



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

مَجْلَدُ الْمَقْصَلِ
وَفَتْحُ الْعَوْلَانِ

تأليف

للشيخ العلامة

الشيخ محمد بن عبد الوهاب

المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ

مجلد المقصَل

تأليف

للشيخ العلامة محمد بن عبد الوهاب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٩
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٦	كتاب الوقوف و العطايا
١٦	اشاره
١٦	المقصد الأول:الوقف
١٦	اشاره
١٦	الأول فى أركانه
١٦	اشاره
١٦	المطلب الأول:الصيغه
٤٦	المطلب الثانى:فى المتعاقدين
٤٦	اشاره
٤٦	أما الواقف
٤٨	و أما الموقوف عليه
٦٤	المطلب الثالث:الموقوف
٧١	الفصل الثانى:فى الأحكام
٩٨	الفصل الثالث:فى اللواحق
١٢٧	المقصد الثانى:فى السكنى و الصدقه و الهبه
١٢٧	اشاره
١٢٧	الأول:فى السكنى
١٣٨	الفصل الثانى:فى الصدقه
١٤٤	الفصل الثالث:فى الهبه
١٤٤	اشاره

١٤٤	الأول:فى أركانها
١٤٤	اشاره
١٤٤	الأول:العقد
١٥٤	الثانى:الموهوب
١٥٩	الثالث:القبض
١٦٨	المطلب الثانى:فى الأحكام
١٩٧	المقصد الثالث:فى الإقرار
١٩٧	اشاره
١٩٧	الأول:فى أركانه
١٩٧	اشاره
١٩٧	الأول:الصيغه
٢١١	الثانى:المقر
٢١١	اشاره
٢١٢	و المحجور عليه سبعة
٢١٢	أ:الصبى
٢١٤	ب:المجنون
٢١٦	ج:المكره
٢١٩	د:المفلس
٢١٩	و:المريض
٢٢٦	ز:العبد
٢٣٢	الثالث:المقر له
٢٣٢	اشاره
٢٣٢	أ:أهليه التملك
٢٤١	ب:عدم التكذيب
٢٤٧	المطلب الرابع:فى المقر به
٢٥٥	الفصل الثانى:فى الأقارير المجهوله

- ٢٥٥ اشارة
- ٢٥٥ أ:إذا قال له على شيء أُلزم البيان
- ٢٦٣ ب:لو قال:له على مال قبل تفسيره بقليله و كثيره
- ٢٦٨ ج:إذا قال:له على كذا فهو كالشيء
- ٢٧٦ د:إطلاق الإقرار بالموزون أو المكيل ينصرف الى ميزان البلد وكيه
- ٢٧٨ ه:الجمع يحمل على أقله و هو ثلاثة
- ٢٧٩ و:لو قال:على ما بين درهم و عشره لزمه ثمانية
- ٢٩١ ز:لو قال له على درهم درهم درهم لزمه واحد
- ٢٩٤ ح:لو أقر بدرهم فى مجلسين،أو بلغتين
- ٢٩٦ ط:لو قال:هذه الدار لأحد هذين و هى فى يده الزم بالبيان
- ٣٠٢ ي:لو قال:أحد هذين العبدان لزيد طوب بالبيان
- ٣٠٣ يا:لو قال:لزيد مائه و نصف ما لعمر و
- ٣٠٦ الفصل الثالث:فى تعقيب الإقرار بما ينافيه
- ٣٠٦ اشارة
- ٣٠٦ الأول:فى الاستثناء
- ٣٠٦ اشارة
- ٣٠٦ أ:حكم الاستثناء و المستثنى منه متناقضان
- ٣٠٧ ب:الاستثناء المتكرر مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه
- ٣٠٨ ج:الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيره إلا مع القرينه
- ٣٠٩ د:الاستثناء من الجنس جائز إجماعاً،و من غيره على الأقوى
- ٣١٠ ه:الاستثناء المستوعب باطل،و يجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى
- ٣٢٧ المطلوب الثانى:فيما عدا الاستثناء
- ٣٢٧ اشارة
- ٣٢٧ أ:إذا عطف ببل فإن كانا معينين أو مختلفين لم يقبل أضرابه
- ٣٣١ ب:إذا كان فى يده شيء على ظاهر التملك
- ٣٣٦ ج:هل يصح البدل كالاستثناء؟الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار

د: لو قال: كان له على ألف و قضيته ٣٣٨

ه: لو قال: له على ألف من ثمن خمر أو خنزير ٣٤٠

و: لو قال: له عندي دراهم وديعه قبل تفسيره ٣٤٧

ز: لو أقر بالبيع و قبض الثمن ٣٥٥

الفصل الرابع: في الإقرار بالنسب ٣٥٦

اشاره ٣٥٦

فروع ٣٧٠

اشاره ٣٧٠

أ: لو أقر الولد بآخر فأقرا بثالث ثبت نسب الثالث مع عدالتهما ٣٧٠

ب: لو أقر الوارث بمن هو أولى منه كان المال للمقر له ٣٧١

ج: لو أقر الأخ بولد للميت فالمال للولد ٣٧٣

د: لو أقرت الزوجه مع الإخوه بولد، فإن صدقها الإخوه فالمال للولد ٣٧٤

ه: لو أقر الأخ بولدين دفعه فصدق كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب ٣٧٥

و: لو أقر بزوجه لذات الولد أعطاه ربع ما في يده ٣٧٦

ز: لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس ٣٧٩

ح: لو اعترف الولد بالزوجه أعطاه الثمن ٣٨٠

ط: لو كان أحد الولدين عبداً أو كافراً فأقر الحر المسلم بآخر ٣٨١

ي: لو أقر أحد الولدين بابن و أنكر الثاني ٣٨٣

تعريف مركز ٣٨٦

سرشناسه: محقق كركي ، علي بن حسين ، - ٩٤٠ ق .

عنوان قراردادى: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پديد آور: جامع المقاصد في شرح القواعد/ تاليف على بن الحسين الكركي ؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث ، ١٤١١ ق . = ١٩٩١ م . = ١٣٧٠ .

مشخصات ظاهري: ١٤ ج.

يادداشت: كتاب حاضر شرحى بر كتاب " قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام تاليف حسن بن يوسف علامه حلى " است.

يادداشت: كتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره .-- الجزء الثانى الصلاه .-- الجزء الثالث الزكاه والحج .-- الجزء الرابع المتاجر .-- الجزء الخامس الدين .-- الجزء السابع الاجاره .-- الجزء الثامن الوكاله .--

موضوع: علامه حلى ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ ق .

شناسه افزوده: علامه حلى ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندي كنگره: BP182/3 / ع ٩٠٢١٧ ١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ٢٥٠٠٨٧٣

جامع المقاصد في شرح القواعد

ص: ٢

جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٣

سرشناسه: محقق کرکی ، علی بن حسین ، - ۹۴۰ ق .

عنوان قراردادی: قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پدید آور: جامع المقاصد فی شرح القواعد/ تالیف علی بن الحسین الکرکی ؛ تحقیق موسسه آل البيت عليهم السلام
لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث ، ۱۴۱۱ ق . = ۱۹۹۱ م . = ۱۳۷۰ .

مشخصات ظاهری: ۱۴ ج .

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر کتاب " قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام تالیف حسن بن یوسف علامه حلی " است .

یادداشت: کتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره . -- الجزء الثانی الصلاه . -- الجزء الثالث الزکاه و الحج . -- الجزء الرابع المتاجر . -- الجزء الخامس
الدين . -- الجزء السابع الاجاره . -- الجزء الثامن الوکاله . --

موضوع: علامه حلی ، حسن بن یوسف ، ۶۴۸ - ۷۲۶ ق . قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ ق .

ص : ۴

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

تنبیه النسخه المعتمده التي اعتمداها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي النسخه التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، و
هناك اختلافات بينه لا تخفى في القارئ اللبيب

ص: ٦

اشاره

كتاب الوقوف و العطايا و فيه مقاصد:

المقصد الأول: الوقف

اشاره

المقصد الأول: الوقف، و فيه فصول:

الأول في أركانه

اشاره

الأول في أركانه و هي ثلاثه مطالب:

المطلب الأول: الصيغه

المطلب الأول:

الصيغه، الوقف: عقد يفيد تحييس الأصل و إطلاق المنفعه و لفظه الصريح: وقفت و حبست و سببت على رأى قوله: (الوقف: عقد يفيد تحييس الأصل و إطلاق المنفعه).

المراد ب(تحييس الأصل): المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا، و هذا التعريف يصدق على الحبس فإنه عقد يفيد ذلك إلا أن يراد بالحبس: التأيد، إلا أن اللفظ لا يدل عليه.

و عرفه فى الدروس: بأنه الصدقه الجاربه (١)، و هذا صادق على نذر الصدقه كذلك و الوصيه بها. و الأصل فيه قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «حبس الأصل و سبب الثمره» (٢)، و غير ذلك من الأخبار الكثيره (٣).

قوله: (و لفظه الصريح: وقفت و حبست و سببت على رأى).

أما وقفت-و قد يقال فى شذوذ اللغه لا فى فصيحها: أوقفت-فلا خلاف فى دلالتها بالصريح على معنى الوقف و ربما حكى عن بعض أقوال الشافعى أنها

١-١) الدروس: ٢٢٨.

٢-٢) سنن البيهقي ١٦٢:٦، سنن ابن ماجه ٨٠١:٢ حديث ٢٣٩٧.

٣-٣) انظر: الوسائل ٣٠٣:١٣ باب عدم جواز بيع الوقف، سنن البيهقي ١٥٨:٦، كتاب الوقف سنن ابن ماجه ٨٠١:٢: باب ٤ كتاب الوقف.

و غيره: حرّمت، و تصدّقت، و أيدت. فإن قرن أحد هذه الثلاثة بإحدى الثلاثة السابقة، أو بما يدل على المعنى مثل: لا يباع و لا يوهب و لا يورث، أو صدقه مؤبده أو محرّمه، أو بالنيه صار كالصريح، كناية لا تدل إلا مع النيه (١).

و أمّا حبست- و يقال: أحبست- و سبّلت فقد ذهب الشيخ في الخلاف (٢) و جماعه إلى صراحتها كوقفت، نظرا إلى استعمالها العرفي في ذلك (٣) و ذهب في المبسوط إلى أنّ الصريح وقفت خاصة و ما عداه يحتاج إلى النيه (٤)، و هو الأصح اعتبارا لأصل الوضع، و الأصل عدم النقل، و الأصل بقاء الملك على مالكة حتى يحصل الناقل الشرعي.

و ما وقع من استعمالها في الوقف في كلام الشارع لا- دلالة فيه على المراد، لوجود القرائن المعينه للمطلوب، [و] (٥) مع وجود القرينه لا دلالة على كون الاستعمال حقيقيا مثل ما وقع في كلام أمير المؤمنين صلوات الله عليه: «هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب و هو حى سوى صدقه لاتباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض» (٦).

قوله: (و غيره: حرّمت و تصدّقت و أيدت، فإن قرن أحد هذه الثلاثة بإحدى الثلاثة السابقة، أو بما يدل على المعنى مثل: لا يباع و لا يوهب و لا تورث، أو صدقه مؤبده أو محرّمه أو بالنيه صار كالصريح).

أى: و غير الصريح- و هو

ص: ٨

١- ١) انظر: معنى المحتاج ٢: ٣٨٢.

٢- ٢) الخلاف ٢: ١٢٩ مسألة ١ كتاب الوقف و الصدقات.

٣- ٣) منهم يحيى بن سعيد فى الجامع للشرائع: ٣٦٩، و السيد ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٠.

٤- ٤) المبسوط ٣: ٢٩٢. [١]

٥- ٥) لم ترد فى نسختي «ك»، «ه».

٦- ٦) الفقيه ٤: ١٨٣ حديث ٦٤٢، التهذيب ٩: ١٣١ حديث ٥٦٠، الاستبصار ٤: ٩٨ حديث ٣٨٠.

ما عدا الألفاظ الثلاثة على ما اختاره-ألفاظ ثلاثة أخرى و هي: حرّمت و تصدّقت و أبدت، و هذه كناية عن الوقف، لاشتراكها في الاستعمال بينه و بين غيره، فإن انضم إليها ما يخصصها بالوقف و يجعلها دليلاً عليه كانت كالصريح و إلا فلا.

و الضميمة: إما لفظ أو نية، فاللفظ: أما أحد الألفاظ السابقة مثل صدقة موقوفه، أو محبسه-على القول بأن التحيس صريح-أو مثل صدقة لا- تباع و لا تورث و لا توهب، و أما إذا اقترن أحدها بالنية فإنه يحكم بالوقف باطنا دون الظاهر إلا أن يعترف بما نواه، و يقبل قوله في نية الوقف و عدمها.

و قال في التذكرة: أنه إذا أتى بالكناية بنية الوقف: أما أن يضيف اللفظ إلى جهه عامه كأن قال: تصدّقت بهذا على المساكين بنية الوقف فالأقرب إلحاقه بالصريح في صيرورته وقفاً، أو يضيفه إلى معين لم يكن وقفاً على الأقوى، نعم مع النية يصير وقفاً فيما بينه و بين الله تعالى و لا يصير وقفاً في الحكم، قاله الشيخ (١)، فإذا أقر أنه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم (٢).

هذا محصل كلامه، و في الفرق بين الصيغتين نظراً، و وجه الفرق غير ظاهر، و أسند في الدروس إلى ظاهر الأصحاب إن تصدّقت و حرّمت صيغته واحده فلا تغني الثانية عن الاولى و تغني الأولى مع القرينه، و لو قال: جعلته وقفاً أو صدقه مؤبده محرّمه كفى (٣).

هذا كلامه، و الظاهر من إطلاقه: إن جعلته صدقه مؤبده محرّمه يكفي بدون النية كجعلته وقفاً، و كلام التذكرة يوافق لكنه قال في آخر البحث: و أمّا حرّمت هذه البقعه أو أبدتها، أو دارى محرّمه أو مؤبده فالأقرب أنها كناية، و إن انضمت إليها قرينه

ص: ٩

١-١) المبسوط ٢٩١: ٣. [١]

٢-٢) التذكرة ٤٢٧: ٢. [٢]

٣-٣) الدروس: ٢٢٨.

وإلا- لم يحمل على الوقف، و يدين بنيته لو ادعاه أو ادعى ضده، و يحكم عليه بظاهر إقراره بقصده. تدل على الوقف صارت كالصريح وإلا- فلا (١)، و هو يقتضى الفرق بين ضميمه بعض الكنايات الى بعض وإفرادها. و اعلم أنّ فى عبارته مناقشه، لأنّ (إحدى) مؤنثه فحقه أن يقول: الثلاث بغير تاء لعدم جواز إلحاقها مع التأنيث.

قوله: (و إلا لم يحمل على الوقف و يدين بنيته لو ادعاه، أو ادعى ضده).

أى: أن لم يقترن غير الصريح بأحد الألفاظ الثلاثة، و لا بما يدل على المعنى، و لا بالنيه لم يحمل على الوقف و لا وجه لاشتراط عدم النيه فى عدم الحمل على الوقف، لأننا إنّما نحكم بالظاهر و النيه أمر قلبى لا يطلع عليه، فإذا جرد اللفظ عن القرينه لم يحكم بالوقف إلا أن يعترف بأنّه نواه فيحكم عليه بإقراره ظاهرا.

و كذا لو ادعى عدم نيه الوقف فإنّه يحكم عليه ظاهرا بعدم الوقف، و يجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى مراعاة الواقع، فان لم يكن نوى الوقف و ادعى النيه فهو باق على ملكه، فيجب عليه العمل بما يقتضيه بقاؤه على ملكه بحسب مقدوره بالنسبه إلى دين قد طوب به و هو عاجز عن أدائه إلا من هذا الملك، و وصول حق الورثه إليهم منه.

و ينعكس الحكم لو ادعى عدم نيه الوقف و الحال إنّه قد نواه. و قوله: (يدين) -بضم الياء الاولى، و تشديد الثانية مفتوحه- اسم مفعول معناه: يوكّل الى دينه ليعمل بنيته لو ادعى الوقف فى قصده أو ضده، لعدم العلم بما قصده إلا من قبله.

و قوله: (و يحكم عليه بظاهر إقراره بقصده).

معناه: إنّّه إذا أقر بقصد الوقف حكم عليه ظاهرا بإقراره لا باطنا.

ص: ١٠

أمّا الموقوف عليه فيشترط قبضه في صحه الوقف، و لو رده بطل، و لو سكت ففي اشتراط قبوله إشكال أقربه ذلك، قوله: (أمّا الموقوف عليه فيشترط قبضه في صحه الوقف و لو رده بطل).

قد تقدم ما يعتبر من قبل الواقف من النطق بالصيغه صريحا، أو كناية مع القرينه أو النيه، و هذا بيان ما يعتبر من قبل الموقوف عليه و هو اشتراط قبضه في الصحه، و لا- خلافاً في ذلك و كذا اشتراط عدم رده، فلو ردّ بطل كما في الوصيه، سواء قلنا باشتراط القبول أم لا- خلافاً لبعض الشافعيه (1) محتجا بأنه دخل في ملكه بمجرد الإيقاع و لزومه لمن لا يشترط القبول ظاهر لكن ينبغي أن يكون ذلك مع تحقق القبض.

و أمّا اشتراط القبول فقد أشار إليه المصنف بقوله: (و لو سكت ففي اشتراط قبوله إشكال أقربه ذلك) و لا يخفى إنّه لو سكت عن قوله: (لو سكت) لكان أولى، لأنّ اشتراط القبول و عدمه لا يختلف بسكوته و عدمه.

و تحقيق المسأله: إنّه هل يشترط لصحه الوقف القبول أم لا فيه إشكال ينشأ:

من إطلاقهم صحه الوقف و انعقاده عند وجود لفظ الوقف و الإقباض من غير تقييد بالقبول، و لأنّه إزالة ملك فكفى فيه صيغه الإيجاب كالعق، و استحقاق الموقوف عليه للمنفعه كاستحقاق العتيق منفعه نفسه.

و من اطباقهم على أنّه عقد فيعتبر فيه الإيجاب و القبول كسائر العقود، و لأنّ إدخال شيء في ملك الغير موقوف على رضاه، لأنّ الأصل عدم الانتقال بدونه، و حصول الملك على وجه قهري كالإرث يتوقف على نصّ الشارع، و هو منتف هنا، و لا دلالة في النصوص الواردة في هذا الباب على عدم حصول القبول، و للشك في تماميه السبب بدونه فيستصحب ثبات الملك على المالك، و رجحان هذا الوجه هو وجه القرب

ص: ١١

(١ - ١) انظر: الوجيز ٢٤٧: ١، مغنى المحتاج ٣٨٣: ٢، المجموع ٣٤٠: ١٥. [١]

و كذا الولي. الذي ذكره المصنف.

و الأصح اشتراط القبول فيعتبر فيه و في الإيجاب ما يعتبر في سائر العقود اللازمه: من وقوعهما بالعربيه، و فوريه القبول و غير ذلك.

و في التذكرة اشترط القبول إلا- أن يكون الوقف على وجه عامه كالفقراء أو المسجد فلا يشترط (١) و هو مطابق لما سيأتي هنا إن شاء الله تعالى.

ثم قال- بعد أن حكى ذلك عن الشافعيه (٢)-: و لم يجعلوا الحاكم نائبا في القبول كما جعل نائبا عن المسلمين في استيفاء القصاص و الأموال، و لو صاروا إليه كان وجها (٣)، و هذا يشعر بالميل الى اشتراط القبول هنا، و لا- ريب أنه أولى قال: ثم ما ذكرناه مفروض في الوقف، أما إذا قال: جعلت هذا للمسجد فهو تمليك لا وقف، فيشترط قبول القيم و قبضه كما لو وهب شيئا من صبي (٤) هذا كلامه، و نحن لا نجد فرقا بين الهبه و الوقف في ذلك نعم قد بنى بعضهم القول باشتراط القبول و عدمه، على أن الملك ينتقل الى الموقوف عليه أو الى الله سبحانه؟ فعلى الأول يشترط، لا- على الثاني إلحاقا له بالإعتاق و لا ريب أن هذا البناء أقرب من طرد القولين مع القول بانتقال الملك الى الموقوف عليه، و إن كان إطلاقهم على الوقف إنه عقد ينافي عدم اشتراط القبول على كل حال، لأن العقد ما يركب من الإيجاب و القبول.

قوله: (و كذا الولي).

أى: القول في اشتراط قبضه و قبوله بالولاية- لو كان الوقف على صبي مثلا- كالموقوف عليه سواء.

ص: ١٢

١- (١) التذكرة ٢: ٤٢٧. [١]

٢- (٢) انظر: الوجيز ٣: ٣٨٣. [٢]

٣- (٣) التذكرة ٢: ٤٢٧. [٢]

٤- (٤) التذكرة ٢: ٤٢٧-٢: ٤٢٨. [٣]

أمّا البطن الثاني فلا يشترط قبوله، ولا يرتد عنه برده بل برد الأول. ولو كان الوقف على المصالح لم يشترط القبول، نعم يشترط القبض، ويشترط أهليه الواقف للتصرف.

ولا يحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وإن أذن في الصلاة فيه أو صلى فيه ما لم يقل: جعلته مسجداً. قوله: (أمّا البطن الثاني فلا يشترط قبوله ولا يرتد عنه برده بل برد الأول).

لأنّ استحقاقه لا يتصل بالإيجاب وقد تم الوقف ولزم بقبول الأول، وقطعه يحتاج إلى دليل. وفي وجه للشافعية: أنه يرتد برد البطلون المتجدده (١) أمّا ردّ الأول فلا شك في تأثيره.

قوله: (ولو كان الوقف على المصالح لم يشترط القبول، نعم يشترط القبض).

هذا كالتقييد لإطلاق كلامه السابق، وقد حققنا ذلك فيما مضى وبيّنا أنّ اشتراط القبول مطلقاً أولى.

قوله: (ولا يحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وإن أذن في الصلاة أو صلى فيه ما لم يقل جعلته مسجداً).

لا يحصل الوقف بالفعل عندما وإن حفر بالقرائن، مثل أن يبني مسجداً سواء أذن في الصلاة فيه أم لا، وسواء صلى فيه أم لا، وكذا إذا اتخذ مغيره وأذن للناس فيها أو سقايه ويأذن في دخولها، خلافاً لأبي حنيفة (٢) وأحمد (٣)، لأنّ الوقف عقد يفتقر

ص: ١٣

١- ١) مغنى المحتاج ٢: ٣٨٣.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٦: ٢١٣، الباب ١٨٦: ٢.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ٦: ٢١٣.

و إذا تم الوقف بالإقباض كان لازماً لا يقبل الفسخ و إن تراضيا. و يشترط: تنجيزه، و دوامه و إقباضه، و إخراجَه عن نفسه، و نيه التقرب. الى الإيجاب و القبول، و له شرائط لا تكفى فيها القرائن ما لم يكن هناك لفظ يدل عليه.

و الفرق بينه و بين تقديم الطعام للضيف، و وضع ماء فى حب على قارعه الطريق، و نثار شىء على الناس و نحو ذلك: إن هذه إنما تستفاد منها الإباحه بخلاف الوقف فإنه يقتضى نقل الملك.

و أعلم أن قوله: (ما لم يقل جعلته مسجدا) ليس المراد منه إنه بهذا تتحقق مسجديته، بل الغرض إن له دخلا فى حصولها، إلا أن هذا اللفظ كاف فى الصيغه، و اختار المصنف فى التذكرة عدم الاكتفاء بها ما لم يضم إليها ما يدل على إنشاء الوقف مثل: جعلته مسجدا لله، لأنه وصفه بما هو موصوف به، فقد قال عليه السلام: «جعلت لى الأرض مسجدا» (١)، و ما ذكره متجه.

قوله: (و إذا تم الوقف بالإقباض كان لازماً لا يقبل الفسخ و إن تراضيا).

لأن الوقف قربه فيه حق لله تعالى، و إن قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يملك ان إبطال ذلك الحق بتراضيهما.

قوله: (و يشترط: تنجيزه، و دوامه، و إقباضه، و إخراجَه عن نفسه و نيه التقرب).

يشترط فى الوقف أيضا أمور اخرى:

أحدها: تنجيزه، فلو علّق بشرط أو صفة مثل أن يقول: إذا جاء زيد فقد

ص: ١٤

١- (١) التذكرة ٤٢٧: ٢، [١] و انظر: صحيح البخارى ٩١: ١، سنن النسائي ٥٦: ٢، سنن ابن ماجه ٨٨: ١ حديث ٥٦٧، مسند احمد ١٤٥: ٥ و ١٤٨ و ١٦١، سنن الدارمى ٢٢٤: ٢. [٢]

فلو علقه بصفه، أو بشرط، أو قرنه بمده لم يقع.

و لو وقفه على من ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف، كما لو وقف على أولاده و اقتصر، أو ساقه الى بطون تنقرض غالبا فالأقرب أنه حبس يرجع اليه أو الى ورثته بعد انقراضهم. و قفت داري، أو إذا جاء رأس الشهر و قفت عبدى لم يصح، لعدم الجزم به، كما لا يصح تعليق البيع و الهبه و استثنى فى الدروس ما إذا كان المعلق عليه واقعا و الواقف علم بوقوعه كقوله: و قفت إن كان اليوم الجمعة (١) و قد سبق فى الوكاله مثل ذلك و المراد بالشرط: ما جاز وقوعه و عدمه بالنسبه إلى العاده، و الصفه: ما كان محقق الوقوع عاده.

الثانى: دوامه، لأنّ الوقف لا بد من تأييده على ما سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

الثالث: الإقباض، و هو غير القبض الذى تقدم اشتراطه، لأنّ القبض لا يعتد به من دون قباض الواقف و تسليطه عليه.

الرابع: إخراجة عن نفسه، لأنه لا يعقل وقف الإنسان على نفسه.

الخامس: نيه التقرب: و ظاهر العبارة اشتراطها لصحة الوقف و يشكل بانتفاء دليل الاشتراط، و لعل الشرط هو كون الوقف قربه فى نفسه. قال فى الدروس:

و فى اشتراطها وجه فيترتب وقف الكافر، و الأقرب صحته (٢).

قوله: (فلو علقه بصفه أو بشرط أو قرنه بمده لم يقع، و لو وقف على من ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف، كما لو وقف على الولاده و اقتصر، أو ساقه الى بطون تنقرض غالبا فالأقرب أنه حبس يرجع اليه أو الى ورثته بعد انقراضهم).

هذا تفريع على الشروط المتقدمه و قد ساقه على الترتيب، فعدم الوقوع لو

ص: ١٥

١-١) الدروس: ٢٢٩.

٢-٢) الدروس: ٢٢٩.

علّقه بصفه أو شرط فرع اشتراط التنجيز، و عدم وقوعه لو قرنه بمدّه فرع اشتراط الدوام.

وفقه المسأله: أنّه لو وقف ملكه مدّه-كسنه-فهل يبطل أصلاً، أم يبطل كونه وقفاً و يصحّ حبساً؟ قولان.

أحدهما: البطلان، و هو ظاهر عباره الكتاب حيث حكم في هذه المسأله بعدم الوقوع، و في التي بعدها بصحته حبساً.

و الثاني: صحته حبساً، و اختاره المصنف في التحرير (١)، و شيخنا الشهيد في الدروس (٢)، لوجود المقتضى و هو الصيغه الصالحه للحبس، لأنّ بين الوقف و الحبس اشتراكاً في المعنى، فإذا اقترن الوقف بما يقتضى عدم التأييد كان كما لو اقترن الحبس بما يقتضى التأييد، فيكون وقفاً.

و يشكل: بأنّ الوقف حقيقه في المعنى المتضمن لإخراج الملك عن مالكه فيكون مجازاً في الحبس.

و يمكن الجواب: بأنّ هذا المجاز شائع الاستعمال في هذا الباب، و إلا لم يصحّ في المسائل الآتية، و فيه قوه، و تردد المصنف في التذكرة (٣).

و ينبغي الجزم بالبطلان لو قصد بالوقف هنا معناه الحقيقي، لامتناعه.

و يتفرع على اشتراط الدوام أيضاً ما لو وقف على من ينقرض غالباً و لم يذكر المصرف بعده، كما لو وقف على أولاده و اقتصر أو ساقه الى بطون تنقرض غالباً ففي صحته وقفاً أو حبساً و بطلانه من رأس أقوال، ثم على القول بصحته وقفاً فهل يرجع الى ورثه الواقف أم الى ورثه الموقوف عليه أم يصرف في وجوه البر؟ أقوال أيضاً.

ص: ١٦

١- (١) التحرير ١: ٢٨٥.

٢- (٢) الدروس: ٢٣٠.

٣- (٣) التذكرة ٢: ٤٣٣. [١]

فأما القول بالصححة فهو مختار الشيخين (١) وأكثر الأصحاب (٢) والمصنف في المختلف (٣) والتذكرة (٤)، لأنه نوع تملك و صدقه فيستتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره ولأصالة الصححة وعموم أوقوا (٥) لأن تملك الأخير ليس شرطاً في تملك الأول وإلا لزم تقدم المعلول على العله، ورواه أبى بصير عن الباقر عليه السلام:

«إن فاطمه عليها السلام أوصت بحوائطها السبعة الى على عليه السلام ثم الى الحسن عليه السلام ثم الى الحسين عليه السلام ثم الى الأكبر من ولدها صلوات الله عليهم» (٦)، و لعموم ما روى من توقيع العسكري عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله تعالى» (٧).

و يرد على الاولى: إن التملك لا يعقل موقتا وكذا الصدقه، ولا أصل يرجع إليه في المدعى، لأن كون الوقف مؤبداً أو مؤقتاً إنما يستفاد من الشرع.

و الجواب عن الآية: لا دلالة فيها بالقول بالموجب، فإن الوفاء بعقد الوقف لازم حيث يعقل معنى الوقف، ولا يلزم من القول بعدم صححة الوقف كون تملك الأخير شرطاً في تملك الأول وإنما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف.

و الرواية لا حجة فيها، لأن فاطمه عليها السلام علمت تأييد ولدها للنص على الأئمة عليهم السلام، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «حبلان متصلان لن يفترقا

ص: ١٧

١- (١) المفيد في المقنعه: ١٠٢، والطوسى في المبسوط ٣: ٢٩٢ والخلاف ٢: ١٣١ مسألة ٩ كتاب الوقف.

٢- (٢) منهم ابن الجنيد كما نقله العلامة عنه في المختلف: ٤٩٢ و سلار في المراسم: ١٩٨، و ابن إدريس في السرائر: ٣٧٩، و المحقق في الشرائع ٢: ٢١٦.

٣- (٣) المختلف: ٤٩٢.

٤- (٤) التذكرة ٢: ٤٣٣. [١]

٥- (٥) المائده: ١.

٦- (٦) الكافي ٧: ٤٨ حديث ٥، [٢] الفقيه ٤: ١٨٠ حديث ٦٣٢.

٧- (٧) الكافي ٧: ٣٧ حديث ٣٤، [٣] الفقيه ٤: ١٧٦ حديث ٦٢٠، التهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٥٥.

حتى يردا على الحوض» (١) وغير ذلك مما لا يتناهى، ولأنه لا تصريح فى كلامها عليها السلام بالوقف، والوصيه لا بحث فيها، و نقول بموجب توقيع العسكرى عليه السلام مع عدم الدلاله، فإن معنى الوقف لا يتحقق إلا مع انتقال الملك.

و أمّا القول بالبطلان فنقله الشيخ عن بعض الأصحاب، و حجته إن الوقف شرطه التأيد فإذا لم يردّه الى ما يدوم كان كما لو وقف سنه، ولأنه يكون منقطعاً فيصير على مجهول (٢).

و أجيب: بأن اشتراط التأيد محل النزاع، و صيرورته وقفا على مجهول ممنوع، فإن المصرف ممنوع.

و لقائل أن يقول: ان الوقف يقتضى انتقال الملك عن الواقف قطعاً، وإلا فهو الحبس، و حينئذ فيجب ألا يعود أصلاً إلا بسبب شرعى، فظهر أنه يقتضى التأيد ما لم يحصل السبب، و معلوميه المصرف غير واضح، فإن الفرض أنه ليس فى كلام الواقف ما يدل عليه، و العود بعد انقراض الموقوف عليه الى ورثته، أو الى وجوه البر فرع صحه الوقف فيمتنع كونه مصححاً.

و قول العسكرى عليه السلام ينافى ذلك، لأنّ صرف الوقف الى غير من عينه الواقف يقتضى أن لا يكون على حسب ما وقفه الواقف فيتحصل هنا قياس صورته:

لو صح الوقف غير المؤبد لم يكن الوقوف على حسب ما وقفها أهلها، و التالى باطل بالروايه، و بيان الملازمه: إنه لا بدّ من مصرف له يعينه المالك و لم يدل كلامه عليه.

و أما القول بالحبس فهو قول ابن حمزه (٣)، و مقرب المصنف هنا، و شيخنا

ص: ١٨

١- ١) الخصال: ٦٥ حديث ٩٧.

٢- ٢) المبسوط ٢٩٢: ٣.

٣- ٣) الوسيله: ٤٤٠.

الشهيد في الدروس (١)، وجمع (٢) ووجهه مستفاد مما قدمناه في المسأله السابقه، و لأنه إذا شاع استعمال الكنايه في الوقف ففي الحبس أولى فعلى هذا لا يخرج عن ملك الواقف و ينتقل الملك عنه بعد موته الى ورثته.

و أميا على القول بصحة الوقف فقال المفيد (٣)، و ابن إدريس يرجع الى ورثه الموقوف عليهم، لانتقال الملك الى الموقوف عليهم (٤)، و قال ابن زهره: يرجع الى وجوه البر، لخروج الملك عن الواقف فلا يعود اليه، و أقرب شىء إلى مقصوده وجوه البر (٥)، و ضعفهما ظاهر.

و قال الشيخ: يرجع الى ورثه الواقف (٦)، و اختاره جماعه (٧)، لما روى عن الصادق عليه السلام: رجل وقف عليه و على قرابته و اوصى لرجل ليس بينه و بينه قرابه من تلك الغله بثلاثمائة درهم كل سنه، و ساق الحديث الى أن قال: «فان انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميت» (٨)، و الظاهر أن الوصيه بالوقف و إلا لم يكن لورثه الموصى شىء، كذا قيل و لا حجه فيه على صحته وقفا، و لم لا يجوز أن يكون حسبنا بلفظ الوقف.

فان قيل: الأصل في الاستعمال الحقيقيه.

قلنا: قد تعذرت ها هنا، لأنه لو انتقل عن الملك لم يرجع الى الوارث أصلا، و الأصح مختار المصنف هنا. (قال في التذكره: نمنع كون مطلق الوقف ناقلا، بل الناقل

ص: ١٩

١- (١) الدروس: ٢٢٩.

٢- (٢) منهم الشيخ في المبسوط ٣: ٢٩١، و ابن البراج في المهذب ٢: ٨٧، و ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٦٩.

٣- (٣) المقنعه: ١٠٠.

٤- (٤) السرائر: ٣٧٩.

٥- (٥) الغنيه (ضمن الجوامع الفقهيه): ٥٤١.

٦- (٦) المبسوط ٣: ٢٩٣.

٧- (٧) منهم ابن فهد في المهذب البارع ٢: ٩٣، و السيورى فى التنقيح ٢: ٣٠٤.

٨- (٨) الكافى ٧: ٣٥ حديث ٢٩، [١] الفقيه ٤: ١٧٩ حديث ٦٣٠، التهذيب ٩: ١٢٣ حديث ٥٦٥.

و لو أبد على أحد تقديرين دون الآخر، مثل أن يقف على أولاده و عقبهم ما تعاقبوا، فان انقرض العقب و لا عقب له فعلى الفقراء و لو انقرض الأولاد و لا عقب لهم فعلى إخوته و اقتصر كان حبسا على التقدير الثانى، و فى الأول إشكال. منه المؤيد خاصة (١).

قلنا: فعلى هذا تكون بعض أقسام الوقف حبسا، و حينئذ فالنزاع راجع الى التسميه فقط (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (فالأقرب أنه حبس يرجع إليه أو الى ورثته بعد انقراضهم) لا يخلو من تسامح، لأنه لم يخرج عن ملكه فكيف يتصور رجوعه إليه؟.

قوله: «و لو أبد على أحد تقديرين دون الآخر، مثل أن يقف على أولاده و عقبهم ما تعاقبوا، فإذا انقرض العقب و لا عقب له فعلى الفقراء، و لو انقرض الأولاد و لا عقب لهم فعلى إخوته و اقتصر كان حبسا على التقدير الثانى، و فى الأول إشكال).

المتبادر من سياق العبارة أن الاشكال فى أنه على التقدير الأول هل هو حبس أو وقف؟ إلا أنه لا محصل له، إذ لا ريب فى كونه وقفا على ذلك التقدير، لأنه بلفظ الوقف و قد حصل فيه التأيد فلا يعقل كونه حبسا.

أما على التقدير الثانى فإنه و إن كان بلفظ الوقف إلا أنه فى معنى الحبس فينبغى أن يكون الإشكال فى الصحة و الفساد، إلا أنه إن تطرق احتمال الفساد على التقدير الأول و جب أن يتطرق على التقدير الثانى، لأن المانع من الصحة إن كان تعليقه على شرط- كما ذكره الشارح الفاضل (٣)- فهو مشترك بين التقديرين على

ص: ٢٠

١- (١) التذكرة ٢: ٤٣٣. [١]

٢- (٢) لم ترد فى «ك».

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٠.

و لو وقف على من سيولد له، ثم على المساكين أو على عبده، ثم على المساكين فهو منقطع الأول فيحتمل الصحة كمنقطع الآخر، و البطلان إذ لا مقر له في الحال. أنه لا تعليق هاهنا، وإنما هو حكم على تقدير، وإنما التعليق ما لا يتخير معه، و لو تم ذلك لكان عدم الصحة هنا من فروع اشتراط التنجيز لا من فروع اشتراط التأييد.

و لو علل الفساد على التقدير الأول بانتفاء التأييد، لإمكان انقراض الأولاد و لم يوجد لهم عقب فلا ينتقل الى الفقراء، أوجب بأن التأييد إنما هو على تقدير كونه وقفا خاصة، و من تأمل كلام الشارح الفاضل لم يجد له كثير محصل فالأصح الصحة، لعموم قول العسكري عليه السلام: «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها» (١)، و لحصول شرط الوقف و هو التأييد على التقدير الذي جعل به وقفا، و هو مختار الدروس (٢).

قوله: (و لو وقف على من سيولد له، ثم على المساكين أو على عبده، ثم على المساكين فهو منقطع الأول فيحتمل الصحة كمنقطع الأخير، و البطلان إذ لا مقر له في الحال).

اختلف كلام الأصحاب في الوقف المنقطع الأول، فقال الشيخ في المبسوط (٣) و الخلاف (٤) بالصحة، مع إنه قال في المبسوط الذي يقتضيه مذهبنا عدم الصحة (٥).

و اختار المصنف في المختلف البطلان (٦) و هو الأصح، لأنه لو صحّ لزم.

أما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو عدم جريان الوقف على حسب ما شرطه الواقف، لأنه في حال الوقف إن لم يكن ثمة موقوف عليه لزم الأول، و إن كان

ص: ٢١

١- (١) الكافي ٧: ٣٧ حديث ٣٤، [١] الفقيه ٤: ١٧٦ حديث ٦٢٠، التهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٥٥.

٢- (٢) الدروس: ٢٢٩.

٣- (٣) المبسوط ٣: ٢٩٣.

٤- (٤) الخلاف ٢: ١٣١ مسألة ١٠ كتاب الوقوف.

٥- (٥) المبسوط ٣: ٢٩٣. [٢]

٦- (٦) المختلف: ٤٩٥.

و القبض شرط فى صحته، فلو وقف و لم يسلم الوقف ثم مات كان ميراثا. و لو وقف على أولاده الأصغر كان قبضه قبضا عنهم، و كذا الجد و الوصى. فليس هو من ذكر أولا فيجب أن يكون غيره فيلزم الأمر الثانى، و التالى بقسميه باطل و على القول بالصحة فهل يصرف الوقف فى الحال الى من صحّ الوقف عليه؟ فضل الشيخ فى المبسوط فقال: إن كان الذى بطل الوقف فى حقه لا يمكن الوقف على بقاءه و اعتبار انقراضه، مثل أن يقف على مجهول أو معدوم فإن منفعه الوقف تصرف الى من صح فى حقهم فى الحال، و يكون أولئك بمنزلة المعدوم الذى لم يذكر فى الوقف.

و إن كان الموقوف عليه أولا يمكن اعتبار انقراضه كالعبد: منهم من قال:

يصرف إليهم فى الحال، لأنه لا مستحق غيرهم، و هو الصحيح، و منهم من قال: يصرف الى الفقراء و المساكين مدّة بقاء الموقوف عليه أولا، ثم إذا انقرض رجعت إليهم (١).

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (إذ لا مقر له فى الحال) إشاره إلى دليل البطلان، و توضيحه: إنه لو صحّ لكان الوقف بغير موقوف عليه، و التالى باطل، و الملازمه ظاهره.

قوله: (و القبض شرط فى صحته، فلو وقف و لم يسلم الوقف ثم مات كان ميراثا).

لبطلان الوقف بانتفاء شرطه، و قد ورد التصريح به فى روايه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام (٢).

قوله: (و لو وقف على أولاده الأصغر كان قبضه قبضا عنهم، و كذا الجد و الوصى).

المتبادر من

ص: ٢٢

١- ١) المبسوط ٣: ٢٩٣ و ٢٩٤. [١]

٢- ٢) الفقيه ٤: ١٨٢ حديث ٦٣٩، التهذيب ٩: ١٣٧ حديث ٥٧٧.

و فى اشتراط فوريتته إشكال، و إنما يشترط القبض فى البطن الأول. و لو كان الوقف على الفقراء فلا بد من نصب قيم يقبض الوقف، قوله: (كان قبضه قبضا عنهم) أنّ مجرد كونه مقبوضا فى يده كاف فى حصول القبض عنهم و إن لم يقصد القبض عنهم. و يشكل بأن القبض إنما يحسب لذى اليد ما لم يقصده لغيره ممن له ولايه عليه، و نحوه.

قوله: (و فى اشتراط فوريتته إشكال).

ينشأ: من أنه ركن فى العقد فجرى مجرى القبول، خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول، و من أصله عدم الاشتراط و انتفاء دليل يدل عليه، بل روايه عبيد ابن زراره داله على عدم الاشتراط حيث علق فيها البطلان بعدم القبض الى أن يموت فإن مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل (1)، و الأصح عدم الاشتراط.

قوله: (و إنما يشترط القبض فى البطن الأول).

لتحقق اللزوم بقبضه قطعا، فلو شرط قبض البطن الثانى لا نقبل جائزا و هو معلوم البطلان.

قوله: (و لو كان الوقف على الفقراء فلا بد من نصب قيم يقبض الوقف).

المراد: نصب القيم من قبل الحاكم، و لو قبض الحاكم جاز قطعا، لأنه نائب عن الموقوف عليه.

و مقتضى قوله: (فلا بد) انحصار القبض فى الحاكم، فلو قبض أحد الفقراء لم يصح، و يدلّ عليه أنّ الوقف هنا إنما هو على وجهه، لأن الواقف ينظر إلى جهة الفقر

ص: ٢٣

و لو كان على مصلحه تولّى القبض الناظر فيها. و لو وقف مسجداً أو مقبره لزم إذا صلى فيه واحد أو دفن صلاه صحيحه، للإقباض، و المسكنه، و يقصد سد خله موصوف بهذه الصفه و لا يقصد شخصاً بعينه، و من ثم ينتقل الوقف فى نحو ذلك الى الله تعالى.

قوله: (و لو كان على مصلحه تولّى القبض الناظر فيها).

أى: على مصلحه من مصالح المسلمين كقنطره، و إنما يتولى الناظر فيها القبض لأنه مقدّم على الحاكم، نعم لو لم يكن لها ناظر خاص كان القبض الى الحاكم.

قوله: (و لو وقف مسجداً أو مقبره لزم إذا صلى فيه واحد أو دفن صلاه صحيحه للإقباض).

الجار و المجرور. قد ينازعه كل من: (صلى) و (دفن)، و المراد: أنه يحصل لزوم وقف البقعه مسجداً أو مقبره بصلاه واحد صلاه صحيحه للإقباض، أو دفن ميت كذلك، فلو صلى قبل العلم بالوقف، أو بعده قبل الاذن فى الصلاه، أو بعدهما لا قصداً للإقباض إما لذهوله أو غير ذلك لم يلزم، و كذا القول فى الدفن.

فان قيل: على ما ذكرت يلزم اشتراط النيه فى القبض. قلنا: لا يلزم ذلك فى مطلق القبض و إنما يشترط هنا، لأنّ مطلق قبض المصلى غير كاف، لأنه إذا تجرّد عن القصد المقتضى عن تعيين كون القبض لجهه الوقف لم ينصرف إليها، لأنّ القبض مع عدم القصد الصارف إنّما يحسب بالإضافه إلى القابض لا لغيره، و المطلق هنا صرفه إلى الجهه فاحتيج الى القصد.

و لا- كذلك لو وقف واقف على زيد و العين مقبوضه فى يده، أو وهب منه كذلك، أو رهن عنده كذلك أيضاً، لأنّ القبض محسوب له فلا حاجه الى قصد تعيينه، نعم لو كان القابض و كيلاً فى قبول الوقف أو الرهن أو الهبه مثلاً فلا بدّ من قصد القبض عن الغير.

و الأقرب أن قبض الحاكم كذلك. و لو وقف على نفسه بطل، و لو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، لكن يردّ عليه: إنّ الإقباض فعل الواقف لا- فعل المصلى، و يمكن الحمل على ذلك، و المعنى صحيح، لأنّ المراد حينئذ: إذا صلى واحد لإقباض الواقف إياه، أى: إذا أوقع الصلاة لأنّ الواقف قد أذن له فى القبض فكان إقباضه هو اذنه فيه و حمله عليه. و حينئذ فتكون الصلاة مقصودا بها لقبض، و مأذونا فيها لأجله من الواقف فيتحقق ما به اللزوم، لأنك قد عرفت أنه لا بد من القبض بعد الإقباض فلا يعتد به من دونه.

و هذا الذى ذكره المصنف يدل على أنّ المقبوض بيد الولى إذا وقفه مالكه على الطفل و لم يعلم الولى، أو علم و ذهل عن قصد كون القبض للطفل لا يعتد به. و كذا لو وقف الولى ما بيده و ذهل عن القبض للطفل، لأنّ القبض محسوب للواقف فما لم يحصل قصد يقتضى صرفه الى الطفل لم ينصرف اليه، و كذا القول فى الوكيل.

قوله: (و الأقرب أن قبض الحاكم كذلك).

أى: الأقرب أن قبض الحاكم للمسجد و المقبره بالتخليه المعتبره فى نظائرها مثل الصلاة و الدفن للإقباض، و وجه القرب: أنه نائب للمسلمين و هو فى الحقيقه وقف عليهم، و لأنّ الوالى للمصالح العامه هو فيعتبر قبضه. و يحتمل العدم، لعدم النص، و لم يذكر إلاّ الأول، و ضعفه ظاهر، و الأصحّ الاكتفاء به.

قوله: (و لو وقف على نفسه بطل).

لأنه لا بد من إخراج الوقف عن ملكه، فلا يعقل وقفه على نفسه.

قوله: (و لو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول).

حيث أنّ العطف ب(ثم) المقتضيه للترتيب، و قد سبق فى كلام المصنف التردد فيه، و اخترنا نحن البطلان.

و لو عطف بالواو فالأقرب اختصاص الغير بالنصف و بطلان النصف فى حقه. قوله: (و لو عطف بالواو فالأقرب اختصاص الغير بالنصف و بطلان النصف فى حقه).

وجه القرب: أنّ العطف يقتضى التساوى و التشريك بين المعطوف و المعطوف عليه فيكون قد وقف على كل منهما النصف، و حيث بطل الوقف فى أحدهما كان ذلك النصف باقيا على ملك المالك، لعدم صحته فيما عيّن له فيبقى على ملك المالك.

و يحتمل ان يكون الكل للغير، لأنّ الموقوف بالنسبه الى كل من المعطوف و المعطوف عليه هو المجموع من حيث هو مجموع، و الحكم بالتنصيف إنّما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما، فإذا امتنع الوقف على أحدهما انصرف وقف المجموع الى الآخر، و فيه نظر، لأنّه إنّما وقف عليهما و إن كان وقف المجموع على كل منهما، لأن مقتضى هذه الصيغه التنصيف، لأنّ مقتضاها أن يكون لكل منهما حصه فى الوقف، فإذا بطل بالنسبه إلى أحدهما لم يجز صرفّ الموقوف كله الى الآخر، لأنّه خلاف مدلول الصيغه و خلاف مراد الواقف، و العقود تابعه للقصود.

فان قيل: هذا الوقف منقطع الأول، لأنّ الموقوف عليه هو المجموع و قد بطل الوقف بالنسبه إلى البعض فيبطل بالنسبه إلى المجموع، لأنّ انتفاء الجزء يقتضى انتفاء الكل.

قلنا: ليس كذلك، لأنّ المراد بمنقطع الأول: من ليس فى الطبقة الاولى من يصحّ الوقف عليه كما لو وقف على نفسه ثم على الفقراء، و هنا ليس كذلك، لأنّ الطبقة الاولى هو نفسه و الغير فإذا بطل فى البعض بقى بعض الطبقة. نعم يرد عليه انتفاء الموقوف عليه بانتفاء بعضه، و يجاب:

أولا: بأنّنا لا نسلم أنّ الموقوف عليه المجموع من حيث المجموعيه بل كل منهما.

و ثانيا: بأنّ الوقف تحييس و ليس معاوضه، فإذا أخرج الواقف عن نفسه

و لو شرط قضاء ديونه، أو إدرار مؤنه، أو الانتفاع به بطل الوقف بخلاف ما لو وقف على الفقهاء و هو منهم، أو على الفقراء فصار فقيرا فإنه يشارك. أمرين فبطل إخراج أحدهما لا يجب بطلان الآخر، بل يجب أن يصح بطريق أولى، لأن من رضى بإخراج قدر من ماله بغير عوض فهو راض بإخراج ما دونه بطريق أولى، بخلاف المعاوضات فإن الأغراض تتعلق بمقابلته المجموع بالمجموع لأنها مبنية على ذلك، فلا يلزم من الرضى بالمعاضه على المجموع الرضى بالمعاضه على البعض.

و مثله ما لو أقر بأمرين أو لشخصين فبطل في أحدهما، أو أعتق عبيدين فبطل في أحدهما فإنه في الآخر نافذ، و الأصح ما قرّبه المصنف.

قوله: (و لو شرط قضاء ديونه، أو إدرار مؤنته، أو الانتفاع به بطل الوقف).

لأن الشرط مناف لمقتضاه، فإنه لا بدّ من إخرجه عن نفسه بحيث لا يبقى له استحقاق فيه، لأنّ الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه، فإذا شرط قضاء ديونه، أو إدرار مؤنته، أو نحو ذلك فقد شرط ما ينافى مقتضاه فيبطل الشرط و الوقف معا.

قوله: (بخلاف ما لو وقف على الفقهاء و هو منهم، أو على الفقراء فصار فقيرا فإنه يشارك).

و الفرق أنّ ذلك ليس وقفا على نفسه و لا على جماعه منهم، فإنّ الوقف على الفقهاء ليس وقفا على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف، بل على هذه الجهة المخصوصه، و لهذا لا يشترط قولهم و لا قبول بعضهم و إن أمكن، بل و لا يعتد به، و كذا القبض و لا ينتقل الملك إليهم، و لا- يجب صرفّ نماء الوقف الى جميعهم، و إنّما ينتقل الملك في مثل ذلك الى الله سبحانه، و يكون الوقف على الجهة مرجعه الى تعيين المصرفّ.

و لو شرط عوده اليه عند الحاجه صحّ الشرط و صار حبسا و بطل وقفا، بل يرجع اليه مع الحاجه و يورث. و كذا القول فى جميع الوقوف العامه، كما لو وقف مسجداً فإنّ له أن يصلّى فيه، أو بئراً فإنّ له أن يشرب منها، و نحو ذلك.

و لا- فرق فى الصحه بين أن يكون فى وقت الوقف متصفاً بالصفه التى هى مناط الوقف- كما لو كان فقيها حين الوقف على الفقهاء- أو لا، كما لو وقف على الفقراء ثم افتقر. و منع ابن إدريس من انتفاع الواقف بالوقف فى مثل ذلك، لخروجه عنه فلا يعود اليه، و امتناع وقفه على نفسه (١)، و هو ضعيف، لما بيناه.

و يوجد فى حواشى شيخنا الشهيد: أنّه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها، و هو حسن. فإذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه، فلا- يصحّ الوقف من رأس، و إذا قصد منع نفسه فإنّ تخصيص العام بالنيه جائز، و كذا تقييد المطلق فيجب اتباع ما شرطه لحديث العسكرى عليه السلام (٢).

قوله: (و لو شرط عوده اليه عند الحاجه صحّ الشرط و صار حبسا و بطل وقفا، بل يرجع اليه مع الحاجه و يورث).

إذا شرط فى الوقف عوده اليه عند الحاجه طلقاً ففى صحه الشرط و العقد و بطلانها، و صحه الشرط على أن يكون حبسا و يبطل كونه وقفاً ثلاثه أقوال للأصحاب:

الأول: صحتهما، فإن حصلت الحاجه و رجع صحّ الرجوع و عاد ملكاً. و إن لم يرجع حتى مات كان وقفاً نافذاً، و هو مختار السيد المرتضى فى ظاهر كلامه (٣)،

ص: ٢٨

١-١) السرائر: ٣٧٧.

٢-٢) الكافي ٧: ٣٧، حديث ٣٤، التهذيب ٩: ١٢٩، حديث ٥٥٥.

٣-٣) الانتصار: ٢٢٤.

و صريح كلام المصنف فى المختلف عملا بمقتضى العقل (١).

الثانى: بطلانهما، و هو مختار الشيخ (٢) و ابن إدريس (٣)، لأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم لم يعد الى المالك على حال فيكون فاسدا و يفسد به العقد.

الثالث: صحه الشرط على أن يكون حبسا لا- وقفا، و اختاره المصنف هنا و فى التذكرة (٤) و التحرير (٥)، لما بينهما من الاشتراك، و لما رواه إسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام فى الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شىء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله الله ليكون له فى حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه؟ قال: «يرجع ميراثا على أهله» (٦).

و المراد بالصدقه فى الرواية: الوقف، بدليل باقيها، فيكون دليلا على الصحه، و حيث علم أن الوقف لا بد فيه من التأييد فلا يكون ذلك إلا حبسا، فلا يخرج عن ملك المالك بل يورث عنه بعد موته.

نعم هنا إشكال و هو: إنه قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجه، فإذا مات قبل حصولها و رجوعه و جب أن يبقى الحبس على ما كان.

و جوابه: أن الحاجه تتحقق بالموت فإن الميت فقير، و أيضا فإن الحبس لا بد أن يكون له نهاية، و حيث لم تكن له نهاية فى هذه الصورة جعل موته النهاية، لأنه محل

ص: ٢٩

١- ١) المختلف: ٤٩٠.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣٠٠. [١]

٣- ٣) السرائر: ٣٧٧.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٣٤. [٢]

٥- ٥) التحرير ١: ٢٨٥.

٦- ٦) التهذيب ٩: ١٣٥ حديث ٥٦٨.

و لو شرط الخيار فى الرجوع عنه بطل الشرط و الوقف، و يجب اتباع كل شرط لا- ينافى مقتضى العقد. انتقال الملك الى الوارث، و لا دليل على بقاء الحبس بعد الموت، و الروايه نصّ فى ذلك.

و لا يخفى أنّ القول الأول مبنى على أنّ الوقف لا يشترط فيه التأييد، و الأصحّ هو الثالث.

و أعلم أنّ قول المصنف: (و يورث) المراد به: إنّه يورث بموته و إن لم يرجع فيه قبل الموت، لأنّه باق على ملكه على القول بأنّه حبس و أعلم أيضا أن المراد بالحاجه هو الفقير، نظرا الى المتعارف بين أهل الشرع، إذ لا شك فى أنّ مستحق الزكاه محتاج شرعا و عرفا.

قوله: (و لو شرط الخيار فى الرجوع عنه بطل الشرط و الوقف).

لأن ثبوت الخيار مناف لمقتضى الوقف المبنى على اللزوم التام الذى لا يقبل الفسخ بحال.

فان قيل: اشتراط عوده عند الحاجه أيضا مناف فلم جوزتموه.

قلنا: هو مناف للوقف لا للحبس، و لهذا حكمنا بصحته حسبا فان قيل: فلم لا يصحّ هذا حسبا.

قلنا: لأنّ الحبس لازم إلى أمد، و مشروط الخيار ليس كذلك فلا يكون وقفا و لا حسبا.

قوله: (و يجب اتباع كل شرط لا ينافى مقتضى العقد).

لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و عموم قوله: (المسلمون عند شروطهم) (٢).

ص: ٣٠

[١-١] المائدة: ١. [١]

[٢-٢] الكافى ٥: ٤٠٤ حديث ٨، التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥، صحيح البخارى ٣: ١٢٠، سنن الترمذى ٢: ٤٠٣ حديث ١٣٦٣.

و لو شرط إخراج من يريد بطل. و لو شرط إدخال من يولد، أو من يريد مع الموقوف عليهم جاز، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم. قوله: (و لو شرط إخراج من يريد بطل).

و ذلك، لأنّ بناء الوقف على اللزوم، فإذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف، إذ هو بمنزلة اشتراط الخيار.

قوله: (و لو شرط إدخال من يولد، أو من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم).

لا ريب أنّه لو وقف و شرط إدخال من سيولد من أولاده و غيرهم في الوقف صحّ تبعا للموجودين.

أمّا لو شرط إدخال من يولد، أو من يريد مع الموقوف عليهم فإنّه يصحّ عند المصنف، لأنّه شرط لا ينافي مقتضى الوقف، لأنّه يصحّ اشتراط دخولهم فيصحّ اشتراط إدخاله إياهم، سواء كان الوقف على أولاده الأصاغر أو غيرهم، بخلاف ما إذا أطلق و لم يشترط ذلك، إلّا على قول من جوز ذلك إذا كان الوقف على أولاده الأصاغر على ما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

و يظهر من عبارته الدروس: أنّ اشتراط ذلك في العقد يقتضى البطلان (١)، و هو بعيد، لعدم المنافاه، و لعموم قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢)، و الأصحّ الصحه.

فإن قيل: هذا مناف للوقف من حيث أنّ إدخال من سيوجد يقتضى نقصان حصه الموقوف عليهم، فيكون إبطالا للوقف في ذلك البعض بالنسبه إليهم.

ص: ٣١

١- (١) الدروس: ٢٣٢.

٢- (٢) الكافي ٧: ٣٧ حديث ٣٤، [١] من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ حديث ٦٢٠، التهذيب ٩: ١٢٩ حديث ٥٥٥.

و لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على إشكال قلنا:أولاً:إنَّ العقد لما تضمن هذا الشرط لم يكن لهم حق إلا معه، فلم يستحقوا شيئاً إلا بالشرط.

و ثانياً:إنَّ الوقف يجب لزومه في حق الموقوف عليهم في الجملة، أما في قدر النصيب فلا قطعاً، لأنه لو وقف عليهم و على عقبهم لكان نصيب الموقوف عليهم بعد حصول العقب أنقص قطعاً.

قوله: (و لو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على إشكال).

ينشأ:من أنّ وضع الوقف على اللزوم، فإذا شرط نقله فقد شرط خلاف مقتضاه فيبطل الشرط و العقد، و من عموم الروايه عن العسكرى عليه السلام (١)، و إنّه يجوز الوقف على أولاده سنه ثم على المساكين.

و ادعى المصنف في التذكرة على صحته الإجماع (٢)، و ذلك يقتضى منع منافاه الشرط لمقتضى الوقف، و لأنّه يصحّ الوقف باعتبار صفه للموقوف عليهم، كما لو وقف على أولاده الفقراء فإذا زالت انتقل الوقف الى من بعدهم قطعاً. و ذهب الشيخ الى البطلان بذلك مدعي الإجماع (٣)، و هو الأصحّ. و يمكن الفرق بين ما هنا و بين إناطه الوقف بصفه في الموقوف عليهم، مثل فقراء أولاده أو فقهاءهم: بأنّ الوقف في الثانى لم يكن على الأولاد بل على الفقراء منهم، فإذا زال الفقر انتفى الموقوف عليهم، فكان ذلك جارياً مجرى موتهم و عدمهم، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم و شرط نقله عنهم باختياره فإنّ ذلك إبطال للوقف باختياره.

ص: ٣٢

١ - ١) الكافي ٧:٣٧ حديث ٣٤، الفقيه ٤:١٧٦ حديث ٦٢٠، التهذيب ٩:١٢٩ حديث ٥٥٥.

٢ - ٢) التذكرة ٢:٤٣٤. [١]

٣ - ٣) المبسوط ٣:٢٩٣. [٢]

و كذا الإشكال لو قال: على أولادى سنه ثم على الفقراء. و لو وقف على أصاغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأى، قوله: (و كذا الاشكال لو قال: على أصاغر أولادى سنه ثم على الفقراء).

منشأ الاشكال هنا قريب من الذى قبله، فإنّ ثبوت الملك للأولاد بالوقف يقتضى أن لا ينتقل عنهم إلا بسبب ناقل شرعا، فهذا الشرط مناف لمقتضى الوقف فيبطل. و من أنه وقف مؤبد متصل الابتداء و الانتهاء و الوسط.

و ادعى المصنف فى التذكرة على صحه هذا الوقف الإجماع (١)، و أفتى بذلك فى كتبه (٢)، فلا سبيل الى القول بالبطلان، لأنّ الإجماع المنقول بخبر الواحد حجه.

قال: و كذا لو قال: هذا وقف على ولدى مده حياتى، ثم هو بعد موتى للمساكين صحّ إجماعا (٣).

و أعلم أنّ بين هذه المسأله و التى قبلها فرقا: من حيث أنه فى تلك شرط نقله على الموقوف عليهم الى من سيوجد، و فى هذه وقفه على أولاده سنه، ثم بعد مضيها هو وقف على المساكين فينتقل إليهم من غير أن ينقله هو.

قوله: (و لو وقف على أصاغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأى).

ذهب الشيخ فى النهايه إلى جواز ذلك (٤)، و كذا ابن البراج (٥)، لكنه منع من

ص: ٣٣

١ - ١) التذكرة ٢:٤٣٤.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ١:٢٨٦.

٣ - ٣) التذكرة ٢:٤٣٤. [١]

٤ - ٤) النهايه: ٥٩٦. [٢]

٥ - ٥) المهذب ٢:٨٩.

و يجوز أن يشترط النظر لنفسه، و للموقوف عليه، و لأجنيبي، فان لم يعين كان الى الموقوف عليه إن قلنا بالانتقال اليه. ذلك إذا كان قد شرط قصره على الموجودين، محتجين بروايه عبد الله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام: في الرجل يجعل لولده شيئاً و هم صغار، ثم يبدو له يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: «لا بأس» (١) و قريب منها روايه محمد بن سهل، عن أبيه عن أبي الحسن عليه السلام: عن الرجل يصدق على بعض ولده الحديث (٢).

و لا- دلالة فيهما على أنّ ذلك وقع على سبيل الوقف، لأنّ الجعل و الصدقة أعمّ منه، بل ربما لم يكن السبب مقتضياً للزوم، و الأصح عدم الجواز وفاقاً لباقي الأصحاب و وقوفاً مع ظاهر النص.

قوله: (و يجوز أن يشترط النظر لنفسه، و للموقوف عليه، و لأجنيبي).

لا ريب أنّ كل شرط لا ينافي مقتضى الوقت يجوز اشتراطه في العقد، و يجب الوفاء به حينئذ.

و لا- شبهه في أن اشتراط النظر للواقف لا- ينافي الوقف، بل ربما كان أدخل في جريانه على جهة الوقف و كذا غيره، و عموم الكتاب و السنه يقتضى وجوب العمل بهذا الشرط. نعم لو لم يكن الاشتراط في متن العقد لم يعتد به، و منع ابن إدريس من جواز اشتراط الواقف النظر لنفسه (٣)، و هو ضعيف.

قوله: (فان لم يعين كان الى الموقوف عليه إن قلنا بالانتقال إليه).

سيأتي إن شاء الله تعالى بيان انتقال الوقف الى ملك الموقوف عليه إن كان معيناً، و الى الله سبحانه إن كان غير معين، فحينئذ إن لم يعين الواقف من اليه النظر

ص: ٣٤

١ - (١) الكافي ٧:٣١ حديث ٩، [١] التهذيب ٩:١٣٦ حديث ٥٧٢، الاستبصار ٤:١٠٠ حديث ٣٨٥. و فيها عن عبد الرحمن بن الحجاج.

٢ - (٢) التهذيب ٩:١٣٦ حديث ٥٧٤، الاستبصار ٤:١٠١ حديث ٣٨٨.

٣ - (٣) السرائر: ٣٧٧.

و لو شرط بيعه متى شاء، أو هبته، أو الرجوع عنه بطل الوقف و لو شرط أكل أهله منه صحّ الشرط. كان النظر الى الموقوف عليه، لأنه المالك حقيقه.

و إن قلنا بانتقال الملك الى الله سبحانه فالنظر الى الحاكم.

و إن قلنا ببقاء الملك للواقف فالنظر له و احتمال بعضهم كون النظر له مع عدم اشتراطه لغيره.

و إن قلنا بانتقال الملك عنه، نظرا الى أنّ الملك و النظر كانا له فإذا زال أحدهما بقى الآخر.

قوله: (و لو شرط بيعه متى شاء، أو هبته، أو الرجوع فيه بطل الوقف).

لمنافاه ذلك كله مقتضى الوقف، و فى الفرق بين هذه و بين اشتراط الخيار فالرجوع عنه تأمل، فيكون تكرارا.

قوله: (و لو شرط أكل أهله منه صحّ الشرط).

لأنه شرط لا ينافى مقتضى الوقف فلا يبطل به، و لأنّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم شرطه (١)، و شرطته فاطمه عليها السلام (٢). و لا فرق بين كون الأهل واجبي النفقه و عدمه، فتسقط نفقتهم بذلك إن استغنوا، إلاّ الزوجه فإنّ نفقتها كالدين، بخلاف نفقه القريب فإنّها لدفع حاجته.

و توقف فى الدروس فى جواز اشتراط أكل الزوجه (٣)، و يظهر منه التردد فى بقاء نفقتها معه، و ليس بجيد، لأنّ نفقتها ليست تابعة لفقرها، حتى لو شرط نفقتها الواجبه عليه من الوقف بطل قطعاً، كما لو شرط نفقه نفسه فلا وجه لما ذكره، و لم

ص: ٣٥

١- ١) الكافي ٧: ٤٧ باب صدقات النبي (صلى الله عليه و آله). [١]

٢- ٢) الكافي ٧: ٤٨ حديث ٥، الفقيه ٤: ١٨٠ حديث ٦٣٢، التهذيب ٩: ١٤٤ حديث ٦٠٣.

٣- ٣) الدروس: ٢٣٠.

إشاره

المطلب الثاني: في المتعاقدين:

أما الواقف

أمّا الواقف فيشترط فيه: البلوغ، والعقل، و جواز التصرف فلا يصحّ وقف الصبي و إن بلغ عشرا، و لا المجنون، و لا المحجور عليه لسفه أو فلس، و لا المكره، و لا الفضولي. يتعرضوا لتفسير الأهل هاهنا.

قوله: (فلا يصحّ وقف الصبي و إن بلغ عشرا).

قد ورد في عده أخبار جواز صدقته إذا بلغ عشرا (1)، و ذلك يؤذن بجواز وقفه إذ الوقف صدقه، و الأصح عدم الجواز، لأنّ عبارته لا يعتد بها، لرفع القلم عنه، و الحجر عليه في التصرف المالي ثابت، و مثل هذه الأخبار لا تنهض معارضا للمتواتر.

قوله: (و لا المحجور عليه لسفه أو فلس).

ذكر الشهيد أنّه إذا أجاز الغرماء يصحّ، و على هذا فإذا أجاز الولي وقف السفیه صح مع المصلحه لصحه عبارته.

قوله: (و لا المكره).

لا شك في عدم وقوعه من المكره، لعدم القصد، لكن لو رضى بعد فهل ينفذ؟ لم يصرحوا بشيء هنا، و إنّما ذكر في البيع، و يجيء على اشتراط القربه عدم النفوذ، لانتفاء الشرط، و قصدتها بعد قد يتخيل كونه غير مؤثر، و يتحقق الإكراه بالخوف على النفس أو المال و إن قلّ، أو العرض إن كان من أهل الاحتشام.

قوله: (و لا الفضولي).

سيأتي في كلامه إنّ الأقرب لزومه مع الإجازة فيكون رجوعا عن هذا، إلا أن يحمل على أنّ المراد: عدم صحته بنفسه من دون الإجازة.

ص: ٣٦

و يصح وقوعه من المالك و وكيله. و لو وقف فى مرض الموت خرج من الثلث مع عدم الإجازة، و كذا لو جمع بينه و بين غيره و يبدأ بالأول فالأول. و لو قال: هو وقف بعد موتى احتمال البطلان، لأنه تعليق، و الحكم بصرفه إلى الوصيه بالوقف. قوله: (و يصح وقوعه من المالك و وكيله).

إنما يصح التوكيل فيه، لأنه فعل لم يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين.

قوله: (و لو وقف فى مرض الموت خرج من الثلث مع عدم الإجازة).

لأن الوقف من التبرعات، اللهم إلا أن يندره فى حال الصحة.

قوله: (و كذا لو جمع بينه و بين غيره).

أى: يخرج مع ذلك الغير من الثلث إذا كان تبرعا بأن لم يكن واجبا ماليا.

قوله: (و يبدأ بالأول فالأول).

أى: لو ضاق الثلث عن التبرعات و رتب بينها بدئ بالأول ثم الذى بعده فيختص البطلان بما ضاق عنه الثالث مما وقع آخرا، و لو نسي الأول احتمال التوزيع و القرعه، و الثانى قريب.

قوله: (و لو قال: هو وقف بعد موتى احتمال البطلان لأنه تعليق، و الحكم بصرفه إلى الوصيه بالوقف).

لا ريب أنه لا يراد بهذه الصيغه الخبر قطعاً، فبقى أن يراد بها الإنشاء، و هى بنفسها إنما يدل مطابقه على إنشاء الوقف بعد الموت بهذه الصيغه المأتى بها الآن و ذلك يقتضى البطلان، لإخلاله بكون الصيغه سببا تاما فى حصول الوقف، بل يكون لحصول الموت دخل فى ذلك، و ذلك معنى التعليق فىكون باطلا، لأن العقود إنما تصح

و أمّا الموقوف عليه فيشترط فيه أمور أربعة: الوجود، و التعيين، و صحه التملك، و تسويغ الوقف عليه. فلو وقف على المعدوم ابتداء، أو على الحمل كذلك لم يصح، إذا كانت سببا تاما في إنشاء ما يطلب بها، و إلا لم يترتب عليها أثرها و ذلك هو معنى البطلان.

و لا دلالة لها على الوصيه إلا بتكلف تقدير ما لا يدل عليه اللفظ، و لا يدل عليه دليل يأن ينزل على أن المراد أريد جعله وقفا بعد الموت، و ارتكاب مثل ذلك تعسف محض.

و إجراء الأحكام الشرعيه على أمثال هذه الألفاظ التي لا دلالة لها على المراد من الأمور المستبعده جدا، فقد سبق إنّه لو قال قائل لآخر: قبض ديني الذي على فلان لك لم يصح و إن كان المأمور ذا دين على الأمر.

و قد سبق في الوكالة أنّه لو قال: اشتر لي بمالك كذا لم يصح، مع أن المراد معلوم و التقدير ممكن، و الاحتجاج بأن ذلك مستعمل في الوصيه كثيرا، و بأن الأصل الصحه، و لا يتحقق إلا بالحمل ضعيف، لمنع الاستعمال المدعى، و التزام عدم تأثيره ما لم يصر معنى اللفظ حقيقه أو مجازا، و أصاله الصحه في الصيغه المذكوره لا يقتضى جعلها وصيه ما لم ينضم إليها ما يدل على ذلك.

و في حواشي شيخنا الشهيد: أن هذا إذا لم يعلم القصد فإن علم فلا بحث و فيه نظر، لأن مجرد القصد لا تأثير له ما لم يوجد اللفظ الدال عليه حقيقه أو مجازا، و الذي يقتضيه النظر و سبق الحكم به في نظائره البطلان. نعم لو شاع استعمال ذلك في الوصيه و اشتهر لم يبعد القول بصحه وصيته.

قوله: (فلو وقف على المعدوم ابتداء، أو على الحمل كذلك لم يصح).

المراد بقوله: (كذلك): كونه ابتداء، و المراد بكونه ابتداء: أن يكون هو الطبقة الأولى. فأمّا المعدوم فظاهر، و أمّا الحمل، فلائنه لم يثبت تملكه إلا في الوصيه،

و لو وقف عليهما تبعا للموجود صحّ.

و لو وقف على أحد الشخصين، أو إحدى القبيلتين، أو على رجل غير معيّن، أو امرأه بطل. و لو وقف على قبيله عظيمه كقريش و بنى تميم صحّ. و لعدم القطع بحياته. و الفرق بين الوصيه و الوقف: إنّ الوصيه تتعلق بالمستقبل، و الوقف تسليط فى الحال.

و احترز بقوله: (ابتداء) عمّا لو وقف على المعدوم، أو الحمل تبعا لغيره فإنّه يصحّ، كما لو وقف على أولاده و من سيولد له لوجود من يصحّ الوقف به. و قد صرح بهذا المحترز بقوله: (و لو وقف عليهما تبعا للموجود صحّ).

قوله: (و لو وقف على أحد الشخصين، أو إحدى القبيلتين، أو على رجل غير معيّن أو امرأه بطل).

أى: امرأه غير معيّنه، و وجه البطلان انتفاء الموقوف عليه، لأنّ ما ليس بمعين فى نفسه ليس بموجود، و لأنّ الوقف يقتضى التمليك و لا يعقل تمليك من ليس معينا.

قوله: (و لو وقف على قبيله عظيمه كقريش و بنى تميم صحّ).

أسند القول بالصحه فى التذكرة إلى علمائنا (١)، و ظاهره الإجماع على ذلك، و وجه الصحه ظاهر، فإنّ انتشار القبيله لا يمنع صحه الوقف كالوقف على الفقراء و المساكين فإنّه يصحّ اتفاقا.

و قال ابن حمزه من أصحابنا (٢)، و الشافعى: لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم و حصرهم (٣)، و هو منقوض بالوقف على الفقراء، و لو وقف على أهل بلد

ص: ٣٩

١- (١) التذكرة ٢: ٤٣٠. [١]

٢- (٢) الوسيله: ٤٤١. [٢]

٣- (٣) المغنى لابن قدامه ٦: ٢٦١.

و لو قال:وقفت أو هذه صدقه موقوفه و لم يذكر المصرف بطل. و لو وقف على المسلمين فهو لمن صلى إلى القبلة، كبغداد، أو أهل قطر كالعراق، أو على كافه بنى آدم صحّ عندنا.

قوله: (و لو قال:وقفت أو هذه صدقه موقوفه و لم يذكر المصرف بطل).

لأنّ الموقوف عليه أحد أركان العقد و قد أخل به، و لا يحمل ذلك على اراده عموم الوقف، لانتفاء ما يدل على ذلك. و قال ابن الجنيّد: إذا قال صدقه لله و لم يسمّ صرف في مستحقى الزكاه (١)، و هو ضعيف.

قوله: (و لو وقف على المسلمين فهو لمن صلى إلى القبلة).

أى: لمن دان بذلك و كان شأنه باعتبار معتقده أن يفعله، و هذا هو مذهب أكثر الأصحاب، نظرا الى عموم اللفظ. و يندرج فى المسلمين من كان بحكمهم من أطفالهم و مجانينهم، صرح به ابن حمزه (٢)، و المصنف فى المختلف (٣)، لاندراجهم فيهم باعتبار الاستعمال الشائع و دخولهم تبعا كما يدخل الإناث فى صيغته الذكور.

و قال ابن إدريس: إنّه إذا وقف المسلم المحق شيئا على المسلمين كان ذلك للمحقين من المسلمين، لدلاله فحوى الخطاب و شاهد الحال عليه، كما لو وقف الكافر وقفا على الفقراء كان ذلك ماضيا فى فقراء أهل نحلته خاصه بشهاده دلالة الحال عليه (٤).

و يضعّف بأنّ تخصيص عام لا يقتضى تخصيص عام آخر، و ما ادعاه من دلالة فحوى الخطاب و شاهد الحال على ذلك ممنوع، و الفرق بين المسلمين و الفقراء قائم،

ص: ٤٠

١- ١) المختلف: ٤٩٦.

٢- ٢) الوسيله: ٤٤٢.

٣- ٣) المختلف: ٤٩٣.

٤- ٤) السرائر: ٣٧٨.

و يحرم الخوارج و الغلاه. و لو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية، و قيل: لمجتبى الكبائر. فانَّ إرادته الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم و مقالاتهم و تباين معتقداتهم أمر تشهد العادات بنفيه، فلما لم يكن دليل على التخصيص تمسكنا بقريته النحلة و الدين فأتمَّ الوقف على جميع المسلمين فهو أمر راجح في نظر الشارع مطلوب، و مثله واقع كثير فيجب إجراؤه على ظاهره.

قوله: (و يحرم الخوارج و الغلاه).

أى: يحرمون من الوقف، فلا- يكون إطلاق الوقف على المسلمين متناولاً لهم، لأنهم كفّار، و لا وجه لتخصيصهم بالذكر، بل كل من ارتكب ما يقتضى كفره لا يندرج فيهم، و لا يخفى أنَّ العبارة لا تتناول الجميع، و استثنى فى الدروس من حرمانهم ما إذا كان الواقف منهم (١)، و فيه قوه.

قوله: (و لو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية، و قيل لمجتبى الكبائر).

إطلاق (المؤمنون) على الاثنى عشرية هو المتعارف بين الأصحاب، و القائل باشتراط مجانبة الكبائر هو الشيخ فى النهايه (٢)، و هو ضعيف، لأنَّ الفاسق مندرج فى المؤمنين.

قال المصنف فى المختلف: التحقيق إنَّ الايمان إنَّ جعلناه مركباً من الاعتقاد القلبى و العمل بالجوارح لم يكن الفاسق مؤمناً، و إنَّ جعلناه عبارته عن الأول كان مؤمناً (٣)، و الحاصل أنَّ قول الشيخ ضعيف، و عنه قول آخر فى التبيان يقتضى دخول

ص: ٤١

١- (١) الدروس: ٢٣٢.

٢- (٢) النهايه: ٥٩٧. [١]

٣- (٣) المختلف: ٤٩٤.

و الشيعة: كل من قدّم عليا عليه السلام كالإماميه، و الجاروديه من الزيديه و الكيسانيه، و غيرهم. الفساق (١)، حكاه فى التذكره (٢)، و هو صحيح.

قوله: (و الشيعة كلّ من قدّم عليا عليه السلام كالإماميه، و الجاروديه من الزيديه، و الكيسانيه، و غيرهم).

إنّما قيّد ب(الجاروديه من الزيديه) ليخرج البترية منهم و قد صرّح بذلك الشيخان (٣)، و غيرهما (٤)، و البترية ينسبون إلى المغيره بن سعيد و لقبه الأبتري، و ربّما وجد بخط بعضهم أنّه بتير الثومى (٥).

و قال ابن إدريس: إذا كان الواقف من إحدى فرق الشيعة حمل كلامه العام على شاهد حاله و فحوى قوله، و خصص به و صرف إلى أهل نحلته دون من عداهم (٦)، و نفى عنه البأس فى التذكره (٧) و المشهور الأول.

و ينبغى أن يقال: إن كان الواقف يعتقد وقوع اسم الشيعة على الجميع كما هو المتعارف فالعمل بعموم اللفظ كما فى المسلمين هو المختار، و إلا حمل اللفظ على مراد قائله.

و أعلم أنّ الكيسانيه-ينسبون إلى كيسان مولى أمير المؤمنين عليه السلام، و يقال أنّه تلميذ محمد بن الحنفية-يقولون بغيه محمد رضى الله عنه، و إنّما استثنى

ص: ٤٢

١-١) التبيان ٢: ٨١.

٢-٢) التذكره ٢: ٤٣٠. [١]

٣-٣) الشيخ المفيد فى المقنعه: ١٠٠، و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٥٩٨. [٢]

٤-٤) كابن حمزه فى الوسيله: ٤٤٢، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٨٩.

٥-٥) فى النسخه الحجريه: بتر العوقى، و فى الخطيه: الفرقى. و ما أثبتناه هو الصحيح. انظر: كتاب التعريفات للجرجاني: ١٩ [٣] معجم الفرق الإسلاميه لشريف يحيى الأمين: ٥١.

٦-٦) السرائر: ٣٧٨.

٧-٧) التذكره ٢: ٤٣٠. [٤]

و الزيديه: كل من قال يمامه زيد بن علي. و الهاشميون: كل من انتسب الى هاشم من ولد أبي طالب و الحارث و العباس، و أبي لهب.

و الطالبيون: من ولده أبو طالب.

و إذا وقف على قبيله، أو علق بالنسبه إلى أب دخل فيهم الذكور و الإناث بالسويه، إلا أن يعين أو يفضل. الأصحاب البتريه من الزيديه لأنهم يخالفون قول أكثر الباقيين في أن الإمامه لعلي عليه السلام بالنص، بل قالوا إنها شورى، و جوزوا تقديم المفضول، و قريب منهم السليمانيه.

قوله: (و الزيديه: كل من قال يمامه زيد بن علي).

هو علي بن الحسين عليهما السلام، و يقولون يمامه كل من خرج بالسيف بعده من ولد فاطمه عليها السلام من ذوى الرأى و العلم و الصلاح، فإذا وقف عليهم صحّ و استحققه أهل هذه المقاله عند أكثر الأصحاب، و شرط ابن إدريس فى صحته كون الواقف زيدا، فلو كان إماميا لم يصحّ عنده (1)، و هو ضعيف.

قوله: (و إذا وقف على قبيله، أو علقه بالنسبه إلى أب دخل فيهم الذكور و الإناث بالسويه، إلا أن يعين أو يفضل).

الوقف على القبيله مثل الوقف على همدان و بجيله، و تعليق الوقف بالنسبه إلى أب مثل الوقف على الهاشمى و العلوى و الحسينى، و إنما دخل فيه الذكور و الإناث، لأنه يتناول كلا منهما، لأن المراد من كان هاشميا، و لفظ الذكور يتناول الإناث تغليا، و يكونون سواء بإسواء الإطلاق بالنسبه إليهم نعم لو عيّن الوقف لأحدهم تعين، و كذا لو فضل أحدهما على الآخر و جب اتباعه عملا بالشرط.

ص: ٤٣

و يندرج فيهم كل من انتسب بالأب دون الأم خاصة كالعلويه، فإنه يندرج تحته كل من انتسب الى علي عليه السلام من جهة الأب و لا- يعطى من انتسب إليه بالأم خاصة على رأى. و لو وقف على من اتصف بصفه، أو دان بمقاله اشترك فيه كل من تصدق عليه النسبه، كالشافعيه يندرج فيهم كل من اعتقد مذهب الشافعي من الذكور و الإناث.

و لو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا أنه جار، و قيل: لمن يلي داره أربعين ذراعا من كل جانب، و قيل: أربعين دارا. قوله: (و يعطى من انتسب بالأب دون الأم خاصة، كالعلويه فإنه يندرج تحته كل من انتسب الى علي عليه السلام من جهة الأب، و لا يعطى من انتسب إليه بالأم خاصة على رأى).

لأنّ ولد البنت لا ينتسب إلى أبيها عند أكثر الأصحاب، و قد سبق تحقيق المسأله في الخمس، و المخالف في الموضوعين واحد، و الأصح ما عليه الأكثر.

قوله: (و لو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا إنه جار، و قيل: لمن يلي داره أربعين ذراعا من كل جانب، و قيل: أربعين دارا).

الأول: هو مختار المصنف و جماعه من الأصحاب (1)، و هو الأصح، لأنّ الحقيقه العرفيه هي المرجع عند انتفاء الشرعيه.

و الثاني: قول أكثر الأصحاب، (2) و هو المشهور بينهم، و إن كانت عباره ابن البراج تؤدي ما ليس مرادا له (3)، ذكرها المصنف في المختلف و بين ما فيها (4).

ص: ٤٤

١- ١) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٢١٥.

٢- ٢) منهم الشيخ المفيد في المقنعه: ١٠٠، و الشيخ الطوسي في النهايه: ٥٩٩، و سلالر في المراسم: ١٩٨.

٣- ٣) المهذب ٢: ٩١.

٤- ٤) المختلف: ٤٩٤.

و لو وقف على من لا يملك بطل كالمملوك القن، و لا ينصرف الوقف الى مولاه، و لا على أم الولد، و لا المدير، و لا الميت، و لا على الملك، و لا الجن، و لا المكاتب و لو عتق بعضه صحَّ فيما قابل الحريه و الثالث: قول لبعض الأصحاب (١)، لروايه عائشه عن النبي صلى الله عليه و آله إنه سئل عن حدِّ الجواز فقال: «إلى أربعين داراً» (٢).

قوله: (و لو وقف على من لا يملك بطل كالمملوك القن، و لا ينصرف الوقف الى مولاه).

فى قوله: (و لو وقف على من لا يملك) إيماء إلى عله عدم صحه الوقف على العبد.

و تحقيقه: إنَّ الوقف تمليك عين أو منفعه، و أصح القولين عندنا امتناع ملكيه العبد، و يجيء على القول بصحه تملكه جواز الوقف عليه، و على المنع لو وقف على عبد غيره بطل، و فى أحد قولى الشافعى أنه يكون وقفا على سيده (٣)، و لا فرق فى ذلك بين القن و أم الولد و المدير.

قوله: (و لا الميت، و لا على الملك، و لا الجن، و لا الشياطين).

لعدم صلاحيتهم للتملك.

قوله: (و لا المكاتب، و لو عتق بعضه صحَّ فيما قابل الحريه).

لا- ريب أنَّ المكاتب رق و إن انقطعت سلطنه المولى عنه، فلا- يصحَّ الوقف عليه سواء كان مطلقاً أو مشروطاً، نعم لو تحرر من المطلق شىء بأداء بعض مال الكتابه صحَّ الوقف فى نصيب الحريه.

ص: ٤٥

١- (١) الدروس: ٢٣٢.

٢- (٢) كنز العمال ٩: ٥٢ حديث ٢٤٨٩٥، الجامع الصغير ١: ٥٧٠ حديث ٣٦٨٧.

٣- (٣) الوجيز ١: ٢٤٥، مغنى المحتاج ٢: ٣٧٩.

و لو وقف على المصالح كالقناطر و المساجد و المشاهد صحّ، لأنّه في الحقيقة وقف على المسلمين، لكن هو صرف الى بعض مصالحهم، بخلاف الوقف على البيع فإنّه لا ينصرف الى مصالح أهل الذمّه و لو وقف على البيع و الكنائس، أو معونه الزناه، أو قطع الطريق، أو على كتبه التوراه و الإنجيل لم يصحّ.

قوله: (و لو وقف على المصالح كالقناطر، و المساجد، و المشاهد صحّ، لأنّه في الحقيقة وقف على المسلمين، لكن هو صرف الى بعض مصالحهم).

لَمَّا كان الوقف على المصالح -و القرب في الحقيقة- وقفًا على المسلمين لأنهم المنتفعون به لم يرد لزوم بطلانه من حيث أنّ الموقوف عليه لا يملك، غايه ما هناك أنّه وقف على المسلمين في مصلحه خاصه، فإذا وقف على المسجد كان وقفًا على المسلمين، لأنهم المنتفعون بالمسجد و التردد إليه للعباده و اقامه شعار الدين، لكن على هذا الوجه المخصوص و المصلحه المعينه، و كذا القول في الوقف على القناطر، و المشاهد، و أكفان الموتى، و مؤنه الغسّالين و الحفّارين.

قوله: (بخلاف الوقف على البيع فإنّه لا ينصرف الى مصالح أهل الذمه).

المراد: أن الوقف على المساجد و نحوها جائز، لأنّه في الحقيقة وقف على المسلمين، بخلاف الوقف على البيع و الكنائس و نحوها فإنّه لا يجوز و ان كان في الحقيقة وقفًا على أهل الذمه و قلنا بجواز الوقف عليهم، لأنّ الوقف على المساجد وقف على المسلمين في جهه خاصه هي طاعه و قربه، و أمّا الوقف على البيع فإنّه وقف على أهل الذمه في جهه خاصه هي معصيه، فإنّ اجتماعهم فيها للعبادات المحرّمه (1) و الكفر و شتم الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و الوقف عليها معونه على ذلك، هذا هو مقصود المصنف، و إن كانت العبارة لا تؤدي هذا المعنى على الوجه المراد.

ص: ٤٦

و إن أمكن تكلف حمل قوله: (فإنه لا ينصرف الى مصالح أهل الذمه) على أنه لا ينصرف الى مطلق مصالحهم، بل الى ما يعد من مصالحهم معصيه لكن في قوله:

(و لو وقف على البيع و الكنائس.) تكرار لا - فائده فيه، لأن المنع من ذلك قد استفيد من قوله: (بخلاف الوقف على البيع) لأن المتبادر منه أن مخالفته لما قبله في عدم صحته، إذ لو حمل على أن المراد: المخالفه باعتبار أنه لا ينصرف الى مصالح أهل الذمه لكان كلاما مع فساده عربيا عن الفائده، لأن البحث عن انصرافه الى مصالحهم و عدمه هاهنا إنما هو بفرض صحة الوقف و فساده.

و أمّا الوقف على معونه الزناه و قطاع الطريق، أو على كتبه التوراه و الإنجيل، و نحو ذلك فإنه فاسد، لأن ذلك كله محرّم، لأن الإعانة على فعل المعصيه معصيه، و من شرط صحة الوقف كونه قربه، و أمّا التوراه و الإنجيل فإنهما منسوخان، محرّفان، فيحرم كتبهما و النظر إليهما، و قد روى العامه أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خرج الى المسجد فرأى في يد عمر صحيفه فيه شيء من التوراه فغضب النبي صلى الله عليه و آله و سلم لَمّا رأى الصحيفه في يد عمر و قال له: «أ في شك أنت يا ابن الخطاب؟ أ لم آت بها بيضاء نقيه؟ و لو كان أخى موسى حيا لما وسعه إلاّ اتباعي» (1) و لو لا أن ذلك معصيه ما غضب منه.

قال الشيخ: إن العله في التحريم إنهما محرّفان، لأن النسخ لا يذهب بحرمتها كالمنسوخ من القرآن، و قال و هذا لا خلاف فيه (2) و يشكل بأن في كتبهما فساد آخر لمخالفه الملتين لملتنا بخلاف منسوخ القرآن، و قد سبق في البيع جواز حفظهما و غيرهما من كتب الضلال لغرض النقض و الحججه، فلا مانع من جواز الوقف على ذلك، و لم يذكره.

ص: ٤٧

١ - ١) نقله ابن قدامه في المغني ٦: ٢٤٨.

٢ - ٢) المبسوط ٣: ٢٩٥. [١]

و يصحّ من الكافر، قوله: (و يصح من الكافر).

هذا مناف لما سبق من اشتراطه في الوقف التقرب، إلا أن يريد به كونه ممّا يتقرب به فيصح حينئذ وقف الكافر إذا كان في نفسه قربه.

لكن يرد أنّ المصنف جوز صدور الوقف من الكافر على نحو البيع و الكنائس لا على نحو بيوت النيران محتاجا بأنّ الأول بيت عباده لله سبحانه بخلاف الثاني، مع أنّه قد تقرر أنّ الوقف عليها معصيه، و كأنّه نظر الى تأثير اعتقاد الواقف ففرّق بين المسلم و الكافر في ذلك و في الفرق نظر، لأنّ ذلك لو أثر لأثر بالنسبه إلى الوقف على بيوت عباده النيران.

اعلم أنّه قد سبق في كتاب الجهاد عند بحث البيع و الكنائس: إنّه لا تصح وصيه الكافر ببناء بيعه أو كنيسه، و لا يخفى أنّ الحكم بصحه وقف الكافر عليهما مناف لما هنا.

ثم اعلم أنّ المراد بالصحه: ان كان هو الصحه عندهم فلا وجه لما ذكره و البحث عنه، لأنّ البحث إنّما هو عن أحكام الإسلام و مع ذلك لا فرق بين الوقف و الوصيه للبيع و الكنائس و غيرهما، نظرا الى معتقد الواقف و الموصى.

و إن كان المراد عندنا فيشكل ذلك، لأنّ الحكم بصحته عندنا يقتضى تنفيذه، و إلزام الوارث و الوصى و ناظر الوقف بالصرف إلى الوصيه و الموقوف عليهم لو امتنعوا، و ذلك محرّم و منكر فكيف يجوز لحاكم الإسلام الإلزام بتنفيذه؟.

و إن حمل على أنّ المراد: أن لا- نعرض إليهم فيه فهو خروج عن حقيقه الصحه إلى المجاز، و مع ذلك فلا يفرّق بين الوقف و الوصيه، و لا تكون المسأله على ذلك ذات قولين، فإنّه القائل بعدم الصحه لا يمكنه أن يريد بها منع الكافرين من صرف الموصى به و الموقوف على البيع و الكنائس من الكافر حيث لا- يقر أهلها عليها، و القائل بالصحه لا يمكنه أن يريد بها الإلزام بالتنفيذ شرعا من الحاكم إذا رفع الأمر

و في وقفه على الذمى خلاف.

و الأقرب المنع في الحربى، و الصحه في المرتد عن غير فطره. اليه على نهج حكم بصحته.

قوله: (و في وقفه على الذمى خلاف، و الأقرب المنع في الحربى و الصحه في المرتد عن غير فطره).

اختلف الأصحاب في جواز الوقف على الذمى على أقوال:

الأول: المنع مطلقا، و هو قول سلار (١)، و ابن البراج (٢)، لقوله تعالى لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (٣) الآية، و الوقف نوع موده فيكون منهيها عنه فلا يكون طاعه.

الثانى: الجواز مطلقا، حكاه الشيخ فى المبسوط (٤)، و اختاره نجم الدين بن سعيد (٥)، لقوله تعالى لا- يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ (٦) الآية، و لقوله عليه السلام: «على كل كبد حرى أجر» (٧).

