولان تقدم (١) الكلام فيهما و أنّ الأقوى البطلان مطلقا. و على تقدير الصحه هل يصح لغيره من حين الوقف أو بعد موت الواقف؟ وجهان و قد تقدم اختيار الشيخ (٢) للأول. و هو مشكل، لأنه خلاف مقصود الواقف. و قد قال العسكري عليه السلام: «إنّ الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» (٣) و أهلها هنا لم يقصدوا ذلك الغير ابتداء فكيف يصرف إليه؟ و الأقوى تفريعا على الصحه انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه، و بهذا يسمى منقطع الأول.

و لو انعكس الفرض بأن وقف على غيره ممن ينقض ثم على نفسه فهو منقطع الآخر، و قد تقدم (٤) اختيار صحته حسبا على ذلك الغير. و لو عقب ذلك بعد نفسه بالوقف على آخر فهو منقطع الوسط، و حكمه فيما بعد نفسه كالأول.

و لو عطف الغير في الأول على نفسه بالواو فليس بمنقطع الأول، لبقاء موقوف عليه ابتداء و هو الغير، فإنّ الموقوف عليه ليس هو المجموع منه و من الغير من حيث هو مجموع بل كلّ واحد منهما. و الأقوى صحه الوقف على الغير في نصفه و بطلان النصف في حقه، لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف مع وجود المقتضى للصحه و هو الصيغه مع ما يعتبر معها.

و يحتمل ضعيفا أن يكون الكل للغير خصوصا لو جعلناه للغير في السابق كما مرّ، نظرا إلى أنّ الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع من حيث هو مجموع، و الحكم بالتنصيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كلّ منهما كمنقطع الأول، فإذا

ص: ٣٤٢

١-١) في ص: ٣٢٨.

٢-٢) في ص: ٣٣٠.

٣-٣) تقدم مصادره في ص ٣٢٩ هـ ١.

٤-٤) في ص: ٣٥٣-٣٥٥.

و كذا لو وقف على غيره،(١)و شرط قضاء ديونه أو إدرار مئونه لم يصحّ. أمّا لو وقف على الفقراء(٢)ثمّ صار فقيراً،أو على الفقهاء ثمّ صار ففياً،صحّ له المشاركة في الانتفاع.

امتنع الوقف على أحدهما خاصّه انصرف وقف المجموع إلى الآخر.

و يضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكلّ منهما حصّه،فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كلّ إلى الآخر،لأنّ ذلك خلاف مدلول الصيغه و خلاف مراد الواقف،و العقد تابع للقصد.

قوله:«و كذا لو وقف على غيره. إلخ».

لما كان قاعده مذهب الأصحاب اشتراط إخراج الوقف عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه-من حيث إنّ الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه- فإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدرار مئونه أو نحو ذلك فقد شرط ما ينافى مقتضاه فيبطل الشرط و الوقف معاً.و لا فرق بين أن يشترط قضاء دين معين و عدمه،و لا بين اشتراط إدرار مئونه مدّه معيّنه و مدّه عمره.و مثله شرط الانتفاع به مدّه حياته أو مدّه معلومه،و سواء قدر ما يؤخذ منه أو أطلقه،لوجود المقتضى في الجميع.و من جوّز الوقف على نفسه جوّز اشتراط هذه الأشياء مطلقاً.

و منع الاشتراط المذكور مختصّ بنفسه فلو شرط أكل أهله منه صحّ الوقف و الشرط،كما فعله النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (١)في صدقته،و شرطته فاطمه عليها السلام (٢)كذلك.و كذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره،فإن كان وليه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط،و لا يكون ذلك شرطاً للنفع على نفسه.

قوله:«أمّا لو وقف على الفقراء. إلخ».

الفرق أنّ ذلك ليس وقفاً على نفسه و لا على جماعه هو منهم،فإنّ الوقف على

ص: ٣٦٣

١- ١) الكافي ٧:٤٨ ح ١،٥،٦،١، الفقيه ٤:١٨٠ ح ٤٣٢، التهذيب ٩:١٤٤ ح ٦٠٣،٦٠٤، الوسائل ١٣:٣١١ ب(١٠) من كتاب الوقوف و الصدقات ح ١،٢،٣.

٢- ٢) الكافي ٧:٤٨ ح ١،٥،٦،١، الفقيه ٤:١٨٠ ح ٤٣٣، التهذيب ٩:١٤٤ ح ٦٠٤، الوسائل ١٣:٣١١ ب(١٠) من كتاب الوقوف و الصدقات ح ١،٢،٣.

و لو شرط عوده إليه عند حاجته،(١)صحّ الشرط و بطل الوقف،و صار حبسا يعود إليه مع الحاجه و يورث.

مثل ذلك ليس وقفا على الأشخاص المتّصّفين بهذا الوصف بل على الجهه المخصوصه،و لهذا لا يعتبر قبولهم و لا قبول بعضهم و لا- قبضهم و إن أمكن،و لا- ينتقل الملك إليهم و إنما ينتقل إلى الله تعالى،و لا يجب صرف النماء في جميعهم.و مثل هذا يسمّى وقفا على الجهه،لأنّ الواقف ينظر إلى جهه الفقر و المسكنه مثلا و يقصد نفع موصوف بهذه الصفه لا شخص بعينه.و لا فرق في صحّه المشاركه بين أن يكون الواقف متّصفا بالصفه التي هي مناط الوقف حاله الوقف و بعده.

و خالف في أصل الحكم ابن إدريس (١)فمنع من انتفاع الواقف بالوقف في ذلك و نظائره،لخروجه عنه فلا يعود.و قد عرفت جوابه.و في بعض فتاوى (٢)الشهيد -رحمه الله- أنه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها.و هو حسن،فإنّه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه و لم يقصد الجهه،و إذا قصد منع نفسه فقد خصّص العامّ بالتيه،و هو جائز فيجب أتباع شرطه للخبر السابق (٣)،و إنما الكلام عند الإطلاق.

قوله:«و لو شرط عوده إليه عند حاجته.إلخ».

البحث هنا يقع في موضعين:

الأول في صحّه هذا الشرط.و فيه قولان :

أحدهما :-و اختاره المعظم بل ادّعى المرتضى (٤)عليه الإجماع-صحّه العقد و الشرط،و لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٥)

«و المؤمنون عند شروطهم» (٦)و قول العسكري

ص:٣٦٤

١-١) السرائر ١٥٥:٣.

٢-٢) حكاة المحقق الثاني في جامع المقاصد ٢٨:٩.

٣-٣) المتقدم في ص:٣٢٩ الهامش (١).

٤-٤) الانتصار:٢٢٦-٢٢٧.

٥-٥) المائدة:١.

٦-٦) التهذيب ٣٧١:٧ ح ١٥٠٣،الاستبصار ٢٣٢:٣ ح ٨٣٥،الوسائل ٣٠:١٥ ب«٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» (١)، ولخصوص روايه إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شيء من مالي أو من علته فأني أحق به، إله ذلك وقد جعله لله، وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل، أ يرجع ميراثا أو تمضى صدقته؟ قال: يرجع ميراثا على أهله» (٢) والمراد بالصدق في الروايه الوقف بقريته الباقي، ولأن الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجاره.

و ثانيهما: البطلان. ذهب إليه الشيخ في أحد قولييه (٣) وابن إدريس (٤) والمصنّف في النافع (٥)، لأنّ هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأنّ الوقف إذا تمّ لم يعد إلى المالك على حال، فيكون فاسداً و يفسد به العقد.

و أجابوا عن الأول بأنّ وجوب الوفاء بالعقد و الكون مع الشرط مشروط بوقوعه على الوجه الشرعيّ، و هو عين المتنازع. و صحّه الشرط المذكور ممنوعه، فإنّها عين المتنازع. و الروايه الخاصّه في طريقها أبان، و الظاهر أنّه ابن عثمان، و حاله معلوم.

و فيه: انه لا شبهه في كون الواقع عقدا صحّ أم فسد، و الحاصل فيه شرطا فيتناولهما العموم حيث لا اتفاق على بطلانهما و إن كان من المتنازع. و هذا آت في كثير من نظائره من مسائل الخلاف. و أما أبان بن عثمان فقد اتفقت العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه، فلا- يقدر الطعن في مذهبه كيف و قد انضاف إلى ذلك اتفاق الأصحاب أو أكثرهم على العمل بمضمون حديثه. و من ذلك يظهر بطلان حجّه

ص: ٣٦٥

١-١) تقدّم مصادره في ص ٣٢٩ هـ ١.

٢-٢) التهذيب ١٤٦: ٩ ح ٦٠٧، الوسائل ٢٩٧: ١٣ ب «٣» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٣.

٣-٣) راجع لقوله بالبطلان المبسوط ٨١: ٢، و ٣٠٠: ٣، و لقوله بالصحّه النهايه: ٥٩٥.

٤-٤) السرائر ١٥٥: ٣-١٥٧.

٥-٥) المختصر النافع: ١٥٦.

المانع. و العجب أن ابن إدريس ادعى الإجماع على البطلان مع تصريح المرتضى بالإجماع على خلافه، و وافقه المفيد (١) و الشيخ فى النهاية (٢) و ابن البراج (٣) و سلالر (٤) و غيرهم ممن سبقه. و حيثئذ فالعمل بالمشهور أجد.

الثانى: على تقدير الصّحه و الحاجه يجوز له الرجوع و يصير ملكا و يبطل الوقف. و إن لم يرجع أو لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حبسا، أم يستمرّ الوقف على حاله؟ قولان اختار المصنف هنا و العلامه (٥) و جماعه (٦) الأول، عملا بمقتضى الروايه الخاصه، و لاشتراك الوقف و الحبس فى كثير من الأحكام، و لأنّ الوقف لَمّا كان شرطه التأيد و الشرط ينافيه حمل على الحبس و لم يخرج عن ملك المالك بل يورث عنه بعد موته و إن لم يحتج إليه.

فإن قيل: إذا كان قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجه فإذا مات قبل حصولها و رجوعه و جب أن يبقى على ما كان عملا بمقتضى الغايه، و إلّا لزم جعل ما ليس بغايه غايه.

قلنا: الحاجه تتحقّق بالموت، لانتقال المال فيصير الميت فقيرا. و أيضا فإنّ الحبس لا بد أن يكون له نهاية، و حيث لم يكن له نهاية فى هذه الصوره جعل موته النهايه، لأنه محلّ انتقال الملك إلى الوارث، و لا يعقل بقاء الحبس بعد الموت، و الروايه تؤيد ذلك.

ص: ٣٦٦

١- (١) المقنعه: ٦٥٢.

٢- (٢) النهايه: ٥٩٥.

٣- (٣) المهذب: ٢٠٩٣.

٤- (٤) المراسم: ١٩٧.

٥- (٥) قواعد الأحكام: ٢٦٧: ١.

٦- (٦) منهم الشهيد فى الدروس: ٢٣٠، و السيورى فى التنقيح الرائع ٣٠٥: ٢-٣٠٦.

و ذهب المرتضى (١) والعلامة فى المختلف (٢) إلى الثانى، لأنَّ صحَّه الشرط تقتضى العمل بمقتضاه و مقتضى العقد، فإن رجع الواقف بمقتضى شرطه بطل الوقف عملاً بالشرط، وإن لم يرجع و مات كان على حاله عملاً بمقتضى العقد.

و هذا حسن إن لم نعتبر الرواية، و إلاّ فالأوّل أحسن.

بقى هنا أمور :

أحدها : أنّ الحاجه التى شرط عوده عندها، إن بين الواقف كميتها من قصور ماله عن قدر معين أو عن قوت السنه أو غيره أتبع، و إن أطلق رجع فيها إلى العرف.

و لا شك أنّ مستحقّ الزكاه لفقره و غرمه محتاج شرعا و عرفا فيصرف إليه. و احتمال فى الدروس (٣) تفسيرها بقصور ماله عن قوت يوم و ليله و بسؤاله لغيره. و الأشبه (٤) الأوّل.

و الثانى : أنّ قول المصنف: «و يعود إليه مع الحاجه و يورث» لا- يريد بكونه يورث مع عوده، إذ ليس ذلك موضع شبهه، و لأنّه يصير مستدركا، لأنّ عوده إلى ملكه يستلزم كونه موروثا إن بقى على ملكه. بل المراد أنه يورث على تقدير عدم حاجته إليه بناء على صيرورته حبسا كما ذكرناه، و من شأن الحبس أن يبطل بالموت و يورث، فيكون ذلك إشاره إلى القول الأول من الموضع الثانى.

الثالث: قوله: «صحّ الشرط و بطل الوقف» لا يخلو من تجوّز، لأنّ الوقف لم ينعقد بعد حتى يحكم بطلانه، و إنّما المراد أنّ العقد الواقع بصيغه الوقف يقع حبسا لا وقفا، فبطلان الوقف منزّل على ذلك.

الرابع: قوله: «و يعود إليه مع الحاجه» يقتضى أنه مع تحقّقها لا يتوقّف عوده

ص: ٣٦٧

١-١ (١) الانتصار: ٢٢٧.

٢-٢ (٢) المختلف: ٤٩٠.

٣-٣ (٣) الدروس: ٢٣٠.

٤-٤ (٤) فى «و»: و الأولى خ ل.

و لو شرط إخراج من يريد، بطل الوقف. (١) و لو شرط إدخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز، سواء وقف على أولاده أو على غيرهم. (٢) إليه على فسخ العقد بل يفسخ بمجرد ظهورها. و هذا هو الظاهر من لفظ شرطه، لأن شرطه عوده بها لا إعادته. و بهذا عبر الأ-كثرو. و يحتمل عدم عوده بمجرد ظهورها بل يتوقف على اختياره العود، لأن ذلك بمنزلة شرط الخيار لنفسه في الرجوع، و من شأن هذه الشروط إفادة التسلّط على الفسخ لا الانفساخ بنفسه، بل لو شرط الانفساخ بنفسه لم يصحّ، لأن ذلك غير معهود شرعا. و قد يستدلّ للجواز و الانفساخ بنفسه بظاهر الشرط، فإن مقتضاه عوده مع الحاجة بالفعل فيدخل في عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» (١) و يفرّق بين ما لو شرط ذلك بهذا اللفظ و بين ما لو شرط تسلّطه عليه مع الحاجة، فيفسخ بنفسه في الأول دون الثاني. و لا يرد عليه أنّ هذا العقد لا يقبل الخيار، فإنّ هذا النوع من الخيار مستثنى بالنصّ (٢) و الفتوى دون غيره.

قوله: «و لو شرط إخراج من يريد بطل الوقف».

هذا عندنا موضع وفاق، و لأنّ وضع الوقف على اللزوم، و إذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف، إذ هو بمنزلة اشتراط الخيار، و هو باطل. و خالف في ذلك بعض العامة (٣) فسوّغ هذا الشرط، كما سوّغ شرط صرف الرّبع مدّه إلى غير الموقوف عليه، أو صرفها مدّه إليه و مدّه إلى آخر، و نحو ذلك، و الأصل ممنوع.

قوله: «و لو شرط إدخال من يريد (٤) مع الموقوف عليهم جاز.

سواء وقف على أولاده أو على غيرهم».

لأنّ هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإنّ بناءه على جواز إدخال من

ص: ٣٤٨

١-١) راجع ص: ٣٤٤ هـ ٦.

٢-٢) راجع ص: ٣٤٥ هـ ٢.

٣-٣) شرح فتح القدير ٤٣٩: ٥.

٤-٤) يلاحظ الفرق بين نسخه الشرائع التي عندنا و التي عند الشارح، و عليه يبني الشرح.

أمّا لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد، لم يجز و بطل الوقف. (١) سيوجد و سيولد مع الموجود، و اشتراط إدخال من يريد إدخاله في معناه بل أضعف، لأنّه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله و قد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأوّل اتفقا جاز الآخر كذلك أو بطريق أولى.

و ما يقال من أنّ إدخال من يريد يقتضى نقصان حصّه الموقوف عليهم فيكون إبطالا للوقف في ذلك البعض، غير قادح، لأنّ ذلك وارد في شرط إدخال المولود و نحوه، و لأنّ العقد لمّا تضمّن الشرط لم يكن للموقوف عليه حقّ إلا مطابقا له فلا تغيير، و لأنّ الوقف لازم في حقّ الموقوف عليه في الجملة، و إنما المختلف الحصّه و ذلك غير قادح كما لو وقف على بطون فزادت تاره و نقصت أخرى.

قوله: «أمّا لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز و بطل الوقف».

هذا هو المشهور بل ادّعى عليه الشيخ الإجماع (١)، و لما تقدّم من أنّ بناء الوقف على اللزوم، فإذا شرط نقله عن الموقوف عليه إلى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه، فيبطل الشرط و العقد.

و في القواعد (٢) استشكل الحكم بالبطلان مما ذكرناه، و من عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣) و قول العسكري عليه السلام السابق (٤)، و أنّه يجوز الوقف على أولاده سنة ثمّ على المساكين و قد ادّعى في التذكرة (٥) على صحّته الإجماع، و هو يقتضى منع منافاه الشرط لمقتضى الوقف، و لأنّه يصحّ الوقف باعتبار صفه للموقوف عليه كالفقر، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره إن شرط، و هو في معنى النقل بالشرط.

ص: ٣٦٩

١-١ (١) المبسوط ٣:٣٠٠.

١-٢ (٢) القواعد ١:٢٦٧.

٣-٣ (٣) راجع ص: ٣٦٤ هـ ٦.

٤-٤ (٤) راجع ص: ٣٦٥ هـ ١.

٥-٥ (٥) التذكرة ٢:٤٣٤.

وقيل: إذا وقف على أولاده الأصغر، (١) جاز أن يشرك معهم وإن لم يشترط. وليس بمعتمد.

و استقر به في الدروس (١).

و يمكن الفرق بين ما هنا و بين الوقف باعتبار الصفه، فإنه حينئذ ليس على الموقوف عليه مطلقا بل على المتصف بها خاصه، فإذا زالت كان في معنى عدم الموقوف عليه بموت و نحوه، بخلاف نقله عنه بالاختيار. و أما الإجماع الذي نقله في التذكرة فقد رجع عنه في القواعد (٢) إلى الإشكال كهذه المسألة.

قوله: «وقيل: إذا وقف على أولاده الأصغر. إلخ».

القول المذكور للشيخ في النهاية (٣)، و تبعه عليه تلميذه القاضي (٤) لكن شرط عدم قصره ابتداء على الموجودين. و مستند القول صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا و هم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: «لا بأس» (٥). و قريب منها روايه محمد بن سهل، عن أبيه قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس به» (٦). و مثلها صحيحه على بن يقطين عن الكاظم عليه السلام (٧).

ص: ٣٧٠

١-١) الدروس: ٢٣٢.

١-٢) القواعد ٢٦٧: ١.

٣-٣) النهاية: ٥٩٦.

٤-٤) المهذب ٢٨٩: ٢.

٥-٥) الكافي ٧: ٣١ ح ٩، التهذيب ٩: ١٣٥-١٣٦ ح ٥٧٢، الاستبصار ٤: ١٠٠ ح ٣٨٥، الوسائل ١٣: ٣٠١ ب «٥» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٣.

٦-٦) التهذيب ٩: ١٣٦ ح ٥٧٤، الاستبصار ٤: ١٠١ ح ٣٨٨، الوسائل الباب المذكور آنفا ح ٢.

٧-٧) الاستبصار ٤: ١٠١-١٠٢ ح ٣٨٩، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٥، الوسائل الباب المذكور ح ١.

و القبض معتبر في الموقوف عليهم أولاً، و يسقط اعتبار ذلك في بقيه الطبقات. (١) و أوجب بمنع دلالتها على الوقف، لأنّ الجعل و الصدقه أعمّ منه فربما كان السبب غير مقتضى للزوم.

و المشهور عدم الجواز إلاّ مع الشرط في عقد الوقف، لعموم الأدله السابقه.

و يؤيدها روايه جميل بن دراج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يتصدّق على ولده بصدقه و هم صغار إله أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقه لله» (١).

و صحيحه عليّ بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يتصدّق ببعض ماله على بعض ولده و بينه لهم إله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقه؟ قال: «ليس له ذلك إلاّ أن يشترط أنه من ولد فهو مثل من تصدّق عليه فذلك له» (٢).

