

كتاب الإجماع الغصب والوصية

تقرير الأبحاث سماحة المرحوم آية الله العظمى
الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردى (قدس سره)

بقلم
آية الله العظمى
الحاج الشيخ حسين علي المنتظري
رحمته الله



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإجارة والغصب والوصية

تقريباً لأبحاث سماحة الأستاذ آية الله العظمى
الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردى

بقلم

سماحة آية الله العظمى المنتظري

منتظری، حسینعلی، ۱۳۰۱ - ۱۳۸۸.

کتاب الاجارة والغصب والوصية / لمؤلفه آية الله العظمى حسينعلی المنتظری.. تهران : سرايى، ۱۳۹۴.
ص ۵۶۴

ISBN : 978 - 964 - 7362 - 70 - 2

۳۲۰۰۰۰ ريال

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما.

کتابنامه به صورت زیر نویس.

کتابنامه: ص ۵۴۵ الى ۵۶۰؛ همچنين به صورت زیر نویس.

۱. اجاره - غصب - وصیت. ۲. فقه جعفری - قرن ۱۴. الف. عنوان.

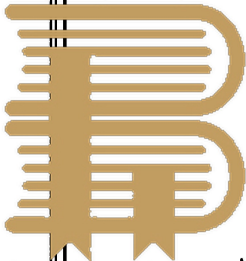
ب. الطبائى البروجردى، حسين، ۱۲۵۳ - ۱۳۴۰.

ک م / ۰۰۰ BP

۰۰۰ / ۰۰۰

۱۳۹۴

شبكة كتب الشيعة



کتاب الاجارة والغصب والوصية

آية الله العظمى الحاج الشيخ حسينعلی المنتظری

shia books.net

رابطه بديله < mktba.net

انتشارات سرايى

نوبت چاپ: اول

تاريخ نشر: تابستان ۱۳۹۴ (۱۴۳۶ ق)

تيراژ: ۲۰۰۰ نسخه

قيمت: ۳۲۰۰۰ تومان

شماره شابكه ۲-۷۰-۷۳۶۲-۹۶۴-۹۷۸

قم، ميدان مصلی، بلوار شهيد محمّد منتظری، كوچه شماره ۸

تلفن: ۳۷۷۴۰۰۱۱ (۰۲۵) - ۲۲۵۶۳۴۵۸ (۰۲۱) • فاكس: ۳۷۷۴۰۰۱۵ (۰۲۵) • موبایل: ۰۹۱۲۲۵۲۵۰۵۰

E-mail: SaraeiPublication@gmail .com

www.Amontazeri .com

فهرس الموضوعات

كلمة ١٣

كتاب الإجارة

المعاملات تأسيسية أو إمضائية ١٧

المعاطاة في الإجارة ١٩

حجر الصبي ٢١

علامات البلوغ ٢٨

إكراه المتعاقدين ٣٧

سلطة المتعاقدين ٤٤

عقد الفضولي ٤٥

تحليف الجارية التي مات زوجها ٥٦

القول في الإجارة ٥٧

أقسام كاشفية الإجارة ٥٩

الاستدلال على الكشف ٦٤

شروط أركان الإجارة ٦٨

الفرق بين الفرد المردّد والكلي في المعين ٧٩

العبادات الاستثنائية ٨٩

إشكال عدم إمكان قصد القرية وجوابه ٩١

- ٩٥ حقيقة الإجارة.
- ٩٦ عدم جواز إجارة العين لتملك الأعيان المتولدة منها.
- ١٠٠ انحصار منفعة العين المستأجرة وعدمه.
- ١٠٤ شرائط الأجرة.
- ١٠٥ إذا كانت المنفعة والأجرة المجهولتان.
- ١١٤ إيجار الشيء المستأجر بأكثر مما استؤجره.
- ١٢٨ بطلان إجارة الأرض بما يحصل منها في المستقبل.
- ١٣٨ نفس العقد مملوك للعوضين.
- ١٤٠ تلف العين المستأجرة قبل قبضها.
- ١٤٢ تلف العبد قبل مدة الإجارة.
- ١٤٣ انهزام الدار المستأجرة وعمرانها.
- ١٤٤ تلف العين المستأجرة.
- ١٤٧ الإجارة من العقود اللازمة.
- ١٥٦ هل الإجارة تبطل بموت أحد الطرفين؟
- ١٦٤ حكم بيع العين المستأجرة.
- ١٦٧ فسخ الإجارة بعد بيع العين المستأجرة.
- ١٧٠ تقارن العقدین.
- ١٧٣ العين المستأجرة أمانة.
- ١٧٤ شرط ضمان العين على المستأجر.
- ١٨٠ شروط صحة الشرط وأدلتها.
- ١٨٦ الشرط الأول: أن لا يكون مخالفاً للكتاب.
- ١٨٨ معنى الشرط المخالف.

١٩٠	أقسام حكم الشرعي
١٩٣	احتمالات في معنى الشرط المخالف
١٩٥	معنى الاستثناء في رواية غياث
١٩٨	كلام الشيخ الأنصاري في الشروط وتقده
٢٠٨	استعمال لفظ الشرط في العرف واللغة
٢١٠	الشرط الثاني: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد
٢١١	الشرط الثالث: أن يكون الشرط في ضمن عقد لازم
٢١٢	الروايات الواردة في لزوم الوفاء بالشروط
٢١٣	الشروط الابتدائية
٢١٦	الشرط في ضمن الإيقاعات
٢١٧	الشروط في ضمن العقود الجائزة
٢١٩	أقسام الشروط الخمسة
٢٢٢	مفاد الشروط في ضمن العقود
٢٢٥	الوجوه المحتملة في شرط الفعل

كتاب الغصب

٢٣١	أسباب الضمان
٢٣٢	تعريف الغصب و بيان معنى الاستيلاء
٢٣٤	الغصب موجب للضمان
٢٤١	العمومات التي يستفاد الضمان منها في باب الغصب
٢٥٠	هل الحديث يشمل اليد الأمانة أم لا؟
٢٥١	ضمان المثل في المثلي و القيمي في القيمي

- ٢٥٣ تعريف المثلي و القيمي
- ٢٥٩ لو تعذر المثل ما هو الاعتبار في قيمة المثل المتعذر؟
- ٢٧٠ الاستدلال بصححة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الغصب
- ٢٧٢ الاستدلال بصححة أبي ولاد على اعتبار أعلى القيم
- ٢٧٤ حكم تعذر المثل في المثليات
- ٢٧٨ لو اختلفت قيمة العين المغصوبة بحسب الأمكنة
- ٢٨٠ لو كانت العين المغصوبة متعلقة لحق الغير
- ٢٨٢ تعدد الضمان لشيء واحد
- ٢٨٧ تعاقب الأيدي الغاصبة على مال واحد
- ٢٩٥ آثار الضمان
- ٣٠٢ فروع مترتبة على بدل الحيلولة
- ٣٠٢ لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية
- ٣٠٤ لو غصب الخل فصار عنده خمرأ
- ٣٠٦ فرق بدل الحيلولة عن بدل التالف
- ٣٠٩ أن بدل الحيلولة بدل عن نفس العين
- ٣١٠ يجب ردّ البذل بعد ارتفاع الحيلولة
- ٣١٤ لا يختص الغصب بالمنقولات
- ٣١٧ حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب
- ٣٢٠ حكم غصب الدار
- ٣٢١ يتحقق الغصب في المنافع أيضاً
- ٣٢٢ حكم غصب الأوقاف
- ٣٢٧ السبب الذي هو موجب للضمان

- أخبار ضمان شاهد الزور بعد الرجوع ٣٣٤
- أخبار ضمان من يغير الوصية ٣٣٥
- لو فرط و استتبع تفريطه حدوث تلف في ما يتعلق بالغير ٣٤٥
- حكم لو فتح باب قفص فيه طائر ٣٤٦
- لو كان في بيته شجرة فذهبت عروقه إلى أرض جاره فأفسدها ٣٤٧
- حكم تلف مال الغير بإرسال الماء أو تأجيج النار ٣٤٧
- إذا اجتمع السبب و المباشر ٣٥٦
- حكم اجتماع السببين في التلف ٣٦٣
- أحكام الغصب ٣٦٦
- هل الضمان باق على الغاصب بعد أن غصب المغصوب منه مال نفسه؟ ٣٦٧
- وجوب ردّ المغصوب مادام باقياً ٣٦٩
- حكم ما لو غيّر الغاصب المغصوب ٣٧١
- لو غصب البذر أو البيض فأثمر ٣٧٤
- لو غصب عصيراً فصار خمرأ ثم صار خللاً ٣٧٧
- إذا غصب ساجة وجعلها جزءاً من سفينة ٣٧٩
- ردّ العين المغصوبة واجب ٣٨٢
- لا يضمن تفاوت قيمة المغصوب السوقية ٣٨٣
- اختلاط العين المغصوبة بعين آخر من الغاصب ٣٨٤
- مسائل الشركة ٣٨٧
- إن كان المزج موجباً لتضرّر المالكين ٣٩٥
- لو صاع النقرة حلياً ٣٩٧
- لو صبغ الغاصب الثوب المغصوب ٣٩٨

- لزوم طمّ البئر المحفورة في الأرض المغصوبة ٣٩٩
- إذا غصب صاعين زيتاً أو عصيراً فأغلاهما ٤٠٠
- لو غصب عصيراً فأغلاه فنقص وزنه ٤٠١
- هل ضمان المنافع المستوفاة على المشتري أو الغاصب ٤٠٢
- لو غصب عبداً قتلته قاتل ٤٠٢
- حكم ميراث الزوجة ٤٠٦

كتاب الوصية

- ماهية الوصية وأحكامها ٤١١
- هل الوصية من العقود أم من الإيقاعات ٤١٣
- هل يكون القبول دخیلاً في تحقّق الموصى به في التمليكية؟ ٤١٨
- يشترط في قبول الموصى له أن يكون بعد موت الموصي ٤٢٥
- لو ردّ الموصى له الوصية ٤٢٧
- لو أوصى بالعين لأحد و بمنفعتها لآخر ٤٢٨
- أركان الوصية ٤٢٩
- شرائط الموصي ٤٢٩
- شرائط الموصى به ٤٣٨
- يشترط أن يكون الموصى به من مال الموصي ٤٤٣
- هل يصحّ الوصية بالترديد؟ ٤٤٤
- الوصية بأزيد من الثلث غير نافذة ٤٤٦
- نفوذ الوصية في الزائد من الثلث إن أجازوا الورثة ٤٥٠
- نفوذ الوصية بعد خروج الدين و الكفن ٤٥٢
- لو أوصى بأزيد من الثلث ٤٥٤

٤٥٩	 في منجّزات المريض
٤٦٣	 نقل الأقوال في أنّ المنجّزات من الأصل أو الثلث
٤٧٧	 ذكر الأخبار الدالة على خروج المنجّزات من الأصل
٤٩٣	 نفوذ إقرار المريض من الأصل أو الثلث للورثة
٥٠٢	 نفوذ إقرار المريض من الأصل أو الثلث لغير الورثة
٥٠٨	 فذلكة فيها تميم للمبحث
٥١٣	 لو باع المريض بأنقص من ثمن المثل في مرضه
٥١٦	 شرائط الموصى له
٥١٦	 لو مات الموصى له قبل موت الموصي
٥١٩	 إذا أوصى بجارية و حملها
٥٢١	 لو قبل بعض الورثة وردّ آخرون
٥٢٢	 لو مات الورثة قبل القبول
٥٢٢	 ما هو الاعتبار في ورثة الموصى له؟
٥٢٤	 حرمان الزوجة من الأراضي
٥٢٧	 المسألة الدورية التي عقد لها الفقهاء في الوصايا
٥٢٩	 مسائل الوصايا المبهمة المعروفة
٥٣٣	 لو أوصى بمال فنسي الموصى إليه
٥٣٥	 لو أوصى بمال من دون تعيين
٥٣٦	 في شرائط الوصي
٥٣٩	 اعتبار العدالة في الوصي عند المشهور
٥٤٣	 لو أوصى إلى شخصين
٥٤٥	 مصادر التحقيق

كلمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمداً

وآله الطاهرين المعصومين واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

هذه المجموعة الفقهية التي بين يديك هي ما كتبه سماحة الراحل آية الله العظمى المنتظري رحمه الله تقريراً لمحاضرات سماحة أستاذه الأعظم المرحوم آية الله العظمى البروجردي رحمه الله في الإجارة والغصب والوصية. وقد كان غرضه الأسمى من تقرير بحوث أستاذه رحمه الله ونشرها - على ما صرح به غير مرة - عرض منهجه الفريد في استنباط الأحكام الشرعية لقافلة سفر التفقه والاجتهاد وسلك سبيله، المنهج الذي سلكه نفسه بأحسن وجوهه وأتمها، وكان يراه طريقاً قوياً مؤمناً، ويقول: «إن أستاذه المحقق البروجردي قد فتح باباً جديداً وحقق منهجاً وحيداً في الاستنباط كان مغفولاً عنه قبله».

وهذا المنهج يعرفه جلياً من تدبر في تقارير بحثه وكيفية وروده في البحث و خروجه عنه وقايسه مع سائر المناهج الفقهية.

وكيف ما كان، هذه المجموعة بعض مقدمات طبعها ونشرها في أواخر عمره

الشريف، و لكنّه مع الأسف قبل أن تكمل و تعدّ للطبع و النشر قد قضى نحبه و لقي ربّه جلّ جلاله. و المرجو أن تقع هذه المجموعة كسائر ما قرّره من بحث أستاذه فقهاً و أصولياً، و كذا ما كتبه تقريراً لأبحاثه الفقهية من نفسه مرجعاً لطلبة الفقه و سالكي سبيله الذين يطرقون طريق الاجتهاد، و يرجون فيه تجارة لن تبور، و ترجو من الله جلّ و علا يقبل سعينا هذا بفضل و كرمه و أن يكون ذخراً لسماحته و لنا.

اللهم صلّ على محمد و آله و عبّـل في فرج و ليك القائم المنتظر واحشر أعلام الدين و علمائه العاملين و لا سيّما العلمين المذكورين مع أوليائك الطاهرين.

مكتب آية الله العظمى المنتظري ﷺ

كتاب الإجارة

المعاملات تأسيسية أو إضائية

اعلم أنّ المعاملات المتداولة بين الناس ليست ممّا اخترعها الشارع بحيث لم يكن لها وجود قبل الشريعة و كان الشارع هو الجاعل لها، بل معانيها كانت مفهومة عند الملبّين و غيرهم، حقائقها متداولة بينهم و كانت لها أسماء يطلقونها و يريدون بها تلك المعاني، كاسم «الإجارة» و «البيع» و نحوها، فتلك الأسماء موضوعة لتلك المعاني الاعتبارية لا للفظ الإيجاب و القبول المنشأ بهما تلك المعاني، بل ألفاظ الإيجاب و القبول مشتقات من تلك الأسماء الموضوعة لتلك المعاني، و كذا الأقسام المنقسمة إليها المعاملات من العقد و الإيقاع و العقد المعاوضي و غيره ليست بحسب تقسيم الشارع للمعاملات إليها و اعتباره تلك الأقسام فيها، بل قبل ظهور الشرع كانت منقسمة إليها في نظر العرف فكان إذا استلزم وقوع معنى من المعاني المنشئة نحو تصرف في إطار سلطة الغير سمّوه عقداً و إلّا فإيقاعاً، فالبيع و الإجارة و نحوهما من العقود، و الوقف و الوصية و الطلاق و العتاق و نحوها من الإيقاعات.