الثالث: الجواز إذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره، و هو مختار الشيخين (٨)، و أبى الصلاح (٩)، و ابن حمزه (١٠)، لقوله تعالى:

ص: ٤٩

-
- ١- ١) المراسم: ١٩٨.
 - ٢- ٢) المذهب ٢: ٨٨.
 - ٣- ٣) المجادله: ٢٢. [١]
 - ٤- ٤) المبسوط ٣: ٢٩٥.
 - ٥- ٥) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤. [٢]
 - ٦- ٦) الممتحنه: ٨. [٣]
 - ٧- ٧) عوالى اللثالى ١: ٩٥ حديث ٢ و ٣. [٤]
 - ٨- ٨) الشيخ المفيد فى المقنعه: ١٠٠، و الشيخ الطوسى فى النهايه ٥٩٧ و المبسوط ٣: ٢٩٤. [٥]
 - ٩- ٩) الكافى فى الفقه: ٣٢٦.
 - ١٠- ١٠) الوسيله: ٤٤١. [٦]

وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (١) وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسَيْنًا (٢) وَ الأوامر كثيره فى صله الرحم، و هذا القول ليس بعيدا من الصواب.

فإن قيل: قوله تعالى لا تَجِدُ قَوْمًا آيَهُ نص فى المنع من ذلك، لأن الوقف على الإنسان مواده له.

قلنا: أولا- نمنع ذلك، فإن المفهوم من المواده غير ذلك، و يؤيده قوله سبحانه فى حق الأبوين الكافرين وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا، فإنه ليس من الصحبه بالمعروف ترك صلتهم مع حاجتهم.

و لا يبعد أن يكون المراد من الآيه: المباعده لأعداء الله، و التصلب فى مجانبتهم على وجه لا يمنع صله الرحم و حسن المصاحبه للوالدين المأمور بهما، و يكون كل من الأمرين جاريا على ظاهره.

أو يقال: إن المباعده بالنسبه الى كل شخص بحسب حاله، ففى الوالدين و الأقارب ما وراء الصله المأمور بها بخلاف غيرهم.

و الجواب عن قوله تعالى لا يَنْهَاكُمُ الْآيَةُ: أنه لا دلالة فيها على المواد، و ظاهرها يقتضى جواز الوقف على بعض الحربيين، و المنع من بعض أهل الذمه الذين سبق منهم القتال.

و لعل المراد بها: النساء و الصبيان، إذ ليس من شأنهم القتال، و هو قول بعض المفسرين، بل قد قيل أنها منسوخه، و يشكل بأنه يلزم جواز الوقف على النساء و الصبيان مطلقا، و كيف كان فالأولى الاقتصار على الرحم، و هو المشهور.

و وجه القرب فى المنع من الوقف على الحربى: إن ذلك مناف للمباعده و المجانبه المأمور بها، لانتفاء القرابه المقتضيه للصله فيكون الوقف نوع موده و يحتمل

ص: ٥٠

[١-١] لقمان: ١٥. [١]

[٢-٢] العنكبوت: ٨. [٢]

و يصحّ الوقف على الفاسق و الغنى. و لو وقف على أقاربه اشترك الذكور و الإناث بالسويه، الأقرب و الأبعد، و يحمل على من يعرف بأنه قرابه له ضعيفا الجواز لعموم قوله عليه السلام: «على كل كبد حرى أجر» (١).

و وجه القرب فى الصحه على المرتد عن غير فطره إته بحكم المسلم و يشكل بأنّ ذلك فى لحوق الأحكام له لا فى جواز مودته و الأصح أنّ المرتد كغيره من الكفّار أما المرتد عن فطره فلا يجوز الوقف عليه أصلا إذا كان رجلا لوجوب قتله، و أما المرأه فهى كالمرتد عن غيره فطره.

قوله: (و يصحّ الوقف على الفاسق و الغنى).

المراد: صحه الوقف على الشخص الفاسق لكن لا من حيث كون وصف الفسق مناط الوقف، لأنه من هذه الجبهه معصيه فلا يصح.

قال المصنف فى التذكرة: إذا وقف على الكفّار و الفساق: فان كان ذلك لإعانتهم على فسقهم و كفرهم بطل الوقف قطعا، و ان كان لنفعهم فى بقائهم فقد بينا الخلاف فيه (٢) فساوى بين الكفّار و الفساق فى الحكم، و مقتضى عبارته أنّ فى الوقف على الفساق لنفعهم فى بقائهم خلافا، و هو موضع تأمل، اللهم إلا أن يريد بذلك الخلاف للعامه.

قوله: (و لو وقف على أقاربه اشترك الذكور و الإناث بالسويه، الأقرب و الأبعد، و يحمل على من يعرف بأنه قرابه له).

أما اشتراك الذكور و الإناث فقد سبق ما يصلح أن يكون بيانا له، و أما اشتراك الأقرب و الأبعد فلأنّ الفرض شمول اسم القرابه لهما. و يستوون فى القسمه،

ص: ٥١

١- ١) عوالى اللالكئ ١:٩٥ حديث ٣. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢:٤٣١. [٢]

و لو شرط الترتيب، أو التفضيل، أو الاختصاص لزم. و لو وقف على أخواله و أعمامه تساوا.

و لو وقف على أقرب الناس اليه ترتبوا كالميراث، لكن يتساوون في الاستحقاق، إلا أنّ يفضل.

و لو وقف في وجوه البر و أطلق فهو للفقراء، و المساكين، و كل مصلحه يتقرب بها الى الله تعالى. لانتفاء المقتضى للتفضيل.

و قوله: (و يحمل). إشاره إلى معنى الأقارب و من يراد بهم و تحقيقه: أنّ الأقارب من صدق عليه عرفا اسم القرابه ممّن اشترك معه في النسب، فلو بعد الشخص جدا بحيث يكون الاشتراك بينه و بين الواقف في حد لا يعد مثله قريبا لم يدخل، لأنّ المعتبر في ذلك العرف، ولأنّ لو كان مطلق الاشتراك في النسب موجبا للقرابه لكان جميع الناس أقرباء لاشتراكهم في آدم.

قوله: (و لو شرط الترتيب، أو التفضيل، أو الاختصاص لزم).

لو شرط الترتيب في الأقارب بين الأقارب و الأبعد، أو بين الطبقة الاولى و الثانيه مثلا، أو تفضيل الأقرب على الأبعد مثلا، أو اختصاصه من دونه و جب اتباع الشرط، لأنه شرط لا ينافى مقتضى الوقف فيجب الوفاء به.

قوله: (و لو وقف على وجوه البر و أطلق فهو للفقراء و المساكين، و كل مصلحه يتقرب بها الى الله تعالى).

البر، بكسر الباء: الصله و الخير و الاتساع في الإحسان، ذكر نحو ذلك في القاموس (1)، فالوقف على وجوه البر أو على وجوه الخير وقف على وجوه القربات كلها

ص: ٥٢

و يصرف الوقف على المنتشرين الى من يوجد منهم. و لو وقف المسلم على الفقراء اختص بفقراء المسلمين، و لو وقف الكافر اختص بفقراء نحلته. كبناء القناطر، و عماره المساجد و المشاهد، و اعانه الحاج و الزائرين، و أكفان الموتى و الحج و العمره، و الغزو، و نحو ذلك.

قوله: (و يصرف الوقف على المنتشرين الى من يوجد منهم).

لما كان الوقف على المنتشرين الحدين ليس وقفاً على جملة أشخاصهم، بل هو وقف على جهة مخصوصه و مصرفها أولئك المنتشرون، فإذا وقف على بنى هاشم مثلاً- كان مصرف الوقف من كان هاشمياً- لم يجب تتبع جميع المنتشرين فى إيصال نماء (١) الوقف عليهم، بل يجب صرفه الى من كان موجوداً فى البلد، لروايه على بن سليمان النوفلى، عن أبى جعفر الثانى عليه السلام: أنه كتب إليه فى مثل ذلك فأجاب: بأنّ الوقف لمن حضر البلد الذى هو فيه، و ليس لك أن تتبع من كان غائباً (٢).

و فى التذكرة اكتفى بالصرف إلى ثلاثة منهم فى أول كلامه، ثم قال: هكذا قال بعض الشافعية، و الأولى الصرف الى جميع من يحضر البلد منهم، و احتج بالروايه المذكوره (٣).

و أعلم أنه لا- فرق فى ذلك بين كون الوقف على من لا ينحصر فى ابتداء الوقف و انتهائه، و به صرح فى التذكرة (٤)، و ظاهر الروايه يتناوله.

قوله: (و لو وقف المسلم على الفقراء اختص بفقراء المسلمين، و لو وقف الكافر اختص بفقراء نحلته).

عملاً بشاهد

ص: ٥٣

١- (١) فى «ك»: جميع.

٢- (٢) الكافى ٧: ٣٨ حديث ٣٧، [١] الفقيه ٤: ١٧٨ حديث ٦٢٧، التهذيب ٩: ١٣٣ حديث ٥٦٣.

٣- (٣) التذكرة ٢: ٤٤٥. [٢]

٤- (٤) التذكرة ٢: ٤٤٥. [٣]

و لو وقف على مصلحه فبطل رسمها صرف في وجوه البر.

المطلب الثالث:الموقوف

المطلب الثالث:الموقوف،و شروطه أربعة:أن يكون عيناً،مملوكه يصح الانتفاع بها مع بقائها،و يمكن إقباضها الحال،فإنه قاض بعدم إرادته فقراء كل مله و نحله فيحمل على فقراء المسلمين،لانتفاء ما يدل على غيرهم.

قوله: (و لو وقف على مصلحه فبطل رسمها صرف في وجوه البر).

هذا إذا لم يمكن صرف الوقف إليها بعد بطلان رسمها،فلو أمكن تعيين،و إنما يصرف الى وجوه البر حيث لا يمكن ذلك،لأن عوده ملكاً بعد خروجه عن ملك المالك على وجه الحبس باطل،و أقرب شيء إلى مراد الواقف صرفه في وجوه القربات،لاشتراكها في القربة.

فإن قيل:صرفه في قربة تشابه تلك المصلحه التي بطل رسمها أقرب.

قلنا:لما بطل رسم المصلحه المخصوصه،و امتنع عود الوقف ملكاً كانت وجوه البر كلها بالنسبه الى عدم تعلق الوقف بها كلها على حد سواء،لا أولويه لبعض على البعض الآخر،و المشابهه و غيرها سواء في عدم شمول العقد لها،و مجرد المشابهه لا دخل لها في تعلق الوقف بها،فيبطل القيد و يبقى أصل الوقف من حيث القربة.

قوله: (يصح الانتفاع بها مع بقائها).

لو قال:يصح الانتفاع بها دائماً مع بقائها،ليخرج الرياحين و ما أشبهها لكان أحسن،فقد صرح المصنف بعدم جواز وقفها في التذكرة (١)،و تردد الشهيد في الدروس (٢)،و عدم الجواز لا يخلو من قوه،لأن المفهوم من النصوص كون الوقف ذا

ص:٥٤

١-١) التذكرة ٤٣١:٢. [١]

٢-٢) الدروس: ٢٣٠.

فلا يصح وقف الدين، ولا المطلق كفرس غير معين و عبد في الذمه أو ملك مطلق، ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير، نعم لو وقفه الكافر على مثله فالأقرب الصحة. بقاء (1)، و صحه غيره تحتاج الى دليل.

قوله: (و لا يصح وقف الدين).

إجماعاً، سواء كان على مؤسر أو معسر، حالاً أو مؤجلاً.

قوله: (و لا المطلق كفرس غير معين، و عبد في الذمه، أو ملك مطلق).

أى: وكذا لا يصح وقف الشيء المطلق الذى ليس بعين من الأعيان، كما لو وقف فرساً و لم يعين و إن وصفها، أو عبداً كذلك.

و المراد بقوله: (غير معين) إنه غير مشخص لا أنه غير موصوف.

و قوله: (في الذمه) لو اعتبر في كل من الفرس و العبد أمكن.

و المراد بقوله: (أو ملك مطلق) أن يقف ملكاً من الأملاك أيها كان و لا يشخصه، و يجوز أن يراد به: أن يقول: وقفت ملكاً و يقتصر على ذلك فإن الوقف لا يصح فى شيء من هذه المواضع اتفاقاً.

قوله: (و لا ما لا يصح تملكه كالخنزير، نعم لو وقفه الكافر على مثله فالأقرب الصحة).

وجه القرب: أنه مملوك للكافر يصح نقله بالبيع، و نحوه من أسباب النقل فجاز وقفه: لأن المانع من وقفه فى حق المسلم إنما هو عدم كونه مملوكاً له، و يحتمل عدم لامتناع التقرب به.

و لا ريب أن البحث فى هذه المسألة فرع صحة الوقف من الكافر، و إنما تتحقق صحته إذا لم يشترط فيه التقرب، أو اكتفينا بتقرب الكافر بحسب معتقده و إن

ص: ٥٥

١ - ١) فى «ك»: واقعا.

و لا الحر نفسه، و لا ما لا يملكه الواقف كملك الغير و ان أجاز المالك فالأقرب للزوم. كان بعيدا، لأن التقرب إنما يكون بالفعل المثمر للقرب، و لهذا لا يصحّ من الكافر شيئا من العبادات.

ثم إنّه لا دليل ينهض على اشتراط قصد التقرب أزيد من إطلاق اسم الصدقه عليه، و لا يخفى أنّ اشتراط التقرب فى صدق اسم الصدقه محل نظر. نعم قد يقال: لَمَّا كان لله تعالى فيه حق اشتراط كونه قربه فى نفسه، فإذا تحقق إنّه ما لم تثبت صحه وقف الكافر لا- يمكن الخوض فى هذه المسأله فاعلم أنّه بناء على الصحه لا ريب أنّ الخنزير إذا لم يتظاهر به أهل الذمّه معدود مالا لهم كسائر الأموال، و المعتبر كونه قربه بالنسبه إلى الوقف إنّما هو المصروف دون نفسه المال، إذ لا- يعتبر فيه إلاّ عده مالا فى نظر الشارع، فلا فرق حينئذ بين وقف الكافر الشاه أو الخنزير، و هذا إنّما هو إذا ترفعوا إلينا، و إلاّ فلا نتعرض لهم فيما يجرى بينهم إلاّ المناكير إذا تظاهروا بها، فما قرّبه المصنف هو الأصحّ.

قوله: (و لا الحر نفسه).

يجوز فى: (نفسه) أن يقرأ منصوبا على أنّ المعنى: و لا- أن يقف الحر نفسه، و مجرورا على أنّه مؤكّد للمجرور، (و وجه عدم الصحه: إن شرط الوقف الملك و هو منتف هنا) (1).

قوله: (و لا ما لا يملكه الواقف كملك الغير، و إن أجاز المالك فالأقرب للزوم).

أى: لا- يصحّ وقف ما لا يملكه الواقف، و المراد بعدم الصحه: عدم الزوم، و إلاّ لكان منافيا لقوله: (و إن أجاز فالأقرب للزوم)، و وجه القرب: أنّه عقد صدر من

ص: ٥٦

(١- ١) لم ترد فى «ك».

و لا المستأجر، و لا الموصى بخدمته، صحيح العبارة قابل للنقل و قد أجاز المالک فیصح كالبيع و النكاح.

و یحتمل العدم: لانتفاء دلیل الصحه، و ما سبق ضعیف، فإنّ عبارة الفضولی لا أثر لها، و تأثير الإجازة غیر معلوم مع أنّ بعض أقسام الوقف فك ملك فلا أثر لعبارة الغير فيه و قال المصنف فی التذکره فی هذه المسأله: و لو أجاز المالک قیل: یصحّ: لأنّه كالوقف المستأنف (١)، و لم یفت بشیء، و كذا توقف شیخنا الشهید فی الدروس (٢)، و عدم الصحه قوی قوله: (و لا- المستأجر، و لا الموصى بخدمته).

إذا آجر المالک العین ثم وقفها قال فی التذکره: إن أقبضها بإذن المستأجر فلا- بأس، و إلاّ- لم یصحّ القبض و لا- یثمر لزوم الوقف، فحینئذ وقف المالک العین المؤجره لا- مانع من صحته، و كذا العین المغصوبه، و قال بعض الشافعیه إنّ وقف المؤجره مخرج علی الوقف المنقطع الأول (٣).

و عبارة المصنف هنا تحتمل أن یرید بها: عدم صحه وقف المستأجر من المالک، لكنه یشکل بأنّه لا یقع فاسدا، غایه ما فی الباب أنّه لا- یتم إلاّ- بالقبض و یحتمل أن یرید بها: عدم صحه الوقف من المستأجر، لأنّه لیس بمالک للعین فلا- یملك نقلها و لا حبسها، و المنافع لا یتصور فیها معنی الوقف.

و كذا القول فی الموصى بخدمته إذا وقفه الموصى له، و لو وقفه الورثه فقد قال فی التذکره: وقف الورثه الموصى بخدمته شهرا كوقف المستأجر (٤).

و هنا شیء، و هو أنّ الوصیه بالخدمه لو كانت دائما ففی صحه الوقف حینئذ

ص: ٥٧

١- ١) التذکره ٢: ٤٣١. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٢٩.

٣- ٣) التذکره ٢: ٤٣٢، [٢] المجموع ١٥: ٣٢٦.

٤- ٤) التذکره ٢: ٤٣٢. [٣]

و لا وقف الطعام و اللحم و الشمع، و فى الدراهم و الدنانير اشكال، و لا وقف الآبق لتعذر تسليمه و يصح وقف المشاع، تردد، لأنّ العين حينئذ مسلوبه المنفعه فيكون كوقف ما لا منفعه فيه، و لم أظفر فيه بكلام للأصحاب، و لعلّ اقتصار المصنف فى التذكره على ذكر الموصى بخدمته شهرا لاستشعاره شيئا فى إطلاق الحكم.

قوله: (و لا وقف الطعام و اللحم و الشمع).

لأنّ منفعه هذه المطلوبه منها عرفا إنّما تكون بإتلافها، و لا يعتد بمنفعه الشمع لنحو الزينه و ما جرى هذا المجرى، و كذا كل ما لا ينتفع به إلاّ بإتلافه (١) لا يصحّ وقفه، لأنّ الوقف يقتضى تحييس الأصل و إطلاق المنفعه، و هو منتف هنا.

قوله: (و فى الدراهم و الدنانير إشكال).

ينشأ: من أنّ المنفعه المطلوبه منهما عرفا إنّما تكون بإنفاقهما و ذلك إتلاف، و من إمكان منفعه التحلى بهما و الضرب على سكتهما، فالإشكال ناشىء من التردد فى أن لهما منفعه مقصوده مع بقائهما و عدمه؟ و نقل فى المبسوط الإجماع على المنع إلاّ ممن شد (٢)، و الحق أنّه إن كان لهما منفعه مقصوده عرفا سوى الإنفاق صحّ وقفهما، و إلاّ فلا.

قوله: (و لا وقف الآبق لتعذر تسليمه).

ظاهره أنّه لا يصحّ وقفه كما لا يصحّ بيعه و إن أمكن تسليمه بعد العقد، و ليس كذلك بل العقد صحيح و يتم بالقبض إن أمكن، فلو تعذر أصلا بطل، و الفرق بينه و بين البيع: أنّه معاوضه فيقتضى إمكان تسليم العوض، و لا اختصاص البيع بالنص.

قوله: (و يصحّ وقف المشاع).

لأنّ مقصود الوقف - و هو تحييس الأصل و تسبيل المنفعه - يحصل به، و منع

ص: ٥٨

١ - ١) فى «ك»: بإبلائه.

٢ - ٢) المبسوط ٢٨٨: ٣.

و من ينعق على الموقوف عليه فيبقى وقفاً، و قبضه كقبض المبيع. و يصح وقف كل ما ينتفع به منفعه محلله مع بقائه كالعقار، و الثياب، و الأثاث، و الآلات المباحه، و الحلوى، و السلاح، و الكلب المملوك و السنور، و الشجر، و الشاه، و الأمه و العبد من ذلك بعض العامه (١).

قوله: (و من ينعق على الموقوف عليه فيبقى وقفاً).

أى: يصح وقف من ينعق على الموقوف عليه كغيره، و لا ينعق بدخوله فى ملكه بالوقف على القول به، بل يبقى وقفاً، لأن العتق دائر مع الملك التام، و ملك الموقوف عليه غير تام بل هو محبوس لا يقبل الزوال.

قوله: (و قبضه كقبض المبيع).

أى: قبض الموقوف كقبض المبيع: إما بالتخليه مطلقاً، أو فيما لا ينقل و يحول كما سبق تحقيقه، و قبض المشاع فيهما أيضا سواء.

قوله: (و يصح وقف كل ما ينتفع به منفعه محلله مع بقائه).

هذا ضابط الموقوف و كان الأولى ذكره فى أول الباب، و المراد ب(ما ينتفع به) كذلك: ما يكون له منفعه مقصوده عرفاً، فلا يعتد بالنفع اليسير الذى لا يعتد بمثله فى العاده كالتفرج على الدراهم، و نحو ذلك.

قوله: (كالعقار، و الثياب، و الأثاث، و الآلات المباحه، و الحلوى، و السلاح، و الكلب المملوك، و السنور و الشجر، و الشاه، و الأمه، و العبد).

و كذا المصاحف و الكتب، لأن معنى الوقف متحقق فى ذلك كله، و هو تحييس الأصل و تسهيل المنفعه، و قد روى أن النبى (صلى الله عليه و آله و سلم) قال: «أما خالد

ص: ٥٩

دون المستولده، و فى وقف المستولده نظر.

و لو جعل علو داره مسجدا دون السفلى، أو بالعكس، أو جعل فإنه قد احتبس أذراعه و أعبدته فى سبيل الله» (١).

و قال أبو حنيفة: لا مدخل للوقف فى الحيوانات و فى الكتب، (٢) و عن مالك: إن المنقول مطلقا لا يجوز وقفه (٣).

قوله: (دون المستولده).

فإنه لا- يصح وقفها، لأن الاستيلاء يقتضى المنع من نقلها عن ملك السيد الى ملك غيره، و الوقف يقتضى النقل الى ملك الموقوف عليه، و لأنه تدخلها حرمة العتق فكأنها عتيقه، و لأن الاستيفاد يقتضى انعتاقها بموت السيد، و الوقف يقتضى الدوام ما بقى الموقوف فيتنايان.

و احتمال فى التذكرة الجواز، لعدم خروجها عن الملكيه، و منع بيعها لا يقتضى منع وقفها، لأن الوقف يشبه العتق لاشتراكها فى إزالته الملك عن المالك الى وجه من وجوه القرب، (٤) و ليس بشىء.

و ربما بنى الجواز و عدمه على أن الملك فى الوقف هل ينتقل عن الواقف أم لا؟ فإن قلنا بالأول لم يصح لأنها لا تقبل النقل، و الأصح. و يضعف بأنه إن نفذ اقتضى سقوط حقها من الانعتاق بموت المولى، و لم يذكروا هنا صحه وقفها حبسا، لاشتراكهما فى أصل معنى الحبس كما فى الوقف المنقطع الآخر، و لو ذكر هنا لأمكن.

قوله: (و لو جعل علو داره مسجدا دون السفلى، أو بالعكس أو جعل

ص: ٦٠

١-١) صحيح البخارى ٢:١٥١، صحيح مسلم ٢:٦٧٧ حديث ١١.

٢-٢) بدائع الصنائع ٦:٢٢٠، الوجيز ١:٢٤٤.

٣-٣) الوجيز ١:٣٤٤.

٤-٤) التذكرة ٢:٤٣٢. [١]

وسط داره و لم يذكر الاستطراق جاز.

الفصل الثاني: في الأحكام

الفصل الثاني: في الأحكام: الوقف إذا تم زال ملك الواقف عنه، وسط داره و لم يذكر الاستطراق جاز).

لا- ريب ان كل واحد من سفلى الدار و علوها مملوك يقبل النقل بانفراده فيتصور وقفه مسجدا و غيره، فإن وقف العلو اختص الوقف به و يتبعه الهواء فوفا، و إن وقف السفلى فكذلك لكن يتبعه ما تحته.

و لو جعل وسط داره. أو موضعا فيه مسجدا صح لما قلناه، و ثبت للموقوف عليه حق الاستطراق، كما لو آجر بيتا من داره فإنه يثبت للمستأجر حق الاستطراق و إن لم يشترطه، لتوقف الانتفاع عليه.

قوله: (الوقف إذا تم زال ملك الواقف عنه).

المراد بتمامه: استجماع ما يعتبر فى صحته من الإيجاب، و القبول حيث يشترط، و القبض بالاذن مع باقى الشروط، و هذا قول أكثر العلماء (١).

و ظاهر كلام أبى الصلاح: إنه لا ينتقل عن ملك الواقف (٢)، و هو قول بعض العامة (٣)، لقوله عليه السلام: «حبس الأصل و سبب الثمرة» (٤)، و لأن شرطه يتبع و لو زال لما اتبع، و لجواز إدخال من يريد فى الوقف على أصاغر الأولاد.

و كل ذلك ضعيف، لأن التحبىس لا ينافى الانتقال، إذ المراد منه: منع بيعه و هبته و ارثه و غير ذلك من أسباب نقل الملك، و إنما وجب اتباع الشرط، لأن الملك إنما زال على هذا الوجه. و قد سبق أن إدخال من يريد مع الأولاد الأصاغر لا يصح إذا تم الوقف إلا مع الشرط.

ص: ٤١

١- ١) قاله ابن إدريس فى السرائر: ٣٧٦، و ابن زهره فى الغنىة (المطبوع ضمن الجوامع الفقهية): ٥٤١.

٢- ٢) الكافى فى الفقه: ٣٢٤.

٣- ٣) المجموع ١٥: ٣٤٠، رحمه الأمه فى اختلاف الأئمة المطبوع مع الميزان ٢: ٤٤.

٤- ٤) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٧. سنن البيهقى ١٦٢: ٦.

ثم إن كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير، وإن كان على معين فالأقرب أنه يملكه، وإن كان على جهة عامه فالأقرب أن الملك لله تعالى. والذي يدل على انتقال الملك أن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبه والمنفعه أبدا فوجب أن يزول به الملك كالمعتق، ولما سيأتى إن شاء الله تعالى من الدلائل الداله على انه ينتقل الى الموقوف عليه مع تشخصه، ولا قائل بالفصل. قال فى التذكرة: وفائده الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزم مراعاته و الخصومه فيه (١).

قوله: (ثم إن كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير، وإن كان على معين فالأقرب انه يملكه، وإن كان على جهة عامه فالأقرب ان الملك لله تعالى).

أشار بقوله (ثم) على أن هذا البحث إنما يستقيم بعد ثبوت زوال ملك الواقف و تحقيقه: انه بعد تحقق زوال ملك الواقف لا يخلو: إما أن يكون الموقوف مسجداً أو غيره، وذلك الغير: إما أن يكون على معين مشخص، أو على جهة عامه لربط الوقف بمنشرين غير محصورين.

فإن كان مسجداً فوقفه عبارته عن فك ملك كالتحرير العبد، و من ثم لا يشترط فيه القبول من الحاكم و لا من غيره، و لا يشترط القبض من الحاكم بل كل من تولاه من المسلمين صح قبضه. و يعتبر فى قبضه الصلاه للقبض مع الاذن كما سبق، و لا يكفى فيه التخليه إلا أن يقع ذلك من الحاكم على الأقرب، و قد سبق بيان ذلك كله.

و كذا المقبره، و ليس كذلك الوقوف على الجهات العامه، لما عرفت من اشتراط قبض القيم إياها، و اعتبار القبول على وجهه. إذا تقرر هذا فمراد المصنف بقوله: (فهو فك ملك كالتحرير) الفرق بينه و بين الوقف على الجهة العامه بما قلناه، و أما الملك فالظاهر انه ينتقل الى الله تعالى فى الموضوعين.

و يحتمل أن يريد بتشبيهه بالتحرير زوال الملك أصلاً و صيرورته كسائر ما ليس بمملوك و لا يقبل الملك كالمعتق. و يشكل بأنه لو كان كذلك لم يشترط فيه

ص: ٦٢

القبض، بل كان مجرد قطع علاقه الملك كافيا كالعق، فلما اشترط فيه القبض تبين أن للقبض فيه حقا، ولا ثمره مهمه فى تحقيق ذلك سوى ما تقدم.

و إن كان الوقف على معين فالأقرب انه يملكه، لأنه مال لثبوت أحكام المالىه فيه، و لهذا يضمن بالقيمه فكان ملكا كأم الولد، و نقض بىوارى المسجد و آلتها فإنها تضمن بالقيمه و ملكها لله تعالى، كذا قال المصنف فى التذكره (١).

و إنما يتم النقض إذا جعلنا المضمون فى الوقف على المعين وقفا، و لو جعلناه للموقوف عليه لم يتم.

و احتج الشارح الفاضل (٢) بروايه على بن سليمان النوفلى، عن أبى جعفر الثانى عليه السلام، حيث كتب إليه يسأله عن أرض أوقفها جده على المحتاجين من ولد فلان بن فلان و هم كثيرون متفرقون فى البلاد، فأجاب عليه السلام: «ذكرت الأرض التى أوقفها جدك و هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف» (٣).

و اللام للملك و المحكوم عليه الأرض لا منفعتها لأنها المذكور السابق.

و فيه نظر: أما أولا فلأن هذا غير المتنازع، لأن مورد الروايه وقف على منتشرين، و أما ثانيا فلأنه لو كان المحكوم عليه الأرض لم يجز أن يدفع الى غير من حضر فى البلد من حاصلها شىء، لأنه إذا كان الملك لغيره لم يستحق شيئا. و ليس كذلك بل الملك لله تعالى، و المتفرقون من أولاد الرجل مصرف المنفعه، و الواجب قسمتها على من حضر فى البلد منهم حتى لو ذهب فريق و حضر فريق آخر و قفت الى الفريق الحاضر فى وقت وجود المنفعه، لأن الجميع مصرف.

و يمكن أن يحتج بروايه على بن حنان عن الصادق عليه السلام المتضمنه

ص: ٦٣

١-١) التذكره ٢: ٤٤٠. [١]

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٠.

٣-٣) الكافي ٧: ٣٧ باب ما يجوز من الوقف و الصدقه، [٢] الفقيه ٤: ١٧٨ حديث ٦٢٧، التهذيب ٩: ١٣٣ حديث ٥٦٣.

جواز بيع الوقف إذا حصل بالموقوف عليهم حاجه و لم تندفع إلا ببيع الوقف، فإنه لو لا ملكهم إياه لم يستحقوا ثمنه (١)، و دلالة هذه ظاهره إن كانت حجه.

و كيف كان فالقول بملك الموقوف عليهم أظهر، لوجود خصوصيات الملك كلها بالنسبه إليهم سوى نقله الى مالك آخر، و هذا هو قول الشيخ فى المبسوط (٢)، و ابن إدريس (٣).

و نقل ابن إدريس انه ينتقل الى الله تعالى، و حكاه الشيخ فى المبسوط عن قوم. و وجهه: انه صدقه و الصدقه لله تعالى، و دليل الصغرى عده روايات تدل على ان الوقف صدقه (٤)، و دليل الكبرى صحيحه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام، و قد سأله عن رجل تصدق على ولده و هم صغار إله أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقه لله» (٥)، و لا دلالة له فى ذلك، لأن كون الصدقه لله لا يقتضى ملكه سبحانه إياها دون المتصدق عليه، للقطع بأن الصدقه يملكها المتصدق عليه بالقبض.

و إن كان الوقف على وجه عامه فالأقرب أن الملك لله تعالى و وجه القرب:

أنا قد بينا انتقال الملك عن الواقف، فيمتنع انتقاله الى جميع افراد تلك الجهة، لأن الفرض كونهم غير محصورين، فلو ملكه الجميع امتنع صرفه الى البعض، و كذا يمتنع انتقاله الى بعض دون بعض آخر، لتساوى النسبه.

و يحتمل أن يكون ملكا للموقوف عليه و هو الكلى، و يشكل بأن المالك لا بد أن يكون موجودا فى الخارج، لاستحاله ملك من لا وجود له و لا تعين، و الأقرب ما قرره

ص: ٦٤

١- ١) الكافي ٧: ٣٥، حديث ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩، حديث ٦٢٩، الاستبصار ٤: ٩٩، حديث ٣٨٢.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٢٨٧. [١]

٣- ٣) السرائر: ٣٧٦.

٤- ٤) الكافي ٧: ٩٣، حديث ٤٠، [٢] الفقيه ٤: ١٨٣، حديث ٢٢-٢٣، التهذيب ٧: ١٣١، حديث ٥٥٨، الاستبصار ٤: ٩٧، حديث ٣٧٨.

٥- ٥) الكافي ٧: ٣١، حديث ٥، [٣] التهذيب ٩: ١٣٥، حديث ٥٧٠، الاستبصار ٤: ١٠٢، حديث ٣٩١.

و لو وقف الشريك حصته ثم أعتقها لم يصح العتق، وكذا لو أعتقها الموقوف عليه، و لو أعتق الآخر لم يقوّم عليه الوقف. المصنف.

و اعلم أنه ليس المراد يكون الملك لله تعالى صيروره الشيء مباحا، بل انفكاك المحل عن ملك الأدميين و اختصاصهم.

و يمكن أن يكون أفراد المصنف المسجد بحكم ليس لأن الملك فيه ليس على نهج ما اختاره في الوقف على الجهات العامه، لأن كلا- منهما الملك فيه لله تعالى، بل لأن حكم المسجد و المقبره متفق عليه، و أما الحكم في الجهات العامه فمختلف فيه، كذا قال في التذكرة (١)، فلو جمع الكل و عبّر بالأقرب لأشعر ذلك بأن الخلاف في الجميع.

قوله: (و لو وقف الشريك حصته ثم أعتقها لم يصح العتق).

لأنها انتقلت عنه بالوقف فليس بمالك.

قوله: (و كذا لو أعتقها الموقوف عليه).

أى: لا يصح العتق منه، لأنه و إن كان مالكا إلا أنه ممنوع من كل تصرف ناقل للملك.

قوله: (و لو أعتق الآخر لم يقوّم عليه الوقف).

أى: و لو أعتق الشريك الآخر الذى حصته طلق حصته لم يقوّم عليه الوقف، و هذا هو أصح الوجهين، لأن العتق لا ينفذ فيه مباشرة فالسرايه أولى، لأنها أضعف من المباشره، و لاقتضائها سلطنه على مال الغير فيقتصر فيها على موضع الوفاق، و لا استلزامها إبطال حق الموقوف عليهم من غير الوقف، و من عموم ثبوت السرايه الشامل لصوره النزاع، و العتق مبنى على التغليب.

و يرجح الأول باستصحاب حال الوقف الى أن يثبت ناقل خال عن

ص: ٦٥

و يملك الموقوف عليه المنافع المتجدده ملكا تاما كالصوف، و اللبن، و النتاج، و عوض البضع، و اجره الدابه و الدار و العبد و لو شرط دخول النتاج فى الوقف فهو وقف، المعارض، و الأصح عدم التقويم، و هو مختار الشيخ (١)، و المصنف فى أكثر كتبه (٢)، و تردد فى الإرشاد (٣). قال شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد:- إن احتمال التقويم يضعف على القول بانتقال الموقوف الى الله تعالى، و يقوى على القول بانتقاله الى الموقوف عليهم، و كأنه نظر الى أن انتقال الملك الى الله تعالى فى معنى التحرير.

قوله: (و يملك الموقوف عليه المنافع المتجدده ملكا تاما كالصوف، و اللبن، و النتاج، و عوض البضع، و اجره الدابه و الدار و العبد).

و نحو ذلك مما له اجره، و وجهه: ان الوقف عباره عن تحييس الأصل و تسبيل المنفعه، و ذلك يقتضى أن تكون فوائده و منافعه للموقوف عليه يتصرف فيها كيف شاء تصرف المالكين فى أملاكهم من البيع، و الهبه، و الوقف، و غير ذلك، و هذا هو الغرض من الوقف، و معنى قول المصنف (ملكا تاما) ما قلناه.

و لو كان الوقف شجره فثمارها للموقوف عليه، و أما الأغصان فإن كانت معتاده القطع فهى كالثمره يملكها ملكا تاما كشجره الخلاف فإن أغصانها كثمار غيرها، و لو لم تكن معتاده فهى كالأصل، كذا ذكره فى التذكرة (٤).

و لا- يبعد أن يكون ما جرت العاده بقطعه فى كل سنه مما فيه إصلاح الشجره و الثمره من تهذيب الأغصان، و ما يقطع من أغصان شجره العنب ملحقا بالثمار.

قوله: (و لو شرط دخول النتاج فى الوقف فهو وقف).

لأنه شرط لا يخالف

ص: ٦٦

١- ١) المبسوط ٢٨٨: ٣. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢٨: ١، تذكره الفقهاء ٤٣١: ٢. [٢]

٣- ٣) إرشاد الأذهان ٤٥٤: ١.

٤- ٤) التذكرة ٤٤٠: ٢. [٣]

و يملك الموقوف عليه الصوف و اللبن الموجودين وقت الوقف ما لم يستثنه. و لا يصح بيع الوقف، و لا هبته، و لا نقله. مقتضى العقد فيجب اتباعه.

قوله: (و يملك الموقوف عليه الصوف و اللبن الموجودين وقت الوقف ما لم يستثنه).

أما وجه ملك الموقوف عليه لهما: فلأنهما جزء من الموقوف فيتناولهما العقد كما يتناولهما البيع، لكن لا بد في اللبن من ان يكون موجودا في الضرع و الصوف على الظهر، فلو احتلب اللبن أو جز الصوف لم يدخل قطعا.

و لو كان الموقوف نخله و كان طلعا موجودا حين العقد لم يدخل في الوقف، سواء أبر أم لا، لأنه ليس جزءا من المسمى، و به صرح المصنف في التذكرة (١)، و شيخنا الشهيد في الدروس (٢).

فإن قيل عقد الوقف إن تناول الصوف و اللبن وجب أن يكونا وقفا، عملا - بمقتضى العقد، و ذلك ممتنع في اللبن. و إن لم يتناولهما كانا على ملك الواقف كالحمل.

قلنا تناول العقد لهما لا يقتضى كونهما وقفا، لأن مقتضاه تحييس الأصل و تسهيل المنفعة، و هما محسوبان من المنافع فيتناولهما العقد باعتبار شمول المسمى إياهما على حكمهما.

و أما إذا استثنى الواقف الصوف و اللبن الموجودين، فلأنه لا منافاه في هذا الاستثناء لمقتضى العقد، لأن الموقوف ما عداهما و المعتبر ما يتجدد من المنافع، أعنى:

ما يتكون بعد تحقق الوقف، فلو استثنى شيئا من تلك المنافع لم يصح.

قوله: (و لا يصح بيع الوقف، و لا هبته، و لا نقله).

و لا غير ذلك من

ص: ٦٧

١ - ١) التذكرة ٢: ٤٤٠. [١]

٢ - ٢) الدروس: ٢٣٤.

و لو خربت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجز بيعها. و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم لم يجز بيعه أيضا على رأى. الأسباب الموجبه لإبطال حكم الوقف.
قوله: (و لو خربت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها).

لأنها من جمله الموقوف، و قد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم «لا يباع أصلها و لا يبتاع و لا يوهب و لا يورث» (١)، و قال أحمد: إذا خرب الوقف و بطلت منافعه كدار انهدمت، أو أرض خربت و عادت مواتا و لم يكن عمارتها، أو مسجدا انتقل أهل القرية عنه و صار فى موضع لا يصلّى فيه، أو ضاق بأهله و لم يمكن توسيعه فى موضعه، أو تشعت جميعه و لم يمكن عمارته و لا عماره بعضه إلا ببيع بعضه ليعمر به بقيته، فإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه (٢)، و لا يعتد بخلافه.

قوله: (و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم لم يجز بيعه أيضا على رأى).

اختلف كلام الأصحاب فى جواز بيع الوقف: فمنعه ابن إدريس على جميع الأحوال (٣).

و هو مختار ابن الجنيّد.

و جوزه فى الجملة الأكثر و اختلفوا: فجوزه المفيد إذا خرب و لم يوجد له عامر، أو كان غير مجد نفعاً، أو اضطر الموقوف عليهم الى ثمنه، أو كان بيعه أعود عليهم، أو

ص: ٦٨

١- ١) صحيح مسلم ٣: ١٢٥٥ حديث ١٦٣٢، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ حديث ٢٣٩٦، مسند احمد بن حنبل ٢: ٥٥.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٦: ٢٥١.

٣- ٣) السرائر: ٣٧٦.

يحدثون ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب الى الله بصلتهم (١).

و جَوَزَ المرتضى بيعه إذا خرب بحيث لا يجدى نفعاً، أو حصل للموقوف عليهم ضروره شديده إلى ثمنه (٢).

و جَوَزَ الصدوق بيع المنقطع الآخر دون المؤبد (٣)، و قول سائر (٤) قريب من قول المرتضى (٥)، و كذا ابن حمزه إلا أنه اکتفى بخوف خرابه (٦)، و جَوَزَ الشيخ بيعه إذا خيف خرابه أو خيف خلف بين أربابه (٧).

و حكى المصنف فى المختلف جواز البيع إذا خيف وقوع فتنه بين أربابه، أو خرب و تعذرت عمارته عن الشيخين (٨)، و إن كانت عبارتهما لا تفى بذلك. و اختار المصنف فى المختلف جواز البيع مع خرابه، و عدم التمكن من عمارته، و مع خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقاءه (٩)، و فى التحرير نحو هذا (١٠).

و الحاصل، ان القول بجواز بيعه إذا حصل خلف بين أربابه بحيث خشى منه فتنه عظيمه لا يستدرك مع بقاءه، تدل عليه مكاتبه على بن مهزيار الصحيحه الى أبى جعفر عليه السلام: يسأله عن بعض ضيعه موقوفه على قوم بينهم اختلاف شديد

ص: ٦٩

١- ١) المقنعه: ٩٩.

٢- ٢) الانتصار: ١٩٢.

٣- ٣) الفقيه ١٧٩: ٤ ذيل حديث ٦٢٨.

٤- ٤) المراسم: ١٩٧.

٥- ٥) الانتصار: ٢٢٦.

٦- ٦) الوسيله: ٤٤١.

٧- ٧) النهايه: ٥٩٩.

٨- ٨) المختلف: ٤٨٩، المبسوط ٢٨٧: ٣، المقنعه: ٩٩.

٩- ٩) المختلف: ٤٨٩.

١٠- ١٠) التحرير ٢٩٠: ١. [١]

و ليس يؤمن أن يتفاهم ذلك بينهم فأجاب عليه السلام بأنه: «إذا علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف فبيع الوقف أمثل فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس» (١).

و القول بجواز البيع إذا كان بالموقوف عليهم حازه شديده مستنده ما رواه جعفر بن حيان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوقف غلّه له على قرابه من أبيه و قرابه من امه فلولورثه أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغله؟ قال: «نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا» (٢).

قال المصنف في المختلف و التذكرة: إن مفهوم هذه الرواية عدم التأيد، و جعلها دليلا لمن جوّز بيع الوقف الذى ليس بمؤبد، و هو أبو الصلاح و ابن البراج (٣)، و لا دلالة فيها على أن الوقف على قرابه الأب و الام فقط، بل حكاية الحال محتمله، و قد ترك عليه السلام الاستفصال و ذلك دليل العموم.

ثم انه إذا حكمنا بصحة الوقف المنقطع الآخر، و انه بعد انقراض الموقوف عليه يكون فى وجوه البر فهو بمنزلة المؤبد، فمتى جاز البيع فى المنقطع جاز فى غيره.

و قد أفتى بمضمون هاتين الروايتين شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد، و العمل بالأولى هو المختار، و ليس ببعيد العمل بالثانية.

و أما القول بجواز البيع إذا خرب و تعطل و لم يبق فيه نفع أصلا فوجهه: ان الوقف تحييس الأصل و تسبيل المنفعة، و مع خرابه و عطلته بحيث لا يرجى عوده عادة، و لا حصول نفع منه أصلا يفوت فيه مقصود الواقف، و ينتفى عنه الغرض الأصلي من الوقف فوجب أن يجوز بيعه تحصيلاً لغرض الواقف كما فى الهدى إذا عطب فإنه يذبح

ص: ٧٠

١- ١) الفقيه ٤: ١٧٨، حديث ٤٢٨، التهذيب ٩: ١٣٠، حديث ٥٥٧، الاستبصار ٤: ٩٨، حديث ٣٨١.

٢- ٢) الكافي ٧: ٣٥، حديث ٢٩، [١] الفقيه ٤: ١٧٩، حديث ٤٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣، حديث ٥٦٥.

٣- ٣) المختلف: ٤٩٠، التذكرة ٢: ٤٤٤، [٢] الكافي فى الفقه: ٣٢٥، المهذب ٢: ٩٢.

و لو انقلعت نخله قيل: جاز بيعها، والأولى المنع مع تحقق المنفعة بالإجاره للتسقيف و شبهه. في الحال، و إن اختص بموضع معين فإنه لما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص لتعذره، و كما لو وقف على بقعه فتعطلت أصلا فإنه يصرف في وجوه البر. و هذا القول قوى متين جدا، و أما باقى الأقوال فى تجويز البيع فضعيفه.

و حمل المصنف فى المختلف (١) قول المفيد على ما إذا شرط الواقف شرطا يمتنع بدونه اجراء الوقف على حاله.

و احتج المانع بإطلاق النصوص بعدم جواز بيع الوقف، و منها روايه على بن راشد، عن أبى الحسن عليه السلام (٢)، و لا حجه فيها، لأن الخاص مقدم.

و اعلم انه متى جوّزنا بيع الوقف وجب شراء بدله إن أمكن، و يجب التوصل الى ما يكون أقرب الى غرض الواقف بحسب الإمكان، صيانه لحق الواقف فيه و باقى البطون عن التضييع. و إذا كان المجوّز إن شاء الله تعالى فى نظير هذه المسأله من يكون هو المتولى للبيع و الشراء عن قريب.

قوله: (و لو انقلعت نخله، قيل جاز بيعها، والأولى المنع مع تحقق المنفعة بالإجاره للتسقيف و شبهه).

اختلف الشيخ و ابن إدريس فى هذه المسأله، فالقائل بجواز البيع هو الشيخ، محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه (٣).

و احتج ابن إدريس بأن الوقف يقتضى الدوام مع بقاء المنفعه، و تعطيل المنفعه المخصوصه التابعه لكونها شجره لا تستلزم زوال جميع المنافع، للإمكان التسقيف بها

ص: ٧١

١- ١) المختلف: ٤٩٠.

٢- ٢) الكافي ٧: ٣٧ ح ٣٥، [١] الفقيه ٤: ١٧٩ حديث ٦٢٩، التهذيب ٩: ١٣٠ حديث ٥٥٦، الاستبصار ٤: ٩٧ حديث ٣٧٧.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٠٠، [٢] الخلاف ٢: ١٣٣ مسألة ٢٣ كتاب الوقف.

و لو شرط بيعه عند الضرر به - كزيادة خراج، و شبهه - و شراء غيره بثمانه، أو عند خرابه و عطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قله نفعه ففي صحه الشرط اشكال و نحوه (١). و حقق المصنف انه لا نزاع بينهما، لأن تعليل الشيخ بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على ذلك الوجه المخصوص اعتراف بسلب جميع منافعها فيرتفع الخلاف.

و لقائل أن يقول: إن دليله و ان اقتضى ذلك، إلا - أن سلب جميع المنافع في هذه الحاله موضع تأمل، و الأصح مختار ابن إدريس. نعم لو لم تبق منفعه يعتد بها مع بقاء العين جاز البيع، و مثله ما لو زمنت الدابه، و متى جاز البيع و جب ان يشتري بثمانه ما يكون وقفا على الأصح وفاقا لابن الجنيد (٢).

قوله: (و لو شرط بيعه عند الضرر به كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه، أو عند خرابه و عطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع أو قله نفعه ففي صحه الشرط إشكال).

أى: لو شرط في عقد الوقف بيع الموقوف عند الضرر به للموقوف عليه أو للناظر كزيادة خراج و تغلب ظالم و نحو ذلك، و شراء ما يكون وقفا بثمانه، أو شرط بيعه عند خرابه و عطلته و إن لم يخرج عن حد الانتفاع كما لو تعطلت المنفعه العظمى المقصوده من الوقف غالباً، أو شرط ذلك عند خروجه عن حد الانتفاع كأن تبلغ الشجره حدا لا تصلح لغير النار، أو شرط ذلك عند قله نفعه المقصود ففي صحه الشرط اشكال: من التردد في انه شرط مناف لمقتضى العقد، أو لا.

فمن حيث انه مناف للتأييد المعتبر في الوقف ما دامت العين باقيه يلزم منافاته، و من حيث انه إذا بلغ هذه الحالات جاز بيعه و ان لم يشترط كما سبق بيانه،

ص: ٧٢

١ - ١) السرائر: ٣٨٠.

٢ - ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٣٦.

و مع البطلان ففى إبطال الوقف نظر. فلا يكون الاشتراط منافيا.

و قد تقدّم فى روايه.جعفر بن حيان:جواز بيعه للضروره الشديده للموقوف عليهم (١)،و الضروره قائمه فى محل النزاع.و لعموم قول العسكرى عليه السلام:

«الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢)،و لأن ذلك مما تدعو الحاجه إليه فجاز اشتراطه تخلصا من الضرر.و التحقيق:ان كل موضع يجوز فيه بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى العقد إذا بلغ الوقف تلك الحاله،لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف،و ما لا فلا للمنافاه.

و لقائل أن يقول على الشق الأخير:قد سبق فى المواضع التى خلا الوقف فيها عن التأييد انه يبطل وقفا و يصح حسبا و هو الوقف المنقطع الآخر،و المؤبد على تقدير،و منقطع الآخر على تقدير آخر،و المشروط رجوعه عند الحاجه فكان حقه أن يحكم بصحه الشرط و يكون حسبا،لأن المقتضى فى الموضعين واحد.

و يمكن الجواب بأن الحبس لا- يستدعى الخروج عن الملك،و اشتراط الشراء بثمنه ما يكون وقفا يقتضيه فلا يكون وقفا و لا حسبا فوجب الحكم ببطلان الشرط.

قوله: (و مع البطلان ففى إبطال الوقف نظر).

ينشأ:من أن الواقف أتى بشيئين الوقف و الشرط،فإذا بطل أحدهما بقى الآخر،لانتفاء المقتضى لبطلانه،و هو قول الشيخ.و من ان الوقف لم يقع إلا على وجه الاشتراط،و هو فاسد من هذا الوجه لفساد الشرط،و غيره غير واقع فلا يكون صحيحا.

و ربما فرق بين الشروط الفاسده فى عقود المعاوضات و نحو الوقف:بأن للشرط دخلا فى العوض فيكون ملحوظا فى الرضى بالعقد،فإذا فات انتفى الرضى،

ص:٧٣

١- (١)الكافى ٧:٣٥ حديث ٢٩.

٢- (٢) الكافى ٧:٣٧ حديث ٣٤، [١]الفقيه ٤:١٧٦ حديث ٦٢٠،التهذيب ٩:١٢٩ حديث ٥٥٥.

و نفقه المملوك على الموقوف عليهم و ان كان ذا كسب على رأى. بخلاف الوقف فإنه تبرع على كل حال فلا ينتفى الرضى بانتفاء الشرط. و فى الفرق نظر، لأن الأغراض تتفاوت بتفاوت وجوه التبرعات فيكون للشرط تأثير بين فى الرضى، و القول بالبطلان أقوى.

و قوله: (و نفقه المملوك على الموقوف عليهم، و إن كان ذا كسب على رأى).

لا ريب ان المملوك إن كان وقفا على غير معين كالمنتشرين فنفته فى كسبه ان كان ذا كسب، و الألفى بيت المال.

و إن كان وقفا على معين فعلى القول بأن الوقف ينتقل الى الله تعالى (1) قيل الحكم كذلك. و يحتمل أن يكون فى كسبه إن أوجبنا نفقته الأجير الخاص و الموصى بخدمته على مستحق المنافع، و مع عجزه فعلى الموقوف عليهم. و يحتمل أن يكون فى كسبه مطلقا، ثم على بيت المال. و كذا إن قلنا انه للواقف، لكن هنا إنما يجب فى بيت المال مع عدم وجوده، أو مع إعساره.

و على القول بانتقاله الى الموقوف عليهم، للأصحاب قولان:

أحدهما: انها فى كسبه إن لم يشترط خلاف ذلك - و هو قول الشيخ فى المبسوط (2)، لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه، و إنما يمكن ذلك ببقاء عينه، و إنما تبقى عينه بالنفقة فيصير كأنه شرطها فى كسبه، و لم يذكر حكم ما إذا لم يكن كاسبا.

و الثانى: انها على الموقوف عليهم - و هو مختار المصنف -، لأنها تابعة للملك، و الفرض انه مملوك للموقوف عليهم و هو الأصح، و عماره العقار حيث شرط الواقف و الألفى غلته، و لو قصرتم لم تجب عمارته بخلاف الحيوان، لوجوب صيانته روحه، و لو

ص: ٧٤

١ - ١) قاله الشهيد فى الدروس: ٢٣٤.

٢ - ٢) المبسوط ٢٨٨: ٣. [١]

و لو أقعد، أو أعمى، أو جذم عتق و سقطت النفقه لو قتل قصاصا بطل الوقف، و لو قطع فالباقي وقف، و لو أوجبت ما لا تعلق بكسبه إن قلنا بعدم الانتقال، و كذا إن كان على المساكين أو على المعسر، و إلا فعلى الموقوف عليه. لتعذر بيعه على الإشكال ينشأ: من أن المولى لا يعقل عبدا، و الأقرب الكسب، مات العبد فمؤنه تجهيزه كنفقته في حياته.

قوله: (و لو أقعد، أو أعمى، أو جذم عتق و سقطت النفقه).

لصيرورته حرا فتسقط نفقته.

قوله: (و لو قتل قصاصا بطل الوقف).

لفوات متعلقه، لا الى بدل.

قوله: (لو قطع فالباقي وقف).

إذ لا يبطل الوقف بتلف بعض الموقوف.

قوله: (و لو أوجبت ما لا تعلق بكسبه إن قلنا بعدم الانتقال، و كذا إن كان على المساكين أو على المعسر، و إلا فعلى الموقوف عليه لتعذر بيعه على اشكال ينشأ: من أن المولى لا يعقل عبدا، و الأقرب الكسب).

إذا جنى العبد الموقوف فلا يخلو: إما أن تكون جنايته موجه للمال، أو للقصاص. فإن أوجبت ما لا يخلو: إما أن يكون وقفا على معين، أو لا. و على الأول إما أن نقول بانتقال الوقف عن الواقف الى الله تعالى أو الى الموقوف عليه، أو نقول بعدم الانتقال أصلا.

و إذا قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يخلو: إما أن يكون مؤسرا، أو معسرا.

فإن كان وقفا على المساكين، أو قلنا بعدم الانتقال الى الموقوف عليه، أو قلنا بالانتقال و كان معسرا تعلق الأرش في هذه المواضع كلها بكسبه لا بربقته، لامتناع بيعه بسبب

الوقف مع إمكان استيفاء الأرش من كسبه ففيه جمع بين الحقين. وقال المصنف في التذكرة: إن قلنا الملك للواقف فهو الذى يفديه (١)، وقد يوجه بأنه المالك الذى منع الرقبه من تعلق الأرش بها.

و إن قلنا بالانتقال الى الله تعالى، فقد قيل إن الفداء من مال الواقف، لأنه الذى منع من تعلق الأرش بالرقبه (٢)، وقيل: يكون فى بيت المال كالحرم المعسر (٣)، وقيل يتعلق بكسبه (٤).

و إن قلنا بالانتقال الى الموقوف عليه وجب الأرش فى ماله، صرح به الشيخ فى المبسوط (٥) والمصنف فى التذكرة (٦) لامتناع تعلقه برقبته، إذ لا يتعلق الأرش إلا برقبه من يباع و إنما منع من ذلك لحق الموقوف عليه فكان عليه أن يفديه بالأرش.

و ذكر المصنف فى هذا الكتاب اشكالا هنا ينشأ: مما ذكر، و من أن العاقله لا يعقل عبدا، ثم اختار تعلقه بالكسب و هو الأصح، لأن فيه جمعا بين الحقين.

و احتمال فى المختلف التعلق بالرقبه و جواز البيع كما يقتل فى العمد، و البيع أدون من القتل (٧). و يضعف بإمكان الجمع بين الحقين هنا بخلاف العمد، لأن القصاص مع بقاء العين ممتنع.

فرع: لو لم يكن العبد كاسبا أمكن جواز البيع هنا، و يحتمل أخذ الأرش من بيت المال إن أمكن كالحرم المعسر، و كيف كان فلا يطل دم امرئ مسلم.

ص: ٧٦

١- ١) التذكرة ٢: ٤٤٣. [١]

٢- ٢) المجموع ١٥: ٣٤٢.

٣- ٣) المجموع ١٥: ٣٤٢.

٤- ٤) المجموع ١٥: ٣٤٢.

٥- ٥) المبسوط ٣: ٢٨٩. [٢]

٦- ٦) التذكرة ٢: ٤٤٣. [٣]

٧- ٧) المختلف: ٤٩٥.

و ليس للمجنى عليه استرقاقه فى العمء على اشكال. و لو جنى عليه بما يوجب المال اءمءل اءءصاء الموءوءىن به فلهم العفو و شراء عبء أو شقص عبء بها يكون وقفا، سواء أوجبء أرشا أو ءيه، قوله: (و ليس للمجنى عليه اسءرقاقه فى العمء على اشكال).

هءا إشاره إلى ءكم ما إذا أوجبء جنايه العبء الموقوف قصاصه، و ءءققه:

انه إذا جنى جنايه ءوجب القصاص بأن جنى عمءا ءاز الاءصاء منه قءعا. و هل يجوز اسءرقاقه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الوقف يقتضى ءأبيء ما ءامء العىن باقيه و هو ىنافى الاسءرقاق، و من أن المجنى عليه اسءءق إءطال الوقف و إءراجه عن ملك الموقوف عليهم، و العفو مطلوب شرعا، و فى الاسءرقاق ءمع بين العفو المءبوب و بين ءقه فىكون أولى من القءل. و ءأبيء الواءب فى الوقف إنما هو ءىء لا يطرأ عليه ما ىنافيه، و هءا أقوى، للءمع بين ءق الجنايه و العفو المءءوب إليه كما ءكرناه.

قوله: (و لو جنى عليه بما يوجب المال اءمءل اءءصاء الموءوءىن به، فلهم العفو، و شراء عبء أو شقص عبء بها يكون وقفا، سواء أوجبء أرشا أو ءيه، و ليس للموءوءىن العفو ءىءء).

ما سبء ءكم ما إذا جنى العبء الموقوف، و هءا ءكم ما إذا جنى عليه. ءم الجنايه عليه: إما أن ءوجب مالا، أو قصاصا. فإن أوجبء مالا فهل ىءءص به الموءوءون من الموقوف عليهم وقت الجنايه أم لا؟ اءءملا أن:

أءءهما: الاءءصاء، لأن الفاءء بالجنايه منه سواء كان نفسا أو ما ءونها ءق لهم ءىن الجنايه، و قد بطل كونه وقفا بإءلافه، فامءنع أن يكون لمن سىوءء من البءون فىه ءق، لأنهم ءال الجنايه ءىر مسءءقىن، و وقت صىرورءهم مسءءقىن قد ءرء ءالء عن كونه وقفا و صلاءيه اسءءقاقهم إياه، و هو قول الشىء فى

المبسوط (١).

و الثاني:العدم،لأنه ليس ملكا تاما للموجودين وقت الجنايه و لا-حقا لهم بانفرادهم،بل هو ملك لجميع البطون فللموجودين بالفعل و لغيرهم بالقوه القريبه، لحصول السبب المملك و المعدات للملك،و لم يبق سوى وجودهم فلا سبيل إلى إبطال حقهم.

و من ثم نقول:إن البطن الثاني يتلقى عن الواقف،فيجب أن يشتري بعوض الجنايه عبد أو شقص عبد يكون وقفا،و هذا أقوى،لأن فيه إبقاء للوقف و صيانته له عن الابطال و توصلا الى غرض الواقف و مطلوب الله تعالى،و لأن الوقف تابع لبقاء المالیه،و لهذا يجب الشراء بقيمه الوقف حيث جوّزنا بيع ما يكون وقفا.

و لا- فرق في الوجهين بين أن نقول بانتقال الوقف الى الله تعالى أو إلى الموقوف عليهم.و يحتمل أن يقال-على القول بالانتقال لله تعالى-:يجب الشراء وجها واحدا.

و يتفرع على الوجهين المذكورين صحه العفو عن الجنايه و عدمه (٢)،فعلى الأول لهم العفو،لأن الحق لهم و منحصر فيهم،و على الثاني ليس لهم ذلك،لعدم انحصار الحق فيهم فإذا عفوا فإنما يسقط حقهم،و هو استحقاق المطالبه بالأرش أو الديه ليشتري به ما يكون وقفا يعود عليهم نفعه.

و كذا لا فرق بين كون الجنايه على النفس أو ما دونها،لتعلق حق الوقف بالأبغاض كتعلقه بالمجموع.

إذا تقرر هذا فمن المشتري للعبد أو بعضه؟الظاهر انه الحاكم،لأن الملك إن كان لله تعالى فواضح،و إن كان للموقوف عليهم فلا اختصاص له بالموجودين.

ص:٧٨

١- (١)المبسوط ٢٨٩:٣.

٢- (٢) في النسختين الخطبتين و الحجريه:الجنايه المذكورين و عدمه

فليس للموجودين العفو حينئذ. و لو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص، فان اقتص الموقوف عليه استوفى، و ان عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء؟ الأقرب ذلك إن لم يكن نفسا. و يحتمل على هذا أن يتولاه الموجودون، لأن الحق لهم الآن و حق الباقي تابع. و ينبغى أن يكون هذا إذا لم يكون هناك ناظر خاص كما تبّه عليه شيخنا فى شرح الإرشاد اشترطه الواقف، فان كان تولى ذلك. و الظاهر انه بالشراء يصير وقفا من غير احتياج إلى إنشاء صيغه أخرى، لتعلق حق الوقف بعوض الجنايه نحو ما تعلقه بالمجنى عليه كالرهن، و هو المتبادر من قول المصنف (يكون وقفا) و يحتمل وجوب إنشاء صيغه أخرى و يتولاها الحاكم مع عدم الناظر. و الظاهر انه لا فرق بين إنشاء الوقف و الشراء فى المتولى لذلك، لاستوائهما فى تعلق حق البطون الباقيه به، بل حق الواقف فإن له حقا فى بقاء الوقف و دوامه.

و لا يخفى أنه لو زادت الديه أو الأرش عن قيمه. عبد اشترى بالزائد آخرا و بعضه.

و اعلم أن قول المصنف: (و شراء عبد أو شقص عبد) إشاره إلى الاحتمال الثانى، و الضمير فى قوله (بها) يعود الى المال الواجب بالجنايه بتأويل قيمه.

قوله: (و ليس للموجودين العفو حينئذ).

أراد به: ما يتفرع على الاحتمال الثانى، أى: حين إذ وجب شراء ما يكون وقفا بالقيمه.

قوله: (و لو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص: فان اقتص الموقوف عليه استوفى، و إن عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الأقرب ذلك إن لم تكن نفسا).

هذا حكم ما إذا أوجبت الجنايه على العبد الموقوف قصاصا، و تحقيقه: إنه إذا

جنى عليه كذلك: فأما أن يقتص الموقوف عليه الموجود، أو يعفو، أو يرضى بالفداء.

فإن أراد القصاص كان له كذلك، لأنه المستحق الآن، فإذا اقتص فقد استوفى الحق.

وإن عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء؟ فيه وجهان، أقربهما عند المصنف ذلك إن لم تكن الجنايه نفسا. ووجه القرب: إن الحق في الوقف لا يختص بالبطن الأول، فإذا عفى فإنما يسقط استحقاقه دون حق باقى البطون. ويحتمل أن لا يكون لهم ذلك للسقوط بعفو الأول حين كان الحق منحصر فيه، وضعفه ظاهر مما سبق.

وهذا إذا لم تكن الجنايه نفسا، فإن كانت فالمفهوم من عبارته انه ليس لهم ذلك. ووجهه انه إذا جنى على نفس الموقوف بطل الوقف لفوات محله فبطل حق باقى البطون، بخلاف ما إذا لم يكن نفسا، لبقاء الوقف بقاء محله، وليس بشيء، لاستواء النفس و ما دونها فى بطلان الوقف فى الفأئت منهما، على أن هذا الفرق لو تم لكان لازما للمصنف مقتضاه فيما لو أوجبت الجنايه ما لا بغير تفاوت، والأصح ان لهم الاستيفاء مطلقا.

إذا تقرر ذلك، فما الذى يستوفونه أ هو المال أم القصاص؟ المتبادر من عبارته المصنف هو الثانى، ووجهه: ان الحق للبطون و إن كان للموجودين حق المطالبه و الاقتصاص، فإذا عفوا بطل حقهم خاصة دون أصل الحق.

و حكى الشارح الفاضل قولاً آخر بأن لهم المطالبه بالديه (1) و رجحه تغليباً للعفو، و هو محتمل، و فى الأول قوه، و فى الثانى أيضاً قوه، لأن له أن يعفو على مال و العفو مبنى على التغليب، و إن كان لقائل أن يقول إن هذا عفو غير صحيح، أما العفو

ص: ٨٠

و لو استرق الجانى أو بعضه فهل يختص به أو يكون وقفاً؟ اشكال. و لو اتفق هو و مولاه على الفداء فهل يختص، أو يشتري به عبداً يكون وقفاً؟ إشكال. و لو وقف مسجداً فخرب و خربت القرية أو المحله لم يجز بيعه، و لم يعد الى الواقف.

و لو أخذ السيل ميتاً فالكفن للورثه. الصحيح فلا كلام فيه.

قوله: (و لو استرق الجانى أو بعضه فهل يختص به أو يكون وقفاً؟ اشكال).

هذا هو القسم الثالث مما إذا أوجبت الجنايه على الموقوف القصاص، و هو ما إذا استرق الموقوف عليه العبد الجانى أو بعضه بحسب ما تقتضيه الجنايه، فهل يختص به الموقوف عليه الآن لبطلان الوقف و استحقاقه الاسترقاق، أو يكون المسترق وقفاً إما بالاسترقاق أو بإنشاء صيغه الوقف، فيه إشكال منشؤه معلوم مما سبق فى بيان الوجهين فيما إذا أوجبت الجنايه على الموقوف مالا، و الأصح انه يكون وقفاً كما سبق هناك.

قوله: (و لو اتفق هو و مولاه على الفداء فهل يختص به أو يشتري به عبداً يكون وقفاً؟ اشكال).

هذا هو القسم الرابع و هو ما إذا تراضى الموقوف عليه و مولى الجانى على الفداء، و فيه اشكال باعتبار اختصاص الموجود به، و عدمه فيشتري به عبداً يكون وقفاً، و منشؤه معلوم مما سبق، و الأصح الثانى.

قوله: (و لو وقف مسجداً فخرب و خربت القرية أو المحله لم يجز بيعه و لم يعد الى الواقف، و لو أخذ السيل ميتاً فالكفن للورثه).

لا ريب أن المسجد

و لو مات البطن الأول قبل انقضاء مده الإجاره فالأقرب البطلان هنا، و يرجع المستأجر على ورثه الموتى بما قابل الباقي مع الدفع. إذا خرب و خربت القرية أو المحله التي هو فيها لا يجوز بيعه بحال-خلافاً لأحمد (١) ولا- يعود الى ملك الواقف أيضاً بحال-خلافاً لبعض العامه (٢)، لأن وقف المسجد بمنزله التحرير للعبد فلا يقبل التغير، و لبقاء الغرض المقصود من إعداده للعباده لرجاء عود القرية و صلاحه من يمر به بخلاف ما لو أخذ السيل ميتاً فإن الكفن للورثه، لأنه كان ملكاً لهم، لأن التركة تنتقل الى الوارث بالموت و إن وجب صرفه في التكفين، فلا يمكن قياس المسجد على الكفن في العود بجامع تعذر المصروف في الموضوعين، للفرق بما ذكرناه. و هذا انما هو في الكفن الذي يكون في التركة، أما ما يكون من الزكاه أو من الوقف فإنه يرجع الى أصله، و لا بد مع أخذ السيل الميت من حصول اليأس منه.

قوله: (و لو مات البطن الأول قبل انقضاء مده الإجاره فالأقرب البطلان هنا، و يرجع المستأجر على ورثه الموتى بما قابل الباقي مع الدفع).

أشار بقوله: (هنا) الى أن بطلان الإجاره حيث يكون المؤجر هو الموقوف عليه، بخلاف ما إذا كان هو المالك و الفرق ان ملك الموقوف عليه غير تام، فإن باقي البطون لهم استحقاق، خصوصاً إذا قلنا بأنهم يتلقون عن الواقف، فإنه بموت المؤجر من البطون يتبين انتهاء حقه بموته فتكون إجارته بالنسبه إلى المستقبل تصرفاً في حق غيره.

و أما المالك فان له إتلاف عين ماله و منفعتها من غير حجر عليه في ذلك بالنسبه إلى الوارث، و إنما يتلقى الوارث عنه ما كان ملكاً له حين موته، فلا يتبين بموته

ص: ٨٢

١- (١) المغنى لابن قدامه ٢٥٠:٦.

٢- (٢) ذهب اليه محمد بن الحسن، انظر المغنى لابن قدامه ٢٥١:٦.

و لا- يجوز للموقوف عليه وطء الأمه، فإن فعل فلا- مهر، و لو ولدت فهو حر و لا قيمه عليه، انه متصرف فى حق غيره. و يحتمل ضعيفا عدم البطلان، لأن له التصرف حينئذ و كان ماضيا.

و فى الصغرى بحث لانكشاف انه لم يكن له ذلك بموته، و قد حققنا المسأله فى الإجاره، و ذكرنا انه لو كان المؤجر ناظرا و مات لا يصح على إطلاقه بل حيث يوجر، و يبقى ذلك البطن الذى أجر مع وجوده مده الإجاره، لأنه كان فى وقت الإجاره قائما مقامهم دون البطون الباقية.

إذا تقرر ذلك، فحيث حكمنا بالبطلان، و قد دفع المستأجر الأجره إلى البطن الأول رجع على ورثه البطن الأول بما قابل باقى المده، و لا يخفى أن المراد: البطلان مع عدم اجاره البطن الثانى.

قوله: (و لا يجوز للموقوف عليه وطء الأمه).

و إن قلنا بانتقالها إليه، لأن ملكه غير تام.

قوله: (فإن فعل فلا مهر).

لأنه لو وجب لوجب له و لا حد و إن لم يكن بشبهه، لأنه مالك، و على القول بأنه غير مالك فشبّه الملك فيه ثابتة.

قوله: (و لو ولدت فهو حر، و لا قيمه عليه).

لما كان وطؤه غير معدود زنى كان الولد لاحقا به، و كان حرا، و لا- تجب عليه قيمته، لأنه المستحق لها لو وجبت، و لا يعقل وجوب شىء عليه لنفسه.

لكن هذا انما يستقيم إذ انحصر أهل الطبقة فى الواطئ و قلنا بأن ولد الموقوفه الرقيق ملك له، فلو كان له شريك وجبت عليه حصته. و لو قلنا: بأن ولد الموقوفه وقف و جب أن يشتري بقيمه الولد عند سقوطه حيا ما يكون وقفا.

و فى صيرورتها أم ولد إشكال، و معه تنعتق بموته، و تؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على إشكال. قوله: (و فى صيرورتها أم ولد إشكال).

ينشأ من انها علقت منه فى ملكه بولد، لأن الفرض انتقال الملك اليه، و من أن حق باقى البطون متعلق بها فلا- يجوز إبطاله. و الأصح انها لا- تصير، لأن المتبادر من الملك هو الكامل الطلق الذى لا حجر على مالكة لتعلق حق الغير به، و لأن دلائل دوام الوقف و لزومه على تقدير معارضه دلائل ثبوت الاستيلاء لها فالمرجح قائم، و هو استصحاب حال الوقف الى أن يوجد المبطل.

قوله: (و معه ينعتق بموته و يؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال).

مرجع الضمير فى قوله: (و معه) هو صيرورتها بتأويل كونها أم ولد، أى: و مع كونها أم ولد تنعتق بموته كسائر أمهات الأولاد، و يؤخذ من تركته قيمتها قولاً- واحداً، كذا قال الشارح الفاضل، لأنه أتلفها على من بعده من البطون بعد موته حيث لم يكن مالكا، بخلاف ما لو أتلفها فى حياته، لأنه حينئذ مالك فيكون الإتلاف منه على أحد الوجهين السابق نظيرهما فى عوض الجنايه (١).

و اعترضه شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد بأنها إذا صارت أم ولد يحكم بنفوذ الاستيلاء فى الحال، كما فى صورته و طء أحد الشريكين و علوقها منه، قال: و هذا وارد على عبارته القوم و لعلمهم أرادوا ذلك، إلا أنه لما كان أحد الاحتمالين صرفها الى من يليه من البطون تأخر إلى الموت و لا يلزم منه تأخر الحكم بنفوذ الاستيلاء.

و هذا كلام صحيح، إلا أن عبارته المصنف تأباه، لأنه على هذا التقدير لا تختص القيمة بمن يليه من البطون قطعاً فلا يتجه الاشكال المذكور فى العبارة

ص: ٨٤

حينئذ، لأن احتمال اختصاص البطن الذى يليه بها إنما يتجه إذا كان الاختلاف واقعا حين اختصاصهم بالوقف، و لا يتحقق ذلك إلا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاء بعد الموت.

أما إذا حكمنا بنفوذه قبله فان الاختصاص بالوقف ثابت للواطئ حينئذ، فأيجاب القيمة عليه على هذا التقدير إنما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعا، فكيف يحتمل اختصاص البطن الذى يليه بالقيمة ليكون فيه اشكال؟ و الظاهر ان الاستيلاء إنما ينفذ بعد الموت، لإمكان موت الولد قبل موت أبيه، فلا يتحقق سبب العتق المقتضى لبطلان الوقف بعد تمامه و لزومه نعم لا يبعد أن يقال إن الموت كاشف عن نفوذ الاستيلاء من حينه عملا بظاهر النصوص من أن السبب هو الاستيلاء دون شىء آخر، لكن الحكم به موقوف على تحقق فائدته، و هو حصول العتق بالموت، و إنما يكون ذلك مع بقاء الولد، إذ لو مات قبله لكان إبطال الوقف لمحض الملك لا للعتق المطلوب.

إلا أن الاشكال فى اختصاص البطن الذى يليه لا يتجه حينئذ، و هذا إذا كان أهل الطبقة هو الواطئ خاصة، فلو كان معه شريك فهل يحكم بالقيمة من حين الاستيلاء أم بعد الموت؟ الظاهر الثانى، لمثل ما قلناه، و إن خالف فى ذلك شيخنا فى شرح الإرشاد.

و مما حققناه يعلم أنه لا فرق بين أن يكون ولد الموقوفه الموطوءه من أهل الوقف أو لا، و فى أنها ينعق عليه بدخولها أو بعضها فى ملكه كسائر أمهات الأولاد، لأن نفوذ الاستيلاء يقتضى دخولها فى ملك الواطئ و قد بينا انه بالموت ينكشف نفوذه من حينه لوجود السبب كاملا، و تحقق انتفاء المانع باستمرار بقاء الولد الى الموت، و متى دخلت فى ملك الواطئ طلقا كانت إرثا.

و معلوم أن الملك بالوقف يمتنع معه العتق بالقرابه لنقصه، و لأنه لم يحصل

و يجوز تزويج الموقوفه و مهرها للموجودين، الملك إلا- وجه اللزوم و الاستمرار كما سبق. فعلى هذا ما ذكره الشارح عميد الدين و نقله شيخنا فى شرح الإرشاد من أنه إنما ينعقد عليه إذا كان من أهل الوقف خيال ضعيف.

إذا عرفت ذلك فلو قلنا بنفوذ الاستيلاء فالأصح لزوم القيمة بعد الموت، يشتري بها ما يكون وقفاً، و ينعقد من نصيب ولدها على كل حال.

و اعلم أن شيخنا الشهيد ذكر فى شرح الإرشاد: أنه يجب فى نظير هذه المسألة، و هى مسألة الجنايه على العبد الموقوف انه يجب أن يشتري بقيمته ما يساويه فى الصفات بحسب الممكن، فتراعى المذكوره و الأوثه و غيرهما، و هذا هو اللائح من قولهم: عبد أو شقص عبد. إلا أن حكمهم بأن الوقف على وجهه إذا تعطل يصرف فى وجوه البر كالمخالف لهذا، حيث لم يعتبروا ما يكون أقرب و أشبه بوجهه الوقف فيجب التنبه له.

قوله: (و يجوز تزويج الموقوفه و مهرها للموجودين).

أما جواز تزويجها فلأنه عقد على بعض منافعتها فجرى مجرى الإجاره، و لأن فيه تحصينا لها و هو غرض مطلوب. و منع منه بعض الشافعيه (١)، لأنها إذا حبلت منعت من العمل و ربما ماتت فى الطلق.

و أما ان المهر للموجودين، فلأنه عوض منفعتها المختصه بهم فيكون عوضها كذلك.

و يتولى تزويجها الموقوف عليه إن قلنا بانتقالها اليه، و على الانتقال الى الله تعالى يزوجها الحاكم على الأصح، لأنه المتولى لنحو ذلك. و قال الشيخ تزوّج نفسها (٢)، و هو ضعيف، و الظاهر ان الموقوفه على وجه عامه كذلك.

ص: ٨٦

١- ١) المجموع ١٥: ٣٤٥، مغنى المحتاج ٢: ٣٩٠، الوجيز ١: ٢٤٨.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٢٨٩. [١]

و كذا ولدها إن كان من مملوك أو زنى، ويختص به الموجودون وقت الولاده على رأى. و لو كان من حر بوطء صحيح فالولد حر، إلا- مع شرط الرقيه. و لو قلنا بأن الوقف على ملك الواقف أمكن القول بأنه يزوجه، و نقل فى التذكرة اعتبار اذن الموقوف عليه كما يعتبر اذن الواقف على القول بأن الملك للموقوف عليه (١).

قوله: (و كذا ولدها ان كان من مملوك أو زنى، ويختص به الموجودون وقت الولاده على رأى).

المتبادر من قوله: (و كذا ولدها.) انه للموجودين، فيكون قوله: (و يختص به الموجودون) مستدركا و يمكن أن يقال: إنه لا يتبادر من قوله: (للموجودين) الموجودون وقت الولاده فأعاد المسأله لبيان ذلك.

و الرأى هو مختار المصنف، و وجهه ان الولد نماؤها فأشبهه كسبها و ثمره البستان و ولد الدابه، و قال ابن الجنيده إنه يكون وقفا كأمه (٢)، و قواه الشيخ (٣)، لأن كل ولد ذات رحم حكمه حكم امه كالمدبره و المرهونه على قول، و فى الكليه منع، و الأول لا يخلو من قوه.

قوله: (و لو كان من حر بوطء صحيح فالولد حر إلا مع شرط الرقيه).

لا- ريب أن الولد يتبع حريه أبيه إذا كان من وطء صحيح. و لو شرط عليه رقيه ففى صحه الشرط قولان سيأتيان إن شاء الله تعالى.

ص: ٨٧

١- ١) التذكرة ٢: ٤٤١. [١]

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٩٥.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٢٩٠.

و لو كان بشبهه فالولد حر و عليه قيمته للموقوف عليهم، و لو وطأها الواقف فكالأجنبي.

الفصل الثالث: في اللواحق

الفصل الثالث: في اللواحق: لو وقف مسجدا على قوم بأعيانهم كالفقهاء فالأقرب عدم التخصيص، بخلاف المدرسه و الرباط و المقبره. قوله: (و لو كان بشبهه فالولد حر و عليه قيمته للموقوف عليهم).

أما انه حر، فلأن ولد الشبهه نسب و تابع لحال أبيه، و أما لزوم القيمه فظاهر، لأنه فوّت على الموقوف عليهم ولد أمه بغير استحقاق.

و في ما ذا يصنع بالقيمه القولان في الولد الرقيق: أحدهما: انه تدفع الى الموجودين وقت الولاده لاختصاصهم بها، و الثاني: انه يشتري بها ما يكون وقفا.

قوله: (و لو وطأها الواقف فكالأجنبي).

لأن الأصح انتقال الملك عن الواقف فيترتب على وطئه ما يترتب على وطئه الأجنبي، و على القول بأنه مالك فلا حدّ للشبهه، و في نفوذ الاستيلاء الخلاف في استيلاء الراهن، لتعلق حق الموقوف عليه بها، و هذا أولى بالمنع.

قوله: (لو وقف مسجدا على قوم بأعيانهم كالفقهاء فالأقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسه و الرباط و المقبره).

الظاهر ان المراد: انه إذا شرط في الوقف اختصاص قوم بأعيانهم بالمسجد، فأما إذا وقف مسجدا على قوم بأعيانهم و لم يشترط اختصاصهم فإنه لا مانع من نفوذ الوقف و يكون عاما، فينبغي الحكم بصحته حينئذ.

و إنما قلنا إنه يكون عاما، لأن المسجديه تقتضى العموم، لأن وضع المسجد شرعا على أنه المكان الموقوف للعباده من حيث هي عباده من غير نظر الى متعبد، و ذكر قوم بأعيانهم لا يدل على الاختصاص إلا بالمفهوم المخالف، و هو لا يعارض ما دل عليه اللفظ بمنطوقه.

و لو وقف فى سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله تعالى كالجهد، و الحج و العمره، و بناء القناطر و عماره المساجد، أما مع الاشتراط ففى صحه الشرط و جهان:

أحدهما: يصح - عملاً بعمومات الكتاب و السنه أوفوا بالعقود (١)، «المسلمون عند شروطهم» (٢) - الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و الثانى: لا، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد، فان وضع المسجد شرعاً على أن يكون للعباده عاماً من غير أن يمنع منه أحد، و هذا أصح. فإذا شرط فهل يصح العقد و يبطل الشرط أم يبطلان معاً؟ الظاهر من العبارة الأول، لأن الوقف تبرع على كل حال فلا يفوت الرضى به بفوات الشرط، و فيه منع ظاهر، لأن الأغراض تختلف، و الأصح الثانى.

و هذا بخلاف المدرسه، و الرباط، و المقبره إذ لم يكن وضع شىء من ذلك شرعاً على العموم، فيجوز اشتراط الاختصاص فى كل منها، و قد نقل الشارح الفاضل الإجماع على ذلك فى المدرسه و الرباط (٣).

قوله: (و لو وقف فى سبيل الله انصرف الى ما يتقرب به الى الله تعالى كالجهد، و الحج، و العمره، و بناء القناطر، و عماره المساجد).

هذا هو المشهور بين الأصحاب، لأن المفهوم من سبيل الله كل ما يتقرب به الى الله تعالى، نص عليه الشيخ (٤) و غيره (٥).

و قال ابن حمزه: إن سبيل الله المجاهدون (٦)، و قال الشيخ فى الخلاف: إن

ص: ٨٩

١ - ١) المائدة: ١. [١]

٢ - ٢) صحيح البخارى ٣: ١٢، سنن الترمذى ٢: ٤٠٣، حديث ١٣٦٣.

٣ - ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٩.

٤ - ٤) المبسوط ٣: ٢٩٤. [٢]

٥ - ٥) انظر: المختصر النافع ١: ١٥٨، التنقيح الرائع ٢: ٣٢٤. [٣]

٦ - ٦) الوسيله: ٣٣٥. [٤]

و كذا لو قال: في سبيل الله و سبيل الخير و سبيل الثواب، و لا تجب القسمة أثلاثا. و إذا وقف على أولاده اشترك البنون و البنات و الخنثى. و لا تدخل الحفده على رأى، إلا مع قرينه الإرادة مثل أن يقول:

الموقوف في سبيل الله يجعل بعضه للغزاه المطوعه دون العسكر العامل على باب السلطان، و بعضه في الحج و العمره، لأنهما من سبيل الله (١)، و العمل على المشهور، و استعمال سبيل الله في الجهاد كثيرا لا يمنع من وقوعه على غيره حقيقه.

قوله: (و كذا لو قال في سبيل الله، و سبيل الخير، و سبيل الثواب و لا تجب القسمة أثلاثا).

أى: و كذا تنصرف الوقوف في سبيل الله، و سبيل الخير، و سبيل الثواب الى كل قربه يتقرب بها الى الله تعالى. و قيل يصرف ثلثه الى الغزاه و الحج و العمره، و ثلثه الى الفقراء و المساكين و يبدأ بأقاربه و هو سبيل الثواب، و ثلثه الى خمسة أصناف من الذين ذكرهم الله تعالى في آيه الصدقه (٢) و هم الفقراء، و المساكين، و ابن السبيل، و الغارمون الذين استدانوا لمصلحه أنفسهم، و في الرقاب و هم المكاتبون.

قال الشيخ في المبسوط بعد ذكر هذا: و لو قيل: إن هذه الثلاثه أصناف متداخله لكان قويا، لأن سبيل الله و سبيل الثواب و سبيل الخير يشترك الجميع فيه (٣)، و هو الأصح، و قد أشار المصنف بقوله: (و لا تجب القسمة أثلاثا) إلى رد هذا القول.

قوله: (و إذا وقف على أولاده اشترك البنون و البنات و الخنثى).

لصدق الأولاد على كل منهم، فان كلا من البنت و الخنثى ولد قطعاً.

قوله: (و لا يدخل الحفده على رأى، إلا مع قرينه الإرادة مثل أن

ص: ٩٠

١- ١) الخلاف ١٣١: ٢ مسألة ١٢ كتاب الوقف.

٢- ٢) التوبه: ٦٠. [١]

٣- ٣) المبسوط ٢٩٤: ٣. [٢]

و الأعلى يفضل على الأسفل، أو قال: الأعلى فالأعلى، أو قال: وقفت على أولاد فلان و ليس له ولد الصلب كما لو قال: وقفت على أولاد هاشم. يقول: و الأعلى يفضل على الأسفل، أو قال الأعلى فالأعلى، أو قال: وقفت على أولاد فلان و ليس له ولد الصلب، كما لو قال: وقفت على أولاد هاشم).

لا يخفى أن الحفده أولاد الأولاد، و قد اختلف الأصحاب في تناول لفظ الأولاد لهم، فمنعه الشيخ (١)، لأن الولد حقيقه في ولد للصلب المتكون من النطفه المتولده منها و مجاز في ولد الولد، بدليل انه يصح سلبه عنه، فيقال انه ليس بولدى به ولد ولدى، و صحه النفي دليل المجاز، و لظاهر قوله تعالى، وَ وَصَّيْ بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَ يَعْقُوبَ (٢) في قراءه النصب، و لا- يرد انه من عطف الخاص على العام، لأن الحال إذا دار بين التأسيس و التأكيد فالتأسيس خير.

و قال المفيد (٣)، و ابن البراج (٤)، و أبو الصلاح (٥)، و ابن إدريس (٦): و يتناولهم، لشمول اسم الولد لولد الصلب و ولد الولد بدليل قوله تعالى يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (٧)، فإن أولاد الأولاد داخلون قطعاً، و كذا قوله:

وَ لِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاِحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ (٨)، و كذا قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ (٩)، و غير ذلك من الاستعمالات الكثيره.

ص: ٩١

١- ١) المبسوط ٢٩٦: ٣. [١]

٢- ٢) البقره: ١٣٢. [٢]

٣- ٣) المقنعه: ١٠١.

٤- ٤) المهذب ٨٩: ٢.

٥- ٥) الكافي في الفقه: ٣٢٦.

٦- ٦) السرائر: ٣٧٧.

٧- ٧) النساء: ١١. [٣]

٨- ٨) النساء: ١١. [٤]

٩- ٩) النساء: ٢٣. [٥]

و لو قال:على أولادى و أولاد أولادى اختص بالبطين الأولين على رأيو لو قال:على أولاد أولادى اشترك أولاد البنين و أولاد البنات بالسويه. و يضعف بأنهم إن ادعوا شمول هذه لولد الولد بطريق الحقيقه فهو مردود بعد ما بيناه من صحه السلب،و لأنه لو كان حقيقه فى هذا المعنى أيضا لزم الاشتراك، و المجاز خير منه،و إن أريد أنه بطريق المجاز لم يثبت مدعاهم.

و فضل المصنف هنا و فى المختلف بأنه إن وجد قرينه دخل ولد الولد،و إلا فلا (1)،و هو الأصح،و هذا فى الحقيقه اختيار لقول الشيخ للقطع بوجوب الحمل على المجاز مع القرينه،و ذكر المصنف لوجود القرينه ثلاث صور:منها أن يقول بعد وقفت على أولادى و الأعلى يفضل الأسفل،فإن ذلك دليل على دخول الأسفل،لامتناع التفضيل من دون الاشتراك.و مثله:الأعلى فالأعلى،و مثله أن يقف على أولاد فلان و هو يعلم انه ليس له ولد لصلبه،فان الظاهر انه إنما يريد حفدته،و نحو ذلك.

قوله: (و لو قال:وقفت على أولادى و أولاد أولادى اختص بالبطين الأولين على رأى).

هذا رأى الشيخ (2)بناء على عدم شمول الولد لولد الولد حقيقه،و على القول الآخر فهو شامل لجميع البطون،لاندرجه فى كل من لفظتى أولادى و أولاد أولادى،و الأصح الاختصاص.

قوله: (و لو قال على أولاد أولادى اشترك أولاد البنين و أولاد البنات بالسويه).

أما الاشتراك فلصدق أولاد الأولاد على كل من الصنفين،و أما كونه بالسويه،فلأن الأصل لعدم التفاضل مع اشتراكهم فى سبب الاستحقاق و استواء

ص: ٩٢

١- (١)المختلف: ٤٩٣.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٢٩٦. [١]

و لو قال:على من انتسب اليّ لم يدخل أولاد البنات على رأى.و لا يدخل تحت الولد الجنين،إلا بعد انفصاله حيا.و لا تدخل الخنثى تحت البنين و البنات،إلا مع الجمع. و لو قال:على ذريتي أو عقبى أو نسلى دخل الأحفاد من أولاد نسبتهم اليه.

قوله: (و لو قال على من انتسب الى لم يدخل أولاد البنات على رأى).

الخلاف مع المرتضى (١)،و ابن إدريس (٢)،و الأصح عدم الدخول.

قوله: (و لا يدخل تحت الولد الجنين إلا بعد انفصاله حيا).

لأن الأحكام إنما تجرى بالنسبه بعد الانفصال.

قوله: (و لا تدخل الخنثى تحت البنين و البنات إلا مع الجمع).

لو وقف على البنين لم يدخل الخنثى،لعدم العلم بكون الخنثى ابنا،و كذا لو وقف على البنات.

و لو جمع بينهما بأن وقف عليهما ففي دخول الخنثى قولان:أحدهما-و اختاره المصنف فى التحرير (٣)-لا،لأن الخنثى لا يعد من واحد من الصنفين،و أصحابهما-و هو مختاره هنا-الدخول،لأنه لا يخرج عنهما فإنه بحسب الواقع إما ذكر أو أنثى،و لهذا تستخرج ذكوريته و أنوثيته بالعلامات،و بدونها يورث نصف النصيبين،و لو كان صنفا برأسه لكان له حكم برأسه أصلا.

قوله: (و لو قال على ذريتي،أو عقبى،أو نسلى دخل الأحفاد من

ص:٩٣

١- (١) نقله عنه العلامة فى المختلف:٤٩٨.

٢- (٢) السرائر:٣٧٧.

٣- (٣) التحرير ٢٨٩:١. [١]

البنين و البنات. و لو قال:على أولادى و أولاد أولادى فهو للتشريك،و لا يختص الأقرب إلا بالشرط. و لو عطف بثم أو بالفاء اقتضى الترتيب،و كذا لو قال:الأعلى فالأعلى.

و لا يستحق البطن الثانى شيئاً حتى ينقرض البطن الأول أجمع، فلو بقى و لو واحد كان الجميع له. و لو قال:وقفت على أولادى و أولادهم ما تعاقبوا،على أن من مات أولاد البنين و البنات).

لصدق اسم الذريه و العقب و النسل على الجميع.

قوله: (و لو قال:على أولادى و أولاد أولادى فهو للتشريك و لا يختص الأقرب إلا بالشرط).

و ذلك لأن و او العطف إنما تدل على الجمع المطلق،فحيث كان الوقف على الجميع وجب القول بالتشريك،لانتفاء دليل الترتيب.

قوله: (و لو عطف بثم أو الفاء اقتضى الترتيب،و كذا لو قال الأعلى فالأعلى،و لا يستحق البطن الثانى شيئاً حتى ينقرض الأول أجمع،فلو بقى واحد كان الجميع له).

أما ثم و الفاء فإنهما دالتان بالوضع على الترتيب،و كذا الأعلى فالأعلى،لأن المراد:الأعلى مطلقاً و بعده الأعلى من الباقيين،و هكذا.و مقتضى ذلك عدم استحقاق الأسفل شيئاً ما لم ينقرض الأعلى أجمع،فإن المفهوم من هذا اللفظ فى الاستعمال الشائع هو ذلك.

قوله: (و لو قال وقفت على أولادى و أولادهم ما تعاقبوا،على أن من

منهم عن ولد فلولده نصيبه اقتضى الترتيب بين الأذنى و والده، و التثريك بين الولد و عمه. و لو رتب البعض و شرك البعض، شرك فيمن شرك بينهم و رتب فيمن رتب كقوله: وقفت على أولادى، ثم على أولاد أولادى، و أولادهم ما تعاقبوا و تناسلوا أو وقفت على أولادى و أولاد أولادى، ثم على أولادهم ما تعاقبوا الأعلى فالأعلى. مات منهم عن ولد فلولده نصيبه اقتضى الترتيب بين الأذنى و والده و التثريك بين الولد و عمه).

أى: لو وقف كذلك اقتضى أن لا يستحق الولد شيئا فى حياه أبيه و إنما يستحق مع عمه.

و وجهه ان المتبادر من اللفظ ان على و ما فى حيزه لبيان استحقاقه الذى اقتضاه أصل الوقف و ليس استحقاقا آخر غير الأول، فإن المفهوم من ذلك: ان الوقف على أولاد الأولاد و جعلهم ذوى استحقاق إنما هو على هذا الوجه المعين، على انه لو لم يتبادر من اللفظ لكان اللفظ محتملا- للأمرين فينتفى الاستحقاق الآخر بالأصل، و لأن إثبات استحقاقين لأولاد الأولاد و واحد للأولاد خلاف الظاهر من مراد الواقف، فحينئذ إذا مات الأب شارك ولده عمه بنصيب والده.