و الخبر الأول لا- دلالة له على مطلوبهم، لأنّه سأله عن الرجوع فيها. و اشتراك غيرهم معهم ليس برجوع. و أما صحيحه على بن يقطين فمعارضه بصحيحته السابقه. و يمكن التوفيق بينهما بأمرين: أحدهما: أن يكون في الثاني قد شرط قصره على الأولين كما يشعر به قوله: «بعد أن أبانهم» و يحمل الأول على ما لو لم يشترط ذلك كما يدلّ عليه إطلاقه، فيكون ذلك كقول القاضى. و الثانى: حمل النفي في الثانى على الكراهه جمعا. و كلاهما متّجه إلاّ أن الأول من التأويلين أوجه. و أما دلالة الصدقه على الوقف و عدمه فمشترك، إلاّ أنّ الظاهر إرادته في أكثر الأخبار في هذا الباب بالقرائن.

قوله: «و القبض معتبر في الموقوف عليه أولاً، و يسقط اعتبار ذلك في بقيه الطبقات».

لأنّهم يتلقون الملك عن الأول و قد تحقّق الوقف و لزم بقبضه، فلو اشترط قبض

ص: ٣٧١

١ - (١) الكافي ٧: ٣١ ح ٥، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٨، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩١، الوسائل ١٣: ٢٩٨ ب «٤» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٢.

٢ - (٢) ذيل الحديث المتقدّم في ص: ٣٧٠ ه ٧.

و لو وقف على الفقراء أو على الفقهاء، فلا بدّ من نصب قيم لقبض الوقف. (١) و لو كان الوقف على مصلحة، كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول، و كان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة. (٢) الثاني لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل، و هو باطل.

قوله: «و لو وقف على الفقراء أو على الفقهاء فلا بدّ من نصب قيم لقبض الوقف».

لَمَّا كان القبض معتبرا في صحّحه الوقف، و كان الوقف على مثل الفقراء و الفقهاء وقفا على الجهة كما سلف، لم يمكن اعتبار قبض بعض مستحقّي الوقف، لأنّه ليس هو الموقوف عليه في الحقيقة و إن كان الوقف على جهة من جهات مصالحه، فلا بدّ من قابض للوقف، و لَمَّا كان الحاكم هو الذى يرجع إليه حكم هذه المصالح كان نصب القيم لقبض وقفها إليه، و هو المراد من إطلاق نصب القيم. و أولى منه لو قبض بنفسه. و لو نصب المالك بنفسه قيما للقبض فالأقرب الإجزاء خصوصا مع فقد الحاكم و منصوبه. و محلّ نصبه قبل إيقاع صيغته إن اعتبرنا فوريتّه، و إلا فقبله أو بعده. و هو الأقوى.

قوله: «و لو كان الوقف على مصلحة كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول و كان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة».

هنا حكمان:

أحدهما: أن الوقف على المصالح العامّة كالقناطر و المساجد لا يشترط فيه القبول. و وجهه ظاهر، لأنّ القبول يكون من الموقوف عليه، و قد عرفت أنّ الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة، و لا يعقل اعتبار قبولها، بخلاف ما لو كان الوقف على معيّن، فإنّ قبوله ممكن فيمكن القول باعتباره. و يفهم من قول المصنف أنّ القبول معتبر في غير الجهة، و لم يتقدّم منه ما يدلّ على اعتباره.

و الثانى: قبض الوقف فى مثل ذلك، و لا ريب فى اعتباره مطلقا. ثمّ إن كان لتلك المصلحة ناظر شرعى من قبل الواقف تولّى القبض من غير اشتراط مراجعه

ص: ٣٧٢

و لو وقف مسجدا صحَّ الوقف (١) و لو صَلَّى فيه واحد. و كذا لو وقف مقبره تصير وقفا بالدفن فيها و لو واحدا.

الحاكم، لأنَّ الناظر مقدّم عليه، فإن لم يكن لها ناظر خاصّ فالقبض إلى الحاكم.

قوله: «و لو وقف مسجدا صحَّ الوقف. إلخ».

أطلق المصنف تحقّق قبض المسجد بصلاته واحد فيه بعد الوقف و قبض المقبره بدفن واحد فيها. و يجب تقييده بوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقّق الإقباض الذي هو شرط صحّته القبض. و قيده آخرون (١) بإيقاع الصلاه و الدفن بتيّه القبض أيضا، فلو أوقعا ذلك لا- بتيّه- كما لو وقع قبل العلم بالوقف، أو بعده قبل الإذن في الصلاه، أو بعدها لا بقصد القبض- إمّا لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم، و مثله الدفن. و إنما اختصّ هذا الوقف بتيّه القبض و لم يشترط في مطلقه لأنّ المقصود هنا صرفه إلى الجهه الموقوف عليها، و قبض بعض المستحقّين كقبض الأجنبيّ بالنسبه إلى قبض الموقوف عليه، فلا- بدّ من تيّه صارفه له إلى الوقف، بخلاف الوقف على معين، فإن قبضه متحقّق لنفسه، و المطلوب صرفه إليه و هو حاصل، فلا حاجه إلى قصد تعيينه. و من الفرق يظهر أنّ القابض لو كان و كيلا عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير. و كذا لو وقف الأب أو الجد ما بيدهما على المولّى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، و لا يكفي استصحاب يدهما، لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره.

هذا كلّه إذا لم يقبضه الحاكم الشرعيّ أو منصوبه، و إلا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع بإذن الواقف، لأنّه نائب المسلمين و هذا في الحقيقيه وقف عليهم و إن اختصّ بجهه المسجد و المقبره، و لأنّه والى المصالح العامّه لو سلّم عدم كونه وقفنا على المسلمين، فيعتبر قبضه. و ربّما كان قبضه أقوى من قبض المصلّى و الدافن، لأنّ الصلاه و الدفن تصرّف في الوقف، و هو فرع صحّته الوقف التي هي فرع تحقّق القبض، بخلاف قبض الحاكم، لأنّه نفس حقيقته.

و اعلم أنّه لا فرق في الصلاه بين الواجه و المندوبه، و لا بين الواقعه من الواقف

ص: ٣٧٣

(١-١) كالعلامة في القواعد ١: ٢٦٧، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٩: ٢٤.

و لو صرّف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن(١) و لم يتلفظ بالوقف لم يخرج عن ملكه. و كذا لو تلفظ بالعقد و لم يقبضه.

و غيره. و يشترط كونها صحيحه ليتحقق مسماها شرعا. و كذا لا فرق فى المدفون بين الصغير و الكبير. و يعتبر كونه واقعا على وجه الشرعى جامعا لشرائطه، و كون المدفون من جملة الموقوف على دفنهم، كالمسلم فيما يوقف على المسلمين. و فى حكمه من يتبعه من طفل و مجنون. و فى الصغير المسببى الوجهان.

قوله: «و لو صرّف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن.

إلخ».

صرّف- بالتشديد- أى أذن لهم فى التصرف. و وجه عدم الاكتفاء- بعد كون الوقف من العقود اللازمه المتوقفه على صيغته مخصوصه- ظاهر، و لأصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يثبت المزيل. و كذا القول فيما لو تلفظ بالصيغته و لم يقبضه، لأن القبض أحد أركان صحته. و هذا موضع وفاق، و إنما نبه به على خلاف أبى حنيفة (١) حيث جعل الوقف متحققا بالإذن مع الصلاه و بالدفن كذلك، محتجا بالعرف، و قياسا على تقديم الطعام للضيف. و العرف ممنوع، و الفرق ظاهر.

ص: ٣٧٤

١-١) راجع الشرح الكبير و المغنى لا بنى قدامه ٦:٢٠٧ و ٢١٣.

النظر الثالث فى اللواحق و فيه مسائل:

الأولى: الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه

الأولى: الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه، (١) لأن فائده الملك موجوده فيه، و المنع من البيع لا ينافيه كما فى أم الولد.

قوله: «الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه. إلخ».

الكلام هنا يقع فى موضعين:

أحدهما: أن الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف أم يبقى على ملكه؟ و المشهور - و هو اختيار المصنف - انتقاله عنه، لأن الوقف سبب يزيل التصرف فى الرقبه و المنفعه فيزيل الملك كالعق، و لأنه لو كان باقيا على ملكه لرجعت إليه قيمته كالمملك المطلق.

و يظهر من أبى الصلاح (١) من علمائنا - و هو اختيار جماعه من العامه (٢) - أنه لا ينتقل عن ملكه، لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «حبس الأصل و سبل الثمره» (٣) و سيأتى (٤) أن الحبس على الآدمى لا يخرج عن الملك. و لجواز إدخال من يريد مع صغر الأولاد، و لو انتقل لم يجز ذلك. و دليل الصغرى قد تقدم (٥)، و الكبرى

ص: ٣٧٥

١ - ١) الكافى فى الفقه: ٣٢٥.

٢ - ٢) المهذب للشيرازى انظر المجموع ١٥: ٣٤٠، المغنى لابن قدامه ٦: ٢٠٩.

٣ - ٣) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ ح ٢٣٩٧، سنن البيهقى ٦: ١٦٢.

٤ - ٤) فى ص: ٤٣٢.

٥ - ٥) فى ص: ٣٧٠.

ظاهره.

و أجب عن الأوّل بأنّ المراد بتحييس الأصل أن يكون محبوباً على ملك الموقوف عليه و ما فى معناه، لا يباع و لا يوهب و لا يورث، و الملك إنّما زال على هذا الحدّ من الشرائط. و مطلق الحبس لا يدلّ على عدم الخروج، فإنّ منه ما يخرج عن الملك، مع أنّ هذا الحبس ليس هو ذاك، لأنّه قسيمه، فلا يكون قسماً منه، بل هذا حبس أقوى. و إدخال من يريد مع أولاده إن سلّم فبدليل خارج. و الأقوى الأوّل.

و الثانى: على تقدير القول بانتقاله عن ملكه إلى من ينتقل؟ فذهب الأكثر و منهم المصنّف إلى أنّه ينتقل إلى الموقوف عليه، لما أشار إليه المصنّف من أنّه مال مملوك، لوجود فائده الملك فيه، و هى ضمانه بالمثل أو قيمه، و ليس الضمان للواقف و لا لغيره فيكون للموقوف عليه. و منعه من بيعه لا- ينافى الملك، كأّم الولد، فإنّها مملوكة للمولى مع عدم جواز بيعها. و قد يجوز بيعه على بعض الوجوه. و سيأتى نقض ذلك بوارى المسجد و آلاته، فإنّها تضمن بالقيمة و ملكها لله تعالى لا للناس. و ردّ بأنّ النقض إنّما يتمّ إذا جعلنا المضمون فى الوقف على المعين وقفاً، و لو جعلناه للموقوف عليهم لم يتمّ. و فيه نظر، لأنّ جعله للموقوف عليهم طلقاً ربما يؤكّد النقض من حيث إنّ ذلك آكد فى تحقّق الملك، بخلاف جعله وقفاً، فإنّه يبقى على أصل الشبهه.

و احتجّ الإمام فخر الدين (1) على الانتقال إليه بروايه على بن سليمان النوفلى (2) المتضمّنه للسؤال عن أرض موقوفه على قوم منتشرين متفرّقين فى البلاد، فأجاب أبو جعفر الثانى- عليه السلام- بأنّها لمن حضر البلد الذى فيه الملك. و وجه الاستدلال من اللام المفيدة للملك، و أنّ المحكوم عليه هو الأرض لا منفعتها، لأنّها

ص: ٣٧٦

١- ١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٠.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٨ ح ٣٧، الفقيه ٤: ١٧٨ ح ٤٢٧، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٣، الوسائل ١٣: ٣٠٨ ب (٨) من أبواب الوقوف و الصدقات ح ١.

المذكوره سابقا.

و فيه نظر، لأنّ الحكم لو كان على الأرض لما استحقّ من غاب عن البلد منهم شيئا منها، و هو خلاف الإجماع، وإنّما الحكم أنّه لا يجب تتبع من غاب، مع أنّه لو تتبع جاز. و مثله ما لو ذهب فريق من البلد و حضر فريق آخر، فإنّ الحكم ينعكس، و هو يناهى الملك المذكور.

و كيف كان فالأقوى الانتقال إليه كما ذكر، لكن هذا إنما يتمّ في الموقوف عليه المعين المنحصر. أما لو كان على جهة عامّة أو مسجد و نحوه فالأقوى أنّ الملك فيه لله تعالى، لتساوى نسبه كلّ واحد من المستحقين إليه، و استحاله ملك كلّ واحد أو واحد معين أو غير معين، للإجماع و استحاله الترجيح، و لا المجموع من حيث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به.

و المصنّف أطلق الحكم بانتقاله إلى الموقوف عليهم، فيمكن أن يريد به مطلقا كما أطلقه الشيخ (١) -رحمه الله- و جماعه (٢)، نظرا إلى ما تقدّم، و جواز كون الموقوف عليه هو الأمر الكلّي مقيدا بمن حضر. و ما يقال في جوابه -من أنّ المالك لا بدّ أن يكون موجودا في الخارج، لاستحاله ملك من لا- وجود له و لا- تعيين- عين المتنازع، و جاز أن يكون الموقوف عليه الجبهه، و الملك لها. و نمنع من عدم قبولها للملك، فإنّه كما يجوز الوقف عليها يجوز نسبه الملك إليها كذلك.

و الأقوى التفصيل، خصوصا في الوقف على المسجد و المقبره، لأنّه فيهما فكّ ملك كتحرير العبد، و من ثمّ لا يشترط فيه القبول من الحاكم و لا- من غيره، و لا- يشترط القبض من الحاكم، بل كلّ من تولّاه من المسلمين صحّ قبضه بالصلاه كما مرّ. و مثله المقبره. أما الجهات العامّه فلما اشترط فيها قبض القيم أو الحاكم و قيل

ص: ٣٧٧

(١-١) المبسوط ٢٨٧:٣.

(٢-٢) راجع فقه القرآن ٢٩٣:٢، و السرائر ١٥٤:٣، و الدروس: ٢٣٤، و التنقيح الرائع ٢: ٣١١.

وقد يصح بيعه على وجه فلو وقف حصه من عبد ثم أعتقه، لم يصح العتق لخروجه عن ملكه. (١) ولو أعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضا، لتعلق حق البطون به. (٢) باسئراط القبول فيها كانت الشبهه فيها أقوى.

و المراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الأدميين و اختصاصهم، لا كونه مباحا كغيره مما يملكه الله تعالى. و تظهر فائده الخلاف فى مواضع سيفرّع المصنف بعضها.

قوله: «فلو وقف حصه من عبد ثم أعتقه لم يصح العتق، لخروجه عن ملكه».

هذا من جملة الفروع على انتقال الملك عن الواقف. و لا- فرق بين كون الموقوف حصه من العبد و جميعه، لاشتراكهما فى المعنى. و إنما فرضه فى الحصه ليفرّع عليه ما سياتى من وقف (١) الشريك حصته.

قوله: «و لو أعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضا، لتعلق حق البطون به».

لما كان الحكم بانتقال الملك إلى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه فى العين بالعتق و غيره و الأمر ليس كذلك تبه على منعه أيضا. و علله بأنه و إن كان مالكا إلا- أن الحق ليس منحصرا فيه بل مشتركا بينه و بين ما بعده من البطون و إن لم تكن موجوده بالفعل، فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم منه فلا يصح.

و هذا التعليل لا يتم مطلقا، إذ ليس من شرط الوقف أن يكون بعده على بطون، بل قد يكون مختصا به، لما تقدم (٢) من حكمه بصحة الوقف المنقطع الآخر، و قد يكون بعده لجهات عامه دائمه و لا تسمى بطونا. و يمكن السلامه من الأول بجعل الوقف المنقطع حبا- كما هو أحد الأقوال فى المسأله- و إن لم يكن صرح به،

ص: ٣٧٨

١- ١) كذا فى النسخ. و الظاهر أن الصحيح: عتق الشريك. و سياتى فى الصفحه التاليه.

٢- ٢) فى ص: ٣٥٣.

و لو أعتقه الشريك مضى العتق في حصّته (١) و لم يقوّم عليه، لأنّ العتق لا ينفذ فيه مباشرة، فأولى أن لا ينفذ فيه سرايه. و يلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه من الرقّ، و يفرّق بين العتق مباشرة و بينه سرايه، بأنّ العتق مباشرة يتوقّف على انحصار الملك في المباشر، أو فيه و في شريكه، و ليس كذلك افتكاكه، فإنّه إزالة للرقّ شرعا فيسرى في باقيه، فيضمن الشريك القيمة، لأنّه يجرى مجرى الإتلاف. و فيه تردّد.

و الكلام هنا ليس في الحبس، و الجهات الدائمه بعده في حكم البطون.

و كيف كان فلا تخلو العبارة عن تجوّز. و الأولى تعليل عدم صحّحه عتقه بكون الوقف يقتضى تحبّيس الأصل على الموقوف عليه مطلقا و العتق ينافيه. و حينئذ فالقول بملكه له لا يقتضى جواز تصرّفه في الأصل، لمنعه من كلّ تصرّف ناقل للملك من العتق و غيره.

قوله: «و لو أعتقه الشريك مضى العتق في حصّته. إلخ».

هذا أيضا من جملة ما يتفرّع على الخلاف السابق. و تحرير القول في ذلك أن نقول: العبد الذي بعضه وقف و بعضه طلق لو أعتق صاحب الطلق حصّته هل يسرى عليه فيعتق أجمع أم لا-؟ يبنى على أنّ الملك في الوقف هل يبقى للواقف، أم ينتقل إلى الله تعالى، أم إلى الموقوف عليه؟ فعلى الأولين لا يسرى، لأنّه إذا انتقل إلى الله تعالى كان في معنى التحرير الذي لا يقبل التغيير، و إذا لم ينتقل عن الواقف كان في معنى إعتاقه، و هو ممتنع أيضا، لما يستلزم من إبطال حقّ الموقوف عليه.

و على القول بانتقاله إلى الموقوف عليه ففي السرايه و جهان أشار إليهما المصنف، فذهب الأكثر بل كاد يكون إجماعا إلى عدم السرايه، لما أشار إليه المصنّف من العلّه، و هو أن العتق لا ينفذ في الحصّه الموقوفه مباشرة كما سبق (١) فالأولى أن لا ينفذ فيها سرايه. و وجه الأولويّه: أن العتق مباشرة أقوى من العتق بالسرايه، لأنّه

ص: ٣٧٩

(١ - ١) في ص: ٣٧٨.

يؤثر في إزاله الرق بلا واسطه و هى إنما تؤثر فيه بواسطه المباشره، ولأنها من خواص عتق المباشره و توابعه، فإذا لم يؤثر الأقوى المتبوع و ذو الخاصه فالأضعف و التابع أولى.

و وجه السرايه ما أفاده المصنف بقوله: «و يلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق، و يفرق بين العتق مباشره و بينه سرايه بأن العتق مباشره يتوقف على انحصار الملك فى المباشر أو فيه و فى شريكه، و ليس كذلك افتكاكه، فإنه إزاله للرق شرعا».

و تقرير الفرق: أن المانع من نفوذ العتق فيه مباشره فقد شرط من شرائط العتق مباشره، و هو انحصار الملك فى المباشر أو فيه و فى شريك منحصر، فتخلف لأجله تأثير المباشره لفوات هذا الشرط. و ليس هذا الشرط معتبرا فى عتق السرايه، إذ هو إزاله الرق شرعا بطريق القهر، فهى افتكاك محض بمثابة إتلاف الحصه، فيغرم قيمتها للموقوف عليه. فحينئذ لا منافاه بين عدم نفوذ الأقوى لفقد شرط و نفوذ الأضعف لاجتماع شرائطه. و يؤيده عموم قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «من أعتق شركا من عبد و له مال قوم عليه الباقي» (١).

و هذا الفرق مبنى على أن المانع من عتق الموقوف عليه إنما هو حق الشركاء كما تقدم (٢) تقريره منه بقوله: «لتعلق حق البطون به». و قد عرفت أنه غير جيد، و أنه ممنوع من التصرف سواء كان معه شريك أم لا، لاقتضاء الوقف تحييس الأصل مطلقا. و حينئذ فلا فرق بين العتق مباشره و سرايه، و إنما يتم الفرق فى بعض الفروض، و هو ما لو كان الوقف على بطون متعدده أو جهات كذلك لا مطلقا. و أمّا عموم النصّ بالسرايه فمعارض بمثله فى المنع من التصرف فى أصل الوقف، فيبقى معنا استصحاب حال الوقف إلى أن يثبت الناقل الخالى عن المعارض، و لاقتضاء

ص: ٣٨٠

١- ١) راجع عوالى اللثالى ٣: ٤٢٧ ح ٢٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٤٤ ح ٢٥٢٨، مسند أحمد بن حنبل ١: ٥٦.

