



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



الرأيا  
عليكم يا صابغين

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



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل

كاتب:

سيد على بن محمد طباطبائى ( صاحب رياض المسائل )

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت ( عليهم السلام ) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٩	رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل المجلد ١٠
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٦	كتاب الإجاره
١٦	اشاره
١٦	فى حقيقه الإجاره
٢٧	شروطها خمسسه
٢٧	اشاره
٢٧	أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف
٢٧	أن تكون الأجره معلومه كَيْلاً أو وزناً
٣٥	أن تكون المنفعه مملوكه للموَجِر أو لمن يوجر عنه
٣٦	أن تكون المنفعه مقدره
٤٤	أن تكون المنفعه مباحه
٦٢	كتاب الوكاله
٦٢	اشاره
٦٢	الأول فى حقيقه الوكاله
٧٤	الثانى فى ما تصح فيه الوكاله
٨٢	الثالث فى الموكل
٨٦	الرابع
٨٩	الخامس فى الأحكام و هى مسائل
٨٩	اشاره
٨٩	الأولى لو أمره بالبيع حالاً فباع مؤجلاً و لو زياده لم يصح
٩١	الثانيه إذا اختلفا فى الوكاله فالقول قول المنكر مع يمينه

٩٥	الثالثة إذا زوجه مدعياً وكالته فأنكرها الموكّل فالقول قول المنكر مع يمينه
١٠٠	كتاب الوقوف و الصدقات و الهبات
١٠٠	اشاره
١٠٠	الوقف
١٠٠	اشاره
١١٢	الشروط أربعه أقسام
١١٢	اشاره
١١٢	الأول في الوقف
١٢٧	الثاني في الموقوف
١٣٣	الثالث في الواقف
١٣٩	الرابع في الموقوف عليه
١٧٣	أما اللواحق فمسائل
١٧٣	اشاره
١٧٣	الأولى إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب
١٧٤	الثانية إذا وقف على مواليه دخل الأعلون والأذنون
١٧٤	الثالثة إذا وقف على أولاده اشترك أولاده
١٧٨	الرابعة إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره
١٨٠	الخامسه لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه
١٨٧	السادسه إطلاق الوقف يقتضى التسويه
١٨٨	السابعه إذا وقف على الفقراء و كان منهم جاز أن يشركهم
١٩٠	من اللواحق مسائل السكنى و العمرى
٢٠٥	و أما الصدقه
٢١٢	الهبه
٢٤٢	كتاب السبق و الرمايه
٢٤٢	السبق
٢٤٢	الرمايه

٢٦٦	كتاب الوصايا و هو يستدعى فصولاً
٢٦٦	اشاره
٢٦٧	الأول في حقيقه الوصيه
٢٧٧	الثانى فى الموصى
٢٨٦	الثالث فى الموصى له
٢٨٦	اشاره
٢٨٦	يشترط وجود الموصى له عند الوصيه
٢٨٦	صحة الوصيه للوارث و الحمل و الذمى
٢٩٢	عدم صحة الوصيه للحربى و مملوك الغير و حكم الوصيه لمكاتب الغير
٢٩٨	صحة الوصيه لعبد الموصى أم ولده
٣١١	إطلاق الوصيه يقتضى التسويه
٣١٣	حد القرابه فى الوصيه للأقرباء
٣١٦	إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان إلى ورثته
٣٢٠	يستحب الوصيه لذوى القرابه
٣٢١	الرابع:فى الأوصياء
٣٢١	اشاره
٣٢١	اعتبار التكليف و الإسلام فى الوصى
٣٢١	فى اعتبار العدالة تردّد
٣٢٥	اعتبار الحريه فى الوصى
٣٣٠	صحة الوصيه إلى المرأه
٣٣٠	الوصيه إلى اثنين
٣٣٨	جواز تغيير الأوصياء للموصى و رد الوصى الوصيه
٣٤٢	عدم ضمان الوصى إلا مع التعدى أو التفريط
٣٥١	جواز أخذ الوصى أجره المثل
٣٥٥	حكم إيصاء الوصى إلى غيره
٣٥٧	من لا وصى له فالحاكم ولى تركته

- الخامس فى الموصى به و فىه أطراف ..... ٣٥٨
- اشاره ..... ٣٥٨
- الأول فى متعلق الوصيه ..... ٣٥٨
- الثانى فى الوصايا المبهمه ..... ٣٧٣
- الطرف الثالث فى أحكام الوصيه و فىه مسائل ..... ٣٨٢
- اشاره ..... ٣٨٢
- الأولى إذا أوصى بوصيه ثم عقبها بمضاده لها عمل بالأخيره ..... ٣٨٢
- الثانيه تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين و بشهاده أربع نساء ..... ٣٨٣
- الثالثه لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكه منه، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبئوه صح ..... ٣٨٧
- الرابعه لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه ..... ٣٨٩
- الخامسه إذا أوصى بعق عبده أو أعتقه عند الوفاه و ليس له سواه انعق ثلثه ..... ٣٩٠
- السادسه إذا أوصى بعق رقبه أجزأ الذكر و الأنثى، و الصغير و الكبير ..... ٣٩٢
- السابعه إذا أوصى بعق رقبه بثمن معين فإن لم يوجد توقع ..... ٣٩٥
- الثامنه تصرفات المريض إذا كانت مشروطه بالوفاه فهى من الثلث ..... ٣٩٦
- التاسعه أرش الجراح و ديه النفس تتعلق بهما الديون و الوصايا ..... ٤٠٤
- تعريف مركز ..... ٤٠٩



سرشناسه: طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی، ۱۱۶۱ - ۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدید آور: ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل / تالیف محمد علی الطباطبائی؛ تحقیق موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق. = ۱۳۷۶-

مشخصات ظاهری: ۱۶ ج.: نمونه.

فروست: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث؛ ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۱۲، ۲۱۴.

شابک: دوره: ۹۶۴-۳۱۹-۰۸۸-۹؛ ۷۵۰۰ ریال: ج. ۹: ۹۶۴-۳۱۹-۱۱۱-۷؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۱: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۳-۳؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۲: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۴-۱؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۳: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۵-X؛ ۱۵: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۷-۶؛ ۹۰۰۰ ریال: ج. ۱۶: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۸-۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر مختصر النافع محقق حلی است.

یادداشت: ج. ۹ (چاپ اول: ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷).

یادداشت: ج. ۱۱ - ۱۳ (چاپ؟: ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹).

یادداشت: ج. ۱۵ و ۱۶ (چاپ؟: ۱۴۲۲ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۲ - ۶۰۲ق. المختصر النافع -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۶ - ۶۰۲ق. المختصر النافع. شرح

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

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/م۳م۳۰۲۱۶ ۱۳۷۶

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۷-۴۷۷۴

ص: ۱

**اشاره**







بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ وَ بِهِ نَسْتَعِیْنُ

ص: ۵



في حقيقه الإجاره

و هي لغه: الأجره، و هي: كرى الأجير، لا مصدر آجر يوجر، فإنه الإجار.

و شرعاً: تملك منفعه معلومه بعوض معلوم.

و قيل: عقد، ثم رته ذلك (١). و منشأ الخلاف تقدم في البيع.

و كيف كان، هو أو التملك بمنزله الجنس يشمل سائر العقود، و خرج بتعلقه بالمنفعه البيع و الصلح المتعلق بالأعيان، و بالعوض الوصيه بالمنفعه، و بالمعلوم إصداقها، إذ ليس في مقابلها عوض معلوم سوى البضع، و ليس بمعلوم.

و ينتقض في طرده بالصلح على المنفعه بعوض معلوم؛ فإنه ليس إجاره بناءً على جعله أصلاً مستقلاً، كما هو الأشهر الأقوى.

و الأصل فيه بعد إجماع المسلمين، كما في المهذب و ظاهر الغنيه و غيرهما من كتب الجماعه - (٢) الكتاب و السنه المتواتره الخاصيه و العاميه،

ص: ٧

١- العلامه في القواعد ١: ٢٢٤، السبزواري في الكفايه: ١٢٤.

٢- المهذب ١: ٤٧٠، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٠؛ و انظر التذكرة ٢: ٢٩٠، و المهذب البارع ٣: ١٩، و الحدائق ٢١: ٥٣٠.



قال سبحانه فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [١] (١) وقال: لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا [٢] (٢) ونحوهما آيات أخر (٣).

و أما السنّه فستلى عليك جمله منها فى تضاعيف المباحث الآتية.

و يشترط فيها بعد أهليّه المتعاقدين ما يدلّ على الإيجاب و القبول، كآجرتك، أو أكريتك، أو ملكتك منفعتها سنه، فيقول: قبلت، أو استأجرت، أو نحوهما، بلا خلاف.

و أمّا اشتراط العرييه و الماضويه و نحوهما من الأمور المختلف فى اعتبارها فى العقود اللازمه يظهر الكلام فيه نفيًا و إثباتًا من الرجوع إلى ما قدّمناه فى البيع (٤)، فإنّهما كسائر العقود اللازمه من باب واحد.

و حيث انعقدت بشرائطها المعتره تلزم من الطرفين الموجر و المستأجر، بلا خلاف، بل عليه الوفاق كما فى المسالك و غيره (٥)؛ لعموم الأمر بالوفاء، و صريح المستفيضة، منها الصحيحان و غيرهما: عن الرجل يتكارى من الرجل البيت أو السفينه سنه أو أكثر من ذلك أو أقل، فقال:

« الكراء لازم له إلى الوقت الذى تكارى إليه، و الخيار فى أخذ الكرى إلى ربّها إن شاء أخذ و إن شاء ترك » (٦).

و منها: رجل دفع ابنه إلى رجل و سلّمه منه سنه بأجره معلومه ليخيط

ص: ٨

١- الطلاق: ٦.

٢- الكهف: ٧٧.

٣- النساء: ٢٤، الممتحنه: ١٠، القصص: ٢٦.

٤- راجع ج ٢١٥: ٨.

٥- المسالك ١: ٣٢٠؛ و انظر جامع المقاصد ٧: ٨٣، و الكفايه: ١٢٤.

٦- الأوّل: الكافي ٥: ١/٢٩٢، الفقيه ٣: ٦٩٧/١٥٩، التهذيب ٧: ٩٢٠/٢٠٩، الوسائل ١٩: ١١٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٧ ح

١. الثانى: التهذيب ٧: ٩٢٢/٢١٠، الوسائل ١٩: ١١٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٧ ح ١.

له، ثم جاء رجل فقال: سلم ابنك منى سنة بزياده، هل له الخيار فى ذلك؟ و هل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب عليه السلام:

« يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف» (١).

و تنفسخ بالتقابل بلا خلاف؛ لعموم أدله استحبابه، كما مضى فى البيع وغيره، و سيأتى بعض النصوص الداله عليه، و كذا بكل واحد من الأسباب المقتضيه له مما يأتى.

و لا- تبطل بالبيع بلا- خلاف فى الظاهر، و عليه الإجماع فى الغنيه (٢)؛ للأصل، و عدم المنافاه، فإن الإجاره تتعلق بالمنافع و البيع بالعين و إن تبعثها المنافع حيث يمكن.

و للنصوص المستفيضه، وفى الصحيح: رجل استأجر ضيعة من رجل، فباع الموجد تلك الضيعة بحضره المستأجر و لم ينكر المستأجر البيع، و كان حاضرأ له شاهداً، فمات المشتري و له ورثه، هل يرجع ذلك الشىء فى ميراث الميت، أو يثبت فى يد المستأجر إلى أن تنقضى إجارته؟ فكتب عليه السلام: « يثبت فى يد المستأجر إلى أن تنقضى إجارته» (٣) و قريب منه غيره (٤).

و فى الصحيح: « لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضى السكنى على ما شرط و الإجاره». قلت: فإن رد على المستأجر ماله و جميع ما لزمه من

ص: ٩

١- الفقيه ١٠٦/٤٤١، الوسائل ١٩:١١٨ أبواب أحكام الإجاره ب ١٥ ح ١.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠١.

٣- الفقيه ١٠٦/٧٠١، الوسائل ١٩:١٣٤ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٤ ح ١.

٤- التهذيب ٢٠٧/٩١٠، الوسائل ١٩:١٣٤ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٤ ح ٢.

النفقة و العماره فيما استأجره؟ قال: «إن كان على طيبه النفس و رضا المستأجر بذلك لا بأس» (١).

و فى الخبر: «له أن يبيع إذا اشترط على المشتري أن للمتقبل من السنين ماله» (٢).

و ظاهرهما توقف جواز البيع على الاشتراط المذكور فيهما، و به أفتى شيخ الصدوق، على ما حكاه عنه فى الفقيه (٣).

و لعلّ الوجه فى النهى عن البيع بدونه وجوب الإخبار بعيب المبيع حيث كان وقت البيع، و قيل باستحبابه (٤)، و عليه يصرف النهى إلى الإرشاد أو الكراهه.

و وجه العيب فى المسأله واضح؛ للتعيب بنقص المنفعه المستوفاه بعقد الإجاره، فإن كان المشتري عالماً به صبر إلى انقضاء المدّه، و إلّا تخير بين فسخ العقد و إمضائه مجاناً.

و إطلاق العبارة كغيرها و صريح جماعه (٥) عدم الفرق فى الحكم بعدم البطلان به بين كونه من المستأجر و غيره، و لا خلاف و لا إشكال فى الثانى، و كذلك الأوّل على قول قوى؛ لبعض ما مرّ، مع أنّه بين المتأخرين أشهر.

ص: ١٠

١- الفقيه ٤:٦٤٩/١٨٥، التهذيب ٩:٥٩٣/١٤١، الإستبصار ٤:٣٩٩/١٠٤، الوسائل ١٩:١٣٥ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٤ ح ٣.

٢- الكافي ٥:١/٢٧٠، التهذيب ٧:٩١٤/٢٠٨، الوسائل ١٩:١٣٥ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٤ ح ٤.

٣- الفقيه ٣:١٦٠.

٤- كما قال به صاحب الحدائق ٢١:٥٣٨.

٥- منهم: ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٢٩٢، و الشهيدان فى اللمعه و الروضه البهيه ٤:٣٢٩.

خلافاً لمن ندر (١).

و تظهر ثمره الخلاف فى استحقاق الموجر الأجره لباقي المده، فيتوجه على المختار، و لا على غيره.

و كما لا تبطل به كذا لا تبطل بالعتق لعين ما مرّ من الدليل سوى الأحاديث.

و هل تبطل بالموت؟ قال الشيخان (٢): نعم و تبعهما القاضى و الديلمى و ابن حمزه و ابن زهره مدّعياً فى الغنيه عليه إجماع الإماميه (٣) تبعاً لشيخ الطائفه فى الخلاف و كذا فى المبسوط (٤)، حيث ادّعى فيه ذلك فى الظاهر، لكن على التفصيل بين الموجر و المستأجر بالبطلان بموت الثانى دون الأوّل. و جعله الأصحاب قولاً ثالثاً فى المسأله، و نسبه القاضى إلى أكثر الإماميه (٥).

و حجتهم عليه مطلقاً أو فى الجملة غير واضحه، عمداً ما نسب إليهم و صرح به فى الغنيه (٦) من تعدّد استيفاء المنفعه فى موت الأوّل و الأجره فى موت الثانى، فالأوّل: لأنّ المستأجر استحقّق استيفاءها على ملك الموجر فبالموت ينتقل إلى الوارث و تحدث المنافع على ملكهم فلا يجوز استيفاء ما ليس بمملوك للموجر، و الثانى: لأنّه استحقّق من مال الموجر و بالموت

ص: ١١

١- انظر الإرشاد ١:٤٢٥.

٢- المفيد فى المقنعه: ٦٤٠، الطوسى فى الخلاف ٣:٤٩١، و النهايه: ٤٤٤.

٣- القاضى فى المهذب ١:٥٠١، الديلمى فى المراسم: ١٩٦، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٦٧، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠١.

٤- الخلاف ٣:٤٩١، المبسوط ٣:٢٢٤.

٥- المهذب ١:٥٠١.

٦- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠١.

تنتقل التركة إلى الورثة، وأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين وقد تعذر ذلك بالموت، فتبطل الإجاره.

و فيه بعد النقض بتزويج الأمه المتقله بموت مالكةا إلى الورثة، و بنفس الإجاره، حيث لا- تبطل بالبيع و العتق، كما مرّت إليه الإشاره (١)، مع اقتضاء هذه التعليقات بطلانها بهما أيضاً كما ادّعوه فى المسأله أن دعوى انتقال كلّ من المنفعة و الأجره بالموت إلى الورثة فلا- يستحقهما عليهم الطرف الآخر ممنوعه، كيف لا و هى مصادره محضه، و شبهه جوابها واضح؛ فإنّ المنتقل إليهم فى موت الموجر العين المسلوبه المنافع مدّه الإجاره، و فى موت الآخر التركة مستثنى منها الأجره اللازمه بالإجاره السابقه، و إن هى حينئذٍ إلّا كالديون اللازمه فى التركة بأحد موجباتها المتقدّمه على الموت.

فلم يبق ما يؤيد به مذهب الجماعه إلّا حكاية الإجماعات المتقدّمه، و هى بعد معارضتها بأقوى منها كما سيأتى إليه الإشاره موهونه أوّلاً: بمصير عامه المتأخّرين و كثير من القدماء إلى الخلاف، و ثانياً: بتعارض أحدهما مع الآخر، فإنّ إجماع الخلاف و الغنيه مدّعى على البطلان بالموت على الإطلاق، و إجماع المبسوط على عدمه كذلك و اختصاص البطلان بموت الثانى.

نعم، هما متفقان على دعواه على البطلان بموته، لكن يقتصر فى الجواب عنه حينئذٍ على الأولين، و إن اعتضد بدعوى الماتن فى الشرائع عليه الشهره (٢)، كدعوى القاضى الأكثرية مع اختلافهما و تعارضهما فى

ص: ١٢

١- راجع ص: ٩.

٢- الشرائع ١٧٩: ٢.

الإطلاق و عدمه، كحكاية الإجماعين المتقدمين.

و قال المرتضى و الحلبي و الحلبي (١) لا تبطل مطلقاً و هو أشبه و أشهر بين من تأخر، بل عليه عامتهم بحيث كاد أن يكون ذلك إجماعاً منهم، و به صرح في المسالك (٢)، و لعله كذلك، فيمكن أخذها حجة.

مضافاً إلى اعتضادها بالشهره القديمه كما يظهر من السرائر في بحث المزارعه (٣)، و إطلاق المستفيضه المتقدمه بلزوم الإجاره إلى المدّه المضروبه و استصحاب الحاله السابقه السليمين عمّا يصلح للمعارضه، كما مرّ إليه الإشاره.

و في الخبر: عن امراه آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجاره في كلّ سنه عند انقضائها، لا يقدم لها شيء من الإجاره ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت أم تكون الإجاره منتقضه بموت المرأه؟ فكتب عليه السلام:

« إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجاره، فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى» (٤).

و في آخر: رجل استأجر ضيعه من رجل، فباع الماجر تلك الضيعه التي آجرها بحضره المستأجر و لم ينكر البيع و كان حاضراً شاهداً

ص: ١٣

١- المرتضى في الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢٢٤، الحلبي في الكافي: ٣٤٨، الحلبي في السرائر ٢: ٤٦٠.

٢- المسالك ١: ٣٢١.

٣- السرائر ٢: ٤٤٩.

٤- الكافي ٥: ٢/٢٧٠، التهذيب ٧: ٩١٢/٢٠٧، الوسائل ١٩: ١٣٦، أبواب أحكام الإجاره ب ٢٥ ح ١.

عليه..، وقد مرّ (١).

و في الاستدلال بهما على عدم البطالين مع قطع النظر عن قصور سند الأول نظر إن لم يكن الأول على الدلالة على خلافه أظهر، مع اختصاصهما بموت الموجر و من في حكمه، فليس فيهما حجّة على المفصل بينه و بين غيره.

ثمّ كلّ إذا لم يشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، و إلّا بطلت بموته؛ عملاً بالشرط. كما تبطل عند جماعه (٢) بموت الموجر حيث تكون العين المستأجره موقوفه عليه و على من بعده من البطون فيؤجرها مدّه و يتفق موته قبل انقضائها؛ لانتقال الحق إلى غيره، و ليس له التصرف إلّا زمن استحقاقه، و لهذا لا يملك نقلها و لا إتلافها.

و الفرق بينه و بين غير الوقت تلقى الطبقة الثانية العين الموقوفه عن الواقف دون الموجر، بخلاف الوارث فإنّه يتلقى الملك فيه عن الميت، فتدبر.

قالوا: نعم، لو كان ناظراً و آجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته.

لكن الصحّة حينئذٍ ليست من حيث إنّه موقوف عليه، بل من حيث إنّه ناظر.

و مثله الموصى له بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك.

و كلّ ما تصحّ إعارته شرعاً من الأعيان المنتفع بها مع بقائها تصحّ إجارته بلا خلاف في الظاهر، و به صرح في السرائر و الغنيه (٣)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى الأصل، و العمومات كتاباً و سنه.

دون ما ليس كذلك مطلقاً، و لو في نحو المنحه، إجماعاً هنا، كما

ص: ١٤

١- في ص: ٩.

٢- منهم: الشيخ في الخلاف ٣: ٥٥٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ٨٥، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٣٢١، و الروضه البهيه ٤: ٣٣٠.

٣- السرائر ٢: ٤٥٦، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠.

عن التذكرة (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى مخالفته الأصل؛ إذ ليس الإجاره فى العرف و اللغه عباره إلّا عمّا كانت العاريه فيه حقيقه لكن مع العوض، و يفترقان بلزومه خاصّه.

و ثبوت المخالفه له فى العاريه فى نحو المنحه بعد قيام الدليل عليه من الإجماع و الروايه غير موجب لإلحاق الإجاره بها فيها؛ إذ ليس إلّا قياساً فاسداً فى الشريعه، مع كونه مع الفارق، بناءً على لزوم الإجاره و جواز العاريه، فيغتفر فيها ما لا يغتفر فى العقود اللازمه و إجاره المشاع جائزه مطلقاً، استأجره من شريكه أو غيره، عندنا، كما فى المسالك و الروضه (٢)؛ و هو الحججه، مضافاً إلى الأصل، و العمومات كتاباً و سنّه.

و لا مانع منه باعتبار عدم القسمه؛ لإمكان استيفاء المنفعه بموافقه الشريك، و لكن لا يسلم العين المشتركه إلّا بإذنه، و لو أبى رفع الأمر إلى الحاكم، كما إذا نازع الشريكان.

ثمّ إنّه إذا كان المستأجر عالماً بالحال، و إلّا فله الفسخ؛ دفعاً للضرر.

و العين المستأجره أمانه لا يضمنها المستأجر، و لا ما ينقص منها، إلّا مع تعدّد أو تفريط بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٣)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة، فى الصحيح: عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت، فما عليه؟ قال: «إن كان اشترط أن لا يركبها

ص: ١٥

١- التذكرة ٢:٢٩٥.

٢- المسالك ١:٣٢١، الروضه ٤:٣٣١.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١.



غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء» (١).

و فيه في المتعدّي: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني؟ قال: «نعم» قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: «عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه» (٢).

و في الخبر فيه أيضاً: «و إن عطب الحمار فهو ضامن» (٣).

و في آخر: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن، و إن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، و إن سقطت في بئر فهو له ضامن لأنّه لم يستوثق منها» (٤).

هذا مضافاً إلى بعض النصوص المتقدّمة (٥) في العاربه المعلّل عدم ضمانها بالأمانه التي هي بعينها في المقام موجوده، و نحوه النصوص المستفيضه (٦) الوارده في عدم ضمان الأجير لما يتلف في يده إذا كان أميناً.

و كذلك الأجير إذا هلك، صغيراً كان أو كبيراً، حرّاً أو عبداً؛ لبعض ما مرّ من التعليل، و عليه إجماع المسلمين كما في المفاتيح و غيره (٧).

ص: ١٦

- 
- ١- الكافي ٥: ٧/٢٩١، التهذيب ٧: ٩٤٢/٢١٥، الوسائل ١٩: ١١٨ أبواب أحكام الإجاره ب ١٦ ح ١.
  - ٢- الكافي ٥: ٦/٢٩٠، التهذيب ٧: ٩٤٣/٢١٥، الإستبصار ٣: ٤٨٣/١٣٤، الوسائل ١٩: ١١٩ أبواب أحكام الإجاره ب ١٧ ح ١ فيه و في الكافي بتفاوت يسير.
  - ٣- الكافي ٥: ١/٢٨٩، التهذيب ٧: ٩٣٧/٢١٣، الوسائل ١٩: ١٢١ أبواب أحكام الإجاره ب ١٧ ح ٢.
  - ٤- الكافي ٥: ٣/٢٨٩، الفقيه ٣: ٧٠٩/١٦٢، التهذيب ٧: ٩٣٩/٢١٤، الوسائل ١٩: ١٢١ أبواب أحكام الإجاره ب ١٧ ح ٣.
  - ٥- راجع ج ٩ ص ٤٤٦.
  - ٦- انظر الوسائل ١٩: ١٤١ أبواب أحكام الإجاره ب ٣٢، ٣٠، ٢٩.
  - ٧- المفاتيح ٣: ١١٢؛ و انظر التذكرة ٢: ٣١٨.

ثم إن إطلاق العباره و غيرها من عبائر جماعه و صريح آخرين (١)، و ربما نسب إلى الشهره (٢) عدم الفرق في الحكمين بين التلف في المدّه أو بعدها، و لا خلاف فيه في الحكم الثاني مطلقاً، و كذا في الأوّل في الصوره الأولى؛ و الوجه في الجميع واضح.

و أما ثبوته في الثانيه فلأصالتى البراءه و استصحاب الحاله السابقه السليمتين عمّا يصلح للمعارضه، عدا توهم استلزام انقضاء المدّه صيروره العين أمانه شرعيه تضمن لو أخلّ بردها فوراً.

و يضعف بمنع وجوب الردّ، و إنّما يجب بعد المطالبه تمكينه منها و التخليه بينه و بينها كسائر الأمانات؛ للأصلين المتقدّمين. نعم، لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدّه ضمن.

فخلاف الإسكافي و الطوسى (٣) حيث أطلقا الضمان بعد المدّه مع الإخلال بالفوريّه، نظراً إلى أنّه غير مأذون فيه فيضمنها مطلقاً، و يجب عليه مؤونه الردّ ضعيف غايته.

و فى جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت بأصل العقد، لعموم الوفاء بالشروط، أمّ العدم، لمنافاته لمقتضاه فيفسد قولان. و الثاني أشهر، و الأوّل أظهر، لما مرّ، مع ضعف المعارض، لمنع المنافاه على إطلاقه، بل هو حيث لم يكن هناك شرط.

و فى الخبر: عن رجل استأجر سفينه من ملاح، فحملها طعاماً

ص: ١٧

---

١- منهم: المحقق فى الشرائع ٢: ١٨٠، و العلامه فى القواعد ١: ٢٣٤، و الشهيد فى المسالك ١: ٣٢١، و الروضه ٤: ٣٣١، و السبزوارى فى الكفايه: ١٢٤.

٢- كما فى الحدائق ٥٤٣: ٢١.

٣- نقله عن الإسكافي فى المسالك ١: ٣٢١، الطوسى فى المبسوط ٣: ٢٤١.

و اشترط عليه إن نقص الطعام فعليه، فقال: « جائز » قلت: إنه ربما زاد الطعام، قال: فقال: « يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئاً؟ » قلت: لا، قال:

« لصاحب الطعام الزيادة، و عليه النقصان إذا كان قد شرط عليه ذلك » (١).

و على الثانى ففى فساد العقد بفساد الشرط أم لا قولان، الأشهر الأول.

## شروطها خمسة

### إشارة

و شروطها أى الإجاره خمسة بل سته.

أحدها:

### أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف

أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف بلا خلاف، بل فى الغنيه (٢) عليه الإجماع؛ لعموم أدله الحجر على غيرهما، فلا تصح إجاره الصبى مطلقاً، و إن كان مميزاً و أذن له الولى، على الأقوى، و لا المجنون مطلقاً، و لا المحجور عليه بدون إذن الولى أو من فى حكمه، لا مطلقاً.

### أن تكون الأجره معلومه كَيْلاً أو وزناً

و ثانيها: أن تكون الأجره معلومه كَيْلاً أو وزناً أو عدداً، إن كانت ممّا يعتبر بها فى البيع، أو مشاهده إن لم تكن كذلك.

و قيل: كما عن المبسوط و المرتضى (٣) أنه تكفى المشاهده فيها عن اعتبارها بأحد الأمور الثلاثه إن كانت ممّا يعتبر بها؛ لأصالة الصحه، و انتفاء الغرر بالمشاهده.

و الأصح الأول، وفاقاً للنهائيه و الحلّى (٤) و كافه المتأخرين؛ لأنّ

ص: ١٨

١- الكافى ٤/٢٤٤، التهذيب ٧/٩٤٩، الوسائل ١٩:١٥٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٣٠ ح ٥.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٠.

٣- المبسوط ٣:٢٢٣، حكاة عن المرتضى فى المسالك ١:٣٢١.

٤- النهائيه: ٤٤٣، الحلّى فى السرائر ٢:٤٥٩.

الإجاره كالمبايعه معاوضه لازمه مبتئيه على المغابنه، فلا بدّ فيها من انتفاء الغرر و الجهاله عن العوضين المنفيين فى الشريعه.

و ما ربما يقال من اختصاص المنع عنهما بالبيع و لا دليل على التعدى عدا القياس المحرّم (1)، غريب؛ لتوجه النظر إليه أولاً: بعدم الخلاف فى المنع عنهما مطلقاً، بل هو مجمع عليه بين كافه العلماء، و الشاهد عليه سند المخالف، حيث جعله ارتفاع الغرر لا اختصاص المنع عنه بالبيع؛ مضافاً إلى استنادهم عليه فى جميع موارد الفقه، حتى إن القائل هو بنفسه أيضاً كذلك.

و ثانياً: بدعوى الإجماع على المنع عنهما و إفسادهما الإجاره المختلف (2) و شرح الشرائع للمفلح الصيمرى.

و ثالثاً: بدعوى الغنيه الإجماع على اشتراط المعلوميه (3)، و المتبادر منها ما لم يكن فيه غرر و لا جهاله بالكلية.

و بالجمله لا- شبهه فى اشتراط عدمهما، و لا- نزاع فيه بالمره، و إنما هو فى ارتفاعهما بالمشاهده، و هو أمر آخر. و الحق فيه مع الجماعه؛ لأنّ دعوى الارتفاع بها فاسده بلا شبهه، و مع التّنزل فصحتها غير معلومه، و الجهاله ممكنه كعدمها، و بالتردد بينهما يشكّ فى تحقّق شرط الصّحه فيشكّ لأجله فى صحّه الإجاره، و الأصل فسادها بالضروره، و العمومات بما دلّ على اشتراط المعلوميه من الإجماع مخصّصه، فلا معنى لأصالة الصّحه.

ص: ١٩

---

١- مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٢٦، الحدائق ٥٤٨: ٢١.

٢- المختلف: ٤٦٠.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠.

و اعلم أن مورد الخلاف إنما هو فيما لو كان الأجره مما يكال أو يوزن أو يعدّ، و أمّا لو كانت ممّا يكفى فى بيعها المشاهده كالعقار و نحوها من الأمتعه كَفَتْ فيها قولاً واحداً.

و تملك الأجره بنفس العقد بلا- خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه و عن التذكرة (١)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى اقتضاء صحه المعاوضه انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر.

قالوا: لكن لا يجب تسليمها إلّا بتسليم العين المستأجره، أو العمل إن وقعت عليه الإجاره، و فى شرح الإرشاد الإجماع عليه (٢)، و خصّه فى الكفايه بما إذا كان ذلك مقتضى العاده (٣).

و لعلّ الوجه فى العموم بعد الإجماع المتقدّم الأصل، مع احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الدفع، لاحتمال عدم إمكان استيفاء المنفعه بالموت و شبهه، و هو منفي، فللمستأجر التأخير إلى التسليم، إلّا أن يكون هناك عاده تقضى بالتعجيل فيجب كاشتراطه، لإقدامه فيهما على الضرر.

و فائده المملكه مع عدم وجوب التسليم تبعيه النماء متصلاً أو منفصلاً لها إن وقع العقد عليها بعينها.

و أمّا مع تسليمها فيجب تسليمها معجله بعده مع الإطلاق و عدم تقييد العقد بتأجيلها أو اشتراط التعجيل بلا خلاف؛ لأنّ تسليم أحد العوضين يسلّط على المطالبه بالآخر بمقتضى المعاوضه الموجه للملك.

ص: ٢٠

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٠، التذكرة ٢: ٢٩١.

٢- مجمع الفائده و البرهان ١٠: ١٦.

٣- الكفايه: ١٢٤.

مضافاً إلى استلزام عدمه الضرر على المالك، حيث يتساهل المستأجر بالتسليم و لم يمكن إزماءه عليه بمقتضى الفرض، و تعيين وقت دون آخر ترجيح من غير مرجح.

و للنصوص، منها الصحيح: فى الحمال و الأجير، قال: «لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أجرته» (١) و نحوه غيره (٢).

و فيهما نوع إشعار بما مرّ من عدم وجوب تسليم الأجره قبل العمل.

ثمّ إنّه ليس فى اشتراط التعجيل بعد استفادته من نفس العقد فائده إلاّ التأكيد، و تسلّط الموجر على الفسخ مع الإخلال به على قول، و فى آخر اختصاص الفائده بالأول، و الذبّ عن الثانى بمخالفته الأصل، و اندفاع الضرر المتوهم منه السببيه للتسلط برفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على القيام بالشرط.

و نحوه الكلام فى اشتراطه قبل الوجوب فى التسلط على الفسخ مع الإخلال، و كذا فى لزوم الوفاء به كما مرّ؛ لعموم الخبر بلزوم الإيفاء بالشرط (٣).

و منه يظهر الوجه فى أنّه يصحّ تأجيلها بالشرط نجومياً و أشهراً معيّنه، بأنّ يُجعل لكلّ منها شىء من الأجره لا يستحقّ الموجر مطالبته قبل مجيئه، و كذا إلى أجل واحد. و لا فرق بين الإجاره الوارده على عين معيّنه و الوارده على ما فى الذمه.

ص: ٢١

- ١- الكافى ٥:٢/٢٨٩، التهذيب ٧:٩٢٩/٢١١، الوسائل ٧:١٠٦:١٩ أبواب أحكام الإجاره ب ٤ ح ١.
- ٢- الكافى ٥:٣/٢٨٩، التهذيب ٧:٩٣٠/٢١١، الوسائل ٧:١٠٦:١٩ أبواب أحكام الإجاره ب ٤ ح ٢.
- ٣- الفقيه ٣:٥٥٣/١٢٧، التهذيب ٧:٩٣/٢٢، الوسائل ٧:١٦:١٨ أبواب الخيار ب ٦ ح ٢.

بلا- خلاف عندنا فى شىء من ذلك، كما فى المسالك وغيره (١)، و مرّ من الأخبار ما يتعلّق بالمقام فى بحث عدم البطلان بالموت (٢)، فتدبر.

و فى توقّف استحقاق المطالبه بالأجره بعد العمل على تسليم العين المعمول فيها مطلقاً، كما عليه ثانى المحققين و ثانى الشهيدين (٣)، أمّ العدم كذلك، كما عليه الفاضلان و غيرهما (٤)، أمّ الفرق بين ما إذا كان العمل فى ملك الأجير فالأوّل، أو ملك المستأجر فالثانى، كما حكى قولاً فى الشرائع (٥)، أقوال. خيرها أوسطها؛ لأدّله وجوب التسليم المتقدّمه، سيّما إطلاق النصوص المصرّحه بالحكم فى الأجير السليمه عمّا يصلح للمعارضه.

و لو أستأجر من يحمل له متاعاً مثلاً إلى موضع معين فى وقت معين بأجره معينه فإن لم يفعل أى شرط عليه أنّه إن لم يفعل و لم يبلغه فى ذلك الوقت نقص من أجرته شيئاً معيّناً يتراضيان عليه صحّ كل من العقد و الشرط.

وفاقاً للإسكافى و النهايه و الخلاف و القاضى و الفاضلين و غيرهما (٦)،

ص: ٢٢

١- المسالك ١:٣٢١؛ و انظر جامع المقاصد ٧:١١٠، و الحدائق ٢١:٥٦٣.

٢- راجع ص: ١٣.

٣- المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٧:١١١، الشهيد الثانى فى الروضه ٤:٣٣٣، و المسالك ١:٣٢١.

٤- المحقّق فى الشرائع ٢:١٨١، العلّامه فى القواعد ١:٢٢٦، و التحرير ١:٢٤٤؛ و انظر السرائر ٢:٤٥٦.

٥- الشرائع ٢:١٨١.

٦- نقله عن الإسكافى فى المختلف: ٤٦٣، النهايه: ٤٤٨، الخلاف ٣:٥٠٩، القاضى فى المهذب ١:٤٨٧، المحقّق فى الشرائع

٢:١٨١، العلّامه فى القواعد ١:٢٢٥، و التحرير ١:٢٤٥؛ و انظر التنقيح الرائع ٢:٢٦٣، و الكفايه: ١٢٥.

و في المسالك و الروضه و شرح القواعد للمحقق الثاني (١) أنه مذهب الأكثر، و في شرح الشرائع للصيمري أنه المشهور بين الأصحاب؛ للأصل، و العمومات بلزوم الوفاء بالعقود و الشروط.

و صريح الموثق: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، و اشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق أتخوّف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى عن كل يوم احتبست كذا و كذا، و أنه حبسني عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً، فقال عليه السلام: «هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه» (٢).

خلافاً للحلي (٣)، فأبطل الشرط دون العقد؛ لعدم تعيين الأجره باختلافها على التقديرين، كما لو باعه بثمانين عليهما.

و هو حسن لولا النصّ المعتبر المنجبر قصور سنده أو ضعفه لو كان بالشهره الظاهره و المحكيه، مع اعتضاده بظاهر الصحيح و إن لم يكن من مورد المسأله: عن الرجل يكتري الدابه فيقول: أكثريتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن جاوزته فلك كذا و كذا زياده، و سمي ذلك؟ قال: «لا بأس به كله» (٤) فلا وجه لبطلان الشرط.

و قال جماعه ببطلانهما معاً هنا (٥). و هو أضعف من سابقه جداً.

ص: ٢٣

١- المسالك ٣٢٢:١، الروضه: ٣٣٤، جامع المقاصد ١٠٧:٧.

٢- الكافي ٥/٢٩٠، الفقيه ٥٨/٢٢، التهذيب ٧:٩٤٠/٢١٤، الوسائل ١٩:١١٦، أبواب أحكام الإجاره ب ١٣ ح ٢.

٣- السرائر ٢:٤٦٩.

٤- الكافي ٥/٢٨٩، التهذيب ٧:٩٣٨/٢١٤، الوسائل ١٩:١١١، أبواب أحكام الإجاره ب ٨ ح ١.

٥- منهم: العلماءه في المختلف: ٤٦٣، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢:٢٤٨، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٠٧:٧، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٢٢.



فإذاً القول الأول أقوى ما لم يحط بالأجره و يفسد مع الإحاطه؛ لمنافاته لمقتضى العقد، و لمفهوم الموثقه المزبوره، و يتبعه فساد العقد، فيثبت حينئذٍ أجره المثل، بلا خلاف إلّا من الإسكافي (1)، فأوجب المصالحه. و هو شاذ.

و من الشهيد فى اللمعه (2)، فنفى الأجره بالكليه؛ التفاتاً منه إلى منع منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد؛ لأنّ قضيه كلّ إجاره المنع عن نقيضها، فيكون قد شرط قضيه العقد، فلم تبطل الإجاره، غايه ما فى الباب أنّه إذا أخلّ بالمشروط و هو النقل فى اليوم المعين يكون البطلان منسوباً إلى الأجير حيث فوّت الزمان المعين و لم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحق شيئاً؛ لأنّه لم يفعل ما استوجر عليه، و لا يكون البطلان حاصلًا من جهه العقد، فلا وجه للحكم ببطلان الإجاره على هذا التقدير و إثبات اجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء و إن نقل المتاع إلى المكان المعين لكن فى غير الزمان؛ لأنّه فعل ما لم يؤمر به و لا استوجر عليه.

و يضعف: بأن هذا إنما يتم إذا فرض كون مورد الإجاره هو الفعل فى الزمن الأول و ما خرج عنه خارجاً عن الإجاره، و أمّا إذا كان موردها كلا القسمين فلا، و ظاهر الروايه و كلام الأصحاب هو الثانى، و لذا حكموا حتى هو نفسه بصحة الإجاره مع إثبات الأجره على التقديرين؛ نظراً إلى حصول المقتضى و هو الإجاره المعينه المشتمله على الأجره المعينه و إن

ص: ٢٤

١- كما نقله عنه فى المختلف: ٤٦٣.

٢- اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٣٣٥.

تعددت و اختلفت بالترديد؛ لانحصارها و تعينها، و بطلانها على التقدير الآخر.

و لو فرض كون مورد الإجاره هو القسم الأول خاصه و هو النقل في الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض اجره مع نقله في غيره أولى؛ لأنه خلاف قضيه الإجاره، كما ذكره، فإن مقتضاها أن لا يكون للموَجِر اجره لو خالف ما استوجر عليه، كما في محل الفرض؛ لأنه فيه ليس إلا النقل في الزمن المعين، و قد خالفه بالنقل في غيره، فيكون اشتراط الأجره للمخالفه فاسداً؛ لمنافاته لمقتضى العقد، فيفسد بفساده، فكان أولى بثبوت اجره المثل، و الحال أنه و سائر الأصحاب حكموا بتلك الأجره الناقصه، و ليس ذلك إلا من حيث فرض المسأله في كون مورد الإجاره كلا القسمين لا الأول خاصه.

و الذب عن هذا بجعل القسمين متعلق الإجاره على تقدير ذكر الأجره و القسم الأول خاصه على تقدير عدمه في القسم الثاني مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض.

و يمكن الفرق بين ذكر الأجره في القسمين و إسقاطها في القسم الثاني بكون تعيين الأجره على التقديرين قرينه جعلهما مورد الإجاره حيث أتى بلازمها و هو الأجره فيهما، و إسقاطها في التقدير الآخر قرينه عدم جعله مورداً من حيث نفى اللزوم الدال على نفى الملزوم، و حينئذ فتنزىل شرط عدم الأجره على التقدير الآخر على شرط ما يقتضيه عقد الإجاره و الحكم بصحتها كما حكم به أولى من جعله أجنبيًا مفسداً للعقد بتخلله بين

الإيجاب و القبول، كذا قيل (١).

و هو حسن لولا مخالفه إطلاق كلام الأصحاب و النص المتقدّم.

### أن تكون المنفعة مملوكة للموَجِر أو لمن يوجر عنه

و ثالثها: أن تكون المنفعة مملوكة للموَجِر أو لمن يوجر عنه كالوكيل و الوصى و الولي و الحاكم، بلا- خلاف، فلو آجر غير المالك و قفت على الإجازة، على الأشهر. و قيل: يبطل (٢). و الأوّل أظهر؛ لعين ما قلناه في البيع، و عليه فيكون هذا الشرط معتبراً للزوم دون الصحّة، بخلاف باقى الشرائط.

و لا فرق بين أن تكون مملوكة تبعاً للعين أو منفردة.

و لذا يجوز للمستأجر أن يوجر العين المستأجره إجماعاً منّا، كما في ظاهر الغنية و عن صريح التذكرة (٣)؛ و هو الحجج.

مضافاً إلى إطلاق النصوص المستفيضة المتقدّمة في بحث كراهه إجاره الأرض بأكثر ممّا استوجرت به في بحث المزارعه (٤)، و يدلّ عليه صريح الصحيحه الآتية، فلا شبهه في المسألة.

إلّا أن يشترط الموَجِر عليه استيفاء المنفعة بنفسه فلا يصحّ له حينئذٍ أن يوجر، إجماعاً، كما في الغنية (٥)؛ عملاً بمقتضى الشرط، و صريح الصحيحه المزبوره، إلّا أن يشترط المستأجر الأوّل على الثانى استيفاء المنفعة له بنفسه، فيصح أن يوجر أيضاً؛ لعدم منافاتها لشرط

ص: ٢٦

١- الروضة ٤:٣٣٨.

٢- كما قال به ابن زهره في الغنية (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٧:١٢٣.

٣- الغنية (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠، التذكرة ٢:٢٩١.

٤- راجع ج ٩ ص ٣٨٨.

٥- الغنية (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١.

الموَجَّرُ الأوَّلُ، فَإِنَّ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ أَعَمُّ مِنْ اسْتِيفَائِهَا لِنَفْسِهِ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ عَنِ نَفْسِ الْإِجَارَةِ مِنَ الْغَيْرِ بِالْشَّرْطِ، فَلَا يَصِحُّ كَالأوَّلِ  
وَإِنْ اسْتَوْفَى هُوَ الْمَنْفَعَةَ.

وَحَيْثُ جَازَ لَهُ الْإِجَارَةُ مِنْ غَيْرِهِ هَلْ يَتَوَقَّفُ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ عَلَى إِذْنِ مَالِكِهَا؟ قِيلَ (١) نَعَمْ؛ إِذْ لَا يَلْزَمُ مِنْ اسْتِحْقَاقِهِ الْمَنْفَعَةَ وَالْإِذْنَ لَهُ  
فِي التَّسَلُّمِ جَوَازَ تَسْلِيمِهَا لِلْغَيْرِ، فَيُضْمَنُ لَوْ سَلَّمَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ.

وَ قِيلَ: لَا، بَلْ يَجُوزُ تَسْلِيمُهَا مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مِنْ ضَرُورَاتِ الْإِجَارَةِ لِلْعَيْنِ، وَقَدْ حَكَّمَ الشَّارِعُ بِجَوَازِهَا، وَالْإِذْنَ فِي الشَّيْءِ  
إِذْنٌ فِي لُؤَازِمِهِ، وَهُوَ خَيْرُهُ الشَّهِيدِينَ وَغَيْرَهُمَا (٢).

وَ هُوَ الْأَصَحُّ؛ لِصَرِيحِ الصَّحِيحِ: رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فَأَعْطَاهَا غَيْرَهُ فَنَفَقَتْ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَ شَرْطُ أَنْ لَا يَرْكَبَهَا غَيْرُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ لَمْ  
يَسْمُ فَيَسِمْ عَلَيْهِ شَيْءٌ» (٣).

وَ لَا- فَرَقَ فِي جَوَازِ إِيجَارِ الْمَسْتَأْجِرِ لِلْعَيْنِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْإِجَارَةُ الثَّانِيَةَ أَكْثَرَ مِنَ الْأُولَى أَمْ لَا- خِلَافًا لِلأ- كَثْرَةِ، فَمَنْعُوا مِنْ إِجَارَةِ  
الْمَسْكَنِ وَالْخَانَ وَالْأَجِيرَ بِأَكْثَرٍ، إِلَّا أَنْ يُوَجَّرَ بِغَيْرِ جِنْسِ الْأُجْرَةِ، أَوْ يَحْدُثُ مَا يَقَابِلُ التَّفَاوُتَ. وَقَدْ مَرَّ تَمَامُ التَّحْقِيقِ فِي الْمَزَارَعَةِ  
فِي الْبَحْثِ الْمَتَقَدِّمِ إِلَيْهِ الْإِشَارَةَ بِمَا لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ.

### أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مَقْدَّرَةً

وَ رَابِعُهَا: أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مَقْدَّرَةً إِمَّا فِي نَفْسِهَا كَخِيَاطَةِ

ص: ٢٧

١- حكاية الشهيد الثاني في الروضة ٤:٣٤٠.

٢- اللعنه و الروضه ٤:٣٤٠، المسالك ١:٣٢٣ وانظر التنقيح الرائع ٢:٢٦٦، ومفاتيح الشرائع ٣:١٠٤.

٣- الكافي ٥:٧/٢٩١، التهذيب ٧:٩٤٢/٢١٥، الوسائل ١٩:١١٨ أبواب أحكام الإجاره ب ١٦ ح ١.

الثوب المعين و ركوب الدابه إلى موضع معين أو بالمدّه المعينه كسكنى الدار سنه، و خياطه الثوب شهراً مثلاً، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه (١)؛ لاستلزام عدم التقدير الغرر و الجهاله، و احتمال أن يؤول الأمر إلى المنازعه، و جميع ذلك ضرر منفى فى الشريعه، فلا بد من حسم مادّته بتقدير المنفعه بما يتقدّر بها، فإن اتحد كسكنى الدار و الإرضاع الغير المقدّرين إلّا بالزمان لزم التقدير به، و إن تعدّد تخيّر بين التقدير بأيهما شاء، كالخياطه و ركوب الدابه و نحوهما المقدّرين تاره بالزمان كفعلهما فى شهر مثلاً، و أخرى بإضافتهما إلى معين كما مرّ فى العبارة، و الضابط هو العلم بالمنفعه على أحد الوجهين.

و لو قدّرت بالعمل و المدّه معاً كأن يخيّط هذا الثوب فى هذا اليوم مثلاً فالأكثر على البطلان إن قصد التطبيق، وفاقاً للطوسى و الحلّى (٢)؛ لأنّه ربّما فرغ قبل انتهاء المدّه فيبقى بعضها مستحقّه بلا عمل، و ربما لا يفرغ فيها فيحتاج إلى مدّه أخرى فيحصل جهاله المدّه و العمل، و هو غير جائز.

و تردّد الماتن فى الشرائع (٣)؛ لذلك، و لأنّ العقد قد وقع على العمل و المدّه ذكرت للتعجيل. و وافقه على الاحتمال الثانى الفاضل فى المختلف كما حكى (٤). و استشكله آخرون كالشرائع.

و لعلّه ليس فى محلّه، بل الأوّل أجد، و علّه الصّحّه خارجه عن محلّ الفرض، لوقوعه فى وقوع العقد على التطابق دون العمل فقط.

ص: ٢٨

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٠.

٢- الطوسى فى المبسوط ٣: ٢٢١، الحلّى فى السرائر ٢: ٤٥٧.

٣- الشرائع ٢: ١٨٢.

٤- لم نعرّ عليه فى المختلف، و قد حكاه عنه فى جامع المقاصد ٧: ٦٢. نعم، احتمال الجواز فى التحرير: ١٦٥.

نعم، لو أرادا الظرفيه المطلقه و أمكن وقوع الفعل فيها جاز بلا شبهه.

و يملك المستأجر المنفعه المعقود عليها بالعقد بلا خلاف؛ لما مرّ في تملك الموجر الأجره (١). و لا فرق بينهما إلّا من حيث إنّ تسليم الأجره يتوقّف على تمام العمل أو دفع العين المستأجره، و لا كذلك المنفعه؛ فإنّه يجب تسليمها مع المطالبه بتسليم العمل أو العين التي وقع عليها الإجاره.

و وقت تسليمها في المقدّر بالمدّه عند الفراغ من العقد مع إطلاقه، و ابتداء الزمان المشترط مع تقييده به، متصلًا كان أم منفصلًا، و تصحّ الإجاره فيه بقسميه، و كذا في الأوّل على الأشهر الأظهر.

خلافًا للطوسي في المبسوط و الخلاف في الأوّل (٢)، فأبطلها به، و اشترط في صحتها فيه تعيين المدّه.

و له فيهما في القسم الثاني من الثاني، و تبعه فيه الحلبي (٣)، فأبطلها أيضًا.

و عموماً الأدلّه من الكتاب و السنّه، و فحوى النصوص الوارده في المتعه الدالّه جملها على الصّحّه مع الإطلاق (٤)، و آخر منها عليها مع اشتراط الانفصال (٥) و هي مع كثرتها منجره أو معتضده بالشهره ثمّه، كما سيأتى إليه الإشاره حجه عليهما.

نعم، ينبغى تقييد الصّحّه في صورته الإطلاق بصوره دلالة العرف على

ص: ٢٩

١- راجع ص: ٢٠.

٢- المبسوط ٣: ٢٣٠، الخلاف ٣: ٤٩٦.

٣- الكافي في الفقه: ٣٤٩.

٤- الوسائل ٢١: ٤٣ أبواب المتعه ب ١٨.

٥- الوسائل ٢١: ٧٢ أبواب المتعه ب ٣٥.

الاتصال، وإلا كانت باطلة؛ للجهالة.

ولا ينافيه إطلاق تلك النصوص وعبائر كثير من الجماعة الحاكمين بالصحة في هذه الصورة، كالقاضي والحلي (١)؛ لوروده مورد الغالب، فإنّ عدم انصراف الإطلاق إلى الاتصال كاد أن يلحق بالنادر و أئى نادر، ولعله لذا أنّ الفاضل في الإرشاد و الماتن في الشرائع (٢) ادّعى انصراف الإطلاق مطلقاً إلى ذلك. ولعله كذلك.

و في المقدّر بغير المدّة عند المطالبة. وقيل: عند الفراغ من العقد مطلقاً كالسابق؛ لانصراف الإطلاق إلى التعجيل، و لم يثبت في مثله إلا إذا كان ثمة قرينه من عرف أو عادة، و لا كلام معها.

و لو مضت مدّة يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها بنفسه و كانت العين في يد المستأجر و المدّة ما تعيّن شرعاً للاستيفاء، إمّا بالتعيين أو ما في حكمه، كما إذا عيّن المنفعة بالعمل فإنّ مدّتها هي الزمان الذي يسعها عادة استقرّت الأجره على المستأجر مطلقاً و لو لم ينتفع بها، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الغنية (٣)؛ و هو الحجة.

مضافاً إلى العمومات الحاكمة بلزومها بمجرّد العقد، و إنّما لم يجب تسليمها به بل بعد تسليم العين أو العمل لمصلحة المستأجر و ترتب الضرر عليه بتكليفه عليه قبله، و هو هنا قد أقدم على الضرر بتركه الانتفاع، و لا تقصير من جهه المؤجر.

و في الخبر القريب من الموثق: رجل استأجر من رجل أرضاً فقال:

ص: ٣٠

١- القاضي في المهذب ١: ٤٧٦، الحلّي في السرائر ٢: ٤٦١.

٢- الإرشاد ١: ٤٢٢، الشرائع ٢: ١٨٣.

٣- الغنية (الجوامع الفقهيّة): ٦٠٠.

آجرنيها بكذا و كذا إن زرعتها، فإن لم أزرعها فأعطيتك، فلم يزرعها، قال:

« له أن يأخذ إن شاء تركه و إن شاء لم يتركه » (١).

و لا- فرق في ثبوت الأجر عليه بالتسليم بين كون الإجاره صحيحه أو فاسده، فإنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده بمقتضى القاعده الكليّه المتفق عليها، لكن مع الفساد يلزم اجره المثل عمّا فات من المنافع في يده.

و في حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدّه، أو مضت مدّه يمكنه الاستيفاء فتستقر الأجره هنا أيضاً، لكن قيل: لا بد فيه من تقييده بالصحيحه (٢).

و إذا عين الماجر حين العقد جهه الانتفاع فيما يتعدّد فيه لم يتعدّها المستأجر بلا إشكال؛ عملاً بمقتضى العقد و الشرط اللازم الوفاء بهما.

و يضمن مع التعدّي لعموم: على اليد (٣)، و خصوص ما مرّ من النصوص (٤).

و لو تلفت العين المعين في العقد استيفاء المنفعه منها قبل القبض أو بعده بلا- فصل أو امتنع الماجر من التسليم مدّه الإجاره بطلت الإجاره بلا خلاف في الأولين في الظاهر، و به صرح في التنقيح (٥)،

ص: ٣١

- 
- ١- الكافي ٥:٧/٢٦٥، الفقيه ٣:٦٨٢/١٥٥، التهذيب ٧:٨٦٧/١٩٦، الوسائل ١٩:١٢٣ أبواب أحكام الإجاره ب ١٨ ح ١.
  - ٢- الحدائق ٥٨٤:٢١.
  - ٣- عوالي اللآلي ١٠٦/٢٢٤، سنن البيهقي ٦:٩٥، مسند أحمد ٥:٨، المستدرک ٧:١٤ أبواب الوديعه ب ١ ح ١٢.
  - ٤- راجع ص: ١٦.
  - ٥- التنقيح الرائع ٢:٢٧١.



قيل (١): لفوات المتعلق فيكون كتلف المبيع قبل قبضه، واستيفاء المنفعة هنا بتمامها قائم مقام القبض في المبيع، كما أن استيفاء بعضه كقبض بعضه.

و لو لا- الاتفاق على هذا الحكم لأمكن المناقشه فيه على إطلاقه، بل مطلقاً؛ لمخالفته الأصل الدالّ على لزوم الأجره، وانتقال المنفعه إلى ملك المستأجر بمجرد العقد، فرجوع كلّ منهما إلى مالكما الأول مخالف للأصل، و لا دليل عليه سوى القياس على البيع، و هو فاسد بعد اختصاص الدليل به.

نعم، لو كان التلف من قبل المؤجر أمكن ثبوت الحكم هنا؛ لتفويته المنفعه على مالكما، فيضمن.

لكن البطلان فيه أيضاً محل إشكال، و غايه الإلتلاف الرجوع إلى تضمين المتلف اجره المثل، لا المسمى.

و في حكم تلف الجميع تلف البعض، إلا أنّ البطلان هنا يختص بالتالف، و يتخير في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقه، و إمساك الحصه بقسطها من الأجره.

و طريق التقسيط في العين المتساويه الأجزاء ظاهر، و في غيرها: بأن تقوم اجره مثل جميع المدّه ثم تقوم الأجزاء السابقه على التلف و ينسب إلى المجموع، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبه.

و على إشكال في الأخير: من أن التسليم شرط للاستحقاق بالاتفاق، فليس لأحد على الآخر شيء، و يفسخ العقد بنفسه؛ لأنه بمنزله تلف

ص: ٣٢

المبيع والعين قبل التسليم.

و من أنّ المنفعة مملوكة له و قد منعه عنها، و هي مضمونه كالأعيان، كما إذا غضب العين غاصب، فللمستأجر الخيار في الفسخ و الإلزام بالتسليم، و له أجره المثل مع عدم الفسخ، و المسمى معه، و به أفتى الماتن في الشرائع و الفاضل في الإرشاد و الشهيدان في اللمعتين و المقداد في التنقيح (١)، و هو الوجه.

و اشتراط التسليم للاستحقاق مطلقاً ممنوع، بل هو مختصّ بالمؤجر.

و عدم استحقاقه الأجره مع الامتناع عنه مسلّم، إلّا أنّه لا ينفى استحقاق المستأجر للمنفعة، بل له المطالبة بها أو بديلها. و لا فرق فيه كالسابق بين الامتناع من تسليم الجميع أو البعض، فله الفسخ لتبعض الصفقه. خلافاً للقاضي فحكم بالزوم (٢). و هو ضعيف.

و ذكر جماعه من الأصحاب من غير خلاف أجده أن المستأجر لو منعه الظالم عن الانتفاع بالعين المستأجره بعد القبض لها لم تبطل الإجاره؛ لاستقرار العقد بالقبض، و براءة المؤجر و الحال أن العين موجوده، فيمكن تحصيل المنفعة منها و إنّما المانع عارض.

و كان الدرك أي درك المنفعة على الظالم فيرجع المستأجر عليه بأجره مثل المنفعة الفائته في يده. و لا فرق بين وقوع الغصب في ابتداء المدّة و خلالها.

و لو كان المنع قبل القبض لم تبطل أيضاً، إلّا أن للمستأجر الخيار بين

ص: ٣٣

١- الشرائع ٢: ١٨٦، الإرشاد ١: ٤٢٤، اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٣٥٢، التنقيح الرائع ٢: ٢٧١.

٢- المهذب ١: ٤٧٥.

الفسخ؛ لأنّ العين قبل القبض مضمونه على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذرها، و مطالبه المؤجر بالمسمى، لفوات المنفعة، و الرضا بالإجاره و انتظار زوال المانع، أو مطالبه المانع بأجره المثل.

قيل: بل يحتمل مطالبه المؤجر بها أيضاً؛ لكون العين مضمونه عليه حتى تقبض (1). و لا يسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدّة لأصالة البقاء.

و كثير من هذه الأحكام منظور فيه إن لم ينعقد الإجماع عليه، و لكن عدم ظهور الخلاف لعلّه كافٍ في إثباته، إلّا أن ظاهر العبارة مفهوماً البطلان مع المنع قبل القبض، إلّا أن وجهه لمخالفته الأصل غير واضح، مع أن الأكثر على خلافه.

و لو انهدم المسكن المستأجر تخيّر المستأجر في الفسخ و إن كان بعد استيفاء شيء من المنفعة، و لا- يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار؛ لأنّ المعتبر منه ما وقع في العوض المعيب الذي تعلّقت به المعاوضه، و هو هنا المنفعة، و هي تتجدّد شيئاً فشيئاً، و ما لم يستوفه منها لا يتحقّق فيه التصرف المسقط.

و إطلاق العبارة يقتضى ثبوت الخيار مطلقاً و لو خرج المسكن بالانهدام عن إمكان الانتفاع به أصلاً، أو أمكن إعادته بحيث لا يفوت عليه شيء معتدّ به.

و الأوّل لا ينطبق على ما ذكره من أن تلف العين يبطل الإجاره.

و للثاني وجه من حيث ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، و به أفتى

ص: ٣٤

الشهيد الثاني (١) والمفلح الصيمري.

خلافاً لبعض المتأخرين، فلم يثبت له الخيار، وحكم بلزوم العقد (٢). ولعله للأصل، وانتفاء الضرر الموجب للفسخ مع التزام المالك بالإعادة بالنهج المتقدّم.

وهو أوجه، إلّا أن يثبت أن ثبوت الخيار بنفس الانهدام من حيث هو هو، فيتّجه حينئذٍ العمل بالاستصحاب. ولكنّه غير معلوم؛ لعدم وضوح دليله، إذ ليس إلّا نفي الضرر، وجوابه قد مرّ، أو الإجماع، وضعفه أظهر، لمكان الخلاف، وعدم العلم به من وجه آخر.

وحيث لم يفسخ كان له إلزام المالك بإصلاحه توصلاً إلى حقّه اللازم على المالك أدائه بدفع ما يحصل به.

ويحتمل قوياً العدم، وفاقاً للفاضل في الإرشاد (٣)؛ للأصل، وعدم دليل صالح على الوجوب، إذ اللازم عليه إنّما هو تسليم العين المستأجره وما يتوقّف عليه الانتفاع من الأبواب والمفاتيح، وأما التعمير بعد الخراب فلا، إذ ليس متعلّق العقد بالكلية.

ولا يسقط من مال الإجاره شيء لو كان الهدم بفعل المستأجر مطلقاً، كان على جهة الانتفاع أو غيرها، ما لم يكن فيه من طرف الموجر تعدّد أو تفریط، ومع أحدهما يتقاصان إذا كان ثمّة شرائط التقاص، وإلّا فعلى المالك الأجره للمستأجر، وعليه بدل التالف للمالك.

### أن تكون المنفعة مباحة

و خامسها: أن تكون المنفعة مباحة في الشريعة فلو

ص: ٣٥

١- الروضة ٣٥٣:٤، المسالك ٣٢٩:١.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ١٠:٦١.

٣- الإرشاد ١:٤٢٤.

آجره دابّه أو مسكناً مثلاً ليحمل أو يحرز فيه الخمر المتخذة للشرب، أو دكاناً لبيع فيه آلات محرّمه، أو أجيراً ليحمل مسكراً أو ليعلمه الغناء ونحوه من الأمور المحرّمه لم تنعقد الإجاره على الأظهر الأشهر، بل لا يكاد يوجد فيه من الأصحاب مخالف، وإن حكى الصحّه لكن بشرط أن يعمل غير ذلك قولاً في الشرائع (١)، و لم أظفر على قائله منّا.

نعم، حكاه في نهج الحقّ (٢) عن أبي حنيفه مدّعياً على خلافه و عدم الجواز إجماع الإماميه، و دعواه الإجماع على البطلان ظاهره بقرينه المقابله، و به صرّح في الغنيه (٣)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى استلزام الصحّه إمّا جواز استيفاء تلك المنفعه المحرّمه، و هو مع عدم وجود قائل به فاسد بالبديهيّه، أو تبديل تلك المنفعه بالمنفعه المحلّله كما قاله أبو حنيفه، و هو أظهر فساداً من الأوّل، فإنّها غير ما وقع عليه العقد بلا شبهه، هذا.

مع ما في بعض المعترضه المنجبره بل المعتضده بالشهره، بل عدّت صحيحه (٤): الرجل يؤاجر البيت فيباع فيه الخمر، قال: «حرام أجرته» (٥).

و حرمة الأجره لعلّها ظاهره في بطلان الإجاره أولاً لفهم الطائفه، و ثانياً للاستقراء الموجب لذلك و لو على سبيل المظنّه؛ لعلبه ذكر حرمة

ص: ٣٦

١- الشرائع ١٨٦:٢.

٢- نهج الحق: ٥٠٨.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٠.

٤- مجمع الفائده و البرهان ٥٥:١٠.

٥- الكافي ٨/٢٢٧، التهذيب ٦/٣٧١، الإستبصار ٣/١٧٩/٥٥، الوسائل ١٧:١٧٤ أبواب ما يكتسب به ب ٣٩ ح ١.

الأجره فى بيان بطلان المعامله فى مواضع كثره يحصل بملاحظتها ظنّ بانسحاب ذلك فى نحو المسأله.

و أما الصحیح: رجل يؤجر سفینته أو دابته ممّن یحمل فیها أو علیها الخمر و الخنازیر، قال: «لا بأس» (١) فمع كونه مكاتبه محتمله للتقیه عن رأى أبى حنیفه محمول على الجاهل بأنّ المستأجر یفعل فیها ذلك، أو على أنّ الحمل یجوز أن یكون للتخلیل و نحوه.

ثمّ إنّ الخلاف لو كان فإنّما هو فى البطلان، و أمّا التحريم فثابت قولاً واحداً فیما إذا اوجر لیعمل الحرام، و أمّا لو اوجر ممّن یعمل ذلك فجائز كذلك مع عدم العلم بالحال، و أمّا معه فإشكال، مضى و جهه فى البیع (٢).

و لكن الوجه هنا القطع بالمنع؛ لاستلزام الجواز الإعانه على الإثم المحرّمه كتاباً و سنّه، و اختصاص النصوص المجوّزه على تقدير سلامتها من الطعن بالبیع خاصّه، و لا وجه للتعدیه غیر القیاس المحرّم فى الشریعه.

و هنا شرط سادس لم یذكره الماتن صریحاً، لكنه أشار إلیه بقوله:

و لا تصحّ إجاره العبد الأبق أو الجمّل الشارد الذى لا یتمكن من تسلیمه و تسلّمه، أو المغصوب الذى لا یملك الماجر التصرف فیه، بلا خلاف؛ لعدم القدره على التسليم فى شىء من ذلك، مع كونها شرطاً بالإجماع، كما فى الغنیه و شرح الإرشاد للفاضل الأردبیلی (٣)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلی استلزام الصحّه مع عدمها الغرر و السفاهه المانعین عن

ص: ٣٧

١- الكافى ٥: ٢٢٦، التهذیب ٦: ٣٧٢/١٠٧٨، الإستبصار ٣: ١٨٠/٥٥، الوسائل ١٧: ١٧٤ أبواب ما یكتسب به ب ٣٩ ح ٢.

٢- راجع ج ٨ ص ١٤٤.

٣- الغنیه (الجوامع الفقهیة): ٦٠٠، مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٥٨.

اللهم إنا أن تكون هناك ضميمه هي بالذات من الإجاره مقصوده، فتصح حينئذ كالباع، وقد مضى التحقيق في وجهها ثمه (١).

بل قيل بالصحة معها في العبد مطلقاً، ولو لم تكن بالذات مقصوده؛ إلحاقاً لها بالبيع، لا- بالقياس، بل لدخولها في الحكم بالأولوية، لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله (٢).

و الوجه المنع؛ لقوّه دليله، وفقد النصّ المجوّز هنا، فيقتصر فيه على مورده و هو البيع خاصّه، والأولوية ممنوعه؛ لقيام الفارق، و هو احتمال استناد الصحة في البيع إلى إمكان الانتفاع بالآبق بالعتق و نحوه. و لا كذلك المسأله؛ لعدم إمكان الانتفاع بمثل ذلك و غيره بالكليه، و به أفتى الفاضل في الإرشاد و شيخنا في المسالك و الروضه (٣)، و إن تردّد فيه الماتن في الشرائع و الفاضل في التحرير و التذكرة (٤).

و على الجواز هل يعتبر في الضميمه إمكان أفرادها بالإجاره أم بالبيع، أم يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما؟ أوجه: من حصول المعنى و هو أفراد الضميمه بالمعاوضه في كلّ منهما، و من أنّ الظاهر ضميمه كل شيء إلى جنسه، و قوّى الشهيد كما حكى (٥) الثاني.

ثمّ كلّ إذا لم يقدر كلّ منهما على تسليم العين و تسلّمها. و لو آجره ممّن يقدر على تحصيله صحّ من غير ضميمه؛ للأصل، و العمومات، و فقد

ص: ٣٨

١- راجع ج ٨ ص ٢٦١.

٢- قال به الشهيد في اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٣٥٠.

٣- الإرشاد ٤٢٤: ١، المسالك ٣٢٩: ١، الروضه ٣٥١: ٤.

٤- الشرائع ١٨٦: ٢، التحرير ٢٤٨: ١، التذكرة ٢٩٦: ٢.

٥- حكاة الشهيد الثاني في المسالك ٣٢٩: ١، و الروضه ٣٥١: ٤.

الدليل المانع هنا.

و لا- يضمن صاحب الحَمَام الثياب و إن شاهدها عند النزح و قيل له: احفظها، و سكت إلاً أن يودع و يقبل فيفَرِّط في الحفظ، فيضمن حينئذٍ، بلا خلاف في شيء من ذلك بيننا، و عليه ادّعى في السرائر إجماعنا (١)؛ لأنه مع الإيداع منه أمين فلا يضمن إلاً مع التفريط، و مع عدمه فالأصل براءة ذمّته من وجوب حفظ مال الغير مع عدم التزامه به.

مضافاً إلى النصوص، منها: «لا ضمان على صاحب الحَمَام فيما ذهب من الثياب، لأنه إنما أخذ الجعل على الحَمَام، و لم يأخذ على الثياب» (٢) و نحوه بدون التعليل مروى عن قرب الإسناد (٣).

و منها المرتضوى: «أتى بصاحب حَمَام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، و قال: إنما هو أمين» (٤).

و يستفاد منه من حيث الحكم بأمانته على الإطلاق ضمانه مع التفريط و إن لم يودع. و فيه إشكال، و في السند قصور، فالرجوع إلى ما قدّمناه من الأصل لازم.

ص: ٣٩

١- في كتاب القضاء في باب النوادر منه (٢:٢٠٠) قال بعد نقل بعض ما سيأتي من الأخبار: هذا خبر صحيح؛ لأن الإجماع منعقد من أصحابنا على هذا إذا لم يستحفظه الثياب. فأما إذا استحفظه و فرّط في الحفاظ فعليه الضمان؛ لأنه صار مودعاً، و كذلك إذا استأجره على حفظ الثياب و دخول الحَمَام، فإنه يجب عليه حفاظها، فإذا فرّط في ذلك فإنه يجب عليه الضمان، فأماً إذا لم يستحفظه و لا استأجره على حفظها فلا ضمان عليه، كما ورد في الحديث. (منه رحمه الله).

٢- التهذيب ٦: ٨٦٩/٣١٤، الوسائل ١٩: ١٤٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٨ ح ٣.

٣- قرب الإسناد: ٥٥٣/١٥٢، الوسائل ١٩: ١٤٠ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٨ ح ٢.

٤- الكافي ٥: ٨/٢٤٢، الفقيه ٣: ٧١٦/١٦٣، التهذيب ٧: ٩٥٤/٢١٨، الوسائل ١٩: ١٣٩ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٨ ح ١.



و لو تنازعا فى أصل الاستىجار فأدعاه أحدهما و أنكره الآخر و لا بینه فالقول قول المنكر مع يمينه بلا خلاف؛ لأصاله عدمها، و لا فرق بين كون المنكر المالك أم الآخر.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه. و إن كان بعد استيفاء شىء منها أو الجميع الذى يزعم من يدعى وقوع الإجاره أنه متعلق العقد و كان المنكر المالك، فإن أنكر مع ذلك الإذن فى التصرف و حلف استحق أجره المثل، و إن زادت عن المسمى بزعم الآخر.

و لو كان المتصرف يزعم تعيينها فى مال مخصوص و كان من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن أجره المثل، و لا تسلط له على إلزامه بأخذ النادر؛ للأصل، مع عدم الضرر، فإن ساواها أخذه، و إن نقص و جب على المتصرف الإكمال، و إن زاد صار الباقي مجهول المالك؛ لزعم المتصرف استحقاق المالك له و هو ينكر.

و إن كان مغايراً له و لم يرض المالك به و جب عليه الدفع من الغالب، و لا يجوز له إلزام المالك بأخذ النادر؛ لما يترتب عليه من الضرر، و يبقى ذلك بأجمعه مجهولاً، و يضمن العين بإنكار الإذن، و لو اعترف به فلا ضمان.

و إن كان المنكر المتصرف و حلف و جب عليه أجره المثل، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبه به إن كان دفعه؛ لاعترافه باستحقاق المالك له، و جب عليه دفعه إن لم يكن دفعه، و ليس للمالك قبضه؛ لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى.

و إن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبه بالزائد إن كان

دَفَعَهُ، و سقط إن لم يكن، و العين ليست بمضمونه عليه هنا؛ لاعتراف المالك بكونها أمانه بالإجاره.

و لو اختلفا في ردّ العين المستأجره فادّعاها المستأجر و لا- بيّنه فالقول قول المالك مع يمينه بلا خلاف في الظاهر و لا إشكال؛ لأصالة العدم السليمه عن المعارض من نحو ما قيل في الوديعه من الإحسان المحض النافي للسييل عليه بمطالبه البيّنه؛ لقبضه هنا لمصلحه نفسه، فلا إحسان منه يوجب قبول قوله فيه بلا بيّنه، مع مخالفته للأصل.

و كذا القول قول المالك مع يمينه لو كان الاختلاف في قدر الشىء المستأجر بفتح الجيم، و هو العين المستأجره، بأن قال: آجرتك البيت بمائه، فقال: بل الدار أجمع بها، و لا بيّنه، على المشهور بين المتأخرين، وفاقاً للحلّى (١)؛ لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عمّا اتّفقا عليه.

و قيل: يتحالفان و تبطل الإجاره؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع و منكر (٢).

و يضعف: بأنّ ضابطه التحالف عندهم أن لا يتّفقا على شىء، كما لو قال: آجرتك البيت الفلانى، فقال: بل الفلانى، و ليس المقام كذلك؛ لاتّفاقهما على وقوع الإجاره على البيت و على استحقاق الأجره المعينه، و إنّما الاختلاف في الزائد، فيقدّم قول منكره.

و كذا لو اختلفا في قدر الأجره بعد اتّفاقهما على العين و المدّه، فادّعى المالك الزيادة و الآخر النقصان فالقول قول المستأجر مع يمينه وفاقاً لمن تقدّم؛ لما مرّ.

ص: ٤١

١- السرائر ٢:٤٦٤.

٢- جامع المقاصد ٧:٢٩٧.

خلافاً للخلاف و الغنيه (١)، فالرجوع إلى القرعه، فمن خرج اسمه حلف و حكم له؛ للإجماع على أنها لكل أمر مشكل.

و فيه نظر؛ إذ لا- إشكال؛ لاتفاقهما على مطلق الإجاره، و إنما اختلفا في قدر الأجره، و الموجر يدعى الزيادة و ينكرها المستأجر، فيكون على المدعى البيئه، فإن عجز حلف المستأجر و برئ من تلك الزيادة.

و للإسكافي و المبسوط (٢)، فالتحالف إن كان الاختلاف قبل مضي المده، و إلا فالقول قول المستأجر، قال: و هذا هو الذي يقتضيه مذهبنا.

و للقاضي (٣)، فالتحالف إن حلفا، و إلا فقول أحدهما مع يمينه إن نكل صاحبه، و إن نكلا- أو حلفا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل و كان القول قول المالك مع يمينه في الماضي، فإن لم يحلف كان له اجره المثل.

و مرجعهما إلى التحالف فيضعف بما مرّ في المسأله السابقه، و مع ذلك هما كسابقهما شاذان لم أر من المتأخرين مفتياً بهما، و إن استوجه الفاضل في المختلف (٤) القول بالتحالف بعد رده.

ثمّ ذا كلّ إذا لم يكن بيئه، فلو كانت لأحدهما قيل (٥): حكم له بها مطلقاً.

و لو أقامها كلّ منهما ففي تقديم قول المدعى؛ لأنّ القول قول المنكر فلا حكم لبيئته، أو التحالف؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع باعتبار و منكر بآخر، أو

ص: ٤٢

١- الخلاف ٥٢١:٣، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠١.

٢- نقله عن الإسكافي في المختلف: ٤٦٢، المبسوط ٢٦٦:٣.

٣- المذهب ٤٧٤:١.

٤- المختلف: ٤٦٢.

٥- التنقيح الرائع ٢٧٤:٢.

القرعه؛ لحصول الإشكال مع البينه احتمالات، أو جهها الأوّل.

و كذا يقدّم قول المستأجر مع يمينه و عدم البينه لو ادّعى الموجر عليه التفريط فأنكره؛ للأصل، مضافاً إلى أمانته الموجهه لذلك بمقتضى النصوص المستفيضة.

و ثبت اجره المثل فى كلّ موضع تبطل فيه الإجاره مع استيفاء المنفعه أو بعضها مطلقاً، زادت عن المسمّى أم نقصت عنه؛ لاقتضاء البطلان رجوع كلّ عوض إلى مالكة، و مع استيفاء المنفعه يمتنع ردّها فيرجع إلى بدلها، و هو اجره المثل.

قيل (١): إلّا أن يكون البطلان باسّراط عدم الأجره، أو عدم ذكرها فى العقد بالمرّه؛ لدخول الموجر على ذلك، و استحسّنه فى المسالك (٢).

و هو كذلك فى القسم الأوّل؛ للأصل، و رجوعه إلى العاربه و إن عبّر عنها بلفظ الإجاره الظاهره فى عدم التبرّع و لزوم الأجره، فإنّ التصريح بعدمها بعده أقوى من الظهور المستفاد منها قبله، فالظاهر يدفع بالنص، سيّما مع اعتضاده بالأصل، فيرجع إلى العاربه بناءً على عدم اسّراط لفظٍ فيها، و أنّه يكتفى فيها بما دلّ على التبرّع بالمنفعه، و قد تحقّق فى فرض المسأله و يشكّل فى الثانى؛ لاندفاع الأصل بظهور لفظ الإجاره فى لزوم الأجره و عدم التبرّع، و لا معارض له يصرفه عن ذلك الظهور من نصّ أو غيره، فإنّ عدم ذكر الأجره لا يدلّ على التبرّع بالمنفعه بإحدى الدلالات الثلاث؛ لاحتمال استناده إلى نحو النسيان و الغفله، فالأخذ بالظاهر متعيّن إلى تحقّق الصارف عنه إلى العاربه، كما تحقّق فى الشق الأوّل.

ص: ٤٣

١- كما قال به الشهيد الأوّل على ما حكى عنه فى المسالك ١:٣٢٢.

٢- المسالك ١:٣٢٢.

و أصله البراءة عن الأجره بعد ظهور لفظ الإجاره فى لزومها و عدم التبرّع غير كافيه، و اشتراط الصراحه بلزوم الأجره لا يلائم ما ذكره من لزومها بمجرد انتصاب الأجير للعمل بالأجر، كالسمسار و الدّالّ، بل الحكم بلزومها ثمّه يوجب الحكم به هنا بطريق أولى، كما لا يخفى، فإذا الحكم بلزوم اجره المثل هنا أولى.

ثم إنّ كلّ ذا مع جهلها بالفساد، و أمّا مع علمها به فلا يستحقّ المؤجر شيئاً؛ لأن علمه به يصير دفعه المنفعه فى حكم التبرّع و البذل من دون عوض و أجره، فيصير كالعاريّه.

و لا- يجب على المستأجر دفع الأجره، فلو دفعها مع العلم بالفساد كان بمنزله الهبه، له الرجوع فيها ما دامت العين باقيه و المدفوع إليه غير رحم.

و لو اختصّ بالجهل كان له الرجوع مطلقاً و لو كانت تالفه أو كان المدفوع إليه رحماً، فإنّ الدفع هنا ليس بمنزله الهبه، بل فى مقابله العمل المتوهم للجهل بالفساد لزوم المدفوع بسببه، و حيث ظهر الفساد و عدم السببيه كان له الرجوع بما دفعه، و العمل لا يوجب شيئاً؛ لعلم صاحبه بالفساد و كونه به متبرّعاً.

و لو انعكس فاختصّ الموجر بالجهل استحقّ اجره المثل، كما إذا شاركه الآخر فى الجهل، و العين مضمونه فى يد المستأجر مطلقاً، كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (1)؛ و لعلّه لعموم الخبر بضمان ما

ص: ٤٤

و ربما يستشكل فيه في صورته جهله بالفساد؛ لأناطه التكليف بالعلم و ارتفاعه مع الجهل.

و هو كما ترى، فإنّ التلف في اليد من جملة الأسباب لا يختلف فيه صورتا العلم و الجهل حين السبب، و التكليف برّد البدل ليس حين الجهل، بل بعد العلم بالسبب.

نعم، ربّما يشكل الحكم في هذه الصورة بل مطلقا لو كان الموجر عالماً بالفساد؛ لكون ترتّب اليد على العين حينئذٍ بإذن المالك، فلا ينصرف إلى هذه الصورة إطلاقا الخبر المتقدّم.

مضافاً إلى ما عرفت من رجوع الإجاره في هذه الصورة إلى العاربه، و الحكم فيها عدم ضمان المستعير، كما تقدّم.

و لا كذلك لو كان جاهلاً به؛ لضمان المستأجر فيه و لو حصل الدفع فيه بالإذن أيضاً، فإنّه كعدمه؛ لابتناؤه على توهم الصحه فيكون كالإذن المشروط بها، فإذا ظهر الفساد لم يكن ثمّه إذن بالمره، و لعلّ مراد الأصحاب غير هذه الصورة.

و لو تعدّى بالدائنه بل مطلق العين المستأجره فسار بها زياده عن المسافه المشترطه في إجارته ضمن قيمتها مع التلف، و الأرش مع النقص و لزمه في الزائد أجره المثل له، مضافاً إلى المسمّى مطلقاً، و لو مع الأمرين، وفاقاً للمبسوط و المختلف و التنقيح (٢)؛ للصحيح: «..عليك

١- عوالى اللئلى ١٠/٣٤٥، المستدرک ١٤:٧ أبواب الوديعه ب ١ ح ١٢، سنن البيهقى ٦:٩٥، مسند أحمد ٨:٥.

٢- المبسوط ٣:٢٢٥، المختلف: ٤٦٨، التنقيح الرائع ٢:٢٧٤.

مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل، و مثل كراء البغل ركباً من النيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفه توفيه إياه»..فقلت:

أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ و ليس كان يلزمني؟قال: «نعم، قيمه البغل يوم خالفته» قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، فقال: «عليك قيمه ما بين الصحيح و المعيب يوم تردّه» (١) الخبر، و هو طويل مشهور.

خلافاً للقاضي، فقال: يلزم مع التلف قيمه لا غير، و مع النقص أما الأجره أو قيمه الناقص (٢).

و هو شاذّ محجوج بالصحيح المزبور، و أصله عدم التداخل بناءً على أن كلياً منهما يثبت بسبب، فالنقص بالجنايه و الأجره باستيفاء المنفعه المملوكه، و ما ذكره هو فتوى أبي حنيفه، و قد خطأه عليه السلام في صدر الصحيحه، فقال: «في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها». ثم إن ظاهرها كما ترى أنّ المعبر في قيمه قيمه يوم التفريط و عليه الأكثر هنا؛ لها، و لأنه يوم تعلقه بذمته، كما أن الغاصب يضمن قيمه يوم الغصب، إلا أن الظاهر من قوله: «يوم تردّه» خلافه؛ مضافاً إلى عدم صراحه سابقه فيه.

و قد قدّمنا التحقيق في ضعف دلالتها عليه في كتاب البيع (٣)، و لعلّه لذا قيل (٤): إنّ الأقرب ضمان قيمتها يوم التلف؛ لأنه يوم الانتقال إلى القيمه

ص: ٤٦

- 
- ١- الكافي ٥: ٢٩٠، التهذيب ٧: ٩٤٣/٢١٥، الإستبصار ٣: ٤٨٣/١٣٤، الوسائل ١٩: ١١٩ أبواب أحكام الإجاره ب ١٧ ح ١.
  - ٢- المهذب ١: ٤٨٥.
  - ٣- راجع ج ٨ ص ٢٥٣.
  - ٤- قال به الشهيدان في المعه و الروضه البهيه ٤: ٣٥٦.

لا قبله و إن حكم بالضمان قبل التلف بسبب التفريط السابق عليه؛ لأن المفروض بقاء العين فلا تنتقل إلى قيمه.

و فيه مناقشة ما ذكرت في بعض المباحث المذكوره ثمه.

و قيل (١): يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف.

و هو أوفق بالأصل الدال على لزوم تحصيل البراءة اليقينية، مع كونه أحوط في الجملة.

و كيف كان، موضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أم لو كان بسبب نقص في العين فلا شبهه في ضمان الناقص.

فإن اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم (٢) وفاقاً للحلى و أكثر المتأخرين، كالفاضلين و الشهيدين و التنقيح و المفلح الصيمرى و غيرهم (٣)، بل لعله عليه عامتهم؛ لأصله عدم زياده؛ ولأنه منكر فيكون القول قوله.

و في روايه عمل بها النهايه (٤) أن القول قول المالك و هى الصحيحه المتقدمه، فإن في آخرها: قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: « أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على قيمه فتلزمك، و إن ردّ اليمين عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك» الحديث.

ص: ٤٧

١- كما قال به الشيخ في الخلاف ٣:٤٩٣، و المبسوط ٣:٢٢٥، و العلامه في القواعد ١:٢٣٤.

٢- في «ح» و «ر» زياده: مع يمينه.

٣- الحلى في السرائر ٢:٤٦٥، المحقق في الشرائع ٢:١٨٧، العلامه في التحرير ١:٢٥٥، الشهيدان في اللمعه و الروضه البهيه ٤:٣٥٦، التنقيح ٢:٢٧٥ و انظر الكفايه: ١٢٧.

٤- النهايه: ٤٤٦.



و لو لا- إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و إطراح الروايه لكان المصير إليها لصحتها فى غاية القوه. لكن لا مندوحة عما ذكروه؛ لقوه الأصل بعملهم فيرجح عليها و إن كانت خاصه، لفقد التكافؤ.

و لمخالفتها الأصل اقتصر فى النهايه على موردها و هى الدابه، و وافق الأصحاب فيما عداه من الأعيان المستأجره.

و يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره قبل العمل؛ للأمر به فى المعتبره المنزّل عليه بلا خلاف، فعن الصادق عليه السلام: «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملنّ أجيراً حتى يُعلمه ما أجره» (١).

و عن الرضا عليه السلام أنه ضرب غلمانه حيث استعملوا رجلاً بغير مقاطعه، و قال: «إنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعه ثم زدته لذلك الشئ ثلاثه أضعافه على أجرته إلما ظنّ أنك قد نقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك و رأى أنك قد زدته» (٢).

و يجب على المستأجر إيفاؤه أجرته عند فراغه من العمل اللازم عليه؛ للنصوص المتقدمه المتضمنه بعضها: «لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أجرته» (٣) و غيره: «أعطهم أجورهم قبل أن يجفّ عرقهم» (٤).

ص: ٤٨

- ١- الكافى ٤/٢٨٩، التهذيب ٧/٩٣١/٢١١، الوسائل ١٩:١٠٥ أبواب أحكام الإجاره ب ٣ ح ٢.
- ٢- الكافى ٥/١/٢٨٨، التهذيب ٧/٩٣٢/٢١٢، الوسائل ١٩:١٠٤ أبواب أحكام الإجاره ب ٣ ح ١.
- ٣- الكافى ٥/٢/٢٨٩، التهذيب ٧/٩٢٩/٢١١، الوسائل ١٩:١٠٦ أبواب أحكام الإجاره ب ٤ ح ١.
- ٤- الكافى ٥/٣/٢٨٩، التهذيب ٧/٩٣٠/٢١١، الوسائل ١٩:١٠٦ أبواب أحكام الإجاره ب ٤ ح ٢.

و ظاهرها الوجوب كما فى العبارة.

خلافًا للمعه و الروضه (١): فالاستحباب. و لا- وجه له مع اعتبار النصوص، و اعتضاها بالقاعده المتقدم بيانها فى تحقيق الأمانه الشرعيه.

و لا يعمل الأجير الخاص و هو الذى يستأجر للعمل بنفسه مدّه معيّنه حقيقه أو حكماً، كما إذا استوَجِرَ لعمل معيّن أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده لغير المستأجر إلّا بإذنه، بلا خلاف.

قيل (٢): للموثق: عن الرجل يستأجر الرجل بأجرٍ معلوم فيجعله فى ضيعته، فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول: اشتر بها كذا و كذا، و ما ربحت بينى و بينك، فقال: «إذا أذن الذى استأجره فليس به بأس» (٣).

و فيه نظر؛ لأعميه الأجير فيه من الخاص، كالبأس المفهوم منه من التحريم، إلّا أن يخصّها بهما بمعونه الإجماع، لكن الحجه حينئذٍ هو دون نفس الروايه، فتأمل.

و الأصل بعده انحصار المنفعه المستحقه للمستأجر فيه بالنسبه إلى الوقت الذى جرت عادته بالعمل فيه كالنهار، فلا يجوز التصرّف فيها بغير إذنه، أمّا غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤدّ إلى ضعف فى العمل المستأجر عليه، بلا خلاف و لا إشكال؛ لعدم المنافاه.

و منه يظهر الوجه فى جواز عمله لغيره فى المعين عملاً لا ينافى حقّه، كإيقاع عقد فى حال اشتغاله بحقّه، فى أصحّ الوجهين.

ص: ٤٩

١- اللعه (الروضه البهيه ٤): ٣٥٤.

٢- قال به الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ١٠٨، و صاحب الحدائق ٢١: ٥٦٠.

٣- الكافى ٥: ١/٢٨٧، التهذيب ٧: ٩٣٥/٢١٣، الوسائل ١٩: ١١٢ أبواب أحكام الإجاره ب ٩ ح ١.

و الآخر العدم؛ لاستلزامه التصرف في ملك الغير.

و فيه نظر و إن جعله في المسالك و الروضه (١) وجهاً مقاوماً للأول، فإن ملك الغير ليس إلّا خصوص العمل المختص بالزمن المعين، و قد حصل من دون أن يدخل فيه التصرف الآخر و يتخلل.

و احترز بالخاص عن المطلق، و هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدّة، كتحصيل الخياطة يوماً، أو عن المدّة مع تعيين المباشرة، كأن يخيّط له ثوباً بنفسه من غير تعرّضٍ إلى وقت، أو مجرداً عنهما، كخياطة ثوب مجرداً عن تعيين الزمان، فإنّه بأقسامه يجوز أن يعمل لغير المستأجر و يوجر نفسه من غيره استئجاراً لا ينافي الاستئجار الأول، بلا خلاف.

أمّا الاستئجار المنافي كأن يوجر نفسه مدّة حياته مع تعيين المباشرة فلا يجوز؛ للمنافاه بينه و بين عمل ما استوجر عليه للأول، و هو حينئذٍ في معنى الخاص بالإضافة إلى قدر المدّة للعمل الأول.

ثم الخاص مطلقاً إن عمل لغيره في الوقت المختص فلا يخلو إمّا أن يكون بعقد إجاره، أو جعله، أو تبرّعاً:

ففي الأول: قيل (٢): يتخيّر المستأجر الأول بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد أو بعضها، و بين إبقائه، فإن اختار الفسخ و كان ذلك قبل أن يعمل له الأجير شيئاً فلا شيء عليه للأجير، و إن كان بعده تبعضت الإجاره و لزمه للأجير من المسمّى بالنسبه.

و إن بقى على الإجاره تخيّر في فسخ العقد الطارئ و إجازته؛ إذ

ص: ٥٠

١- المسالك ١:٣٢٣، الروضه ٤:٣٤٤.

٢- كما قال به الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٢٣، و الروضه ٤:٣٤٥.

المنفعة مملوكة له فالعاقد عليها فضولى.

فإن فسخه رجع إلى أجره المثل عن المدّة الفائته؛ لأنها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجاره و قد أتلف عليه، و يتخيّر فى الرجوع على الأجير؛ لمباشرته الإتلاف، أو المستأجر، لأنه المستوفى.

و إن أجازته ثبت له المسمى فى الاستيجار الثانى، فإن كان قبل تسلّم الأجير للمسمى فالمطالب به المستأجر؛ لأنّ الأجير هنا بمنزله فضولى باع ملك غيره فأجاز المالك، فإنّ الفضولى لا يطالب بالثمن بل المشتري.

و إن كان بعد تسلّمه و كانت الأجره معيّنه فى العقد فالمطالب بها من هى فى يده.

و إن كانت مطلقه فإن أجاز القبض و التسلّم أيضاً فالمطالب الأجير، و إلما المستأجر، ثم هو يرجع على الأجير بما تسلّم مع جهله، أو علمه و بقاء العين، بل مطلقاً فى وجه قوى.

و إن كان عمله بجعله تخيّر مع عدم فسخ إجارته بين إجازته فيأخذ المسمى منه أو من الجاعل بالتقريب المتقدّم، و عدمها فيرجع بأجره المثل.

و إن عمل تبرّعاً و كان العمل ممّا له اجره فى العاده تخيّر بين مطالبه من شاء منهما بأجره المثل إن لم يفسخ عقد نفسه، و إلّا فلا شىء إذا كان قبل أن يعمل الأجير له شيئاً، و لو عمل عملاً فحكمه ما سبق فى إجارته.

و فى معناه عمله لنفسه.

و لو حاز شيئاً من المباحات بتيه التملك ملكه، و كان حكم الزمان المصروف فى ذلك ما مرّ.



كتاب الوكالة و هي ثابتة بالكتاب و السنه و إجماع المسلمين كآفه، كما فى المهذب و عن السرائر و التذكره (١)، قال سبحانه فَاَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفَ [١] (٢). و قال: أيضاً اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي [٢] (٣). و الآيات آت بمعناها متظافره، كما أن السنه الخاصيه و العاميه به مستفيضه، بل متواتره سيأتى إلى جمله منها الإشاره فى تضاعيف الأبحاث الآتية.