قوله: (و لو رتب البعض و شرك البعض شرك فيمن شرك بينهم و رتب فيمن رتب كقوله: وقفت على أولادى ثم على أولاد أولادى و أولادهم ما تعاقبوا و تناسلوا، أو وقفت على أولادى و أولاد أولادى ثم على أولادهم ما تعاقبوا الأعلى فالأعلى).

إذا جمع الواقف بين الترتيب و التثريك فى الوقف اتبع ما فعل فإذا بدأ بالترتيب ثم شرك أو عكس كان ما فعله ماضيا لعموم «الوقف على حسب ما يوقفها

و لو قال:وقفت على أولادى الثلاثة و من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده،و عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف فلو خلف أحدهم ولدين فنصيبه لهما،فلو مات الثانى عن غير ولد فنصيبه بين الثالث و الولدين أثلاثا.

ثم إن مات أحد الولدين عن غير ولد فنصيبه لأخيه و عمه. و لو مات أحد الثلاثة عن غير ولد و خلف أخويه و ابنى أخ له فنصيبه لأخويه خاصة،فإن مات أبوهما صار نصيبه لهما،و صار ما خلفه أهلها» (١).

قوله: (و لو قال وقفت على أولادى الثلاثة و من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده،و عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف،فلو خلف أحدهم ولدين فنصيبه لهما،و لو مات الثانى عن غير ولد فنصيبه بين الثالث و الولدين أثلاثا، ثم ان مات أحد الولدين عن غير ولد فنصيبه لأخيه و عمه).

إذا كان له أولاد ثلاثة فوقف عليهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده،و من مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف صح،و وجب اتباع الشرط لعدم المنافاه.

فلو مات أحدهم عن ولدين فنصيبه لهما بمقتضى الشرط،و لو مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف كما شرط الواقف و هم الولد الثالث للصلب و ولد الميت الأول فيقتسمونه أثلاثا،لانتفاء المقتضى للتفضيل.ثم انه إذا بلغ الأمر ذلك لو مات أحد الولدين من غير ولد كان نصيبه للموجودين اعنى أخاه و عمه لانحصار أهل الوقف فيهما.

قوله: (و لو مات أحد الثلاثة عن غير ولد و خلف أخويه و ابنى أخ له فنصيبه لأخويه خاصة،فان مات أبوهما صار نصيبه لهما و صار ما خلفه

ص: ٩٤

الأول أثلاثا. و لو قال:وقفت على أولادى على أن يكون للبنات ألف،و الباقي الأول أثلاثا).

أى:لو وقف على أولاده الثلاثه على الصوره المفروضه سابقا،و مات أحدهم عن غير ولد-بخلاف ما ذكر فى الفرض الأول-و خلف أخويه،و لأحد الأخوين ابنان فنصيبه لأخويه خاصه،لمقتضى شرط الواقف،لانهصار أهل الوقف فيهما، و ليس لابنى الأخ شىء،لأنهما ليسا من أهل الوقف.

فإن مات أبوهما صار نصيبه الذى استحقه قبل موت أخيه الأول لهما خاصه بمقتضى شرط الواقف،و أما نصيب الأول فإنه يصير من الآن بينهما و بين عمهما، الباقي أثلاثا،لأنهم أهل الوقف،وقد شرط الواقف أن من مات عن غير ولد يكون نصيبه لأهل الوقف و لم يقتيد أهل الوقف بكونهم الموجودين وقت موته،فلا فرق حينئذ بين كونهم أهل الوقف حين موته أولا فى اشتراكهم فى حصه الميت عن غير ولد.

و كذا القول (1)فى المرتبه الثانيه:من مات عن غير ولد فللباقين من أهل الوقف حصته دون ولد من كان ذا ولد منهم،فإذا مات أبو الولد استحق حصته التى كانت له قبل موت الأول خاصه و شارك الباقين فى حصه الأول.

لا- يقال:قول الواقف من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده شامل لما استحقه الميت الثانى بموت أخيه الأول من نصيبه،لصدق النصيب على جميع استحقاقه و ذلك من جملته.

لأننا نقول:قوله من مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف يدافعه، فلا بد أن يحمل نصيب كل منهما على ما استحقه من دون موت غيره حذرا من التدافع.

قوله: (و لو قال وقف على أولادى على أن يكون للبنات ألف

ص: ٩٧

١- ١) فى «ك»:نقول.

للذكور لم يستحق الذكور شيئاً حتى تستوفى البنات. و لو شرط إخراج بعضهم بصفه أو ردّه بها جاز، كقوله: من تزوج منهن فلا نصيب له، فلو تزوجت سقط نصيبها، فإن طلقت عاد و الباقي للذكور لم يستحق الذكور شيئاً حتى تستوفى البنات).

عملاً بالشرط الصحيح الذي لا يخالف الكتاب و لا السنّه.

قوله: (و لو شرط إخراج بعضهم بصفه أو رده بها جاز، كقوله: من تزوّج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط نصيبها فإن طلقت عاد).

أى: لو شرط إخراج بعض الموقوف عليهم بصفه كالغنى و التزويج، أو شرط رده بصفه جاز، لوجوب اتباع الشرط الذى لا ينافى مقتضى العقد.

فلو وقف على بناته على أن من تزوّج منهن فلا نصيب له، فتزوجت إحداهن سقط نصيبها، فإن طلقت بائنا استحققت، لأن الوقف عليها يتناول جميع الأحوال و الأزمان، فإذا خرج منه زمان الزوجيه بقى الباقي على شموله. و إطلاق عبارته يقتضى عدم الفرق بين كون الموقوف عليهن بناته أو أمهات أولاده حيث يصح الوقف عليهن بأن أعتقهن ثم وقف كذلك، أو أوصى بالوقف كذلك بعد موته.

و فرق فى التذكرة بين ما إذا وقف على بناته الأرامل و أمهات أولاده إلا- من تزوج منهن، فحكم بأن من تزوجت من أمهات الأولاد خرجت عن الاستحقاق و لا يعود استحقاقها إذا طلقت، بخلاف البنات، و وجه الفرق بأمرين:

أحدهما: من جهة اللفظ، حيث اثبت الاستحقاق لبناته الأرامل، فإن من طلقت منهن حصلت الصفه فيها، و فى أمهات الأولاد أثبت الاستحقاق إلا أن تتزوج، و هذه و إن طلقت صدق عليها انها تزوجت.

الثانى: من جهة المعنى، فإن غرض الواقف هنا أن تفى له أمهات الأولاد

و إن كان رجعيًا على إشكال. و لا يخلفه عليهن غيره، فمن تزوجت منهن لم تكن وافيته طلقت أو لم تطلق (١).

و لا يخفى ان الوجه الثاني من وجهي الفرق يقتضى الفرق بين البنات و أمهات الأولاد فى ذلك و إن وقف عليهن و استثنى من تزوجت.

و لقائل أن يقول: إن علم من قصد الواقف ما يقتضى الاستحقاق، أو عدمه بزوال الصفه أو عودها فلا بحث فى وجوب اتباعه، و إن لم يعلم ذلك: فإن عمم الأحوال فى صيغته الوقف كأن وقف عليهن أجمع فى جميع الأحوال إلا حال الزوجيه فوجه العود وجيه، و إن استثنى المزوجه و أطلق فعدم الاستحقاق بالطلاق بعيد.

و قريب منه ما لو شرط فى الاستحقاق عدم التزوج، لأن من خرجت عن الاستحقاق بانتفاء الشرط لا دليل على عودها، فإن عموم الأحوال متنف هاهنا و تردد فى الدروس فى ذلك، و حكى قولاً بالفرق بين اشتراط عدم التزويج و استثناء المزوجه و إن المستثناء يسقط حقها بالكلية (٢).

قوله: (و إن كان رجعيًا على إشكال).

أى: عاد استحقاقها و إن كان الطلاق رجعيًا، و منشأ الأشكال: من انها بحكم الزوجه و لهذا تجب نفقتها و ترث، و من أنها مطلقه و الطلاق يقتضى رفع النكاح، و لصدق انها ليست بزوجه بل مطلقه، و صحه السلب دليل المجاز. و فيه نظر، لأنه ليس كل طلاق يقتضى رفع النكاح، و لهذا لا تجوز خامسه و لا أخت المطلقه، و نمنع صحه السلب، و لأن استصحاب الحال يقتضى استمرار منع الاستحقاق إلى اليبونيه.

و التحقيق: ان الطلاق الرجعى يعدّ النكاح للزوال بانقضاء العده، و ليس مزيلا له فى الحال، فعدم الاستحقاق بمجرد الطلاق أقوى.

ص: ٩٩

١ - (١) التذكرة ٤٣٨: ٢. [١]

٢ - (٢) الدروس: ٢٣٣.

و إذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد و من يحضره.

و لو غاب أحدهم لم يجب التبرص بسهمه، بل تجوز قسمته على غيره، و الأقرب أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة، و كذا على كل قبيله منتشره، قوله: (و إذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد و من يحضره، و لو غاب أحدهم لم يجب التبرص بسهمه، بل تجوز قسمته على غيره).

قد حققنا فيما مضى أن الوقف على الفقراء ليس وقفا على الأشخاص، بل هو وقف على جهة مخصوصه مصرفها من كان فقيرا، و ذكرنا أنه يجب صرفه الى من حضر البلد الذي فيه الوقف، و لا يتبع من كان غائبا عنه لروايه النوفلى (١).

و السابق الى الفهم من قول المصنف: (انصرف الى فقراء البلد و من يحضره) خلاف ذلك، من حيث أنه يؤذن بأن أصل الوقف ينصرف إليهم، و ليس مرادا، فقد حقق المصنف ذلك في التذكرة، و إنما المراد انصراف نماء الوقف الى من حضر البلد من الفقراء (٢).

قوله: (و الأقرب أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة و كذا على كل قبيله منتشره).

وجه القرب: ان أقل الجمع ثلاثة عند المحققين، و يلوح من كلامهم ان مقابل الأقرب هو جواز الاكتفاء باثنين بناء على انهما أقل الجمع.

و أقول: إنه يحتمل الاكتفاء بواحد، لأن الوقف إنما هو على الجهه، و المذكورون من المنتشرين مصرف له كما حققنا، على انه لو أريد ظاهر اللفظ لوجب أن لا يكتفى بثلاثة، لأن المذكور جمع معرّف باللام، و هو للعموم فيجب التتبع ما أمكن.

ص: ١٠٠

١- ١) الكافي ٧:٣٨ حديث ٣٧، [١] الفقيه ٤:١٧٨ حديث ٦٢٧.

٢- ٢) التذكرة ٢:٤٤٥. [٢]

أما المنحصره فتجب التسويه و الاستيعاب فيهم. و لو أمكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالأقرب وجوب التعميم فيمن يمكن و التسويه، لأن الواقف أراد التسويه و التعميم لإمكانه، فإذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما أمكن بخلاف المنتشرين ابتداء. و هذا الاحتمال يلوح من عباره الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، و اعتبار الثلاثة طريق البراءه، فلو لم يكن في البلد ثلاثه اكملوا من خارجه، و هذا الحكم عام في كل قبيله منتشرين.

قوله: (أما المنحصره فتجب التسويه و الاستيعاب فيهم).

أما الاستيعاب، فلأن الوقف على اشخاص معينين فينتقل إليهم الموقوف، فلا بد من صرف النماء الى الجميع لثبوت الاستحقاق لكل واحد. و أما التسويه، فلأن الأصل مع الاشتراك و استواء نسبه الجميع الى سبب الاستحقاق عدم التفاضل، و هذا يشعر بأن المنتشرين لا تجب التسويه فيهم، و وجهه: انهم مصرف لنماء الوقف فكانوا كالفقراء في الزكاه.

قوله: (و لو أمكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالأقرب وجوب التعميم فيمن يمكن التسويه، لأن الواقف أراد التسويه و التعميم لإمكانه، فإذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما أمكن، بخلاف المنتشرين ابتداء).

قد بين المصنف وجه القرب بأن الواقف أراد التسويه و التعميم لإمكانه -أى: لإمكان كل واحد منهما-، و تعذره بعد ذلك لا يسقط العمل بالممكن إذ «لا يسقط الميسور بالمعسور»، و إنما أراد الواقف ذلك، لأنه وقف عليهم بحسب حالهم في الابتداء و فيه نظر، لأن حكم الوقف مختلف بالنسبه إلى المحصورين و المنتشرين في نظر الشارع، فإذا جمع الواقف بين القبيلتين اعطى كل حكمه، علم بالحال أو لم يعلم، و لأن

ص: ١٠١

و لو وقف على مستحقى الزكاه فَرَق في الثمانيه و أعطوا كما يعطون هناك، فيعطى الفقير و المسكين ما يتم به غناه و الغارم قدر الدين، و المكاتب ما يؤدي به الكتابه، و ابن السبيل ما يبلغه، و الغازى ما يحتاج اليه لغزوه و إن كان غنيا. المنتشرين لا يقع الوقف على أشخاصهم، و لأصله براءه الذمه من وجوب التسويه و التعميم بحسب الإمكان، و لأن ترك الاستفصال فى روايه على بن سليمان النوفلى (١) عن كون الموقوف عليهم منتشرين ابتداء أم لا، مع أن حكاية الحال فيها محتمله للأمرين دليل، و عدم وجوب التعميم و التسويه فى المنتشرين مطلقا أقوى، و ما قربه المصنف أحوط.

قوله: (و لو وقف على مستحقى الزكاه فَرَق في الثمانيه و أعطوا كما يعطون هناك، فيعطى الفقير و المسكين ما يتم به غناه، و الغارم قدر الدين، و المكاتب ما يؤدي به الكتابه، و ابن السبيل ما يبلغه، و الغازى ما يحتاج اليه لغزوه و إن كان غنيا).

لا- ريب أنه إذا وقف على مستحق الزكاه استحقه الأصناف الثمانيه عملا بمقتضى الوقف، لكن هل يجب تفريقه فى الأصناف الثمانيه أم يكفى صرف الجميع الى بعض الأصناف؟ ذكر شيخنا فى الدروس فيه قولين يلتفتان الى أن عدد الأصناف محصور و إن تعدد الأشخاص فيجب الاستيعاب فى المحصور عملا بشرط الواقف، و ان انحصار عدد الأصناف لا يؤثر، لأن الموقوف عليهم منتشرون فلا يجب التعميم، و كل منهما محتمل (٢).

ص: ١٠٢

١- (١) الكافى ٧: ٣٨ حديث ٣٧، [١] الفقيه ٤: ١٨٧ حديث ٦٢٧، التهذيب ٩: ١٣٣ حديث ٥٦٣.

٢- (٢) الدروس: ٢٣٤.

و لو وقف على من يجوز الوقف عليه، ثم على من لا- يجوز فهو منقطع الانتهاء، يرجع الى ورثته ميراثا بعد انقراض من يجوز الوقف عليه. و لو انعكس فهو منقطع الابتداء و فيه قولان، فإن قلنا بالصحة:

فإن كان ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت و المجهول و الكنائس ثم أنه ما الذي يعطى الفقير و المسكين، أ يعطيان غناهما أم مؤنه سنتهما؟ قولان أيضا ذكرهما في الدروس (1)، و عبارته المصنف محتمله للأمرين و ان كانت أقرب الى الأول، و فيه قوه، لأن ذلك حكم الزكاه، و لأصالة الجواز لوجود الاستحقاق و انتفاء دليل التقدير.

و لا ريب في جواز إعطاء المؤلفه، و ليس ذلك وقفا على الكافر بل هو في الحقيقة من مصالح الإسلام و المسلمين، و إنما يفرض الى الغارمين و من بعدهم، لأن حكم غيرهم ظاهر، لأنّ العاملين عليها إنّما يعطون أجرتهم، و العبيد تحت الشده إنّما يشتركون بثمر المثل، و حكم المؤلفه منوط بنظر الإمام أو نائبه.

قوله: (و لو وقف على من يجوز الوقف عليه، ثم على من لا يجوز فهو منقطع الانتهاء يرجع الى ورثته ميراثا بعد انقراض من يجوز الوقف عليه).

قد حققنا في ما مضى ان الوقف يشترط فيه التأييد، فإذا وقف على من يجوز الوقف عليه، ثم على من لا يجوز فهو وقف منقطع الانتهاء. و قد بينا حكم الصحة و الفساد بالنسبه إليه فيما تقدم و اختلاف الفقهاء في حكمه على تقدير الصحة إذا انقرض من يجوز الوقف عليه، و حققنا انه يصح حبسا، فإذا انقرض من يجوز الوقف عليه فهو للواقف أو وارثه.

قوله: (و لو انعكس فهو منقطع الابتداء و فيه قولان، فإن قلنا بالصحة فإن كان الأول ممن لا- يمكن اعتبار انقراضه كالميت و المجهول

ص: ١٠٣

صرف فى الحال الى من يجوز الوقف عليه.و إن أمكن اعتبار انقراضه كالعبد و الحربى فى الانتقال فى الحال أو بعد الانقراض احتمال.

و كذا البحث إذا كان صحيح الطرفين منقطع الوسط،أو بالعكس و الكنائس صرف فى الحال الى من يجوز الوقف عليه،و إن أمكن اعتبار انقراضه كالعبد و الحربى فى الانتقال فى الحال أو بعد الانقراض احتمال، و كذا البحث إذا كان صحيح الطرفين منقطع الوسط أو بالعكس).

قد سبق أن فى منقطع الابتداء باعتبار الصحه و الفساد للأصحاب قولين أصحهما البطلان،و على الصحه فهل يصرف حاصل الوقف فى الحال الى من يصح الوقف عليه أم يعتبر فيه انقراض من لا يصح الوقف عليه إن كان ممّن يمكن اعتبار انقراضه؟فيه احتمالان،و بالأول قال الشيخ فى المبسوط (١)،و هو الأصح تفرّيعاً على القول بالصحه،لأن الوقف الصحيح يقتضى النقل الى الموقوف عليه،و المبدوء به يمتنع فيه ذلك فوجب أن ينتقل الى من بعده،و إلّا لم يكن صحيحاً،و لامتناع بقاءه على ملك الواقف على ذلك التقدير و إلّا لم ينتقل بعد ذلك و امتناع أن يكون الملك بغير مالك،و لأنّه لمّا لم يكن المبدوء به أهلاً للوقف كان ذكره لغواً.

و حكى الشيخ الاحتمال الثانى قولاً لقوم (٢)،و وجهه ان الواقف لم يجعل لمن يصح الوقف عليه شيئاً إلّا بعد انقراض من قبله فيصرف الى الفقراء و المساكين مده بقاء الموقوف عليه أولاً و الشرط متبع.

و يضعّف:بأن ذلك مقتضى الوقف عليه،و لمّا لم يصح لم يثبت مقتضاه،لأنّه تابع،أما ما لا يمكن اعتبار انقراضه فلا أثر لذكره،و ينتقل الوقف فى الحال الى من يصح الوقف عليه قولاً واحداً،و مثل هذا آت فى صحيح الطرفين منقطع الوسط

ص:١٠٤

١-١)المبسوط ٢٩٤:٣. [١]

٢-٢)المبسوط ٢٩٤:٣. [٢]

و لو وقف المريض على ابنه و بنته -و لا- وارث غيرهما -دفعه دارا هي تركته، فإن أجازا لزم، و إلا صحّ الثلث وقفا بينهما بالسويه على ما شرط و الباقي طلقا.

و كذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته كان لازما من الأصل مع الإجازة، و من الثلث مع عدمها.

و يصحّ من ثمانية عشر: للابن ثلاثة وقفا و ثمانية ملكا، و للبنث ثلاثة وقفا و أربعة ملكا. و عكسه.

قوله: (و لو وقف المريض على ابنه و بنته -و لا- وارث غيرهما -دفعه دارا هي تركته فإن أجازا لزم، و إلا صحّ الثلث وقفا بينهما بالسويه على ما شرط و الباقي طلقا، و كذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته كان لازما من الأصل مع الإجازة، و مع عدمها من الثلث، و يصحّ من ثمانية عشر للابن ثلاثة وقفا و ثمانية ملكا، و للبنث ثلاثة وقفا و أربعة ملكا).

أى: لو وقف المريض فى مرض موته على ابنه و بنته و لا- وارث غيرهما دفعه -و قيد بكون الوقف دفعه للاحتراز عما لو وقف على التعاقب فإن السابق ينفذ من الثلث- دارا هي تركته، فلو ملك غيرها لم يتحقق ما ذكره، لأن الثلث يزيد حينئذ فأما أن يجيزا معا، أو يردا، أو يجيز الابن دون البنث، أو بالعكس، فإن أجازا فلا بحث و إن ردا معا فهو المراد بقوله: (و الأصحّ الثلث وقفا بينهما بالسويه).

و لا- يخفى انه أعم من ذلك، لأن عدم إجازتهما يتضمن صورتين، لكن المراد ظاهر فإذا ردا لم يصح تصرفه فيما زاد على الثلث، لأن الوقف و إن كان تمليكا لهما لكنه تمليك على وجه ناقص، متضمن للحجر و المنع من التصرف فيصحّ الثلث وقفا بينهما بالسويه على مقتضى الشرط و يبقى الباقي طلقا.

و لو اختار الابن إبطال التسويه دون إبطال الوقف بطل الوقف فى التسع و رجع اليه ملكا، فيصير له النصف وقفا و التسع ملكا، و للبت السدس و التسعان وقفا، إن أجازت الوقف أيضا، لأنّ للابن إبطال الوقف فيما له دون ما لغيره. و تصح المسأله حينئذ من ثمانيه عشر، و ذلك لأنه لا بد من عدد له ثلث و لثلثه نصف فيكون الثلث وقفا بينهما بالسويه، و ما يبقى منه و هو الثلثان لا بد أن يقسم أثلاثا، فيضرب مخرج الثلث فى مخرج النصف لتباينهما، و المرتفع فى الأصل و هو ثلاثه فيبلغ ما ذكر سته بينهما وقفا بالسويه، و ثمانيه للابن ملكا، و أربعه للبت كذلك.

و كذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته فإنه مع الإجازة لا- يصح إلا- الثلث، لما قلناه من أن الوقف ملك ناقص، و مما ذكرناه يعلم أن قوله: (و يصح من ثمانيه عشر) حكم مسأله الابن و البنت إذا ردا، و ما بينهما معترض.

و فى قوله: (و مع عدمها من الثلث) توسع، لأنه حينئذ لا- يصح الوقف إلا فى الثلث و لا يصح من الثلث، و لو أجازت البنت ورد الابن فللبنت سبعة وقفا، و للابن ثلاثه وقفا، و ثمانيه طلقا، و لو انعكس فللبنت أربعه طلقا و خمسه وقفا، و للابن الباقي وقفا، و لم يذكرهما المصنف.

قوله: (و لو اختار الابن إبطال التسويه دون إبطال الوقف بطل الوقف فى التسع و رجع اليه ملكا فيصير له النصف وقفا و التسع ملكا و للبت السدس و التسعان وقفا إن أجازت الوقف أيضا لأنّ للابن إبطال الوقف فيما له دون ما لغيره).

أى: لو اختار الابن- و الصورة بحالها- إبطال التسويه دون إبطال الوقف و جب إبطال الوقف فى التسع و إمضاؤه فيما عدا ذلك بالنسبه اليه، و ذلك لأنّ الوقف ماض فى الثلث من غير اعتبار رضى الوارث، فالباقي على تقدير نفوذ الوقف فيه

و لو قال:وقفت على زيد و المساكين فلزيد النصف،و لو قال:على زيد و عمرو و المساكين فلزيد و عمر و ثلثان. و لو وقف على مواليه صرف الى الموجودين من الأعلى أو الأدون، فإن اجتماعا فيالى من يعين منهما،فإن أطلق فالأقرب البطلان،وقيل بالتشريك. للابن نصفه.و على تقدير عدم التسويه له ثلثاه،فيكون إبطال التسويه مقتضيا لإبطال الوقف فيما به التفاوت و هو تسع الأصل،فيكون للابن النصف وقفا و التسع ملكا،و الباقي للبت وقفا إن أجازت،و إلا فلها السدس وقفا و التسعان ملكا،لأن الابن إنما يملك إبطال الوقف فى ماله دون ما لغيره.

و فى وجه:ان للابن حينئذ إبطال الوقف فى السدس،فيكون له النصف وقفا و التسع ملكا،و للبت الثلث وقفا و نصف التسع ملكا لثلا تزداد البنت على الابن فى الوقف،و ليس بشيء،و المسأله من ثمانية عشر أيضا.

و اعلم أن قوله:(لأن للابن.)تعليلا لقوله:(و للبت السدس و التسعان وقفا إن أجازت).

قوله: (و لو قال:وقفت على زيد و المساكين فلزيد النصف،و لو قال على زيد و عمرو و المساكين فلزيد و عمرو و الثلثان).

وجهه:ان العطف بالواو اقتضى الاشتراك فى الوقف بين الأمور المتعاطفه، و الأصل عدم التفاضل،و لاستواء نسبه الجميع إلى العقد فلا أولويه.

قوله: (و لو وقف على مواليه صرف إلى الموجودين من الأعلى أو الأدون،فإن اجتماعا فالى من يعين منهما،فإن أطلق فالأقرب البطلان،وقيل بالتشريك).

اسم المولى يقع على السيد الذى أعتق عبده،و يقال له بالنسبه إلى العتيق

المولى من أعلى، و على العبد الذى أعتقه سيده و يقال له المولى من أسفل بالاشتراك.

فإذا وقف على مولاه أو مواليه و ليس له إلاّ أحدهما فالوقف على الموجود، لوجود ما يحمل عليه اللفظ حقيقه. و لو اجتمع الصنفان فوقف كذلك، فإن كان هناك قرينه تدل على إرادته أحدهما أو كليهما عمل بها، و إن انتفت القرائن رجع الى تفسيره، لأنه اعلم بما أراد.

فإن تعذر الرجوع اليه، أو قال: أطلقت اللفظ و لم أرد غير مدلوله من غير قصد واحد منهما فلأصحاب قولان:

أحدهما البطلان- و هو مقرب المصنف هنا و فى التذكرة (١)-، لأن المشترك لا يستعمل فى معنيه إلا بطريق المجاز كما حقق فى الأصول، فإنه إنما وضع لكل منهما على سبيل البدل، و الاستعمال المجازى موقوف على صرف اللفظ الى المعنى المجازى، و لا ينصرف اليه عند الإطلاق.

و قال الشيخ فى المبسوط (٢)، و ابن إدريس: ينصرف إليهما كالإخوه (٣)، و هو الذى اراده المصنف بقوله: (و قيل بالتشريك) و هو ضعيف، لأن لفظ الإخوه بالنسبه موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأبوين و بأحدهما على سبيل التواطؤ، بخلاف المولى فإنه مشترك. نعم يتخرج ذلك على القول بأن المشترك إذا تجرد عن القرائن حمل على معنيه حقيقه، و ضعف هذا القول مبين فى الأصول.

و قال ابن حمزه: إن المولى يختص بمولى نفسه دون مولى أبيه، و بمولاه الذى أعتقه دون مولى نعمته، إلاّ- إذا لم يكن له مولى عتيق و كان له مولى نعمه، و إن كان

ص: ١٠٨

١- ١) التذكرة ٢: ٤٣٩. [١]

٢- ٢) المبسوط ٣: ٢٩٥.

٣- ٣) السرائر: ٣٨٠.

و لو وقف على أولاده، فإذا انقضوا و انقض أولاد أولاده فعلى الفقراء، قيل: يصرف بعد أولاده إلى أولاد أولاده، و ليس بمعتمد، بل يكون منقطع الوسط، فإذا انقض أولاد أولاده عاد إلى الفقراء، و النماء قبل الوقف على موالیه بلفظ الجمع دخل فيه مولى العتاقه و مولى النعمه (١). و وافقه المصنف في المختلف على ما ذكره في الوقف بلفظ الجمع (٢)، لأن الجمع المضاف للعموم فيستغرق كلما يصلح له، و بعض من منع استعمال المشترك في كلا معنيه جوزه في الجمع لذلك.

و يشكل بأن تعريف العموم منزل على مذاهب القوم في جواز استعمال المشترك في معنيه بطريق الحقيقه، فمن جوزه اكتفى في تعريف العام بأنه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له، و من منع زاد فيه بوضع واحد ليخرج المشترك، و حينئذ فلا فرق بين المفرد و الجمع، و الأصح البطلان مطلقاً.

قوله: (و لو وقف على أولاده، فإذا انقضوا و انقض أولاد أولاده فعلى الفقراء، قيل: يصرف بعد أولاده إلى أولاد أولاده و ليس بمعتمد، بل يكون منقطع الوسط).

أى: لو وقف على أولاده و لم يذكر أولاد أولاده، لكن اعتبر انقضاهم في الوقف على الفقراء فقد قيل: بأن الوقف بعد أولاده يصرف إلى أولاد أولاده، و القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط، محتجاً بأن الواقف شرط انقضاهم، و ذلك بظاهره يقتضى انه وقف عليهم، فهو كما لو صرح به فيصرف إليهم بعد الأولاد (٣).

و رده في المختلف بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك بشيء من الدلالات، أما المطابقه و التضمن فظاهر، و أما الالتزام فلأن اللفظ صالح لتقييده بالصرف إليهم

ص: ١٠٩

١ - ١) الوسيطه: ٤٤٣. [١]

٢ - ٢) المختلف: ٤٩٦.

٣ - ٣) المبسوط ٢٩٦: ٣. [٢]

انقراض أولاد أولاده لورثه الواقف على إشكال.

و عدمه، و لا- دلالة للعام على الخاص (1). و لا- يلزم من اشتراط انقراضهم كونه وقفا عليهم، لانتفاء وجه التلازم، على أنه لو دل ذلك على الوقف عليهم لوجب الشريك بينهم و بين الأولاد، لانتفاء ما يقتضى الترتيب و هو لا يقول به.

لا يقال: إن اشتراط انقراض أولاد الأولاد دليل على تناول الأولاد لولد الصلب حقيقه و لولد الولد مجازاً، و استعمال اللفظ الواحد فى حقيقته و مجازه معاً بالقرينه جائز، و إنما قلنا: إن الاشتراط دليل على ذلك، لأنه لولاه لكان ذكره لغواً، و لأنه يقتضى خروج الوقف عن الدوام و الاتصال، و الواجب صيانه لفظ المسلم عن اللغو و الفساد ما أمكن.

لأننا نقول: نمنع لزوم كونه لغواً على ذلك التقدير، و فائدته عدم استحقاق الفقراء إلا بعد انقراضهم، و لزوم عدم دوام الوقف، و اتصاله غير كاف فى الحمل على المجاز.

ثم انه لو أريد بالأولاد: أولاد الصلب و غيرهم لكان قوله:

(و انقراض أولاد الأولاد) بعد قوله: (فإذا انقراضوا) تكراراً، لأن الضمير فى (انقراضوا) يعود الى الجميع، فاستثناؤه قوله: (و انقراض أولاد الأولاد) مشعر بأن ما قبله لم يتناولهم، بل هذا آت على القول بصدق الأولاد على أولاد الأولاد حقيقه كالمفيد (2)، و من تابعه، فلا يكون الحمل على أولاد الأولاد هنا على قوله خالياً من البحث، و إن كان المتبادر من كلام الشارح الفاضل (3)، و شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد خلاف ذلك.

إذا تقرر ذلك، فالمختار عند المصنف- و هو الأصح- عدم اندراج أولاد

ص: ١١٠

١- ١) المختلف: ٤٩٧.

٢- ٢) المقنعه: ١٠٠.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٠.

الأولاد فى الوقف و عدم استحقاقهم،فىكون الوقف منقطع الوسط فىجى فى احتمالاً-الصحة و البطلان على ما يقتضيه كلام المصنف السابق،فعلى الصحة فى مصرفه بعد انقراض الأولاد تردد أشار إليه المصنف بقوله:(فإذا انقراض أولاد أولاده عاد الى الفقراء و النماء قبل انقراض أولاد أولاده لورثه الواقف على اشكال).

و لا يخفى انه على القول بعدم انتقال الوقف عن الواقف يكون لورثه الواقف،و على القول بانتقاله الى الله تعالى يكون فى وجوه البر،و على القول بانتقاله الى الموقوف عليه يتجه الاشكال،و منشؤه:من انتقال الوقف عن الواقف،فلا يعود اليه،فلا يستحق ورثته فيه شيئاً فىكون لورثه البطن الأول،لانتقاله اليه و عدم انتقاله عنه الى الفقراء.

و من أن الوقف فى حكم ملك الواقف،لأن البطن الثانى إنما يتلقى منه، و بموت البطن الأول زال ملكه و ليس ثمه موقوف عليه غيره،و يمتنع بقاء الملك بغير مالك فىكون لورثه الواقف،و فى كل من الوجهين نظر:

أما الأول،فلأن ورثه البطن الأول يمتنع استحقاقهم بالوقف،لانتفاء المقتضى،و بالإرث،لأن الوقف لا يورث،و لانقطاع ملك مورثهم من الوقف بموته فكيف يورث عنه بما ليس بملكه.

و أما الثانى،فلخروج الملك عن الواقف فكيف يورث عنه،و تلقى البطن منه بمقتضى العقد من حيث انه أخرجه عنه على هذا الوجه حين إيقاعه لا يقتضى كونه مالكا وقت تجدده،فإذا أريد بكونه فى حكم ملكه هذا المعنى لم يستحق وارثه شيئاً، و إن أريد عود الملك اليه ثم انتقاله فهو باطل.

و الذى يقتضيه صحيح النظر بطلان هذا الوقف،لمنافاه الشرط المذكور لما يقتضيه الوقف من الدوام،فيتجه ان يصح فى المرتبه الأولى حبسا كما سبق فى المنقطع الآخر.

و ليس له غرس شجره فى المسجد لنفسه، و هل له ذلك للوقف؟ الأقرب المنع مع التضرر بها، و إلا فلا. و الفاضل من حصر المسجد و آلاته يصرف فى مسجد آخر، بخلاف المشاهد. قوله: (و ليس له غرس شجره فى المسجد لنفسه، و هل له ذلك للوقف؟ الأقرب المنع مع التضرر بها، و إلا فلا).

أما الحكم الأول فلأن فى الغرس كذلك تغييرا للوقف و تصرفا فيه على نهج التصرف فى الملك، و أما وجه القرب مع الضرر فى الشق الثانى فظاهر، و يحتمل ضعيفا الجواز، لأن فيه مصلحة للوقف و أما وجه الجواز مع عدم التضرر، فلأنه مصلحة، و الفرض خلوه عن التضرر فلا وجه للمنع.

و الأصح عدم الجواز على حال من الأحوال، لأن المسجد للعبادة، و شغل المغرس بالغرس مانع من الغرض المطلوب من الصلاة و سائر العبادات، و فيه إيذاء للمصلين بسقوط ورق الشجره فى المسجد، و رمى ثمرها، و تعريض لسقوط الطيور عليها و بولها فى المسجد، و ربما اجتمع الصبيان من أجلها و رموها بالحجاره ليسقط ثمرها قال فى التذكرة و قد روى فى أخبارنا: انه من غرس فى المسجد شجره فكأنما ربط فيه خنزيرا (١).

و لو نبتت الشجره بنفسها ففى قلعها وجوبا أو جوازا، أو عدمه اشكال، و لو جعل أرضا فيها شجره مسجدا أقرت فيه لسبق حق الملك، و لا يدخل فى الوقت إلا مع الاشتراط، و لا يكلف تفريغ الأرض، لأن الوقف إنما وقع كذلك.

قوله: (و الفاضل من حصر المسجد و آلاته يصرف فى مسجد آخر، بخلاف المشاهد).

ربما فرق بين المساجد

ص: ١١٢

و تصحّ قسمه الوقف من الطلق إلاّ- أن تتضمن ردا الى الطلق منه. و هل يجوز قسمه الوقف على نفرين؟ الأقرب المنع مع اتحاد الواقف و الموقوف عليه، و المشاهد بأن الغرض من المساجد ما يجعل فيها إقامة شعائر الدين و فعل العبادات فيها، و هذا الغرض لا تختلف فيه المساجد. و أما المشاهد المقدسه فإن الغرض من كل واحد منها غير الغرض مما سواه، فإن المقصود تعظيم القبر الشريف ببناء مشهده و معونه سدنته و زواره، فيكون الوقف على كل واحد منها وقفا على قبيل خاص، فلا يتجاوز به شرط الواقف.

و للنظر في هذا الفرق مجال، إلاّ أن الأصحاب ذكروا جواز صرف الفاضل من آلات مسجد في مسجد آخر، و لا وجه لإلحاق المشاهد بها في ذلك.

قوله: (و تصح قسمه الوقف من الطلق إلاّ أن يتضمن ردا الى الطلق منه).

لأن ذلك يتسدى خروج بعض الوقف عن حكمه، و مقتضى عبارته الجواز إذا اقتضت قسمه ردا من جانب أصحاب الوقف، لأنه يكون شراء لشيء من الطلق و لا مانع منه، و قد صرح به في التذكرة (1)، و هو حق، و عبارته التذكرة قد توهم في عكسه الجواز، و ليس بجيد.

قوله: (و هل تجوز قسمه الوقف على نفرين؟ الأقرب المنع مع اتحاد الواقف و الموقوف عليه).

وجه القرب: انه يتضمن تغيير الوقف، فإنه إنما وقع على هذا الوجه لأن الحق ليس منحصرا في المقتسمين، فإن لمن بعدهم من البطون حقا يأخذونه من الواقف لا على وجه الإرث من البطن الأول.

ص: ١١٣

أمّا لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فأشكال. و يحتمل ضعيفا الجواز، لأن القسمة إفراس حق و تميزه عن غيره فجاز فعلها بين أهل كل بطن، و ينتقض بانتهاء حقهم، و الأصح الأول، لأن استحقاقهم إنما هو على وجه الإشاعة، و ذلك غير قابل للتمييز لما فيه من تغيير الوقف، نعم تجوز المهاياه توصلا الى استيفاء المنافع.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث عن جواز القسمة و عدمه إنما هو مع اتحاد الواقف و تعدد الموقوف عليه ليعقل معنى القسمة بينهم، سواء كان فى الأصل متحدا ثم تجدد تعدده أو كان متعددا من أول الأمر.

و مفهوم قول المصنف: (مع اتحاد الواقف و الموقوف عليه) انتفاء الحكم لو تعدد أحدهما، و المراد باتحاد الموقوف عليه: اتحاده فى الأصل، إذ لا تعقل القسمة.

و الصواب عدم الفرق بين اتحاده فى الأصل ثم صيرورته متعددا، أو تعدده من أول الأمر فى عدم جواز القسمة، و به صرح فى التذكرة (١).

قوله: (أما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فأشكال).

المراد به: ما إذا وقف كل من الشريكين حصته مع الإشاعة، و كان الموقوف عليه متعددا، سواء اختلف - كأن وقف أحدهما على زيد و الآخر على عمرو - أو وقف كل من الشريكين عليهما.

و منشأ الاشكال من حيث كونهما وقفين متغايرين لا تعلق لأحدهما بالآخر فجاز تمييز أحدهما من الآخر، و لأن جواز القسمة من حقوقهما قبل الوقف، و الأصل بقاؤه، و لأن تميز الشقص الموقوف عن الطلق جائز عندنا، و لو اقتضت القسمة فى محل النزاع تغييرا فى الوقف لاقتضته هنا.

و من إطلاق الأصحاب منع قسمة الوقف الشامل لمحل النزاع، و فى الجواز

ص: ١١٤

و لو اندرس شرط الواقف قسّم بالسويه، فإن لم يعرف الأرباب صرف في البر. و لو آجر المتولى بأجره المثل في الحال و ظهر من يزيد لم يفسخ. قوه. و الظاهر عدم الفرق بين صدور الوقف مع تعدد الواقف صفاقه و عدمه، لأن تعدد الواقف يقتضى تعدد الوقف، كما أن تعدد البائع يقتضى تعدد البيع.

قوله: (و لو اندرس شرط الواقف قسّم بالسويه).

مع علم أصل الاستحقاق و جهل مقادير السهام، أو جهل الترتيب بين الطبقة الاولى و الثانية عملاً بالأصل و هو التسويه، إذ ليس بعضهم أولى بالتقدم و التفضل من بعض، و قال بعض الشافعية بالتوقف حتى يصطلحوا. و كذا الحكم لو اختلفوا في شرط الواقف و لا بينه، و لو علم تفضيل بعض و لم يعرف المفضل المحتمل احتمال التوقف حتى يصطلحوا و القرعه.

و الظاهر انه لا يرجع الى قول الواقف لو كان حياً إذا قلنا بانتقال الملك عنه، كما لا يرجع الى قول البائع عند اختلاف المشتريين في كيفية الشراء و يلوح من التذكرة الميل الى قبول قوله، لأنه المبتدئ بالصدقه و قوله متبع (١).

قوله: (فإن لم يعرف الأرباب صرف في البر).

لتعذر الجهد الموقوف عليها، فجرى مجرى ما لو وقف على مصلحة فبطل رسمها و لم يمكن الصرف إليها.

قوله: (و لو آجر المتولى بأجره المثل في الحال فظهر من يزيد لم يفسخ).

لصدور العقد على الوجه المعبر حين وقوعه، و الإجاره لازمه فلا يصح الفسخ.

ص: ١١٥

و لو آجر زياده على المده المشترطه فالأقرب البطلان فى الزائد خاصه. و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به فيه، أو تكسّر الجذع بحيث لا- ينتفع به فى غير الإحراق فالأقرب بيعه و صرف ثمنه فى مصالح المسجد. قوله: (و لو آجر زياده على المده المشترطه فالأقرب البطلان فى الزائد خاصه).

وجه القرب: انه ضم ما يجوز له فعله الى ما لا- يجوز، فجرى مجرى بيع ما يملك و ما لا يملك، و اجاره ما يملك و ما لا يملك فى صحه العقد فيما يجوز دون الآخر، و تفريق الصفقه غير موجب للبطلان عندنا.

و يحتمل البطلان فى الجميع، لأنه عقد مخالف لشرط الواقف فيكون باطلاً و لأن العقد إنما تناول المجموع و الأبعاض تابعه، فإذا بطل فى المجموع بطل فى التابع، لامتناع بقاء التابع من حيث هو تابع مع انتفاء المتبوع، و الأول قريب اعتباراً لمذهب الأصحاب فى نظائره، و البطلان أحوط.

قوله: (و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به فيه، أو تكسّر الجذع بحيث لا- ينتفع به فى غير الإحراق فالأقرب بيعه و صرف ثمنه فى مصالح المسجد).

يستفاد من قوله: (و خرج عن الانتفاع به فيه) أى فى المسجد، و قوله: (أو تكسّر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الإحراق) انه لو بقى فى واحد منهما جهة انتفاع به فى المسجد لم يجز بيعه، و هو كذلك، للمنع من بيع الوقف، فلو أمكن أن يتخذ من الجذع أبواب و ألواح و جب و لم يجز البيع. و وجه القرب انه إذا خرج عن الانتفاع به فى الوقف خرج عن مقصود الواقف، لأن مقصوده الانتفاع به، فلو لم يجز بيعه كان تضييعاً محضاً.

المقصد الثاني: في السكنى و الصدقه و الهبه، وفيه فصول:

الأول: في السكنى

الأول: في السكنى، و لا بد فيه من إيجاب، و قبول، و قبض، و نيه التقرب. و يحتمل ضعيفا المنع، لعموم المنع من بيع الوقف، و الأصح الأول. فإذا بيع و جب أن يشتري بثمنه بدله، لأنه أقرب الى مراد الواقف، فإن تعذر صرف ثمنه في مصالح المسجد و فاقا للتذكرة (١)، و أطلق صرف ثمنه في مصالح المسجد هنا.

و هل يفرق بين ما كان من ذلك وقفاً، و بين ما اشترى من الوقف أو قبل المتولى بيعه حتى يجوز بيع الثاني عند الحاجة؟ فيه احتمال، و ذكر في التذكرة انه لا خلاف بين العامة في جواز بيع هذا القسم، لأنه ملك و لم يفت هو بشيء، و جواز البيع في هذا القسم لا يخلو من قوه، فإذا بيع لم يتعين شراء مثله، بل يصرف في مصالح المسجد من غير تعيين.

قوله: (الأول: في السكنى).

المراد: في عقد السكنى لينتظم معه قوله: (و لا بد فيه من إيجاب.) و في التذكرة السكنى عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول قطعاً و القبض (٢).

قوله: (و لا بد فيه من إيجاب، و قبول، و قبض، و نيه التقرب).

لا بد في عقد السكنى من الإيجاب و القبول قطعاً، و كذا لا بد من القبض، لكن ينبغي أن يكون اشتراطه على القول بلزوم العقد، أما على عدم اللزوم فإنه بمنزلة العاريه، و صرح المصنف هنا باشتراط نيه التقرب، و ظاهره أنها شرط الصحة، و في

ص: ١١٧

١- ١) التذكرة ٢: ٤٤٣. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤٤٨. [٢]

و ليست ناقله للملك، بل فائدتها تسلط الساكن على استيفاء المنفعة المده المشترطه، فإن قرنت بالعمر سميت عمرى مده معينه، و إن قرنت بالإسكان قيل سكنى، و بالمده يقال رقبى إما من الارتقاب أو من رقبه الملك. اشتراطها نظر.

و صرح فى الدروس بعدم الاشتراط (1)، و هو الأوجه. نعم ينبغى اشتراط كون ذلك فى نفسه قربه كالوقف، أما نيه التقرب فهى شرط فى حصول الثواب خاصه.

و حمل شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى اشتراط المصنف نيه التقرب على ذلك، و هو خلاف ظاهرها.

قوله: (و ليست ناقله للملك، بل فائدتها تسلط الساكن على استيفاء المنفعة المده المشترطه).

لا- خلاف عندنا فى أن السكنى لا ينتقل الملك بها الى الساكن بحال من الأحوال، بل فائدتها استحقاق استيفاء المنفعة المده المشترطه.

قوله: (فإن قرنت بالعمر سميت عمرى، و إن قرنت بالإسكان قيل سكنى، و بالمده يقال رقبى أما من الارتقاب أو من رقبه الملك).

حاصله: إن العقد المسمى بالسكنى فائدته ما ذكر، و أسماؤه مختلفه بحسب اختلاف الإضافه.

فإن اقترن التسليط على المنفعه بعمر أحدهما قيل عمرى، و بالإسكان: قيل سكنى، و بالمده قيل: رقبى و اشتقاقها اما من الارتقاب أو من رقبه الملك. و كانت العرب فى الجاهليه تستعمل لفظين و هما العمرى و الرقبى، فالعمرى مأخوذه من العمر، و الرقبى مأخوذه من الرقوب، كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه.

ص: ١١٨

و الإيجاب أن يقول: أسكنتك، أو أعمرتك، أو أرقبتك، أو شبه ذلك هذه الدار، أو الأرض مده عمرك أو عمري أو سنه، و تلزم بالقبض على رأى. قوله: (و الإيجاب أن يقول: أسكنتك، أو أعمرتك، أو أرقبتك أو شبه ذلك هذه الدار أو الأرض مده عمرك، أو عمري، أو سنه).

فى التذكرة: أو يطلق، أو يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هى لك مده حياتك، أو وهبت منك هذه الدار عمرك على أنك إن متّ قبلى عادت إلى، و إن متّ قبلك استقرت عليك (١).

ثم حكى عن بعض العامه للرقبى تفسيرين: أحدهما هذا المذكور أخيرا فيكون غير الكنى و العمرى (٢)، و حكى عن مالك (٣) و أبى حنيفه (٤) بطلان الرقبى محتجين بنص النبى صلى الله عليه و آله و سلم على بطلانها (٥)، و بأن معناها انها لآخرنا موتا و هذا تمليك معلوم بحظر و لا- يجوز تعليق التمليك بالحظر. و ذهب بعض أصحابنا الى أن الرقبى هى قول الإنسان لغيره جعلت لك خدمه هذا العبد مده حياتك أو مده حياتى، و ذلك مأخوذ من رقبه العبد، و ظاهر المذهب هو ما ذكره المصنف.

قوله: (و يلزم بالقبض على رأى).

فى هذه المسأله للأصحاب على ما نقله جمع ثلاثه أقوال:

الأول: اللزوم بالقبض، لعموم أو فوا بالعقود (٦)، و لقول الصادق عليه السلام فى روايه أبى الصباح عن السكنى و العمرى: «إن كان جعل السكنى فى حياته

ص: ١١٩

١- ١) التذكرة ٢: ٤٤٨. [١]

٢- ٢) المجموع ١٥: ٣٩٢، المغنى لابن قدامه ٦: ٣٤٠، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٦: ٢٩١.

٣- ٣) المجموع ١٥: ٣٩٥، المغنى لابن قدامه ٦: ٣٤١، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٦: ٢٩١.

٤- ٤) المجموع ١٥: ٣٩٥، المغنى لابن قدامه ٦: ٣٤١، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٦: ٢٩١.

٥- ٥) سنن النسائى ٦: ٢٧٠، سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٦، حديث ٢٣٨٢.

٦- ٦) المائده: ١. [٢]

و لو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حيت صح، و يرجع الى المسكن بعد موت الساكن. و لو قال: أعمرتك هذه الدار و لعقبك رجعت اليه بعد العقوب، و لا- فهو كما شرط، و إن جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا و لا يرثوا» (١).

و فى معناها حسنه الحلبي عنه عليه السلام و فيها: قلت: فرجل اسكن داره و لم يوقت، قال: «جائز و يخرجه إذا شاء» (٢)، و هاتان لم يصرح فيهما باعتبار القبض إلا أنه لا شك فى اعتباره، و القائل باللزوم إنما يقول به مع القبض و هو الأشهر و الأصح. الثاني: الجواز، للأصل، و ضعفه ظاهر.

الثالث: التفصيل، و هو اللزوم إن قصد القربة، لأنها فى معنى الهبه المعوضه، قال شيخنا الشهيد فى بعض الحواشى: فيه دقيقه هى: انه يعلم من هذا التفصيل جواز عراء السكنى عن نيه القربة، قال: و قد اشترطها المصنف، فحينئذ ينحصر الخلاف فى قولين اللزوم و عدمه، ثم حمل كلام المصنف على أن المراد اشتراطها فى استحقاق الثواب لا فى لزوم العقد، و لم يصرحوا باشتراط القبض عند القائل بهذا التفصيل، لكن تشبيهها بالهبه فى بعض العبارات يشعر بذلك.

قوله: (و لو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حيت صح، و يرجع الى المسكن بعد موت الساكن).

المراد: رجوع السكنى، لأن الدار باقيه على الملك، فإذا نقل المنفعه زمانا اتبع الشرط.

قوله: (و لو قال أعمرتك هذه الدار و لعقبك رجعت اليه بعد العقب،

ص: ١٢٠

١- (١) الكافي ٧:٣٣ حديث ٢٢، [١] الفقيه ٣٤:١٨٧ حديث ٦٥٣، التهذيب ٩:١٤٠ حديث ٥٨٨.

٢- (٢) الكافي ٧:٣٤ حديث ٢٤، [٢] الفقيه ٤:١٨٦ حديث ٦٥١، التهذيب ٩:١٤٠ حديث ٥٩٠.

تنتقل الى المعمر و إن لم يشترط رجوعها اليه بعده. و كل ما صح وقفه صح إعمارها من العقار، و الحيوان، و الأثاث، و غير ذلك.

و لو قرن الهبه بمدته بطلت، و لا تنتقل الى المعمر و إن لم يشترط رجوعها اليه بعده).

لا- ريب ان العمرى لا- ينتقل الملك بها الى المعمر بحال عندنا، سواء أطلق الأعمار أو قيده بالعود اليه، أو الى ورثته بعد موت المعمر، أو قيده بعد موت المعمر برجوع الإعمار إلى عقب المعمر و نسله دائماً، بل إذا مات المعمر فى الأول و وارثه فى الثانى رجعت المنفعة إلى المعمر المالك إن كان، و إلا فإلى ورثته.

و فصل الشافعى فقال: انه إذا أعمره له و لعقبه من بعده صح ذلك و كان هبه، و إن اقتصر على قوله: جعلتها لك عمر ك فففيه قولان عنده، الجديد انه يصح هبه، و القديم اختلف فيه فقيل انه الحكم بالبطلان، و قيل بالصحة على انها عاريه (١)، و إن قيد بعودها الى المعمر أو الى ورثته فالبطلان و الصحة هنا مبنيان على ما قبله. و نصوص الأصحاب مصرحه ببقاء الملك، ففى روايه أبى الصباح السالفه: «و ترجع الدار الى صاحبها الأول» (٢).

قوله: (و كان ما صح وقفه صح إعمارها من العقار و الحيوان و الأثاث).

لأن العمرى نوع اعاره التزم بها، أو نوع صدقه بالمنافع المباحه فجازت كما تجوز فى الملك.

قوله: (و لو قرن الهبه بمدته بطلت).

الظاهر ان المراد

ص: ١٢١

١- (١) المجموع ١٥: ٣٩١.

٢- (٢) الكافى ٧: ٣٣ حديث ٢٢، [١] الفقيه ٤: ١٨٧ حديث ٤٥٣، التهذيب ٩: ١٤٠ حديث ٥٨٨.

و إذا وُقت السكنى لم يجز له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض، و كذا لو قرنت بعمر المالك، فإن مات الساكن فلورثته السكنى حتى تنقضى المده أو عمر المالك لو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاجه قبل وفاته مطلقا على رأى، بذلك فى غير العمرى و الرقبى كما قَيِّد به فى التذكرة (١)، فلو وهب مريدا نقل الملك لم يصح، إذ لا يعقل التمليك المؤقت كالبيع بخلاف العمرى و الرقبى، لأنهما عندنا لا ينقلان الأعيان. أما لو أعمار بلفظ الهبة فلا مانع من الصحة، لأن العمرى فى معنى الهبة للمنافع، و قد حكينا سابقا عن التذكرة التصريح به (٢).

قوله: (و إذا وُقت السكنى لم يكن له الرجوع قبل الانقضاء).

بناء على لزوم العقد بالقبض كما سبق.

قوله: (فإن مات الساكن فلورثته السكنى حتى تنقضى المده أو عمر المالك).

هذا دليل على أن السكنى تقتضى نقل المنافع الى ملك الساكن نقلا تاما، و إلا لم يورث عنه، و فى هذا اشعار بجواز التقايل فى هذا العقد بخلاف الوقف. و كذا قولهم انه فى معنى الهبة للمنافع، و لم أجد به تصريحاً، و يأتى فى الحبس مثله.

قوله: (و لو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاجه قبل وفاته مطلقا على رأى).

أى: لم يكن لورثته المالك إزعاج الساكن قبل وفاته، حيث ان السكنى مقرونه بعمر الساكن مطلقاً، أى: سواء كان ثلث التركة وافية بقيمة الدار أولاً، و هذا هو المشهور و المفتى به.

ص: ١٢٢

١ - ١) التذكرة ٢: ٤٤٩. [١]

٢ - ٢) التذكرة ٢: ٤٤٨. [٢]

وقال ابن الجنيد: إن كانت قيمة الدار تحيط بثلاث الميت لم يكن لهم إخراجها، وإن كانت تنتقص عنها كان ذلك لهم (١)، لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار حياته -يعنى صاحب الدار- فمات الذى جعل السكنى وبقى الذى جعل له السكنى، أ رأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه من الدار لهم ذلك؟ فقال: «أرى أن تقوم الدار بقيمة عادله و ينظر الى ثلث الميت، فإن كان فى ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للوارثه أن يخرجوه، وإن كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم أن يخرجوه». قيل له: أ رأيت ان مات الرجل الذى جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لورثه الذى جعل له السكنى قال:

«لا» (٢).

قال الشيخ: ما تضمن هذا الخبر من قوله -يعنى صاحب الدار- حين ذكر أن رجلا جعل لرجل سكنى دار له، فإنه غلط من الراوى و وهم فى التأويل، لأن الأحكام التى ذكرها بعد ذلك إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى حياه من جعلت له السكنى (٣).

و أجاب المصنف فى المختلف بالحمل على الوصيه، و مثلها ما لو كانت السكنى فى مرض الموت (٤). و فيه شىء و هو: ان ذلك لا يوجب اعتبار خروج جميع قيمة الدار من الثلث ما نقطع منها بذلك، كما سيأتى ان شاء الله تعالى تحقيقه فى الوصيه، و طعن فيها بضعف السند، و العمل على المشهور، لأن العقد المنجز فى حال الصحه ماض

ص: ١٢٣

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٩٨.

٢- ٢) الكافي ٧: ٣٨ حديث ٣٩، [١] الفقيه ٤: ١٨٦، حديث ٦٥٠، التهذيب ٩: ١٤٢، الاستبصار ٤: ١٠٥ حديث ٤٠٠.

٣- ٣) التهذيب ٩: ١٤٢.

٤- ٤) المختلف: ٤٩٨.

لو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى. ولو لم يعين مده كان له إخراجته متى شاء. ولا تبطل السكنى بالبيع، بل يجب توفيه ما شرط له، ثم يتخير المشتري مع جهله بين الرضى مجاناً والفسخ. كسائر العقود سواء تعلق بعين أو منفعة، فإن للمالك إتلاف ماله كما حققناه في الإجاره لو مات المؤجر في خلال المده.

قوله: (و لو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى).

لأن العقد إنما يتضمن سكنى مورثهم مده حياته.

قوله: (و لو لم يعين مده كان له إخراجته متى شاء).

و ذلك لأن السكنى المطلقة لازمه في ما يقع عليه مسمى الإسكان عرفاً و لو يوماً، أو دونه إن صدق عليه الاسم، وقد تضمنه حديث الحلبي عن الصادق عليه السلام (1).

قوله: (و لا تبطل السكنى بالبيع بل يجب توفيه ما شرط له، ثم يتخير المشتري مع جهله بين الرضى مجاناً والفسخ).

إنما لم تبطل بالبيع لأنها عقد لازم كما قدمناه فكانت كالإجاره، و لروايه الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته، أو جعلها له و لعقبه من بعده هل هي له و لعقبه كما شرط؟ قال:

«نعم»، قلت: فإن احتاج يبيعه؟ قال: «نعم» قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال:

«لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا

ص: ١٢٤

و لو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على إشكال، يملك ما اشترى حتى تنقضى السكنى على ما شرط، وكذا الإجاره»
(١)، الحديث.

إذا تقرر هذا، فالمشترى إن كان عالما بالحال فلا خيار له بل يصبر حتى تنقضى المده، وإن كان جاهلا تخير بين الصبر مجاناً الى انقضاء المده و بين الفسخ، لأن فوات المنفعه عيب، (لكن ان كان البيع للساكن أمكن الصحه) (٢).

قوله: (و لو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال).

هذا جار مجرى التقييد لما اقتضاه الكلام السابق من صحه البيع مع الإسكان، و تحقيقه: ان السكنى إن كانت مطلقه أو مقيدته بمدته معلومه صح بيع المسكن معها قطعاً، و إن قرنت بالعمر ففي صحه البيع إشكال ينشأ من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣)، و انه لا منافاه بين البيع و السكنى، لأن موردهما مختلف، و للروايه السالفه عن الكاظم عليه السلام فإنها صريحه فى ذلك (٤)، و هو اختيار ابن الجنيد (٥).

و من أن المنفعه هى الغرض المقصود فى البيع، و لهذا لا- يجوز بيع ما لا- منفعه فيه، و زمان استحقاق المنفعه فى محل النزاع مجهول. و قد منع الأصحاب من بيع المسكن الذى تعتد فيه المطلقه بالأقراء، لجهاله وقت الانتفاع، فهنا أولى، لإمكان استثناء المطلق إذا باع مدّه يقطع بعدم زياده العده عليها بخلاف ما نحن فيه، و للنظر فى كل من الطرفين مجال.

ص: ١٢٥

١- ١) الكافي ٧:٣٨ حديث ٣٨، [١] الفقيه ٤:١٨٥ حديث ٦٤٩، التهذيب ٩:١٤١ حديث ٥٩٣، الاستبصار ٤:١٠٤ حديث ٣٩٩.

٢- ٢) لم ترد فى «ك».

٣- ٣) المائده: ١. [٢]

٤- ٤) الكافي ٧:٣٨ حديث ٣٨، الفقيه ٤:١٨٥ حديث ٦٤٩، التهذيب ٩:١٤١ حديث ٥٩٣، الاستبصار ٤:١٠٤ حديث ٣٩٩.

٥- ٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٩٩.

و إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه و أهله و أولاده، و ليس له إسكان غيرهم إلا مع الشرط، و لا أن يؤجر المسكن إلا مع الإذن، و لا تجب العماره على أحدهما، و لا له منع الآخر من غير المضر منها. قوله: (و إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه و أهله و أولاده، و ليس له إسكان غيرهم إلا مع الشرط، و لا أن يؤجر المسكن إلا مع الإذن).

هذا مذهب الشيخ (١) و أكثر الأصحاب، و أضاف فى التذكرة إلى أهله و أولاده من جرت العاده بإسكانه معه كغلامه و جاريتيه و مرضعه ولده (٢)، (و هو حسن) (٣)، و كذا الضعيف و الدابه إذا كان الموضوع يحتملها كذلك.

و قال ابن إدريس: الذى تقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك، و إن له إجارته و انتقاله عنه و إسكان غيره معه، سواء كان ولده و امرأته أو غيرهما، و سواء أذن له فى ذلك أو لم يأذن، لأن منفعه هذه الدار استحقها و صارت مالا من أمواله فكان له استيفاؤها كيف شاء بنفسه و بغيره (٤). و الأصح الأول، لأن الأصل عصمه مال الغير، خرج عنه المسكن بصريح الإذن و أهله و أولاده و من جرى مجراهم قضيه للعرف فصار كالمأذون لفظا و ما عدا ذلك، فعلى أصل المنع و دعوى استحقاق المنفعه نطقا مردوده، لأن العقد إنما اقتضى السكنى له و لمن يبيعه دون الإجاره و إسكان الغير، نعم لو اشترط ذلك فى العقد جاز، و إذا أذن فى الإجاره فالأجره للساكن.

قوله: (و لا تجب العماره على أحدهما، و لا له منع الآخر من غير المضر منها).

أما عدم الوجوب على أحدهما فظاهر، لأن المالك لا تجب عليه عماره مسكنه،

ص: ١٢٤

١-١) النهاية: ٦٠١. [١]

٢-٢) التذكرة ٢: ٤٥٠. [٢]

٣-٣) لم ترد فى «ك».

٤-٤) السرائر: ٣٨٠.

و إذا حبس فرسه فى سبيل الله، أو غلامه فى خدمه البيت أو المشهد أو المسجد لزم، و لا يجوز تغييره ما دامت العين باقيه. و لا تجب على الساكن عماره مسكن غيره.

و أما عدم المنع، فلأن مريد العماره إن كان هو الساكن فاستيفاء المنفعه حق له. و للعماره مدخل فى أصل الاستيفاء أو فى استكمالها، مع أن ذلك مصلحه للمالك إذ الفرض أن لا ضرر فيها.

و أما المالك، فلأن منعه من تعميم ملكه ضرر، مع أن ذلك مصلحه للساكن إذ الفرض أنه لا ضرر فيها. و ينبغى منع الساكن من العماره التى لا تستدعيها السكنى عادة، و قوفا مع ظاهر العقد و أصاله عصمه مال الغير. أما مع الضرر من أحد الجانبين فلا بحث فى عدم الجواز إلا بالإذن.

قوله: (و إذا حبس فرسه فى سبيل الله، أو غلامه فى خدمه البيت أو المشهد أو المسجد لزم، و لا- يجوز تغييره ما دامت العين باقيه).

يصح الحبس كما يصح الوقف و السكنى، و الظاهر انه لا- بد من العقد و القبض و القربه و لم يصرحوا بذلك هنا، و هو قسمان: أحدهما: أن يحبس فرسه فى سبيل الله، أو غلامه فى خدمه البيت الحرام أو المشهد أو المسجد أو معونه الحاج، فإذا فعل ذلك على وجه القربه لزم و لم يجوز له فسخه بحال. و صرح المصنف فى التحرير (١)، و شيخنا فى الدروس (٢): بأن هذا القسم يخرج عن ملك المالك و لا يعود، و فى الدروس: انه يخرج بالعقد، و مقتضى ذلك عدم توقفه على القبض، و هو مشكل.

و عباره المصنف هنا و فى التذكره تشعر بعدم الخروج عن الملك حيث قال:

(و لا يجوز تغييره ما دامت العين باقيه)، و قال فى التذكره أيضا فى مطلق الحبس: أنه

ص: ١٢٧

١- ١) التحرير ٢٩١: ١. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٣٦.

و لو حبس شيئاً على رجل فان عيّن وقتاً لزم و يرجع الى الحابس أو ورثته بعد المده، و إن لم يعيّن كان له الرجوع متى شاء.

الفصل الثاني: في الصدقه

الفصل الثاني: في الصدقه، و لا بد فيها من إيجاب، و قبول، و قبض، و نيه القربه. كالوقف المنقطع (١).

قوله: (و لو حبس شيئاً على رجل فإن عيّن وقتاً لزم و يرجع الى الحابس أو ورثته بعد المده، و إن لم يعيّن كان له الرجوع متى شاء).

هذا هو القسم الثاني، و قد صرح في الدروس بعدم خروجه عن الملك (٢)، و هو الذي يقتضيه النظر، و عبارته المصنف هنا، و في التحرير (٣)، و التذكرة (٤) و إن لم تكن صريحه في ذلك إلا أن الظاهر أن مراده ذلك أيضاً.

و رواه ابن أذينة البصرى عن أبي جعفر عليه السلام بأن «أمير المؤمنين عليه السلام قضى برد الحبيس و إنفاذ المواريث» (٥) دليل على بقاء الملك. و لم يفرّق في التذكرة بين الحبس على الفقراء أو على زيد، و للنظر فيه مجال.

قوله: (الفصل الثاني في الصدقه و لا بد فيها من إيجاب، و قبول، و قبض، و نيه القربه).

ظاهر كلامهم ان الصدقه لا تثمر الملك بدون نيه القربه، إلا أن ما ذكره في الاحتجاج على أن الإبراء لا يحتاج الى القبول و هو قوله تعالى:

ص: ١٢٨

١- (١) التذكرة ٢:٤٤٨. [١]

٢- (٢) الدروس: ٢٣٦.

٣- (٣) التحرير ١:٢٩١.

٤- (٤) التذكرة ٢:٤٤٨.

٥- (٥) الفقيه ٤:١٨١ حديث: ٦٣، التهذيب ٩:١٤٠ حديث ٥٩١.

و تلزم مع الإقباض. و لو قبض بدون إذن المالك لم يملك به، وَ أَنْ تَصِيَّ دَقُّوا خَيْرٌ لَكُمْ (١) ينافى ذلك، لأنهم فسروا الصدقه هنا بالإبراء، فإن تم ذلك اقتضى عدم اشتراط نيه القربه فى الصدقه بل و لا القبول مع تصريحهم باشتراطه.

قوله: (و يلزم مع الإقباض).

قال الشيخ فى المبسوط: صدقه التطوع عندنا بمنزله الهبه فى جميع الأحكام، و من شرطها الإيجاب و القبول، و لا- تلزم إلا بالقبض، و كل من له الرجوع فى الهبه له الرجوع فى الصدقه (٢).

و محصل هذا الكلام ان الصدقه لا تلزم بالقبض مطلقا بل فى موضع لا يجوز الرجوع فى الهبه، و أكثر الأصحاب على عدم جواز الرجوع مطلقا، لأنها فى معنى الهبه المعوضه، لأن قصد القربه يقتضى الثواب، لدلاله الأخبار الواردة بأن الذى يعود فى صدقته كالذى يعود فى قبئه على ذلك (٣)، لأن العود فى القىء حرام قطعا.

و هنا شىء، و هو ان كلام الشيخ يقتضى عدم اشتراط نيه القربه فى الصدقه، و إلا امتنع الرجوع على حال من الأحوال، لأن الهبه المتقرب بها يمتنع الرجوع فيها فاللازم أحد الأمرين: إما عدم خلاف للشيخ فى هذه المسأله، أو عدم اشتراط نيه القربه فى الصدقه، و قد صرحوا بخلافه هنا فتعين الأمر الثانى. و كيف كان فالحق عدم الرجوع فى الصدقه بوجه.

قوله: (و لو قبض بدون إذن المالك لم يملك به).

لأن القبض المعتبر هو المأذون فيه شرعا، لأن المنهى عنه غير منظور اليه عند الشارع كما فى الهبه و الوقف.

ص: ١٢٩

١- (١) البقره: ٢٨٠. [١]

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣١٤. [٢]

٣- (٣) التهذيب ٩: ١٥٥ حديث ٦٣٥، الاستبصار ٤: ١٠٩ حديث ٤١٦.

و إذا تمت لم يجز له الرجوع فيها مطلقا. و صدقه السر أفضل من الجهر، إلا- مع التهمة بترك المواساه. و المفروضه من الزكاه محرّمه على بنى هاشم، إلا منهم أو عند قوله: (و إذا تمت لم يجز الرجوع فيها مطلقا).

أى: بحال من الأحوال خلافا للشيخ (١)، و هذا تصريح من المصنف بما اقتضاه قوله: (و يلزم مع الإقباض).

قوله: (و صدقه السر أفضل من الجهر إلا مع التهمة بترك المواساه).

أما أفضلية صدقه السر فلنص الكتاب و السنه على ذلك، قال الله تعالى:

وَ إِنْ تُخْفُواهَا وَ تُؤْتُوهُهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ (٢)، و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم «صدقه السر تطفى غضب الرب» (٣). و غير ذلك من الأخبار (٤).

هذا إذا لم يستلزم إخفاؤها اتهامه بترك المواساه، أما إذا استلزم ذلك فإن الإظهار أولى، فإنه لا ينبغي أن يجعل عرضه عرضة للتهمة. و لو قصد بالإظهار متابعه الناس له فى ذلك و اقتداءهم به فكذلك تحريضا على نفع الفقراء، و هذا فى الصدقه المندوبه، و أما المفروضه فإظهارها أفضل مطلقا، صرح به فى الدروس (٥)، و قال فى الصحاح: -آسيته بمالى مواساه أى: جعلته اسوتى فيه، و آسيته لغه ضعيفه فيه (٦).

قوله: (و المفروضه من الصدقه محرّمه على بنى هاشم إلا منهم أو عند

ص: ١٣٠

١- (١) المبسوط ٣: ٣١٤.

٢- (٢) البقره: ٢٧١. [١]

٣- (٣) الكافى ٤: ٧ حديث ٣، [٢] الفقيه ٢: ٣٨ حديث ١٦١، التهذيب ٤: ١٠٥ حديث ٢٩٩.

٤- (٤) الكافى ٤: ٨ حديث ٢، [٣] الفقيه ٢: ٣٨ حديث ١٦٢.

٥- (٥) الدروس: ٤٧.

٦- (٦) الصحاح ٦: ٢٢٤٨ «[٤] أسا».

الضرورة، ولا بأس بالمندوبه و غير الزكاه كالمندوره. الضروره).

قد سبق تحقيق ذلك في الزكاه.

قوله: (و لا بأس بالمندوبه و غير الزكاه كالمندوره).

أما جواز المندوبه لهم فلقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «من صنع الى أحد من أهل بيتي يدا كفافته يوم القيامة» (١) و غير ذلك من الأخبار (٢). و كذا ما كان من الواجبات غير الزكاه كالمندوره للأصل، و يندرج في إطلاق العبارة الهدى و الكفارات، و قد صرح في التذكرة في كتاب الزكاه بجواز الكفاره لهم (٣)، و فيه قوه، لانتفاء دليل المنع.

و استثنى في التذكرة من بنى هاشم النبي صلى الله عليه و آله و سلم فمال الى تحريم الصدقه المندوبه عليه لما فيها من الغض و النقص، و تسلط المتصدق و علو مرتبه على المتصدق عليه، و منصب النبوه ارفع من ذلك و أجل و أشرف، و لقوله عليه السلام:

«أنا أهل بيت لا تحل لنا الصدقه» (٤).

و الفرق بينها و بين الهديه: ان الهديه لا تقتضى نقصا و لا - غضا في العاده بل هي جاريه على الحشمه، و مال الى إلحاق الأمه المعصومين عليهم السلام به في ذلك رفعا لمرتبتهم عن نقص التصديق، و الروايه عن الصادق عليه السلام، عن أبيه الباقر عليه السلام: انه كان يشرب من سقايات بين مكه و المدينه فقيل له: أ تشرب من الصدقه؟ قال: «إنما حرم علينا الصدقه المفروضه» (٥) من طرق العامه على ما ذكره في

ص: ١٣١

١- ١) الكافي ٤:٦٠ حديث ٨. [١]

٢- ٢) الكافي ٤:٥٩ حديث ٣: [٢] التهذيب ٤:٦٢ حديث ١٦٦.

٣- ٣) التذكرة ١:٢٣٥. [٣]

٤- ٤) عيون اخبار الرضا (عليه السلام) ٢:٢٨ حديث ٣٢. [٤]

٥- ٥) انظر: المغنى لابن قدامه ٢:٥٢٠.

و الأقرب جواز الصدقه على الذمى، و تتأكد الصدقه المندوبه فى شهر رمضان، و الجيران أفضل من غيرهم، و الأقرب أفضل من الأجانب. التذكرة (١)، و قول التذكرة محتمل.

قوله: (و الأقرب جواز الصدقه على الذمى).

ظاهره عدم الفرق بين الرحم و غيره، و قد سبق فى الوقف تقييد الجواز بكونه رحماً، و لم يصرح المصنف هنا بشيء، لكن الجواز مطلقاً فى الصدقه و الوقف لا يخلو من قوه، و دليل ذلك يعلم مما تقدم فى الوقف.

قوله: (و تتأكد الصدقه المندوبه فى شهر رمضان).

روى العامه أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان أجود ما يكون فى شهر رمضان (٢)، و من طريق الأصحاب: كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا دخل شهر رمضان أطلق كل أسير و اعطى كل سائل (٣)، و الأخبار فى ذلك كثيره (٤).

قوله: (و الجيران أفضل من غيرهم، و الأقارب أفضل من الأجانب).

روى العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انه قال: «الصدقه على المسكين صدقه، و على ذى الرحم ثنتان صدقه و صله» (٥)، و روى أصحابنا عنه صلى الله عليه و آله و سلم: انه سئل أى الصدقه أفضل؟ قال: «على ذى الرحم الكاشح» (٦)، و قال عليه السلام: «لا صدقه و ذو رحم محتاج» (٧)، و الاخبار فى الحث على صله الرحم

ص: ١٣٢

١- (١) التذكرة ٢٣٥: ١. [١]

٢- (٢) صحيح البخارى ٣: ٣٣.

٣- (٣) الفقيه ٢: ٦١ حديث ٢٦٣.

٤- (٤) ثواب الأعمال: ١٠٤. [٢]

٥- (٥) سنن الدارمى ١: ٣٩٧. [٣]

٦- (٦) الكافى ١٠: ٤٠ حديث ٢. و [٤] الكاشح: الذى يضم لك العداوه. الصحاح ١: ٣٩٩ « [٥] كشح».

٧- (٧) الاحتجاج ٢: ٤٩١. [٦]

و من احتاج اليه لعياله لم يستحب له التصدق، ولا ينبغي أن يتصدق بجميع ماله. و الإحسان إلى الجيران كثيره (١).

قوله: (و من احتاج اليه لعياله لم يستحب له الصدق، ولا ينبغي أن يتصدق بجميع ماله).

أى: من احتاج الى ما يريد أن يتصدق به لعياله لم يستحب له التصدق، بل صرف ذلك فى النفقه أولى.

و كذا المديون إذا احتاج الى صرفه فى الدين فلا تستحب الصدقه إلا إذا فضل عن النفقه و الدين، و حينئذ فالأفضل له أن لا يتصدق بجميعه، بل يكره كراهه شديده لما فى ذلك من التعرض إلى الحاجه، و سؤال الناس و هو شديد الكراهه، صرح بذلك فى التذكرة (٢). يدل عليه قوله تعالى وَ لَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (٣)، و ما رواه العامه من أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم رد من أتاه بمثل البيضه من الذهب و قال: «إنها صدقه و انه لا يملك غيرها»، و أوما إلى أن عله ذلك تعرضه للسؤال الى ان قال عليه السلام: «خير الصدقه ما كان عن ظهر غنى» (٤)، و فى معناه من طرق الأصحاب كثير (٥) فإن قيل: قد دلت الآيه و الحديث على أفضلية الإيثار.

قلنا: ذلك على نفسه، لا مطلقا جمعا بين الأدله.

ص: ١٣٣

١- ١) الكافي ٢: ٦٦٨ حديث ١١ و ١٤.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٤٢٦. [١]

٣- ٣) الإسراء: ٢٩. [٢]

٤- ٤) سنن الدارمى ١: ٣٩١. [٣]

٥- ٥) الكافي ٤: ١٦ حديث ١.

إشاره

الفصل الثالث: في الهبة، وفيه مطالبان:

الأول: في أركانها

إشاره

الأول: في أركانها وهي ثلاثه:

الأول: العقد

الأول: العقد، ولا بد فيه من إيجاب: وهو اللفظ الدال على تمليك قوله: (الأول في أركانها: وهي ثلاثه).

عدّ أركان الهبة ثلاثه: العقد، والموهوب، والقبض.

ولقائل أن يقول: إن عد الموهوب من أركان الهبة يناسبه عد الواهب و المتهب أيضا، ولا يقال إن الإيجاب والقبول - اللذين هما العقد - إذا عدّا ركنا اغنى عن عد الواهب و المتهب كما لا يخفى.

لأننا نقول: فيغنى عن عد الموهوب، لأنه متعلقها.

وهنا كلام آخر، وهو انه اعتبر في العقد الإيجاب والقبول والقبض، وذلك يشعر بدخوله في مسمى العقد، ثم انه قد عدده فيما بعد ركنا ثالثا، وفيه مناقشه.

ويمكن أن يقال: إن قوله: (ولا بد فيه). أعم من أن يراد به الجزء والشرط، لأن كلاً منهما لا بد منه فيما هو جزء منه و شرط له.

ولا ريب أن القبض معتبر في العقد، ولا ينافي ذلك عدده ركنا في الهبة. وفيه نظر، لأن الهبة إن كانت هي العقد فاعتبار القبض فيه ثم عدده ركنا له تكرار محض، مع انه غير صحيح في نفسه، لأن القبض لا يستقيم عدده ركنا للعقد، لأن ركن الشئ داخل فيه و القبض خارج عن العقد، لأنه الإيجاب والقبول.

ولا يستقيم عدده شرطا له أيضا، لأن الشرط لا بد من تقدمه على المشروط و مصاحبته إياه و ان كانت أثره و هو المناسب فالقبض إنما يعتبر فيها على انه شرط و العقد سبب، أو كل منهما جزء السبب، فعلى كل تقدير لا يتجه ما ذكره المصنف.

قوله: (العقد، ولا بد فيه من إيجاب و هو اللفظ الدال على تمليك

العين من غير عوض منجزا العين من غير عوض منجزا).

اللفظ واقع موقع الجنس، و احترز به عن الفعل الدال على ذلك ككثار العرس، و إحضار الطعام بين يدي الضيف، و الموت المقتضى للتملك بالإرث، و حيازه المباحات كالاختطاب و الاحتشاش، و احترز بالدال عن المهمل و يكون الدلالة على التملك عن نحو العاربه، و بكونه للعين عن نحو الإجاره. و بقوله: (من غير عوض) عن نحو البيع و الصلح على الأعيان، و بقوله: (منجزا) عن نحو الوصيه بالأعيان، و نقض في طرده بالوقف و الصدقه. و لو قيد اللفظ بكونه مجردا عن القربه لأغنى عن ذلك، و في عكسه بإشاره الأخرس و الهبه المشروط فيها الثواب.

و جوابه: ان المتبادر من التملك هو التام فيخرج الوقف، و ان تقييد التملك بكونه من غير عوض يقتضى إخراج الصدقه كما يقتضى إخراج الوقف، لأنهما مشروطان بالقربه المستتبعه للثواب، فإنه عوض بالنظر الى الوضع اللغوي، و فرق أهل الكلام بينه و بين العوض غير قادح، و اشاره الأخرص بمنزله اللفظ مع ندورها فلا يقدر خروجها.

و المراد من قوله: (من غير عوض) أن العوض غير لازم فيها، لا انتفاء العوض أصلا كما نبه عليه في التذكرة (1). و الهبه المشروط فيها العوض لا يلزم فيها ذكر العوض حتى لو جردها عنه صحت بخلاف نحو البيع.

و اعترض بأن الملك لا يحصل بمجرد هذا اللفظ بل لا بد من القبول و القبض.

فأجيب: بأن المراد بالدال ما يعم الدال بواسطه، أو أن الدلاله أعم من التامه و الناقصه. و ليس بشيء، لأنه لا يراد بالدال المعروف للحكم ليجب أن يترتب على

ص: ١٣٥

كقوله: « وهبتك، وملكتك، و أهديت إليك. و كذا: أعطيتك، و هذا لك مع النيه. و من قبول: و هو اللفظ الدال على الرضى كقوله: قبلت. و من قبض.

الإيجاب حصول الملك فيحتاج الى هذا التكلف، بل المراد به الدال باعتبار الوضع على إنشاء التمليك، و هذا لا مجال لشيء من هذه التكاليف معه.

قوله: (كقوله: وهبتك، و ملكتك، و أهديت إليك، و كذا أعطيتك، و هذا لك مع النيه).

إنما صح الإيجاب بقوله: هذا لك، مع انه لا بد من كونه بلفظ الماضي، لأنه أصرح من غيره فى الدلالة على الإنشاء، لأن اسم الإشارة يشعر به، و إنما اعتبر النيه فى هذا القسم لعدم صراحته فى الدلالة على الإيجاب كالذى قبله.

قوله: (و من قبول: و هو اللفظ الدال على الرضى كقوله: قبلت).

أى: على الرضى بالإيجاب، و لما كانت الهبة عقدا يقتضى نقل الملك، و ربما كانت لازمه اعتبر فيها ما يعتبر فى العقود الازمه من فوريه القبول بحيث يعد جوابا للإيجاب، و كونها باللفظ العربى و سائر ما يشترط فى العقود الازمه.

فرع: لو وهبه شيئا فقبل الهبة فى البعض ففى صحه الهبة فيه و جهان يلتفتان الى عدم المطابقه بين الإيجاب و القبول، و ان الهبة ليست كعقود المعاوضات لأنها تبرع محض، و من تبرع بشيء فهو راض بالتبرع ببعضه، بخلاف البيع و نحوه، لأن الأغراض تختلف اختلافا بينا فى الأعراض لابتناء المعاوضات على المغابنه و المكايسه.

و اختار المصنف فى التذكرة الثانى (1)، و هو قريب إن لم تكن الهبة معوضه، و لم تدل قرينه على أن ذلك خلاف مراد الواهب.

ص: ١٣٦

و يشترط صدورهما من مكلف جائز التصرف. و هبه ما فى الذمه لمن عليه إبراء لا يشترط فيه القبول، و لا تصح لغيره على رأى. قوله: (و يشترط صدورهما من مكلف جائز التصرف).

المراد: صدور كل منهما من مكلف جائز التصرف، فلا يصح من الصبى و إن بلغ عشرا، و لا المجنون و نحوهما، و يجوز أن يقع كل من الإيجاب و القبول من الوكيل و الولى و يتولاهما الواحد فيكون موجبا قابلا، فلا يشترط تغاير الموجب و القابل على أقوى الوجهين. و لا فرق بين الأب و الجد و غيرهما، خلافا للشيخ فى المبسوط حيث اعتبر فى غيرهما صدور القبول من الحاكم أو أمينه (١)، و هو ضعيف.

قال المصنف فى التذكرة: و لو قال: جعلته لابنى و كان صغيرا، فإن قلنا بالاكْتفاء بالكنايات فى العقود على ما هو مذهب بعض الشافعية (٢)، و بالاكْتفاء من الأب فى تملك ابنه الصغير بأحد شقى العقد صار ملكا للابن، و إلا فلا. مع انه أسلف فى كلامه قبل هذا ان الهبه لا تصح بالكنايات مع انه صرح بالاكْتفاء بقوله: هذا لك (٣)، و فى الفرق بينه و بين جعلته لك توقف، و كيف كان فالأصح عدم الاكْتفاء بالكنايه و لا بالإيجاب وحده.

قوله: (و هبه ما فى الذمه لمن عليه إبراء لا يشترط فيه القبول، و لا تصح لغيره على رأى).

هنا مسألتان و الرأى فى كل منهما:

الاولى: هبه الدين لمن عليه إبراء لا يشترط فيه القبول. عند جمع من الأصحاب، لأنه إسقاط لا نقل شىء إلى الملك فهو بمنزله تحرير العبد، و لظاهر قوله

ص: ١٣٧

١- ١) المبسوط ٣: ٣٠٥. [١]

٢- ٢) الوجيز ١: ١٣٣.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٤١٥. [٢]

تعالى فَنَظَرَهُ إِلَى مَيْسِرِهِ وَ أَنْ تَصَيَّرْتُمْ خَيْرًا لَكُمْ (١) فاعتبر مجرد الصدقه و لم يعتبر القبول. و فيه نظر، لأن الصدقه يعتبر فيها القبول، و فى معنى ذلك قوله تعالى فى الديه:

إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا (٢) و الكلام فيه كما سبق.

و قال الشيخ فى المبسوط (٣)، و ابن زهره (٤)، و ابن إدريس (٥)، يشترط لاشتماله على المنه، و لا يجبر على قبولها كهبه العين، و لو لم يعتبر القبول اجبر على قبول المنه، و أجاب المصنف بالفرق بين التملك و الاسقاط.

و أقول: إنه لا شك فى الفرق بين نقل الملك فى الأعيان و بين إسقاط الحق من الذمه، فإنه لو أبرأ مالك الوديعه المستودع منها مثلاً لم يملكها بذلك و إن قيل، و كذا غيره، و كذا لو أسقط حقه من عين مملوكه له لم يخرج بذلك عن ملكه، بخلاف الدين فإنه قابل لذلك، لأنه ليس شيئاً موجوداً مملوكاً فكان أشبه شئ بالعتق.

و مما يدل على عدم اشتراط القبول قوله تعالى إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يُعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ (٦) فإكتفى فى سقوط الحق بمجرد العفو، و معلوم ان القبول لا دخل له فى مسماه، و للاكتفاء بمجرد العفو فى الحدود و الجنایات الموجهه للقصاص و الخيار و كلها فى معنى واحد، و الأصح عدم الاشتراط، و لا يضر كونه هبه، لأن بعض الهبه لما أشبه العتق اکتفى فيه الشارع بالإيجاب كبعض افراد الوقف مثل وقف المسجد.

الثانيه: هل يصح هبه الدين لغير من هو عليه أم لا؟ اختلف كلام

ص: ١٣٨

١- (١) البقره: ٢٨٠. [١]

٢- (٢) النساء: ٩٢. [٢]

٣- (٣) المبسوط ٣: ٣١٤. [٣]

٤- (٤) الغنيه (ضمن الجوامع الفقيهيه): ٥٤١.

٥- (٥) السرائر: ٢٨٢.

٦- (٦) البقره: ٢٣٧. [٤]

الأصحاب في ذلك، فقال الشيخ (١)، وابن إدريس يصح (٢)، واختاره المصنف في المختلف (٣)، لأنه يصح بيعه و معاوضه عليه فصحت هبته كالعين. وقيل لا يصح، و اختاره المصنف هنا، لأن القبض شرط، و ما في الذمه يمتنع قبضه و من ثم قال الشيخ في المبسوط: انه يمتنع وقفه (٤).

قيل: الموهوب الماهية و قبضها ممكن بقبض أحد جزئياتها. و فيه نظر، لأن الموهوب هو الماهية، و هي غير الجزئيات قطعاً. فإن قيل فكيف يصح بيع الدين مع أن المبيع لا بد أن يكون مقدوراً على تسليمه.

قلنا: يمكن الفرق بين القدره على تسليمه يكفي فيها ما به تتحقق المعاوضه، و تحققها تكفي فيه القدره على تسليم بعض أفراد الماهية المعدوده أحد العوضين و يدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض، ثم يستحق المطالبه بالإقباض بخلاف الهبه فإن الإقباض له دخل في حصول الملك، فلا بد أن يقبض الواهب الدين ثم يقبضه المتهب، فامتنع نقله الى ملك المتهب حين هو دين.

و كذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملك، و بقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقدم إنشاء الهبه عليه، إذ تكون هبه جاريه مجرى هبه ما سيملكه ببيع و غيره و ذلك غير جائز قطعاً، و الأصح عدم الجواز.

و اعلم أن قول المصنف: (و هبه ما في الذمه لمن عليه إبراء لا- يشترط فيه القبول) يلوح منه ان كون الإبراء لا يشترط فيه القبول أمر مقرر، لأنه إسقاط محض، و ان هذا الفرد من افراد الهبه لما كان إبراء في المعنى لم يشترط فيه القبول كما هو

ص: ١٣٩

١-١) المبسوط ٣:٣١٤.

٢-٢) السرائر: ٣٨٢.

٣-٣) المختلف: ٤٨٧.

٤-٤) المبسوط ٣:٢٨٧.

و للولى عن الطفل القبول مع الغبطه،فلو وهب أبوه الفقير العاجز لم يصحّ قبوله حذرا من وجوب الإنفاق. صريح كلام بعض العامه (١)،مع احتمال العبارة غير ذلك و عبارة الشيخ (٢)و غيره (٣)تقتضى التردد فى الإبراء أيضا على ما حكاه المصنف فى التذكرة عنه (٤).

قوله: (و للولى عن الطفل القبول مع الغبطه،فلو وهب أبوه الفقير العاجز لم يصحّ قبوله حذرا من وجوب الإنفاق).

احترز بكون الأب فقيرا عما لو كان له مال،بناء على أن العبد يملك و يسمح المالك الواهب بماله لولده.لكن قد يناقض هنا بأن المال يدخل فى ملك الولد بالهبة فيصير من جملة أمواله،فيكون إنفاقه على أبيه كإنفاق غيره من أمواله فلا يكون مسوغا لقبول هبته.

نعم،لو شرط فى هبة المال قبول هبة الأب أمكن جواز القبول هنا مع احتمال المنع،لإمكان فناء المال قبل موت الأب،فيلزم الإنفاق عليه من مال الولد فيتجه الضرر،إلا أن يكون المال كثيرا جدا تقضى العادة بانتفاء المحذور معه فيصح جزما.

و احترز بكون الأب عاجزا عما لو كان كسوبا فإنه لا ضرر حينئذ،و يكفى فى العجز عجزه عن بعض النفقه.

قيل: و يمكن التقييد بقيدين آخرين:أحدهما:غنى الابن فعلا أو قوه،إذ مع الفقر لا محذور.

لا يقال:يمكن تجدد المال للولد فيلزم المحذور.

لأننا نقول:و يمكن تجدد ذلك للأب،أو موت أحدهما.و الحاصل:أن الأصل

ص: ١٤٠

١- (١)المغنى لابن قدامه ٢٨٩:٦.

٢- (٢) المبسوط ٣١٤:٣.

٣- (٣) فقه القرآن ٢٩٥:٢.

٤- (٤) التذكرة ٤١٦:٢. [١]

و لا تكفى المعاطاه، و الأفعال الداله على الإيجاب، نعم يباح التصرف. و الهديه كالهبه فى الإيجاب و القبول و القبض. عدم تجدد ما يكون مانعا.

و لا يخفى أن قول المصنف: (حذرا من وجوب الإنفاق) مشعر بهذا القيد، لأن الابن إذا كان فقيرا لأنفقه عليه.

الثانى: أن يكون الصبى لدون عشر، و لا حاجه الى هذا القيد، لأن المصنف لا يجوز صدقه ذى العشر بحال.

قيل و ينبغى تقييد الأب بالنسبى، لأن الأب من الرضاع لا نفقه له، و لا يخفى أن المتبادر من الأب هو الأول.

فرع: لو نذر الإنفاق على كل قرابه ثم جن فهل لوليه قبول هبه من ينعق عليه؟ المتجه العدم إذا كان العتيق فقيرا، لتوقع المحذور و هو إتلاف المال بسبب القبول.

قوله: (و لا تكفى المعاطاه و الأفعال الداله على الإيجاب، نعم يباح التصرف).

أى: لا- يكفى فى حصول الملك المعاطاه، اعنى إعطاء الواهب و أخذ المتهب، أو إعطاء أحدهما الهبه و الآخر الثواب، و كذا الأفعال الداله على الإيجاب اقتصارا على الأسباب الشرعيه التى ثبت نقلها للملك، و هى العقود دون الأفعال، نعم يباح التصرف بذلك، كما يباح أكل الضيف الطعام بوضعه بين يديه، و أخذ نثار العرس.

قوله: (و الهديه كالهبه فى الإيجاب و القبول و القبض).

الهديه: ضرب من الهبه مقرونه بما يشعر بإعظام المهدي اليه و توقيره، و لا يشترط لتحققها كونها على يد رسول خلافا لبعض الشافعيه (١)، لانتظام أن يقول

ص: ١٤١

و لا يصح تعليق العقد، و لا توقيته، و لا تأخير القبول عن الإيجاب المهدى لمن حضر: هذه هديتى إليك.

و هل يشترط فيها الإيجاب و القبول و القبض؟ اختلف الأصحاب فى ذلك، فاختر المصنف هنا الاشرط، لأنها نوع من الهبه فيشترط فيها ما يشترط فى الهبه، و يلوح من كلامه فى التذكرة عدم اشترط الإيجاب و القبول- و ان لم يصرح به- محتجا بأن الهدايا كانت تحمل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم من كسرى و قيصر و سائر المملوك فيقبلها عليه السلام و لا لفظ هناك (١)، و استمر الحال على هذا من عهده الى هذا الوقت فى سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثونها على أيدي الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم. لا يقال إن ذلك كان إباحه لا تمليكا.

لأننا نقول: لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملائك، و معلوم أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يتصرف فيه و يملكه غيره من زوجاته و غيرهن (٢)، و قد اهدى له حله فأهداها لعلى عليه السلام (٣)، و روى ان ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا (٤)، (٥).

و هذا قوى متين، و يؤيده أن الهديه مبنيه على الحشمه و الإعظام، و ذلك يفوت مع اعتبار الإيجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس، و مطالبه المهدى اليه بالتمليك و سؤال الرسول هل هو و كيل فيه أم على تقدير اعتبار عبارته، و نحو ذلك خروج عن مقصودها.

قوله: (و لا يصح تعليق العقد، و لا توقيته، و لا تأخير القبول عن

ص: ١٤٢

١- ١) سنن الترمذى ٣: ٩٦ حديث ١٦٢٤، مسند احمد بن حنبل ١: ٩٦.

٢- ٢) طبقات ابن سعد ٨: ١٨٨.

٣- ٣) نيل الأوطار ١٠٥: ٦.

٤- ٤) طبقات ابن سعد ١: ١٣٤.