٢- ٢) فى ص: ٣٧٨.

السرايه سلطنه على مال الغير فيقتصر فيها على موضع الوفاق.

و اعلم أنّ ما بيّناه من الحكم على الأقوال الثلاثة هو ظاهر كلام المصنف: لأنه قال: «و يلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه». و مفهومه أننا إذا لم نقل بذلك -سواء قلنا بانتقاله إلى الله تعالى أم بقائه على ملك الواقف- لا يفكّ. و بهذا المفهوم صرح الشهيد -رحمه الله- في الدروس فقال: «إنّ الوجهين مبنيان على المالك، فإن قلنا هو الله تعالى أو الواقف فلا سرايه، و إن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السرايه» (١). و في شرح الإرشاد جعل الاحتمال قائما عليهما فقال: «إنّ احتمال تقويمه يضعف على تقدير القول بانتقال الموقوف إلى الله تعالى، و يقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم». (٢) هذا لفظه، و لم يذكر حكمه على القول بعدم انتقاله عن ملك الواقف.

و الحق: أنّ الاحتمال قائم على الجميع، لأنّ عموم خبر السرايه شامل للجميع، و المنع مباشره لعارض موجود كذلك، و قد قرّرناه سابقا (٣). و الفرق بين ملك الواقف و الموقوف عليه ضعيف جدّا، فإنّ كلا- منهما ممنوع من التصرف إمّا لحقّ الموقوف عليه مطلقا أو لباقي البطون، أو لعموم اقتضاء الوقف تحييس الأصل عن مثل هذا التصرف. و أمّا القول بانتقاله إلى الله تعالى فقد عرفت أنّ المراد منه قطع سلطنه المالكين من الواقف و الموقوف عليه، و ذلك أيضا لا ينافي إمكان عتقه حيث يدلّ عليه دليل، و ليس هو في معنى التحرير مطلقا. و لهذا جاز بيعه في بعض الموارد، بخلاف التحرير، و إن كان الحكم على تقدير انتقاله إلى الموقوف عليه أوضح.

و اعلم أنّه على القول بالسرايه و دفع قيمه يكون بمنزله إتلاف الوقف على وجه مضمون. و في شراء حصّه من عبد بها يكون وقفا أو اختصاصا البطن الموجود

ص: ٣٨١

١-١) الدروس: ٢٣٤.

٢-٢) غايه المراد: ١٤١.

٣-٣) في ص: ٣٨٠.

الثانية: إذا وقف مملوكا، كانت نفقته في كسبه، (١) اشترط ذلك أو لم يشترط. و لو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم. و لو قيل في المسألتين كذلك، كان أشبهه، لأن نفقه المملوك تلزم المالك. و لو صار مقعدا انعتق (٢) عندنا، و سقطت عنه الخدمه و عن مولاه نفقته.

بها قولان يأتي الكلام فيهما (١).

قوله: «إذا وقف مملوكا كانت نفقته في كسبه. إلخ».

هذا الحكم أيضا متفرع على مالك الوقف، فإن جعلناه للموقوف عليه - كما اختاره المصنف - ففي نفقته وجهان، أحدهما: أنه من كسبه، لأن نفقته من شروط بقائه كعمارته العقار و هي مقدمه من غلته على حق الموقوف عليه، و لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه و هو موقوف على بقاء عينه، و إنما يبقى بالنفقة فيصير كأنه شرطها من كسبه. و الثاني - و هو الأقوى - : و جوبها على الموقوف عليه، لأنه ملكه و النفقه تابعه للملك.

و أما إذا قلنا بأن الملك لله تعالى فيبني على أن نفقه مستحق المنافع كالأجير الخاص و الموصى بخدمته على مستحقها أم لا، فإن جعلناها عليه فهي على الموقوف عليه أيضا و إلا ففي كسبه، فإن تعدد ففي بيت المال. و يحتمل كونها في بيت المال مطلقا على القول بكون المالك هو الواقف. فالنفقه على الموقوف عليه على الأول و على الواقف على الثاني، فإن تعدد لإعسار أو غيره ففي كسبه، فإن قصر ففي بيت المال.

و يحتمل تقديم كسبه و تقديم بيت المال. و أمّا عماره العقار فحيث يشترط و إلا ففي غلته، فإن قصرت لم يجب على أحد، بخلاف الحيوان، لوجوب صيانته روحه. و لو مات العبد فمؤنه تجهيزه كنفقته في حياته.

قوله: «و لو صار مقعدا انعتق. إلخ».

إنما يسقط عن مولاه نفقته من حيث هو مملوك، لأنه قد صار حراً، و لكن نفقته

الثالثه: لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص

الثالثه: لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص، (١) فان كانت دون النفس بقى الباقي وقفا. و إن كانت نفسا، اقتص منه و بطل الوقف، و ليس للمجنى عليه استرقاقه. و إن كانت الجنايه خطأ، تعلقت بمال الموقوف عليه، لتعذر استيفائه من رقبته، و قيل: يتعلق بكسبه، لأن المولى لا يعقل عبدا، و لا يجوز إهدار الجنايه، و لا طريق إلى عتقه فيتوقع. و هو أشبهه. (٢) حينئذ تجب -مع عجزه و عدم وجود باذل لها- على المسلمين كفايه كغيره من المضطرين، و الموقوف عليه من الجملة فيجب عليه لكن من هذه الحيثيه لا من حيث المملوكيه.

قوله: «لو جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص».

إذا جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص، لتناول أدله ثبوته له و إن استلزم إبطال الوقف. و هو موضع وفاق ثم إن كانت الجنايه دون النفس بقى الباقي وقفا، لوجود المقتضى فيه، إذ لا يبطل الوقف بتلف بعض الموقوف. و إن كانت نفسا و اختار الولي القصاص فالأمر واضح. و إن اختار الاسترقاق -الذى هو أحد فردى الحقيين المخير فيهما ولي المجنى عليه إذا كان الجانى عمدا عبدا- فقد قطع المصنف رحمه الله بأنه ليس له استرقاقه. و وجهه: أن الوقف يقتضى التأييد ما دامت العين باقيه، و هو ينافى استرقاقه، لاستلزامه بطلان الوقف مع بقاء عينه، و خروجه عن الوقف فى بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضى التعدى حيث لا دليل.

و قيل: له الاسترقاق أيضا، لأن المجنى عليه استحق إبطال الوقف و إخراجة عن ملك الموقوف عليهم بالقتل قطعاً، و العفو عنه مطلوب شرعاً، و فى استرقاقه جمع بين حق المجنى عليه و فضيله العفو و إبقاء النفس المحترمه بالأصل فيكون أولى من القتل. و التأييد الواجب فى الوقف إنما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه، و هو موجود هنا فيما هو أقوى من الاسترقاق. و هذا أقوى.

قوله: «و إن كانت الجنايه خطأ -إلى قوله- و هو أشبهه».

القول الأول

ص: ٣٨٣

أمّا لو جنى عليه، فإن أوجبت الجنايه (١) أرشا، فللموجودين من الموقوف عليهم. وإن كانت نفسا توجب القصاص فيليهم، وإن أوجبت ديه أخذت من الجانى. و هل يقام بها مقامه؟ قيل: نعم، لأنّ الديه عوض رقبته، و هى ملك للبطن. و قيل: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم. و هو أشبه، لأنّ الوقف لم يتناول قيمه.

؟ للشيخ (١) و جماعه (٢). و وجهه: ما ذكره المصنف من تعذّر استيفائها من رقبته، إذ لا يتعلّق [الأرش] (٣) إلا برقبه من بيع، و قد امتنع ذلك لحقّ الموقوف عليه، فكان عليه أن يفديه بالأرش. و الأقوى ما اختاره المصنف، لأنّ فيه جمعا بين الحقيين. نعم، لو لم يكن كسوبا اتّجه تعلقّ الجنايه برقبته و جواز بيعه كما يقتل فى العمده، و البيع أدون من القتل، بل احتمال فى المختلف (٤) التعلّق بالرقبه و جواز البيع مطلقا لما ذكرناه. و هذا كلّه مبنى على انتقال الملك إلى الموقوف عليه، أمّا لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى تعلقّ بكسبه قطعاً. و يحتمل تعلقهما بمال الواقف لو لم نقل بانتقاله عنه، و تعلقها ببيت المال لو قلنا بالانتقال إلى الله تعالى.

قوله: «أمّا لو جنى عليه فإن أوجبت الجنايه إلخ».

أما استحقاقهم للأرش فلا- شبهه فيه، لأنّه عوض عن جزء فائت أو صفه، و كلاهما من توابع العين التى هى مستحقّه لهم أو مملوكه. و أمّا استحقاقهم القصاص على تقدير فوات نفسه فينبغى تفرّيعه على القول بانتقال الملك إليهم ليكونوا هم الأولياء. كما لو كان المقتول عبدهم. أمّا لو قلنا بانتقاله إلى الله تعالى احتمال أن يكون حكم القصاص إلى الحاكم، لأنّه وليّ هذه المصالح المتعلّقه بالله تعالى. و يحتمل ضعيفا استحقاق الموقوف عليهم من حيث تعلقهم به و استحقاقهم منفعتهم، و لاحتمال

ص: ٣٨٤

١- (١) المبسوط ٢٨٩: ٣.

٢- (٢) راجع التذكرة ٤٤٣: ٢، و غايه المراد: ١٤٢.

٣- (٣) ساقط من «و».

٤- (٤) المختلف: ٤٩٥.

أن يصالح القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقاً أو وقفاً على ما سيأتي. و على كل حال فعلقه الملك متعلقه بهم و إن لم نقل بملك نفس الرقبه. و لو قلنا ببقائه على ملك الواقف فحقّ القصاص إليه.

و المراد بكونها نفساً توجب القصاص: أن يكون القاتل عبداً مثله، و بكونها موجهة للمال: أن يكون القتل خطأ، أو القاتل حرّاً، أو فيه شيء من الحرّيّه.

إذا تفرّز ذلك: فإذا أخذت الدية على تقدير ثبوتها أو صلحهم عليها في العمد فهل يجب إقامه عبد مقامه أو بعض عبد يكون وقفاً، أو يختصّ بها الموجودون من الموقوف عليهم وقت الجنايه؟ قولان أشار المصنف إلى وجههما:

و وجه الأول: أنّ الدية عوض رقبته، و الرقبه ليست ملكاً تامّاً للموجودين، بل للبطون اللاحقه فيها (1) حقّ و إن لم يكن بالفعل لكنّه بالقوّه القريبه منه، لحصول السبب المماحك و المعدّات للملك، و لم يتخلّف منها سوى وجودهم، و حينئذ فلا سبيل إلى إبطال حقّهم، و حينئذ فيجب أن يشتري به عبد أو بعض عبد يكون وقفاً، إبقاء للوقف بحسب الإمكان، و صيانه له عن الإبطال، و توصلاً إلى غرض الواقف. و لأنّ الوقف تابع لبقاء المائيه، و لهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيعه و يكون (2) وقفاً.

و وجه الثاني: أنّ الوقف ابتداء متعلّق بالعين، لأنّ موضوعه العين الشخصيه لا غير، و قد بطلت بإتلافه فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حقّ، لأنهم حال الجنايه غير مستحقّين، و وقت صيرورتهم مستحقّين قد خرج النالف عن كونه وقفاً. و يضعف بأنّ قيمه بدل عن العين فيملكها من يملكها على حدّ ما يملكها، و يتعلّق بها حقّ من يتعلّق حقّه بها. و الوقف و إن لم يتناول قيمه مطابقه لكنّه يتناولها اقتضاء من حيث إنّها قائمه مقام العين. و لأنّ حقّ الوقف أقوى من حقّ الرهن، و هو يتعلّق بالقيمه فالوقف أولى. و حينئذ فالأقوى الأوّل.

ص: ٣٨٥

١ - ١) في «س، و»: منها.

٢ - ٢) في «س، م»: فيكون، و في غيرهما: يكون.

.....
بقي هنا مباحث:

الأول: يظهر من العبارة أنّ الخلاف مختصّ بالديه، أمّا الأرش فقد قطع بكونه للموجودين. و الذي يقتضيه الدليل و صرح به غيره أنّ حكمه كالديه و الخلاف واقع فيهما، و الضابط إيجاب الجنايه المال.

الثاني: على تقدير شراء بدله من يتولّى شراءه؟ يبنى على القاعده السابقه، فإن قلنا الملك للموقوف عليهم فحقّ الشراء لهم، لأنهم المالكون، و البطون اللاحقه تابعه لهم. و يحتمل الحاكم نظرا إلى مشاركه البطون اللاحقه، و ليس للسابق ولايه عليهم، بخلاف الحاكم. و إن جعلنا الملك لله تعالى فالحاكم ليس إلّا. و لو أبقيناه على ملك الواقف فالوجهان. و حيث يتعدّر الحاكم يتولاه الموقوف عليه قطعا، فإن تعدّر [أو كان منتشرا] (1) فبعض المؤمنين حسبه.

الثالث: هل يصير وقفا بمجرد الشراء، أم يفتقر إلى الصيغه؟ كلّ محتمل و إن كان الأول أقوى، لأنّه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن. و على الثاني يباشره من يباشر الشراء.

الرابع: لو لم تف القيمة لعبد كامل اشترى شقص بها امثالاً للأمر بحسب الإمكان. و لو فضل منه فضل عن قيمه عبد اشترى معه و لو شقص آخر بالباقي.

الخامس: هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص، أو عن الأرش، أو الديه؟ يبنى على أنّ البطون اللاحقه هل تشارك فيه أم لا؟ فعلى الأول ليس لهم العفو، و على الثاني لهم، لانحصار الحقّ فيهم.

السادس: على تقدير المشاركه لو عفى الأول فللثاني أن يستوفى، لوجود سبب الاستحقاق من حين الجنايه و إن لم يثبت بالفعل، مع احتمال العدم، لتجدّد استحقاقهم بعد سقوط الحقّ بالعفو. و على تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كأول لو كانت الجنايه توجهه، أم يختصّ بالديه؟ وجهان، من مساواته

ص: ٣٨٤

الرابعة: إذا وقف في سبيل الله، انصرف إلى ما يكون وصله إلى الثواب

الرابعة: إذا وقف في سبيل الله، انصرف إلى ما يكون وصله إلى الثواب، كالغزاه و الحجّ و العمره و بناء المساجد و القناطر. (١) وكذا لو قال في سبيل الله (٢) و سبيل الثواب و سبيل الخير كان واحداً، ولا يجب قسمه الفائدة أثلاثاً.

للاوّل في الاستحقاق، و من تغليب جانب العفو بحصوله من الأوّل. و الأقوى الأوّل.

السابع: لو كان الجاني عبداً و استرقّ أو بعضه ففي اختصاص الأوّل به أو مشاركة البطون قولان مبنيان. و الأقوى المشاركة لما قد علم.

قوله: «إذا وقف في سبيل الله - إلى قوله - و القناطر».

لمّا كان السبيل هو الطريق فسبيل الله كلّ ما كان طريقاً إليه، أي إلى ثوابه و رضوانه، لاستحاله التحيز عليه كالتقرب إليه. و حينئذ فالموقوف في سبيل الله مصرفه كلّ مصلحه يتقرب بها إلى الله تعالى كما ذكر من الأمثلة و غيرها من نفع المحاويج و غير ذلك. و قال الشيخ - رحمه الله -: «يختصّ الوقف في سبيل الله بالغزاه المطوّعه دون العسكر المقاتل على باب السلطان و بالحجّ و العمره، فيقسم أثلاثاً» (١) و قال ابن حمزه:

«سبيل الله المجاهدون» (٢). و الأقوى المشهور و إن كان إطلاقه على ما ذكره أقوى، فإنّ ذلك لا يمنع من تناول غيره مما يدخل في مفهومه.

قوله: «و كذا لو قال: في سبيل الله. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أنّ هذه المفهومات الثلاثه ترجع إلى معنى واحد و هو سبيل الله بالمعنى العامّ المتقدّم، و اللغه و العرف يرشدان إليه. و تبه بقوله: «و لا يجب قسمه الفائدة أثلاثاً» على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث ذهب إلى قسمته ثلاثه أقسام: ثلثه إلى الغزاه و الحجّ و العمره و هو سبيل الله، و ثلثه إلى الفقراء و المساكين و يبدأ بأقاربه و هو سبيل الثواب، و ثلثه إلى خمسسه أصناف من الذين ذكرهم الله تعالى

ص: ٣٨٧

١ - ١) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

٢ - ٢) الوسيله: ٣٧١.

الخامسة: إذا كان له موال من أعلى (١)، وهم المعتقون له، و موال من أسفل، وهم الذين أعتقهم، ثم وقف على مواله، فإن علم أنه أراد أحدهما، انصرف الوقف إليه، وإن لم يعلم انصرف إليهما.

فى آيه (١) الصدقات، وهم الفقراء و المساكين و ابن السبيل و الغارمون و الرقاب (٢)، و هو سبيل الخير (٣). و دعوى هذا التفصيل لا يخلو من التحكم. و الأقوى أن الثلاثة بمعنى، و هو قول آخر (٤) للشيخ رحمه الله.

قوله: «إذا كان له موال من أعلى. إلخ».

اسم المولى يطلق بالاشتراك اللفظي على معنيين: على السيد الذى أعتق أو انتهى إليه ولاء العتق و يقال له: المولى من أعلى، و على العبد الذى أعتقه سيده و يقال له المولى من أسفل بالنسبة إلى المعتق و من انتقل إليه و لاؤه. فإذا وقف على مواله فإن كان له موال من أحد الجانبين خاصه انصرف الوقف إليه قطعا. و لو اجتمع له الصنفان فإن دلت القرينة على إرادته أحدهما أو كليهما صرف الوقف بحسب القرينة، و هذا أيضا لا- إشكال فيه. و إن انتفت القرائن رجع إلى تفسيره، لأنه أعلم بما أراد، فإن تعدد الرجوع إليه، أو قال: إنه لم يقصد شيئا بخصوصه و إنما وقف على مدلول هذا اللفظ، ففى بطلان الوقف أو صرفه إليهما أو إلى أحدهما أقوال. و تحقيق القول فيها يتوقف على مقدمتين:

إحداهما: أنه هل يشترط فى الجمع اتحاد معنى أفراده حتى يمتنع تشبيه المشترك باعتبار معانيه و الحقيقه و المجاز و جمعها أم لا؟ فيه للنحاه مذهبان أشهرهما- كما قاله فى الارتشاف- (٥) و أصحهما- على ما اقتضاه كلام ابن مالك فى التسهيل (٦)- أنه لا يشترط، لأن ألف التشبيه فى المثنى و واو الجمع فى المجموع بمثابة واو العطف، فإذا

ص: ٣٨٨

١- (١) التوبه: ٦٠.

٢- (٢) فى «ب، س»: فى الرقاب.

٣- (٣) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

٤- (٤) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

٥- (٥) لم نعثر عليهما.

٦- (٦) لم نعثر عليهما.

قلت: جاء الزيدون كأنك قلت: جاء زيد و زيد و زيد، و كما يصح عطف المتفق في المعنى بالواو يصح عطف المختلف.

و الثانيه: أن المشترك عند تجرّده عن القرينه الدالّه على إرادته معانيه أو بعضها هل يحمل على الجميع أو يبقى مجملا إلى أن تظهر إرادته أحدها، أو يحمل على الجميع، إذا كان جمعا خاصّه؟ فيه أقوال للأصوليين أشهرها الثاني. و تحقيقه في الأصول. إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا وقف على مواليه و له موال من الجانبين و لم يحصل أحد الأمرين فإن قلنا بجواز جمع المشترك و حمله على معانيه مطلقا أو مع جمعه صحّ الوقف و صرف إليهما كما اختاره المصنف و جماعه (١). [و كذا إن قلنا بحمل المجموع عليهما خاصّه، لأنّه وقع هنا مجموعا] (٢) و إن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقه بطل، لعدم تعيين مصرفه، سواء جوّزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا. أمّا على الأول فظاهر، و أمّا على الثاني فلاّنه حينئذ بمنزله المفرد المشترك و حكمه كذلك.