و الكلام فيه يستدعى فصولاً:

### الأول فى حقيقه الوكالة

الأول: الوكالة بفتح الواو و كسرهما عباره عن الإيجاب و القبول الدالين على الاستنابه فى التصرف و عرفها بعضهم بأنها عقد يفيد نيابه الغير فى شىء، للموجب أن يتولاه بنفسه و غيره؛ ليدخل فى متعلقه الأفعال و الأقوال. بخلاف الأول؛ لاختصاصه بالأفعال، لأنها المتبادر من متعلق التصرف فيه.

و بتقييد الشىء العام للأمرين بما له أن يتولاه يخرج الفاسد منهما، و بتقييده بغيره ما لا يجوز أن يتولاه به، كالواجبات العينيه و النذور و الايمان و نحوهما.

ص: ٥٣

١- المهذب البارع ٣: ٢٩، السرائر ٢: ٨١، التذكره ٢: ١١٣.

٢- الكهف: ١٩.

٣- يوسف: ٩٣.

و لكن ينتقض طرداً بالقراض و المزارعه و المساقاه، و لذا قيده بعضهم بقوله: بالذات (١).

و كيف كان، يكفى فى كل من الإيجاب و القبول هنا ما يدل عليهما و لو بالإشارة المفهمه فى الأول، و الفعل الدال على الرضا فى الثانى، بلا خلاف أجده، و به صرح فى المفاتيح و حكى عن التذكرة (٢).

و لا- يشترط فى القبول الفوريه، بل يجوز تراخيه عن الإيجاب و لو طالت المدّه، إجماعاً منا، كما عن التذكرة (٣)، و حكاه فى المسالك و الروضه (٤) على جواز توكيل الغائب و القبول فيه متأخراً، و نحوه السرائر (٥)، بل جعله إجماع المسلمين.

و يدلّ عليه بالخصوص أخبار معتبره، كالصحيح: عن رجل أمر رجلاً- أن يزوجه امرأه بالمدينه و سمّاها له، و الذى أمره بالعراق، فنخرج المأمور فزوجه إياه (٦)، الحديث، فتأمل.

و الموثق: عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول: ابع لي ثوباً، فيطلب له فى السوق (٧)، الخبر.

و الخبر: فى رجل بعث إليه أبو الحسن الرضا عليه السلام بثلاثمائة دينار إلى رحيم امرأه كانت له و أمره أن يطلقها عنه و يمتّعها بهذا المال (٨).

ص: ٥٤

١- كالشهيّد الثانى فى الروضه ٣٦٧:٤.

٢- المفاتيح ٣:١٨٩، و حكاه عن التذكرة فى الحدائق ٢٢:٤.

٣- التذكرة ١١٤:٢.

٤- المسالك ١:٣٣٢، الروضه ٣٦٨:٤.

٥- السرائر ٩٥:٢.

٦- الفقيه ٣:١٢٩٠/٢٧١، الوسائل ٢٠:٣٠٥ أبواب عقد النكاح ب ٢٨ ح ١.

٧- التهذيب ٦:٩٩٩/٣٥٢، الوسائل ١٧:٣٨٩ أبواب آداب التجاره ب ٥ ح ٢.

٨- التهذيب ٨:١٢١/٤٠، الإستبصار ٣:٩٩٢/٢٧٩، الوسائل ١٤:٥٢٣ أبواب المزار ب ٧٠ ح ٦.

مضافاً إلى الأصل، و العمومات، و منهما يظهر عدم اشتراط عدم الردّ، وفاقاً لجماعه (١).

خلافاً للقواعد و التذكرة (٢)، فاشترطه. و لا- وجه له، إلّا أن يقال: بأن المقصود من الوكالة هو إباحة التصرف بإذن المالك، و هو مشكوك فيه بعد الردّ، فلعلّ المالك لم يرض بتصرفه بعده، و أصاله بقاء الإذن معارض بأصاله بقاء حرمه التصرف.

و هو لا- يتم إلّا مع علم الآذن بالردّ و حصول الشك في بقاء الإذن بعده، و الوجه فيه ما ذكره، دون ما إذا لم يعلم به، أو قطع بقاء إذنه.

و لا- حكم لو كاله المتبرّع بقبولها بعدم اشتراطه جعلاً أو أجره على عمله الذي ليس له أجره في العرف و العاده، كبرئه القلم، فلا يستحق أجره مطلقاً و لو نواها، لتبرّعه بالعمل لفظاً، مع أن الأصل عدمها.

و يحتمل العبارة معنى آخر، مبنى على إرادته التوكيل من الوكالة، أى:

لا حكم لتوكيل المتبرّع بتوكيله بأن وكلّ أحداً في التصرف في مال غيره فضولياً.

و هو مع توقّفه على البناء المتقدّم المخالف للظاهر، لكون الوكالة وصفاً قائماً بالوكيل دون الموكل لا ينطبق على القول بصحة الفضولي في الوكالة كما قال بها الماتن إلّا بتأويل الحكم في العبارة باللزوم دون الصحه، و هو أيضاً خلاف الظاهر، لكن هذا المعنى أنسب بالمقام ممّا قلناه.

و من شرطها أن تقع منجزه فلا تصحّ معلقه على شرط متوقّع،

ص: ٥٥

١- الكفايه: ١٢٨، الحدائق ٣٢: ٢٢، مجمع الفائده و البرهان ٥٣٠: ٩.

٢- القواعد ٢٥٢: ١، التذكرة ١١٤: ٢.



كقدوم الحاج و لا صفه مترقبه، كطلوع الشمس.

و يجوز تنجزها و تأخير التصرف إلى أمد بأن يقول: وكتتك الآن في كذا و لكن لا تتصرف إلّا بعد شهر مثلاً.

بلا خلاف في المقامين على الظاهر، و صرح به المفلح الصيمري في شرح الشرائع، بل في المسالك و عن التذكرة الإجماع عليهما (١)؛ و هو الحجج فيهما.

مضافاً إلى الأصل و إطلاقات الأدلّه من الكتاب و السنّه في الثاني. مع اعتضاد الحكم فيه بأنّه بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها الجامع لشرائطها التي من جملتها التنجيز. و هو و إن كان في معنى التعليق، إلّا أنّه لا دليل على المنع عنه على الإطلاق؛ لاختصاص الإجماع المانع عنه بالنوع الأول، فلا يتعدى إلى غيره؛ مضافاً إلى الإجماع على الصحه فيه.

و في صحه التصرف حيث فسدت بالتعليق بعد حصول المعلق عليه من أحد الأمرين بالإذن الضمني قولان:

من أنّ الفاسد بمثل ذلك إنّما هو العقد، أمّا الإذن الذي هو مجرد إباحه تصرف فلا، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، فتنفسد الوكالة دون الإذن، و أن الوكالة أخصّ من مطلق الإذن، و عدم الأخصّ أعمّ من عدم الأعم.

و من أنّ الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن. و ما يزيد عنه من مثل الجعل أمر زائد عليهما؛ لصحتها بدونه. فلا يعقل فسادها المدعى عليه الإجماع مع صحته. و هو أوجه.

ص: ٥٦

إلا أن يدعى اختصاص الإجماع على الفساد بصوره تضمّنها الجعل، و يشهد له مصير ناقله الذي هو الفاضل في التذكرة فيها و في المختلف إلى القول بصحة التصرف بالإذن الضمني (١)، كما هو فرض المسألة، و احتمله في القواعد أيضاً (٢)، كناقله الآخر في الروضه (٣).

فإذا تحقّق عدم الإجماع على الفساد في المسألة تعيّن المصير فيها إلى الصحّة؛ أخذاً بأدلتها من إطلاقات الكتاب و السنّه، لكنّها بعد لا يخلو عن شوب المناقشه، فالاحتياط فيها لازم البتّه.

سيّما إذا كانت التصرفات تصرفات ناقله بنحو من العقود اللازمه؛ لمخالفتها الأصل، و اختصاص المخالف له الدالّ على اللزوم من نحو:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [١] (٤) بمالك التصرفات بالأصالة دون مالكتها بالنيابه، و كفايه مثل هذا الإذن المشكوك في تأثيره في صرف أوامر الوفاء إلى مالكتها بالأصالة غير معلوم في الحكم بالصحّه و صرفها إليه البتّه، فتأمل.

و ليست الوكاله لايزمه لأحدهما بلا خلاف، كما عن التذكرة (٥)، و عليه الإجماع في ظاهر الغنيه (٦). فكل منهما إبطالها في حضور الآخر و غيبته، لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً.

و يأتي في صحه التصرف بالإذن الضمني ما مضى من احتمالها مطلقاً، و عدمها كذلك.

ص: ٥٧

١- التذكرة ١١٤:٢، المختلف: ٤٣٨.

٢- القواعد ٢٥٢:١.

٣- الروضه ٣٦٩:٤.

٤- المائده: ١.

٥- التذكرة ١٣٢:٢.

٦- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٧.

و ربّما فرّق هنا بين إعلام الموكل بالعزل فالثاني، و إلّا فالأوّل.

و الثاني أشهر، بل ظاهر الغنيه الإجماع عليه (١)، و الأوّل أوجه لولاه، و مال إليه في المسالك مع تردّده فيه ثمه، قال: لأنّ الإذن صحيح جامع للشرائط، بخلاف السابق، فإنّه معلق. و في صحته ما قد عرفت، و من ثمّ جزم في القواعد (٢) ببقاء صحته هنا، و جعل الصحه هناك احتمالاً (٣).

و لا- ينزل الوكيل بعزل الموكل ما لم يعلم العزل و إن أشهد بالعزل على الأصح الأشهر بين عامه من تأخّر، وفاقاً للخلاف و الإسكافي (٤)؛ للمعتبره الوارده عن أهل العصمه صلوات الله عليهم أجمعين، منها الصحيح في الفقيه: رجل وكلّ آخر على وكاله في إمضاء أمر من الأمور و أشهد له بذلك، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أني قد عزلت فلاناً عن الوكاله، فقال: «إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكلّ فيه قبل العزل عن الوكاله فإنّ الأمر واقع ماضٍ على إمضاء الوكيل، كره الموكل أم رضى» قلت: فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزله عن الوكاله فالأمر على ما أمضاه؟ قال: «نعم» قلت: فإنّ بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر، ثمّ ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: «نعم، إن الوكيل إذا وكلّ ثمّ قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً، و الوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه أو يشافه العزل عن الوكاله» (٥).

ص: ٥٨

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧.

٢- القواعد ٢٥٨: ١.

٣- المسالك ٢٣٣: ١.

٤- الخلاف ٦٤٢: ٣، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٣٦.

٥- الفقيه ١٧٠/٤٩، التهذيب ٥٠٣/٢١٣، الوسائل ١٩: ١٦٢ أبواب أحكام الوكاله ب ٢ ح ١؛ بتفاوت يسير.

و الصحيح فيه: « من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبداً حتى يُعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها»  
(١).

و الخبر القريب من الصحه بتضمن سنده جمله مّمن أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنهم العصابه: رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت، و خرج الرجل فبدا له، فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به و أنه قد بدا له في ذلك، قال: « فليعلم أهله و ليعلم الوكيل» (٢).

و نحوه آخر (٣)، و هو طويل تضمن حكم الأمير عليه السلام بذلك مع الإشهاد و عدم الإعلام.

و قصور سندهما منجبر بالشهره العظيمه المتأخره؛ مضافاً إلى الاعتضاد بالأخبار الأوله الصحيحه، فلا شبهه في المسأله.

خلافاً للفاضل في القواعد خاصه، فحكم بالعزل مطلقاً (٤).

و للنهايه و الحلّى و القاضى و الحلبي و ابنى زهره و حمزه (٥)، فالتفصيل بين الإشهاد فالثاني، و إلّا فالأول، و عليه ادعى في الغنيه إجماع الإماميه.

و غايته أنه روايه صحيحه واحده لا تقابل ما قدّمناه من النصوص

ص: ٥٩

---

١- الفقيه ١٦٦/٤٧:٣، التهذيب ٥٠٢/٢١٣:٦، الوسائل ١٩:١٦١ أبواب أحكام الوكاله ب ١ ح ١.

٢- الكافي ٤/١٢٩:٦، الفقيه ١٦٧/٤٨:٣، التهذيب ٥٠٥/٢١٤:٦، الإستبصار ٣:٩٨٨/٢٧٨، الوسائل ١٩:١٦٤ أبواب أحكام الوكاله ب ٣ ح ١.

٣- الفقيه ١٦٨/٤٨:٣، التهذيب ٥٠٦/٢١٤:٦، الوسائل ١٩:١٦٣ أبواب أحكام الوكاله ب ٢ ح ٢.

٤- القواعد ١:٢٥٨.

٥- النهايه: ٣١٨، الحلّى في السرائر ٢:٩٣، القاضى حكااه عنه في المختلف: ٤٣٧، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٨، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧، ابن حمزه في الوسيله: ٢٨٣.

المستفيضة المعتضده بالشهره،فليس فيها حجّه،كسائر ما علّل به الأوّل من أنّ العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلا يفتقر إلى علمه،كالطلاق و العتق.

و أن الوكاله من العقود جائزه فللموكل الفسخ و إن لم يعلم الوكيل، و إلّا كانت حينئذٍ لازمه.

فقد يضعّف الأوّل:بمنع المساواه بين العتق و المقام،فإنّ العتق فكّ ملكك و ليس متعلّقاً بغير العاقد،و ليس كذلك العزل في الوكاله؛ لتعلّقه بثالثٍ.

و الثاني:بتسليم جواز الفسخ،لكن يحتمل أن يكون ترتّب أثره عليه مشروطاً بالإعلام المفقود في المقام.

قوله:و إلّا كانت لازمه.

قلنا:نعم في هذه الصوره،و هو لا ينافي جوازها من أصلها،فكم من عقود جائزه تصير لازمه بالعوارض الخارجيه،كشروع العامل في العمل في الجعاله،فإنّها تكون لازمه للجاعل إلّا مع بذل مقابل ما عمل مع إعلامه،و نظائره في الشرع كثيره،كحضور المسافر مسجد الجمعة، و شروع الإنسان في الحج المندوب.هذا.

مع كونه اجتهاداً في مقابله النص الصحيح،فلا يعتبر.

و أمّا ما ربما يستدل بعده للمختار:من استلزام الانعزال بالعزل قبل الإعلام الضرر على الوكيل،فقد يتصرّف تصرفات يتطرّق الضرر إليه بطلانها،كما لو باع الجاربه فيطوّها المشتري،و الطعام فيأكله،و أن النهي لا يتعلّق به حكم في حقّ المنهي إلّا بعد علمه كنواهي الشرع.

فضعيف غايته،فالأوّل:بانتقاضه بتصرّفاته بعد موت الموكل مثلاً

و لم يعلم، و لا خلاف فى بطلانها، كما فى شرح الإرشاد و غيره (١)، مع اندفاع الضرر بالرجوع إلى العوض.

و الثانى: بذلك، و بأنّ غايه الجهل إنّما هو رفع حكم النهى الذى هو الإثم و المؤاخذه، لا إثبات الصّحّه فى معامله لم تصادف إذن المالك بالكلية، و إن هى حينئذٍ إلّا كصلاه واقعه فى حاله النسيان من غير طهاره، و معامله على مال الغير بمظنّه أنّه ماله.

و يتفرّع على المختار أنّ تصرّفه قبل العلم بالعزل ماضٍ على الموكّل ليس له ردّه و لو أشهد عليه، فالأنسب تفرّيعه عليه بالفاء.

ثمّ الاستفادة من هذه العبارة كسابقتهما و غيرها ممّا اعتبر فيه العلم بالعزل عدم اعتبار الظن به، و هو كذلك إلّا فى الظنّ الاستفادة من إخبار الثقة؛ للصّححه الأولى من الأخبار المتقدّمه، و به صرّح جماعه (٢)، و يمكن أن ينزّل عليه العبارة بحمل العلم فيها على ما يعمّ الظنّ القائم مقامه شرعاً.

و تبطل الوكاله حيث إنّها من العقود الجائزه بالموت و الجنون مطبقاً كان أو أدواراً و الإغماء قليلاً كان أو كثيراً، من كل منهما كان هذه الثلاثه، بلا- خلاف فى الظاهر، و به فى الأوّل صرّح فى الغنيه (٣)، و فى الأخيرين بإطلاقهما فى المسالك (٤)، و فى الثلاثه فى الجمله محكى عن

ص: ٦١

١- مجمع الفائدة و البرهان ٩:٥٤٠؛ و انظر الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٧.

٢- منهم: الشهيد الثانى فى الروضه ٤:٣٧٠، و المحقّق الكركى فى جامع المقاصد ٨:٢٧٩، و السيزوارى فى الكفايه: ١٢٨.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٧.

٤- المسالك ٣٣٤: ١.

التذكرة (١)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الاعتبار في الأول: من اختصاص الإذن بالوكيل، فلا يعمّ وارثه لو مات هو، و لو مات الموكل انتقل ما وكل فيه إن كان ماله إلى الورثه، فالمعتبر حينئذٍ إذنه. و لو كان غير مال كعقد نكاح أو غيره لم يكن بعد الموت قابلاً له.

و في الأخيرين أيضاً: من إيجابهما فساد تصرفات كل من الوكيل و الموكل إذا حصل فيهما فلأن يوجباً فساد تصرف الوكيل أولى؛ إذ لو حصل فيه منعه من التصرف لنفسه، فما ظنك بتصرفه لغيره، و لو حصل في الموكل منعه عن استبداده بالتصرف بنفسه، فكيف لا يمنعان تصرف من هو في حكمه؟! و لو تصرف و الحال هذه لم يصح؛ للأصل، و عدم مصادفته للإذن المصحح له؛ لانقطاعه بأحد الثلاثة. هذا.

مضافاً إلى وقوع التصريح به في المرسل كالموثق: في رجل أرسل يخطب عليه امرأه و هو غائب، فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق، ثم جاء خبره بعد أنه توفي بعد ما سيق الصداق، فقال: «إن كان أملكك بعد ما توفي فليس لها صداق و لا ميراث، و إن كان أملكك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق و هي وارثه و عليها العده» (٢).

قيل: و يجيء على جواز تصرفه مع ردّه و مع بطلان الوكاله بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالإذن العام (٣).

ص: ٦٢

١- التذكرة ١٣٣: ٢.

٢- الكافي ١/٤١٥، التهذيب ٧: ١٤٨٩/٣٦٧، الوسائل ٣٠٥: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٢٨ ح ٢.

٣- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٥٥٥.

و فيه نظر؛ لقوّه احتمال عدم الجواز هنا استصحاباً له إلى بعد زوال المانع، ولا كذلك ثمّه؛ لعدم وجود مثله هناك.

فالقول بالمنع هنا لا يخلو عن قوّه، وإن أُيد الجواز مضافاً إلى ما مرّ في ذينك الموضوعين بمؤيّدات قياسيّه، كدخول الصيد الغائب في ملك المحرم بعد زوال الإحرام، وأن من وكلّ محلّاً فصار محرماً لم يحتج إلى تجديد الوكالة بعد تحلّله من الإحرام، ونحو ذلك.

وكذا تبطل ب تلف ما يتعلّق به يعنى ما دلّ عليه لفظها مطابقه، كموت العبد الموكّل في بيعه، والمرأه الموكّل بطلاقها، أو تضمناً، كتلف الدينار الموكّل في الشراء به. ولا فرق بين أن ينصّ على الشراء بعينه، أو يطلق، بأن يقول: اشتر به؛ لاقتضائه دفعه ثمناً فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجباً لضمّانه.

و في حكم التلف انتقاله عن ملكه، كما لو أعتق العبد الموكّل في بيعه، أو باع العبد الموكّل في عتقه.

و الوجه في الجميع ظاهر، مع عدم الخلاف فيه، و به صرح في الغنيه في الملحق بالتلف (1)، و هو جارٍ فيه أيضاً بالأولويّه.

وكذا تبطل بالحجر على الموكّل فيما وكلّ فيه بالسفه و الفلس؛ لأنّ منعه من مباشره الفعل يقتضى منعه من التوكيل فيه.

و في حكم الحجر طرؤ الرقّ على الموكّل، بأن كان حربياً فاسترق، و لو كان وكيلاً صار بمنزله توكيل عبد الغير.

و لا تبطل بالنوم و إن تناول؛ للأصل، و بقاء أهليّه التصرف ما لم يؤدّ

ص: ٤٣



إلى الإغماء، فتبطل من جهته لا من جهه النوم.

و حيث فسدت الوكالة لم تبطل الأمانه، فلو تلفت العين الموكَّل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن، وكذا لو كان وكيلاً في قبض حق فقبضه بعد الموت قبل العلم به و تلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أحر ضمن، كمطلق الأمانه الشرعيه.

و لو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكَّل الإذن بذلك القدر، فالقول قول الموكَّل مع يمينه بلا خلاف في الظاهر؛ للأصل، و رجوع الدعوى حينئذٍ إلى أصل الوكالة بذلك المقدار الذي ينكره المالك.

فلا يرد أن دعوى الموكَّل حينئذٍ تستلزم جعل الوكيل خائناً؛ لتصرفه على غير الوجه المأمور به، فيكون القول قوله، لأمانته، و الأصل عدم خيانتته كما سيأتى (١).

فإنه إنما يتم لو كان تصرفه بالوكالة و الخيانه المدعاه في بعض متعلقاتها، كما لو ادعى الموكَّل عليه بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة تأخر قبضه عن تقييض المبيع، أو التعدي فيه بوجه. و هنا ليس كذلك؛ لما عرفت من رجوع الدعوى إلى أصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل، فيكون القول فيها قول المالك.

ثم لو حلف المالك بطل البيع؛ لبطلان التصرف و استبعاد العين المبيعه ممن هي في يده إن كانت موجوده، و مثلها إن كانت مفقوده، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل بأن كانت قيمته.

و كذا يستعاد مثلها أو قيمتها لو تعدر استعادتها بغير تلف،

ص: ٦٤

١- في ص: ٨٠.

كتغلب أو غيبه.

كلّ ذا على المشهور، بل لعلّه عليه عامّه المتأخّرين، وفاقاً للمبسوط (١).

خلافاً لنهايه، فقال: إنّ على الوكيل إتمام ما حلف عليه المالك (٢).

ووجهه غير واضح.

وحمله فى المختلف على صورته تعدّد استعادته العين من المشتري و مساواه القيمه لما يدّعيه المالك (٣). ولا بأس به و إن بُعد؛ صوتاً لقوله عمّا يرد عليه من الفساد و عدم وضوح وجهه.

### الثانى فى ما تصحّ فيه الوكاله

الثانى: فى بيان ما تصحّ فيه الوكاله، و هو كلّ فعل يتكامل فيه شروط ثلاثه:

أحدها: أن يكون مملوكاً للموكل، بمعنى كون مباشرته له ممكنه بحسب العقل و الشرع، فلا يجوز الوكاله فى الأمور المستحيله عقلاً و الممنوعه شرعاً، فلا تجوز فى المعاصى، كالغصب و السرقة و القتل، و أحكامها تلزم المباشر.

و هل يعتبر الإمكان المزبور من حين الوكاله إلى وقت التصرّف؟ ظاهر المشهور ذلك، بل ظاهر المحكى عن التذكره (٤) إجماعاً عليه، و به صرّح المحقّق الثانى (٥) فقال: الظاهر أن ذلك متّفق عليه عندنا. فلا يجوز طلاق زوجته سينكحها، و لا عتق عبد سيشتريه.

ص: ٦٥

١- المبسوط ٣٨٩:٢.

٢- النهايه: ٤٠٧.

٣- المختلف: ٤٣٩.

٤- التذكره ١١٧:٢.

٥- جامع المقاصد ٢٠٧:٨.

قيل: لكن يشكل إطلاق القول بذلك؛ لتجويزهم في الظاهر الوكالة في الطلاق في طهر المواقعه و الحيض، و في تزويج امرأه و طلاقها و شراء عبد و عتقه (١).

قال في التذكرة: لو و كَّله في شراء عبد و عتقه و في تزويج امرأه و طلاقها و استدانه دين و قضائه صحَّ ذلك كَّله (٢). انتهى.

و فيه نظر؛ لاحتمال الفرق بين ما وقع التوكيل فيه مستقلاً كالأمثله التي منعوا عن الصَّحَّه فيها، و ما وقع التوكيل فيه تبعاً لما يجوز التوكيل فيه اتفاقاً كالأمثله التي أوردتها، فيبطل في الأوَّل و يصحَّ في الثاني، و يشير إليه جمعه في التذكرة بين الأمرين مردفاً كلاً منهما بحكمه، و لو لا ما ذكرناه لكان متناقضاً. هذا.

و نظيره في الشرع كثير كالوقف، فإنَّه لا يجوز على من سيوجد أصاله و يجوز عليه تبعاً اتفاقاً، فتأمل.

و ثانيها: أن لا يتعلَّق غرض الشارع فيه ب وقوعه من مباشر معيَّن ك العتق، فإنَّ غرضه فكَّ الرقبه سواء أحدثه المالك أم غيره، و الطلاق، فإنَّ غرضه منه رفع الزوجيَّه كذلك، و مثله البيع و النكاح و غيرهما من العقود و الإيقاعات.

و لا يجوز فيما يتعلَّق غرضه بإيقاعه من مباشر بعينه، و لا خلاف في شيء من ذلك في الظاهر.

و الوجه فيه أيضاً بقسميه واضح، و إنّما الخفاء في مرجع معرفه غرضه في ذلك و عدمه، فقيل: هو النقل (٣). و هو كذلك؛ إذ لا قاعده له

ص: ٦٦

١- مجمع الفائدة و البرهان ٥٠٩:٩.

٢- التذكرة ١١٧:٢.

٣- الروضه ٣٧٢:٤.

لا تنخرم، و قد علم تعلق غرضه بجمله من العبادات؛ لأنّ الغرض منها امتثال المكلف ما أمر به و انقياده و تذللّه بفعل المأمور به، و لا يحصل ذلك بدون المباشرة، كالطهاره و الصلاه الواجبه في حال الحياه، فلا يستتاب فيهما مطلقاً إلا ما استثني منها من نحو الطواف الواجب بشرط ذكر في محله، و ركعتي الطواف، حيث يجوز استنابه الحي في الحج الواجب و المندوب، و أداء الزكاه.

و كالأيمان، و العهود، و القسمه بين الأزواج، و الشهادات إلا على سبيل قيام الشهاده على الشهاده، و الظهار، و اللعان، و الجنايه.

و في صحّحه التوكيل بإثبات اليد على المباحات كالاصطياد و الاحتطاب و الاحتشاش قولان.

و في التوكيل في الإقرار إشكال، و الظاهر أنّ ذلك ليس بإقرار.

و ثالثها: أن يكون معلوماً، فلا تصحّ على المبهم و المجهول، بلا خلاف فيما أعلم، قيل: لثلاً يعظم الغرر (١).

و تصحّ الوكاله في الطلاق للغائب إجماعاً على الظاهر، المصرّح به في كلام جماعه، منهم الماتن في الشرائع (٢)؛ و هو الحجّه مضافاً إلى النصوص الآتية.

و الحاضر على الأصحّ الأشهر بين عامّه من تأخّر، وفاقاً للمبسوط و الحلّي (٣)، نافياً للخلاف فيه بين المسلمين، سواء و كلّ أمره إلى الوكيل من غير عزم منه عليه، أو كان عازماً عليه و وّكّله في الإتيان بالصيغه؛

ص: ٦٧

---

١- المفاتيح ٢:٢٨٤.

٢- الشرائع ٢:١٩٧.

٣- المبسوط ٢:٣٦٢، الحلّي في السرائر ٢:٨٣.

للعوميات، وخصوص الصحيح الصريح في الأول: رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل، فقال: اشهدوا أنني قد جعلت أمر فلانه إلى فلان، فيطلقها، أ يجوز ذلك؟ قال: «نعم» (١). و نحوه الموثق (٢).

و الخبر القريب منه الصريح في الثاني: رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت و خرج الرجل، فبدا له و أشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به و أنه قد بدا له في ذلك، قال: «فلتعلم أهله و ليعلم الوكيل» (٣).

(و أظهر منه الخبر المتقدم في أول الكتاب (٤) المتضمن لبعث أبي الحسن عليه السلام بثلاثمائة دينار إلى رجل أن يطلق امرأته) (٥).

و إطلاق الأولين بل عمومهما الناشئ من ترك الاستفصال يشمل صورتى الحضور و الغيبه.

خلافاً للطوسى و القاضى و التقى (٦)، فمنعوا عنه فى الحاضر؛ للخبر:

« لا تجوز الوكاله فى الطلاق» (٧) بحمله عليه؛ جمعاً بينه و بين ما مرّ و غيره، بحمله على الجواز فى الغائب.

ص: ٦٨

- ١- الكافي ٢/١٢٩، التهذيب ٨/١١٦/٣٩، الإستبصار ٣/٩٨٧/٢٧٨، الوسائل ٢٢:٨٨ أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ١.
- ٢- الكافي ١/١٢٩، التهذيب ٨/١١٥/٣٨، الإستبصار ٣/٩٨٦/٢٧٨، الوسائل ٢٢:٨٨ أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ١.
- ٣- الكافي ٤/١٢٩، التهذيب ٨/١١٧/٣٩، الإستبصار ٣/٩٨٨/٢٧٨، الوسائل ٢٢:٨٩ أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ٣.
- ٤- فى ص: ٥٥.
- ٥- ما بين القوسين ليست فى النسخ الثلاثه المخطوطه.
- ٦- الطوسى فى النهايه: ٣١٩، القاضى فى المهذب ٢:٢٧٧، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٣٧.
- ٧- الكافي ٦/١٣٠، التهذيب ٨/١٢٠/٣٩، الإستبصار ٣/٩٩١/٢٧٩، الوسائل ٢٢:٩٠ أبواب مقدمات الطلاق ب ٣٩ ح ٥.

و هو بعيد؛ لعدم التعرّض في شيء من الأخبار لغيبه و لا حضور، و إن صرّح بعضها بالجواز في الغائب، فإنّ إثباته فيه لا ينفيه عمّا عداه.

مضافاً إلى قصور السند فيه و في سابقه من وجوه، فلا يقاومان شيئاً ممّا مرّ، مع مخالفته إطلاق الأوّل الإجماع، و إن حكى عن ابن سماعه القول به (١)، و ليس ممّا.

و نحوه في الضعف بل و أمر الاستدلال له بعموم: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢) فإنّ المراد به أن له التصرف فيه، و هو أعمّ من أن يكون بالباشرة أو النيابة، و الإجماع على جوازها مع الغيبة أوضح شاهد على عدم إرادته تعيين الباشرة من الرواية.

قيل: و على قول الشيخ يتحقّق الغيبه بمفارقة مجلس الطلاق و إن كان في بلد التوكيل، كما ذكره الشهيد الثاني (٣).

و فيه نظر، فإنّ كلامه و مستنده صريحان في اشتراط عدم الحضور في البلد، و عدم كفايه عدم حضور المجلس.

و يجب أن يقتصر الوكيل في تصرفاته على ما عيّنه الموكل أو ما يشهد العاده بالإذن مع أطرادها، أو دلالة القرائن، كما لو أذن بالبيع بقدر نسيئه فباع نقداً به أو بأزيد، إلّا أن يكون له غرض في التعيين و لو على الاحتمال، و لا يجوز التعدّي حينئذٍ إلّا أن يكون احتمالاً نادراً.

بلا- خلاف في شيء من ذلك و لا إشكال، إلّا فيما حكموا به من صحّحه المعامله مع المخالفه حيث جازت له بدلاله القرائن أو أطراد العاده مع

ص: ٦٩

١- حكاه عنه في الكافي ٦:١٣٠ ذيل الحديث ٦.

٢- عوالي اللئلي ١:١٣٧/٢٣٤، سنن ابن ماجه ١:٢٠٨١/٦٧٢.

٣- الروضه البهيه ٤:٣٧٤.

ضمان العين لو عيّن لها محلاً تباع فيه فعُدل إلى آخر فباعها فيه؛ فإنَّ صحَّه المعامله حينئذٍ مع الضمان ممَّا لا يجتمعان؛ فإنَّ المخالفه لو أثرت في الضمان من حيث عدم الإذن لأثرت في فساد المعامله أيضاً، لاتحاد الحيثيه، والإذن المفهوم من العاده لو صحَّحت المعامله من حيث الإذن لأثرت في نفي الضمان البتّه، لاتحاد الحيثيه، كذا قيل.

ويمكن الذبّ عنه بأنَّ الإذن المفهوم غايته الدلاله على صحَّه المعامله خاصّه دون نقل العين عن مواردّها المعينه، ولا تلازم بينهما بالبديهيّه؛ فإنَّ الإذن المفهوم ليس إلّا من حيث الأولويّه، ولا تحصل إلّا حين جريان المعامله لا قبله؛ إذ منشأ الأولويّه ليس إلّا زياده الثمن عمّا عينه، وهي قبل المعامله غير حاصله و حينئذٍ فتكون اليد عاديه، عليها ضمان ما أخذته بمقتضى الروايه.

و بما ذكرنا يظهر عدم الفرق في الحكمين بين كون محل المعين سوقاً فعُدل إلى سوق آخر، أو بلده معينه عدل عنها إلى أخرى، فالحكم بالضمان في الثاني دون الأوّل كما عن التذكره (١) حجّته غير واضحه؛ لاشتراكهما في مقتضى الضمان وإن زاد سببه في الثاني دون الأوّل؛ لما فيه من تعريض المال للتلف بالسفر الذي هو مظنه الآفه غالباً وهذا الفرق لا يثر في نفي الضمان عن الأوّل، بل فائدته تأكيد وجه الضمان في الثاني.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه الدفع عمّا أورد على التذكره: من عدم الفرق بين المقامين اللذين فرّق بينهما بالكلّيّه (٢)، فإنَّ طريق الفرق كما عرفت واضحه، فلا وجه للإيراد بما ذكره، بل الذي ينبغي إيراد عليه هو ما قدّمنا

ص: ٧٠

١- التذكره ١٢٥:٢.

٢- الحدائق ٦٥:٢٢.

و لو عمّم الوكّالَه صحّ إذا خصّيهَا من وجهٍ، مالٍ أو غيره، بلا خلاف في الظاهر، و به صرّح في التنقيح (١). و كذا إذا لم يخصّيه بوجهٍ، كما إذا وكّله في كلّ قليل و كثير ممّا له فعله على الأقوى، وفاقاً للنّهاية و المفيد و الحلّي و القاضي و الديلمى (٢) و عامّه المتأخّرين، عدا قليل منهم يأتي ذكره؛ لأنّ كلّ فعل من الأفعال التي تدخّله النيابة يصحّ التوكيل فيه بالنصوصيّة و الاندراج تحت أشخاص معينه، فجاز أن يندرج تحت العموم؛ لتناوله الجزئيات على السويّه.

خلافاً للخلاف و المبسوط (٣)، و تبعه الماتن في الشرائع و فخر المحقّقين (٤) كما حكى؛ لأنّ فيه غرراً عظيماً، لأنّه ربّما ألزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء و ما يؤدّي إلى ذهاب ماله، كأن يزوّجه بأربع حرائر ثمّ يطلّقهن قبل الدخول، فيلزمه نصف مهورهن، ثمّ يزوّجه بأربع حرائر أُخر، و هكذا، أو يشتري له من الأرضين و العقارات و غيرها ما لا يحتاج إليه، و هو غرر عظيم فما يؤدّي إليه باطل.

و يندفع ذلك بالاتّفاق على إناطه تصرّفات الوكيل بالمصلحه، كان الموكل فيه خاصّاً أم عامّاً من وجه أم مطلقاً، فيمضى تصرّفاتة معها.

إلّا ما يقتضيه الإقرار بمالٍ أو ما يوجب حدّاً أو تعزيراً، فلا- و كاله فيه، وفاقاً للأكثر، كالشيخين و التقى و ابني حمزه و زهره و الفاضل المقداد

ص: ٧١

١- التنقيح الرائع ٢: ٢٨٩.

٢- النّهاية: ٣١٧، المفيد في المقنعه: ٨١٦، الحلّي في السرائر ٢: ٨٩، القاضي حكاه عنه في المختلف: ٤٣٦، الديلمى في المراسم: ٢٠١.

٣- الخلاف ٣: ٣٥٠، المبسوط ٢: ٣٩١.

٤- الشرائع ٢: ١٩٦، فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ٢: ٣٤١.



فى التنقيح (١)، قال: إمّا لأنّه لا تدخله النيابة؛ لاختصاص حكمه بالمتكلم إذا أنبأ عن نفسه كما قال صلى الله عليه وآله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٢) و على غيرهم لا، أو لأنّه خلاف المصلحه المشترطه فى تعميم الوكاله.

هذا كلّه إذا لم يصرّح له بالإقرار عنه، إمّا مع التصريح به فقال فى الخلاف (٣): يصحّ إقراره و يلزم الموكل بالمقرّ به إذا كان معلوماً، و بتفسيره إذا كان مجهولاً؛ محتجاً بعدم المانع منه، و الأصل جوازه، مضافاً إلى عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤) و هذا شرط أنّه يلتزم ما يقرّ به الوكيل.

و فى الجميع نظر، سيّما الأصل؛ لعدم الدليل عليه، مع معارضته بأصالة البراءة. و كذا عموم لزوم الوفاء بالشرط؛ لاختصاصه على تقدير كون المقام منه بالشرط المذكور ضمن العقد اللازم بالإجماع، كما حكاه بعض الأصحاب.

مضافاً إلى استلزام عدم تخصيصه به إمّا حملة على الاستحباب أو طرحه، من حيث الإجماع على عدم بقائه على عمومه، و خروج أكثر أفراد الموهن للتمسك به، كما حقّق فى محله.

و استشكله الفاضل فى القواعد (٥): من أنّه إخبار عن حقّ على الموكل

ص: ٧٢

١- المفيد فى المقنعه: ٨١٦، الطوسى فى النهايه: ٣١٧، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٣٧، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٢، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧، التنقيح الرائع ٢: ٢٩٠.

٢- عوالى اللآلى ٢٢٣/١٠٤، الوسائل ١٨٤: ٢٣ أبواب كتاب الإقرار ب ٣ ح ٢.

٣- الخلاف ٣: ٣٤٤.

٤- عوالى اللآلى ٢١٨/٨٤، الوسائل ١٦: ١٨ أبواب الخيار ب ٦ ح ٢، صحيح البخارى ٣: ١٢٠ و فى الجميع: المسلمون..

٥- القواعد ١: ٢٥٤.

ولا يلزم الغير خبر الغير إلما على وجه الشهاده، فهذا كما لو قال: رضيت بما يشهد به عليّ فلان، فإنه لا يلزمه، وأن الوكاله في الإنشاء لا في الإخبار.

و من أنه قول يلزم به الحق صدر بإذنه فأشبهه الشراء و سائر الأقوال.

و هو في محلّه، فينبغي الرجوع إلى مقتضى الأصل، و هو براءة ذمّه الموكل، مع اعتضاده بقوّه دليل منعه.

و منه يظهر الوجه في عدم إزام الموكل بما وكل في الإقرار به بمجرد التوكيل؛ للأصل، و عدم كونه إقراراً عرفاً. و قيل: نعم، و لعلّه ضعيف، فتأمل جدّاً.

### الثالث في الموكل

الثالث: في الموكل، و يشترط كونه مكلفاً كاملاً. بالبلوغ و العقل، فلا تصحّ وكاله الصبيّ و المجنون مطلقاً، بإذن الولي كان أم لا، بلا خلاف إلّا في المميّز البالغ عشراً، فيجوز جماعه (1) توكله و توكيله في نحو الصدقه و الوصيه و الطلاق ممّا دلّت الروايات بجواز مثلها منه. و هو حسن إن صحّ الاعتماد عليها، و إلّا فلا.

جائز التصرف فيما يوكل فيه برفع الحجر عنه فيه، فلا تصحّ وكاله السفیه و المفلس فيما حجر عليهما فيه، و تصحّ في غيره، بلا خلاف و لا إشكال في شيء من ذلك.

و لقد كان في ذكر هذا الشرط غنى عن الأوّل.

و كذا لا يؤكل العبد القنّ أحداً فيما ليس له التصرف فيه إلّا بإذن مولاه بلا خلاف؛ للحجر عليه في تصرّفاته إن قلنا بمالكيتته، و إلّا كما هو الأقوى فلا إشكال في الحكم من أصله؛ لظهور فساد توكيل الأجنبي

ص: ٧٣

١- منهم: المحقق في الشرائع ٢: ١٩٧، و العلامة في التحرير: ٢٣٣، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ١٩٥.

فى مال غيره بغير إذنه.

و يصح له التوكيل فى طلاق زوجته إن لم تكن أمه مولاه، على الأشهر الأقوى، بناءً على أن له المباشرة فيه.

خلافًا لجماعه، فمنعوا عنه أيضاً لزعمهم كون الطلاق بيد المولى مطلقاً. و هو ضعيف، كما يأتى فى بحث الطلاق إن شاء الله.

ثم المراد بالإذن ما يعم الصريح و ما فى حكمه، فلو كان مأذوناً فى التجاره جاز أن يوكل فيما جرت العاده فيه بالوكاله.

و كذا لا- يجوز أن يوكل الوكيل فيما وكل فيه إلا أن يؤذن له بالتوكيل صريحاً و لو بالتعميم ك« اصنع ما شئت» أو فحوى كاتساع متعلقها بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه، كالزراعه فى أماكن متباعده لا تقوم إلا بمساعد، و مثله عجزه عن مباشرته و إن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به، و كترفع الوكيل عما وكل فيه عاده، فإن توكله حينئذٍ دالّ بفحواه على الإذن له فيه مع علم الموكل بترفعه عن مثله، و إلا لم يجز؛ لأنه مستفاد من القرائن و تنتفى مع جهل الموكل بحاله.

و حيث أذن له فى التوكيل فإن صرح بكون وكيله و كيلاً عنه أو عن الموكل لزمه حكم من وكله، فينعزل فى الأول بانعزاله؛ لأنه فرعه و بعزل كل منهما له. و فى الثانى لا ينعزل إلا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله من جنون أو إغماء و نحوهما.

و إن أطلق ففى كونه و كيلاً عنه أو عن الموكل أو تخير الوكيل فى توكيله عن أيهما شاء أوجه.

و كذا مع استفادته من الفحوى، إلا أن كونه هنا و كيلاً عن الوكيل أقوى، فتأمل جداً.

واعلم أن لفظه «يوكل» في العبارة في المقامين ربّما قرئت بفتح الكاف، فمعناها حينئذٍ لا يجوز للإنسان أن يوكل عبد غيره ولا وكيل غيره إلّا بإذنه، وهذا مع عدم مناسبته لسياق الكلام بناءً على وروده لبيان شرط الموكل لا الموكل غير تامّ الحكم فيه في المقام الثاني على إطلاقه؛ إذ لا مانع من توكيل وكيل الغير بدون إذنه إلّا أن يكون وكيلاً خاصاً له بجعل و نحوه.

و يجوز للأب و الجد له و وصيهما أن يوكلوا عمّن لهم الولاية عليهم، بلا خلاف فيه، و في أن للحاكم الشرعي أيضاً أن يوكل عن السفهاء و الثله و المجانين و الصبيان الذين لا- ولي لهم غيره، من يتولّى الحكومه عنهم، و يستوفى حقوقهم، و يبيع عنهم، و يشتري لهم، و عن التذكرة (١) بعد الحكم بذلك: لا نعلم فيه خلافاً، و ظاهره الإجماع عليه، كالمحقّق الأردبيلي رحمه الله في شرح الإرشاد (٢)؛ و هو الحجّة.

مضافاً إلى الأصل، و إطلاقات الأدلّة السليمة عن المعارض بالكلية، فإنّ لكلّ منهم المباشرة بأنفسهم، فكذلك بغيرهم.

نعم، يشترط في الوصي أن لا يمنعه الموصى من التوكيل، و معه لا يجوز له التوكيل؛ لقوله سبحانه: **فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ [١]** (٣) الآية، و به صرح في التذكرة (٤).

و يكره لذوى المروّات و هم أهل الشرف و الرفعه و المروّه أن

ص: ٧٥

١- التذكرة ٢: ١١٦.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٤٩٥.

٣- البقرة: ١٨١.

٤- التذكرة ٢: ١١٦.

يتولوا المنازعه بنفوسهم بل يستحب لهم التوكيل فيها، بلا خلاف في ظاهر الأصحاب، قالوا: لما يتضمّن من الامتهان و الوقوع فيما يكره، ورووا في كتبهم الاستدلاله أن علياً عليه السلام و كّل عقيلاً- في خصومه و قال: «إِنَّ لِلْخَصْمِ قُحْمًا و إن الشيطان ليحضرها، و إنّي لأكره أن أحضرها» (١) و القُحْم بالضم: المهلكه، و المراد أنّها تقحم بصاحبها إلى ما لا يريد.

و ظاهر التعليل يقتضى عموم الحكم لغير ذوى المروّات أيضاً، لكن قصور السند، و اختصاص المورد بسيد الأشراف، و مخالفه الكراهه للأصل، يقتضى الاختصاص بذوى المروّات. هذا.

و قد تأمل بعض فى الحكم فيهم أيضاً (٢)؛ لتحاكم النبى صلى الله عليه و آله مع صاحب الناقه إلى رجل من قريش ثم إلى على عليه السلام (٣)، و تحاكم على عليه السلام مع من رأى درع طلحه عنده فقال: إنّها درع طلحه أخذت غلولاً- يوم البصره، فأنكره، فدعاه المنكر إلى شريح القاضى فحاكمه إليه (٤)، و القضيّه مشهوره، و تحاكم على بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانيه لما طلقها و ادّعت عليه المهر (٥)، و هم سلام الله عليهم سادات الأشراف فكيف تولّوا المنازعه مع كراهتها؟

ص: ٧٦

١- جامع المقاصد ١٩١: ٨، المغنى لابن قدامه ٢٠٥: ٥.

٢- الحدائق ٥٧: ٢٢.

٣- الفقيه ٦٠/٢١٠/٣، أمالى الصدوق: ٢/٩٠، الوسائل ٢٧٤: ٢٧، أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٨ ح ١.

٤- الكافي ٣٨٥/٧: ٥، الفقيه ٦٣/٢١٣/٣، التهذيب ٢٧٣/٧٤٧: ٦، الوسائل ٢٦٥: ٢٧، أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ١٤ ح ٦.

٥- الكافي ٤٣٥/٧: ٥، التهذيب ٢٨٣/١٠٣٦: ٨، الوسائل ٢٠٠: ٢٣، أبواب الأيمان ب ٢ ح ١.

و هو حسن، إلا أن احتمال الدواعي و الضرورات في مباشرتهم قائم.

و مع ذلك المقام مقام كراهه يتسامح في أدلتها بما لا يتسامح في غيرها، فيكتفى فيها بمثل تلك الرواية، سيما مع اعتضاها بالمقبوليه عند الأصحاب كافة، و لا يبعد لهذا انسحاب الكراهه في غير ذى المرؤه؛ لمكان التعليل المذكوره في الروايه.

## الرابع

الرابع: في الوكيل، و يشترط فيه كمال العقل بالبلوغ و رفع الحجر عنه بالجنون، فلا تصح و كاله الصبي و لا المجنون.

و في اقتضاره على هذا الشرط دون الآخر الذي في الموكل قد مرّ دلالة على جواز كون المحجور لغير نقص العقل في الجملة و كياً لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف، كالمفلس و السفیه مطلقاً، و لو لم يأذن لهما الولي، و العبد لكن بإذن سيده.

و يجوز أن تلى المرأه عقد النكاح لنفسها و لغيرها و كذا طلاق غيرها، بلا خلاف بيننا، بل عن ظاهر التذكرة (١) عليه إجماعنا؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأصل، و الإطلاقات كتاباً و سنّه.

أمّا طلاق نفسها فعن الطوسى و الحلّي (٢)؛ لا، و اختار الفاضل و غيره الجواز (٣)؛ لأنّه فعل يدخله النيابة فتصح فيه الوكالة مطلقاً؛ لإطلاق ما مرّ من الأدلّه، و لكن الأول أحوط في الجملة.

و المسلم يجوز أن يتوكّل للمسلم على المسلم و على الذمّي، و للذمّي على الذمّي بلا خلاف، بل عليه الإجماع في التنقيح

ص: ٧٧

١- التذكرة ١١٦: ٢.

٢- الطوسى في المبسوط ٢: ٣٦٥، الحلّي في السرائر ٨٧: ٢.

٣- التحرير ١: ٢٣٤؛ و انظر المسالك ٣٣٧: ١.

والمهذب البارع و شرح الشرائع للصيمري (١)، من دون كراهه كما يفهم من المحكى عن التذكرة (٢)؛ للأصل، و العمومات كتاباً و سنّه.

و فى جواز و كالتة له أى المسلم للذمى على المسلم تردّد ينشأ من أصالة الجواز، و أن له مطالبه المسلم بالحقوق لنفسه فللمسلم أولى، و من أنّ فى ذلك سلطنه و سبيلاً على المسلم منفياً بالآيه (٣).

و إليه مصير أكثر القدماء، كالمفيد و النهايه و الخلاف و الحلبي و الديلمى و ابن زهره (٤) مدّعياً فى الغنيه عليه إجماع الإماميه.

و إلى الأول مصير عامّه المتأخرين، وفاقاً للحلى و الطوسى فى قوله الآخر (٥)، بل عن التذكرة الإجماع عليه، لكن مع الكراهه (٦).

و لعلّه أقرب؛ لاعتضاد إجماعه بالأصل، و العمومات، و الشهره العظيمة المتأخره، فيترجح على إجماع الغنيه.

و الذمى يتوكل على الذمى للمسلم و الذمى بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الكتب المتقدمه، صريحاً فى بعض و ظاهراً فى آخر؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى أدلّه الجواز المتقدمه.

و لا يجوز أن يتوكل الذمى على مسلم مطلقاً، لمسلم أو

ص: ٧٨

١- التنقيح ٢: ١٩٥، المهذب البارع ٣: ٣٧.

٢- التذكرة ٢: ١١٧.

٣- النساء: ١٤١.

٤- المفيد فى المقنعه: ٨١٧، النهايه: ٣١٧، الخلاف ٣: ٣٥٠، الحلبي فى الكافي فى الفقه: ٣٣٨، الديلمى فى المراسم: ٢٠١، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٩٧.

٥- الحلّى فى السرائر ٢: ٩٠، الطوسى فى المبسوط ٢: ٣٩٢.

٦- التذكرة ٢: ١١٧.

ذمى، إجماعاً، كما فى التذكرة و التنقيح و ظاهر المهذب البارع و غيره (١)؛ و هو الحجة، مضافاً إلى عموم الآيه بنفى السبيل للكافر على المسلم.

و منه يظهر الوجه فى التعديه إلى كل كافر، مضافاً إلى الأولويه. و لعلّ اقتصار الأصحاب على الذمى أمياً للتنبيه بالأدنى على الأعلى، أو لكون الوكاله بين المسلم و الذمى هو الغالب فى بلاد الإسلام، لندره غيره فيها من أصناف الكفار.

ثم إن المستفاد من الماتن فى الشرائع (٢) و الصيمرى فى شرحه عليه، حيث نسبا المنع فى الشقّ الأول إلى المشهور، نوع تردّد لهما فيه.

و لا وجه له، مع احتمال إرادتهما من الشهره المعنى الأعمّ المرادف للإجماع، و يشهد له تردّد الأول بعد ذلك فيما تردّد فيه هنا، و هو ظاهر، بل لعله صريح فى عدم التردّد فى الأول.

ثم إنّ ظاهر الأصحاب اختصاص المنع بما إذا تضمّن الوكاله نوع قهر و سلطنه، من حيث تعبيرهم عن محل المنع ب«على» المتضمّنه لمعنى الضرر، و استدلالهم بآيه نفى السلطنه، و مقتضى ذلك الجواز فيما لم يتضمّن ذلك، فلو و كلّ لأن يوقع عقد المسلم أو يعطيه ديناً أو نحو ذلك جاز، و به صرح من متأخري المتأخرين جماعه، كالمقدس الأردبيلي و صاحب الكفايه (٣). و هو كذلك؛ لعموم أدله الجواز المتقدّمه.

إلّا أن ابن زهره صار إلى المنع عن توكيله على تزويج المسلمه من

ص: ٧٩

١- التذكرة ١١٧:٢، التنقيح ٢٩٤:٢، المهذب البارع ٣٨:٣؛ و انظر جامع المقاصد ٢٠٠:٨.

٢- الشرائع ١٩٩:٢.

٣- الأردبيلي فى مجمع الفائده و البرهان ٥٠٦:٩، الكفايه: ١٣٠.



المسلم، و عن توكيل المسلم على تزويج المشركه من الكافر، مدّعياً عليه إجماع الإماميه، قال: لأنّهما لا يملكان لأنفسهما ذلك (١).

و الوكيل أمين لا- يضمن إلّا مع تعدّد أو تفريط بلا- خلاف، بل عليه الإجماع في ظاهر الغنيه و صريح الروضه و المسالك و المحكى عن التذكرة (٢)، و عن شرح القواعد أنّه يلوح من عباراتهم كونه ممّا عليه علماء الإسلام كافّه (٣)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى عمومات النصوص المتقدّمه في الوديعه (٤).

مع أنّه لو كلف الضمان مطلقاً لامتنع الناس من الدخول في الوكاله مع الحاجه إليها فيلحقهم الضرر بذلك، فناسب زوال الضمان عنهم بمقتضى الحكمه.

و إطلاق الأدلّه يقتضى عدم الفرق في الوكيل بين كونه بجعل أو غيره، و به صرح في التذكرة (٥).

## الخامس في الأحكام و هي مسائل

### اشاره

الخامس: في الأحكام، و هي مسائل:

### الأولى لو أمره بالبيع حالاً فباع مؤجلاً و لو زياده لم يصح

الأولى: لو أمره الموكّل بالبيع حالاً فباع مؤجلاً و لو زياده الثمن عن المثل أو ما عتبه لم يصحّ أى لم يلزم و وقف على الإجازة لصيرورته بمخالفته الإذن فضولياً، و يأتي على القول ببطلانه عدم الصّحه من أصلها.

ص: ٨٠

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧، الروضه ٣٨٣: ٤، المسالك ٣٤١: ٢، التذكرة ١٣٠: ٢.

٣- جامع المقاصد ٢٤١: ٨.

٤- راجع ج ٩ ص ٤٢٣.

٥- التذكرة ١٣٠: ٢.

و كذا لم يصحّ و وقف على الإجازة لو أمره ببيعه مؤجلاً بثمن فباع بأقلّ منه عاجلاً و ينبغي تقييد الحكم فيهما بعدم أطراد العادة أو دلاله القرائن بالإذن فيما خالف إليه، كما هو الغالب في المثالين، و أمّا معهما أو أحدهما فالوجه صحّحه البيع، فإنّ المعتبر الإذن و هو في الفرض حاصل، و التلقّف به غير مشرط بلا خلاف، و قد مرّ الاكتفاء بمثله.

و لذا قالوا: لو باع في الصورة الثانية بمثله أى بمثل الثمن الذى عيّن له أو أكثر منه صحّح و لزم؛ لأنّه قد زاده خيراً و به يحصل إذن الفحوى قطعاً.

إلّا أن يتعلّق بالأجل غرض و لو احتمالاً غير نادر، كأن يخاف على الثمن ذهابه في النفقه مع احتياجه إليه بعده.

و إنّما فرّق بين المقامين فحكم بعدم الصحّحه في الأوّل بكلا قسميه، و بها في الأخير إلّا في صورته الاستثناء؛ لافتراقهما بمقتضى العادة، لعدم حكمها بالإذن في الأوّل و حكمها به في الثانى، فلذا اختلف الحكم فيهما.

و الضابط هو ما قدّمناه من وجوب اقتصار الوكيل على ما يأذن له الموكل لفظاً، أو فحوى مستفاداً من العادة المطّرده أو القرائن الداله.

و لو أمره بالبيع في موضع معيّن، كالسوق الفلانى أو البلده الفلانيه فباع في غيره بذلك الثمن المعيّن له، أو بالمثل مع الإطلاق، أو زائداً عليهما صحّح إذ الغرض من تعيين المحل في الغالب ليس إلّا تحصيل الثمن و قد حصل، و المحل ليس شىء يتعلّق به غرض في التعيين في الأغلب، و النادر كالعدم.

نعم، لو علم أو ظنّ غرض في تعيينه من جوده النقد أو كثرته أو

حلّه أو صلاح أهله أو مودّه بين الموكل و بينه فكما لا إذن؛ لعدم اطراد العاده به فى مثله.

و لا- كذا لو أمره ببيعه من إنسان معيّن فباع من غيره فإنّه لم يلزم، بل يقف على الإجازة و لو باع بأزيد من المثل مع الإطلاق، أو المعين مع التعيين.

و الفرق بينه و بين سابقه عدم تعلّق غرض بالمحل لذاته فى الأغلب كما مرّ، فإذا حصل المقصود منه فى غيره جاز، بخلاف الأشخاص، فإنّه كثيراً ما يتعلّق غرض صحيح بمعامله شخص إمّا لسهولته فى المعامله أو لتوقيه الشبهه، أو نحو ذلك، فيطلب لذلك معاملته.

نعم، لو علم عدم تعلّق غرض له بتعيينه و أن المقصود منه حصول الثمن كيف ما اتّفق أمكن الصحّه هنا كسابقه، إلّا أن إطلاق العبارة و غيرها يقتضى انسحاب الفساد فى هذه الصوره أيضاً. و باستفاده التعميم من العبائر صرّح فى المسالك (١)، فإن كان إجماع، و إلّا فسؤال الفرق بينه و بين ما سبق متوجّه.

### الثانيه إذا اختلفا فى الوكالة فالقول قول المنكر مع يمينه

الثانيه: فى مسائل النزاع.

إذا اختلفا فى الوكالة و لا بينه فالقول قول المنكر مع يمينه بلا خلاف؛ للأصل، و عموم الخبر: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٢).

و لا فرق فى المنكر بين كونه الوكيل أو الموكل.

ص: ٨٢

١- المسالك ٣٣٨:١.

٢- الفقيه ٥٢/٢٠، الوسائل ٢٧:٢٣٤ أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى ب ٣ ح ٥ و فيهما:.. و اليمين على المدعى عليه؛ و انظر عوالى اللآلى ١٧٢/٢٤٤:١.

و تظهر فائده إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطه في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع، كما إذا اشترى داراً بشرط أن يوكله البائع في بيع عبده، فيدعى البائع حصول التوكيل المشروط بعد وفاء العبد ليستقر بيع الدار بحصول الشرط، وينكره المشتري ليتزلزل له البيع و يتسلط على فسخه، بناءً على أن الشروط الجائزه في العقد اللانزم تجعله جائزاً، بمعنى أنه لو لم يف الشارط بالشرط يتسلط المشروط له على الفسخ، فالتسلط على الفسخ فائده إنكار الوكيل.

و لو اتفقا عليها و لكن اختلفا في العزل أو في الإعلام أو في التفريط أو قيمه التالف بعد الاتفاق عليه و لا بينه فالقول في جميع ذلك قول الوكيل بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الأولين في الغنيه (١)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و عموم الروايه المتقدمه، و خصوص بعض المعتبره في الثاني: في امرأه و كُلت أخاها ليزوجها، ثم عزلته بمحضر الشهود و ادعت إعلامه بالعزل و أنكره الأخ، فأتيا الأمير عليه السلام، فطلب منها الشهود فأتت بالشهود الذين عزلته بمحضرهم، فشهدوا على العزل دون الإعلام، فلم يقبله عليه السلام و أمضى تزويج الأخ و أحلفه. و الروايه طويله مرويه في التهذيب في كتاب الوكالة (٢).

و كذا لو اختلفا في التلف يقدم فيه قول الوكيل، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في المسالك و شرح القواعد (٣)؛ و هو الحجّه المخصّصه

ص: ٨٣

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٧.

٢- التهذيب ٥٠٦/٢١٤، الوسائل ١٩:١٦٣ أبواب أحكام الوكالة ب ٢ ح ٢.

٣- المسالك ٣٤٢:١، جامع المقاصد ٣١٨:٨.

للأصل و عموم الروايه، مع أنه أمين و قد يتعذر عليه إقامه اليه فاقتنع بقوله.

و لا فرق في ذلك بين دعواه التلف بأمر ظاهر أو خفى، بلا خلاف في الظاهر، بل عليه الإجماع في ظاهر المسالك (١).

و لو اختلفا في الردّ فقولان، أحدهما: أن القول قول الموكل مع يمينه للأصل، و عموم الروايه، ذهب إليه الحلّي و الماتن في الشرائع و الفاضل و ولده و الشهيدان في اللمعتين (٢).

و الثاني: أن القول قول الوكيل ما لم يكن وكالته بجعل و هو أشبه وفقاً للمبسوط و القاضى و التنقيح (٣)، بل في الشرائع و شرحه للصيمرى نسب إلى المشهور (٤).

أما الأول: فلأنه أمين و قد قبض المال لمصلحه المالك فكان محسناً محضاً كالودعى.

و أما الثاني: فلما مرّ من الأصل و عموم الخبر.

و أما ما ذكره في الروضه: من أنه يضعف الأول بأن الأمانه لا تستلزم القبول كما لا تستلزمه في الثاني مع اشتراكهما في الأمانه، و كذلك الإحسان، و السبيل المنفى مخصوص؛ فإن اليمين سبيل (٥).

ص: ٨٤

١- المسالك ١:٣٤٢.

٢- الحلّي في السرائر ٢:٨٦، الشرائع ٢:٢٠٥، العلّامه في القواعد ١:٢٦١، و المختلف: ٤٣٨، و ولده في إيضاح الفوائد ٢:٣٦١، اللمعه (الروضه البهيّه ٤): ٣٨٦.

٣- المبسوط ٢:٣٧٢، القاضى حكاه عنه في المختلف: ٤٣٨، التنقيح ٢:٢٩٦.

٤- الشرائع ٢:٢٠٥.

٥- الروضه ٤:٣٨٧.

فغير مفهوم؛ لاستفاضه النصوص باستلزام الأمانه القبول، ولذا تمسّك الأصحاب بها له في مواضع، حتى هو بنفسه في الكتاب المذكور في تقديم قوله في التلف هنا، فقال: لأنه أمين وقد يتعدّر (١)، إلى آخر ما ذكرناه، ولم يأت بحجّه أُخرى غيره، وهو بعينه جارٍ هنا.

و لا ينافيه عدم استلزامها إياه في الثاني بالإجماع؛ فإنّ العام المخصّص حجّه في الباقي.

و به يظهر الجواب عمّا ضعّف به نفى السبيل عليه مع إحسانه: من توجّه اليمين عليه بلا- خلاف، بل إجماعاً، كما ادّعاه في المسالك (٢)؛ فإنّ ثبوت مثل هذا السبيل عليه بالإجماع لا- ينافي عدم ثبوت غيره عليه للعموم إلّا على القول بكونه بعد التخصيص غير حجّه في الباقي، وهو مع أنّه خلاف التحقيق خلاف ما عليه كافّه المحقّقين، كما صرّح هو به في حاشيه الكتاب المزبور في هذا المقام، هذا.

وقد ادّعى في المهذّب الإجماع على القبول، فقال: الأمانة على ثلاثة أقسام: الأوّل: من يقبل قوله في الردّ إجماعاً، و ضابطه من قبض العين لنفع المالک، فهو محسن محض، فيقبل قوله في ردّها حذراً من مقابله الإحسان بالإساءه، و استشكله العلّامه من حيث إنّ الأصل عدم الردّ، و هو نادر، و جزم في كتاب فتواه بموافقه الأصحاب (٣).

و هو كما ترى شامل للمقام و إن نقل الخلاف فيه قبل هذه الدعوى، فإنّ خروج معلومی النسب و لو كانوا مائه غير قادح في انعقاد الإجماع عنده

ص: ٨٥

١- الروضه ٤: ٣٨٨.

٢- المسالك ١: ٣٤٢.

٣- المهذب البارع ٣: ٣٩.

### الثالثه إذا زوج مدعياً وكالته فأنكرها الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه

الثالثه: إذا زوج امرأ مدعياً وكالته على تزويجها، أو مطلقاً فأنكرها الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه و عدم بينه للمدعى، بلا خلاف؛ للأصل، و عموم الخبر المتقدم.

و على الوكيل مهرها كمالاً وفاقاً للنهائه و القاضى و قواه الحلّى (١)؛ لأنّ المهر يجب بالعقد كمالاً و لا- ينتصف إلّا بالطلاق المفقود فى المقام، و قد فوّته الوكيل عليها بتقصيره فى الإشهاد فىضمّنه.

و روى فى التهذيب فى باب زيادات النكاح فى الصحيح، عن أبى عبيده: فى رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم، فزوجها امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال: «خالف أمره، على المأمور نصف الصداق لأهل المرأه و لا عدّه عليها و لا ميراث بينهما» فقال له بعض من حضر: فإن أمر أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضاً و لا قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجة، فقال: «إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل المرأه، و إن لم تكن بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأه و لا ميراث بينهما و لا عدّه، و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً، و إن لم يكن سمى لها صداقاً فلا شىء» (٢).

و هو صريح فى أن عليه لها نصف مهرها و نحوه رواه أخرى مرويه فى التهذيب أيضاً فى كتاب الوكاله (٣)،

- ١- النهايه: ٣١٩، القاضى نقله عنه فى المختلف: ٤٣٧، الحلّى فى السرائر ٩٥: ٢.
- ٢- التهذيب ١٩٤٤/٤٨٣: ٧، الوسائل ٣٠٢: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٢٦ ح ١.
- ٣- التهذيب ٥٠٤/٢١٣: ٦، الوسائل ١٩: ١٦٥ أبواب أحكام الوكاله ب ٤ ح ١.

و زاد فيها التعليل بما ذكره بقوله: لأنه ضيِّع حقّها بترك الإِشهاد.

و بهما أفتى الطوسى فى المبسوط (١) و اختاره الحلّى (٢)، و نسبه فى المسالك وفاقاً للمحقّق الثانى إلى المشهور (٣)، و فى الروضه إلى الأكثر (٤).

و هو أقوى؛ لانجبار مخالفتها الأصول و ضعف الثانية بالشهره المحكيه، بل المحقّقه فى الجملة؛ لاتّفاق المشهور على ثبوت المهر فى الجملة و إن اختلفوا فى الكمال و النقيصه، فيحصل لهما الانجبار بالإضافه إلى مخالفه الأصول البتّه.

و يكفى لانجبار الثانية بما فيها من الضعف و الجهاله موافقتها الأصل؛ لأصالة براءه ذمّه الوكيل عن الزيادة؛ مضافاً إلى الاعتضاد بالصحيحه، و الشهره المحكيه، و سلامتها كالصحيحه عمّا تصلح للمعارضه فى إثبات الزيادة.

و العلل المتقدمه مع أنّها اجتهادات فى مقابله النصوص المعتره مخدوشه بابتنائها أولاً؛ على صحّه العقد، و الموافق للأصول فساده بالضروره.

و ثانياً؛ على تقديرها مقتضاها لزوم المهر على من عقد له دون الوكيل، و سببته تقصيره للزومه عليه بمجرد غير معلومه، مع عدم وجوب الإِشهاد عليه أولاً فى الشريعة، مع أنّه على تقدير تماميته مقصور بصوره تقصيره و قد لا يحصل منه بأن أشهد ثم توفّى الشهود، و الحكم بالتمام جارٍ عندهم فى هذه الصوره، فالدليل مقدوح بالأخصيه.

ص: ٨٧

١- المبسوط ٣٨٦:٢.

٢- السرائر ٩٥:٢.

٣- المسالك ٣٤٣:١، المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٢٩٤:٨.

٤- الروضه ٣٨٨:٤.



و ما ذكرناه و إن كان جارياً في لزوم النصف أيضاً، بناءً على أن مقتضاه بطلان العقد في الظاهر فكما لا عقد فكذا لا مهر بالكلية، إلا أنه خرجت بالنصوص المعتبرة المعتضده بما قدمناه من الشهره العظيمه، و لولاها لكان المصير إلى ذلك متعيناً، كما حكاه الفاضلان في الشرائع و المختلف (١) قولاً- لكن لم يسميا له قائلاً- معروفاً، و مالا- إليه أيضاً كالمسالك و الروضه (٢) و الصيمرى في شرح الأول. و هو حسن لولا ما تقدم.

ثم ما تضمنه صدر الصحيحه قد حكى الفتوى به عن النهايه (٣) إلا أنه أفتى بتمام المهر دون نصفه، و هو محجوج بها، فإنها مع صحتها في ردّها صريحه.

و كيف كان، يجب على الزوج المنكر للوكاله أن يطلقها سراً إن أبى عن الجهار إن كان و كل حقيقه، بلا خلاف، و به صرحت الروايه الثانيه، قال بعد التعليل المتقدم: «حلّ لها أن تتزوج و لا يحلّ للأول فيما بينه و بين الله تعالى إلا أن يطلقها، لأنّ الله تعالى يقول: فإمسكْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ [١] (٤) فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله تعالى، و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام، و قد أباح لها أن تتزوج». و ما تضمنته من اختيارها في التزويج من الغير عليه كافه الأصحاب؛ لما تقدم من فساد العقد.

و إن النكته في وجوب المهر نصفاً إنما هو تقصير الوكيل في حقها.

ص: ٨٨

١- الشرائع ٢: ٢٠٦، المختلف: ٤٣٧.

٢- المسالك ١: ٣٤٣، الروضه ٤: ٣٨٨.

٣- النهايه: ٣١٩.

٤- البقره: ٢٢٩.

لكن صرح جماعة (1) باشتراطه بعدم تصديقها الوكيل على الوكاله، وإلا فليس لها الخيار؛ لكونها باعترافها زوجها، والحجّه فيه واضحه، وليس في إطلاق الروايه بإثباتها الخيار لها منافاه لذلك، بناءً على ورودها مورد الغالب و هو عدم تصديقها للوكيل على الوكاله.

و لو امتنع من الطلاق حينئذٍ لم يجبر عليه؛ لانتفاء النكاح ظاهراً.

و حينئذٍ ففي تسلّطها على الفسخ، دفعاً للضرر، أو تسلّط الحاكم عليه، أو على الطلاق، أو بقائها كذلك حتى تطلق أو يموت، أو وجه.

و لو أوقع الطلاق معلقاً على شرط، ك« إن كانت هذه زوجتي فهي طالق» صحّ و لم يكن إقراراً و لا تعليقاً مانعاً عن صحّته؛ لأنّه أمر يعلم حاله، لكن هذا إذا لم يكن الإنكار مستنداً إلى نسيان التوكيل، وإلا فلا يصحّ، فتأمل.

و كذا في نظائره كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا، أو غيره من العقود.

ص: ٨٩

---

١- منهم: العلامة في التحرير: ٢٣٥، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٢٩٥، و ابن فهد في المهذب البارع ٣: ٤١.



كتاب الوقوف و الصدقات و الهبات

أمّا الوقف فهو تحييس الأصل و إطلاق المنفعه كما فى الحديث النبوى: «حَبَّسَ الأصل و سَبَّلَ الثمره» (١).

و إنّما عدل عن التسييل إلى الإطلاق لأظهرتته فى المراد من التسييل، و هو إباحتها للجهد الموقوف عليها بحيث يتصرّف فيها كيف شاء، كغيرها من الأملاك.

و المراد بتحيس الأصل المنع من التصرّف فيه تصرّفًا ناقلاً لملكه، و هذا ليس تعريفًا بل ذكر شىء من خصائصه أو تعريف لفظى، و إلّا لانتقض بالسكنى و أختيها و الحبس.

و فى الدروس عرّفه بأنّه الصدقه الجاريه (٢)، تبعاً لما ورد فى المعتبره المستفيضه: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلّا من ثلاث» (٣) و عدّها منها.

و فى المهذب و التنقيح و المسالك و غيرها من كتب الجماعه (٤) أنه قال العلماء: المراد بالصدقه الجاريه الوقف.

و الأصل فى مشروعيتها بعدها كغيرها من السنه الآتية الكتاب و إجماع

ص: ٩١

١- عوالى اللئلى ٢٦/١٤:٢، المستدرک ١٤:٤٧ أبواب الوقوف و الصدقات ب ٢ ح ١.

٢- الدروس ٢٦٣:٢.

٣- عوالى اللئلى ٩٧/١٠:١، ج ٢٨٣/١٧:٣، مسند أحمد ٣٧٢:٢.

٤- المهذب البارع ٤٨:٣، التنقيح ٢٩٩:٢، المسالك ٣٤٤:١؛ و انظر التذکره ٤٢٦:٢، و عوالى اللئلى ٢٦٠:٣.

الأُمَّه كما فى المهذب (١)، قال سبحانه وَ أَفْعَلُوا الْخَيْرَ [١] (٢) وَ ما تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَأَنْفُسِكُمْ [٢] (٣) و قال جابر: لم يكن أحد من الصحابه ذو مقدره إلّا وقف (٤).

و لفظه الصريح الذى لا- يفتقر فى دلالته عليه إلى ضمّ قرينه وفتت بلا خلاف، كما فى المسالك (٥)، بل عليه الإجماع ظاهراً، و عن الحلّى و التحرير صريحاً (٦).

و أما ما عداه يفتقر إلى القرينه الدالّه على التأييد كاللفظ الدال عليه، أو على نفى البيع و الهبه و الإرث، فيصير بذلك صريحاً، بلا خلاف، سواء كان تصدّقت، أو حرّمت، أو أبّدت، أو حبست، أو سبّلت.

و لا- يحكم بالوقف بشىء منها مجزّداً عن القرينه، وفاقاً للمبسوط و الحلّى و أكثر المتأخرين (٧)؛ لأصالة بقاء الملك على صاحبه، و عدم خروجه إلّا بوجه شرعى. و لا عرف شرعى هنا سوى صريح الوقف؛ لاشتراك البواقي بينه و بين غيره، و الموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شىء من الخصوصيات بشىء من الدلالات.

نعم، إذا انضمت القرائن صار كالصريح فى صحّه الوقف إذا قصد

ص: ٩٢

١- المهذب البارع ٣:٤٨، ٤٩.

٢- الحج: ٧٧.

٣- البقره: ٢٧٢.

٤- عوالى اللئلى ٣:٥/٢٦١.

٥- المسالك ١:٣٤٤.

٦- الحلّى فى السرائر ٣:١٥٥، التحرير ١:٢٨٤.

٧- المبسوط ٣:٢٩١، الحلّى فى السرائر ٨:١٥٥؛ و انظر الإرشاد ١:٤٥١، و المهذب البارع ٣:٥٠، و الروضه ٣:١٦٤.

المعاني دون الألفاظ الدالّة عليها خاصّه، وقد وقع كذلك أكثر وقوف أهل البيت عليهم السلام كما دلّت عليه المعبره، منها: «تصدّق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له بالمدينه فى بنى زريق، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدّق به على بن أبى طالب و هو حىّ سليم، تصدّق بداره التى فى بنى زريق لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السموات و الأرض.

«(١). خلافاً للخلاف و الغنيه و الكيدرى و القواعد (٢) فى الأخيرين، فجعلوهما صريحاً كالأول؛ للنبوى المتقدّم المتضمّن لهما. و فيه نظر.

و للتذكرة، ففرّق فى لفظه الصدقه بين إضافتها إلى جهه عامّه فصريحه، و إلى خاصه فتحتاج إلى قرينه (٣). و وجهه غير واضح.

أمّا الثلاثة الأول فلا خلاف فى عدم صراحتها، بل عليه الإجماع فى المسالك (٤).

هذا كلّ فى الحكم عليه بالظاهر، و إلما فلو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه وقع باطناً و دين بنيته لو ادّعاه أو ادعى غيره، كما صرح به جماعه من غير خلاف بينهم أجده.

و يظهر من عبارته و عبائر أكثر الجماعه، كما فى المسالك و الروضه (٥) و لعلّه من حيث اكتفائهم بذكر الإيجاب خاصه من دون ذكر القبول و القربه

ص: ٩٣

---

١- الفقيه ٤: ٦٤٢/١٨٣، التهذيب ٩: ٥٦٠/١٣١، الإستبصار ٤: ٣٨٠/٩٨، الوسائل ١٩: ١٨٧، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦ ح ٤.

٢- الخلاف ٣: ٥٣٧، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٢، حكاه عن الكيدرى فى إيضاح الفوائد ٢: ٣٧٧، القواعد ١: ٢٦٦.

٣- التذكرة ٢: ٤٢٧.

٤- المسالك ١: ٣٤٤.

٥- المسالك ١: ٣٤٤، الروضه ٣: ١٦٤.

الكلية عدم اشتراطهما. و الأصح اشتراطهما، وفاقاً للتنقيح فيهما (١)، و للتذكرة في الأول (٢)، و للإرشاد و المفيد و القواعد و النهاية و الحلّي و الغنية (٣)، مدّعياً هو كسابقه عليه إجماع الإماميّة، في الثاني؛ و هو الحجج فيه.

كإطباقهم على كونه من جملة العقود، المدّعى في المسالك و المحكى عن التذكرة (٤) في الأول، بناءً على أن لزومه بدونه يخرج عن قسم العقود و يدرجه في قسم الإيقاع، و هو ينافي ما ادّعى عليه ممّا تقدّم من الإجماع، هذا.

مضافاً إلى مخالفه الوقف للأصل، فيقتصر في لزومه على المتيقّن، و ليس إلّا القدر المجمع عليه، و هو ما تضمّن الأمرين.

و ما استدل به في الروضه (٥) على عدم اشتراط القربه: من عدم قيام دليل صالح على اشتراطها و إن توقّف عليها الثواب.

فضعيف، كاستدلّاه لمذهب الأكثر من عدم اشتراط القبول بأصالة عدم الاشتراط، و أنّه إزالة ملك فيكفي فيه الإيجاب كالعقود:

أمّا الأول: فلما عرفت من مخالفته الأصل، و يكفي في عدم صحّته مع عدم القربه عدم قيام دليل صالح عليها بدونها، فعدم دليل على الاشتراط غير قادح بعد الأصل الدالّ على الفساد، و أصالة عدم الاشتراط لا تعارضه

ص: ٩٤

١- التنقيح الرائع ٢:٣٠١.

٢- التذكرة ٢:٤٢٨.

٣- الإرشاد ١:٤٥١، المفيد في المقنعه: ٦٥٥، القواعد ١:٢٦٧، النهاية: ٥٩٦، الحلّي في السرائر ٣:١٥٦، الغنية (الجوامع الفقيهية): ٦٠٢.

٤- المسالك ١:٣٤٤، التذكرة ٢:٤٢٨.

٥- الروضه ٣:١٦٥.

إلّا بعد فرض قيام المقتضى للصّحّه بعنوان العموم، وهو مفقود.

و منه يظهر الجواب عن دليله لمذهب الأكثر.

و أمّا الجواب عن الثّانى: فبأنّ دعوى كفايه الإيجاب بمجرّده فى إزاله الملك مطلقاً ممنوعه، كيف لا. و هى فى المقام أوّل الكلام، و ثبوتها فى العتق بالدليل لا يوجب ثبوتها هنا إلّا بالقياس المحرّم عندنا.

و أمّا القول بالتفصيل فى القبول بين الوقف على من يمكن فى حقه كشخص معين أو أشخاص معيّنين، فيشترط، لما ذكرنا، و بين الوقف على غيره ممن لا يمكن فى حقه كالمسلمين، فلا يشترط، لانتقال الوقف فيه إلى الله سبحانه، و القبول فيه غير متصوّر، كما فى الشرائع و المسالك و الروضه (١)، و تبعهما جماعه (٢).

فضعيف؛ لما مرّ. و عدم تصوّر القبول منه سبحانه لا يوجب عدم اشتراط القبول من أصله، فقد يكون القابل الناظر أو الحاكم و منصوبه، كما صرّح به مشرطه على إطلاقه.

و بالجمله الموافق للأصول اشتراطهما مطلقاً؛ مضافاً إلى الإجماع المنقول فى الثّانى.

نعم، ربّما كان الأوفق بالأصل عدم اشتراط القربه إن قلنا باعتبار القبول؛ إذ بعد حصوله يكون عقداً يجب الوفاء به، و اشتراطها منفى حيثنّذ بأصالة عدمه، إلّا أن إجماع الغنيه على اشتراطها حجه شرعيّه لا مسرّح عنها و لا مندوحه، و يكون ما قدّمناه من الأصول له معاضده شاهده، و إن لم تكن فى مقابله ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود حجّه مستقله، بل هى به

ص: ٩٥

١- الشرائع ٢١٧:٢، المسالك ٣٤٥:١، الروضه ١٦٤:٣.

٢- منهم: السبزوارى فى الكفايه: ١٣٩، و الفيض فى المفاتيح ٢٠٧:٣.



و في المعترين، أحدهما الصحيح و الثاني الموثق: « لا صدقه و لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى » (١).

و المستفاد من تتبع الأخبار الكثيره إطلاق الصدقه على الوقف كثيراً، حتى إنّه في كثير من وقوف الأئمّه و فاطمه عليهم السلام لم يذكر فيها لفظ الوقف بل اكتفى بلفظ الصدقه مقرونه بما يدلّ على إرادته الوقف منه، فيظهر منها غايه الظهور أن إطلاق الصدقه عليه بعنوان الحقيقه المشتركه. و لا ينافيه احتياجه في الدلاله عليه إلى القرينه؛ لكونها معيّنه لا صارفه. و به يفرق بين لفظ الوقف و الصدقه؛ لاشتراكها بين الوقف و الصدقه الخاصّه دون لفظ الوقف.

و حيث ظهر أن إطلاق الصدقه على الوقف حقيقه ظهر دخوله في لفظ الصدقه في ذينك الخبرين، فيدلّان على اشتراطه بالقربه؛ لظهور أقربيه نفى الصّحه من نفى الكمال بالإضافه إلى نفى الماهيه حيث يكون إرادته متعذّره، فتأمل هذا.

و لو سلّم مجازيه إطلاق الصدقه عليه لكانت النصوص المزبوره دالّه أيضاً على اشتراط تيه القربه، بناءً على أن الاستعاره و التشبيه يقتضيان الشركه في الأحكام إمّا جملة، أو المتبادر منها خاصّه، و لا ريب أن اشتراط القربه في صّحه الصدقه من أظهر أحكامها. و ربّما يؤيده تأييداً في الجملة

ص: ٩٤

---

١- الصحيح: في الكافي ٧: ١/٣٠، التهذيب ٩: ٦١٩/١٥١، الوسائل ١٩: ٢٠٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٣ ح ٢. و الموثق: في الكافي ٧: ٢/٣٠، التهذيب ٩: ٦٢٠/١٥١، الوسائل ١٩: ٢١٠ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٣ ح ٣.

اتباع الأئمة عليهم السلام وقوفاتهم المأثوره بقولهم: «ابتغاء وجه الله سبحانه» (١).

و بالجمله لا ريب فى اشتراط القربه و لا شبهه.

و اعلم أنه لا- يعتبر قبول البطن الثانى و لا رضاه، بلا خلاف أجده، و به صرح جماعه (٢)؛ لتماميه الوقف قبله، فلا ينقطع؛ و لأن قبوله لا يتصل بالإيجاب فلو اعتبر لم يقع له.

و يعتبر فيه أى فى صحته بعد تمام صيغته القبض من الموقوف عليه أو من فى حكمه، بمعنى أن الانتقال مشروط به، و قبله يكون العقد صحيحاً فى نفسه لكنه ليس بناقل، فيجوز للواقف الفسخ قبله، بلا خلاف، كما فى المسالك و غيره (٣)، بل عليه الإجماع فيه و فى التنقيح و الغنيه (٤)؛ و هو الحجّه، كالأصل، و المعتبره المستفيضه، منها الصحيح الذى روته المشايخ الثلاثة: عن الرجل يوقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً؟ فقال: «إن كان أوقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها، فإن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا كباراً و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها و قد بلغوا» (٥).

ص: ٩٧

- ١- انظر الوسائل ٢٠٢، ١٩٩: ١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٠ ح ٣، ٤.
- ٢- منهم: الشهيد الثانى فى الروضه ١٦٧: ٣، و السبزوارى فى الكفايه: ١٣٩، و صاحب الحدائق ١٣٣: ٢٢.
- ٣- المسالك ٣٥٣: ١؛ و انظر الحدائق ١٤٣: ٢٢.
- ٤- التنقيح ٣٠٢: ٢، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣.
- ٥- الكافى ٣٦/٣٧: ٧، الفقيه ١٧٨/٦٢٦: ٤، التهذيب ١٣٤/٥٦٦: ٩، الإستبصار ١٠٢/٣٩٢: ٤، الوسائل ١٨٠: ١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٤.

و الصحيح: في الرجل يتصدق على ولد له و قد أدركوا، فقال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، و إن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ والده هو الذي يلي أمره» و قال: «لا يرجع في الصدقه إذا ابتغى بها وجه الله عز و جل» (١) و نحوه غيره من المعتمره (٢).

و في المسالك (٣) أنّ الأصحاب فهموا من الصدقه فيها الوقف، و لذا استدلوا بها على بطلانه بموت الواقف. و فيها حينئذٍ بشهادة السياق دلالة على ما مرّ من اشتراط القربه في الصّحه؛ لمفهوم قوله: «لا يرجع إذا ابتغى» و هو الرجوع مع عدم الشرط، و هو صريح في الاشتراط، إذ لولاه لما ساغ الرجوع مطلقا.

و منها المروى في إكمال الدين للصدوق، بسنده إلى محمّد بن جعفر الأسدي فيما ورد عليه عن مولانا صاحب الزمان عليه السلام، قال: «و أمّا ما سألت من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه، فكلّ ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، و كلّ ما سلّم فلا خيار لصاحبه احتاج إليه أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى» إلى أن قال: «و أمّا ما سألت عن أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعه و يسلمها من قيم يقوم بها و يعمرها و يؤدّي من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لناحيتنا، فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قيمًا عليها، إنّما لا يجوز ذلك لغيره» (٤).

ص: ٩٨

١- الكافي ٧: ٧/٣١، التهذيب ٩: ٥٦٩/١٣٥، الإستبصار ٤: ٣٨٧/١٠١، الوسائل ١٩: ١٧٨، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ١.  
٢- الفقيه ٤: ٦٣٩/١٨٢، التهذيب ٩: ٥٧٧/١٣٧، الإستبصار ٤: ٣٩٠/١٠٢، الوسائل ١٩: ١٨٠، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٥.

٣- المسالك ١: ٣٥٣.

٤- إكمال الدين: ٤٩/٥٢٠، الاحتجاج: ٤٧٩، الوسائل ١٩: ١٨١، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٨.

ثم قد عرفت فتوى الأصحاب ببطلانه بموت الواقف و مستندهم، خلافاً للتقى (١)، فقال بالصحة مع الإشهاد عليه قبل الموت و إن لم يقبض.

و هو شاذ، كالمحكى عن ابن حمزه (٢): من عدم اشتراط القبض حيث جعل النظاره لنفسه، و مع ذلك مستندهما غير واضح.

و هل موت الموقوف عليه كذلك، فيبطل بموته مطلقاً أم إذا لم يقبضه البطن الثاني أيضاً؟ وجهان. أجودهما الأول؛ وقوفاً على ظواهر النصوص المتقدمه، فإن الموقوف عليه المعتبر قبضه فيها إنما هو البطن الأول، مع أن قبض البطن الثاني لا يؤثر إلماً في صحته بالإضافه إليه، و إلماً فهو بالإضافه إلى الأول باطل؛ لفقد شرطه فيه، و لا يتصور الصحة بالإضافه إليه و إن قبض لوجهين:

أحدهما: أن صحه الوقف ليس معناها إلماً صحه ما جرى عليه الصيغه، و هو ليس إلماً الوقف عليهما دون الثاني خاصه، فصحته بالإضافه إليه خاصه دون الأول غير ما جرى عليه العقد.

و ثانيهما: أن الصحه بالإضافه إليه خاصه معناها بطلانه بالإضافه إلى الأول، فوجوده بالنسبه إليه كعدمه، فيكون الوقف حينئذٍ على معدوم مع عدم تبعيته لموجود، و مجرد التبعية للذكر تأثيره في الصحه غير معلوم، مع أن الأصل عدمها.

و اعلم أن العبارة ظاهرها اشتراط القبض في الصحه، و ربما يعبر بما يدل على اشتراطه في اللزوم، كما في الغنيه و الشرائع و اللمعه (٣)، إلماً أن في

ص: ٩٩

١- الكافي في الفقه: ٣٢٥.

٢- الوسيله: ٣٦٩.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣، الشرائع ٢: ٢١٧، اللمعه (الروضه البهيه ٣): ١٦٦.

المسالك (١): لا- خلاف في الاشتراط في الصحه، و أول عبارئ الكتب المزبوره إليها. و النصوص السابقه لا تدلّ إلّا على جواز الرجوع قبله، و هو لا ينافي الصحه، لكن الحكم بها قبله مع عدم دليل عليها من إجماع أو روايه مشكل، بل مقتضى الأصل الحكم بعدمها، فيكون شرطاً في الصحه لا للزوم.

مضافاً إلى الإجماع المنقول، و ظهور الصحيحه الثانيه و ما في معناها في ذلك، حيث حكم فيها برجوعه بالموت ميراثاً، فتأمل جداً. و تظهر الفائده في النماء المتخلل بينه و بين العقد، فيحكم به للواقف على الأول، و للموقوف عليه على الثاني.

ثم قد صرح الأصحاب بعدم اشتراط فوريه القبض. و هو كذلك، و الصحيحه المتقدمه فيه صريحه.

و اعلم أنه لا- خلاف في سقوط اعتباره في بقيه الطبقات؛ لأنهم يتلقون الملك عن الأول و قد تحقق الوقف و لزم بقبضه، فلو اشترط قبضهم لانقلب العقد اللازم إجماعاً، كما في المسالك و غيره (٢) جائزاً.

ثم لو وقف على الفقراء أو الفقهاء فلا بدّ من نصب قيم لقبض الوقف، و النصب إلى الحاكم.

قيل (٣): و الأقرب جوازه للواقف مطلقاً، سيما مع فقد الحاكم و منصوبه، و ربما كان في الصحيحه الأولى دلالة عليه؛ لقوله: «إن كان أوقفها لولده أو لغيرهم ثم جعل لها قيمياً لم يكن له أن يرجع» و نحوه

ص: ١٠٠

---

١- المسالك ١:٣٥٣.

٢- المسالك ١:٣٥٦؛ و انظر الحدائق ٢٢:١٤٩.

٣- كما في الدروس ٢:٢٦٧، و المسالك ١:٣٥٦.

و لو كان الوقف على مصلحه عامه كالقناطير، أو موضع عباده كالمساجد قالوا: قَبَضَهُ الناظر فيها أى فى تلك المصلحه، فإن كان لها ناظر شرعى من قبله تولّى القبض؛ لما مرّ من الخبر، وإلّا فالحاكم، لما يأتى.

و أطلق بعضهم (٢) فى القبض فى نحو المساجد و المقبره بصلاه واحده و دفن واحد فيها.

و قيده آخر (٣) بوقوع ذلك بإذن الواقف؛ ليتحقّق الإقباض الذى هو شرط صحّه القبض.

و قيده ثالث (٤) بوقوعهما بتيه القبض أيضاً، فلو أوقعا لا بنيته كما لو أوقعا قبل العلم بالوقف، أو بعده قبل الإذن فيهما، أو بعدهما لا بقصد القبض، إمّا للذهول عنه، أو لغير ذلك لم يلزم.

قالوا: هذا إذا لم يقبضه الحاكم الشرعى أو منصوبه، وإلّا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع بإذن الواقف؛ لأنّه نائب المسلمين، و هو حسن.

و لو كان الوقف على طفل أو مجنون قبضه الولي لهما كالأب و الجدّ للأب بلا خلاف فيهما.

أو الوصى لأحدهما مع عدمهما، على الأقوى؛ لمفهوم التعليل فى الصحيحه الثانيه (٥).

ص: ١٠١

١- المتقدّمه فى ص: ٩٦.

٢- كالمحقّق فى الشرائع ٢: ٢١٧، و السيزوارى فى الكفايه: ١٤٠.

٣- اللمعه (الروضه البهيه ٣): ١٦٦.

٤- كصاحب الحدائق ١٥١: ٢٢.

٥- المتقدّمه فى ص: ٩٧.

خلافاً للماتن في الشرائع وغيره (١)، فتردداً فيه؛ لما ذكر، و لضعف يده و ولايته بالإضافة إلى غيره.

و يضعف بما مرّ، و ضعف اليد و قوّتها لا أثر له في ذلك بعد ثبوت أصل الولاية.

و لو وقف عليه أي على الطفل و من في معناه الأب أو الجدّ له صحّ و لزم و لم يحتج إلى إقباض من أحد، بلا خلاف؛ للصحيح الثاني المتقدّم و ما بعده، فإنّهما مع ما فيهما من التعليل المشار إليه في قوله: لأنّه مقبوض بيده نصّان في المقام كالصحيح الأوّل.

و إطلاقهما كالعبارة و كثير من عبائر الجماعه يقتضى الاكتفاء بقبضهما و إن تجرّد عن نيه القبض عنهما، و احتمال بعضهم اعتبار ذلك (٢).

قيل: و في معناه ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه بوديعه أو عاريه أو نحوهما؛ لصدق القبض (٣).

و فيه نظر، سيّما إذا كان مجرداً عن نيّته بعد الوقف، فإنّ ظواهر النصوص المتقدّمة اعتبار التسليم، و ليس بحاصل.

نعم، ربّما يومئ إليه الاكتفاء في بعضها بسبق قبض الولي الواقف له و كونه في يده قبله، فلا بأس به.

و لو كان القبض واقعاً بغير إذن الواقف، كالمقبوض بالغصب و الشراء الفاسد، ففي الاكتفاء به نظر، و لعلّ العدم هنا أظهر.

و النظر في هذا الكتاب إمّا في الشروط أو في اللواحق

ص: ١٠٢

١- الشرائع ٢:٢٤٥؛ و انظر التحرير ١:٢٨٥.

٢- المسالك ١:٣٥٤.

٣- المسالك ١:٣٥٤.

و الشروط زياده على ما مرّ أربعه أقسام من حيث إن أركانه أربعه، كلّ قسم منها يتعلّق بأحدها.