و كون الأخيرين من الإيقاعات واضح، و أمّا كون الأولين منها فهو وإن اختلف فيه؛ و لكن بحسب ما قلناه ينطبق عليهما تعريف الإيقاع، فإنّ الوقف في

اللغة الحبس^١ و يتعدى في الاستعمال بحرف الاستعلاء «على» فكأن الواقف جعل الملك الموقوف فوق رأس الجهة أو الأشخاص الموقوف عليها بحيث يدرّ منفعه عليها و لم يملك الموقوف عليهم شيئاً حتّى يحتاج الوقف إلى القبول بخلاف مثل الهبة، فإنّ حقيقتها التملك و هو يستلزم تصرفاً في إطار سلطة الغير. و كذلك الوصيّة، فإنّ لها معنى يتحقّق بدون تصرف في دائرة سلطة الغير، فإنّ للوصيّة معنى يقال له في الفارسية: «سفارش»^٢ و لو كانت الوصيّة لتملّك شخص ملكاً من أملاكه، فإنّ معنى الوصيّة يتحقّق بدون القبول و إن كان تملّك الغير محتاجاً إلى القبول و ليست عقداً، و لذا يجوز لورثته القبول إن مات ذلك الموصى له فكأنّ الشارع قال: إذا أوصى لشخص بشيء يجوز له أو لورثته القبول، و لم يجعل الموصي ذلك الملك ملكاً للموصى له و لا مورداً لحقه حتّى يحتاج تحقّق معنى الوصيّة إلى قبول الموصى له.^٣

و لما كانت معاني المعاملات ممّا تداول بين العرف و لم يتصرّف فيها الشارع نفيّاً و إثباتاً إلّا في مورد ترتّب مفسدة عليها كالربا؛ لما يستلزمه من تعطيل التجارات و كبيع المنابذة و بيع الحصاة؛ لما يستلزمه من الفرر الفاحش و كغيرها لمفاسد ترتّب عليه كان المرجع في تشخيص حقائق المعاملات و خصوصياتها هو العرف فعقد «المضاربة» و «المزارعة» و «المساقاة» كلّها داخل في عقد الشركة و من أقسامه؛ لأنّ العرف كما يعتبرون الشركة في عينين يعتبرونها في عين و عمل إذا احتاج حصول المنفعة إليهما، فليست العقود الثلاثة خارجة عن الشركة عندهم. و ردع

١ - مجمع البحرين ٤: ٥٣٥؛ تاج العروس ٤: ١٢٥؛ و ٦: ٢٦٥؛ لسان العرب ٣: ١٩.

٢ - راجع: كتاب الوصيّة الصفحة ٤١١ و ٤١٣.

٣ - يأتي في الصفحة ٤١٨.

الشارع عن بعض أقسام الشركة كشركة الوجوه و الأعمال لعدم حصول اختلاط فيها حتّى عند العرف إذا لاحظ بنظره الدقيق؛ لأنّ الأعمال ممتازة و الأجناس المشتراة المتّجرة بها أيضاً ممتازة و اشتراط الاختلاط في حصول معنى الشركة حتّى عند العرف ممّا لا يخفى.

المعاطاة في الإجارة

فمن العقود المتداولة عند العرف الممضاة في الشرع عقد الإجارة، و قد اختلفوا في حقيقتها، فقال بعضهم: هي تملك المنفعة بعوض معيّن،^١ و قال آخرون: هي تبديل إضافة خاصّة متعلّقة بالعين المستأجرة بعوض معيّن، و نقلها إلى المستأجر بحيث يترتب على هذا التبديل و النقل استحقاق المستأجر للانتفاع بالعين المستأجرة،^٢ و هذا هو الأقوى؛ لما نرى من تعلّق الإجارة أولاً و بالذات بالعين فيقال: آجرت الدار.

و الحاصل: أنّ الإجارة التي يقال لها بالفارسية «مزدورى دادن» بحسب المعنى لا يمكن تعلّقها أولاً بالمنفعة، بل تتعلّق بالعين باعتبار كونها ذات منفعة يمكن استيفائها و لا ينافي هذا المعنى بطلانها لو كانت العين بلا منفعة؛ إذ تعلّق هذا المعنى بالعين لا يمكن إلّا مع كونها ذات منفعة.

١ - شرائع الإسلام ٢: ١٧٩؛ المختصر النافع: ١٥٢؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٨١؛ تحرير الأحكام ٣: ٦٧ / ٤١٦٩؛ تبصرة المتعلّمين: ٩٩؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥؛ اللعة الدمشقية: ١٥٥؛ الروضة البهية ٣: ٩؛ مسالك الأفهام ٥: ١٧١؛ كفاية الفقه ١: ٦٤٨؛ التنقيح الرائع ٢: ٢٥٢؛ الحدائق الناضرة ٢١: ٥٣٢؛ رياض المسائل ٩: ١٩١.

٢ - حاشية كتاب المكاسب، الخراساني: ٣٢؛ وراجع: البحوث في الفقه، الإجارة: ٣- ٥؛ شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤١٦- ٤٢١.

ثم إنَّ الأقوى صحَّة المعاطاة فيها و في سائر العقود التي تتصوَّر فيها المعاطاة، بل لزومها على نحو ما ذكرت فيها الصيغة لكونها متداولة عند العرف و مستأنة لديهم بعناوين العقود فيسمون البيع المعاطاتي مثلاً بيعاً و يعاملون معه معاملتهم، مع البيع بالصيغة بلا تفاوت أصلاً. وكذا الإجارة و سائر العقود، فإذا كانت المعاطاة من أصناف العقود المتداولة الثابتة صحَّتها بالشرع دخلت في العمومات الدالَّة على الصحَّة و على اللزوم في بعض العقود و على الجواز في بعضها الآخر و ما تراه في كلمات شيخنا الأنصاري رحمته الله من الحكم بصحَّة البيع المعاطاتي لعمومات صحَّة البيع و الحكم بجوازه لكون لزومه خلاف الإجماع^١ في غير محلِّه؛ إذ نمنع ثبوت الإجماع في هذه المسألة غير المعنونة في كتب القدماء الموضوعة لبيان أصول المسائل المتلقاة عن المعصومين عليهم السلام و قد كانت عادة قدماء أصحابنا رضوان الله عليهم أن يقتصروا في كتبهم الفقهية بذكر المسائل المتلقاة عنهم عليهم السلام بألفاظها حتَّى لو كان أحد منهم يُخلط تلك المسائل مع الفروع المستفادة من تلك الأصول المتلقاة لأعرضوا عنه، كما أنَّ شيخنا الطوسي رحمته الله وضع كتابه «النهاية» لتدوين تلك الأصول؛ فكلَّ مسألة لم توجد في تلك الكتب الموضوعة لتدوين أصول المسائل المتلقاة عنهم عليهم السلام يحكم فيها على طبق ما يقتضيه القواعد و لا اعتبار بإجماع المتأخِّرين فيها فضلاً عن شهرتهم و كلَّ مسألة وجدت في أكثر تلك الكتب أو جميعها نستكشف من ذكرها فيها كونها متلقاة من المعصومين عليهم السلام فنعمل على طبقها، و إن لم يجمع على وفقها آراء تمام الأصحاب، و لا أثر من مسألة المعاطاة في تلك الكتب حتَّى في «نهاية» الشيخ.

نعم، ذكرها الشيخ في كتاب «الخلافة» الموضوع لنقل المسائل الخلافية. فعلى هذا لما كانت المعاطاة بنظر العرف بحكم ما بالصيغة بلا تفاوت أصلاً وجعلوها من عناوين العقود المتداولة دخلت في عمومات لزوم المعاملات أو جوازها فنحكم بلزوم الإجارة المعاطاتية وكذا بيعها وأمثالهما.

ثم إن تصوير المعاطاة في الإجارة لا يمكن إلا بأن يقصد بتسليم العين و تسليم بعض منافعها وهي الموجودة حين تسليم العين في أول مدة الإجارة تسليم تمام المنفعة و مرادنا من تسليم المنفعة تسليم الإضافة الخاصة التي ذكرناها في حقيقة الإجارة نظير ما لو أعطى بعض المثلث في البيع بقصد إنشاء البيع و أعطى باقيه تدريجاً. نعم، يمكن أن يكون أداء العين المستأجرة قبل مدة الإجارة ظاهراً ظهوراً عرفياً في تسليم منفعتها إذا كان التسليم قبل ابتداء مدة الإجارة بزمان قليل.

حجر الصبي

قد وقع الإجماع من المسلمين على حجر الصبي من التصرف في ماله سوى ما حكى عن أبي حنيفة من منع الصبي عن الاستيلاء على المال مع نفوذ معاملاته لو أوقعها عليه؛^١ و لم يخالف في هذه المسألة سواء أحد من العامة و الخاصة. و يدل على حجره قوله تعالى: *وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ*.^٢

تقريب الاستدلال أن يقال: إن الظاهر من الآية كون أموال اليتامى في أيدي

١- المعني، ابن قدامة ٤: ٥١٣.

٢- النساء (٥): ٦.

أوليائهم وأن الأولياء كانوا يدفعونها إليهم عند بلوغهم مرتبة الرجولية و خروجهم عن اليتيم و هو زمان بلوغ النكاح و وجود آثار الشهوة فيهم و لم يردع الله عزّ و جلّ عن سيرتهم لا في الأولى و هي كون الاستيلاء على أموالهم للأولياء و لا في الثانية و هي دفعهم أموالهم إليهم عند بلوغهم؛ و لكنّ الردع وقع عن دفع الأموال إليهم عند البلوغ مطلقاً، إذ قيد جواز الدفع إليهم بإيناس الرشد منهم.

و عبارة أخرى: كلمة «إذا» ظرف فيه معنى الشرطية و لم يخرج عن الظرفية، كما توهمه بعضهم من جهة كونه مجروراً بـ «حتى» لمنع كون كلمة «حتى» هنا جارة بل حرف ابتداء، فعلى هذا قوله: «بَلَّغُوا» شرط لـ «إذا» و الجملة الشرطية الثانية - أي كلمة «إن» - مع جمعتي شرطها و جزائها جزاء لـ «إذا» و محصل المعنى: أنه يجب عليكم ابتلاء اليتامي.

ثم إنه بعد ثبوت حججه عن التصرف في ماله، هل يكون مسلوب العبارة بحيث تكون إنشائاته كالعدم فلا تصحّ معاملاته و لو بإذن الولي؟ ظاهر بعض الإطلاقات في كلماتهم من بطلان معاملاته ذلك. و خالف المقدّس الأردبيلي، فقال: بالصحة،^١ بل و يظهر من بعض آخر الميل إليه؛^٢ لأن أدلة الحجر ظاهرها منع استقلاله بالتصرف بحيث يكون التصرف مستنداً إليه لا المنع من مطلق التصرف و لو كان الصبي آلة في المعاملة أو كانت المعاملة بإذن الولي، بحيث يستند وقوعها إلى الولي فإذا لم تكن أدلة الحجر شاملة لمنع تلك التصرفات بقيت عمومات صحة المعاملات من البيع و الإجارة و غيرها بحالها شاملة لمعاملاته.

١- مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ١١.

٢- شرائع الإسلام ٢: ١٨٠؛ كفاية الفقه ١: ٦٥١؛ راجع أيضاً: جامع المقاصد ٧: ٨٣؛ تحرير الأحكام ٣:

٨٠؛ رياض المسائل ٩: ٢٠١.

و يستدل له أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾^١ فَإِنَّ المقصود من قوله تعالى ابتلائهم قبل البلوغ بأمرهم بإيجاد المعاملات مقدّمة لدفع أموالهم إليهم عند البلوغ لو أونس منهم الرشد.

و فيه: أَنَّ طريق الابتلاء غير منحصر في أمرهم بإيجاد المعاملات، فالعمدة في الاستدلال للصحة العمومات إِلَّا أَنْ تَخَصَّصَ بدليل و ما ادّعى لتخصيص العمومات به ثلاث روايات.

الأولى: رواية رفع القلم، المروية بطرق مختلفة عن النبي ﷺ: «رفع القلم عن الثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، و عن المجنون حتّى يفيق، و عن النائم حتّى يستيقظ»^٢.

و الراوي عنه ﷺ بلا واسطة عائشة و علي بن أبي طالب إِلَّا أَنَّ المسند إلى علي بن أبي طالب يكون مع ذكر قضية لعمر بن خطاب و نقل علي بن أبي طالب لتلك الرواية بعدها و القضية عبارة عن حكم عمر برجم جارية مجنونة قد زنت و هذه الرواية و إن لم تُروَ بطرقنا،^٣ بل ذكرها العامة بطرقهم في كتاب الحدود إِلَّا أَنَّ استفاضتها و كون رواها

١- النساء (٤): ٦.

٢- المسند، أحمد بن حنبل ١٧: ٤٠٥ و ٤٠٧؛ المصنف، عبد الرزاق ٤: ٢٧؛ صحيح البخاري ٦: ١٦٩، باب الطلاق في الأغلاق وفي المكروه... و ٨: ٢١، باب لا يرجم المجنون... سنن أبي داود ٤: ٥٤٤ / ٤٣٩٨-٤٣١٢؛ سنن دارقطني ٣: ١٠٣؛ سنن الترمذي ٢: ٤٣٨؛ المستدرک علی الصحیحین ٢: ٥٩؛ و ٤: ٣٨٩؛ المحلى بالآثار ١: ٤٥ و ٨٨ و ٦: ٢٢٦ و ٨: ٥٠ و ٢٧٩؛ السنن الكبرى، البيهقي ٣: ٨٣؛ و ٤: ٢٦٩؛ و ٦: ٨٤ و ٢٠٦؛ و ٧: ٣٥٩؛ المغني، ابن قدامة ٤: ٥١٣؛ كنز العمال ٤: ٢٣٣ / ١٠٣٠٧-١٠٣١٠.

٣- هذه الرواية لم ترو في الكتب الأربعة من المجامع الروائية و لكن رواها الصدوق في الخصال: ٩٤ / ٤٠ و ١٧٥ / ٢٣٣ و بحار الأنوار ٥: ٣٠٢ و ٧٦: ٨٨.

مؤتقين مع استناد بعض الأصحاب^١ إليها توجب الوثوق بصدورها. و الوجوه المحتملة في الرواية من حيث الدلالة ثلاثة.

الأول: أن يكون المراد بالقلم المرفوع عن الصبي قلم الملائكة المؤكّنين لكتابة الأعمال و ثبتها لتجزي كل نفس بما كسبت يوم القيامة.

الثاني: أن يكون المراد بالقلم المرفوع قلم السائسين المأمورين لثبوت الأعمال المترتبة عليها الحدود الشرعية في هذه النشأة ليرتب عليها تلك الحدود.

الثالث: أن يكون المراد بالقلم المرفوع معناه الأول لكن لا باعتبار كل ما يكتب به، بل يكون المرفوع الأعمال المحرمة أو الواجبة.^٢

و لنذكر أولاً الأنواع المتصورة لعمل الصبي، ثم نبين ما هو الأقرب من الاحتمالات الثلاثة و ما يثبت حكمه من الأنواع المتصورة.

فاعلم إنه قد تكون أعماله من قبيل العبادات كالصلاة و الصوم و الإحرام للحجّ بل و إسلامه، و قد تكون من قبيل تصرفاته في ماله إتلافاً أو نقلاً أو غيرهما كبيعته إجارته و رهنه، بل و وصيته و إعتاقه و أمثالها، و قد تكون من قبيل تصرفه في ما

١- الخلاف ٢: ٤١، المسألة ٤٢ و ٢١٩، المسألة ٧٨ و ٣: ١٧٩، المسألة ٢٩٤ و ٣٥٣، المسألة ٢١ و ٥: ١٧٦، المسألة ٣٩ و ٢٧١، المسألة ٨٧ و ٣٢٤، المسألة ٩: المبسوط ٣: ٣ و ٤: ٥١ و ٥: ٥٢ و ٧: ١٥ و ٥٠ و ٦٨ و ٨: ٢١ غنية الزوج ١: ١١٨ و ٢١٠: الررائز ٢: ٦٩٣ و ١٨: ٣ و ١٨٩ و ٢٠٧: المعتمد ٢: ٢٩٠ و ٤٠٣ و ٤٨٦ و ٧٦٦: مختلف الشيعة ٩: ٢٩٤، تذكرة الفقهاء ٤: ٣٣٦ و ٥: ١٢ و ٦: ١٠٠ و ١٤٧: نهاية الأحكام ١: ٣١٨ و ٢: ١٥٩ و ٢٩٨: إيضاح الفوائد ٢: ٥٠ و ٤: ٥٢٠: المهذب البارع ٤: ٥٠٧ و ٥: ١٩٢: جامع المقاصد ٧: ٨٢ مسالك الأفهام ٩: ٢٤: روض الجنان ٢: ٩٤٧: مجمع الفائدة و البرهان ٣: ٢٠٥ و ٩: ١٨٦ و ٣٨٦: مدارك الأحكام ٥: ١٥ و ٦: ٢٠١ و ٧: ٢١: رياض المسائل ١١: ٤٥٨.