و بقى في المسأله قولان آخران [و وجه آخر] (٣):

أحدهما: الصحّح لا- لما ذكر بل لأنّ المولى متناول للجميع كالإخوه، فإنّ إطلاقها يتناول الإخوه من الأبوين و من أحدهما، و هو قول الشيخ (٤). و ظاهر هذا التعليل يقتضى دعوى أنّ المولى مشترك اشتراكا معنويّا كالأخ. و بطلانه ظاهر، لأنّ الإخوه يجمعها معنى [واحد] (٥) و هو اتّصال الشخصين بالتولّد عن ثالث متّصل

ص: ٣٨٩

١- ١) راجع المبسوط ٣: ٢٩٥، الخلاف ٣: ٥٤٦ مسألة ٤، السرائر ٣: ١٦٧، و نسبه في الدروس: ٢٣٢-٢٣٣ إلى المشهور.

٢- ٢) هذه العبارة لم ترد في «س» و «ش». و إنّما تصحّ هذه الجملة إذا حذفنا قوله: «أو مع جمعه» و هو وارد في جميع النسخ.

٣- ٣) لم ترد في «س» و «ش».

٤- ٤) الخلاف ٣: ٥٤٦ مسألة ١٤، المبسوط ٣: ٢٩٥.

٥- ٥) من «م» و «و».

بهما، وهذا المعنى يشترك فيه كثيرون، كاشتراك الإنسان بين أفراده من حيث اشتراكها في معنى الإنسان و هو الحيوان الناطق، بخلاف المولى، فإنّ فرديه و هما المعتق و المعتق لا يجمعهما معنى واحد بل هما متباينان و إنّما اشتركا في اللفظ خاصّه، و لنصّ أهل اللغه على اشتراكهما لفظيا (١).

و الثاني: أنّه إن جمع اللفظ - كما ذكر هنا - حمل على الموليين و إن أفرده حمل على الأعلى خاصّه. و هو قول ابن حمزه (٢)، و لعلّ قرينته الإحسان إليه فحمل على المكافأه.

قبل (٣) و هو مبنى على أنّ لفظه المولى مقوله بالتشكيك، و مقوليتها على الذى أعتقه أولى من ولى نعمته، و أنّه يحمل لفظ الجمع عليهما كما هو أحد الأقوال.

و فيه: أنّ مقوليته بالتشكيك يتوقف على كون اشتراكه معنويًا و قد عرفت فساده. و أمّا الجمع فلا يفيد إدخال أفراد المشترك بخصوصه و إن كان هنا قد وقع مضافا و هو من صيغ العموم المستغرق لما يصلح له و هو صالح للكُلّ، لأنّ العامّ هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد فخرج المشترك.

و بالجملة: فتعريف العموم منزّل على مذاهب القوم فى جواز استعمال المشترك فى كلا معنييه، فمن جوزه فى الجمع اكتفى فى تعريف العام بأنّه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له، و من منع زاد «بوضع واحد» ليخرج المشترك، و حينئذ فلا فرق بين المفرد و الجمع.

و الوجه الآخر فى المسأله: أنّه يحمل على الموالى من أسفل خاصّه، بقرينه كونه

ص: ٣٩٠

١ - ١) راجع الصحاح ٢٥٢٩: ٦، و القاموس ٤٠١: ٤ (ولى) و غيرهما حيث عدّوهما معا من معانى المولى و لم نجد تصريحاً بالاشتراك.

٢ - ٢) الوسيله: ٣٧١.

٣ - ٣) فى هامش «و» و «س»: «القائل الشيخ فخر الدين رحمه الله فى الشرح. منه رحمه الله» راجع إيضاح الفوائد ٤٠٤: ٢.

السادسه: إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين و البنات

السادسه: إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين و البنات، ذكورهم و إناثهم، من غير تفضيل. (١) محتاجا غالبا فيتوجه النفس إلى الوقف عليهم لشده حاجتهم، بخلاف الأعلى، فإنه على العكس غالبا. وهذا الوجه لا نعلم به قائلًا من أصحابنا، نعم هو قول للشافعيه [١].

هذا كله إذا وقع بلفظ الجمع. و لو وقع بلفظ الأفراد بأن وقف على مولاه و تعدد ففي بطلانه أو صرفه إليهما أو إلى أحدهما الأوجه أيضا، إلا أن بعض المقدمات و التعليقات مختلف هنا كما لا يخفى. و الأصح البطلان في الجميع.

قوله: «إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم و إناثهم من غير تفضيل».

أمّا اشتراك الجميع فلصدق الأولاد على الذكور و الإناث قطعا، فيصدق على أولادهم مطلقا أنهم أولاد أولاد و إن لم يصدق على أولاد الأولاد بأنهم أولاد بطريق الحقيقه، على ما قد وقع فيه من الخلاف. و أمّا اقتسامهم بالسويّه فلاقتضاء الإطلاق ذلك مع اشتراكهم في سبب الاستحقاق و استواء نسبتهم إليه.

و اعلم أنه كما تدخل الإناث في الأولاد تدخل الخناثي لشمول اسم الولد لهم، سواء حصرناهم في البنين و البنات أم جعلناهم طبيعه ثالثه، بخلاف ما لو وقف على البنين خاصه أو على البنات خاصه و أولادهم.

أما لو جمع بينهما ففي دخولهم قولان للعلامه في القواعد (١)، و التحرير (٢) منشؤهما أنهم ليسوا بذكور و لا إناث، و أنهم لا يخرجون من الصنفين في نفس الأمر، و لهذا يستخرج أحدهما بالعلامات و مع فقدها ترث نصف النصيبين.

ص: ٣٩١

١-٢) القواعد ٢٧١:١.

٢-٣) التحرير ٢٨٩:١.

أما لو قال: من انتسب إليّ منهم، لم يدخل أولاد البنات. (١) و لو وقف على أولاده، انصرف (٢) إلى أولاده لصلبه، و لم يدخل معهم أولاد الأولاد. و قيل:

بل يشترك الجميع. و الأوّل أظهر، لأنّ ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد.

و فيه نظر: إذ لا كلام فيه مع وجود العلامه، و لا دلاله لنصف النصيبين على حصره فيهما، بل يمكن دلالته على عدمه، و جاز كون الطبيعه الثالثه متوسطه النصيب كما أنّها متوسطه الحقيقه. و أمّا الاستدلال على الانحصار فيهما بمثل قوله تعالى:

يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً و يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (١) الآية. فغير مفيد.

قوله: «أما لو قال: من انتسب إليّ منهم لم يدخل أولاد البنات».

هذا هو الأشهر و قد تقدّم (٢) خلاف المرتضى (٣) -رضى الله عنه- في ذلك، و أنّه حكم بدخولهم في الأولاد حقيقه، و هو يقتضى انتسابهم إليه بطريق أولى.

قوله: «و لو وقف على أولاده انصرف. إلخ».

إذا وقف على أولاده أو أولاد فلان و أطلق فلا- يخلو: إمّا أن يكون هناك قرينه حاله تدلّ على تناول أولاد الأولاد كأولاد هاشم، أو مقالته كقوله: الأعلى فالأعلى أو بطننا بعد بطن، أو يقف على ولد فلان و هو يعلم أنه ليس له ولد لصلبه و نحو ذلك، أو لا، فإن وجدت عمل بمقتضاها و شمل أولاد الأولاد فنازلا بغير إشكال، و إلّا ففي اختصاصه بأولاد الصّلب أو شموله لأولادهم قولان أصحّهما عند المصنف و الأكثر الأوّل، لما أشار إليه المصنف -رحمه الله- من الدليل، فإنّ ولد الولد غير مفهوم من إطلاق لفظ الولد، و لهذا يصحّ سلبه عنه فيقال: ليس ولدي بل ولد ولدي، و أصل إطلاقه عليه أعمّ من الحقيقه، و لا نزاع في الاستعمال المجازي.

و أمّا الاستدلال على عدم دخولهم بقوله تعالى:

ص: ٣٩٢

١- (١) الشورى: ٤٩.

٢- (٢) في ص: ٣٤٢.

٣- (٣) راجع رسائل الشريف المرتضى ٢٦٢: ٣-٢٦٥.

وَ وَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ (١) فِي قِرَاءِهِ مِنْ قَرَأَ بِالنَّصْبِ عَطْفًا عَلَى بَنِيهِ وَ هُوَ ابْنُ ابْنِهِ، وَ الْعَطْفُ يَقْتَضِي الْمَغَايِرَةَ، فَدَلَّ عَلَى عَدَمِ تَنَاوُلِهِمْ لَهُ (٢)، فَفِيهِ أَنَّهُ يَكْفَى -مَعَ شَذُوزِ هَذِهِ الْقِرَاءَةِ- مَغَايِرَةَ الْجِزْءِ لِلْكَلِّ كَمَا جَاءَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَ مَلَائِكَتِهِ وَ رُسُلِهِ وَ جَبْرِيْلَ (٣) مَعَ أَنَّ جَبْرِيْلَ مِنْ جَمَلَةِ الْمَلَائِكَةِ، وَ كَوْنِ الْمَغَايِرَةِ هُنَا بِالشَّرْفِ لَا -يَنْفِي جَوَازَ أَصْلِ الْعَطْفِ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُشْرُوطٍ بِهِ وَ إِنْ كَانَ أَظْهَرَ. وَ يَجُوزُ إِرَادَتُهُ هُنَا أَيْضًا بِتَفْخِيمِ شَأْنِ يَعْقُوبَ عَلَى أَبِيهِ وَ أَوْلَادِهِ. وَ الْمَقْرُوءُ «وَ يَعْقُوبُ» بِالرَّفْعِ عَطْفًا عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَ لَا إِشْكَالَ حِينَئِذٍ.

وَ ذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ الْمَفِيدُ (٤) وَ الْقَاضِي (٥) وَ ابْنُ إِدْرِيسَ (٦) إِلَى دُخُولِ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى يَا بَنِي آدَمَ - يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ وَ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى تَحْرِيمِ حَلِيلِهِ وَ لِدِ الْوَلَدِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى وَ حَلَائِلُ أُمَّهَاتِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْدِقَابِكُمْ (٧) وَ لِدُخُولِهِمْ فِي مِثْلِ قَوْلِهِ تَعَالَى يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ (٨) وَ لِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَ لَمَدٌ (٩) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ (١٠) وَ نَحْوُ ذَلِكَ، وَ دُخُولِهِمْ فِي إِطْلَاقِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى يَقْتَضِي دُخُولَهُمْ فِي غَيْرِهِ، وَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لَا تَزْرَمُوا ابْنِي» (١١) لَمَّا بَالَ الْحَسَنُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي

ص: ٣٩٣

١- (١) البقرة: ١٣٢.

٢- (٢) فِي النِّسْخِ: لَهُمْ. وَ التَّصْحِيحُ مِنْ نَسْخَةِ الشَّيْخِ عَلَى حَفِيدِ الشَّارِحِ عَلَى مَا فِي هَامِشِ «و».

٣- (٣) البقرة: ٩٨.

٤- (٤) المَقْنَعَةُ: ٦٥٣-٦٥٤.

٥- (٥) الْمَهْذَبُ: ٨٩: ٢.

٦- (٦) السَّرَائِرُ: ١٥٧: ٣.

٧- (٧) النِّسَاءُ: ٢٣.

٨- (٨) النِّسَاءُ: ١١.

٩- (٩) النِّسَاءُ: ١١.

١٠- (١٠) النِّسَاءُ: ٢٣.

١١- (١١) مَعَانِي الْأَخْبَارِ: ٢١١، الْوَسَائِلُ: ١٠٠٨: ٢ ب «٨» مِنْ أَبْوَابِ النِّجَاسَاتِ ح ٤.

و لو قال:على أولادى و أولاد أولادى،اختصّ بالبطينين.(١)و لو قال:على أولادى فإذا انقضوا(٢)و انقض أولادى فعلى الفقراء،فالوقف لأولاده،فإذا انقضوا،قيل:يصرف إلى أولاد أولاده،فإذا انقضوا فيألى الفقراء،وقيل:لا- يصرف إلى أولاد الأولاد،لأنّ الوقف لم يتناولهم،لكن يكون انقضاهم شرطا لصرفه إلى الفقراء.و هو أشبه.

حجره،أى لا تقطعوا عليه بوله،و الأصل فى الاستعمال الحقيقيه.

و أوجب بأنّ دخولهم ثمّ بدليل خارج لا- من حيث هذا الإطلاق،و مطلق الاستعمال أعمّ من الحقيقيه،و قد حَقَّق فى الأصول.و استدلّ بأنّ اسم الولد لو كان شاملا- للجميع حقيقه لزم الاشتراك،و إن عورض بلزوم المجاز فهو أولى من الاشتراك.و فيه نظر،لجواز أن يكون مستعملا فى القدر المشترك بأن يكون متواطئا أو مشككا،و هو أولى منهما.و الأقوى عدم الدخول إلاّ مع القرينه.

قوله:«و لو قال:على أولادى و أولاد أولادى اختصّ بالبطينين».

هذا متفرّع على السابق،فعلى القول بدخول أولاد الأولاد ثمّ يدخلون هنا فى كلّ من اللفظين.و الأصحّ الاختصاص (١)بمن ذكره.

قوله:«و لو قال:على أولادى فإذا انقضوا.إلخ».

البحث فى هذه المسأله يقع فى موضعين:

أحدهما:أن أولاد الأولاد هل يدخلون فى الوقف أم لا؟فالذى ذهب إليه الشيخ (٢)-رحمه الله-الدخول عملا بالظاهر و القرينه المقاليه،فإنّ الواقف لَمَّا شرط انقضاهم فى انتقال الوقف إلى الفقراء اقتضى أنّه وقف عليهم،ولأنّ عطف الانقراض على الانقراض و الفريق الأول داخل فى الوقف فيدخل الآخر،ولأنّ لولاه كان الوقف منقطعا مع أنّ شأنه الدوام.

و ردّ بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك بإحدى الدلالات،أما المطابقه و التضمّن

ص:٣٩٤

١-١) فى هامش «و»:الاختصاص هنا

٢-٢) المبسوط ٢٩٦:٣.

فظاهر، و أمّا الالتزام فلاّ أنّ اللفظ صالح لتقييده بالصرّف إليهم و عدمه، و لا دلالة للعامّ على الخاصّ. و لا يلزم من اشتراط انقراضهم كونه وقفاً عليهم، لانّتفاء وجه التلازم. و لأنّه لو دلّ على الوقف عليهم لوجب التشريك بينهم و بين الأولاد، لانّتفاء ما يقتضى الترتيب، و هو لا يقول به.

و أجب بمنع انتفاء دلالة الالتزام، و سنده ما ذكر من لزوم الدوام فى الوقف، و جعل انقراضهم شرطاً خاصّه ينافيه، و الدوام مستلزم لوجود موقوف عليه فى ذلك الوقت، و ليس غير البطن الثانى صالحاً له فكان له. و الترتيب إنّما حصل لأنّهم لم يدخلوا باللفظ الأوّل بل بعطفهم على الأولاد المنقرضين، فالحكم إنّما استفيد من اللفظ بعد الحكم بانقراض الأولين، فكان استحقاقهم مرتّباً على انقراض الأولين.

و فيه نظر، لأنّ حفظ الوقف عن الفساد و الحكم له بالدوام لا يكفى فيه مجرد رعايه جانب الصحّ حيث لا يستفاد من لفظه ذلك، و الحال هنا كذلك، فإنّ البطن الثانى لم يتعرّض للوقف عليه بوجه فيكون صريحاً فى انقطاع وسطه، فلا يجوز إثبات الحكم بدوامه بمجرد ذلك من غير دلالة عليه، و قد عرفت انتفاءها من اللفظ.

فإن قيل: اشتراط انقراض أولاد الأولاد دليل على تناول الأولاد لولد الصلب حقيقه و لولد الولد مجازاً إن لم نقل بأنه حقيقه كما زعم المفيد و الجماعة، و استعمال اللفظ فى حقيقته و مجازه جائز بالقرينه، فإنّه لو لا حملة على ذلك لكان ذكره أولاد الأولاد لغواً.

قلنا: يمنع استلزامه اللغو وجود القرينه على ذلك، فإنّ ذكر أولاد الأولاد بعد الأولاد دليل على أنّ الأوّل لم يتناولهم فكيف يدعى إرادتهم بالقرينه؟! أو فائده ذكرهم جعل انقراضهم شرطاً لاستحقاق الفقراء و إن لم يدخلوا فى الوقف.

نعم، على قول المفيد و من تبعه بشمول الأولاد لأولادهم يتّجه دخولهم فى الوقف بمجرد ذكر الأولاد، و يكون ذكرهم ثانياً لفائده بيان وقت استحقاق الفقراء، فيكون فى قوه تقييد إطلاق الأولاد الشامل للبطن المرتبه أبداً بالبطنين الأولين،

السابعه: إذا وقف مسجدا فخرّب، أو خربت القرية أو المحلّه

السابعه: إذا وقف مسجدا فخرّب، أو خربت القرية (١) أو المحلّه لم يعد إلى ملك الواقف، ولا تخرج العرصه عن الوقف. و لو أخذ السيل ميّتا، فيئس منه، كان الكفن للورثه.

و يكون ذكرهما قرينه لإرادته تخصيصهما بالأولين و إن كان كلّ منهما متناولا لما بعده أبدا لو لا القرينه. و الأظهر عدم دخول أولاد الأولاد في هذا الوقف، فيكون منقطع الوسط، و قد تقدّم (١) أنه يبطل ما بعد الانقطاع و يصير حسبا على ما قبله.

الثاني: على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد في الوقف و صحّته على الفقراء بعدهم فالنماء المتخلّل بين موت الأولاد و أولادهم هل هو لورثه الواقف أم لا؟ إشكال بينى على انتقال الوقف و عدمه، فإن قلنا ببقائه على ملك الواقف فلا شبهه في كونه لورثته، و إن قلنا بانتقاله إلى الله تعالى فالمتّجه صرفه في وجوه البرّ.

و على القول بانتقاله إلى الموقوف عليه يشكل أيضا من حيث انتقال الملك عن الواقف فلا يعود إليه إلاّ بدليل، فيكون لورثه البطن الأول، لانتقاله إليه فيستصحب إلى أن يعلم المستحق، و من أنّ الوقف في حكم ملك الواقف، لأنّ البطن الثاني إنّما يتلقّى منه و بموت البطن الأوّل زال ملكه، و ليس ثمّ موقوف عليه غيره إلى أن ينقرض البطن الثاني، و يمتنع بقاء الملك بغير مالك، فيكون لورثه الواقف.

و فيهما نظر، لأنّ ورثه الأوّل لا يستحقّونه بالوقف لانقضاء مقتضيه، و لا بالإرث لأنّ الوقف لا يورث، و لانقطاع تملك مورّثهم من الوقف بموته فكيف يورث عنه؟! و لأنّ خروج الملك عن الواقف يوجب عدم العود إليه و إلى ورثته إلاّ بسبب جديد و لم يوجد. نعم، إذا قلنا بكونه حسبا لبطلانه بانقطاع وسطه اتّضح عوده إلى ورثه الواقف على وجه الملك، ثمّ لا ينتقل عنهم إلى الفقراء. و هذا هو الأقوى.

قوله: «إذا وقف مسجدا فخرّب أو خربت القرية. إلخ».

لما كان الوقف مقتضيا للتأييد و وقف المسجد فكّا للملك

ص: ٣٩٦

(١ - ١) في ص: ٣٦٢.

- كما تقدّم (١) - كتحرير العبد لم يكن خرابه و لا- خراب القرية التي هو فيها و لا المحلّه موجبا لبطلان وقفه، لعدم منافاه ذلك الوقف استصحابا لحكم ما ثبت، و لبقاء الغرض المقصود من إعداده للعباده لرجاء عود القرية و صلاه من يمرّ به.

و هذا كلّه يتمّ في غير المبنى في الأرض المفتوحة عنوه حيث يجوز وقفها (٢) تبعا لآثار المتصرّف، فإنه حينئذ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار، لزوال المقتضى للاختصاص، و خروجه عن حكم الأصل، اللهم إلا- أن يبقى منه (٣) رسوم و لو في أصول الحيطان بحيث يعدّ ذلك أثرا في الجملة كما هو الغالب في خراب البناء، فيكفي في بقاء الحكم بقاء الأثر في الجملة و إن ذهب السقف و بعض الحائط، لأنّ ذلك لا مدخل له في تحقّق المسجديّة، بل ربما كان الباقي أكمل فيها من السقف على ما يقتضيه النصّ (٤) و الفتوى. و قول المصنّف: «لا- تخرج العرصه عن الوقف» لا يتمّ إلا في المملوك بالأصل، إذ (٥) لم يعتبر في الوقف إلا العرصه و هي أرض المسجد و إن زالت الآثار أجمع.