٥- ٥) التذكرة ٢: ٤١٥. [١]

بحيث يخرج عن كونه جوابا.

الثانى:الموهوب

الثانى:الموهوب:كل ما صحَّ بيعه جاز هبته،مشاعا كان أو مقسوما من الشريك و غيره. و لا تصحَّ هبه المجهول كأحد العبدین لا بعينه،و الحمل،و اللبن فى الإيجاب بحيث يخرج عن كونه جوابا).

لأنه مع التعليق لا جزم بإنشاء التمليك و تأقیت الملك بحيث ينتفى من دون سبب ناقل لا يعقل،و قد سبق مثل هذا فى السكنى و هو قوله:«و لو قرن الهبه بمده بطلت».

قوله: (و كل ما صحَّ بيعه جاز هبته،مشاعا كان أو مقسوما بين الشريك و غيره).

لا-خلاف بين أصحابنا فى صحه هبه كل ما يصح بيعه من الأعيان،سواء كان مشاعا أو مقسوما بين الشريك و غيره،لأن ذلك قابل لنقل الملك و الإقباض فصحت هبته،إذ لا مائز إلا اعتبار العوض فى البيع دون الهبه.و لما روى أن وفد هوازن لما جاؤا إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم يطلبون أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال صلى الله عليه و آله و سلم:«ما كان لى و لبنى عبد المطلب فهو لكم»(١)و هذا هبه المشاع.

و قال أبو حنيفة:إن هبه المشاع الذى يمكن قسمته لا يجوز لغير الشريك، بخلاف ما لا يمكن قسمته فإنه يجوز (٢).و كذا تجوز هبه المنقسم للشريك،و بالغ فقال:

إن هبه المنقسم من اثنين لا تجوز،محتجا بأن القبض شرط فى الهبه،و وجوب القسمة يمنع من صحته و تمامه،و ليس بشىء.

قوله: (و لا تصح هبه المجهول كأحد العبدین لا بعينه،و الحمل

ص:١٤٣

١-١)سنن النسائى ٢٦٢:٦.

٢-٢) اللباب ١٧٢:٢،مغنى المحتاج ٢٨٥:٦،الميزان ١٠٧:٢.

الضرع. و تصح في الصوف على الظهر، و كل معلوم العين و إن جهل قدره. و لا تصح هبه دهن السمسم قبل عصره، و اللبن في الضرع، و تصح في الصوف على الظهر، و كل معلوم العين و إن جهل قدره).

ذهب المصنف في التذكرة إلى انه تصح هبه المجهول، لأنها تبرع فصحت في المجهول كالنذر و الوصية، بخلاف البيع و غيره من المعاوضات المبنيه على المكاييسه، و لأصالة الصحة و لانتفاء الغرر (١). و منع بعض العامه من هبه المجهول (٢) - كما اختاره المصنف هنا -، و فصل بعضهم بأن الجهل إن كان من طرف الواهب لم تصح الهبه، لأنه غرر في حقه، و إن كان من المتهب صحت لانتفاء الغرر (٣).

فعلى مختار التذكرة يجوز أن يهبه شاه من غنمه، و عبدا من خدمه، و قطعه من هذا الثوب أو من هذه الأرض ثم يعين ما شاء، و قد صرح بذلك و منعه هنا. و في التحرير و في الصحة بعد، لأن الموهوب هو ما ليس بمعين و غير المعين يمتنع إقباضه (٤).

و المتجه أن يقال: إن لم تكن الجهاله مفضيه إلى كون الموهوب غير معين صحت الهبه، و لا - تضر جهاله النوع و الوصف و القدر، لأن الغرر غير قاذح هنا.

و الفرق بين الهبه و النذر: إن النذر يتعلق بشيء في الذمه و كذا الوصيه بخلاف الهبه، فعلى هذا تصح هبه الحمل في البطن، و اللبن في الضرع و يكون التسليم بتسليم الام، و به صرح في التذكرة (٥)، و كذا حكم الصوف على الظهر.

قوله: (و لا تصح هبه دهن السمسم قبل عصره).

و كذا ما جرى

ص: ١٤٤

١- ١) التذكرة ٢: ٤١٦. [١]

٢- ٢) مغنى المحتاج ٦: ٢٨٨، الوجيز ١: ٤٢٩.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ٦: ٢٨٨.

٤- ٤) التحرير ١: ٢٨٢. [٢]

٥- ٥) التذكرة ٢: ٤١٦. [٣]

و لا هبه المعدوم كالثمره المتجدده و ما تحمله الدابه. و تصح هبه المغصوب من الغاصب و غيره، و المستأجر من غير المستأجر، و الآبق، و الضال، و الكلب المملوك. و لو وهب المرهون فان بيع ظهر البطلان، و إن انفك فللراهن الخيار فى الإقباض.

مجراه، لأنه فى حكم المعدوم.

قوله: (و لا هبه المعدوم كالثمره المتجدده، و ما تحمله الدابه).

لامتناع تملك ما ليس بمملوك.

قوله: (و تصح هبه المغصوب من الغاصب و غيره، و المستأجر من غير المستأجر، و الآبق، و الضال، و الكلب المملوك).

صرح المصنف فى التذكرة بمنع هبه المغصوب لغير الغاصب لامتناع إقباضه، و كذا هبه الضال و الآبق (١) و هو ضعيف، لأن إقباضه ممكن و إن كان غير مقدور على تسليمه الآن فيصح العقد و يتم بالإقباض، و كذا هبه المستأجر من غير المستأجر، و أما الهبه من الغاصب و المستأجر فلا بحث فى جوازها.

و تجوز هبه المستعار من المستعير و غيره قولاً واحداً، لانتفاء المانع، و الكلب المملوك كغيره من الأموال تصح هبته كبيعته خلافاً لبعض الشافعية (٢)، أما غيره فلا.

و لا يخفى أن المصنف لو قال: و المستأجر من المستأجر و غيره لكان أحسن و أشمل و أبعد من الوهم.

قوله: (و لو وهب المرهون فإن بيع ظهر البطلان، و إن انفك فللراهن).

تصح هبه المرهون

ص: ١٤٥

١-١) التذكرة ٤١٦: ٢. [١]

٢-٢) الوجيز ٢٤٩: ١.

و فى صحه الإقباض حاله الرهن من دون إذن المرتهن إشكال، فإن سوغناه لم يحصل به الملك، فإن فك صحت الهبه. و لا تصح هبه الدين لغير من عليه، لامتناع قبضه. من المرتهن، فإن كان فى يده لم يفتقر الى تجديد قبض على ما سيأتى إن شاء الله تعالى، و إلا فلا بد من إقباضه.

و لو وهبه من غير المرتهن صح على الأقوى، لأن حق الرهانه لا يصلح للمانع، نعم يقع العقد موقوفا على اجازة المرتهن، فإن أجاز بطلت الرهانه، فإن رجع الراهن لم يعد الرهن. و إن لم يجز لم يحكم بالبطلان حينئذ على الأصح، بل ينظر فإن بيع الرهن فقد ظهر بطلان الهبه، و إن انفك فللواهب الخيار فى الإقباض، فإن أقبض لزم، و وجهه: ان فى ذلك صيانته لتصرف المالك عن البطلان مهما أمكن، و لأن فيه جمعا بين الحقوق كلها.

قوله: (و فى صحه الإقباض حاله الرهن من دون إذن المرتهن إشكال).

ينشأ من صدق حصول القبض، فإن النهى فى غير العبادات لا يدل على الفساد، و من أن إقباضه منهى عنه. و النهى إذا توجه الى بعض أركان العقد كان غير معتبر فى نظر الشارع، فلا يكون العقد معتدا به كانهى عن بيع المجهول، بخلاف البيع وقت النداء، و الأقرب عدم الصحه.

قوله: (فإن سوغناه لم يحصل به الملك فإن فك صحت الهبه).

أى: فإن حكمنا بصحه القبض حاله الرهن بدون إذن المرتهن لم يحصل به الملك حينئذ لتعلق حق المرتهن، لكن إذا فك الرهن ظهر اثر القبض حينئذ و صحت الهبه.

قوله: (و لا تصح هبه الدين لغير من عليه لامتناع قبضه).

قد سبقت هذه المسأله

و هبه الحامل لا تقتضى هبه الحمل، و تصح البراءة من المجهول، و لو علمه المديون و خشى من عدم الإبراء لو أظهره لم يصح الإبراء و لو أبرأه من مائه معتقدا أنه لا حق له و كان له مائه ففي صحة الإبراء إشكال. في كلام المصنف و كان غفل عما مضى فكررها هنا.

قوله: (و هبه الحامل لا تقتضى هبه الحمل).

لأنه ليس جزءا منهم فلا يدخل في مسماها.

قوله: (و تصح البراءة من المجهول).

لأن البراءة إسقاط فلا تنافيا الجهالة، خلافا للشافعي (١) و اعتبر في صحته أن يقول: أبرأتك من درهم الى ألف. و لا فرق بين أن يكون لهما سبيل الى معرفته و عدمه إذا رضى بإسقاطه كائنا ما كان، خلافا لأحمد (٢).

قوله: (و لو علمه المديون و خشى من عدم الإبراء لو أظهره لم يصح الإبراء).

لعدم العلم بالقصد إلى إسقاط ما في الذمه، و الأصل البقاء.

قوله: (و لو أبرأه من مائه معتقدا انه لا حق له و كان له مائه ففي صحة الإبراء إشكال).

ينشأ من أنه إبراء صدر من أهله، لأنه الغرض في محله لثبوت الحق في الذمه، و من عدم القصد الى إبراء ما يستحقه لاعتقاده انه لا شيء له، و حقق شيخنا الشهيد أن هنا أحكاما أربعة.

الأول: الحكم ظاهرا بالنسبة إلى الموهوب، و الأولى فيه القطع بالصحة.

ص: ١٤٧

١-١) المغنى لابن قدامه ٢٩١:٦.

٢-٢) المغنى لابن قدامه ٢٩١:٦.

الثالث: القبض، و هو شرط فى صحه الهبه، و شرطه إذن الواهب و إيقاع القبض للهبه، فلو قبض من دون إذنه لم ينتقل الملك اليه و ان كانا فى المجلس، الثانى: الحكم باطنا بالنسبه إليه، فمع علمه بعدم القصد لا تبرأ ذمته و مع عدمه تبرأ.

الثالث: الحكم ظاهرا بالنسبه إلى الواهب، و هو اللزوم مؤاخذه له بصيغه الإبراء. و ينبغى أن يقيد بما إذا لم يعلم بالبينه العادله انه لم يكن معتقدا لاستحقاق شىء، كما لو أخبر حين إيقاع الصيغه عن نفسه بذلك.

الرابع: الحكم باطنا بالنسبه اليه و هو موضع الاشكال، و الأصح عدم الصحه بلا اشكال. و تظهر الفائده فى جواز المقاصه و عدمها، فعلى الصحه لا تجوز، و على العدم تجوز.

قوله: (و هو شرط فى صحه الهبه).

لا ينافى عد القبض شرطا للصحه على ما سبق من أنه ركن لها، و إذ لا امتناع فى أن يكون جزءا لسبب و شرطا لترتب أثره عليه، و اعلم أن هذا هو المعروف من مذهب الأصحاب.

و حكى الشيخ فى المبسوط خلافا ان الملك هل يحصل من حين القبض أو من حين العقد، فيكون القبض كاشفا؟ (1) و صحح الأول، و لا ريب فى ضعف الثانى لأصالة بقاء الملك على مالكة الى أن يحصل السبب الناقل، و تظهر الفائده فى النماء.

قوله: (و شرطه اذن الواهب و إيقاع القبض للهبه، فلو قبض من دون اذنه لم ينتقل الملك اليه و إن كانا فى المجلس، يشترط لصحه القبض أمران:

ص: ١٤٨

و يقبل قوله فى القصد. أحدهما: إذن الواهب، فلا يعتد به من دون إذنه، لأن التسليم غير مستحق عليه، فجرى مجرى ما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير إذن البائع، ولا فرق فى ذلك بين كونهما فى المجلس و عدمه، خلافاً لأبى حنيفة حيث لم يشترط الاذن إذا كانا فى المجلس (١).

الثانى: إيقاع القبض للهبة، والمراد به على ما يرشد إليه كلام المصنف آخر إذن الواهب فى قبضه للهبة حيث فرغ على هذا الشرط.

قوله: (و كذا لو أقبضه الواهب لا للهبة).

إلا أن ذلك خلاف المتبادر من عبارته، والحاصل أن إقباض الواهب للمتهب يشترط أن لا يكون لغير الهبة، فلو أقبضه للإيداع أو للعاريه لم يعتد بقبضه للهبة.

و هل يعتبر اذنه فى القبض مطلقاً من غير قصد شىء فيصح قبض المتهب حينئذ عن الهبة؟ يلوح من عبارته المختلف عدم الاعتداد به، وكذا يلوح منها عدم الاعتداد بالقبض المطلق من المتهب (٢)، وهو المتبادر من أول كلام المصنف هنا.

و يحتمل الاكتفاء بالقبض المطلق و الاذن فيه لصدق اسم القبض عليه و صلاحيته للهبة، لانتفاء الصارف و هو قصد شىء آخر.

قوله: (و يقبل قوله فى القصد).

أى يقبل قول الواهب فى قصده فى الاذن بالقبض باعتبار كونه للهبة أو لغيرها، فلو خالفه المتهب قدّم قوله بيمينه. و يمكن أن يكون المراد: انه يقبل قول كل من الواهب و المتهب فى قصده بالإذن فى القبض أو بقبض الهبة لا غيرها. فلو

ص: ١٤٩

١- (١) اللباب ١٧١: ٢، المغنى لابن قدامة ٢٧٧: ٦.

٢- (٢) المختلف: ٤٨٦.

و لو أقر بالهبة و الإقباض حكم عليه و ان كان فى يد الواهب، و له الإحلاف لو ادعى المواطاه، و لا- يقبل إنكاره. و لو مات الواهب قبله بطلت الهبة و إن كان بعد الإذن فى القبض. خالفه الآخر قَدَم قوله بيمينه، و وجهه: انه اعرف بقصده.

قوله: (و لو أقر بالهبة و الإقباض حكم عليه و إن كان فى يد الواهب).

لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) إلا أن يعلم كذبه فلا يعتد به.

قوله: (و له الإحلاف لو ادعى المواطاه و لا يقبل إنكاره).

أى: لو أنكر الواهب المقر بالإقباض حصول القبض بعد إقراره به، و ادعى أن الإقرار إنما كان بمواطأته للمتهب و موافقته إياه، و لم يكن مخبره واقعا كما قد يتفق كثيرا لم يقبل إنكاره، لأن الإنكار بعد الإقرار لا يلتفت إليه إذ الأصل فيه الصحة، لكن له إحلافه على وقوع القبض.

قال فى الدروس: و ليس له الإحلاف على نفي المواطاه (٢)، و كأنه مبنى على أن الدعوى بالإقرار و ما جرى مجراه (غير) (٣) مسموعه، و إنما أحلف على حصول القبض، لأن الواهب يدعى فساد الإقرار بعدم وقوع القبض، و سيأتى إن شاء الله تعالى فى القضاء ان الأصح سماعها فله الإحلاف على نفي المواطاه هنا، و قد صرح بذلك شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه على الكتاب.

قوله: (و لو مات الواهب قبله بطلت الهبة و إن كان بعد الاذن فى القبض).

قال الشيخ فى المبسوط:

ص: ١٥٠

١- (١) عوالى اللالكئ ١: ٢٢٣ حديث ١٠٤.

٢- (٢) الدروس: ٢٣٨.

٣- (٣) لم ترد فى «ك».

و لو وهب ما فى يد المتهم صحت، و لم يفتقر الى تجديد قبض، و لا إذن، و لا مضى زمان يمكن فيه القبض. إذا مات الواهب قبل الإقباض لا تبطل الهبة و قام الوارث مقامه، كالبيع فى مده الخيار، من حيث أن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلا يفسخ بالموت كبيع الخيار (١)، و تبعه ابن البراج (٢)، مع أنه قال فى هبه ذى الرحم: إذا مات قبل قبضها كانت ميراثاً.

و المشهور البطلان و هو الأصح، لأن الهبة عقد جائز (قبل القبض) (٣) كالوكالة و الشركه فتبطل بالموت و نحوه، و لروايه داود بن الحصين، عن الصادق عليه السلام: فى الهبة و النحله ما لم يقبض حتى يموت صاحبها، قال: «هو ميراث» (٤) و كذا تبطل لو مات المتهم.

قوله: (و لو وهب ما فى يد المتهم صحت، و لم يفتقر الى تجديد قبض، و لا إذن، و لا مضى زمان يمكن فيه القبض).

إطلاق العبارة يتناول ما إذا كان فى يد المتهم بإيداع أو عاريه أو غصب أو غير ذلك، و قد صرح بذلك فى المختلف (٥) و التذكرة (٦).

و وجهه: ان القبض المشترط حاصل حين إيقاع العقد فأغنى عن قبض آخر، و عن مضى زمان يسعه، إذ لا مدخل له فى التأثير، و إنما كان اعتباره مع عدم القبض لضروره امتناع حصوله، و لم يعتبر الشيخ فى المبسوط الاذن فى القبض هنا،

ص: ١٥١

١- ١) المبسوط ٣: ٣٠٥. [١]

٢- ٢) المهذب ٢: ٩٥.

٣- ٣) لم ترد فى «ك».

٤- ٤) التهذيب ٩: ١٥٧، حديث ٦٤٨، الاستبصار ٤: ١٠٧، حديث ٤٠٩.

٥- ٥) المختلف: ٤٨٨.

٦- ٦) التذكرة ٢: ٤١٨. [٢]

و كذا لو وهب و لى الطفل ماله الذى فى يده، و لو كان مغصوبا أو مستأجرا أو مستعارا على اشكال افتقر الى القبض، بخلاف ما فى يد وكيله. لكن شرط مضى زمان يمكن فيه القبض (١)، و هو ضعيف.

فإن قيل: يجب اعتبار الاذن فى القبض، لأن القبض السابق كان بغير الهبه، و قد سبق أنه لا بد أن يكون الإقباض للهبه.

قلنا: ظاهر الحال أن رضاه بإقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بقبضه للهبه، بخلاف الإقباض بعد العقد للإيداع، فإن هذا الظاهر هنا منتف فحصل الفرق.

فرع: لو كان الموهوب فى يد وكيل المتهم وديعه و نحوها فهل يحتاج الى قباض مجدد؟ فيه تردد.

قوله: (و كذا لو وهب و لى الطفل ماله الذى فى يده).

أى: لا يحتاج الى تجديد قبض، و لا مضى زمان يسعه لحصول القبض، نعم يعتبر قصد القبض عن الطفل، لأن المال مقبوض فى يد الولى له فلا ينصرف الى الطفل إلا بصارف و هو القصد، و لم أجد بذلك تصريحاً لكن لا بد منه، و ما سبق فى أول بحث القبض، و فى قبض المسجد فى الوقف ينبه على ما قلناه، و مثله ما لو وكل المتهم الواهب القابض فى الهبه و الإقباض.

قوله: (و لو كان مغصوبا، أو مستأجرا، أو مستعارا على اشكال افتقر الى القبض، بخلاف ما فى يد وكيله).

أى: لو كان مال الولى الذى وهبه من الطفل مغصوبا افتقر فى صحه الهبه إلى قبض جديد، لأنه ليس فى يده، و كذا لو كان مستأجرا.

أما لو كان مستعارا فإشكال ينشأ: من أن قبض المستعير لما لم يكن بحق

ص: ١٥٢

و لو وهبه غيره افتقر الى قبض الولى أو الحاكم. و قبض المشاع هنا كقبضه فى البيع، و لو وهب اثنين فقبلا و قبضا صحت لهما، و لو قبل أحدهما و قبض صحت فى نصيبه خاصه. و لا يشترط فوريه الإقباض على إشكال. لازم، و للمعير إبطاله متى شاء كان كقبض الوكيل الذى يده يد الموكل. و من أنه إنما قبضه لنفسه لينتفع به فكانت اليد له لا للمعير، و تمكنه من الإبطال متى شاء لا يقتضى كونه فى يده- و هو الأصح- فيفتقر الى تجديد القبض، بخلاف ما لو كان المال فى يد وكيل الولى فإن يده لكونها يد الموكل لا يحتاج معها الى تجديد قبض.

قوله: (و لو وهبه غيره افتقر الى قبض الولى أو الحاكم).

أى: لو وهب الطفل غير الولى افتقر ذلك الى قبض الولى إن كان موجودا، و مع عدمه فلا بد من قبض الحاكم عن الطفل، و هو ظاهر.

قوله: (و قبض المشاع هنا كقبضه فى البيع).

لأن المحكم فى مسمى القبض هو العرف، و لا يختلف فى ذلك البيع و الهبه.

و قال بعض الشافعية: ان القول بالاكْتفاء بالتخليه مطلقا فى القبض فى البيع غير آت هنا، بل لا بد من النقل فى المنقول فى الهبه قولاً واحداً (١)، و ليس بشيء، و ستأتى ان شاء الله تعالى حكاية كلام المصنف فى المختلف بخلاف هذا.

قوله: (و لو وهب اثنين فقبلا و قبضا صحت لهما، و لو قبل أحدهما و قبض صحت فى نصيبه خاصه).

لأن الحكم بصحة الهبه دائر مع العقد و القبض، فمتى حصل حكم بالصحة، و إلا فلا.

قوله: (و لا يشترط فوريه القبض على اشكال).

ينشأ: من أن الأصل

ص: ١٥٣

١-١) مغنى المحتاج ٢:٤٠٠، كفايه الأختيار ١:٢٠١.

و يحكم بالملك من حين القبض لا من حين العقد. عدم الاشتراط و انتفاء دليل يدل عليه،و من أنه لما كان جزء السبب أشبه القول فاعتبر فيه الفوريه.

و يضعف بأن الجزئيه لا- تقتضى الفوريه،إذ لا-امتناع فى تراخى وجود بعض الأجزاء عن بعض،و اعتبار الفوريه فى القبول من حيث انه جواب للإيجاب فيعتبر فيه ما يعد معه جوابا،و التسامح فى العقود الجائزه لقبوله التأخير من حيث أن الأمر فيها سهل،و من ثم اكتفى بالقبول فعلا،على أن ثبوت الفوريه فى القبول بالإجماع لا يقتضى مساواه القبض له،و هو الأصح.

قال الشارح الفاضل ولد المصنف:إن الاشكال فى اعتبار الفوريه انما هو على القول بأن القبض شرط لصحة الهبه،لا على القول بأنه شرط فى لزومها دون صحتها (١)،و هو حسن،لأنه على هذا التقدير ليس جزءا لسبب فجرى مجرى القبض فى البيع بالنسبه إلى تلف المبيع.

قوله: (و يحكم بالملك من حين القبض لا من حين العقد).

هذا أشهر القولين للأصحاب و أصحابهما،تمسكا بأصالة بقاء الملك على مالكة الى أن يحصل القبض،و لروايه داود بن الحصين السالفه (٢).

و قال الشيخ فى الخلاف:انه شرط للزوم لا- الصحه و الانعقاد (٣)و اختاره جماعه (٤)،و هو مختار المصنف فى المختلف (٥)،لصحيحه أبى بصير،عن الصادق عليه السلام:«الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض،قسّمت أو لم تقسم» (٦)،و لا دلاله فيها،لأن

ص: ١٥٤

١- (١) إيضاح الفوائد ٢:٤١٤.

٢- (٢) التهذيب ٩:١٥٧ حديث ٦٤٨،الاستبصار ٤:١٠٧ حديث ٤٠٩.

٣- (٣) الخلاف ٢:١٣٣ مسأله ٢٧ كتاب زكاه الفطره.

٤- (٤) منهم ابن البراج فى المهذب ٢:٩٥.

٥- (٥) المختلف:٤٨٦.

٦- (٦) معانى الأخبار:٣٩٢ حديث ٣٨،التهذيب ٩:١٥٦ حديث ٦٤١.

ولا- فرق فى اشتراط القبض بين المكيل و الموزون و غيرهما. و القبض فيما لا- ينقل التخليه، و النقل فيما ينقل، و فى المشاع بتسليم الكل إليه، فإن امتنع الشريك قيل للمتعب: و كل الشريك فى القبض لك و نقله، فإن امتنع نصب الحاكم من يكون فى يده لهما فينقله ليحصل القبض. الجواز أعم من حصول الملك مع معارضتها بروايه أبى بصير أيضا عنه عليه السلام، قال: «الهبه لا تكون هبه حتى تقبض» (١)، و أقرب المجازات الى نفي الماهيه نفي الصحه.

قوله: (و لا فرق فى اشتراط القبض بين المكيل و الموزون و غيرهما).

لإطلاق دلائل اشتراط القبض، و عن أحمد: ان القبض شرط فى المكيل و الموزون دون غيرهما (٢).

قوله: (و القبض فى ما لا ينقل التخليه، و النقل فى ما ينقل).

و فى المكيل و الموزون الكيل و الموزون كما فى البيع سواء لما تقدم.

قوله: (و فى المشاع بتسليم الكل إليه، فإن امتنع الشريك قيل للمتعب: و كل الشريك فى القبض لك و نقله، فإن امتنع نصب الحاكم من ييكون فى يده لهما فينقله لتحصيل القبض).

لا- ريب أن المشاع إذا كان مما ينقل فاقباضه إنما يكون بتسليم الكل الى المتعب، فإن رضى شريك الواهب بالتسليم اليه فلا بحث، و إن امتنع لم يجز له إثبات يده على مال الشريك، بل يقال: للمتعب و كل الشريك ليقبض لك إن شئت، فإن تعاسرا رفع الأمر إلى الحاكم لينصب أمينا يقبض الكل، نصفه للهبه و نصفه قبض أمانه للشريك حتى يتم عقد الهبه.

ص: ١٥٥

١- (١) التهذيب ٩: ١٥٩ حديث ٦٥٤، الاستبصار ٤: ١٠٧ حديث ٤٠٧.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ٦: ٢٧٤، المجموع ١٥: ٣٨١.

و لو قبضه من دون إذن الشريك ففي اعتباره نظر، وكذا في كل قبض منهى عنه. وهذا إذا كان منقولاً- كما يدل عليه قوله: (فينقله)، أما لو كان غير منقول فالظاهر أن التخليه كافي في قبضه، كما في البيع إذا لم يكن الشريك غاصبا مستقلا باليد، و به صرح الشيخ في المبسوط (١)، و هو قضيه قول المصنف سابقا، و قبض المشاع هنا كقبضه في البيع.

و اعتبر شيخنا في الدروس اذن الشريك في قبض المشاع و إن كان غير منقول (٢)، و هو غير واضح. و اكتفى المصنف في المختلف في المنقول بالتخليه مع عدم اذن الشريك، لعدم الفرق بين القدره الحسيه و عدم القدره الشرعيه (٣). و فيه نظر، لأن مسمى القبض في المنقول لا يتحقق بدون النقل، و مختار المصنف هنا أقوى.

قوله: (و لو قبضه من دون اذن الشريك ففي اعتباره نظر، وكذا في كل قبض منهى عنه).

ينشأ النظر: من صدق حصول القبض، فإن النهى إنما يقتضى الفساد في العبادات خاصه و من أن القبض ركن من أركان العقد، فإذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا فتختل بعض أركان العقد و الحاصل ان النهى في غير العبادات لا يقتضى فساد المنهى إذا كملت أركانه و شروطه، أما إذا كان بعضها غير معتد به شرعا اختل العقد، لا للنهى بل لانتفاء الركن أو الشرط.

فإن قيل: قبض المشاع بالنسبه إلى الشقص الموهوب معتبر شرعا، و إنما المنهى عنه قبض حصه الشريك.

قلنا: هو قبض واحد فلا يتصور فيه اجتماع الأمرين، و الأصح عدم اعتباره.

ص: ١٥٦

١- ١) المبسوط ٣: ٣٠٦. [١]

٢- ٢) الدروس: ٢٣٧.

٣- ٣) المختلف: ٤٨٨.

المطلب الثاني: في الأحكام: المتبهم إن كان ذا رحم لم يجز الرجوع بعد الإقباض، وكذا إن كان أجنبيا و عوض، وإن كان ببعضها قوله: (المتبهم إن كان رحما لم يجز الرجوع بعد الإقباض).

لا- خلاف عندنا في أن المتبهم إذا كان أحد الوالدين و اقبض الهبه لا- يجوز الرجوع في هبته، وكذا الولد صغيرا كان أو كبيرا. نقل المصنف الإجماع على ذلك في التذكرة (١)، وفي التحرير نقل الإجماع في الوالدين (٢)، وفي المختلف نقله في الأولاد (٣).

أما غير الوالدين و الأولاد من ذوى الأرحام فقد اختلف كلام الأصحاب في حكمهم، فقال المرتضى (٤) و جماعه (٥) بجواز الرجوع في هبتهم بعد الإقباض.

و المشهور العدم، وللروايات الصحيحة الصريحه (٦)، و روايه داود بن الحصين الداله على الرجوع في هبه ذى القرابه (٧)، قال المصنف في المختلف: إن في طريقها قولاً، و العمل على المشهور (٨).

قوله: (و كذا إن كان أجنبيا و عوض و إن كان ببعضها).

أى: لا يجوز الرجوع بعد الإقباض لقول الصادق عليه السلام: «إذا عوض

ص: ١٥٧

١- ١) التذكرة ٤١٨: ٢. [١]

٢- ٢) التحرير ٢٨٣: ١. [٢]

٣- ٣) المختلف: ٤٨٤.

٤- ٤) الانتصار: ٢٢١.

٥- ٥) منهم الشيخ في المبسوط ٣: ٣٠٩، و الشهيد في اللمعه: ١٠٧. [٣]

٦- ٦) التهذيب ٩: ١٥٦، حديث ٦٤٣-٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨، حديث ٤١٠-٤١٣.

٧- ٧) التهذيب ٩: ١٥٧، حديث ٦٤٥، الاستبصار ٤: ١٠٦، حديث ٤٠٤.

٨- ٨) المختلف: ٤٨٥.

أو قصد الأجر أو تلفت العين أو تصرف على رأى و إن لم يكن لازماً، صاحب الهبة فليس له أن يرجع» (١). ولا فرق بين كون العوض قليلاً أو كثيراً حتى لو كان بعض الهبة، لأن إطلاق العوض صادق عليه فإنه مملوك له، ولأنه بالتعويض به امتنع الرجوع فيه لإخراجه عن ملكه و فى الباقي للتعويض.

قوله: (أو قصد الأجر).

و ذلك بأن يتقرب بها الى الله تعالى، لأنها صدقه حينئذ كما صرح به فى أول الهبة فى التذكرة (٢)، و لصدق التعويض، لأن الثواب خير عوض، و لقول الصادق عليه السلام: «و لا ينبغي لمن اعطى لله عز و جل شيئاً أن يرجع فيه» (٣)، الحديث، و غيره من الأحاديث.

قوله: (أو تلفت العين).

و كذا لو أتلّفها هو، لقول الصادق عليه السلام فى صحيحه الحلبي: «إذا كانت الهبة قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له» (٤)، و هذه كما تدل على المدعى تدل على أن تلف بعض العين مانع من الرجوع.

قوله: (أو تصرف على رأى و ان لم يكن لازماً).

اختلف كلام الأصحاب فى جواز الرجوع فى الهبة مع التصرف، فذهب إليه (٥)

ص: ١٥٨

١ - ١) الكافي ٧:٣٣ حديث ١٩، [١] التهذيب ٩:١٥٤ حديث ٦٣٢.

٢ - ٢) التذكرة ٢:٤١٤. [٢]

٣ - ٣) الكافي ٧:٣٠ حديث ٣، [٣] التهذيب ٩:١٥٢ حديث ٦٢٤، الاستبصار ٤:١١٠ حديث ٤٢٣.

٤ - ٤) الكافي ٧:٣٢ حديث ١١، [٤] التهذيب ٩:١٥٣ حديث ٦٢٧، الاستبصار ٤:١٠٨ حديث ٤١٢.

٥ - ٥) فى نسخه «ه»: «فذهب الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن إدريس و جمع من المتأخرين إلى الرجوع». و هذا غير صحيح، لأن الشيخ و ابن البراج و ابن إدريس قائلون بعدم جواز الرجوع، و ما أثبتناه هو من نسخه «ك» و هو الصواب. و الضمير فى قول الكركي: (إليه) يعود الى عدم جواز الرجوع المذكور فى قول العلامة فى القواعد حيث قال: (المتهب ان كان ذا رحم لم يجز الرجوع بعد الإقباض، و كذا).

الشيخ فى النهايه (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن إدريس (٣)، و جمع من المتأخرين (٤)، و ذهب المفيد الى اللزوم باستهلاك العين أو إحداث المشتري فيها حدثا (٥)، و ذهب ابن حمزه إلى اللزوم بخروجها عن ملك الموهوب و إن عادت، و بتصرف يغير العين كالخشب يصيره سريرا (٦)، و ذهب سلالر (٧)، و أبو الصلاح الى جواز الرجوع مع بقاء العين إلا مع التعويض (٨).

و المشهور الأول، يدل عليه عموم قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٩)، و ليس الرجوع تجارته و لا- عن تراض، و لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١٠) خرج من العموم ما دل الدليل عليه فيبقى الباقي على أصله، و لروايه إبراهيم بن عبد الحميد، عن الصادق عليه السلام قال: «أنت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها»، و قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه» (١١) خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على أصله.

و لا يضر ضعف السند مع الاعتضاد بالشهره، و بغيره من الدلائل، و لأن

ص: ١٥٩

١- ١) النهايه: ٦٠٣. [١]

٢- ٢) المهذب ٢: ٩٥.

٣- ٣) السرائر: ٣٨١.

٤- ٤) منهم الشهيد فى الدروس: ٢٣٧، و فخر المحققين فى الإيضاح ٢: ٤١٥.

٥- ٥) المقنعه: ١٠٠.

٦- ٦) الوسيله: ٧٣٦.

٧- ٧) المراسم: ١٩٩.

٨- ٨) الكافى فى الفقه: ٣٢٨.

٩- ٩) البقره: ١٨٨. [٢]

١٠- ١٠) المائده: ١. [٣]

١١- ١١) التهذيب ٩: ١٥٨، حديث ٦٥٣، الاستبصار ٤: ١٠٧، حديث ٤٠٨.

وإلا- فللواهب الرجوع. و يكره لأحد الزوجين الرجوع على رأى. جواز الرجوع يقتضى تسلط الواهب على ملك المتهب، و هو على خلاف الأصل، لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١) فيقتصر فيه على موضع الدليل، و لقول الشيخ فى المبسوط: روى الأصحاب ان المتهب متى تصرف فى الهبه فلا رجوع فيها (٢).

فإن قيل صحيحه الحلبي (٣) السابقه تدل على جواز الرجوع مع بقاء العين، و هو أعم من حصول التصرف الذى لا يغير العين و عدمه- و ذلك مذهب ابن حمزه (٤)، فهى معارضه لما سبق من الدلائل، و كذا صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يهب الهبه أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: «تجوز الهبه لذوى القربى، و الذى يثاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك ان شاء» (٥).

قلنا لا- عموم للروايتين مع إمكان تقييدهما بما قبل التصرف، فإن تقييد الثانية لا بد منه. و على كل حال فالمسأله لا تخلو من شىء، و المذهب هو المشهور، إلا أن قول ابن حمزه ليس بذلك البعيد.

إذا عرفت هذا فظاهر كلام المصنف عد نحو علف الدابه تصرفا، كما يدل عليه قوله الآتى و إن كان بفعله إن سوغنا الرجوع مع التصرف.

قوله: (و إلا فللواهب الرجوع).

أى: و إن لم يكن واحد من الأمور السالفه فللواهب الرجوع.

قوله: (و يكره لأحد الزوجين الرجوع على رأى).

هذا مذهب الشيخ

ص: ١٦٠

١- (١) عوالى اللئالى ١٣٨: ٢ حديث ٣٨٣.

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣١٢. [١]

٣- (٣) التهذيب ٩: ١٥٣ حديث ٦٢٧، الاستبصار ٤: ١٠٨ حديث ٤١٢.

٤- (٤) الوسيله: ٤٥٣. [٢]

٥- (٥) التهذيب ٩: ١٥٨ حديث ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ حديث ٤١٤.

و إفلاس المتهم لا يبطل حق الرجوع، و مع الحجر إشكال، فى النهايه (١)، و جماعه (٢)، و نقل فى الخلاف انهما يجريان مجرى ذوى الرحم (٣)، و اختاره المصنف فى التذكره (٤)، و الشارح الفاضل (٥)، لصحيحه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام انه قال: «و لا- يرجع الرجل فى ما يهبه لزوجته، و لا- المرأه فى ما تهبه لزوجها حيز أو لم يحز، أليس الله تعالى يقول و لا- يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا (٦) فَإِنْ طِئِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا (٧)، و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه» (٨).

فإن قيل: ما دل عليه الحديث لا يقولون به، لأنه دلّ على اللزوم من دون القبض.

قلنا: يمكن تنزيله على أن المراد نفى قبض جديد حيث يكون الموهوب مقبوضا جمعا بين الأخبار، و مختار التذكره هو الأصح.

قوله: (و إفلاس المتهم لا يبطل حق الرجوع).

المراد به: إذا لم يحجر عليه بدليل:

قوله: (و مع الحجر إشكال).

ينشأ: من تعلق حق

ص: ١٤١

١-١) النهايه: ٦٠٣. [١]

٢-٢) منهم المحقق فى الشرائع ٢:٢٣٠ و المختصر النافع ١:١٦، و ابن حمزه فى الوسيله: ٧٣٦، و ابن إدريس فى السرائر: ٣٨١.

٣-٣) الخلاف ٢:١٣٦ مسأله ١٢ كتاب الهبه.

٤-٤) التذكره ٢:٤١٨. [٢]

٥-٥) إيضاح الفوائد ٢:٤١٧.

٦-٦) البقره: ٢٢٩. [٣] هكذا وردت الآيه فى ضمن الحديث المروى فى الاستبصار، اما فى التهذيب و الكافى و [٤] نسختى «ك» و «ه» و الحجرية وردت: (و لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا) و الظاهر ان المراد فيها مفاد الآيه و الله العالم.

٧-٧) النساء: ٤. [٥]

٨-٨) الكافى ٧:٣٠ حديث ٣، [٦] التهذيب ٩:١٥٢ حديث ٦٢٤، الاستبصار ٤:١١٠ حديث ٤٢٣.

أمّا جنايه الهبه فالأقرب أنّها تبطل حق رجوع الواهب. الغرماء بها، فإنها من جملة أموال المفلس، و الحرج يقتضى تعلق الديون بجمعها، و لهذا لا يحجر عليه لو وفت أمواله مع الهبه بالديون، و عموم الدلائل الداله على تعلق حقوق الغرماء بأمواله يتناولها، و اختاره فى التذكرة (١).

و من وجود العين، و سبق تعلق حق الواهب بها كالمبيع بخيار، و الفرق ظاهر، فإن الواهب سلط المتهب على جميع التصرفات فى الهبه و أدائها فى الدين، و أعدها لتعلق حق الغرماء بها فلا يكون له إبطاله، كما لا يكون له إبطال البيع، بخلاف المبيع بخيار فإن المشتري ممنوع من التصرفات المخرجه عن الملك، و الأول أقوى.

قوله: (أما جنايه الهبه فالأقرب انها تبطل حق رجوع الواهب).

المراد: جنايه العبد الموهوب، و وجه القرب أن أرش الجنايه مقدم على الملك الحقيقى و حق الواهب أضعف، و لأن تصرف الموهوب منه مانع من الرجوع فتعلق الجنايه، أولى، و يحتمل العدم لأنه حق أسبق.

و التحقيق: انه إن أراد ببطلان حق رجوع الواهب: كونه لا- يستحق استرجاع العين إذا أخذها المجنى عليه فى الجنايه فهو صحيح، إلا انه لا معنى لقوله:

(الأقرب) إذ لا- يحتمل مقابله أصلا. و إن أراد: انه ليس له الرجوع بحال فلى كذلك، فإنه لا منافاه بين الرجوع و بقاء حق الجنايه حتى لو كانت الجنايه خطأ كان له فداء الجانى بالأرش، و لو كانت عمدا و رضى المجنى عليه به كان له بذله و الاختصاص بالعين، و لا معنى للأقرب هنا أيضا.

فإن قيل: أى فرق بين تعلق حقوق غرماء المتهب المفلس و بين تعلق أرش الجنايه.

قلنا: الفرق أظهر من الشمس، لأن تعلق حقوق الغرماء يقتضى نبوت ماله

ص: ١٦٢

و لو جوزنا الرجوع مع التصرف فإن كان لازماً كالكتابة و الإجاره فهو باق على حاله.

و لو باع أو أعتق فلا رجوع. الهبه للمفلس و تأكدها، لأن الديون فى ذمته و عليه أدائها من ماله، و أرش الجنايه لا تعلق للمتهب فيه، و إنما هو حق لأجنبي ثبت له استقلالاً بسبب الجنايه من دون توسط المتهب، و لا يخفى أن هذا إنما هو فى مقدار أرش الجنايه، أما الزائد فلا كلام فى أن له الرجوع فيه، كذا قال الشارح الفاضل (١).

و لقائل أن يقول: بل لنا فيه كلام، لأنه إذا بطل رجوعه فى بعض العين، لتعلق حق المجنى عليه به فليس له الرجوع، إذ ليست الهبه قائمه بعينها بل صار بعضها حق شخص آخر إذ ذلك بمنزله تلف البعض، و كيف كان فالمختار ما حققناه.

قوله: (و لو جوزنا الرجوع مع التصرف، فان كان لازماً كالكتابة و الإجاره فهو باق على حاله، و لو باع أو أعتق فلا رجوع).

هذا بيان حال التصرف فى صحته و بطلانه، بناء على أن التصرف غير مانع من الرجوع.

و تحقيقه: ان التصرف: إما أن يكون لازماً أولاً، و سيأتى حكم الجائز إن شاء الله تعالى عن قريب. و اللازم: إما أن يمتنع فسخه كالعتق و الوقف أولاً، و غير الممتنع:

إما أن يكون له أمد ينتظر كالأجاره و السكنى و المزارعه أو لا كالبيع، فإن كان له أمد ينتظر كالأجاره و نحوها صح الرجوع فى العين، و صبر الى انقضاء مده الإجاره و أخواتها، و نحو ذلك ما لو زوّج الجاربه. و مال الإجاره و الحصه فى المزارعه و المهر فى النكاح للمتهب، لأنه حصل فى ملكه، و ليس للواهب فيه شىء لا عمّا مضى و لا عمّا يأتى.

ص: ١٦٣

و لو كان جائزا بطل كالتدبير، و الوصيه، و الهبه قبل القبض. و أما ما لا أمد له ينتظر، فإن كان كتابه للعبد و انفسخت بعجزه عن النجوم، أو رهنا انفك بنحو أداء الدين فجواز الرجوع ثابت حينئذ، لعدم زوال الملك بالرهن و لا بالكتابه لا قبله لانقطاع السلطنه عن المكاتب، و تعلق حق المرتهن بنفس الرهن على وجه لازم، و لو كان يباع و نحوه فعدم الرجوع قبل عوده الى ملك المتهب ظاهر.

أما إذا عاد بإرث، أو شراء، أو غير ذلك ففي جواز الرجوع وجهان أشار إليهما المصنف في آخر الباب.

أحدهما: الرجوع، لأنه وجد عين ماله عند من يجوز له الرجوع في ما وهب منه.

و الثاني: المنع، لأن هذا الملك غير مستفاد منه حتى يزيله و يرجع فيه و إنما هو ملك مستأنف، و مثله ما لو فسخ البيع بعيب أو خيار أو كان التصرف هبه فرجع فيها، و الثاني أقوى تفريعا على أن التصرف لا يمنع الرجوع، لأن خروج الملك عن المتهب يقتضى سقوط رجوع الواهب، لأنه إنما يرجع في ملك المتهب فعوده يحتاج الى دليل.

و على الأول فلو اشتراه من المشتري بثمن مؤجل ثم أفلس كان المشتري أحق بها من الواهب، لأن حقه تعلق بها من جهة ملكه إياها بالبيع فكان أولى كما لو اشتراها و لم يبيعها. و لو ارتد العبد في يد المتهب لم يسقط حق الرجوع، لأنه لا يخرج بذلك عن الملك و إن كانت الرده فطريه بخلاف رده المتهب.

و اعلم أن عبارته المصنف لا تخلو من مناقشه، لأن حكمه ببقاء التصرف بالكتابه و الإجاره على حاله يشعر بعدم الرجوع معه. و قوله (و لو باع أو أعتق فلا رجوع) يشعر بثبوت الرجوع في ما قبله، و التحقيق ما قلناه.

قوله: (و لو كان جائز بطل كالتدبير، و الوصيه، و الهبه قبل القبض).

هذا هو القسم الموعود به سابقا، و إنما بطل لسبق حق الواهب و بقاء الملك

و الرجوع يكون باللفظ مثل: رجعت، أو ارتجعت، أو أبطلت، أو رددت، أو فسخت، وغيرها من الألفاظ الداله على الرجوعو بالفعل مثل:

أن يبيع، أو يعتق، أو يهب. للمتهب من غير أن يتعلق به حق ثابت بالتصرف.

و قيد الهبه بكونها قبل القبض احترازاً عما إذا قبضت فإنه لا رجوع هنا، لأن الهبه الثابته إن امتنع الرجوع فيها فظاهر، وإلا فإن حق المتهب الثانى قد تعلق بها بتسليط الواهب الأول، وقد خرج الملك عن الواهب الثانى فإبطال ملك المتهب الثانى يحتاج الى دليل.

فان قيل الدليل أصاله البقاء.

قلنا أصاله البقاء معارضه بأصاله عدم سلطنته عن المتهب الثانى، كالمشترى من المتهب، و لو باع المتهب بخيار له فكالهبه التى يجوز الرجوع فيها.

قوله: (و الرجوع يكون باللفظ مثل: رجعت، أو ارتجعت، أو أبطلت، أو رددت، أو فسخت، وغيرها من الألفاظ الداله على الرجوع).

مثل: نقضت الهبه، و نحوها، و لا فرق بين هذه الألفاظ عندنا، و الشافعيه بنوا الفرق و عدمه على أن الرجوع نقض و إبطال للهبه أم لا؟- فعلى الأول ينبغى أن يستعمل لفظ النقض و الإبطال، إلا- أن يجعل كناية عن المقصود و يفتقر إلى النيه مثل فسخت الهبه (١)، و هذا ساقط عندنا.

قوله: (و بالفعل مثل أن يبيع أو يعتق أو يهب).

عدوا مثل هذه أفعالا مع أنها عقود مركبه من الألفاظ نظرا الى أن عقد البيع يقتضى إنشاء نقل الملك، و مثله ما لو وطأ الجاربه الموهوبه. و وجه حصول الرجوع بها: انها لا تسوغ لفاعلها إلا فى ملكه كما لو اتى بشىء منها فى زمن الخيار.

ص: ١٦٥

و هل يكون ذلك فسخا لا غير، أو فسخا و عقدا؟ الأقرب الثاني. و الأقرب أن الأخذ ليس فسخا، قوله: (و هل يكون ذلك فسخا لا غير، أو فسخا و عقدا؟ الأقرب الثاني).

أشار ب(ذلك)الى البيع و العتق و الهبه التى أوقعها الواهب، و أراد بكونها فسخا و عقدا: حصول فسخ الهبه بالعقد الواقع و صحه العقد فى نفسه. و بكونها فسخا لا غير: إفادتها فسخ الهبه و عدم ترتب مقتضاها عليها من انتقال المبيع إلى المشتري، و الموهوب الى المتهب، و انعقاد العبد.

و وجه القرب: ان ثبوت الفسخ فرع صحه العقد فى نفسه، لأنه أثره، و الفاسد من العقود ما لا يترتب أثره عليه، و لعموم:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و(المسلمون عند شروطهم) (٢).

و يحتمل كونها فسخا لا غير، لأن العقد وقع فى غير ملك، إذ الفسخ و عود الملك الى الواهب أثره فيتأخر عنه. و فيه نظر، لجواز أن يكون حصول العقد كاشفا عن حصول الفسخ بالقصد إلى إيقاعه، و مجرد هذا الخيال لا ينهض معارضا، لعموم الكتاب و السنه، على انه لو لم يصح العقد لزم عدم حصول الفسخ ايضا كما تقدم، و ذهب الشيخ فى المبسوط الى بطلان البيع (٣)، و الأول أقوى.

قوله: (و الأقرب أن الأخذ ليس فسخا).

جزم المصنف فى التذكرة بأن الواهب لو أخذ الهبه من المتهب ناويا الرجوع كان فسخا (٤)، و هو حق، إذ لا ينقص ذلك عن الوطاء، و القول قوله فى نيته، لأنه

ص: ١٦٦

١- ١) المائدة: ١. [١]

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ٨. [٢] صحيح البخارى ٣: ١٢٠، سنن الترمذى ٢: ٤٠٣ حديث ١٣٦٣.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٠٤. [٣]

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٢١. [٤]

و إذا رجع و هى معييه لم يرجع بالأرش و إن كان بفعل المتهم، و إن زادت زياده متصله فهى للواهب و إن كانت بفعله إن سوغنا الرجوع مع التصرف، أبصر بها.

فإن لم يعلم ما نواه و تعذر الرجوع اليه بموت و نحوه: فإن لم توجد قرينه تدل على اراده الرجوع لم يحكم بكونه رجوعا، لأن الأخذ يحتمل الرجوع و عدمه، فلا يزال الحكم المتيقن بالمشكوك فيه، و إن وجدت قرينه تدل على ذلك فوجهان: أحدهما:

كونه رجوعا لمكان القرينه الداله على النيه، و الثانى: العدم، لأن الأخذ أعم من الرجوع. و يضعف بأن وجود القرينه رافع للعموم، و الأول أقوى، و اختاره المصنف فى التحرير (١).

و مما حققناه يعلم أن عباره الكتاب تحتاج الى تنقيح، و ما احتج به الشارح الفاضل للأقرب من احتياج العقد اللفظى فى رفعه الى لفظ، و دعواه انه لم يأت من الشارع بإطاله بمجرد الفعل (٢) ينافى كون الوطاء موجبا للفسخ فى الهبه و البيع بخيار، و هو لا يقول به.

قوله: (و إذا رجع و هى معييه لم يرجع بالأرش و إن كان بفعل المتهم).

لأنها غير مضمونه عليه، و قد سلطه على إتلافها مجانا فأبعاضها أولى، و عدم الضمان لو تلف البعض بنفسه أخرى.

قوله: (و إن زادت زياده متصله فهى للواهب و إن كانت بفعله إن سوغنا الرجوع مع التصرف).

لأنها جزء العين و داخله فى المسمى، و يظهر من عباره ان علف الدابه

ص: ١٤٧

١- (١) التحرير ٢٨٣: ١. [١]

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٤١٨: ٢.

و إن كانت منفصله كالولد و اللبن فهى للمتهب. و لو صبغ الثوب فهو شريك بقيمه الصبغ، و لكل منهما القلع، و فى الأرش إشكال. تصرف، و فى عده تصرفا نظرا. نعم يمكن أن يقال: هو بمنزله التصرف، لأن ثبوت الرجوع معه إضرار بالمتهب و تخسير له.

قوله: (و إن كانت منفصله كالولد و اللبن فهى للمتهب).

لأنها نماء حدث فى ملكه فيختص به، و لا فرق فى ذلك بين كون الرجوع قبل الولاده و حلب اللبن أو بعدهما.

قال ابن حمزه: إن له الرجوع فى الأم و الحمل و إن نما على ملك المتهب (١)، و هو بناء على أن الحمل جزء من الام و أنه لا حكم له بانفراده، و ليس بجيد (٢) كما سبق فى البيع و كذا الصوف. و لا يخفى أن المراد بهذه الزيادة ما تجدد بعد الإقباض لا ما كان سالفا فإنه للواهب.

قوله: (و لو صبغ الثوب فهو شريك بقيمه الصبغ).

الأولى أن يقول فهو شريك بقدر قيمه الصبغ، و المراد ظاهر، و هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرف.

قوله: (و لكل منهما القلع، و فى الأرش إشكال).

لا- ريب أن لكل منهما قلع الصبغ عن الثوب إذا أمكن، لأن لكل منهما تخليص ما له من مال غيره فإن الشركه ضرر. فإن حدث نقص بالتخليص فى الثوب أو الصبغ:

فإن كان بفعل مالكه فلا بحث، و إن كان بفعل الآخر ففى لزوم الأرش إشكال ينشأ:

من انه عيب ملك غيره لتخليص ملكه فيكون مضمونا عليه، لأن الإلتلاف عليه فى

ص: ١٦٨

١-١) الوسيله: ٧٣٦. [١]

٢-٢) فى «ك»: و هو جيد.

و الأقرب عدم انتقال حق الرجوع الى الوارث. و لو مات المتهم لم يرجع الواهب، و لو جن فالأقرب جواز رجوع الولي مع الغبطه. الضمان، و من انه فعل مأذون فيه شرعا فلا- يتعقبه ضمان. و لأن النقص إن كان في الثوب بفعل المتهم فهو مأذون في الصبغ و سائر التصرفات من الواهب، و إن كان في الصبغ بفعل الواهب فإن المتهم عرض ماله للنقص حيث صبغ و هو يعلم أن للواهب الرجوع، و الأصح الأول.

و الاذن الشرعى لا يقتضى منع الضمان مع مباشره الإتلاف، و الاذن فى الصبغ لا يدل على الاذن فى الإتلاف للتخليص بوجه. كما أن علم المتهم باستحقاق الرجوع لا يدل على الاذن فى الإتلاف.

قوله: (و الأقرب عدم انتقال حق الرجوع الى الوارث).

أى: إلى وارث الواهب لو مات، و وجهه القرب ان الرجوع على خلاف الأصل، لأنه تسلط على انتزاع مال الغير فيقتصر فيه على الواهب لخروجه بالدليل فيبقى غيره على الأصل، و هو الأصح.

و يحتمل انتقاله إليه، لأنه حق من الحقوق فيورث كالخيار، و الفرق قائم، فإن الخيار حق مؤكد و لهذا لا يمنعه تصرف المشتري مثلا- و لا- يسوغ للمشتري إخراج المبيع عن ملكه، و لو فعل لم يمس. و حق الرجوع للواهب ضعيف، و لم يدل على انتقاله دليل فيتمسك فيه بالأصل.

و قريب منه موت المتهم، ففي استحقاق رجوع الواهب على وارثه الوجهان، و الأقرب العدم. و المصنف لم يشر الى الوجهين فيه، بل ذكره على وجه الجزم بقوله: (و لو مات المتهم لم يرجع الواهب).

قوله: (و لو جن فالأقرب جواز رجوع الولي مع الغبطه).

وجه القرب: ان الرجوع

و يكره تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه، و يستحب التسويه، حق ثابت له و الولى قائم مقامه، و تصرفاته المشتمله على الغبطه ماضيه فى حقوقه و أمواله و هذا من جملتها.

و يحتمل عدمه، لأن ذلك منوط بإرادته و هى مجهوله، و يضعف بأن هذا لو منع لمنعت جميع تصرفاته، و الأصح الأول.

قوله: (و يكره تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه، و يستحب التسويه).

المشهور بين الأصحاب كراهيه التفضيل، و حرمة ابن الجنيد (1)، و هو ضعيف.

و روايه سماعه عن الصادق عليه السلام: انه لا يصلح إعطاء الوالد ولده إذا كان مريضاً، بخلاف ما إذا كان صحيحاً (2)، و صحيحه أبى بصير عنه عليه السلام و قد سأله عن الرجل يخص بعض ولده بالعطيه قال: «إن كان موسراً فنعم، و إن كان معسراً فلا» (3) غير صريحين فى التحريم مع قبولهما الحمل على الكراهيه، لمعارضتهما بمثل قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (4)، و نحوه من الأخبار المتواتره (5)، مع الاعتضاد بالشهره. و يؤيد الكراهيه ما فيه من اثاره التباض و التشاحن كما فى قصه يوسف عليه السلام.

قال المصنف فى المختلف: إن الكراهيه إنما تثبت مع المرض أو الإعسار لاقتضاء الحديثين ذلك (6)، و قضيه كلام التذكره الكراهيه مطلقاً حتى انه قال: لو فضل

ص: ١٧٠

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٨٧.

٢- ٢) التهذيب ٩: ١٥٦ حديث ٦٤٢.

٣- ٣) التهذيب ٩: ١٥٦ حديث ٦٤٤.

٤- ٤) عوالى اللئالى ٢: ١٣٨ حديث ٣٨٣.

٥- ٥) الكافى ٧: ٧ حديث ١، التهذيب ٩: ٢٠١ حديث ٨٠١.

٦- ٦) المختلف: ٤٨٧.

و العطيه لذي الرحم و يتأكد في الولد و الوالد. و إذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبه، و صحّ لا معه بعضا لمعنى يقتضيه كشدّه حاجه و زمانه و نحوها أو اشتغال بعلم، أو حرم بعضا لفسقه أو بدعته أو كونه يستعين بما يأخذه على معصيه الله تعالى جاز و لم يكن مكروها على اشكال (١)، و الأقرب عدم الكراهيه هنا، و اختاره في التحرير (٢).

و هل يكره فيما عدا ذلك أم يختص بما ذكره في المختلف؟ الظاهر الأول، لما فيه من كسر قلب المفضل عليه و تعريضهم للعداوه، و ما رواه النعمان بن بشير ان أباه تصدق عليه ببعض ماله، فلما جاء إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم ليشهده فقال:

«أكل ولدك أعطيت مثله؟» قال: لا. قال: «فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع أبي في تلك الصدقه (٣). و في لفظ قال «فاردده»، و في آخر «فارجعه»، و في آخر «لا تشهدني على جور»، و لا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى.

قوله: (و العطيه لذي الرحم و يتأكد في الوالد و الولد).

لأنها صدقه وصله. و عن الصادق عليه السلام في قضيته مع المنصور العباسي انه كان في ما حدثه به انه عليه السلام روى عن أبيه، عن جده رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انه قال: «الرحم حبل متصل ممدود من الأرض إلى السماء، ينادى كل يوم: وصل الله من وصلني و قطع الله من قطعني» (٤) الحديث، و غيره من الاخبار الكثيره (٥).

قوله: (و إذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبه، و صح

ص: ١٧١

١- ١) التذكرة ٢: ٤٢٤. [١]

٢- ٢) التحرير ١: ٢٨٣. [٢]

٣- ٣) صحيح البخارى ٣: ٢٠٦.

٤- ٤) عوالي اللآلئ ١: ٣٦٢ حديث ٤٥. [٣]

٥- ٥) الكافي ٢: ١٥١ باب صله الرحم. [٤]

على رأى، و لو كانت فاسده صحّ إجماعا. و لو باع مال مورثه معتقدا بقاءه، أو أوصى بمن أعتقه و ظهر بطلان عتقه فكذلك. لا معه على رأى).

المراد بالبطلان مع الإقباض كونه فضوليا، و وجه الصحه ما تقدم عن قريب، و القائل بالبطلان الشيخ فى المبسوط (1)، و الحكم ما تقدم. و الضمير فى قوله:

(و صح لا معه) يعود الى اللزوم، أى: و صح لا مع لزوم الهبه.

قوله: (و لو كانت فاسده صحّ إجماعا).

لا شك فى ذلك إذا كان عالما بالفساد، أما مع جهله فإشكال، لعدم القصد الى البيع لاعتقاده انه متلاعب، و من مصادفه الملك، و الإجماع فى هذا القسم غير متحقق، و عباره المصنف أعم، و إن كان ما ذكره من المسألتين بعدها و تشبيهها بها فى الحكم مشعر بأن ذلك مع الجهل فتشكل دعوى الإجماع حينئذ و فى الدروس ما يدل على ما قلناه (2).

و ما أشبه هذه بمسأله من باع مال أبيه بظن الحياه فبان موته، و حاول فى الدروس الفرق بينهما بالقصد إلى صيغه صحيحه فى مال المورث بخلاف الهبه (3)، و الفرق غير ظاهر.

قوله: (و لو باع مال مورثه معتقدا بقاءه، أو اوصى بمن أعتقه و ظهر بطلان عتقه فكذلك).

لو قال: كما لو باع مال مورثه، ليكون ذلك مشبها به، فيكون عله ذكره

ص: ١٧٢

١- ١) المبسوط ٣: ٣٠٤.

٢- ٢) الدروس: ٢٣٧.

٣- ٣) الدروس: ٢٣٧.

و لو أنكر القبض صدق باليمين و إن اعترف بالهبة، و لو أنكره عقيب قوله و هبته و ملكته فكذلك إن اعتقد رأى مالك. في هذا الباب التشبيه به لكان أولى.

و اعلم أن المراد من قوله (فكذلك) الصحة هنا أيضا و إن كان السابق الى الفهم الصحة إجماعا، لكنه لا يستقيم، فإن من باع مال مورثه معتقدا بقاءه و جهين سبقا في البيع، و كذا من أعتقه لو ظهر بطلان عتقه فيه و جهان، و عبارته التذكرة في الهبة ترشد الى ذلك (١).

قوله: (و لو أنكر القبض صدق باليمين و إن اعترف بالهبة).

لأن القبض ليس جزء مفهوم الهبة و إنما هو شرط صحتها، و إنما الهبة الإيجاب و القبول. لكن قد سبق في أول الباب ان القبض ركن الهبة و ركن الشيء جزء ماهيته، إلا أن يقال أراد بالركن ما هو أعم من الجزء و الشرط مجازا، فإن الشرط مشبه للركن في انه لا بد منه.

قوله: (و لو أنكره عقيب قوله: و هبته و ملكته فكذلك إن اعتقد رأى مالك).

لما كان رأى مالك حصول الملك في الهبة بمجرد العقد من دون قبض (٢)، كان إقرار من يعتقد هذا الرأى بالهبة و التمليك غير مستلزم لحصول القبض المقتضى للملك عندنا، لأنه ربما كان إقراره بذلك اكتفاء بحصول العقد في ثبوت الملك نظرا الى مقتضى مذهبه، و مثله ما لو جهل الحال فإن الأصل عدم القبض.

و لا يخفى أن هذا الرأى غير مخصوص بمالك، فإن جمعا من أصحابنا يقولون:

إن القبض شرط في لزوم الهبة لا في صحتها و انعقادها فيحصل الملك بدونه، و منهم

ص: ١٧٣

١- (١) التذكرة ٢: ٤٢١. [١]

٢- (٢) بدايه المجتهد ٢: ٣٢٩.

و لا- تستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا على رأى، فإن عوض لم يكن للمالك الرجوع. و لا يجب على الواهب القبول مع الإطلاق، المصنف فى المختلف (١). و الظاهر انه لا فرق بين أن يقول وهبته أو ملكته فقط لتطرق الاحتمال.

قوله: (و لا تستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا على رأى، فإن عوض لم يكن للواهب الرجوع).

أراد بقوله: (مطلقا) انه على جميع الحالات سواء كانت الهبة للأدنى أو للأعلى أو للمساوى، و ما ذكره مختار ابن إدريس (٢)، و أكثر المتأخرين. و قال الشيخ فى الخلاف و المبسوط الهبة على ثلاثة أقسام: هبة لمن فوقه، و هبة لمن دونه، و هبة لمن هو مثله و كلها تقتضى الثواب (٣). و قال أبو الصلاح: إن هبة الأدنى إلى الأعلى تقتضى الثواب فيعوض عنها بمثلها، و لا يجوز التصرف فيها و لما يعوض عنها (٤).

و حقق المصنف فى المختلف إن مراد الشيخ من اقتضاء الهبة الثواب: ان لزومها إنما يتحقق به، و هو حق، لأن استدلاله كالصريح فى ذلك، فإنه استدلل بروايات أصحابنا ثم قال: و روى أبو هريره عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم انه قال: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب» قال: فأثبت للواهب حق الرجوع قبل أن يثاب، و أسقط حقه من الرجوع بالثواب و جعله ثوابا على الحقيقة (٥)، و هذا دال على ما قلناه.

و كيف كان فالمختار عدم الاستلزام، نعم للواهب الرجوع بدونه لا معه.

قوله: (و لا يجب على الواهب القبول مع الإطلاق).

لأصاله البراءة، و لأنه

ص: ١٧٤

١- ١) المختلف: ٤٨٦.

٢- ٢) السرائر: ٣٨١.

٣- ٣) الخلاف: مسأله ١٣ كتاب الهبة، المبسوط ٣: ٣١٠. [١]

٤- ٤) الكافى فى الفقه: ٣٢٨. [٢]

٥- ٥) المختلف: ٤٨٥.

فإن دفع عوضا مع عدم شرطه فهي هبة أخرى، فإن شرطه صحّ مطلقا و معيّنا، و له الرجوع ما لم يدفع المشروط. اكتساب مال فإنه هبة أخرى و لا يجب قبولها، و لأن له الرجوع في هبته فلا يجب عليه قبول ما يقتضى سقوط ذلك.

قوله: (فان دفع عوضا مع عدم شرط فهي هبة أخرى).

و ليس عوضا حقيقه إذا لم يقتضه العقد، و حيث كان هبة أخرى فيشترط فيه كل ما يشترط في الهبة من الإيجاب و القبول و القبض. و ينبغي أن يكون هناك ما يدل على كونه عوضا عن الهبة الأولى ليمتنع به الرجوع، و لم أجد به تصريحا.

قوله: (فان شرطه صح مطلقا و معيّنا).

لا- فرق بين كون الثواب المشروط معلوما أو مجهولا في الصحة، و هو مقرب المصنف في التذكرة (١)، لأن الهبة في نفسها لا تقتضى الثواب فإذا شرط عوضا مجهولا صح كما لو لم يشترط شيئا. و قد روى إسحاق بن عمار قال قلت له الرجل الفقير يهدى الهدية متعرض لما عندي فأخذها و لا أعطيه شيئا أ تحل لي؟ قال: «نعم هي لك حلال و لكن لا تدع ان تعطيه» (٢).

و قال الشافعي: إن قلنا إن الهبة لا تقتضى الثواب بطل العقد لتعذر تصحيحه بيعا و هبة، و ان قلنا انها تقتضيه صح، و ليس فيه إلا التصريح بمقتضى العقد.

قوله: (و له الرجوع ما لم يدفع المشروط).

لأن ذلك مقتضى الشرط، و لروايه عيسى بن أعين عن الصادق عليه السلام انه قال في الهدية المرجو ثوابها إذا لم ينه حتى هلك و أصاب الرجل هديته بعينها إله أن يرتجعها إن قدر على ذلك؟ قال: «لا بأس أن يأخذه، أما مع دفعه

ص: ١٧٥

١- ١) التذكرة ٤٢٢: ٢. [١]

٢- ٢) من لا يحضره الفقيه ١٩٢: ٣ حديث ٨٧٢.

و لا يجب على المتهم دفعه، لكن إن امتنع فللواهب الرجوع، فلا رجوع له» (١).

قوله: (و لا يجب على المتهم دفعه لكن إن امتنع فللواهب الرجوع).

أما الحكم الثاني فظاهر، و حكي في الدروس عن ابن الجنيّد تعيّن دفعه بالبيع (٢).

و أما الأول، فلا ين اشتراط الثواب لا- يقتضى جعل الهبه من عقود المعاوضات بحيث يثبت العوض فى الذمه، بل فائدته جواز الرجوع فى العين بدون بذل العوض.

و اعلم أن مقتضى قول المصنف: (لكن إن امتنع فللواهب الرجوع)، و قوله بعد: (و إن لم يرض تخير المتهم بين دفع الموهوب و عوض المثل) انه متى بذل المتهم العوض المشروط أو عوض المثل مع عدم التعيين فليس للواهب الامتناع و الرجوع فى الهبه.

و قرب الشارح الفاضل جواز الرجوع (٣)، و لا استبعد الأول عملاً بقوله:

«المسلمون عند شروطهم» (٤)، و لما أطبقوا على عدم الوجوب من طرف المتهم انتفى و بقى الوجوب من طرف الواهب لا مانع منه، و لأن الرجوع على خلاف الأصل فيقتصر فيه على محل اليقين، و لظاهر قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٥) و لقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (٦).

ص: ١٧٦

١- ١) الفقيه ٣: ١٩٢ حديث ٨٧١.

٢- ٢) الدروس: ٢٣٧.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ٨، سنن البيهقي ٧: ٢٤٩.

٥- ٥) النساء: ٢٩. [١]

٦- ٦) عوالي اللآلئ ٢: ١٣٨ حديث ٣٨٣.

فلو تلف الموهوب أو عاب قبل دفع المشترط و قبل الرجوع ففي التضمن نظر، فان قيل: قد حكم عليه السلام بجواز الرجوع ما لم يشب.

قلنا: هو معارض بقوله عليه السلام: «و الذى يثاب من هبته» (١)، و هو شامل لصوره النزاع فيجمع بينهما بحمل الأول على ما عدا صورته النزاع لثلا يلزم اطراح الثانى، أو لاعتضاد الثانى بالعمومات السابقه، أو يقال: يتساقطان و يبقى ما عداهما بغير معارض.

قوله: (فلو تلف الموهوب أو عاب قبل دفع المشترط و قبل الرجوع ففي التضمن نظر).

ينشأ من انه لم يقبضه مجاناً بل ليدفع عوضه فكان مضموناً، و لأن الواجب أحد الأمرين رده، أو دفع العوض، فإذا تعذر الأول وجب الثانى، لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢). و هو مختار ابن الجنيدي (٣).

و من انه دخل فى ملكه و تلف قبل رجوعه الى ملك الواهب فلا- يكون مضموناً، و لأن المتهم لا يجب عليه دفع العوض، بل للواهب الرجوع فى العين فالتفريط منه.

و يضعف بأنه لم يدخل فى ملكه مجاناً، و ذلك معنى الضمان. و عدم وجوب دفع العوض على المتهم إن أريد: عدم وجوبه عينا فذلك حق و لا- يلزم منه نفى الوجوب على البدل، و ان أريد: عدم الوجوب أصلاً فليس كذلك (٤)، فإذا تعذر أحد الأمرين المختير فيهما تعين الآخر، و الأصح التضمن.

و احترز بقوله: (قبل الرجوع) عما إذا كان التلف بعد الرجوع فإنه لا تضمن حينئذ، لأنه أمانه فى يد المتهم حيث أقرّ يده عليه بعد الرجوع. و يشكل بعموم: «على

ص: ١٧٧

١- ١) التهذيب ٩: ١٥٨ حديث ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ حديث ٤١٤.

٢- ٢) المستدرک على الصحيحين ٢: ٤٧.

٣- ٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٨٧.

٤- ٤) فى «ك»: فكذلك.

فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض و قيمه الموهوب. اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)، و لأنها يد ضمان قبل الرجوع كما بيناه فكذا بعده عملا بالاستصحاب.

و اعلم أنه لا فرق بين كون تلف الموهوب، أو تعيبه بنفسه، أو بفعل المتهب في اطراد الوجهين في كل منهما، لأنه إذا كان مالكا و العوض غير لازم له فإتلافه إنما هو لملكه.

قوله: (فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض و قيمه الموهوب).

وجه القرب: ان المتهب مخير بين الأمرين فالمحقق-اللزوم-هو الأقل، و لأنه إن كان العوض أقل فقد رضى به الواهب في مقابل العين.

و إن كان الموهوب أقل فإن المتهب لا يجب عليه العوض، بل للواهب الرجوع في العين فلا يجب أكثر من قيمتها، و يحتمل قيمه الموهوب وقت تلفه، لأنه مضمون فوجب ضمانه بالقيمة، و يضعف بأن له إتلافه بالعوض لأنه قد سلطه على ذلك، و الأصح الأول.

و اعلم أن الشارح الفاضل حقق هاهنا: ان رجوع الواهب في الهبة المشروط فيها العوض هل هو منوط بعدم دفع العوض مطلقا أم بامتناعه من أدائه؟ و اختار الأول محتجا بقوله عليه السلام: «ما لم يشب» (٢). و قبل دفع العوض لم يشب، قال فعلى هذا إذا رجع بعد تلفها و قبل دفع العوض رجع بقيمتها أو مثلها، لاستحاله و جوب دفع العوض بعد انفساخ العقد المقتضى له. قال: و على الثانى إن دفع العوض لم يكن

ص: ١٧٨

١- ١) المستدرک علی الصحيحین ٢: ٤٧.

٢- ٢) سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٨ حديث ٢٣٨٧، نيل الأوطار ٥: ١١٥.

و إذا أطلق العوض دفع المتهب ما شاء، فإن رضى الواهب وقبضه لم يكن له الرجوع، وإن لم يرض تخير المتهب بين دفع الموهوب و عوض المثل. للمالك غيره، زائدا كان أو ناقصا عن قيمه، وإلا كان له مثل الموهوب أو قيمته، لأنه ليس له الإلزام بالعوض على مذهب المصنف (١).

أقول: إن الواهب إذا ملكه العين بالعوض و سلطه على إتلافها كيف يثبت له الفسخ، و الامتناع من قبض العوض لو كان أقل من قيمه، و جواز الفسخ و الرجوع الى قيمه مناف للإذن فى الإتلاف بالعوض.

أما المتهب فإنه حيث كان مخيرا بين العوض و رد العين، يبقى تخيره بعد التلف عملا بالاستصحاب، فيرد قيمه إن شاء مع احتمال وجوب العوض على كل تقدير، لأن التخيير إنما هو بين العين و العوض، أما قيمه فلا دليل على التخيير فيها، و من هذا يعلم ضعف ما حققه، و الأصح ما قرره المصنف، و اعلم أن هذا إنما هو إذا شرط عوضا مقدرا، أما إذا أطلق فالواجب هو قيمه لا محاله، إذ لم يرض المالك بما دونها.

قوله: (و إذا أطلق العوض دفع المتهب ما شاء، فإن رضى الواهب وقبضه لم يكن له الرجوع، وإن لم يرض تخير المتهب بين دفع الموهوب و عوض المثل).

لا ريب أنه لا يجب على المتهب دفع عوض بخصوصه، لأنه لا يجب عليه دفع العوض أصلا إذا رد العين، فإذا دفع عوضا و رضى به الواهب و قبضه صح و امتنع الرجوع، قليلا كان أو كثيرا، و إلا تخير المتهب (بين دفع الموهوب و عوض المثل لأنه لا يتعين عليه دفع العوض).

و الحاصل انه مع إطلاق العوض لو طلب الواهب العوض فان ما يلزم المتهب

ص: ١٧٩

١- (١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢١.

و لو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكة، ثم إن كانت الهبة مطلقه لم يجب دفع بدله لكن الواهب الرجوع، وإن شرطت بالعوض دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين، أو العين، أو ما شاء إن رضى الواهب مع الإطلاق. بأقل ما ينطلق عليه الاسم، وإلا فإن بذل المتهب عوضا لم يجب قبوله إلا إذا كان عوض المثل. وإنما تخير بين دفع العين و عوض المثل دون مطلق العوض لأن إطلاق العوض إنما ينصرف في العاده الغالبه إلى عوض المثل (١).

و يظهر من قوله: (تخير المتهب) انه إذا دفع واحدا من الأمرين وجب على الواهب قبوله، و يدل عليه قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢)، و قوله عليه السلام في صحيحه عبد الله بن سنان: «تجوز الهبة لذوى القربى، و الذى يثاب من هبته و يرجع فى غير ذلك إن شاء» (٣)، و كلام الشارح الفاضل فى تحقيقه يقتضى جواز الرجوع قبل دفع العوض مطلقا، و هو يتناول ما إذا بذله المتهب (٤)، و ظاهر الروايه مخالف له.

قوله: (و لو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكة، ثم إن كانت الهبة مطلقه لم يجب دفع بدله لكن للواهب الرجوع، و ان شرطت بالعوض دفع المتهب مثله، أو قيمته مع التعيين، أو العين، أو ما شاء إن رضى الواهب مع الإطلاق).

لا ريب ان الهبة إذا كانت مطلقه - أى: غير مشروطه بالعوض - لا يجب على الواهب دفع بدل العوض الذى ظهر باستحقاقه، إذ لا يجب عليه دفع عوض من أول

ص: ١٨٠

١ - ١) فى النسختين «ك» و «ه» ورد ما بين القوسين مشوشا، و ما أثبتناه فهو من النسخه الحجرية.

٢ - ٢) المائده: ١. [١]

٣ - ٣) التهذيب ٩: ١٥٨، حديث ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨، حديث ٤١٤.

٤ - ٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢١.

الأمر، لكن للواهب الرجوع في العين، سواء في ذلك ما إذا بذل له عوضاً و عدمه، لأن حق الرجوع ثابت فلا يجب عليه قبول ما يقتضى إسقاطه، ولأنه هبه أخرى كما سبق.

و إن كانت الهبة مشروطة بالعوض: فإن كان معينا دفع المتهب مثله أو قيمته، كما قال المصنف، و ظاهره تعيين ذلك و هو مشكل. و يمكن أن يقال: لا يراد تعيينه - و ما سبق من عدم وجوب دفع العوض المشروط يدل عليه - وإنما المراد: إن دفعه كاف في عدم رجوع الواهب في العين. و هذا أيضا مشكل، لأننا إن أوجبنا على الواهب قبول العوض فإنما يجب عليه قبول العوض الذي تضمنه العقد دون غيره، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١)، نعم لو رضى به و قبضه فلا - بحث، لكن هذا لا يختص بالمثل و لا بالقيمه.

و لا - يفترق الحال في كون المستحق مجموع العوض أو بعضه، و إن لم يكن العوض المشروط معينا تخير المتهب بين دفع ما شاء - لكن برضى الواهب - و بين دفع العين، و هنا كلامان:

أحدهما: إن تعيين العوض إن كان المراد به: كونه مشخصا فيشكل إطلاق قوله: (أو ما شاء إن رضى الواهب مع الإطلاق)، لأنه إذا شرط عوضا مقدرا كمائة درهم، و دفع مائه فظهر استحقاقها فدفع بدلها لم يكن للواهب الامتناع على ما سبق في كلامه. و إن كان المراد به: كونه مقدرا أعم من أن يكون مشخصا أو لا - فلا يستقيم إطلاق قوله: (دفع المتهب مثله أو قيمته) لأن ذلك إنما يتصور في الشخصى دون الكلى.

الثانى: إن قوله: (أو ما شاء إن رضى الواهب) يشعر به بأنه إن لم يرض فله أخذ العين، و إطلاقه يتناول ما إذا دفع عوض المثل، و ذلك ينافى ما سبق في كلامه من أن

و لو كان معيبا ألزم بالأرش، أو دفع العين فى المعينه لا المطلقه. المتهم مختير بين دفع الموهوب و عوض المثل.

و اعلم أن الضمير فى قوله: (مثله أو قيمته) يعود الى المستحق، سواء كان جميع العوض أو بعضه.

و قوله: (دفع المتهم مثله أو قيمته مع التعيين) معادل لقوله: (أو العين أو ما شاء ان رضى الواهب مع الإطلاق).

قوله: (و لو كان معيبا ألزم بالأرش، أو دفع العين فى المعينه لا المطلقه).

أى: لو ظهر العوض معيبا ألزم المتهم بأرشه ان كانت الهبه مشروطه بعوض شخصى أو دفع العين، لأن المشروط الذى يسقط بدفعه الرجوع هو المعين إذا كان صحيحا، فإذا ظهر معيبا لم يسقط الرجوع بدفعه، بل إما أن يدفع الأرش المتهم أو يرد العين.

و يشكل بأن مقتضاه أنه إذا دفع الأرش سقط حق الرجوع من الواهب، و لا دليل عليه، لأن اللزوم إنما يكون بدفع العوض المشروط على تقدير صحته، و قد تعدر ذلك فوجب أن يبقى حق الرجوع الى أن يقع التراضى على شىء. و كان حقه أن يقول الزم بالعين أو بما يرضى به الواهب، و حينئذ ففى المطلقه كذلك إلا فى صورتين الاولى: ما إذا لم يقدر عوضا أصلا، أو دفع عوضا فظهر معيبا و هو مع العيب بقدر قيمه فإنه على ما سبق ليس له رده و لا الرجوع.

الثانيه: ما إذا قدر عوضا و لم يشخصه فدفع ذلك القدر فظهر معيبا، فإنه يتجه أن يقال: له المطالبه بالأرش، أو البدل، أو العين، و متى دفع المتهم أحدهما لم يكن له الامتناع، نعم لو تراضيا على الأرش و قبضه فلا بحث فى الصحه و اللزوم.

و لو ظهر استحقاق نصف العين رجع بنصف العوض، و لو ظهر استحقاقها بعد تلفها فى يد المتهب فالأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة و إن زادت عن العوض أو خلت عنه. أما المطلقه: فإن العوض إن كان مقدراً كان له إيداله، و المتهب مخير، و إلا- فإن كان مع المعيب عوض المثل فصاعدا فلا- شىء له، و إلا تخير فى الرد و استرجاع العين و إبقائه. و مما حققناه يعلم ان إطلاق العبارة يحتاج الى التنقيح.

قوله: (و لو ظهر استحقاقها بعد تلفها فى يد المتهب فالأقرب رجوعه الى الواهب بما غرمه من القيمة و إن زادت عن العوض أو خلت عنه).

أى: لو ظهر استحقاق العين الموهوبه بعد تلفها فى يد المتهب، فإن الأقرب انه إذا رجع المالك عليه بقيمتها يرجع بما غرمه من القيمة على الواهب، سواء كانت الهبه خاليه من العوض أو معوضا عنها، و سواء كان العوض أنقص منها أو لا.

و وجه القرب: انه مغرور، لأنه دخل على أن العين له مجانا أو بالعوض الأقل، بناء على انها ملك الواهب، و انها لو تلفت فى يده لم يعقب التلف غرم، لأن ذلك مقتضى الهبه، فضعفت مباشره المتهب لغروره فكان له الرجوع على السبب، لأن المغرور يرجع على من غره.

و يحتمل عدم الرجوع بشىء مع عدم العوض، و عدم الرجوع بما زاد على العوض لأقل، لأن التلف استقر فى يده، و يضعف بالغرور و الأصح الأول.

و لو كان العوض أزيد أو مساويا فلا بحث فى الرجوع به، لفوات ما بذلك فى مقابله. و كذا يرجع بما اغترم من اجره و عوض المنافع و إن استوفاه على أصح الوجهين كما لو ظهر المبيع مستحقا، لأنه دخل على أنه يستحقها مجانا، أما ما اغترمه مما لم يحصل له فى مقابله نفع فإنه يرجع به بطريق أولى.

و لو وهبه عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على إشكال، مبناه:الإشكال فى الغاصب و أحد احتماليه. قوله: (و لو وهبه عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على اشكال، مبناه:الإشكال فى الغاصب و أحد احتماليه).

لا- يخفى انه لو غصب عصيرا فصار خمرا فى يد الغاصب ضمن المثل و خرج عن ملك المغصوب منه، فلو عاد خلا- فى يد الغاصب ففى عود ملك المالك له أو صيرورته ملكا للغاصب إشكال، ينشأ من أن ملك المالك قد زال و تجدد الملك فى يد الغاصب. و من أن العين قد كانت مملوكة للمغصوب منه قبل صيرورتها خمرا، و بعد الصيروره لم تزل أولويته لجواز إمساكها لرجاء تخللها، فان عادت خلا فهو بعينه ذلك العصور فيكون ملكا له دون الغاصب.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه لو وهبه عصيرا فصار خمرا فى يد المتهب ثم عاد خلا فهل للواهب الرجوع؟ فيه اشكال مبناه الإشكال فى الغاصب، و الوجهان هنا كالوجهين هناك، بل عدم الرجوع هنا أولى، لأن رجوع الواهب دائر مع بقاء الملك و قد زال الملك هنا بصيروره العصور خمرا، فإذا عاد كان ملكا جديدا، و الأولويه حين صار خمرا للمتهب دون الواهب، بخلاف الغاصب فإنه لا ملك له و لا أولويه، و الأصح عدم جواز رجوع الواهب بخلاف المغصوب منه.

ثم ارجع الى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله: (و أحد احتماليه) يحتمل كونه معطوفا على الإشكال فى قوله: (مبناه الإشكال فى الغاصب) فيكون التقدير: مبناه الإشكال فى الغاصب و مبناه أحد احتماليه، بل هذا هو الذى يقتضيه سوق العبارة، إلا أن بناء الاشكال على آخر يقتضى بناء أحد الوجهين فى الثانى على أحد الوجهين فى الأول، و الآخر على الآخر، و حينئذ فلا يكون الإشكال الثانى مبنيا على أحد الوجهين فى الأول فتكون العبارة متدافعه.

و لو انفك الرهن أو بطلت الكتابه فكذلك إن سوغناه مع التصرف، و لو عاد الملك بعد زواله احتمال الرجوع. أما لو قال: مبناه أحد الاحتمالين فى إشكال الغاصب لكان صحيحا و هو المطابق للواقع، فإننا إذا قلنا يملك الغاصب الخل المتجدد فلا شك فى عدم رجوع الواهب هنا، و إن قلنا: بأن الملك للمغصوب منه فهنا اشكال.

و يحتمل كونه خبرا لمبتدأ محذوف، و الجملة معطوفه على الجملة قبلها تقديره:

و هو أحد احتماليه، أى: و الرجوع أحد احتمالى الاشكال، و هو الذى فهمه الشارح السيد عميد الدين، فإنه قال: و رجوع الواهب مبنى على أحد الاحتمالين، و هو انه إن قلنا: انه هو ذلك الأول بعينه فله الرجوع لبقاء العين، و عدم رجوعه مبنى على الاحتمال الآخر، و هو انه إن قلنا باستهلاكه و تجدد غيره فلا رجوع للواهب. هذا كلامه، و لا يخفى أن العبارة لا تخلو من تكلف على هذا التقدير أيضا.

قوله: (و لو افتكك الرهن، أو بطلت الكتابه فكذلك إن سوغناه مع التصرف).

أى: لو افتكك الرهن حيث رهن المتهم الهبه، أو بطلت الكتابه حيث كاتب العبد فكذلك، أى: فلو اهب الرجوع، و قد بينا وجهه فيما مضى.

و يحتمل أن يكون المراد فله الرجوع على اشكال، و هو بعيد جدا، بناء على أن التصرف غير مانع من الرجوع، فإن هذا التصرف غير مزيل للملك.

قوله: (و لو عاد الملك بعد زواله احتمال الرجوع).

أى: لو عاد الملك بعد زواله بالبيع و نحوه احتمال الرجوع، بناء على أن التصرف غير مانع. و وجهه: ان استحقاق الرجوع كان ثابتا و الأصل بقاءه، و يضعف بأنه قد انتفى بانتقال الملك عن المتهم، لامتناع ثبوت سلطنه الواهب على المشتري فعوده يحتاج الى دليل، و هو الأصح و قد سبق.

إشاره

المقصد الثالث: فى الإقرار، و فى فصول:

الأول: فى أركانه

إشاره

الأول: فى أركانه، و فى مطالب:

الأول: الصيغه

الأول: الصيغه، الإقرار: إخبار عن حق سابق لا يقتضى تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه. قوله: (الأول: الصيغه: الإقرار: إخبار عن حق سابق لا يقتضى تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه).

الإخبار كالجنس تندرج فيه الشهاده على الغير، و كل إخبار، و لا تدخل فيه الإنشاءات.

و قوله: (عن حق سابق) يخرج به الإخبار عما ليس بحق، و يندرج فى الحق ملك العين و المنفعه، و استحقاق الخيار و الشفعه، و أولويه التحجير و الحدود و التعزيرات لله سبحانه و تعالى و للآدمى، و القصاص فى النفس و الطرف. و بالسابق يخرج الإخبار عن حق مستقبل فإنه ليس إقراراً، و إنما هو بمنزله الوعد.

لا يقال: يخرج عنه الإقرار بالمؤجل قبل حلوله، لأن الحق إنما يثبت فى المستقبل.

لأننا نقول لا- ريب أن الإخبار عن الحق المؤجل إخبار عن حق سابق، لأن كونه حقاً أمر سابق و إنما المستقبل استحقاق المطالبه به.

فإن قيل: الإخبار عن استحقاق المطالبه به إخبار عن غير سابق مع انه إقرار فلا يتناوله التعريف.

قلنا: الإقرار إنما هو الإخبار عن أصل الحق، و لما كان مقتضاه استحقاق المطالبه فى الحال دفعه المقر عن نفسه بذكر الأجل، فليس ذكر الأجل إقراراً و لا جزءاً

و لفظه الصريح: لك عندي، أو عليّ، أو في ذمتي، أو هذا، و ما أدى معناه بالعربيّه و غيرها. منه، بل دفع لما يلزم من الإخبار بأصل الحق. و قوله: (لا يقتضى تمليكاً بنفسه). الظاهر انه ليس جزءاً من التعريف، إذ لا يحتز به عن شيء، وإنما هو بيان لحكمه.

و في حواشى شيخنا الشهيد انه يخرج به جميع العقود إذا لم يجعل إنشاء، و ترد عليه الشهاده على الغير فإنها إخبار عن حق سابق. و زاد شيخنا الشهيد لإخراجها في حاشيته، و في الدروس (1) قوله: لازم للمخبر.

و ربما تكلف متكلف دفع ذلك بأن الشهاده إخبار عن حق ثابت في الحال لا سابق، و ليس بشيء، لأن ثبوته في الحال فرع كونه سابقاً، فهو سابق و إن لم يصرح بسبقه.

و أورد عليه ما هو في قوه الإخبار مثل نعم في جواب من قال: لى عليك كذا، فلذلك زاد شيخنا الشهيد في التعريف: أو ما هو في قوه الإخبار. و دفعه، ظاهر، فإن المحذوف لقيام المذكور مقامه كالمذكور فيعد إخباراً، و إلاّ لم يكن المعطوف في: له عليّ كذا و كذا إخباراً حقيقه، و ليس كذلك.

قوله: (و لفظه الصريح لك عندي، أو عليّ، أو في ذمتي، أو هذا، أو ما أدى معناه بالعربيّه و غيرها).

أى: اللفظ الصريح في الإقرار ما دل على الاستحقاق، فإذا قال: لك عندي، أو لك عليّ، أو لك في ذمتي كذا، أو قال: لك هذا، أو ما أدى معنى ذلك من الألفاظ مثل: قبلى، أو معى كذا فهو صيغه إقرار.

و لا- فرق في ذلك بين كون الإقرار بالعربيّه، أو بالعجميه من العربى، أو من العجمى بالعربيّه بالإجماع، لأن كل واحده منهما لغه كالأخرى يعبر بها عن ما في

ص: ١٨٧

و يشترط تنجيذه، فلو علقه بشرط كقوله: لك كذا إن شئت، أو إن قدم زيد، أو إن رضى فلان، أو إن شهد لم يصح. أو إن شهد لم يصح. و لو فتح ان لزم لو قال: إن شهد لك فلان فهو صادق، أو فهو حق، أو صدق، أو صحيح لزمه و إن لم يشهد. الضمير، و يدل على المعانى الذهنيه بسبب العلاقه الراسخه بينهما بحسب المواضعه، فإذا كان اللفظ موضوعا لشيء دل عليه بشرط العلم بالوضع.

فإن أقرّ عربى بالعجميه أو بالعكس: فإن عرف انه عالم بما أقر به لزمه، و إن قال: ما علمت معناه و صدّقه المقر له فلا أثر له، و إن كذبه فالقول قول المقر بيمينه، لأن الظاهر من حال العجمى انه لا يعرف العربيه و بالعكس، و لأن الأصل عدم تجدد العلم بغير لغته. و يكفى فى الألفاظ ما يفيد الإقرار بالنظر الى العرف، فلا يشترط كون اللفظ واقعا على قانون العربيه.

قوله: (و يشترط تنجيذه، فلو علقه بشرط كقوله لك كذا، ان شئت، أو إن قدم زيد، أو إن رضى فلان، أو إن شهد لم يصح، و لو فتح ان لزم).

لما كان الإقرار هو الاخبار الجازم بحق سابق كان التنجيز معتبرا فيه لا - محاله، فمتى علقه بشرط لم يكن إقرارا، لانتفاء الجزم كقوله: لك كذا إن شئت، أو إن قدم زيد الى آخره.

و لو فتح ان فلا تعليق، لأن المفتوحه الخفيفه مع الفعل فى تأويل المصدر، و حذف الجار معها قياس مطرد فتخرج الصيغه بذلك عن التعليق الى التعليل، فيكون الجزم المعتبر فى مفهوم الإقرار حاصلًا فيلزم.

قوله: (و لو قال: إن شهد لك فلان فهو صادق، أو فهو حق، أو صدق، أو صحيح لزمه و إن لم يشهد).

هذا الحكم أفتى

به الشيخ في المبسوط (١)، و تبعه جماعه من المتأخرين (٢)، و يحتج للزوم بوجوه:

الأول: انه قد أقر بصدقه على تقدير الشهاده، و لا- يكون صادقا إلا إذا كان المشهود به في ذمته، لوجوب مطابقه الخبر الصادق لمخبره بحسب الواقع فيكون في ذمته على ذلك التقدير، و معلوم انه لا- دخل للشهادة في ثبوت المقر به في الذمه في نفس الأمر، فإذا ثبت في ذمته على تقدير الشهاده بمقتضى الإقرار ثبت في ذمته مطلقا، لما قلناه من انه لا دخل للشهادة في شغل الذمه في نفس الأمر.

و أيضا فإن الشهاده ليست سببا محصلا، بل السبب المحصل- أعنى: المقتضى لشغل الذمه- أمر آخر من بيع و قرض و نحوهما فإذا حكم بالصدق على تقدير الشهاده فقد حكم بثبوت سبب يقتضى شغل الذمه، و مع ثبوته يجب الحكم بشغل الذمه على تقدير الشهاده و عدمه، لما عرفت من أن المقتضى للشغل غير الشهاده.

الثانى: انه قد أقر بلزوم المشهود به على تقدير الشهاده، لاعترافه بصدق الشاهد فيؤخذ بإقراره على ذلك التقدير الخاص و يلزم مؤاخذته به مطلقا، لامتناع صدق الخاص بدون العام، (و المقيد بدون المطلق) (٣) و ظاهر انه لا دخل للقيود في الزوم، إذ الزوم بسبب آخر فلا يتوقف الزوم على ذلك المقيد.

الثالث: انه يصدق كلما لم يكن المال ثابتا في ذمته لم يكن صادقا على تقدير الشهاده، و ينعكس بعكس النقيض الى قولنا كلما كان صادقا على تقدير الشهاده كان المال في ذمته، لكن المقدم حق لإقراره فإنه حكم بصدقه على تقدير الشهاده فالتالى مثله.

ص: ١٨٩

١- ١) المبسوط ٣: ٢٢. [١]

٢- ٢) منهم المحقق في الشرائع ٣: ١٤٣. و ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٤٠.

٣- ٣) لم ترد في «ك»، و في «ص»: و المطلق بدون المقيد.