### الأوّل في الوقف

الأوّل: في ما يتعلّق ب الوقف و يشترط فيه التنجيز فلو علّقه على شرط متوقّع، أو صفه مترقّب، أو جعل له الخيار في فسخه متى أراد من دون حاجه بطل، بلا خلاف فيه، و في الصّحّه لو كان المعلّق عليه واقعاً و الواقف عالم بوقوعه، كقوله:

وقفت إن كان اليوم الجمعة، و كذا في غيره من العقود، و بعدم الخلاف صرّح جماعة (١)؛ و لعلّه كافٍ في الحجّيه.

مضافاً إلى الأصل، و اختصاص النصوص مطلقاً بحكم التبادر بغير مفروض المسأله، مع أن في المسالك الإجماع عليه (٢).

و الدوام، و الإقباض من الموقوف عليه أو من في حكمه، بأن يسلّطه عليه و يرفع يده عنه، كما في الروضه (٣). و الأولى أن القبض في كلّ شيء بحسبه، كما مرّ في كتاب التجاره (٤).

و إخراجهم عن نفسه، فلو كان وقفه إلى أمد معيّن كشهر أو سنه بطل عند الأكثر؛ لاشتراطهم التأييد المشترط في صحّته عندهم، بل و غيرهم، حتى إن ابن زهره ادّعى في الغنيه عليه إجماع الإماميه (٥)؛ و هو الحجّه المخصّصه لعموم الآيه الأمره بالوفاء بالعقود (٦) إن قلنا باشتراط

ص: ١٠٣

١- منهم العلامه في التحرير ٢٨٤: ١، السبزواري في الكفايه: ١٤٠، الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢٠٧: ٣.

٢- المسالك ٣٥٣: ١.

٣- الروضه ١٧١: ٣.

٤- راجع ج ٣٥٦: ٨.

٥- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٦- المائده: ١.



القبول فيه، كما هو الأظهر، وإنما كما هو الأشهر بين الطائفة فهو حجّه أخرى مستقلّه بعد الأصل السليم عمّا يصلح للمعارضه؛ لاختصاص النصوص بحكم التبادر فى بعض [و] النصّيه فى آخر، كما تضمّن وقوف الأئمه عليهم السلام بالوقوف المؤيّد، بل جعل الطوسى فى كتابى الحديث (١) الروايات الأخيره من أدلّه اشتراطه و حجّه مستقلّه مخصّصه لعموم الآيه.

و لكن فيه مناقشه، و إن أمكن تصحيحه بظهوره من تتبعها جملة، لا أن يكون كلّ منها بنفسه حجّه.

و كيف كان، الإجماع المتقدم المعتضد بفتاوى الجماعه ممّن حضرنى كلامه كافٍ فى الحجّيه.

و لا ينافيه فتوى الأكثر كما سيظهر بالصّحه فيما ليس بمؤبّد؛ لأعمّيه وجهها من الوقف و غيره، بل الجمع بين كلماتهم هنا و سابقاً يعيّن إرادته الأخير خاصّه، و به صرّح الصيمرى فى شرح الشرائع، فقال فى الوقف على من ينقرض بعد حكمه بالاشتراط من دون نقل خلاف فيه عن الجماعه: إن المشهور الصّحه و أنّه حبس. فما ذكره فى المسالك و فخر الإسلام فى الإيضاح (٢): من أن اشتراطه محلّ منازعه و شبهه، لا يخلو عن مناقشه.

و حيث بطل وقفاً كان حبساً عند الأكثر، كما فى عبارته الصيمرى قد مرّ، و به صرّح غيره (٣)، بل صرّح الأول بأن عليه عامّه المتأخّرين، مؤذناً بدعوى إجماعهم عليه، و ممّن حكى تصريحه به من القدماء الشيخان

ص: ١٠٤

١- الاستبصار ٤: ٩٩، التهذيب ٩: ١٣٢.

٢- المسالك ١: ٣٥٥، إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٣.

٣- انظر القواعد ١: ٢٦٧، و المسالك ١: ٣٥٥.

و الإسكافي و الديلمي و القاضي و ابن حمزه و الحلبي (١).

و حكاية الشهره و مذهب هؤلاء الجماعه و إن كان في غير مورد المسأله و هو المسأله الآتية، إلا أنّهما من باب واحد، من حيث اشتراكهما في عدم التأييد المشترك في الصحه، و إن كان فقده في الأولى أقطع منه في الثانيه، هذا.

مضافاً إلى جريان بعض أدلتهم التي ذكروها للصحّه ثمه هنا بالبديهيّه.

و ممّن صرّح بالصحّه حسّاً في خصوص المسأله مضافاً إلى الماتن الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضه (٢). و لم أقف لهم هنا على مخالف من الجماعه عدا من سيأتى إليه الإشاره، و علّاه بوجود المقتضى، و هو الصيغه الصالحه للحبس، لاشتراكه مع الوقف في المعنى، فيمكن إقامه كلّ منهما مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأييد كان قرينه على الحبس، كما لو قرن الحبس بالتأييد كان قرينه على الوقف. و الأجود الاستدلال عليه بالصحيحين، في أحدهما: روى بعض مواليكك عن آبائك عليهم السلام: أن كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، و كلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام، فكتب عليه السلام: «هو عندي كذا» (٣).

و في الثاني: عن الوقف الذي يصحّ ما هو؟ فقد روى أن الوقف إذا

ص: ١٠٥

١- المفيد في المقنعه: ٦٥٢، الطوسى في النهايه: ٥٩٥، حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٤٩٠، الديلمي في المراسم: ١٩٧، القاضي في المهذب ٢: ٨٧، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٠، الحلبي في السرائر ٣: ١٥٧.

٢- الدروس ٢: ٢٦٤، المسالك ١: ٣٥٥، الروضه ٣: ١٧٢.

٣- الكافي ٧: ٣١/٣٦، الفقيه ٤: ٦٢٢/١٧٦، التهذيب ٩: ٥٦١/١٣٢، الإستبصار ٤: ٣٨٣/٩٩، الوسائل ١٩: ١٩٢ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٧ ح ١.

كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى، قال قوم: إن الموقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، قال: وقال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذى غير موقت أن يقول: هذا وقف، و لم يذكر أحداً، فما الذى يصحّ من ذلك؟ و ما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» (١).

و هما و إن دلّ ظاهراً على الصّحّه وقفاً إلّا أنّ حملهما على الصّحّه حسباً متعيّن جدّاً؛ جمعاً بينهما و بين ما دلّ على كون التأييد شرطاً، و رجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثاً، فإنّه من لوازم الحبس، كما يأتى إن شاء الله تعالى، هذا.

مع أن القول بالصّحّه وقفاً نادر جدّاً غير معروف أصلاً.

و ذكر الطوسى رحمه الله بعد نقل الأوّل: أنّ المراد بالموقت الذى حكم بصحّته فيه ليس هو الموقت بالمدّه، بل هو الموقت بالمعنى المذكور فى الروايه الثانيه، مستشهداً عليه بها (٢).

و فيه مناقشه، فإنّ غايه ما يستفاد منها استعمال الموقت فى ذلك المعنى، و هو أعمّ من الحقيقه، و الأصل يقتضى مجازيته بعد معلوميه حقيقته فى الموقت بالمدّه، فلا يعدل عنه إليه إلّا بقريته صارفه هى فى

ص: ١٠٦

١- التهذيب ١٣٢/٥٦٢، الإستبصار ١٠٠/٣٨٤، الوسائل ١٩٢:١٩، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٧ ح ٢.

٢- التهذيب ١٣٢/٩ ذيل الحديث ٥٦١.

ثم لو سلم هذا الجواب لم يكن فيه فائده إثبات البطلان في مفروض المسأله على ما يظهر من سياق كلامه بعد دلاله الروايه الثانيه بعمومها كما ترى على الصحه مطلقا و لو هنا، فالصحه أقوى و إن خرجت الأولى على تقدير التسليم عن كونها مستندا للروايه الثانيه.

مضافاً إلى التعليل المتقدم إليه الإشارة في كلام الشهيدين، و صرح ثانيهما بعد ذكره: بأنه إنما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي و جب القطع بالبطلان، لفقد الشرط (١).

و هو كذلك بناءً على المختار، و أما على مختاره من التردد في اشتراطه فلا وجه للقطع به، و لعله على تقدير اشتراطه.

و لو جعله لمن ينقرض غالباً و لم يذكر المصرف بعده، و اقتصر على بطن أو بطون صحح حبساً، وفاقاً لصريح ابن حمزه و الفاضل في الإرشاد و القواعد (٢)، و ظاهر من تقدم (٣)، بناءً على اشتراطهم التأيد، و بنسبته إليهم صرح الصيمري، و إن كان ظاهر المختلف و جماعه نسبة الصحه وفقاً إليهم، حيث جعلوه قولاً مقابلاً للأول (٤)، و حكوا فيه تبعاً للمبسوط و الخلاف (٥) ثالثاً، و هو القول بالبطلان رأساً و لم يسموا له قائلاً.

و الأقوى الصحه؛ لما مرّ. دون ما ذكره الأكثر: من الأصل، و عدم

ص: ١٠٧

١- المسالك ٣٥٥: ١.

٢- ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٠، الإرشاد ٤٥٢: ١، القواعد ٢٦٧: ١.

٣- في ص ١٠٣.

٤- المختلف: ٤٩٢، و انظر المهذب البارع ٥٠: ٣، و الحدائق ١٣٦: ٢٢.

٥- المبسوط ٢٩٢: ٣، الخلاف ٥٤٣: ٣.

شرطيه تمليك الأخير في تمليك الأول، وإلا لجاء الدور، والخبر (١).

لضعف الأول: بالمعارضه بأصالة الفساد إن أُريد به أصالة الصحة.

و الثاني: بأننا لا ندعى كون تمليك الأخير شرطاً، وإنما الشرط بيان المصرف للأخير ليتحقق معنى الوقف، وهو هنا غير حاصل، فلا يتم صحة الوقف.

و الثالث: بقصور السند، و ضعف الدلالة من وجوه عديده.

نعم، الاستدلال بالأول حسن إن أُريد به العمومات الأمره بالوفاء بالعقود و قلنا باشتراط الرضاء فيه و القبول.

و أمّا حجّه الثالث مع جهالته و ندرته فهي ضعيفه كقوله، فإنّ غايتها نفي الصحة وقفاً، و هو أعمّ من انتفائها مطلقاً، فقد يصحّ و يكون حبساً كما قلنا.

ثم إنّ هؤلاء الجماعه الذين جعلوا الأقوال في المسأله ثلاثه لم يذكروا إلّا حجّتين، إحداهما على البطلان مطلقاً، و الثانيه على الصحة، و لم يذكروا حجّه ثالثه تدل على تميز أحد القولين الأولين عن الآخر، و هو أوضح شاهد على أن الأقوال في المسأله اثنان لا ثلاثه، و أن فتوى من حكم بصحة الوقف المراد بها إثبات الصحة في مقابله من يدعى البطلان بالمرّه لا أن المراد إثباتها من حيث الوقفيه دون الحبسيه.

و أمّا تعبيرهم بصحة الوقف ففيه نوع مسامحه، و لعلّها لندره الثمره في الفرق بين الصحة وقفاً و حبساً، و عدم ظهورها إلّا في نحو النذر و النيه المصحّحه لمثل هذا الوقف إن كان متعلقها الحبس، و المفسده له إن كان

ص: ١٠٨

الوقف، كما مرّ إليه الإشارة، هذا.

مع أنه صرّح أكثر القائلين بالصحة وقفاً على ما نسبه إليهم هؤلاء الجماعة بانتقاله بعد الانقراض إلى ورثه الواقف، وهو من لوازم الحبس، كما صرّح به في المسالك (١)، و ممن اختار القول بالرجوع إليهم بعده الطوسى و القاضى و الديلمى و ابن حمزه و الفاضل فى أكثر كتبه و المسالك و الروضه و الصيمرى و أكثر المتأخرين (٢)، بل فى المسالك عزاه إلى الأكثر بقول مطلق، و تبعهم الماتن فى الشرائع (٣) و هنا، فقال:

و يرجع الوقف بعد موت الموقوف عليه إلى ورثه الواقف طلقاً أى ملكاً إن مات قبل الموقوف عليه، وإلا فإليه ثم إليهم، قالوا: لأنه لم يخرج عن ملكه بالكلية، و إنما تناول أشخاصاً فلا يتعدى إلى غيرهم، و الظاهر أن الوقف على حسب ما يوقفه أهله، و إنما وقفوا هنا على من ذكر، فلا يتعدى، و يبقى أصل الملك لهم كالحبس، أو هو عينه.

و للخبر: عن رجل أوقف غلّه له على قرابه من أبيه و قرابه من أمّه، و أوصى لرجلٍ و لعقبه من تلك الغلّه ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم كلّ سنه، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و أمّه؟ قال: «جائز للذى أوصى له بذلك». قلت: أ رأيت إن مات الذى اوصى له؟ قال: «إن مات كانت

ص: ١٠٩

١- المسالك ٣٥٣:١.

٢- الطوسى فى الخلاف ٥٤٣:٣، القاضى فى المهذب ٩١:٢، الديلمى فى المراسم: ١٩٨، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٧٠، العلّامه فى المختلف: ٤٩٢، القواعد ٢٦٧:١، و التحرير ٢٨٥:١، و المسالك ٣٥٣:١، و الروضه ١٦٩:٣، و انظر إيضاح الفوائد ٣٧٩:٢، و الكفايه: ١٤٠، و الحدائق ١٤١:٢٢.

٣- الشرائع ٢١٦:٢.

الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم، فإذا انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميت تردّ إلى ما يخرج من الوقف» (١) الخبر.

و فيه قصور من حيث السند و الدلالة، و إن أمكن جبر الأول بالحسن ابن محبوب الذى فى سنده، و الشهره.

نعم، هو صالح للتأييد، كما صرح به فى الغنيه: من أن على مذهبه روايه (٢)، و فى الخلاف بأن عليه روايات (٣).

مع احتمال أخذه دليلاً؛ لانجبار الإرسال بالشهره، و بعد احتمال عدم الدلاله، سيّما مع الكثره، كما هو مصرّح الثانى، مضافاً إلى كثره النقله.

و بمجموع ذلك يتعيّن المصير إلى هذا القول، مع لزوم القطع به على القول بكونه حبساً، و قد نفى الخلاف و الإشكال عنه فى المسالك على تقديره (٤).

و قيل: كما عن المفيد و الحلّى (٥) أنه ينتقل إلى ورثه الموقوف عليه لأن الوقف خرج عن ملكه فلا يعود إليه؛ و لأن الموقوف عليه يملك الوقف فينتقل إلى ورثته.

و فى الانتقال و الملك منع؛ لأنه فى الحقيقه أو فى المعنى حبس و إنما

ص: ١١٠

---

١- الكافى ٧: ٢٩/٣٥، التهذيب ٩: ٥٦٥/١٣٣، الوسائل ١٩: ١٩٠ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦ ح ٨.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٣- لم نعثر عليه فيه، راجع الخلاف ٣: ٥٤٣.

٤- المسالك ١: ٣٥٥.

٥- المفيد فى المقنعه: ٦٥٥، الحلّى فى السرائر ٣: ١٦٦.

ينتقل إليه في صورته التأيد.

و في الغنيه ينتقل في وجوه البرّ (١)؛ لانتقال الوقف عن الواقف و زواله عن ملكه. و ظاهره الحكم به لزوماً، إلا أن المستفاد من كلامه أخيراً كونه مستحباً، فقال بعد أن ذكر ما أشار إليه الماتن بقوله و الأول مروى: و الأول أحوط. و أراد بالأول ما ذكره.

و في حكمه بكونه أحوط على إطلاقه نظر.

و العجب من المختلف (٢)، حيث مال إليه معللاً له بانتقال الملك فلا يعود إليه من غير سبب؛ لجوابه عن التعليل بعد أن احتجّ به للقول الثاني بالمنع فكيف يستند إليه لهذا القول؟ مع ما فيه زياده على ما مرّ من كون الانتقال عن الوارث أعمّ من الانتقال إلى وجوه البرّ، فقد ينتقل إلى ورثه الموقوف عليه، بل لعلّه المعين على تقدير صحته؛ لدخوله في ملك الموقوف عليه أولاً. قطعاً فيشملة عموم أدله الإرث جداً.

ثم على المختار من العود إلى الواقف أو ورثته هل المراد بهم ورثته حين انقراض الموقوف عليه كالولاء، أو الورثه عند موته و يسترسل فيه إلى أن يصادف الانقراض؟ قولان.

و تظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصه، و على الثاني يشترك هو و ابن أخيه بتلقيه من أبيه كما لو كان حيّاً.

و اختار الشهيدان الأول (٣)، و الفاضل المقداد (٤) الثاني. و هو أقوى؛

ص: ١١١

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣.

٢- المختلف: ٤٩٣.

٣- الشهيد الأول في الدروس ٢: ٢٦٥، الشهيد الثاني في الروضه ٣: ١٦٩.

٤- التنقيح الرائع ٢: ٣٠٤.



لما مر من عدم الانتقال، و كونه باقياً على ملك الواقف فينتقل بالموت، و إن لم يجز التصرف فيه قبل الانقراض عملاً بمقتضى الوقف.

و اعلم أن هذا الوقف كسابقه يسمّى منقطع الآخر.

ثم إن ما ذكر مما يتفرّع على الشرط الأول من الشروط الثلاثة الأخيره.

و أمّا ما يتفرّع على الثانى منها و سائر أحكامه فقد مرّ إليه الإشاره (١).

و أمّا ما يتفرّع على الثالث و هو اشتراط إخراجة عن نفسه فهو أنه لو وقفه على نفسه بطل مطلقاً و إن عقبه بما يصحّ الوقف عليه، بلا خلاف فى الظاهر، و به صرح فى المسالك و غيره (٢)، بل عليه الإجماع فى التنقيح و عن الحلّى (٣)؛ و هو الوجه.

مضافاً إلى أن الوقف إزاله ملك و إدخاله على الموقوف عليه، إجماعاً، كما فى التنقيح و غيره (٤)، و الملك هنا متحقق لا يعقل إدخاله عليه و تجديده.

و لأنّه تملك منفعه وحدها أو مع الرقبه، و لا يعقل شىء منهما بالإضافه إلى مالكهما.

و يؤيّده مضافاً إلى الصحيحين الآتين الخبران، فى أحدهما: رجل تصدّق بدار له و هو ساكن فيها، فقال الحسين (٥) عليه السلام: «اخرج منها» (٦).

ص: ١١٢

١- راجع ص: ٩٦.

٢- المسالك ٣: ٣٥٤؛ و انظر الروضه ٣: ١٧١، و الحدائق ٢٢: ١٥٥.

٣- التنقيح الرائع ٢: ٣٠٥، الحلّى فى السرائر ٣: ١٥٥.

٤- التنقيح الرائع ٢: ٣١٠؛ و انظر الحدائق ٢٢: ١٥٨.

٥- فى المصادر: الحين اخرج منها.

٦- التهذيب ١٣٨/٥٨٢، الإستبصار ١٠٣/٣٩٤، الوسائل ١٩: ١٧٨ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٣ ح ٤.

و فى الثانى بعد أن سئل عليه السلام عن أكل الواقف عن الضيعة التى وقفها:

«ليس لك أن تأكل منها من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم ينفذ إن كان لك ورثه، فبيع و تصدق ببعض ثمنها فى حياتك، فإن تصدقت أمسك لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام» (١).

بل لا يبعد أخذه حجه، كما فعله من متأخري المتأخرين جماعه (٢).

و ليس المخالف فى المسألة إلا بعض العامة (٣).

و أما صحته بالإضافة إلى عقبه إن ذكره ففيها قولان، الأظهر عدم، و عليه الأكثر، و نسبه فى المبسوط إلى مذهبنا (٤)؛ للأصل، و عدم دليل على الصحة عدا عموم الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط، و خصوص عموم الصحيح المتقدم: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٥).

و لا يصلح شىء من ذلك للدلالة بعد فرض عروض البطلان للعقد فى الجملة، فإن المأمور به ليس إلما الوفاء بتمامه دون بعضه، فما وقع عليه العقد لا يجب الوفاء به إجماعاً، و العقد لا يكون متبعضاً، فكيف يستدل بذلك لوجوبه؟ بل هو فاسد جداً.

و كذلك الجواب عن عموم الصحيح، فإن الوفاء بالبعض غير ما وقفه الواقف.

ص: ١١٣

- 
- ١- الكافى ٧: ٣٣/٣٧، الفقيه ٤: ٦٢٣/١٧٧، التهذيب ٩: ٥٥٤/١٢٩، الوسائل ١٩: ١٧٦، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٣ ح ١.
  - ٢- منهم: السبزوارى فى الكفاية: ١٤٠، و المجلسى فى ملاذ الأخيار ١٤: ٣٩٦، و صاحب الحدائق ٢٢: ١٥٦.
  - ٣- كابن قدامه فى المغنى ٦: ٢١٥.
  - ٤- المبسوط ٣: ٢٩٣.
  - ٥- راجع ص: ١٠٥.

خلافاً للمبسوط و الخلاف، فالأوّل (١) و هو شاذّ، و مستنده ضعيف.

و عليه ففي انتقال المنفعه زمان الانقطاع إلى الفقراء و المساكين، أم إلى العقب الموقوف عليه و جهان للمبسوط (٢)، و لا دليل على شيء منهما، مع سقوط أصلهما.

و يسمّى هذا الوقف بمنقطع الأوّل إن وقفه على نفسه ابتداءً، و منقطع الوسط إن وقفه أوّلاً على من يصحّ الوقف عليه ثم على نفسه ثم على غير ممن يصحّ الوقف عليه.

و في حكم الوقف على نفسه الوقف على من لا يصحّ الوقف عليه؛ لعدم قابليته للتملك، كالمعدوم و الميت و المملوك. و المختار في الجميع بطلان ما بعد الانقطاع.

و لو وقف على نفسه و غيره جمعاً بالواو ففي صحه الوقف على الغير في النصف، أو الجميع، أو البطلان من أصله، أو وجه.

و كذا فيما لو وقف على نفسه و الفقراء ففي صحه النصف، أو الثلثه الأرباع، أو الجميع، أو البطلان من الأصل، أو وجه، أو جهها في المقامين البطلان، لعين ما مرّ في توجيهه في السابق.

و وجه الصحه في الجملة عدم تحقق الانقطاع بالإضافة إلى تمام الوقف، و إنما تحقق بالإضافة إلى البعض، و هو مع وجود موقوف عليه آخر يصحّ عليه الوقف لا يتأتى معه الانقطاع. و لا كذلك السابق؛ لحصول الانقطاع فيه بالوقف على نفسه مثلاً قطعاً ثم بعده على غيره، و هو فرق

ص: ١١٤

١- المبسوط ٣: ٢٩٣، الخلاف ٣: ٥٤٤.

٢- المبسوط ٣: ٢٩٤.

واضح، إلا أن ما قدّمناه من دليل البطلان عام، وليس له وجه الصحة بمعارض.

و يتفرع على هذا الشرط أيضاً عدم صحة الوقف إذا شرط قضاء ديونه أو إدرار مئونه منه، و به قطع الأصحاب، كما فى المسالك (١) مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، و ربما دلّ عليه إطلاق الخبرين المتقدمين (٢).

و لو شرط أكل أهله منه صحّ الشرط، كما فعل النبى صلى الله عليه و آله بوقفه، و كذلك فاطمه (٣) عليها السلام، و لا يقدح كونهم واجبي النفقه، فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به.

و لو وقف و شرط عوده إليه عند الحاجة إليه فقولان، أشبههما: البطلان رأساً، وفاقاً للمبسوط و الإسكافى و ابن حمزه و الحلّى (٤) مدّعياً عليه إجماع الإماميه.

قيل: لأنّه شرط ينافى عقد الوقف فيبطل؛ لتضمنه شرطاً فاسداً (٥).

و يضعف بمنع المنافاه، فإنّها حيث لا- يقبل العقد هذا الشرط و هو عين المتنازع و فيه نظر؛ لمنافاته الدوام المشترط فيه بلا خلاف، كما مر (٦)، و لظاهر الموثقين كالصحيحين، أحدهما: عن الرجل يتصدّق ببعض ماله فى حياته فى كلّ وجه من وجوه الخير و قال: إن احتجت إلى شىء من

ص: ١١٥

١- المسالك ٣٥٤:١.

٢- فى ص: ١١١.

٣- انظر الوسائل ١٩:١٩٨ أبواب أحكام الوقف و الصدقات ب ١٠.

٤- المبسوط ٣:٣٠٠، و حكاة عن الإسكافى فى المختلف: ٤٩٠، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٧٠، الحلّى فى السرائر ٣:١٥٦.

٥- قال به فى المختلف: ٤٩٠، و المسالك ٣٥٤:١.

٦- راجع: ١٠٢.

المال فأنا أحقّ به، ترى ذلك له و قد جعله لله تعالى يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: «يرجع ميراثاً إلى أهله» (١).

و في الثاني: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحقّ بها، ثم مات الرجل فإنّها ترجع إلى الميراث» (٢).

مضافاً إلى التأييد بما يستفاد من النصوص: من أن الوقف صدقه فلا يجوز الرجوع فيها بمقتضى كلمه الأصحاب و جملة من الأخبار (٣)، و يشير إليه السؤال في الأول، حيث استبعد فيه الصحة و قد جعله لله سبحانه، و هو ظاهر في منافاه الجعل له تعالى الرجوع فيه.

و القول الثاني للمفيد و النهايه و القاضى و الديلمى و السيد (٤) مدّعياً عليه إجماع الإماميه، و ذهب إليه الماتن في الشرائع و الفاضل في المختلف و غيره و الشهيد الثاني في المسالك و غيره (٥)، و نسبه كغيره إلى الأ-كثر؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط، و خصوص عموم الصحيح السابق:

«الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» (٦).

ص: ١١٦

---

١- التهذيب ١٣٥/٥٦٨، الوسائل ١٧٧:١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٣ ح ٣.

٢- التهذيب ١٥٠/٦١٢:٩.

٣- انظر الوسائل ١٨٠، ١٧٩:١٩ أبواب الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٥، ٢.

٤- المفيد في المقنعه: ٦٥٢، النهايه: ٥٩٥، القاضى في المهذب ٩٣:٢، الديلمى في المراسم: ١٩٧، السيد في الانتصار: ٢٢٦.

٥- الشرائع ٢١٧:٢، المختلف: ٤٩٠، و القواعد ٢٦٧:١، و التحرير ٢٨٥:١، الشهيد الثاني في المسالك ٣٥٥:١، و الروضه ١٧٢:٣.

٦- المتقدم في ص: ١٠٥.

و استدّلوا عليه أيضاً بالصحيحين المتقدمين، بناءً على فهمهم من لفظ يرجع ميراثاً الصحه؛ إذ البطلان ليس فيه رجوع حقيقه، بل الشئء الموقوف باقٍ على الملكيه.

و فيه نظر؛ فإن إطلاق الرجوع ميراثاً و إرادته حقيقته غير ممكن هنا قطعاً، فإن المرجوع إليه إنما هو كونه ميراثاً حقيقه، و هو شئء لم يكن فى حال حياه الواقف أصلاً إلّا مجازاً، فإذا لم يمكن إرادته الحقيقه تعين المجاز، فيحمل الرجوع على ما يجتمع مع البطلان بقرينه السؤال فى الأول، حيث سئل عن صحه هذا الوقف مع ما هو عليه من كونه صدقه، فلو لم يحمل الجواب على هذا لما طابق للسؤال و ما كان جواباً عنه، فلم يبق إلّا الأدله الأوله من الإجماع، و هو معارض بمثله من إجماع الحلّى المتقدم، و العمومات، و هى مخصّصه بظاهر الصحيحين و غيرهما مما قدّمناه.

إلّا أن الشهره المحكيه فى كلام جماعه (١)، و الظاهره من فتاوى الجماعه عاضدت أدله الصحه و رجحتها على الأدله الأوله، سيّما مع ما فى بعضها كالصحيحين: من ضعف الدلاله، و عدم النصيه التى هى المناط فى تخصيص الأدله القطعيه من عمومات الكتاب و السنه، مع ظهور ثانيهما فى اشتراط الموت فى أصل الرجوع، و هو ظاهر فى عدمه قبله، و هو عين مقتضى الصحه، فالقول بالصحه لا يخلو عن قوه، مع أنه أحوط فى الجملة، و عليه فلا ريب فى الرجوع مع الحاجه.

ص: ١١٧

---

١- منهم: الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ١٧٢، و الفيض فى مفاتيح الشرائع ٣: ٢١١، و صاحب الحدائق ٢٢: ١٦٤.

و لو مات و لم يحتج فهل يرجع إلى ورثه الواقف فيكون حبساً، كما عن النهايه و القاضى (١)، أم لا يرجع و يكون وقفاً، كما عن الباين؟ وجهان، للثانى عمومات الأمر بالوفاء بالعقود و الشروط، و للأول صريح الصحيحين، و هو أظهر.

و هل يعود بالاحتياج، أو يقف معه على اختياره؟ وجهان، ظاهر العقد و الشرط الأول.

و المرجع فى الحاجه إليه إلى العرف؛ لأنه المحكم فيما لم يرد الشرع بتعيينه.

و ذكر جماعه أن مستحق الزكاه محتاج (٢). و فى إطلاقه نظر.

و نحوه تفسيرها بقصور المال عن قوت يومه أو ليله، و بسؤاله لغيره (٣)، و ببعده صرح جماعه (٤)، و لكنه ليس بذلك البعيد، و مع ذلك هو أحوط.

## الثانى فى الموقوف

الثانى: فى ما يتعلق ب الموقوف.

و يشترط فيه أن يكون عيناً معلومه، فلا- يصح وقف المنفعه و لا الدين و لا المبهم، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٥)؛ و هو الحججه؛ مضافاً إلى الأصل و اختصاص الأدله كتاباً و سنه بما اجتمع فيه الشرائط الثلاثه بحكم الصراحه فى بعض، و التبادر فى آخر، و الشك فى

ص: ١١٨

١- النهايه: ٥٩٦، القاضى فى المهذب ٢: ٩٣.

٢- كما فى المسالك ١: ٣٥٥، و جامع المقاصد ٩: ٣٠.

٣- كما فى الدروس ٢: ٢٦٧، و التنقيح ٢: ٣٠٦.

٤- منهم السبزوارى فى الكفايه: ١٤٠.

٥- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٢.

دخول ما لا يجتمع فيه في الوقف، بناءً على أن المفهوم منه عرفاً و لغه و شرعاً هو تحييس الأصل و تسبيل الثمره، فلا يشمل وقف نحو الثمره و كذا الدين و المبهم؛ لأن مقتضاه وجود الموقوف في الخارج حين العقد يحكم عليه بذلك، و هما ليسا كذلك، فيكون وقفهما في الخارج من قبيل وقف المعدوم الغير الجائر إجماعاً، فلا يشملهما عمومات الأمر بالوفاء بالعقود في الكتاب و السنه؛ لأن وقف مثلهما ليس بوقف فكيف يؤمر بالوفاء به، و مجرد تسميته وفقاً لا يدخله في حيز الأمر بالوفاء به.

و أن يكون مملوكه إن أُريد بالمملوكيه صلاحيتها له بالنظر إلى الواقف ليحترز به عن وقف نحو الخمر و الخنزير من المسلم فهو شرط الصحه بلا خلاف؛ لما مرّ من الأدله.

و إن أُريد به الملك الفعلي ليحترز به عن وقف ما لا يملك و إن صلح له فهو شرط اللزوم، على قولٍ ذهب إليه الماتن في الشرائع، و الفاضل في الإرشاد و القواعد و التحرير، و الشهيد الثاني في المسالك (١)؛ لأنه عقد صدر من أهله صحيح عبارته في محلّه قابل للنقل و قد أجازته المالک، فيصحّ كغيره من العقود.

و قيل: هو كالأول شرط الصحه (٢)، و احتمله الفاضل في التحرير (٣)، و اختاره فخر الإسلام و شيخنا في الروضه (٤) على تقدير اعتبار القربه.

ص: ١١٩

---

١- الإرشاد ٤٥٢، ٤٥١، القواعد ٢٦٩، التحرير ٢٨٩، المسالك ٣٤٦.

٢- الحدائق ١٧٨: ٢٢.

٣- التحرير ٢٨٩: ١.

٤- فخر الإسلام في إيضاح الفوائد ٣٨٩، ٢: ١٧٦: ٣.



و لعلّه أظهر. لا- لما قيل من أن عبارته الفضولى لا أثر لها، وتأثير الإجازة فيما عدا محل النص المختص بالبيع و النكاح غير معلوم (١)، لأن الوقف فكّ ملك في كثير من موارد و لا- أثر لعباره الغير فيه؛ لاندفاعه بأن اختصاص النص بالمورد غير قادح بعد شموله للغير بالأولويه، كما تقدّم إليه الإشاره غير مرّه.

بل لاشتراط الصحه هنا بما يزيد على نفس العقد، و هو القربه، و هى بملك الغير غير حاصله، و نيه المجيز لها حين الإجازة غير نافعه، إمّا لاشتراط المقارنه بالصيغه و هى فى الفرض مفقوده، أو لأن تأثير نيته لها بعدها و إفادتها الصحه حينئذٍ غير معلومه، فالأصل بقاء الملكيه إلى أن يعلم الناقل، و هو بما قرّناه غير معلوم.

نعم، لو قلنا بعدم اشتراطها فى الصحه كان الأوّل قوياً غايه القوه، لكن فيه ما مرّ إليه الإشاره.

و توقف فى الدروس و التذكره (٢). و لا وجه له.

و أن يكون العين ممّا يمكن أن ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محلّلاً بلا خلاف؛ للحجج السابقه، حتى الإجماع فى الغنيه (٣)، و تزيد عليها بالإضافه إلى اشتراط كون المنفعه محلّله ما تقدم من الأدلّه على اشتراط القربه فى الصحه (٤)، و لا- تحصل فى المنفعه المحرمه.

مضافاً إلى أن الوقف لأجلها إعانه على الإثم، محرمه بالكتاب

ص: ١٢٠

١- الروضه ١٧٦:٣.

٢- الدروس ٢٦٤:٢، التذكره ٤٣١:٢.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٢.

٤- راجع ص ٩٣.

و الإجماع و السنه.

فلا- يصحّ وقف ما لا- ينتفع به إلّا مع ذهاب عينه، كالخبز و الطعام و الفاكهه و غيرها من الأمور التي هي مع الانتفاع غير باقيه، بل تكون بمجردّه و معه تالفه.

و لا وقفُ ما انتفاعاته محرمة، كآلات اللّهُ و هياكل العباده المبتدعه.

قالوا: و لا يعتبر في الانتفاع به كونه في الحال، بل يكفي المتوقّع، كالعبد و الجحش الصغيرين و الزمن الذي يرجى زوال زمانته، و لعلّه لإطلاق الأدلّه.

و هل يعتبر طول زمان المنفعه؟ إطلاق العبارة و ما ضاهاها من عبائر الجماعه و نسبه إلى الأ-كثر في الروضه (1) يقتضى عدمه، فيصحّ وقف ربحان يسرع فساده. و احتمال فيها اعتباره؛ لقلّه المنفعه، و منافاتها التأييد المطلوب من الوقف.

و فيه نظر؛ للإطلاقات، و عدم ثبوت مانعيّه القلّه، لعدم الدليل على اشتراط الكثره. و منافاه التأييد المشترط له غير واضح إن أُريد به الدوام ما دامت العين باقيه؛ لحصوله في الفرض بالضروره و إن كان مده الدوام يسيره. و إن أُريد به الدوام إلى انقراض العالم فهو فاسد بالبديهه، و إلّا لما تحقق وقف بالإضافه إلى ما لا يحصل فيه مثل هذا الدوام، و هو مخالف للإجماع، بل الضروره.

و أن يكون مما يصحّ إقباضها لأ-كثر ما مرّ من الأدلّه، و منه الإجماع في الغنيه (2)؛ مضافاً إلى ما مرّ من اشتراط القبض في الصحه، و هو

ص: ١٢١

١- الروضه البهيه ١٧٥:٣.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٢.

لا يحصل في غير مورد الشرط، فلا يصح وقف الطير في الهواء، ولا السمك في ماء لا يمكن قبضه عادةً، ولا الأبق والمغصوب ونحوها.

ولو وقفه على من يتمكن من قبضه فالظاهر الصحة، وفاقاً للروضة (١)؛ لأن الإقباض المعتبر من المالك إنما هو الإذن في قبضه و تسليطه عليه، والموقوف عليه تسلمه، وهو ممكن.

و حيث اجتمعت في العين الشرائط المزبوره صحّ وقفها مشاعه كانت أو مشتركه مقسومه بلا خلاف يظهر بين الطائفة، و به صرح في المسالك وغيره (٢)، بل عليه الإجماع في الغنيه (٣)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى العمومات و الإطلاقات السليمه عما يصلح للمعارضه؛ لتحقيق الغايه المقصوده من الوقف فيه، و هو تحييس الأصل و تسبيل الثمره، و لإمكان قبضه، كما يجوز بيعه و غيره من العقود، هذا.

و المعتبره بجواز صدقه العين المشاعه مستفيضه:

منها الصحاح، في أحدها: عن دارٍ لم تقسّم فيتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ فقال: «يجوز» قلت: أ رأيت إن كان هبه، قال: «يجوز» (٤).

و في الثاني: عن صدقه ما لم يقسّم و لم يقبض؟ فقال: «جائزه، إنما أراد الناس النحل فأخطئوا» (٥).

ص: ١٢٢

١- الروضة البهيه ١٧٥:٣.

٢- المسالك ٣٤٦:١؛ و انظر الحدائق ١٧٩:٢٢.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٢.

٤- الكافي ٢٤/٣٤، التهذيب ١٣٣/٥٦٤، الوسائل ١٩:١٩٤ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ١.

٥- الكافي ٦/٣١، التهذيب ١٣٥/٥٧١، الوسائل ١٩:١٩٥ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ٢.

و فى الثالث: إنَّ أمى تصدّقت على بنصيب لها فى دارٍ، فقلت لها: إن القضاء لا يجيزون هذا، و لكن اكتبيه شراءً، فقالت: أصنع فى ذلك ما بدا لك و كلّ ما ترى أنه يسوغ لك، فوثقت فأراد بعض الورثة أن يستحلفنى أنى قد نقدتها الثمن و لم أنقدها شيئاً، فما ترى؟ قال: «احلف له» (١) فتأمل.

و منها الموثقات فى أحدها: عن صدقه ما لم يقبض و لم يقسم قال:

«تجوز» (٢).

و منها: عن دارٍ لم تقسم فيتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه؟ قال:

«يجوز» (٣) الحديث، و نحوهما الثالث (٤).

و الخبران: فى الرجل يتصدّق بالصدقه المشتركة، قال: «جائز» (٥).

و قد مرّ شيوع إطلاق الصدقه على الوقف بحيث يظهر كونه على الحقيقة (٦)، و لعله لذا ذكرها الشيخ فى التهذيب و غيره فى غيره فى كتاب الوقف، فتعمّه هذه الروايات بترك الاستفصال.

ص: ١٢٣

- 
- ١- الفقيه ١٨٣/٦٤٣، التهذيب ١٣٨/٥٨٠، الوسائل ١٩٦:١٩٦ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ٥.
  - ٢- التهذيب ١٣٩/٥٨٣، الإستبصار ١٠٣/٣٩٥، الوسائل ١٩٧:١٩٧ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ٦.
  - ٣- التهذيب ١٤٠/٥٨٩، الوسائل ١٩٤:١٩٤ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ١.
  - ٤- التهذيب ١٥٢/٦٢١، الوسائل ١٩٦:١٩٦ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ٣.
  - ٥- الأول: الكافي ٧:٢٦/٣٤، الفقيه ١٨٢/٦٣٨، التهذيب ١٣٧/٥٧٦، الوسائل ١٩٦:١٩٦ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٩ ح ٤.
  - ٦- راجع ص ٩٥.

و احتج على المخالف في الغنيه بقوله عليه السلام لعمر في سهام خبير:

«جس الأصل و سبل الثمره» (١) قال: و السهام كانت مشاعه؛ لأن النبي صلى الله عليه و آله ما قسّم خبير و إنما عدل السهام (٢).

و حكى الخلاف هنا عن بعض العامه؛ بناءً على دعواه عدم إمكان قبضه (٣).

و الأصل ممنوع؛ فإن المشاع يصح قبضه كالمقسوم، لأنه إن كان هو التخليه فإمكانه واضح، و إن كان النقل فيمكن وقوعه بإذن الواقف و الشريك معاً.

### الثالث في الواقف

الثالث: في ما يتعلق ب الواقف.

و يشترط فيه البلوغ، و كمال العقل، و جواز التصرف برفع الحجر عنه في التصرفات الماليه، بلا خلاف.

فلا يصح من المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو نحو ذلك، و عليه الإجماع في الغنيه (٤)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى الأدله الداله على الحجر من الكتاب و السنه (٥).

و لكن في صحه وقف من بلغ عشرًا تردّد و اختلاف، فبين من صحّحه، كالطوسي و الإسكافي و التقى (٦)، و من أفسده، كالديلمي

ص: ١٢٤

١- عوالي اللآلى ٢٦٠/١٤:٢، المستدرک ١٤:٤٧ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٢ ح ١، و في سنن ابن ماجه ٢٣٩٧/٨٠١:٢، و سنن النسائي ٦:٢٣٢ بتفاوت يسير.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣.

٣- حكاه في المغنى لابن قدامه ٦:٢٦٦، و انظر الخلاف ٣:٥٤٢.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٢.

٥- النساء: ٦؛ و انظر الوسائل ١٨:٤٠٩ أبواب أحكام الحجر ب ١.

٦- الطوسي في النهايه: ٦١١، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٥١٠، التقى في الكافي في الفقه: ٣٦٤.

و الحلّى و الفاضلين و الشهيدين (١)، و لعلّه عليه كآفه المتأخّرين، و ربما يستفاد من الغنيه (٢) الإجماع عليه حيث ادّعاه على اشتراط مالكيه الواقف للتبرّع، و هو ليس بمالك له بالإجماع؛ لثبوت الحجر عليه به و بالكتاب و السنه، و هذه الأدلّه هي الوجه في أحد شقّي التردّد.

و وجه الثاني هو أن المروى في المستفيضه جواز صدقته منها الموثقان، في أحدهما: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم» (٣).

و في الثاني: عن صدقه الغلام ما لم يحتلم؟ قال: «نعم إذا وضعها في موضع الصدقه» (٤).

و الخبر: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق على وجه معروف و حق فهو جائز» (٥).

و إطلاق الصدقه أو عمومها يشمل الوقف أيضاً؛ لما مضى، مضافاً إلى عدم القائل بالفرق ظاهراً.

و الأولى المنع عن الصحه؛ لقوه الأدلّه المانعه في نفسها، مع

ص: ١٢٥

١- الديلمى في المراسم: ٢٠٣، الحلّى في السرائر ٢٠٦: ٣، المحقق في الشرائع ٢١٣: ٢، العلّامه في القواعد ٢٦٧: ١، الشهيد الأوّل لم يذكره في اللّمعه و لم يرجّح أحد القولين في الدروس ٢٦٣: ٢، الشهيد الثاني في المسالك ٣٤٦: ١.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٢.

٣- التهذيب ٧٣٣/١٨٢، الوسائل ٢١٢: ١٩، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ٢.

٤- التهذيب ٧٣٤/١٨٢، الوسائل ٢١٢: ١٩، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ٣.

٥- الكافي ٧: ١/٢٨، التهذيب ٧٢٩/١٨١، الوسائل ٢١١: ١٩، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

اعتزادها فى خصوص المسأله بالشهره العظيّمه، و استصحاب الحاله السابقه، و ضعف النصوص المزبوره عن المقاومه لها من وجوه عديده:

منها مضافاً إلى الشذوذ و الندره قصور أسانيدھا عن الصحه.

مع كون الثالثه بحسب السند ضعيفه، و الأولين ليس فيهما التقييد بالعشر سنين بالمرّه، و تقيدهما بالروايه الثالثه فرع المكافأه، و هى لضعفها مفقوده.

مع تضمّن أولها صحه الطلاق، و هى ممنوعه، كما سيأتى فى بحث الطلاق إليه الإشاره.

و شىء من هذه الأمور المزبوره و إن لم يقدر فى الحجّيه بعد كون الأسانيد معتبره، إلّا أن أمثالها بل و أدون منها فى مقام التراجيح معتبره.

و لا يكافئها اعتزاد النصوص المزبوره بالنصوص الأخر على جواز وصيته، كالموثق: عن وصيه الغلام هل تجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» (١).

و الخبر: «إذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله فى حقّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله بشىء (٢) فى حقّ جازت وصيته» (٣).

لقصور الإسناد فيهما عن الصحه كالسابقه؛ مضافاً إلى ضعف الثانيه و تضمّنهما جواز وصيه البالغ سبعاً، و لم يقل به أحد من الطائفه، و إن هى حينئذٍ إلّا كما دلّ من النصوص على جواز أمره فى ماله مطلقاً، و وجوب

ص: ١٢٤

١- التهذيب ١٨٢/٧٣٠، الوسائل ١٩:٣٦٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٧.

٢- فى المصادر: باليسير.

٣- الكافى ٧:٤/٢٩، الفقيه ٤:٥٠٣/١٤٥، التهذيب ١٨٢/٧٣٢، الوسائل ١٩:٣٦١ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٢.

الفرائض و إقامه الحدود عليه كذلك إذا بلغ ثمان سنين، و اتحاد الجارية معه في الحكمين إذا بلغت سبع سنين (١).

قال في المسالك، و لنعم ما قال: و مثل هذه الأخبار الشاذة المخالفة لأصول المذهب، بل إجماع المسلمين، لا تصلح لتأسيس هذا الحكم (٢)، و بنحوه صرح الحلبي (٣).

و يجوز أن يجعل الواقف النظر في الموقوف لنفسه و يشترطه في متن العقد على الأشبه الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و نفي عنه الخلاف في التنقيح و المسالك (٤)، و ادعى عليه الإجماع في المختلف (٥)؛ و هو الحجة، مضافاً إلى الأصل، و العمومات كتاباً و سنه.

خلافاً للحلبي (٦)، فممنوع عن صحه هذا الشرط و أفسد به الوقف. و هو شاذ، و مستنده غير واضح.

و يجوز أن يجعله لغيره قولاً واحداً؛ لعين ما مرّ من الأدلة؛ مضافاً إلى التوقيع المتقدم إليه الإشارة (٧)، و فيه: «و أمّا ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعه يسلمها من قيم يقوم بها و يعمرها و يؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيعه، إنما لا يجوز ذلك لغيره» .

ص: ١٢٧

---

١- منها ما أورده في الوسائل ١٩:٢١٢ أبواب الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ٤.

٢- المسالك ١:٣٤٦.

٣- السرائر ٣:٢٠٦.

٤- التنقيح الرائع ٢:٣٠٧، المسالك ١:٣٤٦.

٥- المختلف: ٤٩٢.

٦- السرائر ٣:١٥٦.

٧- راجع ص ٩٧.



و نحوه أخبار آخر، منها: الصحيح المتضمن لصدقه مولانا فاطمه عليها السلام بحوائطها السبعه و أنها جعلت النظر فيها لعلّى عليه السلام ثم للحسن عليه السلام ثم للحسين عليه السلام ثم للأكبر من ولدها (١).

و منها: الخبر المتضمن لصدقه على عليه السلام، و فيه: يقوم على ذلك الحسن عليه السلام ثم بعده الحسين عليه السلام ثم من بعده إلى من يختاره الحسين عليه السلام و يثق به (٢) الحديث ملخصاً.

و منها: الخبر المتضمن لصدقه الكاظم عليه السلام بأرضه، و قد جعل الولايه فيها للرضا عليه السلام و ابنه إبراهيم ثم من بعدهم (٣)، على الترتيب المذكور فيه.

و إن أطلق العقد و لم يشترط نظاره لنفسه و لا لغيره فالنظر لأرباب الوقف الموقوف عليهم.

إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين كون الموقوف عليهم عامّاً أو خاصّاً، و ذكر شيخنا الشهيد الثانى (٤) و تبعه جماعه (٥) أنه يبنى الحكم هنا على انتقال الملك، فإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه مطلقاً فالنظر له، و إن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيّناً و لله سبحانه إن كان عامّاً فالنظر فى الأوّل إلى الموقوف عليه، و للحاكم الشرعى فى الثانى؛ لأنه الناظر العام

ص: ١٢٨

- 
- ١- الكافى ٧:٥/٤٨، الفقيه ٤:٦٣٢/١٨٠، التهذيب ٩:٦٠٣/١٤٤، الوسائل ١٩:١٩٨ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٠ ح ١.
  - ٢- الكافى ٧:٧/٤٩، التهذيب ٩:٦٠٨/١٤٦، الوسائل ١٩:١٩٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٠ ح ٣؛ بتفاوت.
  - ٣- الكافى ٧:٨/٥٣، الفقيه ٤:٦٤٧/١٨٤، التهذيب ٩:٦١٠/١٤٩، الوسائل ١٩:٢٠٢ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٠ ح ٤.
  - ٤- المسالك ١:٣٤٧، الروضه البهيّه ٣:١٧٧.
  - ٥- منهم: الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢:٣٠٨، و الفيض فى المفاتيح ٣:٢١٣، و السبزوارى فى الكفايه: ١٤١، و صاحب الحدائق ٢٢:١٨٤.

حيث لا يوجد الخاصّ. و هو حسن و يصير الواقف حيث لا يكون النظر إليه بعد العقد كالأجنبي.

و حيث اشترط النظر لنفسه فقد اختلف الأصحاب في اعتبار عدالته على قولين، بعد اتّفاقهم على اعتبارها في الغير إذا اشترط النظر له. و الأصل يقتضى العدم فيه و في الغير أيضاً، إلّا أن اتّفاقهم عليه في الثانی كما في كلام جماعه قد حكى (١) أو جب تخصّيصه، مع اعتضاده ببعض النصوص المتضمنه لصدقه الأمير صلوات الله عليه حيث قال في آخره بعد ذكر الحسن و الحسين عليهما السلام: «فإن حدث بهما حدث فإن الآخر منهما ينظر في بنى على، فإن وجد منهم من يرضى بهديه و إسلامه و أمانته فإنه يجعله إليه إن شاء.. و إن لم يرضى بهما بعض الذى يريد فإنه يجعله إلى رجل من آل أبى طالب يرضى به، فإن وجد آل أبى طالب قد ذهب كبارؤهم و ذوو آرائهم فإنه يجعله إلى رجل يرضى به من بنى هاشم» (٢) بل قد استدل به بعض الأجله (٣).

و لكن المناقشه فيه واضحه، بل العمده هو الاتفاق المحكى، إلّا أن بعضاً حكى الخلاف فيه أيضاً فقال: خلافاً لبعضهم (٤) و في التحرير: لو جعل النظر للأرشد عمل بذلك، و لو كان الأرشد فاسقاً فالأقرب عدم ضمّ عدل إليه (٥).

قالوا: و يشترط فيه مضافاً إلى العداله الاهتداء إلى التصرف، و أنه لو

ص: ١٢٩

١- انظر الكفايه: ١٤١، و الحدائق ٢٢: ١٨٤.

٢- راجع ص: ١٢٧.

٣- كصاحب الحدائق ٢٢: ١٨٤.

٤- كالسبزواری في الكفايه: ١٤١.

٥- التحرير ١: ٢٨٩.

عرض له الفسق انعزل، فإن عاد عادت إن كان مشروطاً من الواقف.

ولا- يجب على المشروط له القبول، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار؛ للأصل، وأنه في معنى التوكيل. وحيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط.

و وظيفه الناظر مع الإطلاق العماره، والإجاره، و تحصيل الغلّه و قسمتها على مستحقّها، و لو فوض إليه بعضها لم يتعدّه. و لو جعله لاثنين و أطلق لم يستقلّ أحدهما بالتصرف.

و ليس للواقف عزل المشروط له النظاره في العقد، و له عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولّاه؛ لأنه و كيله.

و لو آجر الناظر مدّه فزادت الأجره فيها، أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد؛ لأنه جرى بالغبطه في وقته، إلّا أن يكون في زمن خياره، فيتعين عليه الفسخ حينئذٍ.

ثم إن شرط له شيء عوضاً من عمله لزم، و ليس له غيره، و إلّا فله اجره المثل عن عمله مع قصده الأجره به و قضاء العاده بعدم تبرّعه به.

قالوا: و لا يجوز لغير الناظر التصرف فيه إلّا بإذنه و لو كان مستحقاً و الناظر غير مستحق؛ عملاً بالشرط.

و هو كذلك، إلّا أنه يشكل ذلك في الأوقاف العامه على المسلمين؛ للزوم تفويت كثير من أغراض الواقف، إلّا أن يقال: إذن حكام الشرع في مثل ذلك معلوم بالقرائن.

#### **الرابع في الموقوف عليه**

الرابع: في ما يتعلق ب الموقوف عليه.

و يشترط وجوده أو إمكانه مع تبعيته لموجود حين العقد و تعيينه بالشخص، أو الوصف المميّز، كالمسلم أو المؤمن أو العالم،

و نحو ذلك.

و أن يكون ممن يملك بلا خلاف فيه و في اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محرماً.

فلو وقف على من سيوجد من المعدوم المحض، أو غير ممكن الوجود في العاده، كالميت و إن جعل تابعاً، أو غير المعين، كأحد هذين الرجلين، أو المشهدين، أو رجل من بنى آدم، أو نحو ذلك، أو من لم يكن قابلاً للتملك، كالحمل و العبد، بناءً على الأصح الأشهر من عدم تملكه مطلقاً أو ما عدا فاضل الضريبه لم يصحّ و الوجه في الجميع بعد الوفاق الظاهر المصرح به في الغنيه (1) استلزام الوقف انتقال المنفعه خاصه أو مع العين، و ليس أحد ممن تقدم بقابل للانتقال إليه.

نعم، العبد على القول بتملكه يصحّ الوقف عليه إذا قبل مولاه و إن كان محجوراً عليه.

و حيث لا يصحّ الوقف عليه لا يكون وقفاً على سيده عندنا، كما في ظاهر المسالك و صريح الروضه (2)؛ لعدم القصد إليه في العقد، فلا وجه لصرفه إليه.

و يستثنى منه العبد المعدّ لخدمه الكعبه و المشهد و المسجد، و نحوها من المصالح العامه، و نحوه الدابه المعدّه لنحو ذلك أيضاً؛ لأنه كالوقف على تلك المصلحه.

و منه يظهر الوجه فيما استثنوه أيضاً بلا خلاف يعرف من صحه

ص: ١٣١

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣.

٢- المسالك ١: ٣٤٨، الروضه البهيه ٣: ١٧٩.

الوقوف على المساجد و القناطر، فإنه في الحقيقة وقف على المسلمين بحسب القصد و إن جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم مما لا يكون قابلاً للمالكية؛ إذ هو مصروف إلى مصالحهم، و إنما أفاد تخصيصه بذلك تخصيصه ببعض المصالح، و هو لا ينافي الصحة، كما لا ينافيها في الوقف على المساجد الخبران:

أحدهما المرسل: عن الوقوف على المساجد، فقال: «لا يجوز، فإن المجوس وقفوا على بيوت النار» رواه في الفقيه (١).

و الثاني القريب منه في قصور السند، و دونه في الدلالة على المنع، رواه في التهذيب (٢).

لضعف إسنادهما، و شذوذهما، و احتمال حمل المساجد فيهما على نحو البيع و الكنائس مما يستلزم الوقف عليه الإعانة على الإثم المحرمه بالكتاب و السنه.

و لا وجه لحملهما على الكراهه بعد اتفاق الأصحاب في الظاهر على الاستحباب.

مع احتمال «لا-يجوز» فيهما الاستفهام الإنكاري، فيكون مفاده حينئذ الجواز، و يكون المقصود من ذكر التعليل بيان جوازه على المساجد بطريق أولى، و وجه الأولويه لا يخفى.

و لا-يصح على الزناه و العصاه من حيث هم كذلك؛ لأنه إعانة على الإثم و العدوان فيكون معصيه محرمة، أما لو وقف على شخص متّصفٍ

ص: ١٣٢

١- الفقيه ١٥٤/٧٢٠، الوسائل ٥:٢٩١ أبواب أحكام المساجد ب ٦٦ ح ١.

٢- التهذيب ١٥٠/٦١١، الوسائل ٥:٢٩٢ أبواب أحكام المساجد ب ٦٦ ح ٢، و رواها في الفقيه ١٨٥/٦٤٨، و علل الشرائع: ١/٣١٩.

بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صحّ، سواء أطلق أو قصد جهة محلّله.

و لو وقف على موجود ممن يصحّ الوقف عليه و بعده على من يوجد مثله صحّ بلا خلاف؛ للأصل، و العمومات، و حصول الشرط من الوجود في الابتداء و التبعية للموجود في الانتهاء.

و الوقف على البرّ مع الإطلاق و عدم تعيين وجه منها في متن العقد يصرف إلى الفقراء و وجوه القرب كنفع طلبه العلم، و عماره المساجد و المدارس و القناطر و المشاهد، و إعانه الحاج و الزائرين، و أكفان الموتى، و نحو ذلك.

و في جواز صرفه في مطلق نفع المسلمين و إن كانوا أغنياء وجه قوى، اختاره جماعه (١) مع عدم مخالفٍ لهم في ذلك أجده؛ لعدم وجوب تحزّي الأكمل، للأصل، و صدق الموقوف عليه.

و لا يصحّ وقف المسلم على البيع و الكنائس أى معابد اليهود و النصارى، بلا خلاف، و به صرح في التنقيح (٢)، و لا ريب فيه و إن قلنا بجواز الوقف عليهم.

و لا يرد أنّ ما تقدّم في توجيه صحّح الوقف على المساجد من أنه وقف على المسلمين في الحقيقة يستلزم صحته عليهما كما يصحّ عليهم، لأن الوقف على كنائسهم و شبهها وقف على مصالحهم.

للفرق، فإن الوقف على المساجد مصلحه للمسلمين و هى مع ذلك

ص: ١٣٣

---

١- منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ١:٣٥١، و السبزوارى فى الكفايه: ١٤٢، و الفيض فى مفاتيح الشرائع ٣:٢١١.

٢- التنقيح الرائع ٢:٣١٢.

طاعه و قربه فهى جهه من جهات المصالح المأذون فيها، بخلاف الكنائس، فإن الوقف عليها وقف على جهه خاصه من مصالح أهل الذمه، لكنّها معصيه، لأنّها إعانه لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرّمه و الكفر، بخلاف الموقوف عليهم أنفسهم، لعدم استلزامه المعصيه بذاته، إذ نفعهم من حيث الحاجه و أنهم عباد الله سبحانه و من جمله بنى آدم المكرمين و من يجوز أن يتولّد منهم المسلمون لا معصيه فيه، و ما يترتب عليه من إعانتهم به على المحرّم كسرب الخمر و أكل لحم الخنزير و الذهاب إلى تلك الجهات المحرّمه ليس مقصوداً للواقف حتى لو فرض قصده له لحكم بطلانه.

و مثله الوقوف عليهم لكونهم كفّاراً، فلا يصحّ، كما لا يصحّ الوقف على فسّقه المسلمين من حيث هم فسّقه.

و لو وقف على ذلك أى البيع و الكنائس الكافر الذى يعتقد صحه الوقف عليهما و يحصل منه بمعتقده التقرب به إلى الله تعالى صحّ على الأصحّ، وفاقاً للمفيد و القاضى و الفاضل و المقداد (١) فى الشرح (٢)، إقراراً لهم على دينهم، مع أنه لا بدّ لهم من معبد، و أنه لم أقف فيه على مخالفٍ عدا الماتن هنا، فقال: و فيه وجه آخر هو العدم، كما صرّح به بعد أن سئل عنه، قال: لتعدّ نيه القربه من الكافر، و هى شرط فى صحه الوقف.

و فيه نظر؛ لمنع التعذر منه على الإطلاق؛ لاختصاصه بالمعطله

ص: ١٣٤

١- فى «ح»: و الفاضل المقداد.

٢- المفيد فى المقنعه: ٦٥٤، القاضى فى المهذب ٢: ٩٢، العلّامه فى القواعد ١: ٢٦٨، المقداد فى التنقيح الرائع ٢: ٣١٢.

و ربما يحكى عن الأُولين جواز وقف الكافر على نحو بيوت النيران (١). خلافاً للإسكافي (٢)، و وافقه الفاضل و المقداد (٣)، فصّرّحوا بالمنع.

و لا- يقف المسلم على الحربى مطلقاً و لو كان له رحماً قريباً، وفاقاً للديلمى و القاضى (٤)، بل نسبه فى المسالك إلى المشهور (٥) مؤذناً بعدم الخلاف فيه، و نحوه فى عدم ظهور الخلاف فيه التنقيح (٦).

و فيه نظر، فإن كلمه قدماء الأصحاب المختلفه المحكيه فى المسأله الآتيه مطلقه فى الكافر، إلّا كلام المبسوط (٧)، فاخصّ بأهل الذمه، و بهما اعترف فى المسالك (٨).

و لعلّ الوجه فى تخصيص جملة من المتأخرين (٩) عبائرهم بأهل الذمه أن الوقف إذا وجب الوفاء به حرم تغييره و نقله عن وجهه، و مال الحربى فى للمسلمين، يصحّ أخذه و بيعه، و لا يجب دفعه إليه، لأنه غير مالك، كما صرّحوا به فى الوصيه، و هو ينافى صحته، و لا كذلك الذمى.

ص: ١٣٥

١- المقنعه: ٦٥٤، المهذب ٢: ٩٢.

٢- حكاه عنه فى المختلف: ٤٩٦.

٣- العلامه فى المختلف: ٤٩٦، المقداد فى التنقيح ٢: ٣١٢.

٤- الديلمى فى المراسم: ١٩٨، القاضى فى المهذب ٢: ٨٨.

٥- المسالك ١: ٣٤٨.

٦- التنقيح ٢: ٣١٢.

٧- المبسوط ٣: ٢٩٤.

٨- المسالك ١: ٣٤٨.

٩- منهم: الشهيد الأول فى الدروس ٢: ٢٧٥، و الشهيد الثانى فى الروضه البهيه ٣: ١٧٩، و السبزوارى فى الكفايه: ١٤٣.



قيل: وفيه نظر، فإن تحريم تغييره من حيث الوقف لا ينافيه من حيثه أخرى هي جواز التصرف في مال الحربى بأنواع التصرفات المستلزم لتغييره (١).

(و فيه مناقشه يظهر وجهها مما سنذكره فى كتاب الوصيه فى بحث تشابه المسأله و مقتضاه و مقتضى غيره مما نذكره ثمه فساد الوقف فى المسأله و لا- يخلو عن قوه لكن المحكى عن مجمع البيان الإجماع على جواز أن يبر الرجل إلى من يشاء من أهل الحرب قرابه كان أو غير قرابه قال و إنما الخلاف فى إعطائهم مال الزكاه و الفطره و الكفارات فلم يجوزه أصحابنا و فيه خلاف بين الفقهاء و لا- ريب أن الوقف عليهم من جمله البر و يمكن الذب عنه بتخصيصه بغير الوقف و نحوه مما يشترط فيه قابليه الموقوف عليه للتملك و هى هنا غير حاصله قطعاً أو احتمالاً- موجبا للشك فى الشرط جدا و معه لا- يمكن القطع بوجود المشروط أصلاً فتأمل جدا و بالجمله فعدم الصحه فيهم أقوى) (و فيه نظر لابتناء الوجه على عدم مالكيه الحربى فكيف يصح مع ذلك الوقف عليهم لأنه إما تمليك عين أو منفعه و ليس بمالك لهما بمقتضى الفرض

ص: ١٣٦

١- المسالك ١: ٣٤٨.

و ما ذكر في الجواب مبنى على تملكه و هو كما عرفت في محل المنع نعم ربما يتوجه النظر بمنع دعوى عدم مالكيه أهل الحرب و الإجماع على كون مالهم فينا للمسلمين لا يدل على صحة الدعوى فقد يكون ملكهم متزلزلا مراعى إلى استيلاء يد المسلم فإن تحقق خرج عن ملكهم و إلا فلا و حينئذ فلا مانع من تملكهم العين الموقوفه أو منفعتها بعقد الوقف و خروجها عن ملكهم باستيلاء يد الواقف أو غيره عليها من حيث كونها ملك أهل الحرب و أخذ الواقف لها بالاستيلاء من هذه الحيثيه لا ينافى الصحة من حيث الوقفيه لظهور ثمره الصحة فيما لو نذر وقفا صحيحا فى الشريعة و وقف عليهم فيبرأ فى نذره و إن جاز له أخذ العين الموقوفه من حيث الحريه و هذا الوجه و إن صلح ردا لوجه التخصيص إلا أنه لا يستفاد منه دليل على صحة الوقف بل يتوقف على دليل على أى تقدير و هو مفقود لعدم عموم أو إطلاق ينفع و الأصل الفساد و على تقدير تسليم العموم كما هو الظاهر منهم حيث عللوه بوجود المانع و هو عدم المالكه لا عدم المقتضى كما قلنا فيشكل الحكم بالفساد إلا أن يقال باتفاقهم على اشتراط مالكيه الموقوف عليه و هى هنا إما منتفيه أو مشكوك فيها غير معلومه و الشك فى الشرط يوجب الشك فى المشروط فيبقى أصاله الفساد بحالها باقيه فالقول به مطلقا كما فى العبارة فى غايه القوه سيما مع دعوى الصيمرى نفى الخلاف عنه فى الأجانب منهم كالشيخ فى الخلاف فى الوصيه و المسألتان متشابهتان بلا شبهه)

و يقف المسلم على الذمى و لو كان أجنبياً للعمومات، مثل:

«الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» (١) «و: لكل كبد حرى أجر» (٢) وقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم و تقسطوا إليهم [١] (٣) بالموذّه.

و فى الجميع نظر؛ لاختصاص الأول بالوقوف الصحيحه المتضمنه لشرائط الصحه التى منها قصد القربه، و فى إمكانها على الإطلاع مناقشه، إذ هى فرع الأمر بالوقف أو مطلق الصدقه و المبرّه عليهم، و لا أثر منه فى الشريعه لا فى كتاب و لا سنه، فكيف يقصد التقرب إلى جنبه سبحانه بشىء لم يرد منه فيه أمر أو حثّ و ترغيب بنحو ممّا ورد فى المستحبات الشرعيه.

و به يظهر الجواب عن الدليلين الأخيرين، فإن غايتهم الدلاله على ثبوت الأجر و عدم النهى عن المودّه، و هما لا يستلزمان الأمر بالوقف أو المودّه حتى يتحقق فيه قصد القربه المشترطه فى الصحه.

مع معارضتهما بعموم دليل المنع و هو قوله سبحانه لا- تجد قوماً يؤمنون بالله و اليوم الآخر يوادون من حادّ الله و رسوله و لو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم هذا.

مع أنى لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا و فى الشرائع (٥) قائلًا، و إن

ص: ١٣٨

١- الكافي ٣٧/٣٤، الوسائل ١٧٥:١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٢ ح ٢.

٢- مسند أحمد ٢:٢٢٢، وج ١٧٥:٤، سنن ابن ماجه ١٢١٥/٣٦٨٦:٢، الجامع الصغير ٢٢٨/٥٩٥٨:٢.

٣- الممتحنه: ٨.

٤- المجادله: ٢٢.

٥- الشرائع ٢:٢١٤.

عدّه كثير من أصحابنا قولاً (١)؛ وذلك فإن كلمه الأصحاب المحكيه فى المسأله ليست فى الجواز مطلقه، بل هى ما بين مخصّص له بالأقارب، كما عن الشيخين و ابنى حمزه و زهره و الحلبي (٢)، أو بالوالدين خاصّه، كما عن الحلبي (٣).

فهذا القول ضعيف غايته، كالقول بالمنع مطلقاً، كما عمّن تقدّم فى المسأله السابقه (٤)، لعدم دليل عليه سوى إطلاق الآيه المانع، و عدم إمكان القربه، و ليسا بحجّه.

فالأوّل: بلزوم تقييده بما سيأتى من الأدلّه، مع معارضته بعموم الآيه الأولى المجوّزه، المعتضده بما سبقها من الروايه، مع أنه قال جماعه فيه (٥): بأن الظاهر أن النهى عن الموائه إنّما هو من حيث كونه محاذاً لله و رسوله، و إنّما لحرم اللطف و الإكرام، و هو فاسد؛ لإجماع الطبرسى المتقدم إليه الإشاره (٦).

و الثانى: بمنعه على إطلاقه، بل هو متّجه فيما عدا الأقارب، حيث لم يرد الأمر بالموائه إليهم و الترغيب فى صلتهم، و أما هم فيتأتى قصد القربه

ص: ١٣٩

- 
- ١- منهم: الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٣١٣، و الفيض فى المفاتيح ٣:٢٠٩، و صاحب الحدائق ٢٢:١٩٢.
  - ٢- المفيد فى المقنعه: ٦٥٣، الطوسى فى المبسوط ٣:٢٩٤، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٧٠، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣، الحلبي فى الكافى: ٣٢٦.
  - ٣- السرائر ٣:١٥٦.
  - ٤- الديلمى فى المراسم: ١٩٨، القاضى فى المهذب ٢:٨٨.
  - ٥- منهم: المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩:٥٠، و الشهيد الثانى فى المسالك ١:٣٤٨، و الفيض فى المفاتيح ٣:٢٠٩ و صاحب الحدائق ٢٢:١٩٥.
  - ٦- راجع ص: ١٣٥.

بالوقف عليهم، لورود الأمرين في حقهم، سيما الوالدين، فقد قال الله تعالى وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا [١] (١). مع أنه يستفاد من القائل بهذا وكذا الحلّي ورود الروايه بالجواز على ذى القرابه مطلقاً (٢)، كما عليه الشيخان و من تبعهما.

و هو أقوى؛ لما مضى، بل ظاهر الغنيه عدم الخلاف فيه أصلاً، و ادعى الإجماع عليه في الخلاف صريحاً.

و قصور سند الروايه مجبور بعمل هؤلاء العظماء من قدماء الطائفة، و كذا الدلاله، مع بُعد خطأ هؤلاء النقله فيها البتة، هذا.

و كثير من النصوص الظاهره في صحه الوقف على الأقارب شامله للمسأله بإطلاقها أو عمومها، الناشئ من ترك الاستفصال عنهم بأنهم مسلمون أو كفرة، و هى و إن كان فى صلوحها للحجيه مناقشه، إلّا أنّها للتأييد و التقويه صالحه، بل يأتى على قاعده بعض المشايخ صلوحها للحجيه و الدلاله.

و منه يظهر فساد القول الأخير، مع موافقه قائله فى بعض كلماته الشيخين فى التعديه إلى ما عدا الوالدين، و إن منع عنهما مرتين، و لذا نسبه الأصحاب إلى اضطرابه فى البين، و تردده فى اختياره أحد هذين القولين، هذا.

و مما ذكرناه من الأدله منعاً و جوازاً يظهر وجه التعديه للحكم إلى سائر معاندى الحق، و إن اختص كلام الجماعة بالكفرة، المتبادر منهم من ليس لهم من الإسلام حظّ بالمّرّه. و بهذا التعميم صرح فى الغنيه و التقى

ص: ١٤٠

١- لقمان: ١٥.

٢- السرائر ١٦٠: ٣.

والمقداد في الشرح (١)، نافياً الأول بعده الخلاف، وهو لازم لكل من اشترط القربه.

ولو وقف المسلم على الفقراء أو العلماء، أو نحوهما مما يدل على وصف مع العموم لغه انصرف إلى ذي الوصف من فقراء المسلمين و علمائهم.

ولو كان الواقف المتلفظ بتلك اللفظه كافرًا انصرف إلى ذي الوصف من فقراء نحلته و ملّته.

بلا- خلاف أجده؛ عملاً بالعرف، وشهادته الحال و العاده، فيخصّص بها ما يقتضيه اللفظه من العموم لكل فردٍ فردٍ لغه، بناءً منهم على تقديم العرف عليها مطلقاً.

و يأتي على مذهب من عكس، التعميم مطلقاً و لو إلى غير ذي الوصف من نحلته.

و هو مع مخالفته الإجماع هنا ظاهراً محجوج بما تقرّر في محله.

مضافاً إلى اختصاص الخلاف في تقديم أحدهما على الآخر بكلام الشارع لا نفس العرف؛ لتقدّم اصطلاحه على اللغه و الشرع إجمالاً.

مع أن إرادته ذي الوصف من نحلته ليست من حيث كونه حقيقه فيه دون غيره في عرف الواقف، بل من حيث شهادته الحال بإرادته خاصّه، و إن ذلك إلّا من قبيل إرادته بعض أفراد الحقيقه بمعونه القرينه و إن عمّت اللفظه في عرف المتكلم بل و غيره غير ذلك الفرد، فتدبرّ.

و هذا يتم مع تحقّق دلالة العرف و شهادته الحال به، فلو انتفت أو

ص: ١٤١

---

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، التقى في الكافي: ٣٢٦، المقداد في التنقيح الرائع ٣١٣: ٢.

شكّ فيها وجب التعميم لجميع من يتّصف بوصف الموقوف عليهم؛ رجوعاً إلى حقيقه اللفظه التي هي الأصل، مع سلامتها عن المعارض أصلاً، إلّا أن ثبوتها لما كان ظاهراً أُطلق العبارة كغيرها الانصراف إلى ذى الوصف من نحلته.

و مقتضى هذه القاعده انصراف الوقف إلى ذى الوصف من أهل مذهب الواقف لا مطلقاً، فلو وقف إمامى على الفقراء انصرف إلى فقراء الإماميه دون سائر طوائف الإسلام الباطله، وكذا فى صورته العكس، ولعلّه مراد الأصحاب وإن كانت عبائهم مطلقه، لكن سيأتى من الخلاف ما ربما ينافيه.

و حيث انصرف إلى المسلمين أو صرّح بالوقف عليهم احتيج إلى معرفتهم و بيان المراد منهم، و لذا قال: و المسلمون من صلّى إلى القبلة و فسّر فى المشهور بمن اعتقد الصلاه إليها و إن لم يصلّ لا مستحلاً.

خلافاً للمفيد (١)، فاعتبر فعلية الصلاه إليها، بناءً منه على أن العمل جزء من الإسلام.

و لا فرق عندهم بين كون الواقف محقّقاً أو غيره؛ تبعاً لعموم اللفظ.

خلافاً للحلى (٢)، فخصّهم بالمؤمنين إذا كان الواقف منهم؛ عملاً بشهاده الحال، كما لو وقف على الفقراء.

و يضعّف بأن تخصيص عامّ لا يقتضى تخصيص آخر، و منع شهاده الحال، و قيام الفرق بين الفقراء و المسلمين، فإن إرادته الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم و تباين مقالاتهم و معتقداتهم بعيد، بخلاف

ص: ١٤٢

١- المقنعه: ٦٥٤.

٢- السرائر ١٦٠: ٣.

إرادته فَرَّقَ المسلمين من إطلاقهم، فإنه أمر راجح شرعاً مطلوب عرفاً.

و في الجميع نظر؛ لمنع أن تخصيص عام لا يقتضى تخصيص آخر بعد اشتراكهما في الوجه المخصّص و هو شهادته الحال، و منعها لا وجه له، سيّما على إطلاقه.

و دعوى قيام الفرق بما ذكر غير واضح؛ لجريان ما ذكره في الفقهاء من بُعد انصراف الوقف من المسلم إلى جميعهم لاختلاف آرائهم في المسلمين أيضاً، لوجود الاختلاف في الآراء و التباين في المعتقدات فيهم أيضاً.

و دعوى رجحان الوقف على مخالفي الحق من سائر فرق المسلمين شرعاً و مطلوبيته عرفاً غير نافعه جداً بعد قيام المخصّص، كما قدّمنا، مع أن جماعه كالتقى و ابن زهره و الفاضل المقداد في التنقيح (1) أفسدوا الوقف من المحقّ على غيره، و قد مرّ أن ذلك لازم لكل من يشترط القرّبه في الصحه، فما ذكره الحلّي لا يخلو عن قوه.

هذا على تقدير صحه الوقف منه عليه، و إلّا كما اخترناه سابقاً من عدم الصحه تبعاً لهؤلاء الجماعه فينبغي القطع بمقالته؛ إذ الإطلاق و العموم ليسا بأبلغ من التصريح، و معه يفسد، فكذا معهما.

كما أن بيان انصراف الفقهاء إلى المسلمين خاصّه حيث يكون الواقف مسلماً إنما هو على تقدير صحه الوقف من المسلم على الكافر مطلقاً أو في الجملة، و على تقدير فساده بالكلية لم يحتج إلى هذا البيان؛ لفساد الوقف فيه بالإضافه إليه من أصله.

ص: ١٤٣

---

١- التقى في الكافي: ٣٢٦، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، التنقيح الرائع ٣١٣: ٢.



و على مذهب الأكثر استثنى جماعه منهم الغلاه و الخوارج و غيرهما من فرق الإسلام المحكوم بكفرهم شرعاً. و لا ريب فيه على ما اخترناه، و يأتي على غيره احتمال عدم الاستثناء، لصدق الاسم عرفاً، إلا أن يكون هناك شاهد حال على الاستثناء فيستثنى.

و المؤمنون حيث يوقف عليهم الاثنا عشرية القائلون بإمامه الأئمه الاثنى عشر سلام الله عليهم و هم الإماميه الآن، الذين لا يعتبر في صدق الإماميه عليهم اجتنابهم الكبائر اتفاقاً، كما حكاها في التنقيح و المسالك و الروضه (١)، و فيها عن الدروس (٢) انسحاب الخلاف الآتي في المؤمنين فيهم.

و ليس كذلك بالاجماع، و إشعار أدله المعبر للاجتناب عنها في الإيمان باختصاص اعتباره فيه دون الإمامي.

و كيف كان، ما اختاره الماتن من اشتراك المؤمن و الإمامي في عدم اعتبار الاجتناب عن الكبائر في حقيقتها مختار الطوسي في التبيان (٣)، قائلاً: إنه كذلك عندنا، و اختاره الديلمي و الحلّي (٤)، و عليه كافه المتأخرين.

و قيل: كما عن النهايه و المفيد و القاضي و ابن حمزه (٥) هم مجتنبو الكبائر منهم خاصه فلا يشمل الوقف عليهم الفسقه.

ص: ١٤٤

---

١- التنقيح ٣١٦:٢، المسالك ٣٤٩:١، الروضه ١٨٢:٣.

٢- الدروس ٢٧٢:٢.

٣- التبيان ٨١:٢.

٤- الديلمي في المراسم: ١٩٨، السرائر ١٦١:٣.

٥- النهايه: ٥٩٧، المفيد في المقنعه: ٦٥٤، القاضي في المهذب ٨٩:٢، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧١.

و منشأ الاختلاف هو الاختلاف بين النصوص، و الجمع بينها يقتضى المصير إلى الأول.

و الأولى الرجوع إلى عرف الواقف و شهاده حاله، حتى لو كان ممن يذهب إلى الثانى و ظهر من القرائن الأحوال إرادته مطلق الإمامى عمّ مجتنبى الكبائر و غيرهم، و إذا جهل عرفه و انتفت القرائن فالمذهب الأول، و إن كان الأحوط الثانى.

ثم كلّ إذا كان الواقف منهم، و يشكل فيما لو كان من غيرهم، و إن كان إطلاق العبارة كغيرها من العبائر يقتضى عدم الفرق، لعدم معرفته الإيمان بهذا المعنى عنده فلم يتوجه منه القصد له فكيف يحمل عليه.

و ليس الحكم فيه كالمسلمين فى عموم اللفظ و الانصراف إلى كلّ ما دلّ عليه و إن خالف معتقد الواقف، كما مرّ على تقدير صحته؛ لأن الإيمان لغه هو مطلق التصديق، و ليس هنا بمراد إجماعاً، و اصطلاحاً يختلف بحسب اختلاف المصطلحين، و معناه المعترى عند أكثر المسلمين هو التصديق القلبى بما جاء به النبى صلى الله عليه و آله، و يعبر عنه بالإيمان بالمعنى العام، و الأول أى المرادف للإمامى الذى هو مورد العبارة بالخاص، فلو قيل بحمله عليه فى محل الإشكال كان غير بعيد إذا لم يكن ثمّ شاهد حال، و إلّا كان متّبعاً بلا إشكال.

و لو وقف على الشيعة انصرف إلى من شائع علناً عليه السلام و قدّمه على غيره فى الإمامه، و إن لم يوافق على إمامه باقى الأئمه عليهم السلام بعده.

فيدخل فيهم الإماميه و الجاروديه من الزيديه، و الإسماعيليه غير الملاحده منهم، و غيرهم من الفرق الآتية.

و خصّ الجاروديه من فرق الزيديه لأنه لا يقول منهم بإمامه على عليه السلام دون غيره من المشايخ سواهم، فإن الصالحيه منهم و السلیمانیه و البتریه يقولون بإمامه الشيخين و إن اختلفوا في غيرهما.

و انصراف الشيعة إلى هاتين الطائفتين هو المشهور بين الأصحاب، محكى عن الشيخين و القاضي و الديلمي و ابن حمزه (١)؛ لعموم اللفظ.

خلافاً للحلّي و التذكرة (٢)، فيتبع مذهب الواقف، فلو كان من الإماميه انصرف وقفه إليهم خاصه، و كذا لو كان من الجاروديه انصرف وقفه إليهم، و هكذا لو كان من سائر الفرق الباقية ينصرف وقفه إلى أهل مذهبه؛ عملاً بشاهد الحال. و لا ريب فيه، بل و لعلّه لا كلام مع حصوله، و إلا فاللازم دوران الأمر مدار اللفظ و عمومه.

و إطلاق العبارة و غيرها من عبار الجماعه يقتضى عدم الفرق في الحكم بين الوقف عليهم في الأزمنه القديمه أو نحو هذه الأزمنه الحادثه.

و هو في الأخير محلّ مناقشه؛ لصيروره الشيعة في زماننا هذا و ما ضاهاه حقيقه في الاثنى عشرية خاصه، بل لا يكاد يخطر ببال أحد من أهله صدق الشيعة على غيرهم من الفرق الباقية، و لو بالمجاز دون الحقيقه، بل حيث ما يطلق فيه ينصرف إليهم دون غيرهم البتّه، و يقابل بهم خاصه أهل السنه، و هذا أوضح شاهدٍ و أفصح قرينه على انصراف الوقف على الشيعة في مثل هذا الزمان إلى الاثنى عشرية كائناً الواقف من كان.

و بما ذكرنا تفتّن بعض من عاصرناه من علمائنا الأعيان، فاعترض

ص: ١٤٦

---

١- المفيد في المقنعه: ٦٥٤، الطوسي في النهايه: ٥٩٨، القاضي في المهذب ٢: ٨٩، الديلمي في المراسم: ١٩٨، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧١.

٢- الحلّي في السرائر ٣: ١٦٢، التذكرة ٢: ٤٣٠.

الأصحاب بذلك (١).

ويمكن الاعتذار عنهم بأن مقصودهم متابعه اللفظ و عمومه حيث لا- يكون ثمّه قرينه حال، وإلّا فلا ريب في وجوب أتباعها حيث حصلت على كلّ حال، ويتّبه عليه ما مرّ من القاعده في انصراف الوقف على الفقراء إلى فقراء نحله الواقف (٢).

و لو وقف على الزيديه انصرف إلى كل من يقول بإمامه زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام و من خرج من ولد فاطمه عليها السلام عالماً زاهداً شجاعاً داعياً إلى نفسه بالسيف، و لذا قالوا بإمامه زيد دون أبيه علي بن الحسين عليهما السلام، لعدم قيامه.

و لا فرق في ذلك بين كون الواقف إمامياً أو غيره عند الشيخين (٣).

و تبعهما الأكثر؛ بناءً منهم على صحه الوقف من الإمامي على أمثال هذه الطوائف. و يأتي على المختار و مذهب من تقدّم من علمائنا الأبرار فساد الوقف منه عليهم (٤)، و به صرح الحلّي هنا (٥)، و هو لازم لمن يشترط القربه، كما قدّمناه.

و نحو هذا الكلام في الوقف على الفطحيه و هم كلّ من قال ب- إمامه الأفتح عبد الله بن جعفر بن محمّد عليهما السلام، و سُمّي بذلك لأنه قيل: كان أفتح الرأس (٦).

ص: ١٤٧

١- الحدائق ٢٠٧: ٢٢.

٢- راجع ص: ١٤٠.

٣- المفيد في المقنعه: ٦٥٥، الطوسي في النهايه: ٥٩٨.

٤- راجع ص: ٤٥٧٥.

٥- السرائر ١٦٣: ٣.

٦- انظر المقالات و الفرق: ٨٧.

و قال بعضهم: إنه كان أفطح الرجلين (١). و قيل: إنهم سَمّوا فطحه لأنهم نسبوا إلى رئيس لهم من أهل الكوفة يقال له: عبد الله بن فطیح (٢).

و على الإسماعيليه و هم كل من قال ب إمامه إسماعيل بن جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام بعده، قيل:

و هم فَرَق.

و على الناوسيه و هم كل من وقف فى عداد الأئمه على جعفر بن محمّد عليهما السلام، و قالوا: إنه حَيّ لن يموت حتى يظهر و يظهر أمره، و هو القائم المهدي.

و عن الممل و النحل: أنهم زعموا أن علياً عليه السلام مات و ستتشق الأرض عنه قبل يوم القيامة فيملاً الأرض عدلاً (٣).

قيل: نسبوا إلى رجل يقال له: ناووس (٤). و قيل: إلى قريه يقال لها ذلك (٥).

و على الواقفيه و هم كل من وقف فى الإمامه على موسى بن جعفر عليهما السلام و ينكر موته، و يدعى أنه قائم الأئمه عليهم السلام، و سَمّوا فى بعض الأخبار بحمير الشيعه، و فى آخر منها بالكلاب الممطوره (٦).

و على الكيسانيه و هم كل من قال بإمامه محمّد بن

ص: ١٤٨

---

١- كما فى الإرشاد للمفيد: ٢٨٦، و فرق الشيعه: ٧٨، و المقالات و الفرق: ٨٧.

٢- حكاه المفيد فى الإرشاد: ٢٨٦.

٣- الممل و النحل: ٢٧٣.

٤- المقالات و الفرق: ٨٠.

٥- الممل و النحل: ٢٧٣.

٦- رجال الكشّى ٢: ٧٦١.

الحنفيه بعد الحسين عليه السلام و أنه حىّ غائب فى جبل رضوى و ربما يجتمعون لىالى الجمعة فى الجبل و يشتغلون بالعباده على ما حكى، و هم أصحاب مختار بن أبى عبيده المشهور، و يقال: إن لقبه كان كيسان (١)، و قيل: و منشأه أن أمير المؤمنين عليه السلام قال له: يا كيسى يا كيسى، و هو طفل قاعد فى حجره (٢).

و كذا لو وصفهم الواقف بنسبه إلى عالم كان لمن دان و قال بمقالته و مذهبه كالحنفيه و المالكيه و الشافعيه و الحنبليه.

و هذه ضابطه كلييه فى جميع هذه المسائل، لكن مع اتفاق العرف أو الاصطلاح لا كلام فى انصرافه إليه، و مع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف، و بهذا يتخرج الحكم و الخلاف فى الجميع.

و لو نسبهم إلى أب كالأمثله الآتية كان الوقف منصرفاً لمن انتسب إليه أى إلى ذلك الأب بالأبناء، دون البنات على الأشهر بين عامه من تأخر.

خلافاً للمرتضى و ابن زهره (٣)، فألحقا المنتسبين إليه بالبنات بالمنتسبين إليه بالأبناء فى انصراف الوقف إليهم أيضاً، و ادعى الأخير هنا عليه إجماعاً.

و تمام التحقيق مع ذكر الخلاف فى المضمار يطلب من كتاب الخمس (٤).

ص: ١٤٩

١- قال به فى المقالات و الفرق: ٢١.

٢- انظر رجال الكشى ١: ٣٤١.

٣- المرتضى حكاه عنه فى المختلف: ٤٩٨، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣.

٤- راجع ج ٥ ص ٢٤٧.

و ذلك ك الوقف على الطائفة العلويه و الهاشميه فينصرف الوقف إلى مَنْ وَكَلده على و هاشم بأبيه، أى من اتصل إليهما بالأب و إن علا، دون الأم على الأشهر، و يعم المنتسب إليهما بالأم أيضاً على القول الآخر.

و يتساوى فيه أى فى ذلك الوقف استحقاقاً و قدراً الذكور و الإناث من أولاد البنين، و البنات إن قلنا بانصراف الوقف إليهم، بلا خلاف، قيل: و لا إشكال (١)، و إن وقع بلفظ الذكور كالحاشميين و العلويين؛ فإن اللفظ حينئذٍ يشمل الإناث تبعاً، كما تناولهنّ فى جميع الخطابات الواقعه فى التكليف فى الكتاب و السنه، و لصدق إطلاقه على الإناث فيقال فلانه علويه أو هاشميه أو تميميه و نحوه.

و المناقشه فيهما على إطلاقهما واضحه، إلا أن يتمم الأول بالاستقراء، لكن فى إفادته المظنه التى يطمئن إليها مناقشه.

و كيف كان، الإجماع بنفسه حجه واضحه قد كفتنا مؤونه الاشتغال بطلب توجيه لتصحيح هذه الأدله، أو الفحص عما سواها من الحجج الأخر الشرعيه.

و إذا وقف على قومه انصرف إلى أهل لغته فى المشهور بين الأصحاب، و إن اختلفوا فى الإطلاق، كما هنا و عن الديلمى (٢)، أو التقييد بالذكر منهم خاصه دون الإناث، كما عن الشيخين و القاضى و ابنى حمزه و زهره العلوى (٣).

ص: ١٥٠

١- المسالك ٣٥٠:١.

٢- المراسم: ١٩٨.

٣- المفيد فى المقنعه: ٦٥٥، الطوسى فى النهايه: ٥٩٩، القاضى فى المهذب ٢: ٩١، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٧١، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

و مستندهم فى أصل الحكم غير واضح، عدا ما يستفاد من الحلّى و التنقيح (١): من أن به روايه، و ربما يفهم من الغنيه أن عليه و على التقييد إجماع الإماميه.

خلافاً للحلبى (٢)، فأوجب الرجوع إلى المعلوم من قصده مع إمكانه، و إلّا فإلى المعروف فى ذلك الإطلاق عند قومه. و لا ريب فيه مع إمكانه، و إنما الإشكال مع عدمه.

و للحلّى (٣)، فصرفه إلى الرجال من قبيلته ممن يطلق العرف بأنهم أهله و عشيرته، دون من سواهم؛ استناداً فى التخصيص بالأهل و العشيره إلى شهاده اللغه بذلك و العاده، و فى تخصيصهم بالذكور بقوله سبحانه لا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ [١] .. وَ لَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ [٢] (٤) و قول زهير:

و ما أدرى و سوف إخال أدرى أقوم أهل حصنٍ أم نساءً و لا ريب أنه أحوط إذا كان عشيرته من أهل لغته و لم يكن ثمّه شاهد حال يصرف الوقف إلى غيرهم؛ بناءً على ما سيأتى من عدم وجوب صرف الموقوف إلى جميع الموقوف عليهم، فلو صرف فى عشيرته من أهل لغته عمل بالوقف قطعاً، لكونهم موقوفاً عليهم على جميع الأقوال.

و يشكل إذا كان عشيرته من غير أهل لغته، أو وجد شاهد حال يصرف الوقف إلى غيرهم مع عدم تعيينهم. و الأولى فيه الرجوع إلى ما ذهب إليه المشهور؛ و وجهه بعد ما عرفت من الروايه، و إمكان فهم

ص: ١٥١

١- الحلّى فى السرائر ١٦٣: ٣، التنقيح ٣١٩: ٢.

٢- الكافى فى الفقه: ٣٢٧.

٣- السرائر ١٦٤: ٣.

٤- الحجرات: ١١.



الإجماع عليه من الغنيه (١) في غايه الظهور، لانجبار قصورهما في محلّ الإشكال بفتوى المشهور، مع السلامه فيه عن قرائن الأحوال المرّجحه عليهما بمقتضى القواعد المقرره.

و إذا وقف على عشيرته انصرف إلى الخاص من قومه الذين هم الأذنون و القريبون منه في نسبه كما عن الشيخين و الديلمي و القاضي و الحلّي (٢) خلافاً للحلبى (٣)، فكما مرّ.

و لا ريب فيه مع إمكانه، كما ظهر، و إنما الإشكال فيه مع العدم.

و الأقوى فيه الأوّل؛ للشهره، مع ما في الغنيه و عن الكيدري (٤) من أن لهم عليه روايه، و قصور السند و احتمال عدم الدلاله مجبور في محلّ الإشكال بالشهره و تعدّد نقله الروايه، لبعده خطائهم في الفهم بالبديهه.

و يرجع في الجيران إذا وقف عليهم إلى العرف لأئنه المحكّم فيما لم يرد به من الشرع بيان، و لكن لم أقف له على قائل به عدا الماتن هنا و الفاضل في جمله من كتبه (٥). و لا ريب فيه مع معلوميته و شهاده الحال بانصراف الوقف إليه، و لعله لا نزاع فيه أيضاً، بل هو مختص بصوره فقد الشاهد عليه.

و الأقوى فيه ما قيل من أنه هو من يلي داره أى دار الواقف إلى أربعين ذراعاً بالذراع الشرعى من كل جانب، كما عن

ص: ١٥٢

١- راجع ص: ١٤٩.

٢- المفيد في المقنعه: ٦٥٥، الطوسى في النهايه: ٥٩٩، الديلمي في المراسم: ١٩٨، القاضي في المهذب ٢: ٩١، الحلّي في السرائر ٣: ١٦٤.

٣- الكافي في الفقه: ٣٢٧.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، و حكاه عن الكيدري في المختلف: ٤٩٤.

٥- انظر القواعد ١: ٢٦٨، و التذكره ٢: ٤٣٩، و التحرير ١: ٢٨٨.

الشيخين والقاضي والحلي والديلمي والكيدري و ابني حمزه و زهره و الحلّي (١)، و بالإجماع عليه صرح في الغنيه، و احتمال كونه الحجه للأخير في المسالك (٢)؛ و هو الحجه الموافقه لمقتضى العرف و العاده في الجملة.

وقيل: هو مَنْ يلى داره إلى أربعين داراً، و هو مع جهاله قائله كما اعترف به جماعه (٣) شاذّ مطرح كما هنا و في المذهب (٤)، و ذكر جماعه (٥) أن مستنده روايه عاميّه (٦)، مع أنه ورد به من طرفنا روايات معتبره:

منها الصحيح: «حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ جانب: من بين يديه، و من خلفه، و عن يمينه، و عن شماله» (٧) و نحوه خبران آخران (٨).