و هذا بخلاف ما لو فقد الميّت و يئس من عوده و بقى الكفن، فإنّه يرجع إلى الورثه، لأنّه كان ملكا لهم، لأنّ التركة تنتقل إلى الوارث بالموت و إن وجب صرفه في التكفين، فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان. و هذا إنّما يتمّ في الكفن الذي يكون من التركة، أمّا لو كان من الزكاه أو من الوقف رجع إلى أصله، و لو كان من باذل متبرع رجع إليه. هذا كلّه مع اليأس من الميّت كما ذكرناه لا كما أطلقه (٦).

ص: ٣٩٧

١- ١) في ص: ٣٧٧.

٢- ٢) في النسخ الخطيه التي لدينا: وقفه.

٣- ٣) كذا في «ب» و «م». و في غيرهما: فيه.

٤- ٤) الوسائل ٣: ٤٨٧ ب «٩» من أبواب أحكام المساجد.

٥- ٥) في ما عد «و»: إذا.

٦- ٦) يلاحظ أن نسخه الشرائع لديه يختلف عمّا لدينا.

الثامنة: لو انهدمت الدار، لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجز بيعها. (١) و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف، (٢) بحيث يخشى خرابه، جاز بيعه. و لو لم يقع خلف، و لا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل:

يجوز بيعه، و الوجه المنع.

و تبه المصنف بكون عرصه المسجد لا تخرج عن الوقف بالخراب على خلاف بعض العامه (١) حيث حكم ببطان الوقف قياسا على عود الكفن إلى الوارث بجامع تعذر المصرف في الموضوعين. و قد عرفت الفرق الموجب لبطان القياس على أصله لو صح. و هذا هو الموجب لذكر المصنف مسأله الكفن عقيب مسأله المسجد.

قوله: «لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها».

هذا الحكم واضح بعد ما قررناه، فإنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف و إبطاله مع بنائه على التأييد و عدم جواز بيعه في غير ما استثنى، و لأنّ العرصه من جمله الموقوف و هي باقيه. و هذا في غير الأرض الخراجيه كما تقدّم في المسجد. و تبه بذلك على خلاف بعض العامه (٢) حيث جوّز بيع الدار الموقوفه إذا انهدمت و لم يمكن عمارتها كالمسجد.

قوله: «و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف. إلخ».

هذه المسأله تقدّم (٣) الكلام عليها في البيع. و القول بجواز البيع في الجملة للأكثر، و مستنده صحيحه علىّ بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام و سأله عن ضيعه موقوفه على قوم بينهم اختلاف شديد، و أنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان يرى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كلّ إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك، فأجابه أنّه «إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أنّ بيع

ص: ٣٩٨

١-١) راجع المغنى لابن قدامه ٦:٢٥١، و حليه العلماء ٦:٣٧.

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٦:٢٥١، و حليه العلماء ٦:٣٨.

٣-٣) في ج ٣:١٦٩.

الوقف أمثل، فإنه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس» (١). و من فهم هذه الروايه اختلفت أقوال المجوّزين، فمنهم من شرط في جواز بيعه حصول الأمرين، و هو الاختلاف بين الأرباب و خوف الخراب كما ذكره المصنف، و منهم من اكتفى بأحدهما. و الأقوى العمل بما دلّت عليه ظاهرا من جواز بيعه إذا حصل بين أربابه خلف شديد، و أنّ خوف الخراب مع ذلك أو منفردا ليس بشرط، لعدم دلاله الروايه عليه.

و أمّا مجوّز بيعه مع كون بيعه أنفع للموقوف عليهم و إن لم يكن خلف فاستند فيه إلى روايه جعفر بن حيان (٢): «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّه له على قرابته من أبيه و قرابته من أمّه، أفللورثه أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّه؟ قال: نعم إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيرا لهم باعوا» (٣). و مال إلى العمل بمضمونها من المتأخرين الشهيد في شرح الإرشاد (٤) و الشيخ على (٥) -رحمهما الله- مع أنّ في طريقها جعفر بن حيان و حاله مجهول عند الأصحاب، و لم يذكره أحد من علماء الرجال بمدح و لا غيره، فالعمل بخبره فيما خالف الأصل و الإجماع في غايه الضعف. و أما ابن إدريس (٦) فسدّ باب بيعه مدّعي الإجماع عليه و الأخبار، و هي مطلقه أو عامّه فيجب تقييدها أو تخصيصها بما ذكرناه جمعا.

ص: ٣٩٩

-
- ١ - ١) الكافي ٧: ٣٦ ح ٣٠، الفقيه ٤: ١٧٨ ذيل ح ٦٢٨، التهذيب ٩: ١٣٠ ح ٥٥٧، الاستبصار ٤: ٩٨ ح ٣٨١، الوسائل ١٣: ٣٠٥ ح ٦ «من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٦.
- ٢ - ٢) في اسم أبي الراوى اختلاف في نسخ الكتاب و كتب الحديث و الرجال و أنّه حنان أو حيان.
- ٣ - ٣) الكافي ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٦٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الاستبصار ٤: ٩٩ ح ٣٨٢، الوسائل ١٣: ٣٠٦ ح ٦ «من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٨.
- ٤ - ٤) غايه المراد: ١٤٦.
- ٥ - ٥) جامع المقاصد ٩: ٧٠.
- ٦ - ٦) السرائر ٣: ١٥٣ ح ١٦٧.

و لو انقلعت نخله من الوقف،(١) قيل: يجوز بيعها، لتعذر الانتفاع إلا بالبيع، وقيل: لا يجوز، لإمكان الانتفاع بالإجاره للتسقيف و شبهه، و هو أشبه.

و اعلم أنّ المصنف-رحمه الله-قد صرح في أول كلامه بأنّ شرط جواز البيع اجتماع الشرطين، و هما وقوع الخلف بين أربابه بحيث يخشى خرابه، ثمّ عقبه بقوله:

«و لو لم يقع خلف و لا- خشى خرابه» و مفهومه الاكتفاء بأحد الأمرين، و كان حقّ نفى المركّب أن يكتفى بأحد جزأيه بأن يقول: و لو لم يقع خلف أو لم يخش خرابه و نحو ذلك، ليكون المنتفى هو ما حكم بجواز البيع معه. و قد تقدّم (١) في البيع تجويزه ببيعه بثلاثه شرائط: الشرطين المذكورين مع كون بيعه أعود، فلم يكتف بهما. و قد تقدّم (٢) الكلام فيما يصنع بثمانه على تقدير بيعه.

قوله: «و لو انقلعت نخله من الوقف. إلخ».

المجوّز لبيعها حينئذ هو الشيخ (٣) محتجاً بما حكاه المصنف، و ردّه ابن إدريس (٤) بإمكان الانتفاع المذكور. و هو في موضعه حيث يمكن، و إلا- فكلام الشيخ جتيد. و أمّا ما ادّعه العلامة (٥) من أنّه لا- نزاع بينهما إلا في اللفظ، حيث إنّ الشيخ فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله، و ابن إدريس فرض وجودها غير الثمره، فلا يخلو من حيف على ابن إدريس، لأنّ دليل الشيخ اقتضى ادّعاء عدم المنافع حينئذ لا على تقدير عدم المنافع، ففيه قصور بين. و حينئذ فالتفصيل أجود.

و مثله ما لو انكسر جذع من الشجره، أو زمنت الدابّه، و نحو ذلك. و متى جاز البيع و جب أن يشتري بثمانه ما يكون وفقاً على الأقوى، مراعيًا للأقرب إلى صفه الأوّل فالأقرب.

ص: ٤٠٠

١-١) في ج ١٦٩: ٣.

٢-٢) في ج ١٧٠: ٣.

٣-٣) المبسوط ٣٠٠: ٣.

٤-٤) السرائر ١٦٧: ٣.

٥-٥) مختلف الشيعه ٤٩٤: ٢.

التاسعة: إذا آجر البطن الأول الوقف مدّه، ثمّ انقضوا في أثنائها

التاسعة: إذا آجر البطن الأول الوقف مدّه (١)، ثمّ انقضوا في أثنائها، فإن قلنا: الموت يبطل الإجاره فلا كلام، وإن لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردّد، أظهره البطلان، لأننا بيّنا أنّ هذه المدّه ليست للموجودين، فيكون للبطن الثاني الخيار بين الإجاره في الباقي و بين الفسخ فيه، ويرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف. قوله: «إذا آجر البطن الأول الوقف مدّه. إلخ».

أشار بالتعليل إلى الفرق بين إجاره المالك و الموقوف عليه مع اشتراكهما في إيقاع عقد لازم من الطرفين، و من شأنه أنّه لا يبطل بالموت. و وجه الفرق: أنّ ملك الموقوف عليه غير تامّ، فإنّ باقى البطن لهم استحقاق في الملك بأصل الصيغه لا بالتلقّي عن الموقوف عليه، بحيث لو تصرف قبل الانتقال صحّ، فبموت الموجر من البطن تبين انتهاء حقّه بموته، فيكون إجارته بالنسبه إلى بقيه المدّه تصرفاً في حقّ غيره فيتوقّف على إجازته، بخلاف إجاره المالك، فإنّ له نقل ماله صحيحاً و إتلافه كيف شاء من غير مراعاة الوارث مطلقاً، و إنّما يتلقّى الوارث عنه ما كان ملكاً له حين موته أو في مرضه على بعض الوجوه، فلا يتبين بموته أنّه متصرف في حقّ غيره.

و يحتمل عدم البطلان، لأنّ المتصرف حينئذ كالمالك فكان ماضياً. و يضعف بأنّه تصرف مراعى كما تقرّر.

نعم، لو كان البطن الموجر ناظراً على الوقف و آجر لمصلحه الوقف لا لمصلحته لم يبطل. و كذا لو كان المؤجر هو الناظر و لم يكن موقوفاً عليه. و المراد بالبطلان وقوفه على إجاره البطن المتلقّي له كما يدلّ عليه قوله بعد ذلك: «فيكون للبطن الثاني الخيار. إلخ».

و لا يخفى أنّه إنّما يرجع المستأجر على تركه الأولين إذا كان قد دفع الأجره.

و المراد بمقابله المتخلف أن ينسب أجره مثله إلى أجره مثل مجموع المدّه، و يرجع من المسمّى بمثل تلك النسبه. فلو كان قد آجره سنه بمائه مثلاً و مات بعد انقضاء نصفها، و فرض أنّ أجره مثل النصف المتخلف تساوى ستين و أجره مثل النصف

العاشره: إذا وقف على الفقراء، انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره

العاشره: إذا وقف على الفقراء، انصرف إلى فقراء البلد(١) و من يحضره.

و كذا لو وقف على العلويين، و كذا لو وقف على بنى أبي منتشرين، صرف إلى الموجودين، و لا يجب تتبع من لم يحضر، لموضع المشقه.

الماضى تساوى ثلاثين، رجع بثلثى المائة المسماه، و هكذا.

قوله: «إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد. إلخ».

قد عرفت أنّ الوقف على غير المنحصر وقف على الجهه المخصوصه لا على أشخاصها، و مصرف الجهه من أتصف بوصفها من فقر وفقه و غيرهما، و حينئذ فلا- يجب صرف النماء إلى جميع الأشخاص الداخلين فى الوصف، بل يجب صرفه إلى من كان موجودا ببلد الوقف عند تفرقة من أهله و غيرهم، و لا يجب تتبع من غاب عنه من أهله و لا من غيره، و لكن لو تتبع جاز.

و هل يجب استيعاب جميع من بالبلد، أم يجوز الاقتصار على بعضه؟ ظاهر العبارة الأول، و يؤيده روايه [١] على بن سليمان النوفلى عن أبى جعفر الثانى عليه السلام أنّه كتب إليه فى ذلك فأجاب: «بأنّ الوقف لمن حضر البلد الذى هو فيه، و ليس لك أن تتبع من كان غائبا». (١) و قيل: يجوز الاقتصار على ثلاثه مراعاة للجمع مع ما علم من أنّ الجهه لا تقتضى الأشخاص. و قيل: يكتفى باثنين بناء على أنه أقلّ الجمع.

و يحتمل جواز الاقتصار على واحد نظرا إلى أنّ الأشخاص مصرف الوقف لا مستحقون، إذ لو حمل على الاستحقاق و عمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب، لأنّه جمع معرّف مفيد للعموم فيجب التسع ما أمكن. و على اعتبار الجمع لو لم يوجد فى البلد ثلاثه و جب أن يكمل من خارجه.

و اعلم أنّ المراد من قوله: «انصرف إلى فقراء البلد» انصراف نماء الوقف لا

ص: ٤٠٢

١- ٢) الكافى ٧: ٣٨ ح ٣٧، الفقيه ١٧٨: ٤ ح ٦٢٧، التهذيب ١٣٣، ٩ ح ٥٦٣، الوسائل ١٣: ٣٠٨ ب «٨» من أبواب الوقوف و الصدقات.

و لا يجوز للموقوف عليه وطء الأمه الموقوفه،(١)لأنه لا يختص بملكها.

و لو أولدها، كان الولد حرًا و لا قيمه عليه،لأنه لا يجب له على نفسه غرم.

انصراف الوقف كما قد يظهر من العبارة، فإن الوقف لو انصرف إلى من بالبلد لم يستحق غيره ممن غاب عنه من أهله و غيرهم، و لا يستحق من كان بالبلد و إن خرج بعد ذلك. و الاتفاق على خلافه، و أنه لا فرق بين كون الوقف على من لا ينحصر في ابتداء الوقف و استدامه، و أنه لا- يجب التسويه بين المقسوم عليهم في النصيب، سواء وجب استيعاب من بالبلد أم اكتفى بعدد خاص، للأصل.

قوله: «و لا يجوز للموقوف عليه وطء الأمه الموقوفه. إلخ».

أشار بقوله: «لا- يختص بملكها» إلى جواب ما يقال: إننا إذا قلنا بانتقال الملك إلى الموقوف عليه ينبغي الجواز، لأنه انتفاع بملكه كغيره من وجوه الانتفاع فأجاب بأنه و إن كان مالكا إلا أن للبطون اللاحقه له حقًا، و وطؤه و إن كان انتفاعا في زمن تملكه إلا أنه يغاير غيره من وجوه الانتفاعات، من حيث إنه معرض للحمل الموجب لصيرورتها أم ولد المانع من دوام وقفها على البطون، لانعتاقها بموته، و لأن الملك غير تام.

و إنما كان الولد حرًا على تقدير حملها لأن وطأه غير معدود زنا من حيث إنه مالك في الجملة. و لا يجب عليه قيمته لمن بعده من البطون، لأنه المستحق له الآن، و الولد بمنزله كسبها و ثمره البستان، فيملكه زمن ملكه لأمه. و في هذا دلالة على أن قيمه الولد حيث تجب لا- يشتري بها عبد يكون وقفًا، بل هو للموجودين كالنماء، و هو أحد القولين في المسألة. و الآخر: أنه يكون وقفًا كأمه، كما يتبع الولد أمه المرهونه و المدبره. و زعم القائل أن الحكم كلى. و في الكليه منع، و على تقديره يجب أن يشتري بقيمته عند سقوطه حيًا ما يكون وقفًا.

و كما لا يجب المهر لا يجب الحد، لما تقدم من أنه ليس بزنا و إن فعل حراما، كظائره من وطء الحليله محرما. و على القول بأن الملك لا ينتقل إليه ينبغي وجوب الحد إن لم يكن له شبهه يدرأ بها الحد، للعموم. و لكن قال في التذكرة: إنه لا حد

و هل تصير أم ولد؟ قيل: نعم (١) و تعتق بموته، و تؤخذ قيمه من تركته لمن يليه من البطون. و فيه تردد.

أيضا، لأنَّ شبهه الملك فيه ثابتة (١). و المراد أنَّ شبهه كونه مالكا متحققه و إن رجحنا عدم الملك، لأنَّها مسأله اجتهاديّه لا يندفع بترجيح أحد جانبيها أصل الشبهه عن الجانب المخالف، و هو كاف في درء الحدّ. و لا بأس به.

هذا كلّه إذا لم يكن له شريك بأن انحصر أهل طبقته فيه، و إلاّ و جب عليه قيمه حصّه الشريك. و في حدّه بنسبه حصّته وجه قوئى، لأنّ ملكها مشترك بينهما على حدّ سواء، و وطء الأمه المشتركه يوجب ذلك، و لكن لم يتعرّضوا له هنا.

قوله: «و هل تصير أم ولد؟ قيل: نعم. إلخ».

الكلام هنا يقع في موضعين، و هما أيضا موضع التردد:

أحدهما: هل تصير أم ولد أم لا؟ فيه قولان:

و وجه الأوّل: تحقّق علوقها منه في ملكه على القول بانتقال الملك إليه، لأنّه مبنى عليه. و هذا هو السبب في صيرورتها أم ولد بالنصّ و الإجماع.

و وجه الثّاني: أنّ السبب هو وقوعه في الملك التامّ المختصّ بالمالك المعين، و لا اختصاص هنا، لأنّ حقّ باقى البطون متعلّق بها الآن فلا يجوز إبطاله. و هذا راجع إلى منع دعوى سببته ما ادّعى سببته. و لأنّها تقوم عليه كلّها بعقدها بالاستيلاء، و لا شيء من أمّ الولد يقوم كلّها على المولى بدليل الاستقراء. و لمنافاه الوقف الاستيلاء.

و الحقّ: أنّه تعارض هنا عموم النهى عن إبطال الوقف و تغييره و الحكم بدوامه و لزومه و عموم دليل ثبوت الاستيلاء لها، فيرجع إلى المرحّح، فيحتمل أن يكون هو الثّاني، لأنّ الاستيلاء مبنى على التغليب كالعق، و يحتمل الأوّل، لسبقه فيستصحب حكمه إلى أن يثبت المزيل. و مثله تقديم حقّ المرتهن لو أولدها الراهن، و قد تقدّم (٢).

و هذا متّجه.

ص: ٤٠٤

١-١) التذكرة ٤٤١: ٢.

٢-٢) في ج ٤٩: ٤.

الثانى: على تقدير صيرورتها أمّ ولد هل تؤخذ قيمه من تركته للبطون الباقية؟ وجهان منشئهما أنّ عوض الموقوف هل يكون للبطن الذى حصل العوض فى زمانه، أو بين البطون؟ فعلى الأول لا- تؤخذ، لاستحاله ثبوت العوض عليه لنفسه، و على الثانى تؤخذ، لأنّ الواطئ متلف لها فيلزمه ضمانها فى تركته، كما إذا أتلّف مالا على غيره.

و ربّما قيل بأنّ التردّد ليس إلّا- فى الأول، فإنّا متى حكمنا بكونها أمّ ولد تنعتق بموته كسائر أمّهات الأولاد، و تؤخذ من تركته قيمتها قولاً واحداً. و الفرق بين قيمه هنا و غيرها من عوض الوقف الذى يجرى فيه الخلاف إذا باشره الموقوف عليه: أنّ الواطئ هنا إنّما أتلّفها على من بعده من البطون بعد موته، فحال الإتلاف لم يكن فى ملكه، بخلاف ما لو أتلّفها فى حياته، لأنّه أتلّفها على نفسه، و لا يستحقّ وارثه فى قيمه شيئاً، لأنّها حال الضمان لم تكن ملكه، بل ضمانها لغيره.

و أجيب بأنّها إذا صارت أمّ ولد يحكم عليه بقيمتها فى الحال، كما فى و طء أحد الشريكين و علوقها منه. قال الشهيد- رحمه الله- فى الشرح: و هذا وارد على عباره القوم، و لعلّهم أرادوا ذلك، لكنّ لَمّا كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون و هو الآن لا- يملك، تأخّر الدفع إلى بعد الموت. و لا يلزم منه تأخير الحكم بنفوذ الاستيلاء و لزوم قيمه فى الجملة إلى بعد الموت (١).