و لو قال: إن شهد لك صدقته، أو لزمنى، أو أديته لم يكن مقرا. الرابع: أن يقال إما أن يكون المال ثابتا أو لا، والثانى باطل، لاستلزامه كذب الشاهد على تقدير الشهاده لأنه خبر غير مطابق، لكنه حكم بصدقه على تقديرها و هذا خلف فتعين الأول، و عورض بأمرين:

أحدهما: التعليق، فإنه حكم بصدقه المقتضى لشغل الذمه إن شهد، و التعليق مناف للإقرار فكان كقوله: لك كذا إن قدم زيد. و يمكن الفرق بأن هذا تعليق محض، بخلاف ما نحن فيه فإنه بيان لحكم الشهاده على تقدير وقوعها.

الثانى: انه ربّما كان اعتقاد المخبر امتناع الشهاده من الشخص المذكور، لامتناع الكذب بالنسبه إليه عادة، فيريد أن ذلك لا يصدر منه، و مثله فى محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو صادق، و لا يريد سوى ما قلناه، للقطع بعدم تصديقه على كونه ليس لأبيه مع أن الأصل براءه الذمه.

و فضّل المصنف فى التذكرة فقال: الأقرب انه إن ادعى عدم علمه بما قال، و ان المقر له لا يستحق عنده شيئا، و انه توهم ان فلانا لا يشهد عليه و كان ممن يخفى عليه ذلك قبل قوله على التعليق و إلا ثبت (1)، و الأصح عدم اللزوم.

قوله: (و لو قال إن شهد لك صدقته، أو لزمنى، أو أديته لم يكن مقرا).

أما الأول، فلأن غير الصادق قد يصدق فلا يلزم من تصديقه إياه صدقه، و أما الثانى، فلأن الحق لا يلزم بشهادة الواحد فيكون الحكم باللزوم معلوم البطلان.

فان قيل: أى فرق بينه و بين إن شهد فلان فهو صادق؟ قلنا: الفرق ان حكمه بصدقه إخبار عن الواقع و ما فى نفس الأمر، لأن الصدق و الكذب بحسب نفس الأمر، بخلاف لزمنى فإن اللزوم قد يراد به اللزوم

ص: ١٩٠

و لو قال: له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر لزم إن لم يقصد الشرط بل الأجل، وكذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فله عليّ ألف. و لو قال: كان له عليّ ألف لزمه، و لا- تقبل دعواه في السقوط. و لو قال: لي عليك ألف، فقال: نعم، أو أجل، أو بلى. أو صدقت، أو بررت.

ظاهراً، بل هو الأكثر في الاستعمال. و أمّا الثالث فهو محض وعد.

قوله: (و لو قال له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر لزمه ان لم يقصد الشرط بل الأجل، وكذا لو قال إذا جاء رأس الشهر فله عليّ ألف).

لما كان كل من الصيغتين محتمل لإرادته التعليق و إرادته التأجيل لصلاحيه اللفظ لهما تعيّن الاستفسار و الرجوع إلى قصد القائل، و هو مختار المصنف هنا، و في التذكرة (١)، و أطلق في الشرائع اللزوم (٢)، و ليس بجيد.

و حكى قولاً- بالفرق بينهما و هو اللزوم إن قدّم المال، لأن التعليق يبطل للإقرار. و رد بأن الكلام لا يتم أوله إلا بآخره، و من ثم يحكم بثبوت الأجل لو فسر بالتأجيل.

قوله: (و لو قال: كان له عليّ ألف لزمه، و لا تقبل دعواه في السقوط).

لا يخفى إن (كان) لا تدل على الزوال، قال الله سبحانه وَ كَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا (٣)، لكنها تشعر بذلك بحسب الاستعمال. على انه لو صرح بالسقوط لم تقبل دعواه، فإن الأصل البقاء.

قوله: (و لو قال: لي عليك ألف، فقال: نعم، أو أجل، أو بلى، أو صدقت، أو بررت).

ص: ١٩١

١-١) التذكرة ١٤٥: ٢. [١]

٢-٢) الشرائع ١٤٤: ٣.

٣-٣) النساء: ١٧٠. [٢]

أو قلت حقا، أو صدقا. أو أنا مقر به، أو بدعواك، أو بما ادعيت، أو لست منكرا له، أو رددتها، أو قضيتها، أو قبضتها، أو أبرأتني منها فهو إقرار.

صدقت، أو بررت، أو قلت حقا، أو صدقا، أو أنا مقر به، أو بدعواك، أو بما ادعيت، أو لست منكرا له، أو رددتها، أو قضيتها، أو قبضتها، أو أبرأتني منها فهو إقرار).

أما جوابه بنعم و أجل فظاهر، لأنه إن كان خبرا فنعم بعده حرف تصديق، و إن كان استفهاما فهي للإثبات و الاعلام، لأن الاستفهام عن الماضي إثباته بنعم و نفيه بلا، و أجل مثله.

و أما بلى فإنها و إن كانت لإبطال النفي، إلا أن الاستعمال العرفي جَوَز وقوعها في جواب الخبر المثبت، لأن المحاورات العرفيه جاريه على هذا، و أهل العرف لا يفرقون بينها و بين نعم في ذلك. و الأقارير إنما تجرى على ما يتفاهمه أهل العرف لا على دقائق اللغه.

هذا إن لم يكن قوله: (لى عليك ألف) استفهاما، و لو قدر استفهاما و الهمزه محذوفه فقد قال ابن هشام فى المغنى: انه وقع فى كتب الحديث ما يقتضى أنها يجاب بها الاستفهام المجرد مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم لأصحابه: «أ ترضون أن تكونوا ربع أهل الجنة؟» قالوا: بلى، رواه البخارى (1)، و مثله قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت الذى لقيتني بمكه؟» فقال له المجيب: بلى، رواه مسلم (2).

و أما صدقت، و بررت بكسر الراء الاولى و إسكان الثانيه، و قلت حقا، و صدقا فإنه إقرار إذا كان (لى عليك ألف) خبرا مثبتا.

و أما قوله: أنا مقر به فقد قَوِيَ فى الدروس انه ليس بإقرار حتى يقول:

ص: ١٩٢

١- ١) صحيح البخارى ١٣٧: ٨.

٢- ٢) مغنى اللبيب ١١٤: ١. [١]

و لو قال: أليس لي عليك كذا، فقال: بلى كان إقراراً. و لو قال: نعم لم يكن إقراراً على رأى، لك (١)، و يضعف بأن المتبادر عود الضمير في قوله: به الى ما ذكره المقر له، و كونه اسم فاعل فيحتمل الاستقبال فيكون وعداً، و اردا على تقدير قوله: لك، و هو مدفوع بأنه لا يفهم من ذلك عرفاً إلا الإقرار و إن استشكله الشارح ولد المصنف (٢).

و مثله قوله: أنا مقر بدعواك، أو بما دعيت، أو لست منكراً له، و احتمال في الدروس أن لا يكون الأخير إقراراً، لأن عدم الإنكار أعم من الإقرار (٣)، و هو غير وارد، إلا أن المفهوم عرفاً من عدم الإنكار الإقرار.

و أما البواقي، فإن الرد و القضاء و البراءة فرع الثبوت و الاستحقاق و لازمهما، فادعاؤها يقتضى ثبوت الملزوم، و الأصل البقاء.

قوله: (و لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى كان إقراراً، و لو قال: نعم لم يكن إقراراً على رأى).

هذا قول أكثر الأصحاب (٤) لأن نعم حرف تصديق، فإذا وقعت في جواب الاستفهام كانت تصديقا لما دخل عليه الاستفهام فيكون تصديقا للنفي، و ذلك مناف للإقرار.

و أما بلى فإنها تكذيب له من حيث أن أصل بلى بل زيدت عليها الألف و هي للرد و الاستدراك، و إذا كان كذلك فقوله بلى ردّ لقوله: ليس لي عليك ألف، فإنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام و نفى له، و نفى النفي إثبات. قال في التذكرة: هذا

ص: ١٩٣

١-١) الدروس: ٣١٢.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٥.

٣-٣) الدروس: ٣١٢.

٤-٤) منهم الشيخ في المبسوط ٣: ٢، و [١] الراوندى في فقه القرآن ٢: ٣٢٢. [٢]

تلخيص ما نقله عن الكسائي، وجماعه من فضلاء اللغه (١).

وقال ابن هشام فى المغنى: أن بلى تختص بالنفى و تفيد إبطاله، سواء كان مجردا نحو زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا قُل بلى (٢)، أم مقرونا بالاستفهام حقيقيا كان نحو: أليس زيد بقائم؟ فيقول بلى، أو توبيخا نحو أم يحسبون أنا لا نسمع سرهم و نجواهم بلى (٣)، أو تقريرا نحو أ لم يأتكم نذير قالوا بلى (٤)، أ لست بربكم قالوا بلى (٥)، فأجرى النفى مع التقرير مجرى النفى المجرى فى رده ببلى، و لذلك قال ابن عباس و غيره: لو قالوا نعم لكفروا، و وجهه: أن نعم تصديق للمخبر بنفى أو إيجاب (٦).

وقال قوم: إنه يكون مقرا، قال فى التذكرة: لأن كل واحد من نعم و بلى يقام مقام الآخر فى العرف (٧)، قال فى المغنى: و نازع السهيلي و جماعه فى المحكى عن ابن عباس و غيره فى الآيه متمسكين بأن الاستفهام التقريرى خبر موجب، و لذلك امتنع سيويه من جعل أم متصله فى قوله تعالى أ فلا تبصرون أم أنا خير (٨)، لأنها لا تقع بعد الإيجاب، و استشكله بأن بلى لا يجاب بها الإيجاب اتفاقا (٩).

و فى بحث نعم حكى عن سيويه وقوع نعم فى جواب الست ثم قال: إن

ص: ١٩٤

[١ - ١] التذكرة ١٤٤: ٢. [١]

[٢ - ٢] التغابن: ٧. [٢]

[٣ - ٣] الزخرف: ٨٠. [٣]

[٤ - ٤] الملك: ٨. [٤]

[٥ - ٥] الأعراف: ١٧٢. [٥]

[٦ - ٦] مغنى اللبيب ١: ١١٣. [٦]

[٧ - ٧] التذكرة ١٤٤: ٢. [٧]

[٨ - ٨] الزخرف: ٥١-٥٢. [٨]

[٩ - ٩] مغنى اللبيب ١: ١١٣. [٩]

و الإقرار بالإقرار إقرار. و لو قال: لى عليك ألف، فقال: أنا مقر و لم يقل به على الأقوى جماعه من المتقدمين و المتأخرين قالوا: إذا كان قبل النفى استفهام تقريرى فالأكثر أن يجاب بما يجاب به النفى رعيًا للفظه، و يجوز عند أمن اللبس أن يجاب بما يجاب به الإيجاب رعيًا لمعناه، قال: و على ذلك قول الأنصار للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ و قد قال لهم «أ لستم ترون لهم ذلك؟» نعم. و قول الشاعر:

أليس الليل يجمع أم عمرو و إيانا فذاك بنا تدانى

نعم و أرى الهلال كما تراه و يعلوها النهار كما علانى

قال: و على ذلك جرى كلام سيويه و المخطئ مخطئ (١).

و حيث ظهر ان بلى و نعم يتواردان فى جواب أ ليس، مع أمن اللبس، و اقتضاء العرف إقامه كل منهما مقام الآخر فقد تطابق العرف و اللغة. على أن نعم فى مثل هذا اللفظ إقرار كبرى، لانتفاء اللبس، و هو الأصح، و اختاره شيخنا فى الدروس (٢).

و ممّا قرناه علم أن جعل نعم هنا إقرارا أولى من جعل بلى إقرارا فى قوله:

لى عليك ألف للاتفاق على انه لا يجاب بها الإيجاب.

قوله: (و الإقرار بالإقرار إقرار).

لأنه إخبار جازم بحق سابق، و الإقرار حق أو فى معنى الحق، لثبوت الحق به فيندرج فى عموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣).

قوله: (و لو قال: لى عليك الف فقال: أنا مقر و لم يقل: به على

ص: ١٩٥

١-١) مغنى اللبيب ٣٤٧: ٢. [١]

٢-٢) الدروس: ٣١٢.

٣-٣) عوالى اللثالى ٢٥٧: ٢ حديث ٥.

أوزنه أو خذه، أو انتقده، أو زن، أو خذ لم يكن إقراراً. الأقوى (١)، أوزنه أو خذه، أو انتقده، أو زن، أو خذ، لم يكن إقراراً).

إنما لم يكن قوله: أنا مقر و لم يقل: به إقراراً، لاحتماله المدعى وغيره، فإنه لو وصل به قوله: بالشهادتين، أو ببطان دعواك لم يختل اللفظ، وذلك لأن المقر به غير المذكور في اللفظ، فجاز تقريره بما يطابق المدعى وغيره، ومع انتفاء الدلالة على المدعى يجب التمسك ببراءة الذمه الى أن يقوم دليل على اشتغالها.

و يحتمل عده إقراراً، لأن صدوره عقيب الدعوى يقتضى صرفه إليها كما في قوله تعالى أَفَرَأَيْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَفَرَأَيْنَا (٢)، وقوله تعالى:

فَاشْهَدُوا (٣)، أيّ أمر للملائكة بالشهادة على الإقرار، أو لبعضهم بالشهادة على البعض دليل على أن ذلك كاف في الإقرار مع عدم قولهم به، ولأنه لولا لكان هذراً، فإن من قال في جواب المدعى عليه بمال: أنا مقر بالشهادة عدّ سفيها هذراً، ودفع الهذريه عن كلام العقلاء مقصود للشارع و جوابه: ان صدوره عقيب الدعوى إن أريد بصرفه إليها: دلالتة على الإقرار بمقتضاها فهو ممنوع، لإمكان أن يراد الإقرار بشيء آخر، ويكون فيه اشعار برد دعوى المدعى لما يظهر من جوابه من الاستهزاء، وإن أريد بصرفه إليها: كونه جواباً فلا دلالة فيه.

و أما الآية فلا دلالة فيها على محل النزاع، لانتفاء احتمال الاستهزاء فيها، و دعوى الهذريه و السفه مردوده بأن الاستهزاء من الأمور المقصوده لغه و عرفاً، و الأصح الأول.

ص: ١٩٤

١-١) هكذا ورد في النسختين الخطبتين لجامع المقاصد و النسخه الخطيه لقواعد الأحكام.

٢-٢) آل عمران: ٨١. [١]

٣-٣) آل عمران: ٨١. [٢]

و لو قال: أنا أقرّ به احتمل الوعد. و لو قال: اشتر منى هذا العبد أو أستوهبه، فقال: نعم فهو إقرار و أما زنه، و خذه، و غيرهما فلا يعد شىء منها إقراراً، لانتهاء الدلالة، و إمكان خروج ذلك مخرج الاستهزاء.

قوله: (و لو قال: أنا مقر به احتمل الوعد).

أى: فلا يكون إقراراً، أمّا إنّه يحتمل الوعد، فلأنّ الفعل المستقبل مشترك بين الحال و الاستقبال، و الإقرار بالنسبه إلى المستقبل وعد و أمّا أنّه لا يكون إقراراً فظاهراً، لأنّ الإقرار إخبار جازم بحق سابق.

و يمكن أن يكون مراد المصنف: احتمل كونه وعداً و أحتمل كونه إقراراً، فتكون المسأله ذات وجهين، و هو الذى فهمه الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، و شيخنا الشهيد قال فى حواشيه: إنّ فيها قولين، و ذكر فى التذكرة إنّ فيها للشافعيه وجهين (٢)، و وجه الثانى إنّ قرينه الخصومه، و توجه الطلب يشعر بالتنجيز فيكون إقراراً، و الأصح الأول.

قوله: (و لو قال: اشتر منى هذا العبد أو أستوهبه، فقال: نعم فهو إقرار).

لأنّ نعم فى جواب الفعل المستقبل حرف وعد، و عدته إياه بالشراء منه يقتضى كونه مالكا، لامتناع صدور البيع الصحيح من غير مالك، و مثله الاستيهاب.

و فرق المصنف فى التذكرة بين أن يقول: اشتر منى عبدى هذا، فيقول: نعم، فإنّه إقرار على الأصح مع احتمال عدمه، و بين أن يقول: اشتر منى هذا العبد فيقول:

نعم، فإنّه إقرار بأنّ المخاطب مالك للبيع و ليس إقراراً بأنّه مالك للمبيع (٣).

ص: ١٩٧

١- ١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٤.

٢- ٢) التذكرة ٢: ١٤٤، [١] الوجيز ١: ١٩٧.

٣- ٣) التذكرة ٢: ١٤٥، [٢].

و كذا لو قال:بعنى، أو ملكنى، أو هبنى. و لو قال:ملكك هذه الدار من فلان، أو غصبتها منه، أو قبضتها فهو إقرار، بخلاف تملكها على يده. و لو قال:بعتك أباك فحلف عتق و لا ثمن. و لو قال:لك على ألف فى علمى، أو فيما أعلم، أو فى علم الله تعالى لزمه. و يشكل الفرق بأن اليد تدل على الملك، و الأصل فى ثبوت سلطنه التصرف أن لا يكون بالنيابة عن الغير، و لعل ما هنا هو الأقرب.

قوله: (و كذا لو قال:بعنى، أو هبنى، أو ملكنى).

أى:هو إقرار و ذلك بطريق أولى.

قوله: (و لو قال:ملكك هذه الدار من فلان، أو غصبتها منه، أو قبضتها فهو إقرار، بخلاف تملكها على يده).

لأن حصول الملك منه يقتضى كونه زائدا، و صدور السبب المملك منه، و كذا غصبتها منه و قبضتها.

و أما تملكها على يده فلا يقتضى إلا جريان سبب الملك على يده، و هو أعم من صدوره منه، فإنه ربما كان واسطه فى ذلك دلالة أو سمسارا أو غير ذلك.

قوله: (و لو قال:بعتك أباك فحلف عتق و لا ثمن).

أى:لو ادعى مدعى على غيره إنه باعه أباه فأنكر حلف و انتفت الدعوى عنه و الثمن و عتق الأب، لأنه بزعم المدعى قد دخل فى ملك ابنه و صار حرا فينفذ إقرارا، لأن اليد له و الملك منحصر فيه ظاهرا.

قوله: (و لو قال:لك على ألف فى علمى، أو فيما أعلم، أو فى علم الله تعالى لزمه).

لأن ما فى علمه

ص: ١٩٨

و لو قال لك على ألف إن شاء الله فالأقرب عدم اللزوم. و لو قال: أنا قاتل زيد فهو إقرار، لا مع النصب، و الوجه التسويه في عدم الإقرار. لا- يحتمل إلا- الوجوب فإن المتبادر من العلم: هو اليقين، و علمه تعالى يستحيل كون الواقع بخلافه، و قد أقر بأن الألف عليه في علمه سبحانه.

قوله: (و لو قال: لك على ألف إن شاء الله فالأقرب عدم اللزوم).

وجه القرب: أنه علقه على شرط، و التعليق مناف للإقرار، و لأن مشيئته سبحانه أمر لا يطلع عليه و لا سبيل الى العلم به، إلا بأن يعلم ثبوت ذلك في ذمته و يحتمل اللزوم أما بالحمل على التبرك كما في قوله تعالى لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (١)، فإن ذلك أكثرى، و أمّا لأنه إنكار بعد الإقرار، لأنه وصل إقراره بما يرفعه بأجمعه و لا يصرفه الى غير الإقرار، فلزمه ما أقر به و بطل صلته به.

و يضعف بأن التبرك محتمل، و الأصل براءة الذمه فلا تصير مشغوله بالمحتمل.

نعم لو علم قصد التبرك فلا بحث في اللزوم و دعوى كونه إنكارا بعد الإقرار مدفوعه بأن شرط الإقرار التنجيز و هو منتف هنا.

أمّا لو قال: له على ألف إلا أن يشاء الله فإنه إقرار صحيح، لأنه علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم فلا يرتفع، كذا قال المصنف في التذكرة (٢)، و يشكل بأنه سيأتي في الايمان إن شاء الله تعالى إن الاستثناء بمشيئته سبحانه يقتضى عدم انعقاد اليمين.

قوله: (و لو قال: أنا قاتل زيد فهو إقرار، لا مع النصب، و الوجه التسويه في عدم الإقرار).

وجه الفرق: إن اسم الفاعل لا يعمل إلا إذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال،

ص: ١٩٩

[١- ١] الفتح: ٢٧. [١]

[٢- ٢] التذكرة ١٤٥: ٢. [٢]

الثاني:المقر،و هو قسمان:مطلق،و محجور.فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على إنشائه. و لا تشترط عدالته،فيقبل إقرار الفاسق و الكافر،و إقرار الأخرس مقبول مع فهم إشارته.

و يفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين،و كذا في الأعجمي. فمع النصب يكون قد أعمل فتعين أن لا يكون بمعنى الماضي،و انتفاء كونه بمعنى الحال معلوم فتعين أن يكون بمعنى للاستقبال.و حينئذ فلا يكون إقرارا،لما علم غير مره من أن الإقرار إخبار جازم بحق سابق،و مع الجبر يكون ترك اعماله دليلا على أنه بمعنى الماضي فيكون إقرارا،و يؤيده استعمال أهل العرف إياه في الإقرار.

و وجه التسويه بينهما في عدم الإقرار:إن الإضافه لا تقتضى كون اسم الفاعل بمعنى الماضي،لجواز كون الإضافه لفظيه و هى إضافه الصفه إلى معمولها فيكون مع الإضافه بمعنى الحال أو الاستقبال،و يكون أثر العمل ثابتا تقديرا.و متى احتمل اللفظي الأمرين انتفى كونه إقرارا فإن الأصل البراءه و الحكم فى الدماء مبنى على الاحتياط التام،و هذا أقرب.

قوله: (فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على إنشائه).

لعموم:«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)و لا تنتقض الكليه بإقرار الوكيل بما يقدر على إنشائه مما هو وكيل فيه من حيث أنه غير نافذ على موكله، لان ذلك ليس إقرارا و انما هو شهاده،لأن الإقرار هو الاخبار بحق لازم للمخبر.

قوله: (و إقرار الأخرس مقبول مع فهم إشارته،و يفتقر الحاكم الى مترجمين عدلين،و كذا في الأعجمي).

لا ريب ان إقرار الأخرس

ص:٢٠٠

و كل من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

و المحجور عليه سبعة

و المحجور عليه سبعة:

أ:الصبي

أ:الصبي لا يقبل إقراره و إن أذن له الولي،سواء كان مراهقاً أو لا.

و لو جوزنا وصيته في المعروف جوزنا إقراره بها. و لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق من غير يمين، و إلا دار. و لو ادعاه بالسن طولب بالبينة.

بالإشارة مقبول لأنها في حقه بمنزلة اللفظ في حق غيره،و لذلك يعتبر بيعه و سائر عقودها،لكن يشترط فهمها.فإن فهمها الحاكم جاز له الحكم،و إلا افتقر الى مترجمين عدلين يخبران بأن مقصوده منها الإقرار بكذا.

و كذا في الأعجمي إذا لم يعرف الحاكم لسانه.

قوله: (الصبي لا يقبل إقراره و إن أذن له الولي.).

نقل المصنف في التذكرة على ذلك الإجماع منّا (١)،و بعض العامه حكم بصحة إقراره إذا أذن له الولي (٢).

قوله: (و لو جوزنا وصيته في المعروف جوزنا إقراره بها).

لأن كل من ملك شيئاً ملك الإقرار به،و قد سبق أنا لا نجوز ذلك.

قوله: (و لو ادعى انه بلغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق من غير يمين و إلا دار).

وجه لزوم الدور: أن صحه اليمين مشروطه بكون الحالف بالغاً لرفع القلم

ص: ٢٠١

[١ - ١] التذكرة ١٤٥: ٢. [١]

[٢ - ٢] المغنى لابن قدامه ٢٧٢: ٥، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٢٧٢: ٥، بدائع الصنائع ٢٢٢: ٧.

و لو أقر المراهق، ثم اختلف هو و المقر له في البلوغ فالقول قوله من غير يمين، إلا- أن تقوم بينه ببلوغه. عن الصبي فيتوقف على الحكم بالبلوغ، فلو توقف الحكم بالبلوغ عليها لزم توقف كل منهما على الآخر، و هو الدور.

و قال شيخنا الشهيد في الدروس: انه يمكن دفع الدور بأن يمينه موقوفه على إمكان بلوغه، و الموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه، فتغايرت الجهه (١). و ضعفه ظاهر، لأن إمكان البلوغ غير كاف في صحة أقوال الصبي و أفعاله.

و الجاربه كالصبي لو ادعت البلوغ بالاحتمال، و لو ادعته بالحيز فعند المصنف في التذكرة يقبل إن كان ذلك في وقت الإمكان (٢)، و استشكل في الدروس بأن مرجعه الى السن (٣).

و لو ادعى أحدهما البلوغ بالإنبات و جب اعتباره، و لو ادعاه بالسن طولب بالبينه لإمكانها. قال في التذكرة: لو كان غريبا أو خامل الذكر التحق بدعوى الاحتمال (٤). و فيه نظر، لأن ما تعتبر فيه البينه لا يتغير حكمه بعجز المدعى عنها، و هذا هو المناسب لإطلاق قوله: (و لو ادعاه بالسن طولب بالبينه).

قوله: (و لو أقر المراهق ثم اختلف هو و المقر له في البلوغ فالقول قوله من غير يمين، إلا أن تقوم بينه ببلوغه).

و ذلك لأن الأصل عدم البلوغ، و شرط صحة اليمين كونه بالغا و لم يثبت، و لأنه لو حلف لكان الثابت باليمين انتفاء صحتها.

و هذا إذا كان الاختلاف قبل العلم ببلوغه، أما بعده ففي تقديم قوله تمسكا

ص: ٢٠٢

١- ١) الدروس: ٣١٤.

٢- ٢) التذكرة ١٤٦: ٢. [١]

٣- ٣) الدروس: ٣١٤.

٤- ٤) التذكرة ١٤٦: ٢. [٢]

ب:المجنون:و هو مسلوب القول مطلقا،و فى حكمه النائم، و المغمى عليه،و المبرسم،و السكران،و شارب المرقد و ان تعمد لغير حاجه. بأصالة عدم البلوغ،أو قول الآخر تمسكا بأصالة الصحه فى إقراره وجهان،و مثله بيعه و سائر عقوده.و قد مرت هذه المسأله فى البيع و الضمان.

قوله: (المجنون،و هو مسلوب القول مطلقا،و فى حكمه النائم، و المغمى عليه،و المبرسم،و السكران،و شارب المرقد و إن تعمد لغير حاجه).

قال المصنف فى التذكرة:لا يقبل إقرار المجنون،لأنه مسلوب القول فى الإنشاء،و الإقرار بغير استثناء (١)،و هو فى معنى قوله هنا: (مطلقا).

و لا فرق بين كون جنونه مطبقا أو يأخذه أوارا،إلا أن الذى يأخذه أوارا إن أقر فى حال إفاقته نفذ،لأنه حينئذ عاقل.

و فى حكم المجنون النائم و الغافل و الساهى،و لرفع القلم عن النائم حتى ينتبه،و كذا الغافل و الساهى،و لأنه لا قصد لأحدهم.و كذا المغمى عليه،و المبرسم:و هو اسم مفعول،قال فى القاموس:البرسام بالكسر عله يهذى فيها،برسم بالضم فهو مبرسم (٢)،و لا خلاف فى ذلك كما ذكر المصنف فى التذكرة (٣).

و أما السكران الذى لا يعقل أو لا يكون كامل العقل حاله سكره فلا يقبل إقراره،و نقل المصنف فى التذكرة فيه إجماعنا (٤)و كأنه لم يلتفت الى خلاف ابن الجنييد حيث قال:إنّ سكره إن كان من شرب محرّم إختار شربه ألزم بإقراره كما يلزم بقضاء الصلاة (٥)،و ضعفه ظاهر.

ص:٢٠٣

١-١) التذكرة ٢:١٤٦. [١]

٢-٢) القاموس المحيط ٤:٨٠. [٢]

٣-٣) التذكرة ٢:١٤٦. [٣]

٤-٤) التذكرة ٢:١٤٦. [٤]

٥-٥) المختلف:٤٤١.

و لو ادعى زوال العقل حال إقراره لم تقبل دعواه إلا بالبينه، وإن كان له حاله جنون فالأقرب سماع قوله. و للشافعي اختلاف في نفوذ إقراره و بيعه، و ربّما فرق بين السكران قاصداً و غيره (١)، و شارب المرقد كالسكران فيما قلناه.

و قوله: (و ان تعمد لغير حاجه) يعود الى كل منهما، فإنّه لمّا لم يكن لأحدهما عقل كامل و لا قصد صحيح لم يعتد بما يقع منه، و كونه مؤاخذاً بقضاء الصلاه لعدوانه بالتسبب الى فواتها لا يقتضى الاعتداد بأفعاله و أقواله شرعاً.

قوله: (و لو ادعى زوال العقل حال إقراره لم تقبل دعواه إلا بالبينه، و لو كان له حاله جنون فالأقرب سماع قوله).

أمّا الحكم في الأول فلائّه يدعى فساد إقراره محكوم بصحته ظاهراً، و لأصل عدم حدوث مانع من صحته، كما أنّ الظاهر كذلك أيضاً. و مع عدم البينه فالقول قول المقر له بيمينه.

و قال المصنف في التذكرة: و لو لم يعلم له حاله جنون البتة لم يلتفت اليه (٢)، و ظاهر هذا عدم توجه اليمين على الآخر، و هو بعيد، لأنّه مدعى عليه، غايه ما في الباب كون الدعوى بعيدة و ذلك لا ينفى توجه اليمين.

و أما الحكم في الثاني فوجه القرب أنّه لما توارد عليه كل من الحالتين لم تكن له حاله معهوده ليحكم بوقوع الإقرار فيها، و الإقرار و إن كان الأصل فيه الصحة إلا أنّه مشروط بصدوره في حال العقل لعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣)، و احتمال كل من حالتي العقل و الجنون قد علم أنّه مكافئ لاحتمال الأخرى، و الجهل بالشرط موجب للجهل بصحة المشروط، هذا مع أنّ الأصل براءة

ص: ٢٠٤

١- (١) الوجيز ١٩٥: ١، المغنى لابن قدامه ٢٧٢: ٥.

٢- (٢) التذكرة ١٤٦: ٢. [١]

٣- (٣) عوالي اللآلى ٢٥٧: ٢ حديث ٥.

و لو شهد الشهود بإقراره لم يفتقر الى أن يقولوا طوعا فى صحه من عقله.

ج:المكره

ج:المكره،و لا ينفذ إقراره فيما اكره على الإقرار به، الذمه فيقدم قوله بيمينه.

فإن قيل:لو كان العلم بوقوع الإقرار فى حال العقل شرطا للصحه لما حكم بصحه شىء من تصرفات من يعتوره الجنون،إلا إذا قطع بكونه عاقلا فى وقت إيقاعها،و لما وجب على وارثه دفع ما أقرّ به مع جهل حال الإقرار.

قلنا:هو كذلك،و إنّما أوجبنا اليمين هاهنا لدعوى المقرّ له صدور الإقرار حال العقل.

و أمّا الوارث،فإن ادعى صدور الإقرار حاله الجنون فهى كدعوى المورث، و إن صرح بعدم العلم ففيه نظر.و يحتمل عدم سماع قوله إلا بالبينه لسبق الحكم بالصحه،و لأنّ دعوى السقوط بعد الثبوت تتوقف على البينه.و يضعف بعدم سبق.

الحكم بالصحه و الثبوت فرعها،و ما قرّبه المصنف أقرب.

و ينبغى أن يكون موضع المسأله ما إذا لم يعلم حاله قبيل الإقرار،فإن علم و كان عاقلا- فعلى مدعى تجدد الجنون البينه،و ينعكس الحكم لو انعكس الفرض.

قوله: (و لو شهد الشهود بإقراره لم يفتقر الى أن يقولوا طوعا فى صحه من عقله).

لأنّ إطلاق الإقرار إنّما يحمل على الإقرار الشرعى،و لا يكون شرعيا إلا إذا صدر طوعا فى حال صحه العقل.

قوله: (المكره،و لا ينفذ إقراره فى ما اكره على الإقرار به).

إجماعا منا نقله

و لو أقر بغير ما اكره عليه صحّ. و لو اكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤديه صحّ البيع مع فى التذكرة (١)، و حكى القول بذلك عن الشافعى (٢)، و احمد (٣) و الأصل فيه قوله صلى الله عليه و آله: «رفع عن أمتى الخطأ و النسيان- و ما استكروها عليه» (٤).

قوله: (و لو أقر بغير ما اكره عليه صحّ).

مثل أن يكره على الإقرار لرجل فيقرّ لغيره، أو يكره على أن يقرّ بنوع من المال فيقر بغيره، أو يكره على الإقرار بطلاق امرأه فيقر بطلاق أخرى، أو يكره على الإقرار بعق عبد فيقر بعق غيره، لأنّ المقر به غير مكره عليه فيتناوله عموم الحديث.

و لو اكره على الإقرار بمائه فأقر بمائتين فالظاهر نفوذه، لأنّ عدوله الى أكثر ممّا وقع الإكراه عليه دليل صدوره باختياره- و هو مقرب التذكرة (٥)-، بخلاف ما لو أقر بأقل كخمسين، لأنّ الإكراه على الإقرار بعدد يقتضى شمول الإكراه لما دونه، لأنّ الظاهر أنّه أراد به دفع عاديه المكره، و معلوم أنّه متى أمكنه دفعه بالأقل لم يقر بما فوقه.

فرع: لو اكره على بيع أحد المالين من غير تعيين فباع واحداً معيّناً ففي كون البيع مكرهاً عليه تردد، و سيأتى إن شاء الله تعالى فى الطلاق إنّّه لو اكره على طلاق إحدى زوجتيه لا بعينها فطلق معيّنه وقع.

قوله: (و لو اكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤديه صحّ البيع

ص: ٢٠٦

١- (١) التذكرة ١٤٦: ٢. [١]

٢- (٢) المغنى لابن قدامة ٢٧١: ٥.

٣- (٣) المغنى لابن قدامة ٢٧٠: ٥.

٤- (٤) الخصال ٤١٧: ٢، حديث ٩، التوحيد: ٣٥٣، حديث ٢٤، سنن ابن ماجه ١: ٦٥٩، حديث ٢٠٤٣، مستدرک الحاكم ٢: ١٩٨، كنز العمال ٤: ٢٣٦، حديث ١٠٣٢١.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ١٤٦: ٢. [٢]

عدم حصر السبب. مع عدم حصر السبب).

أى: مع عدم حصر سبب الأداء فى مال بعينه، فيمكن أن يكون المراد به:

أنه يصح حيث لا يكون المكروه قد حصر الأداء فى مال بعينه، وهذا صحيح، لأنه حينئذٍ مكروه على بيع ذلك المال فلا يصح. ويمكن أن يكون المراد به: صحته حيث لا يكون سبب الأداء بحسب الواقع منحصرا فى مال بعينه، بأن لا يكون عنده ما يؤدى المال من ثمنه، إلا شىء واحد فإنه حينئذٍ يكون مكروها على البيع، وهذا هو الذى حكى شيخنا الشهيد فى حواشيه أن العلامة قطب الدين نقله عن المصنف.

وفيه نظر، لأن البيع المذكور مقصود إليه، واقع بالاختيار ليدفع به أذى المكروه، كما لو دعت ضروره أخرى إلى بيع مال لا يريد بيعه وإنما حملة عليه محض الضروره. لأن انحصار سبب الأداء فى بيع المال الواحد من الأمور النادره، ولأنه لو عد ذلك إكراها لأدى إلى أن لا يرغب أحد فى الشراء من المكروه على أداء مال فينسد عليه باب الخلاص و ذلك ضرر عظيم.

ثم أنه لو كان ذلك إكراها على البيع مع انحصار السبب لكان لتوقف أداء المال عليه، فيلزم الإكراه مع عدم انحصار السبب أيضا، لأن التوقف قائم هنا أيضا.

غايه ما فى الباب أن التوقف فى الأول على أمر بخصوصه، وفى الثانى على واحد من متعدد، فكل ما اتى به كان هو المكروه عليه.

والذى يقتضيه النظر إن الإكراه على الأمر الكلى لا يعد إكراها على شىء من الجزئيات، سواء تعددت بحسب الواقع أو لم يوجد منها إلا واحد، إذ لا يبدل الإكراه على الكلى على الجزئيات بشىء من الدلالات، وإن توقف حصول المكروه عليه بحسب الواقع على حصول شىء منها.

و لو ادعى الإكراه حال الإقرار لم يقبل إلا بالبينة إن أقر عند السلطان، إلا مع قرينه عليه كالقيد، أو الحبس، أو التوكيل به فيصدق مع اليمين.

د: المفلس

د: المفلس.

ه: المبذر و قد مضى حكمهما.

و: المريض

و: المريض، و يقبل إقراره إن برأ مطلقا، قوله: (و لو ادعى الإكراه حاله الإقرار لم يقبل إلا بالبينة).

لأن الأصل في الإقرار الصحة للحكم بلزومه من حين صدوره، فبطلانه يحتاج الى دليل. و مع عدم البينة يحلف المدعى عليه، سواء أقر عند السلطان أم لا، لأن مجرد الوقوع عند السلطان لا يقتضى حصول الإكراه إذ قد يخلو منه، و الأصل عدمه.

نعم لو وجدت قرينه داله عليه كالقيد، أو الحبس، أو التوكيل بالمقر لمن يحفظه و يمنعه من الانصراف قوى جانبه بمساعدته الظاهر فيصدق مع اليمين. و الى هذا أشار المصنف بقوله: «و إن أقر عند السلطان، إلا مع قرينه عليه كالقيد أو الحبس أو التوكيل فيصدق مع اليمين».

و استشكل المصنف هذا الحكم في التذكرة (١)، و إنما يكون القيد و نحوه دليلا على الإكراه إذا لم يعلم كونه لأمر آخر، فلو علم أنه لا تعلق له بالإكراه انتفى هذا الحكم.

قوله: (المريض يقبل إقراره إن برأ مطلقا).

على إشكال، أى: يقبل إقرار المريض إذا برأ، بمعنى إنه ينفذ كإقرار الصحيح مطلقا، أى: سواء كان متهما فى إقراره على ورثته و باقى غرمائه بأنه يريد

ص: ٢٠٨

و إن مات فى مرض الإقرار فكذلك إن لم يكن متهما، وإلا فمن الثالث. و لو أقر بدين مستغرق و لا تهمة، و ثبت بالبينة آخر مستغرق، أو دخول النقص عليهم بمزاحمه المقر له إياهم أم لا، بدليل قوله فيما بعد: (إن لم يكن متهما)، و فى ذلك إيماء إلى (قول جمع من الأصحاب بناء على) (١) أن إقرار المريض إذا مات (فى مرضه) (٢) من الثالث إما مطلقا أو مع التهمة.

و ذلك على إشكال ينشأ: من أنه لما صدر حال المرض مع التهمة كان كالوصيه و هى غير لازمه، و من عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣)، و لأنّ المانع من النفوذ المرض و قد زال، و لإطلاق الأصحاب اللزوم إذا برأ، و هو الأصح.

قوله: (و إن مات فى مرض الإقرار فكذلك ان لم يكن متهما و إلا فمن الثالث).

أى: و إن مات المريض المقر فى مرضه الذى أقر فيه فكذلك - أى: يقبل - و يكون نافذا من الأصل مع عدم التهمة، و معها من الثالث، و هذا هو أصح الأقوال للأصحاب، و سيأتى إن شاء الله تعالى بيانه فى الوصايا.

و هذا إنما هو فى الإقرار بما لا يكون من الثالث، كأن يقر بهبه قبل المرض، أو بدين من ثمن مبيع لا محاباه فيه، أو يسنده الى ما قبل المرض، فلو أطلق و تعذر الاستفسار فليس ببعيد جعله من الثالث و إن لم يكن تهمة، لأنّ الإقرار إنما يقتضى اللزوم قبل زمان الإقرار بمقدار ما يمكن إنشاء السبب.

قوله: (و لو أقر بدين مستغرق و لا تهمة و ثبت بالبينة آخر مستغرق).

ص: ٢٠٩

١ - ١) لم ترد فى «ك».

٢ - ٢) لم ترد فى «ك».

٣ - ٣) عوالى اللثالى ٢: ٢٥٧ حديث ٥.

أقر الوارث به على إشكال ثبت التحاص. و لا- فرق بين الإقرار للوارث و غيره على رأى. أو أقر الوارث به على اشكال ثبت التحاص).

أى: لو أقر المريض بدين مستغرق للتركة و لا تهمه نفذ إقراره على المختار، و لو ثبت دين آخر بالبينه و هو مستغرق أيضا، سواء كان قبل الإقرار أو بعده ثبت التحاص، لأن الإقرار مع انتفاء التهمة حجه، و كذا البينه، و لا أولويه لإحداهما على الأخرى.

و كلام الشارح الفاضل ولد المصنف يقتضى إن فرض المسألة تأخر الإقرار عن الثبوت بالبينه، و إن فى ثبوت التحاص حينئذ اشكالا، نظرا الى سبق تعلق حق الغرماء بالتركة على الإقرار (١) و ليس بشىء، أما أولا فلأن العبارة أعم، و أما ثانيا فلأن الإقرار مع عدم التهمة حجه يجب العمل به، فجرى مجرى ما لو ثبت دينان بيئتين.

أما إذا أقر الوارث بدين آخر على مورثه مضافا الى ما أقر به المورث فى ثبوت التحاص هنا الإشكال الذى ذكره المصنف، و منشؤه: من أن الوارث خليفته، و نائب منابه، و لا تهمه عليه فينفذ إقراره كإقرار المورث.

و من أنه إقرار فى حق الغير، فإن مالك الدين المستغرق الثابت بالحجه الشرعيه- و هى إقرار المريض العارى عن التهمه- أو البينه يستحق أخذ جميع التركة أو قيمتها بدينه فلا يكون نافذا.

و فرق بين إقراره و إقرار مورثه، لأنه إقرار على نفسه، و قد قام الدليل على نفوذه مع عدم التهمه بخلاف الوارث، و الأصح عدم ثبوت التحاص هنا.

قوله: (و لا فرق بين الإقرار للوارث و غيره على رأى).

أى: لا فرق بين كون المقر له وارثا أو لا عند أكثر الأصحاب كالشيخين (٢)،

ص: ٢١٠

١- ١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٩.

٢- ٢) الشيخ المفيد فى المقنعه: ١٠٠، و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٦١٧.

و لو أقر لزوجته بمهر مثلها أو دونه صحّ، و لو أقر بزائد أو بغيره نفذ من الثلث مع التهمه، و من الأصل بدونها. و ابن البراج (١)، و ابن إدريس (٢). فعلى ما تقرر ينفذ إقرار المريض من الأصل مع عدم التهمه، و من الثلث معها، لصحيحه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام: إنّه سأله عن رجل أوصى لبعض ورثته بأنّ له عليه دينا فقال: «إن كان الميت مرضيا فأعطه الذي أوصى له» (٣).

و أطلق ابن بابويه أنّه يمضى فى الوارث من الثلث (٤)، و ذهب ابن حمزه إلى نفوذه فى الأجنبي من الأصل مطلقا، و فى الوارث من الثلث مع التهمه (٥)، و رواه إسماعيل بن جابر الصحيحه عن أبى عبد الله عليه السلام: أنّه سأله عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين عليه فقال: «يجوز إذا كان الذى أقر به دون الثلث» (٦).

و الأصح الأول، و الروايه منزله على التهمه مع أنّ دلالتها بمفهوم الشرط.

قوله: (و لو أقر لزوجته بمهر مثلها أو دونه صحّ).

إذ لا- مانع من صحه الإقرار، و لا- فرق بين كون الإقرار قبل الدخول بها أو بعده، و لا بين كونه أزيد من مهر السنه أو لا. و فى حواشى شيخنا الشهيد أنّه يشكل مع الزيادة.

قوله: (و لو أقر بزائد أو بغيره نفذ من الثلث مع التهمه، و من الأصل بدونها).

أمّا إذا أقر بمهر

ص: ٢١١

١- ١) المهذب ٢١٩: ١.

٢- ٢) السرائر: ٢٨٠.

٣- ٣) الفقيه ٤: ١٧٠، حديث ٥٩٤، التهذيب ٩: ١٥٩، حديث ٦٥٦، الاستبصار ٤: ١١١، حديث ٤٢٦.

٤- ٤) المقنع: ١٦٥.

٥- ٥) الوسيله: ٣٣٢.

٦- ٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٠، حديث ٥٩٢، التهذيب ٩: ١٦٠، حديث ٦٥٩، الاستبصار ٤: ١١٢، حديث ٤٢٩.

و لو أقر لاثنين متهم في حق أحدهما اختص بالتشقيص. و لو أقر بعين ماله و بدين في الذمه لآخر و لا تهمة فلا شيء للثاني، و كذا لو قَدّم الثاني. زائد عن مهر المثل فإنّ الزيادة بمنزله المحاباه في المعاوضات، فإنّ النكاح فيه شائبه المعاوضه، فجرى ذلك مجرى إقراره بثمان مبيع معلوم اشتراه في حال صحته بزيادة عن ثمن مثله، فتكون الزيادة من الثلث مع التهمه، و إلا فمن الأصل. و لو أقر للزوجه بغير المهر فكما قلناه ينفذ من الأصل مع عدم التهمه.

فرع: إذا أعرض الوارث عن التركة و لم يتسلمها و لم (١) يطالب بشيء، هل (٢) يجوز له ذلك؟ ينبغي العدم.

قوله: (و لو أقر لاثنين متهم في حق أحدهما اختص بالتشقيص).

إعطاء لكل واحد منهما حقه، و يجوز في (متهم) الرفع لكونه فاعل (أقر) أو خبراً عن مبتدأ محذوف، و الجر صفه سببيه لاثنين.

قوله: (و لو أقر بعين ماله و بدين في الذمه لآخر و لا تهمة فلا شيء للثاني).

أى: لو أقر بعين ماله كله لواحد، و وجه ما ذكره من أنه لا شيء للثاني: أنه لما نفذ إقراره في أعيان التركة صار بغير تركه، فلم يكن ثمّ شيء يتعلق به الدين، فلم يكن للثاني شيء، لأنّ استحقاقه فرع وجود التركة.

قوله: (و كذا لو قَدّم الثاني).

مقتضى العبارة أنّه في المسأله السابقه آخر الثاني، و لا دلالة للعبارة على ذلك،

ص: ٢١٢

١-١) في «ك»: لم.

٢-٢) في «ك»: و هل.

و لو أقر بوارث فالأقرب اعتبار التهمة و عدمها، و كذا إقراره بإحبال الأمه، أو إعتاق أخيه المملوك له و له عم. لأن الواو لا تدلّ على ترتيب و لا ضده، إلاّ أنّه لَمَّا كان إطلاق العبارة صالحاً للأمرين حاول المصنف التصريح باستوائهما في الحكم.

و وجهه: إنّ الإقرار بجميع (أعيان) (1) ما يعد تركه ظاهراً متى كان نافذاً فلا فرق بين تقدّمه و تأخره، لامتناع تعلق دين المريض بعين مال غيره.

قوله: (و لو أقر بوارث فالأقرب اعتبار التهمة و عدمها).

وجه القرب: أنّ المقتضى لكون الإقرار بالمال من الثلث هو التهمة، و هو موجود في محل النزاع، فإنّ الإقرار بالوارث يتضمن الإقرار باستحقاق الإرث فيثبت الحكم.

و يحتمل النفوذ مطلقاً، لأنّه إقرار بالنسب و استحقاق المال تابع، و هو ضعيف، لأنّ المقصود الأصلي من النسب ثبوت أحكامه و من جملتها استحقاق المال، و ما قرّبه أقرب.

قوله: (و كذا إقراره بإحبال الأمه، أو إعتاق أخيه المملوك له و له عم).

أى: ينفذ مع التهمة من الثلث و بدونها من الأصل، فإنّ الإحبال سبب في العتق و الإرث معاً، فهو في معنى الإقرار بالمال.

و كذا إعتاق الأخ، فإنّ الإعتاق تصرّف في المال على وجه التبرع و متضمن لاستحقاق الأخ الإرث، لاقتضائه زوال المانع من الإرث المقتضى لحجب العم. و كذا لو كان له أخ آخر حر، فإنّ الإقرار بالعتق يقتضى نقصان حظه.

ص: ٢١٣

١- ١) لم ترد في «ك».

و لو أقر الوارث بدين على الميت و لا تركه لم يلزمه، و لو خَلَف تركه تخير في التسليم من التركة، و غيرها فيلزمه أقل الأمرين من الدين و التركة. و لو تعدد الوارث أدى كل واحد بقدر ميراثه، و ينبغي أن يكون موضع (١) المسألة ما إذا أسند الإعتاق الى حال الصحة، إذ لو أسنده إلى المرض أو أطلق كان تبرعا واقعا في المرض، فيكون من الثلث مع التهمة و بدونها لما سيأتى إن شاء الله تعالى إن منجزات المريض من الثلث.

قوله: (و لو أقر الوارث بدين على الميت و لا تركه لم يلزم).

لأن القضاء إنما يجب من مال الميت لا من مال الوارث، و هل يكفي ذلك في جواز قضائه من الزكاة (من غير الوارث) (٢) أو من بيت المال؟ فيه نظر ينشأ من قيام الوارث مقام الميت، و من أنه إقرار في حق المستحقين.

قوله: (و لو خلف تركه تخير في التسليم من التركة و غيرها فيلزمه أقل الأمرين من الدين و التركة).

أما تخيره في التسليم من التركة و غيرها، فلأن له الاختصاص بأعيان التركة، و أمّا لزوم أقل الأمرين، فلأن الدين إن كان أقل فهو الواجب، و إن كانت التركة أقل فالواجب صرفها أو صرف قيمتها ففي الدين دون ما زاد عليها، إذ لا يجب الأداء من ماله.

فرع: لو وجد من يشتري أعيان التركة بزائد عن قيمتها السوقية، أو رضى بها رب الدين و قيمتها لا يبلغه فهل يجب على الوارث أداء جميع الدين أم القيمة السوقية فقط؟ كل منهما محتمل.

قوله: (و لو تعدد الوارث أدى كل واحد بقدر ميراثه).

لأن الواجب عليه

ص: ٢١٤

١- ١) في «ص»: من صيغ.

٢- ٢) لم ترد في «ص».

و لو أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه. فلو كانا اثنين لزمه أقل الأمرين من نصف التركة و نصف الدين.

ز:العبد

ز:العبد، و لا يقبل إقراره بمال، و لا حد، و لا جنايه توجب أرشاً أو قصاصاً، إلا أن يصدّقه السيد و يتبع به بعد العتق بالمال.

و لو قيل: يقبل و يتبع به و إن لم يصدّقه السيد كان وجهها. أقل الأمرين ممّا وصل إليه من التركة و من الدين.

قوله: (و لو أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه).

أى: بقدر ما وصل إليه من الإرث بالاستحقاق أى بنسبته إذ لا ينفذ إقراره على باقى الورثة.

قوله: (فلو كانا اثنين لزمه أقل الأمرين من نصف التركة و نصف الدين).

هذا إذا تسلّم جميع نصف التركة، و إلا فأقل الأمرين ممّا يسلمه و نصف الدين.

قوله: (العبد: و لا يقبل إقراره بمال، و لا حد، و لا جنايه توجب أرشاً أو قصاصاً، إلا أن يصدّقه السيد و يتبع بعد العتق بالمال، و لو

قيل: يقبل و يتبع به و إن لم يصدّقه السيد كان وجهها).

أجمع أصحابنا على أنه لا يقبل إقرار العبد على نفسه بمال، و لا حد، و لا جنايه مطلقاً، و يؤيده أنه لا يملك نفسه و لا

التصرف، فى نفسه، و هو مال لغيره فإقراره على نفسه إقرار على مولاه، و الإقرار على الغير غير مسموع، فإن صدّقه السيد نفذ، لأنّ

المنع من نفوذ إقراره إنّما كان لحق السيد و قد انتفى ففى الحدّ و الجنايه الحكم ظاهر.

و أما المال فلا يؤديه المولى و لا العبد، لأنّ جميع ما يكسبه حق للسيد، بل يتبع

به بعد العتق، لأنَّ الفرض أنَّ المال المقر به ليس ممَّا يلزم السيد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنَّ إقرار العبد لا ينفذ في الحال إلا بتصديق السيد لما قلناه، و هل ينفذ بحيث يتبع به بعد العتق و زوال سلطنه السيد عنه؟ فيه وجهان.

أحدهما: العدم، لانتفاء أهليته للإقرار، لأنه لا يقدر على شيء كما دلَّت عليه الآية (١)، ولأنَّ في نفوذه بعد العتق نقصا على المولى لقله الرغبة فيه، لأنَّ ضمان شيء في الحرية يزاحم الإرث بالولاء.

و الثاني: النفوذ، لانتفاء الدليل الدال على سلب الأهلية، وإنما منع من النفوذ في الحال حق المولى، و لهذا ينفذ في الحال لو صدَّقه، فالنفوذ في وقت لا حق للمولى فيه لا مانع منه، و لمَّا كانت قدرته على إنشاء الإقرار معلوما لم يكن عموم الآية متناولا لهذا (٢) الفرد.

و لو سلّم فهو معارض بعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣). فيترّك نفي قدرته على إنشاء الإقرار على كون ذلك بالنسبة إلى المولى جمعا بين الدليلين و تخيل النقص على المولى بقله الرغبة غير معتد به، لأنَّ ذلك لا ينظر إليه، و مجرد حصول الحرية مظنه التصرفات المانعه من الإرث بالولاء أو المنقصه (٤) له، و الأصحَّ الثاني و هو مختار الشيخ في المبسوط (٥).

و هل يتبع في الجنايه أيضا كالمال؟ حكاها في الدروس قولاً و لم يفت بشيء (٦)،

ص: ٢١٦

١- ١) النحل: ٧٥. [١]

٢- ٢) في «ص»: البقاء.

٣- ٣) عوالي اللئالي ١: ٢٢٣ حديث ١٠٤.

٤- ٤) في «ص»: المنفعه.

٥- ٥) المبسوط ٣: ١٨. [٢]

٦- ٦) الدروس: ٣١٤.

و لو كان مأذونا في التجاره فأقر بما يتعلق بها قبل، و يؤخذ ما أقر به ممّا في يده، و إن كان أكثر لم يضمه المولى بل يتبع بعد العتق، و لا- يصح إقرار المولى عليه بحد و لا غيره. و مقتضى إطلاق عباره المصنف هنا إنّه يتبع بالجميع، و لا أرى مانعا إلا في الحد من حيث ابتناؤه على التخفيف و درئه بالشبهه.

قوله: (و لو كان مأذونا في التجاره فأقر بما يتعلق بها قبل، و يؤخذ ما أقر به ممّا في يده، و إن كان أكثر لم يضمه المولى بل يتبع به بعد العتق).

إنّما قبل إقرار المأذون لأنّه لولا لزم الإضرار بالمدين بوجوب الصبر الى أن يعتق، مع أنّ الإذن في التجاره يقتضى جواز الاستدانه، و ذلك يفضى الى انصراف الرغبات عن مداينه العبيد فيؤدى إلى اختلال حال التجاره.

و استشكل المصنف القبول في التذكرة (1)، و هو إشكال في موضعه و لا ريب أنّ القبول إنّما هو بقدر ما في يده، لأنّ الإذن في التصرف إنّما يتناوله فالزائد لا- يضمه المولى بل يتبع به. و احتراز بقوله: (فأقر بما يتعلق بها) عمّا إذا أقر بإتلاف و نحوه مما لا مدخل له في التجاره فإنّه لا ينفذ في حقّ المولى.

و لو أطلق فهل ينزل على دين المعامله أو الإتلاف؟ وجهان، و ينبغي الحكم بالاستفسار مع إمكانه، و لو حجر عليه المولى فأقر حينئذ بدين المعامله ففي النفوذ تردد.

قوله: (و لا يصح إقرار المولى عليه بحد و لا غيره).

أى: من العقوبات كالتعزير، و ضرب اليد في الاستمناء، و نحو ذلك، و هذا حيث لا يصدق العبد، و لا خلاف في هذا الحكم، و يؤيده أنّ إيلام العبد متعلق به و بالمولى، فلا يكفي إقرار المولى في ثبوته كما لا يكفي إقرار العبد.

ص: ٢١٧

و لو أقر عليه بالجنايه فالأقرب قبول قوله، و يجب المال، و يتعلق برقبته لا- فى حق العبد كفك الإرث فيعتق و إن قصرت على القولين. قوله: (و لو أقر عليه بالجنايه فالأقرب قبول قوله، و يجب المال و يتعلق برقبته لا فى حق العبد كفك الإرث فيعتق بالقيمه و إن قصرت على القولين).

أى: لو أقر المولى على العبد بالجنايه فالأقرب قبول قول المولى فى حق نفسه فيجب المال عن الجنايه، سواء كانت عمداً أو خطأ، و يتعلق برقبه العبد لا فى حق العبد، كما لو اتفق موت مورثه و له تركه و لا وارث سواه و هو ممن يفك فإنه يفك بالقيمه لا غير، و إن أوجبت الجنايه أزيد على القولين، أعنى: القول بأنّ للمولى فك الجانى خطأ بأقل الأمرين من القيمه و أورش الجنايه، و القول بأنه إنّما يفكه بأورش الجنايه و إن زاد عن القيمه.

و تنقيح المبحث: إنّ الإقرار بالجنايه خطأ و عمداً يتعلق بحق السيد و العبد معاً، أمّا الجنايه خطأ فلأنّها توجب المال خاصه، و تتعلق برقبه العبد الذى هو ملك السيد، فيتعلق الإقرار بها بحق السيد من هذه الجهه.

و على القول بأنّ الجانى إنّما يفتدى بأورش الجنايه و إن كان أكثر من القيمه، فيتعلق الإقرار بها بحق العبد فيما لو اتفق موت مورث العبد فى الصورة المذكوره، فإنّ حقه أن يفك بالقيمه و الباقي من التركه له، و لو نفذ الإقرار بالجنايه على العبد فيتعلق برقبته المال لوجب على القول الثانى فكه بالأرش و إن زاد على القيمه.

الاشكال: إنّ الفك من التركه عباره عن الشراء بالقيمه، فإن كان العبد للمولى دفع اليه ذلك، فيلزمه تخليصه من المجنى عليه بالأرش على القول الآخر، أو دفعه إليه ليؤخذ منه بالقيمه، و إن كان المجنى عليه لم يكن له أزيد من القيمه على كلّ حال، حتى لو ثبتت جنايته عمداً بالبينه و استرقه المجنى عليه لم يزد الأمر على ذلك.

و جوابه: إنَّ الواجب على المولى إثمًا هو التخليه بين العبد و المجنى عليه، أو بذل الأرش على القول به، فإذا خلى بينهما لم يجب عليه شيء، و إزماءه بأن يدفع الى المجنى عليه الأرش و يأخذ هو القيمه خاصه ممَّا لا يدل عليه دليل.

فإن قيل: فأين يثبت وجوب الأرش من التركة و إن زاد عن القيمه.

قلنا: إذا ثبت بالحجه الجنايه (١) و تعلق حق المجنى عليه بالعبد و لم يسترقه، و اتفق موت المورث فحينئذ يدفع الى المجنى عليه جميع الأرش من التركة على القول به و يعتق العبد فإذا كان نفوذها إنما هو بإقرار المولى لم يكن للمجنى عليه هنا أزيد من القيمه، لأنَّ ذلك لا يثبت فى حق العبد بإقرار المولى.

و أمَّا الجنايه عمدا فلأنَّها تقتضى تخيير المجنى عليه بين الاقتصاص و الاسترقاق على ما سيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الجنايات، و لأنَّ مطلق الجنايه عمدا يجب بها عند الأكثر أحد الأمرين من القصاص و الديه.

لكن إنَّما تجب الديه عند تعذر القصاص فتعلق الإقرار بها بحق المولى ظاهر، و تعلقه بحق العبد من حيث أنَّ فى الاقتصاص إيلام العبد و سلب حياته، و افتداؤه موقوف على رضا، ولى المجنى عليه، فحيث نفذ إقرار السيد بالجنايه فى حق نفسه لا فى حق العبد.

فإن كانت الجنايه المقر بها خطأ و جب (المال فيتعلق برقبته) (٢) أرش الجنايه إن كان بقدر القيمه فما دون، و إلا فالقيمه، حتى إنَّه فى الصوره المذكوره لا يجب سواها و لو على القول الثانى، و إن كانت عمدا لم يجب الاقتصاص و لم يعتبر رضى ولى المجنى عليه فى الفك بالقيمه لو اتفق موت المورث.

و وجه القرب، أمَّا بالنسبه إلى نفوذ الإقرار فى حق المولى فعموم قوله عليه

ص: ٢١٩

١- ١) لم ترد فى «ك».

٢- ٢) لم ترد فى «ك».

السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) فينفذ إقراره خاصة في حقه من المالىه، سواء كانت الجنايه خطأ أو عمدا، و يتسلط عليه ولى المجنى عليه.

فإن أراد المولى افتدائه فى الخطأ فده بأقل الأمرين من الأرش و القيمه على القول به، و على الآخر بالأرش كائنا ما كان. و إن أراد افتدائه فى العمد توقف على رضى ولى المجنى عليه.

و أما بالنسبه الى العبد، فلأنَّ العبد غير بالنسبه إلى المولى فلا يكون إقراره نافذاً فى حقه، فلا يجب فى الخطأ لو مات مورثه سوى القيمه على القولين. و لا يثبت القصاص فى العمد، و لا يتوقف افتكاكه فى صورته موت مورثه على رضى المجنى عليه، و لا يجب ما زاد على القيمه على القولين أيضاً. و فى حواشى شيخنا الشهيد: إنَّ هذا من خصوصيات المصنف، و كيف كان فهو فى غايه التحقيق.

لكن لو كانت الجنايه المقر بها عمدا تسلط ولى المجنى عليه على استرقاقه، لنفوذ الإقرار فيه، إذ هو حق للسيد فيستحق حينئذ القيمه و إن نقص عنها أرش الجنايه، بخلاف ما لو كانت خطأ فإنَّ الزائد من القيمه على الأرش للمولى.

و قال شيخنا الشهيد فى الدروس: لو اتفق موت مورثه بعد إقرار مولاه عليه بالجنايه فك بقيمه، و يتعلق بها المجنى عليه مع الإيعاب، و لا يتوجه هنا الفك بأقل الأمرين، لأنَّ ذلك وظيفه المولى (٢)، فإنَّ أراد إنَّ ذلك فى الجنايه خطأ فهو صحيح، لأنَّ القيمه لا بدَّ منها، فإنَّ كانت أزيد من الأرش فالفاضل للمولى، فلا يتصور الفك بأقل الأمرين إلا من المولى.

لكن لا بد أن تحمل عبارته على أصل الفك لا على فكه من المجنى عليه، لأنَّ فكه منه إنما يكون بأقل الأمرين و يكون الفاضل للمولى، إلا أنَّ أصل الفك بالقيمه

ص: ٢٢٠

١- ١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧ حديث ٥.

٢- ٢) الدروس: ٣١٤.

و لا يقبل إقراره بالرق لغير من هو فى يده، و من تحرر نصفه نفذ نصف إقراره، و يتبع بالباقى.

الثالث:المقر له

اشاره

الثالث:المقر له، و له شرطان:

أ:أهليه التملك

أ:أهليه التملك، فلو أقر لدابه أو لحائظ لم يصحّ، و إن قال:بسبب الدابه قيل:يكون إقرارا للمالك على تقدير الاستئجار.

و فيه نظر، إذ قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك كأرش الجنايه لا يختلف فيه العمد و الخطأ، فقله آخرا و لا يتوجه هنا الفك بأقل الأمرين، كان ينبغى أن يزيد فيه:لو كانت الجنايه خطأ لتكون العبارة شامله لحكم القسمين.

و إن أراد أنّ ذلك فى الجنايه عمدا-و هو المتبادر من سوق عبارته-فليس كذلك، إذ ليس للمولى هنا الفك أصلا إلا بالتراضى، فليس للمولى فيها الفك بأقل الأمرين أيضا، فلا يستقيم ما ذكره. و ذكر فى بعض حواشيه كلاما لا يخلو من شىء، و ذكره يحوج الى التطويل، و ما ذكرناه هو التحقيق.

قوله: (و لا يقبل إقراره بالرق لغير من هو فى يده).

لأنّ اليد تقتضى الملك، و إقراره بالرق لغيره يقتضى نفى ذلك فيكون إقرارا على الغير فلا يقبل. و المراد بكونه تحت يده:أن يكون تحت سلطنته على وجه الملكيه كما هو معلوم فى العاده.

قوله: (و من تحرر نصفه نفذ نصف إقراره و يتبع بالباقى).

هذا إذا أقر بمال، أو بجنايه توجب مالا، و لو أقر بجنايه توجب قصاصا فاستيفاؤه متعذر، فيمكن أن يجب نصف الدّيه و يتبع بباقى ما أقر به فى الصور بعد العتق، بناء على الوجه فى نفوذ إقراره فى حق نفسه.

قوله: (و إن قال:بسبب الدابه، قيل:يكون إقرارا للمالك على تقدير الاستئجار، و فيه نظر، إذ قد يجب بسببها مالا يستحقه المالك كأرش

على سائقها أو راكبها.

نعم لو قال: لمالكها، أو لزيد عليّ بسببها لزم. و لو قال: بسبب حملها لم يلزمه شيء إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الجنايه على سائقها أو راكبها. نعم لو قال: لمالكها، أو لزيد عليّ بسببها لزم).

القول المحكى هو قول الشيخ رحمه الله فى المبسوط (١)، و تنقيحه: أنّ قول المقر: عليّ بسبب الدابه كذا منزل على أنّ عليه لمالكها بسبب يقتضى ملكه من استئجارها، أو ضمان أجرتها بنحو غضب أو جنايه عليها و ما جرى هذا المجرى.

و وجه وجوب حمل إطلاق الإقرار على استحقاق مالكها: أن المال الثابت فى الذمه بسبب الدابه جار مجرى نمائها و سائر منافعها فيكون للمالك. و ذكر المصنف أنّ فيه نظراً، لأن الإقرار أعم، إذ قد يجب بسبب الدابه شيء لغير المالك، كما لو جنت على أجنبى و هى فى يد سائقها أو راكبها فإنّ الواجب بسببها حينئذ للمجنى عليه الأجنبى لا للمالك.

فإن قيل: كونه للمالك أرجح، لأنّ الغالب فى التملك بسببها أن يكون للمالك، و لأنّ كونه للمالك مستغن عن تقدير أمر زائد، و هو وقوع جنائتها فى يده على غير المالك، و الراجح يتعين المصير اليه.

قلنا: أرجحيته باعتبار كثره وقوعه لا تقتضى أرجحيه استحقاق المالك إياه على غيره فى نظر الشرع، و الإقرار محتمل.

و الذى يقتضيه صحيح النظر الاستفسار و قبول ما يفسر به، و مع تعذره فهو إقرار لمجهول. أمّا لو قال: عليّ بسببها لمالكها، أو قال: عليّ بسببها لزيد فلا كلام فى نفوذ الإقرار، و هو المراد بقوله: (نعم لو قال: لمالكها أو لزيد عليّ بسببها لزم).

و لو أتى بلفظ الإقرار هكذا طوّل بالبيان، فإن تعذر بنحو موته أقرع.

قوله: (و لو قال: بسبب حملها لم يلزمه شيء، إذ لا يمكن إيجاب

ص: ٢٢٢

الحمل. و لو أقر لميت صحّ و انتقل الى ورثته، و لو قال: لا وارث له سوى هذا لزم التسليم اليه إن كان ديناً، و فى العين نظر أقرببه و جوب البحث. شىء بسبب الحمل).

أى: لو قال لمالك الدابة: على كذا بسبب حملها لغا الإقرار لامتناعه فى العاده.

و لقائل أن يقول: إنّ الضميمة تقتضى بطلان الإقرار فوجب أن تقع لاغيه، و يصحّ الإقرار كما لو قال له: كذا من ثمن خمر، و فيه قوه.

فإن قيل: الكلام لا يتم إلاّ بآخره و متمماته.

قلنا: نعم، لكن إن اقتضت إلغاءه فحقها أو تلغى.

قوله: (و لو أقر لميت صحّ و انتقل الى ورثته).

لأنّ الميت فى حكم المالك فكفى ذلك فى صحه الإقرار له.

قوله: (و لو قال: لا وارث له سوى هذا لزم التسليم إليه إن كان ديناً).

لأنّ فى الحقيقه قد أقر بوجوب تسليم هذا القدر من ماله اليه فوجب أن يكون نافذاً، و قد سبق فى الوكالة ذكر هذه المسأله فى أحكام النزاع.

قوله: (و فى العين نظر أقرببه و جوب البحث).

منشأ: النظر من أنه إقرار من صاحب اليد بما يقتضى الملكيه، لأنّ قوله: هذا مال زيد الميت و لا وارث له، إلاّ هذا يجرى مجرى الإقرار لهذا من أول الأمر، و من أنه قد ثبت بإقراره كونه للميت فيكون لورثته. و قوله: لا- وارث له إلاّ- هذا إقرار على غيره، فلا يكون نافذاً بحيث يلزم بالتسليم من الحاكم، و لما فيه من التغيرير بمال لم يثبت انحصار ملكه فيه و تعريضه للتلف، و قوه هذا الوجه هى وجه القرب.

و الفرق بين الدين و العين ظاهر، فإنّ الدين لا يتعيّن بمجرد تعيين المديون ما لم

و لو أقر للعبد صحّ و كان للمولى، و لو أقر لحمل فلانه و عزاه الى وصيه أو ميراث صحّ، فإن ولدت ذكرا و أنثى فهو بينهما على حسب استحقاقهما. و لو عزاه الى سبب ممتنع كالجنایه عليه و المعامله فالأقرب للزوم يقبضه المالك أو من يقوم مقامه، بإقرار المديون فيه فى الحقيقه إقرار على نفسه، و ما قرّبه المصنف هو الأصح. نعم لو أراد المقر دفع العين لم يمنع، فإن ظهر وارث آخر كان له مطالبته.

قوله: (و لو أقر للعبد صحّ و كان للمولى).

و ذلك لأن الإقرار له يقتضى الاعتراف له باليد، و ذلك ممكن فى حق العبد و مصحح للإقرار له، و لما كانت يده يد السيد كان الإقرار للسيد. و أيضا فإن المعامله مع العبد، و الإضاافه إليه فى البيع و الهبه، و سائر الإنشاءات أمر واقع، و هو كاف فى صحه الإقرار.

قيل: الإقرار يقتضى الملك و هو ممتنع فى حق العبد.

قلنا: هذا القدر كاف للصحه.

قيل: هو مجاز:

قلنا: لا يضرّ فإنه شائع شهير.

قوله: (و لو أقر لحمل فلانه و عزاه الى وصيه أو ميراث صحّ).

للإطباق على أنه تصح الوصيه له و إنه يرث.

قوله: (فإن ولدت ذكرا و أنثى فهو بينهما على حسب استحقاقهما).

العباره تشعر بتفاوتهما فى النصيب، و هذا فى الإرث، أمّا فى الوصيه فإنهما سواء على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو عزاه الى سبب ممتنع كالجنایه عليه، و المعامله له فالأقرب

و إلغاء المبطل، اللزوم و إلغاء المبطل).

أى: لو عزا الإقرار للحمل الى سبب ممتنع -و هو القسم الثانى من أقسام الإقرار للحمل- ففى صحه الإقرار و إلغاء الضميمة و بطلانه و جهان أقربهما الأول.

أما صحه الإقرار فلعوموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)، ولأنّ كلام المكلف مصون عن اللغو بحسب الممكن. و أما إلغاء الضميمة فلأنّها تقتضى إبطال الإقرار و رفعه فوجب الحكم بإبطالها لسبق الحكم بصحته، ولأنّ الاقتصار على إبطال البعض مع إمكانه أولى، ولأنّ ذلك جار مجرى له على ألف من ثمن خمر، مع أنّ الضميمة غير مؤثره فى صحه الإقرار هنا قطعاً، و كذا الاستثناء المستغرق.

فإن قيل: أى فرق بينه و بين قوله: له على ألف إن دخلت الدار.

قلنا: يمكن الفرق بأنّه لا إقرار هنا أصلاً، لأنّه لم يخبر بكون الألف عنده بل أخبر بثبوتها على التقدير، و قد أخبر فى صورته النزاع بكون المقر به عنده، ثم وصفه بما يمتنع معه الثبوت فيكون رفعا للإقرار بعد ثبوته.

فان قيل: لم تلغ الضميمة هنا أيضاً؟.

قلنا: الإلغاء فرع ثبوت الإقرار فى نفسه و لم يثبت هناك للتعليق.

فان قيل: لم يلغ الشرط ليتحقق الثبوت؟.

قلنا: لا دليل على الغايه، فإنّ كل ما كان من متممات الكلام بحسب القانون الوضعى و جب الحكم بأنّه لا يتم الكلام بدونه، ولما لم يتحقق إقرار تام مشتمل على اخبار لم يعد الباقي ضميمة منافية يجب إلغاؤها بخلاف محل النزاع، هذا مع الإجماع على عدم الإقرار مع التعليق و انتفائه هنا.

و يحتمل ضعيفا البطلان، لأنّ الكلام لا يتم إلا بآخره و متمماته، و جوابه مستفاد

ص: ٢٢٥

١-١) عوالى اللالكى ٢:٢٥٧ حديث ٥.

و لو أطلق فالوجه الصحة تنزيلا- على المحتمل، و يكون بين الذكر و الأنثى نصفين. ممّا ذكرنا، و الأصح الأول. و لا يخفى أنّ موضع الاحتمال ما إذا وصل كلامه بالإضافه إلى السبب الممتنع، فلو تراخى زمانهما فالإقرار ماض و جها واحدا.

قوله: (و لو أطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الإقرار للحمل، و هو أن يطلق الإقرار له من غير أن يضيف الى سبب، قال الشيخ فى المبسوط: قيل فيه قولان: أحدهما يصحّ، و الآخر لا يصحّ، و قوى الأول (١).

و وجه الصحة عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٢) و لأننا قد بينا أنه لو عزاه الى سبب ممتنع صحّ الإقرار و الغنى المبطل فهنا أولى، لإمكان تنزيل الإقرار على السبب الصحيح، فيجب التنزيل عليه صوتنا للإقرار عن الفساد.

و هذا هو المراد بقوله: (تنزيلا على المحتمل)، أى: تنزيلا للإطلاق على السبب الصحيح المحتمل فإنّه ممكن و إن كان نادرا.

و وجه البطلان: إنّ المال فى الغالب إنّما يثبت بمعامله أو جنايه، و ذلك منتف فى حقه، و لانتفاء الحكم بالملك قبل سقوطه حيا فلا يكون مالكا حقيقه. و الميراث و الوصيه سببان للملك عند سقوطه حيا و مانعا لملك غيره قبله، فحمل الإطلاق عليهما يحتاج الى دليل. و ضعفه ظاهر، فإنّ هذا القدر كاف فى صحة نسبه المال إليه.

قوله: (و يكون بين الذكر و الأنثى نصفين).

لأنّ الأصل عدم ما يقتضى التفضيل، و لا- يخفى أنّه لا- يستقيم هذا على إطلاقه، بل إنّما هو مع تعذر الاستعلام، فإن أمكن تعيين، لأنّ الإقرار أعم من الاستواء و التفاضل، فلا يجوز الاقدام على التسويه مع إمكان أن يكون الاستحقاق على وجه

ص: ٢٢٤

١- ١) المبسوط ١٤: ٣. [١]

٢- ٢) عوالى اللآلى ٢٥٧: ٢ حديث ٥.

و يملك الحمل ما أقر له به بعد وجوده حيا لدون سته أشهر من حين الإقرار، و لو ولد لأكثر من مده الحمل بطل، و لو وضع فيما بينهما و لا زوج و لا مالك حكم له، لتحققه وقت الإقرار. التفاضل.

نعم مع تعذر الاستعلام يقسم نصفين تمسكا بأصالة عدم ما يقتضى خلافه، مع احتمال الإيقاف الى أن يصطلحها، لأنّ الجهل بالسبب المقتضى للملك لا يقتضى الاستواء، لإمكان كونه الإرث، بخلاف الوقف و الوصيه إذا جهل التفضيل، فإنّ نسبه السبب الى جميع المستحقين واحده.

قوله: (و يملك الحمل ما أقر له به بعد وجوده حيا لدون سته أشهر من حين الإقرار).

المراد ب(وجوده حيا): تولده كذلك، إذ لا يثبت له ملك قبل ذلك، نعم يمتنع تملك غيره في تلك المده.

و لا- بد من أن يكون وجوده كذلك لدون سته أشهر من حين الإقرار ليقطع بوجوده حين صدوره، بخلاف ما لو كان لسته فصاعدا فإنه يمكن تجدده بعد الإقرار، لأن أقل مده الحمل سته أشهر.

قوله: (و لو ولد لأكثر من مده الحمل بطل).

المراد: لأكثر من أقصى مده الحمل، و وجه البطلان: القطع بأنّه لم يكن موجودا حين الإقرار.

قوله: (و لو وضع فيما بينهما و لا زوج و لا مالك حكم له لتحققه حال الإقرار).

أى: فيما بين أقل مده الحمل و الأكثر من أقصاها، فإنّه حينئذ يمكن كونه للفراش الأول، فحيث انتفى تجدد فراش آخر تعين كونه للأول.

و لو كان لها زوج أو مولى ففي الحكم له إشكال ينشأ من عدم اليقين بوجوده، و من صحه الإقرار و للعاده. و لو سقط ميتا فإن عزا إلى إرث أو وصيه عاد الى مورث الطفل و الموصى، قوله: (و لو كان لها زوج أو مولى ففي الحكم له إشكال ينشأ من عدم اليقين بوجوده، و من صحه الإقرار و للعاده).

أى: لو وضع فيما بينهما و لها-أى: و للام-زوج أو مولى، و لم يجر للام ذكر لكن دل عليها الزوج و المالك المذكوران سابقا و لا بد من أن يكون الدخول قد حصل ليكون فراشا له، و يمضى لوضعه من حين الدخول ستة أشهر ليتمكن اللحاق، و إلا لم يكن فى صحه الإقرار إشكال. و حينئذ ففي صحه الإقرار إشكال ينشأ من عدم اليقين بوجوده حين الإقرار، و وجود المقر له شرط الصحه فلا بد من تحققه، و لأنّ الولد لاحق بالثاني كما سيأتى إن شاء الله تعالى فكيف يحكم بوجوده حين الإقرار.

و من أنّ الأصل فى الإقرار الصحه، و وجوده حين صدور الإقرار أمر ممكن فلا يحكم ببطلان الإقرار بمجرد الاحتمال، و لقضاء العاده ببقاء الحمل تسعة أشهر، و الأول أقوى.

و أعلم أنّ إطلاق ثبوت الاشكال مع وجود الزوج و المولى فى العبارة يحتاج الى التقييد بالدخول و مضى ستة أشهر للوضع من حينه.

و قوله: (و للعاده) إنما يستقيم التعليل به إذا كان الوضع لدون تسعة أشهر من حين الإقرار، و المسألة شامله لما فوق التسعة إلى أقصى مدة الحمل.

قوله: (و لو سقط ميتا فإن عزا إلى إرث أو وصيه عاد الى مورث الطفل و الموصى).

أى: لو سقط الحمل المقر له ميتا، فإن كان المقر قد عزا الإقرار إلى الإرث

و إن أطلق كلف السبب و عمل بقوله، و إن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل الإقرار. و لو ولدت اثنين أحدهما ميت فالمال للآخر. و لو أقر لمسجد، أو مشهد، أو مقبره، أو مصنع، أو طريق و عزاه الى أو الوصيه عاد الى المورث و الموصى فيرثه وارث غيره من أمواله، و أراد ب(الطفل):

الحمل نفسه و(مورثه): هو الذى استحق الإرث منه.

قوله: (و إن أطلق كلف السبب و عمل بقوله).

أما وجه تكليفه السبب فلأن العلم بمستحق ذلك موقوف على بيانه، لأنه إن كان وصيه فالمستحق وارث الموصى، و إن كان إرثا فالمستحق وارث مورثه و تغايرهما أكثرى، و إنما لم يعتبر المصنف فيما سبق تكليف السبب إذا أطلق الإقرار، لعدم توقف الإقرار عليه و انتفاء تعذر العلم بالمصرف بدونه بخلاف ما هنا.

و أما وجه العمل بقوله فلان المرجع فى أصل الإقرار إليه فكذا فيما يترتب عليه، و لأنه لا طريق الى العلم بالحال إلا بقوله، و الأصل فى اخباره الصحه و لا معارض. و أعلم أن الذى يتولى تكليفه بيان السبب هو الحاكم ليصل الحق إلى مستحقه.

قوله: (و إن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل الإقرار).

و ذلك لانتفاء المقر له، فهو كما لو أقر لواحد من خلق الله تعالى، و لا مجال للقرعه هنا إذ ليس هنا من يقرع بينهم.

قوله: (و لو ولدت اثنين أحدهما ميت فالمال للآخر).

لأن الميت بمنزله من لم يكن.

قوله: (و لو أقر لمسجد، أو مشهد، أو مقبره، أو مصنع، أو طريق

سبب صحيح مثل أن يقول: من غله وقفه صحّ، وإن أطلق أو عزاه الى سبب باطل فالوجهان.

ب: عدم التكذيب

ب: عدم التكذيب، فلو قال: هذه الدار لزيد فكذبته لم يسلم اليه. و عزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول: من غله وقفه صحّ).

أى: وجها واحدا كما سبق في الحمل.

قوله: (و إن أطلق، أو عزاه الى سبب باطل فالوجهان).

أى: فالوجهان السابقان في نظيرهما من الإقرار للحمل يأتیان هنا، وقد سبق أنّ الوجه (١) تنزيل الإطلاق على الأمر الصحيح المحتمل، وإنّ الأقرب لزوم الإقرار، وإلغاء الضميمة فيما إذا عزاه الى سبب ممتنع فيكون مثل ذلك هنا.

قوله: (فلو قال: هذه الدار لزيد فكذبته لم تسلم إليه).

أى: لم تسلم الي زيد على طريق اللزوم و الوجوب، فإنه سيأتي إن شاء الله تعالى إنه لو رجح الى التصديق عن الإنكار استحقتها فيجوز تسليمها إليه في حال الإنكار، ولأنها ماله بزعم المقر فله التسليم على مقتضى إقراره.

و يمكن أن يقال: إن أوجبنا انتزاعه من يد المقر لم يجز التسليم الى المقر له، إذ لم ينفذ الإقرار بالنسبة إليه فيستحق به، و لم (٢) يعلم استحقاقه إياه عند الحاكم فلا يجوز الدفع اليه، و إلاّ جاز، و هو متين. و يمكن أن يكون المراد: لم يجز التسليم اليه، الانتفاء المقر به عنه بتكذيبه فكيف يجوز تسليم ما ليس له اليه.

و يمكن أن يبنى ذلك على أنّ المقر هل هو مؤاخذ بإقراره هذا أم لا؟ فعلى الأول يجوز له التسليم إذ هو بالنسبة إليه مال المقر له، و على الثانى لا يجوز. نعم ليس له الإلزام بذلك، خلافا لبعض الشافعية (٣).

ص: ٢٣٠

١- ١) فى «ك»: الأوجه.

٢- ٢) فى «ص»: ما لم.

٣- ٣) انظر: الوجيز ١٩٦: ١.

ثم إما أن يترك في يد المقر، أو القاضى. قوله: (ثم إما أن يترك في يد المقر أو القاضى).

ظاهر هذه العبارة تخيير القاضى بين الأمرين، وهو الذى صرح به فى التذكرة (١)، والذى فهمه الشارح الفاضل أنّ ذلك ترديد بين القولين (٢).

ووجه الأول: إنّ الأصل فى يد المسلم أن لا تكون يد عدوان، وربما كانت يد استحقاق فلا يجوز الانتزاع من يده، لأنّ ذلك فرع كونها بغير استحقاق وهو خلاف الأصل.

وفيه نظر، لأنّ الاستحقاق خلاف الأصل، كما أنّ العدوان خلاف الأصل، لتوقف كل منهما على سبب يقتضيه و الأصل عدمه، مع أصالة براءة الذمه المقتضى لعدم العدوان، واليد الشرعية أعم من استحقاقها الإدامه و عدمه، لإمكان حصول المقر به فى يد المقر بوجه حسبه كالتخليص من يد ظالم، وإطارة الريح الثوب الى داره، و مثل هذا لا يقتضى الإبقاء فى يده، و الأصل عدم ما يقتضى أمرا زائدا.

ووجه الثانى، أنّ القاضى هو ولى الغائب و المتولى لحفظ المال الضائع و المجهول المالك، و هذا فى حكم الضائع و المجهول المالك فينتزعه و يسلمه إلى أمينه.

و الظاهر أنّ مختار التذكرة لا يخرج عن الثانى، لأنّ تخييره بين الأمرين يقتضى جواز الانتزاع و هو خلاف الأول، و كيف كان فالثانى أصحّ. و لا ريب إنّه و رأى إبقاءه فى يد المقر صلاحا أبقاه فى يده.

و فى شرح الإرشاد: أنّها تبقى فى يد المقر إن قبلنا رجوعه، لأصالة بقاء يده، و لإمكان أن يدعيها فيثبت له. و فيه نظر، إذ لا أصل يرجع إليه فى إدامه يده كما بيناه، و إمكان دعواه ملكيتها بعد ذلك و قبولها منه لا يقتضى استحقاق الإدامه الآن، إذ

ص: ٢٣١

١ - ١) التذكرة ١٤٩: ٢.

٢ - ٢) إيضاح الفوائد ٤٣٥: ٢.

فإن رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه، فإن رجع المقر في حال الإنكار فالأقرب عدم القبول، لأنه أثبت الحق لغيره، بخلاف المقر له فإنه اقتصر على الإنكار. لا تلازم بينهما. قال: وإن لم نقل به ففي انتزاعها منه وجهان، وقد عرفت ما يكفي في مجيء الوجهين على كل من تقدير قبول الرجوع و عدمه.

قوله: (فإن رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه، فإن رجع المقر في حال الإنكار فالأقرب عدم القبول، لأنه أثبت الحق لغيره، بخلاف المقر له فإنه اقتصر على الإنكار).

إذا رجع المقر له عن الإنكار و تكذيب الإقرار سلم إليه المقر به لاستحقاقه إياه و ذلك لزوال حكم الإنكار بالتصديق فيبقى الإقرار سليماً عن المعارض، و لأنه مال لا يدعيه غيره، و صاحب اليد مقر له به فكان له.

و لو رجع المقر عن إقراره في حال إنكار المقر له فأقر بها لآخر أو ادعى ملكيتها فالأقرب عدم القبول، لأن إقراره الأول مضى عليه، و حكم عليه به فانقطعت سلطنته عن المقر به فإن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)، و المشروط بعدم التكذيب إنما هو نفوذ الإقرار في حق المقر له بحيث يجب عليه تسلّم المقر به، لا أن ذلك شرط صحه الإقرار في نفسه، إذ لا دليل عليه.

و يحتمل القبول، لأنه مال لا يدعيه أحد، و اليد عليه له فيجب أن يقبل إقراره فيه و دعواه ملكيته، و لأنه لما حصر ملكيته في زيد و قد انتفى عنه ينفيه جرى مجرى المباح و ليس بشيء، لما قلناه من الحكم بصحة الإقرار السابق في حقه.

و هذا إما هو إذا قلنا بعدم جواز انتزاعه من يده، فإن جوزناه لم يقبل رجوعه

ص: ٢٣٢

١-١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ حديث ١٠٤.

و لو أقر لعبد بنكاح أو تعزير قذف فكذب السيد فالأقرب للزوم، بخلاف ما لو كذب العبد، إذ لا حق للسيد هنا. قطعاً إذ لا يد له عليه، و به صرح في التذكرة (١)، و قول المصنف: (لأنه أثبت الحق لغيره) إشارة إلى وجه الفرق بين رجوع المقر له و رجوع المقر، فيناسب أن يكون جواباً عن سؤال مقدر.

و تحقيقه: إن المقر أثبت الحق لغيره بإقراره، فقطع سلطنته و أثبتها للغير فلم يقبل منه ما ينافي ذلك، لأن الإنكار بعد الإقرار غير مسموع، و لأنه أخرج الملك عن نفسه بالإقرار فلا يعود إليه بمجرد الدعوى، و بصيروره الحق لغيره يكون رجوعه عنه إلى آخر إقراره في حق الغير، بخلاف المقر له فإنه اقتصر على الإنكار و هو لا يدل على كون الملك لغيره بشيء من الدلالات الثلاث:

و لأنه ربما بنى على ظاهر الحال عنده، لإمكان أن لا يعلم سبب حدوث الملك له و نحو ذلك، فإنكاره قابل للتأويل، و لأن رجوعه متضمن للاعتراف بدعوى وجوب التسليم، و الإقرار بالدعوى بعد الإنكار مسموع.

قوله: (و لو أقر لعبد بنكاح أو تعزير قذف فكذب السيد فالأقرب للزوم بخلاف ما لو كذب العبد إذ لا حق للسيد هنا).

أى: لو أقر مقر لعبد، بنكاح و تعزير قذف فكذب السيد فالأقرب للزوم و نفوذ الإقرار في حق المقر، و لا يتوقف ذلك على تصديق السيد. و وجه القرب: عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٢)، و لا حق للسيد في المقر به.

أما النكاح فإنه و إن توقفت صحته على رضى السيد، إلا أنه إذا ثبت محض حق للعبد لا حق للسيد فيه، و نحن لا نريد ثبوته في حق السيد بحيث يحكم به بالنسبه

ص: ٢٣٣

١-١) التذكرة ١: ١٤٩. ٢: [١]

٢-٢) عوالى اللآلى ١: ٢٢٣. حديث ١٠٤.

و لو أنكر المقر له بعبد قيل: يعثق، و ليس بجيد، بل يبقى على الرقيه المجهوله المالك، و يحتمل الحريه إن ادعاها العبد. الى العبد، بل نريد نفوذه فى حق المقر، فلا يجوز للمرأة المقره به أن تتزوج بغيره.

و أما التعزير للقذف فظاهر، إذ لا تعلق للسيد بذلك. و يحتمل عدم النفوذ مع تكذيب السيد، لإطلاق قولهم: الإقرار للعبد إقرار للسيد، و ليس بشيء، فإنّ ذلك إنّما يعقل فيما يتصور كونه للسيد. ثم أنّ المقر مؤاخذ بإقراره صدق المقر له أو كذب، نعم استيفاء التعزير موقوف على تصديق العبد و مطالبته.

و أعلم أنّ قوله: (إذ لا حق للسيد هنا) تعليل للأمرين معا أعنى: قوله:

(فالأقرب للزوم) فإنّ المراد: و إن لم يصدق السيد، و قوله: (بخلاف ما لو كذب العبد) فإن معناه: إنه لا يلزم. لكن قد علمت ان نفوذ إقرار المرأة بزوجه العبد عباره عن عدم جواز تزوجها بغيره، و هذا لا يتفاوت الحال فيه بتصديقه و تكذيبه فلا يستقيم قوله، بخلاف ما لو كذب العبد على إطلاقه.

قوله: (و لو أنكر المقر له بعبد قيل: يعثق، و ليس بجيد بل يبقى على الرقيه المجهوله المالك، و يحتمل الحريه إن ادعاها العبد).

قد سبق حكم ما إذا كان المقر به ممّا لا يكون له عباره و لا يتصور منه تصديق و لا تكذيب، و هذا حكم ماله ذلك.

فإذا أقر لزيد بعبد تحت يده، و لا يتم ذلك إلا إذا كانت للمقر يد شرعيه على إنسان يقتضى سلطنه الملك بحيث يكون مملوكا بمقتضى ظاهر الحال، إذ لو لم يكن الأمر كذلك لم ينفذ إقرار المقر و إن صدّقه المقر له، بل لا يعد ذلك إقرارا، و حينئذ لو أنكر المقر له ذلك قيل: يعثق العبد، و القائل بذلك الشيخ (١)، و ابن البراج (٢).

ص: ٢٣٤

١- ١) المبسوط ٢٣: ٣. [١]

٢- ٢) المهذب ٤١١: ١.

و وجهه: أنّ صاحب اليد قد نفى ملكيته عنه بإقراره به لغيره، و يلزم منه انتفاء ملكيته عن كل من عدا المقر له، و المقر له قد أنكر تملكه فيكون حراً إذ لا مالك له.

و فيه نظر، إذ لا يلزم من نفي المالك ظاهراً انتفاؤه بحسب الواقع، و الفرض إنّ رقيه العبد أمر محقق كما قررناه فلا يتم ذلك، و أيضاً فإنه لا علقه للمقر على العبد لإقراره به للمعين و لا لمن عدا المعين لاقتضاء حصر الملك فيه نفيه عن غيره، و لأصالة عدم مالك آخر، و لا للمعين لإنكاره ملكيته، و الجمع بين انتفاء العلقه و ثبوت الرقيه محال. و فيه أيضاً نظر، لأنّ نفي العلقه إنّما تحقق ظاهراً لا بحسب الواقع، لثبوت الرقيه قبل ذلك، و ثبوت العلقه تابع لثبوتها، و نفي العلقه ظاهراً يجتمع مع الرقيه بحسب الواقع.

فإن قيل: انتفاء العلقه ظاهراً يقتضى انتفاء الرقيه ظاهراً و لا نعنى بالحرية إلا ذلك، إذ لا نريد إلا الحرية ظاهراً.

قلنا: تحقيق المقام إنّ المنتفى ظاهراً هو علقه شخص معين، أمّا مطلق العلقه فإنها غير منتفيه لأنّ الغرض أنّ الرقيه كانت محققه الثبوت حين الإقرار و العلقه تابعه لها، فإذا نفاها المقر عن نفسه و عمن عدا المقر له و نفاها المقر له عن نفسه لم يلزم انتفاؤها بالكلية بعد تحقق ثبوتها.

كما أنّ انتفاء ملك المقر عن غير العبد بإقراره و المقر له بتكذيبه لا يقتضى نفي أصل الملك و الحاقه بالمباحات، و أيضاً فإنّ الحرية أصل في الآدمي و الرقيه بأمر طارئ، و لم تثبت الرقيه هنا فغلب الأصل. و فيه أيضاً نظر، فإنّ الفرض ثبوتها و الانتقال عن حكم الأصل.