٢- أقول: يمكن أن يكون المراد بالقلم المرفوع قلم التكليف و جعل الأحكام. [المقورن]

يكون تحت سلطته شبه المال كتطبيقه زوجته، و قد تكون من قبيل تصرفه في نفسه كإجارة نفسه للغير، و قد تكون من قبيل حيازته؛ لما يكون تملكه بالحيازة و الاستيلاء عليه، و من هذا القبيل سبقته إلى الأمكنة المشتركة كالمساجد و المدارس، و قد تكون من قبيل حجية قوله كما لو أذن في دخول الدار أو أقر بشيء على نفسه، و قد تكون من قبيل تأثير إنشائاته و عدمه، بحيث لم تستلزم تصرفاً في ماله كما لو أجرى العقد لغيره من دون دخالته في تعيين الثمن و المضمن، أو أجراه على ماله بإذن الولي بحيث نسب التصرف عرفاً إلى وليه مثلاً و قد تكون من قبيل تصرفاته في غير ماله كبيعته و إجارته مال الغير بإذنه، و قد تكون من قبيل الأعمال المترتبة عليها عقوبة دنيوية كالزنا الجاري على فاعله الحد، و قد تكون من قبيل الأعمال المترتبة عليها آثار وضعية كإتلافه مال الغير الموجب شرعاً للضمان و كجماعه الموجب شرعاً للجناية، و قد تكون من قبيل الأعمال المترتبة عليها العقوبة الأخروية، و قد تكون من قبيل القبض أو الإقباض كما لو قبض دينه من مديونه أو دين الغير من مديون هذا الغير أو أقبض للغير مال غيره بإذنه لا مال نفسه لأنه من أقسام التصرف في ماله و كل هذه الأعمال قد تقع بإذن الولي و قد تقع بغير إذنه إلا أن إذنه في بعض ما ذكرنا غير دخیل مسلماً في صحة العمل الصادر منه و عدمها، و في بعضها يمكن أن يكون دخیلاً.

إذا عرفت ما ذكرنا، فنقول: لو قلنا بأن المراد من القلم المرفوع معناه الأول فيشمل بعمومه جميع الأنواع المذكورة لشبهتهم كل الأعمال و الأفعال فيلزم التخصيص في موارد ثبوت الآثار الشرعية على فعله بحسب حكم الشارع كالجناية و الضمان و صحة إحرامه و ذبحه و إسلامه و عباداته على المشهور في الأخير، مع أنه يستلزم تطبيق الرواية على المورد - و هو حكم عمر برجم المجنونة - اعتبار

مقدمة مطوية؛ إذ المدلول في الرواية بمقتضى هذا المعنى عدم حرمة الزنا الصادر من المجنونة و عدم العقاب عليها لا عدم إجراء الحدّ عليها، فيلزم اعتبار هذه المقدمة و هي أنّ الحدود إنّما وضعت شرعاً للردع عن نظائر هذا المحرّم التي ارتكبتها من أجري عليه الحدّ؛ و الفرض عدم حرمة ما ارتكبه المجنونة فلا معنى لإجراء الحدّ عليها.

و أمّا المعنى الثالث فلا دليل عليه؛ إذ تخصيص القلم المرفوع بما يكتب و يثبت به الأحكام الإلزامية فقط إنّما يستحسن لو كان الرواية في مقام الامتنان حتّى يقال: إنّ الامتنان إنّما يحصل في رفع الإلزام فقط و ليس في الرواية ما يدلّ على كونها في مقام الامتنان.

فالأحسن اختيار المعنى الثاني حتّى لا يلزم تخصيص و لا اعتبار مقدّمة خارجية لتطبيقها على المورد، فلا تدلّ إلّا على عفو الثلاثة عن إجراء الحدود الشرعية عليها.

الرواية الثانية: الرواية الدالّة على عدم جواز أمر الصبيّ و هي رواية حمزة بن حمران، عن الباقر عليه السلام أو عن أبيه حمران عنه عليه السلام ^١ الموثقة بجميع رواتها إلّا عبدالعزيز العبدى فإنّه ضعيف، و لكن لا يضرّ بالعمل بها، لرواية الحسن بن محبوب عنه و هو من أصحاب الإجماع، ^٢ و الرواية واردة لبيان الحدّ الذي إذا بلغه اليتيم أقيمت عليه الحدود التامة التي موضوعها البالغ بقرينة صدرها إلّا أنّ ذيلها رتب على بلوغه جواز أمره في البيع و الشراء.

١ - التريد من اختلاف نسخ الكافي و تهذيب الأحكام و السرائر. راجع: الكافي ٧: ١٩٧ / ١: تهذيب الأحكام ١٠: ٣٧ / ١٣٢: السرائر ٣: ٥٩٦.

٢ - اختيار معرفة الرجال: ٥٥٦ / ١٠٥٠.

قال: «إنَّ الجارية ليست مثل الغلام، إنَّ الجارية إذا تزوّجت و دخل بها^١ و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و البيع و أُقيمت عليها الحدود التامة و أخذت لها و بها».

قال: «و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك». و هذه الرواية رواها صاحب «الوسائل» في مقدّمة العبادات^٢ بتمامها و أوردها أيضاً في الحجر^٣ و لم يذكر صدرها، و صدرها مذكورة في «مستطرفات السرائر»^٤.

و في معناها بعض الروايات الأخر، و الأقوى عدم دلالة تلك الرواية أيضاً على كون الصبيّ مسلوب العبارة بحيث يبطل معاملاته حتّى مع إذن الولي، بل المقصود من الرواية كون البلوغ شرطاً في زوال حجره و استقلاله بالتصرف في ماله حتّى أنّها ليست ناظرة بما لو تصرف الصبيّ في مال غيره بالبيع و الشراء بإذنه بحيث يكون نبض المعاملة بيد الصبيّ؛ لأنّ الظاهر من البيع و الشراء المذكورين في الرواية بقرينة قوله: «دفع إليها مالها» بيعه و شرائه في ماله لا مال الغير.

الرواية الثالثة: الرواية الحاكمة بأنَّ «عمد الصبيّ و خطؤه واحد»^٥ و ظاهر هذه

١ - اعلم أنّ قوله ﷺ: «الجارية إذا تزوّجت و دخل بها» يمكن أن يكون طعنًا على الشافعي حيث حكم بكون حدّ البلوغ في الجارية هو حدّه في الغلام؛ أعني خمس عشرة سنة مع تسليمه لجواز تزوّجها و الدخول بها إذا بلغت تسع سنين. [المقرّبات]

٢ - الكافي ٧: ١٩٧ / ١؛ تهذيب الأحكام ١٠: ٣٧ / ١٣٢؛ السرائر ٣: ٥٩٦؛ وسائل الشيعة ١: ٤٣، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤، الحديث ٢.

٣ - وسائل الشيعة ١٨: ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢، الحديث ١.

٤ - السرائر ٣: ٥٩٦.

٥ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٣ / ٩٢٠؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠، كتاب الديات، أبواب العاقلة، الباب ١١، الحديث ٢.

الرواية جعل عمد الصبي كخطأه فيما لو كان هناك حكمان ترتب أحدهما على موضوع العمد و الآخر على موضوع الخطأ كباب الجنائيات أو باب الإخلال بمحظورات الإحرام لا فيما نحن فيه. فهذه أيضاً ليست بدالة على كون الصبي مسلوب العبارة.

علامات البلوغ

قد ذكر للبلوغ خمس علامات ثنتان منها مخصوصتان بالمرأة وهما الحيض و الحمل و الثلاثة الأخر مشتركة بين الرجل و المرأة و هي شعر العانة و الاحتلام و السنّ، و لا إشكال في عدم كون تلك الخمسة بنفسها بلوغاً، بل البلوغ عبارة عن حدّ كمال القوى و اشتداد البدن و البلوغ إلى حدّ يستحقّ أن يطلق على الغلام الرجل و على الجارية المرأة و تلك الأمور الخمسة علامات لهذا البلوغ.

أما السنّ فأنكر المالك كونه علامة في الذكر و الأنثى و وافقه داود الأصبهاني^١ رئيس الظاهريين من العامة الذين هم بمنزلة الأخباريين منا.

و قال أبو حنيفة: إنّ استكمال سبع عشرة سنة علامة لبلوغ الجارية و ثمانى عشرة سنة لبلوغ الغلام و نقل عنه أيضاً أنّ سبع عشرة أو ثمانى عشرة علامة للبلوغ و لم يفرّق بين الجارية و الغلام. و يمكن أن يكون ترديده باعتبار اختلاف الطبايع قوّة و ضعفاً في البلوغ.

و قال الشافعي: إنّ استكمال خمس عشرة سنة علامة لبلوغ الجارية و الغلام

١- المجموع ١٣: ٣٦٣؛ حلية العلماء ٤: ٥٣٢؛ المغني. ابن قدامة ٤: ٥١٢؛ الشرح الكبير، ضمن المغني ٤:

٥١٢؛ و راجع: الخلاف ٣: ٢٨٣، المسألة ٢؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ١٩٦، المسألة ٤٠٤.

أيضاً^١، و وافقه من تلامذة أبي حنيفة محمد بن حسن الشيباني و أبو يوسف^٢، و يستدل لقول الشافعي برواية عبد الله بن عمر^٣ قال: عرضت على رسول الله ﷺ في غزوة بدر فردني و أنا ابن ثلاث عشرة سنة، ثم عرضت في أحد فردني و أنا ابن أربع عشرة سنة، ثم عرضت في خندق فقبلني و أنا ابن خمس عشرة سنة^٤ و رواية أنس عنه رضي الله عنه^٥ و مضمونه أن: «المولود إذا استكمل خمس عشرة سنة فقد أدرك».

هذا ما أردنا نقله من أقوال العامة و أما علمائنا معاصر الإمامية، فالمشهور بينهم من المتقدمين و المتأخرين بحيث كادت أن تكون إجماعاً بلوغ الغلام عند استكمال خمس عشرة سنة و الجارية عند استكمال تسع سنة^٦ و حكي عن ابن

١- الأم ٣: ٢١٥؛ مختصر المزني: ١٠٥؛ المجموع ١٣: ٣٦١؛ المغني، ابن قدامة ٤: ٥١٢.

٢- المجموع ١٣: ٣٦٢؛ حلية العلماء ٤: ٥٣٢؛ المغني، ابن قدامة ٤: ٥٥٧؛ الشرح الكبير، ضمن المغني ٤: ٥١٢؛ و راجع: الخلاف ٣: ٢٨٣، المسألة ٢؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ١٩٦، المسألة ٤-٤.

٣- كان المسلمون يمرضون عليه عليه السلام، فلو كانوا بالغين قبلهم للجهد و لو كانوا غير بالغين ردّهم. [المقررات]

٤- الطبقات الكبرى ٤: ١٤٣؛ تاريخ مدينة دمشق ٣١: ٩٥؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٥٥؛ مسند الطيالسي: ٢٥٤ / ١٨٥٩؛ كنز العمال ١٣: ٤٧٦ / ٣٧٢٤٩؛ تهذيب الكمال ١٥: ٣٣٩؛ و راجع: تذكرة الفقهاء ١٤: ١٩٥.

٥- المغني، ابن قدامة ٤: ٥١٥؛ نيل الأوطار ٥: ٢٨٠.

٦- الخلاف ٣: ٢٨٢، المسألة ٢؛ المبسوط ١: ٢٦٦؛ و ٢: ٢٨٣؛ غنية النزوع ١: ٢٥١؛ السرائر ١: ٣٦٧؛ و ٢: ١٩٩؛ و ٣: ٢٠٦؛ تذكرة الفقهاء ١٤: ١٩٨، المسألة ٤٠٥؛ كنز العرفان ٢: ١٠٢؛ زبدة البيان: ٤٨٠؛ مسالك الأفهام ٤: ١٤٤ - ١٤٥؛ مجمع البيان ٣: ١٦؛ كشف الرموز ١: ٥٥٢؛ مختلف الشيعة ٥: ٤٥١، المسألة ٩٧؛ غاية المرام ١: ٣٣٢؛ شرائع الإسلام ١: ١٩٨؛ و ٢: ١٠٠؛ قواعد الأحكام ٢: ١٣٤؛ للجنة

الجنيد أنه قال ببلوغ الغلام عند استكمال أربع عشرة سنة^١ و قال بعض متأخري المتأخرين ببلوغه عند استكمال ثلاث عشرة سنة^٢ و ربما يظهر من بعضهم^٣ نسبة هذا القول إلى الشيخ في كتابي الأخبار «التهذيب» و «الاستبصار»^٤ و لكنه رحمه الله ادعى إجماع الإمامية على خمس عشرة سنة في كتابه «النهاية»^٥ الموضوع لبيان المسائل المتعلّقة منهم عليهم السلام و مجرد نقله رواية ثلاث عشرة سنة في كتابيه المذكورين لا يدلّ على اختياره هذا القول؛ و أما استكمال عشر سنة فليس قولاً بقبال الأقوال المذكورة آنفاً فإنّه لم يحكم أحد بكونه علامة لبلوغه، و لكن أثبت له عند هذه المدّة بعض أحكام البالغين، هذا ما وجدناه من أقوال العلماء في هذه المسألة. و أما الروايات فالدالّ على خمس عشرة سنة روايتان:

الأولى: رواية حمزة بن حمران التي سبق ذكرها آنفاً و قد ذكرها في

١- دمشقية: ٦١؛ المهذب البارع ٢: ٥١٣ - ٥١٥؛ الروضة البهية ١: ٤٢٥؛ كفاية الفقه ١: ٥٨١ - ٥٨٢؛
مفاتيح الشرائع ١: ١٤؛ المختصر النافع: ١٤٠؛ تحرير الأحكام ٢: ٥٣٤؛ إرشاد الأذهان ١: ٣٩٥؛
تبصرة المتعلّمين: ١١٣؛ جامع المقاصد ٥: ١٨٢؛ راجع: فقه القرآن ٢: ٧٣.

١- راجع: مختلف الشيعة ٥: ٤٥١، المسألة ٩٧.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ١٨٨ - ١٩١.

٣- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ١٨٩ - ١٩٠؛ مدارك الأحكام ٦: ١٥٩؛ كفاية الفقه ١: ٥٨١ - ٥٨٢.

٤- تهذيب الأحكام ٢: ٣٨٠ / ١٥٨٨؛ الاستبصار ١: ٤٠٨ / ١٥٦٠؛ وسائل الشيعة ١: ٤٥، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤، الحديث ١٢.

٥- لم نعر فيه على ادّعاء إجماع الإمامية على خمس عشرة سنة، لكن ما عثرت عليه فيه رواية عاصم بن حميد، عن أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: جعلت فداك، في كم تجري الأحكام على الصبيان؟ قال: «في ثلاث عشرة سنة أو أربع عشرة سنة». قلت: فإنّه لم يحتلم فيها، قال: «وإن لم يحتلم، فإنّ الأحكام تجري عليه». راجع: النهاية: ٣٥٤ و أيضاً ٧٤ و ٦١١.

٦- تقدّم في الصفحة ٢٦.

«الوسائل» في كتاب الحجر قال عليه السلام: «و لا يخرج من اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة»^١ و دلالة هذه الرواية على خلاف مقتضى ما دلّ على ثلاث عشرة سنة واضحة، إنّما الإشكال في دلالتها على كون البلوغ عند استكمال خمس عشرة سنة لاحتمال كون المراد منها استكمال أربع عشرة سنة و الورود في السنة الخامسة عشرة فتكون دليلاً لابن الجنيد، و لفظ البلوغ في قوله عليه السلام: «حتّى يبلغ خمس عشرة سنة» يحتمل كلا الأمرين من استكمال السنة الخامسة عشرة و الورود فيها.

لكنّ الانصاف ظهوره في الاستكمال، كما هو المتبادر منه عرفاً، فإنّهم يفهمون من بلوغ الغلام خمس عشرة سنة كونه ابن خمس عشرة و لا ريب في ظهوره في الاستكمال.

و الحاصل: أنّ المفهوم و المتبادر من بلوغ خمس عشرة سنة غير المفهوم من بلوغ السنة الخامسة عشرة فإنّ لفظ خمس عشرة سنة اسم لمجموع السنوات المتّصّفة بتلك العدد من الابتداء و الانتهاء و الوسط بخلاف لفظ الخامسة عشرة، و الظاهر من البلوغ المضاف إلى الأوّل الاستكمال و إلى الثاني الورود، مضافاً إلى دلالة بعض الأخبار على كون المراد بالبلوغ هنا الاستكمال، مثل رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام من الروايات الدالة على كون الثلاث عشرة ميّزناً للبلوغ قال عليه السلام: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة و دخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتملين احتمل أو لم يحتمل ...»^٢ فإنّ قوله عليه السلام: «و دخل» من باب

١ - وسائل الشيعة ١٨: ٤١١، كتاب الحجر، الباب ٢، الحديث ١.

٢ - الكافي ٧: ٦٩ / ٧: تهذيب الأحكام ٩: ١٨٣ / ٧٣٩: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٤، كتاب الوصايا، الباب

٤٤، الحديث ١١.

العطف التفسيري لقوله: «بلغ» فيفهم من تلك الرواية كون لفظ البلوغ ظاهراً في الاستكمال.