و يمكن أن يكون سبب حكم الأصحاب بتأخير الحكم بعقوبتها و لزوم قيمه إلى بعد الموت احتمال موت الولد فى حياه الواطئ، فلا- يتحقّق سبب العتق المقتضى لبطلان الوقف بعد لزومه و تمامه. و يمكن حينئذ الجمع بين الحكمين بجعل الموت كاشفاً عن نفوذ الاستيلاء من حينه جمعاً بين حقّ الوقف و الاستيلاء.

هذا كلّه إذا لم يكن فى الطبقة غير الواطئ، فلو كان معه شريك احتمل

و يجوز تزويج الأمه الموقوفه،(١) و مهرها للموجودين من أرباب الوقف،لأنه فائده كأجره الدار.

تعجيل غرامته القيمه،لوجود المستحقّ حينئذ و قد حال بينه و بينها بالاستيلاء، و إلحاقه بالسابق،لاحتمال موت الولد،و هذا أولى.و على ما بيناه من وقوع العتق بالاستيلاء و إن تأخر الحكم يعلم أنه لا- فرق في الولد بين كونه من أهل الوقف و عدمه،و أنها (١)تنعتق عليه لدخولها في ملك الواطئ،و قد انكشف بالموت نفوذ الاستيلاء من حينه،لوجود السبب و انتفاء المانع باستمرار حياه الولد.

إذا تقرّر ذلك،فمتى قلنا بنفوذ الاستيلاء للأقوى لزوم القيمه بعد الموت يشتري بها ما يكون وقفاً،و تنعتق من نصيب ولدها على كلّ حال.و يجب في البدل مساواته للمبدل في الصفات بحسب الممكن.

قوله:«و يجوز تزويج الأمه الموقوفه.إلخ».

لا- خلاف عندنا في جواز تزويجها،لأنه عقد على بعض منافعها يجرى مجرى الإجاره،و فيه تحصين لها،و هو غرض مطلوب شرعاً.و إنّما منع منه بعض الشافعيه (٢)من حيث إنّها إذا حبلت منعت عن العمل،و ربما ماتت في الطلق.و ظاهر أنّ مثل هذا لا يمنع.

و أمّا كون المهر للموجودين فلما أشار إليه المصنف من العله من أنه فائده من فوائدها و عوض عن منفعتها المختصّه بهم،فيكون عوضها كذلك.

و يتولّى تزويجها الموقوف عليه إن قلنا بانتقالها إليه.و على الانتقال إلى الله تعالى يزوّجها الحاكم،لأنه المتولّى لنحو ذلك،و قول الشيخ أنها تزوّج نفسها ضعيف (٣).

و لو كانت موقوفه على جهه عامّه زوّجها الحاكم أيضاً.و لو قيل ببقاء الوقف على ملك الواقف تولّى هو التزويج.

ص:٤٠٦

١-١) في «ب» و «م» و «و» هامش «و»:في أنّها.

٢-٢) المهذب راجع المجموع ١٥:٣٤١،و الوجيز ١:٢٤٨.

٣-٣) المبسوط ٣:٢٩٠.

و كذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك (١) أو من زنا، ويختص به البطن الذين يولد معهم. فإن كان من حرّ بوطء صحيح كان حرّاً، إلاّ أن يشترطوا رقيته في العقد. و لو وطئها الحرّ بشبهه، كان ولدها حرّاً، و عليه قيمته للموقوف عليهم. (٢) و لو وطئها الواقف كان كالأجنبيّ. (٣) قوله: «و كذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك. إلخ».

هذا هو الأشهر (١) بين الأصحاب، فإنّ الولد من جملة النماء، فأشبهه الكسب و ثمره البستان و ولد الدابّة. و ذهب جماعه من الأصحاب منهم الشيخ (٢) و ابن الجنيّد (٣) إلى أنه يكون وقفا كأّمه، لأنّ كلّ ولد ذات رحم حكمه حكم أمّه كالمدبّره و المرهونه على قول. و فى الكليته منع. و أمّا تبعيّة الولد لأبيه فى الحرّيّه إذا كان من وطء صحيح فلا شبهه فيه، إلاّ مع اشتراط رقيته فى العقد ففيه خلاف يأتى فى بابه (٤) - إن شاء الله تعالى - و أنّ الأقوى عدم صحّحه الشرط.

قوله: «و لو وطئها الحرّ بشبهه كان ولدها حرّاً، و عليه قيمته للموقوف عليهم».

أمّا كونه حرّاً فلاّن ولد الشبهه تابع لحال أبيه فى الرقيّه و الحرّيّه. و أمّا لزوم القيمه فلاّنّه فوّت على الموقوف عليهم ولد أمه بغير استحقاق. و المراد كون القيمه للموقوف عليهم على وجه الملك التام لا على وجه الوقف على أصحّ القولين، كالولد الرقيق.

قوله: «و لو وطئها الواقف كان كالأجنبيّ».

بناء على انتقال الملك عنه، فإنّه أصحّ الأقوال مطلقاً، فيترتب على وطئه ما يترتب على وطء الأجنبيّ. و لا فرق حينئذ بين أن نقول بانتقال الملك إلى الله تعالى أو إلى الموقوف عليه، لا اشتراكهما فى المعنى الموجب لخروجه عن الاستحقاق و كونه

ص: ٤٠٧

١- ١) فى «م»: المشهور.

٢- ٢) المبسوط ٢٩٠: ٣.

٣- ٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف ٤٩٥: ٢.

٤- ٤) فى كتاب النكاح، القسم الثالث نكاح الإماء، المسأله الثانيه من الباب الأول.

وَأَمَّا الصَّدَقَةُ فَهِيَ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى إِجْبَابٍ وَقَبُولٍ وَإِقْبَاضٍ. وَ لَوْ قَبَضَهَا الْمَعْطَى لَهُ (١) مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ، لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَيْهِ. وَ مِنْ شَرْطِهَا نِيَّةُ الْقَرْبَةِ، (٢) كَالْأَجْنَبِيِّ. وَ لَوْ قَلْنَا بِبَقَاءِ مَلِكِهِ فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ لِشِبْهِهِ الْمَلِكِ. وَ فِي نَفْوِذِ الْأَسْتِيلَادِ الْخِلَافِ فِي اسْتِيلَادِ الرَّاهِنِ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَ أَوْلَى بِالْمَنْعِ هُنَا.

قَوْلُهُ فِي الصَّدَقَةِ: «وَ لَوْ قَبَضَهَا الْمَعْطَى لَهُ. الْخ.».

لَأَنَّ الْقَبْضَ الْمَتَرْتَّبَ عَلَيْهِ أَثَرُهُ هُوَ الْمَأْذُونُ فِيهِ شَرْعًا، وَ الْمَنْهَى عَنْهُ غَيْرُ مَنْظُورٍ إِلَيْهِ. وَ مِثْلُهُ غَيْرُهَا مِنَ الْعُقُودِ الْمَفْتَقَرَةِ إِلَى الْقَبْضِ كَالْوَقْفِ وَ الْهَبَةِ. وَ أَمَّا مِثْلُ الْبَيْعِ فَقَدْ يَفِيدُ الْقَبْضَ بِدُونِ إِذْنِ الْبَائِعِ بَعْضَ الْفَوَائِدِ كَانْتِقَالِ الضَّمَانِ، لَكِنْ لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَبْضُ الْمُبِيعِ، بَلْ مِنْ حَيْثُ الْيَدُ الْمَقْتَضِيَةُ لَهُ، وَ يَبْقَى غَيْرُهُ مِنْ فَوَائِدِ الْقَبْضِ.

قَوْلُهُ: «وَ مِنْ شَرْطِهَا نِيَّةُ الْقَرْبَةِ.».

ظَاهِرُهُمْ أَنَّهُ وَفَاقِيٌّ، وَ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا رَوَايَةُ هِشَامٍ وَ حَمَّادٍ وَ ابْنِ أُذَيْنَةَ وَ ابْنِ بَكِيرٍ وَ غَيْرِ وَاحِدٍ كَلَّمَهُمْ قَالُوا: «قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا صَدَقَةَ وَ لَا عَتَقَ إِلَّا مَا أُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى» (١). وَ قَدْ يُلُوحُ مِنْ بَعْضِ كَلَامِهِمْ عَدَمُ الْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِ حَيْثُ اسْتَدَلُّوا عَلَى أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَ أَنَّ تَصَيُّدَهُ خَيْرٌ لَكُمْ (٢) وَ فَسَّرُوا الصَّدَقَةَ هُنَا بِالْإِبْرَاءِ مَعَ أَنَّهُ غَيْرُ مَفْتَقَرٍ إِلَى الْقَرْبَةِ. وَ يَلِزَمُ مِنْهُ عَدَمُ افْتِقَارِهَا إِلَى الْقَبُولِ أَيْضًا لِذَلِكَ (٣). إِلَّا- أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا تَطْلُقُ عَلَى مَعْنِيَيْنِ خَاصٍّ وَ عَامٍّ، وَ أَنَّ الْإِبْرَاءَ صَدَقَةٌ بِالْمَعْنَى الْعَامِّ، وَ كَلَامُهُمْ هُنَا فِي الْمَعْنَى الْخَاصِّ. وَ قَدْ تَقَدَّمَ (٤) فِي الْوَقْفِ أَنَّهُ صَدَقَةٌ،

ص: ٤٠٨

١- ١) الكافي ٧: ٣٠ ح ٢، التهذيب ٩: ١٣٩ ح ٥٨٤، الوسائل ١٣: ٣٢٠ ب «١٣» من أبواب الصدقات ح ٣.

٢- ٢) سورة البقرة: ٢٨٠.

٣- ٣) في «و» و «ب»: كذلك.

٤- ٤) في ص: ٣١٠.

و لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض (١) على الأصح، لأن المقصود بها الأجر و قد حصل، فهي كالمعوض عنها.

و الصدقة المفروضة محرّمه على بنى هاشم (٢)، إلا صدقة الهاشمى أو صدقة غيره عند الاضطرار، و الأخبار (١) مشحونه به، مع أنّ الأصح عدم اعتبار نيّة القربه فيه، و هذا يؤيد اعتبار المعنى العام.

قوله: «و لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض. إلخ».

خالف فى ذلك الشيخ -رحمه الله- فقال: «إن صدقة التطوع عندنا بمنزله الهبه فى جميع الأحكام، و من شرطها الإيجاب و القبول، و لا يلزم إلا بالقبض، و كلّ من له الرجوع فى الهبه له الرجوع فى الصدقة عليه» (٢).

و ثبّه المصنف بقوله: «لأنّ المقصود بها الأجر و قد حصل» على ردّ قول الشيخ لو سلّم مساواتها للهبه، لأنّ الهبه إذا حصل لها عوض لا يجوز الرجوع فيها مطلقاً، و الصّيدقه تستلزم العوض دائماً، و هو القربه، فكانت كالمعوض عنها. و هذا هو الأقوى، حتى لو فرض فى الهبه التقرب كان عوضاً كالصدقة و لم يجز الرجوع فيها.

و يدلّ عليه أيضاً من الأخبار قول الصادق عليه السلام فى صحيحه عبد الله بن سنان و قد سأله عن الرجل يتصدّق بالصدقة ثمّ يعود فى صدقته فقال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إنّما مثل الذى يتصدّق بالصدقة ثمّ يعود فيها مثل الذى يقىء ثمّ يعود فى قيئه» (٣) و العود فى القيء غير جائز فكذا العود فى الصدقة.

و الحاصل: أن قول الشيخ إمّا ضعيف جدّاً أو مبنى على عدم اشتراط نيّة القربه فيها، فيكون قولاً فى المسأله.

قوله: «و الصدقة المفروضة محرّمه على بنى هاشم. إلخ».

لا خلاف فى تحريم الصدقة الواجبه على بنى هاشم فى الجملة عدا ما استثنى،

ص: ٤٠٩

١- ١) لاحظ الوسائل ١٣: ٢٩٢ ب «١ و ٤ و ٥» من أبواب الوقوف و الصدقات.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣١٤.

٣- ٣) التهذيب ٩: ١٥١ ح ٦١٨، الوسائل ١٣: ٣١٦ ب «١١» من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ح ٢.

و لكن اختلفوا فى عمومها أو تخصيصها بالزكاة، و الأكثر أطلقوا كالمصنف، و كذلك و رد تحريم الصدقة من غير تفصيل عليهم (١) فيعمّ. و لكن ظاهر جملة من الأخبار أنّ الحكم مختصّ بالزكاة، فيكون ذلك تقييدا لما أطلق منها، فمما صرح بالتخصيص روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حرّمت على بنى هاشم ما هي؟ قال: الزكاة قلت: فتحلّ صدقة بعضهم على بعض؟ قال: نعم» (٢).

و ممّا دلّ بظاهره على ذلك صحيحه العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ أناسا من بنى هاشم أتوا رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم فسألوه أن يستعملهم على صدقات المواشى، و قالوا: يكون لنا هذا السهم الذى جعله الله تعالى للعاملين عليها فنحن أولى به، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: يا بنى عبد المطلب إنّ الصدقة لا تحلّ لى و لا لكم» (٣) الحديث. و حسنه محمد بن مسلم و أبى بصير و زراره عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: إنّ الصدقة أوساخ أيدى الناس، و إنّ الله حرّم علىّ منها و من غيرها ما قد حرّمه، و إنّ الصدقة لا تحلّ لبنى عبد المطلب» (٤). فإنّ الأوساخ ظاهره فى الزكاة بقرينه أنّها مطهّره للمال فأخرجت و وسخه معها، كما حقّق فى باب

ص: ٤١٠

١ - ١) راجع الوسائل ١٨٥: ٦ ب «٢٩» من أبواب المستحقّين للزكاة، و أيضا مستدرک الوسائل ٧: ١٢٠ ب «١٦» من أبواب المستحقّين للزكاة.

٢ - ٢) الكافى ٤: ٥٩ ح ٥، التهذيب ٤: ٥٨ ح ٤، الاستبصار ٢: ٣٥ ح ١٠٧، الوسائل ٦: ١٩٠ ب «٣٢» من أبواب المستحقّين للزكاة ح ٥.

٣ - ٣) الكافى ٤: ٥٨ ح ١، التهذيب ٤: ٥٨ ح ٤، الوسائل ٦: ١٨٥ ب «٢٩» من أبواب المستحقّين للزكاة ح ١.

٤ - ٤) الكافى ٤: ٥٨ ح ٢، التهذيب ٤: ٥٨ ح ٤، الاستبصار ٢: ٣٥ ح ١٠٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

و لا بأس بالصدقه المندوبه عليهم.(١) الزكاه.

و روى جعفر بن إبراهيم الجعفرى الهاشمى فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«قلت له: أ تحل الصدقه لبني هاشم؟» فقال: إنَّما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكه، هذه المياه عاتمتها صدقه» (١). و هذه الروايه (٢) تحتتمل إرادته الزكاه و إرادته مطلق الواجبه، و لعلَّ الأوّل منها أظهر بقريته إشارته إلى الفرد الأظهر. و كيف كان فالأقوى اختصاص المنع بالزكاه، لعدم دليل صالح على العموم.

قوله:«و لا بأس بالصدقه المندوبه عليهم».

يفهم من هذا التخصيص تحريم غير المندوبه مطلقا عليهم مضافا إلى إطلاق تحريم الواجبه، فيشمل المندوره و الكفاره و غيرهما. و فى القواعد أطلق أولا تحريم الصدقه المفروضه كما هنا، ثمَّ عقبه بقوله:«و لا بأس بالمندوبه و غير الزكاه كالمندوره» (٣) فدلَّ تخصيصه على خلاف ما دلّت عليه هذه العبارة، و هو اختصاص المفروضه أولا و ثانيا. و هو أجود.

و اعلم أنّه لا خلاف فى إباحه المندوبه لمن عدا النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و الأئمّه عليهم السلام منهم، و الأخبار بحثّ النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم على صلّتهم و صنائع الخير معهم كثيره (٤). و استثنى فى التذكره (٥) من بنى هاشم النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم، فمال إلى تحريم الصدقه المندوبه عليه و إلى إلحاق الأئمّه عليهم السلام به فى ذلك، لما فيها من الغصّ و النقص و تسلط المتصدّق و علو مرتبته على

ص: ٤١١

١- ١) الكافى ٤: ٥٩ ح ٣، التهذيب ٤: ٦٢ ح ١٦٦، الوسائل ١٨٩: ٦ ب «٣١» من أبواب المستحقين للزكاه ح ٣.

٢- ٢) فى «س»: هذه الروايات.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢٧٣: ١.

٤- ٤) راجع الوسائل ٥٥٦: ١١ ب «١٧» من أبواب فعل المعروف

٥- ٥) تذكره الفقهاء ٢٣٥: ١.

مسائل ثلاث:

الأولى: لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض

الأولى: لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض، (١) سواء عوّض عنها أو لم يعوّض، لرحم كانت أو لأجنبى، على الأصح.

الثانيه: يجوز الصدقه على الذمى وإن كان أجنبيا

الثانيه: يجوز الصدقه على الذمى وإن كان أجنبيا (٢)، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على كل كبد حزى أجر»، و لقوله تعالى لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ .

المتصدّق عليه، و منصب النبوه أرفع من ذلك و أجلّ و أشرف، بخلاف الهديه، فإنها لا تقتضى ذلك، و نسب الروايه بشر بهم من سقايات مكّه إلى روايه العامه. و قد عرفت أنّا روينا مثلها فى الصحيح، فإنّ الروايه التى نقلناها سابقا فى ذلك من الكافى، و هى بمعنى ما رواه العامه فى ذلك، و هما معا يدلان على عدم تحريم المندوبه عليهم مطلقا.

قوله: «لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض. إلخ».

هذا هو الأقوى، و قد تقدّم (١) ذلك و أنّ المخالف الشيخ رحمه الله. و لا وجه لإعاده المسأله مرّه أخرى عن قرب.

قوله: «يجوز الصدقه على الذمى و إن كان أجنبيا. إلخ».

هذا هو الأشهر (٢)، و دلالة الآيه (٣) و الخبر (٤) عليه ظاهره. و يظهر من بعض الأصحاب (٥) أنّ الخلاف فى الصدقه على الذمى كالخلاف فى الوقف عليه، و قد تقدّم (٦) أنّ فيه أقوالا. و نقل فى الدروس (٧) عن الحسن المنع من الصدقه على غير

ص: ٤١٢

١- ١) فى ص: ٤٠٩.

٢- ٢) فى «س»: المشهور.

٣- ٣) الممتحنه: ٨.

٤- ٤) عوالى اللثالى ١: ٩٥ ح ٣، مسند أحمد بن حنبل ٢٢٣، ٢٢٢: ٢.

٥-٥) راجع جامع المقاصد ١٣٢:٩.

٦-٦) في ص: ٣٣٢-٣٣٣.

٧-٧) الدروس: ٦٧.

الثالثة: صدقه السرّ أفضل من الجهر (١)، إلا أن يتّهم في ترك المواساه، فيظهرها دفعا للتهمة.

المؤمن مطلقاً، وقد روى الكليني - رحمه الله - ما يؤيده، فروى عن سدير الصيرفي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أطعم سائلاً لا - أعرفه مسلماً؟ قال: نعم أعط من لا - تعرفه بولايه ولا عداوه للحق، إن الله عزّ وجلّ يقول وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا وَلَا تَطْعَمْ مَنْ نَصَبَ لِنَفْسٍ مِنْ الْحَقِّ أَوْ دَعَا إِلَى شَيْءٍ مِنَ الْبَاطِلِ» (١). ولكن روى أيضاً عن عمرو بن أبي نصر: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أهل البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فتصدق عليهم؟ فقال:

نعم» (٢). ويمكن حمل الأوّل على الكراهه جمعاً.

قوله: «صدقه السرّ أفضل من صدقه الجهر. إلخ».

أما أفضلية صدقه السرّ فموضع وفاق، والكتاب والسنة ناطقان به، قال الله تعالى «وَ إِنْ تُخْفُواهَا وَ تُوْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» (٣)، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «صدقه السرّ تطفى غضب الربّ» (٤)، وقال الصادق عليه السلام: «الصدقه والله في السرّ أفضل منها في العلانيه» (٥).

هذا إذا لم يستلزم إخفاؤها اتهام الناس له بترك المواساه وإلا فإظهارها أفضل، لأنه لا ينبغي أن يجعل عرضه عرضه للتهمة، فقد تخرّج من ذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع بعده عنه فغيره أولى. وكذا لو قصد بالإظهار متابعه الناس له في ذلك واقتداءهم به، لما فيه من التحريض على نفع الفقراء.