إلّا أنها مع شذوذها موافقه لمذهب عائشه، و مع ذلك قاصره الدلاله على الحكم في المسأله من رجوع الوقف إليهم، فإن غايتها الدلاله على

ص: ١٥٣

١- المفيد في المقنعه: ٦٥٣، الطوسى في النهايه: ٥٩٩، القاضي في المذهب ٢: ٩١، الحلبي في الكافي: ٣٢٦، الديلمي في المراسم: ١٩٨، و حكاه عن الكيدري في المختلف: ٤٩٤، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧١، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، الحلبي في السرائر ٣: ١٦٣.

٢- المسالك ١: ٣٥٠.

٣- منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٢١٥، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٣٥٠.

٤- المذهب البارع ٣: ٦٢.

٥- منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٦، الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٣٢٠، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٤٥.

٦- جامع الصغير ١: ٥٧٠.

٧- الكافي ٢: ٢/٦٦٩، الوسائل ١٢: ١٣٢ أبواب أحكام العشره ب ٩٠ ح ١.

٨- الأول: الكافي ٢: ١/٦٦٦، الوسائل ١٢: ١٢٥ أبواب أحكام العشره ب ٨٦ ح ١. الثاني: الكافي ٢: ١/٦٦٩، الوسائل ١٢: ١٣٢ أبواب أحكام العشره ب ٩٠ ح ٢.

الإطلاق، وهو أعمّ من الحقيقة، مع أن قرائن المجاز من صحه السلب و عدم التبادر موجوده، و مع ذلك المجاز خير من الاشتراك بالضرورة.

ثم لو سلم الحقيقة فغايتها أنها حقيقه شرعيه، و هي معتبره في الألفاظ الوارده عن الشرع، دون الألفاظ المتداوله بين أهل العرف و اللغه؛ فإنها تحمل على حقائقهم لا الشرعيه.

و لم سلم جواز حمل الألفاظ المتداوله بينهم على الشرعيه على سبيل الحقيقة فغايتها الجواز و ثبوت الحقيقة، دون الوجوب و طرح الحقيقة العرفيه، بل لا بدّ من التوقّف إلى تحقق القرينه المعينه، كما عليه المدار في الألفاظ المشتركه.

نعم، لو علم بالقرائن الحاليه أو المقاليه إرادته الواقف خصوص هذه الحقيقة الشرعيه تعين حمليه عليه البتّه، إلّا أنه خارج عن مفروض المسأله؛ لرجوع الأمر حينئذٍ إلى مقتضى القرينه، و هي حيث حصلت متّبعه و لو على غير الشرعيه، أو شيء لم يقل به أحد من الطائفه في مفروض المسأله.

و لو وقف على مصلحه خاصّه من مصالح المسلمين كالمساجد و القناطر و شبه ذلك فبطلت و اندرس رسمها قيل: يصرف في وجوه البر كما عن الشيخ و باقى الجماعه (1)، من غير خلاف بينهم أجده، و صرّح به في السرائر (2)، بل ربما أشعر كلام المسالك و المذهب (3) حيث نسب تردّد الماتن هنا، المستفاد من نسبه الحكم إلى القيل المشعر بالتمريض، إلى الندره بأن عليه إجماع الطائفه.

ص: ١٥٤

١- انظر النهايه: ٦٠٠، و المقنعه: ٦٥٤، و الوسيله: ٣٧١، و المذهب ٢: ٩٢.

٢- السرائر ٣: ١٦٦.

٣- المسالك ١: ٣٥١، المذهب البارع ٣: ٦٢.

قيل: لخروجه عن ملكه بالوقف فلا يعود إليه من غير دليل، و صرفه فيما ذكر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي (١).

و فيه نوع نظر، إلا أن اتفاق ظاهر كلمه الأصحاب من غير خلاف يعرف حتى من الماتن لتصريحه بالحكم كما ذكره الأصحاب في الشرائع (٢)، و عدم ظهور مخالفه منه هنا لهم سوى التردد لعله كافٍ في الحكم، سيما مع التأيد بكثير من النصوص الواردة في نحو الوصيه و النذر المعين الذي له مصارف مخصوصه: أنه يصرف مع تعذرها في وجوه البرّ و سائر ما يحصل به القربه:

منها الخبر: عن إنسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصى إلا باباً واحداً منها، فكيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البر» (٣).

و نحوه آخر طويل يتضمن: أنه أوصى رجل بتركته إلى رجل و أمره أن يحجّ بها عنه، قال الوصى: فنظرت فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحج، فسألت الفقهاء من أهل الكوفه، فقالوا: تصدّق به عنه، فتصدّق به، ثم لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره بما فعل، فقال: «إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكه فليس عليك ضمان، و إن كان يبلغ ما يحجّ به فأنت ضامن» (٤).

ص: ١٥٥

١- المسالك ٣٥١:١.

٢- الشرائع ٢١٥:٢.

٣- الكافي ٧:٧/٥٨، الفقيه ٧:١٦٢/٥٦٥، التهذيب ٩:٨٤٤/٢١٤، الوسائل ١٩:٣٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٦١ ح ١.

٤- الكافي ٧:١/٢١، الفقيه ٧:١٥٤/٥٣٤، التهذيب ٩:٨٩٦/٢٢٨، الوسائل ١٩:٣٤٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٧ ح ٢.

و فى جملة وافره من الأخبار ما يدلّ على أن ما أوصى به للكعبه أو كان هدياً أو نذراً يباع إن كان جاربه و نحوها، و إن كان دراهم يصرف فى المنقطعين من زوّارها (١).

و فى وجوب صرفه فى الأقرب إلى تلك المصلحه فالأقرب فيصرف وقف المسجد فى مسجد آخر و المدرسه إلى مثلها و هكذا، نظراً إلى تعلق الغرض بذلك الصنف، أم يجوز الصرف فى مطلق القرب احتمالان:

ظاهر إطلاقات الفتاوى الثانى، و عُلل باستواء القرب كلّها فى عدم تناول عقد الواقف لها، و عدم قصده إليها بخصوصها، و مجرد المشابهه لا دخل لها فى تعلقه بها، فيبطل القيد و يبقى أصل الوقف من حيث القربه.

و فيه مناقشه، فلعلّ الحكم بتحرى الأقرب فالأقرب ليس من حيث المشابهه، بل من حيث دخوله فى نوع المصلحه الخاصه و إن تميّزت عنه بالخصوصيه، فإذا زالت بقى أفراد النوع الآخر الممكنه داخله، فكأن الوقف تضمّن أشياء ثلاثه: القربه، و المسجديه مثلاً، و كونه المساجد الفلانيه المشخصه، و مع زوالها و بطلان رسمها ينبغى أن يراعى القيّدان الآخران، فإن الميسور لا يسقط بالمعسور، و ما لا يدرك كلّ لا يترك كلّ، كما فى بعض المعتبره (٢)، فالاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوه، و بأولويته صرح جماعه (٣).

ثم إن أصل الحكم على القول به لا ريب فيه فيما لو كان المذكور

ص: ١٥٦

١- انظر الوسائل ١٣:٢٤٧ أبواب مقدمات الطواف ب ٢٢، و ج ١٩:٣٩٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٠.

٢- عوالى اللئلى ٢٠٧، ٥٨، ٢٠٥/٤.

٣- منهم: الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢:٣٢١، و الشهيد الثانى فى المسالك ١:٣٥١، و الفيض فى المفاتيح ٣:٢١١، و صاحب الحدائق ٢٢:٢٢١.

بخصوصه من المصلحه الخاصه مما لا يعلم بانقطاعه غالباً كما ذكرناه من الأمثله.

و لو علم انقطاعها كذلك ففي انسحاب الحكم فيه، أو لحوقه بالوقف المنقطع الآخر وجهان: من إطلاق الفتاوى هنا و ثمه.

و ربما يظهر من بعض الأجله (١) اختصاص الحكم هنا عند الطائفه بالصوره الأولى خاصه و جريان حكم منقطع الآخر فى الثانيه.

و كيف كان، فالاحتياط لا يترك فى أمثال المقام.

و إذا وقف على جماعه و اشترط إدخال من يوجد مع الموجود منهم صحّ بلا خلاف يظهر، و به صرح بعض (٢)، و فى المسالك الاتفاق عليه (٣)؛ و لعلّه لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و أن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، مع سلامتهما هنا عن المعارض، و اعتضادهما بالنصوص الآتية فى جواز إدخال من يريد فى الوقف على أولاده الأصغر مع عدم الشرط أصلاً، فجوازه معه بطريق أولى، لكن يتوقف على القول بها، فلا يصح الاستدلال بل الاعتضاد بها مطلقاً.

و لا كذلك لو اشترط إخراج من يريد منهم أو نقله عنهم إلى من سيوجد، فلا يصح الوقف بلا خلاف فى الأول، بل عليه إجماعنا فى المسالك و غيره (٤)، و على المشهور فى الثانى، كما حكى (٥)، بل عليه الإجماع عن الطوسى (٦).

ص: ١٥٧

١- الشهيد الثانى فى المسالك ١:٣٥١.

٢- انظر المفاتيح ٣:٢١٦.

٣- المسالك ١:٣٥٥.

٤- المسالك ١:٣٥٥؛ و انظر المفاتيح ٣:٢١٥.

٥- المسالك ١:٣٥٥، المفاتيح ٣:٢١٦.

٦- انظر المبسوط ٣:٣٠٠.

خلافاً فيه للقواعد، فاستشكله (١)، و للتذكرة، فصححه مدّعياً عليه إجماع الطائفة (٢)، و استقر بها في الدروس (٣)، بناءً على أنه في معنى النقل بالشرط، كما لو اعتبر صفه للموقوف عليه كالفقر، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره، و هو جائز بلا خلاف.

و فيه نظر؛ لمنع الإجماع بالوهن، لمصير الأكثر إلى الخلاف، و استشكل الناقل في الحكم، و المعارضه بأجود منه؛ و ضعف البناء و القياس بالوقف على الفقراء، فإن الوقف عليهم إنما هو وقف على الجهة كالوقف على المساجد، و مثله ينتقل إلى الله تعالى، و يشترك فيه كل من اتّصف بذلك العنوان حتى الواقف نفسه، فلا يحصل هنا نقل عن الموقوف عليه، لأنه ليس هنا موقوف عليه، و إنما تصير مراعى ببقاء الصفه المذكوره من الفقر و نحوه، فإذا زالت كانت في حكم موت الموقوف عليه، بخلاف المقام، فإنه بالوقف عليه يصير ملكاً له و نقله عنه بالاختيار منافٍ لتمليكه بالوقف.

و نحوه في الضعف قياسه بجواز الوقف على أولاده سنه ثم على أهل المسكنه؛ لوضوح الفرق بين المقام و بينه على تقدير تسليم صحته، فإن مقتضى الوقف هنا لزوم بقائه ما وجدوا، كما هو مقتضى أصل الوقف، و شرط النقل منافٍ له، و لا كذلك الوقف على الأولاد سنه، لأنه إنما وقف عليهم مدّه معيّنه فلا ينافيه التعقيب بالوقف على أرباب المسكنه، كذا ذكره بعض الأجله (٤).

ص: ١٥٨

١- القواعد ٢٦٧: ١.

٢- التذكرة ٤٣٥: ٢.

٣- الدروس ٢٧١: ٢.

٤- الحدائق ١٧١: ٢٢.

و لا- يخلو وجه الفرق عن مناقشه، فقد يقال: إن اشتراط النقل في حكم تعيين الوقف بمدّه، فكيف يمكن أن يقال: إن مقتضى الوقف هنا لزوم بقائه ما وجدوا؟ و كونه مقتضى الوقف من أصله لا ينافي خلافه بعد اشتراطه، و ليس مثل هذا و سابقه لو تمّ قياساً، بل تنظيراً؛ لاستناد الحكم فيه إلى العمومات كتاباً و سنه، و لو لا الإجماع المعتضد بالشهره المحكيه لكان القول بالصحه لا يخلو عن قوه، مع إمكان الجواب عن الإجماع بالمعارضه بالمثل، و وهنه بما مرّ مجبور بموافقه العمومات القطعيه، فيرجح بها على ذلك الإجماع، و إن ترجح هو عليه بالشهره.

و التحقيق أن يقال: إن هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجّحات، فلا- يمكن التمسّك بأحدهما، فينبغي الرجوع إلى حكم الأصل، و هو عدم الصحه، و إثباتها بالعمومات غير ممكن بعد فرض سقوطها كالشهره المرجّحتين للإجماعين في البين كنفس الإجماعين؛ مضافاً إلى ما عرفت من وهن الإجماع الثاني، فإذا المذهب مختار الأكثر، و إن كان الصحه في الجمله أحوط.

و لو أطلق الوقف و جرّده عن هذا الشرط و أقبض الموقوف من الموقوف عليه أو من في حكمه لم يصحّ إدخال غيرهم معهم مطلقاً أو لاداً كانوا أو أجانب بلا خلاف، كما في التنقيح (١)، إلّا من المفيد، كما فيه، فقال: لو حدث في الموقوف عليه حدث يمنع الشرع من معونته و الصدقه عليه و التقرب إلى الله تعالى بصلته جاز التغيير؛ فإن الوقف صدقه فلا يستحقه من لا يستحقها، فإذا حدث في الموقوف عليه كفر أو فسق

ص: ١٥٩



بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذٍ للواقف التغيير و الإدخال، و نفى عنه البُعد بعد نقله عنه، قال: و إن منعه الحلّي و غيره، ثم قال: و هذا مع حدوث المانع، أمّا لو كان حاصلًا حال الوقف فلا (١).

و في مختارهما نظر؛ فإن بناء عقد الوقف على اللزوم، و حدوث ذلك الحدث لا دليل فيه على جواز الإدخال و التغيير بسببه، و لا على منع من حدث فيه، فإن الوقف له حينئذٍ كسائر أمواله، فما يفعل فيها مع ذلك الحدث يفعل مثله في هذا الوقف.

و هل له مع الإطلاق و عدم الشرط ذلك أى الإدخال مع أصغر ولده؟ لو وقف عليهم فيه خلاف بين الأصحاب.

و المروى في الخبرين الجواز في أحدهما: الرجل يجعل لولده شيئاً و هم صغار، ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال:

«لا بأس» (٢).

و في الثاني: عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: «لا بأس» (٣).

و بهما أفتى في النهاية (٤) و أطلق، و تبعه القاضى (٥) بشرط عدم قصره عليهم ابتداءً.

ص: ١٦٠

١- انظر التنقيح الرائع ٢:٣٢٢.

٢- الكافي ٧:٩/٣١، التهذيب ٩:٥٧٢/١٣٥، الإستبصار ٤:٣٨٥/١٠٠، الوسائل ١٩:١٨٣ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٥ ح ٣.

٣- التهذيب ٩:٥٧٤/١٣٦، الاستبصار ٤:٣٨٨/١٠١ بتفاوت يسير، الوسائل ١٩:١٨٣ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٥ ح ٢.

٤- النهاية: ٥٩٦.

٥- المهذب ٢:٨٩.

و في سندهما قصور؛ لاشتمال الأوّل على محمّد بن إسماعيل عن الفضل، وفيه كلام مشهور، والثاني على محمّد بن سهل، و لم يرد في حقّه قدح و لا مدح، إلّا ما قيل: إن له مسائل (١).

و كذا الدلالة، فإنّ الجعل في الأوّل غير صريح في وقف متحقّق أو صدقه متحقّقه، بحيث تكون بهم مختصّه، بل فيه احتمالات أُخر، منها:

إرادته أن يفعل.

و كذا في قوله في الثاني: يتصدّق، بصيغته الاستقبال، لكن روى الحميري بإسناده عن عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام، قال: سألته عن رجل تصدّق على ولده بصدقه ثمّ بدا له أن يدخل الغير فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: «نعم، يصنع الوالد بمال ولده بما أحبّ، و الهبه من الولد بمنزله الصدقه من غيره» (٢).

و يمكن الذبّ عنه بعد الإغماض عن حال السند بدلالته على جواز إدخال الغير مطلقاً و لو لم يكن ولداً، و هو مما لم يقل به أحد، فإن عبارات القائلين به مختصّه بجواز إدخال الولد.

و من هنا ينقدح ما في العبارة من المسامحة، حيث اقتضى سياقها جواز إدخال الغير مطلقاً.

و الأشهر الأظهر عدم الجواز مطلقاً، إلّا أن يشترط، بل ربما أشعر بالإجماع عليه عبارته المختلف و المهذب و التنقيح و شرح القواعد (٣)، حيث

ص: ١٦١

١- قال به الطوسي في الفهرست: ١٤٧/٦٢٠.

٢- قرب الإسناد: ١١٢٦/٢٨٥، الوسائل ١٨٤: ١٩ أبواب الوقوف و الصدقات ب ٥ ح ٥، مسائل عليّ بن جعفر: ١٢٩/١٣٣؛ بتفاوت يسير.

٣- المختلف: ٤٩٢، المهذب البارع ٦٣: ٣، التنقيح الرائع ٣٢٢: ٢، إيضاح الفوائد ٣٨٤: ٢.

قالوا بعد نقل القول بالجواز عمّن مرّ: وأطلق باقى الأصحاب المنع؛ لما مرّ من أدلته، وللمعتبره الدالّله على عدم جواز الرجوع فى الصدقه إذا ابتغى بها وجه الله سبحانه، و فيها الصحيح و غيره (١)، و الإدخال نوع رجوع بلا شبهه، فيدخل فى حيز لفظ الرجوع المنساق فى سياق النفي مع كونه نكرة، و خصوص الصحيح: عن الرجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: «لا بأس بذلك» و عن الرجل يتصدّق ببعض ماله على بعض ولده و يبيّنه له، إله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقه؟ فقال: «ليس له ذلك إلّا أن يشترط أنه من ولد فهو مثل من تصدّق عليه فذلك له» (٢).

و الظاهر من الإبانة فيه الإقباض، دون ما فهمه الشهيد الثانى (٣) من القصر على الموقوف عليه الذى شرطه القاضى (٤)؛ لرجوع الاستثناء على فهمه منقطعاً، و هو خلاف الظاهر جدّاً.

و حينئذٍ يمكن حمل الروايات السابقه المجوّزه على صورته عدم القبض و الإبانة، حملاً للمطلق على المقيد، و يشهد له نفس هذه الروايه، فإنه عليه السلام لما سئل مطلقاً أجاب بالجواز كما فى تلك الروايات، و لما قال:

بيّنها لهم، قال: ليس له ذلك.

فلا إشكال فى المسأله بحمد الله سبحانه؛ لوضوح وجه الجمع بين الأدلّه المانع و الأخبار المجوّزه بهذه الصحيحه؛ مضافاً إلى ما عرفت من

ص: ١٦٢

١- انظر الوسائل ١٩:٢٠٤ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١١.

٢- التهذيب ٩:٥٧٥/١٣٧، الإستبصار ١٠١/٣٨٩، الوسائل ١٩:١٨٣ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٥ ح ١.

٣- المسالك ١:٣٥٥.

٤- راجع ص: ١٥٩.

قصور الأخيره سنداً و دلالة، مع قصورها أيضاً عن المكافأه للأول؛ لاعتضادها بالشهره العظيمة التي كادت تكون إجماعاً، كما يشعر به عبائر الجماعه المتقدم إلى ذكرهم الإشارة.

ثم إنَّ الخلاف إنما هو في الإدخال أمّا النقل عنهم فغير جائز و كذا عن غيرهم، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في التنقيح (١)، و يشمله الإجماعات المستفيضه حكايةً في كلام جماعه (٢) على كون الوقف من العقود اللازمه؛ و هو الحجّة.

مضافاً إلى عمومات الأمر بالوفاء كتاباً و سنه، ففي الصحيح و غيره:

«لا يرجع في الصدقه إذا ابتغى بها وجه الله سبحانه» (٣).

و في القريب منه: رجل تصدّق على ولده بصدقه، إله أن يرجع فيها؟ قال: «الصدقه لله» (٤).

و في القريب من الموثق: تصدّق على أبي بدارٍ و قبضتها، ثم ولد له (٥) بعد ذلك أولاد، فأراد أن يأخذها منّي فيتصدّق بها عليهم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك و أخبرته بالقصه، فقال: «لا تعطها إياه» قلت: إنه

ص: ١٦٣

١- التنقيح الرائع ٢:٣٢٣.

٢- منهم: الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٤٥، و الفيض في المفاتيح ٣:٢٠٧.

٣- الصحيح: الكافي ٧:٧/٣١، التهذيب ٩:٥٦٩/١٣٥، الإستبصار ٤:٣٨٧/١٠١، الوسائل ١٩:٢٠٦ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١١ ح ٧. و أورد غيره في الفقيه ٤:٦٣٩/١٨٢، التهذيب ٩:٥٧٧/١٣٧، الإستبصار ٤:٣٩٠/١٠٢، الوسائل ١٩:١٨٠ أبواب الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٥.

٤- الكافي ٧:٥/٣١، التهذيب ٩:٥٧٠/١٣٥، الإستبصار ٤:٣٩١/١٠٢، الوسائل ١٩:١٧٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٥- ما بين المعقوفين أضفناه من المصادر.

إذا يخاصمني، قال: «فخاصمه و لا ترفع صوتك عليه» (١).

## أما اللواحق فمسائل

### إشاره

و أما اللواحق فمسائل:

### الأولى إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب

الأولى: إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب، كالحج، و الجهاد، و العمره، و بناء المساجد و القناطر، و نفع المحاويع، و غير ذلك، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و في بحث الوصيه من الغنيه و السرائر الإجماع عليه (٢)؛ لأن المراد بالسبيل الطريق إلى الله تعالى، أى إلى ثوابه و رضوانه، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب.

مضافاً إلى ما في تفسير على بن إبراهيم في آيه الزكاه عن العالم عليه السلام:

من أنه «قوم يخرجون إلى الجهاد و ليس عندهم ما ينفقون، أو قوم مؤمنون ليس لهم ما يحجون به، أو في جميع سبيل الخير» (٣) الخبر.

خلافاً للشيخ، فخصه بالغزاه المطوعه دون العسكر المقاتل على باب السلطان، و بالحج و العمره، و قال: إنه يقسم بينهم أثلاثاً (٤). و لابن حمزه، فبالمجاهدين (٥). و هما شاذان.

و لا فرق فيه عند الأكثرين أن يقتصر على سبيل الله، أو يضم إليه سبيل الثواب و سبيل الخير؛ لرجوع هذه المفاهيم الثلاثه إلى معنى واحد،

ص: ١٦٤

١- الكافي ٧: ١٨/٣٣، التهذيب ٩: ٥٧٣/١٣٦، الإستبصار ٤: ٣٨٦/١٠٠، الوسائل ١٩: ١٧٩. أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ٣.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤، السرائر ٣: ١٨٧.

٣- تفسير القمى ١: ٢٩٩، الوسائل ٩: ٢١١. أبواب المستحقين للزكاه ب ١ ح ٧؛ بتفاوت يسير.

٤- الخلاف ٣: ٥٤٥، المبسوط ٣: ٢٩٤.

٥- الوسيله: ٣٧١.

و هو سبيل الله بالمعنى العام، فلا يجب قسمه الفائده أثلاثاً.

خلافاً لأحد قولى الشيخ، وفاقاً للشافعى، فأوجبها كذلك: ثلثه إلى الغزاه و الحج و العمره و هو سبيل الله، و ثلثه إلى الفقراء و المساكين و يبدأ بأقاربه و هو سبيل الثواب، و ثلثه إلى خمس أصناف من الذين ذكرهم الله فى آيه الصدقات، و هم: الفقراء، و المساكين، و ابن السبيل، و الغارمون، و الرقاب، و هو سبيل الخير (١).

و هو كسابقه شاذ لا دليل عليه، و إن كان أحوط، إلا أن يكون ثمه قرينه حال فتتبع.

### الثانيه إذا وقف على مواليه دخل الأعلون و الأدنون

الثانيه: إذا وقف على مواليه دخل فيه الأعلون المعتقون له و الأدنون الذين أعتقهم، وفاقاً للمبسوط و الخلاف و الحلّى (٢)، و به أفتى الماتن فى الشرائع و الفاضل فى الإرشاد (٣)، و الشهيد فى النكت عليه.

و لا ريب فيه مع القرينه الداله على دخولهم أجمع، كما لا ريب فى دخول بعضهم بها دون الآخر، و فى حكم القرينه تفسيره حيث انتفت فيرجع إلى ما يفسره.

و إنما الإشكال مع عدمهما، كأن وقف على مدلول هذه اللفظه، ينشأ من أنه هل يشترط فى الثنيه و الجمع اتحاد معنى أفرادهما حتى يمتنع تشبيه المشترك باعتبار معانيه و الحقيقه و المجاز و جمعهما، كما هو مذهب الأ-كثر على ما حكى عن الارتشاف (٤)، أم لا، كما اختاره الشهيد الثانى فى

ص: ١٦٥

١- الشيخ فى المبسوط ٣: ٢٩٤، و انظر المغنى لابن قدامه ٦: ٢٣٧ ٢٣٨.

٢- المبسوط ٣: ٢٩٥، الخلاف ٣: ٥٤٦، السرائر ٣: ١٦٧.

٣- الشرائع ٢: ٢١٩، الإرشاد ١: ٤٥٤.

٤- حكاه عنه فى المسالك ١: ٣٥٩.

المسالِك و ولده في المعالم (١) وفاقاً لابن مالك في التسهيل (٢)؟. و أن المشترك عند تجرّده عن القرينه الداله على إرادته معانيه أو بعضها هل يبقى مجملاً، أو يحمل على الجميع مطلقاً، أو إذا كان جمعاً خاصه؟ فيه أقوال للأصوليين، أشهرها الأول.

و أن اشتراك المولى بين المعتق و المعتق هل هو لفظي، كما عليه الأكثر، و حكى التصريح به عن أهل اللغه (٣)، أم معنوي، كما يظهر من التنقيح (٤)؟ و حيث إن الأظهر عند الأحقر في جميع هذه الموارد هو مذهب الأكثر كما حَقَّق في محل أليق كان القول بالبطلان أصح، و به صرَّح في المسالك (٥)، و حكى عن المحقق الثاني، و الفاضل في التحرير و القواعد، و ولده في الإيضاح (٦)؛ لجهاله الموقوف عليه على هذا التقدير، كما سيأتي.

و يضعف القول بالصحه إن وَّجَّهت فيه باختيار كون المولى مشتركاً معنوياً كما عن ظاهر الشيخ (٧) بتصريح أهل اللغه بفساده، و حصول التباين بين الموليين بعدم جامع لهما في البين.

ص: ١٦٦

١- المسالك ١:٣٥٩، معالم الأصول: ٣٣.

٢- حكاة عنه في المسالك ١:٣٥٩.

٣- حكاة عن أهل اللغه في المسالك ١:٣٥٩، و انظر النهايه لابن الأثير ٥:٢٢٨.

٤- التنقيح الرائع ٢:٣٢٥.

٥- المسالك ١:٣٥٩.

٦- المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩:١٠٩، التحرير ١:٢٨٩، القواعد ١:٢٧٢، إيضاح الفوائد ٢:٤٠٤.

٧- حكاة عن المبسوط في التنقيح الرائع ٢:٣٢٥؛ و انظر المبسوط ٣:٢٩٥.

و كذا إن وَّجَّهت فيه بما ذهب إليه الشيخ في الأصول و اختاره كما حكى عنه و عن غيره (١) من جواز استعمال اللفظ المشترك في معنييه، و أنه ظاهر فيهما مع التجرد عن القرينه الداله على أحدهما، كما اختاره الشافعي (٢)؛ فإن أصل الجواز و إن كان لا يخلو عن وجه قوى إلّا أن دعوى الظهور في الجميع مع التجرد عن القرينه ليس بوجه، بل المتبادر من اللفظ المشترك كيفما يطلق بصيغه الجمع أو المفرد إرادته المعنى الواحد، و يحتاج المعنى الزائد إلى القرينه، فإن كانت، و إلّا انصرف إلى الواحد، فإن تعين بالقرينه، و إلّا كانت اللفظه مجمله كمفروض المسأله، و لذا تحصل في الموقوف عليه جهاله، فيفسد بها الوقف، لفقد التعيين المشترك في صحته، كما مضت إليه الإشاره.

و لابن حمزه قول آخر في المسأله (٣) هو مع شذوذه غير واضح الدليل و الحججه، و إن كان الفاضل في المختلف استحسنه (٤).

### الثالثه إذا وقف على أولاده اشترك أولاده

الثالثه: إذا وقف على أولاده اختصّ في المشهور كما قيل (٥) بالأولاد لصلبه دون أولاد أولاده؛ التفاتاً إلى تبادرهم خاصه. إلّا أن يكون هناك قرينه تدلّ على دخولهم، كقوله: الأعلى فالأعلى، أو بطناً بعد بطن، أو يقف على أولاده و لا ولد له لصلبه، و نحو ذلك.

و قيل كما هو صريح المتن -: يشترك الجميع؛ نظراً إلى دعوى

ص: ١٦٧

١- كما في إيضاح الفوائد ٢:٤٠٤، و السرائر ٣:١٦٧؛ و انظر العده للشيخ: ٢٢٣: ٢٢٦.

٢- حكاه عنه في المغنى لابن قدامه ٦:٢٦١، و المجموع ١٥:٣٥٥.

٣- الوسيله: ٣٧١.

٤- المختلف: ٤٩٧.

٥- الحدائق: ٢٢:٢٤٨.



كونهم ولداً حقيقه (١).

و فيه: أنه لا يستلزم الدخول حيث يكون الأولاد لصلبه هم المتبادرين.

و إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين و البنات الذكور منهم و الإناث بالسويه بلا خلاف أجده، و به صرح بعض الأجله (٢)، بل ادعى على الدخول الإجماع فى الغنيه (٣)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى صدق الأولاد على الذكور و الإناث حقيقه، عرفاً و لغه، فيصدق على أولادهم مطلقاً أنهم أولاد أولاد، و إن لم يصدق على أولاد الأولاد أنهم أولاد بطريق الحقيقه على المشهور بين الطائفه.

و أما اقتسامهم بالسويه فلاقتضاء الإطلاق ذلك مع اشتراكهم فى سبب الاستحقاق و استوائهم فيه، مع عدم مرجح لأحدهما على الآخر من عرف أو قرينه، كما هو مفروض المسأله. و لا ريب فى هذا التعليل.

و كذا الأوّل إن كان المراد من أولاد الأولاد المحكوم بدخولهم هو أولادهم فى الدرجه الأولى بلا واسطه، أو أولاد أولاده الذكور منهم دون الإناث مطلقاً؛ لكونهم أولاد أولاد حقيقه إجمالاً.

أما لو أرادوا أولاد أولاد الإناث من الدرجه الثانيه و الثالثه و هكذا ففى شمول التعليل لهم مناقشه إن قلنا بالمشهور من أن أولاد البنات ليسوا بأولاد حقيقه؛ و ذلك فإن أولاد أولاد الواقف ليسوا بأولاد حقيقه لأولاده على هذا التقدير.

ص: ١٦٨

١- المقنعه: ٦٥٣، الكافى فى الفقه: ٣٢٦، النهايه: ٥٩٦، الروضه ١٨٤: ٣.

٢- الحدائق ٢٤٢: ٢٢.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣.

ثم إنه كما يدخل الإناث في أولاد الواقف كذا يدخل الخنثى؛ لشمول اسم الولد لهم حقيقة مطلقاً، حصرناهم في البنين و البنات أم جعلناهم طبيعه ثالثه.

و لا كذلك لو أوقف على أولاد البنين خاصه، أو البنات كذلك، فلا يدخل أولاد الخنثى؛ لعدم معلوميه صدق الوصفين عليهم حقيقة، بل و معلوميه عدم الصدق إن جعلوا طبيعه ثالثه.

و لو جمع بينهما كأن وقف على أولاد البنين و البنات ففي دخول أولادهم قولان للفاضل في القواعد و التحرير (1)، ينشأن من أنهم ليسوا بذكور و لا إناث، و من أنهم لا يخرجون عن الصنفين في نفس الأمر، و لهذا يستخرج أحدهما بالعلامات، و مع فقدها يورث نصف النصيبين.

و يضعف بأنه لا كلام مع وجود العلامه، و لا دلاله لنصف النصيبين على حصرهم في الصنفين، بل يمكن دلالتة على عدمه، و جاز كون الطبيعه الثالثه متوسطه النصيب كما أنها متوسطه الحقيقه.

#### **الرابعه إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره**

الرابعه: إذا وقف على الفقراء انصرف نماء الوقف إلى فقراء البلد بلد الوقف و من يحضره منهم خاصه.

و كذا الوقف على كل قبيله متبده غير منحصره ممن يكون الوقف عليهم وفقاً على الجهه المخصوصه لا على أشخاصها كالعلويه و الهاشميه و التميميه و نحوهم من الطوائف الغير المنحصره، فمن حضر منهم بلد الوقف صرف النماء إليهم و لا يجب تتبع من لم يحضره منهم، بلا خلاف في الظاهر؛ دفعاً لمشقه وجوب التتبع.

ص: ١٦٩

مضافاً إلى الخبر المنجبر قصور سنده بالعمل، وفيه بعد أن سُئِلَ عن ذلك: «إن الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه، وليس لك أن تتبع من كان غائباً» (١).

و ظاهره النهي عن التتبع، و به أفتى في التنقيح (٢) مقيداً له بصوره وجود المستحق في البلد، كما هي مورد الخبر.

خلافاً للشهيدين (٣)، فجوّزاه مطلقاً؛ ولعله للأصل، و عموم لفظ الوقف، و ضعف النص مع عدم جابر له في محل الفرض، مع قوه احتمال عدم دلالة النهي فيه على الحرمه، بناءً على وروده مورد توهم الوجوب، فلا يفيد سوى الرخصه في الترك، و هي أعم من الحرمه.

ثم ظاهره أيضاً كالعباره و كثير من عبائر الجماعه (٤) وجوب الصرف إلى جميع من في البلد، و هو أحوط، و إن كان في تعيينه نظر؛ لضعف الخبر، و عدم العلم بالجابر، و لا- موجب له آخر سوى عموم لفظ الوقف، و ليس بمراد بالاتفاق، و الأصل يقتضى جواز الاكتفاء بالبعض، و عدم وجوب الاستيعاب، كما يقتضى عدم وجوب التسويه في القسمة على تقديره، بلا خلاف يظهر لى من الأصحاب، مع احتمال استلزام الاستيعاب المشقه العظيمة في بعض الأحيان.

ص: ١٧٠

---

١- الكافي ٣٧/٣٨، الفقيه ٤:٦٢٧/١٧٨، التهذيب ٩:٥٦٣/١٣٣، الوسائل ١٩:١٩٣ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٨ ح ١؛ بتفاوت.

٢- التنقيح الرائع ٢:٣٢٨.

٣- الشهيد الأول في الدروس ٢:٢٧٤، الشهيد الثاني في الروضه ٣:١٨٧.

٤- منهم: العلامه في القواعد ١:٢٧١، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٣٢٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٦١.

و إلى المختار مال جماعه من الأصحاب (١)، و إن اختلفوا في وجوب استيعاب الثلاثه، مراعاةً للجمع، أو جواز الاقتصار على الاثنين، بناءً على أنه أقلّ الجمع، أو الواحد، نظراً إلى أن الأشخاص مصارف الوقف لا مستحقون، إذ لو حمل على الاستحقاق لوجب الاستيعاب و وجب التبع مهما أمكن على أقوال، أقواها الأخير، وفاقاً للشهيد الثاني و غيره (٢)، و إن كان الأوّل لو لم يجب أن يستوعب جميع من في البلد أحوط.

### الخامسه لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه

الخامسه: لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه الذي شرط فيه مع جوازه شرعاً، بلا خلاف ظاهراً، و قاله في الغنيه (٣) صريحاً؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى لزوم الوفاء بالعقود و الشروط، و عموم الصحيح: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٤) فيتبع ما شرطه الواقف من ترتيب الأعلى على الأدنى، أو اشتراكهما، أو تفضيل في المنافع، أو مساواه فيها، إلى غير ذلك.

و كذا لا- يجوز بيعه و لا- هبته، و لا- غير ذلك من الأسباب الناقله للعين، بلا- خلاف فيه في الجملة، و بالإجماع كذلك صرح جماعه، كالمرتضى و الحلّي و المسالك و غيرهم من الجماعه (٥)؛ و هو الحججه فيما

ص: ١٧١

١- منهم: الشهيد الأول في الدروس ٢:٢٧٤، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٦١، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٣٢٨، و السبزواري في الكفايه: ١٤٢.

٢- الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٦١؛ و انظر جامع المقاصد ٩:١٠٠.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٤- الفقيه ١٧٦/٤٠٦، التهذيب ١٢٩/٥٥٥، الوسائل ١٧٥:١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٢ ح ١.

٥- المرتضى في الانتصار: ٢٢٦، الحلّي في السرائر ٣:١٥٢، المسالك ١:٣٤٤؛ و انظر الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

عدا محل النزاع و المشاجره، كسائر ما تقدم من الأدله.

مع منافاته لحبس العين و تسبيل الثمره، و خصوص بعض المعبره فيمن شرى وقفاً بجهاله: «لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغلّه في ملكك، ادفعها إلى من أوقف عليه» قلت: لا أعرف لها رباً، قال: «تصدق بغلتها» (١).

مضافاً إلى التأييد بالوقوف الوارده عن أهل العصمه سلام الله عليهم و قد تضمنت النهى عن بيعها و شرائها و هبتها (٢)، فلا شبهه في ذلك.

إلّا أن يقع خلف بين أربابه يؤدى إلى فساد و خرابه، فيجوز بيعه حينئذٍ عند الشيخين و غيرهما (٣)، بل في الغنيه على الجواز إجماع الإماميه (٤)، و كذا في كلام المرتضى (٥)، إلّا أنهما عبّرا عن السبب الموجب بغير ما في العبارة، و مع ذلك قد اختلفا بأنفسهما:

فجعله الأوّل صيرورته بحيث لا يجدى نفعاً، و خيف خرابه، و كانت بأربابه حاجه شديده، و دعت إلى بيعه الضروره.

و نحوه الثانى، إلّا أنه لم يذكر خوف خرابه، و جعل كلاً من الأوّل و الثالث سبباً على حده، لا جزء سبب كما يقتضيه عباره الأوّل، إلّا أن يجعل الواو فيها بمعنى أو.

ص: ١٧٢

١- الكافي ٧: ٣٥/٣٧، التهذيب ٩: ٥٥٦/١٣٠، الإستبصار ٤: ٣٧٧/٩٧، الوسائل ١٩: ١٨٥، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- انظر الوسائل ١٩: ١٨٥، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦.

٣- المفيد فى المقنع: ٦٥٢، الطوسى فى المبسوط ٣: ٢٨٧؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠، و المسالك ١: ٣٦١، و كفايه الأحكام: ١٤٢.

٤- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٥- الانتصار: ٢٢٦.

و كيف كان، فالحكم بالجواز في جميع ذلك على تردد ينشأ من أن المقصود من الوقف استيفاء منفعته فإذا تعدّر جاز بيعه؛ تحصيلاً للغرض.

و أن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للمال و تعطيل لغرض الواقف.

و للصحيح: إن فلاناً ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو يقوم على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفه؟ فكتب عليه السلام: «أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حَقِّي من الضيعه و إيصال ثمن ذلك إليّ، و إن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له». و كتبت إليه: إن الرجل كتب إليّ أن بين من وقف بقيه هذه الضيعه عليهم اختلافاً شديداً، فإنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن نبيع هذا الوقف و ندفع إلى كل إنسان منهم ما كان وقف له من ذلك أمرته، فكتب بخطه إليّ: «و أعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس» (١).

و فحوى الخبر عن بيع الوقف إذا احتاج إليه الموقوف عليهم و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: «نعم، إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا» (٢).

ص: ١٧٣

١- الكافي ٣٦/٣٠، الفقيه ١٧٨/٦٢٨، التهذيب ١٣٠/٥٥٧، الإستبصار ٩٨/٣٨١، الوسائل ١٨٨، ١٨٧: ١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦ ح ٥، ٦.

٢- الكافي ٣٥/٢٩، الفقيه ١٧٩/٦٣٠، التهذيب ١٣٣/٥٦٥، الإستبصار ٩٩/٣٨٢، الوسائل ١٩٠: ١٩ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٦ ح ٨.

و من الأصل، و عمومات الأدلّة المانع، و ضعف المجوّزه عن المعارضه لها، فالأوّل: بأن المقصود من الوقف استيفاء المنفعه من نفس العين الموقوفه، و دعوى اختصاصه بحال الاختيار دون الضروره فيجوز بيعه فيها مصادره.

و الثاني: بالشك في صلوحه لتخصيص أدلّه المنع، سيّما مع رجاء زوال الاختلاف بغير البيع، و أن أهل الطبقة الأولى في الوقف المؤبّد لا اختصاص لهم بالوقف، بل نسبتهم إليه كنسبه سائر الطبقات المتأخّره، فهو من قبيل المال المشترك الذي لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف فيه كمالاً، و إنما يبيع حصّته المختصه به، و الموقوف عليه هنا ليس له حصّته في العين، و إنما له الانتفاع به مدّه حياته ثم ينتقل إلى غيره، كما هو مقتضى الوقف، فيبيعهم له و اختصاصهم بثمره منافٍ لغرض الواقف، و إن كان موافقاً له من وجه آخر على تقدير تسليمه.

اللّهم إلّا أن يجعل الثمن في وقف آخر يضاهي وقف الواقف، لكن ينافي هذا الدليل الاستدلال بالصحيح، لظهوره في دفع الثمن إليهم، فتأمّل.

و الثالث: بدلاله صدره على جواز بيع حصّته الموقوفه عليه عليه السلام، و ليس ثمّه شيء من الأسباب الموجبه للبيع و نحوه، و لم يقولوا به عدا الصدوق، حيث جوّز بيع الوقف إذا كان على قوم دون غيرهم مطلقاً، و منع عن بيع الوقف المؤبّد كذلك (1)، فيخرج بعضه عن الحجّيه، و هو و إن لم يقدح في أصلها، إلّا أن مثله معتبر في مقام التراجيح البتّه، هذا.

مع قصور الدلاله بما ذكره خالي العلّامة طاب رمسه، فقال: و يخطر

ص: ١٧٤

بالبال إمكان حمل هذا الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفه عليهم و لم يدفع إليهم، و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل منهم الاختلاف و يشتد، لحصول الاختلاف قبل الدفع بينهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، أ يدعها موقوفه و يدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف، لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل؟ فكتب عليه السلام:

البيع أفضل؛ لمكان الاختلاف المؤدى إلى تلف النفوس و الأموال، فظهر أن هذا الخبر ليس صريحاً في جواز بيع الوقف، كما فهمه القوم و اضطروا إلى العمل به مع مخالفته لأصولهم، و القرينه: أن أول الخبر محمول عليه كما عرفته، و هذا الاحتمال و إن لم ندع أظهرته أو مساواته للآخر فليس ببعيدٍ بحيث تأبى عنه الفطره السليمه في مقام التأويل (١). انتهى كلامه، علّت في فراديس الجنان أقدامه.

و لنعم ما قاله، بل ذكر بعض من عاصرته: أنه لا معنى للخبر غير ما ذكره، فإنه هو الذى ينطبق عليه سياقه، و يؤيده زياده على ما ذكره وقوع البيع فى الخبر من الواقف، و هو ظاهر فى بقاء الوقف فى يده، و المدعى فى كلام الأصحاب أن البيع من الموقوف عليهم لحصول الاختلاف فى الوقف، و الخبر لا صراحه فيه بحصول الاختلاف (٢). انتهى.

و فيما ذكره من عدم معنى للخبر غير ما قاله نظر؛ لعدم صراحته فى عدم القبض، بل و لا ظهوره فيه، و ترك الاستفصال فى الجواب عن حصول القبض و عدمه يقتضى عدم الفرق بينهما فى الحكم، بل ظاهر التعليل المذكور فيه هو اختصاص الحكم فى الجواب بالأول، و إلّا لكان الأنسب

ص: ١٧٥

١- ملاذ الأختيار ١٤:٤٠٠.

٢- انظر الحدائق ١٨:٤٤٣.



التعليل بعدم القبض، وليس في الصدر المتضمن للرخصه في بيع حصّته عليه السلام من الضيعة دلالة على العكس، بناءً على احتمال أن يقال: إن عدم القبض في حقه عليه السلام الظاهر من الخبر لا يستلزم عدمه بالإضافة إلى الباقي، فلعله حصل بالإضافة إليهم دونه.

و الحاصل: أن علمه عليه السلام بعدم القبض في حقه لا يستلزم العلم بعدمه في حقهم، هذا.

مع أنه ربما يمكن أن يقال: إن غايه ما يستفاد من السؤال جعل الواقف شيئاً منها له عليه السلام، وهو أعم من وقفه عليه و عدمه، فلعلّ الرخصه في البيع لعدم الوقف عليه.

نعم، ربما ينافيه قول السائل فيما بعد: أو يدعها موقوفه، ولكن يمكن أن يراد به معناه اللغوي، أي متروكه بحاله، يعنى لا يبيعه، فتأمل.

و بالجمله ظهور الروايه فيما ذكره الأصحاب لا- شك فيه و لا- شبهه، و لذا أن الخال عليه الرحمه أطلق على ما ذكره لفظ الحمل، و لم ينكر الظهور بالمرّه، لكن في الاكتفاء بمثل هذا الظهور لتخصيص الأدلّه القاطعه مناقشه واضحه؛ لفقد الصراحه أو القوّه في الدلاله المشترطه في صحه تخصيص العمومات في هذه الروايه، مع احتمال الاكتفاء به بعد اعتضاده بفهم الطائفه، و اشتها الحكم بينهم، مع الإجماعات المحكيه (١).

و الرابع: بقصور السند بالجهاله، و الدلاله بأنّها فرع قبولهم الحكم بما في متن الروايه من جواز البيع مع رضاء الموقوف عليهم به جملة، و كونه أنفع لهم، و لم يقولوا به، بل لم يحك القول به إلّا عن شذوذ من الطائفه،

ص: ١٧٦

١- راجع ص: ١٧١.

كالمفيد وغيره (١).

و الذبّ عن قصور السند و إن كان ممكناً بانجباره بوجود ابن محبوب فيه و قد أجمع على تصحيح رواياته، إلما أن في بلوغ الروايه بذلك مرتبه الصحه مناقشه، سيّما و أن يخصّص بها الأدلّه المانع المعترضه بالشهره العظيمه التي كادت تكون لنا الآن إجماع الطائفه.

و لما ذكرناه من قوّه الأدلّه المانع بالكلية ذهب الإسكافي و الحلّي و فخر الإسلام إلى القول بالمنع مطلقاً (٢)، و ادّعى الثاني عليه إجماع الإماميه.

و لا- يخلو عن قوه، و إن كان القول بالجواز في مورد العبارة و الصحيحه المتقدمه غير بعيد؛ للشهره العظيمه، و ما تقدّم من الإجماعات المحكيه القويه الاحتمال للشمول لموردهما، و هي على إجماع الحلّي راجحه باشتهار محصّي لها و لو في الجمله بين الطائفه.

لكن ينبغي صرف ثمنه إلى وقف آخر يضاهاى وقف المالك؛ توصيلاً إلى غرضه أو ما يقرب منه مهما أمكن، فإن الميسور لا يسقط بالمعسور.

خلافاً للمحكي عن المفيد و المرتضى (٣)، فجوّزا الدفع إلى الموجودين لينتفعوا به.

و هو في الوقف الغير المؤبّد غير بعيد، و عليه ينزل الصحيح المتقدم، و يشكل في غيره، فلا- يترك ما قلناه فيه، بل في الأوّل أيضاً، لمنافاه الدفع

ص: ١٧٧

١- المفيد في المقنعه: ٦٥٢؛ و انظر الانتصار: ٢٢٦.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٤٨٩، الحلّي في السرائر ٣: ١٥٣، فخر الإسلام في إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢.

٣- المفيد في المقنعه: ٦٥٢، المرتضى في الانتصار: ٢٢٦.

إليهم ما مرّ من عدم انتقال الوقف الغير المؤبد عن ملك المالك و رجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إليه دون غيره.

و ربما يستثنى أيضاً عن منع البيع صورتان أخريان:

إحدهما: إذا حدث بالموقوف عليهم ما يمنع الشرع به من معونتهم و القربه إلى الله تعالى بصلتهم.

و فى استثنائها نظر، و إن نزلت على قصد الواقف معونتهم بصلاحتهم و ديانتهم ثم يخرج أربابه من هذا الوصف إلى حدّ الكفر، فحينئذٍ يمكن خروجهم عن الاستحقاق؛ لأن الخروج عن صفه الاستحقاق لا يستلزم جواز البيع، مع إمكان أن يلحقه حكم الوقف على مصلحه بطل رسمها، فيصرف فى وجوه البرّ، كما مرّ (١).

و الثانية: ما ذكره الشهيد الثانى و غيره (٢)، و هو ما لو خرج الموقوف عن الانتفاع به فيما وقف عليه، كجذع منكسر، و حصير خلق، و نحوهما، فيتولّى المتولّى الخاص بيعه، أو الحاكم مع عدمه، أو سائر عدول المؤمنين، و شراء ما ينتفع فيه.

و هو غير بعيد حيث لا- ينتفع به فيه بوجه من الوجوه؛ لأنه إحسان محض و تحصيل لغرض الواقف بقدر الإمكان، و لا ريب أنه أولى من إلغائه، و الأمر بعدم بيعه حينئذٍ كاد أن يلحق بالعبث.

### السادسه إطلاق الوقف يقتضى التسويه

السادسه: إطلاق الوقف على نحو الأولاد، أو الأخوه، أو الأعمام و الأخوال، أو مطلق ذى القرابه يقتضى التسويه بين ذكورهم و إناثهم فى الحصّه، لا يفضل أحدهم على الآخر بشيء بالكلية، على

ص: ١٧٨

١- فى ص: ١٥٣.

٢- الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٣٦١؛ و انظر جامع المقاصد ٩: ١١٦.

الأظهر الأشهر بين الطائفة؛ للإطلاق، وقد المرجح.

خلافاً للإسكافي (١)، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين؛ حملاً على الميراث.

و هو مع عدم وضوح مستنده سوى القياس شاذ.

نعم، في الموثق: رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه و أخواله، قال:

«لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث» (٢) رواه الشيخ في باب ميراث الأعمام و الأخوال، و كأنه فهم منه الوصيه بالإرث، أو حملة عليها. و لكنه بعيد.

فإن فضل الذكور على الإناث، أو بالعكس، أو بعضاً منهما على بعض لزم بلا خلاف؛ عملاً بلزوم العقد و الوفاء بالشرط.

و كذا لو قال: على كتاب الله تعالى و سنه نبيه صلى الله عليه و آله في الميراث، فيتبع، كما لو صرح بالعكس.

### السابعه إذا وقف على الفقراء و كان منهم جاز أن يشركهم

السابعه: إذا وقف على الفقراء أو الفقهاء، أو العلماء، أو نحوهم من ذوى الأوصاف الذين جعل الوقف لهم من حيث الوصف دون الشخص و كان الواقف منهم أى بصفتهم حال الوقف، أو أتصف بها بعده جاز أن يشركهم فيه فى المشهور بين الأصحاب، بل فى الغنيه و عن المبسوط (٣) نفى الخلاف عنه؛ و هو الحجّه المؤيده بما ذكره جماعه (٤):

من أن الوقف على مثل ذلك ليس وقفاً على الأشخاص المتّصفين بهذه الصفه،

ص: ١٧٩

١- على ما نقله عنه فى المختلف: ٤٩٣.

٢- الكافى ٧: ٣/٤٥، الفقيه ٤: ٥٣٥/١٥٤، التهذيب ٩: ٨٤٥/٢١٤، الوسائل ١٩: ٣٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٢ ح ١.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣، المبسوط ٣: ٢٩٩.

٤- منهم: المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ٢٧، و الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٣٥٤، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٢١٤.

بل على الجهة المخصوصه، ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبول بعضهم ولا قبضهم وإن أمكن، ولا ينتقل الملك إليهم، وإنما ينتقل إلى الله سبحانه، ولا يجب صرف النماء إلى جميعهم، ومثل هذا يسمّى وقفاً على الجهة؛ لأن الواقف ينظر فيه إلى جهة الفقر والمسكنه، ويقصد نفع موصوف بهذه الصفة، لا أشخاصاً معيّنه.

خلافاً للحلّي (١)، فلا يصحّ له المشاركة؛ بناءً منه على الإجماع على اشتراط أن يخرج الواقف نفسه، ولا يحصل مع الشركه.

و المناقشه فيه واضحه؛ لمنع الإجماع على الاشتراط كليّه بحيث يشمل مفروض المسأله، كيف لا وهو محل النزاع والمشاجره، مع أن المشهور كما عرفت على جواز المشاركة، فليخصّ الاشتراط بالوقف على جماعه خاصّه أو عامه، ويكون المراد بالشرط في الوقف عليهم أن لا يقصد ابتداءً دخول نفسه معهم أو إدخاله، فلو لم يقصد ذلك صحّ الوقف بحصول ما شرط له، ولا ينافيه الدخول بعداً والمشاركه، فإن الشرط إنما هو عدم قصد الدخول لا عدم الانتفاع من الوقف بالكليّه.

لكن مقتضى هذا تخصيص جواز المشاركة بصوره لم يحصل منه القصد إلى الدخول والمشاركه، ولو حصل بطل الوقف من أصله، إلّا أن عبارات الأصحاب على الجواز مطلقه.

نعم، حكى ذلك عن الشهيد في بعض فتاويه (٢)، واستحسنه في المسالك (٣) فلم يجوّز الانتفاع مع القصد المزبور، ولا مع القصد إلى المنع

ص: ١٨٠

١- السرائر ١٥٥:٣.

٢- حكاة عنه في المسالك ٣٥٤:١.

٣- المسالك ٣٥٤:١.

عن نفسه، وعلل الأول: باستلزامه الوقف على نفسه و عدم القصد إلى الجهة، و الثاني: بتخصيصه العام بالنيه، و هو جائز، فيجب اتباع ما شرطه.

و هو حسن لولا الفتاوى المطلقة المؤيده بإطلاق حكاية نفى الخلاف عنه في الكتب المتقدمه.

و للمختلف هنا تفصيل آخر، ففرق فيه بين الوقف على المصالح العامه كالمساجد و القناطر و شبهها فالأول، و الوقف على أرباب الصنفه من نحو الفقر و المسكنه فلا يجوز المشاركة (١).

و لا وجه له يعتد به، سيما في مقابله حكاية نفى الخلاف المتقدمه، المعتضده بالشهره الظاهره، و المحكيه في كلام بعض الأجله (٢)، فلا مسرح عن قولهم و لا مندوحه.

### من اللواحق مسائل السكنى و العمري

و من اللواحق: مسائل تتعلق ب السكنى و العمري و الرقبى، و الثلاثه ثابتة بالإجماع و السنه المستفيضة الآتيه.

و هي تفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض بلا خلاف أجده في شىء من هذه الثلاثه، بل على اعتبار الأخير الإجماع في ظاهر كلام جماعه (٣)، بل صريح بعضهم (٤).

فلا- شبهه و لا- خلاف إلّا في اشتراط القبول في السكنى المطلقه الغير المقيده بعمرٍ و لا مدّه، فقليل: يمكن القول بعدم اشتراط القبول فيها؛ لأنها

ص: ١٨١

١- المختلف: ٤٩١.

٢- الحدائق ١٦٣: ٢٢.

٣- منهم: الشهيد في المسالك ١: ٣٦٤، و السبزواري في الكفايه: ١٤٣، و صاحب الحدائق ٢٢: ٢٨١.

٤- كالفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٢١٩.

حينئذٍ بمعنى إباحه السكنى، لجواز الرجوع فيها متى شاء (١).

و يضعف بصيرورتها بترك المدّة عقداً جائزاً، وهو لا يمنع من اشتراط القبول فيها كمنظائرها.

مع أن ذلك لا يتم إلا على القول بجوازها من أصلها، فلو قيل به بعد تحقّق مسمّى الإسكان و لزومه قبله كما عن صريح التذكرة (٢) فلا شبهه في اعتبار القبول فيها؛ لأنها حينئذٍ من العقود اللازمة في الجملة، وإن طرأ عليها الجواز بعد انقضاء المسمّى.

و ربما يستفاد من العبارة كغيرها عدم اشتراطها بالقربه، وهو أحد القولين و أظهرهما و أشهرهما في المسألة؛ للأصل، و العمومات السليمة عما يصلح للمعارضه.

خلافاً للفاضل في القواعد، فاشتراطها (٣).

و لا وجه له، و لذا حمل على إرادته الاشتراط في حصول الثواب دون الصحه.

و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعة تبرّعاً مع بقاء الملك للمالك بلا خلافٍ فيه عندنا، كما في المسالك (٤)، و هو الحجه.

مضافاً إلى أصله بقاء الملك، و بعض المعتمره، كالخبر: عن السكنى و العمري، فقال: «إن الناس عند شروطهم إن كان شرط حياته، و إن كان شرط لعقبه فهو لعقبه كما شرط» يعني «حتى يفنوا، ثم يردّ إلى صاحب

ص: ١٨٢

١- المسالك ٣٦٤: ١.

٢- التذكرة ٤٥٠: ٢.

٣- القواعد ٢٧٢: ١.

٤- المسالك ٣٦٤: ١.

و نحوه آخر: «و إن كان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوه و لا يورثوا، ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول» (٢).

و حكى الخلاف في المسالك عن بعض العامه، فجعلها على بعض الوجوه مفيدة فائده الهبه، فينتقل ملك العين إلى الساكن (٣).

و حكاها في التنقيح و الدروس عن ظاهر الشيخ في العمري إذا جعلت له و لعقبه، فقال: لا يرجع إلى المالك حينئذ (٤).

و هو شاذ، و مستنده غير واضح، عدا ما في الدروس من روايه جابر (٥)، و لم يذكر متنها، و لم يتضح لي سندها، و مع ذلك محجوج بالأصل، و صريح المعبرين المتقدمين.

و نحوهما في الإفاده لهذه الفائده الرقبى المتقدم إليها الإشاره، و لا- فرق بينها في هذه الثمره، و إن اختلف بحسب اختلاف الإضافه، فإذا قرنت بالإسكان قيل: سكنى، كأن يقول: أسكنتك هذه الدار و لك سكناه، و بالعمري قيل: عمري، كقولك: أعمرتك هذه الأرض عمرك أو عمري، و بالمده قيل: رقبى، كأن يقول: أرقبتك هذا المتاع مدّه كذا، من الارتقاب

ص: ١٨٣

١- الكافي ٧: ٢١/٣٣، الفقيه ٤: ٦٥٢/١٨٦، التهذيب ٩: ٥٨٧/١٣٩، الإستبصار ٤: ٣٩٦/١٠٣، الوسائل ١٩: ٢١٨، أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٢ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي ٧: ٢٢/٣٣، الفقيه ٤: ٦٥٣/١٨٧، التهذيب ٩: ٥٨٨/١٤٠، الإستبصار ٤: ٣٩٧/١٠٤، الوسائل ١٩: ٢٢٠، أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٣ ح ١.

٣- المسالك ١: ٣٦٤.

٤- التنقيح الرائع ٢: ٣٣٣، الدروس ٢: ٢٨١.

٥- عوالي اللئلي ٣: ١٥/٢٦٣، مستدرک الوسائل ١٤: ٦٦، أبواب السكنى و الحبيس ب ٢ ح ٤.



و هو الانتظار للأمد، أو من رقبه الملك، بمعنى إعطاء الرقبه للانتفاع بها.

كلّ ذا على المشهور، كما فى المسالك و الكفايه (1)، فىكون بين العمرى و الرقبى تباين.

و فى الغنيه و عن الشيخ و القاضى و الحلّى (2) أنّهما بمعنى واحد، فالأولى من العمر، و الثانى من الرقوب، كأنّ كلّ واحد منهما يرتقب موت صاحبه، و ربما أشعر به العبارة، حيث اقتصر بذكر العمرى خاصّه دون الرقبى، فكأنّه جعلهما بمعنى واحد، و إلّا لذكر الرقبى و لو بالإشارة.

و عن الشيخ و تاليه أنه قيل فى الرقبى أن يقول: جعلت خدمه هذا العبد لك (3).

و عن الأكثر أيضاً أن بين السكنى و كل من العمرى و الرقبى عمومًا من وجه؛ لاجتماعها مع كلّ منهما فيما لو قرن إباحه المنفعه بالسكنى و مشخصات إحداهما، كالسكنى مدّه العمر فى الأولى، و مدّه معيّنه فى الثانى، و افتراقها عن كلّ منهما باقتران الإباحه بالسكنى خاصّه، كما قدّمناه من المثال، و يفترقان عنها بتجرّد الإباحه عن الإسكان و تقييدها بالعمر أو المدّه، كما قدّمناه من المثال، و بجريانهما فى غير المسكن من سائر الأعيان التى يصحّ وقفها، بخلاف السكنى، لاختصاصها به.

و عن التحرير تخصيص العمرى بما لا يشتمل عقدها على لفظ السكنى، كأن يقول: أعمرتكها مدّه عمرك، و الرقبى بما لا يشتمل عليه، بل

ص: ١٨٤

١- المسالك ١:٣٦٤، الكفايه: ١٤٣.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣، الشيخ فى المبسوط ٣:٣١٦، القاضى فى المهذب ٢:١٠١، الحلّى فى السرائر ٣:١٦٨.

٣- انظر المبسوط ٣:٣١٦، و المهذب ٢:١٠٠، و السرائر ٣:١٦٨.

على المدّة، كأن يقول: أرقبتكها مدّة كذا، فإن ذكر الإسكان فهي سكنى خاصّه مطلقاً وإن قرنت بعمر أو مدّة، وحينئذٍ فيبينها بهذا الاعتبار تباين (١).

و الأمر في ذلك سهل؛ لكونها أموراً اصطلاحية ليس فيها مشاخه.

و تلزم السكنى بعد القبض لو عيّن المدّة فلا رجوع فيما دونها و إن مات المالك بلا خلاف أجده إلّا من الشيخ و الحلبي (٢)، فلا تلزم هي كالعمرى إمّا مطلقاً كما عن الأوّل، أو مع عدم قصد القربة كما عن الثاني، و الأوّل أشهر، بل عليه عامّة من تأخّر، بل صرح جمع منهم كالمسالك و الصيمري و غيرهما (٣) بجهالة القائلين بخلافه، و إنما أفصح عنهما الفاضل المقداد في الشرح (٤).

و كيف كان، فهما بالإعراض عنهما أجدر، و المصير إلى ما عليه الأكثر أظهر؛ عملاً بعموم لزوم الوفاء بالعقود و الشروط المستفاد من الكتاب و السنه، عموماً و خصوصاً، و منه الخبران المتقدمات و غيرهما، كالصحيح:

عن رجل جعل داره سكنى لرجل إبان حياته و لعقبه من بعده، قال: «هي له و لعقبه من بعده كما شرط» قلت: فإن احتاج إلى بيعها يبيعه؟ قال: «نعم» قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: «لا ينقض البيع السكنى» (٥) الخبر.

ص: ١٨٥

١- التحرير ١: ٢٩٠.

٢- الشيخ في المبسوط ٣: ٣١٧، الحلبي في الكافي: ٣٦٣.

٣- المسالك ١: ٣٦٤، و انظر الحدائق ٢٢: ٢٨١.

٤- التنقيح الرائع ٢: ٣٣٣.

٥- الكافي ٧: ٣٨/٣٨، الفقيه ٤: ٦٤٩/١٨٥، التهذيب ٩: ٥٩٣/١٤١، الإستبصار ٤: ٣٩٩/١٠٤، الوسائل ١٩: ١٣٥ أبواب أحكام الإجاره ب

٢٤ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

و فيه دلالة من وجه آخر أظهر، كالموثق: عن رجل أسكن رجلاً داره في حياته، قال: «يجوز له، وليس له أن يخرج» قلت: فله و لعقبه؟ قال:

«يجوز» (١) الحديث.

و كذا تلزم لو قال له: أسكنتك عمرك، لم تبطل بموت المالك و إنما تبطل بموت الساكن خاصه عند الأكثر، بل عليه عامه من تأخر؛ لعين ما مرّ.

خلافاً للإسكافي، فقال: إذا أراد ورثه المالك إخراج الساكن بعد موت المالك نظر إلى قيمة الدار فإن كانت تحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم إخراج، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم (٢).

و استند فيه إلى بعض النصوص (٣) القاصره بالسند بالجهالة أو الضعف، و المتن بالخلل، و مخالفه الأصل، و بعض النصوص المتقدمه كثنائي الخبرين المتقدمين في صدر البحث (٤)، بملاحظه صدره الذي تركنا ذكره من قوله: «إن جعل السكنى في حياته فهو كما شرط» فإن الظاهر رجوع الضمير إلى الساكن بقريته ما ذكرناه من التتمه، فقد حكم عليه السلام بلزوم الشرط من دون تفصيل بين موت المالك و عدمه، فإذا المذهب الأول.

إلا أن يكون الإسكان موصى به أو منجزاً و كان في مرض موته،

ص: ١٨٦

١- الكافي ٧: ٢٤/٣٤، الفقيه ٤: ٦٥١/١٨٦، التهذيب ٩: ٥٨٩/١٤٠، الوسائل ١٩: ٢١٩ أبواب أحكام السكنى و الحيس ب ٢ ح ٣.

٢- حكاه عنه في المختلف: ٤٩٨.

٣- هو خبر خالد بن نافع البجلي المروي في الكافي ٧: ٣٩/٣٨، الفقيه ٤: ٦٥٠/١٨٦، التهذيب ٩: ٥٩٤/١٤٢، الإستبصار

٤- راجع ص: ١٨٢.

فتعتبر المنفعة الخارجة من الثلث لا جميع الدار.

و لو قال: أسكنتك عمرى، و إليه أشار بقوله: حياه المالك، لم تبطل بموت الساكن و انتقل ما كان له من الحق إلى ورثته بلا خلاف، كما فى المسالك و غيره (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصول المتقدمه فى الحكم الأول، و أنه حقّ كسائر الحقوق المنتقله إلى الورثه بالاتّفاق بحسب الفتوى و الروايه فى الحكم الثانى.

ثم إن هذه الأحكام فى العبارة و إن اختصت بالسكنى المختصه بالدار و نحوه، إلّا أن مقتضى الأصول المتقدمه انسحابها فى كلّ رقبى و عمرى و إن كانت بغير متعلق السكنى متعلقه، كالمتاع و شبهه.

و اعلم أن مورد العبارة و الروايه مختصّ بجعل الغايه عمر المالك أو المعمر، و يضاف إلى ذلك عقب المعمر، كما فى الثانى.

و هل يجوز التعليق بعمر غيرهما؟ قال الشهيد: نعم (٢)؛ للأصل، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و أن المسلمين عند شروطهم، و لصدق اسم العمرى المدلول على شرعيّتها فى بعض النصوص من غير تقييد بعمر أحدهما (٣).

و يحتمل قوياً العدم؛ لاشتمال العقد على الجهاله من حيث عدم العلم بغايه وقت المنفعه المستحقّه، فلا يجدى التمسك بالأصل و العمومين؛

ص: ١٨٧

١- المسالك ١:٣٦٥؛ و انظر الحقائق ٢٢:٢٨٣.

٢- نقله عنه فى المسالك ١:٣٦٥.

٣- دعائم الإسلام ٢:١٢٢٥/٣٢٤، المستدرک ١٤:٦٦ أبواب أحكام السكنى و الحيس ب ٢ ح ٢.

لاختصاصهما بما لا- يشتمل عليها، والإطلاق بحيث يشمل المقام ممنوع بعد قوّه احتمال انصرافه بحكم التبادر إلى العمري المقيّده بعمر أحدهما.

و لكن الأجدد الأول؛ التفاتاً إلى عدم تعقل الفرق بوجهه، فيبعد، مع تضمّن بعض الأخبار السابقه الحاكمه باللزوم لما هو كالتعليل له من قوله:

«له شرطه» و أن «المؤمنين عند شروطهم» و يظهر منه غايه الظهور أن الحكم باللزوم إنما هو من حيث لزوم الوفاء بالشروط، و هو متحقّق في المفروض.

و إن أطلق السكنى و لم يعين المالك لها مدّه معلومه و لا عمراً أصلاً صحّ السكنى بلا خلاف، كما قيل (١)، و لكن لا يلزم، بل يتخيّر المالك في إخراج مطلقاً أى متى شاء، بلا- خلاف؛ للمعتبرين، أحدهما الصحيح: عن رجل أسكن رجلاً- داره و لم يوقّت، قال: «جائز و يخرج إذا شاء» (٢) و نحوه الثاني الموثق (٣).

و ليس فيهما كالعبارة لزوم الإسكان و لو في الجملة كيوم و نحوه مما يسمّى إسكاناً في العرف و العاده، و لا- عدمه، بل هما بالإضافة إليها مطلقان.

و في المسالك عن الأكثر عدمه (٤)، و أنها من العقود الجائزه، فله الرجوع متى شاء و لو قبل الإسكان بالكليه.

و يمكن أن ينزل عليه العبارة، بل الروايه، بجعل متعلّق الإخراج هو

ص: ١٨٨

١- الحدائق ٢٨٦: ٢٢٢.

٢- الكافي ٧: ٢٥/٣٤، التهذيب ٩: ٥٩٠/١٤٠، الاستبصار ٤: ٣٩٨/١٠٤ بتفاوت يسير، الوسائل ١٩: ٢٢١ أبواب أحكام السكنى و الحيس ب ٤ ح ١.

٣- الكافي ٧: ٢٤/٣٤، الفقيه ٤: ٦٥١/١٨٦، التهذيب ٩: ٥٨٩/١٤٠، الوسائل ١٩: ٢٢٢ أبواب أحكام السكنى و الحيس ب ٤ ح ٢.

٤- المسالك ١: ٣٦٥.

خلافاً للتذكرة و المحقق الثاني (١)، فحكماً به، و نفى عنه البعد في الكفايه (٢)، و استدل لهم تارةً بالروايه، و قد عرفت ما فيها من المناقشه و ضعف الدلاله، و أخرى بالعمومات الدالّه على لزوم الوفاء بالعقود و الشروط، و هو حسن إن لم يكن في الإسكان المطلق الغير المقيد بمدّه جهاله، و إن كان كما هو الظاهر فسدت الحجّه؛ لاختصاصها بما لا يتضمّن الجهاله، كما مرّ إليه الإشاره.

و مقتضى ذلك و إن كان فساد السكنى بالكليّه، إلّا أن دعوى عدم الخلاف في الصحه المؤيّدّه باتّفاقهم عليها في الظاهر أوجبت الحكم بها، و لا يلزم منه إيجاب اللزوم مطلقاً و لو في الجملة، فتأمل.

ثم مقتضى هذه القاعده فساد العمرى و كذا الرقبى لو خلتا عن ذكر العمر و المدّه، كما لو اقتتتا بعمر مجهول أو مدّه مجهوله، وفاقاً للدروس و المسالك في الأولى (٣).

خلافاً للثاني في الثانيه، و التحرير فيهما (٤)؛ لوجوه مدخوله.

و كيف كان لو مات المالك و الحال هذه يعنى تكون السكنى غير لازمه كان المسكن ميراثاً لورثته أى المالك و بطلت السكنى بالمرّه، بلا خلاف في الظاهر و لا إشكال، فإن ذلك مقتضى العقود الجائزه، و أولى منه بالحكمين ما لو كانت السكنى أو العمرى أو الرقبى من أصلها

ص: ١٨٩

١- التذكرة ٢:٤٥٠، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩:١٢٤.

٢- الكفايه: ١٤٣.

٣- الدروس ٢:٢٨١، المسالك ١:٣٦٥.

٤- التحرير ١:٢٩١.

و إطلاق السكنى بأقسامها الثلاثة حيث تتعلّق بالمسكن يقتضى أن يُسكّن الساكن معه من جرت العاده أى عاده الساكن به أى بإسكانه معه كالولد و الزوجه و الخادم و الضيف و الدابّه إن كان فى المسكن موضع معدّ لمثلها، و كذا وضع ما جرت العاده بوضعه فيها من الأمتعه و الغلّه بحسب حالها، بلا خلاف، إلّا من ظاهر النهايه و القاضى و ابن زهره (١)، حيث اقتصروا على ذكر الولد و أهله، و لعلّ مرادهم منه التمثيل خاصّه، كما فهمه متأخرو الأصحاب كافّه، و لذا لم ينقلوا عنهم الخلاف فى جواز إسكان ما عدا من ذكروه.

و ليس له أن يسكن غيره ممن لم يحكم العرف بإسكانه معه، و لا- الإجاره و غيرها من التصرفات الناقله حتّى للمنفعه إلّا بإذن المالك على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تأخّر؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على لزوم الاقتصار فى ملك الغير على ما يقتضيه الإذن و الرخصه على المتيقن، و ليس إلّا إسكان من قدّمناه خاصّه، بل لولا العاده لكان اللازم عليه الإسكان بنفسه دون غيره، فإن ذلك مقتضى «أسكنتك» لغّه، لكن جاز التعدّى إلى من ذكر قضيه لها، مضافاً إلى الاتفاق عليه فتوى كما مضى.

خلافاً للحلّى (٢)، فجوز له إسكان من شاء و إجارته و نقله كيف شاء؛ محتجاً بأنه ملكه المنفعه بعقد لازم، فيجوز له التصرف فيها مطلقاً، كما لو تملكها بالإجاره، و غيرها من أمواله.

ص: ١٩٠

١- النهايه: ٦٠١، القاضى فى المهذب ٢: ١٠٢، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣.

٢- السرائر ٣: ١٦٩.

و هو شاذٌ، و مستنده كما ترى ضعيف.

و لو باع مالك الأصل المسكن لم تبطل السكنى إن وقتت بأمدٍ أو عمر بلا خلاف؛ للصحيح: «لا ينقض البيع السكنى، و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط» (١).

و صريحه كالإسكافى و الشهيدين و غيرهما (٢)، و ظاهر العبارة هنا و فى الشرائع و غيره (٣) صحه البيع، و لعلها مختار الأكثر، و هو أظهر؛ لصراحه الخبر المعتبر.

مضافاً إلى الأصل، و العمومات الآمره بالوفاء من الكتاب و السنه السليمه هنا عما يصلح للمعارضه.

خلافاً للفاضل فى الموقتة بالعمر، فاستشكل فى الصحه فيها فى المختلف و التذكرة و القواعد (٤)، و قطع بعدمها فى التحرير (٥)؛ التفاتاً منه إلى أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعه، و لذا لا يجوز بيع ما لا منفعه فيه، و زمان استحقاق المنفعه فى العمرى مجهول، و قد منع الأصحاب من بيع المسكن الذى تعتدّ فيه المطلقه بالأقراء، لجهاله وقت الانتفاع به، فهنا أولى، لإمكان استثناء الزوج مدّه يقطع بعدم زياده المدّه عليها، بخلاف المتنازع.

ص: ١٩١

١- الكافى ٧: ٣٨/٣٨، الفقيه ٤: ٦٤٩/١٨٥، التهذيب ٩: ٥٩٣/١٤١، الإستبصار ٤: ٣٩٩/١٠٤، الوسائل ١٩: ١٣٥؛ أبواب أحكام الإجاره ب ٢٤ ح ٣.

٢- حكاة عن الإسكافى فى المختلف: ٤٩٩، الشهيد الأول فى الدروس ٢: ٢٨٢، الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٣٦٦؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣: ٢٢٠.

٣- الشرائع ٢: ٢٢٥؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٣٣٦، و المسالك ١: ٣٦٦.

٤- المختلف: ٤٩٩، التذكرة ١: ٤٥١، القواعد ١: ٢٧٣.

٥- التحرير ١: ٢٩١.



و هو مع أنه اجتهاد في مقابله النص المعتبر المعتضد بعمل الأكثر مضعف بما لا يسع ذكره المقام.

و أما الأولويّة المدّعاة في بيع مسكن المطلّقه باستثناء قدر يقطع بانقضاء العده قبله فمثله آت في العمرى؛ نظراً إلى العمر الطبيعي الذي لا يعيش المّعمر بعده قطعاً أو عادّةً، و من ثمّ يحكم بموت المفقود حينئذٍ، و يقسّم ماله، و تعتدّ زوجته عدّه الوفاة اتّفاقاً.

نعم، لو أُقتت بعمر المّعمر و عقبه على الإطلاق أتجه ما ذكره، لكن عبارته بتحقق الأولويّة مطلقه شامله لما إذا أُقتت السكنى بعمر المعمر أو بعض من عقبه خاصّه، فيتّجه حينئذٍ ما ذكرناه من المناقشه، هذا.

و يمكن أن يقال: إن الجهاله المانعه عن صحّه البيع إنما هي إذا كانت في نفس المبيع دون منفعتّه، و هي هنا لمعلوميّه المبيع منتفیه، و فتوى الأصحاب بالمنع عن بيع دار المطلّقه المزبوره لا حجّه فيها على المنع في المسأله، إمّا لاختصاصها بالمنع ثمّه دون المسأله، أو لعدم بلوغها درجه الإجماع فلا تكون من أصلها معتبره، و على هذا ينسحب القول بالصحّه في تلك المسأله.

فهذا القول ضعيف غايته، كالقول بالفرق بين بيعه على المعمر فالأول، و غيره فالثاني؛ نظراً إلى استحقاق المعمر المنفعه ابتداءً و استمراراً فتغتفر الجهاله.

فإن المعتبر من العلم بالمنفعه المطلوبه في البيع إن كان مما ينافيه هذا الفأئتها منها زمن العمر المجهول بطل مطلقاً، و إلّا صحّ كذلك؛ لاختلاف الاستحقاقين، و لا يبنى أحدهما على الآخر.

نعم، ربما يتوجه ما ذكره العلامه في العمرى المؤبده المقيده بعمر

المعمر و عقبه؛ لكون المبيع حينئذٍ مسلوب المنفعه فيعدّ شراؤه سفاهه، فيبطل من هذه الجبهه.

لكن يدفعه إطلاق الروايه، بل عمومها الناشئ من ترك الاستفصال كما يستفاد من صدرها.

و مع ذلك مقتضاه اختصاص البطلان بصوره لم يتصور فيها للعين منفعه مقصوده للعقلاء غير ما وقع عليه عقد العمرى، كالدور و شبهها.

و أمّا ما يتصور فيه تلك المنفعه كالعبد و الأمه فيحتمل فيهما الصحه؛ لعدم استلزام أعمارها فساد البيع من جهه سلب المنفعه، لوجود منفعه أخرى غير المستحقه، و هى عتقهما و نحوه، و أمثالها للعقلاء مقصوده.

ثم المشتري حيث صحّ البيع إن كان عالماً بالحال فلا- خيار له و وجب عليه الصبر، و إلّا تخير بين الفسخ و الصبر، و هو إجماع، كما فى التنقيح (1)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى أن فوات المنفعه عيب مجوّز للفسخ، لكونه ضرراً منفيّاً اتفاقاً فتوى و روايه.

و احترز بالشرطيه فى العبارة عن السكنى المطلقه، فإنها تبطل بالبيع لكونها كما عرفت من العقود الجائزه، إلّا إذا قلنا بلزومها فى الجملة، فتبطل بالبيع إن كان بعد مضيّ زمان استيفاء مسّى الإسكان خاصه، و نحوها العمرى و الرقبى حيث لم توقّتا بعمرٍ و لا مدّه و قلنا بالصحه، و إلّا كانتا باطلتين من أصلهما.

و يجوز حبس نحو البعير و الفرس فى سبيل الله تعالى لنقل الماء إلى المسجد و السقايه، و لمعونه الحاجّ و الزائرين و طلاب العلم

ص: ١٩٣

١- التنقيح الرائع ٢: ٣٣٦.

و الغلام و الجارية في خدمه بيوت العباده.

و يلزم كل ذلك ما دامت العين باقيه بلا خلاف في شىء من ذلك أجده، و به صرح الحلبي في السرائر (١)؛ و هو الحجبه، دون ما ذكره في الكفايه (٢) من الصحيح: في رجل جعل لبعض قرابته غلّه داره و لم يوقّت وقتاً، فمات الرجل، فحضر ورثته ابن أبي ليلي و حضر قرابته الذى جعل له غلّه الدار، فقال ابن أبي ليلي: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها. فقال له محمّد بن مسلم الثقفي: أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال:

و ما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام برّد الحبيس و إنفاذ المواريث» الحديث (٣) و نحوه الخبر في الدلاله على الأمر برّد الحبيس و إنفاذ المواريث (٤).

فإنهما كما ترى مع قصور سند الثانى، و اختصاص مورد الأول بالحبس على الإنسان قاصراً الدلاله على المطلوب، بل هما في الدلاله على خلافه و بطلان الحبس بموت الحابس واضحا الظهور، و لذا أن شيخنا في المسالك قال: حملهما الأصحاب على الحبس على الإنسان، و جعل

ص: ١٩٤

١- السرائر ١٩٠: ٢.

٢- الكفايه: ١٤٣.

٣- الكافي ٧: ٢٧/٣٤، الفقيه ٤: ٦٣٥/١٨١، التهذيب ٩: ٥٩١/١٤٠، معانى الأخبار: ٢/٢١٩، الوسائل ١٩: ٢٢٣ أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٥ ح ١.

٤- الكافي ٧: ٢٨/٣٥، الفقيه ٤: ٦٣٦/١٨٢، التهذيب ٩: ٥٩٢/١٤١، معانى الأخبار: ١/٢١٩، الوسائل ١٩: ٢٢٤ أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٥ ح ٢.

مستند لزومه في القرب هو نفس الاتفاق على الظاهر عنده (١).

ثم إن الماتن و كثيراً من الأصحاب قد أهملوا ذكر كثير من أحكام الحبس، قيل: و الظاهر أن مورده مورد الوقف، فيصح في كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها بالشرائط السابقه على الإنسان مطلقاً، و على القرب حيث يمكن الانتفاع بها فيها، كحبس الدابه لما تقدم، و الكتب على المتفقين، و البيت على المساكين، و غير ذلك (٢).

و أنه لا بد فيه بعد أهليه التصرف من إيجاب و قبول كما في الوقف، و قصد القربه، كما عن السرائر و التحرير و المحقق الثاني (٣)، و القبض كما عن التذكرة (٤).

و أنه إن كان على إنسان فإن أطلق بطل بموت الحابس اتفاقاً، و له الرجوع حينئذ متى شاء، كما في القواعد (٥)، و إن عين مده لزم فيها أجمع، ثم يرد إلى المالك، و الظاهر أنه لا خلاف فيه أيضاً، و إن كانت المده عمر أحدهما فكالمده المعينه، كما في التحرير (٦).

و في روايه: عن رجل مات و خلف امرأه و بنين و بنات و خلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين، ثم هو حرّ بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثه بيع هذا الغلام و هم مضطرون؟ فكتب: «لا يبيعوا إلى ميقات

ص: ١٩٥

١- المسالك ٣٦٦: ١.

٢- المسالك ٣٦٧: ١.

٣- السرائر ٣: ١٧٠، التحرير ١: ٢٩١، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١٢٧.

٤- التذكرة ٢: ٤٥٠.

٥- القواعد ١: ٢٧٣.

٦- التحرير ١: ٢٩١.

شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم» (١).

و في اخرى: عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: «هي لها على النحو الذي قال» (٢).

## و أما الصدقة

فهى التطوع أى التبرع بتمليك العين من الغير بغير عوض دنيوى.

و النصوص فى فضلها متواتره؛ مضافاً إلى الآيات المتكاثره، قال سبحانه وَ مَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُؤَفَّ إِلَيْكُمْ [١] (٣). و قال وَ الَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّغْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَ الْمَحْرُومِ [٢] (٤). و قال صلى الله عليه و آله: «الصدقه تدفع ميتة السوء» (٥).

و قال عليه السلام: «إن الله تعالى ليدفع بالصدقه الداء و الدبيلة» (٦) و الحرق و الغرق و الهدم و الجنون، إلى أن عد سبعين باباً من السوء» (٧).

ص: ١٩٤

١- الفقيه ٤: ٦٣٤/١٨١، التهذيب ٩: ٥٨١/١٣٨، الوسائل ١٩: ٢٢١ أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٣ ح ٣.

٢- التهذيب ٩: ٥٩٧/١٤٣، الوسائل ١٩: ٢٢٥ أبواب أحكام السكنى و الحبيس ب ٦ ح ١.

٣- البقره: ٢٧٢.

٤- المعارج: ٢٥.

٥- الكافى ٤: ١/٢، ثواب الأعمال: ١٤٠ و فيه: تمنع، الوسائل ٩: ٣٦٧ أبواب الصدقه ب ١ ح ٢.

٦- هى خراج و دمل كبير تظهر فى الجوف فتقتل صاحبها غالباً و هى تصغير دُبَلَه. النهايه ٢: ٩٩. فى الحديث «إن الله ليدفع بالصدقه الداء و الدبيلة» هى مصغره كجُهَيْنَه: الطاعون و خراج و دمل يظهر فى الجوف و يقتل صاحبه غالباً. مجمع البحرين ٥: ٣٦٩.

٧- الكافى ٤: ٢/٥، الوسائل ٩: ٣٨٦ أبواب الصدقه ب ٩ ح ١.

وقال مولانا الصادق عليه السلام: «المعروف شيء سوى الزكاه، فتقربوا إلى الله بالبِرِّ و صلّه الرحم» (١).

وقال مولانا الباقر عليه السلام: «صنائع المعروف تدفع مصارع السوء» (٢).

و يشترط فيها بعد أهليته التصرف من المصدق أمور:

منها: ما يدلّ على الإيجاب و القبول و لو فعلاً، وفاقاً لبعض أصحابنا (٣)، خلافاً لجماعه (٤)، فاشترطوا فيهما ما يشترط في العقود اللازمة. و إطلاق النصوص بلزوم الصدقه بعد القبض و قصد القربه يدفعه.

و هي و إن شملت ما ليس فيه إيجاب و قبول بالمرّه، إلّا أن اعتبارهما و لو فعلاً لازم البتّه، فإن مع عدمهما لا يعلم كونه صدقه؛ مضافاً إلى عدم انصراف الإطلاقات بحكم التبادر إلى ما خلا عنهما البتّه، هذا.

مضافاً إلى الاتفاق في الظاهر على اعتبارهما في الجملة، و سيأتي عن المبسوط أن عليه إجماع الإماميه.

و منها: قصد القربه، بلا خلاف؛ لما مرّ في الوقف من المعتبره المستفيضه الدالّه على أنه لا صدقه إلّا ما أُريد به وجه الله سبحانه (٥)، و نحوها كثير من النصوص الآتية.

ص: ١٩٧

- ١- الكافي ٤: ٥/٢٧، الفقيه ٢: ١١٢/٣٠، الوسائل ١٦: ٢٨٧ أبواب فعل المعروف ب ١ ح ٧.
- ٢- الكافي ٤: ١/٢٨، الفقيه ٢: ١١٤/٣٠، الوسائل ١٦: ٢٨٧ أبواب فعل المعروف ب ١ ح ٦.
- ٣- مفاتيح الشرائع ١: ٢٣١.
- ٤- منهم: الشهيد الثاني في الروضة ٣: ١٩١، و انظر التحرير ١: ٢٩١، و مفاتيح الشرائع ١: ٢٣١.
- ٥- راجع ص: ٩٥.

و منها: القبض، بلا- خلاف أيضاً أجده، بل عليه فى ظاهر المبسوط إجماع الإماميه (١)؛ لأصله عدم اللزوم بل الصحه قبله، و اختصاص الإطلاقات الحاكمه بلزومها بحكم التبادر بالصدقه بعده؛ مضافاً إلى الصحيح و غيره المتقدمين فى الوقف: فى الرجل يتصدق على ولد له قد أدركوا، فقال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث» (٢) الحديث.

و لا- حكم لها من لزوم أو صحه ما لو قبض بإذن المالك بلا خلاف؛ للأصل، و ظهور الخبرين المشترطين للقبض فى ذلك؛ و لأن القبض المترتب عليه أثره هو المأذون فيه شرعاً، و المنهى عنه غير منظور إليه.

و تلزم بعد القبض و إن لم يعوّض عنها على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و عن الحلّى الإجماع عليه (٣)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى أن المقصود بها الأجر، و قد حصل كالمعوض عنها.

و فى معتبره المستفيضه: «إنما مثل الذى يتصدق بالصدقه ثم يعود فيها مثل الذى يقىء ثم يعود فى قيئه» (٤).

و فى معتبره آخر: «و لا ينبغى لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه» (٥).

ص: ١٩٨

١- المبسوط ٣: ٣١٤.

٢- الكافى ٧: ٧/٣١، التهذيب ٩: ٥٦٩/١٣٥، الإستبصار ٤: ٣٨٧/١٠١، الوسائل ١٩: ١٧٨، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ٤ ح ١، و قد تقدم فى ص: ٤٥٣١.

٣- السرائر ٣: ١٧٧.

٤- انظر الوسائل ١٩: ٢٠٤، ٢٠٥، أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١١ ح ٤، ٥، ٢.

٥- الكافى ٧: ٣/٣٠، ٤، التهذيب ٩: ٦٢٤/١٥٢، ٦٢٥/١٥٣، الإستبصار ٤: ٤٢٣/١١٠، ٤١١/١٠٨، الوسائل ١٩: ٢٣١، ٢٤٣، أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ١، ب ١٠ ح ١.

خلافاً للمبسوط، فقال: إن صدقه التطوع عندنا بمنزله الهبه في جميع الأحكام، من شرطها الإيجاب و القبول، و لا تلزم إلّا بالقبض، و كل من له الرجوع في الهبه له الرجوع في الصدقه عليه (١).

و هو شاذ، و مستنده غير واضح، سوى دعواه الإجماع في الظاهر على اتحادها مع الهبه في الأحكام، و هي بعد تسليمها غير ضائره بعد ما مرّ من حصول العوض بقصد التقرب، فيكون كالهبه المعوض عنها لا يجوز الرجوع فيها.

و مفروضها محرّم على بنى هاشم بلا خلاف إن كان زكاه، بل عليه إجماع العلماء كافه، و الصحاح و غيرها به مع ذلك مستفيضه: ففي الصحيح: «إن الصدقه أوساخ أيدي الناس، و أن الله تعالى حرّم علىّ منها و من غيرها ما قد حرّمه» (٢) الحديث.

و في آخر: «لا تحلّ الصدقه لولد العباس و لا نظرائهم من بنى هاشم» (٣).

و كذا غيرها من الصدقات الواجبه على إطلاق العباره و غيرها من عبائر كثير من الجماعه (٤)، بل نسبه في المسالك (٥) إلى الشهره؛ عملاً

ص: ١٩٩

١- المبسوط ٣: ٣١٤.

٢- الكافي ٤: ٢/٥٨، التهذيب ٤: ١٥٥/٥٨، الإستبصار ٢: ١٠٦/٣٥، الوسائل ٩: ٢٦٨، أبواب المستحقين للزكاه ب ٢٩ ح ٢.

٣- التهذيب ٤: ١٥٨/٥٩، الإستبصار ٢: ١٠٩/٣٦، الوسائل ٩: ٢٦٩، أبواب المستحقين للزكاه ب ٢٩ ح ٣ و في الجميع: لنظرائهم.

٤- منهم: العلامه في الإرشاد ١: ٤٥٥، و المحقق في الشرائع ٢: ٢٢٢، و الشهيد في اللمعه (الروضه ٣): ١٩١.

٥- المسالك ١: ٣٦٣.



بإطلاق تلك المستفيضة.

و الأصح وفاقاً لجماعه كالمسالك و غيره (١) الحلي؛ لأصالة الإباحه، و اختصاص إطلاقات النصوص بحكم التعليل في بعضها بأنها أوساخ أيدي الناس، و التبادر في باقياها بالزكاه الواجبه.

مضافاً إلى خصوص المعتبره المستفيضة، منها الصحيح: «إنما تلك الصدقه الواجبه على الناس لا تحلّ لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكه، هذه المياه عامتها صدقه» (٢) و بمعنى ذيلها روايه أخرى صحيحه (٣).

و المتبادر من الواجبه هي الزكاه المفروضه؛ لكونها المعروفه الشائعه المنساق إليها اللفظ من دون قرينه، مع إشعار الروايه بها من حيث وصفها فيها بالواجبه على الناس، هذا.

مع أنه صرح بالحصر فيها في خبرين، في أحدهما: عن الصدقه التي حرمت على بنى هاشم ما هي؟ فقال: «هي الزكاه» قلت: فتحلّ صدقه بعضهم على بعض؟ قال: «نعم» (٤).

و نحوه الثاني: عن الصدقه المحرّمه عليهم ما هي؟ فقال: «الزكاه المفروضه» (٥).

ص: ٢٠٠

١- المسالك ١: ٣٦٣؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٣٣٩، و الكفايه ١٤٣، و الحدائق ٢٢: ٢٧١.

٢- الكافي ٤: ٣/٥٩، التهذيب ٤: ١٦٦/٦٢، الوسائل ٩: ٢٧٢ أبواب المستحقين للزكاه ب ٣١ ح ٣.

٣- التهذيب ٤: ١٦٥/٦١، الوسائل ٩: ٢٧٢ أبواب المستحقين للزكاه ب ٣١ ح ١.

٤- الكافي ٤: ٥/٥٩، التهذيب ٤: ١٥٦/٥٨، الاستبصار ٢: ١٠٧/٣٥، المقنع ٥٥، الوسائل ٩: ٢٧٤ أبواب المستحقين للزكاه ب ٣٢ ح ٥.

٥- التهذيب ٤: ١٥٧/٥٩، الإستبصار ٢: ١٠٨/٣٥، الوسائل ٩: ٢٧٤ أبواب المستحقين للزكاه ب ٣٢ ح ٤.

(و يمكن أن ينزل على المختار إطلاق العبارة و ما ضاهاها مما تضمن لفظ المفروضه بحملها على الزكاه المالىه) (١).

إلا أن تكون صدقه أمثالهم من الساده، فتحلّ لهم مطلقاً، إجماعاً؛ للمعتبره المستفيضة:

منها الموثق: قلت له: صدقه بنى هاشم بعضهم على بعضهم تحلّ لهم؟ فقال: «نعم» (٢).

أو تكون الصدقه عليهم مع الضروره و البلوغ حدّاً يحلّ لهم معه أكل الميته، فتحلّ لهم بلا خلاف أجده؛ للموثق: «و الصدقه لا تحلّ لأحدٍ منهم إلا أن لا يجد شيئاً و يكون ممن تحلّ له الميته» (٣).

و لا بأس لهم بالمندوبه بلا خلاف أجده؛ للأصل، و ما مرّ من النصوص المستفيضة.