و ردّ المصنف كلام الشيخ و حكم ببقاء العبد على الرقيه المجهوله المالك كغيره

المطلب الرابع: فى المقر به

المطلب الرابع: فى المقر به، و هو: أمّا مال، أو نسب، أو حق. و لا- يشترط فى المال العلم، فيقبل بالمجهول ثم يطالب بالبيان من الأموال، و هو الأصحّ، لأنّ الرقيه قد تثبت شرعا فلا تزول إلّا بأحد الأسباب المقتضيه للتحرير، و ليس الجهل بمالك العبد منها.

و احتمال المصنف ثبوت الحريه فى العبد إن ادّعاها، لأنّه مدع لا ينازعه فى دعواه منازع و لا سلطنه لأحد عليه، و ليس بشىء، لأنّه يجب على الحاكم أن ينازعه و يدافعه، و يثبت اليد عليه، و يصونه عن الضياع كسائر الأموال المجهوله المالك، لما قدمناه من ثبوت رقيته و تحققها ظاهرا.

قوله: (المطلب الرابع: فى المقر به: و هو إمّا مال، أو نسب، أو حق).

الحق كالقصاص، و الخيار، و الشفعه، و الأولويه، و ما جرى هذا المجرى.

قوله: (و لا يشترط فى المال العلم فيقبل بالمجهول ثم يطالب بالبيان).

أى: لا- يشترط فى المال المقر به أن يكون معلوما فيصحّ الإقرار بالمجهول، لأنّ الإقرار إخبار عن حق سابق، و الخبر قد يقع عن الشىء على جهه الإجمال كما يقع على جهه التفصيل.

و ربّما كان فى ذمّه الإنسان ما لا يعلم قدره، فلا بدّ له من الاخبار عنه ليتفق هو و صاحبه على الصلح عنه بشىء، فدعت الحاجه الى سماع الإقرار بالمجهول، بخلاف الإنشاءات فإنّ أغلبها لا يحتمل الجهاله احتياطا، لابتداء الثبوت و تحرزا من الغرر، و حينئذ يطالب المقر بمجهول بالبيان و التفسير.

فإن امتنع، ففى التذكرة إنّ الأقرب حبسه حتى يبيّن، لأنّ البيان واجب

و لا أن يكون ملكا للمقر، بل إن كان بطل، فلو قال: دارى لفلان، أو مالى، أو ملكى، أو عبدى، أو بقرى لفلان بطل للتناقض.

عليه، فإذا امتنع منه حبس كما يحبس على أداء الحق (١) و مقتضاه أنه لو ادعى الجهاله بنسيان و نحوه لا تسمع.

و قال فى التحرير: و لو قال: نسيت احتمال الرجوع الى المدعى مع اليمين، و لا فرق فى صحه الإقرار بالمجهول بين أن يقع فى جواب الدعوى أو ابتداء (٢).

قوله: (و لا أن يكون ملكا للمقر بل لو كان بطل).

أى: لا- يشترط لصحة الإقرار أن يكون المقر به ملكا للمقر حين يقر به، بل الشرط فى الإقرار بالأعيان أن لا تكون مملوكه للمقر حين إقراره، لأنّ الإقرار لا- يزيل الملك عن صاحبه، و إنّما هو إخبار عن كونه مملوكا للمقر له حين إقراره. و الخبر حكاه عن المخبر به فيتأخر عنه، فلا- بدّ أن يكون الملك للمقر له فى نظر المقر حتى تقع المطابقه بين إقراره و ما فى نفس الأمر، هكذا أطلقوا القول.

و ينبغى أن يقال: إنّ عدم ملك المقر فى نفس الأمر شرط لصحة الإقرار لتقع المطابقه بين الخبر و المخبر عنه، و أمّا بحسب الظاهر فلا بدّ أن تكون له سلطنه تقتضى فى ظاهر الحال كونه مالكا، لأنّ الإقرار لشخص بما هو مملوك لغيره ظاهرا لا اعتداد به قطعا.

و على هذا ففى تفريع قوله: (فلو قال: دارى لفلان، أو ملكى أو مالى أو عبدى أو ثوبى لفلان بطل للتناقض) نظر، لأنّ شرط الصحه الإقرار و إن كان هو انتفاء ملك المقر بحسب الواقع، إلا أنّ شرط صحته أيضا كونه مالكا بحسب الظاهر على ما سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٣٧

١- ١) التذكرة ١٥١: ٢. [١]

٢- ٢) التحرير ١١٥: ٢. [٢]

فإذا قال: دارى لفلان لم يمتنع أن يكون المراد به: الدار التي هي بحسب الظاهر لى ملك لفلان فى نفس الأمر، و ليس فى ذلك تناقض و لا تناف، إلا أن يقال:

إن المتبادر من قوله: دارى الدار التي هي لى بحسب الواقع، و هذا أظهر فى قوله: ملكى لفلان، و لا يضر ذلك، لأنه إن سلم كونه متبادرا فشيوع الآخر فى الاستعمال أمر واضح.

و أعلم أن الشيخ رحمه الله قال: إذا قال له: فى ميراثى من أبى ألف درهم كان هبه لا إقرارا، لأنه أضاف إلى نفسه (١)، و تبعه ابن إدريس (٢)، و كذا لو قال: دارى هذه لفلان لم يكن إقرارا، قال ابن إدريس: لأنه يكون مناقضه، و كيف يكون داره لفلان فى حال ما هي له؟ قالوا: لو قال فى ذلك: بأمر حق واجب كان إقرارا صحيحا، لأنه يجوز أن يكون له حق و جعل داره فى مقابله ذلك الحق.

و ذهب المصنف فى المختلف إلى التسوية بينهما و صحه الإقرار فيهما، لأن الإضافة إلى الشيء يكفى فيها أدنى ملابسه كقوله تعالى لا- تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ (٣)، و كقول أحد حاملى الخشبه: خذ طرفك، و لأن الإضافة قد تكون للملك و قد تكون للتخصيص، و لمّا امتنع الحمل على الأول لإسناد الملك المصرح به باللام الى غيره فيحمل على الثانى، لوجود القرينه الصارفه للفظ عن أحد محامله الى غيره، و لا يحكم بطلان الثانى المصرح به للاحتمال فى الأول (٤).

هذا محصل كلام المختلف، و لا ريب أن الإضافة بأدنى ملابسه مجاز إلا أنه لا يضر ذلك، لأنه استعمال شائع مشهور و التناقض الذى فرّ منه الشيخ و ابن إدريس

ص: ٢٣٨

١- (١) المبسوط ٣: ٢١. [١]

٢- (٢) السرائر: ٢٨٢.

٣- (٣) الطلاق: ١. [٢]

٤- (٤) المختلف: ٤٤٠.

و لو شهد الشاهد بأنه أقر له بدار كانت ملك المقر الى أن أقر فالشهادة باطله. و لو قال: هذه الدار لفلان و كانت ملكى إلى وقت الإقرار لم تسمع الضميمة و صحّ إقراره، نعم يشترط ان يكون المقر به تحت يده و تصرفه، فلو قال: الدار التى فى يدى أو تحت تصرفى لزيد لزم فى القرض لا يندفع بقوله: بأمر حق واجب، و مختار المختلف قوى. (و يمكن أن يقال:

إنه لَمَّا أتى بمؤكد الاستحقاق الدال على ذلك نصا علم أنه لا- يريد بقوله فى ميراثى و ملكى إلا- المجاز، لوجود القاطع فى الدلالة) (١).

قوله: (و لو شهد الشاهد بأنه أقر له بدار كانت ملك المقر الى أن أقر فالشهادة باطله).

لما سبق من أن الإقرار لا يزيل الملك فيشترط لصحته كونه غير مملوك للمقر.

قوله: (و لو قال: هذه الدار لفلان و كانت ملكى إلى وقت الإقرار لم تسمع الضميمة و صحّ إقراره).

و ذلك لأنّ الضميمة تقتضى بطلان الإقرار فتلغو، كما لو قال له: على ألف من ثمن خمر.

قوله: (نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده و تصرفه، فلو قال:

الدار التى فى يدى أو تحت تصرفى لزيد لزم).

هذا استدراك لما عسى أن يشعر به قوله السابق: (و لا- أن يكون ملكا للمقر) فإنه ربّما أوهم اشتراط انتفاء ما يقتضى الملك ظاهرا. و ليس كذلك، إذ لا ينفذ الإقرار إلا مع وجود ما يقتضى ذلك، و إلا لكان إقرارا على الغير.

ص: ٢٣٩

١- ١) لم ترد فى «ك».

و لو قال: له في ميراث أبي، أو من ميراث أبي مائه صحّ و كان إقرارا بدين على التركة. و لو قال: في ميراثي من أبي، أو من ميراثي من أبي لم يكن إقرارا، و لا يخفى أنه لا بدّ في قوله: (يشترط أن يكون المقر به تحت يده و تصرّفه) أن يراد باليد و التصرف: ما يقتضى الملك ظاهرا، لما قلناه من لزوم كون الإقرار على الغير، فإنّ اليد إذا كانت يد عاربه أو إجاره و نحو ذلك يكون فرعا على يد الغير.

فإذا علم لم يعتد بإقرار ذي اليد حينئذ، و إن جهل كان إقرار ذي اليد نافذا بالنسبة إلى تعيينه، لأنّ أصل كون الملك للغير معلوم بدون الإقرار.

إذا تقرر ذلك فقوله: الدار التي في يدي لفلان لازم و نافذ، لأنّ كونه في يده شرط صحه الإقرار كما عرفت، فالتصريح به يكون مؤكدا للصحه.

قوله: (و لو قال: له في ميراث أبي أو من ميراث أبي مائه صحّ و كان إقرارا بدين على التركة).

لقائل أن يقول: التناقض المدعى لزومه في قوله: (داري لفلان) لازم هنا، لأنّ ما كان ميراثا لأبي المقر فهو ملك له، أو على حكم مال الميت مع الدين. و على كل تقدير فليس ملكا للمدين، و قد اقتضى الإقرار كونه ملكا له.

فإن قيل المراد من قوله: (له في ميراث أبي) استحقاق ذلك قلنا: هو خلاف الظاهر، فإنّه خلاف الوضع اللغوي و الشهير في الاستعمال العرفي، و إذا جاز ارتكاب مثل هذا هنا ففي ما سبق أولى.

قوله: (و لو قال: في ميراثي من أبي، أو من ميراثي من أبي لم يكن إقرارا).

بعد ملاحظه ما قلناه لا يظهر فرق بين المسألتين، و الأقوى صحه الإقرار فيهما.

و يصحّ لو قال: له من هذه الدار، بخلاف من داري، أو في مالي ألف. و لو قال في ذلك كله: بحق واجب، أو سبب صحيح، و ما جرى مجراه صحّ. و إذا قال: له في هذه الدار مائه صحّ و طوبى بالبيان، فإن أنكر المقر له تفسيره صدّق المقر مع اليمين. قوله: (و يصحّ لو قال: له من هذه الدار، بخلاف: من داري، أو مالي ألف).

وجهه ما سبق من لزوم التناقض في الثاني دون الأول، و قد قدمنا ما يدل على عدم الفرق في الحكم.

قوله: (و لو قال: في ذلك كله بحق واجب، أو سبب صحيح، و ما جرى مجراه صحّ).

أشار ب(ذلك) الى جميع المسائل التي حكم بعدم صحه الإقرار فيها للتناقض، و قد عرفت أن هذا القول لا يدفع التناقض في ما قدمناه بل يؤكده فإن جعل دليلا في العدول عن الظاهر في قوله: (داري، و ملكي) فصحه الإقرار صالحه للدلاله على ذلك أيضا و إن كانت مع هذا القول أكد.

قوله: (و إذا قال: له في هذه الدار مائه صحّ و طوبى بالبيان، فإن أنكر المقر له تفسيره صدّق مع اليمين).

لما كانت المائه من غير جنس الدار كان استحقاق مائه في الدار يحتمل وجوها، فهو إقرار بمجهول فيطالب المقر بتفسيره فإذا فسره بشيء كجزء قيمته مائه على سبيل الشركه، أو استحقاق مائه في قيمتها لتعلق الدين بها و نحو ذلك قبل تفسيره، لأنه أعلم بما أراد، و لأصالة براهه ذمته ممّا سوى ذلك. فإن أنكر المقر له

و لو أقر بحريه عبد في يد غيره لم يقبل، فإن اشتراه صحّ تعويلاً على قول صاحب اليد. و الأقرب أنه فداء في طرفه، بيع في طرف البائع، فلا يثبت فيه خيار المجلس و الشرط و الحيوان بالنسبه إلى المشتري، كما لا يثبت في بيع من يعتق على المشتري و لا يثبت للبائع ولاء و لا للمشتري، فإذا مات العبد أخذ المشتري من تركته الثمن، و الفاضل يكون موقوفاً. التفسير بالقول قول المقر بيمينه لما قلناه.

قوله: (و لو أقر بحريه عبد في يد غيره لم يقبل، فإن اشتراه صحّ تعويلاً على قول صاحب اليد، و الأقرب أنه فداء في طرفه بيع في طرف البائع، فلا يثبت خيار المجلس و الشرط و الحيوان بالنسبه إلى المشتري، كما لا يثبت في بيع من يعتق على المشتري، و لا يثبت للبائع ولاء و لا للمشتري، فإذا مات العبد أخذ المشتري من تركته الثمن و الفاضل يكون موقوفاً).

لما بين أنه يشترط لصحة الإقرار أن يكون المقر به تحت يد المقر أراد بيان أنه إذا لم يكن تحت يده لا يصح الإقرار، و بين أن المراد عدم نفوذ أثره في الحال.

و تنقيح كلامه: أنه لو أقر من لا يدلّه على عبد و إنما هو في يد غيره بحريته لم يقبل، و المراد: إنه لا يقبل الآن بالنسبه الى من بيده العبد، أمّا بالنسبه إلى المقر فإنه مقبول حتى لو انتقل اليه ظاهراً بسبب ملك كالبيع و الإرث فإنه يؤخذ بإقراره و ينفذ في حقه، و لا يصح له استخدام العبد بمجرد إذن من هو في يده بنحو عاريه و إجاره ما لم يكن ذلك برضى العبد، و لا يبرأ بدفع منفعه و كسبه الى صاحب اليد.

و لو عقد على أمه للمقر برضاه و إن لم يأذن صاحب اليد لم يكن له إنكاحها لغيره، و ليس له أن يعقد على امرأه عقد هذا العبد عليها بغير إذن صاحب اليد، الى غير ذلك من الأحكام الكثيره، و السبب فيه عموم مؤاخذه المقر بإقراره بالنسبه إلى

نفسه، ثم هنا أحكام:

الأول: إنّه إذا اشترى المقر هذا العبد صحّ الشراء تعويلا على قول صاحب اليد أنّه ملكه، و الظاهر يساعده حيث أن الملك له شرعا و الإقرار السابق لم ينفذ.

و قيل: أنّه افتداء لا- شراء صحيح، لأنّ صحه العقد لا يكون إلا بالإيجاب و القبول الصحيحين، و معلوم أنّ القبول غير صحيح لاعتراف المشتري بالحرية. و الأقرب عند المصنف أنّه فداء من طرف المشتري و استنقاذ معامله له بإقراره، و بيع من طرف البائع عملا بظاهر الحال من كونه مالكا، و عدم نفوذ الإقرار بالنسبه اليه.

و يتفرع على ذلك عدم ثبوت خيار المجلس للمشتري، و كذا خيار الشرط من طرفه، بل لا يعقل اشتراطه الخيار، و كذا خيار الحيوان و الرد بالعيب و الغبن و الرؤيه، و لا- تصح منه الإقاله، و لا تقبل منه دعوى فساد العقد ما لم تثبت بحجه شرعيه، لأنّه من حين الحكم بثبوت الملك للمشتري ظاهرا نحكم بعتقه بالإقرار السابق، فلا يعقل تسلطه على الرد و الفسخ مؤاخذه له بإقراره، لكن تصح مطالبته بالأرش لو ظهر معيبا، لأنّه بزعمه يستحق جميع الثمن، و بزعم البائع أنّه يستحق قدر الأرش فلا يسقط حقه من المطالبه به.

أمّا البائع فيثبت بالنسبه إليه كل ما كان من توابع البيع كخيار المجلس، و الشرط، و الحيوان إن عممناه هنا، و خيار الغبن و الرؤيه، و عيب الثمن المعين، و كونه من غير الجنس، و تلفه قبل القبض قضاء لحق الملك الثابت ظاهرا. و لا استبعاد في أن يخلو البيع من خيار المجلس و الحيوان بالنسبه إلى المشتري، إذ قد يخلو منهما بالنسبه الى كل من المتبايعين فيما لو اشترى من ينعق عليه.

الثانى: لا ولاء على هذا العتيق لأحد ظاهرا: أمّا المشتري، فلاّنه غير المباشر للعتق، و أمّا البائع، فلاّنه ينفى العتق من رأس. نعم إن كان المشتري أخبر أنّ البائع أعتقه نفذ ذلك بالنسبه إليه، فعلى هذا يكون عاقلته الامام، و ينبغى أن يكون

الفصل الثاني: في الأقاير المجهوله، و هي أحد عشر بحثا:

أ: إذا قال له على شيء أُلزم البيان

أ: إذا قال له على شيء أُلزم البيان، و يقبل تفسيره و إن قل. إرثه له. و قول المصنف و الفاضل: يكون موقوفا (١) قد ينافي ذلك، و لعله أراد أن البائع لو رجع الى التصديق استحققه، و هو محتمل.

الثالث: لا ريب أن الثمن المدفوع إلى البائع لا يملكه في نفس الأمر إن كان المشتري صادقا، فإن قدر على أخذه بسرقة و نحوها كان له ذلك و مع تلف العين فبدلها، لأنه لم يسلطه على إتلافه، و إنما بذله توصلا الى رفع منكر فلا يعد تبرعا.

فلو لم يظفر بالثمن الى أن مات العبد نظر: فإن كان العتق الذي أقر به المشتري يقتضي ولاء للبائع أخذ المشتري قدر الثمن من تركه العبد، لأنه إن كان صادقا فهو مستحق لقدرة الثمن على البائع، و إن كان كاذبا فالجميع له، فقدر الثمن مستحق له على كل تقدير.

و إن لم يكن العتق المقر به مقتضيا ولاء للبائع فحال التركة ما سبق، و يتوقع المشتري الفرصه في أخذ عوضه و مما قررناه يعلم أن إطلاق العبارة: (أخذ المشتري من تركته الثمن) غير جيد.

الرابع: لو مات العبد قبل القبض لم تكن للبائع المطالبه بالثمن قطعا إن لم يكن قبضه، و للمشتري المطالبه به مع القبض قطعا (٢).

قوله: (إذا قال له على شيء أُلزم البيان و يقبل تفسيره و إن قل).

إذا فسره بما يتمول في العاده قليلا كان أو كثيرا بدليل ما بعده، و وجه

و لو فسر بما لم يجر في العاده تملكه كقشر جوزه، أو حبه حنطه أو بما لا يملك في شرع الإسلام مع إسلامه كالخمر و الخنزير و جلد الميتة، أو بالكلب العقور و السرجين النجس و ان انتفع بهما، أو برد السلام أو بالعياده لم يقبل. القبول: أصاله براءه الذمه مما زاد.

قوله: (و لو فسر بما لم يجر في العاده تملكه كقشر جوزه أو حبه حنطه، أو بما لا يملك في شرع الإسلام مع إسلامه كالخمر و الخنزير و جلد الميتة، أو بالكلب العقور و السرجين النجس و إن انتفع بهما، أو برد السلام أو بالعياده لم يقبل).

إذا فسر المبهم في قوله: له على شيء بما لم تجر العاده بتملكه و هو ما لا يعد ملكا في العاده و لا ما لا لقلته، مع كونه من جنس ما يتمم كحبه حنطه و قشر جوزه و نحو ذلك ففي قبوله وجهان: أحدهما- و اختاره في التذكرة- (١) القبول، لأنه شيء يحرم أخذه و على من أخذه رده، و الملازمه ممنوعه. و أصحهما- و اختاره هنا- عدم القبول، لأن اللام تفيد الملك، و المفسر به لا يعد ملكا في العاده بحيث يحمل عليه إطلاق اللفظ.

و لو فسر بما لا يملك في شرع الإسلام- مع إسلام المقر له، سواء كان المقر مسلما أم لا- كالخمر، و الخنزير، و جلد الميتة، و الكلب العقور- و هو ما عدا الكلاب التي يصح بيعها- و السرجين النجس لم يقبل تفسيره، لاقتضاء الصيغه الملك، و هو منتف في جميع ذلك، و لا أثر للانتفاع بالكلب العقور و السرجين النجس فإن أحدهما لا يعد ملكا.

و يفهم من قوله: (مع إسلامه) أنه لو كان المقر له كافرا صحّ التفسير بما

ص: ٢٤٥

و لو قال:غصبتة شيئاً ففسره بالخمير و الخنزير قبل مع كفر المقر له،و مع الإسلام إشكال. يملكه الكافر كالخمير و الخنزير،و صرح فى التحرير بأنه يقبل ذلك من الكافر لمثله (١).

و كذا يفهم من قوله:(أو بالكلب العقور و السرجين النجس)قبول التفسير بالكلب المعلم و السرجين الطاهر،و وجهه:أنّ كلا منهما مال،لأنه يصح بيعه و مقابله بالمال،و سيأتى فى كلامه التصريح بقبول التفسير بالكلب المعلم إن شاء الله تعالى.

و لو فسره برد السلام،أو العياده،أو جواب الكتاب،أو تسميت عطسته،و نحو ذلك لم يقبل لبعده عن الفهم فى معرض الإقرار،و لأن أمثال ذلك تسقط بالفوات و لا تثبت فى الذمه،و الإقرار يقتضى ثبوت المقر به فى الذمه.

و احتمال فى التذكرة القبول إذا أراد أن حقا على رد السلام إذا سلم،و تسميته إذا عطس لما روى فى الخبر:«للمسلم على المسلم ثلاثون حقا:يرد سلامه،و يسمت عطسته،و يجب دعوته» (٢)،و فيه نظر،لأنّ إطلاق قوله:له على شىء يقتضى الملك و لا يعد شىء من ذلك ملكا فى العاده ليصحّ التفسير به.

و صرّح فيها:بأنّها لو قال:له على حق قبل التفسير بالعياده و نحوها، و يشكل بأنّ الحق أخص فكيف يفسر بما لا يفسر به الأعم؟ قوله:(و لو قال:غصبتة شيئاً ففسره بالخمير و الخنزير قبل مع كفر المقر له،و مع الإسلام إشكال).

أمّا مع كفر المقر له فإنّ ذلك يعد ما لا بالنسبه اليه،و أمّا مع إسلامه فأشكال، و منشؤه الاختلاف فى تفسير الغصب،فقيل:إنه الاستيلاء على مال الغير عدوانا، فعلى هذا لا يصحّ التفسير بما ذكر،لأنّ المفسر به لا يعد ما لا فلا يغصب.وقيل:إنه

ص:٢٤٦

١-١)تحرير الأحكام ١:١١٥.٢. [١]

٢-٢) التذكرة ١:١٥٢.٢. [٢]

و لو قال: أردت نفسه لم يقبل، لأنه جعل له مفعولين، الثاني منهما شيئاً فيجب مغايرته للأول. استيلاء محرّم على ما في يد محترمه يستحق الإبقاء عليه ظاهراً، فعلى هذا يصح كذا نقل الشارح الفاضل ولد المصنف الاختلاف في تعريف الغضب (١)، والمعروف في المذهب هو الأول فلا يقبل و على هذا فلا يخفى أنّ الاشكال إنّما هو في التفسير بالخمير المحترمه، أمّا الخنزير فلا إشكال في عدم قبول التفسير به.

و في التذكرة: إنّه لو قال: غصبته شيئاً ثم فسره بالخمير و الخنزير ممّا لا يعد ما لا قبل، لأنّ الغصب لا يقتضى إلا الأخذ قهراً، و ليس في لفظه ما يشعر بالتزام و تفويت حق، بخلاف قوله له عليّ، و به قال الشافعي (٢)، قال: و يحتمل قبوله إن كان المقر له ذمياً، و إن كان مسلماً فإشكال (٣)، و هذا مخالف لما ذكره الشارح الفاضل. و كيف كان فالظاهر عدم القبول بالنسبه إلى المسلم.

قوله: (و لو قال: أردت نفسه لم يقبل، لأنه جعل له مفعولين الثاني منهما شيئاً فيجب مغايرته للأول).

قيل: لم لا يجوز أن يكون شيئاً بدلاً من الضمير؟ و جوابه: إن شرط إبدال النكرة من المعرفه أن تكون منعوتة و هو منتف هنا، و لأنّ الأصل في السابق أن يكون مقصوداً بالنسبه.

و علل في الدروس عدم صحه التفسير بنفسه بأنّ الغصب حقيقه في أخذ المال قال: و لو كان عبداً لم يقبل، لاقتضاء مفعولى الفعل هنا المغايره (٤).

ص: ٢٤٧

١- ١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٣٩.

٢- ٢) الوجيز ١: ١٧٩. [١]

٣- ٣) التذكرة ٢: ١٥٢. [٢]

٤- ٤) الدروس: ٣١٨.

أما لو قال: غصبتَه، ثم قال: أردت نفسه قبل. و كذا لو قال: غبنته، لأنه قد يغضب و يغبن في غير المال. و لو قال: له عندي شيء لم يقبل بهما، لإفاده اللام الملك. قوله: (أما لو قال: غصبتَه، ثم قال: أردت نفسه قبل، و كذا لو قال:

غبنته، لأنَّ الإنسان قد يغضب و يغبن في غير المال).

قيل: هذا التعليل مناف لما سبق من الاشكال الناشئ من الاختلاف في تفسير الغضب.

و يجاب: بأنَّ الذي حكيناه عن التذكرة في توجيه الإشكال يقتضى عدم المنافاه، لأنَّ منشأ الاشكال حينئذ ليس هو الاختلاف في تعريف الغضب.

فإن قيل: هذا و إن لم يناف الاشكال المذكور على ما ذكرت فإنه مناف لتفسير الغضب.

قلنا: إنما يجب حمل الغضب على المال إذا اقتضاه الكلام و لم يحتج الى تقدير شيء، و ليس كذلك هنا فإن: (غصبتَه) إنما يكون محمولاً على المال إذا كان فيه محذوف فوجب حمل الغضب على مجازة، لأنه أولى من الإضممار، فإنَّهما و إن كانا متساويين إلا أنَّ الأصل براءة الذمة، و الغبن ليس من لوازم المال، روى: «إن من استوى يومه فهو مغبون» (1)، و قول المصنف: (و كذا لو قال: غبنته) معناه: قال ذلك و فسر به بغيره إياه في نفسه.

قوله: (و لو قال: له عندي شيء لم يقبل بهما لإفاده اللام الملك).

المراد: لم يقبل بالخمير و الخنزير، و يمكن أن يراد: لم يقبل بغضب نفسه أو

ص: ٢٤٨

و لو امتنع من التفسير حبس حتى يعين، وقيل: يجعل ناكلا فيحلف المدعى. و لو فسره بكلب يجوز اقتناؤه قبل، و كذا لو فسره بحد قذف أو حق شفعه. غبته في مال ليس بمال، إلا أن الأول أربط و إن كان مرجعا بعيدا.

و أعلم أن المصنف في التذكرة قال: لو قال: له عندي شيء قبل تفسيره بالخمير و الخنزير على اشكال (١)، لأنه شيء مما عنده و من اقتضاء اللام الملك، و الأصح اختياره هنا.

قوله: (و لو امتنع من التفسير حبس حتى يبين، وقيل: يجعل ناكلا فيحلف المدعى).

القول للشيخ رحمه الله (٢)، و ابن إدريس (٣)، و تنقيحه أنه إذا أقر بالمجهول و امتنع من تفسيره نظر، فإن كان ذلك في جواب الدعوى جعل ذلك إنكارا منه و يعرض اليمين عليه، فإن أصر جعل ناكلا و حلف المدعى. و إن أقر ابتداء قلنا للمقر له: ادع عليه حقه، فإن أصر جعلناه ناكلا.

و وجهه أنه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير حبس لا- يحبس، و يشكل بأن الرد إنما يكون مع عدم الإقرار، و الأصح إنه يحبس، لأن البيان واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس كما يحبس على الامتناع من أداء الحق.

قوله: (و لو فسره بكلب يجوز اقتناؤه قبل).

لأنه مال يقابل بمال كما سبق.

قوله: (و كذا لو فسره بحد قذف أو شفعه).

أى: يقبل تفسيره، لأن

ص: ٢٤٩

١- (١) التذكرة ١٥٢: ٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ٣: ٤. [٢]

٣- (٣) السرائر: ٢٨١.

و لو فسّره بدرهم فقال المدعى: بل أردت بقولك عشره لم تقبل دعوى الإراده، بل عليه أن يدعى نفس العشره، و القول قول المقر فى عدم الإراده و عدم اللزوم. كلا منهما حق مملوك، و بهذا الحكم صرّح فى التذكرة (١)، و التحرير (٢)، و يشكل بأنّ اللام تقتضى الملك، و ذلك لا يعد ملكا فى العاده و إن كان حق الشفعه أقرب، لأنّه لكونه وسيله قريبه الى الملك فى حكم الملك، و مثله حق التحجير. و لو فسره بحق السكنى فى بيت فى المدرسه و نحو ذلك ففى القبول نظر.

قوله: (و لو فسره بدرهم فقال المدعى: بل أردت بقولك عشره لم تقبل دعوى الإراده، بل عليه أن يدعى نفس العشره، و القول قول المقرّ فى عدم الإراده و عدم اللزوم).

المتبادر من قوله: (لم تقبل دعوى الإراده). أنّ هذه الدعوى لا تسمع، و قوله: (و القول قول المقرّ فى عدم الإراده) يشعر بكونها مسموعه و يترتب عليها اليمين، و به صرّح فى التذكرة قال فيها: و إن قال -يعنى المقر له-: أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين و إنه ليس عليه إلا مائه، و يجمع بينهما فى يمين واحده، فإن نكل المقر حلف المقر له على استحقاق المائتين و لا يحلف على الإراده، لعدم إمكان الاطلاع عليها، بخلاف ما إذا مات المقر و فسر الوارث فادعى المقر له زياده فإنّ الوارث يحلف على إرادته المورث، لأنّه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره (٣)، هذا كلامه.

و لقائل أن يقول: إذا لم يمكن اطلاعه على الإراده فكيف تجوز الدعوى بها

ص: ٢٥٠

١-١) التذكرة ١٥١:٢. [١]

٢-٢) التحرير ١١٥:٢. [٢]

٣-٣) التذكرة ١٥٢:٢. [٣]

و لو مات قبل التفسير طوب الوارثه ان خلف تركه. و لو ادعى المقر له جنسا غير ما فسّره، أو لم يدع شيئا بطل الإقرار. على وجه الجزم؟ نعم إن أريد أنّ له أن يستحلفه على أنه ما أراد ذلك و ان لم يأت بالدعوى على صوره الجزم أما لعدم اشتراط الجزم فيها مطلقا أو فيما يخفى غالبا أمكن، ثم جواز حلف الوارث على إرادته المورث التي لا يمكن الاطلاع عليها مشكل، فإنّ خفاء الإرادة على غير المرید أمر لا يختص بغير الوارث.

قوله: (و لو مات قبل التفسير طوب الوارثه إن خلف تركه).

أى: طولبوا بالتفسير إن علموه بشرط وجود التركة، إذ لا يجب القضاء بدونها، فإن أنكروا العلم بالإرادة حلفوا على عدمه. و يحتمل حلفهم على عدم العلم بالاستحقاق، لأنه أخص، فإن من علم إرادته المدعى به بلفظ الإقرار فقد علم الاستحقاق.

و فرق في التذكرة بين أن يدعى الموصى له بمجمل اراده الموصى أكثر ممّا فسر به الوارث، و بين أن يدعى المقر له بمجمل اراده المقر أكثر ممّا فسر به الوارث، فأوجب اليمين على الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة و لا- يتعرض للإيراده في الأول، و أوجب حلفه على إرادته المورث في الثاني محتجا للفرق بأنّ الإقرار إخبار عن حق سابقا (1).

و قد يفرض فيه الاطلاع، و الوصية إنشاء أمر عن الجهالة، و بيانه إذا مات الموصى إلى الوارث، و هذا الفرق ضعيف، فإنّ هذا مع انتفاء الإرادة لا معها.

قوله: (و لو ادعى المقر له جنسا غير ما فسره، أو لم يدع شيئا بطل الإقرار).

الحكم ببطالان الإقرار

ص: ٢٥١

ب: لو قال: له على مال قبل تفسيره بقليله و كثيره

ب: لو قال: له على مال قبل تفسيره بقليله و كثيره، و لا يقبل بغيره كحد القذف و الشفعه و الكلب العقور، و يقبل بالمستولده. مشكل، فإنه لو رجع المقر له الى التصديق نفذ فكيف يحكم ببطلانه؟ و بدون الرجوع قد بينا أنه يجب على الحاكم انتزاع المقر به إن لم ير المصلحه فى استئمان المقر عليه، فلا يستقيم إطلاق الحكم بالبطلان.

قوله: (لو قال: له على مال قبل تفسيره بقليله و كثيره، و لا يقبل بغيره كحد القذف و الشفعه و الكلب العقور).

إذ لا يعد شيئاً من ذلك مالا، و احترز بالعقور عن غيره من الكلاب التى يجوز بيعها.

و هل يعتبر فى التفسير بالقليل أن لا يبلغ فى القله إلى حد لا يعد مالا فى العاده كجبه حنطه؟ صرح فى التذكرة بعدم اعتباره، لأن كل متمول مال و لا ينعكس (١)، و هو مشكل. و اعتبر أبو حنيفة تفسيره بالمال الزكاتى (٢).

قوله: (و يقبل بالمستولده).

أى: و يقبل تفسير المال من المقر به بالمستولده له، تنزيلا على سبق الملك على الولاده، أو على انتقالها إليه فى موضع يجوز فيه الانتقال. و وجه القبول عموم قوله عليه السلام «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣)، و لكون المستولده مالا، و لهذا يجوز بيعها لو مات ولدها و ينتفع بها و تستأجر و إن كانت لاتباع.

و يشكل بأن الاستيلاء حق مشترك بينهما و بين الله تعالى، و قبول التفسير بها يقتضى إبطاله. و أحتمل فى الدروس اعتبار تصديقها أو الاستفسار (٤)، و فيه قوة.

ص: ٢٥٢

١-١) التذكرة ١٥٢: ٢. [١]

٢-٢) المغنى لابن قدامه ٣١٥: ٥.

٣-٣) عوالى اللآلى ٢٥٧: ٢ حديث ٥.

٤-٤) الدروس: ٣١٦.

و لو قال: مال جزيل، أو جليل، أو عظيم، أو نفيس، أو خطير، أو عظيم جدا، أو عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل أيضا. و لو قال: كثير، قيل:

يكون ثمانين، و الأقرب المساواه. قوله: (و لو قال: مال جزيل، أو جليل، أو عظيم، أو نفيس، أو خطير، أو عظيم جدا، أو عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل أيضا، و لو قال:

كثير، قيل يكون ثمانين، و الأقرب المساواه).

إنما قبل تفسير العظيم و الجزيل و نحو ذلك بالقليل، لأنه يحتمل ان يريد:

عظيم خطره بكفر مستحله و وزر غاصبه و الخائن فيه، لأن أصل ما يبني عليه الإقرار الأخذ بالمتيقن و ترك ما سواه، فإن الأصل براءة الذمه.

فإن قيل: ذلك لا يطابق الاستعمال العرفي.

قلنا: ليس للعرف في ذلك معنى محقق يرجع اليه، و عظم الشيء و نفاسته يتفاوت بتفاوت أحوال الناس و اختلاف طبقاتهم تفاوتاً لا يتضبط، فربما عد القليل نفيساً في حال و باعتبار شخص، و حقيراً في حال آخر و باعتبار شخص آخر، فلا مرجع في ذلك إلا قبول تفسيره تمسكاً بيقين البراءة.

و قال بعض العامة: لا يقبل أقل من عشرة دراهم (١)، و بعض لا يقبل أقل من مائتي درهم نصاب الزكاه (٢)، و قيل غير ذلك، و كله رجوع الى غير معلوم الدلاله.

و القول بأن الكثير ثمانون قول الشيخ رحمه الله (٣)، و جماعه (٤)، و وجهه: أنه قد ثبت في عرف الشرع هذا المقدار في النذر فكذا في غيره، و إلا لزم الاشتراك

ص: ٢٥٣

١-١) انظر المغنى لابن قدامه ٥:٣١٦.

٢-٢) انظر المغنى لابن قدامه ٥:٣١٦.

٣-٣) المبسوط ٣:٦.

٤-٤) منهم ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧، و ابن البراج في المهذب ١:٤٠٥.

و لو قال: أكثر ممّا لفلان، و فسره بأكثر عددا أو قدرا الزم بمثله، و يرجع فى الزيادة اليه. و لو قال: كنت أظن ماله عشرة فثبت بالبينه مائه قبل تفسيره، لخفاء المال.

و الأصل عدمه، و لأنّ المقتضى قوله تعالى لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ (١) و هو متحقق هنا.

و جوابه: إنّه تقدير لا- تساعد عليه اللغة و لا العرف فيقتصر فيه على موضع الوفاق، فحينئذ يرجع فى التفسير اليه كما سبق و هو الأصح، و اختاره ابن إدريس (٢) و المتأخرون.

قوله: (و لو قال: أكثر ممّا لفلان و فسره بأكثر عددا أو قدرا الزم بمثله و رجع فى الزيادة إليه).

أى: لو قال له عندى أكثر ممّا لفلان و فسر ذلك بأنّه أكثر منه عددا إن كان ممّا يعدّ كالدرهم، أو قدرا إن كان لا يعد كدار و بستان. و يمكن أن يكون المعنى:

أنّه فسره بكونه أكثر عددا أو أكثر قدرا مع الاستواء فى العدد الزم بمثل ذلك و رجع فى الزيادة إليه لأنّها مجهولة، و مقتضى ما سبق أنّه لا بدّ من تفسيرها بما يتموّل فى العادة.

و فى التذكرة: أنّه يقبل تفسير الزيادة بحبه و أقل (٣)، و هو على أصله السابق.

قوله: (و لو قال: كنت أظن ماله عشرة فثبت بالبينه مائه قبل تفسيره).

لخفاء المال، و الأصل براءة الذمّه فلا يحكم بشغلها بمجرد الاحتمال. و لو

ص: ٢٥٤

١- (١) التوبه: ٨٩.

٢- (٢) السرائر: ٢٨١.

٣- (٣) التذكرة ١٥٢: ٢.

أمّا لو شهد بالقدر، ثم أقر بالأكثرية لم يسمع.

و لو فسّره بالبقاء، أو المنفعة، أو البركة و كان أقل في القدر و العدد، بأن يقول:الدين أكثر بقاء من العين، أو الحلال أكثر من الحرام أو أنفع ففي السماع نظر. قال:اعلم ما لفلان مع إقراره، ثم قال:إني كنت أعتقده قليلا- فبان كثيرا فالظاهر أنه لا يختلف الحكم.

قوله: (أمّا لو شهد بالقدر ثم أقرّ بالأكثرية لم يسمع،و لو فسر بالبقاء أو المنفعة أو البركة و كان أقل في القدر و العدد بأن يقول:الدين أكثر بقاء من العين،أو الحلال أكثر من الحرام و أنفع ففي السماع نظر).

أى:أمّا لو شهد المقر بقدر ما لفلان ثم أقرّ بالأكثرية السابقه لم تسمع دعواه ظن القله،و ينبغي أن يكون ذلك حيث لا يطول الزمان بحيث يمكن تجدد الاشتباه عليه.

و لو فسّر الأكثرية بالبقاء أو المنفعة أو البركة الى آخره ففي السماع نظر، ينشأ:من أنّ الأكثر إنّما يطلق حقيقه على الأكثر عددا أو قدرا،و اللفظ إنّما يحمل عند الإطلاق على الحقيقه،و من أنّ المجاز يصار اليه مع وجود الصارف عن الحقيقه،و هو أخبر بقصده و نيته،و اختاره في التذكرة (1).

و يشكل بأنّ الحمل على المجاز خلاف الظاهر،فإذا تراخى تفسيره عن الإقرار فسماعه محل تأمل.نعم إن اتصل به أمكن السماع،لأنّ المجموع كلام واحد.

و أعلم أنّ التقييد بقوله:(و كان أقل في القدر و العدد)يفهم منه أنّ المساوى ليس مثله في الحكم،و ليس كذلك بل هما سواء،لانتفاء الأكثرية بالمعنى الحقيقى فى كل منهما.

ص:٢٥٥

و لو قال:لى عليك ألف دينار،فقال:لك على أكثر من ذلك لزمه الألف و زياده.

و لو فسّر بأكثر فلوسا،أو حب حنطه،أو دخن فالأقرب عدم القبول. قوله: (و لو قال:لى عليك ألف دينار،فقال:لك على أكثر من ذلك لزمه الألف و زياده،و لو فسر بأكثر فلوسا أو حب حنطه أو دخن فالأقرب عدم القبول).

أى:و لو قال:لى عليك ألف دينار فقال:لك على أكثر من ذلك لزمه الألف و زياده.

و قال فى التذكرة:لا يلزمه أكثر من الألف،بل و لا الألف،لأنّ لفظه أكثر مبهمه لاحتمالها الأكثرية فى القدر أو العدد،فيحتمل أنّه أراد أكثر منه فلوسا،أو حب حنطه،أو حب شعير،أو غير ذلك فيرجع فيه الى تفسيره (١).

و وجه الأول:أنّ الأكثر إنّما يستعمل حقيقه فى العدد أو فى القدر فيصرف الى جنس ما أضيف اليه،[و]لا يفهم فى الطلاق غير ذلك.قال الله تعالى كانوا أكثر منهم (٢) و قال تعالى أنا أكثر منك مالا (٣)، و قالوا نحن أكثر أموالاً (٤)،و قد اعتبرنا حمل اللفظ على الظاهر فى أقل الجمع و هو ثلاثه عند الأكثر مع احتمال غيره،و اعتبرنا الوزن الغالب و النقد الغالب و السلامه من العيب و الحلول مع تطرق الاحتمال و إمكان إرادته المرجوح فيجب الحمل على الظاهر هنا،و لا يعتد بتطرق الاحتمال و حقق فى التذكرة:أنّه إن قرن أكثر بمن لم تجب مشاركته فى الجنس

ص: ٢٥٦

١-١) التذكرة ١٥٣:٢. [١]

٢-٢) غافر: ٨٢. [٢]

٣-٣) الكهف: ٣٤. [٣]

٤-٤) سبأ: ٣٥. [٤]

ج: إذا قال: له عليّ كذا فهو كالشيء، و لو قال: كذا كذا فهو تكرر. و لو فسّر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم و نصب على التمييز، و قيل يلزمه عشرون. و إلاّ وجب، لأنّ أفعل بعض لما تضاف إليه (١). و فيه نظر، لصحة قولنا: يوسف أحسن إخوته، مع أنّ أفعل ليس بعضا لما يضاف إليه.

و الّذى يقتضيه انظر: إنّه إن لم يذكر المميز فى التفصيل فالإبهام قائم و المرجع فى التفسير إليه، و لا- دليل على وجوب اتحاد الجنس، و ما ذكر من الآيات فأكثرها معه المميز، و الّذى لم يذكر فيه حذف منه اعتمادا على دلالة المقام عليه. و لا يمكن الحكم بشغل الذمّه بمجرد الاستناد إلى قرائن الأحوال من غير أن يكون فى اللفظ دلالة صريحه.

قوله: (إذا قال: له عليّ كذا فهو كالشيء).

لأنّ كذا لإبهامه و عدم دلالة على شيء بخصوصه كالشيء فيرجع إليه فى تفسيره.

قوله: (و لو قال: كذا كذا فهو تكرر).

أى: تكرر للتأكيد لا للتجديد، فهو بمنزله ما لو قال: له عليّ شيء شيء فيقبل فى تفسيرهما ما يقبل فى تفسير له كذا و له شيء، فإنّ التأكيد محتمل و سائغ شائع، و الأصل براءة الذمّه.

قوله: (و لو فسّر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم و نصب على التمييز، و قيل يلزمه عشرون).

أى: لو أتى بكذا مفردا من غير أن يقول كذا ثانيه و عقبه بدرهم بالنصب

ص: ٢٥٧

و لو رفعه فكذلك، و تقديره، شىء هو درهم، فجعل الدرهم بدلا من كذا.

و لو جره لزمه جزء درهم، و يرجع إليه فى تفسيره، و التقدير: جزء درهم، و كذا كناية عنه، و قيل: يلزمه مائه. بأن قال: كذا درهما لزمه درهم، و نصبه على التمييز كما لو قال: شىء درهما. و حكى فى التذكرة عن بعض الكوفيين أنه منصوب على القطع، فكأنه قطع ما ابتداء به و أقر بدرهم (١).

و القول بلزوم عشرين قول الشيخ رحمه الله (٢)، لأن أقل عدد مفرد ينصب مميزه عشرون، إذ فوقه ثلاثون فصاعدا فيحمل على الأقل. و يشكل بأن شغل الذمه بعشرين مع إمكان أن يراد بكذا واحدا يقتضى التمسك بمجرد الاحتمال، و لا أثر لموازنه المبهمات المبيّنات باعتبار القوانين النحويه: أما أولا فلعدم العلم بكون ذلك مستفادا من اللفظ بوضعه له، و أما ثانيا فلأن العرف الخاص لا ينظر إليه، و إنما ينظر الى ما يتفاهمه أهل العرف العام و يجرى فى محاوراتهم، فالأصح هو الأول.

قوله: (و لو رفعه فكذلك، و تقديره: شىء هو درهم، فجعل الدرهم بدلا من كذا، و لو جره لزمه جزء درهم و يرجع إليه فى تفسيره، و التقدير: جزء درهم و كذا كناية عنه، و قيل: يلزمه مائه).

أى: لو رفع الدرهم المفسر به كذا فكذلك، أى: لزمه درهم، نقل المصنف على ذلك الإجماع فى التذكرة (٣).

لكن قوله: (و تقديره شىء هو درهم) فجعل الدرهم بدلا من كذا لعله يريد

ص: ٢٥٨

١-١) التذكرة ١٥٣:٢. [١]

٢-٢) المبسوط ١٣:٣.

٣-٣) التذكرة ١٥٣:٢. [٢]

و لو وقف قبل تفسيره بجزء درهم، به التقدير باعتبار المعنى، لأن البدل إن كان بدلا صناعيا لم يستقم كون التقدير لفظا هكذا أو يراد البدل معنى.

و أما إذا جره فوجه لزوم ما ذكره المصنف أصاله البراء مما سوى ذلك، و أن هذا تفسيره بجزء درهم يحتمله قوله احتمالا لا ينافى قوانين اللسان و هو الأصح، فيرجع إليه في تفسير الجزء لكونه مبهما.

و القول بلزوم مائه قول الشيخ رحمه الله في المبسوط، و وجهه: أن كذا كناية عن العدد، و درهم بالجر تمييز له، و أقل عدد مفرد يكون مميزه مجرورا مائه (١)، و ضعفه معلوم مما سبق.

قال في التذكرة: و لا فرق بين أن يقول: عليّ كذا درهم صحيح أو لا يقول لفظه صحيح، و بعضهم فزق بأنه إذا قال: له عليّ كذا درهم صحيح بالجر لم يجر حمله على بعض درهم ففتعين المائه، و الحق أنه يلزمه درهم واحد (٢) هذا كلامه و هو صحيح، لاحتمال أن يراد جزء درهم صحيح و نحوه، فإن وصف الدرهم بكونه صحيحا يقتضى ثبوت الصحيح في الذمه.

و لقائل أن يقول: هذا و إن كان محتملا إلا أنه لا يلزم وجوب درهم كامل، لأن وصف الدرهم بالصحيح لا يقتضى كون ما في الذمه درهما كاملا، لجواز أن تكون كذا كناية عن بعض الدرهم، فإن بعض الدرهم الصحيح قد يكون مستحقا لغير من يستحق باقيه، و كذا كل صحيح من و سيف و حيوان و نحوها.

قوله: (و لو وقف قبل تفسيره بجزء درهم).

لأنه دائر بين الرفع و الجر فيلزمه أقل الأمرين، و أوجب بعضهم درهما،

ص: ٢٥٩

١- ١) المبسوط ١٣: ٣. [١]

٢- ٢) التذكرة ١٥٣: ٢. [٢]

و كذا لو كرر بغير عطف، و لا يقتضى الزيادة كأنه قال: شىء شىء.

و فى الجر يحتمل أنه أضاف جزء الى جزء، ثم أضاف الآخر الى الدرهم كنصف تسع درهم.

و كذا لو قال: كذا كذا كذا، و قيل: يلزمه مع النصب أحد عشر. و يستقيم ذلك على القول بوجوب مائه مع الجر لأنه الأقل.

قوله: (و كذا لو كرر بغير عطف و لا يقتضى الزيادة، كأنه قال: شىء شىء، و فى الجر يحتمل أنه أضاف جزء الى جزء ثم أضاف الآخر الى الدرهم كنصف تسع درهم، و كذا لو قال: كذا كذا كذا، و قيل: يلزمه مع النصب أحد عشر).

أى: لو قال: له على كذا كذا درهما بالنصب أو بالرفع أو بالجر مكررا كذا كذا من غير ان يعطف أحدهما على الآخر إنما يلزمه ما سبق إذا قال: كذا درهما بالنصب أو بالرفع أو بالجر من غير زياده.

و وجه: أن كذا كذا يمكن أن يكون تكراره للتأكيد، فكأنه قال: شىء شىء درهما، و يكون درهما مميذا للمؤكد، و درهم بالرفع مفسر له، و فى الجر كأنه قال: جزء جزء درهم.

و يحتمل فى الجر أنه أضاف جزء الى جزء المضاف الى درهم فيلزمه بعض بعض درهم و تفسيره اليه، و هو الذى أراد المصنف بقوله على وجه الكشف له و البيان:

(كنصف تسع درهم). و هذا الاحتمال صحيح، لأنّ اللفظ لا- ياباه، و الأصل براءة الذمه فيقبل التفسير به، و لو وقف لزمه أقل المحتملات لو فسر به.

و لو قال: كذا كذا كذا ثلاثا، ثم أتى بالدرهم بعده منصوبا أو مرفوعا فكما سبق فى أنه يلزمه درهم، لإمكان التأكيد كما لو كرر الشىء ثلاثا. و لو جر فجزء درهم، و على الاحتمال جزء جزء جزء درهم كنصف تسع عشر درهم، و لو وقف فكما سبق.

و لو عطف و رفع لزمه درهم، لأنّه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فكأنّه قال: هما درهم.

و لو نصب احتمال لزوم درهم، لأنّ كذا يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف مثله و فسّرهما بدرهم جاز و درهمن، لأنّه ذكر جملتين و فسّر بدرهم فيعود الى الجميع، كمائه و عشرين درهما يعود التفسير الى الجميع، و أكثر من درهم بناء على أنّ الدرهم تفسير للأخير، و يبقى الأول على إبهامه. و قيل: يلزمه أحد و عشرون. و قال الشيخ: إنّه إذا قال: كذا كذا درهما بالنصب يلزمه أحد عشر درهما، لأنّ أقل عدد مركب مع غيره ينصب بعده المميز أحد عشر إلى تسعة عشر فيجب الحمل على الأقل (١)، و يضعف بما تقدم.

قوله: (و لو عطف و رفع لزمه درهم، لأنّه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما، فكأنّه قال: هما درهم. و لو نصب احتمال لزوم درهم، لأنّ كذا يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف مثله و فسّرهما بدرهم جاز و درهمن، لأنّه ذكر جملتين و فسّر بدرهم فيعود الى الجميع، كمائه و عشرين درهما يعود التفسير الى الجميع و أكثر من درهم بناء على أنّ الدرهم تفسير للأخير و يبقى الأول على إبهامه، و قيل يلزمه أحد و عشرون).

أى: لو عطف كذا على كذا و رفع الدرهم فقال: له على كذا و كذا درهم لزمه درهم، لأنّه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فكأنّه قال: شيء و شيء هما درهم. و فى وجه للشافعية أنّه يلزمه درهم و زياده (٢)، حملا- على أنّ درهم تفسير للمعطوف، و يبقى المعطوف

ص: ٢٤١

١- ١) المبسوط ٣: ١٣. [١]

٢- ٢) المغنى لابن قدامة ٥: ٣١٩.

عليه يرجع إليه في تفسيره، وأصله البراءة تنفيه.

و لو نصب فقال: كذا و كذا درهماً فعند المصنف فيه احتمالات ثلاثة:

الأول: لزوم درهم، لأنّ كذا يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف مثله و فسرها بدرهم على طريق التمييز كان صحيحاً جارياً على القوانين، و الأصل براءة الذمّة ممّا زاد، و هذا أقوى.

الثاني: لزوم درهمين، لأنّه ذكر جملتين و فسر بدرهم فيكون تفسيراً للجميع على معنى أنّه مفسر للأخيره، و دليل على مفسر الاولى كمائه و عشرين درهماً فإنّه سيأتى ان شاء الله تعالى إنّ المائه تكون أيضاً دراهم.

الثالث: إنّّه يلزمه أكثر من درهم، لأنّ الدرهم تفسير للأخير فيبقى الأول على إبهامه.

و قال الشيخ في المبسوط: إنّّه يلزمه أحد و عشرون، لأنّه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر و انتصب الدرهم بعدهما (1) و قال ابن إدريس في جميع المسائل السابقه في مقابل كلام الشيخ: الأولى الرجوع الى التفسير، لأنّ كذا لفظ مبهم محتمل و لا يعلق على الذم شيئاً بأمر محتمل، و الأصل براءة الذمّة (2).

قال المصنف في المختلف: و التحقيق أن يقول: إن كان القائل من أهل اللسان الزم بما قاله الشيخ، و إلّا رجع الى تفسيره كما اختاره ابن إدريس (3). هذا كلامه، و يشكل بأنّ هذه المعاني ليست مستفاده من هذه الألفاظ بالوضع ليحكم على من كان من أهل اللسان بها. و على تقدير الوضع فأهل اللسان إنّما يتحاورون في الأقادير و المعاملات بما يتفاهمه أهل العرف، و الأصح ما قاله ابن إدريس.

ص: ٢٤٢

١- (١) المبسوط ١٣: ٣. [١]

٢- (٢) السرائر: ٢٨١.

٣- (٣) المختلف: ٤٤٠.

و لو قال: ألف و درهم أو درهمان فالألف مبهم يقبل تفسيره بما قل و كثر. و لو قال: ألف و ثلاثه دراهم أو و خمسون درهما، أو ألف و مائه و خمسه و عشرون درهما أو و خمسه عشر درهما، أو ألف و مائه درهم فالجميع دراهم على إشكال. فرع: الدرهم فى نحو خمسه عشر درهما مفسر الجميع، لأنه مفسر هذا العدد المركب.

قوله: (و لو قال: الف و درهم أو درهمان فالألف مبهم يقبل تفسيره بما قل و كثر).

و ذلك لأن عطف جنس معين على مبهم الجنس لا يقتضى تفسيره، إذ لا منافاه بين عطف بعض الأجناس على ما يغيرها، بل هو الواجب فبأى شىء فسرته قبل حتى لو فسره بحبات الحنطه قبل. كذا قال فى التذكره (١)، و يؤيده أن المفسر للشىء لا يعطف عليه، و تقدير قوله: أو درهمان أو قال ألف و درهمان.

قوله: (و لو قال: ألف و ثلاثه دراهم أو و خمسون درهما، أو ألف و مائه و خمسه و عشرون درهما أو و خمسه عشر درهما، أو ألف و مائه درهم فالجميع دراهم على إشكال).

ينشأ: من أن الاستعمال لغه و عرفا جار على الاكتفاء بمفسر الأخير فى كونه تفسيراً لما قبله، قال الله تعالى إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَ تِسْعُونَ نَعَجَةً (٢). و فى الحديث أن رسول الله صلى الله عليه و آله توفى و هو ابن ثلاث و ستين سنه (٣)، و قال

ص: ٢٤٣

١- ١) التذكره ١٥٤: ٢. [١]

٢- ٢) ص: ٢٣.

٣- ٣) الكافى ٣٦٥: ١. [٢]

و لو قال:علیّ ثلاثه دراهم و ألف،أو عشرون درهما و ألف،فالألف مجهوله. و لو قال:درهم و نصف فالأقرب حمل النصف على السابق. الشاعر:و لها اثنتان و أربعون حلوبه،و غير ذلك من الاستعمالات فى الأخبار و كلام العرب التى لا تنحصر.

و أما الاستعمالات العرفيه فظهورها مغن عن التعرض لبيانها،و كأنهم لما كرهوا الإتيان بالمفسرات المختلفه فى الكلام الواحد اكتفوا بأحدها،و أثروا مفسر المبهم الأخير على غيره،لأنّ المفسر إنّما يفسر به ما قبله.

و من أنّ المقطوع به هو تفسير ما اتصل به فيكون ما سواه على الإبهام،و لأنّ الأصل براءة الذمّه،و لأنّ الاستثناء المتعقب جملا يختص بالأخيره.

و يضعف بأن الاستعمال لما كان جاريا على ذلك بحيث لا يفهم عند الإطلاق سواه،و لا يتوقف أحد فى فهم المراد من نحو ذلك على قرينه اندفع الإبهام،فإنّ المحذوف لدليل بمنزله المذكور،و حينئذ فلا يبقى الأصل هنا متمسكا لوجود الناقل.

و الاستثناء بعد جمل إنما يعود إلى الأخيره على القول به،مع انتفاء ما يدل على عوده الى الجميع،و الأول أقوى.و على الثانى فلو باع بمائه و عشرين درهما مثلا لم يصح البيع حتى يذكر مفسر المائه.

قوله: (و لو قال:علیّ ثلاثه دراهم و ألف أو عشرون درهما و ألف فالألف مجهوله).

لأنّ السابق فى مثل ذلك لم يثبت كونه مفسرا لما بعده،و الأصل البراءه.

قوله: (و لو قال:درهم و نصف فالأقرب حمل النصف على السابق).

وجه القرب:أنّه المتفاهم فى المحاورات العرفيه حتى لو قال:له علىّ درهم و نصف درهم عدّ مطولا- تطويلا- زائدا على قدر الحاجه.و يحتمل عدمه،للأصل،و لأنّه

د: إطلاق الإقرار بالموزون أو المكييل ينصرف الى ميزان البلد وكييله

د: إطلاق الإقرار بالموزون أو المكييل ينصرف الى ميزان البلد وكييله، وكذا الذهب و الفضة ينصرف الى نقده الغالب، سواء كان نقدهم مغشوشا أو لا، و سواء كان الوزن ناقصا أو لا، فإنّ تعدد الوزن أو النقد متساويا رجح إليه في التعيين. معطوف على الدرهم فلا يفسر به، و الأول أقوى. قال في التذكرة: أما لو قال: نصف و درهم فالنصف مبهم (١).

قوله: (إطلاق الإقرار بالموزون أو المكييل ينصرف الى ميزان البلد وكييله).

لأنه المتفاهم عرفا، و لهذا يحمل الإطلاق في البيع عليهما.

قوله: (و كذا الذهب و الفضة ينصرف الى نقده الغالب، سواء كان نقدهم مغشوشا أولا، و سواء كان الوزن ناقصا أولا).

الظاهر أنّ المراد ب(الذهب و الفضة) في هذا الكلام: الإقرار بالدرهم و الدينانير، فلو أقر بذهب أو فضة من غير أن يذكر الدينار أو الدرهم كأنّ قال: خمسه مثاقيل من فضة فالظاهر إنّ ذلك إنّما ينصرف إلى الفضة الخالصة الغالبة في البلد.

و لَمَّا كان الإطلاق محمولا - على المتعارف لم يتفاوت الحال في حمل الدرهم و الدينانير على المغشوشه إذا كان نقد البلد مغشوشا، كما يحمل النقد على الخالص إذا كان غالبا في البلد بغير تفاوت.

و في وجه للشافعية: إنّه لو فسر الدرهم بالناقص منفصلا عن الإقرار لم يقبل و إن كان عرف البلد، بل يحمل على دراهم الإسلام (٢)، و ليس بشيء.

قوله: (فإن تعدد الوزن أو النقد متساويا رجح إليه في التعيين).

أى: فإن تعدد الوزن

ص: ٢٤٥

١-١) التذكرة ١٥٤:٢. [١]

٢-٢) المجموع ٣١١:٢٠، السراج الوهاج: ٢٥٨.

و لو فسره بالناقص النادر قبل مع اتصاله، وكذا لو فسّر بالمغشوشه مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس. و لو قال: عليّ دريهمات أو دراهم صغار، و فسّره بالناقص لم يقبل إلاّ مع الاتصال. في البلد أو النقد بأن كان الرطل واقعا على كبير و صغير، و النقد على صحيح و غيره، و تساوى الجميع في المعامله بحيث لم يكن لبعض على بعض أرجحيه رجع إليه في التعيين لحصول الإيهام، و الأصل براءة الذمّه.

و احترز بقوله: (متساويا) عما لو كان بعض الوزن أو النقد المتعدد غالبا في المعامله فإن الإطلاق يحمل عليه.

قوله: (و لو فسره بالناقص النادر قبل مع اتصاله).

أى: لو فسر الوزن أو النقد بالناقص النادر في البلد قبل مع اتصال التفسير بالإقرار لا بدونه، أمّا مع الاتصال فلاّنه بمنزله الاستثناء، و لأنّنه لو لا ذلك لأدى إلى تعذر الإقرار ممن عليه دراهم ناقصه، و لأنّ الكلام لا يعتبر معناه إلاّ بعد تمامه، بخلاف ما إذا انفصل فإنّنه يقتضى رفع بعض ما قد حكم بثبوتّه فلا يسمع.

قوله: (و كذا لو فسّر بالمغشوشه مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس).

أى: و كذا يقبل تفسيره مع الاتصال لو فسر الدراهم بالمغشوشه، لكن حيث يكون الغالب غيرها، و إلاّ لم يشترط الاتصال. و هذا إنّما هو مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس، لأنّ اسم الدراهم لا يقع عليها.

قوله: (و لو قال: عليّ دريهمات أو دراهم صغار و فسره بالناقص لم يقبل إلاّ مع الاتصال).

لأنّ إطلاق الدراهم يقتضى حملها على الغالب في العرف، و وصفها بالصغر

ه:الجمع يحمل على أقله و هو ثلاثه

ه:الجمع يحمل على أقله و هو ثلاثه،سواء كان جمع قله أو كثره، و سواء كان معرّفا بلام الجنس أو منكرا،و سواء وصفه بالكثره أو القله أو لا.

فلو قال:له على دراهم لزمه ثلاثه،و كذا لو قال:الدراهم،أو دراهم كثيره، أو وافره،أو قليله. المستفاد من الصيغه أو من صريح اللفظ لا ينفي حملها على الغالب،لأنّ الدراهم الغالبه قد تكون صغيره فى شكلها،نعم لو كان فى الدراهم ما يعد صغيرا و كان ناقصا و فسر به قبل منه.

و فى التذكرة:إنّه لو قال:له على دريهم،أو دريهمات،أو درهم صغير،أو دراهم صغار فالوجه قبول تفسيره بما أراد ممّا ينطلق على هذا الاسم (١)،و هذا لا- يخالف ما ذكرناه.مع أنّه قال بعد هذا فى المسأله التى تلى هذه:لو قال:له على دريهم فهو كما لو قال:درهم،لأنّ التصغير قد يكون لصغر فى ذاته،أو لقله قدره عنده،و قد يكون لمحبهته.

و لو قال:له على درهم كبير،ففى التذكرة:إنّه يلزمه درهم من دراهم الإسلام، لأنّه كبير فى العرف،قال:و لو كان هناك ما هو أكثر وزنا منه فالأقرب المساواه (٢).

قوله: (الجمع يحتمل على أقله و هو ثلاثه،سواء كان جمع قله أو كثره، و سواء كان معرفا بلام الجنس أو منكرا،و سواء وصفه بالقله،و الكثره،أو لا، فلو قال:له على دراهم لزمه ثلاثه،و كذا لو قال:الدراهم أو دراهم كثيره أو وافره أو قليله).

لما كان أقل الجمع ثلاثه باعتبار الوضع لم تحمّل صيغه الجمع على ما فوقها، و لا تفاوت بكونه جمع كثره أو قله،لأنّ الفرق بينهما استعمال خاص فلا يعارض أصاله

ص:٢٦٧

١-١) التذكرة ١٥٥:٢. [١]

٢-٢) التذكرة ١٥٥:٢. [٢]

و لو قال: ثلاثة آلاف و اقتصر الزم بتفسير الجنس بما يصحّ تملكه ممّا يصدق عليه ذلك العدد.

و: لو قال: على ما بين درهم و عشره لزمه ثمانية

و: لو قال: على ما بين درهم و عشره لزمه ثمانية، البراءة، و المعرّف باللام و إن اقتضى العموم إلاّ أنّه ممتنع هنا و ليس هناك حد يرجع إليه فألغى التعريف، و كذا لو وصف الجمع بالقله أو الكثره كما لو وصف المفرد.

و أحتمل المصنف في التذكرة قبول تفسير الجمع باثنين محتجا بالاستعمالات في الكتاب و السنّه مثل قوله تعالى فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ (١) و المراد:

اخوان، و قوله عليه السلام: «الاثان فما فوقهما جماعة» (٢) و بأنّ حقيقه الجمع موجوده في الاثنين.

قال: و لو سلم أنه مجاز فلا تستحيل إرادته، فإذا فسر به قبل لأنّه أعرف بقصده (٣). و يضعف بأنّ المجاز خلاف الأصل، فالتفسير به منفصلا عن الإقرار رجوع عنه، و يلزمه قبول التفسير بالواحد بعين ما ذكره فإنّه يستعمل فيه مجازا.

و في الدروس: إنّّه لو فسر باثنين متأولا معنى الاجتماع، أو أخبر بأنّه من القائلين بأن أقل الجمع اثنان فالأقرب القبول (٤) و يشكل بأنّ اللفظ يجب حمله عند الإطلاق على الشائع في الاستعمال، فإذا فسر بخلاف ذلك تفسيرا متراخيا عن الإقرار كان رجوعا عن بعض ما أقر به.

قوله: (و لو قال: ثلاثة آلاف).

أى: لو قال: له عندي ثلاثة آلاف.

قوله: (و لو قال: له على ما بين درهم و عشره لزمه ثمانية).

لأنّ ذلك ما بينهما، و ظاهر

ص: ٢٤٨

١- (١) النساء: ١١. [١]

٢- (٢) الفقيه ١: ٢٤٦ حديث ١٠٩٤، عيون اخبار الرضا ٢: ٦١ حديث ٢٤٨. [٢]

٣- (٣) التذكرة ٢: ١٥٥. [٣]

٤- (٤) الدروس: ٣١٨.

و لو قال: من درهم الى عشرة احتمال دخول الطرفين و خروجهما و خروج الغايه. و لو قال: أردت المجموع لزمه خمسه و خمسون، لأنك تزيد أول إطلاقهم أن الثمانيه دراهم، و اللفظ غير صريح في ذلك.

قوله: (و لو قال: من درهم الى عشرة احتمال دخول الطرفين، و خروجهما، و خروج الغايه).

وجه الأول: إن ذلك جار في الاستعمال، تقول: قرأت القرآن من أوله الى آخره و أكلت الطعام من أوله الى آخره، و فيه نظر، لأن ذلك مستفاد من قوله: قرأت القرآن، و أكلت الطعام.

و وجه الثاني: أن الأول و العاشر حدان لا يدخلان في المحدود، كما لو قال:

بعتك من هذا الجدار الى هذا الجدار لا يدخل الجدران في المبيع. و نقل الشارح فيه الإجماع (١)، و لقوله تعالى ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ (٢)، و لأن الأصل البراءه فلا يجب سوى المتيقن، و هو الأصح و اختاره ابن إدريس (٣).

و وجه الثالث: أن الأول ابتداء الغايه و العاشر هو الحد فدخل الابتداء دون الحد، و لأن الملتزم زائدا على الواحد و الواحد مبدأ العدد و الالتزام فيبعد خروجه، و اختاره الشيخ (٤)، و المصنف في الإرشاد. و يضعف بأن شغل الذمه لا يكون بمجرد الاستبعاد.

قوله: (و لو قال: أردت المجموع لزمه خمسه و خمسون، لأنك تزيد

ص: ٢٦٩

١- ١) إيضاح الفوائد ٤٤٦: ٢.

٢- ٢) البقره: ١٨٧. [١]

٣- ٣) السرائر: ٢٨٣.

٤- ٤) المبسوط ٢٧: ٣.

العدد و هو الواحد على آخره و هو العشره، ثم تضرب المجموع فى نصف العشره. و لو قال: له درهم فى عشره و لم يرد الحساب لزمه واحد، أول العدد و هو الواحد على آخره و هو العشره، ثم تضرب المجموع فى نصف العشره).

أى: لو قال المقر: أردت بقولى: له من واحد إلى عشره استحقاقه مجموع الأعداد المشموله بهذا اللفظ لزمه خمسه و خمسون.

و طريق معرفه قدر مجموع الأعداد المذكوره: أن تزيد على آخر العدد و هو العشره أولها و هو الواحد، و تضرب ذلك فى نصف العشره، و كذا كل ما جرى مجراه مثل من واحد الى عشرين فما خرج فهو الجواب. و لا يخفى أن قوله: (لأنك تزيد..) هو ضابط معرفه قدر المجموع و ليس (١) دليل لزوم هذا القدر كما لا يخفى. و أعلم أن المصنف أطلق الحكم هنا و فى غير هذا الكتاب (٢)، و كذا غيره (٣)، و إنما يستقيم ذلك على القول بدخول الطرفين.

أما على القول بخروجهما أو بخروج واحد فلا يبلغ المقر به خمسه خمسين كما لا يخفى إلا أن يريد بقوله الإقرار بجميع الأعداد التى اشتمل عليها هذا اللفظ فلا بحث فى اللزوم حينئذ.

قوله: (و لو قال: له درهم فى عشره و لم يرد الحساب لزمه واحد).

و ذلك لأن المقر به الدرهم و العشره ظرف له.

ص: ٢٧٠

١- ١) فى «ص»: و هو.

٢- ٢) التذكرة ١٥٥: ٢.

٣- ٣) منهم الشهيد فى الدروس: ٣١٨.

و لو قال: درهمان في عشره و أراد الحساب لزمه عشرون، و لو أراد درهمين مع عشره قبل و لزمه اثنا عشر، و يقبل منه هذا التفسير و إن كان من أهل الحساب على إشكال، لأن كثيرا من العامه يريدون هذا المعنى. و لو قال: أردت درهمين في عشره لى قبل و لزمه درهمان. و لو قال: درهمان في دينار لم يحتمل الحساب و سئل فإن فسر قوله: (و لو قال: درهمان في عشره و أراد الحساب لزمه عشرون و لو أراد درهمين مع عشره قبل و لزمه اثنا عشر).

أمّا إذا أراد الحساب فلا بحث، و أمّا إذا أراد درهمين مع عشره فلاّ هذا المعنى شائع بين أهل العرف، يقولون إذا أرادوا جمع المتفرق عشره في خمسة في سبعة الى غير ذلك فلا يمتنع الحمل عليه، و قد جاءت في بمعنى المصاحبه في نحو قوله تعالى:

أَدْخُلُوا فِي أُمَّمٍ (١).

قوله: (و يقبل منه هذا التفسير و إن كان من أهل الحساب على إشكال لأن كثيرا من العامه (٢) يريدون هذا المعنى).

و يحتمل عدم القبول، لأن الظاهر من أهل الحساب استعمال ألفاظه في معانيها المصلح عليها بينهم. و يضعف بأن المحاورات العرفيه غالبا لا تكون بمصطلحات أهل العرف الخاص، مع أن الأصل براءة الدّمه، فالأصح القبول.

قوله: (و لو قال: أردت درهمين في عشره لى قبل و لزمه درهمان).

لاحتمال اللفظ ذلك، فأَنَّ في للظرفيه و الأصل البراءه.

قوله: (و لو قال: درهمان في دينار لم يحتمل الحساب و سئل، فإن فسر

ص: ٢٧١

١- (١) الأعراف: ٣٨. [١]

٢- (٢) انظر: المجموع ٣١٧: ٢٠، السراج الوهاج: ٢٥٨، المغنى لابن قدامه ٣٠٠: ٥.

بالعطف لزمه درهمان و دينار، و إن قال: أسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل إقراره، لأن السلم لا يصح في الصرف، و إن كذبه صدق المقر له مع اليمين. و لو قال: له عندى زيت في جره، أو سيف في غمد، أو كيس في صندوق، أو فص في خاتم، أو غصبت منه ثوبا في منديل لم يدخل الظرف. بالعطف لزمه درهمان و دينار).

إنما لم يحتمل ذلك الحساب، لأن المضروب لا بد أن يكون من جنس المضروب فيه فيبقى المراد مبهما.

و إنما قبل تفسيره بالعطف و إن لم يعطف ب(فى) لأنه إقرار على نفسه بمجموع الأمرين. و لعل المصنف لا يريد العطف الحقيقى، بل لازمه و هو المصاحبه و الاشتراك فى الحكم، و قد سبق أن فى تستعمل بمعنى مع.

قوله: (و إن قال: أسلمتها في دينار فصدقه المقر له بطل إقراره، لأن السلم لا يصح في الصرف، و إن كذبه صدق المقر له مع اليمين).

أى: و إن قال فى تفسير قوله: له درهمان فى دينار: أسلمتهما فيه، بمعنى أنه جعلهما عوض سلم الدينار و بقيا فى ذمته لم يسلمهما الى زمان الإقرار و الدينار (1) فى ذمه المقر له بالسلم، فيجب أن يسأل المقر له عن هذا التفسير، لأنه يقتضى إبطال الإقرار فإن السلم فى التقدين لا يصح.

فإن صدقه فلا شىء، و إن كذبه ألزمه المقر بالدرهمين و لم يقبل منه ما ينافى الإقرار، نعم له إحلاف المقر له على نفى ما ادعاه.

قوله: (و لو قال: له عندى زيت فى جره، أو سيف فى غمد، أو كيس فى صندوق، أو فص فى خاتم، أو غصبت منه ثوبا فى منديل لم يدخل الظرف).

لاحتمال أن

ص: ٢٧٢

و لو قال له عندى غمد فيه سيف أو جره فيها زيت لم يدخل المظروف و كذا: له خاتم فيه فص، أو عمامه فى رأس عبد. و لو قال: له عندى خاتم و أطلق، أو ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على إشكال و الطراز. يريد فى جره لى، أو فى غمد لى، و كذا البواقى.

و ليس فى اللفظ ما يقتضى كون هذه الأشياء للمقر له، و إلا لكان إذا ضمّ اليه لفظه لى يفهم المنافاه، لظاهر الإقرار، و يحتاج الى العدول عن الظاهر مع أنّ الأصل براءه الذمه. و مثله ما لو قال: غصبتة زيتا فى جره، أو ثوبا فى منديل لم يكن مقرا إلا بغصب الزيت و الثوب خاصه خلافا لأبى حنيفه (1).

قوله: (و لو قال: له عندى غمد فيه سيف، أو جره فيها زيت لم يدخل المظروف. و كذا: له خاتم فيه فص، أو عمامه فى رأس عبد).
تقريبه ما تقدم.

قوله: (و لو قال: له عندى خاتم و أطلق، أو ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على إشكال و الطراز).

المتبادر من العبارة: إنّ دخول الطراز فى الإقرار بالثوب لا إشكال فيه، و هو واضح، لأنّ الطراز جزء أو كالجاء فى العاده المستمره. و أمّا الفص ففى دخوله فى الإقرار إشكال ينشأ: من أنّ اسم الخاتم يتناوله عرفا، و من مغايرته إياه و انفصاله عنه، و لهذا يخلو الخاتم عنه كثيرا. و الظاهر الأول، لأنّ الكلام فى شمول اسم الخاتم للفص إنّما هو مع وجوده فهو كالطراز، و ليس كل

ص: ٢٧٣

و لو قال:له عندى جاريه فجاء بها و هى حامل احتمال صحه استثناء الحمل،بخلاف ما لو قال:له خاتم و جاء به و فيه فص و استثناء فإنّ الظاهر عدم قبوله. و لو قال:له دار مفروشه،أو دابه مسرّجه،أو عبد عليه عمامه احتمال الأمرين. ما يقع جزءا لشيء يمتنع خلّوه عنه،و إختار فى التذكرة الثانى (١).

قوله: (و لو قال:له عندى جاريه فجاء بها و هى حامل احتمال صحه استثناء الحمل،بخلاف ما لو قال:له خاتم و جاء به و فيه فص و استثناء فإنّ الظاهر عدم قبوله).

وجه الاحتمال:ان الحمل ليس جزءا من الجاريه لغه و لا عرفا،و لهذا لا يندرج فى بيعها على الأصح فلا يتناوله الإقرار بها،و كل منهما تحت يده فإذا أقر بأحدهما لم يكن إقرارا بالآخر.و منه يظهر وجه الفرق بينهما و بين الخاتم و الفص فإنه جزء عرفا.

و يحتمل العدم،لأنّه تابع للام و نماء لها،و نمنع تبعيته لها فى الإقرار.و النماء إنما يتبع الأصل إذا تجدد فى الملك و لم يكن هناك ما ينافى ملكيته،و الإقرار لا يقتضى تقدم ملك الام على تجدد فى الملك و لم يكن هناك ما ينافى ملكيته،و الإقرار لا يقتضى تقدم ملكه الام على تجدد الحمل،و سيأتى إن شاء الله تعالى فى أحكام القضاء انه لا يسمع دعوى:هذه ابنه أمتى،لجواز تجددها فى غير ملكه،و صحه الاستثناء لا تخلو من قوه.

و اعلم أن قول المصنف:(فإن الظاهر عدم قبوله)رجوع عن الإشكال إلى الفتوى.

قوله: (و لو قال:له دار مفروشه،أو دابه مسرّجه،أو عبد عليه عمامه احتمال الأمرين).

أى:صحه استثناء الفرش و السرج و العمامه و عدمه.

ص:٢٧٤

و لو قال: دابه بسرجها، أو دار بفرشها، أو سفينه بطعامها، أو عبد بعمامته لزمه الجميع. وجه الأول: إنّ الإقرار يحمل التقييد بفرش لى، و سرج و عمامه لى، و مع الاحتمال لا يكون مقرا فإنّ الأصل البراءة.

و وجه الثانى: إنّ المتبادر الى الفهم دخول الفرش و السرج و العمامه، و لأنّه وصف الدار بكونها مفروشه، فإذا سلّم غير مفروشه لم يكن المقر بها.

و يضعف بأنّ وصفها بذلك حين الإقرار لا يقتضى استحقاقها على هذا الوصف، و اللفظ محتمل، و يده على الأمرين، معا فلا يزول حكمها بمجرد الاحتمال.

و إختار ابن الجنيّد دخول السرج فى الإقرار (١)، و منعه الشيخ فى المبسوط (٢)، و الأصح عدم الدخول.

نعم، قد يقال فى الإقرار بالعبد: تدخل العمامه و ما جرى مجراها، و الفرق: أنّ له يدا على ملبوسه، و ما فى يد العبد فهو فى يد سيده، فدخول العمامه لا من جهة الإقرار بل من جهة اليد، و إختاره المصنّف فى التذكرة (٣).

و يضعف بأنّه لا يد للسيد على العبد هنا بل اليد للمقر عليه، و على سائر ما عليه من عمامه و غيرها، لأنّه و إن كان ذا يد إلاّ أنّه من حيث أنّه مال عليه يد فكذا ما عليه، فإذا أقر بالعبد لم يسر الإقرار الى ما عليه و لا تزول يد المقر عنه، كما لا يسرى الى البيت الذى هو ساكنه و الطعام الذى بين يديه.

قوله: (و لو قال: دابه بسرجها، أو دار بفرشها، أو سفينه بطعامها، أو عبد بعمامته لزمه الجميع).

فإنّ الباء تعلّق

ص: ٢٧٥

١- (١) المختلف: ٤٤٢.

٢- (٢) المبسوط ٣: ١٢. [١]

٣- (٣) التذكرة ٢: ١٥٧. [٢]

و لو قال:له أَلْف في هذا الكيس و لم يكن فيه شيء لزمه الألف، و لو كان الألف ناقصا احتمل إلزامه الإتمام. و لو قال:الألف الذى فى الكيس لم يلزمه الإتمام، الثانى على الأول، لاقتضائها المصاحبه إذ لا يفهم منها سوى ذلك.

قوله: (و لو قال:له أَلْف فى هذا الكيس و لم يكن فيه شيء لزمه الألف).

أى: لو قال:له على الف فى هذا الكيس و لم يكن فيه شيء لزمه الألف، لأنّ قوله:له على يقتضى اللزوم، و لا أثر لقوله فى هذا الكيس إذا لم يكن فيه شيء، لأنّ اعتباره يقتضى رفع الإقرار فلا ينظر اليه.

قوله: (و لو كان الألف ناقصا احتمل إلزامه بالإتمام).

لأنّه قد وجب عليه الألف بإقراره، و كون البعض ليس فى الكيس لا يقتضى سقوطه عنه، لاحتمال أن يريد أنّه وضعها فى الكيس ليؤديها إليه عن حقه فإذا ظهر نقصها وجب الإكمال، و هو قوى.

و يحتمل العدم، لحصر المقر به فى الكيس، و فيه نظر، لأنّ الاخبار عن كونها فى الكيس لا يقتضى حصر الواجب فيما فيه.

قوله: (و لو قال:الألف الذى فى الكيس لم يلزمه الإتمام).

لأنّه جمع بين التعريف و الإضافة إلى الكيس، و قال بعض الشافعيه: يلزمه الإتمام هنا أيضا (١)، قال المصنف فى التذكرة: و هو مبنى على أنّ الإشاره إذا عارضت اللفظ أيهما يقدم؟ ثم قوى اللزوم (٢).

ص: ٢٧٦

١- (١) الوجيز ١:١٩٩، الفتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١:١٣٨.

٢- (٢) التذكرة ٢:١٥٧. [١]

و لو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الألف وجهان. و لو قال: له في هذا العبد الف قبل تفسيره بأرش الجنايه، و بكونه مرهونا، و بأنه وزن في شراء عشره ألفا و اشترت أنا جميع الباقي بألف، و لم يلزمه إلا عشر العبد.

و لو قال: نقد عنى في ثمنه ألفا كان قرضا، و لو قال: نقد ألفا في ثمنه و أنا ألفا بإيجاب واحد فقد أقر بالنصف.

و لو قال: وزنت أنا ألفين فقد أقر بالثلث، و لو قال: أوصى له بألف من ثمنه بيع و صرف إليه ألف، و لو أراد إعطاء ألف من ماله من غير الثمن قوله: (و لو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الألف وجهان).

وجه اللزوم: أنه قد أقر بأن عليه ألفا، و التعريف جاز استناده الى تعيينه الدين الذى فى ذمته فيما فى الكيس.

و وجه العدم: أنه حصر ما عليه فى الكيس المعين، فإذا لم يكن موجودا لم يلزمه شيء آخر لم يتناوله إقراره.

و بنى بعض الشافعية الخلاف هنا على الخلاف فيما إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز و لا ماء فيه هل ينعقد يمينه و يحنث أم لا؟ و اختار لزوم الألف و عدم انعقاد اليمين حيث لا متعلق لها (1)، و فى هذه و التى قبلها عندى توقف.

قوله: (و لو قال: له فى هذا العبد الف قبل تفسيره بأرش الجنايه، و بكونه مرهونا، و بأنه وزن فى شراء عشره ألفا و اشترت أنا جميع الباقي بألف فلم يلزمه إلا عشر العبد. و لو قال: نقد عنى فى ثمنه ألفا كان قرضا، و لو قال: نقد ألفا فى ثمنه و أنا ألفا بإيجاب واحد فقد أقر بالنصف، و لو قال:

وزنت أنا ألفين فقد أقر بالثلث، و لو قال: أوصى له بألف من ثمنه بيع و صرف

ص: ٢٧٧

لم يجب القبول. اليه، ولو أراد إعطاء ألف من ماله من غير الثمن لم يجب القبول).

لا ريب أنّ قول المقر: لزيد في هذا العبد ألف مجمل، لأنّ العبد لا يكون ظرفاً للألف إلاّ بتأويل، فيرجع الى تفسيره.

فإذا فسر بأرش جنايه صدرت من العبد على المقر له أو على عبده قبل، لأنّه تفسير صحيح، وتعلق الألف برقبته. وإن فسر بكون العبد مرهوناً بألف في ذمته قبل أيضاً، وقواه في التذكرة، لأنّ الدين وإن كان محلّه الذمّه فله تعلق ظاهر بالمرهون فصار كالتفسير بأرش الجنايه. وفي وجه أنّه لا يقبل، لأنّ الإقرار يقتضى كون العبد محلاً للألف، ومحلّ الدين الذمّه لا المرهون، وإنّما المرهون وثيقه له.

قال في التذكرة: وفي هذا فإذا نازعه المقر له أخذناه بالألف الّذى ذكره في التفسير، وطالبناه للإقرار المجمل بتفسير صالح (1) ثم اختار الأول وفيه قوه، لأنّ محلّ الدين وإن كان الذمّه إلاّ أنّ العبد محلّ أيضاً إذا كان رهناً باعتبار استحقاق أخذه من قيمته، وليس العبد بالنسبه إلى أرش الجنايه محلاً للأرش حقيقه، لأنّه بكماله باق على ملك المالك مع تعلق الأرش به.

وإن فسر بأنّ المقر له وزن في عشر العبد ألفاً وقال المقر: اشتريت أنا الباقي وهو تسعه أعشاره بألف قبل، لأنّه محتمل. وقيد في التذكرة بكونه مع يمينه، ولا اختصاص لذلك بهذه الصور، بل باقى الصور المحتمله لو لم يصدّقه المقر له على التفسير يتوجه عليه فيها اليمين، لإنكاره لما سوى ذلك.

ولا فرق في القبول بين أن يكون ما عينه للمقر له يساوى الألف أو يزيد أو ينقص، ولا بين أن يكون ما عينه لنفسه زائداً أو لا، لأنّ الإقرار محتمل لذلك التفسير، ولا مرجع في التفسير إلاّ اليه، والأصل براءة الذمّه.

ص: ٢٧٨

و لو قال:له فى هذا المال، أو ميراث أبى ألف لزمه. بخلاف:له فى و لو فسر بأن المقر له نقد عنه فى ثمن العبد ألفا كان الألف قرضا فى ذمته، لأنّ قوله:عنى يقتضى كون الشراء له.

و إن فسر بأنّه نقد ألفا فى ثمنه على أنّه لنفسه- و إنّما لم يقيد فى العبارة بذلك لدلاله ما قبله على القيد-سئل هل نقد هو شيئا فى ثمنه أيضا أم لا؟ فإن قال:نقدت، سئل هل كان الشراء بإيجاب واحد أم بإيجابين؟ فإن قال: بإيجابين احتيج الى تفسير ما نقد فيه الألف، و هى المسألة السابقة فى قوله:وزن فى عشره ألفا و اشتريت أنا الباقي بألف.

و إن قال: بإيجاب واحد سئل عن قدر ما نقد هو، فإن قال:ألفا فهما شريكان فى العبد بالنصف، لأنّ لكل بنسبه ما نقد الى مجموع الثمن، و إن قال:ألفين فللمقر له الثلث.

و إن فسر بأنّه اوصى له بألف من ثمنه أو نذر له قبل أيضا، و صرف اليه من ثمنه الف فيباع منه ما يفى بالألف.

و لو أراد المقر حينئذ دفع الألف من ماله لم يجب القبول لتعيين جهه الاستحقاق فى ثمن العبد.

و إنّما قبل كلّ من هذه التفسيرات، لأنّ الإقرار يحتمل كلا منها، كما يحتمل الباقي باعتبار أصل الوضع، فلو لم يصدّقه فهو منكر لما عداه فيحلف لنفيه، و لا يستحق المقر له ما أقر به لتكذيبه.

و أعلم أنّ قوله:(و اشتريت أنا جميع الباقي بألف)من كلام المقر ذكره على سبيل حكاية لفظه، و ليس من ضرورات التفصيل بعد قوله:(اشترى عشره بألف) أن يقول:(إنّه اشترى الباقي بألف)، و لكنه ذكره لئلا يتوهم عدم القبول، لاستبعاد كون عشر شيء بألف و تسعه أعشاره بألف.

قوله:(و لو قال:له فى هذا المال، أو ميراث أبى ألف لزمه، بخلاف:

مالى أو فى ميراثى من أبى.

ز: لو قال له على درهم درهم درهم لزمه واحد

ز: لو قال له على درهم درهم درهم لزمه واحد، و لو قال: درهم و درهم، أو ثم درهم لزمه اثنان، و لو قال: فدرهم لزمه واحد و تقديره فدرهم لازم. له فى مالى أو فى ميراثى من أبى).

الفرق بين حال الإضافة و عدمها لزوم التناقض الذى ادعاه سابقا منها، فلا يسمع الإقرار، بخلاف ما إذا لم يضيف، و قد عرفت الصحة فى كل من صورتين. و قد سبقت هذه المسائل، و لا يظهر لإعادتها وجه فلعله أعادها سهواً.

قوله: (لو قال: له على درهم درهم درهم لزمه واحد).

لاحتمال إرادته التأكيد بالتكرير، و الأصل البراءة، و كذا لو كرره مائة مره فما زاد.

قوله: (و لو قال: درهم و درهم أو ثم درهم لزمه اثنان).

لأن العطف يقتضى المغايره بين المعطوف و المعطوف عليه، و لا يصح عطف الشئ على نفسه.

قوله: (و لو قال: فدرهم لزمه واحد، و تقديره فدرهم لازم).

أى: لو قال: درهم فدرهم لزمه درهم واحد، لاحتمال الفاء العطف و غيره، و إنما يلزم درهمان على تقدير العطف، فإذا فسر بعدمه بأن قال: أردت فدرهم لازم، أو فدرهم أجود منه قبل، لأن الأصل براءة الذمه.

و يشكل بأن المتبادر هو العطف و غيره يحتاج الى تقدير، و ارتكابه يقتضى الخروج عن ظاهر اللفظ إلى الإضمار الذى لا يصار إليه إلاً بدليل. على أن قوله: له درهم و درهم، أو ثم درهم لا يمتنع فيه مثل هذا التقدير، مع أنه لا يقبل فيه التفسير بغير العطف، و لزوم درهمين لا يخلو من قوه.

و لو قال: درهم و درهمان لزمه ثلاثه، و كذا: درهم و درهم و درهم.

و لو قال: أردت بالثالث تأكيد الثانى قبل. و لو قال: أردت بالثانى تأكيد الأول لم يقبل، و كذا تجب الثلاثه لو قال درهم و درهم ثم درهم، أو بالعكس، لاختلاف حرفى العطف. و لو قال: له على درهم قبله درهم، أو بعده درهم، أو قبل درهم، أو بعد درهم لزمه درهمان.

و لو قال: قبله و بعده لزمه ثلاثه، إذ القبليه و البعديه لا تحتمل إلا الوجوب.

قوله: (و لو قال: درهم و درهمان لزمه ثلاثه).

لامتناع التأكيد هنا، بخلاف قوله: و كذا درهم و درهم و درهم فإنّه و إنّ كان ظاهره العطف، إلا أنّه يحتمل أن يكون الثالث تأكيدا للثانى، لوجود الواو فى كل منهما، فصح التأكيد اللفظى للتطابق اللفظين. أمّا الثانى فيمتنع كونه تأكيدا للأول، لانتفاء الواو فى الأول و وجوده فى الثانى، فامتنع التأكيد بتكرير اللفظ لانتفاء المطابقه بين لفظيهما، فمتى قال: أردت بالثالث تأكيد الثانى قبل منه و لزمه درهمان، و الى هذا أشار بقوله: (و لو قال: أردت بالثالث تأكيد الثانى قبل).

قوله: (و لو قال: أردت بالثالث تأكيد الأول لم يقبل).

لانتفاء الواو فى الأول و لتخلل الفاصل بينهما.

قوله: (و كذا يجب الثلاثه لو قال: درهم و درهم ثم درهم، أو بالعكس لاختلاف حرفى العطف).

و ذلك يقتضى امتناع التأكيد اللفظى.

قوله: (و لو قال: له على درهم قبله درهم أو بعده درهم، أو قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان، و لو قال: قبله و بعده لزمه ثلاثه، إذا القبليه و البعديه

و لو قال: له درهم مع درهم، أو فوق درهم، أو تحت درهم، أو معه، أو فوقه، أو تحته لزمه واحده لاحتمال فوق درهم لى أو فى الجوده. لا- تحتل إلا- الوجود، و لو قال: له درهم مع درهم، أو فوق درهم أو تحت درهم، أو معه أو فوقه أو تحته لزمه واحد، لاحتمال فوق درهم لى أو فى الجوده).

و مع قيام الاحتمال و أصاله البراءه لا يجب إلا واحد، و قد فرّق بين هذا و الذى قبله: بأنّ الفوقيه و التحتيه ترجعان الى المكان فيتصف بهما نفس الدرهم و القبليه و البعديه ترجعان الى الزمان و لا يتصف بهما نفس الدرهم، فلا بدّ من أن يرجع التقدم و التأخر إلى المقر، و ليس ذلك إلاّ الوجود عليه.

و فى وجه أنه لا يلزمه فى القبليه و البعديه إلا درهم، لأنهما كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبه و غيرها.

ثم هب أنّهما زمانيان و إن نفس الدرهم لا- يتصف بهما، لكن يجوز رجوعهما الى غير الوجود، بأن يريد درهم مضروب قبل درهم و ما أشبهه. ثم هب أنّهما راجعان الى الوجود، لكن يجوز أن يريد لزيد درهم قبل وجوب درهم لعمرو. و هذا الفرق و ما أورد عليه للشافعيه (١)، و المصنف فى التذكره أوردّه ثم قال: و فيه نظر، إذ لو سمع مثل هذه الاحتمالات لسمع فى مثل: له عندى درهم و درهم مع اتفاقهم على لزوم درهمين (٢).

أقول: فى النظر المذكور نظر، لأنّهم إنما لم يسمعوا الاحتمال فى مثل: له عندى درهم و درهم، لأنّ ذلك خلاف المعنى الحقيقى، بخلاف ما إذا ادعى فى القبليه و البعديه لا يتصف بهما نفس الدرهم بخلاف الفوقيه و التحتيه غير واضح، لأنّ الظرف إذا وقع بعد نكره كان

ص: ٢٨٢

١- ١) انظر المجموع ٣١٢: ٢٠.

٢- ٢) التذكره ١٥٩: ٢. [١]

ح: لو أقر بدرهم في مجلسين، أو بلغتين

ح: لو أقر بدرهم في مجلسين، أو بلغتين، أو شهد عليه بذلك في تاريخين فهما واحد إلا أن يختلف السبب. و لو أطلقه في أحدهما و قيده في الآخر حمل المطلق على المقيد، صفة، و لا يفرّق في ذلك بين ظرف الزمان و المكان.