و يؤيد أيضاً كون المراد من البلوغ الاستكمال: رواية مرسلّة مذكورة في الصواب في الصوم من عدم وجوب الصوم على الطفل قال عليه السلام: «يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ست عشرة سنة»^١، وكذا رواية معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبد الله في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال عليه السلام: «ما بينه وبين خمس عشرة سنة و أربع عشرة سنة ...»^٢ فإنّ هذه الرواية في مقام تمرين الصبي و حكم عليه السلام بأخذه بالصيام تمريناً بين أربع عشرة و خمس عشرة. و ليس بينهما أنّ متخلّلاً فضلاً عن زمان يمكن أخذ الصبي فيه بالصيام، فالمراد من قوله: «بين أربع عشرة و خمس عشرة» نفس السنة الرابعة عشرة و الخامسة عشرة، فيكون صيام الصبي في السنة الخامسة عشرة تمرينياً و يحمل سائر أعماله عليه بعدم القول بالفصل و كون الرواية في مقام بيان حكم التمرين ظاهر خصوصاً بملاحظة صدرها. قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال عليه السلام: «فيما بين سبع سنين و ستّ سنين»^٣، و التفصيل بين حكم التمرين في الصيام و حكمه في الصلاة لعلّه من جهة كون الصيام أعسر للصبي من الصلاة. و يؤيد أيضاً كون المراد

١ - الخصال: ٥٠١ / ٣؛ وسائل الشيعة ١٠: ٢٣٧، كتاب الصوم، أبواب من يصحّ منه الصوم، الباب ٢٩، الحديث ١٣.

٢ - الكافي ٤: ١٢٥ / ٢؛ الفقيه ٢: ٧٦ / ٣٣٢؛ وسائل الشيعة ١٠: ٢٣٣، كتاب الصوم، أبواب من يصحّ منه الصوم، الباب ٢٩، الحديث ١.

٣ - تهذيب الأحكام ٢: ٣٨١ / ١٥٩٠؛ الاستبصار ١: ٤٠٩ / ١٥٦٣؛ وسائل الشيعة ٤: ١٨، كتاب الصلاة، أبواب أعداد الفرائض، الباب ٣، الحديث ١.

بالبلوغ الاستكمال ما ورد في بعض الروايات في باب بلوغ الجارية مثل رواية عبدالله بن سنان أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام وفيها: «وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك...»^١ للإجماع على كون المراد من البلوغ فيها الاستكمال.

وكذا قوله عليه السلام في رواية زيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم، وزوجت، وأقيمت عليها الحدود التامة عليها»^٢. وأما الرواية الثانية من الروايتين الداليتين على كون ميزان البلوغ في الغلام استكمال خمس عشرة سنة، رواية يزيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية، فقال عليه السلام: «يا أبا خالد، إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك»^٣. والكلام فيها مثل الكلام في رواية حمزة بن حرمان فلا نعيد.

وأما الروايات الدالة على كون الميزان في البلوغ استكمال ثلاث عشرة سنة في الغلام كما نسب إلى الأردبيلي رحمه الله.

فهي عبارة عن عدة روايات بعضها في كتاب الوصايا من «الوسائل».

كرواية عبدالله بن سنان التي تقدّم ذكرها، فلا نعيد^٤.

ورواية عبدالله بن سنان أيضاً التي ذكرنا آنفاً، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا بلغ

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٨٤ / ٧٤١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٥، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١٢.

٢- الكافي ٧: ١٩٨ / ٢؛ وسائل الشيعة ١: ٤٣، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤، الحديث ٣.

٣- تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٢ / ١٥٤٤؛ الاستبصار ٣: ٢٣٧ / ٨٥٥؛ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٩، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الباب ٦، الحديث ٩.

٤- الكافي ٧: ٦٩ / ٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٣ / ٧٣٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٤، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١١.

الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئه و عوقب و إذا بلغت الجارية^١

و روايته أيضاً عن أبي عبدالله عليه السلام و فيها: «إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^٢

و رواية أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: في كم تجري الأحكام على الصبيان؟ قال: «في ثلاث عشرة و أربع عشرة» قلت: فإنه لم يحتلم فيها، قال: «و إن كان لم يحتلم فإن الأحكام تجري عليه»^٣.

و رواية العياشي في تفسيره عن عبدالله بن سنان و فيها: قال: قلت: فإن منهم من يبلغ خمس عشرة سنة و ست عشرة سنة و لم يبلغ، قال: «إذا بلغ ثلاث عشرة سنة جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^٤.

و بعضها في «الوسائل» في أبواب مقدّمة العبادات، باب اشتراط التكليف بالوجوب و التحريم بالاحتلام.^٥

مثل رواية عمّار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ فقال: «إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم، و الجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٨٤ / ٧٤١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٥، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١٢.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٨.

٣- تهذيب الأحكام ٦: ٣١٠ / ٨٥٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٧، كتاب الوصايا، الباب ٤٥، الحديث ٣.

٤- تفسير العياشي ١: ١٥٥ / ٥٢١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٧٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٦، الحديث ٢.

٥- راجع: وسائل الشيعة ١: ٤٢، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤.

حاضت قبل ذلك، فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم»^١، وهذه الرواية مشتملة على ما هو خلاف الإجماع و هو بلوغ الجارية عند ثلاث عشرة سنة. و الأقوى عدم جواز التمسك بهذه الروايات و العمل بها، أما رواية أبي حمزة الثمالي فنمنع ظهورها في كون ميزان البلوغ ثلاث عشرة سنة لاحتمال كون المراد بالأحكام المجرة عليه هي التعزيرات الشرعية و يكون تحديد إجرائها ببلوغه ثلاث عشرة لعدم كونه قبله ذا تميّز حتّى يردعه التعزيرات عن المحرمات و أما ما اشتمل منها على لفظ الوجوب كالأولى أو الأخيرة فيمكن أن يكون الوجوب بمعنى أصل الثبوت كما استعمل كثيراً بمعناه في الروايات فلا يصلح لمعارضة ما دلّ على عدم التكليف حتّى يبلغ خمس عشرة.

و أما الثلاثة الباقية، فيمكن حملها على صورة احتلامه عند بلوغه إلى هذا السنّ و ليس في تلك الثلاثة ما يدفع هذا الحمل فإنّ قوله: «احتلم أو لم يحتلم» مذكور في الرواية الأولى فقط و داعينا على التصرف في ظهور تلك الروايات الجمع الدلالي بينها و بين ما دلّ على اعتبار بلوغ خمس عشرة في البلوغ و على فرض منع الجمع الدلالي و منع كونه جمعاً عرفياً يقع التعارض، فنعمل بمقتضاه و مقتضاه الترجيح و مقتضاه العمل بروايات الخمس عشرة لإجماع الصحابة على العمل بها سوى من شدّ منهم، كابن الجنيّد و الأردبيلي^٢ و مقتضى مقبولة عمر بن حفظة^٣ و مرفوعة

١ - تهذيب الأحكام ٢: ٣٨٠ / ١٥٨٨؛ وسائل الشيعة ١: ٤٥، أبواب مقدّمة العبادات، الباب ٤، الحديث ١٢.

٢ - الكافي ١: ٦٧ / ١٠؛ الفقيه ٣: ٥ / ٢؛ تهذيب الأحكام ٦: ٣٠١ / ٨٤٥؛ الاحتجاج ٢: ٢٦٠ / ٢٣٢؛ وسائل الشيعة ٢٧: ١٠٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ٩، الحديث ١.

زرارة^١ ترك الشاذَّ النادر و وجوب العمل على وفق المشهور المجمع عليه.

لا يقال: إنّ المراد بالشهرة فيهما شهرة رواية الأصحاب لإحدي المتعارضتين و شذوذ روايتهنَّ للأخرى.

فإنَّه يقال: كون المراد بالشهرة، الشهرة رواية أمر واضح البطلان؛ لأنَّ مقصوده عليه السلام إرجاع الناس إلى ما هو المعمول عليه عند الصحابة الذين هم بمنزلة بطانتهم عليهم السلام لا إرجاعهم إلى الروايات المعرض عنها، فإنَّ الصحابة عارفون بمذاق الدين و الأنمة عليهم السلام بحيث يميزون الخبر الصحيح الغير المبني على تقية عن الروايات المجعلولة الداخلة في الدين بدس الكذابة عليهم أو الصادرة تقية و ليس صرف كثرة الرواية دالة على الصدور منهم عليهم السلام ما لم تكن معموله بها.

فإن قلت: لو كان المراد من الشهرة، الشهرة في مقام العمل لا الرواية فما معنى كون الروايتين معاً مشهورتين كما في الرواية؛ لأنَّ الشهرة في مقام العمل لا تحصل إلّا بعمل الأكثر.

قلت: الشهرة في اللغة الظهور يقال: شهر سيفه أظهره^٢ و ليس معنى الشهرة في العمل عمل الأكثر على وفق الرواية، بل ظهور العمل بها بكون المفتين بها و العاملين على وفقها كثيرين و لا بعد في كون العاملين بكلَّ من الروايتين المتعارضتين كثيرين و يدلَّ على ذلك صحَّة لفظ الأشهر، مع أنَّ لفظ التفضيل يدلَّ على ثبوت المادَّة في كلا الطرفين.

١ - عوالي اللآلي ٤: ١٣٣ / ٢٢٩؛ مستدرک الوسائل ١٧: ٣٠٣، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي.

الباب ٩، الحديث ٢.

٢ - راجع: ترتيب مقاييس اللغة: ٥١٠ - ٥١١؛ المنجد: ٤٠٦.

لا يقال: روايات الخمس عشرة موافقة لمذهب العامة فيجب طرحها. فإنه يقال: مضافاً إلى عدم موافقتها لمذهبهم فإنّ مذهبهم تسوية الغلام و الجارية بخلاف روايات الخمس عشرة سنة ففصل فيها بينهما بالتسع فيها و الخمس عشرة فيه أنّ الترجيح من جهة الشهرة مقدّم على الترجيح من جهة موافقة العامة و مخالفتهم.

ثم إنّ ملاحظة الترجيح بين الروايات إنّما هي على فرض كون كليهما حجّتين واجدتين شرائط الحجّية و يمكن منع حجّية روايات الثلاث عشرة بحيث لو لم يعارضها روايات الخمس عشرة؛ لما كانت حجّة أيضاً للإعراض العملي القطعي عنها في زمن الحجج عليه السلام إلى زماننا هذا. و عمل الصحابة جميعاً على وفق الروايات الخمس عشرة و إفتائهم على وفقها و تضييعهم لأعمال الناس مدّة سنتين و سكوت الأئمة عليهم السلام و تقريرهم على هذا العمل مع كون المسألة عامّة البلوى دليل قطعي على وجوب العمل على وفقها و طرح معارضها فلا اعتداد بعمل مثل الأردبيلي وحده على طبق روايات الثلاث عشرة في جعلها معمولاً بها.

إكراه المتعاقدين

و من شرائط المتعاقدين عدم كونهما مستكرهين على المعاملة و إلا لم تقع، سواء كانت إجارة أو غيرها من المعاملات، بل تمام العقود و الإيقاعات. و يدلّ عليه قوله عليه السلام: «رفع عن أمّتي ما استكروها عليه»^١ فإنّ الظاهر منه و إن كان رفع المواخذة و يتّبعه رفع الأحكام الإلزامية التكليفية التي هي بمنزلة العلة لثبوت

١ - التوحيد: ٣٥٣ / ٢٤؛ الخصال: ١٧ / ٩؛ وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس،

المواخظة إلا أن استدلال الإمام به لرفع بعض الأحكام الوضعية كرفع صحة الحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك يدل على كون المرفوع جميع الآثار ولا أقل من مطلق المواخظة والإلزام بشيء فيشمل رفع تمام الأحكام الوضعية فالإجارة والبيع و سائر العقود المستكره عليها متى يكون لزومها موجباً للتكلف تكون مرفوعة فتبطل.

وقد يستدل على بطلانها أيضاً بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^١، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^٢.

بتقريب: أن المكره خالٍ عن الرضاية، فتبطل معاملاته.

وفيه: أن قوله: «لا يحل مال امرئ...» غير مربوط بباب المعاملات، إذ المراد منه بيان صورة جواز أكل مال الغير و صورة عدم جوازه بعد فرض كون المال مال الغير و جواز الأكل الذي يترتب على صحة المعاملة غير مربوط بأكل مال الغير لأنه أكل لمال النفس لا الغير.

ثم على فرض شموله لأكل المال بعد انتقاله إلى الآكل لا يدل على بطلان عقد المكره كما لا يدل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ عليه؛ لأنّ المعتبر في صحة العقد وتأثيره ليس هو طيب النفس بالمعاملة على نحو لا يوجد في النفس كدورة منها، بل المعتبر طيب نفس و رضاية موجودان في عقد المضطر و المكره بحق لظهور أن الحكم بصحة عقدهما ليس من باب التعبد، بل يكون عقدهما

١ - النساء (٤): ٢٩.

٢ - الكافي ٧: ٢٧٣ / ١٢؛ وسائل الشيعة ٢٩: ١٠، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ١.

الحديث ٣؛ عوالي اللآلي ١: ٢٢٢ / ٩٨؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ١٠٠.

واجداً لشرائط التأثير. ومنها: الرضاية بمقتضى الآية و الرواية، فعلم مما ذكرنا إن بطلان عقد المستكره عليه ليس من جهة عدم وجود المقتضي للتأثير، بل من جهة حكم الشارع ببطلان عقده و كون الاستكراه مانعاً عن تأثيره.

و الحاصل: أنَّ الرضاية على نحوين: الرضاية المطلقة الخالية عن كدورة نفسانية و الرضاية على تقدير الموجودة في المضطرّ و المكروه و لا فرق بين الرضاية الموجودة في المضطرّ و الموجودة في المكروه، فإنّ كليهما من باب الرضاية بأقلّ المحذورين.

ثم إنَّ المشهور بين المتأخّرين أنّه لو رضي المكروه بما فعله صحَّ العقد.^١ قالوا: لأنَّ العقد وجدت واجدة لشرائط التأثير سوى طيب النفس و الرضاية و قد وجدا فيؤثر.

فإن قلت: ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^٢ اشتراط كون التجارة ناشئاً عن التراضي و مترتباً عليه يدلّ عليه لفظة «عن» الموضوعه للمجاوزة و صحّة بيع الفضوليّ لو قلنا بها على خلاف القواعد.

قلت: قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ ينحلّ إلى قيدين يؤخذ بمضمون أحدهما و يقيّد به الإطلاقات دون الآخر لوروده مورد الغالب فأحد القيدين كون التجارة مع الرضاية و طيب النفس و الآخر كونها مع ذلك مترتبة على الرضاية و ناشئة عنها و المأخوذ بمضمونه من القيدين الأوّل لا الثاني لوروده مورد الغالب لكون أكثر

١- الروضة البهية ٢: ١٨٧؛ مسالك الأفهام ٣: ١٤٦ و ١٥٧؛ الحدائق الناضرة ١٨: ٣٧٦؛ رياض المسائل

٨: ١١١؛ جواهر الكلام ٢٢: ٢٠٦؛ كتاب المكاسب. ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٣٢٣ و ٣٢٨؛

حاشية المكاسب، المحقّق اليزدي ١: ٤٤٦.

٢- النساء (٤): ٢٩.

التجارات مترتبة على الرضاية السابقة فلا يقيد به إطلاق أدلة البيع نظير قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^١.

أقول: بناءً على ما اخترناه في الرضاية المعتبرة في العقود من أنها الرضاية و لو على تقدير لا اعتبار بالرضاية المتأخرة و ليس انضمامها بالعقد إلا كضم الحجر في جنب الإنسان؛ إذ العقد حين وجوده كان جامعاً لشرائط التأثير حتى الرضاية المعتبرة في العقود و قد جعل الشارع هذا العقد كلا عقد و هذه الرضاية كلا رضاية بمقتضى حديث الرفع^٢ و لم يكن بطلان العقد من جهة فقدان الرضاية المعتبرة في العقود. حتى يقال: بانضمام الرضاية المتأخرة إلى العقد حتى يجمع فيه شرائط التأثير.

اللهم إلا أن يقال: ببطلان أصل المبنى و منع كون الرضاية الموجودة في المكره نظير الرضاية الموجودة في المضطر لأن المضطر وإن لم يحصل في نفسه رضاية مطلقة بالمعاملة خالية عن الكدورة، إلا أنه بعد ملاحظته للضرر المتوجه إليه و انحصار دفعه بإيقاع المعاملة الكذائية و تحصيل ما يدفع به الضرر المتوجه، - و بعبارة أخرى: بعد ملاحظة الغاية المترتبة على وقوع المعاملة - يطيب نفسه واقعاً

١- النساء (٤): ٢٣.