و ربما يستثنى منهم النبى صلى الله عليه و آله و الأئمه المعصومون عليهم السلام فى ذلك؛ صوناً لهم من النقص و تسلّط المتصدّق.

و يدفعه الصحاح المتقدمه المتضمنه لقولهم عليهم السلام: «لو حرمت الصدقه علينا لم يحلّ لنا أن نخرج إلى مكه، لأن كلّ ما بين مكه و المدينه فهو صدقه». قيل: و يمكن الفرق بين الصدقه العامه و الخاصه بهم، فتباح الأولى دون الثانيه (٤).

ص: ٢٠١

١- ما بين القوسين ليست فى «ق» و «ت».

٢- التهذيب ٤: ١٦٤/٦١، الوسائل ٩: ٢٧٥، أبواب المستحقين للزكاه ب ٣٢ ح ٦.

٣- التهذيب ٤: ١٥٩/٥٩، الإستبصار ٢: ١١١/٣٦، الوسائل ٩: ٢٧٦، أبواب المستحقين للزكاه ب ٣٣ ح ١.

٤- مفاتيح الشرائع ١: ٢٣٢.

و هو مع شذوذه لا- وجه له عدا التعرّض في الصّحاح لإباحه الأولى دون الثانيه، و ليس فيه حجه مع ظهور السياق في كون تخصيصها بالذكر للمثل لا الحصر و الصدقه سرّاً أفضل منها جهراً، قال سبحانه وَ إِن تَخْفَوْهَا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ [١] (١). و عن مولانا الصادق عليه السلام: «الصدقه في السرّ و الله أفضل منها في العلانيه» (٢).

إلّا أن يتّهم في ترك المواساه فيظهرها دفعاً للتهمه، أو يقصد اقتداء الناس به تحريصاً على نفع الفقراء.

و قيل: هذا كله في المندوبه، أمّا الواجبه فإظهارها أفضل؛ لعدم تطرّق الرياء إليها كما يتطرّق إلى المندوبه، و لاستحباب حملها إلى الإمام المنافى للكتمان غالباً (٣).

و في الحسن: «كلّ ما فرض الله تعالى عليك فإعلانه أفضل من إسراره، و كلّ ما كان تطوّعاً فإسراره أفضل من إعلانه، فلو أن رجلاً حمل زكاه ماله على عاتقه علانيه كان ذلك حسناً جميلاً» (٤).

و في الموثق في قوله تعالى وَ إِن تَخْفَوْهَا وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ [٢] قال: «هي سوى الزكاه، إن الزكاه علانيه غير سرّ» (٥).

ص: ٢٠٢

١- البقره: ٢٧١.

٢- الكافي ٤: ٢/٨، الفقيه ٢: ١٦٢/٣٨، الوسائل ٩: ٣٩٥ أبواب الصدقه ب ١٣ ح ٣.

٣- المسالك ١: ٣٦٤.

٤- الكافي ٣: ١٦/٥٠١، التهذيب ٤: ٢٩٧/١٠٤، الوسائل ٩: ٣٠٩ أبواب المستحقين للزكاه ب ٥٤ ح ١.

٥- الكافي ٣: ١٧/٥٠٢، التهذيب ٤: ٢٩٨/١٠٤، الوسائل ٩: ٣١٠ أبواب المستحقين للزكاه ب ٥٤ ح ٢.

و أمّا الهبه فهى تمليك العين تبرّعاً مجرداً عن قصد القربه أى من دون اشتراطها بهما و إلّما لانتقض بالهبه المعوّض عنها و المتقرب بها إلى الله تعالى فإنهما هبه أيضاً، إجماعاً، فتوى و نصّاً.

و الدليل على عدم اشتراطها بالقربه بعد الوفاق و الأصل ظواهر كثير من المعتمره:

منها الصحيح: «إنما الصدقه محدثه، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله ينحلون و يهبون، و لا ينبغي لمن أعطى لله عزّ و جلّ شيئاً أن يرجع فيه» قال: «و ما لم يعط لله و فى الله فإنّه يرجع فيه، نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تُحز» (١) الحديث، و نحوه الموثق (٢) و غيره (٣).

و لذا صارت أعمّ من الصدقه؛ لاشتراطها بالقربه دونها.

كما أنها أعمّ من الهديه، لافتقارها إلى قيدٍ دونها، هو: أن تحمل من مكان إلى مكان الموهوب له إعظماً له و توقيراً، و لهذا [٤] يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها.

ص: ٢٠٣

- 
- ١- الكافى ٧:٣/٣٠، التهذيب ٩:٦٢٤/١٥٢، الإستبصار ٤:٤٢٣/١١٠، الوسائل ١٩:٢٣١ أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ١.
  - ٢- الكافى ٧:٤/٣٠، التهذيب ٩:٦٢٥/١٥٣، الوسائل ١٩:٢٤٣ أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ١.
  - ٣- الكافى ٧:٧/٣١، التهذيب ٩:٥٦٩/١٣٥، الوسائل ١٩:٢٣١ أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ٢.
  - ٤- أضفناها لاستقامه العبارة، كما فى سائر الكتب الفقهيّه كالمسالك و المفاتيح و الحدائق، و الضمير راجع إلى الهديه.

و يعبر عنها تارةً بها، و أخرى بالنحل و العطيّه، و يطلق كلّ منهما على مطلق الإعطاء المتبرّع به، فيشملان الوقف و الصدقه و الهبه و السكنى فهما أعمّ منها.

و لا- بدّ فيها بعد أهليّه التصرف في الواهب، و قابليه الملك في الموهوب له من الإيجاب الدالّ على تمليك العين و لو من غير عوض، كوهبتك، و ملكتك، و أعطيتك، و نحتك، و أهديت إليك، و هذا لك مع نيتها، و نحو ذلك. و القبول الدالّ على الرضاء، كقبلت، و رضيت.

بلا خلاف و لا إشكال إن أُريد مطلق ما يدلّ عليهما و لو فعلاً.

و يشكل إذا أُريد ما يدلّ عليهما لفظاً؛ لصدق الهبه مع عدم اللفظ الدالّ عليهما حقيقه إن تحقّق ما يدلّ عليهما فعلاً، فتدخل في العمومات الداله على جوازها أو لزومها و سائر أحكامها، إلّا أن ظاهر الأصحاب الاتّفاق على اعتبار العقد القولي، كما يظهر من الكفايه (١)، و صرّح به في المسالك، قال: فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهديه من غير لفظ يدلّ على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحه، حتى لو كانت جاريه لم يحلّ له الاستمتاع بها، لأن الإباحه لا تدخل في الاستمتاع (٢).

و حينئذٍ لا إشكال في اعتبار اللفظ و سائر ما وقع عليه الاتّفاق أو يحكى عليه إن كان، من العربيه و الفوريه، دون الماضيه، فإنه لا يشترط فيه هنا قولاً واحداً، كما حكاه بعض أصحابنا، قال: لجوازها على كثير من الوجوه (٣).

ص: ٢٠٤

١- الكفايه: ١٤٣.

٢- المسالك ١: ٣٦٧.

٣- مفاتيح الشرائع ٣: ٢٠١.

و دون الهديه؛ لعدم الاتفاق على ذلك، فقد احتمل في الدروس وفقاً لظاهر التذكرة و صريح التحرير (١) عدم اعتبار اللفظ فيها؛ لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهده إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم، قال: و ماريه القبطيه كانت من الهدايا. و استحسنته في المسالك (٢).

و هو كذلك؛ لا- لما مرّ من التعليل، فإنه كما قيل عليل؛ بل لما مرّ من لزوم الاقتصار فيما خالف العمومات على مورد الوفاق المقطوع به أو المحكى، و هما مفقودان في المقام، لوجود الخلاف، و استحسان الحاكي له القول بالعدم الذي حكاه عن مرّ، و هو لا يجتمع مع الإجماع الذي حكاه لو عمّ المقام، و إلا لما استحسنت.

و لا بُدّ فيها من القبض أيضاً، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في المسالك و غيره (٣) كما يأتي؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى المعتمده: منها الموثق، و المرسل القريب منه بفضاله و أبان: عن النحل و الهبه ما لم يقبض حتى يموت صاحبها، قال: «هي بمنزله الميراث، و إن كان لصبي في حجره و أشهد فهو جائز» (٤).

ص: ٢٠٥

١- الدروس ٢:٢٩١، التذكرة ٢:٤١٥، التحرير ١:٢٨١.

٢- المسالك ١:٣٦٨.

٣- المسالك ١:٣٦٩؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢:٤١٢، و الحدائق ٢٢:٣١٠.

٤- الموثق في: التهذيب ٩:٦٤٨/١٥٧، الإستبصار ١٠٧/٤:٤٠٩، الوسائل ١٩:٢٣٥ أبواب أحكام الهبات ب ٥ ح ٢. و المرسل

في: التهذيب ٩:٦٣٧/١٥٥، الوسائل ١٩:٢٣٢ أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ١.

و قريب منها الخير: «الهبة لا تكون هبة أبداً حتى يقبضها» (١).

و صريح الأولين و ظاهر الثالث كالعباره و ما ضاهاها من عبائر الجماعه أن القبض شرط الصحة، و به صرح الحلبي (٢)، و الأكثر كما حكاه الحلبي (٣)، بل عن ظاهر الدروس و المحقق الثاني و صريح التذكرة و نهج الحق و فخر الإسلام (٤) الإجماع عليه؛ و هو حجه أخرى زياده على الخبرين، المعتمر أحدهما في نفسه بما مرّ، مضافاً إلى اعتباره كالأخر بالشهره المطلقه التي حكاها الحلبي، و المتأخره التي حكاها جماعه من الأجله (٥)، مع سلامتهما كالإجماع المحكى عما يصلح للمعارضه؛ لما ستعرف من الجواب عن الأخبار الآتية، و عدم قدح بخروج معلوم النسب على تقديره في حجيه الإجماع مطلقاً، محققه و محكيه، كما عليه الأصحاب كافه.

فإذا لا- مسرح عن هذا القول و لا- مندوحه، سيّما مع تأييده بأصالة بقاء الملك لمالكة إلى أن يتحقق الناقل، و ليس سوى الأمر بالوفاء بالعقود.

و ما قيل (٦) من المعتمره المستفيضة، منها الصحيح: «الهبة جائزه قبضت أو لم تقبض، قسّمت أو لم تقسم، و النحل لا يجوز حتى تقبض،

ص: ٢٠٦

---

١- التهذيب ٩:٦٥٤/١٥٩، الإستبصار ١٠٧/١٠٧، الوسائل ١٩:٢٣٤ أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٧.

٢- الكافي في الفقه: ٣٢٢.

٣- السرائر ٣:١٧٣.

٤- الدروس ٢:٢٨٦، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩:١٤٨، التذكرة ٢:٤١٧، نهج الحق: ٥١٠، فخر الإسلام في إيضاح الفوائد ٢:٤١٢.

٥- كصاحب الحدائق ٢٢:٣٠٩.

٦- كما في المختلف: ٤٨٦، و المفاتيح ٣:٢٠٢.

و إنما أراد الناس ذلك فأخطئوا» (١).

و الموثقان بأبان، المجمع على تصحيح رواياته و روايات الراوى عنه فيهما، و فيهما: «إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبه قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزه» (٢).

و فى الجميع نظر؛ لاندفاع الأوّل بالإجماع على خلافه إن أُريد به ظاهره من لزوم الوفاء بالعقد، كيف لا و لا خلاف فى جواز الرجوع فيها قبل القبض مطلقاً.

و إن أُريد به لزوم الوفاء بمقتضى العقد من لزوم أو جواز فلا يدل على المطلوب؛ لتوقف الدلالة حينئذٍ على ثبوت المقتضى من خارج و أنه الصحه، و هو أوّل الدعوى.

و قصور النصوص أوّلاً: عن المكافأه لما مرّ من الأدله المعترضه بالأصل و الشهره المحققه و المحكيه.

و ثانياً: بحسب الدلاله بإجمال القابض هل هو الواهب، أو الموهوب له؟ و هى لا تتمّ إلّا على التقدير الأخير دون الأوّل؛ إذ المراد منه على هذا التقدير جواز هبه ما لم يقبض، لا جوازها و إن لم تقبض، و إذا جاء الإجمال بطل الاستدلال.

مع تأييد الاحتمال الأوّل و المراد منه بيان جواز هبه ما لم يقسّم بعد

ص: ٢٠٧

- 
- ١- التهذيب ١٥٦/٦٤١، الإستبصار ١١٠/٤٢٢، معانى الأخبار: ٣٨١/٣٩٢، الوسائل ١٩: ٢٣٣ أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٤.
  - ٢- الأوّل: التهذيب ١٥٦/٦٣٩، الإستبصار ١١٠/٤٢٠، الوسائل ١٩: ٢٣٢ أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٢. الثانيه: التهذيب ١٥٦/٦٤٠، الإستبصار ١١٠/٤٢١، الوسائل ١٩: ٢٣٢ أبواب أحكام الهبات ب ٤ ح ٣.



ذلك في الخبر الأوّل بقوله: «قسّمت أو لم تقسّم» ردّاً على العامه المانعين عن هبته (١).

و بقوّه احتمال ورودها مورد التقيه؛ بناءً على ما استفاد من تتبع أخبار الهبه أن المراد بالجواز حيث يطلق فيها اللزوم دون الصحه، ألا ترى إلى الخبرين، أحدهما الموثق كالصحيح: «تجوز الهبه لذوى القرابه و الذى يثاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء» (٢).

و هما كغيرهما كالصريحين بل صريحان فى أن المراد من الجواز المطلق فى الصدر من دون قرينه ما يقابل جواز الرجوع الذى ذكر فى الذيل حقيقه، و على هذا يحتمل قوياً أن يكون المراد من الجواز فى هذه النصوص هو اللزوم، كما فهمه الشيخ فى الاستبصار (٣)، لا الصحه، كما فهمه جماعه (٤)، و حينئذٍ فلم يقل بهذه النصوص أحد من الطائفه.

و يحتمل حملها على التقيه، فإنّ ذلك مذهب بعض العامه، كما استفاد من الانتصار و الغنيه (٥)، و بذلك صرح شيخنا فى الاستبصار فى الجواب عن النصوص المزبوره بناءً على فهمه اللزوم من الجواز فيها كما قدّمناه، قال بعد احتمالها حملها على الاستحباب، و ذكره القدح فى الصحيحه بتضمّنها الفرق بين الهبه و النحله فيما تضمّنته و الحال أنه لا فرق

ص: ٢٠٨

١- كما فى المغنى و الشرح الكبير ٢٨٤:٦.

٢- التهذيب ١٥٥/٦٣٦، الإستهبار ١٠٨/٤١٤، الوسائل ٢٣٧:١٩، أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ١.

٣- الإستهبار ١١٠:٤.

٤- منهم: العلامه فى المختلف: ٤٨٦، و فخر المحققين فى الإيضاح ٤١٢:٢، و أنظر الكفايه: ١٤٣، و الحدائق ٣٠٦:٢٢.

٥- الانتصار: ٢٢٣، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

بينهما في ذلك اتفاقاً فتوى و روايه:-و يجوز أن يكون خرج مخرج التقيه (١).

و هو في غايه الجوده، إلا أن احتمالها في الصحيحه لا يخلو عن مناقشه؛ لإباء سياقها عنه إلا بمشقه و كلفه.

و كيف كان، فلا حجه في هذه الأدله على من جعل القبض شرط الصحه و إن انتصر بها عليهم من المتأخرين جماعه (٢)، زاعمين لأجلها أن القبض شرط اللزوم دون الصحه، وفاقاً للمحكي عن ظاهر الشيخين و القاضي و ابن حمزه (٣)، فإنها كما عرفت لا دلالة فيها صريحه بل و لا ظاهره، و مع ذلك لا معنى لجعله شرط اللزوم في مطلق الهبه بعد الاتفاق على عدم اللزوم بعد القبض إلا في مواضع قليله، و تخصيص ذلك بتلك المواضع النادره دون الكثيره بمعنى أنه لا يشترط القبض في الهبه، و لا ثمره فيه و لا فائده إلا حيث تكون الهبه لازمه بعيد عن إطلاق عبارة الجماعه كافه كما حكاه بعض الأجله (٤) باشتراط القبض في مطلق الهبه، و لعله لذا ادعى في الدروس أن مراد الأصحاب بشرط اللزوم هنا شرط الصحه، و ذكر عن الشيخ القائل بأنه شرط اللزوم ما يعرب عن هذا التوجيه (٥).

ص: ٢٠٩

١- الاستبصار ١١٠: ٤.

٢- منهم: العلامة في المختلف: ٤٨٦، و الفيض في المفاتيح ٣: ٢٠٢، و السيزواري في الكفايه: ١٤٣.

٣- المفيد في المقنع: ٦٥٨، الطوسي في المبسوط ٣: ٣٠٤، القاضي في المهذب ٢: ٩٧، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٨.

٤- انظر الحدائق ٢٢: ٣٠٩.

٥- الدروس ٢: ٢٨٦، الشيخ في المبسوط ٣: ٣٠٤.

و مظهر ثمره الخلاف النماء المتخلل بين العقد و القبض، فإنه للواهب على المختار، و للمتهب على غيره.

و ما لو مات الواهب قبل الإقباض، فإنها تبطل على الأول، و يتخير الوارث بين الإقباض و عدمه على الثاني.

و فطره المملوك الموهوب قبل الهلال الغير المقبوض إلّا بعده، فإنها على الواهب على الأول، و على الموهوب له على الثاني. و نفقه الحيوان في المدّة المتخلله.

و يشترط إذن الواهب في القبض بلا- خلاف أجده، بل عليه في نهج الحق و الدروس و المسالك (١) إجماع الإماميه؛ و هو الحجة، مضافاً إلى ما مرّ في بحث الصدقه (٢).

هذا إذا لم يكن بيده مقبوضاً من قبل.

و لو وهبه ما بيده لم يفتقر إلى قبض جديد، و لا- إذن فيه، و لا- مضى زمان يمكن فيه قبضه على الأشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر.

قيل: لحصول القبض المشروط، فأغنى عن قبض آخر و عن مضى زمان يسعه؛ إذ لا مدخل للزمان في ذلك مع كونه مقبوضاً، و إنّما كان معتبراً مع عدم القبض، لضروره امتناع حصوله بدونّه (٣).

و فيه نظر؛ فإنّ دعوى حصول القبض المشروط أول البحث، لعدم عموم يدلّ على كفايه مطلقه لا من إجماع و لا غيره؛ للخلاف، و ظهور النصوص المشترط له بحكم التبادر في القبض بعد العقد، فاللازم في غيره

ص: ٢١٠

١- نهج الحق: ٥١٠، الدروس ٢٩٠: ٢، المسالك ٣٦٩: ١.

٢- راجع ص: ١٩٧.

٣- الروضه البهيه ١٩٣: ٣.

الرجوع إلى حكم الأصل الدالّ على عدم الصّحّه أو اللزوم إلى أن يتحقّق القبض المتيقّن إيجابه لهما، وليس إلّا المجمع عليه، وهو القبض الجديد، أو المأذون فيه ثانياً للهبه.

و لعلّه لهذا اعتبر بعض الأصحاب (١) ما أسقطه الأكثر، وهو أظهر إن لم يكن الإجماع من المتأخّرين على خلافه انعقد.

و من هنا يظهر وجه لما يحكى عن بعض الأصحاب فى القبض بعد العقد، من اشتراط كونه بتيه الهبه (٢). فإن هذا هو المتيقّن فتوى و روايه، إلّا أن الأشهر هنا أيضاً الاكتفاء بمطلق القبض، و عليه عامّه من تأخّر كالسابق.

و ربما قيده بعضهم بعدم التصريح بأن القبض لغير الهبه، و استحسن هذا التفصيل فى الكفايه (٣).

و هو كذلك إن وجد من العمومات أو المطلقات ما يدل على الاكتفاء بمطلق القبض، و أمّا مع عدمهما كما هو الظاهر لما ذكر فهو كسابقه، إلّا أن ينعقد الإجماع على خلافه، أو يظهر من قرائن الأحوال كون القبض للهبه دون غيرها.

و يحتمل قوياً المصير إلى مختار الأكثر؛ لما مرّ فى الوقف (٤)، و سيأتى فى هذا البحث من الاكتفاء بقبض الولى الواهب مع سبقه على العقد، للنصوص الدالّه عليه، المعلّل بعضها له بحصول القبض من دون أن يذكر فيها ما مرّ من القيود، و هذا التعليل جارٍ فى المفروض، و العله

ص: ٢١١

١- انظر الجامع للشرائع: ٣٦٥.

٢- حكاه عنه فى الكفايه: ١٤٣.

٣- الكفايه: ١٤٣.

٤- راجع ص: ١٠١.

المنصوصه يتعدى بها إلى غير المورد، كما تقرّر في الأصول.

و لو وهب الأب أو الجد له للولد الصغير الذى توليا عليه ما هو ملكهما و مقبوضهما قبل الهبه لزم بلا خلاف لأنه مقبوض بيد الولي فيكفى عن القبض الجديد، كما مرّ في الوقف؛ و للمعتبرين المتقدمين في اشتراط القبض، المتضمّنين لقوله عليه السلام: «و إن كان لصبي في حجره و أشهد فهو جائز» (١).

و إطلاقهما كالعبارة و ما ضاهاها من عبارات الجماعه، و نسبه في المسالك و غيره إلى الشهره (٢)، كفايه مطلق القبض السابق و لو خلا حين العقد أو بعده عن نيته القبض عن المتهب له بالكلية.

خلافاً للعلامة فاشتراطها (٣). و هو شاذ، و مستنده اجتهاد في مقابله النص المعتبر. نعم، لا يبعد اعتبار عدم القصد لغيره، كما في المسالك و غيره (٤).

و لو وهب ما ليس بيدهما كالمال الذى و رثاه و لم يقبضاه، أو اشترياه كذلك، أو آجراه لغيره افتقر إلى القبض عنه، بلا خلاف و لا إشكال.

أمّا الوديعه فلا يخرج بها عن يد المالك، فلا يحتاج إلى قبض جديد.

و في العاريه وجهان، و في المسالك و الكفايه: الأقرب أنها خارجه

ص: ٢١٢

---

١- راجع ص: ٢٠٤.

٢- المسالك ١: ٣٧٠؛ و انظر الكفايه: ١٤٣.

٣- القواعد ١: ٢٧٤.

٤- المسالك ١: ٣٧٠؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٣١٧.

عن يده (١).

ثم مفهوم العبارة و غيرها من عبارات الجماعه (٢) و صريح آخرين (٣) اشتراط القبض الجديد أو نيته عن الهبه إذا كانت للولد الكبير، ذكراً كان أو أنثى. و لا خلاف (٤) إلّا من الإسكافي، فألحق الأنثى مطلقاً بالصغير ما دام في حجره بالنسبه إلى هبته (٥). و هو شاذ، و مستنده قياس.

و إذا وهب غير الولي للطفل فلا- بدّ من القبض، و يتولّاه الولي أو الحاكم. و في الوصي تردّد، و لعلّ الأظهر (أن له الولاية أيضاً) (٦).

و قيل بإلحاقه بالولي (٧). و مستنده غير واضح.

و هبه المشاع مطلقاً جائزه كالمقسوم بلا خلاف بيننا، بل عليه في الغنيه و نهج الحق إجماعنا (٨)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و الإطلاقات، و خصوص المعترين المتقدمين (٩)، و الصحيح: عن دارٍ لم تقسم، فتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟

ص: ٢١٣

١- المسالك ١:٣٧٠، الكفايه: ١٤٣.

٢- منهم: المحقق في الشرائع ٢:٢٣٠، و العلّامه في الإرشاد ١:٤٥٠، و الشهيد في اللمعه (الروضه البهيّه) ٣:١٩٣.

٣- كالعلّامه في المختلف: ٤٨٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٣٧٠، و صاحب الحدائق ٢٢:٣١٧.

٤- في «ر» زياده: في الأوّل، كذا و في الثاني.

٥- على ما نقله عنه في المختلف: ٤٨٨.

٦- بدل ما بين القوسين في «ت»: «العدم».

٧- كذا في النسخ، و لعلّ الأنسب: بغير الولي. انظر المبسوط ٣:٣٠٥ و المسالك ١:٣٧٠.

٨- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، نهج الحق: ٥١٠.

٩- في ص: ٢٠٥.

فقال: «يجوز» قلت: أ رأيت إن كان هبه؟ قال: «يجوز» (١).

و قبضه كقبض البيع عندنا، كما فى المسالك (٢)، فيجرى فيه القولان:

بالاكتفاء بالتخليه مطلقاً، أو التفصيل بها فى غير المنقول، و بالنقل و ما فى معناه فيه.

فإن قلنا بالأول فلا بحث على المشهور، و إن حكى اعتبار إذن الشريك هنا أيضاً عن الدروس (٣).

و إلا كما هو الأقوى فإن كان باقى الحصه للواهب بإقباضه بتسليم الجميع إلى المتَّهب إن أراد تحقّق القبض.

و إن كان لغيره توقّف تسليم الكل على إذن الشريك، فإن رضى به، و إلا لم يجز للمتَّهب إثبات اليد عليه بدونه، بل يوكل الشريك فى القبض إن أمكن، و إن تعاسرا رفع أمره إلى الحاكم لينصب أميناً لقبض الجميع، نصيب الهبه لها و الباقي أمانه للشريك حتى يتمّ عقد الهبه، وفاقاً للشهيدين (٤).

خلافاً للمختلف، فاكتفى هنا فى القبض بالتخليه و لو فى المنقول؛ تنزيلاً لعدم القدره الشرعيّه منزله عدم القدره الحسيّه فى غير المنقول (٥).

و يضعف بمنع عدم القدره الشرعيّه حيث يوجد الحاكم المُجبر، أمّا مع عدمه فلا بأس به، دفعاً للعسر و الضرر.

ثمّ لو قبض فى محل النهى لكن بإذن الواهب فالأصحّ تحقّقه، إمّا

ص: ٢١٤

---

١- الكافي ٧:٢٤٣/٣٤، الوسائل ١٩:٢٤٦ أبواب أحكام الهبات ب ١٢ ح ١.

٢- المسالك ١:٣٧٠.

٣- الدروس ٢:٢٩٠.

٤- الشهيد الأول فى الدروس ٢:٢٩٠، الشهيد الثانى فى المسالك ١:٣٧١.

٥- المختلف: ٤٨٨.

لعدم اقتضاء النهى الفساد فى نحو المقام، أو لتعلقه بالخارج عن متعلق الهبه، و هو قبض مال الشريك خاصه. خلافاً للمسالک (١)، فلم يعتبر مثل هذا القبض لوجه غير واضح.

و لا يرجع فى الهبه لأحد الوالدين بعد القبض و كذا فى غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف فيهم.

ظاهر العبارة هنا و صريحها فى الشرائع كعبارة التحرير (٢) الإجماع على المنع من الرجوع فيها إذا كانت لأحد الأبوين و اختصاصه بهما، و قال فى المختلف: و إذا وهب الأب ولده الصغير أو الكبير و أقبضه لم يكن للأب الرجوع فى الهبه إجماعاً، و لو كان لغير الولد من ذوى الأرحام فللشيخ فيه قولان (٣).

و ظاهره الدلالة على عدم وقوع الخلاف إذا كانت الهبه من الأب للأولاد، و وقوعه إذا كانت من الأولاد لآبائهم.

و فى الدروس قصر الإجماع بعدم الرجوع على هبه الأب ولده الصغير (٤). و يفهم منه وقوع الخلاف فى الكبير و فى الآباء.

و مقتضى الجمع بين هذه الكلمات وقوع الإجماع على عدم جواز الرجوع إذا كانت لأحد الأبوين و إن علا، أو الأولاد و إن نزلوا، كما صرح به الصيمرى و الشهيد الثانى (٥)، حاكياً عن المصنّف ما يدلّ عليه، و إن اختصّ عبارته بالإجماع فى الوالدين، و حكى التصريح بالإجماع كذلك عن التذكرة

ص: ٢١٥

١- المسالک ٣٧١:١.

٢- الشرائع ٢٣٠:٢، التحرير ٢٨٣:١.

٣- المختلف: ٤٨٤.

٤- الدروس ٢٨٧:٢.

٥- المسالک ٣٧١:١.



و المهذب و المحقق الثاني (١)، لكنه لم يصرح بالإجماع، بل نفى الخلاف عنه بيننا، و به على مطلق ذى الرحم صرح فى الغنيه (٢)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقد من الكتاب و السنّه، و المعتبره المستفيضه عمومياً و خصوصاً، فمن الأول: المعتبره الثلاث (٣)، و منها الصحيح: إنما مثل الذى يرجع فى هبته كالذى يرجع فى قيئه.

و نحوها الخبر، بل هو بالدلاله على اللزوم أظهر: «أنت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» (٤).

و هى بعمومها تشمل الهبه للأبوين و الأولاد، كما هو إجماع، و لغيرهم من ذوى الرحم، كما هو الأظهر الأشهر، و عليه عامّه من تأخر إلّا من شدّد و ندر (٥)، وفاقاً للمفيد و أحد قولى الطوسى و للديلمى و القاضى و ابن زهره (٦) مدّعياً عليه كما عرفت إجماع الإماميه.

و من الثانى: فى مطلق ذى الرحم الصحاح، منها: «الهبه و النحلّه

ص: ٢١٦

١- التذکره ٢: ٤١٨، المهذب البارع ٣: ٧١، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ١٥٧.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٣- انظر الوسائل ١٩: ٢٤١ أبواب أحكام الهبات ب ٧ ح ٥، و ص ٢٤٣ ب ١٠ ح ٣، و ج ١٨: ٣٣ أبواب الخيار ب ١٩ ح ١.

٤- التهذيب ٩: ٦٥٣/١٥٨، الإستبصار ٤: ٤١٦/١٠٩، الوسائل ١٩: ٢٤٤ أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ٤.

٥- و هو السبزوارى فى الكفايه: ١٤٤.

٦- المفيد فى المقنع: ٦٥٨، الطوسى فى النهايه: ٦٠٢، الديلمى فى المراسم: ١٩٩، القاضى فى المهذب ٢: ٩٥، ابن زهره فى

الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

يرجع فيها صاحبها إن شاء، حيزت أو لم تُحز، إلّا لدى رحم فإنه لا رجوع فيها» (١).

و منها: عن الرجل يهب الهبة، أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال:

«تجوز الهبة لذوى القرابه و الذى يشاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء» (٢) و نحوهما صحيح آخر (٣). و المراد بالجواز فيه اللزوم بقربنه السؤال و السياق.

و منه: فى هبه الوالد للولد خاصه الموثق و المرسل القريب منه المتقدمان فى اشتراط القبض (٤)، و نحوهما موثق آخر يأتى ذكره.

و منه فى هبه الولد للأُمّ الموثق: عن رجل أعطى أمه عطيه فماتت و كانت قد قبضت الذى أعطها و بنت به؟ قال: «هو و الورثه فيها سواء» (٥).

و لا قائل بالفرق.

خلافًا للانتصار، فجوز الرجوع مطلقاً و لو كان المتهب أباً أو أولاداً، مدّعياً عليه الإجماع (٦).

و هو شاذ، و لا عبره بإجماعه بعد ظهور و ههه بمصير الأكثر إلى

ص: ٢١٧

١- الكافى ٧:٧/٣١، التهذيب ٩:٦٤٣/١٥٦، الإستبصار ١٠٨/٤١٠، الوسائل ١٩:٢٣٧ أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ٢.

٢- التهذيب ٩:٦٣٦/١٥٥، الإستبصار ١٠٨/٤١٤، الوسائل ١٩:٢٣٧ أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ١.

٣- التهذيب ٩:٦٥٠/١٥٨، الوسائل ١٩:٢٤٢ أبواب كتاب الهبات ب ٩ ذيل حديث ٣.

٤- راجع ص: ٢٠٤.

٥- الكافى ٧:١٦/٣٢، التهذيب ٩:٦٣١/١٥٤، الوسائل ١٩:٢٣٥ أبواب أحكام الهبات ب ٥ ح ٣.

٦- الانتصار: ٢٢٣.

خلافه، و معارضته بالإجماعات المستفيضة في رده، مع استفاضه المعتبره المتقدمه عموماً و خصوصاً بخلافه، فقله ضعيف غايته، و إن مال إليه في الكفايه لنصوص قاصره السند و الدلاله عن المقاومه لما مرّ من الأدلّه، و إن كانت في حدّ ذاتها معتبره، منها الموثق: «أما الهبه و النحله فإنه يرجع فيها حازها أو لم يحزها و إن كانت لذي قرابه» (١).

قال بعد أن ذكرها و ذكر الصحاح الخاصه المعارضه لها: -و يمكن الجمع بينهما بحمل الصحاح و ما في معناها على الكراهه الشديده، و هو أولى من اطراح الأخبار الثلاثه المعتبره (٢).

و فيه: أن الجمع بذلك فرع المكافأه، و هي لاعتضاد الصّحاح بالأصل و الشهره العظيمه، و الإجماعات المحكيه البالغه حدّ الاستفاضه، و فقد هذه المرجّحات في الأخبار الثلاثه مع قصور أسانيدھا مفقوده.

مع احتمالها الحمل على وجه لا يستلزم اطراحها بالمّرّه، بأن يقال:

قوله: «و إن كانت لذي قرابه» قيد لقوله: «أو لم يحزها» يعني أنه إذا لم يحزها فله الرجوع فيها مطلقاً و إن كانت لذي قرابه، و هو معنى صحيح، و إن كان بالنظر إلى ظاهرها بعيداً، لكن مع احتمالها و إن بُعِد لا يستلزم العمل بتلك الصحاح تركها بالمّرّه كما ذكره، بل ارتكاب مثله مع ما هو عليه من البعد أولى من حمل تلك الصحاح على الكراهه الشديده كما ذكره.

و بما ذكرناه يظهر الجواب عما ذكره أخيراً بقوله: و مع قطع النظر عن الأخبار الثلاثه المذكوره قد وقع التعارض بين تلك الصحاح و صحيحه

ص: ٢١٨

١- التهذيب ١٥٧/٦٤٥، الإستبصار ١٠٦/٤٠٤، الوسائل ٢٣٨:١٩ أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ٣.

٢- كفايه الأحكام: ١٤٤.

زراره (١) و ما فى معناها مما يدل على جواز الرجوع مطلقاً، كما وثقه عيسد بن زرارہ (٢)، و صحیحہ جميل و الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت الهبة قائمه بعينها فله أن يرجع، و إلا فليس له» (٣).

و يمكن الجمع بوجهين: حمل المطلق على المقيّد، و ثانيهما: حمل أخبار المنع على الكراهه، و الترجيح للثاني، و يشهد له الأخبار الثلاثة المذكوره. إلى آخر ما ذكره.

فإن الجمع بما ذكره فرع قوه ما قابل الصحاح من الأخبار، و هى لما عرفت مفقوده.

مع أنه على تقدير التكافؤ و القوه فالجمع الأوّل من حمل المطلق على المقيّد، مع أوفقيته بالأصل فى المسأله أرجح من الحمل على الكراهه من وجوه عديده، و قد قامت بإثباته الأدله القاطعه من الفتوى و الروايه، و لا كذلك الحمل على الكراهه، إذ لم يتم على إثباتها شىء من الأدله.

نعم، ربما يرتكب فى موضع لم يبلغ المنع فيه درجه الحجّه لقصوره عن المقاومه للأدله المبيحه، أو بلغها و لكن عارضه ما يكافئه من الأدله المبيحه، فيرتكب حينئذ الحمل على الكراهه، لأصالة الإباحه، أو غيرها من الأصول الشرعيّه، و ليس مفروض المسأله من شىء من الموضعين، لما

ص: ٢١٩

- 
- ١- الكافي ٧:٣/٣٠، التهذيب ٩:٦٢٤/١٥٢، الإستبصار ٤:٤٢٣/١١٠، الوسائل ١٩:٢٣١ أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ١.
  - ٢- الكافي ٧:٤/٣٠، التهذيب ٩:٦٢٥/١٥٣، الإستبصار ٤:٤١١/١٠٨، الوسائل ١٩:٢٤٣ أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ١.
  - ٣- الكافي ٧:١١/٣٢، التهذيب ٩:٦٢٧/١٥٣، الإستبصار ٤:٤١٢/١٠٨، الوسائل ١٩:٢٤١ أبواب أحكام الهبات ب ٨ ح ١.

عرفت من فقد المكافأه، و توافق الأصول الشرعيه مع ما دلّ على عدم جواز الرجوع فى الهبه بعد القبض لذى القرباه.

مع اعتضادها كالأخبار الدالّه عليه بما مرّ من عمومات المستفيضه الدالّه على عدم جواز الرجوع فى الهبه بالكليه، خرج منها و من الأصول الهبه لغير ذوى القرباه بالإجماع المحكى فى الغنيه و المختلف و غيرهما من كتب الجماعه (١)، و بمفهوم الصّحاح المتقدمه، فتبقى فيهم على المنع دالّه، و العام المخصّص فى الباقي حجّه على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه علمائنا الإماميه.

و مما ذكرنا ظهر ضعف القول بجواز الرجوع فى هبه غير العمودين من الآباء و الأولاد من ذوى القرباه، كما عن الإسكافى و الطوسى و الحلّى (٢)، مع اضطرابٍ له فى ذلك فى المختلف عنه قد حكى (٣).

و أمّا الصحيح و الموثق الدالّان على جواز رجوع الوالد فى هبته لولده مطلقاً، كما فى الأول: عن رجل كان له على رجل مال، فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذى له عليه فقال له: ليس عليك فيه شىء فى الدنيا و الآخره، قلت: يطيب ذلك له و قد كان و هبه لولد له؟ قال: «نعم يكون و هبه له ثم نزع فجعله لهذا» (٤).

ص: ٢٢٠

---

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٣، المختلف: ٤٨٥؛ و انظر السرائر ٣: ١٧٣، و كشف الرموز ٢: ٥٨، و التذكره ٢: ٤١٨، و قال فى المفاتيح ٣: ٢٠٤ بلا خلاف.

٢- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٤٨٥، الطوسى فى الخلاف ٣: ٥٦٧ و التهذيب ٩: ١٥٧، الحلّى فى السرائر ٣: ١٧٥.

٣- المختلف: ٤٨٥.

٤- التهذيب ٩: ٦٤٩/١٥٧، الإستبصار ١٠٦/٤: ٤٠٥، الوسائل ١٩: ٢٣٠ أبواب أحكام الهبات ب ٢ ح ١.

أو إذا كان كبيراً خاصه، كما في الثاني: عن رجل وهب لابنه شيئاً، أ يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً» (١).

ففيهما بعد ما عرفت من عدم التكافؤ، سيما مع قصور سند الثاني أن الحكم فيه بالرجوع في هبه الولد الكبير لعلّه إنما هو من حيث عدم القبض، بأن يكون الموهوب بالغاً و لم يقبض، و لهذا حكم بلزوم الهبه للصغير من حيث إن الأب قابض له كما مرّ.

و بنحوه يقال في الصحيح: من أنه يحتمل أن يكون الرجوع إنما هو من حيث كون الهبه غير صحيحه؛ إمّا لكونها هبه لما في الذمّه لغير من هو عليه، و هو فاسد في المشهور بين الطائفة، و إن اختار فيها الصحه جماعه (٢)، لأدله منها: خصوص هذه الروايه، نظراً إلى ظهور دلالتها عليها بلا شبهه، كما يعرب عنه قوله عليه السلام: «ثم نزع». أو لأن من شرطها القبض و لم يحصل، فهي و إن انتقلت إليه بالعقد إلا أنه انتقال متزلزل مراعى لزومه بالقبض.

و اعلم أن المراد بالرحم في هذا الباب و غيره كالرحم الذي يجب صلته و يحرم قطعه مطلق القريب المعروف بالنسب و إن بُعدت لحمته و جاز نكاحه، و في المسالك أنه موضع نصّ و وفاق (٣).

و قيل: إنه من يحرم نكاحه خاصه. و هو شاذّ محجوج بما ذكره من الاتفاق على خلافه فتوى و روايه؛ مضافاً إلى مخالفته العرف بلا شبهه.

ص: ٢٢١

١- التهذيب ١٥٧/٦٤٦، الإستبصار ١٠٦/٢٠٢، الوسائل ٢٣٥:١٩ أبواب أحكام الهبات ب ٥ ح ١.

٢- منهم: الشيخ في المبسوط ٣:٣١٤، و الحلّي في السرائر ٣:١٧٦، و العلّامة في المختلف ٤٨٧، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣:٢٠٣.

٣- المسالك ٣٧١:١.

و لو وهب أحد الزوجين الآخر شيئاً و أقبضه منه ففي الرجوع له فيه تردد ينشأ من الأصل، و عموم الوفاء بالعقد، و المستفيضه المتقدمه المانع عن الرجوع في مطلق الهبه، و خصوص الصحيح: «لا- يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته و لا المرأه فيما تهبه لزوجها، حيز أو لم يُحز، لأن الله تعالى يقول وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً [١] (١) و قَالَ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا [٢] (٢) و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه» (٣).

و من المعتبره المستفيضه المتقدمه الحاكمه بجواز الرجوع في مطلق الهبه، و خصوص الصحاح المتقدمه المصرّحه بجواز الرجوع في الهبه لمطلق من ليس له قرابه، فيخصّص بها عموم الأدله السابقه المانع، كما خصّصت بها فيمن عدا الزوجين من مطلق غير ذى قرابه، و يحمل بها الصحيحه الخاصه على الكراهه الشديده، أو على الزوجين اللذين لهما قرابه.

و لا يمكن أن يخصّص بهذه إطلاقات تلك الصحاح؛ لفقد التكافؤ، لاعتضادها دون هذه بالكثره، و الشهره العظيمه، و الإجماع المحكى الذى سيأتى إليه الإشاره.

مع و هن هذه بتضمّنها اللزوم مطلقاً و لو لم تكن الهبه مقبوضه، و لم يقل به أحد من الطائفه، كما اعترف به جماعه (٤).

ص: ٢٢٢

١- البقره: ٢٢٩.

٢- النساء: ٤.

٣- الكافي ٧/٣٠، التهذيب ٩/١٥٢/٦٢٤، الإستبصار ١١٠/٤٢٣/٤، الوسائل ١٩: ٢٣٩ أبواب أحكام الهبات ب ٧ ح ١.

٤- منهم: المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٩: ١٦١، و الشهيد فى المسالك ١: ٣٧٥، و صاحب الحدائق ٢٢: ٣٣٣.

مع تضمّن صدرها الذى لم ننقله هنا جواز الرجوع فى الهبه مطلقاً (١)، وعمومه يشمل ما لو كانت لذى قرابه، وفيه مخالفه للإجماعات المحكيه.

مضافاً إلى الأدله المتقدمه، و هى و إن خصّصت بها إلّا أن التخصيص كما تقدّمه من الشذوذ عيب يوجب المرجوحه فى مقام التعارض بين الأدله، و إن لم يخرج الروايه عن الحجّيه فى نفسها، هذا.

مع قوه احتمال معارضتها بخصوص الصحيح: عن رجل كانت له جاريه، فأذته امرأته فيها فقال: هى عليك صدقه، فقال: «إن كان ذلك لله تعالى، فليمضها، و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها» (٢).

و هو و إن ورد فى الصدقه، إلّا أن الظاهر عدم الفرق بينها و بين الهبه من هذه الجبهه، و لعله لهذا أن شيخنا فى التهذيب رواه فى كتاب الهبه و الصدقه.

فإذاً أشبهه الجواز مع الكراهه وفقاً للطوسى و الحلّى و ابن زهره العلوى (٣) مدّعياً عليه إجماع الإماميه؛ و هو الحجه الزائده على ما قدّمناه من الأدله، المؤيّد به بالشهره المحكيه فى عبائر جماعه (٤)، و بحكايه إجماع الانتصار المتقدمه (٥)، الداله على جواز الرجوع فى مطلق الهبه، و هو

ص: ٢٢٣

١- تقدّم فى ص ٢٠٢ الرقم (١).

٢- الكافى ٧: ١٢/٣٢، التهذيب ٩: ٦٢٨/١٥٣، الوسائل ١٩: ٢٤٠ أبواب أحكام الهبات ب ٧ ح ٢.

٣- الطوسى فى المبسوط ٣: ٣٠٩، الحلّى فى السرائر ٣: ١٧٣، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣.

٤- منهم: صاحب الحدائق ٢٢: ٣٣٢، و نسبه فى المفاتيح ٣: ٢٠٤ إلى الأكثر.

٥- راجع ص: ٢١٦.



و إن كان لما قدّمناه غير صالح للحجّيه، إلّا أنه قابل هنا للاعتضاد و التقويه.

خلافاً لجماعه من المتأخرين، كالفاضل في التذكرة و ولده في شرح القواعد و الشهيد الثاني (١)، و ربما مال إليه الأول في النكت على الإرشاد (٢)، فاختاروا المنع.

و العجب من صاحب الكفايه، حيث اختار هذا القول للصحيحه المتقدمه و جوّز الرجوع في الهبه لذي القرباه (٣)، مع أن الصحاح المتقدمه أقوى من هذه بمراتب عديده من حيث الكثره، و الاعتضاد بالشهره، و الإجماعات المحكيه و لو في الجملة.

فلو كانت هذه الصحيحه مع ما هي عليه مما قدّمنا إليه الإشاره تصلح لتخصيص المعتبره الثلاث المتقدمه و ما في معناها المبيحه للرجوع في مطلق الهبه كما ذكره فأولى أن تكون تلك الصحاح لصرفها عن ظاهرها بما قدّمناه صالحه. و إن كانت المعتبره الثلاث أقوى منها لا- يصلح صرفها بها إلى ما ذكرنا، فهي لأن تكون أقوى من هذه الصحيحه لا يصلح تخصيصها بها أولى بمراتب شتى.

و ليت شعري ما الداعي له على هذا و ترجيح هذه الصحيحه على تلك المعتبره المرجّحه عنده على تلك الصحاح و ما في معناها المستفيضه؟! مع اشتراكها مع تلك الصحاح في وجه المرجوحيه، بل و أدون منها بمراتب عديده، و احتمالها الحمل على الكراهه المرجّح عنده على حمل المطلق على المقيّد بعنوان الكليه في مواضع كثيره و لو لم يوجد له فيها شاهد

ص: ٢٢٤

١- التذكرة ٢: ٤١٨، إيضاح الفوائد ٢: ٤١٧، الشهيد الثاني في المسالك ١: ٣٧٤.

٢- حكاة عنه في الحدائق ٢٢: ٣٣٣.

٣- الكفايه: ١٤٣.

و لا قرينه، فتأمل.

و يجوز أن يرجع في هبه الأجنبي ما دامت العين الموهوبه باقيه و لم يتصرف فيها بشيء بالكليه ما لم يعوض عنها أو يقصد بها التقرب إلى الله تعالى، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الغنيه و المختلف و التنقيح و غيرها من كتب الجماعه (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره المتقدمه الداله على جواز الرجوع فيها مطلقاً، أو إذا كانت لغير ذوى القربه خاصه (٢).

و أما ما عارضها من النصوص المستفيضه الداله على حرمه الرجوع فيها مطلقاً، و أنه كالمراجع في قيئه (٣) فمع قصور سند أكثرها محموله على الكراهه، أو مقيده بالهبه لذوى القربه، كما مرّت إليه الإشاره، أو الهبه التالفه، أو المعوض عنها، أو المتقرب بها إلى الله تعالى، فإنه لا خلاف في لزوم هذه الثلاثه و حرمه الرجوع فيها بعد القبض و إن لم يتصرف فيها بالكليه، بل عليه الإجماع في الغنيه و التنقيح و المهذب و عن التذكره (٤)، لكن الأخيرين نقلاه في الأولى خاصه؛ و هو الحجه المخصّصه لتلك الصحاح.

مضافاً إلى أصاله براءه ذمه الموهوب له عن عوضها في الأولى، مع خصوص الصحيح فيها أيضاً: «إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع

ص: ٢٢٥

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، المختلف: ٤٨٥، التنقيح الرائع ٢: ٣٤٥؛ و انظر السرائر ٣: ١٧٣، و كشف الرموز ٢: ٥٨.

٢- راجع ص: ٢١٥.

٣- المتقدمه في ص: ٢١٥.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣، التنقيح الرائع ٢: ٣٤٥، المهذب البارع ٤: ٧٥، التذكره ٢: ٤١٨.

فيها، وإلا فليس له» (١).

و خصوص الصحيحين في الثانيه، في أحدهما: «إذا عوض صاحب الهبه فليس له أن يرجع» (٢) و في الثاني: «تجوز الهبه لذوى القرابه و الذى يثاب، و يرجع في غير ذلك إن شاء» (٣).

و إطلاقهما كصريح المعتبره في الثالثه، منها الصحيح، و نحوه الموثق:

«لا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه، نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تُحز» (٤).

و في الخبر: هل لأحد أن يرجع في صدقته أو هبته؟ قال: «أما ما تصدق به لله تعالى فلا» (٥). الحديث.

و إطلاقات الإجماعات المحكيه كالصحيحه في الأولى تقتضى عدم الفرق في اللزوم بين كون التلف من المتهب أو من الله تعالى، و كون التالف تمام الهبه أو بعضها، و بالأمرين صرح جماعة من أصحابنا (٦).

ص: ٢٢٦

- ١- الكافي ٧: ١١/٣٢، التهذيب ٩: ٦٢٧/١٥٣، الإستبصار ٤: ٤١٢/١٠٨، الوسائل ١٩: ٢٤١ أبواب أحكام الهبات ب ٨ ح ١.
- ٢- الكافي ٧: ١٩/٣٣، التهذيب ٩: ٦٣٢/١٥٤، الإستبصار ٤: ٤١٣/١٠٨، الوسائل ١٩: ٢٤٢ أبواب أحكام الهبات ب ٩ ح ١.
- ٣- التهذيب ٩: ٦٣٦/١٥٥، الإستبصار ٤: ٤١٤/١٠٨، الوسائل ١٩: ٢٣٧ أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ١.
- ٤- الصحيح: الكافي ٧: ٣/٣٠، التهذيب ٩: ٦٢٤/١٥٢، الإستبصار ٤: ٤٢٣/١١٠، الوسائل ١٩: ٢٣١ أبواب أحكام الهبات ب ٣ ح ١.
١. الموثق: الكافي ٧: ٤/٣٠، التهذيب ٩: ٦٢٥/١٥٣، الإستبصار ٤: ٤١١/١٠٨، الوسائل ١٩: ٢٤٣ أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ١.
- ٥- التهذيب ٩: ٦٤٥/١٥٧، الإستبصار ٤: ٤٠٤/١٠٦، الوسائل ١٩: ٢٣٨ أبواب أحكام الهبات ب ٦ ح ٣.
- ٦- منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١٥٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٣٧١، و السبزواري في الكفايه: ١٤٥.

لكن ينبغي أن يقيّد البعض بالذى يصدق مع تلفه على الهبه أنها غير قائمه بعينها، لا ما لا يصدق معه ذلك عليها، كسقوط ظفر أو نحوه من العبد الموهوب مثلاً، فإن معه لا يقال: إنه غير قائم بعينه، جداً.

و إطلاقات الإجماعات المزبوره كالصحيحين فى الثانيه تقتضى عدم الفرق فى لزومها بالتعويض بين اشتراطه فى العقد أو وقوعه بعده، بأن وقع العقد مطلقاً إلا أنه بذل له العوض بعد ذلك و أعطاه.

لكنهم كما قيل صرّحوا بأنه لا- يحصل التعويض بمجرد البذل، بل لا- يُدّ من قبول الواهب له، و كون البذل عوضاً عن الموهوب، قالوا: لأنه بمنزله هبه جديده و لا يجب عليه قبولها (١).

و مقتضاهما أيضاً عدم الفرق فى العوض بين كونه قليلاً أو كثيراً، من بعض الموهوب أو غيره، و صرّح به فى المسالك، قال: عملاً بالإطلاق، و التفاتاً إلى أنه بالقبض بعد العقد مملوك للمتّهب فيصحّ بذله عوضاً عن الجمله (٢).

و يمكن أن يقال: إن المتبادر من المعاوضه هو كون أحد العوضين غير الآخر، و لو تمّ ما ذكره للزم أنه لو دفعه المتّهب بجميعه إلى الواهب بعد القبض لصدق المعاوضه، مع أنه لا يسمّى ذلك معاوضه عرفاً، و إنما يسمّى ردّاً، و لا فرق بين دفع البعض و دفع الكل، فإن كان ما ذكره إجماعاً، و إلاّ فإنّ للمناقشه فيه كما عرفت مجالاً.

و فى جواز الرجوع للواهب فى هبته للأجنبى بعد القبض مع التصرف منه فيها فى غير الصور الثلاث المستثناه قولان،

ص: ٢٢٧

١- الحدائق ٣٣٠: ٢٢.

٢- المسالك ٣٧٢: ١.

أشبههما: الجواز مطلقاً، وفاقاً للإسكافي و الديلمي و الحلبي و ابن زهره العلوي (١) مدّعياً عليه إجماع الإماميه؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى استصحاب حاله السابقه، و هي: جواز الرجوع فيها الثابت بما تقدّم من الأدلّه.

و عموم النصوص المتقدمه الدالّه على جوازه في مطلقها، خرج منها ما مضى و بقي ما عداه فيه داخلاً.

و ثانيهما: القول بالمنع، إمّا مطلقاً، كما عن الشيخين و القاضي و الحلّي و أكثر المتأخّرين (٢)، أو إذا كان التصرف مُخرِجاً للهبه عن ملكه، أو مغيّراً لها عن صورتها، كقصاره الثوب و نجاره الخشب و نحوهما، أو وطئاً لها، و الجواز في غير ذلك، كركوب الدابه و السكنى و اللبس و نحوها من الاستعمالات، كما عن ابن حمزه و الدروس و جماعه من المتأخّرين (٣)، و زاد الأوّل فقال: لا يقدر الرهن و الكتابه. و هو يشمل بإطلاقه ما لو عاد إلى ملك الواهب و عدمه.

و حجّه هذا القول مطلقاً و مقيداً غير واضح؛ عدا روايات قاصره أكثرها سنداً، و جميعها دلالةً. و وجوه هيّنه، و اعتبارات ضعيفه لا تصلح للحجّيه، سيّما في مقابله ما مرّ لما في العبارة من الأدلّه في الأوّل،

ص: ٢٢٨

---

١- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٨٦، الديلمي في المراسم: ١٩٩، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٢٨، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣.

٢- المفيد في المقنعه: ٦٥٨، الطوسي في النهايه: ٦٠٣، القاضي في المهذب: ٢: ٩٥، الحلّي في السرائر: ٣: ١٧٣؛ و انظر كشف الرموز ٢: ٥٨، و المختلف: ٤٨٦، و إيضاح الفوائد ٢: ٤١٥.

٣- ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٩، الدروس ٢: ٢٨٧؛ و انظر جامع المقاصد ٩: ١٦٠، و المسالك ١: ٣٧٣، و كفايه الأحكام: ١٤٥.

و الصحيحه المتضمّنه لقوله عليه السلام: «إذا كانت الهبه قائمه بعينها» إلى آخرها، المتقدم إليها الإشاره (1) في الثاني.

و لا تخلو من شبهه، لا بحسب السند كما توهم؛ لكونه من الصحيح على الصحيح، و على تقدير التنزّل فهو حسن كالصحيح، و مثله حجّه على الصحيح.

بل بحسب التكافؤ لما تقدّم من الأدلّه لما في العبارة؛ لكونها صحاحاً و معتبره مستفيضه، معتضده بالأصل و إجماع الغنيه (2) اللذين كل منهما حجّه أخرى مستقله، دون هذه الصحيحه، لوحدها، و ندره القائل بها بتمامها.

مع ما هي عليه من قصور الدلاله بإثبات جميع ما عليه هذه الجماعه، يظهر وجهه بالتدبّر فيما ذكره شيخنا في المسالك فقال في وجه الإشكال فيها:

و أمّا الدلاله فتظهر في صورته نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها، فإنّ إقامه النقل مقام تغير العين أو زوالها لا تخلو من تحكّم أو تكلف، بل قد يدعى قيام العين ببقاء الذات مع تغير كثير من الأوصاف فضلاً عن تغير يسير. و أيضاً: فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطاء مطلقاً بالتغير مع صدق بقاء العين بحالها معه، اللهمّ إلّا أن يدعى في الموطوءه عدم بقاء عينها عرفاً، و ليس بواضح، أو يخصّ بما لو صارت أم ولد، فإنها تنزّل منزله التالفه من حيث امتناع نقلها من ملك الواطيء.

ثم قال: و على كل حال فتقييد تلك الأخبار الكثيره الصحيحه الواضحه الدلاله بمثل هذا الخبر البعيد الدلاله في كثير من مدّعيات التفصيل

ص: ٢٢٩

١- راجع ص: ٢٢٤.

٢- راجع ص: ٢٢٧.

لا يخلو من إشكال، إلا أنه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقاً.

و الذى يظهر أن الاعتماد عليه أوجه حيث تظهر دلالاته بصدق التغير؛ لأنه من أعلى درجات الحسن، بل قد عدّه الأصحاب من الصحيح فى كثير من الكتب إلى أن قال:- و تبقى تلك الأخبار السابقة من كون الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه (١) فإن له طريقاً صحيحاً و إن كانت أكثر طرقه ضعيفه و خبر إبراهيم بن عبد الحميد (٢) كالشاهد له، فيكون فى ذلك أعمال لجميع الأخبار، و هو خير من اطراح هذا الخبر المعتبر و الباقيه (٣). إلى آخر ما ذكره.

و هو حسن لولا إجماع الغنيه (٤)، الذى هو فى حكم روايه صحيحه صريحه فى خلاف ما دلّت عليه تلك الصحيحه، و مع ذلك بإجماع المرتضى المتقدم (٥) معترضه.

مع أن المصير إليها كما ذكره من الاقتصار فيها على ما تظهر دلالاته بصدق التغير عرفاً خاصه لعله إحداث قول رابع قد منعت عنه الأدله القاطعه.

إلّا أن يذبّ عن إجماع الغنيه بوهنه بمصير الأ-كثر إلى خلافه، و عما بعده بالمنع عن كون مثله إحداث قول ممنوع منه، بل هو حيث يكون ما عدا المحدث مجمعاً عليه، و أنّى لكم بإثبات القطع بذلك.

ص: ٢٣٠

١- راجع ص: ٢١٥.

٢- التهذيب ٩: ٦٥٣/١٥٨، الإستبصار ١٠٩/٤١٦: ٤، الوسائل ١٩: ٢٤٤ أبواب أحكام الهبات ب ١٠ ح ٤.

٣- المسالك ١: ٣٧٣.

٤- المتقدم فى ص: ٢٢٧.

٥- فى ص: ٢١٦.

و كيف كان، فينبغي القطع بجواز الرجوع مع التصرف الذي لا يصدق معه على العين أنها غير قائمه بعينها، و أما فيما عداه فمحل إشكال، سيما إذا صدق معه عليها أنها غير قائمه بعينها.

و الاحتياط فيه بل لعله اللازم عدم الرجوع، و لو احتيط به مطلقاً كان أولى، بل الاحتياط كذلك متعين جداً؛ لدعوى الخلاف على المنع مطلقاً إجماعاً و أخبارنا (١)، و ارتضاها الحلّي في السرائر (٢)، و صرح بالإجماع أيضاً بعض أصحابنا (٣)، و نسبه في المبسوط أيضاً إلى روايات أصحابنا (٤).

فالقول بالجواز مع ذلك سيما مع الشهره العظيمة المحققه و المحكيه مشكل جداً.

كما أن اختيار هذا القول كذلك أيضاً؛ لكثرة أدلّه القول بالجواز: من الأصل، و الصحاح، و خصوص إجماع الغنيه و عموم إجماع المرتضى.

مع الوهن في أخبار الخلاف و المبسوط؛ لعدم وجود شيء منها في كتب أخبارنا التي منها كتاباه، فدلّيل المنع القوي هو الإجماع المحكي، و هو معارض بمثله من الإجماع و الصحاح، فتبقى المسأله في قالب الشك، فينبغي الرجوع فيها إلى مقتضى الأصل الذي هو الجواز مطلقاً، كما قدّمناه، فتأمل جداً.

ص: ٢٣١

---

١- الخلاف ٥٧١:٣.

٢- السرائر ١٧٣:٣.

٣- انظر كشف الرموز ٥٨:٢.

٤- المبسوط ٣٠٩:٣.





### السبق

كتاب السبق هو بسكون الباء:المصدر،و المسابقه هي إجراء الخيل و شبهها في حَلْبِه (١)السباق ليعلم الأجود منها و الأفرس من الرجال و المتسابقين.

و بتحريك الباء:العوض المجعول رهناً،و يسمّى الخَطَر و النَّدَب و الرمى.

### الرمايه

و الرمايه هي:المفاضله بالسهم ليعرف حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

و مستند شرعيت هما بعد قوله عليه السلام المروى من طرق العامه و الخاصه بأسانيد معتبره،تضمّنت الصحيح و غيره: لا سبق إلّا فى نصلٍ أو خفٍّ أو حافرٍ (٢) الكتاب،و السنه،و إجماع الأمة المحكى بعنوان الاستفاضه فى كتب الجماعه،كالتذكره و المهذب و التنقيح و المسالك، و غيرها من كتبهم المعتبره (٣).

قال سبحانه وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسِيَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُزْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ [١] (٤).و فى المرفوع لعبد الله بن المغيره و قد أجمع على تصحيح ما يصح عنه العصابه فى تفسيره عن النبى صلى الله عليه و آله أنه

ص: ٢٣٣

- ١- الحَلْبَةُ وزان سَجْدَه:خيل تُجمع للسباق من كلِّ أَوْبٍ و لا تخرجُ من واحد.المصباح المنير ١:١٤٦.
- ٢- الوسائل ١٩:٢٥٢ أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ٣؛ و انظر سنن أبى داود ٣:٢٥٧٤/٢٩.
- ٣- التذكره ٢:٣٥٣،المهذب البارع ٣:٨٠،التنقيح الرائع ٢:٣٤٨،٣٥٠،المسالك ١:٣٧٨؛ و انظر التحرير ١:٢٦١.
- ٤- الأنفال: ٦٠.

وقال عزّ ذكره حكايةً عن إخوه يوسف يا أبانا إنا ذهبنا نَسْتَبِقُ وَ تَرَكَنا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا [١] (٢). وهو ظاهر في شرعيته السباق في الجملة، والأصل بقاؤها و لو لهذه الأمة.

والسنه زياده على ما مرّ بهما مستفيضه من طرق العامه و الخاصه، مرويه في كتب أخبارنا الثلاثه في الجهاد و غيره، و هي و إن قصرت أسانيدھا عن الصحّھ، بل و عن الحجّيه، إلّا أنّھا منجبره بالاستفاضه، و بما قدّمناه من الأدلّھ:

منھا: «إنّ رسول اللّھ صلی اللّھ علیہ و آلہ أجرى الخيل التي أضمرت من الحصباء» و في بعض النسخ الحفياء (٣) «إلى مسجد بنى زريق و سبقها من ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقا، و أعطى المصلّى (٤) عذقا، و أعطى الثالث عذقا» (٥).

و منها: «إنّ صلی اللّھ علیہ و آلہ أجرى الخيل و جعل سبقها أواقى من فضّه» (٦).

و منها: «إنّ الملائكھ لتنفر عند الرهان، و تلعن صاحبه ما خلا الحافر

ص: ٢٣٤

١- الكافي ٥: ١٢/٤٩، الوسائل ١٩: ٢٥٢، أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ٢ ح ٣.

٢- يوسف: ١٧.

٣- حفياء: بالفتح ثم السكون و ياء و ألف ممدوده: موضع قرب المدينه، أجرى منه رسول اللّھ صلی اللّھ علیہ و آلہ الخيل في السباق. معجم البلدان ٢: ٢٧٦.

٤- المصلّى في خيل الحلبه: هو الثاني، سُمّي به لأنّ رأسه يكون عند صلا الأوّل، و هو عن يمين الدّنب و شماله. النهايه ٣: ٥٠.

٥- الكافي ٥: ٥/٤٨، الوسائل ١٩: ٢٥٤، أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ٤ ح ١.

٦- الكافي ٥: ٧/٤٩، الوسائل ١٩: ٢٥٥، أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ٤ ح ٢.

و الخفّ و الريش و النصل، فإنّه تحضره الملائكة، و قد سابق رسول الله صلى الله عليه و آله أسامه بن زيد و أجرى الخيل» (١).

و قريب منه خبران آخران، إلّا أنه اقتصر في أحدهما بقوله عليه السلام:

«ليس شيء تحضره الملائكة إلّا الرهان و ملاعبه الرجل بأهله» (٢).

و في الصحيح: إن مولانا الصادق عليه السلام كان يحضر الرمي و الرهانه (٣).

و فائدتهما بعث النفس على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال.

و يدخل تحت النصل السهام و الحراب جمع حربه، و هي: الآله و السيف و ربما زيد النشاب، مع أنه و الأوّل واحد كما عن الصحاح (٤).

و لذا قيل في عطفه على الأوّل: إنه من قبيل عطف المرادف (٥).

و عن ظاهر الشيخ أنه باعتبار اختلاف اللغات، فيقال للنصل: نُشابه عند العجم، و سهم عند العرب، و أنه زاد المزاريق قال: و هي الردينيات و الرماح و السيوف (٦).

و حصر النصل في الأمور المزبوره هو المعروف في العرف و اللغه، فلا يدخل فيه الدبّوس و العصا و المرافق إذا جعل في رأسها حديده، على

ص: ٢٣٥

١- الفقيه ٤/١٣٦/٤٢، الوسائل ١٩: ٢٥١، أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ١ ح ٦.

٢- أحدهما في: الكافي ٥: ١٠/٤٩، الوسائل ١٩: ٢٥٠، أبواب أحكام السبق و الرمايه ب ١ ح ٤. و الآخر في: التهذيب

٣- الكافي ٥: ١٥/٥٠، الوسائل ١٩: ٢٥٣، أبواب أحكام السبق ب ٣ ح ٣.

٤- الصحاح ١: ٢٢٤.

٥- المسالك ١: ٣٨١.

٦- حكاه عنه في الحدائق ٢٢: ٣٦٣، و انظر المبسوط ٦: ٢٩٠.

إشكال فيه أشار إليه في الكفايه (١).

و يدخل تحت الخفّ الإبل بلا- خلاف حتى من العامّة؛ لشمول اللفظه لها، مع مشاركتها الخيل في المعنى المطلوب منها حاله الحرب: من الانعطاف و سرعه الأقدام؛ و لأنّ العرب يقاتل عليها أشدّ القتال.

و كذلك الفيله عندنا و عند أكثر العامّة، كما في المسالك، قال:

لدخولها تحت اسم الخف أيضاً و يقاتل عليها كالإبل. و ذهب بعضهم إلى المنع منها؛ لأنه لا يحصل بها الكثر و الفرّ، فلا معنى للمسابقه عليها، قال:

و الخبر حجّتنا عليهم (٢).

و فيه نظر؛ فإنّ غايته الإطلاق، و في انصرافه إليها مع ندرتها سيّما في بلاد صدوره نظر. و مقتضى الأصول التي أسّسوها من غير خلاف يعرف بينهم فيها من مخالفه هذه المعامله للأصول، و أنه يقتصر في إباحتها على القدر المتيقن منها و المنقول، عدم جواز المسابقه عليها.

و لعلّ في ترك الماتن لها إشعاراً بذلك، إلّا أن يكون ذلك منه اقتصاراً على الغالب.

و كيف كان، فإن كان ما ذكره إجماعاً كما ادّعاه، و إلّا فلننظر فيه مجال، مع أن الأحوط ترك المسابقه عليها بلا إشكال.

و يدخل تحت الحافر الخيل بلا خلاف حتى من العامه، و عن الإسكافي و في المسالك الإجماع عليه (٣)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى التيقن

ص: ٢٣٦

١- الكفايه: ١٣٧.

٢- المسالك ١: ٣٨١.

٣- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٨٤، المسالك ١: ٣٨١.

بدخوله فى إطلاق الروايه.

و كذا البغال و الحمير بلا خلاف عندنا، كما فى المسالك، قال: لدخولها تحت الحافر، و صلاحيتها للمسابقه عليها فى الجمله، و خالف فيهما بعض العامه، لأنهما لا يقاتل عليهما و لا يصلحان للكز و الفرّ، قال: و النص حجّه عليه (١).

و فيه ما مرّ من النظر بعد الالتفات إلى ما ذكره فى فائده مشروعيه السباق مما تقدم ذكره، و لا ريب أن الغالب فى الحافر الذى يحارب عليه إنما هو الخيل، و لذا اقتصر عليه فى النصوص المتقدمه.

و يشير إليه ما حكاه بعض الأجله (٢) من أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يركب فى الحرب بغله رسول الله صلى الله عليه و آله، فعوتب على ذلك، فقال: «إني لا أفرّ عن من أقبل و لا اتبع من أدبر، و البغله تكفيني» (٣).

فيشكل حمل النص على غيره، مع مخالفه السباق عليه الأصل المتقدم، و الصلاحيه للمسابقه فى الجمله غير مُجيد فائده بعد عدم ظهور الدخول فى إطلاق الروايه، فلم يبق إلّا نفي الخلاف الذى ادّعاه، فإن تمّ، و إلّا كما هو الظاهر، لأنه فى المختلف و غيره (٤) حكى الخلاف فى المسابقه عليهما عن الإسكافى فالرجوع إلى الأصل المتقدم أولى.

و لا يصح المسابقه فى غيرها أى غير الثلاثه المزبوره، بل يحرم مع العوض، بإجماعنا، كما فى المهذب و التنقيح و المسالك و عن

ص: ٢٣٧

١- المسالك ٣٨١:١.

٢- الحدائق ٣٦٣:٢٢.

٣- بحار الأنوار ٥٩:٤٢.

٤- المختلف: ٤٨٤؛ و انظر التذكرة ٣٥٤:٢.

التذكرة (١)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى أنه قمار منهي عنه في الشريعة، و خصوص الحصر المستفاد من الروايه المتضمنه للرخصه في الثلاثه (٢)، و نحوها الخبر، بل هو في الدلاله على التحريم أظهر: «إن الملائكه تحضر الرهان في الخفّ و الحافر و الريش، و ما عدا ذلك قمار حرام» (٣).

و قصور سنده كبعض ما تقدّمه منجبر بالعمل.

و في جوازها بدونها إشكال ينشأ من اختلاف الروايات في فتح الباء من لفظ السبق و سكونه، فإنه على الأوّل بمعنى العوض المبذول للعمل، و على الثاني بمعنى المصدر كما مرّ، و الأوّل هو المشهور، كما في المسالك (٤) و غيره، و الموافق للأصل المعتمد عليه، و لذا اختاره الشهيد الثاني، مع تأييده بأصالة جواز الفعل، فيجوز المسابقه بنحو الأقدام، و رمى الحجر و رفعه، و المصارعه، و الآلات التي لا تشتمل على نصل، و الطيور، و نحو ذلك بغير عوض.

و لكن الأشهر خلافه، بل ظاهر المذهب و المحقق الثاني و صريح المحكي عن التذكرة (٥) أن عليه إجماع الإماميه في جميع الأمور المذكوره.

فالمع أظهر؛ لحجّيه الإجماع المنقول، سيّما مع التعدّد، و الاعتضاد

ص: ٢٣٨

١- المذهب البارع ٨١: ٨٢، التنقيح الرائع ٣٥٠: ٢، المسالك ٣٨١: ١، التذكرة ٣٥٤: ٢.

٢- المتقدمه في ص: ٢٣١.

٣- التهذيب ٧٨٥/٢٨٤: ٦، الوسائل ٢٥٣: ١٩ أبواب السبق و الرمايه ب ٣ ح ٣.

٤- المسالك ٣٧٨: ١.

٥- المذهب البارع ٨٢: ٣، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣٢٦: ٨، التذكرة ٣٥٤: ٢.

بالشهره، و بما دلّ على حرمه اللهو و اللعب (١)، لكون المسابقه فى المذكورات منهما بلا- تأمل، و خصوص ما مرّ من المعتبره (٢) المنجبر قصور سندها بالشهره، بل و عمل الكلّ و لو فى الجملة، الدالّه على تنفّر الملائكه عند الرهان و لعنها صاحبه ما خلا الثلاثه، مع تصريح الروايه السابقه بأن ما عداها قمار محرّم.

و دعوى توقّف صدق القمار و الرهانه على بذل العوض غير معلوم الصحه، مع صدقهما سيّما الرهانه بدونه عرفاً و عادة.

و يحتمل قوياً أن يجعل جميع ذلك قرينه لصحه النسخه الثانيه من سكون الباء من لفظ السبق فى الروايه. و دلالتها على عدم الصحه بل و على الحرمة ظاهره؛ لعدم إمكان إرادته نفي الماهيه، فليحمل على أقرب المجازات، و هو إمّا نفي جميع أحكامها التى منها الصحه و المشروعيه، أو نفيهما خاصّه، لأنّه المتبادر من نفي الماهيه بلا شبهه، سيّما مع الاعتضاد بما قدّمناه من الأدله على الحرمة.

و بما ذكرناه يظهر الجواب عما أورده فى الكفايه على الروايه، من أنها لا دلالة لها على الحرمة على النسختين، قال: بل يحتمل غيرها، فإنه على الفتح يحتمل أن لا- لزوم، أو أن لا- تملك، أو لا فضل للسبق و العوض إلّا فى هذه الثلاثه من بين الأفعال التى يسابق عليها، و على هذا لا دلالة لها على تحريم الفعل و الملاعبه مع العوض أيضاً فى غير الثلاثه، بل لا يدل على تحريم العوض أيضاً. و على السكون يحتمل أن يكون معناها:

لا اعتداد بسبق فى أمثال هذه الأمور إلّا فى الثلاثه، أو لا فضل لسبق إلّا فى

ص: ٢٣٩

١- انظر الوسائل ١٧: أبواب ما يكتسب به الأبواب ١٠٤، ١٠٠، ٣٥.

٢- راجع ص: ٢٣٢.



الثلاثة، فلا تكون داله على التحريم (١). انتهى كلامه.

و هو كما ترى المناقشه فيه بعد ما قدّمناه واضحه، فإنه لا ريب أن هذه الاحتمالات التي ذكرها بعيده غير متبادره، و لذا أن أحداً من الأصحاب لم يشر إلى جريان شيء منها في الروايه، بل أطبقوا على دلالتها على الحرمة، و إنما اختلفوا لاختلاف النسخه في متعلقها، هل هو العوض خاصه، أو نفس الرهانه؟ و أين هذا الإطباق من صحه ما ذكره؟ بل ينبغي القطع بفساده، سيما مع ما عرفت من الروايات بل الأدله الأخر الظاهره في الحرمة، و أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض.

و أمّا ما ربما يستدل لجواز المسابقه بالطيور و المصارعه من الأخبار الداله عليه كالروايات الثلاث (٢) النافيه للبأس عن قبول شهاده اللاعب بالحمام إذا لم يُعرف بفسق في الأولى، مضافاً فيها إلى الخبرين المتقدمين (٣) المرخصين لها في الريش، و هو الطيور؛ و كالروايات المرويّه في الأمالي و غيره الداله على أمر النبي صلى الله عليه و آله الحسن و الحسين عليهما السلام بالمصارعه (٤) في الثانيه.

فضعيف غايته؛ لضعف الروايات المزبوره جمله سنداً في أنفسها، فكيف يمكن أن يحتجّ بها، سيما في مقابله ما قدّمنا من الأدله القويّه.

مضافاً إلى ضعف في دلالتها، فإن اللعب بالحمام أعمّ من السباق

ص: ٢٤٠

١- الكفايه: ١٣٦.

٢- الفقيه ٣: ٨٨/٣٠، التهذيب ٧٨٥، ٧٨٤/٢٨٤، ٧٨٤: ٦، الوسائل ٤١٣، ٤١٢: ٢٧ أبواب الشهادات ب ٥٤ ح ١، ٢، ٣.

٣- في ص: ٢٣٢.

٤- أمالي الصدوق: ٣٦١، و عنه في البحار ١/١٨٩: ١٠٠، المستدرک ١٤: ٨١ أبواب السبق و الرمايه ب ٤ ح ١.

عليه، فلعلّ نفى البأس عن قبول شهادته إنما هو إذا لم يسبق عليه.

و يمكن دخوله في الشرط من قوله: إذا لم يعرف بفسقٍ. و دعوى أن سبق عليه ليس بفسق مصادره.

نعم، لها دلالة على جواز اللعب به، و هو أمر آخر، ظاهر المحكى عن الأصحاب فيه في بحث الشهادة جوازه.

و دعوى أن المراد من الريش هو الطيور ممنوعه؛ لاحتمال أن يراد به السهام المثبت ذلك فيها. و ليس في عطفه على النصل في أحد الخبرين دلالة على التباين بينهما بعد احتمال كون العطف فيه من باب عطف المرادف، أو الخاص على العام، مع تأييده بإسقاط العطف و إبدال النصل بالريش في الخبر الثاني، مع التصريح فيه بحرمه الباقي.

و يفتقر انعقادها إلى صدورها من كاملين بالبلوغ و العقل خاليتين عن الحجر؛ لأنها تقتضى تصرفاً في المال و إيجاب و قبول بلا خلاف في الأول، و معه في الثاني كما قيل.

و ربما يستدل لاعتباره بعموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالعقود.

و هو غير مفهوم؛ فإن مقتضاه لزوم الوفاء بما كان عقداً، لا أن المسابقة منه فيعتبر فيه القبول.

إلّا أن يبني الاستدلال على القول بلزومها. و بيانه حينئذٍ أنه لا- وجه للزومها إلّا بعد اعتبار القبول فيها؛ إذ معه يلزم، لقوله تعالى أَوْفُوا [١] (١) إلى آخر ما مضى، لا مطلقاً.

و هذا البناء يظهر من الماتن في الشرائع و غيره (٢)، حيث جعلنا مورد

ص: ٢٤١

١- المائدة: ١.

٢- الشرائع ٢: ٢٣٧؛ و انظر المسالك ١: ٣٨١.

الخلاف الآتى فى اللزوم و عدمه هو اشتراط القبول و عدمه،مفزعين على الأوّل القول باللزوم،و على الثانى الجواز.

لكنه خلاف ما يظهر من الماتن هنا،حيث حكم بلزوم القبول من دون تردّد ثم قال: و فى لزومها تردّد و هو أظهر ظاهر فى اشتراط القبول على أىّ تقدير،و أن التردّد إنما هو فى لزومها و جوازها حتى مع اعتبار القبول فيها.

و هذا هو الذى يظهر من كلمات الجماعه كالمختلف و غيره (1)،حيث حكى القول باللزوم عن الحلّى،و الجواز عن المبسوط و الخلاف و اختاره، مستدلّاً للأوّل بما مرّ،مجيئاً عنه بالقول بالموجب،فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه،فإن كان لازماً كان العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم،و إن كان جائزاً كان الوفاء به و العمل بمقتضاه على سبيل الجواز.و أيضاً:ليس المراد مطلق العقود،و إلّا لوجب الوفاء بالعقود الجائزه،و هو باطل بالإجماع،فلم يبق إلّا العقود اللازمه و البحث وقع فيه.

و هو كما ترى ظاهر بل صريح فى اتفاق القولين على كونها من العقود،و إنما اختلفا فى كونها من اللازمه منها أو الجائزه.

و حينئذٍ فالأجود الاستدلال على اعتبار القبول أن يقال:إن الوجه فيه ظاهر على القول باللزوم،و كذا على القول بالجواز،بناءً على أن لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق على المسبوق لا- يتأتّى إلّا على اعتبار قبوله،إذ لولاه لأمكنه الامتناع من بدله بعد العمل مدّعياً عدم رضاه بالإيجاب،و لعلّه خلاف الإجماع،بل العوض لازم عليه بعد العمل

ص: ٢٤٢

---

١- المختلف: ٤٨٤؛ و انظر جامع المقاصد ٨: ٣٢٥،و المسالك ١: ٣٨١.

كالجعله بلا خلافٍ، ولا يتم ذلك إلا بالقبول.

لكن هذا إنما يجرى لو كان السابق هو الموجب، ولو انعكس أمكن عدم الاحتياج إلى القبول كالجعله، إلا أنه يمكن التميم بعدم القول بالفصل، فتأمل هذا.

و أما تعيين أحد القولين بالزوم و الجواز فيتوقف على بيان المراد من الزوم، و هو غير منقح فى كلام الأصحاب.

و التحقيق أن يقال: إن أُريد به ما قلناه من لزوم بذل العوض بعد حصول السبق خاصة كان أشبهه اللزوم عملاً بما وقع عليه العقد و الشرط، و التفاتاً إلى استلزام الامتناع من بذله الحيف و الضرر على السابق الناشئ عن تغير المسبوق له على تضييع العمل المحترم برضاه بالبذل على تقدير حصول السبق للسابق.

و إن أُريد به لزومها من أول الأمر بمعنى وجوب العمل ثم بذل العوض إن حصل السبق و عدم جواز الفسخ قبل التلبس بالعمل و لا بعده فالأشبه الجواز؛ للأصل، و عدم مقتضى لزوم عدا ما مرّ من الأمر بالوفاء بالعقد.

و فى اقتضائه له نظر، لا لما مرّ عن المختلف، لضعفه:

فالأول: بمخالفته الظاهر، فإن مقتضى الوفاء بالشىء التزامه و العمل به مطلقاً، لا العمل بمقتضاه من لزوم أو جواز جدياً، و لذا أن ديدن الأصحاب حتى هو إثبات لزوم العقود اللازمه بمثله، و لا وجه له لو صح ما ذكره، لاستلزامه الدور الواضح، كما لا يخفى على من تدبره.

و الثانى: بأن خروج العقود الجائزه تخصيص للعام، فيبقى فى الباقي حجّه.

بل لأن معنى الأمر بالوفاء بالعقد هو العمل بما التزم به ابتداءً أو مآلاً، ونحن نقول به هنا، إلا أنه لا يلزم منه وجوب الاستباق و عدم جواز الفسخ، لعدم الالتزام بهما في العقد، بل إنما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق، إذ لا معنى لقوله: من سبق فله كذا، غير ذلك، وهو غير الالتزام بنفس العمل و العوض في بدء الأمر، بل حالها حينئذٍ كالجعلها بعينها، فلكل منهما فسخها ابتداءً و في الأثناء و لكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذي عيّناه.

و يصح أن يكون السبق بالفتح عيناً و ديناً حالاً و مؤجلاً، بلا خلاف؛ للأصل، و العمومات.

و لو بذل السبق غير المتسابقين جاز مطلقاً، إماماً كان أو غيره؛ للدليلين؛ مضافاً إلى ما في المسالك و غيره (١) من إجماع المسلمين عليه في الأول، و منّا و من أكثر العامة في الثاني؛ و أنه بذل مال في طاعه و قربه مصلحة للمسلمين فكان جائزاً، بل يثاب عليه مع نيته، كما لو اشترى لهم خيلاً و سلاحاً و غيرهما مما فيه إعانتهم على الجهاد.

و قال المانع منهم عن بذل غير الإمام باختصاص النظر في الجهاد به فيختص البذل به.

و ضعفه ظاهر، سيما في مقابله ما مرّ من الدليل.

و كذا جاز لو بذله أحدهما بأن يقول لصاحبه: إن سبقت فلك عشره، و إن سبقت أنا فلا شيء لي عليك. و هو جائز عندنا كما في المسالك (٢). خلافاً لبعضهم، قال: لأنه قمار (٣). و يندفع على تقدير

ص: ٢٤٤

١- المسالك ٣٨٢:١؛ و انظر المفاتيح ١١٨:٣.

٢- المسالك ٣٨٢:١.

٣- انظر المغنى و الشرح الكبير لابن قدامة ١٣١:١١ ١٣٦.

تسليمه بخروجه بالنص المتقدم (١).

أو بذل من بيت المال بلا خلاف؛ لأنه معدّ للمصالح، وهذا منها، لما فيه من البعث على التمرّن على العمل المترتب عليه إقامه نظام الجهاد.

ولا يشترط المحلل عندنا وهو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط فى عقده، فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما، ثم إن سبق أخذ العوض، وإن سبق لم يغرّم، وهو بينهما كالأمين.

وإنما لم يشترط للأصل، وتناول ما دلّ على الجواز للعقد الخالى عنه.

مضافاً إلى الإجماع عليه هنا وفى الشرائع والمسالك والمختلف (٢)، لكنه كالمسالك خصّاه بصوره عدم بذل المتسابقين معاً البذل، وظاهرهما الخلاف فيه، حيث حكى الاشتراط به فيه عن الإسكافى.

والظاهر أنه شاذّ، ولعله لذا ادعى الماتن على خلافه الإجماع، ومع ذلك مستنده خبر عامى (٣) ضعيف سنداً ودلالةً. وعدم اشتراطه فى أصل السباق من خصائصنا.

خلافاً للشافعى (٤)، فاشترطه مطلقاً، وبه سمّاه محللاً؛ لتحريم العقد بدونه عنده.

وحيث شرط لزّم، فيجرى دابته بينهما أو إلى أحد الجانبين مع

ص: ٢٤٥

١- فى ص: ٢٣٦.

٢- الشرائع ٢: ٢٣٧، المسالك ٢: ٣٨٢، المختلف: ٤٨٤.

٣- سنن أبى داود ٣٠: ٢٥٧٩.

٤- انظر الأم ٤: ٢٣٠.

الإطلاق، و إلى ما شرط مع التعيين، قيل: لأنهما بإخراج السبق متنافران، فيدخل بينهما لقطع تنافرهما (١). و يجوز جعل السبق للسابق منهما أو للمحلل إن سبق بلا خلاف؛ لما مضى من الدليلين.

قيل: لا- لأجنى، و لا للمسبق منهما و من المحلل، و لا جعل القسط الأوفر للمتأخر أو المصلّي و الأقل للسابق؛ لمنافاه ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، و هو الحث على السبق و التمرّن عليه (٢).

و تفتقر المسابقة عند الأصحاب كافه، كما في ظاهر الكفايه (٣) إلى شروط ذكر الماتن منها جملة، و أنهاها الفاضل إلى اثني عشر في التذكرة (٤).

منها: تقدير المسافه التي يستبقان فيها، و تعيينها ابتداءً و انتهاءً؛ لئلا يؤدي إلى التنازع؛ و لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً بيناً، لأن من الخيل ما يكون سريعاً في أول عدوه دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافه، و منها ما هو بالعكس، فينعكس الحكم.

و منها: تعيين الخطر بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحتين، إن شرطاه، أو مطلقاً على القول باشتراطه في صحه أصل العقد، كما هو ظاهر اللمعه، و حكاه في الروضه عن كثير، و فيها أيضاً عن التذكرة أنه ليس بشرط و إنما يعتبر تعيينه لو شرط (٥)، و اختاره.

و لا يخلو عن قوه؛ للأصل، و العمومات المتقدمه.

ص: ٢٤٦

١- الروضه البهيه ٤:٤٢٦.

٢- الروضه البهيه ٤:٤٢٦.

٣- الكفايه: ١٣٧.

٤- التذكرة ٢:٣٥٤.

٥- اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٤٢٤، و هو في التذكرة ٢:٣٥٥.

و منها: تعيين ما يسابق عليه من فرس و بعير و غيرهما إن قلنا به بالمشاهده، فلا يكفى الإطلاق، و لا التعيين بالوصف، لاختلاف الغرض بذلك كثيراً.

و منها: تساوى ما به السبق فى احتمال السبق بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه. فلو علم قصور أحدهما بطل؛ لانتفاء الفائده حينئذٍ، لأن الغرض منه استعمال السابق. و لا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر؛ لحصول الغرض معه.

و منها: ما مرّ من جعل السبق لأحدهما أو المحلّل لا غير، فلو جعل له بطل.

و منها: تساوى الدابتين فى الجنس، فلا تجوز المسابقه بين الخيل و الإبل و نحوه إن قلنا به.

و منها: إرسالهما دفعه، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه أم لا لم يصحّ.

و منها: أن يستبقا عليهما بالركوب، فلو شرط إرسالهما لتجريا بنفسهما لم يجز.

و منها: أن يجعل المسافه بحيث يحتمل الفرسان قطعها و لا ينقطعان دونها.

و منها: أن يكون ما ورد عليه عُده للقتال، فلا يجوز السبق و الرمى فى النساء.

و منها: العقد المشتمل على أركانه.

و منها: عدم تضمّنه شرطاً فاسداً.

هذه جمله ما عن التذكرة، و فى استنباطها أجمع من الأدله نوع



مناقشه، إلما أن يكون إجماعاً، فيتبع، لكن في تحقّقه نظر، كيف و لم أجد من ادّعاه، مع خلوّ عبارته الماتن ككثير عن ذكرها كامله، بل اقتصروا على قليل منها، و معه كيف يمكن الاطلاع بالإجماع من غير طريق الحكايه.

و لا- ريب أن اعتبارها أحوط؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدالّ على حرمة القمار و الرهانه على المتيقّن إباحته من الفتوى و الروايه، و هذا هو العمده في الحجّه لإثبات جمله منها التي لا يسبق الرهانه المستثناه من الحرمة في الروايات المتقدمه بدونها إلى الذهن بالمرّه.

و في اشتراط التساوى في الموقف تردّد ينشأ من الأصل، و العمومات، و حصول الغرض مع تعيين المبدأ و الغايه.

و من انتفاء معرفه جوده الفروس و فروسيه الفارس مع عدم التساوى؛ لأن عدم السبق قد يكون مستنداً إليه، فيخلّ بمقصوده. و فيه منع و نظر.

فإذاً العدم أظهر، مع أنه أشهر، كما في شرح الشرائع للصيمري و المهذب (١).

و يتحقق السبق بالسكون بتقدم الهادي أي العنق، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر؛ عملاً بالعرف.

خلافاً للإسكافي (٢)، فاكتمى بالأذن؛ لروايه قاصره السند (٣)، غير صريحه الدلاله، باحتمال الحمل على المثل أو المبالغه.

ثم ظاهر العبارة كما ضاهاها اعتبار التقدّم بجميعة، بل في الروضه (٤).

ص: ٢٤٨

١- لم نعثر عليه في المهذب.

٢- كما نقله عنه في المختلف: ٤٨٤.

٣- لم نعثر عليه في كتب الأحاديث، و قد أورده العلّامة في المختلف: ٤٨٤.

٤- الروضه ٤: ٤٢٧.

عن عباره كثير حصوله به و بالكتد معاً، و هو بفتح الفوقائيه أشهر من كسرهما كما فيها:- مجمع الكتفين بين أصل العنق و الظهر. و حكى فيها قولاً بكفايه التقدم ببعض العنق و استحسنة. و هو كذلك، حيث يساعده العرف و العاده.

ثم إن اتفقا فى طول العنق و قصره أو سبق الأقصر عنقاً ببعضه فواضح، و إلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من قدر الزائد، و لو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق.

و اعلم أنه يطلق عندهم على السابق: المُجَلِّي، و على الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما العظامان النابتان عن يمين الذنب و شماله :- المُصَلِّي، و على الثالث: التالى، و على الرابع: البارع، و على الخامس:

المرتاح، و على السادس: الخطى، و على السابع: العاطف، و على الثامن:

المؤمل بالبناء للفاعل، و على التاسع: اللطيم، بفتح أوله و كسر تاليه، و على العاشر فصاعداً: الفِسْكِيل، بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقُنْفُذ.

و هذه أسامى جرت عادتهم بتسميتهم بها عشره من خيل الحلبه، و هى وزان سجده: الخيل تجمع للسباق، و فائدته تظهر فيما لو شرط للمُجَلِّي مالا و للمصَلِّي أقل منه، و هكذا إلى العاشر.

و تفتقر المراماه إلى شروط سته:

منها: تقدير الرشق و هو بكسر الراء: عدد الرمى الذى يتفقان عليه، كعشرين، و بالفتح مصدر بمعنى الرمى.

و اشتراطه هو المشهور، قيل: لأنه العمل المقصود المعقود عليه (1).

ص: ٢٤٩

---

١- قال به الشهيد فى المسالك ٣٨٣: ١، و السبزوارى فى الكفايه: ١٣٧.

خلافاً لبعضهم، فاشترط العلم به في المحاطه دون المبادره (١).

و تأمل فيه في الكفايه (٢)؛ لعدم توقّف معرفه الإصابه على تعيين الرشق، لجواز حصولها بدونه.

و منها: تقدير عدد الإصابه كخمس من عشره، قيل: لأن الاستحقاق إنما يحصل بالإصابه، و بها تحصل معرفه جوده الرميّه و معرفه الناצל من المنصول فلو عقدا على أن يكون الناצל منهما أكثرهما إصابه من غير بيان لم يصح، على المشهور، بل في الكفايه نسبه إليهم مشعراً باتّفاقهم، و إن تأمل فيه بعد النسبه، معللاً بجواز حصول معرفه الإصابه بكونه أكثر إصابه في العدد المشترط أو غير ذلك (٣).

و منها: تعيين صفتها من المارق، و الخامس بالمعجمه و المهمله، و الخازق بالمعجمتين، و الخاصل بالخاء المعجمه و الصاد المهمله، و الخاصر، و الخارم، و الحابي، و القارع، إلى غير ذلك من الأوصاف الكثيره، حتى أنه ذكر لها بحسب أوصافها تسعه عشر اسماً في كتاب فقه اللغه (٤).

و فسر الأوّل: بالذي يخرج من الغرض نافذاً فيه واقعاً و راءه.

و الثاني: بالذي يثقب الغرض و يقف فيه.

و الثالث: بالذي خدشه و لم يثقبه. و قيل: بل يثقبه و لكن لم يثبت فيه (٥).

ص: ٢٥٠

١- انظر إيضاح الفوائد ٢: ٣٧٠.

٢- الكفايه: ١٣٧.

٣- الكفايه: ١٣٧.

٤- فقه اللغه: ١٩٩.

٥- التذكرة ٢: ٣٦٠.

و الرابع: بالذى أصابه و لم يؤثر فيه، و يطلق على القارع و على الثانى و الثالث و على المصيب للغرض كيف كان.

و الخامس: بالذى أصاب أحد جانبي الغرض.

و السادس: بالذى يخرم حاشيته.

و السابع: بالواقع دونه ثم يحبو إليه، من حبو الصبى. قيل: و يقال على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه، و هو المزدلف (١).

و الثامن: بالذى يصيبه بلا خدش.

و مقتضى اشتراطه تعيينها بطلان العقد بدونه.

و تأمّل فيه جماعه منهم الكفايه (٢)، حاكياً فيها عن التذكرة أنه لا يشترط الإعلام بصفه الإصابة، و أنه إذا أُطلق حمل على مجرّدها؛ لأنه المتعارف و المطلق معنىً، فيحمل عليه المطلق لفظاً. نعم، إن شرطاً نوعاً معيناً تعيّن جدّاً.