ص: ٤١٣

١-١) الكافي ٤:١٣ ح ١، الوسائل ٦:٢٨٨ ب «٢١» من أبواب الصدقه ح ٣ والآيه في سورة البقره: ٨٣.

٢-٢) الكافي ٤:١٤ ح ٣، الوسائل ٦:٢٨٩ ب «٢١» من أبواب الصدقه ح ٧.

٣-٣) سورة البقره: ٢٧١.

٤-٤) الوسائل ٦:٢٧٥ ب «١٣» من أبواب الصدقه ح ١ و ٢ و ٧ و ١٠.

٥-٥) الكافي ٤:٨ ح ٢، الفقيه ٢:٣٨ ح ١٦٢، الوسائل ٦:٢٧٥ ب «١٣» من أبواب الصدقه ح ٣.

هذا كله في الصدقه المندوبه. أما المفروضه فأظهارها مطلقا أفضل، جزم به في الدروس (1)، ورواه على بن إبراهيم في تفسيره (2) عن الصادق عليه السلام، ولأنّ الرياء لا يتطرق إليها غالبا كما يتطرق إلى المندوبه، ولا استحباب حمل الواجبه إلى الإمام المنافى للكتمان غالبا. وروى (3) عن ابن عباس أنّ صدقه السرّ في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفا، و صدقه الفريضة علانيتها أفضل من سرّها بخمسه و عشرين ضعفا. وقيل: الإخفاء أفضل مطلقا عملا بعموم الآيه إلا مع المحذورين.

وله وجه.

ص: ٤١٤

١-١) الدروس: ٤٧.

٢-٢) تفسير القمّي ٩٢:١-٩٣.

٣-٣) جامع البيان (تفسير الطبري) ٦٢:٣.

كتاب السكنى و الحبس

كتاب السكنى و الحبس

ص: ٤١٥

كتاب السكنى و الحبس و هى عقد (١) يفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض. (٢) قوله: «و هى عقد».

الضمير يعود إلى السكنى بقريته التأنيث و إن كان الحكم فى الحبس كذلك، و كان الأولى عوده إليهما. و فى تغليب السكنى على ما يعمّ العمرى و الرقبى تجوّز [آخر] (١) فإنّهما أعمّ منها من وجه، فلو جعل عنوان الكتاب السكنى و توابعها أو يصرّح بالجميع - كما فعل جماعه - كان أولى.

قوله: «يفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض».

لا- إشكال فى افتقار السكنى و قسيمها إلى الإيجاب و القبول حيث يقترن بمدّه أو عمر. أمّا مع إطلاقها فظاهره - كغيره - أنّها كذلك، لأنّ الأصل أن لا ينتقل شىء إلى ملك الغير بدون قبوله، و هنا المنتقل المنفعه فى الجملة. و يمكن القول بعدم اشتراط القبول هنا، لأنّها حينئذ بمعنى إباحه السكنى، لجواز الرجوع فيها متى شاء كما سيأتى (٢). و يمكن الجواب حينئذ بأنّها تصير عقدا جائزا، و ذلك لا يمنع من اشتراط القبول كظائره. أو نقول: إنّها مع الإطلاق لازمه فى مسمى الإسكان، و إنّما يجوز الرجوع فيها بعد تحقّق المسمى، كما صرّح به فى التذكرة (٣)، و حينئذ فلا إشكال فى اعتبار القبول، لأنّها من العقود اللازمه فى الجملة و إن طرأ عليها الجواز يعد انقضاء المسمى.

ص: ٤١٧

١- ١) لم ترد فى «ب».

٢- ٢) فى ص: ٤٢٥.

٣- ٣) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٠.

و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعه، مع بقاء الملك على مالكة. (١) و يختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة. (٢) فإذا اقترنت بالعمر قيل عمرى، و بالإسكان قيل سكنى، و بالمدّه قيل: رقبى، إمّا من الارتقاب أو من رقبه الملك.

و يستفاد من مفهوم افتقارها إلى الثلاثة أنّها لا تفتقر إلى قصد القربه، و هو أصحّ القولين فى المسأله، للأصل، و إن توقّف عليه حصول الثواب. و فى القواعد (١) جزم بافتقارها إلى تيه التقرب، و ظاهره أنّها شرط لصحّتها كالثلاثة. و وجهه غير واضح. و بعض النسخ المقرّوه على المصنّف خاليه منه. و ربما حمل على إرادته حصول الثواب، بمعنى أنّها لا تكون قربه بدونّه. و هو خلاف الظاهر.

قوله: «و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعه مع بقاء الملك على مالكة».

هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا. و تبه به على خلاف بعض العامّه (٢) حيث جعلها مفيدّه فائده الهبه على بعض الوجوه، فينتقل ملك العين إلى الساكن.

قوله: «و تختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة. إلخ».

اختلاف الأسماء الثلاثة عليها إنّما يتمّ إذا تعلّقت بالمسكن، و حينئذ فتكون السكنى أعمّ منهما، لشمولها ما لو أسكنه مدّه مخصوصه أو عمر أحدهما أو أطلق.

و لكن سيأتى (٣) أنّ كلّ ما صحّ وقفه صحّ إعمارّه، و الرقبى بمعناها فلا تختصّان بالمسكن، فتكونان أعمّ منها من هذا الوجه.

و إنّما كانت السكنى أعمّ منهما فى عبارته لأنّه جعل مناط إطلاق العمرى اقتران السكنى بالعمر و مناط الرقبى اقترانها بالمدّه و السكنى ذكر الإسكان، و ذلك يتحقّق بذكر ما اعتبر اقترانه فى العقد كيف كان، فإذا قال: أسكنتك هذه الدار مدّه عمرى،

ص: ٤١٨

١- ١) قواعد الأحكام ٢٧٢: ١.

٢- ٢) راجع المغنى لابن قدامه ٣٣٥-٦-٣٣٦، رحمه الأمه: ١٨٥.

٣- ٣) فى ص: ٤٢٧.

تحققت السكنى لاقترانها بها و العمرى لاقترانها بالعمر، و إن قال: أعمرتكها عمرك، تحققت العمرى خاصه، و إن قال: أسكنتكها مدّه كذا، تحققت السكنى و الرقبى، و إن قال: أرقبتكها، تحققت الرقبى خاصه. فبينهما عموم و خصوص من وجه، و بين العمرى و الرقبى تباين. فيجتمع السكنى مع العمرى فيما لو أسكنه الدار عمر أحدهما، و تنفرد السكنى بما لو أسكنه إياها لا كذلك بل إمّا مدّه أو مطلقاً، و تنفرد العمرى بما لو كان المعمر غير مسكن أو لم يقرنها بالإسكان. و يجتمع السكنى مع الرقبى فيما لو أسكنه الدار مدّه مخصوصه، و تنفرد عنها السكنى بما لو أسكنها لا كذلك، و الرقبى بما لو كان غير مسكن أو لم يقرنها به. و أما العمرى و الرقبى فإنّهما و إن اشتركا فى المورد لكن يمتازان بالتقييد بالعمر أو بمدّه مخصوصه. و حينئذ فاختلاف الأسماء عليها كما ذكره المصنف إنّما يتمّ مع تعلقها بالمسكن لا مطلقاً.

هذا هو الذى تقتضيه عبارته المصنف و الأكثر، و لكن فى التحرير (1) ما يخالف هذا الاصطلاح، فإنّه خصّ العمرى بما لا يشتمل عقدها على لفظ السكنى بأن يقول: أعمرتكها مدّه عمرك، و الرقبى بما لا يشتمل على السكنى كذلك بل على المدّه بأن يقول: أرقبتكها مدّه كذا، فان ذكر الإسكان فهى سكنى خاصه و إن قرنها بالعمر أو بمدّه. و حينئذ فبينهما بهذا الاعتبار تباين و إن اختصّا عن السكنى بتعلقهما بغير المسكن.

و اعلم أنّ إطلاق اسم السكنى بالمعنى الأعمّ و العمرى مطابق للمعنى، و أمّا الرقبى فأخذها من الارتقاب - و هو انتظار الأمد الذى علقت عليه، أو من رقبه الملك بمعنى إعطاء الرقبه للانتفاع بها المدّه المذكوره - لا ينافى المعنيين الأخيرين، لأنّ كلّاً من الساكن و المسكن أو مطلق المعطى فى الأقسام الثلاثه يرتقب المدّه التى يرجع فيها، و ذلك فى العمرى ظاهر، و فى السكنى المطلقه يتمّ فى أخذها من رقبه الملك مطلقاً،

ص: ٤١٩

و العبارة عن العقد أن يقول: (١) أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن، عمرك أو عمري أو مدّة معيّنه.

و في أخذها من ارتقاب المدّة من جهة القابل، فإنه يرتقب في كلّ وقت أخذ المالك العين، لكن وقع الاصطلاح على اختصاص الرقبي بما قرن بالمدّة المخصوصه.

و في التذكرة (١) أنّ العرب كانت تستعمل العمري و الرقبي في معنى واحد، فالعمري مأخوذه من العمر، و الرقبي من الرقوب، كأنّ كلّ واحد منهما يرتقب موت صاحبه. و حكى عن علي عليه السلام أنه قال: «العمري و الرقبي سواء» (٢).

و بهذا المعنى صرح الشيخ في المبسوط فقال: «صورتها صورته العمري إلا أنّ اللفظ يختلف، فإنه يقول: أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك أو مدّة حياتي، و الرقبي يحتاج إلى أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك أو مدّة حياتي. قال: و من أصحابنا من قال: الرقبي أن يقول: جعلت خدمه هذا العبد لك مدّة حياتك أو مدّة حياتي و هو مأخوذ من رقبه العبد، و الأوّل مأخوذ من رقبه الملك» (٣). و بمعنى ما ذكره الشيخ أفتى ابن البراج (٤) و أبو الصلاح (٥). و الأوّل أشهر.

قوله: «و العبارة عن العقد أن يقول: إلخ».

مما جرى مجراه قوله: هذه الدار لك عمرك، أو هي لك مدّة حياتك و نحوه.

و زاد في التذكرة: «وهبت منك هذه الدار عمرك على أنّك إن متّ قبلي عادت إليّ و إن متّ قبلك استقرت عليك» (٦). و الظاهر أنّه أراد بقوله: استقرت عليك أي بقيه عمرك لا مطلقاً، لأنّه هو المعروف في المذهب. و نقل عن بعض العامّة أنّها حينئذ

ص: ٤٢٠

١-١) تذكرة الفقهاء ٢:٤٤٨.

٢-٢) دعائم الإسلام ٢:٣٢٤ ح ١٢٢٤.

٣-٣) المبسوط ٣:٣١٦.

٤-٤) المذهب ١٠٠:٢-١٠١.

٥-٥) الكافي في الفقه: ٣٦٣.

٦-٦) تذكرة الفقهاء ٢:٤٤٨.

فيلزم بالقبض،(١) وقيل: لا يلزم، وقيل: يلزم إن قصد به القربه. و الأول أشهر.

و لو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حييت، جاز و يرجع إلى المسكن بعد موت الساكن، على الأشبه. أمّا لو قال: فإذا متّ رجعت إليّ، فإنها ترجع قطعاً.(٢) لأخيرهما موتاً. و ظاهر كلامه يدلّ عليه، لأنّ استقرارها للمعطي إذا تأخرت حياته يدلّ ظاهراً على ملكه لها مستقرّاً.

قوله: «فيلزم بالقبض. إلخ».

المعروف من مذهب الأصحاب هو القول الأول، و وجهه عموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) المتناول لموضع النزاع. و لا يرد تناوله لما قبل القبض، للإجماع على أنّه حينئذ غير لازم، و رواه الحسين بن نعيم (٢) عن الكاظم عليه السلام المتضمّن لكون البيع لا ينقض السكنى، و رواه أبي الصّبّاح عن الصادق عليه السلام: «إن كان جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط، و إن جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا و لا يورثوا ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأول» (٣).

و القولان الآخران لم نقف على قائلهما، و مستند الثانى منهما أصاله عدم اللزوم، و هى مرتفعه بما ذكرناه، و الثالث أنّ هذا العقد فى معنى الهبه المعوّضه و القربه فى معناه. و حيث ثبت اللزوم مطلقاً فلا حاجة بنا إلى اشتراط أمر آخر.

قوله: «و لو قال لك سكنى هذه الدار - إلى قوله - قطعاً».

هذه المسأله لم ينقل أصحابنا فيها خلافاً، بل ظاهرهم الاتفاق على رجوعها

ص: ٤٢١

١- ١) سورة المائده: ١.

٢- ٢) الكافى ٧: ٣٨ ح ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ ح ٤٤٩، التهذيب ٩: ١٤١ ح ٥٩٣، الاستبصار ٤: ١٠٤ ح ٣٩٩، الوسائل ١٣: ٢٦٧ ب «٢٤» من أبواب الإجاره ح ٣.

٣- ٣) الكافى ٧: ٣٣ ح ٢٢، الفقيه ٤: ١٨٧ ح ٤٥٣، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٨٨، الاستبصار ٤: ١٠٤ ح ٣٩٧، الوسائل ١٣: ٣٢٦ ب «٣» من أبواب السكنى و الحبيس ح ١.

و لو قال: أعمرتك هذه الدار لك (١) و لعقبك، كان عمري و لم تنتقل إلى المعمر، و كان كما لو لم يذكر العقب، على الأشبه.

إلى المسكن مطلقاً، لكنّ الشيخ في المبسوط نقل فيها قولين: الصّحّ و البطلان، ثمّ نقل عن القائلين بالصّحّ أنّهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلى أنّها يكون للمعمر مدّة بقائه و لورثته بعده، و قال آخرون منهم: إنّّه إذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان مات. قال: و هذا هو الصحيح على مذهبنا (١). و هذا الخلاف كلّهُ للمخالفين - كما هي عادة الشيخ في هذا الكتاب - لا لأصحابنا، و يؤيّدُه قوله في آخره: «و هذا هو الصحيح في مذهبنا» لأنّ عادته اختيار ما يوافق مذهبه من أقوال المخالفين بعد حكايتها.

و اعلم أنّ الضمير المستتر في قوله: «ترجع» يرجع إلى السكنى لا إلى الدار، لأنّ السكنى هي المنتقلة إلى ملك الساكن أمّا الدار فبإقيه على ملك مالکها لم تزل، بخلاف المنفعة، فإنّها انتقلت زماناً مخصوصاً ثمّ رجعت إلى المالك.

قوله: «و لو قال أعمرتك هذه الدار لك. إلخ».

كما يجوز تعليق العمري على عمر المعمر، يجوز إضافته عقبه إليه بحيث يجعل حقّ المنفعة بعده لهم مدّة عمرهم أيضاً، و النصوص (٢) دالّة عليه، و أولى منه لو جعله لبعض معين من العقب. و مثله ما لو جعله له مدّة عمره و لعقبه مدّة مخصوصه، و العقد حينئذ مرّكب من العمري و الرقبي. ثمّ على تقدير جعله لعقبه بعده لا يخرج عن حقيقة العمري، بل يستحقّ العقب على حسب ما شرط له، ثمّ يرجع الحقّ بعده إلى المالك المعمر، كما لو أعمار الأول و لم يذكر عقبه. هذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب و عموم الأدلّة و خصوص النصوص في ذلك كروايه أبي الصباح المتقدّمه (٣).

ص: ٤٢٢

١-١ (١) المبسوط ٣: ٣١٦.

٢-٢ (٢) راجع الوسائل ٣: ٣٢٥ «٢» و «٣» من أبواب السكنى و الحيس.

٣-٣ (٣) في ص: ٤٢١ هـ ٣.

و إذا عيّن للسكنى مدّه، لزمّت بالقبض. (١) و لا- يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضائها. و كذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع، و إن مات المعمر، و ينتقل ما كان له إلى ورثته حتى يموت المالك. و لو قرنها بعمر المعمر ثمّ مات، لم تكن لوارثه و رجعت إلى المالك.

و تبه بالأشبه على ظاهر خلاف الشيخ في المبسوط حيث حكم بجواز شرط العمرى للعقب (١)، و احتجّ له بما رواه جابر أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قال:

«أيما رجل أعمار عمرى له و لعقبه فإنّما هي للذى يعطاها، لا ترجع إلى الذى أعطها، فإنّه أعطى عطاء وقعت (٢) فيه المواريث». و ظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه، إذ لو لا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التى ذكرها هو فى التهذيب كروايه أبى الصبّاح و غيرها أولى، مع احتمال أن يريد الاحتجاج بالروايه على أصل المشروعيّه، و هو القدر الذى أفتى به خاصّه، و من ثمّ لم يذكر كثير فى المسأله خلافاً.

و بعض نسخ الشرائع خاليه من قوله: «على الأشبه» و وجهه ما ذكرناه من عدم صراحه الخلاف فى المسأله، مع أنّ الروايه عاميّه، و أخبارنا خاليه من ذلك، بل مصرّحه بخلافه.

قوله: «و إذا عيّن للسكنى مدّه لزمّت بالقبض. إلخ».

لَمّا كان الأصل فى العقود اللزوم، و كان هذا العقد غير ناقل لملك الرقبه بل للمنفعه على وجه مخصوص، فاللازم منهما لزوم العقد بحسب ما نقله، فإن كان مدّه معيّنه لزم فيها، و إن كان عمر أحدهما لزم كذلك، فلا يبطل العقد بموت غير من علّقت على موته. فإن كانت مقرونه بعمر المالك استحقّها المعمر كذلك، فإن مات المعمر قبل المالك انتقل الحقّ إلى ورثته مدّه حياه المالك كغيره من الحقوق و الأملاك. و هذا ممّا لا خلاف فيه.

ص: ٤٢٣

(١-١) المبسوط ٣: ٣١٦.

(٢-٢) عوالى اللئالى ٣: ٢٦٣ ح ١٥، مستدرک الوسائل ١٤: ٦٦ ب «٢» من أبواب كتاب السكنى ح ٤. و راجع أيضا مسند أحمد ٣: ٣٦٠، و صحيح مسلم ٣: ١٢٤٥ ح ١٦٢٥.

أمّا لو انعكس بأن قرنت بعمر المعمر فمات المالك قبله فالأصحّ أنّ الحكم كذلك، وليس لورثه المالك إزعاجه قبل وفاته مطلقاً، لما ذكرناه من المقدمتين.

و فضيل ابن الجنيد هنا فقال: «إن كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم إخراجها، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم» (١). استناداً إلى روايه خالد بن نافع (٢) عن الصادق عليه السلام الدالّة على ذلك، إلا أنّ في سندها جهالة أو ضعفًا، و في متنها خللاً يمنع من الاستناد إليها، فالمذهب هو المشهور. نعم، لو وقع العقد في مرض موت المالك اعتبرت المنفعة الخارجة من الثلث لا جميع الدار.

و اعلم أنّ الموجود في عبارته المصنف -رحمه الله- وغيره (٣) و مورد الأخبار (٤) أنّ العمرى مختصّه بجعل الغايه عمر المالك أو عمر المعمر، و يضاف إلى ذلك عقب المعمر كما سلف. و هل يتعدّى الحكم إلى غير ذلك بأن يقرنها بعمر غيرهما؟ يحتمله، و هو الذى أفتى به الشهيد -رحمه الله- فى بعض فوائده، للأصل، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود (٥)، و أنّ المسلمين (٦) عند شروطهم و هذا من جملته، و لصدق اسم العمرى فى الجملة المدلول على شرعيّتها فى بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما (٧)، و هذا لا بأس به. و يحتمل عدم التعدّى إلى غير ما نصّ عليه، لاشتمال

ص: ٢٢٤

-
- ١- ١) حكاها عنه العلامة فى المختلف ٢: ٤٩٨.
- ٢- ٢) الكافى ٧: ٣٨ ح ٣٩، الفقيه ٤: ١٨٦ ح ٤٥٠، التهذيب ٩: ١٤٢ ح ٥٩٤، الاستبصار ٤: ١٠٥ ح ٥، الوسائل ١٣: ٣٣١ ب «٨» من أبواب السكنى و الحيس ح ١.
- ٣- ٣) يراجع المبسوط ٣: ٣١٦، المهذب ٢: ١٠٠، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤١، الجامع للشرائع: ٣٦٨، القواعد ١: ٢٧٣، الدروس: ٢٣٥.
- ٤- ٤) الوسائل ١٣: ٣٢٨ ب «٢» و «٣» من أحكام السكنى و الحيس.
- ٥- ٥) سوره المائده: ١.
- ٦- ٦) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.
- ٧- ٧) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٦ ب «٣» من أبواب السكنى و الحيس ح ١ ص ٣٢٧ ب «٤» ح ١، ٢.