٢- أقول: يمكن أن يقال: بأن القول بالصحة ليس من جهة كون العقد فاقداً لشرط التأثير؛ أعني الرضاية و قد وجد شرطه؛ أعني الرضاية المتأخرة فيؤثر. بل لكون الإكراه مانعاً لتأثير العقد المستجمع لجميع شرائط التأثير حتى الرضاية و قد ارتفع المانع و لا نقول بصحته من جهة وجود الشرط؛ أعني الرضاية المتأخرة. بل لارتفاع المانع عن التأثير؛ لأن الرفع كان معلقاً على عنوان الإكراه و قد زال فيؤثر العقد. [المقررات]

٣- التوحيد: ٣٥٣ / ٢٤؛ الخصال: ٤١٧ / ٩؛ وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، كتاب الجهاد، أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦، الحديث ١ و ٢.

بحصول مضمون المعاملة لأنَّ الرضا و طيب النفس بالغاية؛ أعني عدم توجّه الضرر و اندفاعه موجب للرضاية القلبية بوقوع مضمون المعاملة بحيث يقصد حصول النتيجة المترتبة على العقد و الإيقاع ففي البيع مثلاً يقصد الانتقال حقيقة و هكذا.

و هذا بخلاف المكره، لأنّه و إن كان قاصداً لمدلول اللفظ على خلاف ما نسب إلى شهيدين راضياً للرضاية الثانية و على تقدير بوقوع العقد و الإيقاع من جهة دفع إضرار المكره، و لكن لا يطيب نفسه بحصول مضمونها و نتیجتها من ترتيب آثار الملكية و الزوجية و انفصال الزوجة و انعقاد العبد و نحوها و هذا واضح بالوجدان.

و لذا لو سئل البائع المضطرّ إلى بيع داره لأداء ديونه هل ترضا بخروج دارك عن ملكك و دخولها في ملك المشتري، فيقول: نعم، بخلاف البائع المكره على البيع، و يمكن أن يكون مراده بالبطلان في باب الطلاق: «لا يجوز الطلاق في استكراه» إلى أن قال: «إنما الطلاق ما أُريد به الطلاق من غير استكراه...»^١، عدم تحقّق الإرادة من المكره لا وجودها و كونها عن استكراه فيكون المقصود أنّ المكره غير قاصد لوقوع المضمون و ترتّب الآثار.

و الحاصل: أنّ المضطرّ قاصد لوقوع مضمون العقد بخلاف المكره، فإنّه قاصد للإيقاع فعلاً لا للوقوع و ترتّب الأثر.

فعلى ما ذكر من الفرق بين رضاية المكره و رضاية المضطرّ و كون الرضاية المعتمدة في تأثير العقود هي الثاني دون أعمّ منها و من الأوّل يمكن القول بكفاية الرضاية المتأخّرة و الموجودة بعد زوال الإكراه في تأثير العقد السابق و لا تكون

١ - الكافي ٦: ١٢٧ / ٤؛ تهذيب الأحكام ٨: ٧٤ / ٢٤٨؛ وسائل الشيعة ٢٢: ٤٦، كتاب الطلاق، أبواب

مقدّماته و شرائطه، الباب ١٨، الحديث ٦.

تأخرها عن إجراء الصيغة بمضرة نظير الفضولي.

ثم إنه إذا اخترنا هذا المبنى و قلنا بأن الرضاية المعتبرة في تأثير العقود فوق الرضاية الموجودة في المكروه فيكون قوله تعالى: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾ دليلاً وافياً لبطلان بيع المكروه و لا يمكن الاستدلال^١ لبطلانه بحديث الرفع، لأن المرفوع به العقود المقتضية للصحة الواجدة لشرائط التأثير مع قطع النظر عن طرؤ عنوان الاستكراه و الاضطراب و أمثالها. و بعبارة أخرى: المرفوع بالحديث الأمور التي هي منشأً للآثار لولا طرؤ تلك العناوين و بيع المكروه ليس كذلك لأن الرضاية من مقومات العقد و من جملة شرائط تأثيره. و أعلى ما ذكر من تفسير الرضاية المعتبرة في العقود بالرضاية بوقوع مضمون العقد يكون بيع المكروه فاقداً لهذا الشرط فلا يكون بطلان العقد مستنداً إلى طرؤ الإكراه، بل إلى فقدان الشرط.

ثم إن بطلان عقد المكروه موقوف على عدم وجود المندوحة عن إيقاع العقد و إلا لم يكن مكروهاً، لأن المعنى الإكراه في فعل صدوره من غير اختيار المكلف و مع وجود المندوحة يكون الإعراض عنها و اختيار إيقاع المكروه عليه إيقاعاً للفعل باختيار و لا يشمل حديث الرفع صورة وجود المندوحة في الإكراه على المعاملات كما لا يشمل في غيرها فلو أكره أحد على شرب خمر و كان يمكنه التفصي منه بالخروج من مجلس المكروه - بالكسر - هل يجوز له الشرب و الاعتذار بكونه

١ - أقول: يمكن أن يقال بأن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عامٌ يدل على صحتها و إن خلت عن التراضي فيكون اشتراطها بالتراضي بالأدلة الثانية المختصة فإذا كان كذلك فلم يخص أولاً بقوله: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾ حتى يكون شمول حديث الرفع لعقد المكروه بلا مورد، بل نجعل الحديث الشريف في عرض قوله: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾ و يخصص بهما العموم فكأنهما دليان قد دلّا على شرطية الرضاية في تأثير العقود. [المقررات]

مكرها؟ و ليس مفاد الحديث في باب المعاملات مغاير المفاده في غيرها و لا فرق في المندوحة بين التورية - و هي قصد الخلاف - أو غيرها مثل الخروج من مجلس المكره و الاستمداد من الغير في دفع الإكراه، بل و عدم القصد إلى المضمون و إن لم يقصد غيره أيضاً بأن يتكلم بلا قصد لشيء مع الالتفات و عدم الدهشة.

فإن قلت: إنَّ الكلام في بطلان العقد الواجد للشرائط حتَّى القصد بسبب الإكراه فيكون المكره عليه العقد الواقع عن قصد و لذلك تراهم يذكرون من شرائط العقد عدم الاستكراه زائداً على اعتبار العقد في المعاملات.^١

قلت: لا تنافي بين قولنا إنَّ عدم القصد أيضاً من أفراد المندوحة و بين كون العقد المكره عليه عقداً واقعاً عن قصد فإنَّ الأوَّل يوجد في العالم الملتفت و الثاني في غيره.

و الحاصل: أنه مع وجود واحد من أفراد المندوحة لو أوقع المكره عقداً أو إيقاعاً يصدق أنه أوقعه باختياره و إيثاره إيقاع العقد على إيجاد المندوحة فيصح العقد و الإيقاع.

ثمَّ إنَّ ما قلناه سابقاً من كفاية الرضاية المتأخِّرة في تصحيح العقد الواقع عن إكراه لا يجري في الإيقاعات إجماعاً كما لا يجري فيها الفضولي أيضاً و يمكن أن يكون الفارق بينها أنَّ العقود عبارة عن معاهدات وقعت من الطرفين يعتبر العقلاء بقائهما و وجودها في عالم الاعتبار، فيمكن طرؤ الرضاية عليها لكونها باقية و ليست

١ - راجع: غنية النزوع ١: ٢١٤، السرائر ٢: ٣٣٥، نهاية الإحكام ٢: ٤٥٥، شرائع الإسلام ٢: ١٤، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٣ و ١٤، تحرير الأحكام ٢: ٢٧٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، اللزمة الدمشقية: ١٠٤، الدروس الشرعية ٣: ١٩٢، مسالك الأفيام ٣: ١٥٥ - ١٥٦، مفاتيح الشرائع ٣: ٤٧، رياض المسائل ٨: ١١٤، مستند الشيعة ١٤: ٢٦٦، مجمع الفائدة و البرهان ٨: ١٥٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٣٧٣.

بحيث تحدث و تنعدم في اعتبار العقلاء، و لذلك تراهم يستعملون في إبطالها لفظي الحلّ و النقض الدالّان على إبطال شيء موجود بخلاف الإيقاعات فإنّها ليست معتبرة البقاء،^١ فلا يمكن ورود الرضاية المتأخّرة عليها لاحتياجها إلى موضوع موجود حين طرّوها.

سلطة المتعاقدين

و من جملة شرائط المتعاقدين كونهما سلطانين على التصرف، و إلّا لم يؤثّر العقد مستقلاً، سواء كانت سلطنتهما من جهة الملكية أو من جهة الولاية و ليست الملكية مستلزمة للسلطنة دائماً فبينهما عموم من وجه، تجتمعان في المالك الغير المحجور عن التصرف و تفرقان في المالك المحجور لصغر أو جنون أو نحوهما و في وليّهما و حاكم الشرع و أمثالها فليس كلّ مالك يجوز له التصرف في ماله فبيع الرهن للمرهون من أفراد الفضوليّ أيضاً و كذا بيع الوراث للتركة - على القول بانتقالها بصرف الموت إلى الورثة لثلا يستلزم الملك بلا مالك - قبل إخراج الحقوق المتعلقة بها فإنّ التركة متعلّقة لحقّ الميّت بعد خروجها عن ملكه بحيث يستحقّ منها إخراج الكفن و الدين، ثمّ الوصيّة الغير الزائدة على الثلث.

فإن قلت: عطف الوصيّة على أختيها يشعر بوقوعه بعدها في المرتبة و هذا مخالف لظاهر الآيات الشريفة من عطف «الدين» على «الوصيّة».^٢
قلت: نعم، الوصيّة متأخّرة عن الدين و الكفن رتبة، و لعلّ النكتة في تقديمها

١ - أقول: يمكن أن ينتقض بمنل النذر و أخويه و الوقف و الوصيّة. [المقرّر من]

٢ - راجع: النساء (٤): ١١.

على الدين الاهتمام بها، فإنَّ الدين ممَّا يطالبه الديان إن لم يخرجهِ الوَرَاث فلا يَضِيع
و الوصية ليست لها مطالب فصارت مقتضية لاهتمام الشارع بها.

عقد الفضولي

ثمَّ إنَّ عدم نفوذ عقد الفضوليِّ مستقلاً و بلا إجازة من له الإجازة إجماعي من
العامة والخاصة ولكن وقع النزاع في صحته مع الإجازة أو بطلانه معها بين العامة و
بين الخاصة فمن العامة القائلين بالصحة أبو حنيفة و مالك و الشافعي في القديم و
أحمد في رواية^١ و من الخاصة كثير من القدماء كالشيخ في «النهاية»^٢ و المفيد في
«المقنعة»^٣ و أمثالهما^٤ و أكثر المتأخرين^٥ و خالفهم ابن إدريس من القدماء^٦ و
الفخر^٧ و الأردبيلي^٨ و بعض المحدثين من المتأخرين^٩ فقالوا بالبطلان مع الإجازة

١ - المجموع ٩: ٢٥٩ و ٢٦١؛ الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٦٠؛ الفقه الإسلامي و أدلته ٥: ٣٣٣٩ - ٣٣٤٥؛ وراجع: تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤.

٢ - النهاية: ٣٨٥.

٣ - المقنعة: ٦٠٦.

٤ - الوسيلة: ٢٤٩؛ الجامع للشرائع: ٢٤٩؛ شرائع الإسلام ٢: ١٤؛ المختصر النافع: ١١٨.

٥ - تذكرة الفقهاء ١٠: ٢١٥؛ مختلف الشيعة ٥: ٥٣ - ٥٤؛ إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠؛ نهاية الأحكام ٢: ٤٧٥؛

تبصرة المتعلِّمين: ٨٨؛ تحرير الأحكام ٢: ٢٧٧؛ الدروس الشرعية ٣: ١٩٢؛ اللمعة الدمشقية: ١٠٤؛

التنقيح الرابع ٢: ٢٥ - ٢٦؛ جامع المقاصد ٤: ٦٩؛ الروضة البهية ٢: ١٨٨؛ مالك الأنعام ٣: ١٥٨؛

مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦ - ٤٧؛ رياض المسائل ٨: ١٢٠.

٦ - السرائر ٢: ٣٣٥ و ٢٧٤ - ٢٧٥.

٧ - إيضاح الفوائد ١: ٤١٦ - ٤١٧.

٨ - مجمع الفائدة و البرهان ٨: ١٥٧ - ١٥٨؛ وراجع: الحقائق الناضرة ١٨: ٣٧٧ - ٣٧٨.

٩ - وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٣، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شرائطه، الباب ١.

أيضاً. واستدلَّ القائلون بالصحة بالعمومات مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^١ وكذلك قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^٢.

بتقريب أن يقال: إن البيع الواقع عن الفضولي عقد وبيع فيصح و يجب الوفاء به. غاية الأمر: كونه موقوفاً على الإجازة بمقتضى سيرة العقلاء و حكم الشارع من توقّف الانتقالات على رضاية المالكين.

ولكنَّ الإنصاف عدم عموميتهما لمثل المقام؛ إذ لا يكون المراد من الأمر بالوفاء وفاء كلِّ أحد بكلِّ عقد واقع أيما كان وكذلك ليس المراد من قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ تصحيح كلِّ بيع وقع من أيِّ شخص كان على أيِّ شيء كان، فإنَّ ذلك مساوق لثلا يكون أحد من الناس مالكاً لشيء من الأشياء، وهذا باطل بمقتضى الضرورة و السيرة القطعية عند العقلاء فإنَّ الاختصاصات الملكية ليست ممَّا وجدت بجعل الشارع، بل بناء العقلاء قبل الشرع عليها، فالمراد من الآيتين الشريفتين تصحيح البيوع المساعد عليها العقلاء و هي البيوع الغير المخالفة لسلطنة الناس على أموالهم، بل تكون صحَّتها من شؤون هذه السلطنة وكذلك الكلام في وجوب الوفاء، فعلى هذا لا يشمل الإتيان لبيع الفضولي من حيث صدوره عن الشخص الفضولي و من جهة كونه بيعاً له.

نعم، يمكن أن يدعى شمولهما له من جهة كونه بعد الإجازة مستنداً إلى المالك بحيث يعدّه العرف بيع المالك فشمولهما للفضولي بعد الإجازة لا قبلها حتّى يقال بأنَّ مقتضى عمومهما صحّة الفضولي و لو قبل الإجازة فيحتاج في إخراجه قبلها إلى

١ - البقرة (٢): ٢٧٥.

٢ - المائدة (٥): ١.

الأدلة الدالة على اعتبار الرضاية من المالك. و يظهر نتيجة النزاع في شمولهما للفضولي قبل الإجازة من حيث وقوع العقد عن العاقد أو بعدها من حيث استناده بالإجازة إلى المالك في صورة مقارنة العقد برضاية المالك من غير إذن أو طرؤ رضايته بعد العقد من دون تصريح بالإجازة، فإنه على الأول يصح العقد؛ إذ الفرض شمول العمومات لهذا العقد خرج منها صورة عدم طيب نفس المالك و هاهنا طيب النفس فيصح من دون احتياج إلى تصريح بالإجازة بخلاف المبنى الثاني، فإن صرف رضاية المالك بوقوع مضمون العقد لا يوجب استناد العقد إليه ما لم يصرح بالإجازة، و على أي حال يمكن الاستدلال لصحة الفضولي بالعمومات لو سلم تأثير الإجازة اللاحقة في استناد العقد الصادر عن الفضولي إلى المالك و ليس ببعيد. و قد يستدل لصحته أيضاً برواية عروة البارقي - و لم يقع العروة في سلسلة السند حتى يخلّ بالسند جهلنا بحاله - حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً و قال له اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار فأثنى النبي ﷺ بالشاة و الدينار، فقال رسول الله ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك»،^١ فإنه و إن أمكن توجيه شرائه للشاتين بإرادة رسول الله ﷺ من الشاة جنس الشاة لا فردها فلم يكن شرائه فضولياً إلا أن يبيعه لإحدى الشاتين فضولياً و الاستدلال بهذه الرواية موقوف على كون العقد المقارن لرضاية المالك أيضاً فضولياً ما لم يأذن فيه، لأن الظاهر علم العروة برضا النبي ﷺ و مقتضى ما ذكرناه آنفاً من عدم كفاية الرضاية في استناد العقد إلى المالك كونه من أفراد الفضولي أيضاً و

١ - المسند، أحمد بن حنبل ١٤: ٤٥٢؛ عوالي اللآلي ٣: ٢٠٥ / ٣٦؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥. كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ١٨، الحديث ١.