و منها: تشخيص قدر المسافه التى يرمى فيها، و هى ما بين موقف الرامى و الهدف أو ما فى معناه، إما بالمشاهده، أو المساحه كمائه ذراع، قيل: لاختلاف الإصابة بالقرب و البعد (٣). و فى الكفايه: لا يبعد الاكتفاء بالعادة الغالبه بين الرماه فى اعتبار الإصابة (٤).

و منها: تعيين الغرض و هو ما يقصد إصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما؛ لاختلافه بالسعه و الضيق.

ص: ٢٥١

١- الروضه البهيه ٤:٤٢٩.

٢- الكفايه: ١٣٧.

٣- الروضه البهيه ٤:٤٣٠.

٤- الكفايه: ١٣٨.

و يشترط العلم بوضعه من الهدف، و هو ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره؛ لاختلافه في الرفع و الانحطاط الموجب لاختلاف الإصابه، و تأمل في هذا الشرط أيضاً في الكفايه (١).

و منها: تعيين قدر السبق أى العوض المبذول للسابق؛ حذراً من لزوم الغرر.

و فى اشتراط المبادره و هى: اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عددٍ معيّنٍ من مقدار رشقٍ معيّنٍ مع تساويهما فى الرشق كخمسه من عشرين. و المحاطّه و هى: اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشتركا فيه.

تردّد ينشأ من الأصل، و انتفاء الدليل عليه؛ و من مخالفه حكم كل منهما لحكم الآخر، و مثلها موجب لبطلان العقد مع الإهمال و ترك التعيين، لتفاوت الأغراض؛ فإن من الرماه من يكثر إصابته فى الابتداء و يقلّ فى الانتهاء، و منهم من هو بالعكس، و هذا خيره المبسوط و التذكرة و التنقيح و المسالك (٢).

و لا ريب فيه مع انتفاء القرينه من العرف أو العاده على تعيين أحد الأمرين، و لعلّه فرض المسأله.

و أما معها فالأجود الأول؛ عملاً بالقرينه، فإنها فى حكم التعيين، وفاقاً للمحكى عن الفاضل فى أكثر كتبه و الروضتين (٣).

ص: ٢٥٢

١- الكفايه: ١٣٨.

٢- المبسوط ٢٩٦: ٦، التذكرة ٣٦٢: ٢، التنقيح الرائع ٣٥٧: ٢، المسالك ٣٨٤: ١.

٣- كالتحرير ٢٦٢: ١، و التبصره: ١٠٣، و حكى عن أكثر كتب الفاضل فى المهذب البارع ٨٦: ٣، اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٤٣١.

و عليه ففي حمل المطلق على المحاطه كما هو الأشهر، أو المبادره قولان، ينشآن:

من أن اشتراط السبق إنما يكون لإصابه معينه من أصل العدد المشترط فى العقد، و ذلك يقتضى إكمال العدد كله؛ ليكون الإصابه المعينه منه. و المبادره قد لا- تفتقر إلى الإكمال، كما إذا اشترطا رشق عشرين و إصابه خمسه، فرمى كل واحد عشره، فأصاب أحدهما خمسه و الآخر أربعة مثلاً، فقد نضله صاحب الخمسه و لا- يجب عليه الإكمال. بخلاف ما لو شرطوا المحاطه، فإنهما يتحاطان فى المثال أربعة بأربعه، و يبقى لصاحب الخمسه واحد و يجب الإكمال؛ لاحتمال اختصاص كل واحد بإصابه خمسه فيما يبقى.

و من أن المبادره هى المتبادر عند إطلاق السبق لمن أصاب عدداً معيناً، و عدم وجوب الإكمال مشترك بينهما، فإنه قد لا يجب الإكمال فى المحاطه على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير، بأن رمى أحدهما فى المثال خمسه عشر فأصابها، و رماها الآخر فأصاب خمسه فإذا تحاطا خمسه بخمسه بقى للآخر عشره، و غايه ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشره الخمسه و يصيبها الآخر، فيبقى له فضل خمسه المشروط.

و الأقوى الرجوع إلى عاده المتناضلين، فإن كانت أتبع، و إلّا بطل العقد من أصله، و حينئذ فلا وجه للاختلاف، إلّا أن يوجهه بالاختلاف فى فهم القرينه مع الإطلاق، فبين من حسنها للدليل الأول فاختر مدلوله، و بين من عكس فاختر ما اختاره.

و لا يشترط تعيين السهم و لا القوس أى شخصهما، على

المشهور، بل عن المحقق الثاني الإطباق عليه (١)، دون النوع، كالقوس العربى أو المنسوب إلى وضع خاص، فيشترط تعيينه؛ استناداً فيه إلى اختلاف الرمى باختلافه، و في الأول إلى عدم الفائده في التعيين بعد تعيين النوع، و أدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين مُحَوِّجٍ لإبداله، بل قيل:

إنه لو عيّن لم يتعيّن و جاز الإبدال و فسد الشرط (٢). و فيه نظر.

و عن جماعه (٣) أنه لا يشترط تعيين السهم؛ لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمى، بخلاف القوس، و أنه لو لم يعيّن نوعهما انصرف إلى الأغلب في العاده.

و لا يخلو عن قوه؛ لجريانه مجرى التقييد اللفظى، فإن اضطرت و جب التعيين، فإن لم يعيّن فسد العقد، للغرر.

و تجوز المناضله على الإصابه للغرض مع الشرائط المتقدمه.

و كذا تجوز معها على التباعد بأن يرميا من موضع معيّن إلى آخر كذلك و يشترط أن من بُعد سهمه عن الآخر فله السبق، بلا خلاف فيه في الظاهر، بل قيل: كأنه مجمع عليه. و المستند فيه بعده الأصل، و عموم الأدلّه، مع سلامتهما هنا عن المعارض بالكلية.

و لو فضل أحدهما على الآخر في عدد الإصابه فقال: اطرح الفضل بكذا و كذا درهماً مثلاً لم تصح؛ لأنه منافٍ للغرض من النضال و مُفَوِّتٍ له، أو مخالف لوضعه، فإن المقصود منه إبانة حذق الرامى أو ظهور اجتهاده، فلو طرح الفضل بعوض كان تركاً للمقصود به، فتبطل

ص: ٢٥٤

١- جامع المقاصد ٨:٣٥٥.

٢- جامع المقاصد ٨:٣٥٥.

٣- حكاة عنهم الشهيد في الروضه البهيه ٤:٤٣١.

المعاوضه و يردّ ما أخذه.

و لا- خلاف فيه، كما في المسالك (١)، إلما من ظاهر الماتن في الشرائع (٢)، حيث نسب الحكم إلى القيل المشعر بالتوقف أو التمريض.

قيل: و وجهه أنه جعل على عمل محلّل، و منع كون المقصود بالنضال منحصراً فيما ذكر؛ لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدّماته؛ مضافاً إلى أصاله الصحه، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد و الشرط، و منافاته للمشروع غير معلومه (٣). و هذا أوجه إن لم يكن الإجماع على خلافه انعقد.

ص: ٢٥٥

---

١- المسالك ٣٨٦:١.

٢- الشرائع ٢٤٠:٢.

٣- المسالك ٣٨٦:١.





كتاب الوصايا و هي: جمع وصيّه من وصى يصي، أو أوصى يُوصى، أو وصّى يوصّى. و أصلها الوصل، سمّيت به لما فيها من و صله التصرف في حال الحياه به بعد الوفاه.

و الأصل في شرعيتها بعد إجماع المسلمين عليها كافّه، كما في المهذّب و غيره (١) الآيات المتكاثرة:

قال سبحانه كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ [١] (٢) الآية.

و السنه بها مع ذلك متواتره من طرق الخاصه و العامه، يأتي إلى جمله منها الإشاره.

مضافاً إلى ما ورد في فضلها من المعتبره المستفيضه بل المتواتره.

في جمله منها مستفيضه: أنها حقّ على كلّ مسلم (٣).

و في اخرى كذلك: «من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصاً في مروءته و عقله» (٤) كما في بعضها.

و في آخر: «ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلّا و وصيته تحت رأسه» (٥).

ص: ٢٥٧

١- المهذب البارع ٣:٩٥؛ و انظر التذكرة ٢:٤٥٢.

٢- البقره: ١٨٠.

٣- انظر الوسائل ١٩:٢٥٧ أبواب أحكام الوصايا ب ١.

٤- الكافي ٧:١/٢، الفقيه ٤:٤٨٢/١٣٨، التهذيب ٩:٧١١/١٧٤، الوسائل ١٩:٢٦٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٣ ح ١.

٥- المقنعه: ٦٦٦، الوسائل ١٩:٢٥٨ أبواب أحكام الوصايا ب ١ ح ٧.

و فى ثالث: «من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه» (١).

و فى رابع: «من أوصى و لم يحف و لم يضار كان كمن تصدق به فى حياته» (٢).

و فى خامس: «من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته» (٣).

و ظاهر الأخبار الأوله الوجوب، و حملت على تأكد الفضيله، أو الوصيه بالأمر الواجب، كالحج و الخمس و الزكاه المفروضه.

و للحمل الأول شواهد من المعتبره:

و هو أى الكتاب يستدعى فصولاً:

### الأول فى حقيقه الوصيه

الأول: الوصيه لغه: ما مرّ إليه الإشاره، و شرعاً: تملك عين أو منفعه فالتملك بمنزله الجنس يشمل سائر التصرفات المملكه من البيع و الوقف و الهبه، و فى ذكر العين و المنفعه تنبيه على متعلق الوصيه.

و يندرج فى العين الموجود منها بالفعل، كالشجره، و بالقوه، كالثمره المتجدده، و فى المنفعه المؤبده منها و الموقته و المطلقه.

و اقتصر على ما فى عباره جماعه منهم الماتن فى الشرائع و غيره (٤).

و لما كان منتقضاً فى عكسه بالوصيه إلى الغير بإنفاذ الوصيه، و بالولاية على الأطفال و المجانين الذين تجوز له الوصيه عليهم، زاد الماتن هنا و الشهيد فى اللعه (٥) أو تسليط على تصرف بعد الوفاه

ص: ٢٥٨

١- المقنعه: ٦٦٦، الوسائل ٢٥٩: ١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١ ح ٨.

٢- الكافي ١٨/٦٢، الفقيه ٤: ٤٦٥/١٣٤، الوسائل ٢٦٤: ١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٥ ح ٢.

٣- الكافي ٧: ٤/٥٨، الوسائل ٢٦٠: ١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٢ ح ٣.

٤- الشرائع ٢: ٢٤٣؛ و انظر التحرير ١: ٢٩١.

٥- اللعه (الروضه البهيه ٥): ١١.

و يخرج بالقيد الهبه و غيرها من التصرفات المنجّزه في الحياه، المتعلّقه بالعين أو المنفعه، و الوكاله؛ لأنها تسليط على التصرف في الحياه.

و ربما يذبّ عن النقص بجعل الوصيه خارجه عن الوصايه قسيمه لها، فلا يحتاج إلى إدراجها فيها بهذه الزيادة، حتى إن الشهيد في الدروس عنون لكل من القسامين كتاباً على حده (١).

و زاد في الكفايه زياده أخرى هي هذه: أو فكّ ملك بعد الوفاه (٢)؛ هرباً ممّا يرد عليه من انتقاض عكسه أيضاً بالوصيه بالعتق، فإنه فكّ ملك، و التدبير، فإنه وصيه به عند الأكثر، و الوصيه بإبراء المديون و وقف المسجد، فإنه فكّ ملك، و الوصيه بالمضاربه و المساقاه، فإنهما و إن أفادا ملك العامل الحصّه من الربح و الثمره إن ظهر إلّا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليك، كذا في المسالك و الروضه (٣).

و عند الأحقر في زيادتها لما ذكره مناقشه، يظهر وجهها بملاحظه الزيادة بما في العبارة.

و كيف كان تفتقر الوصيه إلى الإيجاب إجماعاً و القبول بلا خلاف أجده في ثبوته في الجملة، بل عليه الإجماع في الغنيه (٤)، و إطلاقه كالعبارة و نحوها من عبائر الجماعه يقتضى اشتراطه مطلقاً، و لو كانت الوصيه لغير معيّن، أو في وجه عامه.

ص: ٢٥٩

١- الدروس ٣٢١، ٢٩٥: ٢.

٢- الكفايه: ١٤٥.

٣- المسالك ٣٨٦، الروضه البهيه ١١: ٥.

٤- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٤.

خلافاً لجماعه من المتأخرين، كالمختلف و المسالك و غيرهما (١) فيهما، فلم يشترطوه هنا؛ لما مرّ في الوقف (٢): من تعذّره من الجميع، و استلزام الاكتفاء به من البعض الترجيح من غير مرجح.

و يضعّف بما مرّ ثمه: من عدم استلزام تعذّر القبول منهم عدم اعتبار أصله؛ لجواز قبول الناظر في تلك المصلحه أو حاكم الشريعة.

و هذا أوجه إن لم يكن الإجماع على خلافه، كما يستفاد من الروضه (٣)، لكن يبقى الإشكال في الدليل على اشتراط القبول من أصله، و لم أقف عليه سوى الإجماع، و هو غير تامّ في محلّ النزاع، و إجماع الغنيه غير ظاهر الشمول لهذه الصوره.

فينبغي الرجوع إلى الإطلاقات بنفوذ الوصيه من الكتاب و السنه، و مقتضاها عدم اشتراطه بالكليه، خرج منها الصوره المجمع عليها، و بقي الصوره المفروضه تحتها مندرجه. لكن التمسك بمثل هذه الإطلاقات الوارده في بيان سائر أحكام الوصيه دون خصوص الحكم في المسأله لا- يخلو عن مناقشه، سيّما مع و هنها بتقييدها بشرائط كثيره و منها اشتراط القبول و لو في الجمله، و ظهور كلام هؤلاء الجماعه في عدم استنادهم فيما ذهبوا إليه من عدم الاشتراط في المسأله إليها بالكليه، حيث اتّفتت كلماتهم على أخذهم الحجّه له ما مرّ من العله: من تعذر القبول في هذه الصوره لا غيره، و هو مشعر بل لعله ظاهر في أنه لولا هذه العله لما كان لهم عن القول بالاشتراط مطلقاً مسرح و لا مندوحه، و هذا يعرب عن قوّه الداعى

ص: ٢٦٠

١- المختلف: ٤٩٩، المسالك ٣٨٦: ١؛ و انظر الكفايه: ١٤٥.

٢- راجع ص: ٩٣.

٣- الروضه البهيّه ٢٠: ٥.

للاشتراط كَلْيَهْ إَلْمَا أَنَهْ حَجْرْتَهْمَ عَن الْعَمَلِ بِهْ فِى الْمَسْأَلَهْ الْعَلَهْ الْمَزْبُورَهْ، وَ مِثْلَهْ يَعَدُّ إِجْمَاعاً عَلَى الْإِشْتِرَاطِ مَطْلَقاً، فَيَتَّخِذُ عَلَيْهِ كَذَلِكَ حُجَّهً، وَ يَذَبُّ عَن الْعَلَهْ بِمَا مَرَّ إِلَيْهِ الْإِشَارَهْ.

مُضَافاً إِلَى الْأُصُولِ الْقَطْعِيَهْ، كَأَصَالَهْ عَدَمُ الْإِنْتِقَالِ، وَ بَقَاءُ الْمَوْصِي بِهْ عَلَى حَالَتَهِ السَّابِقَهْ مِنَ الْمَلِكِيَهْ، وَ الْحُكْمُ بِإِنْتِقَالِهِ إِلَى الْوَرِثَهْ.

وَ عَلَيْكَ بِرِعَايَهْ هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنَّهْ يَنْفَعُكَ فِى كَثِيرٍ مِنَ الْمُبَاحِثِ الْآتِيَهْ.

وَ أَمَّا الْمَقَارَنَهْ بَيْنَهُمَا فَغَيْرُ شَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ، كَمَا فِى الْمَسَالِكِ وَ غَيْرِهِ (١)، وَ لَا يَدَانِيَهْ شَبَهَهُ، بَلْ فِى صَحْهِ الْقَبُولِ قَبْلَ الْمَوْتِ قَوْلَانِ مُسْتَدَانِ إِلَى وَجْهِ مَدْخُولِهِ. وَ الْأَقْرَبُ الْقَوْلُ بِعَدَمِ الصَّحْهِ؛ لِلأَصْلِ الْمَتَقَدِّمِ إِلَيْهِ الْإِشَارَهْ.

وَ لَا يُمْكِنُ الْإِسْتِدْلَالُ لِلصَّحْهِ بِعَمُومِ الْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِهْ إِنَّمَا هُوَ مِنْ حِينَ انْعِقَادِ الْعَقْدِ، وَ لَزُومِهِ الْمَذَى هُوَ مُقْتَضَى الْأَمْرِ مِنْ حِينِهِ مَخَالَفَ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى جَوَازِ رَجُوعِ الْمَوْصِي وَ رَدِّ الْمَوْصِي لَهُ الْوَصِيَهْ قَبْلَ الْمَوْتِ. وَ بِهْ أَفْتَى فِى الْمَخْتَلَفِ تَبَعاً لِلغْنِيَهْ (٢)، وَ ظَاهِرِ الرُّوضَهْ كَوْنِهِ الْأَشْهَرِ بَيْنَ الطَّائِفَهْ (٣).

خِلَافاً لِلْمَحْكِيِّ عَنِ الْحَلِيِّ وَ الْمَاتَنِ وَ الْفَاضِلِ فِى جَمَلِهِ مِنْ كِتَابِهِ (٤).

ثُمَّ فِى اِقْتِصَارِ الْمَاتَنِ عَلَى الْإِيجَابِيْنَ دَلَالَهْ عَلَى عَدَمِ اِعْتِبَارِ شَيْءٍ آخَرَ فِيهَا مِمَّا وَقَعَ فِيهِ النِّزَاعُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، كَالْقَبْضِ. وَ هُوَ الْأَصْحَحُ؛ لِلأَصْلِ، وَ عَمُومَاتِ الْأَمْرِ بِالْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ، وَ الصَّحِيحِ: عَنِ رَجُلٍ أَوْصَى لَهُ بِوَصِيَهْ

ص: ٢٤١

١- المسالك ٣٨٦:١؛ و انظر الحدائق ٣٩٠:٢٢.

٢- المختلف: ٤٩٩، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤.

٣- الروضه ١٤:٥.

٤- الحلى فى السرائر ١٨٤:٣، الماتن فى الشرائع ٢٤٣:٢، الفاضل فى التحرير ٢٩٢:١، و القواعد ٢٩٠:١، و الإرشاد ٤٥٧:١.

فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقباً، قال: «اطلب له وارثاً أو مولياً فادفعها إليه» قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟ قال: «اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجد و علم الله تعالى منك الجد فتصدق بها» (١).

و قيل: شرط (٢)؛ قياساً على الوقف و الهبه. و هو ضعيف، و الأولويّه غير واضح، فاتخاذها حجّة لا يخلو عن مناقشه، سيّما في مقابله ما مرّ من الأدلّه.

و اعلم أن إيجابها هو كلّ لفظٍ دالّ على المعنى المطلوب منها، كأوصيت لفلان بكذا، أو افعلوا كذا بعد وفاتي، أو لفلان بعد وفاتي كذا.

و قبولها الرضا بما دلّ عليه الإيجاب و لو فعلاً، كالأخذ و التصرف.

و تكفي في الإيجاب الإشارة و كذا الكتابه الدالّه على المقصود مع تعذّر اللفظ بخرس أو اعتقال لسان، إجماعاً؛ للنصوص.

منها الصحيح في التهذيب، المروى فيه و في الفقيه بطريق آخر موثق أيضاً: أن امامه بنت أبي العاص و أمّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله كانت تحت عليّ عليه السلام بعد فاطمه عليها السلام، فخلف عليها بعد عليّ عليه السلام المغيره بن نوفل، فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسنان عليهما السلام و هي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان لها و المغيره كاره لذلك: «اعتقتِ فلاناً و أهله؟» فجعلت تشير برأسها: نعم إلى أن قال: - فأجازا ذلك لها (٣) و قريب منه في أصل المطلب المروى في الكافي (٤).

ص: ٢٤٢

---

١- الكافي ٧:٣/١٣، الفقيه ٤:٥٤٢/١٥٦، التهذيب ٩:٩٠٥/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٧/١٣٨، الوسائل ١٩:٣٣٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٢.

٢- المبسوط ٤:٣٣.

٣- الفقيه ٤:٥٠٦/١٤٦، التهذيب ٩:٩٣٥/٢٤١، الوسائل ١٩:٣٧٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٩ ح ١.

٤- الكافي ١:٢/٣٧٧، الوسائل ١٩:٣٧٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٩ ح ٣.

و عن قرب الإسناد، عن موسى بن جعفر عليهما السلام: عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه، فجعل أهاليهما يسأله: أعتقت فلاناً و فلاناً؟ فيومئ برأسه أو تومئ برأسها في بعض: نعم، و في بعض:

لا، و في الصدقه مثل ذلك، أ يجوز ذلك؟ قال: «نعم هو جائز» (١).

و منها الخبر المروى في الفقيه و التهذيب، عن مولانا الباقر عليه السلام قال:

«دخلت على محمّد بن الحنفية و قد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصية فلم يجب» قال: «فأمرت بالطست فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: فخط بيدك» فقال: «فخط وصيته بيده (إلى رجل) (٢) و نسخته أنا في صحيفه» (٣).

و لا- تكفى الكتابه و كذا الإشاره ما لم تنضم إليها القرينه الحائيه الداله على الإراده كما في الروايه، بلا خلافٍ أجده، بل ادعى عليه في السرائر إجماع الإماميه (٤)؛ لأنها أعم من قصد الوصية.

و ظاهر العبارة كفايتهما مع القرينه مطلقاً، و لو لم يكن حال ضروره، و احتمله في التذكرة، قال: لأن الكتابه بمثابه كنايات الألفاظ و قد بينا جواز الوصية بالكنايه التي ليست صريحه في دلالتها عليها مع القرينه، فإذا كتب و قال: نويت الوصيه لفلان، أو اعترف الورثه بعد موته به و جب أن يصح (٥).

ص: ٢٤٣

١- قرب الإسناد: ١١٢١/٢٨٣، الوسائل ١٩: ٣٧٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٩ ح ٢.

٢- كذا في النسخ و التهذيب، و في باقى المصادر: فى الرمل.

٣- الفقيه ٤: ٥٠٥/١٤٦، التهذيب ٩: ٩٣٤/٢٤١، إكمال الدين ٣٦، الوسائل ١٩: ٣٧٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٨ ح ١.

٤- السرائر ٢: ١٧٦.

٥- التذكرة ٢: ٤٥٢.



و لا يخلو عن قوّه مع قطعیه دلالة القرينه على إرادته الوصّيه؛ لصدق الوصّيه معها عرفاً و عادة.

مضافاً إلى التأييد بكثير من النصوص المتقدم بعضها الناهيه عن أن يبيت الإنسان إلّا و وصّيته تحت رأسه (١).

خلافاً للشهيدین، فخصّاهما بحال الضروره (٢).

قال ثانيهما: و لا- تكفيان مع الاختيار و إن شوهد كاتباً أو علم خطّه أو عمل الورثه ببعضها إلى أن قال:- أو قال: إنه بخطّي و أنا عالم به، أو هذه وصّيتي فاشهدوا عليّ بها (٣)، و نحو ذلك، بل لا بُدّ من تلفّظه به أو قراءته عليه و اعترافه بعد ذلك؛ لأن الشهاده مشروطه بالعلم و هو منفي هنا. خلافاً للإسكافي، حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده. و الأقوى الاكتفاء بقراءه الشاهد له مع نفسه مع اعتراف الموصي بمعرفه ما فيه و أنه موصٍ به، و كذا القول في المقرّ (٤).

و العجب من التذكرة (٥)، حيث صرّح بمثل هذا مع احتمال بل و اختياره ما قدّمناه.

و لا- يجب العمل بما يوجد بخطّ الميت و إن علم أنه خطّه مع التجرد عن القرينه الدالّه على وصّيته بما فيه مطلقاً، و إن عمل ببعضه الورثه، على الأظهر الأشهر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر؛ لما مرّ من كونه أعمّ من قصد الوصّيه، مع ظهور الروايه الآتیه فيه في الجملة، فلا يصرف

ص: ٢٤٤

١- راجع ص: ٢٥٤.

٢- الدروس ٢٩٥:٢، الروضه البهيه ١٩، ١٨:٥.

٣- و ادّعى في هذا الإجماع على عدم الكفايه في السرائر (١٧٦:٢). منه رحمه الله.

٤- انظر الروضه ١٩:٥.

٥- التذكرة ٤٥٢:٢.

إليها إلّا مع القرينه.

و قيل كما عن النهايه (١): إنه إن عمل الورثه ببعضها لزمهم العمل بجميعها لمكاتبه إبراهيم بن محمّد الهمداني إلى أبي الحسن عليه السلام:

رجل [كتب كتاباً بخطّه و لم يقل لورثته: هذه وصيتي، و لم يقل: إنّي قد أوصيت، إلّا أنه (٢)] كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على الورثه القيام بما في الكتاب بخطّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: «إن كان له ولد ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ و غيره» (٣).

و هو ضعيف لمخالفته الأصل المتقدم المعتضد بالشهره العظيمه، مع كونه كتابه؛ مضافاً إلى ما في سنده من القصور بالجهاله، و في متنه من عدم الصراحه.

و إن كان وجوه الذبّ عن جميع ذلك ممكنه.

فعن الأوّل: بأنه مخالفه العموم و الخصوص فينبغي التخصيص.

و الثاني: بالمنع عن ضرر الكتابه بالحجّيه، مع أنه على تقدير تسليمه إنما هو لاحتمال الورود مورد التقيّه، و هو غير ممكن في الروايه؛ لأن التفصيل فيها مخالف لما عليه العامّه، كما يستفاد من التذكره (٤).

و الثالث: باختصاص القصور بسندها في التهذيب؛ فإنها بسند حسن بل صحيح في الفقيه مرويه.

ص: ٢٦٥

١- النهايه: ٦٢١.

٢- أضفنا ما بين المعقوفين من المصادر.

٣- الفقيه ١٤٦/٥٠٧: ٤، التهذيب ٢٤٢/٩٣٦: ٩، الوسائل ٣٧٢: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٤٨ ح ٢.

٤- التذكره ٤٥٢: ٢.

و الرابع: باندفاعه بالزيادة التي ذكرها في التذكرة، حيث رواها هكذا:

فكتب: «إن كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء يجدون في كتاب أبيهم» (١) إلى آخر الرواية، و هي حينئذٍ كما ترى ظاهره، إلّا أنها محتملة لما أجاب به عنها في التذكرة (٢) من الحمل على أنهم اعترفوا بصحة هذا الخطّ فحينئذٍ يجب العمل بالجميع، و أمّا لو أنكروا و اقتصروا في الاعتراف بالصحة على بعضه لم يجب عليهم العمل إلّا بما اعترفوا به.

و تحتمل أيضاً ككلام النهاية الحمل على أن عملهم بالبعض قرينه لاعترافهم بصحة الباقي، فيجب عليهم العمل بها فيه أيضاً في الظاهر، بمعنى: أنهم يلزمون بذلك في ظاهر الحال و إن لم يكن عليهم فيما بينهم و بين الله تعالى شيء إذا لم يعلموا بصحة الباقي.

لكن في هذا الحمل مخالفه للأصل أيضاً؛ فإن عملهم بالبعض غير الاعتراف بصحته حتى يؤخذ دليلاً ظاهرياً على صحته الباقي؛ لاحتماله غير ذلك من التبرع و نحوه.

و بالجمله: رفع اليد عن الأصل المقطوع به المعتضد بالشهره العظيمة التي كادت تكون إجماعاً بمجرد هذه الرواية مع قصور سندها عن الصحة، و كونها مكاتبه توجب المرجوحية و إن لم تخرجها الكتابه عن أصل الحجية، و ندره القائل بها، مشكل بلا شبهه.

و لا تصح الوصية في معصية كمساعدته الظالم في ظلمه.

ص: ٢٦٦

١- التذكرة ٢: ٤٥٢، الوسائل ١٩: ٣٧٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٨ ذيل حديث ٢.

٢- التذكرة ٢: ٤٥٢.

و كذا وصيّه المسلم للبيع و الكنائس بلا خلافٍ أجده، و به صرح في المفاتيح (١)، و هو ظاهر غيره (٢)؛ و هو الحجّج في الحرمة و عدم الصحة.

مضافاً في الأولى إلى أنها معاونه على الإثم محرّمه بالكتاب و غيره من الأدلّة.

و في الخبر: عن قول الله عزّ و جلّ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ [١] (٣) الآية، فقال: «نسختها التي بعدها قوله تعالى فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا [٢] (٤) قال: «يعنى الموصى إليه إن خاف جَنَفًا من الموصى في ثلثه فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله تعالى به من خلاف الحق، فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحق و إلى ما يرضى الله به من سبيل الحق» (٥).

و في السند جهاله، إلّا أن فيه ابن محبوب، و قد أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه.

و يستفاد من تخصيص العبارة بطلان الوصيه للبيع و الكنائس بالمسلم عدمه أو التردّد فيه إذا كانت من الكافر. خلافاً لظاهر إطلاق عبارته في الشرائع، حيث حكم بطلان الوصيه لهما مطلقاً (٦)، مع أنه حكم في الوقف بصحته منه لهما (٧).

ص: ٢٤٧

- 
- ١- مفاتيح الشرائع ٣:٢٢٣.
  - ٢- انظر المسالك ١:٣٩٠.
  - ٣- البقره: ١٨١.
  - ٤- البقره: ١٨٢.
  - ٥- الكافي ٧:٢/٢١، التهذيب ٩:٧٤٧/١٨٦، تفسير العياشي ١:١٧٢/٧٨، الوسائل ١٩:٣٥١ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٨ ح ١.
  - ٦- الشرائع ٢:٢٤٤.
  - ٧- الشرائع ٢:٢١٤.

و ربما يجمع بين الحكمين بمعنى إقراره عليه لو ترفعوا إلينا، إجراءً لهم على أحكامهم، و هو معنى الصحه ظاهراً، و إن كان باطلاً في نفسه، و مرجع هذا الجمع إلى القول بالبطلان.

و ربما وجه بفقد شرط الصحه الذي هو عدم استلزام الوصيه الإعانه المحرّمه؛ بناءً على أن الكافر مكلف بالفروع التي منها نحو هذه الإعانه.

و هذا لإثبات التحريم في غايه الجوده، دون البطلان، فإنه محلّ مناقشه، إلّا أن يدعى التلازم بين الأمرين في الوصيه، كما هو ظاهر الجماعه و الروايه المتقدّمه.

## الثاني في الموصى

الثاني: في الموصى.

و يعتبر فيه كمال العقل فلا- تصحّ من المجنون مطلقاً، و لو كان أدوارياً إذا كانت حال جنونه، إجماعاً؛ لحديث رفع القلم عن جماعه عدّ منهم (١)، و عموم أدلّه الحجر عليه (٢).

و لا من السفيه مطلقاً، كما عن ابن حمزه و أحد قولي الفاضل (٣)؛ للأدله الأخيره.

و في شمولها للحجر عليه في نحو مفروض المسأله مناقشه، و إن كان ظاهر الجماعه ذلك؛ لاختصاصها بحكم التبادر و غيره بالتصرفات المائيه حال الحياه خاصه.

فالأصح الجواز مطلقاً، وفاقاً للفاضل في قوله الثاني (٤)؛ للأصل،

ص: ٢٤٨

١- الخصال: ٤٠/٩٣، الوسائل ١: ٤٥ أبواب مقدمه العبادات ب ٤ ح ١١.

٢- انظر الوسائل ١٨: ٤٠٩ أبواب أحكام الحجر ب ١.

٣- ابن حمزه في الوسيه: ٣٧٢، الفاضل في القواعد ١: ٢٩٢، و التحرير ١: ٢٩٣.

٤- انظر التذكره ٢: ٤٦٠.

و العمومات السليمه عما يصلح للمعارضه، مع تأييدها في الجملة بفحوى النصوص الآتية في صحّحه وصيه من بلغ عشرين في وجوه البرّ، ولعلّه لذا اختار الصحّحه فيها جماعه، كالمفيد و الديلمي و الحلبي و ابن زهره (١) مدّعيا عليه الإجماع في الغنيه، و منعوها في غيرها؛ جمعاً بين الأدلّه.

و هو حسن إن صحّ شمول الأدلّه المانع لنحو المسأله، و المناقشه فيه كما عرفت واضحه، إلّا أن يكون الشمول إجماعاً من الجماعه.

و يعتبر فيه أيضاً الحرّيّه بلا خلاف أجده؛ و الحجّجه فيه بعده على المختار من عدم مالكيته واضحه. و كذا على غيره؛ إمّا لعموم أدلّه الحجر عليه، كما ذكره بعض الأجلّه (٢)، أو للمعتبرين، أحدهما الصحيح:

«في مكاتب قضى نصف ما عليه و أوصى بوصيه فأجاز نصف الوصيه، و في مكاتب قضى ثلث ما عليه و أوصى بوصيه فأجاز ثلث الوصيه» (٣).

و ثانيهما المرسل كالموثق: في مكاتب أوصى بوصيه قد قضى الذي كوتب عليه إلّا شيئاً يسيراً، فقال: «يجوز بحساب ما أعتق منه» (٤).

و بمضمونها من صحه الوصيه من المكاتب المطلق بقدر ما أدى من وجه الكتابه صرّح في التذكره (٥). و لا شبهه فيه؛ مضافاً إلى الأصل و العمومات السليمه عن المعارض.

ثم إن المنع إنما هو إذا مات على العبوديه.

ص: ٢٦٩

١- المفيد في المقنعه: ٦٦٧، الديلمي في المراسم: ٢٠٣، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٤، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٤.

٢- انظر الدروس ٢٩٩: ٢، و الحدائق ٤٠٨: ٢٢.

٣- التهذيب ٨٧٦/٢٢٣، الوسائل ١٩: ٤١٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٨١ ح ١.

٤- التهذيب ٨٧٥/٢٢٣، الوسائل ١٩: ٤١٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٨١ ح ٢.

٥- التذكره ٤٦٠: ٢.

و أما لو عتق و ملك ففي صحه وصيته حال الرقيه أم فسادها احتمالان.أجودهما الثاني،وفاقاً للتذكرة (١)؛ لأصالة عدم الصحه السابقه.

و وجه الأول بأنه صحيح العبارة و قد أمكن تنفيذ وصيته،و جعله في الدروس أحد قولي الفاضل (٢)،و في التذكرة أظهر قولي الشافعيه (٣).

و في صحه وصيه من بلغ بحسب السن عشرأ و كان مميّزأ صارفاً إياها في البرّ و المعروف،كبناء المساجد و القناطر،و صدقه ذوى الأرحام تردّد ينشأ:من الأصل،و عموم أدله الحجر عليه من الكتاب و السنه.

و من العمومات،و قوه احتمال اختصاص تلك الأدله بالحجر عليه في التصرفات حال الحياه خاصه.

أو تخصيصها بخصوص المروى (٤) من الجواز في الموثقات المستفيضه،و غيرها من الصحيح و غيره،المنجبر ضعفه كقصور الأوله عن الصحه بالشهره العظيمه المتقدمه و المتأخره،كما اعترف بها الجماعه كافه، بل ربما يستشعر من الإجماع عليه (٥)،و به صرح في الغنيه (٦)؛ و هو حجّه أخرى مستقله.

و لا يقدح إطلاق الجواز في بعضها من دون تقييد بال عشر،كالموثق

ص: ٢٧٠

١- التذكرة ٢:٤٦٠.

٢- الدروس ٢:٢٩٩.

٣- التذكرة ٢:٤٦٠.

٤- انظر الوسائل ١٩:٣٦٠ أبواب أحكام الوصايا ب/ ٤٤.

٥- الدروس ٢:٢٩٨.

٦- الغنيه(الجوامع الفقيهه):٦٠٤.

«يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم» (١).

لوجوب تقييده به، كما أفصح عنه باقيها، كالموثقات، في أحدها:

«إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» (٢).

و في الثاني: عن وصيه الغلام هل تجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» (٣) و نحوهما الثالث (٤)، و غيرها.

و كذا لا- يقدر تضمينه جواز الطلاق و الصدقة، مع أن الأظهر الأشهر عدمه؛ بناءً على أن خروج بعض الرواية عن الحجية لا يوجب خروجها عنها جملة.

لكن الجواب بمثل هذا عن هذه الرواية لا يخلو عن مناقشه، إلا أن غايه ذلك خروجها عنها جملة، و لا ضير؛ فإن في البواقي كفايه إن شاء الله تعالى.

و هي و إن كانت أيضاً محل مناقشه سنداً في بعض، و دلالة بنحو ما مرّ من التضمن لما لا يقولون به في آخر، إلا أن سلامه بعضها عن جميع ذلك، كالروايات المتقدمة، و اعتضادها بالشهره العظيمه و حكاية الإجماع المتقدمه، مضافاً إلى الأصل و إطلاقات بل عمومات لزوم إنفاذ الوصيه السليمه عما يصلح للمعارضه من أدله الحجر عليه كما مرّت إليه الإشاره -

ص: ٢٧١

١- التهذيب ١٨٢/٧٣٣، الوسائل ١٩:٢١٢ أبواب أحكام الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ٢.

٢- الكافي ٧:٣/٢٨، الفقيه ١/١٤٥، الوسائل ١٩:٣٦٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٣.

٣- التهذيب ١٨٢/٧٣٠، الوسائل ١٩:٣٦٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٧.

٤- الكافي ٧:١/٢٨، الفقيه ١/١٤٥، الوسائل ١٩:٧٢٩/١٨١، التهذيب ١٩:٣٦٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٤.



كفتنا مثونه الاشتغال بتصحيح تلك الأخبار، و أوجبت علينا المصير إلى القول بالصحة.

خلافاً للحلّي (١). وهو شاذٌ، ومستنده ضعيف كما مرّت إليه الإشارة، و إن ظهر من الماتن هنا تردّده فيها، كالشهيدين في المسالك و الروضتين (٢)، و كذلك الفاضل في المختلف (٣)، حيث جعل المنع أحوط.

و في كونه أحوط مطلقاً نظر، بل يختلف في حق الوارث الغير المحجور عليه، و الموصى له، فاحتياط للأوّل الإنفاذ، و للثاني العدم كما ذكره.

ثم إن ظاهر إطلاق النصوص المتقدمه جوازها من ذى العشر مطلقاً و لو لم يكن مميّزاً، و قد اتّفق الأصحاب على اشتراط التمييز و وضع الوصيه في محلّها كما يفعله العقلاء. و لا ريب فيه؛ للأخبار الباقيه، كالموثق: فى الغلام ابن عشر سنين يوصى، قال: «إذا أصاب موضع الوصيه جازت» (٤).

و فى الصحيح: «إذا بلغ عشر سنين فأوصى بثلث ماله فى حقّ جازت وصيته، فإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله اليسير فى حقّ جازت وصيته» (٥).

و هذا بحسب الذيل شاذٌ محجوج بإطلاق مفاهيم الأخبار السابقه، و إن كان ظاهر الفقيه العمل به كانهايه (٦)، لكنّه بدّل السبع بالثمانيه.

ص: ٢٧٢

١- السرائر ٢٠٦:٣.

٢- المسالك ٣٩٢:١، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ٢٢.

٣- المختلف: ٥١٠.

٤- التهذيب ٧٢٧/١٨١:٩، الوسائل ٣٦٣:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٦.

٥- الكافي ٧:٤/٢٩، الفقيه ٤:٥٠٣/١٤٥، التهذيب ٧٣٢/١٨٢:٩، الوسائل ٣٦١:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٢.

٦- الفقيه ٤:١٤٥، النهايه: ٦١١.

و نحوه فى الشذوذ و المحجوجيه بمفاهيم الأخبار السابقه ما حكى عن الإسكافى (١): من جواز وصيه الذكر إذا كان له ثمانى سنين، و الجاربه إذا كان لها سبع سنين، و كذا الروايه الداله عليه (٢)، مع أنها ضعيفه سنداً، مهجوره بين المسلمين كآفه؛ لظهورها فى بلوغهما بتينك المدتين، و لا قائل به حتى الإسكافى قطعاً، و لذا خصّ وصيتهما خاصه من بين الأحكام التى دلت عليها تلك الروايه بالذكر و الفتوى، و لم يفتّ بباقيها.

و نحوهما فى ذلك الصحيح: «الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء» (٣).

فإنى لم أجد به قائلاً، و إن كان ظاهر الفقيه الراوى له القول به، إلا أنه لم ينسبه إليه أحد من أصحابنا كما نسبناه إليه فى الروايه الأولى، لكن حكاه فى التذكرة قولاً (٤)، و ظاهره أن القائل منّا، حيث استدل له بهذه الروايه الخاصيه دون غيرها.

و لو جرح نفسه بما فيه هلاكها عمداً ثم أوصى لم تقبل على الأظهر الأشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر؛ للصحيح: «من قتل نفسه متعمداً فهو فى نار جهنم خالداً فيها» قلت: رأيت إن كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت أُجيزت وصيته

ص: ٢٧٣

١- حكاه عنه فى المختلف: ٥١٠.

٢- التهذيب ١٨٣/٧٣٦، الوسائل ١٩:٢١٢ أبواب الوقوف و الصدقات ب ١٥ ح ٤.

٣- الكافي ٧:٢/٢٨، الفقيه ٤:٥٠٤/١٤٦، التهذيب ١٨١/٧٢٨، الوسائل ١٩:٣٦٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ١.

٤- التذكرة ٢:٤٥٩.

فى الثلث، و إن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته» (١).

خلافًا للحلى، فصّح وصيته مع بقاء عقله (٢)؛ عملاً بالأصول القطعية من الكتاب و السنه.

و هو شاذّ، و الأصول بما مرّ مخّصّه؛ لصحته، و صراحته، و اعتضاده بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعاً، بل لعله لنا الآن إجماع فى الحقيقه. و لولاها لأشكل المصير إليه؛ إما لعدم حجّيه مثله من الآحاد كما اختاره، أو قصوره عن تخصيص نحو تلك العمومات، سيّما مع احتمال الحمل على صورته ذهاب عقله، و لا خلاف حينئذٍ فى عدم العبره بوصيته.

و إطلاق العباره و إن شمل صورتى القتل عمداً و خطأً إلّا أنه يجب تقييده بالأول، كما ذكرنا؛ اقتصاراً فيما خالف الأصول على مورد النص، مع أن فى الروضه الإجماع عليه (٣).

ثم إن المنع إنما هو حيث أوصى بعد الجرح.

و لو أوصى ثم جرح قبلت وصيته مطلقاً، و لو كان عمداً، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى التذكرة (٤)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأصول القطعيه السليمه هنا عن المعارض بالكلية، مع التصريح بالصحه فى الروايه السابقه.

و فى حكمها لو أوصى ثم جنّ، أو صار سفيهاً إن منعنا عن وصيته.

ص: ٢٧٤

١- الكافى ٧: ١/٤٥، الفقيه ٤: ٥٢٢/١٥٠، التهذيب ٩: ٨٢٠/٢٠٧، الوسائل ١٩: ٣٧٨ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٢ ح ١.

٢- السرائر ٣: ١٩٧.

٣- الروضه ٤: ٢٣.

٤- التذكرة ٢: ٤٦٠.

و للموصى الرجوع فى الوصيه متى شاء فى مرضٍ أو صحَّه، بلا خلاف أجده، و به صرَّح فى المسالك و غيره (١)؛ و هو الحجه.  
مضافاً إلى الأصل، و عدم ما يوجب اللزوم من عقد أو غيره و لو قبل قبل الموت، بناءً على المختار من عدم العبره بالقبول قبله، و  
كذا على غيره إن لم يتحقق، و يشكل مع التحقق، لكن يندفع بالإجماع، و خصوص المعبره المستفيضه، المرويه فى الكتب الثلاثه:

منها الصحيحان، فى أحدهما: «للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت» (٢).

و فى الثانى: «للرجل أن يرجع فى ثلثه إن كان أوصى فى صحه أو مرض» (٣).

و الموثق: «لصاحب الوصيه أن يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حيّاً» (٤).

و يتحقق الرجوع تارةً بالقول، كرجعت، أو نقضت، أو أبطلت، أو فسخت، أو هذا لوارثى، أو ميراثى، أو حرام على الموصى له، أو لا  
تفعلوا كذا، و نحو ذلك من الألفاظ الدالّه عليه.

و أخرى بالفعل، كبيع العين الموصى بها و إن لم يُقبضها، أو رهنها مع

ص: ٢٧٥

١- المسالك ١:٣٩٠؛ و أنظر الحدائق ٢٢:٤٠٣.

٢- الكافى ٧:٣/١٢، الفقيه ١٤٧/٥١٠، التهذيب ١٩٠/٧٦٢، الوسائل ١٩:٣٠٢ أبواب أحكام الوصايا ب ١٨ ح ١.

٣- الكافى ٧:٣/٢٢، الفقيه ٧٢/٢٤٨، و فيه عن أحدهما عليهما السلام، التهذيب ٢٢٥/٨٨٣، الوسائل ١٩:٣٠٧ أبواب أحكام  
الوصايا ب ١٩ ح ١.

٤- الكافى ٧:٢/١٢، الفقيه ١٤٧/٥٠٨، التهذيب ١٩٠/٧٦١، الوسائل ١٩:٣٠٣ أبواب أحكام الوصايا ب ١٨ ح ٤.

الإقباض قطعاً، وبدونه على قول، أو هبتها كذلك، أو الوصيه بها لغير من أوصى له أولاً، أو فعل ما يبطل الاسم.

و يدلّ على الرجوع مثل طحن الطعام، و عجن الدقيق، و غزل القطن، و نسج مغزوله، أو خلطه بالأجود، أو مطلقاً على اختلاف القولين، بحيث لا يتميّز.

قيل: و الأقوى أن مجرد العرض على البيع و التوكيل فيه و إيجابه و إيجاب العقود الجائزه كافٍ في الفسخ؛ لدلالته عليه، لا تزويج العبد و الأمه، و إجارتهما، و ختانهما، و تعليمهما، و طء الأمه بدون إقبالها (١).

و هو حسن حيث دلّت القرائن من عرف أو عاده أو نحوهما على الرجوع، و مع عدمها فينبغي الرجوع إلى أصله عدم الرجوع.

و بالجملة: الضابط فيه كلّ ما يدل عليه، لفظاً كان أو فعلاً، مع القرينه أو مجرداً.

و لو شك في الرجوع لضعف الدلاله و فقد القرينه فالرجوع إلى الأصاله المزبوره ضابطه.

و ما ذكره الأصحاب ممّا قدّمناه من الأمثله لم يرد بشيء منها أثر و لا روايه، و إنما استندوا فيها إلى هاتين الضابطتين.

نعم، وورد في بعض ما ذكروه بعض المعتره: إنّ أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهنّ أخذ؟ قال: «أخذ بأخراهنّ» قلت: فإنّها أقلّ، فقال: «و إنّ قلّ» (٢).

ثم إن ما ذكروه من الحكم بالرجوع في تلك الأمثله مختصّ بصوره

ص: ٢٧٦

١- الروضه ٥: ٦٥.

٢- التهذيب ٩: ٧٦٥/١٩٠، الوسائل ١٩: ٣٠٥ أبواب أحكام الوصايا ١٨ ح ٧.

كون العين متعلق الوصيه دون الكلّي، فلو أوصى به ثم تصرّف في أفراده لم يكن ذلك رجوعاً إلّا مع القرينه. قيل: و من الأصحاب من أطلق الحكم، و منهم من عكس، و هو بعيد (١).

## الثالث في الموصى له

### إشاره

الثالث: في الموصى له.

### يشترط وجود الموصى له عند الوصيه

و يشترط وجوده عند الوصيه فلا- تصحّ لمعدوم، ولا- لمن ظنّ بقاؤه أو وجوده وقت الوصيه فبان ميّناً في تلك الحاله، أو غير موجود بالمرّه، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده، و هو ظاهر المسالك و غيره (٢)، بل عليه الإجماع في نهج الحق و التذكره (٣)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصل، و اختصاص الأدلّه الدالّه على الصحه من الكتاب و السنه مع كونها كالأول مجمله بالوصيه للموجود حينها بلا شبهه، مع أن الوصيه كما عرفت تمليك عين أو منفعه، و المعدوم ليس له أهليه التملك و لا قابليته.

### صحه الوصيه للوارث و الحمل و الذمي

و تصحّ الوصيه للوارث، كما تصحّ للأجنبي و إن لم تجزه الورثه، بإجماعنا المستفيض حكاية في كلام جماعه، كالإنتصار و الغنيه و نهج الحق و التذكره و المسالك و الروضه و غيرها من كتب الجماعه (٤)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الإطلاقات، و عموم قوله سبحانه كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ [١] (٥) الآيه.

ص: ٢٧٧

١- الكفايه: ١٤٥.

٢- المسالك ١: ٤٠٦؛ و انظر الكفايه: ١٤٧، و الحدائق ٥١٥: ٢٢.

٣- نهج الحق: ٥١٧، التذكره ٢: ٤٦٠.

٤- الانتصار: ٣٠٨، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٤، نهج الحق: ٥١٦، التذكره ٢: ٤٦٦، المسالك ١: ٤٠٦، الروضه ٥٥: ٥؛ و انظر فقه القرآن ٢: ٢٩٩، و التحرير ١: ٢٩٩.

٥- البقره: ١٨٠.

و نسخها لم يثبت عندنا. و ما ورد به في المروى عن تفسير العياشى (١) فمع عدم وضوح سنده معارض بأجود منه، كالموثق كالصحيح:

عن الوصيه للوارث، فقال: «تجوز» ثم تلا الآيه (٢).

و مع ذلك الصحاح بالجواز مستفيضه كغيرها من المعتبره (٣).

و أما النصوص الوارده بخلافها (٤) فمع قصور أسانيدھا جملة، و عدم مكافأتها لما مضى محموله على الوصيه زياده على الثلث، كما في الفقيه (٥)، أو التقيه، كما ذكره شيخ الطائفة، قال: لأنه مذهب جميع من خالف الشيعة (٦).

و يحتمل هذا الحمل الروايه المتقدمه الدالّه بنسخ الآيه.

مع إمكان حملها على ظاهرها و يراد منها نسخ ظاهر الآيه الذى هو الوجوب دون الإباحه، فإن كُتِبَ [١] فيها بمعنى فُرِضَ، و هو ظاهر في الوجوب لو لم يكن نصّاً، و لذا حملها الأصحاب على الفضيله.

لكنه منافٍ لما ذكره شيخ الطائفة من الكراهه، حيث قال بعد نقل الموثقه المعارضه المتضمنه لقوله عليه السلام بعد أن سئل عن عطيه الوالد لولده، فقال: «أما إذا كان صحيحاً فهو له يصنع به ما شاء، فأما في مرض

ص: ٢٧٨

١- تفسير العياشى ١: ١٦٧/٧٧، الوسائل ١٩: ٢٩٠، أبواب الوصايا ب ١٥ ح ١٥.

٢- الكافي ٧: ٥/١٠، الفقيه ٤: ٤٩٣/١٤٤، التهذيب ٩: ٧٩٣/١٩٩، الوسائل ١٩: ٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا ب ١٥ ح ٢.

٣- الوسائل ١٩: ٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا ب ١٥.

٤- انظر الوسائل ١٩: ٢٨٩، ٢٩٠، أبواب أحكام الوصايا ب ١٥ الأحاديث ١٥، ١٣، ١٤، ١٢.

٥- الفقيه ٤: ١٤٤.

٦- التهذيب ٩: ٢٠٠.

فلا يصلح» (١) فهذا الخبر صريح في الكراهه دون الحظر، قال: و الوجه فيها أن في إعطاء المال لبعض الورثة إضراراً بالباقيين و إيحاشاً لهم، فكره ذلك لأجله (٢).

و هذا كما ترى ظاهر في فتواه بالكراهه، إلّا أن يكون ذلك منه لمجرد الجمع بين الأخبار المختلفه.

و كيف كان لا شبهه في الجواز من أصله.

و تصح أيضاً للحمل بشرط وقوعه حياً بلا خلاف أجده، و يستفاد من ظاهر المختلف و صريح التذكرة (٣)، بل ظاهره عدم الخلاف فيه بين العلماء كافه.

و على أصل الحكم بالصحة مع الشرط الإجماع في التحرير و شرح القواعد للمحقق الثاني (٤)؛ و هو العمده في الحجته، مضافاً إلى التأييد بإطلاقات الكتاب و السنه.

و يشترط في الصحة زياده على ما في العبارة العلم بوجوده حال الوصيه، و يتحقق بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصيه، فيعلم بذلك كونه موجوداً حالتها، أو بأقصى مدّه الحمل فما دون إذا لم يكن هناك زوج و لا مولى. فلا تصح مع وجود أحدهما؛ لعدم العلم بوجوده عندها، و أصاله عدمه، لإمكان تجدده بعدها.

ص: ٢٧٩

---

١- التهذيب ٢٠٠/٨٠٠:٩، الإستبصار ١٢٧/٤٨١:٤، الوسائل ٣٠٠:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١٧ ح ١١.

٢- انظر التهذيب ٢٠١:٩.

٣- المختلف: ٥٠٨، التذكرة ٤٦٠:٢.

٤- التحرير ٣٠٠:١، جامع المقاصد ٤٢:١٠.



و قيام الاحتمال مع عدمهما بإمكان الشبهه و الزنا مندفع بندور الأول، و أصاله عدم إقدام المسلم على الثاني كغيره من المحرمات، و يشكل هذا لو كانت كافر حيث تصح الوصيه لحملها.

و ربما قيل على تقدير وجود الفراش باستحقاقه مع تولده بين الغايتين الدنيا و العليا؛ عملاً بالعادة الغالبه من الوضع لأقصاهما أو ما قاربها (١)، و مرجعه إلى ترجيح الظاهر على الأصل. و هو خلاف الأصل.

و مع ذلك الظهور ممنوع إلا على المختار فى الأقصى من أنها تسعه دون عشره و سنه، فإنه عليه يصح دعوى الظهور المستند إلى الغلبه، لتحققها فى تلك المده فما دونها.

و أما على القولين الآخرين فدعوى الظهور باطله؛ لندره الولاده إلى المدتين، سيما الثانيه، فكيف يدعى الظهور استناداً إلى الغلبه؟! و يتفرع على الشرط الأول أنه لو وضع ميتاً بطلت الوصيه، و لو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه.

و فى اعتبار قبوله هنا وجه قوى و إن لم نعتبره من ولى الحمل؛ لإمكانه منه دون الحمل. مع أن الأقوى اعتبار قبول الولى، وفاقاً للحلى (٢)؛ للأصل الذى مضى (٣) فى اعتبار أصل القبول فى صحه الوصيه مطلقاً.

ثم إن اتحد فهى له، و إن تعدد قسّم الموصى به على العدد و إن اختلفوا بالذكوريه و الأنثويه.

و لا فرق بين أن تلدهما معاً فى المده المشترطه للعلم بوجودهما

ص: ٢٨٠

١- انظر الروضه ٢٥:٥.

٢- السرائر ٢١٢:٣.

٣- راجع ص: ٢٥٨.

حال الوصيه، أو على التعاقب، بأن تلد الأول في أقل من ستّه أشهر من حين الوصيه و الثاني في أقلّ منها من حين الولاده، كما صرّح به في التذكرة، قال: وإن زاد ما بين الثاني و الوصيه على سته أشهر و كانت المرأه فراشاً؛ لأنهما حمل واحد إجماعاً (١).

و تصحّ أيضاً للذمّي الملتزم بشرائط الذمه مطلقاً و لو كان من الموصى أجنبيّاً غير ذى رحم، على الأقوى، وفاقاً للمفيد و الخلاف و الحلّي و الفاضلين و الشهيدين و غيرهما (٢)، و اختاره في الغنيه لكن في الأقارب خاصّه، مدّعياً عليه إجماع الإماميه (٣) و عن ظاهر الخلاف أن على الصحه لهم مطلقاً إجماع العلماء كافه (٤)؛ و هو الحجه، كإجماع الطبرسى المتقدّم في كتاب الوقف إليه الإشاره بجواز البرّ إلى الكفار مطلقاً (٥)، و هو يشمل الوصيه لأهل الذمه مطلقاً و لو كانوا أجنب، فتكون الحجه على العموم لهم، المؤيده بإطلاقات الكتاب و السنه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه، منها الصحيحان: في رجل أوصى بماله في سبيل الله تعالى، قال: «أعطوا لمن أوصى له و إن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ [١] (٦)» (٧) الآية.

ص: ٢٨١

- ١- التذكرة ٢:٤٦١.
- ٢- المفيد في المقنعه: ٦٧١، الخلاف ٢:٩٨، الحلّي في السرائر ٣:١٩٧، المحقق في الشرائع ٢:٢٥٣، العلامه في التذكرة ٢:٤٦٤، الشهيدان في اللمعه و الروضه البهيه ٥:٥١؛ و انظر الحدائق ٥:١٩٢، و الكفايه: ١٤٧.
- ٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤.
- ٤- الخلاف ٢:٩٨.
- ٥- راجع ص: ١٣٥.
- ٦- البقره: ١٨١.
- ٧- الكافي ٧:١/١٤٢، الفقيه ٤:٥١٤/١٤٨، التهذيب ٤:٨٠٨/٢٠١، الإستبصار ٩:٨٠٤/٢٠١، الوسائل ٤:٤٨٤/١٢٨، الوسائل ١٩:٣٣٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٢ ح ١.

و أظهر منهما الصحيح: إن أختى أوصت بوصيه لقوم نصارى، و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال: «أمض الوصيه على ما أوصت به، قال الله تعالى فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ [١]» (١) و قريب منه الرابع (٢).

و ما يجاب عن هذه النصوص أولاً: بأن غايتها الدلاله على لزوم إنفاذ الوصيه، و هو غير المدعى من كون الوصيه لهم جائزه.

و ثانياً: بمعارضتها بالآيات الناهيه عن الموده إلى الكفار (٣) و منها الوصيه لهم بلا شبهه، و فى معناها غيرها من النصوص المرويه فى الكافى فى باب النهى عن إطعام الكافر، و فى غيره أيضاً، منها: «من أشبع مؤمناً و جبت له الجنة، و من أشبع كافراً كان حقاً على الله تعالى أن يملأ جوفه من الزقوم» (٤).

فالمناقشه فيه واضحه؛ لاندفاع الأول: بأن المدعى صحه الوصيه لهم لا الجواز و عدمه؛ مضافاً إلى الإجماع فى الظاهر على التلازم بين الأمرين.

و الثانى: بما مرّ فى الوقف (٥)، مع ضعف النصوص، و مخالفتها كآيات للإجماع فى الظاهر على جواز المبرّه إلى الكفار فى حال الحياه،

ص: ٢٨٢

١- الكافى ٧: ٢/١٦، التهذيب ٩: ٨٠٦/٢٠٢، الإستبصار ٤: ٤٨٦/١٢٩، الوسائل ١٩: ٣٤٣، أبواب أحكام الوصايا ب ٣٥ ح ١.

٢- الوسائل ١٩: ٣٤٥، أبواب أحكام الوصايا ب ٣٥ ح ٦، نقله عن كتاب غياث سلطان الورى.

٣- المجادل: ٢٢، الممتحنه: ١.

٤- الكافى ٢: ١/٢٠٠، الوسائل ٢٤: ٢٧٣، أبواب آداب المائده ب ١٩ ح ١.

٥- راجع ص: ١٣٨.

كما مرّ عن الطبرسي (١) ويظهر أيضاً من كلمات القوم في المسأله، هذا.

مع تأييد الصحه و لو في الأقارب خاصّه بفحوى ما قدّمناه في الوقف من صحته عليهم؛ لاستلزام الصحه ثمه إيّاها هنا بطريق أولى، لاشرطه بالقربه دون الوصيه.

فلا- ريب في الجواز في المسأله و إن حكى فيه أقوال أخر أنهاها في التنقيح إلى سبعة (٢)، لا دليل على شىء منها سوى القول بالمنع مطلقاً، فقد استدللّ له بما مضى، و الجواب ما قدّمناه.

### عدم صحه الوصيه للحربي و مملوك الغير و حكم الوصيه لمكاتب الغير

و لا تصحّ للحربي على الأظهر الأشهر، بل لعلّه عليه عامه من تأخر، إلّا الشهيد الثاني (٣) وفاقاً لبعض القدماء كالمفيد و الحلّي (٤).

و حجّتنا بعد الإجماع في الأجانب المستفاد من المحكى عن ظاهر المبسوط حيث قال: و ممن لا تصحّ له الوصيه عندنا الكافر الذى لا- رحم له من الميت (٥) الآيات الناهيه عن المودّه إليهم، السليمه في المقام عن المعارض بالكلية سوى إجماع الطبرسي المتقدم الدالّ على جواز المبرّه لأهل الحرب، إلّا أنه مع عدم مكافأته لهذا الإجماع من حيث اعتضاده بالشهره العظيمه دونه عام و هذا خاص فليقدّم.

و إطلاقات الكتاب و السنّه، و هى بما قدّمناه مخصّصه؛ لاعضاده بالشهره العظيمه و حكاية الإجماع المتقدمه دونها، مع كونها في الدلاله غير صريحه بل و لا ظاهره، سيّما السنه؛ فإن احتمال الإجمال فيها بالإضافه إلى

ص: ٢٨٣

١- راجع ص: ١٣٥.

٢- التنقيح الرائع ٢: ٣٧٠.

٣- المسالك ١: ٤٠٧.

٤- المفيد في المقنعه: ٦٧١، الحلّي في السرائر ٣: ١٨٦.

٥- المبسوط ٤: ٤.

ما نحن فيه قائم بلا شبهه، و لذا لم تتخذها فيما مضى حججه، بل جعلت مؤيده.

مع إمكان الاستدلال للمنع بالأخبار السابقة من حيث عطفها اليهودى و النصرانى ب«إن» الوصية الدالة على أنهما أخفى الأفراد مع أن الحربى أخفى بلا شبهه، فكان ذكره أولى.

و لا يعارضه الاستدلال فيها للنفوذ بآيه الوصيه الشامله للوصيه لهم؛ لاختصاصها بالإجماع بالوصايا المحلله دون المحرّمه، و كون الوصيه لهم من الأولى دون الثانيه محلّ ريبه لو لم نقل بكونها على العكس؛ لما مضى من الأدله.

و أما ما يقال من شمول اليهودى و النصرانى فيها للحربى لأعميتهما منه و شمولهما له حيث لا يلتزم بشرائط الذمه.

فمنظور فيه؛ إذ لا عموم فيهما، لكونهما نكرتين فى سياق الإثبات لا عموم فيهما لغه، بل مطلقان ينصرفان بحكم التبادر إلى الملتزم منهما بشرائط الذمه، و لذا يقابلان فى إطلاق الفتاوى و النصوص بالحربى مع أنه أحد أقسامهما على بعض الوجوه، كما ذكره، و ليس ذلك إلّا لما ذكرناه:

من ظهور اللفظتين فى الملتزم بالشرائط خاصه، هذا.

مضافاً إلى الأصل المتقدم فى اشتراط القبول: من عدم الانتقال و توقفه على الدليل. و هو مفقود فى هذا المجال؛ لما عرفت، و لأن الوصيه تمليك للعين أو المنفعه للموصى له، و صحتها هنا فرع قابليه الحربى للتمليك له، و هى غير معلومه، سيّما مع ما ذكره: من أن أمواله فىء للمسلمين لهم أخذها بعد الاستيلاء عليها.

و بما ذكرنا استدلال على المنع هنا و فى الوقف له جماعه من

أصحابنا (١) فقالوا: ولأن مال الحربى فىء للمسلمين، فلا- يجب دفعه إليه؛ لأنه غير مالك، فلو جازت الوصية لهم لكان إما أن يجب على الوصى دفعه إليه و هو باطل، لما تقدّم، أو لا يجب و هو المطلوب، إذ لا معنى لبطلان الوصية إلا عدم وجوب تسليمها إلى الموصى له.

و أما ما اعترضه به فى المسالك بأن فيه منع استلزام عدم وجوب الدفع للوصية بطلانها، لأن معنى صحتها ثبوت الملك إذا قبله، فيصير حينئذ ملكاً من أملاكه يلزمه حكمه، و من حكمه جواز أخذ المسلم له، فإذا حكمنا بصحة وصيته و قبضه الوصى ثم استولى عليه من جهة أنه مال الحربى لم يكن منافياً لصحة الوصية، و كذا لو منعه الوارث لذلك، و إن اعترفوا بصحة الوصية. و تظهر الفائدة فى جواز استيلاء الوصى على الموصى به للحربى فيختص به دون الورثة، و كذا لو استولى عليه بعضهم دون بعض حيث لم يكن فى أيديهم ابتداءً، و لو حكمنا بالبطلان لم يتأت هذا، بل يكون الموصى به من جملة التركة لا يختص بأحد من الورثة (٢).

فإنه عجيب، فإن بناء المستدل على ثبوت عدم ملكيته، و عليه بنى الملازمة التى أنكرها. و حاصلها حينئذ أن عدم وجوب تسليمها إليه من جهة عدم المالكية كما فرض فى صدر العبارة يستلزم بطلان الوصية؛ لأنها كما عرفت تمليك عين أو منفعة، و حينئذ فكيف يمكنه دعوى صيروره الموصى به من أملاكه يترتب عليه ما ذكره.

لكن الشأن فى إثبات عدم الملكية. و إباحه ما فى يده للمسلمين أعم

ص: ٢٨٥

١- انظر التذكرة ٢:٤٦٤، و الإيضاح ٢:٤٨٧، و الروضة ٥:٥٣، و مفاتيح الشرائع ٣:٢٠٩، و الحدائق ٢٢:٥٢٦.

٢- المسالك ١:٤٠٧.

منه، إلا أن الشك في ثبوتها كافٍ بلا شبهه، لاستلزامه الشك في مثل كون الوصيه له وصيه، ومع لا يُوجد ما يدل على الصحة لا من إجماع ولا كتاب ولا سنه.

ولعله لما ذكرنا فهم الماتن كغيره من الجماعه من إطلاق عبارات المجوزين للوصيه للكفار مطلقاً أو في الجملة خصوص أهل الذمه الذين لهم قابليه التملك دون أهل الحرب، فيندفع عنه ما اعترضه به في التنقيح:

من عدم اختصاص الأقوال المشار إليها في كلامه بأهل الذمه، كما هو ظاهر عبارته، بل شمل كثير من إطلاق عبارات أربابها أهل الحرب أيضاً (١).

ولا تصح أيضاً لمملوك غير الموصى مطلقاً ولو كان مُدَبَّرًا أو أمّ ولد أو مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً، إجماعاً في الجميع، كما في ظاهر المهذب و صريح التذكرة و التنقيح (٢)، لكنه خصّه بالقرن و أمّ الولد، و حكى الخلاف في المُدَبَّر و المكاتب عن المفيد و الديلمي، حيث جوزا الوصيه لهما، خلافاً للمبسوط و ابن حمزه و الحلّي، فقالوا بالمنع، و جعله في الأوّل أشبه، كما هو المشهور بين المتأخرين، و قوى الجواز في الثاني وفاقاً للشهيدين (٣).

و لم أفق على من نقل الخلاف عنهما في شيء من كتب أصحابنا.

نعم، في المختلف و المهذب (٤) حكى الخلاف عن المبسوط و ابن حمزه في الوصيه لعبد الوارث، حيث جوزاه.

ص: ٢٨٦

١- التنقيح الرائع ٢:٣٧١.

٢- المهذب ٣:١٠٢، التذكرة ٢:٤٦١، التنقيح الرائع ٢:٣٧٢.

٣- الشهيد الأوّل في الدروس ٢:٣٠٧، الشهيد الثاني في الروضه ٥:٢٦.

٤- المختلف: ٥١١، المهذب ٣:١٠٢.

و هذا الخلاف كسابقه لو صحَّ النقل شاذًّا، بل على فساد الأول ادَّعى الإجماع في التذكرة (١)، إلَّا ما اختاره الشهيدان من الجواز في المكاتب، فقد مال إليه غيرهما (٢).

و الأصحَّ المنع مطلقاً؛ للإجماع الذي مضى، مضافاً إلى المختار من عدم مالكيه العبد مطلقاً، كما قدّمنا، و بهذا استدل في التذكرة بعد أن نسب هذا القول إلى أصحابنا مشعراً بكونه لهم في ذلك مستنداً، فيستشعر منه الإجماع على عدم المالكيه مطلقاً، كما في بحثه قد قدّمنا.

و لنا على المختار هنا الصحيح أيضاً: «في مكاتب كانت تحته امرأه حرّه فأوصت له عند موتها بوصيّه، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيتها إنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أُعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أُعتق منه، و قضى في مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه، و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز ربع الوصيه» (٣) الحديث.

و وجوه الدلالة فيه واضحة، و منها تقريره عليه السلام لما فهمته الورثه من دون إشكال فيما فهموه عندهم و لا ريبه: من عدم صحه الوصيه لمملوك لم يُعتق.

و السند في أعلى درجه من الصحه؛ لعدم اشتراك محمد بن قيس الراوى للقضايا، مع كون الراوى عنه عاصم بن حميد، و هما قرينتان

ص: ٢٨٧

١- التذكرة ٢: ٤٦٣.

٢- انظر جامع المقاصد ١٠: ٤٥.

٣- الكافي ٧: ١/٢٨، الفقيه ٤: ٥٥٨/١٦٠، التهذيب ٩: ٨٧٤/٢٢٣، الوسائل ١٩: ٤١٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٠ ح ١.



واضحتان على كونه البجلي الثقة، كما يظهر من كتب الرجال، وصرّح به جماعه (١)، و إبراهيم بن هاشم ثقة على الأقوى، وفاقاً لجماعه من أصحابنا (٢).

فما ذكره الشهيد الثاني تبعاً للمحقق الثاني (٣) كما حكى من ضعف الروايه بالاشتراك ضعيف غايته، فيضعف مختارهما و مستندهما من انقطاع سلطنه المولى عنه، و من ثمّ جاز اكتسابه، و قبول الوصيه نوع منها؛ فإنه اجتهاد في مقابله النص الصحيح في نفسه، المعتضد بالشهره المحقّقه و المحكيه في المختلف و غيره (٤)، و بالإجماع المحكي في التذكرة (٥)، مع تأييد ما له بإطلاق الروايه: «لا وصيه لمملوك» (٦) و قصور السند كالدلاله مجبور بعمل الطائفه و فهمها منها ما يمكن معه أخذها حجه و إن كانت بحسب الظاهر مجمله.

و من الصحيحه يستفاد المستند في قوله: نعم لو أوصى لمكاتب الغير و قد تحرّر بعضه مضت الوصيه في قدر نصيبه من الحرّيه و كذا لو كان بعضه محرّراً من غير جهه الكتابه، و بالإجماع عليه بالخصوص صرّح في التذكرة (٧).

ص: ٢٨٨

- ١- انظر رجال النجاشي: ٨٨١/٣٢٣، و رجال العلامه: ١٥٠، و الحدائق ٢٢: ٥٢٨.
- ٢- انظر فلاح السائل للسيد ابن طاوس: ١٥٨، و مقدّمه كامل الزياره: ٤، و مقدّمه تفسير القمي: ٤.
- ٣- الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٠٨، المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٠: ٤٥.
- ٤- المختلف: ٥١٣؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٥٢٧.
- ٥- التذكرة ٢: ٤٦١.
- ٦- التهذيب ٩: ٨٥٢/٢١٦، الإستبصار ٤: ٥٠٦/١٣٤، الوسائل ١٩: ٤١٢، أبواب أحكام الوصايا ب ٧٩ ح ٣.
- ٧- التذكرة ٢: ٤٦١، ٤٦٢.

و يأتي في الأول خلاف الشهيد الذي مضى (١)، بل بطريق أولى.

و أما القول بالمنع عن الوصيه للمكاتب مطلقاً و لو تحرّر بعضاً فضعيف جداً غير واضح المُستند أصلاً، و إن حكاها في التنقيح (٢) عن الشيخ و ابن حمزه و الحلّي قولاً، مع كونه بنقل الخلاف عنهم متفرداً.

### صححه الوصيه لعبد الموصى أم ولده

و تصحّ لعبد الموصى و مُدبّره و مكاتبه مطلقاً و أمّ ولده بلا خلاف في الظاهر، و صرح به في التنقيح و المسالك (٣)، بل صرح بالإجماع في الجميع في المهذب و عن المحقق الثاني (٤)، و حكى التصريح به في الأوّل عن فخر الدين (٥) و الصيمري، و في الأخير الفاضل في التذكرة (٦)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة، منها زياده على ما يأتي إليه الإشاره في أمّ الولد و غيرها ما ذكره في الكفايه (٧) من الصحيحين، في أحدهما: رجل أوصى بثلث ماله لمواليه و لموالياته، الذكر و الأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظّ الأنثيين من الوصيه؟ فوقع عليه السلام: «جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله تعالى» (٨).

و في الثاني: رجل أوصى لمواليه و موالى أبيه بثلث ماله فلم يبلغ

ص: ٢٨٩

١- راجع ص: ٢٨٣.

٢- التنقيح الرائع ٣٧٢: ٢.

٣- التنقيح ٣٧٢: ٢، المسالك ٤٠٨: ١.

٤- المهذب ١٠٢: ٣، المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤٨: ١٠.

٥- إيضاح الفوائد ٤٨٥: ٢.

٦- التذكرة ٤٦٣: ٢.

٧- الكفايه: ١٤٧.

٨- الكافي ٢/٤٥، الفقيه ١٥٥/٥٣٧، التهذيب ٢١٥/٨٤٧، الوسائل ٣٩٤: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٦٣ ح ١.

ذلك، قال: «المال لمواليه و سقط موالى أبيه» (١) و نحوهما غيرهما (٢).

و فى الاستدلال بها مناقشه؛ لاشتراك لفظ المولى بين العبد و غيره، فلعله المراد دون الأول، و لا قرينه ترجيح إرادته، بل لعلّ القرينه على خلافه واضحه، لظهورها فى إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلم إليه، دون أن يُعتق منه بحسابه، كما ذكره هو تبعاً للأصحاب كافه و منهم الماتن هنا حيث قال:

و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أُعتق و كان الموصى به للورثه إن كان معيناً و إن زاد اعطى العبد الزائد كائناً ما كان.

و إن نقص عن قيمته و لم تبلغ ضِعفه عتق منه بحسابه و سعى فى الباقي بلا خلاف فى الظاهر، مصرح به فى الكفايه و المسالك (٣)، للمعتبرين:

فى أحدهما: رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: «يقوم بقيمه عادله ثم ينظر فى ثلث ماله، فإن كان أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمته، و إن كان أكثر من قيمه العبد أُعتق و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه» (٤).

و فى الثانى المروى عن الفقه الرضوى: «و إن أوصى لمملوكه بثلث

ص: ٢٩٠

١- التهذيب ٩:٩٤٨/٢٤٤، الوسائل ١٩:٤٠٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٩ ح ٢.

٢- الفقيه ٤:٦٠٨/١٧٣، التهذيب ٩:٨٤٩/٢١٥، الوسائل ١٩:٤٠١ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٩ ح ١.

٣- الكفايه: ١٤٧، المسالك ١:٤٠٨.

٤- التهذيب ٩:٨٥١/٢١٦، الإستبصار ٤:٥٠٥/١٣٤، الوسائل ١٩:٤١٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٩ ح ٢.

ماله قُوم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضله» (١).

و بعينه أفتى والد الصدوق كما هو دأبه، و زاد بعده: ثم أعتق، و إن كانت قيمته أقل من الثلث اعطى ما فضلت قيمته عليه ثم أعتق (٢). و لعلّ الزيادة سقطت من النسخه التي حكيت عنها الروايه.

و قصور سندهما لو كان مجبور بالعمل، مع أن الثاني في حكم القويّ على الأصحّ، و كذلك الأوّل، كما سيظهر.

و قصور الدلاله عن إفاده حكم جميع صور المسأله غير ضائر بعد قيام الإجماع المركّب على الظاهر.

و إطلاق الثاني في صورته زياده القيمه يشمل صورتى بلوغها ضيف الوصيه و عدمه، و لا- خلاف في الحكم في الثانيه، كما تقدّمت إليه الإشاره.

و الأولى و إن كانت مختلفاً فيها، إلّا أن الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر تبعاً لوالد الصدوق و الخلاف و الحلبيّ و الحلبي (٣) أنها كالثانيه، بل ادعى عليه الثاني إجماع الفرقه، و هو حجه أخرى بعد الروايه، بل أقوى منها بلا شبهه.

خلافاً للمفيد و النهايه و القاضى و ظاهر الديلمى (٤) كما حكى، فأبطلوا فيها الوصيه، و إلى قولهم أشار بقوله:

ص: ٢٩١

١- فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩، المستدرک ١٤: ٩٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١٠ ح ٩؛ بتفاوت يسير.

٢- كما نقله عنه في المختلف: ٥٠٥.

٣- الخلاف ٢: ١٠٣، الحلبي في الكافي: ٣٦٥، الحلبي في السرائر ٣: ١٩٨.

٤- المفيد في المقنعه: ٦٧٦، النهايه: ٦١٠، القاضى في المهذب ٢: ١٠٧، الديلمى في المراسم: ٢٠٤.

وقيل: إن كانت قيمته ضِعْف الوصيه بطلت و استندوا في ذلك إلى الروايه الأولى، فإنها بالمفهوم دالّه على الدعوى، كما ذكره في نكت الإرشاد شيخنا، قال: لأنه حكم بالاستسعاء إذا كان الثلث يزاء ثلاثه أرباع العبد، و بالعتق و إعطاء ما فضل إن فضل، و ذلك يستلزم العتق إن ساوى، و الاستسعاء إن زاد على ثلاثه أرباعه بطريق أولى، و عدم الاستسعاء إن نقص عن ثلاثه أرباعه، و ذلك يستلزم بطلان العتق؛ لأنّ الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الأكثر، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، فينتفى عتق ذلك البعض، و ظاهر انتفاء عتق الباقي لعدم احتمال المال له.

و في هذا المستند كما ترى ضعف لا- من حيث السند، كما ذكره جماعه (1)؛ لانجبار ضعف الراوى أولاً: بروايه الحسن بن محبوب عنه، و قد أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه.

و ثانياً: بكونه المستند للأصحاب فيما ذكروه من الحكم في الصوره السابقه، فلا وجه للقدرح فيه بمثل ذلك، و لا بضعف دلالة المفهوم إن أُريد من حيث المفهوميه؛ فإنه مفهوم شرط حجه عند أكثر المحققين.

بل من حيث الدلاله من وجه آخر، و هو ما ذكره شيخنا في المسالك و غيره (2): من أن مفهومه أن الثلث إن لم يكن أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه لا يستسعى في ربع قيمه، لا أنه لا يستسعى مطلقاً، و هذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافى القول بأنه يستسعى فإن كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث، أو بقدر النصف يستسعى فيه، و هكذا.

ص: ٢٩٢

١- منهم: الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٣٧٤، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٠: ٤٨، و الفيض في مفاتيح الشرائع ٣: ٢٢٨.

٢- المسالك ١: ٤٠٨؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٥٣٤.

و أيضاً فلو كان المفهوم الذى زعموه صحيحاً لزم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا- يستسعى، بل تبطل الوصيه، وهذا شامل لما لو كانت قيمه قدر الضعف و أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر ربع، فمن أين خصوا البطلان بما لو كانت قدر الضعف؟ إلا أن يقال بذلك حواله على ما إذا أعتقه و عليه دين، فإنه لا ينفذ العتق فيه إلا إذا كانت قيمته ضعف الدين. و هو بعيد.

ثم إن إطلاق العبارة و الخبرين بل عمومهما الناشئ من ترك الاستفصال يشمل صورتى الوصيه له بالثلث المشاع أو المعين، كهذا الدار أو البستان، و نحو ذلك، و نسبه فى التذكرة (١) إلى أصحابنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، و لو لا مصيره فيها إلى خلافهم من بطلان الوصيه فى الصورة المفروضه لكان حجه، بل لا- يبعد، فإنه و إن خالف أولاً، إلا أنه تردّد أخيراً معتذراً باتفاق كلمه الأصحاب على عدم الفرق.

و أظهر منه فى تحقق الإجماع عبارته المهدّب، قال بعد نقل الخلاف عن الإسكافى و عنه فى المختلف مفتياً و فى القواعد مستشكلاً:- و باقى الأصحاب مطبقون على الصحه من غير تفصيل، و اختاره فخر المحققين، و كذا العلّامة جزم بمتابعه الأصحاب فى كتاب فتواه، و هو مذهب الشهيد، و ما أمتن تحقيق المختلف، لكن متابعه الأصحاب أمتن (٢).

ثم أجاب عن استدلاله بما لا- حاجه بنا إلى ذكره، بل ينبغى الحواله فيهما إلى ما ذكره هو و غيره كالشهيدين و غيرهما (٣) مما ينبئ عن قصوره،

ص: ٢٩٣

١- التذكرة ٢: ٤٦٢.

٢- المهدّب البارع ٣: ١٠٥.

٣- انظر المسالك ١: ٤٠٨، و جامع المقاصد ١٠: ٩٤، و الحدائق ٢٢: ٥٣٢.

و على تقدير تماميته فاجتهاد في مقابله الخبرين المعتضدين بعمل العلماء، المحتمل قوياً كونه إجماعاً منقولاً، بل محققاً.

و لو أعتقه عند موته و ليس له غيره و عليه دين فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صحَّ العتق فيما يخصه من الثلث بعد الدين، و استسعى في الخمسة الأسداس الباقية، ثلاثة منها للديان و الباقي للورثة و إلّا بطل بلا خلاف و لا إشكال في الأول و أصل صحة العتق في الجملة؛ للأصول السليمة فيه عن المعارض بالكلية.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، منها الصحاح، في أحدها و هو طويل: قلت له: رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره و قيمه العبد ستمائة و دينه خمسمائة، فأعتقه عند الموت، كيف يصنع فيه؟ قال: «يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة و يأخذ الورثة مائة» إلى أن قال: قلت: و إن كان قيمه العبد ستمائة و دينه أربعمائه؟ قال: «كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه، و يأخذ الورثة مائتين، و لا يكون للعبد شيء» قلت: فإن كان قيمه العبد ستمائة و دينه ثلاثمائه؟ قال: فضحك، قال: «و من هنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً لم يعلموا السنه، إذا استوى مال الغرماء أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته، و أُجيزت الوصيه على وجهها، فالآن يوقف هذا العبد فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلثه للورثة و يكون له السدس» (١).

و في الثاني: رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين، قال: «إن كان

ص: ٢٩٤

---

١- الكافي ٧: ١/٢٦، التهذيب ٩: ٨٥٤/٢١٧، الإستبصار ٤: ٢٧/٨، الوسائل ١٩: ٣٥٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٥.

قيمه العبد مثل الذي عليه و مثله جاز عتقه و إلّا لم يجز» (١) و في الثالث: «إذا ملك المملوك سدسه استسعى و أجز» (٢).

و منها الموثق: في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم، و عليه دين ثلاثمائة درهم و لم يترك شيئاً غيره، قال: «يعتق منه سدسه، لأنه إنما له ثلاثمائة، و له السدس من الجميع» (٣).

و يستفاد من صريح الأوّل و ظاهر ما عدا الأخير مستند الحكم في الثاني، و حكى عن الشيخين و القاضي (٤)، و مال إليه في الكفايه (٥)، و لا يخلو عن قوه.

خلافاً للفاضل و الشهيد الثاني (٦)، و نسبه إلى أكثر المتأخرين فكالأوّل؛ التفاتاً إلى الأصول.

و هو حسن لو قصرت الروايات عن الصحه، أو لم يجوّز تخصيص العمومات القطعيه بالآحاد و لو كانت صحيحه، لكنه خلاف التحقيق، و الروايات كما ترى صحيحه عديده، ما بين صريحه و ظاهره، و رجحان

ص: ٢٩٥

---

١- الكافي ٧:٢/٢٧، الفقيه ١٦٦/٤:٥٨٠، التهذيب ٢١٨/٩:٨٥٦، الإستبصار ٧/٤:٢٤، الوسائل ١٩:٣٥٦ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٦.

٢- التهذيب ١٦٩/٩:٦٨٩، الإستبصار ٨/٤:٢٦، الوسائل ١٩:٣٥٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ١.

٣- الكافي ٧:٣/٢٧ بتفاوت يسير، التهذيب ١٦٩/٩:٦٩٠، الإستبصار ٨/٤:٢٥، الوسائل ١٩:٣٥٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٤.

٤- حكاه عنهم في التنقيح ٢:٣٧٦، و هو في المقنعه: ٦٧٧، و النهايه: ٦١٠، و المهذب ١٠٨:٢.

٥- الكفايه: ١٤٧.

٦- الفاضل في المختلف: ٥٠٦، الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٠٩.



الأصول بالشهره فرع ثبوتها، و لم أتَحَقَّقْها و لا- و قفت على من تصدَّى لنقلها عداه في المسالك، بل إنما حكى الخلاف هنا جماعه (١) عن العلامه خاصه، و لم أقف على من تبعه غيره و بعض ممن سبقه (٢)، فلا مسرح عن القول الأوّل و لا مندوحه.

و فيه أى فى المقام وجه آخر بنفوذ العتق من الأصل و سقوط الدين من رأس للحلّى (٣).

و هو ضعيف لما مرّ فى ضعف ما سبقه، مع ابتناؤه على خروج منجزات المريض من الأصل، و سيأتى الكلام فيه فيما بعد (٤).

و حيث قد عرفت مخالفة النصوص فى المسأله للأصول المقرّره يجب الاقتصار فيها على مواردّها الظاهره، و هو العتق المنجز لا الوصيه، مع تأيّد تلك الأصول فيها بالصحيح: فى الرجل يقول: إن متّ فعبدى حرّ، و على الرجل دين، قال: «إن توفّى و عليه دين قد أحاط بثمان العبد بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى فى قضاء دين مولاه و هو حرّ إذا وفاه» (٥).

و لعلّه لذا اقتصر فى العبارة على بيان الحكم فى الصوره الأولى دون الثانية، مع أنه بهذا التفصيل صرّح فى الشرائع (٦). و هو قوى، إلّا أن ظاهر

ص: ٢٩٦

١- منهم: المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٠: ٢٠٥، و انظر المهذب البارع ٣: ١٠٨، و الحدائق ٢٢: ٥٤١.

٢- انظر جامع المقاصد ١٠: ٢٠٥.

٣- السرائر ٣: ١٩٩.

٤- انظر ص: ٣٨٤.

٥- الفقيه ٣: ٢٤٠/٧٠، التهذيب ٩: ٨٥٧/٢١٨، الإستبصار ٤: ٢٨/٩، الوسائل ١٩: ٣٥٣، أبواب أحكام الوصايا ب ٣٩ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

٦- الشرائع ٢: ٢٥٣.

عبائر الجماعه القائلين بما فى العبارة عمومه للصورتين، و يعضده إطلاق الصحيحه الأخيره من الصحاح المتقدّمه.

مع قوّه احتمال حمل قوله فيما عداها: أعتقهم عند الموت، على المعنى الأعم من الإعتاق المنجّز و المعلق؛ إذ يصدق عليهما الإعتاق بوجه، و إن كان المتبادر إلى الذهن الأوّل بقرينه إطلاق الوصيه على الإعتاق المذكور فى أواخر الصحيحه الأولى مرّتين، و سياقها ظاهر غايه الظهور فى اتحاد حكم المنجّز مع الوصيه، كما هو المشهور بين متأخري الطائفه، لكنه يتوقّف على جعل هذه القرينه صارفه عن المعنى الحقيقى إلى المجازى الأعم من المنجّز و الوصيه، و فى تعينه إشكال، إذ كما يحتمل جعلها صارفه إلى المجاز الأعم كذا يمكن صرفها إلى المجاز الأخصّ، و هو الوصيه خاصه.

و بهذا يظهر خروج تلك الصحيحه فى المسأله الأولى عن الحجّيه؛ لاحتمال ورودها فى الوصيه خاصّه و تصير بذلك نصّاً فى مفروض المسأله.

و يمكن الذبّ عنه باتفاق الطائفه قديماً و حديثاً موافقاً و مخالفاً على عدم احتمالهم لهذا الاحتمال فيها و إن اختلفوا فى فهم الحقيقى منها خاصّه، كما يفهم من الشهيد الثانى (1)، أو الأعمّ منه و من الوصيه، كما هو ظاهر هؤلاء الجماعه، و هو الظاهر بعد ذلك، لضعف الأوّل بلا شبهه.

و كيف كان، يستفاد من الروايه التعدييه إلى الوصيه، فلا يخلو عن قوه.

مع أن ظواهر الصحاح على تقدير اختصاصها بالعتق المنجّز تشمل

ص: ٢٩٧

الوصيه بالأولويه؛ فإن بطلان العتق المنجّز على تقدير قصور قيمه عن ضعف الدين مع قوّه المنجّز لكونه تصرّفاً من المالك في ماله و الخلاف في نفوذه من الأصل و عدمه، يقتضى بطلانه في الأضعف و هو الوصيه بطريق أولى.

و أما الصحيحه المعارضه فغايتها الإطلاق المحتمل للتقييد بالروايات السابقه، بأن تحمل على كون الدين نصف القيمه، بناءً على ما عرفت من عموم بعضها بل جميعها للحكم في الوصيه.

مع احتمال الحمل على التقيه؛ لأن الإطلاق مذهب العامه في تلك الأزمنه، كما يستفاد من سياق الصحيحه الأولى، و إلى احتمال هذا الحمل أشار خالي العلّامه المجلسي طاب رسمه في حاشيته المنسوبه إليه على هذه الروايه.

و لو أوصى لأُمّ ولده صحّ بلا- خلاف كما في التذكره و المسالك و غيرهما من كتب الجماعه (1)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى النصوص الآتيه.

و هل تعتق من الوصيه؟ كما عن الحلّي و الفاضل في الإرشاد و التحرير و القواعد و نسبه في المهذب (2) إلى الشهره؛ بناءً على أن الإرث مؤخّر عنها و عن الدين بنص الآيه، فلا يحكم لولدها بشيء حتى يحكم لها بالوصيه.

أو من نصيب الولد؟ كما عن النهايه و في المختلف و نكت

ص: ٢٩٨

١- التذكره ٢:٤٦٣، المسالك ١:٤٠٩؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢:٤٨٨، و جامع المقاصد ١٠:٥٤، مفاتيح الشرائع ٣:٢٢٩.

٢- الحلّي في السرائر ٣:١٩٧، الإرشاد ١:٤٥٨، التحرير ١:٣٠١، القواعد ١:٢٩٣، المهذب ٣:١٠٩.

الإرشاد و اللمعه (١)؛ بناءً على أن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث و إن لم يستقرّ لهم إلّا بعد الأمرين، و أن نفوذ الوصيه يتوقف على وصول التركة إلى الوارث و ملك الوارث لا- يتوقف على شيء؛ و لما في كتاب العباس: من أنها تعتق من نصيب ولدها و يعطى لها الوصيه، و نقلت هذه الروايه في ذيل الصحيحه الآتية.

قولان مشهوران.

و على الثاني فإن أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصيه و ظاهر الماتن هنا و في الشرائع (٢) في هذا البحث التردد، و حكى عنه المصير إلى الثاني في نكت النهايه (٣)، و إلى الأول في بحث الاستيلاد من الشرائع (٤).

و هنا مذهبان آخران: أحدهما للإسكافي (٥)، و هو التخيير بين الأمرين. و لا وجه له.

و الثاني: ما نسب في المختلف و التذكرة و نكت الإرشاد إلى الصدوق (٦)، و حكاه في المذهب (٧) مذهباً و لم يصرّح بقائله و هو ما في روايه صحيحه مرويه في الكتب الثلاثه: عن رجل كانت له أمٌ وليدٌ و له منها غلام، فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر، للورثه أن يسترّفوها؟ قال: فقال: «لا، بل تعتق من الثلث و لها الوصيه» و في

ص: ٢٩٩

١- النهايه: ٦١١، المختلف: ٥٠٧، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ٢٧.

٢- الشرائع ٢: ٢٥٤.

٣- نكت النهايه ٣: ١٥١.

٤- الشرائع ٣: ١٣٩.

٥- نقله عنه في المختلف: ٥٠٦.

٦- المختلف: ٥٠٦، التذكرة ٢: ٤٦٣.

٧- المذهب البارع ٣: ١١٠.

كتاب العباس (١)؛ إلى آخر ما تقدّم. و بمعناها صحيح آخر (٢) وغيره (٣).

و ظاهر المتأخرين الإعراض عنها، و لعلّه لمخالفتها الأصول المتقدّمة المتّفقه على عتقها من غير الثلث و إن اختلفت في تعيينه، و اختلفوا في تأويلها، فبين من حملها على صورته عتقها في المرض قبل الموت ثم الوصيه لها بعده، و بين من حملها على أن المراد من العتق من الثلث العتق من الوصيه و تعطى ما فضل منها على تقدير الزيادة.

قال في التنقيح بعد نقلهما: ليس للفظ الروايه دلالة عليهما، إلّا أن يقال: إنما اضطررنا إلى التأويل لانعقاد الإجماع على عدم العمل بهما، لكنهما صحيحتان، فاضطررنا إلى حملهما على وجه سائغ (٤).

و ظاهره كما ترى الإجماع على طرح الروايه، و حينئذٍ فلا بُدّ من المصير إلى أحد التأويلين. و لا ريب في رجحان الثاني؛ لدلاله مقابلتها بروايه العباس التي هي في آخرها المذكوره على كون موردهما واحداً، و لا ريب في أنه في الثانيه هي أمّ الولد التي لم تعتق بالكلية، فليكن مورد الأولى أيضاً تلك الجاريه، و حينئذٍ يتعين إرادته الحمل الثاني، سيّما مع شيوع إطلاق الثلث على الوصيه.

و لا ينافيه إطلاق الحكم فيما بعد بأن لها الوصيه؛ لقوه احتمال أن يراد بها ما زاد بعد العتق من الوصيه.

ص: ٣٠٠

- 
- ١- الكافي ٧:٤/٢٩، الفقيه ٤:٥٥٩/١٦٠، التهذيب ٩:٨٨٠/٢٢٤، الوسائل ١٩:٤١٦ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٤.
  - ٢- الكافي ٧:١/٢٩، الفقيه ٤:٥٦٠/١٦٠، التهذيب ٩:٨٧٧/٢٢٤، قرب الإسناد: ١٧٢، الوسائل ١٩:٤١٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ١.
  - ٣- الكافي ٧:٣/٢٩، التهذيب ٩:٨٧٩/٢٢٤، الوسائل ١٩:٤١٦ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢ ح ٣.
  - ٤- التنقيح ٢:٣٧٩.

مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأول من انعتاقها من الثلث، وهذا إن لم نقل بكونها ظاهراً من الروايه فليس ببعيد كبعد الحمل الأول بلا شبهه، فيمكن بملاحظه الإجماع و قرينه المقابله أخذها للقول الأول حجّه، كما هو ظاهر المفاتيح و صريح الكفايه (١).

فإذا القول الأول في غايه من القوه، مع اعتضاده بما مرّ عن المهذب من الشهره المحكيه (٢).

و العجب من المسالك حيث جعلها للقول الثاني حجّه، قال بعد ذكره الحمل الأول و ما يقرب منه: و كلاهما بعيد، إلا أن الحكم فيها بإعطائها الوصيه كافٍ في المطلوب؛ إذ عتقها حينئذٍ من نصيب ولدها يستفاد من دليل صحيح و بقى ما نقل عن كتاب العباس شاهداً على المدّعى، و هذا أجود (٣).

و هو كما ترى مندفع بما مضى.

مضافاً إلى أن اكتفائه بالحكم فيها بإعطاء الوصيه بضميمه الدليل الخارجى إنما يصحّ حيث لا تحتل الروايه كون وجه صرف الوصيه إليها انعتاقها تبرّعاً قبل الموت، و أما إذا احتملته و لو بعيداً كما اعترف به فلا يصحّ بلا شبهه.

و لعله لذا أن الفاضلين المتقدم إليهما الإشاره مع عكوفهما غالباً على تحقيقاته أعرضوا عن تحقيقه فى هذه الروايه، و جعلها للأول حجّه، دون الثانى كما ذكره.

ص: ٣٠١

١- المفاتيح ٣:٢٢٩، الكفايه: ١٤٧.

٢- المهذب البارع ٣:١٠٩.

٣- المسالك ١:٤٠٩.

و أما شهاده روايه العباس فغير نافعہ بعد ما عرفت من عدم قيام دليل على ما ذكره و لا حججه.

### إطلاق الوصيه يقتضى التسويه

و إطلاق الوصيه لجماعه يقتضى التسويه بينهم فى النصيب منها، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم مختلفين، ورثه كانوا أم غيرهم.

و لا إشكال فى شىء من ذلك و لا خلاف، كما فى المسالك و غيره (١)، إلما فى الوصيه لأخواله و أعمامه فإن فيه روايه بالتفصيل (٢) للأخوال الثلث، و للأعمام الثلثان كالميراث ذهب إليه الطوسى و القاضى (٣)، و رواه عن مولانا الباقر عليه السلام الإسكافى (٤)، و لعلّه لهذا نسب هذا القول إليه فى المهذب و غيره (٥).

و فيه مناقشه؛ فإن مجرد الروايه أعم من الفتوى بلا شبهه.

و نسبة فى المسالك (٦) بعد الشيخ إلى جماعه، و لم أقف عليهم عدا القاضى، و لكنّه أعرف بالنسبه.

و كيف كان الأشبه التسويه وفاقاً للحلّى (٧) و عامه متأخرى الطائفه، و ربما يستشعر من الفاضل فى التذكرة أن عليه إجماع الإماميه، فإنه قال فيما إذا أوصى لأقاربه و كان له عمّان و خالان: إن الوصيه عندنا و عند

ص: ٣٠٢

١- المسالك ١:٤٠٩، الحدائق ٢٢:٥٤٥.

٢- الكافى ٧:٣/٤٥، الفقيه ٤:٥٣٥/١٥٤، التهذيب ٩:٨٤٥/٢١٤، الوسائل ١٩:٣٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٢ ح ١.

٣- الطوسى فى النهايه: ٦١٤، القاضى حكاه عنه فى المختلف: ٥٠٨.

٤- كما نقله عنه فى المختلف: ٥٠٨.

٥- المهذب البارع ٣:١١١؛ جامع المقاصد ١٠:٥٦.

٦- المسالك ١:٤٠٩.

٧- السرائر ٣:٢١٠.

أبى يوسف و محمد تكون أرباعاً، وكذا قال فيما إذا أوصى لهم و خلف عمّاً و عمّه و خالاً و خاله (١). و نحوه عبارته الماتن فى الشرائع (٢) حيث عزى الروايه إلى المهجوريه.

و الحججه بعده استواء نسبه الوصيه إليهم، مع انتفاء ما يدلّ على التفضيل فى كلام الموصى، فلا فرق فيه بين الذكر و الأنثى، و لا بين الأخوال و الأعمام و غيرهم.

و اختلافهم فى استحقاق الإرث خارج بدليل من خارج، فلا يقاس عليه ما يقتضى التسويه بمجردّه.

و الروايه كما عرفت شاذّه فلا عبره بها، و إن كانت صحيحه و فى الكتب الثلاثه مرويه؛ فإن الأصل المعتضد بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعاً، بل لعلّها الآن إجماع فى الحقيقه، مع ظهوره من عبارته الماتن و التذكره أقوى منها بمراتب عديده.

و أولى منها بالهجر و عدم الحجّيه ما ورد فى بعض النصوص القاصره سنناً بالضعف و المكاتبه: من قسمه الوصيه بين أولاد الذكور و الإناث على كتاب الله سبحانه (٣)، مع أنّها غير صريحه فى الوصيه، بل و لا ظاهره، مع عدم نقل قائل بها من الطائفه، و تصريح المسالك و غيره بعدم الخلاف فيه، كما مرّ إليه الإشاره، فلتطرح كسابقته، أو تُؤوّل بما يؤول إلى الأصل: من كون الوصيه لهم على كتاب الله تعالى، أو نحو ذلك من القرائن المعتمره.

ص: ٣٠٣

١- التذكره ٤٧٥:٢.

٢- الشرائع ٢٥٤:٢.

٣- الكافى ١/٤٥، الفقيه ١٥٥/٤٣٦، التهذيب ٢١٤/٨٤٦، الوسائل ٣٩٥:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٤ ح ٢.



ثم إن كلَّ ذَا ما لم ينصَّ الموصى على التفضيل و أمّا معه فيتبع كيف كان بلا- خلاف، و لو كان المفضل أنثى أو خالاً و قلنا بمفضوليته مع العم؛ اقتصاراً فيها على المتيقن من النص و هو صورته الإطلاق، فيرجع في غيره إلى الأصل الدالّ على وجوب إنفاذ الوصية على وجهها من الكتاب و السنه، و ظواهر النصوص، منها الصحيح: رجل أوصى بثلث ماله لمواليه و لموالياته، الذكر و الأنثى فيه سواء، أو للذكر مثل حظّ الأنثيين من الوصيه؟ فوقع عليه السلام: «جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به» (١).

و ربما يستشعر من هذه الروايه صحه ما حكم به المشهور في المسأله السابقه، فتأمل.

### حد القرابه في الوصيه للأقرباء

و إذا أوصى لقرابته و أطلق فهم المعروفون بنسبه مطلقاً، على الأشهر الأقوى، بل عليه كافه متأخري أصحابنا تبعاً للمبسوط و الخلاف و الحلّي و القاضي (٢)، و عليه في نهج الحق إجماعنا (٣)؛ عملاً بالعرف، فإنّه المحكم فيما لم يرد به تقدير من الشرع.

و ربما يومئ إليه الصحيح: ما حدّ القرابه، يعطى من كان بينه و بينه قرابه، أو لها حدّ تنتهي إليه؟ رأيك فدتك نفسى، فكتب عليه السلام: «إن لم يسم اعطى قرابته» (٤).

ص: ٣٠٤

- 
- ١- الكافي ٧:٢/٤٥، الفقيه ٤:٥٣٧/١٥٥، التهذيب ٩:٨٤٧/٢١٥، الوسائل ١٩:٣٩٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٣ ح ١.
  - ٢- المبسوط ٤:٤٠، الخلاف ٢:٩٦، الحلّي في السرائر ٣:٢١١، القاضي في المهذب ٢:١١٤.
  - ٣- نهج الحق: ٥١٧.
  - ٤- التهذيب ٩:٨٤٨/٢١٥، قرب الإسناد: ١٣٦٢/٣٨٨، الوسائل ١٩:٤٠١ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٨ ح ١.

وقيل كما في الغنيه و عن المفيد و النهايه (١): إنه لمن يتقرب إليه بآخر أب و أم له في الإسلام بمعنى الارتقاء بالقرابه من الأدنى إلى ما قبله و هكذا إلى أبعد جد و جدّه له في الإسلام و فروعهما، و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى بأباء الشرك و إن عرفوا بقرابته.

و حجه غير واضحه، و إن استدل له جماعه (٢) بروايه (٣) ضعيفه هي مع ذلك بحسب الدلاله قاصره من وجوه عديده، و لذا رجع عنه الطوسى في الكتابين، مدّعياً في ثانيهما كالماتن في الشرائع (٤) أنه غير مستند إلى حجه، و كفاه هذا جواباً عما ذكره في النهايه.

و هنا أقوال آخر ما بين مخصّص للقرابه بالوارث دون غيره، و مخصّص لهم بالمحرم من ذوى الأرحام دون غيره كبنى الأخوال و الأعمام، و حاصر لهم بالمتقربين إليه إلى الأب الرابع.

و القائل بها غير معروف عدا الأخير، فقد نسبه الأصحاب إلى الإسكافي (٥)، و نسب كلاً من الأولين في المبسوط إلى قوم (٦)، و لعلمهم من العامه، كما يشعر به آخر عبارته، و صرح به الفاضل في نهج الحق (٧)، فقد نسب الأوّل إلى مالك، و الثانى إلى أبى حنيفه.

ص: ٣٠٥

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤، المفيد فى المقنعه: ٦٧٥، النهايه: ٦١٤.

٢- إيضاح الفوائد ٢: ٤٨٩، التنقيح ٢: ٣٨٠، جامع المقاصد ١٠: ٥٨.

٣- نقله فى إيضاح الفوائد ٢: ٤٨٩، و التنقيح الرائع ٢: ٣٨٠، و المسالك ١: ٤٠٩، و لم نجده فى مصادر الحديث الخاصه و العامه.

٤- الشرائع ٢: ٢٥٤.

٥- المختلف: ٥٠٣، التنقيح ٢: ٣٨١، المهذب ٣: ١١٣، جامع المقاصد ١٠: ٥٨.

٦- المبسوط ٤: ٤٠.

٧- نهج الحق: ٥١٧.

و هي مع ذلك غير مستنده كسابقتها إلى حجّه عدا الأخير، فقد استند فيه إلى التأسّي بالنبي صلى الله عليه و آله في تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس.

و يضعّف بأن فعله عليه السلام ذلك بالخمس لا يدل على نفى القرابه مطلقا عمّا عداه، فإن ذلك معنى آخر للقربى، فلا يلزم ذلك فى حق غيره حيث يطلق.

ثم على أى معنى حمل يعمّ الذكر و الأنثى، و الفقير و الغنى، و القريب و البعيد.

و لا فرق بين قوله: أوصيت لأقاربي و قرابتي، و لذى قرابتي و ذى رحمى؛ لاشتراك الجميع فى المعنى.

قيل: و ينصرف الوصيه إلى الوجود منهم مطلقا، اتّحد أو تعدّد، ذكروا فى الوصيه بصيغه الجمع أو المفرد (١).

و هو حسن إذا أُريد به الموجود فى الخارج فى مقابله المعدوم من أصله، بمعنى أنه لا ينتظر فى دفع الوصيه إلى الأقارب وجود من يحتمله، بل يدفع إلى الموجود منهم حال الوصيه دون المعدوم حالتها. و الوجه فيه ظاهر بعد ما عرفت من اشتراط الوجود فى الموصى له (٢).

و لو أوصى لأهل بيته دخل فيهم الآباء و إن علوا و الأولاد و إن سفلوا، بلا خلاف، حتى إن العلامه رحمه الله فى التذكرة فسّرههم بالقرابه فيدخل فيهم الأعمام و الأخوال و فروعهما، و حكاه عن تغلب (٣). و هو الظاهر من الاستعمال فى العرف، كما فى المسالك (٤)، و يعضده استلزام

ص: ٣٠٦

١- المسالك ١:٤١٠.

٢- راجع ص: ٢٧٤.

٣- التذكرة ٢:٤٧٧.

٤- المسالك ١:٤١٠.

الاقتصار فى التفسير بما فى المتن خروج على عليه السلام عن أهل البيت عليهم السلام، و هو خلاف الإجماع فتوى و روايه.

و هو قوئى حيث لا- يمكن الرجوع إلى عرف بلد الموصى، و مع الإمكان كان متبعاً و لو كان أخصّ مما فى المتن، أو كان بالعكس بأن أخصّ بما الحق به فى القول الآخر، و إن بُعد.

و أما القول فى الوصيه ل لعشيره و الجيران و السبيل و البرّ و الفقراء ف كما مرّ فى الوقف عليهم، فليطلب تحقيقه من هناك.

### إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان إلى ورثته

و إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان للموصى له من الوصيه إلى ورثته دون ورثته الموصى ما لم يرجع الموصى فيها على الأشهر الأظهر.

للصحيح: «من أوصى لأحدٍ شاهداً أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لوارث الذى اوصى له، إلا أن يرجع فى وصيته قبل موته» (١).

و كذلك إذا مات بعده قبل القبول؛ لفحواه، و للخبرين، أحدهما الحسن، بل الصحيح كما قيل (٢): عن رجل اوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقباً، فقال: «اطلب له وارثاً أو مولى نعمه فادفعها إليه» (٣) الحديث. و قريب منه الثانى (٤).

ص: ٣٠٧

١- الكافى ٧:١/١٣، الفقيه ٤:٥٤١/١٥٦، بتفاوت يسير، التهذيب ٩:٩٠٣/٢٣٠، الإستبصار ٤:٥١٥/١٣٧، الوسائل ٤:٣٣٣/١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ١.

٢- الحدائق ٢٢:٥٥٧.

٣- الكافى ٧:٣/١٣، الفقيه ٤:٥٤٢/١٥٦، التهذيب ٩:٩٠٥/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٧/١٣٨، الوسائل ٤:٣٣٤/١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٢.

٤- الكافى ٧:٢/١٣، الفقيه ٤:٥٤٠/١٥٦، التهذيب ٩:٩٠٤/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٦/١٣٨، الوسائل ٤:٣٣٤/١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٣.

و ظاهر التذكرة (١) عدم الخلاف في هذه الصورة، حيث إنه نقله في الصورة الأولى و استدلل للحكم فيها بثبوتها هنا، و هو مشعر بل ظاهر في الاتفاق على ثبوت الحكم هنا، إلا أن ظاهر المسالك و غيره (٢) تحقق الخلاف فيها أيضاً.

و كيف كان، الأشهر الأقوى ثبوت الحكم فيهما؛ لصحة الرواية الأولى بناءً على كون إبراهيم بن هاشم ثقة كمحمد بن قيس الراوى لها، بقرينه روايه عاصم بن حميد عنه و كون مرويه من قضايا الأمير عليه السلام، و قد تقدم الإشاره إلى هذا التحقيق عن قريب (٣)، فتوهم المسالك (٤) الاشتراك ثمه و هنا غير سديد، كتوهمه عدم جبر قصورها على تقديره بعمل العلماء، كما حُقق في الأصول مستقصى.

و ما أبعد ما بين هذا و بين ما يختلج بالبال وفاقاً لشيخنا في الذكرى (٥) من حجيه الشهره بنفسها حيث لم نجد لها مستنداً و لا معارضاً أقوى، و بينت الوجه فيه في رساله مفرده في الإجماع مستقصى، و على تقدير التنزل فلا أقل من كونه جابراً.

و منه يظهر انجبار قصور الروايتين الأخيرتين على تقديره بها؛ مضافاً إلى انجبارهما كأولى بأظهر الاحتمالين الآتين في الخبرين الآتي ذكرهما.

خلافاً للإسكافي (٦) و الفاضل في جملة من كتبه (٧)، فأبطلا الوصيه

ص: ٣٠٨

- ١- التذكرة ٢: ٤٥٣.
- ٢- المسالك ١: ٤١٠؛ و انظر الكفايه: ١٤٨.
- ٣- راجع ص: ٢٨٤.
- ٤- المسالك ١: ٤٠٨.
- ٥- الذكرى: ٥.
- ٦- حكاه عنه في المختلف: ٥١٣.
- ٧- انظر المختلف: ٥١٣، و التذكرة ٢: ٤٥٣.

لوجه اعتبارى غير معارض للنص الجليّ.

و للصحيح و الموثق: فمات الموصى له قبل الموصى، قال: «ليس بشيء» (١).

و هما مع ضعفهما عن المكافأه لما مضى، نظراً إلى تعدده و اشتهاره بين علمائنا، كما سلّمه الفاضل (٢) و كافّه أصحابنا، دونهما قاصراً الدلاله جدّاً، لأنهما كما يحتملان أن الوصيه حينئذٍ لا يعتدّ بها بمعنى بطلانها كذا يحتمل إرادته أن الموت ليس بشيء ينقض الوصيه، بل ربما كان الثانى أنسب بأسلوب الكلام و تذكير الضمير المستتر فى الفعل، و به يندفع التنافى بين الروايات، فيكون أولى.

و على تقدير التنزل بتسليم تساوى الاحتمالين يكفى فى الردّ إجمالهما.

ثم على تقدير ظهورهما فى الاحتمال الأوّل بل و صراحتهما فيه يحتملان الحمل على التقيه؛ لأنّه مذهب أكثر العامه و منهم أصحاب الرأى و هم أصحاب أبى حنيفه، كما حكاه فى التذكره (٣) و تبعه فى الحكايه بعض الأجلّه (٤)، فما هذا شأنه كيف يعترض به الأخبار السابقه مع ما هى عليه من المرجحات القويه المذكوره سابقاً

ص: ٣٠٩

---

١- الصحيح: التهذيب ٩:٩٠٦/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٨/١٣٨، الوسائل ١٩:٣٣٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٤. و الموثق: التهذيب

٩:٩٠٧/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٩/١٣٨، الوسائل ١٩:٣٣٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٥.

٢- التذكره ٢:٤٥٣، المختلف: ٥١٣.

٣- التذكره ٢:٤٥٣.

٤- الحر العاملى فى الوسائل ١٩:٣٣٦.

و ربما يجمع بينهما بحمل هذين على صورته رجوع الموصى كما أفصحت عنه الصحيحه السابقه، ذكره في الكتابين شيخ الطائفه (١).

أو على دلالة القرينه بإرادته الموصى خصوص الموصى له، و بهذا الجمع أفتى جماعه (٢).

و لعله غير بعيد، لا للجمع، لعدم شاهد عليه و لا قرينه، بل للزوم الاقتصار فيما خالف الأصل الدالّ على عدم الانتقال إلى غير من اوصى له على القدر المتيقّن من النصوص المتقدمه، و ليس بحكم التبادر إلّا غير هذه الصوره الذى لم يقصد الموصى فيه خصوصيه الموصى له.

و فى الدروس (٣) عن الماتن القول بالفرق بين صورتى موته فى حياه الموصى فالبطلان، و بعد وفاته فالصحه (٤). و قد ظهر لك ما فيه من المناقشه.

ثم إن كان موته قبل موت الموصى لم يدخل العين فى ملكه، و إن كان بعده ففى دخوله وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه، أم الملك يحصل للموصى له مترزلاً و يستقر بالقبول؟ أو وجه، بل و أقوال تأتي.

و تظهر الفائده فيما لو كان الموصى به ينعقد على الموصى له الميث إذا ملكه.

و اعلم أن كل ذا إنما هو إذا خلف الموصى له وارثاً خاصاً.

ص: ٣١٠

---

١- الاستبصار ١٣٨:٤، التهذيب ٢٣١:٩.

٢- منهم صاحب المفاتيح ٢٢١:٣، و انظر الحدائق ٣٩٧:٢٢.

٣- الدروس ٢٩٧:٢، و انظر نكت النهايه ١٦٦:٣.

٤- فى «ح» و «ت» زياده: استناداً إلى وجه مبنى على تضعيف الصحيحه السابقه و إطراحها بالكلية.

و لو لم يخلف وارثا كذلك رجعت الوصيه إلى ورثه الموصى وفاقاً للمعظم كما فى الدروس (١)، و للأكثر كما فى التنقيح (٢)، بل لعلّه عليه عامه المتأخرين؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل المتقدم على القدر المتيقن من النص، و ليس إلماً الانتقال إلى الوارث الخاص؛ لأنه المتبادر.

خلافاً للحلى (٣)، فألحق به الإمام، و هو شاذ، كالحسن أو الصحيح:

عن رجل اوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقباً؟ قال:

«اطلب له وارثاً أو مولى نعمه فادفعها إليه» قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟ قال:

«اجهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجد و علم الله تعالى منك الجّد فتصدّق بها» (٤).

و يحتمل الحمل على ما يرجع به إلى كل من القولين.

و إذا قال: أعطوا فلاناً كذا و لم يعين عليه مصرفاً دفع إليه يصنع به ما شاء بلا خلاف؛ لأن الوصيه بمنزله التمليك فتقتضى تسلط الموصى له تسلط المالك. و لا- كذلك لو عين المصرف، فإنّه يتعين عليه؛ لما دلّ على وجوب إنفاذ الوصيه على وجهها من الكتاب و السنه.

### يستحب الوصيه لذوى القرباه

و يستحب الوصيه لذوى القرباه مطلقاً وارثاً كان أو غيره بلا خلاف فى الثانى بين العلماء، و كذا فى الأوّل بيننا، كما فى المسالك (٥)، و قد مضى الكلام فيه مستقصى (٦).

ص: ٣١١

- 
- ١- الدروس ٢:٢٩٨.
  - ٢- التنقيح الرائق ٢:٣٨٢.
  - ٣- السرائر ٣:٢١٦.
  - ٤- الكافى ٧:٣/١٣، الفقيه ٤:٥٤٢/١٥٦، التهذيب ٩:٩٠٥/٢٣١، الإستبصار ٤:٥١٧/١٣٨، الوسائل ١٩:٣٣٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٠ ح ٢.
  - ٥- المسالك ١:٤١١.
  - ٦- راجع ص: ٢٧٤.



و يستفاد من بعض المعتمده تأكده فى الثانى ففیه: «من لم یوص عند موته لذوى قرابته ممن لا یرثه فقد ختم عمله بمعصیه» (١).  
و فى الرضوى: «و یرتجى أن یوصى الرجل لقرابته ممن لا یرث شیئاً من ماله قلاً أو کثراً، و إن لم یفعل فقد ختم عمله بمعصیه» (٢).

## الرابع: فى الأوصیاء

### إشاره

### اعتبار التکلیف و الإسلام فى الوصى

و یعتبر فى الوصى التکلیف بالبلوغ و العقل، فلا تصحّ إلى صبی بحیث یتصرف حال صباه مطلقاً، و لو کان إلى البالغ منضماً، و لا إلى مجنون كذلك.

و الإسلام فلا تصحّ الوصیه إلى الکافر و إن کان رحماً، إلا أن یوصى إلیه مثله، كما یأتى.

و لا خلاف فى شیء من ذلك، بل علیه الإجماع فى الغنیه (٣)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأصول القطعیه فى الأول، و ما سیأتى إلیه الإشاره فى الثانى.

### فى اعتبار العداله تردّد

و فى اعتبار العداله تردّد ینشأ:

من أن الوصیه استئمان، و الفاسق لیس أهلاً له، لوجوب التثبت عند خبره.

و أنها تتضمن الركون إلیه، و الفاسق ظالم منهى عن الركون إلیه.

و أنها استنباه عن الغیر فیشرط فى النائب العداله کوکیل الوکیل، بل

ص: ٣١٢

١- الفقیه ١٣٤/٤٦٦:٤، التهذیب ١٧٤/٧٠٨:٩، الوسائل ١٩:٤١٨ أبواب أحكام الوصایا ب ٨٣ ح ٣، و رواه فى تفسیر العیاشی

١:١٦٦/٧٦، المستدرک ١٤:١٣٨ أبواب أحكام الوصایا ب ٦٢ ح ٢.

٢- فقه الرضا (علیه السلام): ٢٩٨.

٣- الغنیه (الجوامع الفقهیه): ٦٠٤.

أولى، لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل و تفحصهما عن مصلحتهما، بخلاف نائب الميت. و رضاه به غير عدل لا يقدح في ذلك؛ لأن مقتضاها إثبات الولاية بعد الموت، و حينئذٍ فترتفع أهليته عن الإذن و الولاية، و يصير التصرف متعلقاً بحق غير المستنيب من طفل و مجنون و فقير و غيرهم، فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل و وكيل الحاكم على مثل هذه المصالح.

و من أنها في معنى الوكاله، و كاله الفاسق جائزه كاستيداعه بالإجماع.

أشبهه عند الماتن هنا، و الفاضل في المختلف، وفاقاً للحلى (١) أنها لا- تعتبر خلافاً للأكثر، كالشيخين و القاضي و ابن حمزه و الديلمى و ابن زهره العلوى (٢) و أحد قولى الأولين، فاختراروا الأول، و ادعى في الغنيه عليه إجماع الإماميه.

و لا يخلو عن قوه؛ للإجماع المحكى المعتضد بالشهره المحققه و المحكيه في عبارات الأصحاب كآفه، المحتمله لكونها إجماعاً قبل خلاف الحلى، و بما تقدم من الأدله الكثيره.

مع ضعف الأدله المقابله لها بما عرفت من الفرق بين الوصيه و بين الاستيداع و الوكاله؛ لتعلقهما بحق المودع و الموكل و هو مسلط على إتلاف

ص: ٣١٣

١- المختلف: ٥١٠، الحلى في السرائر ١٨٩: ٣.

٢- المفيد في المقنعه: ٦٦٨، الطوسى في النهايه: ٦٠٥، و المبسوط ٤: ٥١، القاضي في المهذب ٢: ١١٦، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٣، الديلمى في المراسم: ٢٠٢، لم نعثر عليه في الغنيه المطبوعه في ضمن الجوامع الفقهيه (ص: ٦٠٤) و هو موجود في المطبوعه في سلسله الينايع الفقهيه ١٢: ١٨٠.

ماله فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، و الموصى إنما سلّطه على حق الغير، لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً.

مع أنا نمنع أن مطلق المستودع و الوكيل لا يشترط فيهما العدالة، هذا.

مضافاً إلى التأييد بظواهر كثير من النصوص الواردة بالنسبه إلى من مات و له أموال و ورثه صغار و لا- وصى له (١)، حيث اشترطت عداله المتولّي لذلك، و هي و إن كانت خارجه عما نحن فيه إلّا أن فيها إشعاراً بأن المتولّي لأمر الوصايه كذلك، و لا فرق بينهما إلّا كون الأوّل منصوباً من قبل الشارع و الثاني من قبل الميت، و إلّا فهما بالنسبه إلى ما يتصرفان فيه واحد، و حينئذٍ فكما تراعى العدالة فيه من حيث إن الناصب له الشرع كذا تراعى فيه من حيث إن الناصب الموصى فلا ينصب لذلك إلّا عدلاً.

و الفرق بأن للموصى التسلّط على ماله يدفعه إلى من يشاء و يسلّط عليه من يختاره، لتسلّط الناس على أموالهم، بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحه دون ما فيه مفسده يظهر ضعفه مما مرّ؛ فإن الموصى بعد الموت و انتقال التركة إلى الورثه و فيهم الصغير و فيها الوصايا إلى الجهات العامه و نحو ذلك من التصرّفات المحتاجه إلى الوثوق و الائتمان لا- تعلّق له بذلك، فتصرفه فيما ذكر إنما هو تصرف في مال الغير، لا مال نفسه كما ذكر في الفرق.

و اعلم أن هذا الشرط إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى و يقبل خبره به، كما يستفاد ذلك من دليله، لا في صحه الفعل في نفسه، فلو

ص: ٣١٤

١- انظر الوسائل ١٩:٤٢١ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٨.

أوصى إلى من ظاهره العدالة و هو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيه، فالظاهر نفوذ فعله و خروجه عن العهد.

و يمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه و بينه و فعل مقتضاها، بل لو فعله كذلك لم يبعد الصحة، و إن حكم ظاهراً بعدم وقوعه و ضمانه ما ادعى فعله.

و تظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين أو باطلاع الحاكم، تبه بذلك في التذكرة و الروضه (١).

و هو حسن، إلما أن ظاهر اشتراط العدالة في إطلاق العبارة كغيرها من عبارات الجماعه و منها عباره الغنيه المحكى فيها إجماع الإماميه (٢) ينافى ذلك كله، و يمكن تنزيله على أن المراد أنها شرط في صحة الاستنايه لا في صحة النيايه.

ثم إن هذا التردد إنما هو إذا أوصى إلى الفاسق ابتداءً.

أمّا لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته إجماعاً إلّا من الحلّي (٣)، كما في المهذب و شرح الشرائع للصيمري و عن المحقق الثاني في شرح القواعد (٤).

و لا ريب فيه على المختار: من اشتراط العدالة ابتداءً، و كذا على غيره إن ظهر كون الباعث على نصبه عدالته، و إلّا فإشكال ينشأ:

من الأصل، و حرمة تبديل الوصيه عن وجهها. و احتمال كونها

ص: ٣١٥

١- التذكرة ٥١١:٢، الروضه ٥:٢٧.

٢- راجع ص: ٣١٠.

٣- السرائر ٣:١٩٠.

٤- المهذب البارع ٣:١١٦، جامع المقاصد ١١:٢٧٦، و فيه: لا خلاف في ذلك عندنا.

الباعث على النصب غير كافٍ في الخروج عنهما.

و من شهادته الظاهر بهذا الاحتمال، و ظهور الإجماع على البطلان مطلقاً من الكتب المزبوره، بناءً على التصريح بلفظه الظاهر فيه، مع عدم قدح استثنائهم الحلّي في انعقاده، لمعلومية نسبه، مع أنه حكى عنه ما يدل على اختياره الأوّل و الإذعان به (١).

و إطلاق العبارة كغيرها يقتضى عدم الفرق في البطلان بين فسقه بعد وفاه الموصى أو في حياته، علم به أو جهل.

و ربما يستشكل فيه في الثاني مع العلم بفسقه و عدم عزله.

و هو في محله على القول بعدم اشتراط العدالة في الابتداء.

و هل تبطل الوصيه بطرؤ و الفسق من حينه، أم يتوقف على حكم الحاكم و عزله؟ وجهان: ظاهر العبارة كغيرها الأوّل، و صريح الإرشاد و غيره (٢) الثاني.

و تظهر الفائدة في تصرفه قبل أن يعزله الحاكم، فينفذ على الثاني دون الأوّل.

و هو الوجه حيث ما ظهر أن الباعث لو صايته هو العدالة؛ لفواته، مع كونه منزلاً منزلاً الشرط الذي يفوت المشروط بفواته.

و هل تعود الوصيه بعوده عدلاً؟ قيل: الأشهر لا (٣). و لعله الأقوى؛ للأصل، و عدم ما يقتضى العود أصلاً.

### اعتبار الحرّيه في الوصى

و يعتبر فيه أيضاً الحرّيه ف لا يوصى إلى المملوك بلا خلاف

ص: ٣١٦

١- السرائر ٣: ١٨٩، حكاة عنه في المختلف: ٥١٠، و جامع المقاصد ١١: ٢٧٤.

٢- الإرشاد ١: ٤٦٣؛ و انظر القواعد ١: ٣٥٣.

٣- كفايه الأحكام: ١٥٠، و فيه: المشهور.

فيه في الجملة، بل عليه مطلقاً في صريح الغنيه و ظاهر التذكرة إجماع الإماميه (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى أدله الحجر عليه في أمر نفسه، فأولى أن يكون محجوراً عليه في حق غيره، و استلزامه التصرف في ملك الغير بغير إذنه، و هو ممنوع منه.

إلا أن يوصى إليه بإذن المولى فتصح بلا خلاف منا؛ لزوال المانع. و حينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصى، و يصح قبله، كما إذا قبل الحرّ.

و لا فرق في محل المنع بين كون العبد قنياً أو مُدَبَّراً أو مكاتباً أو مبعوضاً، للموصى أو غيره، عند الشيخ و ابن حمزه و الحلبي و المختلف (٢).

خلافاً للمفيد و الديلمي (٣)، فجوز الوصيه إلى من عدا القنّ إمّا مطلقاً، كما يظهر من المختلف و الدروس (٤)، أو إذا كان عبد نفسه، كما يستفاد من التنقيح و مال إليه، قال: لحرية المدبر حال المباشرة، و لزوم الكتابة، و تصرف المكاتب من غير حجر عليه (٥).

و لا يخلو عن قوه؛ لعمومات الكتاب و السنه الناهيه عن تغيير الوصيه، و سلامتها في المفروض عما مرّ من الأدله المانعه، لما ذكر.

و تصح الوصيه إلى الصبي إذا كان منضماً إلى كامل

ص: ٣١٧

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤، التذكرة ٥١١: ٢.

٢- الشيخ في المبسوط ٤: ٥١، ابن حمزه في الوسيله: ٣٧٣، الحلبي في السرائر ٣: ١٨٩، المختلف: ٥١١.

٣- المفيد في المقنعه: ٦٦٨، الديلمي في المراسم: ٢٠٢.

٤- المختلف: ٥١١، الدروس ٣٢٢: ٢.

٥- التنقيح الرائع ٣٨٦: ٢.

لا- منفرداً بلا- خلاف؛ للخبر، بل قيل (١)الحسن: عن رجل أوصى إلى امرأه و شرك في الوصيه معها صبيّاً؟قال:«يجوز ذلك و تمضى المرأه الوصيه،و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلّا ما كان من تبديل أو تغيير، فإنّ له أن يرده إلى ما أوصى به الميت» (٢).

و قريب منه الصحيح: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار؟فوقع عليه السلام:«نعم، على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك» (٣).

و يستفاد منهما سيّما الأوّل مضافاً إلى الاتفاق عليه في الظاهر أنه يجوز أن يتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي مطلقاً، و لو لم يكن التصرف في الأمر الضروري ثم بعد بلوغه كاملاً جائز التصرف يشتركان في التصرف مجتمعين.

و أنه ليس له نقض ما أنفذه الكامل قبل بلوغه إلّا ما تضمن من تغيير و تبديل.

نعم، لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبي تبع شرطه، و على غيره يتزلّ إطلاق العبارة و الروايه، مع أنه المتبادر منه بلا شبهه.

و يدلّ على جواز تصرف الكامل قبل بلوغ الصغير مضافاً إلى ما مرّ أنه في تلك الحال حيث لم يشترط عدم تصرفه إلى البلوغ وصيّ منفرداً،

ص: ٣١٨

١- قاله المجلسي في مرآه العقول ٢٣:٧٧، و ملاذ الأخيار ١٥:٦٦.

٢- الكافي ٧:١/٤٦، الفقيه ٤:٥٣٨/١٥٥، التهذيب ٩:٧٤٣/١٨٤، الإستبصار ٤:٥٢٢/١٤٠، الوسائل ١٩:٣٧٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٠ ح ٢.

٣- الكافي ٧:٢/٤٦، الفقيه ٤:٥٣٩/١٥٥، التهذيب ٩:٧٤٤/١٨٥، الوسائل ١٩:٣٧٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٠ ح ١.

و إنما التشرية معه بعد البلوغ، كما لو قال: أنت وصي و إذا حضر فلان فهو شريكك، و من ثم لم يكن للحاكم أن يداخله و لا أن يضم إليه آخر ليكون نائباً عن الصغير. و أما إذا بلغ الصغير فليس للكبير التفرد، و إن كان ذلك غير مستفاد من الخبرين؛ لأنه الآن غير مستقل فيرجع فيه إلى القاعده.

ثم إن قوله: لا منفرداً، يدل على المنع عن الوصيه إليه مستقلاً و إن شرط في تصرفه البلوغ، و كان ذلك في معنى الضم.

قيل: لأنه ليس من أهل الولاية، و لكن جاز ذلك مع الضميمة تبعاً للروايه، فلا يلزم مثله في الوصيه إليه مستقلاً؛ و قوفاً فيما خالف الأصل على موردها، و أنه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر في حال الاستقلال (١).

ثم لو مات أو بلغ فاسد العقل فهل للكامل الانفراد بالتصرف، عملاً باستصحاب الحكم السابق، أم لا، بل يداخله الحاكم، بناءً على أن الموصى إنما فوض إليه الاستقلال إلى حين بلوغ الصبي فكأنه جعله مستقلاً إلى مده مخصوصه؟ و جهان: اختار أولهما في الشرائع (٢)، و تردّد بينهما في التذكرة و الدروس (٣)، و لعله في محلّه، و إن كان الأظهر في النظر الثاني، لقوه دليله.

و ينبغي القطع به فيما إذا بلغ الصبي رشيداً ثم مات بعده و لو بلحظه؛ لانقطاع الاستصحاب الأول حينئذٍ بلا خلاف، و تبدّله باستصحاب عدم الاستقلال، فيتبع.

ص: ٣١٩

١- المسالك ١: ٤١٢.

٢- الشرائع ٢: ٢٥٦.

٣- التذكرة ٢: ٥١٠، الدروس ٢: ٣٢٤.



و لا تصحّ وصيه المسلم إلى الكافر مطلقاً، بلا خلاف؛ لأنه ليس من أهل الولايه على المسلمين، و لا من أهل الأمانه.

و لكن تصحّ إليه من مثله إن لم نشترط العداله.

و أما مع اشتراطها فهل تكفى عدالته فى دينه، أم تبطل مطلقاً؟ وجهان: من أن الكفر أعظم من فسق المسلم، و من أن الغرض صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، و هو يحصل بالعدل منهم. و هذا أجود، وفاقاً للتذكره و الدروس و المسالك و الكفايه (١).

خلافاً للروضه، فقال: و الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا، و لو أُريد صحتها عندهم و عدمه فلا غرض لنا فى ذلك. و لو ترافعوا إلينا فإن ردناهم إلى مذهبهم، و إلما فاللازم الحكم ببطلانها بناءً على اشتراط العداله؛ إذ لا وثوق بعدالته فى دينه، و لا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام (٢).

و فيه نظر؛ لحصول الوثوق وجداناً، و إنكاره مكابره جدّاً. بل ربما يحصل الوثوق ببعض عدولهم أكثر مما يحصل ببعض عدول المسلمين، و سيما المخالفين منهم.

و مخالفه أفعاله لكثير من أحكام الإسلام لا تنافى عدالته فى دينه و ما هو المقصود منها من الوثوق و الاعتماد فى صيانته مال الأطفال مثلاً.

ثم إن إطلاق العبارة يقتضى عموم الحكم لصورتى كون الوصيه على أطفال المسلمين و ما فى حكمهم أم غيرهم. و قيده جماعه (٣) بالثانى؛

ص: ٣٢٠

---

١- التذكره ٥١٠:٢، الدروس ٣٢٢:٢، المسالك ٤١٢:١، الكفايه: ١٥٠.

٢- الروضه ٤٨:٥.

٣- لم نعثر عليهم.

و لعله لنفى السبيل عنه عليهم. ولا بأس به.

### صححه الوصيه إلى المرأه

و تصحّ الوصيه إلى المرأه إذا اجتمعت فيها الشروط المتقدمه، بإجماعنا المستفيض النقل فى كلام الجماعه، كالأستبصار و الغنيه و التذكره و التنقيح و المسالك و الروضه (١)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى الروايه المتقدمه (٢).

و أما الخبر: «المرأه لا يوصى إليها لأن الله تعالى يقول وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ [١] (٣)(٤) فمع قصور سنده و شدوده محمول على التقيه، ففى الاستبصار أنه مذهب كثير من العامه (٥)، مع احتمال الحمل على الكراهه، أو المرأه التى لم تجتمع فيها الشروط المتقدمه، و ربما يومئ إليه ما فى الذيل من العله.

### الوصيه إلى اثنين

و لو أوصى إلى اثنين فصاعداً جاز، إجماعاً، فتوى و نصاً.

و حينئذ فإن أطلق، أو شرط الاجتماع فى التصرف فليس لأحدهما الانفراد به، بل عليهما الاجتماع فيه، بمعنى صدوره عن رأيهما و نظرهما و إن باشره أحدهما، إجماعاً فى الأخير، كما فى التنقيح (٦)، و على الأظهر فى الأول، وفاقاً للصدوقين و الطوسى فى أحد القولين و ابن حمزه

ص: ٣٢١

١- الاستبصار ٤:١٤٠، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٤، التذكره ٢:٥١١، التنقيح ٢:٣٨٧، المسالك ١:٤١٢، الروضه ٥:٧٣.

٢- فى ص ٣١٤.

٣- النساء: ٥.

٤- الفقيه ٤:٥٨٥/١٦٨، التهذيب ٩:٩٥٣/٢٤٥ الإستبصار ٤:٥٢٣/١٤٠، الوسائل ١٩:٣٧٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٣ ح ١.

٥- الاستبصار ٤:١٤٠.

٦- التنقيح الرائع ٢:٣٨٨.

و الحلبي و الحلبي و الشهيدين و كثير من المتأخرين (١)، بل لعله عليه عامتهم؛ لظاهر الصحيح: رجل مات و أوصى إلى رجلين، أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة و الآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: «لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، و يعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى» (٢).

و أظهر منه الرضوي: «و إذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل واحد منهما بنصف التركة، و عليهما إنفاذ الوصيه على ما أوصى الميت» (٣).

و قصور سنده كعدم صراحه الأول منجبر بالشهره؛ مضافاً إلى اعتبار السند و بلوغه درجة الحجية، و كذا الدلاله، و إن كان: «لا ينبغي» أعم من الحرمة أو ظاهراً في الكراهه، لقيام القرينه في الروايه على إرادته الحرمة، لأن مرجعها و محصّلها إلى النهي عن مخالفه الميت، و لا ريب أنّها محرمة، لتضمّنها التبديل المنهي عنه بالكتاب و السنه، هذا.

مع اعتضادهما زياده على اعتبار السند و وضوح الدلاله بظهور الوصيه إليهما في إرادته اجتماعهما عرفاً، و على تقدير التنزل عنه فلا أقل من ترددها بينه و بين جواز الانفراد، فيجب الأخذ بالمتيقن، و هو الأول، مع

ص: ٣٢٢

١- الصدوق في الفقيه ٤: ١٥١، و حكاه عن والده في المختلف: ٥١٢، الطوسي في المبسوط ٤: ٥٤، و الخلاف ٤: ١٦١، ابن حمزه في الوسيله ٣٧٣، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٦، الحلبي في السرائر ٣: ١٩٠؛ الشهيد الأول في الدروس ٢: ٣٢٤، الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤١٣؛ و انظر القواعد ١: ٣٥٤، و إيضاح الفوائد ٢: ٦٣١، و جامع المقاصد ١١: ٢٩٠.

٢- الكافي ٧: ١/٤٦، الفقيه ٤: ٥٢٣/١٥١، التهذيب ٩: ٧٤٥/١٨٥، الإستبصار ٤: ٤٤٨/١١٨، الوسائل ١٩: ٣٧٦ أبواب أحكام الوصايا ب ٥١ ح ١.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٩، المستدرک ١٤: ١٢٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٣ ح ١.

خلافًا للنهايه و القاضي (١)، فجوزا في ظاهر إطلاق عبارتهما الانفراد لهما، و استدل لهما بالموثق: إن رجلاً مات و أوصى إلى رجلين، فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك و أعطني نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: «ذاك له» (٢).

و فيه مع قصوره سنداً و عدداً و اشتهاً و اعتباراً عن المكافأه لما مرّ جداً كونه مجملاً؛ لبناء الاستدلال به على رجوع الإشاره إلى القسمه و الضمير المجرور إلى الطالب، مع أنه يحتمل رجوع الإشاره إلى الإباء و الضمير إلى المطلوب، بل لعلّ هذا أولى، كما في المختلف و غيره (٣)؛ لقرب مرجع الإشاره.

و ما يعارض به في التنقيح و غيره (٤) من أولويه العكس؛ لوضع «ذلك» باللام للإشاره إلى البعيد مدفوع بتوقفه على وجود اللام مع الإشاره، و هي في نسخه الكافي و الفقيه مفقوده، فإنها على ما ذكرناه مرويه.

نعم، في نسخه الشيخ موجوده، لكنّها بالنسبه إلى تلك النسخه مرجوحه، سيما مع وحدتها و تعدّد تلك، مع كونها الأصل لها و هي منها مأخوذه، و على تقدير تكافؤ النسختين يبقى الإجمال بحاله، لعدم المرجح لإحداهما في البين.

ص: ٣٢٣

- 
- ١- النهايه: ٦٠٦، القاضي في المهذب ١١٦: ٢.
  - ٢- الكافي ٧: ٢/٤٧، الفقيه ٤: ٥٢٤/١٥١، التهذيب ٩: ٧٤٦/١٨٥، الإستبصار ٤: ٤٤٩/١١٨، الوسائل ١٩: ٣٧٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٥١ ح ٣.
  - ٣- المختلف: ٥١٢؛ و انظر جامع المقاصد ١١: ٢٩١.
  - ٤- التنقيح الرائع ٢: ٣٩٠؛ و انظر المسالك ١: ٤١٣.

و لو تشاخيًا و تعاسرا فأراد أحدهما نوعاً من التصرف و منعه الآخر لم يمض تصرفهما، إِمَّا مطلقاً، كما عن المبسوط و الحلبي (١)، أو في الجملة، كما عن جماعه (٢)، بمعنى أنه لم يمض منه إلَّا ما لا يُيَدُّ منه و تدعو الحاجه إليه، و لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق كمثونه اليتيم و الرقيق، و الدواب، و إصلاح العقار، و مثلها شراء كفن الميت.

و زاد بعضهم قضاء ديونه (٣)، و إنفاذ الوصيه المعينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، و الخصومه عن الميت و له و عن الطفل و له مع الحاجه، و ردّ الوديعه المعينه و العين المغصوبه.

و عن الفاضل في القواعد الفرق بين صورتى الإطلاق فالثانى، و النهى عن الانفراد فالأول (٤).

و فيه نظر. و الأصل يقتضى المصير إلى الأول، إلَّا أن يستند فى الاستثناء إلى الضروره المبيحه لما حرم بدونها. و هو مع عدم خلوه عن مناقشه يتم فى مثونه اليتيم و ما بعده، دون ما زاده البعض من الأمور المذكوره.

و للحاكم الشرعى جبرهما على الاجتماع من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان؛ إذ لا ولايه له فيما فيه للميت وصى على الأشهر.

خلافاً للحلبى، فقال: يردّ الناظر الأمر إلى أعلمهما و أقواهما مع

ص: ٣٢٤

١- المبسوط ٤:٥٣، الحلبي فى الكافي: ٣٦٦.

٢- منهم: المحقق فى الشرائع ٢:٢٥٦، و الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢:٣٨٨، و الشهيد الأول فى الدروس ٢:٣٢٤.

٣- انظر جامع المقاصد ١١:٢٩٢.

٤- القواعد ١:٣٥٤.

## التشاح (١).

و استشكله الفاضل من حيث إنه تخصيص لأحدهما بالنظر و قد منعه الموصى (٢).

قيل: و فيه نظر؛ إذ لا منافاه بين القولين، لأن ردّه إلى رأى الأعلّم الأقوى منهما هو نفس الإيجابار على الاجتماع، و فيه حسم لماده الاختلاف (٣).

فإن تعذّر عليه جمعهما جاز له الاستبدال بهما؛ تنزيلاً لهما بالتعذر منزله عدمهما، لا اشتراكهما فى الغايه.

و فى الروضه: كذا أطلق الأصحاب، و هو يتمّ مع عدم اشتراط عداله الوصى، أما معه فلا؛ لأنهما بتعاسرهما يفسقان، لوجوب المبادره إلى إخراج الوصيه مع الإمكان، فيخرجان بالفسق عن الوصايه و يستبدل بهما الحاكم، فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير. و كذا لو لم نشرطها و كانا عدلين؛ لبطلانها بالفسق حينئذٍ على المشهور. نعم، لو لم نشرطها و لا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاح (٤).

و يشكل ما ذكره من خروجهما بالتشاح عن العداله فيما إذا كان تشاحهما مستنداً إلى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحه لا التشهى و المعانده.

لكن يرد حينئذٍ أن جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع حينئذٍ محل

ص: ٣٢٥

١- الكافى فى الفقه: ٣٦٦.

٢- المختلف: ٥١٢.

٣- التنقيح الرائع ٢: ٣٨٩.

٤- الروضه ٥: ٧٤.

نظر.

فخلاصه الكلام أن اشتراط العدالة لا يتم مع التعاسر الذى كان للحاكم معه إجبارهما، إلّا أن يقال: إنه حينئذٍ يجوز جبر الحاكم لهما بما هو الأصح عنده من نظره، وهذا لا ينافى عدالتهما.

و كيف كان، ينبغى التفصيل على القول باشتراط العدالة بأن التشاح إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما، وإن كان يوجب الإخلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن أصراً على ذلك متى لم يثبت كون ذلك من الكبائر، ولعله مراد من أطلق ممن اشترطها من الأصحاب.

و لو التمس القسمه حيث وجب عليهما الاجتماع لم يجز لأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف.

و لو عجز أحدهما عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصيه بمرض و نحوه ضمّ إليه أى إلى العاجز أمين من طرف الحاكم.

و لو عجز عن القيام به أصلاً بموت أو فسق أو جنون أو نحوها ضمّ إلى الآخر.

بلا خلاف فى الأول إلّا من الدروس، حيث جعل الضم إلى الآخر دون العاجز (١)، كما هو الأشهر على ما فى الكفايه (٢).

و تظهر الثمره فى وجوب قيام ثلاثه على التصرف فى الوصيه الوصيين و أمين الحاكم على مذهبهم، و اثنين هما من عدا العاجز على مذهبه.

و ربما حمل كلامه على الثانى بإرادته العجز بالكلية لا فى الجملة، و إلّا

ص: ٣٢٤

---

١- الدروس ٣٢٤: ٢.

٢- الكفايه: ١٥٠.

لأشکل ما اختاره، بناءً على أن عجزه في الجملة لا يخرجُه عن الوصايه؛ لجواز الوصيه إلى العاجز كذلك ابتداءً إجماعاً، كما في التذکره و شرح القواعد للمحقق الثاني (١)، فكذا في الاستداه.

وفاقاً للقواعد و الإرشاد و التحرير و فخر الدين و الشهيدین و جماعه (٢) في الثاني.

خلافاً للأكثر، كما في شرح الشرائع للصيمري و الكفايه (٣)، فاختراروا استقلال الوصي الآخر من دون ضميمه أمين من حاكم الشريعه؛ مستندين فيه إلى أنه مع وجود الوصي لا ولاية للحاكم.

و يضعف بأن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفرداً، و الوصي إنما هما معاً لا أحدهما منفرداً، فلا بُدَّ من أن يضمَّ إليه أميناً.

و عليه فهل للحاكم أن يفوض جميع الولاية إلى الثاني منهما بدلاً عن الضميمه، تنزيلاً له مقامهما؟ وجهان.

من أن النظر قد صار للحاكم فيوئى من يختاره.

و من أن الموصى لم يرض برأى الآخر على الانفراد، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه و إلما لزم التبديل المنهى عنه في الشريعه. و هذا أجود.

بخلاف ما لو حصل لهما معاً العجز أصلاً فإن للحاكم أن ينصب و لو واحداً؛ للفرق بين المقامين بأن الثاني من الوصيين في المقام الأوّل

ص: ٣٢٧

١- التذکره ٥١١:٢، جامع المقاصد ٢٩٤، ٢٧٩:١١.

٢- القواعد ٣٥٤:١، الإرشاد ٤٦٣:١، التحرير ٣٠٣:١، فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٦٣٢:٢، الشهيد الأول في الدروس ٣٢٤:٢، الشهيد الثاني في الروضه ٧٥:٥، و المسالك ٤١٤:١؛ و انظر جامع المقاصد ٢٩٥:١١.

٣- الكفايه: ١٥٠.



منصوب من قبل الموصى و لم يرض برأيه منفرداً كما مضى، و هنا قد انقطع نظره بعجزهما و صار النظر إليه كماً فله نصب من شاء و لو واحداً.

ثم إن كل ذا إنما هو إذا أوصى إليهما مطلقاً أو مشترطاً عليهما اجتماعهما معاً.

أما لو شرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما و إن انفرد عن الآخر، بلا خلاف و لا إشكال في الجواز؛ للأصل، و عدم المانع بمقتضى الشرط. و لكن في جواز الاجتماع حينئذٍ نظر: من مخالفته الشرط فلا يصح، و من اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأى كل واحد منهما، و شرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد، و هو حاصل إن لم يكن هنا أكد.

و الظاهر أن شرط الانفراد رخصه لا تضييق، و هذا ظاهر العبارة و الروضه (1). و هو حسن حيث تقوم قرينه على كون اشتراط الانفراد رخصه لا عزيمه، و مع هذا لو حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف له حاله الانفراد ينبغي القطع بالمنع؛ لجواز كون المصيب هو حاله الانفراد و لم يرض الموصى إلا به.

و لو نهاهما عن الاجتماع اتبع قطعاً عملاً بمقتضى الشرط الدال صريحاً على النهى عنه فيمتنع.

و يجوز لهما في هذه الحالة أن يقتسما المال بالتنصيف و التفاوت حيث لا يحصل بالقسمه ضرر و لا يكون الموصى منع عنها؛ لأن مرجع القسمه إلى تصرف كل منهما في البعض و هو جائز بدونها، ثم بعدها

ص: ٣٢٨

١- الروضه ٥:٧٥.

لكل منهما التصرف في قسمه الآخر وإن كانت في يد صاحبه، لأنه وصى في المجموع فلا تزيل القسمه ولايته فيه.

### جواز تغيير الأوصياء للموصى و رد الوصى الوصيه

و للموصى تغيير الأوصياء بلا- خلاف؛ للأصل، و ما مرّ من المعتبره في جواز الرجوع في الوصيه (١)، الشامله إطلاقاً في بعض و فحوى في آخر لمفروض المسأله.

و للموصى إليه ردّ الوصيه و عدم قبولها مطلقاً، و إن كان الموصى أباً أو كان الموصى إليه فيه منحصرأ، بلا خلاف إلّا من الصدوق في المقامين كما حكى (٢)، فلم يُجز الردّ فيهما؛ استناداً في الأوّل إلى الخبر القاصر السند بسهل المتضمن لقوله عليه السلام: «ليس له أن يمتنع» (٣) بعد أن سئل عن رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع عن قبول وصيه والده؟ و في الثاني إلى مفهوم الصحيح: في رجل يوصى إليه، فقال: «إذا بعث إليه من بلد فليس له ردّها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه» (٤).

و نحوه إطلاق الصحيح المقيّد به: في الرجل يوصى إلى الرجل بوصيه فأبى غ أن يقبلها، فقال عليه السلام: «لا يخذله على هذه الحال» (٥).

ص: ٣٢٩

١- راجع ص ٢٧١.

٢- حكاه عنه في المختلف: ٥١٢، و هو في الفقيه ١٤٥: ٤، و المقنع: ١٦٤.

٣- الكافي ٧: ٦/٧، الفقيه ١٤٥/٤٩٨: ٤، التهذيب ٢٠٦/٨١٩: ٩، الوسائل ٣٢٢: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٤ ح ١.

٤- الكافي ٧: ٢/٦، الفقيه ١٤٤/٤٩٧: ٤، التهذيب ٢٠٥/٨١٥: ٩، الوسائل ٣٢٠: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ٢.

٥- الكافي ٧: ٥/٦، الفقيه ١٤٥/٤٩٩: ٤، التهذيب ٢٠٦/٨١٨: ٩، الوسائل ٣٢١: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ٤؛ بتفاوت يسير.

و مال إليه في المختلف مؤيداً الأول بأن امتناع الولد نوع عقوق، و الثاني بأن من لا يوجد غيره يتعين عليه؛ لأنه فرض كفايه، قال بعد ذلك:

و بالجملة فأصحابنا لم ينصوا على ذلك، و لا بأس بقوله (١).

و هو كذلك إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و لا يمكن دعواه بإطلاق عبارات الأصحاب بجواز الردّ مطلقاً؛ لعدم تبادل المقامين منه جداً.

و منه يظهر الجواب عن إطلاقات النصوص بذلك أيضاً.

مضافاً إلى وجوب حمل المطلق على المقيد حيث تضمن شرائط الحجّيه كما هنا.

و يصحّ ردّ الوصيه مطلقاً و لو قبلها ما دام الموصى حيّاً إن بلغ الردّ إليه في الجملة، إجماعاً، كما عن المبسوط و الخلاف (٢)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأصل، و صريح النصوص الآتية في الجملة.

و هل يكفي بلوغ الردّ، أو يشترط معه تمكّن الموصى من إقامه وصى غيره؟ وجهان. ظاهر إطلاق العبارة و غيرها من عبارات الجماعه الأول.

و مقتضى النصوص الثاني؛ لظهورها في تعليق جواز الردّ على وجود الغير المتمكن من الإيضاء إليه، فلو لم يوجد أو وجد و لم يتمكّن من الإيضاء إليه لم يجز له الردّ. و هذا أجود.

و لو مات الموصى قبل بلوغه أى الردّ إليه لزم الوصيه فليس للموصى إليه ردّها إجماعاً إذا كان قبلها ثم ردّها، كما عن المبسوط و الخلاف و التذكرة و فى المسالك و غيره (٣)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى

ص: ٣٣٠

١- المختلف: ٥١٣.

٢- المبسوط ٤: ٣٧، الخلاف ٤: ١٤٨.

٣- المبسوط ٤: ٣٦، الخلاف ٤: ١٤٨، التذكرة ٢: ٥١٢، المسالك ١: ٤١٤؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٥٧٦.

فحاوى المعتبره الآتية و غيرها من الأدله.

و على الأشهر الأقوى مطلقاً، بل عليه فى ظاهر الدروس و صريح الغنيه (١) إجماعنا، و نسبه فى المختلف إلى الأصحاب كافة (٢).

و المعتبره به مع ذلك مستفيضه، منها زياده على ما مرّ الصحيحان، فى أحدهما: «إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يردّ وصيته، فإن أوصى إليه و هو فى البلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل» (٣).

و فى الثانى: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» (٤).

و الرضى: «إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصيه، و إن كان الموصى إليه غائباً و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه فإن الوصيه لازمه له» (٥).

خلافاً للمختلف و التحرير (٦)، و مال إليه فى المسالك (٧)، فجوّز الرد؛ للأصل المانع من إثبات حقّ على الموصى إليه على وجه قهرى و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء.

ص: ٣٣١

١- الدروس ٢:٣٢٥، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤.

٢- المختلف: ٤٩٩.

٣- الكافى ٧: ١/٦، الفقيه ٤: ٤٩٦/١٤٤، التهذيب ٩: ٨١٤/٢٠٥، الوسائل ١٩: ٣١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ١.

٤- الكافى ٧: ٣/٦، الفقيه ٤: ٥٠٠/١٤٥، التهذيب ٩: ٨١٦/٢٠٦، الوسائل ١٩: ٣٢٠، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٣ ح ٣.

٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٨، المستدرک ١٤: ١١٠، أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ٢.

٦- المختلف: ٤٩٩، التحرير ١: ٢٩٢.

٧- المسالك ١: ٤١٤.

و لاستلزامه الحرج العظيم و الضرر الكثير فى أكثر مواردھا، و هما منفيان بالآيه و الأخبار.

و لعدم صراحه النصوص فى الدلاله على المطلوب؛ لاحتمالها الحمل على الاستحباب أو سبق القبول.

و فى الجميع نظر؛ لاندفاع الأوّل: بقيام المخرج عنه الراجح عليه فى حدّ ذاته، لكونه خاصاً فليقدّم، مع اعتضاده بفتوى الأصحاب كآفه كما اعترف به الخصم، و بإجماع الغنيه و غيرها.

و الثانى: بخروجه عن المتنازع إن أُريد بالحرج ما يزيد على ما لا بُدّ منه فى التكليف، كما صرح به فى التنقيح (1)، و مع ذلك يختصّ بموضع الحرج، و بالتزامه إن أُريد به ما لا بُدّ منه فيها، لقيام الدليل المتقدم عليه، فإنه دليل و أى دليل.

و الثالث: بالمنع عنه أولاً، و بكفايه الظهور بعد تسليمه ثانياً.

و الحملان على تقدير جريانهما فيها لا وجه لارتكابهما بعد مخالفتها الظاهر، و لا سيّما الثانى، إلّا ما يتوهم من الدليلين الأوّلين، و قد مرّ أن النصوص بالإضافه إليهما خاصه فلتقدم عليهما البتّه. و على تقدير كونها عامّه و أن التعارض وقع بين العمومين فلا ريب أن عمومها أرجح على عموم الأوّلين؛ لاعتضادهما بفتاوى الأصحاب و الإجماع المحكى فى البين، فتأمل.

و لو ظهر من الوصى المتّحد أو المتعدد خيانه أو فسق آخر انعزل بمجرّده أو بعزل الحاكم على اختلاف القولين المتقدمين و استبدل

ص: ٣٣٢

به الحاكم أميناً مستقلاً إن كان المعزول واحداً، أو منضمماً إلى الباقي إن كان أكثر.

و إنما أعاد المسألة مع سبقها (١) لبيان جواز الاستبدال؛ إذ لم يتقدم له ذكر سابقاً.

### عدم ضمان الوصى إلا مع التعدي أو التفريط

و الوصى أمين لا يضمن إلا مع تعدد أو تفريط بلا خلاف، كما في المسالك وغيره (٢).

و ما يستفاد من الأخبار من إطلاق ضمانه محمول على ما إذا فُط.

و أما ما ورد بضمانه بتبديله فمستفيض، و منه الصحيح: عن رجل أوصى إلى رجل و أمره أن يعتق عنه نسمة بستمائه درهم من ثلثه، فانطلق الوصى و أعطى الستمائه درهم رجلاً يحج بها عنه؟ قال: فقال: «أرى أن يغرم الوصى من ماله ستمائه درهم، و يجعل الستمائه فيما أوصى به الميت من نسمة» (٣).

و يجوز للوصى أن يستوفى دينه مما في يده من مال الموصى مطلقاً، و لو من دون بينه، عجز عنها أم لا، على الأقوى، وفاقاً للشهيدين و غيرهما (٤)؛ لعموم أدلته جواز المقاصه لمن له دين على آخر (٥).

و لأن الفرض كونه وصياً في إثبات الديون، فيقوم مقام الوصى في ذلك، و الغرض من البينه و الإثبات عند الحاكم جواز كذب المدعى في

ص: ٣٣٣

١- في ص ٣١٢.

٢- المسالك ١: ٤١٥؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٥٨١.

٣- الكافي ٧: ٣/٢٢، الفقيه ٤: ٥٣٣/١٥٤، التهذيب ٩: ٨٨٧/٢٢٦، الوسائل ١٩: ٣٤٨ أبواب أحكام الوصايا ب ٣٧ ح ١.

٤- الشهيدان في اللمعه (الروضه البهيه ٥): ٧٧؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٣٩٤.

٥- انظر الوسائل ١٧: ٢٧٢ أبواب ما يكتسب به ب ٨٣.

دعواه فيطت بالبينه شرعاً، و علمه بدينه أقوى منها، بناءً على جواز خطائها دونه.

و لأنه بقضائه الدين محسن، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ. [١]

خلافاً للنهائه و القاضى (١)، فلم يجوز ذلك إلا مع البينه، و حجّتهم عليه غير واضحة سوى الأصل، و الموثق: إن رجلاً أوصى إلى فسألته أن يشرك معى ذا قرابه له، ففعل، و ذكر الذى أوصى إليه لى أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين و مائه درهم و عنده رهن بها جام فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أنه له قبله أكرار حنطه، قال: «إن أقام البينه، و إلا فلا شىء له» قال: قلت: أ يحلّ له أن يأخذ مما فى يده شيئاً؟ قال: «لا يحلّ له» قلت: أ رأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أ كان ذلك له؟ قال: «إن هذا ليس مثل هذا» (٢).

و يضعف الأول بلزوم الخروج عنه بما مر.

و الثانى: أولاً: بعدم مقاومته لما تقدم، من حيث كثرته و اشتهاره دون الثانى.

و ثانياً: بالقول بموجه من حيث فرضه فى استيفاء أحد الوصيين على الاجتماع بدون إذن الآخر، و ذلك فإن أحد الوصيين كذلك بمنزله الأجنبى ليس له الاستيفاء إلا بإذن الآخر كباقى التصرفات، و ليس للآخر تمكينه منه بدون إثباته. و لا كذلك ما نحن فيه؛ لفرضه فى الوصى المستقل، و قد نبه عليه بقوله فى آخر الخبر بعد أن سأله عن أخذ ماله قهراً: «إن هذا ليس مثل

ص: ٣٣٤

١- النهايه: ٦٠٨، القاضى فى المهذب ٢: ١١٨.

٢- الكافى ٧: ١/٥٧، الفقيه ٤: ٦١٣/١٧٤، التهذيب ٩: ٩١٠/٢٣٢، الوسائل ١٩: ٤٢٨ أبواب أحكام الوصايا ب ٩٣ ح ١؛ بتفاوت.

هذا» و المراد أن هذا إنما يجب أن يأخذ بإذن الآخر فليس له أن يمكّنه من الأخذ بمجرد دعواه، بخلاف من يأخذ من مال من أخذ ماله مقاصه، فإن له ذلك حيث لا يطلع عليه أحد، وهو منتفٍ هنا، كذا قيل (١).

ويمكن أن يتنظر فيه أولاً: بمخالفه هذا الفرق لإطلاق كلام أرباب القول الأول، بناءً على أن الظاهر أن مرادهم بالوصى وإن كان بلفظ المفرد الجنس الشامل له و للفرد الآخر، وإلا لزم عدم جواز استيفاء أحد الوصيين دينه مع علم الآخر بثبوتة على الموصى حال الاستيفاء، ولعله مخالف لظاهر مرامهم، ولا أظن القائل يلتزمه، مع أن عموم أدله الجواز شامل له و لمحل الفرض فى الخبر.

و ثانياً: بعدم وضوح الفرق إلا من حيث عدم جواز الأخذ بدون إذن الآخر؛ لعدم استقلاله بالإذن فى التصرف. و هو يتم إذا كان الوجه فى جواز الاستيفاء هو الوصيه إليه و إذنه فى التصرف، و ليس كذلك، لما عرفت من أدلته التى منها أدله جواز المقاصه، و كونه محسناً، و بالجملة فوجوه الجواز عديده، منها الأدله المزبوره العامه لصورتي كون المستوفى وصياً و عدمه، و على هذا فيجوز الأخذ بدون إذن الآخر، لجوازه بدون إذن الموصى لو كان حياً فلأن يجوز بدون إذنه أولى.

نعم، عليه يتوقف المقاصه على صورته العجز عن الإثبات بالبينه إن قلنا باشتراطه فى مسأله المقاصه، و إلا كما هو الأشهر الأقوى ثمه فلا توقف عليها أصلاً.

و للحلى و الماتن فى الشرائع و الفاضل فى المختلف (٢) هنا قول

ص: ٣٣٥

١- قال به الشهيد فى المسالك ١: ٤١٥.

٢- الحلى فى السرائر ٣: ١٩٢، الشرائع ٢: ٢٥٧، المختلف: ٥١١.



بالتفصيل بين صورتى العجز عن الإثبات فالأول، و عدمه فالثانى، و وجهه غير واضح غير الحواله على مسأله المقاصه إن قيل بهذا التفصيل فيها.

و ربما ينسب هذا القول إلى النهايه و القاضى (١)، مع أن المستفاد من عبارتهما المنقوله فى المختلف و غيره (٢) هو الثانى.

و العجب من الذى نسبته إليهما أنه استدل لهما بالموثق الذى مضى، مع أن ظاهره كما ترى المنع مع عدم إقامه البينه مطلقاً، و لو كان عاجزاً عنها، هذا.

و يمكن توجيه القول الثانى باستلزام مقاصيته التصرف فى المال المشترك بينه و بين الورثه من دون إذنه أو إذن الحاكم مع عدم تقصيرهم فى الأداء، و لا تشمله أدلّه المقاصه، لانصرافها بحكم التبادر إلى صورته حياه المديون خاصه، و ليس فيها المانع المتقدم إليه الإشاره.

و لعل هذا هو وجه الفرق المصرّح به فى الروايه المتقدمه دون ما ذكره القائل المتقدم.

و على هذا الوجه لا فرق بين الوصى المتّحد و المتعدّد مطلقاً، إلا أن يقال بالمنع عن جريان علّه المنع المذكوره فى هذا الوجه فى المتحد، بناءً على قيامه مقام الموصى مستقلاً فى أداء دينه، و لذا يجوز له أدائه إذا كان لغيره بعد علمه بثبوتة إلى حال الأداء اتفاقاً، فتأمل جداً.

و يمكن توجيه مختار الماتن فى الشرائع أمّا فى محل المنع فيما مرّ:

من لزوم التصرف بدون الإذن الممنوع منه، و فى محل الجواز بتخصيص وجه المنع بأدلّه نفى الضرر و لزوم العسر و الحرج.

ص: ٣٣٦

١- انظر الحدائق ٥٨٣: ٢٢.

٢- المختلف: ٥١١؛ و انظر النهايه ٦٠٨، و المهذب ١١٨: ٢.

و هذا فى الجملة أحوط، و إن كان القول الأول أظهر، لكن فى الوصى المتحد و المتعدد على الانفراد، دون الاجتماع؛ لقوه المنع فيه، كما ذكره القائل المتقدم، بناءً على انحصار دليل الجواز على ما ذكر هنا من التحقيق فى الإذن بالوصيه خاصه، دون أدله نفي السبيل عن المحسن و جواز المقاصه، و إن استدل بأولاهما القائل المزبور، و بها و بثانيتها الحلي، فإنهما بمحل من القصور، فالثانى: بما مر من اختصاصه بحكم التبادر بحال حياه المديون، فلا عموم فيها للمفروض، و الأول: بأنه لا يخصص ما دل على المنع عن التصرف فى المال المشترك.

و يجوز له أيضاً أن يقوم مال اليتيم على نفسه بثمان المثل فصاعداً إذا لم يكن غيره هناك للزيادة باذلاً، على الأقوى، وفاقاً للنهائيه و القاضى و الفاضلين و الشهيدين و المفلح الصيمرى و غيرهم من المتأخرين (١)؛ للخبر المنجبر قصور سنده بعمل الأكثر، و فيه: هل للوصى أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد، يزيد و يأخذ لنفسه؟ فقال:

«يجوز إذا اشترى صحيحاً» (٢).

و علّوه أيضاً بأنه بيع وقع من أهله فى محله؛ لأنه جائز التصرف يصح أن يقبل الشراء و يتملك العين، فينفذ، لانتفاء المانع المدعى كما يأتى، و الأصل عدم غيره.

ص: ٣٣٧

- 
- ١- النهائيه: ٦٠٨، القاضى فى المهذب ١١٨: ٢، المحقق فى الشرائع ٢٥٧: ٢، العلّامه فى المختلف: ٥١١، الشهيد الأول فى الدروس ٣٢٧: ٢، الشهيد الثانى فى المسالك ٤١٥: ١، و انظر التنقيح الرائع ٣٩٥: ٢، و جامع المقاصد ٢٨٧: ١١.
  - ٢- الكافى ٧٠/٥٩، الفقيه ١٦٢/٥٦٦، التهذيب ٩٥٠/٢٤٥، الوسائل ٤٢٣: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ٨٩ ح ١.

خلافاً للحلّي و الخلاف (١)، فلم يجوزاه؛ لوجوب التغيير بين الموجب و القابل، و هو مفقود في المقام، و قياسه على شراء الأب من مال ولده الصغير الجائر بإجماعنا حرام.

و لما روى من أن رجلاً أوصى إلى رجل ببيع فرس له، فاشتراه الوصى لنفسه، و استفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له ذلك (٢). استدلّ بهذا دون الأوّل في الخلاف، قال بعده: و لا يعرف له أي لابن مسعود مخالف.

و فيهما نظر؛ لمنع الأوّل إن أريد به التغيير الحقيقي، كيف لا و قد ادّعى الطوسي على كفايه التغيير الاعتباري في عقد النكاح إجماعنا (٣)، و هو حاصل هنا، فيكون كافياً فيه بطريق أولى.

و القياس المزبور حرام لو لم يكن من باب اتحاد طريق المسألتين، و إلّا كما ادّعاه بعض الأصحاب (٤) فلا.

و الرواية بعد تسليم سندها لا حجة فيها، حيث لم يحك فيها عن صاحب الشريعة، و دعوى الشيخ عدم مخالف لابن مسعود بعد تسليم كونها حجة لا تعارض الرواية المنجبره بالشهره العظيمه، و الدليل الآخر المتقدم إليه الإشاره، و هو و إن كان في صلوحه للحجّه مناقشه، إلّا أنه كاتحاد طريق المسألتين المتقدم ذكره صالح للتأييد و التقويه.

ص: ٣٣٨

١- الحلّي في السرائر ١٩٣:٣، الخلاف ٣:٣٤٦.

٢- المجموع للنووي ١٢٤:١٤، المغني لابن قدامه ٥:٢٣٨ مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه.

٣- الخلاف ٤:٢٨٨.

٤- انظر التنقيح الرائع ٢:٣٩٥.

نعم، يؤيد ما ذكره الأخبار المانعه للوكيل عن الشراء لنفسه (١). لكن لا تصلح للحجيه؛ إما لعدم المصير إليها ثمه، كما ذهب إليه جماعه (٢)؛ أو لاختصاصها بما ليس منه مفروض المسأله.

و يجوز له أيضاً أن يقترضه أى مال اليتيم، وفاقاً للنهائه و جماعه (٣)، بل نسبه فى الكفايه و غيره (٤) إلى الشهره؛ للنصوص المستفيضة، منها الصحيح: فى رجل ولى مال اليتيم أ يستقرض منه؟ فقال:

«إن على بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره، فلا بأس بذلك» (٥).

و نحوه بعينه خبران آخران (٦)، لكن بدون تفرع نفي البأس.

و قصور سندهما منجبر بالشهره الظاهره و المحكيه، مع اعتباره فى أحدهما بابن محبوب المجمع على تصحيح رواياته.

و هذه النصوص كغيرها و إن كانت مطلقه، إلما أنه ينبغى تقييدها بما إذا كان الوصى مليئاً كما ذكره الجماعه، و استفيد من نصوص أخر معتبره، منها القريب من الصحيح، بل الصحيح كما قيل (٧): فى رجل عنده مال اليتيم فقال: «إن كان محتاجاً ليس له مال فلا يمس ماله، و إن هو أتجر

ص: ٣٣٩

١- الوسائل ١٧:٣٩١ أبواب آداب التجاره ب ٦.

٢- منهم: الشهيدان فى اللمعه و الروضه (الروضه البهيه ٤): ٣٨٤، و الأردبيلي فى مجمع الفائده ٩:٥٦٠، و صاحب الحدائق ٩٨:٢٢.

٣- النهايه: ٣٦١؛ و انظر المختلف: ٣٤٥، و المسالك ١٧٣:١.

٤- الكفايه: ٨٩؛ و انظر المسالك ١٧٣:١.

٥- الكافي ٥/١٣١، الوسائل ١٧:٢٥٨ أبواب ما يكتسب به ب ٧٦ ح ١.

٦- الكافي ٥/١٣١، التهذيب ٥:٦/١٣١، الوسائل ١٧:٢٥٩ أبواب ما يكتسب به ب ٧٦ ذيل الحديث ١.

٧- الحدائق ١٨:٣٢٨.

به فالريح لليتيم و هو ضامن» (١).

و الخبر: كان لى أخ هلك، فوصى إلى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصيه، و ترك ابناً له صغيراً و له مال، أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمن له ماله؟ فقال: «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم» (٢) و نحوه آخر (٣).

و شرط بعضهم (٤) الرهن عليه، و ليس فى النصوص مع ورودها فى مقام الحاجه دلالة عليه، لكن التحفظ فى مال اليتيم بقدر الإمكان طريق الاحتياط، قال الله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ [١] (٥). و لذا إن الحلّى لم يجوز الاقتراض من ماله على الإطلاق (٦). و لكنه شاذ، و بالنصوص المتقدمه مضعّف.

و فسّر الملاءه بعض (٧) بأن يكون للمتصرف فيه مال بقدر مال الطفل فاضلاً عن المستثنيات فى الدين و عن قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبى

ص: ٣٤٠

- ١- الكافى ٥/٣/١٣١، التهذيب ٥/٩٥٥/٣٤١، الوسائل ١٧:٢٥٧ أبواب ما يكتسب به ب ٧٥ ح ٣.
- ٢- الكافى ٥/١/١٣١، التهذيب ٥/٩٥٧/٣٤٢، الوسائل ١٧:٢٥٧ أبواب ما يكتسب به ب ٧٥ ح ١.
- ٣- الكافى ٥/٤/١٣١، التهذيب ٥/٩٥٤/٣٤١، الوسائل ١٧:٢٥٨ أبواب ما يكتسب به ب ٧٥ ح ٤.
- ٤- كالفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:١٣٦.
- ٥- الأنعام: ١٥٢.
- ٦- السرائر ٢:٢١٢.
- ٧- كالشهيد الثانى فى المسالك ١:٥٠.

و آخر (١) بأن يكون المتصرف قادراً على أداء المال المأخوذ من ماله إذا تلف بحسب حاله.

و ليس فى النصوص ما يدل على شىء منهما صريحاً، والخبران الأخيران يحتملان الانطباق على كل منهما، لكن الثانى لعله أظهر و أوفق بالحفظ المعترف فى مال اليتيم، و أنسب بمدلول الآيه الكريمه.

و الظاهر اعتبار الإشهاد، كما قيل (٢)؛ حفظاً للحق عن التلف.

قال الشهيد الثانى: و إنما يصح له التقيوم على نفسه مع كون البيع مصلحه للطفل؛ إذ لا- يصح بيع ماله بدونها مطلقاً، و أمّا الاقتراض فشرطه عدم الإضرار بالطفل و إن لم يكن المصلحه موجوده (٣). و استحسنته فى الكفايه (٤).

و لا يخلو فى الثانى عن قوه؛ لإطلاق النصوص المتقدمه.

و اعلم أنه تختص ولاية الوصى بما عين له الموصى من التصرفات و الولايات عموماً كان ما عين له، كأنت وصى فى كل قليل أو كثير، أو فى كل مالى فيه ولايه، و نحوه أو خصوصاً مطلقاً، بشىء معين كان مختصاً، كأنت وصى فيما أوصيت به يوم الدفن، أو فيما ذكرته فى وصيتى و كان قد ذكر أشياء مخصوصه و نحو ذلك، أو بوقت، كأنت وصى إلى سنه، أو إلى أن يبلغ ابنى فلان، و شبه ذلك، أو بالأحوال، كأن

ص: ٣٤١

١- كصاحب المدارك ٥: ١٨.

٢- قاله الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢: ٣٩٥.

٣- المسالك ١: ١٧٣.

٤- الكفايه: ٨٩.

يوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج و غير ذلك.

و لا خلاف فى شىء من ذلك أجده؛ لعموم ما دلّ على تحريم تبديل الوصية.

و لو قال: أنت وصيى و أطلق قيل: كان لغواً (١)، و عن المحقق الثانى أنه حكى عن الشارح الفاضل عدم الخلاف فيه (٢)، و نسبه فى الكفايه إلى كلام الأصحاب كافة، قال: و لا يبعد كونه وصياً على الأطفال؛ لأنه المفهوم فى المتعارف (٣).

و هو حسن حيث ثبت، و إلّا فالأول أثبت.

و لو قال: أنت وصيى على أولادى ففى انصراف الوصيه إلى التصرف فى مالهم بما فيه الغبطه، أو إلى حفظه خاصه، أو عدم الصحه ما لم يبين ما فوض إليه، أو جه ثلاثه، اختار أولها فى الكفايه (٤).

### جواز أخذ الوصى أجره المثل

و يجوز أن يأخذ الوصى أجره المثل لعمله إن عينها له الموصى مطلقاً، بلا خلاف، كما فى التنقيح (٥)، و كذا الزيادة لو وافقت الثلث، و إلّا فتتوقف على إجازة الورثه.

و كذا إن لم يعينها بشرط أن لا يكون بعمله متبرعاً، وفاقاً للمحكى عن الشيخ و الفاضل و الشهيد (٦)؛ لأنه عمل محترم غير متبرع به فكان له

ص: ٣٤٢

١- قال به العلامة فى التذكرة ٥٠٨:٢، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٦٢:١١.

٢- جامع المقاصد ٢٦٢:١١؛ و انظر إيضاح الفوائد ٦٢٣:٢.

٣- الكفايه: ١٥١.

٤- الكفايه: ١٥١.

٥- التنقيح الرائع ٣٩٦:٢.

٦- الشيخ فى النهايه: ٣٦٢، الفاضل فى المختلف: ٣٤٥، الشهيد فى الدروس ٣٢٧:٢.

اجره مثله.

و للخبر، بل الصحيح كما قيل (١): عَمَّنْ تَوَلَّى مَالَ الْيَتِيمِ مَا لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ؟ فَقَالَ: «يَنْظُرُ إِلَى مَا كَانَ غَيْرَهُ يَقُومُ بِهِ مِنَ الْأَجْرِ لَهُمْ فَلْيَأْكُلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ» (٢).

و عن مجمع البيان أنه الظاهر من روايات أصحابنا (٣).

و قيل كما عن النهاية و الحلبي (٤): يَأْخُذُ قَدْرَ الْكِفَايَةِ لِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ [١] (٥) و هو ما لا إسراف فيه و لا تقتير.

و للمعتبره المستفيضه، منها الصحيحان المفسران للمعروف بالقوت (٦).

و الموثقان في تفسيره أيضاً، في أحدهما: «فليأكل بقدر و لا يسرف» (٧).

و في الثاني: «له أن يصيب من لبنها من غير نهك بضرع و لا فساد لنسل» (٨).

ص: ٣٤٣

١- قال به صاحب الحدائق ٣٣٧: ١٨.

٢- التهذيب ٣٤٣/٩٦٠، الوسائل ١٧: ٢٥١ أبواب ما يكتسب به ٧٢ ح ٥.

٣- مجمع البيان ١٠: ٢.

٤- النهاية: ٣٦١، الحلبي في السرائر ٢: ٢١١.

٥- النساء: ٦.

٦- الكافي ٣/١٣٠، التهذيب ٣٤٠/٩٥٠، وج ٩٤٩/٢٤٤، الوسائل ١٧: ٢٥٠ أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ١.

٧- الكافي ١/١٢٩، التهذيب ٣٤٠/٩٤٨، الوسائل ١٧: ٢٥١ أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ٤.

٨- الكافي ٤/١٣٠، التهذيب ٣٤٠/٩٥١، قرب الإسناد: ٤٧، الوسائل ١٧: ٢٥٠ أبواب ما يكتسب به ب ٧٢ ح ٢.



و الخبر المروى عن تفسير العياشى: «فليشرب من ألبانها غير مجهد للحلاب، و لا مضراً بالولد» (١).

و يمكن إرجاع هذه الأدلة إلى الأوّل، لكنّه فرع التكافؤ.

و الأحوط بل الأولى كما عن المبسوط و التبيان (٢) أن له أقلّ الأمرين؛ جمعاً بين الأدلّة، و اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن من الفتوى و الروايه.

هذا مع الحاجه فى الوصى و فقره.

و أمّا مع غناه فالأحوط بل اللازم كما عن الحلّى (٣) أن لا يأخذ شيئاً؛ للأصل، و نصّ الآية الكريمة مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْرِ تَغْفِفْ [١] (٤) و الموثق: «من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه.. فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزأَنَّ من أموالهم شيئاً» (٥).

خلافاً للمحكى عن الإسكافى و الطوسى (٦)، فجوزّاه على كراهه، و وافقهما العلّامة (٧)؛ لقرينه العفه الظاهره فى الجواز مع الكراهه.

و فى هذه القرينه مناقشه، فلا يصرف الأمر فى الآية و الروايه عن

ص: ٣٤٤

١- تفسير العياشى ٢٢١/٢٨: ١، المستدرک ١٣: ١٩٥ أبواب ما يكتسب به ب ٦٠ ح ٣.

٢- المبسوط ١٣٦: ٢، لم نعثر عليه فى التبيان، حكاه عنه فى السرائر ٢١١: ٢ و المختلف: ٣٤٥.

٣- السرائر ٢١١: ٢.

٤- النساء: ٦.

٥- تقدّم مصدره فى ص ٣٤٠ الهامش (٧).

٦- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٣٤٥، الطوسى فى النهايه: ٣٦٢.

٧- المختلف: ٣٤٥.



و إذا كان الوصى أذن له الموصى فى الوصيه فيما أوصى به إليه إلى الغير جاز له الإيصاء فيه إليه، بلا خلاف فيه و فى العدم مع المنع، بل عليه الإجماع فى كلام جماعه، كالصيمرى و غيره (١)؛ و هو الحجه فيهما، مضافاً إلى الأصول فى الثانى، و الروايه الآتية فحوى أو منظوقاً على ما فهمه الجماعه فى الأوّل.

و لو أطلق ف لم يأذن و لم يمنع فقولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين، بل لعلّه عليه عامتهم أنه لا يصحّ وفاقاً للمفيد و التقى و ابن زهره و الحلّى (٢)؛ اقتصاراً فى التصرف فى مال الغير الممنوع منه على مورد الإذن، و ليس إلّا التصرف للوصى الأوّل حال حياته.

خلافاً للإسكافى و النهايه و القاضى (٣)، فجوزوه كالأوّل؛ للصحيحه:

رجل كان وصى رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: «يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله تعالى» (٤) بناءً على أن المراد بالحق هنا حق الإيمان فكأنه قال:

يلزمه إن كان مؤمناً وفاؤه لحقه بسبب الإيمان، فإنه يقتضى معونه المؤمن و قضاء حوائجه التى أهمّها إنفاذ وصيته.

و لأنّ الموصى أقامه مقام نفسه، فيثبت له من الولاية ما ثبت له.

ص: ٣٤٤

١- انظر التنقيح الرائع ٢:٣٩٧، و الروضه ٥:٦٦.

٢- المفيد فى المقنعه: ٦٧٥، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٦٦، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٤، الحلّى فى السرائر ٣: ١٩١.

٣- نقله عن الإسكافى فى المختلف: ٥١١، النهايه: ٦٠٧، القاضى فى المهذب ٢: ١١٧.

٤- الفقيه ٤: ٥٨٧/١٦٨، التهذيب ٩: ٨٥٠/٢١٥، الوسائل ١٩: ٤٠٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٠ ح ١.

و لأن الاستنابه من جمله التصرفات المملوكة بالنص.

و يضعف الأول بعد الإغماض عن كونه مكاتبه غير حجه، أو لأدله المنع غير مكافئه كونه مجملاً في الدلاله؛ لما ذكره الجماعه: من احتمال ما يصاد الأول، بأن يراد بحقه الوصيه إليه بأن يوصى، و ضمير حقه راجع إلى الموصى الأول، و المعنى حينئذ: أن الوصيه تلزم الوصى الثانى بحق الأول إن كان له أى للأول قبله أى قبل الوصى الأول حق، بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصى، فقد صار له قبله حق الوصيه، فإذا أوصى بها لزم الوصى الثانى، و مع تطرق الاحتمال يسقط الاستدلال، إن لم يكن الثانى أرجح.

ثم إن هذا على ما فهموه من الروايه: من تعلق وصيه الوصى إلى الغير بما أوصى إليه الموصى الأول. و أمّا على ما يظهر منها بعد تعمق النظر فيها من أن المراد بالسؤال أن الوصى أوصى إلى الغير فيما يتعلق به و جعله وصياً لنفسه، فهل يدخل فى هذه الوصيه وصيه الموصى الأول فيلزم الوصى الثانى العمل بها أيضاً، أم لا؟ فكتب عليه السلام الجواب بما مضى فلا وجه أيضاً للاستدلال به؛ لكونه على هذا التقدير أيضاً مجملاً.

و مقتضاه حينئذ أنه إن كان للوصى الأول قبله أى قبل الوصى الثانى حق من جهه وصيه الموصى الأول لزمه الوفاء به، و إلا فلا، و يكون المراد بالحق حينئذ حق التوصيه إلى الوصى الثانى، بأن صرح له بالوصيه، فيرجع حاصل الجواب إلى أن وصيه الأول لا تدخل فى إطلاق وصيه الموصى الثانى إلا أن يصرح به، و هو كما ترى غير مورد النزاع.

و إطلاقه و إن شمله إلا أنه لا عبره به؛ بناءً على ظهور وروده لبيان حكم غيره، فيكون الخبر بالنسبه إلى مورد النزاع من جواز وصيه الوصى

إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصى و عدمه مجملاً محتملاً لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتيقن المجمع عليه، وهو صورته الإذن فيها لا مطلقاً.

و يحتمل هنا احتمال آخر لا يتأتى معه الاستدلال أيضاً كما سبق.

و يضعف الثاني: بأن إقامته مقام نفسه إنما هي في فعله مباشره بنفسه، كما هو الظاهر.

و الثالث: بمنع كون الاستنابه من جملة التصرفات؛ فإن رضاه بنظره مباشره لا- يقتضى رضاه بفعل غيره، لاختلاف الأنظار و الأغراض في ذلك.

### من لا وصى له فالحاكم ولى تركته

و من لا- وصى له فالحاكم ولى تركته بلا- خلاف فيه و فى أن المراد بالحاكم الإمام عليه السلام إن كان، وإلا فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و مع عدمه فالتولية لعدول المؤمنين، وفاقاً للطوسى و أكثر المتأخرين (١)؛ للمعتبره المستفيضه المؤيده بأن فيه الإعانه على البرّ المأمور بها فى الكتاب و السنه، و عموم قوله سبحانه وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ [١] (٢) و نحو ذلك من المؤيّدات القويه التى أعظمها الشهره العظيمة التى كادت تكون إجماعاً، بل لعلها إجماع فى الحقيقة.

و خلاف الحلّى كتردد الماتن فى الشرائع (٣) شاذ غير ملتفت إليه. مع احتمال عبارته الأوّل ما يوافق الجماعه، بإرادته منها المنع عن ولايتهم إذا كان هناك حاكم الشريعة.

و يستثنى من محل المنع على تقديره ما يضطرّ إليه الأطفال و الدواب

ص: ٣٤٨

١- الطوسى فى النهايه: ٦٠٨؛ و انظر الجامع للشرائع: ٤٩٢، و التنقيح الرائع ٣٩٨: ٢، و اللمعه (الروضه البهيه ٥): ٧٨.

٢- التوبه: ٧١.

٣- الحلّى فى السرائر ١٩٣: ٣، الشرائع ٢٥٧: ٢.

من المئونه، و صيانه المال المشرف على التلف، فإن ذلك و نحوه واجب على المسلمين كفايةً فضلاً عن العدول منهم، كإطعام الجائعين المضطرين، و نحو ذلك.

و لو كان الحاكم بعيداً و أمكن المراجعة إليه و لو بعد مده اقتصروا فى التصرف على ما لا بُدَّ منه، و أُخروا ما يسع تأخيره.

## الخامس فى الموصى به و فيه أطراف

### إشاره

الخامس: فى الموصى به.

و فيه: أطراف

### الأول فى متعلق الوصيه

الأول: فى متعلق الوصيه، و يعتبر فيه أن يكون له قابليته الملك لكل من الموصى و الموصى له.

فلا- تصح الوصيه بالخمير الغير المحترمه المتخذة لغير التخليل و لا بآلات اللهو و لا الخنزير، و لا كلب الهراش، و نحو ذلك، بلا خلاف أجده، بل الإجماع عليه فى التذكرة (١) و على جواز الوصيه بالكلاب الأربعة معللاً- الأخير بأن فيه نفعاً مباحاً، و تقرّ اليد عليه، و الوصيه تبرع تصح فى المال و غير المال من الحقوق، و أنه تصح هبته فتصح الوصيه به كالمال.

و يستفاد منه جواز الوصيه بكل ما فيه نفع محلل مقصود و إن لم يجز بيعه كالفيل و نحوه، على القول بالمنع عن بيعه، و به صرح فى التذكرة (٢) فى المثال و غيره.

و يجوز أن يوصى بالثلث من تركته فما نقص بدون إذن الورثه إجماعاً، لا زائداً كذلك، على الأشهر الأقوى، بل عليه إجماع

ص: ٣٤٩

١- التذكرة ٤٨٣: ٢.

٢- التذكرة ٤٨١: ٢.

العلماء، كما صرح به في الغنيه و التنقيح و التذكرة (١)؛ و هو الحجه. مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمده الخاصيه و العاميه (٢)، و هي بالمعنى متواتره.

قالوا: خلافاً لوالد الصدوق (٣)، فجوز الوصيه بالمال كله؛ للرضوى:

«فإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى به» (٤).

و هو كمستنده شاذ، و إن تأيد بالإطلاقات، و بعض الروايات الضعيفه الأسانيد، منها: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز» (٥).

و منها: أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمد عليه السلام، فكتبت إليه: جعلت فداك، رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتي أختٍ له، فرأيك في ذلك؟ فكتب إليّ: «بع ما خلف و ابعث به إليّ» فبعث و بعثت به إليه، فكتب إليّ: «قد وصل إليّ» (٦) و نحوه خبران آخران (٧).

ص: ٣٥٠

١- الغنيه (الجوامع الفقهيه): ٦٠٤، التنقيح الرائع ٣٩٩: ٢، التذكرة ٤٨٢: ٢.

٢- الوسائل ١٩: أبواب أحكام الوصايا الأبواب ١٠، ٩، ٨؛ و انظر سنن الترمذى ٢٩١/٢١٩٩: ٣، و سنن أبي داود ١١٢/٢٨٦٤: ٣، و سنن الدارمى ٤٠٧: ٢.

٣- حكاه عنه في المختلف: ٥١٠.

٤- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٨، المستدرک ٩٦: ١٤، أبواب أحكام الوصايا ب ٩ ح ٦ و فيه صدر الحديث.

٥- الكافي ٧: ٢/٧، الفقيه ١٥٠/٥٢٠: ٤، التهذيب ١٨٧/٧٥٣: ٩، الإستبصار ١٢١/٤٥٩: ٤، الوسائل ٢٩٨: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ١٧ ح ٥.

٦- التهذيب ١٩٥/٧٨٥: ٩، الإستبصار ١٢٣/٤٦٨: ٤، الوسائل ٢٨٠: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ١٦.

٧- التهذيب ١٩٦/٧٨٥: ٩، الإستبصار ١٢٣/٤٦٨: ٤، الوسائل ٢٨١: ١٩، أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ١٧، ١٨.