و لو أطلق المدّ و لم يعينها، كان له الرجوع متى شاء. (١) هذا العقد على جهاله من حيث عدم العلم بغايه وقت المنفعه المستحقّه، و الأصل يقتضى المنع من ذلك فى غير محلّ الوفاق. و يتفرّع على الأول حكم ما لو مات أحدهما فى حياه من علقت بعمره، فإن كان الميّت المالك فالحكم كما لو مات فى حياه المعمر، و إن كان هو المعمر رجعت إلى المالك. و لو مات من علقت على عمره عادت إلى المالك أيضا مطلقا، عملا بالشرط.

قوله: «و لو أطلق المدّ و لم يعينها كان له الرجوع متى شاء».

هذا تتمّه حكم السكنى من حيث اللزوم و عدمه. و الحاصل: أنّها من العقود اللازمه مطلقا إلا فى صورته واحده، و هى ما لو أطلق السكنى و لم يعين لها وقتا، فإنّها حينئذ من العقود الجائزه مطلقا، كما يظهر من العبارة كعبارة الأكثر. و يدلّ عليه ظاهر الأخبار كحسنة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام و فى آخرها: «قلت: فرجل أسكن داره و لم يوقّت، قال: جائز و يخرجّه إذا شاء» (١). و دلالتها من حيث الجواز و من حيث المشيئه، و دلالة الثانى أظهر، و فى معناها غيرها (٢).

و قال فى التذكرة: «إنّه مع الإطلاق يلزم الإسكان فى مسمى العقد و لو يوما».

و الضابط ما يسمّى إسكانا، و بعده للمالك الرجوع متى شاء» (٣). و تبعه على ذلك المحقق الشيخ على (٤) - رحمه الله - و احتجّ له بروايه الحلبي. و قد عرفت أنّها دالّة على ضدّه. بل يمكن الاحتجاج له بما دلّ على لزوم غيره من العقود كعموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بدّ من الحكم هنا بلزومه وقتا ما عملا بالدليل ثمّ يرجع إلى الجواز، جمعا بين الآيه و روايه الحلبي و غيرها.

ص: ٤٢٥

١- ١) الكافي ٧: ٣٤ ح ٢٥، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٩٠، الاستبصار ٤: ١٠٤ ح ٣٩٨، الوسائل ١٣: ٣٢٧ ب «٤» من أبواب السكنى ح ١.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٧ ب «٤» و «٥» من أبواب الحبيس.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٤٥٠.

٤- ٤) جامع المقاصد ٩: ١٢٤.

و فيه نظر، لأن الرواية مخصّصة للآية، لدلالاتها على جوازه مطلقاً، كما خصّصت الآية بسائر العقود الجائزه بدليل من خارج.

هذا حكم إطلاق السكنى، و لم يتعرّض لحكم الرقى و العمرى لو أطلقهما.

و يمكن القول بفساد العمرى حينئذ مع الإطلاق، لاقتضائها الاقتران بعمر إمّا لأحدهما كما هو المشهور أو مطلقاً كما قرّناه، فإذا لم يعينه بطلت للجهاله، كما لو عيّن مدّه غير مضبوطة حيث يعتبر تعيينها، و الصّحّه إقامه لها مقام السكنى، لا اشتراكهما فى كثير من المعانى و الأحكام و مناسبتهما على الوجه الذى قرّناه سابقاً (1)، فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع. و كذا القول فى الرقى و أولى بالصّحّه هنا، لأنّ إطلاقها باعتبار رقبه الملك أو ارتقاب المدّه التى يرتضيها المالك ممكنه هنا بطريق الحقيقه، فاستعمالها فى السكنى يكون كاستعمال أحد المترادفين مكان الآخر و إن اختلفا من جهه أخرى. و هذا قوئى (2).

و فى الدروس (3) قطع ببطلان العمرى مع الإطلاق، و لم يتعرّض للرقبى. و فى التحرير (4) قطع بأنّه مع إطلاق العمرى و الرقى يصحّ، و يكون للمالك إخراجهُ متى شاء كالسكنى. و هو فى الرقى حسن، و فتوى الدروس فى العمرى أحسن. و يتفرّع على ذلك ما لو أعمره مدّه معيّنه، فعلى جواز إطلاق العمرى لا شبهه فى الجواز هنا، لانضباطها بالمدّه، فهى أولى من الإطلاق، و على المنع يحتمله هنا، لا اختصاصها بالعمر و لم يحصل هنا، و الجواز هنا و إن منع من الإطلاق.

و الفرق أنّها مع الإطلاق محموله على عمر أحدهما أو عمر مطلق، و لم يعين فبطلت للجهاله، بخلاف ما لو عين المدّه، فإنّه صريح فى إقامتها مقام السكنى أو

ص: ٤٢٦

١-١) لاحظ ص: ٤١٨-٤٢٠.

٢-٢) فى «س» و «ش»: أقوى.

٣-٣) الدروس: ٢٣٦.

٤-٤) التحرير ٢٩٠: ١-٢٩١.

و كل ما يصح وقفه يصح إعماره من دار و مملوك و أثاث. (١) و لا تبطل بالبيع، بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له. (٢) الرقبي فيصح، كما يصح إقامه السلم مقام غيره من أفراد البيع الحال مع التصريح بإرادته الحلول، إقامه للنوع مقام الجنس، و أقل مراتبه أنه مجاز مشهور. و ليس بجيد، لأنّ المعترف في العقود اللازمه الألفاظ الحقيقيه الصريحه، و هو منتف هنا. و فى التحرير (١) قطع بجواز العمرى كذلك، و هو مناسب لأصله السابق (٢).

قوله: «و كل ما يصح وقفه يصح إعماره من دار أو مملوك أو أثاث».

لما كانت العمرى تشارك السكنى فى كثير من الأحكام، و تقوم مقامها فى العقد على وجه يوهم اختصاصها بدار سكنى نبه على دفعه و أنّ مورد العمرى أعّم من مورد السكنى. و ضابطها ما يصح وقفه و هو العين المملوكه التى يمكن إقباضها و ينتفع بها مع بقاء عينها، فتدخل فى ذلك الدار و الأثاث و الحيوان و إن كان جاريه، لكن إنّما يستتبع منفعتها و استخدامها دون وطئها، لأنّ استباحه البضع منوط بلفظى الإباحه و التحليل (٣)، و الواقع هنا لا يدلّ عليهما (٤).

و الحاصل: أنّ العمرى نوع من الصدقه مختصّه بالمنافع المباحه فيعمّ جميع ما ذكر. و فى معناه الرقبي، و كان عليه أن يذكرها.

قوله: «و لا تبطل بالبيع، بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له».

الضمير المستتر فى «تبطل» يرجع إلى العمرى بقريته السياق و قوله: «بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له». و إنّما خصّها بالذكر لأنّ جواز البيع فيها يقتضى جوازها فى أختيها بطريق أولى كما سنحرّره، و لأنّها مورد النصّ الذى هو مستند جواز البيع، و هو حسنه الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام: «قال: سألته عن رجل جعل

ص: ٤٢٧

١-١ (١) التحرير ٢٩١: ١.

٢-٢ (٢) لاحظ ص: ٤١٩.

٣-٣ (٣) فى «س» و «ش»: بألفاظ خاصه.

٤-٤ (٤) فى «س» و «ش» و «م»: عليها.

دارا سكنى لرجل أُرِّمَ حياته، أو جعلها له و لعقبه من بعده، هل هى له و لعقبه كما شرط؟ قال: نعم. قلت: فإن احتاج، يبيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبى عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضى السكنى على ما شرط. و كذا الإجاره» (١). الحديث.

و حيث يصحّ البيع فى العمرى مع جهاله وقت انتفاع المشتري يصحّ فى الرقبى المقترنه بمده معينه، لارتفاع الجهاله فيها بطريق أولى. و لو كانت السكنى مطلقه و العمرى و الرقبى حيث نجوزهما كذلك صحّ البيع أيضا، و بطلت السكنى و ما فى معناها كما هو شأن العقد الجائر إذا طرأ عليه لازم ينافيه.

و ما اختاره المصنف من الحكم بصحّ البيع فى العمرى مذهب جماعه من الأصحاب منهم ابن الجنيد (٢) قاطعا به كالمصنف، و الشهيد فى الدروس (٣) ناقلا- فيه الخلاف. و اختلف كلام العلامة فى الإرشاد (٤) قطع بجواز البيع كما هنا، و فى التحرير (٥) استقرب عدمه لجهاله وقت انتفاع المشتري، و فى القواعد (٦) و المختلف (٧) و التذكرة (٨) استشكل الحكم بعد أن أفتى فى التذكرة بالجواز للروايه.

ص: ٤٢٨

-
- ١- (١) الكافى ٧: ٣٨ ح ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ ح ٤٢٩، التهذيب ٩: ١٤١ ح ٥٩٣، الاستبصار ٤: ١٠٤ ح ٣٩٩، الوسائل ١٣: ٢٦٧ ب «٢٤» من أبواب الإجاره ح ٣.
- ٢- (٢) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٩٩.
- ٣- (٣) الدروس: ٢٣٦.
- ٤- (٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٦.
- ٥- (٥) تحرير الأحكام ١: ٢٩١.
- ٦- (٦) قواعد الأحكام ١: ٢٧٣.
- ٧- (٧) المختلف: ٤٩٩.
- ٨- (٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥١.

و منشأ المنع و الإشكال: أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة، و لهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، و زمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول، و قد منع الأصحاب من بيع المسكن الذى تعتدّ فيه المطلقة بالإقراء، لجهاله وقت الانتفاع به فهنا أولى، لإمكان استثناء الزوج مدّه يقطع بعدم زياده العده عليها، بخلاف المتنازع فيه.

و فيه نظر، لأنّ الانتفاع بالبيع فى الجملة متحقّق، و إنما تخلف عنه نوع خاصّ منها، و ذلك لا يقدح، و منع الأصحاب من بيع مسكن المعتدّه مبنى على ما منعه هنا، لا اشتراكهما فى المعنى، و يلزم القائل بالصحة هنا القول به ثمّ إن لم يتحقّق الإجماع فيه، مضافا إلى النصّ المعتبر بالجواز صريحا. و يمكن الفرق بجواز هذا بالنصّ، فلا يلزم مثله فى ذاك إن لم يدع اتّحاد الطريق أو يقال بخروج ذاك بالاتفاق إن تمّ.

و كيف كان فالقول بالصحة هنا أوجه مؤيدا بما ذكر من النصّ و الاعتبار بعموم «أوفوا بالعقود» (١) و

«المؤمنون عند شروطهم» (٢) و عدم المنافاه بين البيع و السكنى، فإنّ مورد البيع العين ليستوفى منها المنفعة المستحقّه للبائع لا مطلقا، و مورد السكنى المنفعة المملوكة له حاله الإسكان و ما فى معناه.

و ربما فرق بين بيعه على المعمر و غيره، و جوز الأول دون الثانى، نظرا إلى استحقاق المعمر المنفعة ابتداء و استمرار استحقاقه فتقلّ جهاله، بخلاف غيره.

و فساده واضح، فإنّ المعتبر من العلم بالمنفعة المطلوبه فى البيع إن كان ممّا ينافيه هذا الفأئتها منها زمن العمر المجهول بطل مطلقا و إلا صحّ مطلقا، لاختلاف الاستحقاقين فلا يبنى أحدهما على الآخر. و أمّا الأولويّه التى ادّعوها فى بيع مسكن

ص: ٤٢٩

١- (١) المائدة: ١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

المطلّقه باستثناء قدر يقطع بانقضاء العده قبله فمثله آت في العمرى نظرا إلى العمر الطبعى الذى لا يعيش المعمر بعده قطعا أو عاده، و من ثمّ يحكم بموت المفقود حينئذ و يقسم ماله و تعتد زوجته عده الوفاة اتّفاقا.

بقى هنا شىء: و هو أنّ المشتري لو كان هو المعمر جاز له بيع العين حينئذ بجميع منافعتها، لأنّها بأجمعها مملوكه، و لا مانع من نقلها إلى غيره بوجه، و إن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة، فإنّ المانع لم يكن الجهالة بل عدم جواز أفراد المنفعة بالبيع. و ليس ببعيد جواز الصلح عليها، لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، و صحّته على العين و المنفعة. فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره و جوّزناه جاز له أن يصلح المشتري على تلك المنفعة المستحقّه له مدّه عمره بمال معلوم، و يصير المشتري حينئذ مالكا للجميع كما لو كان هو المعمر.

إذا تقرّر ذلك، فالمشتري - حيث يجوز شراؤه مسلوب المنفعة في المدّه المعينه أو العمر - إن كان عالما بالحال فلا خيال له، بل يصير حتى تنقضى المدّه أو العمر ثمّ ينتقل إليه المنفعة، و له قبل ذلك أن يبيع و يهب و يعتق و غير ذلك مما لا يتعلّق بالمنفعة المستحقّه. و إن كان جاهلا تخير بين الصبر مجانا إلى انقضاء المدّه و بين الفسخ، لأنّ فوات المنفعة عيب يجوز الفسخ.

و اعلم أنّ العلامة في المختلف (1) قال بعد أن حكى عن ابن الجنيّد صحّح البيع: «و للشيخ قول يناسب ما قاله ابن الجنيّد في المبسوط، و هو أنّه إذا أوصى بخدمه عبده على التأييد جاز لورثه الموصى بيع الرقبه على الأقوى، و نقل المنع عن قوم، لأنّها رقبه مسلوبه المنفعة، فهو كبيع الجعلان». انتهى.

و في مناسبة هذا القول لما نحن فيه نظر بين، لأنّ المنفعة المسلوبه في العمرى ليست دائمه بل إلى أمد مجهول كما تقرّر، و بعدها ينتقل إلى المشتري، و هو أعظم

و إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه (١) و أهله و أولاده. و لا يجوز أن يسكن غيرهم إلاّ أن يشترط ذلك. و لا يجوز أن يؤجر السكنى، كما لا يجوز أن يسكن غيره، إلاّ بإذن المسكن.

المنافع المقصوده من المبيع، فكان المقصود من المنفعه مجهولا، بخلاف الموصى به على التأيد، لأنّ منفعه الخدمه حيثئذ غير ملحوظه للمشتري أصلا، و إنّما غرضه باقى المنافع التى لم تدخل فى الوصيه كالعق، و هذه منفعه معلومه له، و المجهوله قد قطع النظر عنها و عن انتقالها إليه، لعدم إمكانه، فلا يلزم من تجويز بيعه تجويزه لبيع المعمر الذى يرتقب منفعته المقصوده من الشراء عاده.

قوله: «و إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب محتجّين على ذلك بأنّ الأصل عصمه مال الغير من التصرف فيه بغير إذنه، خرج من ذلك ما أذن فيه و هو سكناه بنفسه و من فى معناه فيبقى الباقي على أصل المنع. و خالف ابن إدريس (١) فى ذلك فجوّز له إسكان من شاء و إجارته و نقل الملك كيف شاء، لملكه إيّاها بالعقد اللازم فساغ له التصرف فيها كيف شاء، كما لو تملكها بالإجاره، و كغيرها من أمواله. و أوجب بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناول غيره. و فيه نظر. و كيف كان فالعمل على المشهور و إن كان كلام ابن إدريس لا يخلو من قوّه.

و إنّما جاز عند الأصحاب إسكان أهله و أولاده مع اقتضاء الصيغه عندهم سكناه بنفسه لدلاله العرف على ذلك. و ألحق به العلامه فى التذكرة (٢) من جرت العاده بإسكانه معه كغلامه و جاريتة و مرضعه ولده. و هو حسن، لدلاله العرف عليه أيضا. و كذا الضيف و الدابّه إذا كان فى الدار موضع يصلح [لهما] (٣) عاده. و كذا إحراز الغلّه فيها كذلك، و نحوه.

ص: ٤٣١

١-١) السرائر ١٦٩:٣.

٢-٢) تذكرة الفقهاء ٤٥٠:٢.

٣-٣) فى النسخ: لها. و التصحيح من نسخه الشيخ على حفيد الشارح على ما فى هامش «و».

و إذا حبس فرسه في سبيل الله تعالى، (١) أو غلامه في خدمه البيت أو المسجد، لزم ذلك. و لم يجر تغييره ما دامت العين باقيه.

أما لو حبس شيئاً على رجل، و لم يعين وقتاً، ثم مات الحابس كان ميراثاً، و كذا لو عين مده و انقضت، كان ميراثاً لورثه الحابس.

قوله: «و إذا حبس فرسه في سبيل الله إلخ».

هذه الأحكام مختصه بالحبس الذي عقد الكتاب له مع السكنى، و لم يتعرض لحكمه إلا هنا، و لم يستوفها جيده و لا غيره، فإنه لم يتعرض لعقده و افتقاره إلى القبض و عدمه و لضابط ما يصح حبسه، فإنه إنما ذكر أموراً مخصوصه من المال، و كذا ما يجوز الحبس عليه، فإنه ذكر وجوها خاصه أيضاً، و كذا فعل الأكثر.

و خلاصه ما ذكر هنا من حكمه: أنه إن وقع على غير آدمي كالجهات المذكوره من سبيل الله و نحوه لزم أبداً، و لم يصح الرجوع فيه مطلقاً، و إن كان على آدمي فإن أطلق بطل بموت الحابس، و إن عين مده لزم فيها أجمع.

و الموجود من النصوص في هذا الباب ما روى من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برّد الحبيس و إنفاذ المواريث (١). و الأصحاب حملوا رده على القسم الثاني، و هو ما إذا وقع مع آدمي، فإنه يردّ إلى الحابس بعد موته، و لم يذكروا على الأول سندا، و كأنه وفاقى، لكن يعتبر فيه مع العقد القبض، صرح به في التذكرة (٢). و اعتبر في التحرير (٣) القربه أيضاً.

و ظاهر العبارة أنه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه و عدم جواز تغييره ما دامت العين، و صرح في الدروس (٤) بخروجه عن ملكه بالعقد، بخلاف

ص: ٤٣٢

١ - ١) الكافي ٧: ٣٤ ح ٢٧، الفقيه ٤: ١٨١ ح ٤٣٥، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٩١، الوسائل ١٣: ٣٢٨ ب «٥» من أبواب السكنى و الحبيس

ح ١.

٢ - ٢) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٠.

٣ - ٣) تحرير الأحكام ١: ٢٩١.

٤ - ٤) الدروس: ٢٣٦.

الحبس على الإنسان، فإنه لا يخرج قطعا كالسكنى. وبقى فى كلام المصنف أنه مع الإطلاق هل يصح الرجوع فيه أم لا؟ و ليس فى كلامه ما يدلّ عليه، بل على بطلانه بموته، و الذى صرح به فى القواعد (١) أنه مع الإطلاق له الرجوع متى شاء كالسكنى. و هو حسن. و فى العبارة أيضا إخلال بالحبس عمر أحدهما، فإنه لم يذكر إلا تعيين المدّة، و حكمه كالمدّة المعينه فى لزومه ما دام باقيا، و رجوعه إلى المالك بعد موت من علق على عمره، و به جزم فى التحرير (٢).

و اتفق الجميع على التعبير بالفرس و المملوك فى الوجوه المذكوره. و زاد فى الدروس «البعير فى سبيل الله» (٣). و كان عليهم أن يذكروا حكم باقى ما يصح وقفه و إعماره. و الظاهر أن حكم الحبس كذلك. و مورده مورد الوقف، فيصح حبس كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرايط السابقه، على الإنسان مطلقا و على القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها، كمطلق الدابّة لنقل الماء إلى المسجد و السقايه و معونه الحاجّ و الزائرين و طلاب العلم و المتعيدين، و الكتب على المتفقيين، و البيت على المساكين (٤) و غير ذلك، فالإقتصار على ما ذكره ليس بجيد، و عموم الأدله متناول للجميع، و خصوصها خال من جميع ما ذكره.

تمّ المجلد الخامس و لله الحمد، و يليه المجلد السادس بإذنه تعالى

ص: ٤٣٣

١- ١) قواعد الأحكام ٢٧٣: ١.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢٩١: ١.

٣- ٣) الدروس: ٢٣٦.

٤- ٤) كذا فى «و» و فى غيرها: الساكنين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