كونه مستنداً إلى الفضولي لا يوجب اندراجه في العمومات المصححة للبيع كما مرّ آنفاً.

و يمكن أن يقال: بعدم دلالة الرواية على المطلوب، لأن الاستدلال بالوقائع الشخصية لإثبات الأحكام الكلية إنما يصح فيما لم يحتمل وجود خصوصية في هذا المقام الشخصي وفيما نحن فيه يحتمل احتمالاً قوياً كون العروة وكيلاً مطلقاً من قبل النبي ﷺ في كلّ التصرفات نظير الخدام الموكّلين في رفع كلّ الاحتياجات المدنية، ولذلك تصرف في إقباض الشاة وقبض الثمن مضافاً إلى العقد، مع أن إقباض الفضولي وقبضه من التصرفات المحرمة في ملك الغير.

و يستدل لصحته أيضاً بصحيفة محمد بن قيس^١ عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاماً، ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليده و ابنها فنأشده الذي اشتراها»، فقال له: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى ينفذ لك البيع» فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابني قال: لا والله لا أرسل إليك ابنك حتّى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه^٢. و المعتمد رواية «الوسائل»^٣ لا هذه الرواية، فراجع. فإنّ

١- و له كتاب يسمّى كتاب القضايا، ذكر فيه قضايا أمير المؤمنين عليه السلام في الوقائع الشخصية ذكرها له أبو جعفر الباقر عليه السلام. [المقرئ]

٢- الكافي ٥: ٢١١ / ١٢؛ تهذيب الأحكام ٧: ٧٥ / ٣١٩.

٣- تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٨ / ١٩٦٠؛ الاستبصار ٣: ٢٠٥ / ٧٣٩؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣. كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٨٨ الحديث ١. وفيه: محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها

كتابتها يوجب التطويل و من جملة موارد الاختلاف أنه ليس فيها قوله: «الحكم أن يأخذ...» بل قال: «خذ وليدتك و ابنها» و في هذه الرواية دلالة على صحّة الفضولي و كون الإجازة كاشفة؛ إذ بعد الإجازة أخذ المشتري الوليدة و ابنها معاً كونه من نمانها قبل الإجازة.

إلا أنّ فيها موهنات منها: كون الإجازة في مورد الرواية بعد الردّ لظهور لفظة «خاصم» و كذا «أخذ ابن الوليدة»، كما يدلّ عليه قوله: «لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني» في ردّ المعاملة. و لا أثر للإجازة الواقعة بعد الردّ إجماعاً؛ إذ الإجازة تحتاج إلى محلّ قابل تردّد عليه و قبل الردّ يعتبر العقلاء بقاء الإنشاء فتردّد الإجازة عليه و لكن بعد الردّ يصير معدوماً صرفاً حتّى بنظر الاعتبار فلا يبقى للإجازة مورد.

و منها: قوله عليه السلام: «الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها» أو «خذ وليدتك و ابنها» فإنّ المتولد من حرّ و رقيّ يتبع أشرف الأبوين إلّا مع الزنا فيلحق بالأُمّ إن كانت أمة من جهة كونه نمانها. و لا يجيء هذا الاحتمال في المقام؛ إذ الظاهر جهل المشتري بأنّها مال الغير فيكون الوطيء وطيء شبهة، فحكم الإمام عليه السلام بأخذ الابن ممّا لا يوافق مع القواعد إلّا على مذهب العامة القائلين بكون الولد تابعاً للأُمّ مطلقاً و الاعتذار لأخذ الولد بأنّه لقيمته يوم ولادته في غير محلّه؛ إذ الضامن للقيمة الأب لا الولد، فما معنى أخذه خصوصاً مع قوله: «الحكم» مع أنّ حبسه لو كان لأخذ قيمته لم يتزلزل أبوه فيحتاج إلى مناشدة الإمام؛ إذ القيمة عند الولادة ثمن بخس.

❦ الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: «خذ وليدتك و ابنها» فناشده المشتري، فقال: «خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتّى ينفذ لك ما باعك» فلما أخذ البتيع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه.

و منها: أخذ ابن المالك و إيجائه إلى إمضاء المعاملة.

و لكنّ الإنصاف: عدم ورود الإشكال الأول؛ إذ الردّ الفعلي كالقولي يشترط فيه الصراحة أو الظهور القوي كما لو باع المبيع فضولة إلى شخص آخر فيكشف كشفاً قطعياً عن ردّه المعاملة الأولى و صرف المخاصمة. و أخذ ابن الوليدة لا يدلّان على الردّ، بل يجتمعان مع الردّ و التردّد في الإجازة و الردّ فإنّ للمالك قبل إجازته إعمال سلطنته في المال مع احتمال أن تكون هذه المخاصمة و الأخذ لتنبيه ابنه لئلا يتصرّف في غيبة أبيه في ماله.

ثم إنّ الشيخ رحمته الله قال في «المكاسب»: يمكن أن يكون مناط الاستدلال هو الحكم في القضية الشخصية و يكون تعميمه لغيره بقاعدة الاشتراك.^١

فيرد عليه هذا الإشكال، أعني: وقوع الإجازة بعد الردّ.^٢

و يمكن أن يكون محطّ الاستدلال كلمة «ينفذ» في قول أمير المؤمنين عليه السلام و كلمة «إجازة» في قول الباقر عليه السلام الظاهرتان في صحّة العقد بإجازة المالك و إنفاذه له و حينئذٍ فلا يقدح ظهور الإجازة في المورد في كونها بعد الردّ. أقول: على هذا البناء أيضاً يقدح هذا؛ إذ الحكم الكلّي الدالّ عليه الكلمتان لا بدّ أن يشتمل مورده فلو كان خصوصية المورد موهناً للاستدلال لكان موهناً على كلا التقديرين.

و ممّا يستدلّ به أيضاً لصحّة بيع الفضوليّ و كونه موقوفاً على الإجازة الروايات

١ - كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٣٥٤.

٢ - مراده من قاعدة الاشتراك إلغاء العرف الخصوصية المقطوعة بعدم دخلها في الحكم فإنّ كون المبيع وليدة و صيرورتها ذات ابن مثلاً ليسا بدخيلين في هذا الحكم حتّى لا يتمدى في غير المورد.

الواردة في نكاح الفضولي في موارد الخاصة، وهي على ثلاثة أقسام:

بعضها في تزويج العبد لنفسه بغير إذن مولاه.

وبعضها في تزويج الأم لابنها بغير إذنه وهو غائب.

وبعضها في تزويج الصغيرين وليّان لهما.

فمن القسم الأول: رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال عليه السلام: «ذاك إلى سيّده إن شاء أجازته وإن شاء فَرَّقَ بينهما»، قلت: أصلحك الله إنَّ الحَكَمَ بن عُتَيْبَةَ و إبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنَّ أصل النكاح فاسد ولا تحلَّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله، وإنّما عصى سيّده فإذا أجازته فهو له جائز»^١.

و من القسم الثاني: رواية محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سأله عن رجل زوّجته أمّه وهو غائب، قال عليه السلام: «النكاح جائز إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لأُمّه»^٢.

و من القسم الثالث: رواية أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرّكين، قال: فقال: «النكاح جائز أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلّا أن يكونا قد أدركا و رضا»، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي»، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي النكاح، ثم مات قبل

١ - الكافي ٥: ٤٧٨ / ٣: تهذيب الأحكام ٧: ٣٥١ / ١٤٣٢: وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، كتاب النكاح.

أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٢٤، الحديث ١.

٢ - الكافي ٥: ٤٠١ / ٢: وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٠ - ٢٨١، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

الباب ٧، الحديث ٣.

أن تدرك الجارية، أثرته؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه، حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت»، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك، قال: «يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية»^١

و تقريب الاستدلال بهذه الروايات أن يقال: إن الحكم بصحة نكاح الفضولي ليس لخصوصية في النكاح، بل لأنه عقد من العقود فيتعذى فيه غيره بإلغاء الخصوصية للقطع بعدم دخالة خصوص النكاحية في هذا الحكم، بل قد يقال: إن الحكم بصحته يستلزم الحكم بصحة البيع بطريق أولى، لشدة اهتمام الشرع بخصوص النكاح من جهة كونه راجعاً إلى الفروج.

و ليعلم: إن إلغاء الخصوصية و تسرية الحكم إلى نوع الموضوع في الحكم هو الذي سمّاه الأصوليون بمفهوم الموافقة؛ إذ معنى مفهوم الموافقة تسرية حكم الأصل إلى أفراد هي من سنخه، بحيث تقطع بعدم خصوصية المورد في الحكم. و بعبارة أخرى: هو عبارة عن إلغاء خصوصية المورد، كما أن مفهوم المخالفة هو الحكم على خلاف مورد القضية الشخصية لظهور دخالة الخصوصية في الحكم نحو «إن جارك زيد فأكرمه» فإن الظاهر دخالة قيد المجيء في الحكم.^٢

فعلى هذا ليس مفهوم الموافقة منحصرأ في موارد يكون حكم الفرع أولى من

١ - الكافي ٧: ١٣١ / ١: تهذيب الأحكام ٩: ٣٨٢ / ١٣٦٦؛ وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، كتاب الفرائض و

الموارث، أبواب ميراث الأزواج، الباب ١١، الحديث ١.

٢ - راجع: نهاية الأصول: ٢٩٥.

الأصل كما توهمه المتأخرون من الأصوليين،^١ بل الميزان فيه كون حكم الفرع موافقاً للأصل، سواء كان بطريق الأولوية كآية الأف^٢ أو لا، كتسرية الحكم المذكور في رواية لرجل مثلاً على مماثليه في النوع ذكراً أو أنثى، ولذا ترى الأصوليين في القرون السابقة كانوا يعنونون مسألة مفهوم الموافقة^٣ في كتبهم ثلاثية الأقوال:

القول بالحجية مطلقاً؛ والقول بعدمها مطلقاً؛ والتفصيل بين ما إذا كان الحكم في الفرع أولى من الأصل فحجة و بين ما لم يكن كذلك فليس بحجة. ولا يشكل بأن مفهوم الموافقة على ما ذكر هو عين القياس الثابت عدم حجتيته بضرورة من الدين فإن تسرية الحكم في المفهوم إلى الفرع من جهة القطع بعدم دخالة خصوصية المورد بخلاف القياس فإن الحكم يسري فيه إلى الفرع، لكن لا من جهة إلغاء الخصوصية بحيث يلاحظ موضوع الحكم أعم من واجد تلك الخصوصية وفاقدها، بل من جهة كون الفرع شبيهاً بالأصل بحيث يتخيل شركتهما في الحكم، فإن العامة لما كانت حججهم الشرعية قليلة بالنسبة إلينا لا اختصاصها بالكتاب و السنة النبوية فقط احتاجوا في الفروع الفقهية إلى إعمال القياس الذي هو الحكم في الفرع من جهة تناسبه مع الأصل و إعمال الاستحسانات العقلية و ما يقتضيه الرأي و السليقة. هذا تقريب الاستدلال بالروايات الواردة في النكاح.

و لكن يمكن أن يقال: إن إلغاء الخصوصية لا يجوز إلا إذا قطع بعدم دخالتها في

١- مطارح الأنظار ٢: ٢١٣؛ فوائد الأصول (تقريرات المحقق النائيني) الكاظمي ٢: ٥٥٥.

٢- الإبراء (١٧): ٢٣.

٣- فبعضهم سَمَّوه بـ«دليل الخطاب» و بعضهم بـ«قياس الأولوية» و بعضهم بـ«مفهوم الموافقة». راجع: عدة الأصول ٢: ٤٦٧-٤٦٨؛ المعتبر ١: ٣١-٣٢؛ هداية المسترشدين ٢: ١٩؛ معالم الدين: ١٣٩-١٤٠ و ٢٣٠.

الحكم، و فيما نحن فيه ليس كذلك.

أما الروايات الواردة في نكاح العبد لنفسه، فيقال فيه: إنَّ العبد بالنسبة إلى نفسه ليس كالأجنبي بالنسبة إلى أجنبي آخر، بل له الولاية على نفسه. غاية الأمر: كون ولاية المولى عليه أشدَّ ففعده لنفسه تصرف فيما له الولاية عليه، لكن لما كان ولاية المولى عليه أشدَّ كان نظره متبَعاً، بحيث يجب على العبد إحراز موافقته، ولا يقاس عليه عقد رجل لآخر أجنبي عنه، ولعلَّ هذا هو المراد بقوله عَلَيْهِ السَّلَام: «لم يعص الله و إنما عصى سيِّده»،^١ فيكون المراد أنه لم يعص الله بأن يتصرف فيما لم يجعل الله له سلطاناً عليه كالأجنبي في مال غيره و إنما عصى سيِّده بتصرفه فيما يكون سلطانه أقوى من سلطان نفسه.

فعلى هذا تسرية هذا الحكم إلى مطلق نكاح الفضولي غير جائز فضلاً عن سائر المعاملات.

و أما القسم الثاني: أعني نكاح الأم لابنها، فيقال فيه: إنَّ الأم من الأولياء العرفية للابن، بحيث لو لم ينحصر الولي في الشرع في الأب و الجد لعدَّ العرف الأم من الأولياء التي يجوز تصرفها في مال المولى عليه و نفسه. غاية الأمر: أنَّ الشرع لم يجعلها مثل الأب في الولاية على الصغير و سلب عنها الولاية، و لكن لم تصر بذلك مثل الأجنبي الذي يعدَّ تصرفه في مال غيره أو نفسه سفهتاً لا تعتبره العقلاء، بل سيرة العقلاء ترتيب الآثار على تصرفاتها في مال ابنها أو نفسها فهي نظير العبد. فعلى هذا هل يقاس على تصرفاتها تصرفات الأجنبي بالنسبة إلى أجنبي آخر حتَّى في باب النكاح أيضاً فضلاً عن سائر العقود؟

١ - الكافي ٥: ٤٧٨ / ٣: تهذيب الأحكام ٧: ٣٥١ / ١٤٣٢: وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، كتاب النكاح.

أبواب نكاح العبد و الإماء، الباب ٢٤، الحديث ١.

و كذا القسم الثالث: بعد ظهور كون المراد من «الولتين» الولتين بالولاية العرفية نظير الأمّ والأخ والعَمّ وسائر الأقرباء القريبة فيكون الرواية مربوطاً بما نحن فيه، والدليل على كون المراد من الولاية هنا الولاية العرفية هو الحكم في تلك الرواية بصحة النكاح متوقفة على رضاية الصغيرين بعد البلوغ وكونهما مختارين في فسخ العقد. والحال أنّ الوليّ الشرعي نافذ تصرفاته في حقّ المولّى عليه وإن لم يرض به، بل ليس له فسخه.

مضافاً إلى ذيل هذه الرواية،^١ فإنّه حكم فيها بنفوذ تصرفات الأب في حقّ الغلام والجارية من دون ذكر احتياج إلى رضائهما، فيعلم كون المراد من «الولتين» المذكورين في الصدر الولتين بالولاية العرفية.

و الحاصل: أنّ تسرية الحكم في هذه الروايات إلى جميع العقود الفضوليّة مبنية على إلغاء خصوصية كون العاقد الفضوليّ عبداً متزوجاً لنفسه أو أمّاً ناكحة لابنها أو وليّاً عرفياً عاقداً لأقربائه حتّى يتعدّى إلى مطلق باب النكاح، ثمّ إلغاء الخصوصية النكاحية حتّى يتعدّى إلى سائر العقود. وإلغاء الخصوصية موقوف على القطع بعدم دخالتها في الحكم ودعوى القطع بالنسبة إلى إلغاء الخصوصية الأولى مكابرة وإن أمكن دعواه بالنسبة إلى الثانية، ولذا ترى القدماء من الأصحاب مثل الشيخ رحمته الله^٢ يفتنون ببطلان نكاح الفضوليّ مع كون هذه الأخبار بمرآهم. فلعلّ النكتة في عدم تعدّيهم عن موارد الشخصية ما ذكرنا من عدم جواز إلغاء الخصوصية هنا.

بقي هنا نكتة ينبغي الإشارة إليها:

١- تقدّم هذه الرواية في القسم الثالث.

٢- الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨، المسألة ١١: المبسوط ٤: ١٦٣، وراجع: إيضاح الفوائد ٣: ٢٧.