لضعف الإطلاقات بالإجمال أولاً، وبعدم مكافأتها كالأخبار التالية و الرضوى لما مضى من الأدله ثانياً.

مع قصور الروايه الأولى عن الدلاله على الحكم فى المتنازع فيه جدّاً من وجوه شتى:

منها: أن غايتها الجواز، و لا كلام فيه، إنما الكلام فى اللزوم و عدمه.

و منها: احتمال أن يراد بالمال الثلث، كما صرح به الصدوق فى المقنع بعد أن روى فيه ما يقرب من هذه الروايه، قال بعد نقله: ماله هو الثلث؛ لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث (١).

و منها: احتمال تقييدها بصوره فقد الوارث الخاص، كما هو أحد القولين، و إن منع عنه أيضاً فى القول الآخر، و لعلّه الأظهر.

و نحو هذه الروايه فى القصور دلالة الروايات الأخيره لوجوه هى فى الاستبصار و غيره (٢) المذكوره، مع أنها معارضه بصريح أخبار أخر معتبره:

منها الصحيح: كان لمحمد بن حسن بن أبى خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له: ميمون، فحضره الموت فأوصى إلى أبى الفضل العباس بن معروف بجميع ميراثه و تركته أن اجعله دراهم و ابعث بها إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام، و ترك أهلاً حاملاً و إخوه قد دخلوا فى الإسلام و أمّاً مجوسية، قال: ففعلت ما أوصى به و جمعت الدراهم و دفعتها إلى محمد ابن الحسن إلى أن قال:- فكتبت و [حصّلت (٣)] الدراهم و أوصلتها إليه عليه السلام، فأمره أن يعزل منها الثلث يدفعها إليه و يردّ الباقي على وصية

ص: ٣٥١

١- لم نعثر عليه فى المقنع، حكاه عنه فى المختلف: ٥١٠.

٢- الاستبصار ٤: ١٢٥؛ و انظر المختلف: ٥١٠.

٣- فى النسخ: جعلت، و ما أثبتناه من المصادر.



يردّها على الورثة (١). ونحوه غيره (٢) هذا.

و يحتمل عبارته المخالف كالرضوى لما يلتئم مع فتوى العلماء بأن يكون المراد أنه يجب على الوصى صرف المال الموصى به بجميعة على ما اوصى به، من حيث وجوب العمل بالوصيه، و حرمة تبديلها بنصّ الكتاب و السنه، و إنما جاز تغييرها إذا علم أن فيها جوراً و لو بالوصيه زياده عن الثلث، و هو بمجرد احتمالها غير كافٍ، فلعلّ الزيادة عنه وقعت الوصيه بها من دون حيف أصلاً، كأن وجبت عليه في ماله بأحد الأسباب الموجبه له، و الموصى أعلم به، و هذا غير جواز الوصيه بالزيادة تبرّعاً.

و حاصله: أنه يجب على الوصى إنفاذ الوصيه مطلقاً و لو زادت عن الثلث، لاحتمال وجوبها عليه في ماله، إلّا أن يعلم بكون الوصيه تبرّعاً، فلا يمضى منها إلّا الثلث، كما عليه العلماء.

و هذا التوجيه إن لم نقل بكونه ظاهراً من عبارته فلا- أقلّ من تساوى احتمالها لما فهموه منها، فنسبتهم المخالفه إليه ليست في محلّها، و عليه تبّه في التذكرة (٣)، فلا خلاف من أحدٍ يظهر هنا.

و كيف كان ف لو أوصى بزياده عن الثلث صحّ في الثلث و بطل في الزائد بمعنى أنه لا- يلزم فيه، بل يكون مراعى فإن أجاز الورثه بعد الوفاه صحّ، و إن أجاز بعض الورثه صحّ في حصته دون الباقي، بلا خلاف في شىء من ذلك، بل عليه إجماع العلماء في ظاهر

ص: ٣٥٢

- 
- ١- التهذيب ١٩٨/٧٩٠، الإستبصار ١٢٥/٤٧٣، الوسائل ٢٧٧:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٧.
  - ٢- التهذيب ٢٤٢/٩٣٧، الإستبصار ١٢٦/٤٧٤، الوسائل ٢٧٧:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٨.
  - ٣- التذكرة ٤٨١:٢.

الغنيه و صريح التذكرة (١)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى فحوى النصوص الآتية، و صريح غيرها من المعتمده.

و لو أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان و المروى فى المعتمده اللزوم فى الصحيحين: رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرّوا به؟ قال:

«ليس لهم ذلك، الوصيه جائزه عليهم» (٢) و نحوهما غيرهما (٣).

و إليهما ذهب عامّه متأخري أصحابنا تبعاً للإسكافى و الصدوق و ابن حمزه و الطوسى (٤) مدّعياً عليه إجماع الإماميه كما حكى عنه فى المختلف و الدروس و شرح القواعد للمحقق الثانى (٥).

و لا ريب فيه؛ لصحه أكثر النصوص، و كثرتها، و صراحتها، و اشتهاؤها، و اعتضاها بالإجماع المنقول، و سلامتها عن المعارض من جهتها، بل و غيرها أيضاً كما سترى.

خلافاً للمفيد و الديلمى و الحلّى (٦)، فاختروا العدم؛ لأن الورثه

ص: ٣٥٣

- ١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٤، التذكرة ٢: ٤٨١.
- ٢- الكافى ٧: ١/١٢ و ذيله، الفقيه ٥١٣/١٤٨، ٥١٢/١٤٧، ٤: ٥١٢/١٤٧، التهذيب ٧٧٦، ٧٧٥/١٩٣، ٩: ٧٧٥/١٩٣، الإستبصار ٤٦٥، ٤٦٤/١٢٢، ٤: ٤٦٤/١٢٢، الوسائل ١٩: ٢٨٣.
- أبواب أحكام الوصايا ب ١٣ ح ١.
- ٣- التهذيب ٧٧٧/١٩٣، الإستبصار ٤٦٦/١٢٢، الوسائل ١٩: ٢٨٤ أبواب أحكام الوصايا ب ١٣ ذيل الحديث ١.
- ٤- حكاة عن الإسكافى فى التنقيح الرائع ٢: ٤٠٠، الصدوق فى الفقيه ٤: ١٤٧، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٧٥ و فيها نسب اللزوم إلى القيل، الطوسى فى الخلاف ٤: ١٤٤، و النهايه: ٦٠٨.
- ٥- المختلف: ٥٠٠، الدروس ٢: ٣٠١، جامع المقاصد ١٠: ١١٣.
- ٦- المفيد فى المقنع: ٦٧٠، الديلمى فى المراسم: ٢٠٣، الحلّى فى السرائر ٣: ١٨٥.

أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم، كالمراه إذا أسقطت صداقها قبل التزويج، و الشفيع إذا أسقط حقه من الشفيعه قبل البيع.

و لأنها حاله لا يصح فيها ردّهم للوصيه بل يلزمهم إذا أجازوها بعده، فلا تصح فيها إجازتهم كما قبل الوصيه.

و يضعفان مضافاً إلى أنهما اجتهدا في مقابله النص المعتبر بتعلّق حق الورثه بالمال و إلّا لم يمنع الموصى من التصرف فيه.

و بظهور الفرق بين الردّ و الإجازة، فإن الردّ إنما لا- يعتبر حال حياه الموصى لأن استمرار الوصيه يجرى مجرى تجددها حالاً فحالاً، بخلاف الردّ بعد الموت و الإجازة حال الحياه.

قيل: و لا- فرق بين وصيه الصحيح و المريض في ذلك؛ لاشتراكهما في الحجز بالنسبه إلى ما بعد الوفاة (1)، و إن اترقا في التصرف منجزاً إن قلنا فيه بالفرق بينهما، و إلّا فلا فرق بينهما هنا أيضاً، و إن اترقا الوصيه و المنجز على هذا التقدير.

و يعتبر في المجيز جواز التصرف، فلا عبره بإجازة الصبي و المجنون و السفیه. أمّا المفلس فإن كانت إجازته حال الحياه نفذت؛ إذ لا ملك له حينئذٍ و إنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصى عندنا.

و لو كانت بعد الموت ففي صحتها وجهان مبنيان على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت و بالإجازة تنتقل عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه من حين الموت؟ فعلى الأول لا تنفذ؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، و على الثاني يحتمل الأمرين.

ص: ٣٥٤

و هل الإجازة تنفيذ أو ابتداء عطية؟ ظاهر أصحابنا الأوّل، بل ظاهر المسالك و التذكرة (١) الإجماع عليه، فلا يحتاج إلى إيجاب و قبول، و لا- توجب ولاءً للمجيز إذا كان الوصيه في عتق، و لا- يعتبر في إجازة المريض خروجها من الثلث، و تنتفى هذه الأحكام على الثاني.

و يملك الموصى به بعد الموت لا قبله، بلا خلاف، كما في المسالك و عن المبسوط (٢).

و هل يحصل الملك به قهراً كالإرث و إن كان متزلزلاً- حتى يقبل، أم به و بالقبول معاً، أم القبول كاشف بالموت؟ أقوال غير مستنده إلى حجه معتدّ بها، و الأمور الاعتباريه متعارضه، لكن لعلّ الأخير أظهر، و عليه الأكثر، كما في المسالك و غيره (٣)؛ لا لما علّوه به، لما مرّ، بل لأن ذلك مقتضى العقد بناءً على أن مقتضى الإيجاب هو انتقال الملك عقيب الموت بلا فصل، و القبول إنما وقع على هذا الإيجاب، هذا.

مضافاً إلى ظواهر كثير من المعتمره المستفيضه الدالّه على حصول الانتقال بمجرد الموت من دون توقّف على أمر آخر، و قد مضى شطر منها، و فيها الصحيح و غيره.

و هي و إن لم تتضمن اشتراط القبول إلّا أنها مقّيده أو مخصّصه بما دلّ عليه، و العام المخصّص حجه في الباقي، و لا موجب لتخصيصها بالإضافه إلى ما نحن فيه حتى يرتكب.

و يتفرع على الخلاف فروع كثيره هي في المطوّلات كالمسالك و غيره

ص: ٣٥٥

١- المسالك ٣٩٣:١، التذكرة ٤٨١:٢.

٢- المسالك ٣٨٦:١، المبسوط ٢٨:٤.

٣- المسالك ٣٨٧:١؛ و انظر المفاتيح ٢٢١:٣.

و تصحّ الوصيه بالمضاربه بمال ولده الأصغر على أن يكون الربح بينهما مطلقاً، وفاقاً للنهائه و القاضى و أكثر المتأخرين (٢)، بل لعلّه عليه عامتهم؛ للمعتبرين، فى أحدهما: دعانى أبى حين حضرته الوفاه فقال:

يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان إلى ان قال:- فدخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصّتى ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «ليس عليك فيما بينك و بين الله عزّ و جلّ ضمان» (٣).

و فى الثانى: عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، قال: «لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» (٤).

و قصور سندهما بالجهاله مجبور بالشهره العظيمه، مع وجود ابن أبى عمير فى الأوّل و السند إليه صحيح، و هو ممن أجمع على تصحيح ما يصحّ عنهم، فلا يضر جهاله من بعده، و كذا جهاله راوى الثانى، فقد قيل فى حقه: إنه لا بأس به (٥)، و ربما قيل بحسنه (٦)، بل قيل

ص: ٣٥٦

١- المسالك ٣٨٧:١؛ و انظر الحدائق ٣٨٩:٢٢.

٢- النهايه: ٦٠٨، القاضى فى المهذب ١١٨:٢؛ و انظر المختلف: ٥١١، و التنقيح الرائع ٤٠٣:٢، و الدروس: ٢٤٩.

٣- الكافى ١٦/٦١:٧، الفقيه ١٦٩/٥٩١:٤، التهذيب ٢٣٦/٩١٩:٩، الوسائل ١٩:٤٢٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٩٢ ح ٢.

٤- الكافى ١٩/٦٢:٧، الفقيه ١٦٩/٥٩٠:٤، التهذيب ٢٣٦/٩٢١:٩، الوسائل ١٩:٤٢٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٩٢ ح ١.

٥- انظر رجال الكشى ٦٢٩/٦٢٣:٢، و رجال العلّامه: ٢/١٦٨.

٦- قال به المجلسى فى مرآه العقول ١٠١:٢٣.

بوثاقته (١)، هذا.

مضافاً إلى تأييدهما بإطلاقات الكتاب و السنه السليمه كما قيل (٢) عما يصلح للمعارضه؛ فإن التكسب بمال الصغير غير واجب على الوصى، و الحاصل من الربح زياده فائده، و التعرض للتلف غير قاذح، لأن الواجب على العامل مراعاة الأمن و الحفظ و ما فيه مصلحه المال، و العمل به على هذا الوجه راجح عند العقلاء.

و لا يلزم مراعاة المدّه التي شرطها الموصى، بل يصح ما دام الوارث صغيراً، فإذا كمل كان له فسخ المضاربه؛ لأنها عقد مبنى على الجواز، و تحديد الموصى لها بمدّه لا يرفع حكمها الثابت بالأصل، و إنما فائدته المنع عن التصرف فيما زاد عليها لا الالتزام بها فيها.

و لا يلزم من ذلك تبديل الوصيه و تغييرها المنهى عنه شرعاً؛ لأن تبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها، و ليس كذلك هنا، فإنه لما أوصى بعقد جائز فقد عرض العامل لفسخه في كل وقت يمكن، عملاً بمقتضاها، و لا يكون الفسخ تبديلاً للوصيه بل عملاً بمقتضاها.

و مورد الخبرين و العبارة هو الأصاغر خاصه، و عن الأكثر الإطلاق المحتمل للكبار، و مستندهم عليه من النص غير واضح.

و إن كانت الصحه فى الوصيه بما لهم أيضاً غير بعيده إن حصلت منهم الإجازة، لكن الصحه حينئذٍ ليست مستنده إلى الوصيه، فإنها حينئذٍ كالفضولى مستند صحتها إلى الإجازة.

و بعيده إن لم تحصل بسبب عدم اطلاع الورثه؛ لاستلزام الصحه

ص: ٣٥٧

١- انظر الحدائق ٢٢:٤٣٢.

٢- راجع مفتاح الكرامه ٩:٤٦٠.

حينئذٍ جواز تصرف العامل بمجرد الوصيه و لو مع عدم اطلاع الورثه، و هو يستلزم أموراً مخالفه للأصول المسلّمه التي منها حرمه التصرف في ملك الغير بغير إذنه، و عدم إلزام المالك بما تلف بفعل غيره حيث يقع، و كون الربح تابعاً للمال، لا يستحق منه العامل فيه شيئاً مع علمه أو زائداً على أجره المثل.

و فائده الصحه حيث ثبتت أن الوارث إذا لم يفسخ و عمل الموصى له في المال استحق الحصه المعينه له عملاً بمقتضى الوصيه و الإجازة، و ليس في هذا مخالفه للأصول الشرعيه، إذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه، و لا منع عن التصرف في ماله حتى يتوقف على رضاه.

و به يندفع ما يورد على الصحه من تضمّنها الإضرار بالوارث على تقدير زياده المدّه و قلّه الربح؛ لأنّ ذلك مستند إليه حيث لم يفسخ مع تمكّنه منه فالضرر على تقديره مستند إليه، نعم يتّجه ذلك في صورته عدم الإجازة.

فخلاف الحلّي (١) المشترط في الصحه مطلقاً كون المال بقدر الثلث فما دون شاذ. كمختار الفاضل المقداد في التنقيح (٢): من أن المحاباه في الحصه من الربح بالنسبه إلى أجره المثل محسوبه من الثلث.

و هما مع ذلك ردّ للنصّ المعتبر في الجملة، و لولاه لأمكن المصير إلى عدم الصحه فيما زاد على الثلث مطلقاً، لاستلزامها المخالفه لبعض الأصول المتقدمه، و هو تبعيه الربح لرأس المال، و عدم استحقاق العامل فيه شيئاً أو زائداً على الأجره، فتأمل.

ص: ٣٥٨

١- السرائر ١٩٢:٣.

٢- التنقيح الرائع ٤٠٣:٢.

و لو أوصى بواجب و غيره أخرج الواجب من الأصل إذا كان مالياً، كالدين و الحج و الباقي من الثلث بلا خلاف أجده، و به صرح جماعه (١)، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٢)؛ و هو الحججه.

مضافاً إلى إطلاقات الكتاب و السنه بتقديم الدين على الإرث، الشامله لصورتي الوصيه به و عدمها. و مجرد الوصيه به لا يوجب صرفه إلى الثلث ما لم يصرح به؛ لعدم التلازم.

و للصحيح: رجل توفى و أوصى أن يحج عنه، قال: «إن كان ضروره فمن جميع المال، إنه بمنزله الدين الواجب، و إن كان قد حج فمن ثلثه» (٣) الحديث، و نحوه الموثق (٤). و هو كما ترى صريح فى عدم التلازم.

و التعليل فى الذيل ظاهر فى العموم لكل ما هو بمنزله الدين، فيشمل جميع الواجبات الماليه المحضه، كالدين و الزكاه و الكفارات و نذر المال، و المشوبه بالبدن كالحج. فما فى الكفايه بعد نسبه العموم إلى الأصحاب كافه: من أن الحكم ثابت فى الزكاه و الحج الواجبين خاصه، و الحججه فى غيرهما غير واضح (٥) المناقشه فيه واضحه.

و إذا كان بدنياً كالصلاه و الصوم أخرج من الثلث، بلا خلاف أجده إلا من ظاهر إطلاق العبارة و نحوها؛ و حجته غير واضحه، و يحتمل قوياً اختصاصه بالواجب المالى خاصه، و إنما لم يقيد به اتكالا على الوضوح من الخارج.

ص: ٣٥٩

١- انظر التنقيح ٢:٤٠٤ و الحدائق ٢٢:٤٣٥.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيه): ٦٠٤.

٣- الكافى ٤:١/٣٠٥، الوسائل ١١:٦٧ أبواب وجوب الحج و شرائطه ب ٢٥ ح ٤.

٤- التهذيب ٩:٦٩٣/١٧٠، الوسائل ١٩:٣٥٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٠ ح ١.

٥- الكفايه: ١٤٧.



و لعلّه لذا لم ينقل أحد خلافاً في المسأله إلاّ المحقق الثاني (١)، فقد حكى القول بإخراجه أيضاً من الأصل كالمالى، لكن لم يصرح بقائله، و يمكن إرادته الماتن و من هذا حذوه في التعبير، و لعلّه بعيد، لكن بعدم الخلاف صرح بعض الأجله (٢).

و الفرق بين المقامين واضح؛ فإن الواجب المالى و إن كان مشوباً بالبدن فى بعض أفراده لما كان متعلقاً بالمال حال الحياه و جب إخراجه بعد الموت من المال، و تخرج الأدله المتقدمه شاهده على ذلك. و أما الواجب البدنى فإنه لما كان متعلقه فى حال الحياه إنما هو البدن و بعد الموت مع عدم الوصيه به يتعلّق الخطاب به بالولى، فمع عدمه و عدم الوصيه لا دليل على وجوب الإخراج من الأصل.

و لو حصر الجميع أى جميع ما أوصى به من الواجب و غيره فى الثلث بأن صرح بإخراجه منه بدئ بالواجب و قدّم على غيره و إن تأخّرت الوصيه به، سواء كان الواجب مالياً أم غيره، و بدئ بعده بالأوّل فالأوّل، كما يقتضيه إطلاق العبارة هنا و فى كلام جماعه، بل لم أقف فيه على مخالف عدا الكفايه، فقال: و قطع بعضهم بتقديم البدنيه على المتبرّع بها من ثلث الباقي الأوّل فالأوّل، و حجته غير واضحه (٣).

و فيه نظر؛ لأولويه الواجب على غيره، مع حصول تيقن براءه الوصى بصرفه فيه، و لا كذلك لو صرفه فى غيره.

مضافاً إلى ظاهر التعليل فى الصحيح: إن امرأه من أهلى ماتت

ص: ٣٦٠

١- جامع المقاصد ١١٩: ١٠.

٢- الحدائق ٢٢: ٤٣٥.

٣- الكفايه: ١٤٦.

و أوصت إلى بثلث مالها، وأمرت أن يعتق عنها و يتصدق و يحج عنها، فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: «ابدأ بالحج فإنه فريضه من فرائض الله عز و جل، و تجعل ما بقى طائفه في العتق، و طائفه في الصدقه» (١) الحديث.

و هو و إن اختصّ بالحجّ الذي هو من الواجبات الماليه إلا أن تعليل تقديمه بكونه من فرائض الله سبحانه عامّ يشمل جميع ما يوجد فيه هذه العله، و لا ريب أن الصلاه من أفضل فرائض الله سبحانه، فالحق ما ذكره الجماعه.

و لو أوصى بأشياء تطوّعاً، فإن رتب بينها بدئ بالأوّل حتى يستوفى الثلث و بطل في ما زاد عليه إن لم يجز الورثه، بلا خلاف في الأخير، و في الأوّل أيضاً إذا كانت الوصيه بها في وقت واحد و لم يكن فيها عتق. و أمّا مع فقد الشرطين فكذلك على الأشهر الأظهر، كما في الكفايه و غيره (٢).

قيل: لأنّ الوصيه الصادره أوّلاً نافذه؛ لصدورها من أهلها في محلها، بخلاف الصادره بعد استيفاء الثلث (٣).

و الأولى الاستدلال عليه بالخبر: في رجل أوصى عند موته و قال:

أعتق فلاناً و فلاناً و فلاناً حتى ذكر خمسه، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعتقهم، قال: «ينظر إلى الذين سمّاهم و بدأ بعتقهم فيقومون، و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكره، ثم الثاني،

ص: ٣٤١

١- الكافي ٧: ١٤/١٩، الفقيه ٤: ٥٤٣/١٥٦، التهذيب ٩: ٨٦٩/٢٢١، الإستبصار ٤: ٥٠٩/١٣٥، الوسائل ١٩: ٣٩٦ أبواب أحكام الوصايا ب

١٦٥ ح ١.

٢- الكفايه: ١٤٦؛ و انظر التنقيح الرائع ٢: ٤٠٤، و الروضه ٥: ٤٤.

٣- الكفايه: ١٤٦.

ثم الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذي سُمي أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك» (١).

و ضعفه منجبر بالشهره، و بروايه ابن محبوب عن موجه و هو ممن قد أجمعت على تصحيح ما يصح عنه العصابه.

و مورده و إن كان مختصاً بما لا نزاع فيه على الظاهر، إلا أن التعليل ظاهر في العموم له و للمتنازع.

خلافاً للإسكافي و المبسوط (٢) في صورته فقد الشرط الثاني خاصه، فقدما العتق على غيره و إن ذكر بعده.

و يمكن أن يستدل لهما بكثير من المعتبره كالصحيحين، في أحدهما: رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق مماليكه في مرضه، فقال: «إن كان أكثر من الثلث ردّ الى الثلث و جاز العتق» (٣) و قريب منه الثاني (٤).

و الخبر: رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته و أعتق مملوكاً له، و كان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث، كيف يصنع في وصيته؟ فقال:

«يبدأ بالعتق فينفذه» (٥).

لكنها مع ضعف بعضها ضعيفه الدلاله محتمله للعتق المنجز خاصه،

ص: ٣٦٢

١- الكافي ٧:١٥/١٩، الفقيه ٤:٥٤٥/١٥٧، التهذيب ٩:٧٨٨/١٩٧، الوسائل ١٩:٣٩٨ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٦ ح ١.

٢- حكاة عن الإسكافي في المسالك ١:٣٩٤، المبسوط ٤:٤٨.

٣- الكافي ٧:١/١٦، التهذيب ٩:٨٥٩/٢١٩، الوسائل ١٩:٤٠٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٧ ح ٤.

٤- الكافي ٧:٤/١٧، الفقيه ٤:٥٤٦/١٥٧، التهذيب ٩:٧٨٠/١٩٤، الإستبصار ٤:٤٥٤/١٢٠، الوسائل ١٩:٣٩٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٧ ح ١.

٥- الكافي ٧:٣/١٧، الفقيه ٤:٥٤٧/١٥٨، التهذيب ٩:٨٦١/٢١٩، الإستبصار ٤:٥١٠/١٣٥، الوسائل ١٩:٤٠٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٧ ح ٢.

بل ظاهره فيه بلا شبهه، ولا خلاف في تقديمه على الوصيه.

و لابن حمزه في صورته فقد الشرط الأوّل خاصه، فجعل الوصيه الثانيه في الزمان المتباعد رجوعاً عن الأولى إلّا أن يسعها الثلث (١).

و حجته غير واضحه.

نعم، في روايه ضعيفه: إن ابن أخى أوصى بثلاث وصايا فبأيهنّ أخذ؟ فقال: «خذ بأخراهنّ» قلت: فإنّها أقلّ، فقال: «و إن قلت» (٢).

و فيها مضافاً إلى ما مرّ أنه عام لصورتى التباعدين الزمانين و عدمه، و لم يقل بها في الثاني. مع احتمالها الحمل على كون المقصود الرجوع، كما تشعر الروايه به.

و المراد بالأوّل الذى يجب البدأ به ما يقدمه الموصى فى الذكر و لم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه الثانى بثمّ أو الفاء أو الواو أو قطعه عنه، بأن قال: أعطوا فلاناً مائه، أعطوا فلاناً خمسين، كذا قالوا، و ربما يومئ إليه فى الجملة الروايه المتقدمه سنداً للمشهور.

و إن جمع بينها و لم يرتب، بأن ذكرها دفعه فقال: أعطوا فلاناً و فلاناً و فلاناً مائه، أو رتب باللفظ ثم نصّ على عدم التقديم أخرجت من الثلث و وزع النقص على الجميع، فيبطل من كلّ وصيه بحسابها، بلا- خلاف، و عليه يحمل إطلاق بعض ما مرّ من الصحاح بصرف طائفه من الوصيه فى العتق و أخرى فى الصدقه.

و لو أوصى بعتق مماليكه دخل فى ذلك المنفرد و المشترك

ص: ٣٤٣

١- الوسيه: ٣٧٥.

٢- التهذيب ٩: ٧٦٥/١٩٠، الوسائل ١٩: ٣٠٥ أبواب أحكام الوصايا ب ١٨ ح ٧، و فيهما: إن أبى أوصى..

بلا- خلاف أجدده؛ للخبر: عن الرجل تحضره الوفاة و له مماليك لخاصه نفسه، و له مماليك فى شركه رجل آخر، فيوصى فى وصيته: مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الذين فى الشركه؟ فقال: «يقومون عليه إن كان ماله يحتمل ثم هم أحرار» (١).

و يستفاد منه أنه يقوم عليه حصه شريكه إن احتمله ثلثه، و إليه ذهب فى النهايه و القاضى و المختلف (٢).

خلافاً للحلّى (٣) و المتأخرين كآفه، كما ذكره بعض الأجله (٤)، فاختاروا عدم السرايه؛ لمخالفتها الأصل، مع فقد شرطها الذى هو يسار الموصى بموته؛ لزوال ملكه به عن ماله، و الروايه قاصره السند غير صالحه للحجيه.

قيل: و لعلها ضعيفه الدلاله؛ لظهور السؤال فيها فى العتق المنجز، فإنه الذى يعبر عنه بمماليكى أحرار فى الأغلب.

و هو حسن لولا- قوله: فيوصى فى وصيته، فإنه ظاهر فى الوصيه دون المنجز، و كما يجوز صرفه إلى الظهور الأول كذا يمكن العكس لو لم نقل بكونه الأظهر، إلا أن تطبيق الروايه مع القواعد يقتضى المصير إلى الأول.

## الثانى فى الوصايا المبهمه

الثانى: فى الوصايا المبهمه.

من أوصى بجزء من ماله و لم يكن ثمة قرينه من عرف أو عاده على تعيينه كان الموصى به هو العشر من أصل التركه لا من الثلث،

ص: ٣٦٤

١- الكافى ٧: ١٧/٢٠، الفقيه ٤: ٥٤٩/١٥٨، التهذيب ٩: ٨٧٢/٢٢٢، الوسائل ١٩: ٤٠٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٤ ح ٢.

٢- النهايه: ٦١٦، القاضى فى المهذب ٢: ١٠٧، المختلف: ٥٠٩.

٣- السرائر ٣: ٢١٤.

٤- انظر الحدائق ٢٢: ٤٤٥.



و المسأله محل شبهه؛ لاعتضاد الروايه الأولى بالأصل و الكثره، و لذا نسبها فى الشرائع (١) إلى أشهر الروايتين؛ و الثانيه بالشهره العظيمه، و حكايه الإجماع المتقدمه.

فالأحوط الرجوع فيما زاد على العشر إلى الصلح حيث أمكن، و إنما فالتوقف، و إن كان المصير إلى مختار الأكثر لا يخلو عن قرب.

و أقياً ما فى روايه أخرى من أنه سبع الثلث (٢) فمع ضعف سنده شاذ غير معمول به، فليطرح، أو يحمل على صورته إضافة الجزء إلى الثلث دون أصل المال كما هو الفرض.

و لو أوصى بسهم من ماله و لم يكن قرينه على تعيينه كان ثمناً على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر؛ للأصل، و المعتبره، و فيها الصحيح و غيره (٣).

خلافاً لوالد الصدوق (٤)، فالسدس؛ للرضوى: «فإن أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة أسهم، و كذلك إذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهو واحد من ستة» (٥).

و تبعه الطوسى فى المبسوط و الخلاف و ابن زهره (٦)؛ للعامى: إن

ص: ٣٦٦

- ١- الشرائع ٢:٢٤٨.
- ٢- الفقيه ٤:٥٢٩/١٥٢، التهذيب ٩:٨٣١/٢٠٩، الإستبصار ١/١٣٣، ٤:٥٠١، معانى الأخبار: ٣/٢١٨، الوسائل ١٩:٣٨٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٤ ح ١٣.
- ٣- الوسائل ١٩:٣٨٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٥.
- ٤- حكاه عنه فى المختلف: ٥٠١.
- ٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٩، المستدرک ١٤:١٣١ أبواب أحكام الوصايا ب ٤٧ ح ٣، و الباب ٤٨ ح ١.
- ٦- المبسوط ٤:٨، الخلاف ٢:٩١، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤.

رجلاً أوصى لرجلٍ بسهمٍ من المال، فأعطاه النبي صلى الله عليه وآله السدس (١). وفي ظاهر الغنيه الإجماع عليه، قال: وقد روى عن إياس بن معاوية في السهم أنه قال: هو في اللغة السدس.

و هذه الأدلة كما ترى مع مخالفتها الأصل لا تقاوم الأدلة؛ لاعتزادها بالشهره العظيمه المتقدمه و المتأخره.

و منه ينقدح وجه القدح في دعوى الإجماع المتقدمه، مع أنها في نقله غير صريحه.

و أما الروايه المفسره له بالعشر (٢) فمع ضعفها شاذه لم أر عاملاً بها، و لا من نقله إلا شيخنا في الروضه (٣)، فأشار إليه بقيل، و لم أعرف قائله.

و لو كان أوصى بشيء من ماله كان سدساً بلا خلاف يظهر، و به صرح بعض (٤)، بل في الغنيه و المسالك و غيرهما (٥) الإجماع عليه.

و الروايات هنا متفقه، منها الرضويه المتقدمه، و نحوها غيرها من المعبره المرويّه في الكتب المشهوره (٦).

و لو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً منها أو أكثر صرف المنسى في وجوه البرّ بلا خلاف يظهر إلا من الحلّي تبعاً للطوسى في بعض فتاويه (٧)، فأرجعاه إلى الوارث؛ لبطلانها بامتناع القيام بها.

ص: ٣٦٧

---

١- المغنى لابن قدامه ٤٧٧:٦.

٢- التهذيب ٢١١/٨٣٤، الإستبصار ١٣٤/٤٥٠٤، الوسائل ٣٨٧:١٩ أبواب الوصايا ب ٥٥ ح ٤.

٣- الروضه ٣٤:٥.

٤- كابن فهد في المهذب البارع ١٣٠:٣.

٥- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٤، المسالك ٣٩٩:١؛ و انظر التذكره ٤٩٦:٢.

٦- انظر الوسائل ٣٨٨:١٩ أبواب الوصايا ب ٥٦.

٧- الحلّي في السرائر ٢٠٨:٣، الطوسى في الرسائل العشر: ٢٩٧.



و الملازمه ممنوعه، مع كونه اجتهاداً في مقابله بعض المعتبره بالشهره: عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلّا بأباً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقّع عليه السلام: «الأبواب الباقيه اجعلها في البرّ» (١).

و معارضاً بما علّل به المشهور: من خروجه عنهم فلا يعود إليهم إلّا بدليل، و من وجوب العمل بالوصيه و تحريم التبديل بالكتاب و السنّه فيصرف في مصرف مجهول المالك، و من أن صرفه في البرّ عمل بها بقدر الإمكان؛ لإرادته القربه فإذا فات الخصوص بقي العموم.

و هذه العلل كما ترى أقوى مما ذكره، و إن كان الأخيره أخصّ من المدّعى؛ لعدم تماميّتها إلّا فيما إذا ظهر من الموصى قصد القربه لا مطلقاً، هذا.

مع تأييدها كالروايه بما ورد في نظائر المسأله، و هي كثيره، كما ورد في المنذور للكعبه من صرفه في زوّارها (٢)، و فيمن أوصى أن يحجّ عنه بما لا يفى به أنه يصرف في البرّ و يتصدّق به (٣)، و نحو ذلك.

و إلى هذا القول أشار بقوله: و قيل: يرجع ميراثاً و لا ريب في ضعفه.

و لو أوصى بسيفٍ و هو في جفنٍ بفتح الأوّل، و هو الغمد بالكسر و عليه حليّه دخل الجميع في الوصيه على روايه (٤) يجبر ضعفها الشهره

ص: ٣٤٨

١- الكافي ٧/٥٨، الفقيه ٧/١٦٢، التهذيب ٩/٨٤٤/٢١٤، الوسائل ١٩:٣٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٦١ ح ١.

٢- التهذيب ٩/٨٤٣/٢١٤، الوسائل ١٩:٣٩٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٠ ح ١.

٣- الكافي ٧/١/٢١، الفقيه ٧/١٥٤/٥٣٤، التهذيب ٩/٨٩٦/٢٢٨، الوسائل ١٩:٤٢١ أبواب أحكام الوصايا ب ٨٧ ح ١.

٤- الكافي ٧/١/٤٤، الفقيه ٧/١٦١/٥٦١، التهذيب ٩/٨٣٧/٢١١، الوسائل ١٩:٣٨٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٧ ح ١، و ب ٥٨ ح ٢.

العظيمه التي كادت تكون إجماعاً، بل في المهذب أن كل الأصحاب مطبقون على العمل بها (١)، وهو ظاهر في الإجماع عليه كما ترى، وقريب منه المحكى عن التحرير والتذكرة (٢)؛ وهو حجه أخرى جابره لضعفها أيضاً.

مع أنها صحيحة إلى الراوى، والراوى عنه ابن أبى نصر المجمع على تصحيح رواياته، فتكون حجه بنفسها ولو لم تكن بالشهره مجبوره، سيما مع اعتضادها بموافقه العرف، لشمول اسمه لهما فيه وإن اختصّ بالنصل لغيره.

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال دخل المال أيضاً في الوصيه فإنّ فيه أيضاً تلك الروايه المجبوره بما مرّ إليه الإشاره، حتى حكايه الإجماع، إلا أن العرف لعلّه لا يساعده، فيشكل من هذه الجهه، ولكن لا مندوحه عن العمل بها إلا أن يوجد قرينه على عدم الدخول، فتتبع، وكذلك في السابق، وفاقاً للمعه (٣)، والظاهر أن محل النزاع غيره.

وكذا قيل: لو أوصى بسفينه وفيها طعام؛ استناداً إلى فحوى روايه عقبه بن خالد عن مولانا الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجل قال: هذه السفينه لفلان، ولم يسمّ ما فيها، وفيها طعام، أعطيتها الرجل وما فيها؟ قال: «هي للذى أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثه شيء» (٤).

ص: ٣٦٩

- 
- ١- المهذب البارع ١٣٤:٣. وفيه: أكثر الأصحاب..
  - ٢- التحرير ٢٩٩:١، التذكرة ٤٩٧:٢.
  - ٣- اللعه (الروضه البهيه ٥): ٤٨.
  - ٤- الكافي ٧:٢/٤٤، الفقيه ٤:٥٦٢/١٦١، التهذيب ٩:٨٣٨/٢١٢، الوسائل ١٩:٣٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ٥٩ ح ١.

و القائل هو المشهور، كما فى المهذب و غيره (١)، و إنما نسهب إلى القيل المشعر بالتمريض مع انجبار الروايه هنا أيضاً بالشهره التفاتاً إلى عدم صراحه الدلاله، فإن غايتها الدلاله على أنها للموصى له، و مرجع الضمير السفينه دون ما فيها، و الروايه المنجبره بالشهره إنما تكون حجه حيث تكون دلالتها واضحه لا مطلقاً.

نعم، لها دلالة ضعيفه بحسب الفحوى؛ لوقوع قوله عليه السلام: هي له، جواباً عن جواز إعطاء ما فيها أم لا، فلو لم يجعل المرجع السفينه بما فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقاً.

و إنما قلنا: ضعيفه، من حيث احتمال أن يكون المراد بالجواب الظاهر فى رجوع الضمير إلى السفينه خاصه التنبيه على انحصار الموصى به فيها دون ما فيها، و به تحصل المطابقه أيضاً، فكأنه عليه السلام قال: لا يعطى ما فيها.

فالأصح عدم الدخول؛ للأصل، إلّا مع وجود قرينه عليه من عرف أو عاده.

و تحتمل الروايه على تقدير الدلاله الحمل على ذلك، و إليه ذهب الفاضل فى المختلف و ولده فى شرح القواعد (٢)، لكنهم حكموا بذلك فيما سبق أيضاً، و لا ريب فى حسنه لولا ما قدّمناه من قوه دليل خلافه.

و منه يظهر عدم التعديه إلى ما يشابه مفروض العبارة كالجواب و مظروفه و نحوه لو أوصى بهما، فلا يدخل سوى الظرف.

ص: ٣٧٠

---

١- المهذب البارع ١٣٤:٣؛ و انظر الكفايه: ١٤٨، و المفاتيح ٢٢٧:٣.

٢- المختلف: ٥٠٨، إيضاح الفوائد ٥٣٥:٢.

خلافاً للشيخين و التقى (١).

و لا فرق فى الحكم حيث ثبت بين كون الموصى عدلاً أم غيره.

خلافاً للنهائيه (٢)، فاشترط العدالة. و لا وجه له كما صرح به الجماعة، و الروايه الأخيره و إن كانت به مشعره إلا أنها بما قدمناه ضعيفه.

و لا بين كون الصندوق مقفولاً أم غيره.

خلافاً للمفيد و التقى (٣)، فاشترطه. و إطلاق النص حجه عليهما.

و لا يجوز للموصى الوصيه ب إخراج الولد من الإرث و لو كان من أوصى بذلك الأب على الأظهر الأشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر؛ لمخالفه مثل هذه الوصيه للكتاب و السنه.

و فى الحديث: «الحيث فى الوصيه من الكبائر» (٤).

و فى آخر: «ما أبالى أضررت بورثتى أو سرقتهم ذلك المال» (٥).

و فى ثالث: «من عدل فى وصيته كان بمنزله من تصدق بها فى حياته، و من جار فى وصيته لقى الله تعالى يوم القيامة و هو عنه معرض» (٦).

و ظاهر العبارة و صريح المحكى عن الأكثر فى كلام جماعه (٧) بطلان

ص: ٣٧١

١- المفيد فى المقنعه: ٦٧٤، الطوسى فى النهائيه: ٦١٤، التقى فى الكافى: ٢٣٥.

٢- النهائيه: ٦١٤.

٣- المفيد فى المقنعه: ٦٧٤، التقى فى الكافى: ٣٦٥.

٤- الفقيه ١٣٦/٤٧١، علل الشرائع: ٣/٥٦٧، قرب الإسناد: ١٩٨/٦٢، الوسائل ١٩: ٢٦٨، أبواب أحكام الوصايا ب ٨ ح ٣.

٥- الفقيه ١٣٥/٤٦٩، التهذيب ١٧٤/٩٠٧، الوسائل ١٩: ٢٦٤، أبواب أحكام الوصايا ب ٥ ح ١.

٦- الكافى ٧: ٦/٥٨، الفقيه ١٣٥/٤٧٠، علل الشرائع: ٥/٥٦٧، قرب الإسناد: ١٩٩/٦٣، الوسائل ١٩: ٢٦٧، أبواب أحكام الوصايا ب ٨ ح ٢.

٧- منهم: الشهيد فى المسالك ١: ٤٠٠، و السبزوارى فى الكفايه: ١٤٨، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٢٢٣.

الوصيه من الأصل.

خلافًا للمختلف، فأجراها مجرى الوصيه بجميع المال لمن عداه، فإن أجاز مضي في الكل، وإلا ففي الثلث (١).

وفيه: أنه خلاف مدلول اللفظ و إن لزم رجوع الحصه إلى باقى الورثه؛ لأن ذلك ليس بالوصيه، بل لاستحقاقهم التركة حيث لا وارث غيرهم، وربما كان ذاهلاً عن الوارث، بل غير عارف به، وإنما غرضه مجرد الانتقام منه، فلا يوجد منه القصد إلى الوصيه المعترف فى صحتها، مع أن فى الصحيح: عن رجل كان له ابن يدعيه، فنفاه ثم أخرجته من الميراث و أنا وصيه، فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام: «لزمه الولد لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصى عن شىء قد علمه» (٢) فتأمل.

فالأصح ما ذهب إليه الأكثر.

و اعلم أن فيه أى فى المقام روايه تضمنت أن رجلاً وقع ابنه على أمّ ولد له فأخرجه من الميراث، فسأل وصيه مولانا الكاظم عليه السلام عن ذلك، فقال: «أخرجه» (٣).

و يظهر من الطوسى فى كتابى الحديث و الصدوق العمل بها (٤)، إمّا فى الجملة كما فى الكتابين حيث جعلها قضيه فى واقعه، أو مطلقاً بشرط وقوع الحدث الذى فى الروايه من الوارث الموصى بإخراجه.

ص: ٣٧٢

١- المختلف: ٥٠٧.

٢- الكافى ٧: ٢٦/٦٤، الفقيه ٤: ٥٦٨/١٦٣، التهذيب ٩: ٩١٨/٢٣٥، الإستبصار ٤: ٥٢٠/١٣٩، الوسائل ١٩: ٤٢٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٩٠ ح ١.

٣- الكافى ٧: ١٥/٦١، الفقيه ٤: ٥٦٧/١٦٢، التهذيب ٩: ٩١٧/٢٣٥، الإستبصار ٤: ٥٢١/١٣٩، الوسائل ١٩: ٤٢٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٩٠ ح ٢.

٤- الاستبصار ٤: ١٤٠، التهذيب ٩: ٢٣٥، الفقيه ٤: ١٦٣.

و لكنها مطرحه بين المتأخرين كآفه، و مع ذلك بحسب السند ضعيفه من وجوه عديده، فلا يجوز العمل بها في مقابله ما قدّمناه من الأدله.

و مقتضاها انسحاب الحكم بالطلاق في الوصيه بإخراج مطلق الوارث و لو لم يكن الولد.

و تخصيصه به في العبارة إنما وقع في مقابله مورد الروايه المطرحه، فإنها كما عرفت به مختصه، مع كونه هو محل النزاع خاصيه. نظراً إلى أنه يظهر من العاملين بها تخصيص الحكم بموردها، فلا يتعدونها، فيكون الحكم بعدم النفوذ في الجملة أو مطلقاً فيما عداه مجمعاً عليه.

### الطرف الثالث في أحكام الوصيه و فيه مسائل

#### اشاره

الطرف الثالث: في أحكام الوصيه.

و فيه مسائل:

#### الأولى إذا أوصى بوصيه ثم عقبها بمضاده لها عمل بالأخيره

الأولى: إذا أوصى بوصيه ثم عقبها بمضاده لها بأن أوصى بعين مخصوصه لزيد ثم بها لعمر، أو بمائه درهم مطلقاً لزيد ثم قال: المائه التي أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمر و عمل بالأخيره لاقتضاء ذلك الرجوع في الوصيه.

و لو لم تضادها بأن أوصى لزيد بمائد ثم أوصى لعمر بمائه، أو أوصى لزيد بدار ثم أوصى لعمر بدار، و نحو ذلك عمل بالجميع إن وفي به الثلث. فإن قصر الثلث عنه بدئ بالأول فالأول حتى يستوفي الثلث لما مرّ سابقاً.

و لا خلاف في شيء من ذلك أيضاً، و بالإجماع صرح في التنقيح في

### الثانيه تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين و بشهاده أربع نساء

الثانيه: تثبت الوصيه بالمال بشهاده رجلين مسلمين عدلين، و مع الضروره تقبل شهاده رجلين من عدول أهل الذمه، بلا خلاف في شيء من ذلك أجدده، و به صرح بعض الأجله (٣)، بل عن ظاهر الغنيه و فخر الدين (٤) إجماعنا عليه، و به صرح أيضاً المفلح الصيمري، و يدلُّ عليه أيضاً الآيه و النصوص المستفيضه (٥).

و هل يشترط في قبولها منهم السفر كما في الآيه و أكثر المستفيضه، أم يجري ذلك مجرى الغالب؟ الأصح الثاني، وفاقاً للأكثر، بل لم أقف على مخالفٍ إلا نادراً (٦). و ظاهر عبارته الماتن في الشرائع (٧) في بحث الشهادات الإجماع عليه.

لا لما ذكره: من إطلاق الصحيح: «إذا كان الرجل في بلد ليس فيه مسلم جازت شهادته من ليس بمسلم على الوصيه (٨) لانصرافه بحكم التبادر و الغالب إلى صورته السفر خاصه.

بل لظاهر التعليل في الصحيح: هل تجوز شهادته أهل مله من غير

ص: ٣٧٤

١- التنقيح الرائع ٢:٤١٥.

٢- السرائر ٣:١٩٥.

٣- الحدائق ٢٢:٤٩٤.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٤، فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢:٦٣٥.

٥- المائده: ١٠٦؛ و انظر الوسائل ١٩:٣٠٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠.

٦- و هو الإسكافي (حكاه عنه في المختلف: ٧٢٢) و الحلبي (في الكافي: ٢٣٥) و لعله ظاهر الشيخ في المبسوط (٨:١٨٧) و ابن زهره العلوي (الجوامع الفقيهيه: ٦٢٥) و ربما يستفاد من ظاهرهما إجماعنا عليه. منه رحمه الله.

٧- الشرائع ٤:١٢٦.

٨- الكافي ٧:٣/٤، التهذيب ٩:٧٢٥/١٨٠، الوسائل ١٩:٣١٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٤.

أهل ملتهم؟ قال: «إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١).

و هو كما ترى ظاهر فى أن تجوز قبول شهادتهم إنما نشأ من مراعاة الحق عن الذهاب، و هذه العلة موجودة فى مطلق صور الضروره و لو لم يكن هناك سفر بالكلية.

و لو لا- هذه العلة لكان المصير إلى اشتراط السفر لا- يخلو عن قوه؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على عدم جواز قبول شهادتهم على مورد الكتاب و السنه، و ليس إلماً صوره السفر خاصه، لأنها ما بين مشترطه له و ما بين مطلقه، و قد عرفت أن الإطلاق ينصرف إلى هذه الصوره خاصه.

و ليس مبنى هذا الاستدلال وقوع اشتراطه فى الكتاب و السنه، حتى يجاب عنه بوروده مورد الغلبه فلا عبره به، بل مبناه عدم دليل دال على جواز القبول مطلقاً، فيقتصر فيه على المتيقن منهما.

ثم إن الفاضل (٢) أوجب تحليفهما بعد صلاه العصر بصوره الآيه؛ لعدم ظهور المسقط بالكلية، و مال إليه فى المسالك و غيره (٣)، و لا ريب أنه أحوط.

و ليس فى ظاهر الكتاب و أكثر السنه اشتراط عداله أهل الذمه، إلّا أنه قد دل عليه بعض النصوص: «فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهم» (٤) و به صرح من الأصحاب جمله (٥).

ص: ٣٧٥

- ١- الكافي ٧:٢/٤، التهذيب ٩:٧٢٤/١٨٠، الوسائل ١٩:٣١٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٣.
- ٢- قواعد الأحكام ١:٣٥٥.
- ٣- المسالك ١:٤٠٤؛ و انظر التذكرة ٢:٥٢١ و الكفايه ١٤٩.
- ٤- الكافي ٧:٨/٣٩٩، التهذيب ٩:٧١٨/١٧٩، الوسائل ١٩:٣١٢ أبواب أحكام الوصايا ب ٢٠ ح ٧.
- ٥- منهم: المحقق و الشهيد الثانيان فى جامع المقاصد ١١:٣٠٦ و المسالك ١:٤٠٤، و السبزواری فى الكفايه: ١٤٩.



و بشهاده أربع نساء و بشهاده الواحده فى الربع و الاثنتين فى النصف، و هكذا، بلا خلاف، بل عليه الوفاق فى المسالك و غيره (١)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه منها: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيه لم تشهدا إلّا امرأه أن تجوز شهاده المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها» (٢).

و أمّا ما يوجد فى الصحيح و غيره مما يخالف ذلك من عدم القبول فمحمول على التقيه كما فى التهذيبن (٣).

ثم إن إطلاق النصوص كالعباره و صريح المحكى عن الأكثر (٤) عدم توقف قبول شهادتهنّ على اليمين مطلقاً.

خلافاً للمحكى عن التذكره (٥)، فقال بتوقفه عليه كذلك، كما فى شهاده الرجل الواحد.

و ردّ (٦) بأن اليمين مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجميع فلا يلزم مثله فى البعض، و لو فرض انضمام اليمين إلى الاثنتين أو الثلاث ثبت الجميع، لقيامهما مقام الرجل، أمّا الواحده فلا يثبت بها سوى الربع مطلقاً، انضمت اليمين إليها أم لا. على أن فى ثبوت الجميع بانضمام اليمين إلى الاثنتين أو الثلاث

ص: ٣٧٦

١- المسالك ١:٤٠٤؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢:٦٣٤.

٢- التهذيب ٩:٧٢٣/١٨٠، الوسائل ١٩:٣١٧ أبواب أحكام الوصايا ب ٢٢ ح ٣.

٣- الاستبصار ٤:٢٨، التهذيب ٦:٢٨٠.

٤- نسبه فى الحدائق ٢٢:٥٠٢ إلى المشهور.

٥- حكاه عنه فى المسالك ١:٤٠٥ و هو فى التذكره ٢:٥٢٢.

٦- المسالك ١:٤٠٥.

إشكالاً أيضاً؛ لأن مقتضى النصوص إنما هو النصف في الأوّل و الثلاثة الأرباع في الثاني بمجرد الشهاده، و وجود اليمين حيث لم يعتبرها الشارع هنا في حكم العدم، و قيام الاثنتين مقام الرجل في بعض الموارد لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه حتى أنه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك.

و هل يشترط في قبول شهادتهنّ هنا فقد الرجال؟ قولان، أظهرهما الثاني، وفاقاً للمحكي عن الأكثر (1)؛ عملاً بإطلاق النصوص.

خلافاً للمحكي عن الإسكافي و الطوسي (2)، فاشترطاه. و هو ضعيف.

و في ثبوتها أي الوصيه بالمال بشهاده شاهد و يمين تردّد قيل: ينشأ:

من أن قبول الشاهد و اليمين حكم شرعي فيقف على النص الشرعي، و ليس على صورته النزاع بعينه، و ثبوت ذلك بالنساء حتى بالواحد إنما هو لورود النص بذلك، و التعدّي قياس مردود عندنا (3).

و من إطلاق النصوص بالقبول في الحقوق الماليه كما هو المفروض، و لا يشترط النص بالخصوص.

و هذا أظهر، وفاقاً للأكثر، بل عليه في المهذب و المسالك و غيرها (4) اتفاق الأصحاب.

ص: ٣٧٧

---

١- نسبه في الحدائق ٢٢:٥٠٣ إلى المشهور.

٢- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٧١٢، الطوسي في النهايه: ٣٣٣.

٣- المهذب البارع ٣:١٤٠.

٤- المهذب البارع ٣:١٤٠، المسالك ١:٤٠٤؛ و قال في الحدائق ٢٢:٥٠٣: لا خلاف فيه.

و استغرب هذا التردد منه جماعه (١). و هو كذلك، كتردده في الشرائع (٢) في ثبوت الوصيه بالولاية بهما بعد قطعه بالثبوت بهما في الوصيه بالمال.

فإن النصوص المزبوره كالاتفاق المحكى في المسالك و غيره متفقه الدلاله على انحصار قبولهما في الحقوق الماليه.

و ربما جعل منشؤه مما ذكر، و من أنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد أخذ الأجره أو الأكل بالمعروف بشرطه، و لما فيه من الإرفاق و التيسير فيكون مراداً للآيه و الروايه (٣).

و هو كما ترى، و لذا قطع بخلافه هنا فقال:

و أما الولايه فلا تثبت إلا بشهاده رجلين مسلمين، و مقتضاه عدم ثبوتها بشهاده النساء مطلقاً، و نفى عنه الخلاف في المسالك و غيره (٤) إذا كنّ منفردات؛ و هو الحججه فيه.

مضافاً إلى أنها ليست وصيه بمال، بل هي تسلط على تصرف فيه، و ليست مما يخفى على الرجال غالباً، و ذلك ضابط محل قبول شهادتهنّ منفردات فتوى و روايه.

### الثالثه لو أشهد عبيدين له على أن حمل المملوكه منه، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوه صح

الثالثه: لو أشهد الموصى عبيدين له على أن حمل المملوكه له منه، ثم ورثهما غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوه للموصى صح شهادتهما و حكم له برقيتهما مطلقاً، و لو لم يوص بأن يشهدا.

ص: ٣٧٨

١- منهم ابن فهد الحلّي في المهذب ٣:١٤٠؛ و انظر التنقيح الرائع ٢:٤١٨ و المسالك ١:٤٠٥.

٢- الشرائع ٢:٢٥١.

٣- المسالك ١:٤٠٥.

٤- المسالك ١:٤٠٥؛ و انظر الحدائق ٢٢:٥٠٣.

بلا- خلاف مع الإيضاء، بل في المسالك (١) أن عليه أصحابنا؛ و هو الحجج، مضافاً إلى الصحيح: في رجل مات و ترك جاريه و مملوكين فورتهما أخ له فأعتق العبدین و ولدت الجاریه غلاماً، فشهدا بعد العتق أن مولاهما كان أشهدهما أنه كان يقع على الجاریه، و أن الحبل منه، قال:

«تجوز شهادتهما، و يردان عباين كما كانا» (٢) و نحوه الموثق الآتي.

و كذلك مع عدم الإيضاء، على الأشهر الأقوى، بناءً على قبول شهاده العبد إذا كان عادلاً مطلقاً.

خلافاً للمحكي عن الطوسي (٣)، فخص الحكم بصوره الإيضاء.

و لا وجه له أصلاً، سيما مع إطلاق الخبرين، بل و عمومهما الشامل لها و غيرها، مع أنه على تقدير اختصاصهما بها يحسن ذلك إن قلنا بردّ شهاده العبد مطلقاً، و لكنّه ضعيف جداً، كما عرفت، و ستقف عليه في بحث الشهادات إن شاء الله تعالى.

و مقتضى الصحيح كما ترى عودهما رقاً. و هو الموافق للأصل جداً؛ لاستلزام قبول شهادتهما تبين وقوع العتق من غير مالتهما.

و لكن يكره له تملكهما و يستحب له أن يعتقهما؛ لأنهما كانا سبباً في حرّيته بعد الرقيه فلا يكون سبباً في رقيتهما بعد الحرّيه.

و للموثق: عن رجل كان في سفر و معه جاريه له و غلامان مملوكان، فقال لهما: أنتما حرّان لوجه الله تعالى و اشهدا أن ما في بطن جاريتي هذه

ص: ٣٧٩

١- المسالك ١:٤٠٥.

٢- التهذيب ٩:٨٧١/٢٢٢، الإستبصار ٤:٥١١/١٣٦، الوسائل ١٩:٤٠٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٧١ ح ٢.

٣- حكاه عنه في المسالك ١:٤٠٥، و هو في النهاية: ٦١٢.

منى، فولدت غلاماً فلمّا قدموا على الورثه أنكروا ذلك و استرقّوهم، ثم إن الغلامين عتقا بعد ذلك فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما الأول أشهدهما على أن ما فى بطن جاريتيه منه، قال: «تجوز شهادتهما للغلام، ولا يسترقّهما الغلام الذى شهدا له، لأنهما أثبتا نسبه» (١).

و حكى (٢) هنا قول بتحريم استرقاقهما؛ أخذاً بظاهر النهى فى هذه الروايه.

و هو كما ترى؛ لعدم مقاومتهما للصحيح الصريح المعتضد بالأصل و فتوى الأكثر، مع إشعار التعليل فيها بالكراهه جدّاً.

### الرابعه لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه

الرابعه: لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه و لا ما يجزّ به نفعا أو يستفيد منه ولايه، على المشهور، بل فى المسالك (٣) و غيره عدم الخلاف فيه إلّا من الإسكافى، حيث جوّز شهاده الوصى لليتيم فى حجره و إن كان هو المخاصم للطفل و لم يكن بينه و بين المشهود عليه ما يرشد شهادته عليه، و مال إليه المقداد فى شرح الكتاب (٤)، و كذا الشهيدان (٥)، إلّا أن الثانى منهما قال بعده: إلّا أن العمل على المشهور.

و هو حسن إن بلغ الشهره الإجماع، كما هو الظاهر منه، و إلّا فمختار الإسكافى لعله أجود؛ لما ذكره من بُعد التهمه من العدل، حيث إنه ليس بمالك، و ربما لم يكن اجره على عمله فى كثير من الموارد.

ص: ٣٨٠

- 
- ١- الكافى ٧: ١٦/٢٠، الفقيه ٤: ٥٤٤/١٥٧، التهذيب ٩: ٨٧٠/٢٢٢، الإستبصار ٤: ٥١٢/١٣٦، الوسائل ١٩: ٤٠٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٧١ ح ١.
  - ٢- انظر الكفايه: ١٤٩، و الحدائق ٢٢: ٥٠٤.
  - ٣- المسالك ١: ٤٠٥.
  - ٤- التنقيح الرائع ٢: ٤١٩.
  - ٥- الشهيد الأول فى الدروس ٢: ١٢٨، الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٤٠٥.

مضافاً إلى المكاتبه الصحيحه المرويه فى الفقيه فى باب شهاده الوصى للميت و عليه بدين، و فيها: كتب إليه: أ يجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت أو على غيره و هو القابض للوارث الصغير و ليس الكبير بقابض؟ فوقَّع عليه السلام: «نعم، و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم شهادته» (١) و ظاهر الصدوق العمل بها كما لا يخفى.

و تقبل شهادته للموصى فى غير ذلك بلا خلاف، كما فى صريح التنقيح و ظاهر غيره (٢)؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصول الداله على قبول شهاده المتَّصف بالعداله، إلَّا أن فى تلك المكاتبه ما ظاهره ينافى ذلك، فإنه كتب إليه عليه السلام:

هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقَّع عليه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» بناءً على أن يمين المدعى مع العدل الواحد كافٍ فى مثله فلا- يحتاج إلى شهادته، فاعتبار اليمين معها كناية عن عدم قبولها.

و فى هذه المكاتبه ما يدل على جواز شهادته على الميت، فإن فيها:

و كتب إليه: أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقَّع عليه السلام: «نعم، من بعد يمين». و اعتبار اليمين هنا لا ينافى قبول شهادته؛ لكون الدعوى على الميت، فاعتبارها للاستظهار.

### **الخامسه إذا أوصى بعق عبده أو أعتقه عند الوفاه و ليس له سواه انعتق ثلثه**

الخامسه: إذا أوصى بعق عبده أو أعتقه عند الوفاه و ليس له سواه

ص: ٣٨١

١- الفقيه ١٤٧/٤٣، الوسائل ٣٧١: ٢٧، أبواب الشهادات ب ٢٨ ح ١.

٢- التنقيح الرائع ٢: ٤١٩؛ و انظر الحدائق ٥٠٨: ٢٢.

اعتق ثلثه و سعى فى باقى قيمته للورثه، بلا- خلاف فيه فى صوره الوصيه، و يبنى فى المنجز على الخلاف الآتى فى احتسابه من الثلث أو الأصل.

و لو أعتق ثلثه عند الوفاه و له مال غيره أعتق الباقي من ثلثه أى ثلث المال، سرايه عليه إن وفى به، و إن لم يف به أو لم يكن له مال سعى فيه للورثه.

و لا خلاف فى شىء من ذلك أجده إلّا فى إعتاق الباقي من الثلث خاصّه، فإنه يبنى على مذهب أكثر من تأخر: من إخراج المنجز من الثلث دون الأصل، و يأتى على غيره اعتناق الباقي منه دون خصوص الثلث كما هو واضح.

و لو أعتق مماليكه عند الوفاه، أو أوصى بعقدهم و لا مال له سواهم و لم يُجز الورثه أعتق ثلثهم بالقرعه بتعديلهم أثلاثاً بالقسمه و عتق ما أخرجته القرعه، بلا خلاف أجده، و فى الصحيح: «كان على عليه السلام يسهم بينهم» (١).

و فى الخبر: «إن أبى ترك ستين مملوكاً و أعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين فأعتقتهم» (٢).

و لو استلزم ذلك عتق جزء من أحدهم سعى فى باقيه.

و إنما لا يعتق ثلث كل واحد مع أن كل واحد منهم بمنزله الموصى له و قد تقرّر أن الوصايا إذا وقعت دفعه قسط عليها الثلث بالنسبه لما ورد من فعل النبى صلى الله عليه و آله ذلك (٣)؛ و لاستلزام عتق الكل الإضرار بالورثه.

ص: ٣٨٢

١- التهذيب ٢٣٤/٨٤٢:٨، الوسائل ١٠٣:٢٣ أبواب العتق ب ٦٥ ح ١.

٢- الفقيه ٧٠/٢٤١:٣، التهذيب ٢٣٤/٨٤٣:٨، الوسائل ١٠٣:٢٣ أبواب العتق ب ٦٥ ح ٢.

٣- سنن البيهقى ٢٧٢:٦، المغنى لابن قدامه ٥٢٤:٦.

و أما العتق من الثلث دون الأصل في المنجّز فمبنى على ما عرفت من مذهب أكثر من تأخر.

و لو ربّتهم في الإعتاق أو الوصيه به أعتق الأول فالأول حتى يستوفى الثلث و بطل الزائد بلا خلاف؛ للأصل المتقدم، و خصوص النص: في رجل أوصى عند موته: أعتق فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقّتهم، قال: «ينظر إلى الذين سمّاهم و بدأ بعقّتهم فيقومون، و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذي سمّي أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك» (١).

### السادسه إذا أوصى بعقّ رقبه أجزاء الذكر و الأنثى، و الصغير و الكبير

السادسه: إذا أوصى بعقّ رقبه و أطلق و لم يكن ثمة قرينه معينه أجزاء الذكر و الأنثى، و الصغير و الكبير للإطلاق.

و في الخبر، بل الحسن على بعض النسخ، عن مولانا الصادق عليه السلام أنه قال: «إن فاطمه أم ابنتي (٢) أوصت أن أعتق عنها رقبه، فأعتقت عنها امرأه» (٣).

و لو قال: مؤمنه، لزم لحرمة تبديل الوصيه.

فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب كما عن الشيخ (٤)، بل ظاهر التنقيح و صريح غيره (٥) عدم الخلاف فيه؛ لروايه على بن أبي حمزه

ص: ٣٨٣

- ١- الكافي ٧: ١٥/١٩، الفقيه ٤: ٥٤٥/١٥٧، التهذيب ٩: ٨٦٧/٢٢١، الوسائل ١٩: ٣٩٨ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٦ ح ١.
- ٢- في المصادره: أم ابني.
- ٣- الكافي ٧: ٥/١٧، الفقيه ٧: ٥٥٠/١٥٨، التهذيب ٩: ٨٦٥/٢٢٠، الوسائل ١٩: ٤٠٤ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٢ ح ١.
- ٤- النهايه: ٦١٦.
- ٥- التنقيح الرائع ٢: ٤٢٠؛ و انظر الحدائق ٢٢: ٥١١.



المنجبر ضَعَفَه بالشهره المحكيه فى الروضه و غيرها (١) كما حكى، و بدعوى الشيخ الإجماع على قبول روايته (٢)، و بروايه ابن أبى عمير عنه فى هذه الروايه: عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك، قال: «يشتري من الناس فيعتق» (٣).

و هى و إن لم يكن فيها تقييد بعدم النصب إلما أنه مستفاد من الخارج؛ لكفر الناصب، و عدم جواز عتق الكافر، مع ظهوره من روايته الأخرى: عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً، فلم يوجد له بالذى سُمى لهم، قال: «ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سُمى» قلت: فإن لم يجدوا؟ قال: «فيشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصباً» (٤).

خلافاً لجماعه (٥)، فلم يجوزوا ذلك، و قالوا بلزوم الصبر و توقُّع المكنه؛ للأصل، و القاعده.

و هو حسن لولا الروايه المتقدمه، المنجبره بالشهره و عدم الخلاف المحكيين فى المسأله.

ثم إن فى التنقيح أنه قيل فى تفسير الناصب وجوه:

الأول: أنه الخارجى الذى يقول فى على عليه السلام ما قال.

ص: ٣٨٤

١- الروضه ٥:٤٩؛ و انظر الحدائق ٥١٢:٢٢.

٢- عدّه الأصول ٣٨١:١.

٣- الكافي ٧:٩/١٨، الفقيه ٤:٥٥٣/١٥٩، التهذيب ٩:٨٦٣/٢٢٠، الوسائل ١٩:٤٠٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٣ ح ١.

٤- الكافي ٧:١٠/١٨، الفقيه ٤:٥٥٤/١٥٩، الوسائل ١٩:٤٠٥ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٣ ح ٢.

٥- منهم: ابن إدريس فى السرائر ٣:٢١٣، و العلامه فى المختلف: ٥٠٩، و الشهيد الثانى فى الروضه ٥:٤٩.

الثاني: أنه الذي ينسب إلى أحد المعصومين ما يثلم العدالة.

الثالث: من إذا سمع فضيله لعلي عليه السلام أو لغيره من المعصومين أنكرها.

الرابع: من اعتقد فضيله غير علي عليه السلام عليه.

الخامس: من سمع النص علي عليه السلام من النبي صلى الله عليه وآله أو بلغه تواتراً أو بطريق يعتقد صحته فأنكره.

ثم قال: والحق صدق النصب على الجميع. أمّا من يعتقد إمامه غيره عليه السلام للإجماع أو لمصلحه و لم يكن من أحد الأقسام فليس بناصب.

و المرتضى رحمه الله و ابن إدريس أطلقاه على غير الاثنى عشرية (١).

و لو ظنّها أى الرقبه المؤمنه الموصى بعقتها مؤمنه فأعتقها ثم بانت بخلافه أجزاء بلا خلاف أجده.

قيل: لأنه متعبد في ذلك بالظاهر لا بما في نفس الأمر، إذ لا يطلع عليه إلّا الله سبحانه، فقد امتثل الأمر، و هو يقتضى الإجزاء (٢).

و الأجود الاستدلال عليه بالصحيح: عن رجل أوصى بنسمة مؤمنه عارفه، فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رِشده (٣)، فقال: «قد أجزأت عنه، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينه فوجدها مهزوله فقد أجزأت عنه» (٤).

ص: ٣٨٥

١- التنقيح الرائع ٢:٤٢١.

٢- المسالك ١:٤٠٦.

٣- هو لِرِشده بكسر الراء و الفتح أى صحيح النسب، و لغير رِشده بخلافه. مجمع البحرين ٣:٥١.

٤- الكافي ٧:١٧/٦٢، الفقيه ٤:٦٠٤/١٧٢، التهذيب ٩:٩٢٠/٢٣٦ و فيه صدر الحديث، الوسائل ١٩:٤٣١،٤٣٢ أبواب أحكام الوصايا

ب ٩٥ ح ٢،٣.

## السابعة إذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين فإن لم يوجد توقع

السابعة: إذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين وجب شراؤها به فإن لم يوجد أو وجدت لكن بأزيد توقع المكنه من الشراء به، و لم يجب بذل الزيادة، بل لا يجوز؛ لحرمة تبديل الوصيه، و به صرّحت بعض الروايات المتقدمه فى المسأله السابقيه.

و إن وجدها بأقلّ من ذلك الثمن أعتقها و دفع إليها الفاضل منه مع اليأس عن الرقبة الموصى بها، بلا خلاف؛ استناداً فى العتق إلى أنه الأقرب إلى الوصيه فيتبع؛ للمعتبره الدالّه على أن: «الميسور لا يسقط بالمعسور» (١).

و فى دفع الفاضل إليها إلى أنه صرفٌ له فى وجوه البرّ مع تعذّر العمل فيه بالوصيه، و إن هو حينئذٍ إلّا كمسأله من كان وصياً فى أمور قد نسيها فى عدم إمكان العمل بالوصيه.

إلّا أن هذا الوجه لا- يوجب الدفع إلى الرقبة، بل غايته الجواز، و هو أعم من الوجوب الذى هو ظاهر العبارة و غيرها من عبارات الجماعه، إلّا أن يقال: بأن الدفع إليها أقرب إلى الوصيه، فتأمل.

هذا، مضافاً إلى الموثّق فى الأمرين: عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسائه درهم من ثلثه، فاشتري الوصى نسمة بأقلّ من خمسائه درهم، و فضلت فضله، فما ترى؟ قال: «تدفع الفضله إلى النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق عن الميت» (٢).

و قصوره سنداً بسماعه، و دلالة بأعميته مما ذكره الجماعه من تقييد

ص: ٣٨٦

١- عوالى اللآلى ٢٠٥/٥٨:٤.

٢- الكافى ٧:١٣/١٩، الفقيه ٤:٥٥٧/١٥٩، التهذيب ٩:٨٦٨/٢٢١، الوسائل ١٩:٤١٠ أبواب أحكام الوصايا ب ٧٧ ح ١.

الحكم بفقد الرقبه الموصى بشرائها بالثمن المعين، نظراً إلى ترك الاستفصال عنه و عن الوجدان المفيد للعموم لهما غير قاذح بعد الانجبار بالشهره، و كون العام المخصّص فى الباقي حجه.

مضافاً إلى موافقته للقاعده فى صوره اليأس، كما مرّ إليه الإشاره.

مع إمكان الذبّ عن الأوّل: بما قيل من وثاقه سماعه (١).

و عن الثانى: باقتضاء السؤال بناءً على أصاله حمل أفعال المسلم على الصحه وقوع شراء الرقبه فى صوره التى وقع تقييد الحكم بها فى كلام الجماعه.

و مما ذكرنا يظهر وجه انسحاب الحكم فى صورتى اليأس عن التمكن من شراء الموصى بها و عدمه كما أطلقه الجماعه، إلّا أن الأحوط قصره على الصوره الأولى خاصّه، و يتوقع فى غيرها الممكنه.

### **الثامنه تصرفات المريض إذا كانت مشروطه بالفواه فى من الثلث**

الثامنه: تصرفات المريض إذا كانت مشروطه بالفواه و يعبر عنها بالوصيه فهى من الثلث خاصّه مع عدم إجازة الورثه، كما مرّ إليه و إلى دليله الإشاره.

و إن كانت منجزه غير معلقه عليها و كان فيها محاباه فى المعاوضه: من البيع بأقل من ثمن المثل و الشراء بأزيد منه أو عطيه محضه أو الوقف و العتق و الصدقه.

فقولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين أنها تخرج من الثلث وفقاً للإسكافى و الصدوق كما حكى (٢)، و لعلّه قال به فى غير الفقيه، لما يأتى من مصيره فيه إلى القول الآتى، و هو ظاهر الخلاف

ص: ٣٨٧

١- انظر رجال النجاشى: ١٩٣.

٢- حكاه عنهما فى المختلف: ٥١٤.

و صريح المبسوط على ما قيل (١)، و عبارته المحكيه فى السرائر لا تساعد ذلك، فإنه قال: العتق فى المرض المخوف يعتبر عند بعض أصحابنا فى الأصل، و عند الباقيين فى الثلث، و هو مذهب المخالفين، ثم قال: فإذا ثبت ذلك فأعتق بعضاً نظرت (٢). إلى آخر ما ذكره.

و هو كما ترى غير صريح فى اختيار هذا القول، بل و لا ظاهر، بل ربما أشعر بالتردد فيه.

لنصوص المستفيضه (٣)، و هى ما بين ظاهره و صريحه، و فيها الصحاح و الموثقات و غيرها، و قصورها سنداً فى بعض و دلالة فى آخر منجر بالشهره المتأخره.

خلافاً للنهائيه و المقنعه و القاضى، و الصدوق فى الفقيه و الكلينى فى الكافى (٤) فإنهما قالاً: باب أن صاحب المال أحق بماله ما دام حيّاً، ثم ساقا الأحاديث الدالّة عليه خاصّه، و لم يذكر فيه شيئاً من روايات القول الآخر، و جميع ذلك كالصريح فى أن مذهبهما ذلك و الحلّى و المرتضى و ابن زهره (٥)، فأخرجوه من الأصل.

و هو المشهور بين القدماء ظاهراً، بل لعلّه لا شبهه فيه جدّاً، بل ادعى

ص: ٣٨٨

١- فى المختلف: ٥١٤، و المذهب البارع ٣: ١٤١.

٢- السرائر ٣: ١٥، و هو فى المبسوط ٦: ٥٧.

٣- الوسائل ١٩: أبواب أحكام الوصايا الباب ١٠ ح ٢، ٧، ٨، و الباب ١١ ح ٤، ٦، ١١، و الباب ١٦ ح ٢، و الباب ١٧ ح ١٦، ١٤، ١٣.

٤- النهائيه: ٦١٨، المقنعه: ٦٧١، لم نثر عليه فى المذهب انظر المذهب ج ١ ص ٤٢٠ حكاة عن القاضى فى المختلف: ٥١٤، الفقيه ٤: ١٤٩، الكافى ٧: ٧.

٥- الحلّى فى السرائر ٣: ١٩٩، المرتضى فى الانتصار: ٢٢٤، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٣.

السيدان في بحث الهبه أن عليه إجماع الإماميه، وجعله في السرائر الأظهر في المذهب، مشعراً بالشهره عليه لا أقلّ.

للنصوص المستفيضه الآخر (١) التي فيها أيضاً الصحيح و الموثق و غيرهما، و هي أيضاً ما بين ظاهره و صريحه.

و المسأله محل إشكال و ريبه؛ لاختلاف النصوص، و قبول جلّ منهما التأويل بما يؤول إلى الآخر، مع غموض المرجحات، و تعارض الوجوه الاعتباريه من الطرفين.

إلّا أن الترجيح للأخبار الأخيره؛ من حيث اعتضادها بالأصول القطعيه، و الشهره القديمه المترجحه على الشهره المتأخره، حيث حصل بينهما معارضه كما في المسأله.

مضافاً إلى الإجماعات المحكيه، و عدم قبول كثير منها التأويل بما يؤول إلى الأخبار الأوله.

و مخالفتها للعامة؛ فإن القول بمضمون الأخبار الأوله مذهب فقهاءهم كافه، كما يستفاد من صريح الانتصار و المبسوط و السرائر و ظاهر الغنيه و التذكره (٢)، فلتحمل تلك الأخبار على التقيه، لذلك، مع اعتضاده بمصير الإسكافي (٣) إليه كما عرفته غير مرّه.

أو يؤول ما يقبل منها التأويل إلى ما يؤول إلى الأخيره بحملها على الوصيه خاصه، كما يشعر به بعضها، كالخبرين، في أحدهما: «للرجل عند

ص: ٣٨٩

---

١- الوسائل ١٩: أبواب أحكام الوصايا الباب ١١ ح ١٢، ١٩، و الباب ١٧ الأحاديث ١٠، ٨، ٧، ٢، ١.

٢- الانتصار: ٢٢٤، المبسوط ٥٧: ٦، السرائر ١٥: ٣، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٣، التذكره ٥١٧: ٢.

٣- راجع ص ٣٨٥.

موته ثلث ماله، وإن لم يوص فليس للورثة إمضاؤه» (١).

و في الثاني: «إن أعتق رجل عند موته خادماً ثم أوصى بوصيه أخرى، أُلغيت الوصية و أعتقت الخادم من ثلثه إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية» (٢).

و نحوهما بعض الصحاح المتقدمه فى بحث من أعتق و عليه دين، حيث وقع إطلاق الإعتاق على الوصيه به (٣).

و قد مرّ ثمه أن احتمال جعل ذلك قرينه صارفه عن المعنى الحقيقى للإعتاق و هو المنجّز إلى الأعمّ منه و من الوصيه معارض باحتمال جعلها صارفه عنه إلى المجاز الأخصّ، و هو الوصيه خاصه، و الأصل المتأيد بظاهر هذين المطلقين لما ظاهره المنجّز على خصوص الوصيه يرجح الثانى.

و به يذبّ عما عيّنا ثمه به الاحتمال الأوّل من اتّفاق فهم الفقهاء على ذلك، مع أنه ليس بواضح، لعدم ظهوره إلّا من حيث استدلالهم لحكم المنجّز فى تلك المسأله بهذه الروايه، و هو لا يوجب فهمهم المنجّز من تلك الروايه، فلعلّهم فهموا منها الوصيه خاصه و ألحقوا بها المنجّز من باب الإجماع المركب، فإنّ كل من قال بذلك الحكم فى الوصيه قال به فى المنجّز، و إن كان لا عكس، لمصير الماتن إلى ثبوته فى المنجّز دونها.

و حيث ثبت الحكم بالروايه فيها ثبت فى المنجّز أيضاً اتفاقاً.

ص: ٣٩٠

١- التهذيب ٩:٩٣٩/٢٤٢، الوسائل ١٩:٢٧٣ أبواب أحكام الوصايا ب ١٠ ح ٧.

٢- الكافي ٧:٢/١٧، التهذيب ٩:٧٨٦/١٩٧، الوسائل ١٩:٢٧٦ أبواب أحكام الوصايا ب ١١ ح ٦.

٣- راجع ص ٢٩١.

و يعضد هذا الحمل فهم المشايخ كالكليني من لفظ «العند» خصوص الوصيه، و لذا عنوانوا الباب بها ثم ساقوا فيه من الأخبار ما يتضمن ذكر كون التصرف عند الموت الظاهر في المنجز على الظاهر (١).

و يحتمل الحمل أيضاً على الاستحباب و الفضيله، كما وقع التصريح به في بعض الأخبار الأخيره، و إلى هذا القول مال من متأخري المتأخرين جماعه، كصاحب الكفايه و غيره (٢).

و لقد كتبت في المسأله رساله منفرده رجحت فيها خلاف ما هنا، لغفلتي عن الشهره القديمه و الإجماعين المتقدم إلى ذكرهما الإشاره، و عن كون الأخبار الأوّله موافقه للعامة، فشيدتها زعماً منى اعتزادها بالشهره، و طرحت ما خالفها، و هو كما ترى. فالمصير إلى القول الثاني أقوى ثم أقوى.

ثم إن إطلاق المرض في العبارة و ما ضاهاها من عبارات جماعه (٣) و صريح آخرين (٤) عدم الفرق فيه بين المخوف منه و غيره؛ لإطلاق النصوص، بل عموم بعضها.

خلافاً للمحكي عن المبسوط (٥) فخصّه بالأول، تمسكاً بما زعمه من ظاهر بعضها، و لم نجد له دلاله.

ص: ٣٩١

١- انظر الكافي ٧:١٦.

٢- الكفايه: ١٥١؛ و انظر الحدائق ٢٢:٥٩٩.

٣- منهم: الشهيد الأوّل في اللمعه (الروضه) ٤:١٠٦، و ابن فهد في المهذب ٣:١٤١، و السبزواري في الكفايه: ١٥١.

٤- منهم: العلامة في المختلف: ٥١٤، و الفاضل المقداد في التنقيح ٤:٤٢٣، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٢٥.

٥- المبسوط ٦:٥٧.



نعم، يضعف الإطلاقات عن الشمول للشاني؛ لوقوع التعبير فيها بالتصرفات عند الموت كما في بعض، أو وقت حضوره كما في آخر، ولا- ريب في ظهورهما فيما ذكره، فلا- يبعد المصير إلى ما اختاره، لا لما ذكر، بل لقصر الحكم المخالف للأصول على المتيقن منها، وليس بمقتضى الفرض إلّا الشقّ الأوّل.

و اعلم أن محل الخلاف في أصل المسأله إنما هو إذا مات المريض في مرضه ذلك، أمّا لو برئ منه حسب من الأصل مطلقاً و لو مات في مرض آخر، بلا خلاف، كما في التنقيح و المسالك و غيرها (١)، وهذا مما يؤيد به ما اخترناه هنا.

أمّا الإقرار للأجنبي بدين فإن كان متّهماً على الورثه مريداً الإضرار عليهم بالإقرار بذلك، و يظهر ذلك من القرائن الخارجه فهو من الثلث، و إلّا فمن الأصل و الإقرار للوارث بذلك من الثلث على التقديرين أى مع التهمه و عدمها.

استناداً في القسم الأوّل إلى الصحيح: عن امرأه استودعت رجلاً مالاً، فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي أودعته إليك لفلانته، و ماتت المرأه و أتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال و لا نراه إلّا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء، أ يحلف لهم؟ فقال: «إن كانت مأمونه فيحلف لهم، و إن كانت متّهمه فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنّما لها من مالها ثلثه» (٢).

ص: ٣٩٢

- 
- ١- التنقيح الرائع ٢:٤٢٢، المسالك ١:٤٢٦؛ و انظر المفاتيح ٣:٢٢٥.
  - ٢- الكافي ٧:٣/٤٢، الفقيه ٤:٥٩٥/١٧٠، التهذيب ٩:٦٦١/١٦٠، الإستبصار ٤:٤٣١/١١٢، الوسائل ١٩:٢٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٢.

و فى الثانى إلى الصحيح: عن رجل أقرّ لوارثٍ له و هو مريض بدين عليه، قال: «يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث» (١).

و منهم من سوى بين القسمين و هم الأ-كثرون، و إن اختلفوا من وجه آخر، فبين من حكم بنفوذ الإقرار من الأصل فيهما مطلقاً، و من فصل بين صورتى التهمة فمن الثلث، و عدمها فمن الأصل.

و نسب الأول إلى الديلمى (٢)، و عليه الحلّى (٣) مدّعياً الإجماع عليه.

لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٤).

و أنه بإقراره يريد إبراء ذمته من حقّ عليه فى حال الصحة، و لا يمكن التوصل إليه إلّا به، فلو لم يقبل إقراره بقيت ذمته مشغولة و بقى المقرّ له ممنوعاً من حقه، و كلاهما مفسده، فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الإلهية.

و فيهما نظراً؛ لوجوب تخصيص الأول بما سيأتى، و ما مرّ من النصّ المعترى.

و منع التعليل الآخر بأن الإقرار كما يحتمل القصد إلى الإبراء كذا يحتمل مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته بشىء مشغولة، كما يشير إليه الأخبار الآتية المصرّحة باشتراط نفي التهمة.

ص: ٣٩٣

١- الكافى ٧: ٤/٤٢، الفقيه ١٧٠/٥٩٢، التهذيب ١٦٠/٦٥٩، الإستبصار ١١٢/٤٢٩، الوسائل ١٩: ٢٩٢ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٣.

٢- انظر التنقيح الرائع ٢: ٤٢٦.

٣- السرائر ٣: ٢١٧.

٤- عوالى اللئلى ١٠٤/٢٢٣، الوسائل ٢٣: ١٨٤ أبواب الإقرار ب ٣ ح ٢، المستدرک ١٦: ٣١ أبواب الإقرار ب ٢ ح ١.

و نسب الثاني إلى الشيخين و القاضي (١) و اختاره الماتن في الشرائع (٢) و شيخنا في شرحه (٣) و سبطه في شرح الكتاب، كما حكاه عنه بعض الأصحاب (٤) و نسبه الشهيدان و غيرهما (٥) إلى الأكثر.

و استندوا في الشقّ الأول إلى الصحيح المتقدم.

و في الشق الثاني إلى الصحيح: عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له» (٦) و نحوه الموثق (٧).

و ليس في مفهومهما كما ترى جواز إخراج الإقرار من الثلث مع التهمة، و كذلك الصحيح المتقدم في الشقّ الأول، بل ظاهره عدم الإخراج مطلقاً؛ لقوله: «و إن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان» و وضع الحق على ما كان ظاهره في عدم نفوذ الإقرار من شيء مطلقاً.

و لا ينافيه التعليل بقوله: «فإنما لها من مالها ثلثه» لعدم تصريح فيه، بل و لا ظهور في النفوذ من الثلث.

ص: ٣٩٤

١- نسبة إليهم في الحدائق ٦١٤:٢٢، و هو في المقنعه: ٦٦٢، و النهاية: ٦١٨، و المهذب ٤١٩:١.

٢- الشرائع ١٥٢:٣.

٣- المسالك ١٧٥:٢.

٤- حكاه عنه في الحدائق ٦١٤:٢٢.

٥- لم نعر عليه في الدروس و للمعه، الشهيد الثاني في المسالك ١٧٥:٢؛ و انظر الكفاية: ١٥١.

٦- الكافي ٧:٢/٤١، الفقيه ٤:٥٩٤/١٧٠، التهذيب ٩:٦٥٦/١٥٩، الإستبصار ٤:٤٢٦/١١١، الوسائل ١٩:٢٩١ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ١.

٧- التهذيب ٩:٦٥٧/١٦٠، الإستبصار ٤:٤٢٧/١١١، الوسائل ١٩:٢٩٤ أبواب أحكام الوصايا ب ١٦ ح ٨.

نعم، ربما كان فيه إشعار ما به، إلّا أنه لا- يعترض به القول السابق مما هو في غايه الظهور في عدم النفوذ مطلقاً، فلم أفهم وجه حكمهم بنفوذه مع التهمه من الثلث.

إلّا أن يقال بانعقاد الإجماع على النفوذ من الثلث مطلقاً، لأجنبى كان الإقرار أو لوارث، كان هناك تهمه أم لا، كما يستفاد من الأقوال المحكيه في المسأله البالغه سبعة، كما في نكت الإرشاد و غيره (١)، و شىء منها لم يتضمّن الحكم بحرمان المقر له عن الحق المقر به مع التهمه مطلقاً، بل اتّفقت على إعطائه من الثلث، و إن اختلفت في الزيادة عليه على أقوال شتى، هذا.

مع أن الصحيح المتقدم سنداً لمختار الماتن هنا في الشق الثاني مطلق في إخراج الإقرار للوارث إذا كان دون الثلث، فتأمل.

و بالجمله العمده في تميم هذا القول هو الإجماع.

مع إمكان أن يقال أيضاً بأن الإقرار يتضمّن الحكم بالإعطاء، فهو كالأمر به منجزاً أو وصيه لا بُدّ من إخراجه من الثلث جدّاً.

و اعلم أن مختار الماتن هنا من متفرداته، كما صرح به جملة من أصحابنا (٢).

### التاسعه أرش الجراح و ديه النفس تتعلّق بهما الديون و الوصايا

التاسعه: أرش الجراح و ديه النفس تتعلّق بهما الديون و الوصايا فتخرجان منهما كسائر أموال الميت على الأظهر الأشهر، بل نفى عنه الخلاف في شرح الإرشاد للمقدس الأردبيلي و الكفايه (٣)، و عن المحقق

ص: ٣٩٥

١- انظر التنقيح ٢:٤٢٦.

٢- منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٤٢٦.

٣- مجمع الفائدة و البرهان ٩:١٠٢، الكفايه: ١٤٦.

الثانى و فى السرائر و المهذب (١) الإجماع عليه، لكن فى ديه الخطأ خاصه؛ و هو الحجه.

مضافاً إلى المعتره المستفيضه، فى الصحيح: رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فقتل خطأً يعنى الموصى، فقال: «تجاز لهذه الوصيه من ميراثه و ديته» (٢).

و فيه: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أوصى لرجل وصيه مقطوعه غير مسماه من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقلّ من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فوّدى، فقضى فى وصيته أنها تنفذ من ماله و ديته كما أوصى» (٣).

و فيه: عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالاً فأخذ أهله الديه من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: «نعم» قال: قلت: و هو لم يترك شيئاً؟ قال: قال: «إنما أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا الدين عنه» (٤).

و نحوه الخبر القريب من الصحيح (٥)، بانجبار راويه و هو عبد الحميد بن سعيد بروايه صفوان بن يحيى عنه.

و إطلاق هذين الأخيرين بل عمومهما الناشئ من ترك الاستفصال

ص: ٣٩٦

- 
- ١- المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١١:١١١، السرائر ٥٠:٢، المهذب البارع ٣٥٢:٤.
  - ٢- الكافى ٦٣/٢١:٧، الفقيه ١٦٨/٥٨٨:٤، التهذيب ٢٠٧/٨٢٢:٩، الوسائل ٢٨٥:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١٤ ح ١.
  - ٣- التهذيب ٢٠٧/٨٢٣:٩، الوسائل ٢٨٦:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ١٤ ح ٣.
  - ٤- الكافى ٢٥/٦:٧، الفقيه ١٦٧/٥٨٤:٤، التهذيب ١٦٧/٦٨١:٩، الوسائل ٣٣٦:١٩ أبواب أحكام الوصايا ب ٣١ ح ١.
  - ٥- التهذيب ١٩٢/٤١٦:٦، الوسائل ٣٦٤:١٨ أبواب الدين و القرض ب ٢٤ ح ١.

يقتضى عدم الفرق بين ديتى العمد و الخطأ، و هو ظاهر إطلاق العبارة و نحوها من عبارة الجماعة، و به صرح آخرون (١)، و منهم الماتن هنا فى كتاب الإرث (٢)، و نسبة فى المسالك (٣) إلى المشهور، و هو المنصور؛ لما مرّ.

مضافاً إلى النص الصريح المروى فى الفقيه فى كتاب الفرائض فى أواخر باب القود و مبلغ الديه، و فيه: فإن هو قتل عمداً و صالح أولياؤه قاتله على الديه فعلى من الدين، على أوليائه من الديه أو على المسلمين؟ فقال: «بل يؤدوا دينه من ديتة التى صالح عليها أولياؤه فإنه أحقّ بديتة من غيره» (٤).

و فى الخبر: «إذا قبلت ديه العمد فصارت مالاً فهى ميراث كسائر الأموال» (٥).

خلافاً للحلى، فخصّ الحكم بديه الخطأ؛ معللاً بأن العمد إنما يوجب القصاص، و هو حق للوارث، فإذا رضى بالديه كانت عوضاً عنه، فكانت أبعد عن استحقاق الميت من ديه الخطأ (٦).

و مال إليه فى الكفايه حيث استشكل فى الحكم فى ديه العمد؛ معتذراً بما مرّ، و كون الصحيحين الأولين غير شاملين لها، لاختصاص

ص: ٣٩٧

١- منهم: الشهيد فى المسالك ٢:٣١٣ و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:٣١٨.

٢- المختصر النافع: ٢٦٥.

٣- المسالك ٢:٣١٣.

٤- الفقيه ٤:٢٦٤/٨٣، الوسائل ٢٩:١٢٣ أبواب القصاص فى النفس ب ٥٩ ح ٢؛ بتفاوت.

٥- التهذيب ٩:١٣٤٧/٣٧٧، الوسائل ٢٦:٤١ أبواب موانع الإرث ب ١٤ ح ١.

٦- السرائر ٢:٤٩.

أولهما بديه الخطأ، وكون الثاني قضيه في واقعه فلا تعم (١).

و هو حسن لولا ما قدّمناه من الصحيح و القريب منه سنداً المطلقين، بل العامين، و خصوص النص الصريح المنجبر وضعفه بالشهره الظاهره و المحكيه، بل اتفاق الطائفه، كما اعترف هو و غيره بها، معتضده بنصوص أُخر:

منها: عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟ فقال: «إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الديه للغرماء» (٢).

و نحوه آخر، إلا أنه قال فيه: «فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل فهو جائز، و إن أرادوا القود ليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء، و إلا فلا» (٣).

نعم، ربما يعضد ما ذكره من الاختصاص بديه الخطأ مفهوم القوى بالسكوني المجمع على تصحيح رواياته كما حكى (٤): «من أوصى بتلته ثم قتل خطأً فإن ثلث ديته داخل في وصيته» (٥) فيقيد به إطلاق الصحيحين.

ص: ٣٩٨

١- الكفايه: ١٤٦.

٢- الفقيه ٤١١/١١٩، التهذيب ١٠: ٧٠٣/١٨٠، الوسائل ٢٩: ١٢٢ أبواب القصاص في النفس ب ٥٩ ح ١.

٣- التهذيب ٦: ٨٦١/٣١٢، الوسائل ١٨: ٣٦٥ أبواب الدين و القرض ب ٢٤ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٤- انظر عده الأصول ١: ٣٨٠.

٥- الكافي ٧: ٧/١١، الفقيه ٤: ٥٨٩/١٦٩، التهذيب ٩: ٧٧٤/١٩٣، الوسائل ١٩: ٢٨٥ أبواب أحكام الوصايا ب ١٤ ح ٢.

و يذبّ عن النص الصريح بضعفه بمحمد بن أسلم الجبلى و على بن أبى حمزه البطائنى.

لكن هذا إنما يتمّ لو لم تكن الشهرة الجابره لسند الروايه الصريحه، و الموجه لعدم مقاومه القويه لتلك النصوص المطلقه، و هى كما عرفت متحقّقه و محكيه، معتضده بنفى الخلاف عن إطلاق الحكم فى كلام جماعه، فلا ريب و لا شبهه فيما ذكره الجماعه و كون رأى الحلّى ضعيفاً غايته، و لذا لم يشر إليه أحد فى الكتب الاستدلاليه.

و أضعف منه القول المحكى عن نادر مجهول بعدم الحكم فى ديه الخطأ أيضاً معللاً بتأخر استحقاقها عن الحياه التى شرط الملك، و الدين كان متعلّقاً بالذمه حال الحياه و بالمال بعد الوفاه، و الميت لا يملك بعدها شيئاً (1).

و إن هو إلّا اجتهاد صرف فى مقابله النصوص المستفيضه بالمجماعات المحكيه.

ص: ٣٩٩

---

١- حكاه فى المفاتيح ٣:٣١٨.



## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ  
الزمر: ٩

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الالكترونى : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