و كون المتعلق في ظرف الزمان هنا كونا خاصا لا يقتضى كون المتعلق وجوب درهم آخر على المقر للمقر له و إن كان قد يقع ذلك في الاستعمال كثيرا، لأنه لا يكتفى في الحكم بشغل الذمه بمثل ذلك.

و نردد المصنف في التحرير في وجوب درهم أو درهمين (١)، و اختار في الدروس وجوب درهم (٢)، و هو الأصح، و اكتفى المصنف بقوله: (لا احتمال فوق درهم لى) عن أن يذكر الاحتمال في ما بعده لظهوره.

قوله: (لو أقر بدرهم في مجلسين، أو بلغتين، أو شهد عليه بذلك في تاريخين فهما واحد، إلا أن يختلف السبب).

لما كان الإقرار إخبارا عن حق سابق لم يلزم من تعدد الاخبار تعدد المخبر عنه، فإذا أقر بدرهم في مجلسين أو بلغتين فالواجب واحد، إذ لا دليل على تعدد المقر به، و الأصل براءة الذمه.

و كذا لو شهد شاهدان بالإقرار بدرهم في تاريخين، إلا أن يختلف السبب - و هو المقتضى لشغل الذمه - فإن اختلف كان يقرّ بدرهم قرضا و يقر بدرهم من ثمن مبيع فإنه يمتنع الاتحاد هنا، و كذا لو شهد الشاهدان كذلك. و فرّق بعض الحنفية بين وقوع الإقرار في مجلس أو مجلسين، فحكم بالتعدد مع تعدد المجلس (٣).

قوله: (و لو أطلقه في أحدهما و قيده في الآخر حمل المطلق على المقيد).

كما لو قال: له

ص: ٢٨٣

١- (١) التحرير ٢: ١١٦. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣١٩.

٣- (٣) بدائع الصنائع ٧: ٢٢٢، المغنى لابن قدامة ٥: ٣٩٥.

و كذا لو قيده بقيدتين يمكن جمعهما. أما لو قيده في أحد المجلسين بقيد يضاد ما قيده به في الآخر فهما اثنان. و لو شهد واحد بإقرار بتاريخ، و آخر بإقرار في تاريخ آخر جمع بينهما، لاتحاد المخبر عنه درهم، ثم قال: له درهم قرضا فإنه يحتمل التعدد، و الأصل البراءة من التعدد فيحمل المطلق على المقيد.

قوله: (و كذا لو قيده بقيدتين يمكن جمعهما).

كما لو قال: له درهم من ثمن مبيع، ثم قال: له درهم من ثمن عبد فإن المبيع قد يكون عبدا، و الأصل البراءة فلا يجب إلا واحد.

قوله: (أما لو قيده في أحد المجلسين بقيد يضاد ما قيده به في الآخر فهما اثنان).

كما لو قال: له درهم بغلى، ثم قال: له درهم طبرى فإن المخبر عنه متعدد فيجب كل منهما.

قوله: (و لو شهد واحد بإقرار بتاريخ، و آخر بإقرار في تاريخ آخر جمع بينهما، لاتحاد المخبر عنه).

أى: لو شهد واحد أن شخصا أقر يوم السبت بألف، و شهد آخر أنه أقر يوم الجمعة بألف جمع بين الشاهدين و حكم بكمال نصاب الشهادة، و ذلك لأن المشهود به محكوم بكونه واحدا، لأننا قد بينا أن تعدد الإقرار لا يقتضى تعدد المقر به، فحكم باتحاده استنادا إلى أصالة البراءة، و متى حكم باتحاده فقد تحقق شرط كماله نصاب الشهادة و يثبت المشهود به.

و منع بعض الشافعية من الحكم بشهادة الشاهدين هنا كما لو شهدا بسببين

و لا يجمع فى الأفعال.

ط: لو قال: هذه الدار لأحد هذين و هى فى يده الزم بالبيان

ط: لو قال: هذه الدار لأحد هذين و هى فى يده الزم بالبيان، فإن عيّن قبل و للآخر إحلّافه و إحلّاف الآخر، مختلفين، لأنّ مقصود التعدد و هو كمال الاستظهار و التوثيق إنّما يتحقق مع اتحاد المشهود به (1).

قوله: (و لا يجمع فى الأفعال).

فلو شهد أحدهما بالبيع بألف يوم الجمعة، و شهد الآخر بالبيع بألف يوم السبت لم يكمل النصاب بالنسبة إلى واحد منهما لتعدد المشهود به فى نفسه، فإنّ أحد الفعلين غير الآخر.

و كذا غير ذلك كما لو شهد أحدهما بغصب يوم الجمعة، و الآخر بغصب يوم السبت، لكن للمدعى أن يعيّن أحد الأمرين المشهود بهما، و يستأنف الدعوى به و يحلف مع الذى شهد به، و له أن يدعيهما و يحلف مع كل واحد من الشاهدين.

قوله: (لو قال: هذه الدار لأحد هذين و هى فى يده الزم بالبيان، فإنّ عيّن قبل و للآخر إحلّافه و إحلّاف الآخر).

كما يسمع الإقرار بالمجهول كذا يسمع الإقرار للمجهول ثم يطالب بالبيان، فإذا قال: هذه الدار—و أشار إلى دار فى يده—لأحد هذين الشخصين الزم البيان.

فإن عيّن واحدا منهما قبل، لأنّه صاحب يد فينفذ إقراره، و للآخر إحلّافه على عدم العلم بكونها له إن ادعى عليه العلم إنّها له، و على البت إن ادعى عليه غصبها منه. و له إحلّاف الآخر أعنى: الذى عيّنه المقر—لأنّه يدعى عليه مالا—بيده و هو ملكه ظاهرا فيحلف على البت.

ص: ٢٨٥

فإن أقر للآخر غرم للثاني إلا- أن يصدّقه الأول. و هل له إحلاف الأول؟ إشكال، و قال المصنف في التذكرة في نظير هذه المسألة: إنّه بعد تعيين المالك منهما لو قال الآخر: أحلفوه إنّه ليس لى، فإن قلنا: إنّه لو عاد فأقر للآخر لم يغرم له لم يحلفه، لأنّه إذا نكل لم يلزمه شيء. و إن قلنا: يغرم عرضنا عليه اليمين، فإن حلف سقطت الدعوى، و إن نكل حلف المدعى و غرم (١).

أقول: إنّ هذا البناء غير كاف في الحكم الذى ذكره، بل لا بد مع ذلك من اعتبار كون اليمين المردوده كالإقرار، إذ لو قلنا إنّها كالبينه لاتجه إحلافه، لإمكان نكوله فيحلف المدعى و يغرم له.

قوله: (فإن أقر للآخر غرم للثاني إلا أن يصدّقه الأول).

لأنه حال بين الثاني و المقر به بإقراره للأول فكان عليه الغرم كما سيأتى إن شاء الله تعالى، نعم لو صدّقه الأول دفعت الى الثاني و لا غرم.

قوله: (و هل له إحلاف الأول؟ إشكال).

أى: هل للمقر إحلاف المقر له الأول إنّها ليست للثاني؟ فيه إشكال ينشأ:

من أنّه مكذّب لنفسه في دعواه أنّها للثاني بإقراره بها للأول فلا تسمع دعواه، و لأنّه لو نكل امتنع الرد إذ لا يحلف لإثبات مال غيره، و كذا القضاء بنكوله.

و من عموم قوله عليه السلام: «و اليمين على من أنكر» (٢)، و لأنّه يدفع بها الغرم عن نفسه فليست لحق الغير بل لدفع الغرم، و لأنّه لو أقر لنفع إقراره، و كل من أقر لنفع إقراره يحلف مع الإنكار، و الثاني قوى.

و إكذاب نفسه مدفوع إذا ذكر تأويلا و ادعى أمرا ممكنا في العاده كالغلط و النسيان، و على هذا فيحلفه على نفي العلم بالغلط لا على البت، فإنّه ربّما لم يعلم أنّه

ص: ٢٨٦

١- (١) التذكرة ١:١٦٢. ٢. [١]

٢- (٢) الكافي ٧:٤١٥ حديث ١، [٢] سنن البيهقي ١٠:٢٥٢.

و للثانى إحلافه. و لو أقر لزید فشهد اثنان بسبق إقراره لعمرو فكذبهما زيد فلا غرم. يستحقها إلا من إقرار ذى اليد، مع احتمال الثانى أنه مالك بحسب ظاهر الحال و قد ادعى عليه فيما هو ملك له فيحلف على البت.

قوله: (و للثانى إحلافه).

بلا إشكال و قد سبق مثله، و إنما أعاده لأنها مسألة أخرى و إن اتحد المتعلق.

قوله: (لو أقر لزید فشهد اثنان بسبق إقراره لعمرو فكذبهما زيد فلا غرم).

أى: لو أقر ذو اليد بشيء لزید فشهد اثنان بسبق إقراره لعمرو، فكذبهما زيد فى ما شهدا به من سبق الإقرار لعمرو فالمقر به لعمرو لا محاله، لثبوت سبق الإقرار بالبينه.

و هل يغرم المقر لزید قيمه المقر به؟ قال المصنف: لا غرم، لاعتراض زيد بانتفاء سبب الغرم، و هو سبق الإقرار لعمرو، و لتكذيبه الشاهدين فيما شهدا به فينتفى الغرم لانتهاء سببه و فى بعض الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد: إن ذلك مشكل، لاستناد البينه إلى إقراره السابق الذى هو سبب الحيلولة. و هو مدفوع، لاعتراض المستحق بانتفاء السبب فكيف يثبت له ما يترتب عليه.

نعم قد يمكن أن يقال: إن سبق إقرار المقر لعمرو قد ثبت شرعا بالبينه، و هو يقتضى استحقاق زيد تغريم المقر، فهو فى حكم الإقرار لزید باستحقاق التغريم، و قد أنكره زيد فكان ذلك جاريا مجرى تكذيب المقر له الإقرار، فمتى رجع الى التصديق استحق، فإن صح هذا حملت العبارة على أنّ المراد: لا غرم مع الاستمرار على التكذيب.

إلا أنه يشكل بأن الإقرار لعمرو ليس إقرارا لزید بالاستحقاق ليعتبر

و لو قال: لا أعلم دفعها إليهما و كانا خصمين، و لكل منهما إحصافه لو ادعى علمه. و لو قال: لزيد أو الحائض كذا ففى صحه الإقرار نظر، رجوعه بعد التكذيب و إنما لزم منه استحقاق الغرم، فإذا نفاه انتفى و لم يتجدد الاستحقاق بمجرد الرجوع. و الفرق: إن المقر به خارج عن ملك المقر فيقبل رجوع المقر له عن تكذيبه، لأنه مال لا يدعيه، بخلاف الغرم من مال المقر فإنه ليس كذلك.

قوله: (و لو قال: لا أعلم دفعها إليهما و كانا خصمين).

يشكل ذلك، لأن المال المجهول المالك يجب تسليمه الى الحاكم و لا يجوز تسليط من لا يعلم استحقاقه عليه، لأن ذلك إتلاف لمال الغير و تضييع له. و الذى يقتضيه النظر و جوب تسليمها الى الحاكم و هما خصمان.

قوله: (و لكل منهما إحصافه لو ادعى علمه).

فيحلفه كل منهما على عدم علمه باستحقاقه يميناً.

قوله: (و لو قال: لزيد أو الحائض كذا ففى صحه الإقرار نظر).

ينشأ: من أنه لو صحَّ الإقرار لكان أمراً لزيد خاصة، أو للحائض خاصة، أو لواحد منهما غير معين، و الثانى بأقسامه باطل. بيان الملازمة: أنه ردد بينهما ب أو فامتنع التشريك، فلم تبق إلا الأقسام الثلاثة.

و لا شك فى بطلان الأول و الثانى منها، لأن زيدا أو الحائض بالنسبة الى الإقرار على حد سواء، فاخصاص واحد ترجيح بلا مرجح. و الثالث أيضا باطل، لأنه إن كان للحائض فليس لزيد فجرى مجرى ما لو قال: إمّا لزيد أو ليس له بل للحائض، و لا يعد ذلك إقراراً.

و من أن الذى يملك هو زيد دون الحائض، فتلغو نسبه الإقرار اليه و يصرف الى زيد. و يضعف بأن الإقرار هو الاخبار الجازم و لا جزم هنا، و بأن الأصل براءة الذمه

و لو قال:لزید و الحائط كذا فالأقوى صحه النصف خاصه لزيد.

و لو صدّق أحد المدعيين بما يوجب الاشتراك كالإرث و الابتاع صفقه فى النصف دون اشتراك السبب فهو لهما، فلا يحكم بشغلها بمثل ذلك، و عدم الصحه لا يخلو من قوه.

قوله: (و لو قال لزيد و الحائط كذا فالأقوى صحه النصف لزيد خاصه).

وجه القوه اقتضاء الواو التسويه، لاقتضاء العطف التشريك بين المعطوف و المعطوف عليه، فيكون لزيد النصف و يلغو ذكر الحائط.

و يحتمل أن يكون الجميع لزيد، لامتناع كون الحائط مالكا فيلغو ذكره، و لأنه قد حصر الملك فيهما فلا يعدو هما. و يضعف بأن إلغاء ذكر الحائط لا يقتضى استحقاق زيد ما لم يقر له به، و قد بطل حصره ببطلان استحقاق الحائط، كما لو قال من أول الأمر: لا يملك هذا إلا الحائط.

و لا يلزم من الحصر فيهما أنه إذا بطل الاستحقاق فى أحدهما يتحقق فى الآخر، فما قواه المصنف قوى. لكن ينبغى أن يعلم أنه على احتمال صحه الإقرار لزيد فى صورته الترديد يجب أن يصح له هنا بطريق أولى، فيكون حكمه بالنصف هنا مقتضيا لترجيح البطلان فى الأول.

قوله: (و لو صدّق أحد المدعيين بما يوجب الاشتراك كالإرث، و الابتاع صفقه فى النصف دون اشتراك السبب فهو لهما).

أى: لو صدّق صاحب اليد أحد المدعيين اللذين يدعى كلّ منهما النصف من العين التى فى يده، و كانت دعواهما الملك مستنده الى سبب يقتضى الاشتراك بينهما، كإرثهما من أبيهما مثلا، و شرائهما صفقه فى استحقاقه النصف و لم يصدّق على اشتراكهما فى سبب الملك فالنصف بينهما، لأنّ كل ما حصل من المشترك الذى كان سبب الملك

و لو لم يوجب الشركه لم يشاركه الآخر، فإن أقر بالجميع لأحدهما فإن اعترف المقر له للآخر سلم إليه النصف، وإلا فإن ادعى الجميع بعد ذلك فهو له. مقتضيا للتشريك فهو لهما، و ما ذهب فهو عليهما. و إنما قيد بقوله: (دون اشتراك السبب) لأنه لو صدق على اشتراك السبب مع تصديق أحدهما في دعوى النصف فإنه يلزم التصديق لدعوى الآخر.

و أعلم أنّ الجار في قوله: (بما يوجب الاشتراك) متعلق باسم الفاعل، و الأحسن أن يكون متعلقا بمحذوف تقديره: المدعين ملكا ثبت بما يوجب الاشتراك.

و إنما كان هذا أحسن، لأنه على الأول لا يستقيم قوله: (كالإرث و الابتاع)، لأنّ هذا سبب الملك لا نفسه، فلا يكون المدعى به إلا السبب لا الملك المستند الى السبب، و في قوله: (في النصف) يتعلق ب(صدق) و هو ظاهر.

قوله: (و لو لم يوجب الشركه لم يشاركه الآخر).

إذ لا يلزمه من الإقرار لأحد المدعين استحقاق الآخر بمجرد اشتراكهما في الدعوى.

قوله: (فإن أقر بالجميع لأحدهما، فإن اعترف المقر له للآخر سلم إليه النصف، وإلا فإن ادعى الجميع بعد ذلك فهو له).

أى: إن أقر المدعى عليه من شخصين كل منهما بالنصف لا بسبب يقتضى التشريك لأحدهما بجميع المدعى به، فإن اعترف المقر له للآخر بدعواه سلم إليه النصف، لنفوذ اعترافه بذلك، لانتفاء مستحق غيره بقول صاحب اليد و هو المدعى عليه.

و إن لم يعترف للآخر لم يكن الجميع له إلا بعد تصديقه إذا لم يسبق منه إلا دعوى النصف، فإن رجع و ادعى الجميع بعد ذلك قبل منه قولاً واحداً إذا لم يسبق منه تكذيب، فإنّ استحقاق النصف لا ينافى استحقاق الكلّ.

ى: لو قال: أحد هذين العبدين لزيد طولب بالبيان

ى: لو قال: أحد هذين العبدين لزيد طولب بالبيان، فإن عيّن قبل، فإن أنكر زيد حلف المقر ثم يقر الحاكم ما أقر به فى يده، أو ينتزعه الى أن يدعيه زيد. و لو قال: لزيد عندى درهم أو دينار فهو إقرار بأحدهما فيطالب بالتفسير، و لو قال: إمّا درهم أو درهما ثبت الدرهم و طولب بالجواب عن الثانى. قوله: (لو قال: أحد هذين العبدين لزيد طولب بالبيان، فإن عيّن قبل، فإن أنكر زيد حلف المقر، ثم يقر الحاكم ما أقر به فى يده أو ينتزعه الى أن يدعيه زيد).

إنما يحلف المقر، لأنه منكر لدعوى زيد، و أمّا الإقرار فإنه قد كذبه، فإمّا أن يترك المقر به فى يد المقر، أو ينتزعه الحاكم على اختلاف القولين الى أن يرجع زيد عن التكذيب أو يتبين مالكة.

قوله: (و لو قال: لزيد عندى درهم أو دينار فهو إقرار بأحدهما فيطالب بالتفسير).

لأنّ (أو) تقتضى أحدهما، و هو مجهول. و لو عكس أمكن إلزامه بالدينار، لأنه لا يقبل رجوعه إلى الأقل، بخلاف الأول، لأنه رجوع إلى الأكثر، كذا قال شيخنا الشهيد فى حواشيه و قوّاه، و فيه تردد، لأن الكلام لا يتم إلا بآخره، و ليس ذلك رجوعاً عن الإقرار.

قوله: (و لو قال: إمّا درهم أو درهما ثبت الدرهم و طولب بالجواب عن الثانى).

إنما يثبت الدرهم، لأنه ثابت على كلّ من شقّى التريديد و ما زاد فليس بمقر منه، فإن ادعى عليه به طولب بالجواب.

و لو قال:لزيد فى هذا المال شركه قبل تفسيره بأقل من النصف.

يا:لو قال:لزيد مائه و نصف ما لعمر و

يا:لو قال:لزيد مائه و نصف ما لعمر و،و لعمر و مائه و نصف ما لزيد فلزيد شىء و لعمر و مائه و نصف شىء،فلزيد مائه و خمسون و ربع شىء تعدل شيئاً،فالباقى بعد إسقاط الربع بمثله يعدل ثلاثة أرباع شىء،فالكل مائتان. قوله: (و لو قال:لزيد فى هذا المال شركه قبل تفسيره بأقل من النصف).

لأنّ الشركه أعم من النصف فلا يستلزمه.

قوله: (لو قال:لزيد مائه و نصف ما لعمر و،و لعمر و مائه و نصف ما لزيد فلزيد شىء و لعمر و مائه و نصف شىء،فلزيد مائه و خمسون و ربع شىء يعدل شيئاً،فالباقى بعد إسقاط الربع بمثله يعدل ثلاثة أرباع شىء فلكل مائتان).

هذا نوع من الإقرار بالمجهول لا يتوقف على بيان المقر،بل يرجع فيه الى القوانين الحسابيه التى بها تستخرج المجهولات.

و قد ذكر المصنف هنا عده صور،حاصلها يرجع الى إقرار المقر لكل من الشخصين بمقدار من المال و كسر،و هو جزء ما للآخر عليه،فأما أن يساوى بين المالين و الكسرين،أو بين المالين خاصه،أو بين الكسرين خاصه،أو يفاوت بينهما معا.

فالأول صورتان:أن يجعل الكسر النصف أو الثلث فيهما،فإذا قال:لزيد عندى مائه و نصف ما لعمر و عندى و بالعكس فقانون الجبر و المقابله فرض أحدهما شيئاً مجهولاً،فلنفرض ما لزيد فيكون لعمر و مائه و نصف شىء،لأنّ له بمقتضى الإقرار مائه و نصف ما لزيد و له شىء على ما فرضنا،و حينئذ فيكون لزيد مائه و خمسون و ربع شىء،و ذلك لأنّ له مائه و نصف ما لعمر و،و قد تبين أنّ لعمر و مائه و نصف شىء،

و لو ذكر الثلث فالكل مائه و خمسون، لأنّ لزيد شيئاً و لعمر مائه و ثلث شيء، فلزيد مائه و ثلث مائه و تسع شيء يعدل شيئاً، يسقط تسع شيء بمثله فمائه و ثلث يعدل ثمانية أتساع شيء، فالشيء مائه و خمسون. و نصفهما خمسون و ربع شيء نضمه إلى المائه يكون مائه و خمسين و ربع شيء يعدل شيئاً كاملاً، و هو الذي فرضناه لزيد أولاً.

فتكون عنه عبارتان: إحداهما مشتمله على العلم به ببعض الوجوه فطريق الاستخراج: أن يسقط المجهول من العبارة الثانية و هو ربع شيء بمثله من العبارة الأولى يبقى مائه و خمسون يعدل ثلاثه أرباع شيء، فإذا قسمنا مائه و خمسين على ثلاثه أرباع شيء كان ربع الشيء خمسين فالشيء الكامل مائتان و هي ما لزيد، و لعمر مائه و نصف ذلك و هو مائتان.

قوله: (و لو ذكر الثلث فالكل مائه و خمسون، لأنّ لزيد شيئاً و لعمر مائه و ثلث شيء، فلزيد مائه و ثلث مائه و تسع شيء يعدل شيئاً، يسقط تسع شيء بمثله فمائه و ثلث يعدل ثمانية أتساع شيء، فالشيء مائه و خمسون).

أى: لو ذكر الثلث في موضع النصف في المسألة الأولى فقال: لزيد مائه و ثلث ما لعمر، و لعمر مائه و ثلث ما لزيد فلكل منهما مائه و خمسون، لأننا نفرض على القاعده ما لزيد شيئاً فيكون لعمر مائه و ثلث شيء، لأن له مائه و ثلث ما لزيد، و لزيد شيء على ما فرضنا فيكون لزيد مائه و ثلث، و ثلث المائه ثلاثه و ثلاثون درهما و ثلث، و ثلث و ثلث شيء تسع شيء فيكون له مائه و ثلاثه و ثلاثون و ثلث و تسع شيء يعدل ما فرضنا أولاً و هو الشيء.

فإذا أسقطنا المجهول من هذا الطرف - و هو تسع شيء - بمثله من الطرف الآخر - و هو الشيء - بقي من هذا الطرف مائه و ثلاثه و ثلاثون و ثلث يعدل ما بقي من الطرف الآخر من الشيء و هو ثمانية أتساع، فإذا قسمت عليها كان التسع ستة عشر

و لو قال: لزيد عشرة و نصف ما لعمرو، و لعمرو عشرة و ثلث ما لزيد فلزيد شيء و لعمرو عشرة و ثلث شيء، فلزيد خمسة عشر و سدس شيء يعدل شيئاً، يسقط السدس بمثله تبقى خمسة عشر تعدل خمسة أسداس شيء، فالشيء ثمانية عشر هي ما لزيد، و لعمرو ستة عشر. و لو قال: لزيد ستة و نصف ما لعمرو، و لعمرو إنا عشر و نصف ما لزيد فلزيد ستة عشر، و لعمرو عشرون. و ثلثان، فالشيء الكامل مائة و خمسون هي ما لزيد، و لعمرو مائة و ثلثها و ذلك مائة و خمسون.

قوله: (و لو قال: لزيد عشرة و نصف ما لعمرو، و لعمرو عشرة و ثلث ما لزيد، فلزيد شيء، فلزيد خمسة عشر و سدس شيء يعدل شيئاً يسقط السدس بمثله يبقى خمسة عشر يعدل خمسة أسداس شيء، فالشيء ثمانية عشر هي ما لزيد و لعمرو ستة عشر).

هذه صورته التسوية في الإقرار لهما بين المالين دون لأكسرين، و طريقها بعد معرفه ما سبق ظاهر.

قوله: (و لو قال: لزيد ستة و نصف ما لعمرو، و لعمرو اثنا عشر و نصف ما لزيد فلزيد ستة عشر، و لعمرو عشرون).

هذا صورته التسوية في الإقرار لهما بين الكسرين دون المالين و إنما ان لكل منهما ما ذكره، لأننا نفرض لزيد شيئاً فلعمرو اثنا عشر و نصف شيء فلزيد ستة و نصف، ذلك فيكون له اثنا عشر و ربع شيء يعدل الشيء المفروض.

فإذا أسقطنا ربع شيء بمثله بقى اثنا عشر يعدل ثلاثة أرباع شيء، فالشيء الكامل ستة عشر هو ما لزيد فيكون لعمرو عشرون، لأن له اثني عشر و نصف ما لزيد.

و لو ذكر هنا عوض النصف في عمرو الثلث فلزيد أربعة عشر و خمسان، و لعمرو ستة عشر و أربعة أخماس.

الفصل الثالث: في تعقيب الإقرار بما ينافية

إشارة

الفصل الثالث: في تعقيب الإقرار بما ينافية، و فيه مطلبان:

الأول: في الاستثناء

إشارة

الأول: في الاستثناء، و قواعده خمس:

أ: حكم الاستثناء و المستثنى منه متناقضان

أ: حكم الاستثناء و المستثنى منه متناقضان، فالاستثناء من النفي إثبات، و من الإثبات نفي. قوله: (و لو ذكر هنا عوض النصف في عمرو الثلث فلزيد أربعة عشر و خمسان و لعمرو ستة عشر و أربعة أخماس).

هذه المشار إليها هي صورة اختلاف الكسرين و المالين معاً، و المراد: أنه لو ذكر في الصورة المذكورة عوض النصف في عمرو الثلث، بأن قال: لزيد ستة و نصف ما لعمرو، و لعمرو اثنا عشر و ثلث ما لزيد.

و إنما كان لكل واحد منهما ما ذكره، لأننا نفرض ما لزيد شيئاً فلعمرو اثنا عشر و ثلث شيء، فيكون ما لزيد ستة و نصف ذلك، و مجموعه اثنا عشر و سدس شيء يعدل ما نفرض له أولاً و هو الشيء. فإذا أسقط السدس بمثله بقي اثنا عشر يعدل خمسة أسداس شيء.

فإذا قسمت عليها خرج اثنان و خمسان هو سدس الشيء، فالشيء الكامل أربعة عشر و خمسان هي ما لزيد إذا أخذت ثلثها و هو أربعة و أربعة أخماس و ضمته إلى اثني عشر كان ستة عشر و أربعة أخماس و هو ما لعمرو.

قوله: (حكم المستثنى و المستثنى منه متناقضان، فالاستثناء من النفي إثبات و من الإثبات نفي).

لم يختلف كلام أهل الإسلام في أنّ الاستثناء من الإثبات نفي و إنّما اختلفوا في عكسه و هو الاستثناء من النفي، فالأكثر على أنّه يفيد الإثبات.

ب: الاستثناء المتكرر مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه

ب: الاستثناء المتكرر مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه، و كذا لو زاد اللاحق على السابق أو ساواه، و بدونه يرجع اللاحق الى السابق. و خالف أبو حنيفة في ذلك محتجا بأن بين الحكم بالإثبات و النفي واسطه، و هي عدم الحكم، فيكون مقتضى الاستثناء بقاء المستثنى غير محكوم عليه بنفي و لا إثبات (١).

و هو مردود بأنه لو كان كذلك لم يحصل الإقرار بالتوحيد بقوله: لا إله إلا الله، و هو معلوم البطلان و لانتقاضه بالاستثناء من الإثبات، فإنه لو صح ما ذكره في عكسه لم يفد الاستثناء من الإثبات النفي، و هو باطل اتفاقا، و موضع المسألة علم الأصول.

قوله: (الاستثناء المتكرر مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه، و كذا لو زاد اللاحق على السابق أو ساواه، و بدونه يرجع اللاحق الى السابق).

إذا تعدد الاستثناء فإما أن يكون مع حرف العطف أو لا، فإن تعدد معه و جب عود الجميع الى المستثنى منه، لوجوب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه في الحكم.

و إن لم يكن معه، فإما أن يكون الاستثناء الثانى ناقصا عن الاستثناء الأول أو لا، بأن كان بقدره أو زائدا، فإن لم يكن ناقصا و جب عود الجميع الى المستثنى منه أيضا، لأن الاستثناء المستغرق غير صحيح.

و إن كان ناقصا و جب عوده الى الاستثناء الذى قبله دون المستثنى منه، لأنه أقرب، و القرب دليل الرجحان، و لا يمكن عوده إليهما معا لاختلافهما في الكيف، لأن الاستثناء من النفي إثبات و من الإثبات نفي فيلزم التناقض.

و لو زاد الاستثناء على اثنين، و تعذر عود الثالث الى الثانى للاستغراق عاد

ص: ٢٩٦

ج: الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيره إلا مع القرينه

ج: الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيره إلا مع القرينه. إلى الأول دون المستثنى منه بمثل ما قلناه.

قوله: (الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيره إلا مع القرينه).

اختلف فى أن الاستثناء الواقع بعد جمل هل يرجع الى الجميع أم يختص بالأخيره؟ فقال جمع-منهم الشافعى-بالأول (١)، وقال آخرون بالثانى و هو قول أبى حنيفه (٢)، وقال السيد المرتضى بالاشتراك (٣)، و فصل أبو الحسين بأنه إن ظهر الإضراب عن الأولى بأن يختلفا نوعا-سواء اتحدت القضية كالقذف، أو لا كقوله:

أكرم ربيعه و العلماء هم الفقهاء-أو اسما و حكما و يتحد النوع مثل: أكرم ربيعه و أطمع مضر إلا الطوال أو أحدهما، و ليس الثانى ضميرا مثل أطمع ربيعه و أطمع مضر، أو أطمع ربيعه، و أكرم ربيعه إلا الطوال فإن الاستثناء يرجع الى الأخيره. و إن تعلقت إحداهما بالأخرى بأن أضمر حكم الأولى فى الثانى مثل أكرم ربيعه و مضر إلا الطوال، أو اسم الأولى مثل أكرم ربيعه و أخلع عليهم إلا الطوال عاد الى الجميع (٤).

و هذا التفصيل حسن إلا إنه لا يكاد يخرج عن القول الثانى، لأنه جعل مدار عود الاستثناء الى الجميع أو الى الأخيره على قرائن الأحوال، فالقول الثانى أقوى و وجهه: أن التخصيص على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، و العود الى الأخيره مقطوع به، و الباقي محتمل فيجب التمسك فيه بالأصل و هو إجراء اللفظ على ظاهره حتى يتحقق الناقل عنه.

و لأن الظاهر أن المتكلم لم ينتقل عن الجملة الى غيرها إلا بعد استيفاء غرضه منها، و لاستلزام العود الى الجميع إضمار الاستثناء فى كل جملة، أو كون العامل

ص: ٢٩٧

١-١) السراج الوهاج: ٢٦٠.

٢-٢) بدائع الصنائع ٢١١: ٧.

٣-٣) مسأله فى الاستثناء (رسائل السيد المرتضى) المجموعه الثانيه: ٧٩.

٤-٤) نقله عنه العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٩٩: ٩. [١]

د:الاستثناء من الجنس جائز إجماعاً،و من غيره على الأقوى

د:الاستثناء من الجنس جائز إجماعاً،و من غيره على الأقوى.

فى ما بعد الاستثناء متعددا و كلاهما محذور،و تحقيق المسأله فى الأصول.

قوله: (الاستثناء من الجنس جائز إجماعاً،و من غيره على الأقوى).

لا ريب أن الاستثناء من الجنس،و من غير الجنس واقع،مثل قوله تعالى:

لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (١)، و مثل لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَ لا تَأْتِيهِمْ إِلَّا قِيلاً سَلَاماً سَلَاماً (٢)،و إنما الخلاف فى كونه حقيقه أو مجازاً،فذهب المصنف فى كتب الأصول الى الثانى (٣)،و اختاره ابن الحاجب،و هو اختيار المحققين (٤).

فإن كان مراد المصنف بالجواز و عدمه الحقيقه،فعلى العدم لا يجوز استعماله أصلاً فليس بجيد،لأن كونه مجازاً لا يقتضى منع استعماله،مع أن وقوعه فى القرآن و غيره لا دافع له.و إن كان مراده بالجواز الحقيقه و بعدمه المجاز فهو صحيح.

إلا- أن قوله فيما بعد:(و لو قال:له ألف درهم إلا- ثوباً،فإن منعنا المنقطع و جب الألف)ينافى ذلك،فإن كونه مجازاً لا يقتضى إلغاءه،لوجوب المصير الى المجاز مع وجود الصارف عن الحقيقه على أنه يمكن رد هذا الى المتصل،فإن المتبادر إخراج قيمه الثوب من الألف فيضمّر فى الاستثناء لفظه قيمه،كما نص عليه ابن الحاجب حكايه عن علماء الأمصار،و التحقيق:أن الاستثناء المنفصل جائز و واقع لكنه مجاز:

و الذى يقتضيه النظر إنه لا يصار اليه إلا عند تعذر كون الاستثناء متصلاً، لأن الاستثناء يقتضى الإخراج كما نصوا عليه،فمتى أمكن استعمال أدواته فى معناها

ص:٢٩٨

١- ١) النساء:٢٩. [١]

٢- ٢) الواقعه:٢٦. [٢]

٣- ٣) مبادئ الوصول الى علم الأصول:١٣٣.

٤- ٤) منهم الشيخ فى المبسوط ٣:٩.

ه: الاستثناء المستوعب باطل، ويجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى

ه: الاستثناء المستوعب باطل، ويجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى، وجب، ولو بتقدير شيء يقتضيه المقام و تدلّ عليه القرائن، وإن تعذر لم يؤثر في الإقرار شيئاً.

و كلام المصنف في كتاب نهج الأصول يوافق ذلك، فإنه قال في آخر البحث:

و الحق إنه مجاز، لحمل فقهاء الأمصار في: له عندى عشره إلا ثوبا على إلا قيمه الثوب، و بذلك صرح في التذكرة (١)، مع أنه في أول الكلام في الاستثناء قال مثل قوله هنا، ثم حكى عن أبي حنيفة منع الاستثناء من غير الجنس إلا- في المكيل و الموزون و المعدود بعضها من بعض (٢)، و حكى عن محمد بن الحسن و زفر و أحمد بن حنبل عدم جوازه من غير الجنس مطلقا بحال (٣).

إلا- أنه من أبعد البعيد أن يكون قول المصنف بجواز الاستثناء من غير الجنس على الأقوى في مقابل خلاف أبي حنيفة و أحمد، ثم يخرج المسائل على القولين، و إنما يتبادر من كلامه أن يكون الخلاف في ذلك للأصحاب (٤).

قوله: (الاستثناء المستوعب باطل، و يجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى).

أما بطلان المستوعب فلا خلاف فيه، و أما استثناء النصف فصاعدا فقد اختلف الأصوليون في ذلك على أقوال: منع استثناء ما زاد على النصف، منع استثناء النصف، منع الاستثناء إن لم تبق كثره تقرب من مدلول اللفظ جوازه و ان لم يبق إلا واحد.

ص: ٢٩٩

١-١) التذكرة ١٦٤: ٢. [١]

٢-٢) المغنى لابن قدامه ٢٧٧: ٥، بدائع الصنائع ٢١٠: ٧.

٣-٣) المصدرين السابقين.

٤-٤) التذكرة ١٦٣: ٢. [٢]

فإذا قال: له عليّ عشرة دراهم إلا تسعة لزمه واحد، و لو قال: له عشرة إلا تسعه إلا ثمانية فهو إقرار بتسعه لو عدّ الى الواحد فهو إقرار بخمسه، و الضابط إسقاط جملة المنفى من جملة المثبت بعد جمعهما فالمقر به الباقي.

و الكل ضعيف إلا الأخير، و الاحتجاج بأن الاستثناء على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القليل، لأنه في معرض النسيان- ضعيف، لأن الاستثناء و المستثنى منه كاللفظ الواحد، فلا يتفاوت الحال في الجواز بكثرتة و قلتة مع أن استثناء الأكثر واقع، و قد حقق ذلك في الأصول.

قوله: (و لو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا تسعه لزمه واحد، و لو قال:

له عشرة إلا تسعه إلا ثمانية فهو إقرار بتسعه).

لأن الاستثناء الأول نفى و الثاني إثبات بناء على القاعده السالفه.

قوله: (و لو عدّ الى الواحد فهو إقرار بخمسه).

لأنّ الأول ينفي تسعه من العشره و الثاني يثبت ثمانية فيكون المقر به تسعه، و بالثالث يكون المقر به اثنين، و بالرابع ثمانية، و بالخامس ثلاثه، و بالسادس سبعة، و بالسابع أربعة، و بالثامن ستة، و بالتاسع خمسة، و لو عكس فقال: له عليّ عشرة إلا واحدا إلا اثنين إلا ثلاثه إلى التسعه بقى واحد.

فإن قيل: الاستثناء الواقع بعد استثناء إذا كان مستغرقا عاد الى المستثنى منه، و حينئذ فيكون الأول و الثاني و الثالث إخراجا من العشره، فالرابع إن كان من العشره أيضا كان مستغرقا فيبطل، و كذا إن كان ممّا قبله فكيف يبقى الواحد.

قلنا: هو استثناء من مجموع ما قبله من المنفيات.

فإن قيل: لا يجوز الاستثناء من الدرهم و لا مع غيره كما سيأتى عن قريب فى كلام المصنف.

قلنا: سيأتى إن شاء الله تعالى إن ما ذكره ضعيف، و بتقدير صحته فلا استثناء

و لو قال:له عليّ عشره إلا اثنين و إلا واحدا،فهو إقرار بسبعه،و لو قال:له عشره إلا اثنين إلا اثنين لزمه سته. من الثاني و الثالث و مجموعهما خمسه،و إذا تعذر الاستثناء من الاستثناء السابق بلا فصل قدر الاستثناء منه و مما قبله،و حينئذ فتكون الأربعه المستثناه مثبتة و قد بقي من العشره أربعه و ذلك ثمانية،و بالاستثناء الخامس يبقى ثلاثه و بالسادس يصير تسعه على ما قررناه،و بالسابع يبقى اثنان و بالثامن عشره و بالتاسع واحد،و لو عدّ الى الواحد ثم الى التاسع يبقى واحد.

و طريق ذلك معلوم ممّا ذكره،لأنّ كل استثناء لا يستوعب ما قبله فهو منه و متى استوعب فهو منه،و ممّا قبله أيضا بمرتبته فصاعدا فالاثنان استثناء من الواحد و ما قبله،و كذا البواقي.

و قد أشار المصنف الى ضابط ذلك بقوله:(و الضابط إسقاط جمله المنفى من جمله المثبت بعد جمعها فالمقر به الباقي)،و هذا الضابط يتناول ما ذكره المصنف و ما ذكرناه و غير ذلك من الصور و جمله المثبت في الصورة التي ذكرها ثلاثون و جمله المنفى خمسة و عشرون و في الصورة الأولى التي ذكرناها جمله المثبت ثمانية و عشرون و جمله المنفى سبعة و عشرون و في الصورة الثانية جمله المثبت خمسون و جمله المنفى تسعه و أربعون،لأنّك تضم الاثنين الى الثلاثين ثم الأربعه ثم الستة ثم الثمانية في المثبت، و تضم الثلاثه الى الخمسه و العشرين ثم الخمسه ثم السبعه ثم التسعه و ذلك ما ذكره و هو بحمد الله واضح.

قوله: (و لو قال:له عليّ عشره إلا اثنين و إلا واحدا فهو إقرار بسبعه).

لما عرفت من أنّ الاستثناء مع حرف العطف يعود الى المستثنى منه.

قوله: (و لو قال:له عشره إلا اثنين إلا اثنين لزمه سته).

لأن الاستثناء المستغرق للاستثناء الذي قبله يعود الى المستثنى منه كما تقدّم.

و لو قال: له ألف إلا درهما، فإن سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف و قيل إذا بقى بعد الاستثناء شىء، و لو لم يبق احتمال بطلان التفسير أو الاستثناء، و إلا فالجميع دراهم. قوله: (و لو قال: له ألف إلا درهما، فإن سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف، و قيل: إذا بقى بعد الاستثناء شىء، و لو لم يبق احتمال بطلان التفسير أو الاستثناء و إلا فالجميع دراهم).

أى: لو قال: له عندى ألف إلا- درهما بنى على ما تقدم، إن سوغنا الاستثناء المنفصل لم يلزم من الاستثناء الدرهم كون الألف دراهم فيطالب بتفسير الألف.

فإن فسرها بشىء يبقى بعد إخراج الدرهم منه بقيه قبل تفسيره، و لو لم يبق ففيه احتمالان:

أحدهما: بطلان التفسير خاصة لسبق الحكم بصحة الاستثناء، و لأن الخلل إنما هو فى التفسير خاصة فلا يبطل الاستثناء ببطلانه.

و الثانى: بطلان الاستثناء و يلزمه الألف، لأنه بين ما أراد باللفظ فجرى مجرى ما لو تلفظ به من أول الأمر، و هذا أقوى، لانحصار مراده بالاستثناء فيما بينه، و هو مختار ابن الجنييد (1). و إن لم نسوغ الاستثناء المنفصل -أى: لم نقل بكونه حقيقه- فجميع الألف دراهم، لأن المجاز على خلاف الأصل، و الحقيقه هنا ممكنه فلا وجه للعدول الى المجاز:

و أعلم أن قول المصنف: (فإن سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف). فيه إشكال، و ذلك لأن تسويغ المنفصل إما أن يراد به جواز استعماله فى الجملة، أو كونه حقيقه كما قدمناه، و على كل واحد من التقديرين لا يستقيم ما ذكره.

أمّا على الأول، فلأن تسويغ المنفصل فى الجملة لا يستلزم كون الألف مجهوله

ص: ٣٠٢

و لو قال: له ألف درهم إلا ثوبا، فإن منعنا المنقطع وجبت الألف، و إلا طوب بذكر قيمه الثوب، فإن استوعبت بطل التفسير فيطالب
بغيره أو الاستثناء على الاحتمال. ليطالب بتفسيرها، لأنه إنما يعدل الى المجاز عند تعذر الحقيقه، و المتصل ممكن هنا.

و على فرض استلزامه ذلك لا يستقيم قوله: (و قيل إذا بقى بعد الاستثناء شىء.) و ذلك لأن الاستثناء المنفصل لا إخراج فيه
أصلا، لأن ما بعد إلا غير داخل فيما قبلها، فمتى جوزناه كان ما قبل إلا بحاله.

و أما على التقدير الثانى فإنه إذا كان حقيقه وجب الحمل عليه، و لم يجز التقدير ليصير الاستثناء متصلا، و حينئذ فلا معنى لقوله:
(و قيل إذا بقى بعد الاستثناء شىء.) بل هو ساقط كما لا يخفى فليتأمل.

قوله: (و لو قال: له ألف درهم إلا- ثوبا، فإن منعنا المنقطع وجب الألف، و إلا طوب بذكر قيمه الثوب، فإن استوعب بطل التفسير
فيطالب بغيره أو الاستثناء على الاحتمال).

أى: لو قال: له على ألف درهم إلا- ثوبا، فإن منعنا الاستثناء المنقطع الغى استثنائه و وجب الألف، و إن سوغناه طوب بذكر قيمه
الثوب، فإن استوعب بطل التفسير خاصه على أحد الاحتمالين، و بطل الاستثناء على الاحتمال الآخر، و قد سبق أنه أقوى.

لكن على ما نبهنا عليه فى تحقيق كون الاستثناء من غير الجنس سائغا أو لا لا يستقيم هذا البناء، لأن منع المنقطع لا يقتضى إلغاء
الاستثناء هاهنا، لإمكان أن يضم فى الاستثناء لفظه قيمه فيصير متصلا، و هو المحكى سابقا عن علماء الأمصار.

و تسويغه إن كان على وجه المجاز فالإضمار هنا أولى من جعله منقطعا، لأنه لا مخالفه للأصل هنا إلا فى تقدير كلمه قيمه.

و لو قال: ألف إلا- شيئاً كلف بتفسيرهما. و أمّا إذا فرض منقطعاً فإنّ إلا و ما فى حيزها منقطع عما قبله و أجنبى منه، مع أنّ إلا مستعمله فى غير موضعها. و بتقدير كونه أولى فلا معنى لكون التفسير مستوعباً و عدمه، إذ لا إخراج هنا، و كذا لو جوزناه حقيقه فلا يستقيم ما ذكره بحال.

و قد قال فى التذكرة: مسأله: الاستثناء حقيقه فى الجنس مجاز فى غيره لتبادر الأول إلى الفهم دون الثانى، و لأنّ الاستثناء إخراج، و إنّما يتحقق فى الجنس، و فى غيره يحتاج الى تقدير، و مع هذا إذا استثنى من غير الجنس سمع منه و قبل و كان عليه ما بعد الاستثناء. فإذا قال: له على ألف درهم إلا ثوباً أو إلا عبداً صحّ عند علمائنا، و به قال الشافعى و مالك (١)، ثم حكى عن أبى حنيفه منعه فى غير المكيل و الموزون و المعدود (٢) كما قدمناه، و عن احمد المنع مطلقاً (٣).

ثم إنّ فى المسأله التى تلى هذه قال: إنّّه إذا ثبت صحه الاستثناء من غير الجنس و جب فى المثال المذكور أن تتبين قيمه الثوب و قيمه العبد، و ساق الكلام الى آخره، و حكى مثل الاحتمالين مع استيعاب التفسير عن الشافعيه.

و لا يخفى إنّ هذا مخالف لما قدمناه من كلام الأصوليين و ما قدمناه من صحه الاستثناء، و إضمار ما يقتضى إلحاقه بالمتصل هو المختار، و يرجع إليه فى تفسير قيمه الثوب، فإن استوعب بطل الاستثناء.

قوله: (و لو قال: له ألف إلا شيئاً كلف بتفسيرهما).

لأنهما مجهولان، و لا يبطل الاستثناء، لانتفاء المقتضى، فإن فسر بالمستوعب ففى بطلان التفسير، أو الاستثناء الوجهان.

ص: ٣٠٤

١- ١) المجموع ٣١٩: ٢٠، المغنى لابن قدامه ٥: ٢٧٧.

٢- ٢) بدائع الصنائع ٧: ٢١٠.

٣- ٣) المغنى لابن قدامه ٥: ٢٧٧، التذكرة ٢: ١٦٤. [١]

و لو قال: له ثلاثة إلا ثلاثة بطل الاستثناء، وكذا له درهم إلا درهما. و لو قال: درهم و درهم إلا درهما، قيل: إن حكم بعوده إلى الأخير بطل، وإلا صح، وليس بمعتمد. قوله: (و لو قال: له ثلاثة إلا ثلاثة بطل الاستثناء).

هذا إذا أراد ثلاثة دراهم إلا ثلاثة دراهم مثلا، أما إذا أطلق الثلاثة فإن أقوى الوجهين إن الاستثناء لا يبطل، أن الاستغراق و عدمه إنما يتحقق بعد تعيين الثلاثة في كل من المستثنى و المستثنى منه، فإن فسر بالمستوعب أطرده الوجهان.

قوله: (و كذا له درهم إلا درهما).

أى: يبطل الاستثناء، و هو ظاهر لاستغراقه.

قوله: (و لو قال: له درهم و درهم إلا درهما، قيل: إن حكم بعوده إلى الأخير بطل و إلا صح، و ليس بمعتمد).

القول المحكى قول الشيخ (١) و ابن إدريس (٢)، و وجهه: انه على القول بعود الاستثناء بعد الجمل إلى الأخيره يكون مستوعبا، بخلاف ما إذا قلنا بعوده الى الجميع فإنه في قوه: له درهما إلا درهما.

و قول المصنف: (و ليس بمعتمد) يحتمل أمرين: أحدهما بطلان الاستثناء على كل تقدير من التقديرين، و الثانى صحته على كلا التقديرين.

و الذى صرح به فى المختلف هو الأول، محتجا بأن صحه الاستثناء هنا يستلزم النقض و الرجوع عن الاعتراف، و لهذا لو قال جاءنى زيد و عمرو و خالد إلا زيدا لم يصح لاشتماله على النقض، و يصح لو قال: له عندى درهما إلا درهما، لأنه

ص: ٣٠٥

١-١) المبسوط ١٠٠: ٣. [١]

٢-٢) السرائر: ٢٨٢.

أما لو قال: له ثلاثه و درهمان إلا درهمن فإنه يصح. يكون قد تجوز في الدرهمين فلا يكون نقضا (١).

و حاصل استدلاله: إن الدرهم يدل على معناه نضا كما يدل زيد على معناه نضا، فإذا قال: له درهم و درهم كان كما لو قال: زيد و زيد فيمتنع استثناء درهم و زيد، إذ لا يكون إلا مستغرقا.

و فيه نظر، لأن دلالة لفظ الدرهم على مسماه ليست كدلالة زيد على مسماه، لأنه علم فلا يمكن أن يراد بالاسم بعض مسماه و أميا الدرهم فإن إطلاقه على بعض مسماه من باب إطلاق اسم الكل على الجزء و لا مانع منه، فتكون دلالة على مسماه ظاهرا لا نضا فلا يلزم نقض، و إنما يلزم استعمال كل من الدرهمين في غير مسماه.

ثم بنى الشيخ الصحه على عود الاستثناء الى جميع الجمل (٢)، و البطلان على عدمه غير ظاهر، لأن الاستثناء إنما يختص بالآخره إذا لم يستغرق، أما معه فيجب عوده الى الجميع كما يجب عوده الى جميع المستثنى منه لو كان مستغرقا للاستثناء.

و وجهه: أن قرينه المقام تقتضى عوده الى الجميع، و الاختصاص بالآخره إنما هو مع عدم القرينه، و ليس عود الاستثناء إلى الآخره خاصه - على القول به - لكونه حقيقه في ذلك، ليمتنع حمله على المجاز بدون قرينه سوى امتناع الحمل على الحقيقه، فإن ذلك لا يكفي في التجوز، بل لأن مخالفته للأصل أقل من مخالفته عوده الى الجميع له، فإذا لزم إلغاء قوله كان أشد مخالفته للأصل، فوجب أن يسان عن الهذريه لما قلناه.

(و اعلم أن مقتضى كلامهم: أن له درهم و درهم جملتان، و كأنه بالنظر الى أن و او العطف تنوب عن العامل) (٣).

قوله: (و لو قال: له ثلاثه و درهمان إلا درهمن فإنه يصح).

لا إشكال في ذلك، لأن

ص: ٣٠٤

١- (١) المختلف: ٤٤٠.

٢- (٢) المبسوط ٣: ١٠. [١]

٣- (٣) ما بين القوسين و رد في نسخه «ص» قبل جمله: ثم بنا الشيخ الصحه على.

و الأقرب صحه:له درهمان و درهمان إلاّ درهمين،لأنّ الاستثناء إنّما يرجع الى الأخير لو لم توجد قرينه الرجوع الى الجميع. و لو قال:له ثلاثه إلاّ- درهما و درهما و درهما احتمل قويا بطلان الأخير،و ضعيفا الجميع. امتناع عود الاستثناء إلى الأخيره يوجب عوده إلى الأولى أو الى الجميع،و يلزم الشيخ بناء الصحه هنا و عدمها على القولين بعود الاستثناء الى الجميع أو الى الأخيره.

قوله: (و الأقرب صحه:له درهمان و درهمان إلاّ- درهمين،لأنّ الاستثناء إنّما يرجع الى الأخير إذا لم توجد قرينه الرجوع الى الجميع).

فإن قيل:لا- قرينه هنا فإن تعذر الحمل على الأخير لا يعد قرينه،لأنّ تعذر الحقيقه لا يكفى فى الحمل على المجاز،و لا يكون ذلك قرينه إرادته بل لا- بدّ من أمر آخر يدل على إرادته المجاز لتجاوز ارتكابه لجواز الغفله عن تعذر الحقيقه و عدم إرادته المجاز.

قلنا:قد بينا أنّ الحمل على عود الاستثناء إلى الجملة الأخيره ليس من باب الحقيقه،بل لأنّ مخالفه الأصل معه أقل،فإذا عارض ذلك أمر مخالفته للأصل أكثر و هو إلغاء الاستثناء و جعله هذرا تعين ارتكاب العود الى الجميع،و ليس ببعيد إطلاق القرينه على هذا توسعا.

و يحتمل ضعيفا العدم،لأنه لما امتنع عوده إلى الأخيره وجب إلغاؤه،فإنّ ارتباطه إنّما هو بالأخيره دون ما عداها،و ضعفه معلوم ممّا سبق،و ما قرّبه المصنف هو المختار.

قوله: (و لو قال:له ثلاثه إلاّ درهما و درهما و درهما احتمل قويا بطلان الأخير و ضعيفا الجميع).

وجه الأول:أن الاستثناء

و لو قال: له ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين احتمال بطلان الأول المستوعب، و الثاني المتفرع عليه، و بطلان الأول خاصة، فيعود الثاني إلى المستثنى منه، لبطلان ما بينهما فيلزمه درهم، و صحتها فيلزمه درهمان، لأن ثلاثة إلا درهمين في مقام درهم هو المستثنى من الإقرار. الأول و الثاني لا مانع من صحتها لأنهما غير مستغرقين و إنما يلزم الاستغراق بالاستثناء الثالث فوجب أن يختص بالبطلان، و هو الأصح.

و وجه الثاني: أن كل واحد واحد غير مستغرق و إنما المستغرق الجميع، و ضعفه ظاهر، لأن الأول و الثاني قد نفذوا فكان الثالث مستغرقا فاختص بالبطلان.

قوله: (و لو قال: ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين احتمال بطلان الأول المستوعب و الثاني المتفرع عليه، و بطلان الأول خاصة فيعود الثاني إلى المستثنى منه لبطلان ما بينهما فيلزمه درهم و صحتها فيلزمه درهمان، لأن ثلاثة إلا درهمين في مقام درهم هو المستثنى من الإقرار).

إذا قال: له عندي ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين ففيه احتمالات.

الأول: بطلان كل من الاستثناءين: الأول لاستيعابه، و الثاني لتفرعه عليه فإنه استثناء منه فيلزمه الثلاثة. و قد أشار المصنف بقوله: (المستوعب و المتفرع) إلى دليل البطلان في كل منهما.

الثاني: بطلان الأول خاصة فيعود الثاني إلى المستثنى منه، لأن الأول هو المستغرق فيختص بالبطلان، و الثاني إنما يتفرع عليه لو كان صحيحا. أما مع البطلان فلا يتصور الاستثناء منه بل يعود الثاني إلى المستثنى منه فيلزمه درهم.

الثالث: صحتها فيلزمه درهمان، و وجهه: أن المستثنى بالأول هو ما يبقى بعد الاستثناء الثاني—و هو درهم—فإن ثلاثة إلا درهمين في قوه درهم فكأنه قال: له ثلاثة

و الاستثناء من العين صحيح كقوله: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت، و هذا الخاتم له إلا فضه. و لو قال: له هذه العبيد إلا واحدا فله التعيين، فلو ماتوا إلا واحدا فقال: هو المستثنى قبل. إلا ما يبقى من ثلثه مستثناه بعد استثناء درهمين منها و لا استغراق هنا.

و تنقيحه: أن المستثنى و المستثنى منه كلام واحد لا يتم أوله إلا بآخره، فلا يعتبر المستثنى الأول من دون اعتبار الثانى، كما يقول فى قوله: له على عشرة إلا- درهما إن المحكوم بثبوتة هو العشره المخرج منها درهم، لا أنه حكم بثبوت مجموع العشره ثم حكم بإخراج درهم منها، لأن ذلك يقتضى كون الدرهم محكوما بثبوتة و بعدمه و هو تناقض، و الثالث أقوى.

قوله: (و الاستثناء من العين صحيح كقوله: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت، و هذا الخاتم له إلا فضه).

كما يصح الاستثناء من الأعداد المطلقة يصح من الأعيان، فإذا قال: هذه الدار لزيد إلا هذا البيت، و هذا الخاتم له إلا هذا الفص، و هذه العبيد إلا واحدا أو إلا هذا الواحد صح عندنا و عند أكثر الشافعيه (1)، لأنه بمنزله الاستثناء من الأعداد المطلقة من غير تفاوت.

و منع بعضهم صحة الاستثناء هنا، لأنه غير معتاد و لا معهود، و لأنه إذا أقر بالعين كان ناصبا على ثبوت الملك فيها فيكون الاستثناء رجوعا (2)، و يضعف بأن الإقرار إنما هو بعد الاستثناء فلا يلزم الرجوع.

قوله: (و لو قال له هذه العبيد إلا واحدا فله التعيين، فلو ماتوا إلا واحدا فقال: هو المستثنى قبل).

و ذلك لأن المقر به

ص: ٣٠٩

١- (١) المجموع ٣١٨: ٢٠، السراج الوهاج: ٢٦٠.

٢- (٢) السراج الوهاج: ٢٦٠.

و لو قال: له على عشرة إلا درهم بالرفع لزمه العشرة و لو قال: ما له عندى عشرة إلا درهم فهو إقرار بدرهم، و لو نصب لم يكن إقرارا بشيء. مبهم لا يعلم إلا بتفسيره، و نسبة الإقرار الى كل منهما على السواء، فإذا فسر قبل، لأصالة براءة الذمه مما سوى ما فسر به، فإن لم يصدق المقر له لم يكن سوى إحلالة.

قوله: (و لو قال: له على عشرة إلا درهم بالرفع لزمه العشرة).

و ذلك لأنّ إلّا هنا صفة بمعنى غير، و قد حقق ابن هشام فى المغنى: إنّه لا يشترط وقوعها بعد جمع، و حكى عن سيبويه: لو كان معنا رجل إلّا زيد لغلبنا و حكى عن النحاه إنّه إذا قال: له عندى عشرة إلا درهما فقد أقر له بتسعه، فإن قال:

إلا درهم فقد أقر له بعشره. قال: و سره إنّ المعنى حينئذ عشرة موصوفه بأنّها غير درهم (١).

قوله: (و لو قال: ما له عندى عشرة إلا درهم فهو إقرار بدرهم).

و ذلك: لأنّ رفع المستثنى مع كون المستثنى منه مذكورا إنّما يكون فى الاستثناء عن غير الموجب، فرفع المستثنى دليل على كون العشرة منفيه فىكون الدرهم مثبتا، لأنّ الاستثناء من النفى إثبات.

قوله: (و لو نصب لم يكن إقرارا بشيء).

و ذلك لأنّ نصبه دليل على كون المستثنى منه موجبا، و إنّما يكون كذلك إذا كان حرف النفى - هو ما - داخلا على الجملة كلها - أعنى: مجموع المستثنى و المستثنى منه - فكأنّه قال: المقدار الذى هو عشرة إلا درهما ليس له على، لأنّ عشرة

ص: ٣١٠

و لو قال: هذه الدار لزيد و هذا البيت لى فهو كالاستثناء. و لا فرق بين أدوات الاستثناء مثل: له عشرة سوى درهم، أو ليس، أو خلا، أو عدا، أو ما خلا، أو ما عدا، أو لا يكون، أو غير درهم بالنصب.

و لو رفع الغير فهو وصف إن كان عارفا و إلا لزمه تسعه. إلا درهما فى قوه تسعه فقد نفى ثبوت التسعه.

قوله: (و لو قال: هذه الدار لزيد و هذا البيت لى فهو كالاستثناء).

أى: فى كون المقر به هو الدار سوى البيت، و وجهه: أن أول الكلام إنما يتم بآخره، و ليس فى قوله: هذا البيت إنكار لما أقر به و لا رجوع، لأن المقر به هو ما بعد البيت.

قوله: (و لا فرق بين أدوات الاستثناء مثل: له عشرة سوى درهم، أو ليس، أو خلا، أو عدا، أو ما عدا، أو ما خلا، أو لا يكون، أو غير درهم بالنصب، و لو رفع فهو وصف إن كان عارفا و إلا لزمه تسعه).

أمّا أنه لا فرق بين أدوات الاستثناء فظاهر، لإفاده كل منها ما تفيده إلا، و قد عرفت أن الاستثناء غير مناف للإقرار فلا يختلف الحال باختلاف أدواته، فلو قال: له عشرة سوى درهم، أو خلا، أو عدا درهم، أو ما خلا، أو ما عدا درهما أو لا يكون درهما، و كذا غير درهم بالنصب.

و لو رفع فهو وصف، و ذلك لأن إعراب غير إذا كانت للاستثناء كإعراب ما بعد إلا، فإذا قال: عشرة غير درهم بالنصب كانت للاستثناء، إذ لو استثنى بإلا فقال: إلا درهما لوجب النصب، فلو رفع فى مثل ذلك امتنع أن يكون للاستثناء بل يكون وصفا فتجب العشرة.

هذا إذا كان عارفا بالقانون العربى و إلا لزمه تسعه، لأن مثل ذلك يراد به

و يشترط فى الاستثناء كله الاتصال. و لو قال: لزيد سته إلا نصف ما لبكر، و لبكر سته إلا نصف شىء، فلزيد سته إلا ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شىء، لأنك تسقط الربع فى مقابله الربع المستثنى، فإذا جبرت و قابلت صار سته تعدل ثلاثة و ثلاثة أرباع شىء، فإذا أسقطت ثلاثة بمثلها بقى ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شىء، فالشىء أربعة فلكل منهما أربعة. الاستثناء عرفا و لا ينظر الى حال الاعراب، و على هذا فينبغى أن يقال فى مثل له عشرة إلا درهم بالرفع هذا التفصيل، و كذا كل ما جرى هذا المجرى.

قوله: (و يشترط فى الاستثناء كله الاتصال).

أى: الاتصال عادة، فلا يضر التنفس، و السعال، و السكوت لطول الكلام، و نحو ذلك و عن ابن عباس أنه يجوز التأخير شهرا.

قوله: (و لو قال: لزيد سته إلا نصف ما لبكر، و لبكر سته إلا نصف ما لزيد شىء، و لبكر سته إلا نصف شىء فلزيد سته إلا ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شىء، لأنك تسقط الربع فى مقابله الربع المستثنى، فإذا جبرت و قابلت صارت تعدل ثلاثة و ثلاثة أرباع شىء، فإذا أسقطت ثلاثة بمثلها بقى ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شىء، فالشىء أربعة فلكل منهما أربعة).

هذا من قبيل الإقرار بالمجهول إلا أن فيه استثناء، و قد ذكر المصنف صورا:

اتفاق المالىين و الاستثناء، اتفاقهما دون الاستثناء، اختلافهما و ختم بالعطف فى أحد الشخصين المقر لهما و الاستثناء فى الآخر.

أما الأولى: فإذا قال: لزيد سته إلا نصف ما لبكر، و لبكر سته إلا نصف ما لزيد، فلزيد شىء و لبكر سته إلا نصف شىء نصفها ثلاثة إلا ربع، فلزيد سته إلا ثلاثة إلا ربع شىء، فله سته و ربع شىء إلا ثلاثة يعدل شيئا كاملا، يسقط ربع شىء

و لو قال: لزيد عشرة إلا نصف ما لبكر، و لبكر عشرة إلا ثلث شيء، فلزيد عشرة إلا خمسة تعدل خمسة أسداس شيء، فإذا جبرت و قابلت صار عشرة تعدل خمسة و خمسة بمثله من الشيء يبقى ستة إلا ثلاثة يعدل ثلاثة أرباع شيء، و هي ما ذكره المصنف، و علله بأنك تسقط الربع في مقابله الربع المستثنى، فإذا جبرت المستثنى منه و هو ستة بالاستثناء و هو ثلاثة صارت ستة كامله، و قابلت بأن زدت على ثلاثة أرباع شيء ثلاثة صارت ستة تعدل ثلاثة و ثلاثة أرباع شيء، فإذا أسقطت المشترك و هو ثلاثة من الجانبين بقي ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شيء فالشيء أربعة.

و إن شئت أن تقول: ستة إلا ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شيء، لأن ستة ثلاثة ثلاثة لا محاله.

و إن شئت من أول الأمر قلت: فلزيد ستة إلا ثلاثة إلا ربع شيء يعدل شيئاً كاملاً، فإذا أسقطت المستثنى و هو ثلاثة من ستة بقي ثلاثة، فيكون ثلاثة و ربع شيء يعدل شيئاً كاملاً، فإذا أسقطت ربع شيء بمثله من الشيء بقي ثلاثة يعدل ثلاثة أرباع شيء فالشيء أربعة هي ما لزيد، و لبكر ستة إلا نصف الأربعة و هو أربعة.

و لك طريق آخر، و هو أن تفرض لزيد شيئين لاستثناء النصف منه، و تسقط نصفهما من الستة المضافه إلى بكر فتكون له ستة ناقصه شيئاً تأخذ نصف ذلك - و هو ثلاثة ناقصه نصف شيء - و تزيده على ما فرضناه لزيد - و هو شيئان - تكون ثلاثة و شيئاً و نصفاً يعدل ستة يسقط ثلاثة بثلاثة يبقى ثلاثة في مقابل شيء و نصف، فالشيء اثنان فلزيد أربعة و لبكر ستة إلا نصفها.

قوله: (و لو قال: لزيد عشرة، إلا نصف ما لبكر و لبكر عشرة إلا ثلث شيء، فلزيد عشرة إلا خمسة تعدل خمسة أسداس شيء، فإذا جبرت و قابلت صار عشرة تعدل خمسة و خمسة أسداس شيء، فإذا أسقطت خمسة بمثلها بقي خمسة تعدل خمسة

أسداس شىء، فإذا أسقطت خمسة بمثلها بقى خمسة تعدل خمسة أسداس شىء، فالشىء يعدل ستة فهى لزيد و لبكر ثمانيه. و لو قال: لزيد عشره إلا ثلاث ما لبكر، و لبكر خمسة عشر إلا نصف ما لزيد فلزيد شىء و لبكر خمسة عشر إلا نصف شىء، فلزيد عشره و سدس أسداس، فالشىء يعدل ستة فهى لزيد و لبكر ثمانيه).

قد علم هذا الطريق و ما حذف منه و هو سدس شىء ممّا مضى و هنا طريق آخر، و هو أن يفرض لزيد ثلاثه أشياء لاستثناء الثلث منه و يسقط ثلثها من العشره المضافه إلى بكر فيكون له عشره ناقصه شيئاً، تأخذ نصفها- و هو خمسة ناقصه نصف شىء- و تزيده على ما فرضناه لزيد- و هو ثلاثه أشياء- يكون خمسة و شيئين و نصفاً يعدل عشره، يسقط خمسة بخمسه يبقى خمسة فى مقابل شيئين و نصف فالشىء اثنان، فلزيد ستة و لبكر عشره إلا ثلثها.

و طريق آخر، و هو أن نقول: استثنى من أحد الإقرارين النصف و من الآخر الثلث، فتضرب مخرج أحدهما فى مخرج الآخر يكون ستة ثم تنظر فى الجزء المستثنى من الإقرارين- و كلاهما واحداً- فتضرب واحداً فى واحد فيكون واحداً تنقصه من الستة يبقى خمسة فتحفظها و تسميها المقسوم عليه، ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل من الجزأين بعد إسقاطه فى مخرج الآخر، بأن تضرب ما يبقى من مخرج النصف بعد النصف و هو واحد فى مخرج الثلث يحصل ثلاثه، تضربها فى العشره المذكوره فى الإقرار يكون ثلثين، تقسمها على العدد المقسوم عليه و هو خمسة يخرج نصيب الواحد ستة فهى ما لزيد، و تضرب ما يبقى من مخرج الثلث بعد الثلث و هو اثنان فى مخرج النصف و هو اثنان يكون أربعة، تضربها فى العشره يكون أربعين، تقسمها على الخمسه يخرج ثمانيه و هى ما لبكر.

قوله: (و لو قال: لزيد عشره إلا- ثلاث ما لبكر و لبكر خمسة عشر إلا نصف ما لزيد فلزيد شىء و لبكر خمسة عشر إلا نصف شىء، فلزيد عشره

شيء إلا خمسة تعدل شيئاً فسقط السدس بمثله تبقى خمسة تعدل خمسة أسداس شيء، فالشيء ستة لزيد و ل بكر اثنان عشر. و لو أقر لأحدهما بمثل الآخر و عطف في أحدهما بالنصف و استثناءه من الآخر فلذى العطف ثلاثة أمثال ما للآخر. و سدس شيء إلا خمسة تعدل شيئاً، يسقط السدس بمثله يبقى خمسة تعدل خمسة أسداس شيء، فالشيء ستة لزيد و ل بكر اثنان عشر).

قد صرح المصنف هنا فيما يصير لزيد بجزء الشيء على خلاف ما فعل في الصورتين السابقتين، و الأمر ظاهر.

و بالطريق الثاني نفرض ل بكر ثلاثة أشياء لاستثناء الثالث منه نسقط ثلثها من العشرة المضافه الى زيد تكون له عشرة ناقصه شيئاً، نأخذ نصف ذلك - و هو خمسة إلا نصف شيء - و زعيده على ما فرضناه ل بكر - و هو ثلاثة أشياء - يكون خمسة و شيئين و نصفاً و يعدل خمسة عشر، نسقط خمسة بمثلها يبقى عشرة في مقابل شيئين و نصف فالشيء أربعة، فلزيد ستة و ل بكر خمسة عشر إلا نصفها و هو اثنان عشر.

و بالطريق الثالث نضرب ما يبقى من مخرج النصف بعد إسقاطه في مخرج الثلث، ثم نضرب الحاصل - و هو ثلاثة - في عشرة ثم نقسمها على خمسة يخرج ستة هي ما لزيد، ثم نضرب الباقي من مخرج الثلث بعد إسقاطه - و هو اثنان - في مخرج النصف يكون أربعة، نضربها في خمسة عشر يحصل ستون، نقسمها على خمسة يخرج اثنان عشر هي ما ل بكر.

قوله: (و لو أقر لأحدهما بمثل الآخر، و عطف في أحدهما بالنصف و استثناءه من الآخر فلذى العطف ثلاثة أمثال ما للآخر).

مثاله: لزيد عشرة و نصف ما لعمرو و لعمرو عشرة إلا نصف ما لزيد، و نفرض ما لزيد شيئاً فلعمرو عشرة إلا نصف شيء، فلزيد خمسة عشر إلا ربع شيء تعدل

أشاره

المطلب الثاني: فيما عدا الاستثناء و هو سبعة:

أ: إذا عطف ببل فإن كانا معينين أو مختلفين لم يقبل أضرابه

أ: إذا عطف ببل فإن كانا معينين أو مختلفين لم يقبل أضرابه، و لزمه الأمران، الشيء المفروض أولاً، فإذا جبرت المستثنى منه بالمستثنى صار خمسة عشر، فزيد على الشيء ربع شيء فيكون خمسة عشر تعدل شيئاً و ربعا، فالشيء اثنا عشر لزيد و العمرو أربعة.

قوله: (المطلب الثاني: فيما عدا الاستثناء و هو سبعة):

أو: إذ عطف ببل، فإن كانا معينين أو مختلفين لم يقبل أضرابه و لزمه الأمران).

وجهه: أنّ الإضراب إنكار للإقرار، فإن بل إذا تقدمها إيجاب يجعل ما قبلها كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء، و إثبات الحكم لما بعدها و الإنكار بعد الإقرار لا يسمع.

مثال المعينين ما سيأتي في قوله: (فلو قال: له هذا الدرهم بل هذه فيلزمه كلاهما) لأنّ الإنكار بعد الإقرار لا يقبل، و واحد الشخصين غير الآخر قطعاً و غير داخل فيه.

و مثال المختلفين ما سيأتي في قوله: (أو قفيز حنطه بل قفيز شعير).

و وجه (١) لزومهما معا مثل ما سبق من أنّ أحد المختلفين غير الآخر و غير داخل فيه، و أوجب ابن الجنيد ما بعد بل في المختلفين دون ما قبلها (٢)، و ليس بشيء.

ص: ٣١٤

١- (١) في «ص»: و وجهه.

٢- (٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٢.

و لو كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد أو الأكثر، فلو قال: له هذا الدرهم بل هذا، أو قفيز حنطه بل قفيز شعير لزمه الدرهمان و القفيزان.

و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم، أو درهم بل هذا الدرهم لزمه المعين، و يحتمل لزوم الدرهمين.

و لو قال: له درهم بل درهم لزمه واحد، و يحتمل اثنين، لاستدعاء الإضراب المغايره.

قوله: (و لو كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد أو الأكثر).

يريد لزمه واحد إن استوى ما قبل بل و ما بعدها، و إن اختلفا لزمه الأكثر.

و قد أعاد بعض صور المسألة بقوله: (و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم أو درهم بل هذا الدرهم لزمه المعين، و يحتمل لزوم الدرهمين، و لو قال له درهم بل درهم لزمه واحد) و يحتمل اثنين لاستدعاء الإضراب المغايره.

أمّا وجه لزوم واحد مع استواء ما قبل بل و ما بعدها، فلائهما مطلقا فلا يمتنع أن يكون ما قبلها هو ما بعدها أو داخلا فيه، و الأصل براءة الذمه، و لا دليل على أن أحدهما منفصل عن الآخر.

و أمّا وجه احتمال لزوم اثنين في هذه الصورة، فلائّ الإضراب يقتضى المغايره، لامتناع كون الشىء الواحد محكوما عليه و مسكوتا عنه. و ردّ بأنّه يجوز أن يقصد الاستدراك لزياده، فيذكر أنّه لا حاجة اليه و لا زياده عليه فلم يستدرك بل أعاد الأول و فيه نظر، لأنّ ذلك يقتضى كون بل ليست في موضعها.

و لقائل أن يقول: إن شرط صحه استعمال بل مغايره ما قبلها لما بعدها، فكما لا يصح ان يقال: جاء رجل بل رجل بتأويل أنّ أحد الرجلين غير الآخر، إذ الغرض منها إفهام السامع الحكم على الثانى و عدمه على الأول و مع الإطلاق لا يحصل الغرض، فكذا لا يصح له درهم بل درهم، فيكون الإضراب لاغيا لانتفاء شرطه، و ارتكاب

و لو قال: له درهم بل درهمان لزمه درهمان. و لو قال: له هذا الدرهم بل هذان لزمه الثلاثة، التأويل مع أنه غير مصحح للإضراب فيه شغل لدمه بريئه بارتكاب التأويل.

هذا مع الاستواء، فأما إذا كان أحدهما أكثر أو معينا دون الآخر فإن المغايره بالأكثرية و التعيين كافيه في صحة الإضراب و لا يلزم وجوب الأقل أو الأ-كثر معا و لا المعين و غيره، و ذلك لأن الأقل يحتمل دخوله في الأكثر، لصحة أن يقال: له عشره بل بعضها أوله خمسه بل زائدا عليها، و مع احتمال كل من الأمرين و عدم استدعاء كل واحد منهما فالتمسك بأصالة براءة الذمه ينفي وجوب الزائد و مثله المطلق و المعين، لأن المطلق من احتمالاته المعين فكيف يتحتم وجوبهما؟.

و يكفي لصحة العطف ببل تغايرهما بالإطلاق و التعيين، إذ يصح أن يقال: له درهم يمكن أن يكون هذا و غيره بل هذا الدرهم، فعلى هذا الاحتمال في المسألتين ضعف. و قول المصنف (لاستدعاء الإضراب) بيان لوجه الاحتمال في الموضوعين. قوله: (و لو قال: له درهم بل درهمان لزمه درهمان).

قد اندرجت هذه المسأله في قوله: (و لو كانا مطلقين أو أحدهما لزمه واحد أو الأكثر)، و قد ذكرنا ما فيها مستوفى.

لكن سوق العبارة يشعر بعدم تطرق احتمال لزوم الثلاثة هاهنا، و ليس كذلك، بل المغايره التي ادّعاها إن تم الاستدلال بها على لزوم كل من المعين و المطلق اقتضتا لزوم ثلاثة هنا بغير تفاوت، و قد حكى في التذكرة القول بوجوب الثلاثة هنا عن زفر و داود (١).

قوله: (و لو قال له هذا الدرهم بل هذان لزمه الثلاثة).

و وجهه معلوم مما سبق.

ص: ٣١٨

١- (١) التذكرة ١: ١٥٩، [١] المغنى لابن قدامه ٥: ٢٩٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٥: ٣٥١.

و كذا لو قال: له قفيز شعير بل قفيزان حنطه. و لو قال: له عشره لا بل تسعه لزمه عشره، بخلاف الاستثناء. و لو عطف ب(لكن) لزمه ما بعدها، إذ لا يعطف بها إلا بعد النفي. فلو قال: ماله عندي عشره لكن خمسه لزمه خمسه. قوله: (و كذا لو قال: قفيز شعير بل قفيزان حنطه).

أى: يلزمه ثلاثه أفضزه للاختلاف فى الجنس.

قوله: (و لو قال: له عشره لا بل تسعه لزمه عشره بخلاف الاستثناء).

الفرق بين الاستثناء و الإضراب سواء كان مع حرف السلب أو بدونه: أن الاستثناء من متممات الكلام، و ذلك لأن المحكوم بثبوتة هو المستثنى منه المخرج منه المستثنى، فلا يعقل تعلق الحكم بثبوتة إلا بعد تمامه بإخراج المستثنى منه.

و أما الإضراب ببل بعد الإيجاب فإنه يجعل ما قبلها كالمسكوت عنه، فهو رجوع عن الحكم السابق و إنكار الإقرار المتقدم، فإن كان معه حرف السلب فهو نقيض ما تقدم، و لا ريب أن إنكار الإقرار و الرجوع عنه غير مسموع. و أعلم أن ما ذكر من الاحتمال فى المسألتين السابقتين آت هنا، و قد حكى نظير ذلك فى التذكرة قولاً عن زفر و داود (1).

قوله: (و لو عطف ب«لكن» لزمه ما بعدها، إذ لا يعطف بها إلا بعد النفي، فلو قال: ماله عشره لكن خمسه لزمه خمسه).

لا ريب أن لكن يعطف بها بعد النفي و بعد النهى، و أجاز بعض النحاه العطف بها بعد الإيجاب. فقول المصنف: (إذ لا يعطف بها إلا بعد النفي) مراده به: أنه لا يعطف

ص: ٣١٩

١- ١) التذكرة ١: ١٥٩، [١] المغنى لابن قدامه ٥: ٢٩٧، الشرح الكبير المطبوع مع المغنى ٥: ٣٥١.

ب: إذا كان في يده شيء على ظاهر التملك

ب: إذا كان في يده شيء على ظاهر التملك فقال: هذا الشيء لزيد بل لعمرو قضى به للأول و غرم قيمته للثاني، و كذا: غصبته من زيد بل من عمرو على إشكال، بها في الإقرار حيث يكون ما بعدها إقراراً إلا بعد النفي، و ذلك حق لوجوب مغايره ما قبلها لما بعدها نفيًا و إثباتًا.

قوله: (ب: إذا كان في يده شيء على ظاهر التملك فقال: هذا الشيء لزيد بل لعمرو قضى به للأول و غرم قيمته للثاني).

أما الحكم الأول فلعوم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، و أمّا الثاني فلاّنه قد أحال بين عمرو المقر له و بين الشيء المقر به بإقراره لزيد، فيجب أن يغرم القيمة له للحيلولة الموجهه للغرم.

و عن ابن الجنيّد فيما إذا قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو إنّّه إن كان المقر حيا سئل عن مراده و إلاّ كان زيد و عمرو بمنزله متداعيين لشيء هو في يدهما فيأخذه ذو البيئه، و مع عدمها فالحالف، فإن حلفا اقتسماه (٢)، و الأصح الأول.

قوله: (و كذا غصبته من زيد بل من عمرو على اشكال).

أى: و كذا يقضى بالشيء المذى في يده على ظاهر التملك إذا قال: غصبته من زيد بل من عمرو، لزيد و يغرم لعمرو قيمته على إشكال ينشأ: من عدم التنافى بين الإقرارين، و صدق الغصب من ذى اليد و إن لم يكن مالكا فربما كان أحدهما صاحب يد بإجاره و نحوها فلا- يكون مالكا، فيحكم به للأول لسبق الإقرار باليد له، و لا- يغرم للثاني لانتفاء ما يدل على كونه مالكا فإنّ الغصب منه لا يستدعى ذلك.

و من أن الغصب موجب للرد و الضمان فيقتضى الإقرار استحقاق كل منهما

ص: ٣٢٠

١- (١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧ حديث ٥.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤٢.

أو غضبته من زيد لا بل من عمرو، أو غضبته من زيد و غضبه زيد من عمرو، ذلك، و لأنّ الإقرار بالغضب إقرار باليد للمغضوب منه و هي تقتضى الملك، فيكون مقرا لكل منهما بما يقتضى الملك. و لأنّ الإقرار بالغضب إما أن يقتضى الإقرار بالملك أولاً، فإن لم يقتضه لم يجب الدفع في صورته النزاع الى زيد، لعدم دليل يدل على كونه مالكا، و إن اقتضاه وجب الغرم لعمرو لاستواء الإقرار بالنسبه إليهما.

فإن قيل: نختار الشق الثاني من الترديد، و وجوب الدفع الى زيد لثبوت استحقاقه اليد بغير معارض، أما الإقرار لعمرو بذلك فإنه غير نافذ بالنسبه إلى الغير لاستحقاق زيد إياها لسبق الإقرار له، و لا بالنسبه إلى القيمه لانتفاء دلاله الغضب منه على كونه مالكا، و الأصل براءة الذمه.

قلنا: الإقرار بالغضب إقرار باليد و هي ظاهره في الملك، و لهذا يجوز أن يستند الشاهدان في الشهاده بالملك الى اليد كما سيأتى في موضعه إن شاء الله تعالى فيجرى مجرى ما لو أقر بالملك لأحدهما ثم للآخر، و فيه قوه. و أعلم أنه قد احتمل بعضهم كون الإشكال في المسأله الأولى أيضا، لأنّ الإقرار الثاني إقرار بملك الغير فلا ينفذ.

قوله: (أو غضبته من زيد لا بل من عمرو، أو غضبته من زيد و غضبه زيد من عمرو).

سوق العبارة يشعر بأنّ الاشكال إنّما هو في المسأله السابقه دون ما بعدها، فلا يكون عنده في هاتين المسألتين و ما بعدهما إشكال، و إن كان الاحتمال بحسب الواقع قائما، و وجه الغرم يعلم ممّا سبق في المسأله السابقه.

و وجه الترجيح هنا إنّهُ لَمّا نفى الغضب من زيد المقر به بقوله: لا كان رجوعا عن الإقرار إلى الإنكار فلم يكن مسموعا، فصح الإقرار الأول و وجب أن ينفذ الثاني و يجب الغرم، لأنّهُ قد حصر الغضب و اليد في عمرو المقتضى للملكيه فوجب الغرم، للحيلولة بإقراره لزيد الذي رجع عنه.

و كذا استودعته من زيد بل من عمرو، و سواء اتصل الكلام أو انفصل. و لو قال: لزيد بل لعمرو بن خالد حكم للأول و غرم لكل من الباقيين كمال القيمة. و لو قال: بل لعمرو و خالد فقيمه واحده لهما، و يحتمل عدم الغرم، لأنّ كون عمرو مغضوبا منه لا يقتضى كونه مالكا، و لأنّ الإقرار الثانى إقرار على الغير - و هو المقر له الأول -، و ضعفه ظاهر.

قوله: (و كذا استودعته من زيد بل من عمرو).

هذه مثل قوله: (غصبته من زيد بل من عمرو) فى وجوب الغرم للثانى، بل هذه أولى بعدم الغرم، لأنّ الإقرار بالغصب من كل منهما إقرار بالخيانة فى مال كل منهما و هو موجب للضمان، بخلاف الوديعه، و وجه الغرم: اعترافه باليد للأول ثم للثانى و هى ظاهره فى الملك.

قوله: (سواء اتصل الكلام أو انفصل).

أى: فى المسائل المذكوره كلها، لأنّ الإضراب ببل يجعل ما بعدها منفصلا عمّا قبلها فلا عبره بالاتصال الزمانى.

قوله: (و لو قال: لزيد بل لعمرو بل لخالد حكم للأول و غرم لكل من الباقيين كمال القيمة).

تقريبه مستفاد ممّا سبق.

قوله: (و لو قال: بل لعمرو و خالد فقيمه واحده لهما).

أى: لو قال: هذا الشىء لزيد بل لعمرو و خالد و جب دفعه الى زيد ثم يغرم لعمرو و خالد قيمته، لأنّه لو أقر به لهما لكان بينهما، فإذا أقر به كذلك بعد الإقرار به لزيد غرم لهما قيمه واحده.

ص: ٣٢٢

و لو قال:لزید و عمرو نصفین بل لخالد غرم لخالد الجميع،و لو قال:بل و لخالد فالثلث،و لو قال بل لزيد و خالد فالنصف.

و لو صدّقه الأول فى ذلك كله فلا غرم.

و لو قال:غصبته من زيد و ملكه لعمرو،أو و هو لعمرو لزمه الدفع الى زيد،و لا يغرم لعمرو،لأنه يجوز أن يكون فى يد زيد بحق إجاره أو وصيه أو عاربه،فلا تنافى ملكيه عمرو،و لم يوجد منه تفريط يوجب الضمان،بخلاف هذا لزيد بل لعمرو،لأنه أقر للثانى بما أقر به للأول فكان الثانى رجوعا عن الأول بخلاف ما قلناه،و لا يحكم بالملك لعمرو إذ هو بمنزله من أقر لغيره قوله: (و لو قال:لزید و عمرو نصفین بل لخالد غرم لخالد الجميع).

لأن الإضراب يقتضى أن يكون لخالد الجميع فيجب غرم جميع القيمه له.

و أعلم أنه لو سكت فى الإقرار عن قوله:نصفين لم يتفاوت الحكم.

قوله: (و لو قال:بل و لخالد فالثلث).

لأن العطف بالواو يقتضى التشريك بين المعطوف و المعطوف عليه و يحتمل النصف،لأنّ بل للإضراب و هو يقتضى المغايره،و الواو تقتضى التشريك فوجب كونه مع أحدهما لا غير،ليحصل معنى التشريك و تتحقق المغايره.

و يضعّف بأنّه يكفى فى المغايره حكمه أولا بكونه للثنتين ثم حكمه بكونه للثلاثة،و هذا هو ظاهر اللفظ،و تمحل غيره تعسف.

قوله: (و لو قال:غصبته من زيد و ملكه لعمرو،أو و هو لعمرو لزمه الدفع الى زيد و لا يغرم لعمرو،لأنه يجوز أن يكون فى يد زيد بحق إجاره أو وصيه أو عاربه فلا ينافى ملكيه عمرو،و لم يوجد منه تفريط يوجب الضمان،بخلاف هذا لزيد بل لعمرو،لأنه أقر للثانى بما أقر به للأول فكان الثانى رجوعا عن الأول بخلاف ما قلناه،و لا يحكم بالملك لعمرو إذ هو

بما فى يد آخر، و يحتمل الضمان. بمنزله من أقر لغيره بما فى يد آخر، و يحتمل الضمان).

أى: لو قال: غصبت هذا الشىء من زيد و ملكه لعمرو، أو قال: و هو لعمرو -لأن اللام تقتضى اختصاص الملك- لزمه الدفع الى زيد، لا اعترافه بالغصب منه الموجب للرد عليه و الضمان له، و فى غرمة لعمرو احتمالان:

أحدهما: لا يغرم- و هو اختيار المصنف هنا و فى التحرير- (١) لعدم التنافى بين الإقرارين، فإنه يجوز أن يكون فى يد زيد بحق إجاره، أو وصيه بمنفعته، أو عاربه فلا ينافى ملكيه عمرو إياه، و لم يوجد من المقر تفريط يوجب الضمان، بخلاف هذا لزيد بل لعمرو فإنه مفترط حيث أقر للأول بما هو حق للثانى بإقراره فكان مضيعة لماله فوجب غرمة له. بخلاف ما قلناه فى المسألة التى هى محل النزاع، إذ لم يقر للأول بالملك الذى أقر به للثانى، و حينئذ فلا يحكم لعمرو بالملك، لأن الإقرار له بما قد أثبت لغيره عليه حقا إقرار بما فى يد شخص لغيره فلا يكون مسموعا.

و اعلم ان ما ذكرناه أدخل فى الاستدلال من قول المصنف: (لأنه أقر للثانى بما أقر به للأول فكان الثانى رجوعا عن الأول) لأن المطلوب إثبات التفريط بالنسبة الى الثانى ليثبت الغرم له، و هذه العبارة لا تؤدى هذا المعنى إلا بتكلف.

و الثانى: انه يضمن و يغرم، للحيلولة بين من أقر له بالملك و بين ما له بالإقرار للأول، و دعوى عدم التنافى بين الإقرارين غير ظاهره، فإن اليد ظاهره فى الملك، و لهذا لم ينفذ إقراره بملكه الثانى بعد الإقرار باليد للأول، و منه يظهر تفريطه بالنسبة الى الثانى بالإقرار للأول المقتضى للحيلولة، و هذا أصح.

ص: ٣٢٤

و كذا لو قال: هذا لزيد و غصبتة من عمرو، فإنه يلزمه الدفع الى زيد و يغرم لعمرو على إشكال.

ج: هل يصح البدل كالاستثناء؟ الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار

ج: هل يصح البدل كالاستثناء؟ الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار، كما لو قال: له هذه الدار هبه أو صدقه. و اعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف حقق هنا انه إن قلنا بتضمينه في المسألة الاولى -و هي قوله: غصبتة من زيد بل من عمرو- فالضمان هنا قطعي، و إن قلنا بعدمه احتمال هنا عدم الضمان لما ذكره المصنف (1).

و ما ذكره من القطع على التقدير الأول غير ظاهر بل قد يدعى العكس لأن الغصب يقتضى الرد و الضمان بالجنايه على مال الغير، و قد أقر به لكل منهما، بخلاف قوله: و ملكه لعمرو فإنه لا- يلزم منه جنايه على مال الغير، و لا اعتراف بما يقتضى الرد و الضمان.

قوله: (و كذا لو قال: هذا لزيد و غصبتة من عمرو فإنه يلزمه دفعه الى زيد و يغرم لعمرو على اشكال).

ينشأ: من أنه لم يقر لعمرو بالملك، و غصبه منه لا- يستلزم كونه مملوكا له. و من أن الغصب يقتضى وجوب الرد و الضمان و يتضمن الإقرار باليد، و هي ظاهره في الملك، و قد أحال بين الثاني و الشيء المقرب له للأول فيغرم له قيمه، و هو الأصح.

قوله: (ج: هل يصح البدل كالاستثناء؟ الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار كما لو قال: له هذه الدار هبه أو صدقه).

وجه القرب أن البدل

ص: ٣٢٥

أما لو قال: له هذه الدار عاريه أو سكنى ففيه نظر ينشأ: من كونه رفعا لمقتضى الإقرار، و من صحه بدل الاشتمال لغه. و لو قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها ففيه الإشكال. المعتبر فى اللسان مستعمل فى القرآن و غيره، فهو من جمله أجزاء الكلام جار مجرى التفسير فوجب أن يكون فى كلام المقر معتبرا إذا لم يكن رافعا لمقتضى الإقرار، لأن الكلام لا يتم إلا بآخره فهو جار مجرى الاستثناء و نحوه. نعم لو كان رافعا لمقتضى الإقرار لم يصح، لأن الإنكار بعد الإقرار غير مسموع.

و يحتمل ضعيفا عدم صحته، لأنه يتضمن الرجوع عن ظاهر الإقرار، و ضعفه بين، لأن غير المسموع هو رفع أصل الإقرار فقط دون مخالفه ظاهره، فعلى الأصح لو قال: له هذه الدار هبه صح و كان له الرجوع فيها حيث يصح الرجوع فى الهبه.

قوله: (أما لو قال: له هذه الدار عاريه أو سكنى ففيه نظر ينشأ:

من كونه رفعا لمقتضى الإقرار، و من صحه بدل الاشتمال لغه).

إنما كان ذلك رفعا لمقتضى الإقرار، لأنه اقتضى الملك للدار، و العاريه و استحقاق السكنى لا ملك معهما.

و لا يخفى ضعف هذا النظر، لأنه قد سبق فى كلامه أن البديل يصح إن لم يرفع مقتضى الإقرار، فلا أثر لصحه بدل الاشتمال فى اللغة و وقوعه فى الاستعمال فى صحته فى الإقرار، كما لا- أثر لصحه الإضراب فى اللغة و الاستعمال فى صحته فى الإقرار، و الأقوى عدم صحته.

قوله: (و لو قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها ففيه الإشكال).

المفهوم من سوق

ص: ٣٢٤

د:لو قال:كان له على ألف و قضيته،أو قضيته منها خمسمائه لم يقبل قوله في القضاء إلا بينه. العبارة أن الإشكال الذي دلّ عليه قوله في المسألة التي قبل هذه:(ففيه نظر)آت هنا،و معلوم أنه ليس بآت،لأن أحد طرفيه هو رفع مقتضى الإقرار،و ذلك منتف هنا،لأنّ هذا بدل البعض من الكل فهو جار مجرى قوله:هذه الدار له و هذا البيت لي،و قد أسلف في أول البحث أنّ البدل صحيح ان لم يرفع مقتضى الإقرار.و قد ذكر الشارحان منشأ الاشكال:أنه جحود بعد الاعتراف،و أنّ بدل البعض صحيح في اللغة.و اختار ولد المصنف عدم القبول (1)و ليس بشيء،لأنّ استعمال لفظ الإقرار في مجازه مع وجود الصارف عن الحقيقة جائز كما في الاستثناء،و كما في:له هذه الدار و هذا البيت لي،فإنّ الفرض أنّ الدار اسم للمجموع،فإطلاقها على ما عدا البيت مجاز و كذا العشره حقيقه في العدد المخصوص فاستعمالها فيما بعد المستثنى مجاز، و نحو ذلك،و الذي يقتضيه الدليل صحه ذلك.

قوله:(د:لو قال:كان له على ألف و قضيته أو قضيته منها خمسمائه لم يقبل قوله في القضاء إلا بينه).

الضمير في(قضيته)يعود إلى الألف،و كذا الضمير في قوله(منها)،فإنّ الألف قابل للتذكير و التأنيث،و يجوز أن يعود ضمير(قضيته)إلى المقر له.و إنّما لم يقبل قوله في القضاء إلا بينه،لأنّه مدع للمسقط بعد الثبوت بالإقرار،فلم يكن بدّ من بينه.