تحليف الجارية التي مات زوجها

و هي وجه وجوب تحليف الجارية التي مات زوجها قبل إدراكها وإجازتها النكاح، كما تضمنته الرواية الأخيرة فإن المنسب إلى الذهن بدواً عدم وجوبه، لأن رضايها بالزوجية بعد موت الزوج لا معنى له إلا الرضاية بترتيب الآثار الممكنة فعلاً ترتبها وليست هي إلا أخذ الميراث والفرض رضايها به، فما فائدة التحليف؟ ويمكن أن يكون تحليفها لإحراز كونها مستحقة لأخذ الميراث بأن رضيت بالزوجية حتى يترتب عليها الاستحقاق لأنه يمكن أن يكون داعيها أخذ الميراث وإن كان على غير الوجه الشرعي، فعلى هذا يستحق الميراث وإن كان داعيها على رضاية النكاح أخذه من قبيل الداعي إلى الداعي.

ويمكن أن يقال: بعدم كفاية هذا القدر من الرضاية، بل لابد لها من الرضاية على نحو لو كان الزوج حياً كانت ماثلة بالزوجية.

ويمكن أن يستدل على صحة خصوص بيع الفضولي بما نشاهده من فتوى قدماء الأصحاب في كتبهم الموضوعة لبيان أصول المسائل المتلقة عنهم عليه السلام مثل «نهاية» الشيخ مثلاً، فإنهم أفتوا بصحة بيع الغاصب للمفصوب بإجازة المالك،^١ مع أنهم قالوا بالبطلان في الشراء والنكاح،^٢ فيظهر منه ورود نص في خصوص البيع حتى أن الشيخ عليه السلام في كتاب النكاح من «الخلاف» أيضاً حكم بصحة بيع الفضولي دون نكاحه وشرائه،^٣ فما نسب إليه من رجوعه في «الخلاف» عما أفتى به في

١- النهاية: ٣٨٥ و ٤٠٢؛ المقنعة: ٦٠٦؛ الوسيلة: ٢٤٩؛ المراسم: ١٧٢؛ المهذب: ٢: ١٩٤.

٢- المبسوط: ٤: ١٦٣؛ الخلاف: ٣: ١٦٨، المسألة ٢٧٥؛ و ٤: ٢٥٨، المسألة ١١؛ غنية النزوع: ١: ٢٠٧.

السرائر: ٥: ٤١٥؛ وراجع: كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم: ١٦: ٣٧٠.

٣- الخلاف: ٣: ١٥٨، المسألة ٢٥٠ و ١٦٨، المسألة ٢٧٤ و ٤: ٢٥٨، المسألة ١١.

«النهاية» من صحّة بيع الفضوليّ في غير محلّه؛ إذ المذكور في «الخلاف» في باب النكاح بطلان شرائه و صرّح فيه بعد أسطر بصحّة بيعه، فراجع كتب القدماء مثل «النهاية» و «المقنعة» و «السرائر»^١ لعلّك تطمئنّ بأنّه في خصوص البيع كان نصّاً أفتوا على وقفه. غاية الأمر: عدم ذكره في الجوامع الثانية مثل الكتب الأربعة. و استدلّ أيضاً لصحّة الفضوليّ بالروايات الواردة في باب المضاربة، فراجع.^٢

القول في الإجازة

و أنّها هل هي كاشفة أو ناقلة؟ فالمشهور بين القائلين بصحّة الفضوليّ الكشف، بل لعلّ المتّبع لا يجد في فتاواهم فتوى بالنقل. نعم ذكره بعضهم بصورة الاحتمال و التردّد،^٣ و قال الفخر^٤ و الأردبيلي^٥ مع كونهما من القائلين ببطلانه كما عرفت بكونها ناقلة على فرض التّنزّل و القول بالصحّة.

ثمّ إنّّه قد يستفاد من تضاعيف كلماتهم أنّ مقتضى الأصل و القواعد النقل لو لا دلالة الروايات على الكشف. بتقريب أن يقال: إنّ المؤثّر في الملكية و الموجد لها بنظر الشارع هو العقد مع الإجازة فما لم يوجد تمام أجزاء العلّة التي منها الإجازة لم ينتقل المبيع مثلاً إلى المشتري. و بعبارة أخرى: ثبوت الملكية من آثار عقد المالك لا مطلق العقد من أيّ منشأ صدر، فما لم يجز المالك لم ينسب العقد إليه و انتسابه إليه إنّما هو بعد إجازته فيؤثّر بعد صيرورته عقداً له.

١- النهاية: ٣٨٥؛ المقنعة: ٦٠٦؛ السرائر ٢: ١٥٤.

٢- قد بقي هنا دروس عديدة لم أكتبها حتّى فارقت الذهن. [المقرّر: ١]

٣- غاية المراد ٢: ٢١؛ كفاية الفقه ١: ٤٤٩.

٤- إيضاح الفوائد ١: ١٩٤.

٥- مجمع الفائدة و البرهان ٨: ١٥٩.

و لكن يمكن أن يقال: إِنَّ النقل خلاف مقتضى عنوان الإجازة كما يساعد عليه أهل العرف، فَإِنَّ المجيز بواسطة إجازته غير موجد معنى بالاستقلال، بل ينفذ ما أوجده العاقد على نحو أوجده و بتمام خصوصياته التي منها وقوعه في الزمان المعين وإن لم يؤخذ الزمان قيداً للمنشأ، و لكنَّ الإنشاء وقع في زمان خاص على ملك خاص مع خصوصيات آخر و المجيز لم ينشأ شيئاً و لم يقصد حصول شيء حين الإجازة و إنما أمضى و أنفذ ما أوجده العاقد المتخصص بخصوصيات عديدة التي منها وقوعه في زمان معين.

و الحاصل: أَنَّ عنوان الإجازة عنوان مندك في المجاز بحيث لا يعتبر عند العقلاء أَنَّ المجيز أوجد شيئاً و اعتبره، بل يرون الإجازة اعتباراً و إنفاذاً؛ لما قد وجد على نحو وجد فكان الإجازة روحاً نفخها المجيز في قالب العقد الواقع سابقاً فأحياه بعد ما كان ميتاً فكما أَنَّ العقد لو لم يكن مشروطاً بشيء لآثر من حين وقوعه فكذلك العقد المشروط بالإجازة؛ إذا تحقَّق شرطه يجب نفوذه من أول الأمر أداء لحق الإجازة التي ليست إلّا تنفيذ ما وقع على ما وقع و قياسها بالقبول الواقع بعد الإيجاب لعلّه في غير محلّه،^١ إذ القبول من المشتري في البيع مثلاً إعمال لسلطنته فهو منه عمل مستقلّ، و ليس عنوانه إنفاذاً لما أوجبه الموجب؛ إذ الموجب لم يتصرّف إلّا فيما له سلطنته و لم يتصرّف في سلطنة الغير حتّى يكون القبول من المشتري إنفاذاً لتصرّفه، كما عرفت سابقاً من أَنَّ كلا من الموجب و القابل في باب العقود لا يتصرّف إلّا فيما له سلطنته و هذا بخلاف عنوان الإجازة فإنّها إمضاء لا عمل مستقلّ.

١ - أقول: وكذا يجوز تقديمه على الإيجاب ببعض ألفاظه بخلاف الإجازة للتملك. [المقررة]

و حاصل الفرق: أَنَّ القابل ينشأ و يوجد، و المميز ينفذ فأنشأ و وجد، و الفارق اعتبار العقلاء، فإنهم يرون القابل مملكاً و المميز ممضياً للتمليك الواقع سابقاً، و أضعف من ذلك قياس الإجازة بالفسخ. بتقريب: أَنَّ مرجعهما إلى العقد السابق فلو كان الزمان قيداً في العقد، فكان مقتضى الإجازة تصحيحه من أول الأمر لكان مقتضى الفسخ أيضاً حله من أول الأمر، و التالي باطل فالمقدم مثله. و سرّ ذلك عدم كون الزمان قيداً في مضمون العقد.

و وجه الضعف: اختلاف اعتبار الإجازة و الفسخ، فإنّ الإجازة ليس إلّا تنفيذ ما وقع سابقاً بخلاف الفسخ، فإنّ معناه حلّ العقدة الموجودة الباقية في عالم الاعتبار، فكلّ عقدة تكوينية كانت أو اعتبارية باقية في عالمها من التكوين و الاعتبار ما لم يطرء عليها انحلال فإذا طرء عليها انحلال من حينه لا من حينها و هذا واضح. و مقتضى ما ذكرناه في الإجازة: عدم وقوعها إلّا إذا كانت ناظرة إلى العقد فلا تتحقّق بصرف تصريح المالك برضايته بكون ملكه ملكاً للمشتري من الفضوليّ ما لم يرتبط إجازته بالعقد السابق و نحن نلتزم بهذا اللازم.

و ملخص ما ذكرناه: أَنَّ الزمان و إن لم يؤخذ في مضمون العقد إلّا أنّه من خصوصياته و الإجازة يصحّ العقد المتخصّص بالخصوصيات.

أقسام كاشفية الإجازة

ثمّ إنّ الأقسام المتصورة للكشف المستفادة من تضاعيف كلماتهم ثمانية، خمسة منها تشترك في عدم كون الإجازة المتأخّرة الواقعة في موطن الزمان شرطاً في تأثير العقد السابق.

الأول: أن يكون وجود الإجازة كاشفاً عن شيء مقارن للعقد يكون شرطاً في تأثيره و لكن لا نعلمه، فالإجازة ليست بشرط، بل كاشفة عن وجود الشرط من أول الأمر.

الثاني: أن تكون كاشفة عما يكون شرطاً مقارناً، و لكن نعلمه و هو الرضاية التقديرية، بحيث لو كان المالك مطلعاً على الخصوصيات و المصالح لرضي.

الثالث: هذا الفرض مع كون الشرط المعلوم تقارنه مع العقد عبارة عن الإجازة و لكن لا بوجوده الزماني، بل بوجوده الدهري احتمله بعض الأساطين،^١ و سنذكر مقصوده من هذا الاحتمال آنفاً.

الرابع: عدم كون شيء شرطاً لتأثير العقد لا الإجازة و لا غيرها، وإنما الشارع حكم على بعض العقود الفضوليّة بالصحة و هو ما يتعقبه الإجازة و على بعضها بالفساد و هو ما لم تتعقبه لا بأن يكون التعقب شرطاً، بل كأنه قسّم العقود الفضوليّة على قسمين، فقال: هذا القسم منه صحيح و هذا القسم فاسد بلا دخالة شيء في الحكم بصحة القسم الأول.

الخامس: أن يكون الشرط في التأثير تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فراراً عن لزوم تأخر الشرط.

و ثلاثة منها تشترك في كون الشرط في التأثير نفس الإجازة الزمانية في موطنها.

١- و قد نسب هذا الوجه إلى المحقق الشيرازي الأول، و لم نعر على كلامه في مصنفاته، لكن نقل عنه بعض الأعلام كشيخ آغا ضياء الدين العراقي، و الميرزا النائيني مدّعياً بأن هذه النسبة غير صحيح و أنه لا يرض بهذه النسبة. راجع: نهاية الأفكار ١: ٢٨٥؛ بلفظ الفقيه ٢: ٣١٨؛ حاشية المكاسب، المحقق الزيدي ٢: ١٦٩؛ كتاب المكاسب و البيع (المحقق النائيني) الآملي ٢: ٨٩.

الأول: الالتزام بالشرط المتأخر و القول بكون الإجازة المتأخرة مؤثرة في الملكية من حين العقد بحيث يكون زمان التأثير و زمان وجود الملكية كلاهما زمان وقوع العقد.

الثاني: أن تكون الإجازة في موطنه مؤثرة في إيجاد الملكية من أول الأمر، و لكن لا على نحو يكون زمان التأثير زمان العقد، بل زمان التأثير زمان الإجازة و لكن الأثر يكون عبارة عن الملكية من حين العقد. و بعبارة أخرى: المبيع قبل الإجازة ملك للمالك الأصلي واقعاً و في نفس الأمر و بوجود الإجازة يعتبر الملكية من أول الأمر للمشتري من الفضولي فزمان اعتبار الملكية زمان الإجازة و زمان وجود الملكية المعبرة زمان العقد.

الثالث: أن تكون الإجازة مؤثرة في الملكية من حينها، بحيث يكون زمان المعبر و زمان الاعتبار كلاهما زمان الإجازة، و لكن الشارع حكم بترتيب أحكام الملكية بقدر الإمكان في زمان وقوع العقد من دون أن يعتبر الملكية من زمان العقد بل من زمان الإجازة.

إذا عرفت هذه الأقسام الثمانية، فنقول:

مقتضى الوجه الأول إلى السادس، كون المال في زمان العقد منتقلاً إلى المشتري واقعاً و في نفس الأمر على فرض إجازة المالك في الزمان المتأخر، و مقتضى ذلك جواز تصرف المشتري في المال المشتري من حين العقد لو علم بإجازة المالك بعد ذلك و دون الالتزام به خرط القتاد لاستلزامه تأسيس فقه جديد.

أما اقتضاء الخمسة الأولى لذلك فواضح، و أما اقتضاء الوجه السادس له فلأن الملتزم بالشرط المتأخر يلتزم بتأثير المعدوم فعلاً الموجود في الزمان اللاحق فعلاً

وقبل زمان وجوده في الأثر الموجود قبله بحيث يكون ظرف التأثير و ظرف المؤثر فيه كلاهما قبل ظرف المؤثر.

ومقتضى الوجهين الأخيرين كون المال قبل زمان الإجازة ملكاً لمالكه الأصلي واقعاً و في نفس الأمر، إلا أن مقتضى الوجه الأول منهما كون الإجازة مؤثرة في الملكية من أول الأمر، بحيث ينقلب الشيء عما هو عليه بخلاف ثانيهما، فإن مقتضاه وجود الملكية من زمان الإجازة.

فعليهما ليس للمشتري قبل وجود الإجازة التصرف في المبيع وإن علم بالإجازة ولما كان مقتضى السيرة القطعية والأدلة الشرعية عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه و عدم وقوع النقل الواقع على ملك الغير إلا بعد إجازته كان الالتزام بإحدى الوجوه الستة الأولى بما لها من اللزوم؛ - أعني جواز تصرف المشتري قبل الإجازة - في غاية الإشكال فاللزام بحسب القواعد اختيار أحد الوجهين الأخيرين المعبر عنهما بالكشف المحكي. و ما ذكرناه للإجازة من المعنى يقتضي الأول منهما؛ إذ معنى الإجازة على ما عرفت تنفيذ ما وقع سابقاً على نحو يقتضيه بحيث كأنه صدر من المجيز أولاً، فكما أن العقد الواقع من مالك المبيع يؤثر في الملكية من حين وقوعه فكذلك العقد المجاز من قبل المالك لأنه بإجازته يظهر برضايته بكون العقد صادراً من نفسه و الشارع رتب الأثر على العقد المجاز و العقلاء يساعدون على ترتيب الآثار من أول الأمر بعد وقوع الإجازة بحيث لو صرح المالك بإجازته ترتيب الآثار من حينها لا يروونه مجيزاً للعقد.

ثم إن الظاهر إرجاع المعنى الثالث والرابع والخامس والسادس إلى معنى واحد و هو كون الإجازة قيداً في موضوع الحكم بالصحة؛ أعني العقد فيكون الموضوع

المحكوم عليه بالصحة العقد المقيّد بوجود الإجارة في موطنه.

أما إرجاع المعنى الثالث إلى هذا المعنى فلائّه - وإن كان المتراءى من ظاهر كلامه^١ في بادي النظر - على ما عرفته - من كون الإجارة مؤثّرة بوجوده الدهري الذي هو الوجود لا في عالم الطبيعة و الزمان، بل في عالم فوق الزمان و الزمانيات - إلّا أنّ هذا الكلام بظاهره ممّا لا يليق أن يصدر عن مثل المحقّق المذكور، فلعلّ مراده من كلامه عبارة عن تجريد الإجارة عن كونه في ظرف الزمان و جعله شرطاً لا بقيد عدم كونه في الزمان، بل بلحاظه نفس الإجارة من حيث هو من دون لحاظ كونه في ظرف الزمان، فكأنّ الشارع قد لاحظ العقد مقيّداً بنفس الإجارة من دون لحاظ كونه في الزمان المستقبل و حكم عليه بالصحة و عالم التعقّل و اللحاظ ممّا يوجد فيه كلّ الزمانيات حالياً كان أو استقبالياً أو ماضوياً في عرض واحد من دون أن يلاحظ ظرفها، فعالم التعقّل و اللحاظ عالم فوق الزمان.