ص:٣٢٧

و لو قال: لى عليك مائه، فقال: قضيتك منها خمسين فالأقرب لزوم الخمسين خاصة، لاحتمال قوله منها مما يدعيه. و لو قال: أخذت منه ألف درهم من ديني، أو من وديعتي عنده فأنكر السبب و ادعى التملك حكم للمقر له بعد الإحلاف. قوله: (و لو قال: لى عليك مائه، فقال: قضيتك منها خمسين فالأقرب لزوم الخمسين خاصة، لاحتمال قوله: منها مما يدعيه).

أى: لاحتمال قوله: قضيتك منها خمسين أن يكون مرجع ضمير منها هو ما تدعيه.

و توضيحه: أن قوله: قضيتك منها كما يحتمل أن يكون المراد منه: قضيتك من المائة التى لك على، كذا يحتمل أن يكون المراد منه، قضيتك من المائة التى تدعى بها.

و لا- ريب أنه ليس فى اللفظ ما يدل على تعيين الأول، و لا على أنه ظاهر اللفظ و إن كان قد يفهم عند المحاوره كثيرا، إلا أن شغل الذمه البريه يتوقف على قاطع يقتضيه.

و يحتمل لزوم المائة، لفهم ثبوت المائة فى مثل هذا اللفظ باعتبار المحاورات العرفيه، و يضعف بما قدمناه.

قال الشارح الفاضل فى توجيه الأقرب و رجوع الضمير: يمكن أن يكون باعتبار مجرد الاسم لا الوصف بأنه عليه (1)، و مرادهما قدمناه من احتمال عود الضمير إلى المائة الموصوفه بكونها مدعى بها دون الموصوفه بأنها عليه. و المضى فى قوله المصنف: (مما يدعيه) يعود الى ما، و المراد: المائة المدعى بها، و لفظ ما مذكر.

قوله: (و لو قال: أخذت منه ألف درهم من ديني أو من وديعتي عنده فأنكر السبب و ادعى التملك حكم للمقر له بعد الإحلاف).

أى: لو وصل المقر بإقراره ما يقتضى سقوطه، بأن قال: أخذت منه ألف درهم

ص: ٣٢٨

ه: لو قال: له على ألف من ثمن خمر أو خنزير

ه: لو قال: له على ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو ثمن مبيع هلك قبل قبضه، أو لم أقبضه، أو ثمن بيع فاسد لم أقبضه، أو ضمنت به على أنى بالخيار لزمه الألف، و لم يقبل قوله فى المسقط. من دينى أو من وديعتى عنده فأنكر المقر له السبب - وهو ثبوت دين أو وديعه عنده للمقر - و ادعى كون المأخوذ على ملكه حكم له، و لم يسمع قول المقر بمجرد فى الدين و الوديعه لكن بعد إحلاف المقر له على نفي دعوى المقر، لأن الإقرار لا يسقط بمجرد دعوى المسقط.

و لا يخفى ما فى العبارة من التكلف، فإنه لما أقام المظهر مقام المضمّر فى قوله:

(حكم للمقر له) أو هم أنّ المنكر للسبب غيره، و لو أنّه قال: فأنكر المقر له السبب حكم له لكان أولى.

قوله: (ه: لو قال: له على ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو ثمن مبيع هلك قبل قبضه، أو لم أقبضه، أو ثمن بيع فاسد لم أقبضه، أو ضمنت به على أنى بالخيار لزمه الألف و لم يقبل قوله فى المسقط).

هذه عدّه صور وصل فيها الإقرار بما يقتضى سقوطه، فإنّ الخمر و الخنزير لما لم يملكا فى شرع الإسلام لم يكن لهما ثمن و امتنع أن يقابلا بمال، فإذا وصل المسلم إقراره بألف بكونها من ثمن أحدهما اقتضى ذلك سقوط الإقرار فلم يلتفت الى المسقط، لأنّ الإنكار بعد الإقرار غير ملتفت اليه. و مثله قوله: من ثمن مبيع هلك قبل قبضه، لأنّ هلاكه قبل القبض يقتضى بطلان البيع و سقوط الثمن.

أمّا لو وصله بقوله: من ثمن مبيع لم أقبضه فإنه يقتضى عدم استحقاق المطالبه بالثمن مع ثبوته فى الذمّه، لما سبق فى البيع من أنّ البائع لا يستحق المطالبه بالثمن إلاّ مع تسليم المبيع، فهذا مسقط لوجوب التسليم لا للثبوت فى الذمّه، و للأصحاب فى قبول ذلك قولان:

أحدهما: القبول، واختاره الشيخ (١)، لأنّ قوله: لم أقبضه لا ينافي إقراره الأول، لأنّه قد يكون عليه ألف درهم ثمنا ولا يجب عليه التسليم قبل قبض المبيع، ولأنّ الأصل عدم القبض، والأصل براءة الذمّة. والمصنف فى المختلف قال: إنّه ليس بعيدا من الصواب، لأنّ للإنسان أن يخبر بما فى ذمته على ما هو ثابت فى الذمّة، وقد يشتري الإنسان ولا يقبض المبيع، فكان له أن يخبر بذلك، فلو الزم بغير ما أقر به كان ذلك ذريعه إلى سدّ باب الإقرار، وهو مناف لحكمه الشارع (٢).

و الثانى - واختاره ابن إدريس (٣)، عدم القبول فيلزمه الألف، لأنّه أتى بالمسقط بعد الاعتراف.

و لقائل أن يقول: أنا لا نسلم إنّه أتى بالمسقط فإنّ ذلك لا ينافي وجوب الألف و ثبوتها فى الذمّة، إنّما ينافي استحقاق المطالبه بها الآن فهو بمنزله ما لو أقر بألف مؤجلا.

و التحقيق: أنّ ذلك و إن لم يكن مسقطا لكنه فى حكم المسقط، فإنّ استحقاق الألف و الوصول إليها إنّما يكون ببذل ما زعمه مبيعا من أموال المقر له، ففى الحقيقة كأنّه لم يقر له بشيء، فقول ابن إدريس لا يخلو من قوه.

و هنا نكتة سنح ذكرها هنا، و هو أنّ المؤاخذ بهذا الإقرار، و نظائره من المواضع المختلف فيها هل هو كلّ مقر، سواء كان ممن له أهليه الاجتهاد أم لا، معتقدا قبول مثل ذلك أم لا؟ أم يقال: إنّ من يعتقد قبول مثل ذلك و علم ذلك من مذهبه يعامل بمعتقده؟ لا أعلم فى ذلك كلاما للأصحاب، و الذى يقتضيه النظر أنّه يلزمه بمعتقد الحاكم كائنا ما كان.

ص: ٣٣٠

١- (١) المبسوط ٣: ٣٤. [١]

٢- (٢) المختلف: ٤٤٠.

٣- (٣) السرائر: ص ٢٨٣ باب الإقرار.

و لو قال:له عليّ ألف لا تلزم لزمه. و لو قال:عليّ ألف ثم سكت، ثم قال:من ثمن مبيع لم أقبضه لزمه الألف. و مثله ما لو قال:من ثمن مبيع فاسد لم أقبضه، لأنّ فساد البيع يقتضى عدم ثبوت الثمن. و لا دخل للقبض و عدمه حينئذ في اللزوم، و ذكره في العبارة للاحتراز من لزوم ضمان القيمة أو المثل بالقبض.

و في بعض النسخ:من ثمن بيع فاسد، و البيع أربط بالفساد من المبيع، إلا أن ضمير (لم أقبضه) لا مرجع له حينئذ، و مثله:ضمنت به على انى بالخيار. و الضمير المجرور يعود إلى الألف، و المراد ضمنته، لأنّ ضمن يتعدى بنفسه و بالباء كما صرح به في القاموس (١). و بناء ذلك على أنّ اشتراط الخيار مفسد للضمان، و إلا كان بمنزله ابتعت بخيار، فان بينهما فرق و ان كان المصنف لا يراه، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال في التذكرة ما صورته:أو قال:تكفّلت ببدن فلان بشرط الخيار، و قلنا بثبوت الخيار في الكفاله يقتضى بطلانها. أو قال:ضمنت لفلان كذا بشرط الخيار و أبطلناه به، و ما أشبه ذلك (٢). هذا كلامه، و قد يراد بقوله هنا ضمننت به كفالته.

قوله: (و لو قال:له عليّ ألف لا يلزم لزمه).

لأنّ الإقرار يقتضى اللزوم، فقوله: (لا يلزم) لا يسمع، لمنافاته الإقرار.

و يحتمل القبول بأن يكون له عليه ثمن مبيع غير لازم، أو من هبه له الرجوع فيها، و يضعف بأنّ ذلك في حكم المسقط.

قوله: (و لو قال:عليّ ألف ثم سكت، ثم قال:من ثمن مبيع لم أقبضه لزمه الألف).

المراد:اللزوم هنا

ص: ٣٣١

١-١) القاموس المحيط ٢٤٥:٤.

٢-٢) التذكرة ١٦٦:٢. [١]

و لو قال:علی ألف من ثمن مبيع ثم سكت، ثم قال:لم أقبضه احتمل القبول إن سمع مع الاتصال،أو التصديق و اللزوم. و لو قال:علی ألف من ثمن عبد إن سلّم سلّمت احتمل لزوم ألف و عدم قبول التفسير و إن قلنا بقبوله فيما تقدم،و الفرق:إنه مع الاتصال محسوب مع الإقرار كلاهما واحدا بخلاف الانفصال.

قوله: (و لو قال:علی ألف من ثمن مبيع ثم سكت، ثم قال:لم أقبضه احتمل القبول إن سمع مع الاتصال أو التصديق و اللزوم).

هذه صورته ثالثة من صور تفسير المقر به بكونه من ثمن مبيع، و احتمال القبول هنا إنّما يجيء إذا قلنا بالقبول في المسألة الاولى و هي قوله:(من ثمن مبيع لم أقبضه)متصلا.و وجهه:إنّ الأصل في المبيع عدم القبض،فإذا صدّقناه في كونها من ثمن مبيع كان على البائع إثبات القبض.

و اختار الشيخ في المبسوط و الخلاف القبول (1)،و يحتمل اللزوم و إن قلنا بالقبول في السابقه،لانفصال قوله:(لم أقبضه)عن الإقرار بالألف،و مقتضى الإقرار اللزوم،و الأصح اللزوم هنا بطريق أولى.

و قول المصنف:(أو التصديق)ظاهره أنه معطوف على قوله:(مع الاتصال)، و لا بحث في القبول مع التصديق هنا و في غيره من المواضع،فأى وجه لافراد هذا بالقييد؟ و جوابه:أنّ المراد تصديق المقر له على أنّ الألف من ثمن مبيع،إلاّ أنّ احتمال عدم القبول حينئذ ضعيف جدا،لأنّ المقر له مدع للإقباض و الأصل عدمه، و الأصح اللزوم إلاّ مع التصديق على ما حققناه.

قوله: (و لو قال:علی ألف من ثمن عبد إن سلّم سلّمت احتمل

ص: ٣٣٢

معجلا و بعد تسليم العبد خاصه. و لو قال: له ألف مؤجله، أو زيوف، أو ناقصه لم يقبل مع الانفصال، و مع الاتصال إشكال، لزوم الألف معجلا، و بعد تسليم العبد خاصه).

لا فرق بين هذه و بين ما سبق، إلا أنّ المبيع معيّن هنا عبدا و مطلق في السابق و الحكم واحد. و الاحتمال الثاني و هو اللزوم بعد تسليم العبد قول الشيخ بشرط الاتصال (1) و المختار ما تقدم في السابق.

قوله: (و لو قال: له ألف مؤجله أو زيوف أو ناقصه لم يقبل مع الانفصال و مع الاتصال إشكال).

أما مع الانفصال فلا بحث في عدم القبول، لأنه رجوع عما ثبت و استقر عليه الإقرار.

و أما مع الاتصال فمنشأ الإشكال: من أن مقتضى الإقرار إلزام المقر بما أقر به دون غيره، و الحق أن المؤجل غير الحال، فإذا أقر بالمؤجل لم يلزمه غيره. و كذا حكم الإقرار بنقص معين أو وزن ناقص أو مال معيب، و لأنّ الكلام إنما يتم بآخره، و إنما يحكم به بعد كماله فلا يتحقق الإقرار إلا بآخره، و إنما يلغى المسقط إذا اقتضى إبطال الإقرار من رأس، و هو منتف هنا و لأنّ لو لا اعتبار مثل ذلك لأدى إلى سد باب الإقرار في الحق المؤجل و نحوه، و هو باطل.

و من حيث أن الأصل الحلول و السلامه، و أنّ وصل الإقرار بذلك وصل له بالمسقط للمطالبه و لبعض الحق.

و يضعف بأنه لو سلم أن الأصل ما ذكر، إلا أن خلاف الأصل يصار إليه إذا

ص: ٣٣٣

و لو قال: له ألف مؤجل من جهه تحمل العقل قبل قطعاً، و لو قال من حيث القرض لم يقبل قطعاً. صرح به فى الإقرار، و لما لم يتم الإقرار إلا- بآخره لم يتحقق ثبوت شىء ليطراً عليه السقوط. و الثانى اختيار ابن الجنيد (١) و ابن إدريس (٢)، و هو أحد قولى الشيخ (٣)، و الأول القول الآخر للشيخ رحمه الله (٤)، و اختاره المصنف فى المختلف و التذكرة (٥)، و عليه الفتوى.

و اعلم أنه قد سبق فى الأقارير المجهوله فى البحث الرابع من هذا الكتاب قبول تفسير الدرهم بالناقص النادر مع الاتصال، و كذا المغشوش، فىكون ما هنا رجوعاً عن الفتوى الى التردد. و اعلم أن الدراهم الزيوف هى المردوده لغش، ذكره فى القاموس (٦).

قوله: (و لو قال: ألف مؤجل من جهه تحمل العقل قبل قطعاً، و لو قال: من حيث القرض لم يقبل قطعاً).

ما سبق من الاشكال إنما هو فيما إذا كان الدين المقر به مطلقاً، أو مسنداً الى سبب يقبل التأجيل و التعجيل. أما إذا أسنده إلى جهه يلازمها التأجيل كالدنيه على العاقله، فإن ذكر ذلك فى صدر إقراره بأن قال: قتل عمى فلانا خطأ و لزمنى من ديه ذلك القتل كذا مؤجلاً إلى سنه انتهائها كذا فهو مقبول لا محاله.

و لو قال: له على ألف مؤجل من جهه تحمل العقل فى القبول و جهان:

أحدهما: القبول- و قطع به المصنف- لملازمه المقر به التأجيل، و الثانى: العدم لأن أول

ص: ٣٣٤

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤١.

٢- ٢) السرائر: ٢٨٤.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٥.

٤- ٤) الخلاف ٢: ٩٤ مسألة ٢٨ كتاب الإقرار.

٥- ٥) المختلف: ٤٤١، التذكرة ٢: ١٦٧. [١]

٦- ٦) القاموس المحيط ٣: ١٥٤ «زيف».

و لو قال: ابتعت بخيار، أو كفلت بخيار لم يقبل تفسيره. كلامه ملزم فلا يسمع منه المسقط، فيطرد فيه الاشكال السابق. و ينبغي أن يكون القطع بالقبول هنا إنما هو إذا صدّقه المقر له على السبب، أما بدونه فإنه غير ظاهر.

بل يطرد فيه الاشكال السابق.

و لو أسنده إلى جهة لا- تقبل التأجيل كما لو قال: له على ألف أقرضنيها مؤجله لغى ذكر الأجل قطعاً. و نقل فيه المصنف في التذكرة الإجماع (١)، و لولاه لأمكن إلحاقه بموضع الإشكال، لأن القرض قد يقع مؤجلاً بالشرط في عقد لازم و بالندر و شبهه. و في الدروس لم يقبل إلا أن يدعى تأجيله بعقد لازم (٢).

قوله: (و لو قال: ابتعت بخيار، أو كفلت بخيار لم يقبل تفسيره).

لما كان وقوع البيع على وجه متعدده، و كونه بخيار من جملتها و جب أن يطرد فيه الوجهان فيما لو قال: ألف مؤجل.

و قد يفرق بينهما بأن التأجيل لا يفضى الى سقوط المقر به، بخلاف الخيار فإنه يقتضى التسلط على الفسخ فينتفى حكم البيع، فهو بمنزلة: من ثمن مبيع لم أقبضه. لكن قد سبق قبول البديل في قوله: له هذه الدار هبه، و ذلك يقتضى ثبوت الرجوع، فهو بمنزلة الإقرار بالشراء بخيار.

قال شيخنا في الدروس: و لو قال: اشتريت بخيار، أو بعت أو كفلت بخيار ففيه الوجهان، و قطع المتأخرون بعدم سماع الخيار (٣). و أعلم أنّ ذكر الخيار في الإقرار في الكفاله إنما يكون كالخيار في البيع على القول بأنّ اشتراطه لا يفسدها، و إلا فهو بمنزلة: من ثمن مبيع فاسد، كما لا يخفى.

ص: ٣٣٥

١- ١) التذكرة ١٦٧: ٢. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣١٣.

٣- ٣) الدروس: ٣١٣.

و لو أقر العجمى بالعرييه، ثم قال: لقلت فإن كان لا يفهم سمعت دعواه، وإلا فلا.

و: لو قال: له عندي دراهم وديعه قبل تفسيره

و: لو قال: له عندي دراهم وديعه قبل تفسيره، سواء اتصل كلامه أو انفصل. و لو ادعى المالك أنّها دين فالقول قوله مع اليمين، بخلاف ما لو قال أمانه. قوله: (و لو أقر الأعجمى بالعرييه ثم قال: لقلت، فإن كان لا يفهم سمعت دعواه وإلا فلا).

ينبغي أن يكون المراد من قوله: (فإن كان لا يفهم) إمكان ذلك في حقه فالأحوال حينئذ ثلاثه: أن يعلم حاله بأنّه يفهم، أو لا يفهم و لا- بحث فيهما، و ان يجوز عليه كل منهما فيقبل قوله إنّه لم يكن عالما بما أقر به يمينه، لأنّ الظاهر من حال العجمى أن لا يعرف العرييه، و كذا العربى لا يعرف العجميه.

قوله: (و لو قال: له عندي دراهم وديعه قبل تفسيره سواء اتصل كلامه أو انفصل، و لو ادعى المالك: إنّما دين فالقول قوله مع اليمين، بخلاف ما لو قال: أمانه).

أمّا قبول تفسيره مع الاتصال فظاهر، لأنّه تفسير لا يرفع مقتضى الإقرار فيقبل. و أمّا مع الانفصال، فلأنّ قوله: عندي، كما يحتمل غير الوديعة يحتمل الوديعة، فيكون التفسير بها تفسير اللفظ ببعض احتمالاته.

فلو ادعى المالك أنّها دين، قال المصنف: (فالقول قوله مع اليمين) أى: قول المالك. و يمكن توجيهه بأنّ الوديعة تقتضى القبض و الأخذ من المالك، فبمقتضى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (1) يجب أن يقدم قول المالك فى أنّها دين، لأنّ الدين لا تتحقق البراءة منه إلاّ بالأداء.

ص: ٣٣٦

و لو قدّمنا قول المقر لوجب أن يقبل قوله فى المسقط كالتلف، و هو خلاف مقتضى الخبر. أو يقال: كونها وديعه يتضمن تقديم قول المقر فى الرد على المالك و فى التلف، و ذلك زائد على أصل كونها عنده، و هو دعوى على الغير، فبمقتضى قوله عليه السلام: «البينه على المدعى» (1) يجب أن لا ينفذ الإقرار فى ذلك، لأنّ نفوذه إنّما هو فى حق المقر دون غيره.

و ربما نزلت العبارة على أن قبول التفسير بالوديعة مشروط بعدم مخالفه المالك، و فى الكل نظر:

أمّا الأول فلائنا لا نسلم أن تقديم قول المقر يقتضى خلاف مقتضى الخبر، لأنّ ذلك إنّما يلزم لو لم تكن يده التى أقر بها لا تقتضى تقديم قوله، أمّا معه فلا و ذلك لأنّ الأصل براءة ذمته، فإذا أقر بما يشغلها وجب الوقوف مع مقتضاه، و المقر به هو الاشتغال بحكم الوديعة فلا يتجاوز الى حكم الدين و غيره.

و أمّا الثانى فلائنا نفوذ التفسير بالوديعة يقتضى عدم شغل ذمته بالبينه على الرد أو التلف عند الاختلاف فيهما، استنادا إلى أصله البراءة، و عدم تحقق شاغل سوى الوديعة المفسر بها، فتقديم قوله ليس لكونه مدعىا ليخالف مقتضى الخبر، بل استنادا إلى أصله البراءة.

و أمّا الثالث فلائنا مع مخالفته لظاهر العبارة المتبادر من قبول التفسير غير صحيح فى نفسه، لإطباقهم على قبول التفسير، سواء صدق عليه المالك أم لا، و لأنّ اعتبار عدم مخالفه المالك يقتضى عدم الفرق بين هذه المسألة و غيرها.

و قد صرح المصنف فى التحرير بخلاف هذا الحكم قال: إذا قال له عندى دراهم ثم فسّر إقراره بأنّها وديعه قبل تفسيره، سواء فسرّه بمتصل أو منفصل، فتثبت

ص: ٣٣٧

و لو قال:له عندى وديعه قد هلكت،أو رددتها اليه لم يقبل منه،أما لو قال:كان له عندى قبل. و لو قال:له على ألف وديعه لم يقبل تفسيره،و تلزمه لو ادعى التلف. فيها أحكام الوديعه من قبول ادعاء التلف و الرد (١)،و بهذا صرح فى التذكرة أيضا (٢)، و شيخنا فى الدروس (٣)،و هو المختار.

و اعلم أن قوله:(بخلاف الأمانة)المراد به أنه لو قال:له عندى دراهم أمانه و ادعى المالك أنها دين قدام قول المقر مع اليمين لا المالك.و الفرق:أن الأمانة لا- تستلزم القبض،لإمكان إيطاره الريح المال الى ملك المقر،أو وضع المالك إياها أو غيره فى منزله،فلا يثبت دخوله فى العهده إلى الأداء،و هذا الفرق ضعيف كما عرفت، و الحكم واحد.

قوله: (و لو قال:له عندى وديعه قد هلكت،أو رددتها اليه لم يقبل منه).

أى:لم تسمع دعواه أصلا و ذلك لمناقضته الإقرار،فإن المردود و التالف ليس عنده و لا هو وديعه.

قوله: (أما لو قال:كان له عندى قبل).

بمعنى أن دعواه تسمع و يجب اليمين،و الفرق بينها و بين التى قبلها ظاهر، فإن «كان»لا- يقتضى البقاء فى زمان الإقرار كما لا يقتضى عدمه،و إن كان البقاء ظاهرا فإذا ادعى عدم البقاء لم تلزم مناقضه الإقرار.

قوله: (و لو قال:له على ألف وديعه لم يقبل تفسيره و يلزمه لو ادعى التلف).

و ذلك لأن الألف

ص: ٣٣٨

١-١) التحرير ١١٨:٢. [١]

٢-٢) التذكرة ١٥١:٢. [٢]

٣-٣) الدروس: ٣١٣.

و لو قال: لك علي ألف و أحضرها و قال: هذه التي أقررت بها و هي وديعه كانت لك عندي فقال المقر له: هذه وديعه و التي أقررت بها غيرها و هي دين عليك احتمال تقديم قول المقر، لإمكان الضمان بالتعدي، و لا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف و تقديم قول المقر له. مضمون عليه و ليس بأمانه، لأن قوله: علي يتضمن اللزوم و الثبوت في الذمه فلا يصدق في دعوى الرد. كما لا تنفعه دعوى التلف، لأن ذلك إنما يكون فيما ثبت كونه أمانه، و لفظه علي تنافي ذلك.

و يشكل بأن كلمه علي لا تقتضي ثبوت الألف في الذمه، لأنه كما يجوز أن يريد بها ذلك يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونه عليه بالتعدي، أو يريد بها لزوم حفظها لذمته و التخليه بينه و بينها. و أيضا فإن علي تقتضي كون المقر به حقا على المقر، و ذلك يحتمل أمورا و وجوها متعددة، و لا صراحه فيه بكونه في الذمه، و الأصل البراءة.

و نقل الشيخ إجماعنا على أنه إذا قال: لفلان علي ألف درهم وديعه يقبل منه ذلك، فعلى هذا القبول أقرب (1) قوله: (و لو قال: لك علي ألف و أحضرها و قال: هذه التي أقررت بها و هي وديعه كانت لك عندي، فقال المقر له: هذه وديعتي و التي أقررت بها غيرها و هي دين عليك احتمال تقديم قول المقر، لإمكان الضمان بالتعدي، و لا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف، و تقديم قول المقر له).

يستفاد من قوله: (و أحضرها و قال: هذه التي أقررت بها.) أن التفسير لم يقع متصلا بالإقرار و لا فرق بينهما، و إن كان بعض العامه يفرق فيقبل مع الاتصال.

ص: ٣٣٩

و الاحتمال الأول- وهو تقديم قول المقر-قول الشيخ رحمه الله محتجا بأصالة البراءة و شغل الذمه يحتاج الى دليل (١).

و الاحتمال الثاني- وهو تقديم قول المقر له-قول ابن إدريس و احتج بما اعترض به الشيخ، و هو أن لفظه عليّ تقتضى الإيجاب فى الذمه بدليل أنه لو قال:

الألف التى على فلان عليّ كان ذلك ضمانا، فإذا أقر كذلك فقد ألزم ذمته مالا و جاء بمال آخر فلم يسقط ما لزم فى الذمه، كما لو أقر بثوب ثم جاء بعبد فإن العبد له و يطالب بالثوب. (٢)

و جوابه ما أجاب به الشيخ، و هو أن لفظه عليّ و إن اقتضت الإيجاب فقد يكون لحق فى الذمه فيجب عليه تسليمه بإقراره، و قد يكون فى يده فيجب رده و تسليمه الى المقر له بإقراره فبأيهما فسرره كان مقبولا، كما لو قال: عليّ ثوب كان له تعيينه من أى نوع شاء من الأنواع التى يحتملها اللفظ.

ألا- ترى أنا أجمعنا على أنه إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم وديعه قبل منه ذلك، و لو كان قوله: لفلان عليّ ألف يقتضى الذمه و جب ألا يقبل تفسيره بالوديعة، لأنه أقر بألف ثم عقبه بما يسقطه، فلما أجمعنا على قبول تفسيره بذلك دلّ على ما ذكرناه.

على أن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض، كما فى قوله تعالى وَ لَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ (٣). أى عندى، و قوله تعالى وَ لَأَصْلَبَنَّكُمْ فِي جُدُوعِ النَّخْلِ (٤) يعنى على، فيجوز أن يكون قوله: عليّ يريد به عندى و إنما جعلنا قوله: الألف التى على فلان

ص: ٣٤٠

١- (١) المبسوط ١٩: ٣.

٢- (٢) السرائر: ٢٨٣.

٣- (٣) الشعراء: ١٤. [١]

٤- (٤) طه: ٧١. [٢]

و كذا لو قال: لك في ذمتي ألف و جاء بها و قال: هي وديعه و هذه بدلها، أما لو قال: في ذمتي ألف و هذه التي أقررت بها كانت وديعه لم يقبل. على ضمانا في الذمه، لأنه قصد به الإلزام للمال الذي عليه، و ذلك لا يثبت إلا في الذمه، فوجد ما يدل على الثبوت في الذمه هنا بخلاف مسألتنا. هذا محصل كلامه، و مختار الشيخ أقوى.

و اعلم أن المصنف طاب ثراه جزم فيما إذا فسر بالوديعة على الاتصال بعدم القبول، مع أن الشيخ رحمه الله نقل الإجماع على القبول و تردد هنا، و ليس بجيد.

قوله: (و كذا لو قال: لك في ذمتي ألف و جاء بها و قال: هي وديعه و هذه بدلها).

أى: يجيء فيه الاحتمالان السابقان، و منشأهما: من أنه فسّر الألف بكونها وديعه و هو بظاهره مناف لكونها في الذمه، و من أنه كمل التفسير بما يقتضى أنه أراد كونها وديعه في الأصل و أنها تلفت و وجب بدلها في الذمه.

و القبول أرجح، لأن غايته إرادته المجاز و هو كون التي في الذمه وديعه باعتبار أن سببها كان كذلك، و المجاز أيضا يصار إليه بالقرينه.

قوله: (أما لو قال: لك في ذمتي ألف و هذه التي أقررت بها كانت وديعه لم يقبل).

لا يخفى أنه إن كان المشار إليه بقوله: و هذه، هو الألف الذي قال أنه في الذمه لم يلزمه سوى ما أقر به إذا لم يقر بشيء آخر، إذ لو سلمنا أن ما في الذمه ينافي التفسير بالوديعة على كل حال فغايه ما يلزم أن يكون قد وصف المقر به بوصف يمتنع ثبوته له.

و إن كان المشار إليه بهذه شيئا غير المذكور، بل هو مقدر بأنه أحضر ألفا و قال: هذه التي أقررت بها إلى آخره فهنا يتجه وجوب ألف أخرى.

و في عدم قبول قوله في أن المقر به هو ما أحضره وجهان كالمسأله السابقه،

و لو قال: له على ألف و دفعها، ثم قال: كانت وديعه و كنت أظنها باقيه فبانت تالفه لم يقبل، لأنه مكذب لإقراره، أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار قبل بالبينه. لكن عدم القبول هنا أولى، لأن ما في الذمه لا يكون وديعه، فإن الوديعة هي العين المستتاب في حفظها، و ما في الذمه ليس عينا.

و ليس ببعيد القبول، لأن قوله: كانت وديعه لا ينافي تجدد ثبوتها في الذمه بتلف قارنه الضمان، و غايه ما يلزم ارتكاب المجاز في حكمه بأن المأتي به كان وديعه، فإن الوديعة حقيقه هو التالف و المأتي به بدله. و لا محذور في المجاز إذا دل عليه دليل، خصوصا إذا كان شائعا في الاستعمال.

قوله: (و لو قال: له على ألف و دفعها، ثم قال: كانت وديعه و كنت أظنها باقيه فبانت تالفه لم يقبل، لأنه مكذب لإقراره).

لأن تفسيره يقتضى أن يكون إقراره لاغيا، حيث أنه لو تم تفسيره لم يكن عليه شيء حال الإقرار به، لكن لا بد أن يكون تلفها منزلا على وجه لا ضمان معه إذ مع الضمان لا تكذيب. و لا يخفى أن قوله: (و دفعها) لا دخل له في الحكم، إذ لا يتفاوت الحال بعدمه.

و في التذكرة لم يأت بهذا القيد بل قال: و لو قال: لك على ألف ثم قال: كانت وديعه و كانت تلفت قبل إقرارى و كنت أظن إنها باقيه لم يقبل منه، لأنه كذب بهذا إقراره (١). و قيد في الدروس تبين تلفها بكونه بغير تفریط (٢).

قوله: (أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار قبل بالبينه).

لعدم المنافاه للإقرار فتكون دعوى مستأنفه، و من هذا يعلم أن قوله سابقا:

ص: ٣٤٢

١ - ١) التذكرة ١٦٨: ٢. [١]

٢ - ٢) الدروس: ٣١٣.

و لو قال: له عندي وديعه دينا أو مضاربه دينا صحّ و لزمه الضمان، لأنه قد يتعدى فيها فيكون دينا، و لو قال: أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل. و لو قال: أو دعني مائه فلم أقبضها، أو أقرضني مائه فلم آخذها قبل مع الاتصال على إشكال. (لم يقبل) يراد به عدم القبول مطلقا و لا مع البينه.

قوله: (و لو قال: له عندي وديعه دينا أو مضاربه دينا صحّ و لزمه الضمان، لأنه قد يتعدى فيها فيكون دينا، و لو قال: أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل).

إنما وحيّد الضمير في قوله: (فيها) لمكان «أو» أن يتعدى في الوديعة أو في المضاربه، و مقتضى العبارة أنه إذا أطلق قوله: له عندي وديعه دينا الى آخره صحّ و نزل قوله على الضمان بالتعدى، لأنه محتمل، و لو فسر قوله بذلك صحّ بطريق أولى.

و إن قال: أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل، لأنّ ذلك شرط فاسد، و لأنها لا تكون دينا بذلك فيفسد التفسير و يجب عليه في ذمته المقر به.

و يلوح من العبارة وجوب ألف أخرى، و قد يستدلّ له بأنّ التفسير يقتضى وجوب ألف وديعه مشروط ضمانها، و قد أقر بألف دينا، و هو بعيد، لأنه قد فسّر الألف التي قال أنها دين بتفسير فاسد، و لاحتمال أن يريد: أنّ صيرورتها دينا لتلفها مع اشتراط ضمانها، و حينئذ فيلغو التفسير، لأنه يقتضى عدم الاستحقاق و هو مناف للإقرار.

قوله: (و لو قال: أو دعني مائه فلم أقبضها، أو أقرضني مائه فلم آخذها قبل مع الاتصال على إشكال).

ينشأ: من استعمال (أو دعني) و (أقرضني) في إيجاب الوديعة و القرض، و لهذا

ز:لو أقر بالبيع و قبض الثمن، ثم أنكروا ادعى الإشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف المشتري، وكذا لو أقر بالاقتراض ثم ادعى الاشهاد في الصك قبل القبض حلف المقرض. يقال: أو دعنى فلم استودع و أقرضنى فلم اقترض، و لو لا ذلك لناقضه. و أقل أحواله أن يكون مجازا و التفسير به مع القرينه صحيح.

و من أن الإيداع و الاقتراض شرعا إنما يكون مع القبض و الأخذ فيكون آخر الكلام رافعا لأوله، و مثله: باع منى فلم أقبل. و موضع الإشكال إنما هو مع الاتصال، أمّا مع الانفصال فلا- يقبل جزما، و فى التذكرة حكم بقبول قوله مع الاتصال، و جعل فى قبوله مع الانفصال اشكالا (١).

و الذى يقتضيه النظر إن باع و أودع و أقرض إن صدق على الإيجاب حقيقه لم يفرق بين الاتصال و الانفصال فى القبول، و إلا لم يقبل مع الانفصال قطعا. و مع الاتصال فالراجح عدم القبول، لأنه يقتضى رفع الإقرار من أصله و الرجوع عنه، و أنا فى ذلك من المتوقفين.

قوله: (و لو أقر بالبيع و قبض الثمن ثم أنكروا ادعى الاشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف المشتري).

وجه القرب جريان العادة بذلك، فلو لم تسمع دعواه لزم الضرر و يحتمل عدم السماع، لأنه تكذيب للإقرار، و يضعف بأن ذلك واقع تعم به البلوى فعدم السماع يقتضى الضرر، و حينئذ فيحلف المشتري على الإقباض أو على عدم المواطاه، و قد سبق نظيره فى الهبه و هو الأصح.

قوله: (و كذا لو أقر بالاقتراض ثم ادعى الإشهاد فى الصك قبل القبض حلف المقرض).

أى: الحكم السابق

ص: ٣٤٤

أما لو شهد الشاهدان بمشاهدته القبض في الموضوعين لم تسمع دعواه، ولا يمين على المدعى.

الفصل الرابع: في الإقرار بالنسب

أشاره

الفصل الرابع: في الإقرار بالنسب: المقر به: إما ولد، أو غيره.

أما الولد فيشترط في الإقرار به: عدم تكذيب الحس، والشرع، والمقر به، وعدم المنازع. فلو أقر بنوه من هو أكبر سناً أو مساو أو أصغر بما لم تجر العادة بتولده عنه، أو بمن بينه وبين أمه مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد إليها، أو بنوه مشهور النسب بغيره، أو بمن كذبه الولد البالغ لم يثبت.

ولو نازعه غيره لم يلحق بأحدهما إلا بالبينه أو القرعه. آت مثله هنا، ودليله ما تقدم.

قوله: (أما لو شهد الشاهدان بمشاهدته القبض في الموضوعين لم تسمع دعواه ولا يمين على المدعى).

لأن ذلك طعن في البينه وإكذاب لها فلا يلتفت إليه.

قوله: (الفصل الرابع: في الإقرار بالنسب: المقر به إما ولد أو غيره).

أما الولد فيشترط في الإقرار به عدم تكذيب الحس والشرع والمقر به، وعدم المنازع. فلو أقر بنوه من هو أكبر منه سناً أو مساو أو أصغر بما لم تجر العادة بتولده عنه، أو بمن بينه وبين أمه مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد إليها، أو بنوه مشهور النسب بغيره، أو بمن كذبه الولد البالغ لم يثبت، ولو نازعه غيره لم يلحق بأحدهما إلا بالبينه أو القرعه).

لا- ريب أنه يشترط في المقر بالنسب أن يكون بالصفات المعتره في مطلق المقرين كما سبق، ويزيد في الإقرار بالنسب قيود أخرى.

و تحقيقه: أن المقر بنسبه إما ولد أو غيره، فإن كان ولداً اعتبر أمور:

الأول: عدم تكذيب الحسى بأن يكون ما يدعيه ممكناً، فلو أقر بنوه من هو أكبر منه سناً أو مساو له أو أصغر بما لم تجر العاده بتولده عنه لم يقبل قطعاً، وكذا لو كان بين المقر وبين أم الولد مسافه لا يمكن الوصول في عمر الولد إليها، أو علم عدم خروج المقر الى بلد قدمته أم الولد، ونحو ذلك.

الثانى: أن لا يكذب الشرع، فلو أقر بنوه مشهور النسب بغيره لم يعتد بإقراره، لأن النسب الثابت شرعاً لا ينقل. ولو صدقه الولد أو من انتسابه اليه معلوم لم يلتفت إليه أيضاً. ولو نفى نسب ولد باللعان فاستلحقه آخر ففي صحه الاستلحاق إشكال ينشأ: من أنه أقر بنسب لا منازع له فيه فيلحق به، ومن أن فيه شبهه للملاعن.

الثالث: أن لا يكذب المقر له، وفي التذكرة: أن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن يكون بالغاً عاقلاً (1) وهو أولى مما هنا، لأن عدم التكذيب غير كاف في البالغ العاقل.

إذا عرفت هذا، فلو أقر بنوه بالغ عاقل لم يثبت ما لم يصدق، سواء كذبه أو سكت، إلا أن يقيم عليه بينه، ومع عدمها يحلف المنكر فتسقط الدعوى، فان نكل حلف المدعى و ثبت النسب. وكذا لو قال شخص لآخر: أنت أبى، فان القول قول المنكر بيمينه.

واعلم أن قول المصنف: (أو بمن كذب الولد البالغ) المراد منه: إنه ادعى بنوه شخص كذبه في ذلك الولد البالغ وهو الشخص المدعى بنوته وهو بالغ، ولكنه لما أقام المظهر وهو الولد مقام المضمرة وهو الضمير في كذبه لو لا الإظهار وهو العائد الى الموصول صار في العبارة فساد، ولو جعل الولد بدلاً من الضمير لصار فيها تعقيد.

ص: ٣٤٦

و هل حكم المرأه فى إقرارها بالولد حكم الرجل؟ نظر. و لا يعتبر تصديق الصغير، و لو أنكر بعد بلوغه لم يلتفت الى إنكاره، لسبق ثبوت نسبه. الرابع: أن لا ينازعه فى الدعوى من يمكن اللحاق به، فإنّ الولد حينئذ لا يلحق بالمقر و لا بالآخر إلاّ بالبينه أو القرعه، و لو كان الولد بالغاً رشيداً اعتبر تصديقه فيثبت نسب من صدقه، و لا اعتبار بتصديق الام و لا بتكذيبها على الظاهر.

فرع: لو ثبت النسب بالإقرار و التصديق مثلاً، ثم تصادقا على رفعه لم يرتفع بعد الثبوت.

قوله: (و هل حكم المرأه فى إقرارها بالولد حكم الرجل؟ نظر).

ينشأ: من أنه إقرار بالولد فيدخل تحت عموم: الدليل الدال على نفوذ الإقرار به، و من أن ثبوت نسب غير معلوم الثبوت على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على إقرار الرجل بالولد الصغير للإجماع، و يبقى ما عداه على الأصل فيتوقف على البينه أو التصديق.

قوله: (و لا يعتبر تصديق الصغير).

أى: ليس بشرط فى نفوذ الإقرار، فلا يتوقف على بلوغه و تصديقه، و كذا لا يعتبر تصديقه و تكذيبه، حاله الصغر، فعلى هذا متى استلحق صغيراً ثبت أحكام النسب كلها تبعاً لثبوته.

قوله: (و لو أنكر بعد بلوغه لم يلتفت الى إنكاره لسبق ثبوت نسبه).

كما لو ثبت بالبينه، و لأنّ النسب مبنى على التغليب فلا يتأثر بالإنكار بعد الحكم بثبوته، و هو مقرب التذكرة (١).

و للشافعية قول أنه يندفع النسب بالإنكار لأننا إنما حكمنا به حيث لم يكن

ص: ٣٤٧

و لو مات الصغير ورثه الأب. و لو اعترف بنوه ميت مجهول ثبت نسبه و ورثه و إن كان كبيرا ذا مال مع عدم وارث غيره، إنكاراً، فإذا تحقق لم يثبت (١)، و ليس بشيء. و لو أراد المقر به تحليف المقر لم يمكن من ذلك، و مثله ما لو استلحق مجنوناً فلماً أفاق أنكر.

قوله: (و لو مات الصغير ورثه الأب).

لثبوت النسب المقتضى للإرث، و كذا العكس.

قوله: (و لو اعترف بنوه ميت مجهول ثبت نسبه و ورثه، و إن كان كبيرا ذا مال مع عدم وارث غيره).

إن كان الميت الذى ادعت بنوته صغيراً و كان مجهول النسب لحق بالمدعى و ثبت نسبه، لأن تصديقه غير معتبر و تكذيبه غير مؤثر، سواء كان ذا مال أم لا.

و لا ينظر إلى التهمة بطلب المال، لأن أمر النسب مبنى على التغليب، و لهذا يثبت بمجرد الإمكان بالنسبه إلى الولد، حتى أنه لو قتله ثم ادعى بنوته قبل استلحاقه حكم بسقوط القصاص. و منع من ذلك أبو حنيفة للتهمه بوجود المال (٢)، و هو غلط، و لهذا لا يمتنع نفوذ الإقرار بيسار الصبى و فقر المقر فى حال الحياه.

و إن كان كبيرا ففى ثبوت النسب إشكال ينشأ: من أن شرط لحوق البالغ تصديقه، و هو منتف هنا، و لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك أن يكون لخوف إنكاره. و من أن التصديق ممتنع من الميت فجرى مجرى الصبى و المجنون فى كون لحاق نسبه غير مشروط بالتصديق.

و قد يمنع اشتراط التصديق فى لحوق البالغ العاقل مطلقاً، و يجرى الوجهان

ص: ٣٤٨

١-١) مغنى المحتاج ٢:٢٦٠.

٢-٢) بدائع الصنائع ٧:٢٢٨، المغنى لابن قدامه ٥:٣٣٤.

و كذا المجنون لا- يعتبر تصديقه. و الأقرب اشتراط التصديق فى الكبير العاقل. فيما إذا استلحق مجنوناً تجدد جنونه بعد بلوغه كاملاً، سواء استلحقه حياً أو ميتاً.

و الذى يقتضيه الدليل عدم الثبوت فى الموضوعين، لأنّ ثبوت نسب الغير بمجرد قول غيره على خلاف الأصل، و لا- نصّ و لا إجماع على ذلك فيتمسك بالأصل إلى أن يثبت الناقل.

و تردد المصنف فى التذكرة (١)، و أفتى هنا و فى التحرير بالثبوت (٢)، و كذا شيخنا الشهيد فى الدروس (٣)، و المحقق نجم الدين بن سعيد (٤)، و الشيخ فى المبسوط مدعياً أن لا خلاف فيه (٥) فعلى هذا المفتى به ما عليه الأصحاب.

قوله: (و كذا المجنون لا يعتبر تصديقه).

عطف على ما سبق من قوله: (و لا يعتبر تصديق الصغير)، و الحاصل أنّ المجنون لا يعتبر تصديقه كما لا يعتبر تصديق الصغير إذ لا اعتداد بعبارته، و لا خلاف فى ذلك، و إنكاره بعد الإفاقة كإنكار الصبى بعد البلوغ.

قوله: (و الأقرب اشتراط التصديق فى الكبير العاقل).

وجه القرب أنّ الإقرار بالنسب يتضمن الإقرار فى حق الغير، لأنه أمر إضافى فيتوقف على تصديقه أو بينه، و سقوط ذلك فى الصبى و المجنون-بالإجماع- لتعذر التصديق منهما لا يوجب السقوط هنا اقتصاراً فى مخالفه الأصل على موضع

ص: ٣٤٩

١- (١) التذكرة ١٧٠: ٢. [١]

٢- (٢) التحرير ١٢٠: ٢.

٣- (٣) الدروس: ٣٢٣.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢٥١: ٢.

٥- (٥) المبسوط ٤١: ٣.

و ليس الإقرار بالولد إقرار بزوجه امه و إن كانت مشهوره بالحرية. و لو أقر بينوه ولد أمته لحق به و كان حرا إن لم يكن لها زوج و لو أقر بينوه ولد إحدى أمتيه و عينه لحق به و كان الآخر رقا، و كذا لو كانا من أم واحده الوفاق، و هو مختار الشيخ فى المبسوط (١)، و ابن إدريس (٢)، و ابن الجنيدي (٣).

و يحتمل العدم، لأن ذلك إقرار فى حق نفسه، و إلا لم ينفذ مع الصغر و هو قول الشيخ فى النهايه (٤)، و ضعفه ظاهر. و الأصح الأول.

قوله: (و ليس الإقرار بالولد إقرار بزوجه امه و إن كانت مشهوره بالحرية).

و ذلك لأن الزوجيه و النسب أمران متغايران غير متلازمين، فلا يدل أحدهما على الآخر بشىء من الدلالات الثلاث. و قال أبو حنيفه: إن كانت الأم مشهوره بالحرية كان الإقرار بالولد إقرارا بزوجيتها، و إن لم تكن مشهوره فلا (٥).

و اعلم أنه سيأتى فى آخر باب الصداق إن شاء الله تعالى حكم تعلق المهر بالمقر بينوه الولد لأمه نفيا و إثباتا، و قد اختار المصنف هناك وجوبه.

قوله: (و لو أقر بينوه ولد أمته لحق به و كان حرا إن لم يكن لها زوج).

لا يخفى أن إلحاقه به مشروط بإمكان كونه منه و حينئذ فيكون حرا، و هل

ص: ٣٥٠

١- ١) المبسوط ٣: ٣٨.

٢- ٢) السرائر: ٤١٤.

٣- ٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٤١.

٤- ٤) النهايه: ٦٨٤.

٥- ٥) المغنى لابن قدامه ٥: ٣٣٥.

فإن ادعت الأخرى أن ولدها هو المقر به قدم قوله مع اليمين، تكون الجارية أم ولد بمجرد ذلك؟ قال المصنف في التذكرة: فيه إشكال ينشأ: من أن استيلادها قد يكون قبل الملك بنكاح أو شبهه أو تحليل. و من أن استناد الاستيلاء الى وقوعه في الملك هو الظاهر، لأنه موجود و الأصل عدم غيره (١)، و في الأول قوه.

و موضع الاشكال ما إذا جهل تأخر العلوق به عن الملك و تقدمه، و ما إذا لم تكن الأمه فراشا للسيد، فان علم أحد الأمرين اجرى عليه حكمه، و إن كانت فراشا فالولد لا يحق بحكم الفراش لا بالإقرار فيثبت الاستيلاء حينئذ. و هذا كله إذا لم تكن الأمه مزوجه، فإن الولد مع التزويج للزوج، لأنه تابع للفراش.

فرع: لو قال: ولدته في ملكي لم يكن ذلك إقرارا بالاستيلاء لإمكان أن يكون العلوق في غير الملك.

فرع: (و لو أقر ببنوه ولد إحدى أمته و عينه لحق به و كان الآخر رقا، و كذا لو كانا من أم واحد).

و ذلك لأن المرجع في التعيين اليه، و لا يخفى أن ذلك إنما هو مع عدم تزويجهما أو تزويج إحداهما كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: (فان ادعت الأخرى أن ولدها هو المقر به قدم قوله مع اليمين).

لأن الأصل معه و هو ينفي ما تدعيه، و كذا لو بلغ الولد و ادعى فان نكل السيد حلف المدعى و قضى بيمينه، كذا قال في التذكرة (٢) و مقتضاه أن الجارية تحلف.

و يشكل بأنها تثبت حقا لغيرها، و هو حريه الولد. نعم لو تضمنت الدعوى الاستيلاء اتجه ذلك فينبغي تأمله.

ص: ٣٥١

١- (١) التذكرة ١٧١: ٢. [١]

٢- (٢) التذكرة ١٧١: ٢. [٢]

و لو لم يعين و مات فالأقرب القرعه. و هل يقبل تعيين الوارث؟ إشكال. و لو عيّن و اشتبه و مات أو لم يعيّن استخرج بالقرعه و كان الآخر رقا، قوله: (و لو لم يعيّن و مات فالأقرب القرعه).

وجه القرب: أنّها تجرى فى كل أمر مشكل بالنص عن الأئمة عليهم السلام (1)، و قال الشيخ: يقوم الوارث مقامه فى التعيين، فإنّ امتنع منه و قال لا أعلم أقرع، فإذا أخرجت القرعه واحدا و كان السيد قد ذكر ما يقتضى أمّيه أم الولد صارت أم ولد بذلك من غير احتياج إلى قرعه أخرى (2).

قوله: (و هل يقبل تعيين الوارث؟ إشكال).

ينشأ: من أنّه إقرار فى حق الغير و لا- دليل على قوله، و لأنّ التعيين إنّما يعتد به إذا كان من جميع الورثه و المقر به منهم، فلو اعتبر تعيينه لزم الدور. و من أنّه قائم مقام المورث.

و يشكل بأنّه إن أخبر عن تعيين المورث كان شاهدا فاعتبرت أحكام الشهاده، و كذا لو أخبر بذلك عن علم سابق له بالحال، و إن كان ينشأ التعيين من غير علم سابق له بحقيقه الحال كان اقدا ما على القول بمجرد التشهّي.

و الظاهر أنّ المراد إنّّه إذا كان عالما بالحال فتعين اكتفى بتعيينه كالمورث لقيامه مقامه. و يضعّف بأنّ ذلك قول فى حق الغير، فيتوقف قبوله شرعا على دليل شرعى و لم يثبت قيامه مقام المورث هنا، و الأقوى عدم القبول.

قوله: (و لو عيّن و اشتبه، أو مات، أو لم يعيّن استخرج بالقرعه و كان الآخر رقا).

لأنّ القرعه

ص: ٣٥٢

١- ١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٥٢ حديث ١٧٤، التهذيب ٦: ٢٤٠ حديث ٥٩٣.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٤٦. [١]

و يثبت الاستيلاء لام من أخرجته القرعه. و لو كان لهما زوجان بطل إقراره، و لو كان لأحدهما زوج انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى. لكل أمر مشكل.

قوله: (و يثبت الاستيلاء لام من أخرجته القرعه).

قد سبق أنه إذا أقر ببنوه ولد أمته ففي صيروره امه أم ولد بمجرد ذلك إشكال، فيكون في ثبوته هنا بالقرعه إشكال. و إطلاق المصنف ثبوت الاستيلاء هنا يقتضى الاكتفاء في ثبوته بمجرد القرعه، و الذى ذكره في آخر المبحث في التذكرة أنه إن لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت، فإن وجد كفت القرعه لإخراج الولد و لم يحتج إلى قرعه أخرى (١).

قوله: (و لو كان لهما زوجان بطل إقراره).

لأن الولد لاحق بالزوج لأنه للفراش، قال في التذكرة: و إن كانتا فراشا للسيد بأن كان قد أقر بوطئهما لحقه الولدان بحكم الفراش (٢)، و مراده بذلك ما إذا لم يكن لهما زوج كما لا يخفى.

قوله: (و لو كان لإحدهما زوج انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى).

لأن ولد المزوجه لاحق بالزوج، لأن الولد للفراش، و في التذكرة: إنه مع تزويج إحدهما لا يتعين إقراره في ولد الأخرى بل يطالب بالتعيين، فإن عيّن في ولد المزوجه لم يقبل، و إن عيّن في ولد الأخرى قبل و يثبت نسبه (٣)، و هو مخالف لما هنا.

ص: ٣٥٣

١-١) التذكرة ١٧٢: ٢. [١]

٢-٢) التذكرة ١٧١: ٢. [٢]

٣-٣) التذكرة ١٧١: ٢. [٣]

و أما غير الولد فيشترط التصديق أو البيه و إن كان ولد ولد، و يشكل بأن عدم تعيينه في ولد الأخرى يقتضى قبول رجوعه عن الإقرار، فإنه إذا عين في ولد المزوجه فإن أبطنا الإقرار لزم ما ذكرناه، و إن عين في الأخرى كانت مطالبته بالتعيين بغير فائده.

فرع: لو كانت إحدى الأمتين فراشا دون الأخرى لم يتعين الإقرار في ولد من هي فراش، بل يطالب بالتعيين لإمكان أن يعين في ولد الأخرى فيلحقه بالإقرار، و ولد الأخرى لاحق بالفراش.

قوله: (و أما غير الولد فيشترط التصديق أو البيه و إن كان ولد ولد).

ما سبق من المسائل فالإقرار بالنسب فيها على نفسه، لأنه يلحق النسب فيها بنفسه و هذه يلحق النسب فيها بغيره، فإذا قال: هذا أخى كان معناه: إنه ابن أبى أو ابن أُمى.

و لو أقر بعمومه غيره كان النسب ملحقا بالجد فكأنه قال: ابن جدى، و يثبت النسب بهذا الإلحاق بالشرائط السابقة و شروط أخرى زائده عليها:

الأول: تصديق المقر به، أو البيه على الدعوى و إن كان ولد ولد، لأن إلحاقه بالولد قياس مع وجود الفرق، فإنه إلحاق النسب بالغير و هو الولد.

الثانى: أن يكون الملحق به ميتا، فما داما حيا لم يكن لغيره إلحاقه به و إن كان مجنونا.

الثالث: أن لا يكون الملحق به قد نفى المقر به، فإن نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته فأشكال ينشأ: من أنه لو استلحقه المورث بعد ما نفاه باللعان و غيره لحق به و إن لم يرثه، و من سبق الحكم ببطلان هذا النسب، ففي إلحاقه به بعد الموت إلحاق عار بنسبه، و شرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ المورث لا ما يتضرر به، كذا ذكر في التذكرة

فإذا أقر بوالد أو أخ أو غيرهما ولا وارث له و صدّقه المقر به توارثا بينهما، ولا يتعدى التوارث الى غيرهما. و لو كان له ورثه مشهورون لم يقبل إقراره فى النسب و إن تصادقا، ثم قوى الأول (١).

الرابع: صدور الإقرار من الورثة الحائزين، فلو أقر الأجنبي لم يثبت به النسب و لو مات مسلم عن ابن كافر أو قاتل أو رقيق لم يقبل إقراره عليه بالنسب، كما لا يقبل إقراره عليه بالمال.

قوله: (فإذا أقر بوالد أو أخ أو غيرهما ولا وارث له، و صدّقه المقر به توارثا فيما بينهما، ولا يتعدى التوارث الى غيرهما).

كل موضع لا يثبت النسب فيه إلا بالإقرار مع التصديق من المقر به لا يتعدى التوارث من المتصادقين الى وارثهما إلا مع التصديق أيضا، لأن حكم النسب هنا إنما يثبت بالإقرار و التصديق، فيقتصر فيه على المتصادقين، سواء فى ذلك الإقرار بالوالد و بالأخ و غيرهما.

و مقتضى ذلك أن يكون الإقرار ببنوه البالغ لا يتعدى حكمها المقر و المقر به بناء على اعتبار التصديق، فعلى هذا يكون الإقرار بالولد متفاوتا بالنسبه إلى الكبير و الصغير بناء على اشتراط التصديق فى الكبير.

و فى المبسوط يتعدى التوارث إلى أولاد المتصادقين لا غيرهم من ذوى النسب إلا بالتصادق بينهم على ذلك (٢)، و الفرق غير ظاهر.

قوله: (و لو كان له ورثه مشهورون لم يقبل إقراره فى النسب و إن تصادقا).

أى: و لو كان للمقر

ص: ٣٥٥

١- ١) التذكرة ١٧٢: ٢. [١]

٢- ٢) المبسوط ٣٩: ٣. [٢]

و إذا أقر أحد الولدين خاصة و لا وارث غيرهما بثالث لم يثبت نسبه في حق المنكر و لا المقر، لعدم تبعض النسب، بل يشارك بالنسبه إلى حصه المقر فيأخذ ثلث ما في يده، و هو فضل ما في يد المقر عن ميراثه. بالنسب ورثه مشهورون لم يقبل إقراره في النسب و إن تصادق المقر و المقر به، لأنّ ذلك يقتضى منعهم من الإرث، أو مشاركتهم، أو مشاركته من يمت بهم بمجرد الإقرار، و ذلك باطل، لأنّه إقرار في حق الغير.

قوله: (و إذا أقر أحد الولدين خاصة- و لا وارث غيرهما- بثالث لم يثبت نسبه في حق المنكر و لا المقر، لعدم تبعض النسب بل يشارك بالنسبه إلى حصه المقر، فيأخذ ثلث ما في يده و هو فضل ما في يده المقر عن ميراثه).

إنّما لم يثبت النسب في حق المنكر لأنّ تصديقه معتبر، و قول المنكر مع عدم البينه مقدّم. و لما كان النسب أمرا إضافيا إن ثبت و جب، و إن لم يثبت في حق الجميع امتنع ثبوته في حق المقر خاصة.

نعم ينفذ الإقرار في المال فيدفع المقر الى المقر به فضل ما بيده عن ميراثه و هو سدس الأصل، لأنّهم إذا كانوا ثلاثة كان لكل واحد ثلث و بيد المقر نصف و الورثه اثنان، فيكون فضل ما بيده ما ذكرناه. و مقتضى ما سبق في البيع من أنّ الإقرار ينزل على الإشاعه أن يدفع إليه نصف ما بيده، لأنّ الحاصل لهما و التالف بينهما، و سيأتي هذا احتمالا في كلام المصنف في الفرع السابع إن شاء الله تعالى، و نذكر فيه ما يسنح بتوفيق الله و مشيئته.

و لو أقر أحد الولدين بأب فكما لو أقر بأخ، و لو كان أحد الولدين صغيرا فأقر البالغ انتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ و وافق ثبت النسب. و إن مات قبل البلوغ، فإن لم يكن الميت قد خلف سوى المقر ثبت النسب و لم يحتج الى تجديد الإقرار، و إن خلف ورثه سواه اعتبر موافقتهم، و لو كان أحدهما مجنونا فهو كما لو كان صغيرا.

و لو كان الإقرار ببنت لزمه دفع خمس ما فى يده. و لو أقرأ معا ثبت للمقر له كمال حصته. و لو أقرأ اثنان من الورثة بنسب للميت و كانا عدلين ثبت النسب و الميراث و إلا أخذ من حصتهما بالنسبه، و لو شهد الأخوان بابن للميت و كانا عدلين ثبت نسبه و حاز الميراث و لا دور، قوله: (و لو كان الإقرار ببنت لزمه دفع خمس ما فى يده).

لأنه لو ثبت نسبها لكان لها مع الابنين خمس الأصل و بيده زياده عن نصيبه بمقتضى إقراره و نصف ذلك و هو خمس النصف، و على الاحتمال يدفع ثلث ما فى يده.

قوله: (و لو أقرأ معا ثبت للمقر به كمال حصته).

أى: لو أقرأ الابنان، و وجهه انحصار الإرث فيهما، و هو ظاهر.

قوله: (و لو أقرأ اثنان من الورثة بنسب للميت و كانا عدلين ثبت النسب و الميراث و إلا أخذ من حصتهما بالنسبه).

أما إذا كانا عدلين فلأن النسب يثبت بشهادة العدلين، و لا أثر لاعتبار الإرث.

و أما مع عدم العدالة فلأن النسب لا يتبعض فينفذ إقرار المقرين فى استحقاقهما من الإرث، فينظر كم قدر استحقاق المقر به من مجموع التركة لو ثبت نسبه؟ و كم نسبه الى المجموع، فيؤخذ من حصتهما بتلك النسبه، فيدفعان إليه ما فضل عن نصيبهما، و على الاحتمال الآخر تكون حصتهما بينهما و بينه موزعه على قدر الاستحقاق.

قوله: (و لو شهد الأخوان بابن للميت و كانا عدلين ثبت نسبه و جاز الميراث و لا دور).

أشار بذلك الى الرد على كلام الشيخ رحمه الله فى المبسوط فإنه قال: يثبت

و لو كانا فاسقين أخذ الميراث و لم يثبت النسب. و إنما يثبت النسب بشهادة رجلين عدلين، لا بشهادة رجل و امرأتين، و لا رجل و يمين، و لا بشهادة فاسقين و إن كانا وارثين. نسبه و لا يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخوين و خرجا عن الإرث، فيلزم من صحة الإرث بطلانه، و من بطلانه صحته، ثم قال: و لو قلنا يثبت الميراث أيضا كان قويا، لأنه يكون قد يثبت بشهادتهما فيتبعه الميراث لا بالإقرار (١)، فحاصل كلامه أن الدور يلزم من اعتبار إقرارهما لا من اعتبار كونهما شاهدين.

و لا يخفى أنهما لو كانا غير وارثين لاعتبرت شهادتهما مع العدالة، فلا ينظر الى كونهما وارثين و عدمه، على أنه لو اعتبر الإرث لكفى كونهما وارثين ظاهرا حين الإقرار.

قوله: (و لو كانا فاسقين أخذ الميراث و لم يثبت النسب).

أمّا أخذ الميراث فلا يُنَّ إقرارهما نافذ فيه و لا يتوقف على ثبوت النسب، و أمّا النسب فلا يُنَّه لا يثبت بقول الفاسق و إنما يؤثر تصادق مجهولي النسب بالنسبه إليهما، أمّا من كان له ورثه مشهورون فلا.

قوله: (و إنما يثبت النسب بشهادة رجلين عدلين، لا بشهادة رجل و امرأتين، و لا رجل و يمين، و لا بشهادة فاسقين و إن كانا وارثين).

اعتبر الشيخ في المبسوط لثبوت النسب إقرار رجلين عدلين أو امرأتين من الورثة (٢)، مع أنه قال في آخر هذا الباب: إنه لا يسمع شاهد و امرأتان و لا شاهد و يمين (٣)، و المختار هو المشهور.

ص: ٣٥٨

١-١) المبسوط ٣:٣٩. [١]

٢-٢) المبسوط ٣:٣٩. [٢]

٣-٣) المبسوط ٣:٤٧. [٣]

أ: لو أقر الولد بآخر فأقرا بثالث ثبت نسب الثالث مع عدالتهما

أ: لو أقر الولد بآخر فأقرا بثالث ثبت نسب الثالث مع عدالتهما، فلو أنكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني و يأخذ السدس، و الثالث النصف، و الأول الثلث، فإن مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس الى الثاني أيضا. و لو كان الأولان معلومى النسب لم يلتفت الى إنكاره لأحدهما، و كانت التركة أثلاثا.

و هنا سؤال، و هو: إنهم ذكروا فى باب الشهادات أن النسب يثبت بالشياع، و ذكروا هنا أنه لا بد من شاهدين ذكرين عدلين، فلا بد من تنقيح المبحث، و قد يقال:

إن اشتراط العدلين مع المنازع و الاكتفاء بالشياع مع عدمه.

قوله: (لو أقر الولد بآخر، فأقرا بثالث ثبت نسب الثالث مع عدالتهما، فلو أنكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني، و يأخذ السدس و الثالث النصف و الأول الثلث).

لما ثبت نسب الثالث بشهاده عدلين كان إنكاره لنسب الثاني مؤثرا، ف يأخذ الثالث النصف، لأنه الوارث مع الأول بزعمه، و يأخذ الأول الثلث لانه بزعمه ثلاثه، و يدفع ما زاد على نصيبه و هو سدس الأصل الى الثاني بمقتضى إقراره، و على الاحتمال يستويان فيما فى يده.

قوله: (فإن مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس الى الثاني أيضا).

المراد كون الابن مقرا بكون الثاني ابنا أيضا كإقرار الولد الأول، فنفذ إقراره فى السدس مع انحصار الإرث فيه.

و لو أنكر الأول و كان معلوم النسب لم يلتفت الى إنكاره، و إلا فله النصف و للأول السدس ان صدّقه الثاني.

ب: لو أقر الوارث بمن هو أولى منه كان المال للمقر له

ب: لو أقر الوارث بمن هو أولى منه كان المال للمقر له، فلو أقر العم بأخ سلّم إليه التركة، فإن أقر الأخ بولد سلّم التركة إلى الولد.

و لو كان المقر العم بعد إقراره بالأخ فإن صدّقه الأخ فالتركة للولد، و إن كذّبه فالتركة للأخ، و يغرم العم التركة للولد إن نفى وارثا غيره، و إلا- فإشكال. قوله: (و لو أنكر الأول و كان معلوم النسب لم يلتفت الى إنكاره، و إلا فله النصف، و للأول السدس إن صدّقه الثاني).

أى: لو أنكر الثالث الأول، و لا- ريب أنّه إذا كان معلوم النسب لا- يلتفت الى إنكاره، و بدون ذلك يكون للثالث النصف، لأنّ الوارث بزعمه هو و الثاني، فإن صدّق الثاني الأول دفع إليه مما فى يده السدس- أى: سدس الأصل- لأنّه فاضل عن حقه كما ذكرناه غير مره، و على الاحتمال يشتركان فيما فى يده.

قوله: (لو أقر الوارث بمن هو أولى منه كان المال للمقر له، فلو أقر العم بأخ سلّم إليه التركة، فإن أقر الأخ بولد سلّم التركة إلى الولد، و لو كان المقر العم بعد إقراره بالأخ فإن صدّقه الأخ فالتركة للولد، و إن كذّبه فالتركة للأخ و يغرم العم التركة للولد إن نفى وارثا غيره، و إلا فإشكال).

لا- ريب أنّه إذا أقر الوارث بمن هو أولى منه بالإرث ينفذ إقراره بالنسبه إلى المال، لأنّه إقرار فى حق نفسه، فلو أقر عم الميت الوارث ظاهرا بأخ سلّم إليه التركة، فإن أقر الأخ بولد نفذ إقراره.

و لو كان المقر بالولد العم بعد إقراره بالأخ، فإن صدّقه الأخ فلا بحث، و إن

كذبته فالتركة للأخ، لأنه استحقها بالإقرار فلا يلتفت الى رجوع المقر. و هل يغرم العم للولد، لأنه فوّت عليه التركة التي هي حقه بإقرار العم لإقراره بالأخ أو لا-؟ ينظر إن كان حين أقر بالأخ نفى وارثا غيره غرم لا محاله، لأنّ ذلك يقتضى أن تكون التركة للأخ فيكون هو المفوّت لها، وإلا- فالإشكال ينشأ: من أنّه بإقراره بالأخ أولا من دون ثبت نسب الولد هو المفوّت للتركة، و من عدم المنافاه بين الإقرارين، لإمكان اجتماعهما على الصدق، فلم يصدر منه مناف للإقرار بالولد.

و فيه نظر، إذ لا يلزم من عدم المنافاه عدم الغرم، و المقتضى للغرم هو إقراره بالأخ أولا المقتضى لاستحقاقه جميع التركة، فإقراره به على هذا الوجه بمنزله ما لو نفى وارثا غيره، لأنهما بمنزله واحده فى وجوب دفع التركة إلى الأخ بمقتضى الإقرار فيغرم، و هو مختار الشيخ فى النهاية (١).

و التحقيق فى المسألتين معا، أعنى ما إذا تعرض الى نفى وارث غير الأخ و عدمه أن يبنى ذلك على أنّه هل يؤمر المقر بدفع التركة إلى المقر به بمجرد الإقرار، أم يجب البحث على الحاكم ليعلم انحصار الإرث فى المقر به إذا رفع الأمر إليه؟ فيه وجهان تقدما فى أحكام المقر له، أصحهما وجوب البحث، فعلى الأصح إن دفع العم بغير إذن الحاكم ضمن البتة لأنه المباشر للإتلاف و إن دفع بإذنه، أو كان الدافع هو الحاكم، فإن كان بعد البحث و الاجتهاد فلا ضمان على أحدهما، وإلا فهو من خطأ الحكام. و لا فرق فى ذلك كلّ بين أن ينفى وارثا غيره أو لا، إذ لا عبره بذلك فى وجوب الدفع و عدمه.

و على الوجه الآخر إن استقل العم بدفع التركة إلى الأخ وجب القطع بضمانه، لأنه المباشر للإتلاف، و إن كان بأمر الحاكم استنادا إلى إقراره، فإن نفى وارثا

ص: ٣٦١

ج: لو أقر الأخ بولد للميت فالمال للولد، فإن أقر بآخر فإن صدقه الأول فالتركة بينهما، وإن كذبه فالتركة للأول و يغرم النصف للثاني، وإن أنكر الثاني الأول فإن أقر بثالث فإن صدقه الأول فله النصف، وإن كذبه غيره ضمن أيضا، وإلا فالوجهان، والأصح تفريعا على القول بالضمان أيضا، وقد أوما شيخنا الشهيد الى هذا في بعض حواشيه.

و مما قرناه يعلم أن إطلاق المصنف الحكم هنا بالغرم مع نفي غيره و الاشكال بدونه مع أنه إختار في السابق وجوب البحث مع إقرار المقر بعدم وارث سوى المقر به غير مستقيم.

قوله: (لو أقر الأخ بولد للميت فالمال للولد، فإن أقر بآخر فإن صدقه الأول فالتركة بينهما، وإن كذبه فالتركة للأول و يغرم النصف للثاني و إن أنكر الثاني الأول).

أى: يغرم الأخ نصف التركة للثاني، لإقراره بالأول أولا المقتضى للتفويت و ينبغى على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة اعتبار نفي وارث آخر و عدمه، و على ما حققناه ينظر هل الدافع للتركة هو الأخ استقلالا أم بأمر الحاكم الى آخر التحقيق، و منه تعلم الفتوى.

و عطف قوله: (و إن أنكر الثاني الأول) بأن الوصليه للتبنيه على أن الأخ لا يغرم للثاني سوى النصف و إن زعم أنه لا شريك له فى الإرث لسبق إقرار الأخ بالأول، و بقاءه على ذلك المقتضى لاستحقاقه الإرث فيقتضى إقراره الثانى مع الأول استحقاق الثانى نصف التركة، نعم لو رجع عن إقراره الأول و أقر بانحصار التركة فى الثانى غرم الجميع فى موضع يتوجه الغرم.

قوله: (فإن أقر بثالث فإن صدقه الأول فله النصف، و إن كذبه غرم

غرم المقر الثلث. و لو أقر بولد ثم بآخر فصدّقه الأول، و أنكر الثاني الأول فالتركة للثاني و لا غرم.

د:لو أقرت الزوجه مع الإخوه بولد، فإن صدّقتها الإخوه فالمال للولد

د:لو أقرت الزوجه مع الإخوه بولد، فإن صدّقتها الإخوه فالمال للولد، و كذا كل وارث ظاهر أقر بأولى.

و لو أقر بمساو دفع بنسبه نصيبه.

المقر الثلث).

أمّا إذا صدّقه فلأنّ الوارث بزعم الأول اثنان فيستحق باعتراف الحائز للتركة نصفها فيدفعه اليه، و يغزّم النصف للثاني من المقر بحاله إن كذب الإقرار بالثالث، و إن صدّق فالثلث خاصه.

و إن كذّبه الأول غزّم الثلث، لأنّه قوّت عليه بإقراره ثلث التركة، و لا عبره بتصديق الثالث بالأولتين و عدمه كما سبق، و لا يخفى أنّ إطلاق الغرم يرجع فى تنقيحه الى ما سبق.

قوله: (و لو أقر بولد ثم بآخر فصدّقه الأول و أنكر الثاني الأول فالتركة للثاني و لا غرم).

أمّا إن التركة للثاني فلأنّ نسبه ثبت بقولهما دون الأول، و إنّما يستقيم هذا إذا كانا عدلين، و إلاّ كان له النصف خاصه إذا لم يعترف له إلاّ به، و النسب لم يثبت كما نبّه عليه شيخنا الشهيد فى حواشيه و نبّه عليه قول المصنف فى المسأله الاولى من هذا الفرع: (و يغرم النصف للثاني و إن أنكر الثاني الأول) و أمّا انه لا غرم فلاّنه لم يقع من الأخ تفويت حق أوفر به لأحدهما.

قوله: (لو أقرت الزوجه مع الإخوه بولد فان صدّقتها الإخوه فالمال للولد، و كذا كل وارث ظاهر أقر بأولى، و لو أقر بمساو دفع بنسبه نصيبه،

و لو كذبها الاخوه فلهم ثلاثه الأرباع، و للولد الثمن، و للزوجه الثمن.

ه: لو أقر الأخ بولدين دفعه فصدقه كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب

ه: لو أقر الأخ بولدين دفعه فصدقه كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب، و ثبت الميراث فيأخذ كل واحد النصف، و لو تناكرا بينهما لم يلتفت الى تناكرهما. و لو كذبها الاخوه فلهم ثلاثه الأرباع، و للولد الثمن، و للزوجه الثمن).

لا- يخفى أنّ المراد بقوله: (فإن صدقها الاخوه فالمال للولد) أنّ للولد ما زاد على الثمن سهم الزوجه، و ما ذكره المصنف من الضابط حق، و اعتبر كون الوارث وارثا ظاهرا، إذ لو لم يكن كذلك لم ينفذ إقراره، لأنّه إقرار على الغير، و لا يخفى أنّ كونه وارثا فى الواقع مناف لصحة إقراره فيمتنع اعتباره.

و متى أقر الوارث ظاهرا بمساو دفع اليه ممّا فى يده بنسبه نصيب المقر به من التركة، فلو كان المقر أحد الابنين دفع ثلث ما فى يده، و على الاحتمال نصفه و لو قال: دفع ممّا بيده ما زاد على نصيبه مع المقر به لكان أوفق للمختار. و إنّما تدفع الزوجه مع تكذيب الاخوه الثمن، لأنّه الفاضل عن نصيبها بيدها و على الاحتمال سبعة أثمانه.

قوله: (لو أقر الأخ بولدين دفعه فصدقه كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب و يثبت الميراث فيأخذ كل واحد النصف، و لو تناكرا بينهما لم يلتفت الى تناكرهما).

لما كان الإقرار بهما دفعه لم يلزم اختصاص أحدهما بالتركة.

و إنّما لم يلتفت الى تناكرهما، لأنّ مقتضى الإقرار استحقاقهما الإرث معا، و هو المعتبر لصدوره حين كان وارثا ظاهرا. و لو أقر أحدهما بصاحبه دون العكس لم يختلف الحكم، صرح به فى التحرير (1)، و ينبغى أن يقيّد بما إذا لم يكن المقر و الأخ عدلين و إلا كانت التركة للآخر و لا غرم.

ص: ٣٦٤

و لو أقر أحد الأخوين بولد و كذّبه الآخر أخذ الولد نصيب المقر خاصه، فإن أقر المنكر بآخر دفع اليه ما فى يده.

و:لو أقر بزواج لذات الولد أعطاه ربع ما فى يده

و:لو أقر بزواج لذات الولد أعطاه ربع ما فى يده، و لو لم يكن ولد أعطاه النصف، قوله: (و لو أقر أحد الأخوين بولد و كذّبه الآخر أخذ الولد نصيب المقر خاصه، فإن أقر المنكر بآخر دفع اليه ما فى يده).

و لا غرم على الأخ الأول لو أقر بالولد الثانى، لوصول نصيب كلّ من الولدين إليه.

قوله: (لو أقر بزواج لذات الولد أعطاه ربع ما فى يده، و لو لم يكن ولد أعطاه النصف).

إنّما يتصور هذا الإقرار ممن يشارك الولد فى الإرث سوى الزوجين، و ذلك هو الأبوان أو أحدهما أو الولد لا غير. و حينئذ فلا يستقيم إطلاق الحكم بإعطاء الزوج ربع ما فى يده مع الولد أو نصفه مع عدمه، لأنّه مع عدم الولد ينحصر صدور الإقرار فى الأبوين، و معه يتصور وقوعه منهما أو من الولد.

و معلوم أن أحد الأبوين له مع الولد السدس، و لهما معه السدسان، و الزوج لا يزاكما فى ذلك. نعم فى صورته يقع الرد يدفع ممّا فى يده ما فضل عن نصيبه مع الزوج، و ليس ذلك نصفًا و لا ربعًا.

و لو كان المقر الأب و لا ولد دفع النصف سواء كان معه أم أم لا، و لو كانت الام مع الحاجب الى السدس فلا شىء، و بدونه يدفع ما فضل عن نصيبها مع الزوج.

و لو كان الولد دفع ممّا فى يده ممّا فضل عن نصيبه مع الزوج، فلو أقر الذكر مع أحد الأبوين دفع ممّا فى يده ربع التركة. و كذا لو أقرت الأنثى معهما، و لو كانت مع أحدهما لم تدفع الربع كمالًا، و منه يعلم حكم الإقرار بالزوجه.

فإن أقر بزواج آخر لم يقبل، فإن أكذب إقراره الأول غرم للثاني ما دفع الى الأول.

و هل يثبت الغرم بمجرد الإقرار أو بالتكذيب؟ الظاهر من كلام الأصحاب الثاني. و لو أقر بزوجه لذى الولد أعطاها ثمن ما فى يده، و لو خلا- عن قوله: (فإن أقر بزواج آخر لم يقبل، فإن أكذب إقراره الأول غرم للثاني ما دفع الى الأول. و هل يثبت الغرم بمجرد الإقرار أو بالتكذيب؟ الظاهر من كلام الأصحاب الثاني).

لا ريب أنه لو أقر الوارث بزواج آخر لم يقبل فى حق الزوج المقر به أولا، و يغرم للثاني إن أكذب إقراره الأول، لاعترافه بتضييع نصيبه بالإقرار و هل يغرم بمجرد الإقرار من دون تكذيب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الأصل فى الإقرار الصحة و كون الثاني هو الزوج أمر ممكن، و ربما ظن أن الأول هو الزوج فأقر ثم تبين خلافه، و إلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته ينافى عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)، و لو حكمنا بفساد الإقرار بمجرد تطرق الاحتمال لبطلت أكثر الأقارير.

و الثاني: لا، و أسنده المصنف الى ظاهر الأصحاب، لأنه لما أقر بزوجه الأول بعد الإقرار بكونه وارثا حكم بمقتضاه، فلما أقر بزوجه آخر كان إقرارا بأمر ممتنع فى شرع الإسلام، فجرى مجرى إقراره بسائر الممتنعات فارتكاب التأويل بالحمل على إرادته إكذاب نفسه فى الإقرار الأول خلاف الظاهر. و ما أشبه هذه المسألة بمسألة الإقرار للحمل، و قد سبق صحته مع الإطلاق، و تنزيهه على ما يصح معه الإقرار فيكون الوجه الأول هنا أقوى.

قوله: (و لو أقر بزوجه لذى الولد أعطاها ثمن ما فى يده، و لو خلا

ص: ٣٦٦

١-١) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧ حديث ٥.

الولد أعطاها الربع، فإن أقر بأخرى فإن صدقته الاولى اقتسمتا، وإلا غرم لها نصف ما أخذت الاولى من حصته. و لو أقر بثالثه أعطاها الثلث، فإن أقر برابعه أعطاها الربع، فإن أقر بخامسه لم يلتفت اليه على إشكال، فإن أنكر إحدى الأربع غرم لها ربع الثمن أو الربع. عن الولد أعطاها الربع).

قد تقدم الكلام فى الإقرار بالزوج و تحقيق مقتضى الحال فيه، و مثله آت هنا فلا حاجة الى إعادته، و منه يعلم عدم صحه إطلاق العبارة و إجرائها على ظاهرها.

قوله: (فإن أقر بأخرى، فإن صدقته الاولى اقتسمتا و إلا غرم لها نصف ما أخذت الاولى من حصته).

هذا صحيح، لأن كل موضع يدفع المقر إلى الزوجه المقر بها أولا شيئا ممّا فى يده يغرم نصفه للمقر بها ثانيا لو اكذبتة، و قد علم أنه ليس كل مقر من الوارث يدفع ذلك فليس كل مقر يغرم.

قوله: (و لو أقر بثالثه أعطاها الثلث، فإن أقر برابعه أعطاها الربع).

المراد مع إكذاب الباقيات إياه فى الإقرار، و إلا أخذ من المصدّقه بالنسبه.

قوله: (فإن أقر بخامسه لم يلتفت اليه على اشكال).

الإشكال هنا مثل الوجهين السابقين فى الإقرار بزوجه ثان و أولى بالصحة هنا، لإمكان الخامسة فى المريض.

قوله: (فإن أنكر إحدى الأربع غرم لها ربع الثمن أو الربع).

أى: غرم للخامسه ربع الثمن مع الولد، و ربع الربع بدونه.

و لو كان إقراره بالأربع دفعه ثبت نصيب الزوجيه لهنّ و لا غرم، سواء تصادقن أو لا.

ز: لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس

ز: لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس، فإن أقر الأخ من الأم بأخوين منها و صدّقه الأول سلّم الأخ من الأم إليهما ثلث السدس بينهما بالسويه و يبقى معه الثلثان، و سلّم إليهما الأخ من الأب سدسا آخر. و يحتمل أن يسلم الأخ من الأم الثلثين، و يرجع كلّ منهم على الأخ من الأب بثلث السدس. قوله: (و لو كان إقراره بالأربع دفعه ثبت نصيب الزوجيه لهنّ و لا غرم، سواء تصادقن أو لا).

لأنّ إقراره لم يقتض من أول الأمر إلّا ذلك.

قوله: (لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس، فإن أقر الأخ من الأم بأخوين منها و صدّقه الأول سلّم الأخ من الأم إليهما ثلث السدس بينهما بالسويه و يبقى معه الثلثان، و سلّم إليهما الأخ من الأب سدسا آخر، و يحتمل أن يسلم الأخ من الأم الثلثين، و يرجع كلّ منهم على الأخ من الأب بثلث السدس).

إنّما وجب أن يدفع الأخ من الأم إليهما ثلث السدس، لأنّ ذلك هو الفاضل عن نصيبه، لأنّ نصيبه ثلث الثلث، لأنّ للإخوه من الأم ثلث الأصل بينهم بالسويه فيكون لكل واحد من هؤلاء ثلثه و قد نص الأصحاب على أنّ المقر يدفع ممّا بيده ما فضل عن نصيبه.

و وجه الاحتمال: لأنّ مقتضى الشركه إنّ ما حصل فهو للشركاء و ما ذهب فمنهم، و الذى بيد الأخ للأب خارج عنها، و هذا هو مقتضى ما سبق فى البيع، و هو الذى

و لو كذبه فعلى الأول للأول ثلثا السدس و لهما الثلث، و على الثانى السدس بينهم أثلاثا.

ح: لو اعترف الولد بالزوجه أعطاهما الثمن

ح: لو اعترف الولد بالزوجه أعطاهما الثمن، فإن أقر بأخرى أعطاهما نصف الثمن إذا كذبه الأولى، فإن أقر بثالثه فاعترفت الأوليان بها و اعترفت الثانية بالأولى استعداد من الأولى نصف الثمن و من الثانية سدسه، فيصير معه ثلثا الثمن يسلم إلى الثالثه منه ثلثا، و يبقى له ثلث آخر. يقتضيه الدليل، إلا أن الأولى هو ما ذكره الأصحاب.

قوله: (و لو كذبه فعلى الأول للأول ثلثا السدس و لهما الثلث، و على الثانى السدس بينهم أثلاثا).

قد علم حال الأخ من الام مّا سبق على كل واحد من الاحتمالين، و لا يختلف ذلك بتصديق الأخ من الأب و لا بتكذيبه أمّا الأخ من الأب فإنّه مع تكذيبه يجوز الفاضل عن السدس كله و الفريضة، على الأول من سته و ثلاثين، و على الثانى من ثمانيه عشر.

قوله: (لو اعترفت الولد بالزوجه أعطاهما الثمن، فإن أقر بأخرى أعطاهما نصف الثمن إذا كذبه الأولى، فإن أقر بثالثه فاعترفت الأوليان بها و اعترفت الثانية بالأولى استعداد من الأولى نصف الثمن و من الثانية سدسه، فيصير معه ثلثا الثمن، يسلم إلى الثالثه منه ثلثا و يبقى له ثلث آخر).

وجه إعطاء الثانية نصف الثمن: إنّه لم يعترف لها بأزيد من ذلك، فلا أثر لتصديقها بالأولى و تكذيبها.

فأمّا إذا أقر بثالثه و اعترف الأوليان بها و اعترفت الثانية بالأولى كان لها ثلث الثمن بإقراره و اعتراف الثانية، و نصفه باعتراف الأولى، فيستعيد من الأولى النصف و من الثانية السدس، لأنّه فاضل عن نصيبهما فيصير معه ثلثا الثمن، يدفع منه ثلثا

ط: لو كان أحد الولدين عبداً أو كافراً فأقر الحر المسلم بآخر

ط: لو كان أحد الولدين عبداً أو كافراً فأقر الحر المسلم بآخر فأعتق العبد أو أسلم الكافر قبل القسمة شارك، وإلا فلا.

و لو كذب بعد زوال المانع أو قبله الثاني فلا شيء له، إلا أن يرجع الى التصديق. و لو كان أحدهما غير مكلف فأقر المكلف بآخر عزل لغير المكلف النصف، فإن اعترف بعد زوال المانع دفع الفاضل عن نصيبه و إن كذب ملك المعزول. إلى الثالثه و يبقى الثلث الآخر له عوضاً عمياً اغترمه، و يفوت منه سدس الثمن و الفريضة من ثمانيه و أربعين لأننا نطلب مالا له ثمن و لثمنه سدس.

قوله: (لو كان أحد الولدين عبداً أو كافراً، فأقر الحر المسلم بآخر، فأعتق العبد أو أسلم الكافر قبل القسمة شارك و إلا فلا، و لو كذب بعد زوال المانع أو قبله الثاني فلا شيء له إلا أن يرجع الى التصديق).

أى: لو ترك الميت ولدين أحدهما كافر أو عبد فأقر الوارث و هو الحر المسلم بآخر فأعتق العبد أو أسلم الكافر مع تصديقه بالمقر به، فإن كان قبل قسمة التركة بين المقر و المقر به شارك، و إن كان بعدها فلا إرث له، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى الميراث من أن زوال المانع من الإرث قبل القسمة يقتضى ثبوت الإرث لا بعدها.

و لو أن هذا كذب بالمقر به -سواء كان قبل زوال المانع أو بعده- لم يستحق شيئاً، لانتهاء القسمة بزعمه، إذ الوارث واحد بقوله. و لو رجع الى التصديق استحق، لاعتراف المقر و المقر به باستحقاقه، و متى رجع المقر له عن التكذيب قبل.

قوله: (و لو كان أحدهما غير مكلف، فأقر المكلف بآخر عزل لغير المكلف النصف، فإن اعترف بعد زوال المانع دفع الفاضل عن نصيبه، و إن كذب ملك المعزول).

إنما يعزل لغير

و لو مات قبل الكمال و قد تخلف السدس خاصه، فإن كان قد أفرزه الحاكم للإيقاف فهو للمقر له و إلا فثلاثاه. المكلف النصف، لأن الإقرار غير ماض عليه، و لا يعتد بتصديقه و لا تكذيبه إلا بعد الكمال فيترتب على كل مقتضاه.

قوله: (و لو مات قبل الكمال و قد تخلف السدس خاصه، فإن كان قد أفرزه الحاكم للإيقاف فهو للمقر له، و إلا فثلاثاه).

أى: لو مات غير المكلف قبل الكمال و قد تخلف من النصف السدس: أى:

سدس الأصل و هو ثلث النصف-، فإن كان الحاكم قد أفرزه للإيقاف، بأن قسّم النصف و ميز حصه غير المكلف منه على تقدير التصديق و هو ثلث الأصل، و ترك السدس للإيقاف الى أن يكمل غير المكلف فلم يتخلف الى حين موته سواه فهو للمقر له، لأن الوارث لغير المكلف هو أخوه المقر و هو معترف له به.

و إن لم يكن قد أفرزه الحاكم للإيقاف، بل كان النصف بأجمعه موقوفا، الى أن ذهب ثلاثاه و بقي ثلثه كان للمقر له ثلثا السدس، ثلث بسبب كونه شريكا فى النصف بثلثه بزعمه، لأنّ الذاهب من الشريكين و الباقي لهما، و ثلث بالارث من أخيهما، و الثلث الآخر للمقر.

و ينبغى أن يقال: إنّ هذا إنّما هو إذا كان ذهاب الثلثين بأفه سماويه، فأما إذا كان بإيقاف الحاكم، و من جرى مجراه على الطفل فينبغى أن يقال: إن حصه المقر به من التالف فى النفقه و قدرها ثلثا السدس، يقدم به من التركة، لاعتراف الوارث بأن ذلك ليس حقا للطفل بل للمقر به. و الفرز: عزل شىء من شىء و ميزه كالإفراز، ذكره فى القاموس (١).

ص: ٣٧١

ي: لو أقر أحد الولدين بابن و أنكر الثاني

ي: لو أقر أحد الولدين بابن و أنكر الثاني، ثم مات المنكر عن ابن مصدق فالأقرب ثبوت نسب العم. و يحتمل العدم لكن يأخذ من تركه الميت ما فضل عن نصيبه. و لو أقر الولد بزوجه و للميت أخرى، فإن صدقته الأخرى فالثمن بينهما، وإلا فللأخرى و لا غرم على إشكال.

قوله: (لو أقر أحد الولدين بابن و أنكر الثاني، ثم مات المنكر عن ابن مصدق فالأقرب ثبوت نسب العم، و يحتمل العدم لكن يأخذ من تركه الميت ما فضل عن نصيبه).

وجه القرب أنه قد شهد بالنسب شاهدان عدلان لأن الكلام إنما هو على تقدير العدالة فوجب الحكم بالثبوت، لأن شهادة العدلين حجة في النسب.

و يحتمل العدم، لأن شهادة ابن الابن تتضمن الشهادة على أبيه لأنها تقتضى تكذيبه، إذ الفرض أن أباه أنكره أولاً، و شهادة الابن على الأب غير مسموعه، لكن يأخذ من التركة ما زاد على نصيب ابن الابن. و يضعف بان ذلك ليس شهادة على الأب بوجه من الوجوه، و اقتضاؤها تكذيب الأب لا يستلزم كونها شهادة عليه و لا عدم سماعها، و لهذا لو شهد شاهد لزيد على عمرو بحق ثبت مع استيفاء الشروط، و لا اعتبار بكون أب الشاهد مكذباً أولاً، و الأصح الثبوت.

قوله: (و لو أقر الولد بزوجه و للميت أخرى فإن صدقته الأخرى فالثمن بينهما، و إلا فللأخرى و لا غرم).

إنما كان الثمن للأخرى على تقدير عدم تصديقها، لأن زوجيتها ثابتة بخلاف المقر بها. و إنما لم يكن على الولد غرم، لأن إرثها على تقدير ثبوت زوجيتها إنما هو من الثمن الذى قد حازته الأخرى و ليس بيد الولد منه شىء و يجيء على الاحتمال لبعض العامة، فيما إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت

و لو أقر الأخ من الأم بأخ اما من الأب أو من الأم أو منهما فكذبه الأخ من الأب فللمقر حصته كاملا، وكذا لو أقر بأخوين من الأب أو منهما. و لو كانا من الأم فإنه يدفع إليهما ثلث السدس، لاعترافه بأنهما شريكان في الثلث، لكلّ منهم تسع و فى يده تسع و نصف تسع، فيفضل فى يده نصف تسع.

و لو أقر الأخوان من الأم بأخ منها دفعا اليه ثلث ما فى يدهما، سواء ان جميعه يؤدي من نصيب المقر مع السعه، أن تأخذ الزوجه هنا من نصيب الولد بالنسبه، وكذا يجيء على احتمال التثريك.

قوله: (و لو أقر الأخ من الأم بأخ اما من الأب أو من الأم أو منهما، فكذبه الأخ من الأب فللمقر حصته كاملا).

و هى السدس و ذلك لأن مقتضى إقراره أن يكون لهما ثلث، لكل منهما سدس، فليس فى يده فضل عن استحقاقه. و على الاحتمال الثانى المذكور فى الفرع السابع يشتركان فيه.

قوله: (و كذا لو أقر بأخوين من الأب أو منهما).

لأنه يأخذ معهما سدس كاملا، فلا يقتضى إقراره نقضا عليه قوله: (و لو كانا من الأم فإنه يدفع إليهما ثلث السدس، لاعترافه بأنهما شريكان فى الثلث، لكل منهم تسع، و فى يده تسع و نصف تسع، فيفضل فى يده نصف تسع).

تنقيحه: أن للإخوه من الام ثلث التركة بينهم بالسويه، لكل منهم ثلثه و هو تسع و بيده أعنى المقر سدس و هو تسع و نصف، فيكون معه زياده على استحقاقه بمقتضى إقراره نصف تسع و هو ثلث السدس، فيدفعه إليهما فيشتركان فيه بالسويه و الفريضة من سته و ثلاثين، لأننا نطلب ما لاله تسع و لتسعه ربع و هو مضروب أربعة فى تسعه.

قوله: (و لو أقر الأخوان من الأم بأخ منها دفعا اليه ثلث ما فى يدهما

صدّقهما الأخ من الأب أو كذبهما.

و لو أقر به أحدهما خاصه دفع ثلث ما فى يده، و لا اعتبار بتصديق الأخ من الأب أو تكذيبه، لكن لو صدّق و كان عدلا كان شاهدا، فإن كان المقر عدلا ثبت النسب، و إلا فلا. سواء صدقهما الأخ من الأب أو كذبهما، و لو أقر به أحدهما خاصه دفع ثلث ما فى يده، و لا اعتبار بتصديق الأخ من الأب أو تكذيبه، لكن لو صدّق و كان عدلا كان شاهدا فإن كان المقر عدلا ثبت النسب و إلا فلا).

و ذلك لأنّ المتعدد من الاخوه من الام لهم الثلث بينهم بالسويه، سواء زادوا على اثنين أم لا، فلا أثر لتصديق الأخ من الأب إياهما فى الإقرار بالأخ الثالث من الام و تكذيبه.

و لو أقر به أحدهما خاصه دفع اليه ثلث ما فى يده على المختار، لأنّه الفضل على استحقاقه، و لا اعتبار بتصديق الأخ من الأب فى ذلك أو تكذيبه. نعم إن صدّقه و كان عدلا مع عداله المقر ثبت النسب، فيأخذ ثلث ما فى يد الآخر.

ص: ٣٧٤

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 قدم 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

WWW

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