و أما إرجاع المعنى الرابع إلى هذا المعنى؛ أعني كون الإجارة قيداً في الموضوع فلائّه ليس مقصوده حكم الشارع جزافاً على بعض العقود الفضوليّة بالصحة و على بعضها بالفساد، بل لعلّ مراده حكم الشارع للعقد المتعقّب بالإجارة بالصحة و ليس المراد من الهدية في قول الشارع: «هذا القسم من العقد صحيح» إلّا كون الإجارة و تعقّبه قيداً في موضوع الحكم بالصحة؛ أعني العقد.

و أما إرجاع المعنى الخامس إلى هذا المعنى فواضح.

و كذا إرجاع المعنى السادس؛ أعني الأوّل من الثلاثة الأخيرة إليه.

فحاصل هذه الوجوه الأربعة: أنّ الشارع مثلاً لاحظ العقد الفضوليّ المتّصف

بكونه مع الإجازة و حكم على هذا الموضوع المقيّد بالصحة.

و أما الوجه الأول و الثاني من الثمانية فبطلانهما أوضح من أن يخفى.

أما الأول: فلأن مقتضى قول الشارع: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و حكم العقل و العرف و الشرع بـ «عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه» توقّف نفوذ عقد الفضوليّ على رضاية المالك أو إجازته الكاشفة عن رضايته، فلا معنى لجعل المؤثر في الملكية أمراً مجهولاً مغايراً للرضاية و الإجازة.

و أما الثاني: فلأن الرضاية على فرض تحققها و فعليتها حين العقد ليست بمفيدة لتصحيح عقد الفضوليّ - لما عرفت في أوّل الفضوليّ من عدم كفاية صرف الرضاية في صيرورة العقد عقداً للمالك ما لم يجز - فكيف بالرضاية التقديرية؛ أعني كون المالك بحيث لو علم بالمصالح لرضي بالعقد على أنّ المصالح قد يتبدّل من زمان العقد إلى زمان الإجازة فربّ عقد كان في زمان صدوره ذا مصلحة، ثمّ صار ذا مفسدة و بالعكس، فالإجازة ليست بكاشفة عن أنّ المالك لو كان مطلعاً في زمان العقد على المصالح لرضي بالعقد.

الاستدلال على الكشف

ثمّ إنّه استدلّ للكشف بأدلة ثلاثة^١ يمكن إرجاعها إلى معنى واحد و هو ما قلناه في أوّل الأمر في معنى الإجازة.

الأوّل: ما عن «جامع المقاصد»: «من أنّ العقد سبب تامّ في حصول الملك لعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٢ و تمامه في الفضوليّ إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز

١ - راجع: كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٣٩٩ - ٤٠٠.

٢ - المائدة (٥): ١.

تبيّن كونه تاماً فوجب ترتّب الملك عليه و إلاّ لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة، بل به مع شيء آخر»^١.

الثاني: أن الإجازة متعلّقة بالعقد فهي رضا بمضمونه و ليس إلاّ نقل العوضين من حينه^٢.

الثالث: ما عن فخر الدين في «الإيضاح» و هو أنّها «لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود لأنّ العقد حالها عدم»، انتهى^٣.

فإنّ الظاهر كون مقصودهم من تلك الأدلّة ما ذكرناه في معنى الإجازة و هو كون الإجازة تنفيذاً لأمر واقع على نحو وقع و لا تكون عملاً مستقلاً بحيث يكون المجيز موجداً بنفسه معنى بالاستقلال، أمّا إرجاع الأولين إلى هذا المعنى فواضح.

و أمّا الثالث فلاّنه ليس المقصود أنّ العقد الواقع أولاً عدم حتّى في عالم الاعتبار حتّى يستشكل عليه بأنّ الاعتبار سهل المؤونة و العقد الواقع أولاً و إن عدم بوجوده اللفظي فهو باقي في عالم الاعتبار، بل لعلّ مراده أنّ الإجازة ليست عنواناً مستقلاً مثل نفس العقد، بل عنوانه إمضاء ما وقع بتمام خصوصياته التي منها وقوعه في زمان معيّن، و لازمه الكشف، و لازم النقل كون العقد واقعاً في زمان الإجازة و الحال أنّ العقد لم يقع في زمانها، بل وقع سابقاً عليها.

و قد تحصّل ممّا ذكرناه في معنى الإجازة أنّ الأصل فيها أن تكون كاشفة، و تبيّن من استلزام الوجوه الستّة الأولى لصحّة تصرف المشتري في المبيع قبل الإجازة بطلان الكشف الحقيقي بوجوه الستّة؛ إذ المتفق لا يلتزم بهذا اللازم فضلاً

١- جامع المقاصد ٤: ٧٤-٧٥.

٢- رياض المسائل ٨: ١٢٤.

٣- إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

عن الفقيه بقبي الأمر مردداً بين الوجهين الأخيرين المصطلح عنهما بالكشف الحكمي^١.

و مقتضى ما ذكرناه في معنى الإجارة، الوجه الأول منهما؛ إذ الإجارة على ما قلناه تنفيذ ما وقع بتمام شؤونه التي منها تأثيره في الملكية و حقيقة النقل و الانتقال.

فلازم ذلك تأثير الإجارة في تصحيح العقد من أول الأمر بعد ما لم يكن مؤثراً قبل ورود الإجارة بمعنى أن العقد لم يكن مؤثراً في الملكية من زمان صدوره إلى زمان الإجارة واقعاً و كان المبيع ملكاً لمالكه الأول بحسب نفس الأمر.

ثم بالإجارة انقلب العقد مؤثراً من أول الأمر و انقلب المبيع ملكاً للمشتري من زمان العقد. هذا ما يقتضيه الأصل و يدلّ عليه بعض الأخبار الواردة في بيع الفضوليّ الدالّة على ترتيب الآثار من حين العقد^٢ بعد ورود الإجارة.

و لكنّ المهمّ تصويره بحيث يندفع اجتماع المتناقضين؛^٣ إذ اللازم من هذا الوجه

١- راجع في هذا المجال: كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٤٠٨: ١٦.

٢- مضافاً إلى ما تقدّم رواياته في الصفحة ٤٣ - ٤٤ راجع: وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج، الباب ١١، الحديث ١؛ و ٢١: ٢٠٣، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد و الإماء، الباب ٨٨، الحديث ١؛ و ١٨: ٢٨٠، كتاب التجارة، أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٥، الحديث ١.

٣- أقول: لما كان الاعتبار أمراً سهلاً المؤونة، بحيث لا يحتاج فيه إلى مقتضى سوى كون المعبر ذا آثار أريد ترتيبها و الانتفاع بها أمكن القول باندفاع التناقض و لكن لا بنحو اعتبار المتناقضين بحيث يعتبر في زمان واحد وجود شيء و عدمه فإنّ هذا أمر غير معقول لا يقبل الاعتبار، بل بنحو يكون زمان الاعتبارين مختلفاً و إن كان زمان المعبرين واحداً فيكون نتيجة الاعتبار الثاني حلّ المعبر الأول و محوه عن صفحة عالم الاعتبار و اعتبار أعدامه من أول الأمر و اخلاف المعبر الثاني مقامه ففي رتبة

كون المبيع من زمان العقد إلى زمان الإجازة ملكاً لمالكه الأصلي بالاستقلال و ملكاً للمشتري أيضاً كذلك فيلزم كون المبيع منتقلاً إلى المشتري و غير منتقل إليه في زمان واحد و هذا تناقض واضح.

اللهمّ إلا أن نلتزم بالوجه الثامن من الوجوه الثمانية؛^١ أعني الوجه الثاني من الوجهين المذكورين للكشف الحكمي و هو وقوع الملكية بعد زمان الإجازة، و لكن الشارع حكم تعبداً بترتيب ما يمكن من آثارها من زمان العقد فلم يكن المبيع بين زماني العقد و الإجازة إلا ملكاً لمالكه الأصلي و بعد الإجازة صار في ملك المشتري.

ثمّ إنه يمكن أن يستشكل^٢ على القائلين بالنقل و كون الإجازة بمنزلة الإيجاب من المالك لزوم تأثير الإيجاب في الملكية بدون القبول؛ إذ القبول قد وقع سابقاً و انعدم.

وجود المعبر الثاني اعتبر انعدام المعبر الأول نظير تملك المنافع بعقد الإجازة فلو أجر زيد داره من عمرو من أول الشهر المحرّم مثلاً إلى آخره كان زيد المؤجر مالكا في ذي الحجة لمنافع الدار في المحرّم و بعقد الإجازة صارت تلك المنافع ملكاً للمستأجر فمنافع الدار من أول المحرّم إلى آخره كانت ملكاً لزيد في ذي الحجة؛ أعني قبل الإجازة و صارت ملكاً للمستأجر في المحرّم؛ أعني بعد وقوع الإجازة و هذا يدلّ على أنّ الواجب اختلاف زمان الاعتبارين لا المعترين و ليس هذا مربوطاً بالتناقض لإمكان أن يجتمع على شيء واحد مالكان أو أزيد في وقتين بحيث يكون زمان سلطتهما مختلفاً فيمكن أن يعتبر سكنى الدار في يوم الجمعة مثلاً ملكاً لزيد في يوم الخميس و ملكاً لعمرو في يوم الجمعة و ملكاً ليكر في يوم السبت، إذا كان للملكية كلّ من المالكين آثاراً يمكن ترتيبها في ظرف سلطته و اعتبار ملكية ما اتقضى أو لم يوجد متى يساعد عليه أهل الاعتبار لو كانت منشأ للآثار في ظرف الاعتبار. [المقرّرة: ٦]

١- تقدّم في الصفحة ٦١.

٢- بدائع الأفكار (تقريرات المحقّق العراقي) الأملي: ٣٢٠ و ٣٣٢؛ نهاية الأفكار ١: ٢٧٩-٢٨٦.

فإن قلت: هو باقي في عالم الاعتبار منزلاً حتى ينضم إلى الإجارة التي هي بمنزلة الإيجاب.

قلت: ليس القبول مؤثراً في الملكية إلا من جهة كشفه عن رضاية المشتري و رضاية المشتري بثبوت الانتقال من زمان الإجارة غير معلوم لإمكان أن يكون داعيه على القبول انتقال المبيع إليه من حين العقد.

ثم إنه قد ذكر الشيخ رحمته ثمرات عديدة بين كون نفس الإجارة شرطاً متأخراً و بين كون تعقبها شرطاً و كذا بينهما و بين الكشف الحكمي^١.

شروط أركان الإجارة

قد ذكرنا سابقاً في تعريف الإجارة^٢ أنها عبارة عن تبديل إضافة خاصة متعلقة بالعين المستأجرة بعوض معين بحيث يفيد هذا التبديل استحقاق المستأجر للانتفاع بها - لا أنها تملك منفعة بعوض - فمتعلقها أولاً و بالذات العين و لكن باعتبار المنفعة، فعلى هذا أركانها ثلاثة:

العين المستأجرة و العوض و المنفعة. بحيث لو اختل أحدها انهدم أساس ذلك التبديل و تلك الإضافة. و في عدّ بعضهم الإيجاب و القبول^٣ من أركانها نوع مسامحة كعدّ بعضهم منها المتعاقدين^٤ لكون الأول آلة لإيجادها و الثاني محدثاً لها

١ - كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٤١٠ - ٤١٣.

٢ - و قد ذكرها الأستاذ مَدَّ ظَهِه العالِي مفضلاً مع الإشارة إلى ما فيها و لكن لما كان مفضلاً أعرضنا عن تحريره، مع أن الدقة فيما ذكرناه في أقسام الكشف مغنية عن تحريره. [المقوّرمة]

٣ - تقدّم في الصفحة ١٧ - ١٨.

٤ - العروة الوثقى ٥: ٩.

٥ - تذكرة الفقهاء ١٨: ١١؛ جامع المقاصد ٧: ٨٧.

و آلة وجود الشيء و موجد له ليسا من أركانه.

ثم إنَّ الشرائط المذكورة لصحة الإجارة بعضها راجعة إلى المتعاقدين و بعضها راجعة إلى الأركان الثلاثة و بعضها يمكن إرجاعها إلى المتعاقدين و إلى الأركان.

فمن القسم الأول: البلوغ و العقل و الاختيار.

و من الثاني: كون العين المستأجرة ممَّا يمكن أن ينتفع بها مع بقاء عينها لو سلَّمنا شرطيته و كذلك كون العين ممَّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منها.

و من الثالث: معلومية العينين و مقدورية تسليمهما و مملوكيتهما لإمكان إرجاعها إلى شرائط المتعاقدين، بأن يقال: يشترط فيهما كونهما عالمين بالعينين قادرين على تسليمهما مالكين لهما.

و لنذكر هنا شرائط الأركان الثلاثة و هي على ما ذكرها السيّد في «العروة الوثقى» سبعة^١ بعد إرجاعه شرائط المنفعة إلى شرائط العين المستأجرة.

الأول: معلومية العينين و الدليل على اشتراطها مفهوم قوله: «نهى النبي عن بيع الغرر»،^٢ فإنَّ المنهيَّ عنه بالصراحة و إن كان البيع الغرري فقط إلَّا أنَّ المتبادر إلى الذهن من دخالة الخصوصية البيعية، بل كان قصده وإن كان النهي عن الغرر الواقع في كلّ معاملة لم يكن بناء المتعاملين فيها على التساهل و التسامح، و العرف يلغى خصوصية البيعية.

فإن قلت: لا حاجة لنا إلى هذا المفهوم لإمكان الاستدلال على المقصود بما

١- العروة الوثقى ٥: ١٠.

٢- دعائم الإسلام ٢: ٢١؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٤٥ / ١٦٨؛ عوالي اللآلي ٢: ٢٤٨ / ١٧؛ وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٠، الحديث ٣: سنن أبي داود ٢: ٢٧٤ / ٣٣٧٦؛ السنن الكبرى، البيهقي ٥: ٣٣٨.

رووه من قوله ﷺ: «نهى النبي عن الفرر».^١

قلت: لو سلّم صدور هذا النهي عنه ﷺ فلا يدلّ على الفساد؛ إذ دلّالته على فساد العباداة والمعاملة على القول بها في صورة تعلّقه بنفس العباداة والمعاملة كأن يقول: «لا تصلّ في مال الغير»، «لا تصلّ في جلد ما لا يؤكل لحمه»^٢ وكذلك «لا تبع ما ليس عندك»^٣ ونحوها. وفي قوله: «نهى النبي عن الفرر» لم يتعلّق النهي بنفس عنوان المعاملة بخلاف قوله: «عن بيع الفرر».

الثاني: أن تكون العينان مقدوري التسليم، فإجارة العبد الآبق باطلة والدليل على اشتراطها هو الدليل على اشتراط المعلومية.

و في جواز إجارة الآبق مع الضميمة وجهان مبنيان على جواز التعدي في بيعه معها إلى إجارته معها أو عدم جوازه، فالواجب أولاً الرجوع على أدلّة جواز البيع. فنقول: مقتضى القاعدة الأولية بطلان بيع الآبق ولو كان مع الضميمة؛ إذ الجهل بحصول بعض المبيع في يد المشتري مثل الجهل بحصول كلّ موجب لكون البيع غررياً وكون المشتري واقعاً في المخاطرة،^٤ ولذلك ترى مخالفينا حكموا جميعاً ببطلان هذا البيع، واستندوا فيه إلى حديث الفرر، وانضمام الضميمة لا يخرج عن كونه غرراً،^٥ هذا ما يقتضيه القاعدة.

١- راجع: الخلاف ٣: ٣١٩.

٢- علل الشرائع: ٣٤٢ / ١؛ وسائل الشيعة ٤: ٣٤٧، كتاب الصلاة، أبواب لباس المصلّي، الباب ٢، الحديث ٧. وفيه: «في وير».

٣- المسند، أحمد بن حنبل ١٢: ١٢٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣٠٥ / ٣٠٣؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٧ / ٢١٨٧؛ السنن الكبرى، البيهقي ٥: ٣٣٩.

٤- فإنّ الفرر عبارة عن الجهل بأصل وجود المبيع أو الجهل ببعض أوصافه أو الجهل بحصوله في اليد.

٥- خلافاً لما حكى (أ) عن «الانتصار» (ب) فإنّه ردّ العامة بإخراجه عن الفررية. [المقرّر: ١]

و لكن مقتضى الحديتين الواردين في هذا الباب جواز بيعه مع الضميمة.
 الأول: صحيحة رفاعة النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له:
 «يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيتهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال عليه السلام:
 «لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم
 جاريتم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً فإن ذلك جائز».^١

الثاني: موثقة سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن
 أهله قال عليه السلام: «لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر و يقول: أشتري منك هذا
 الشيء و عبدك بكذا و كذا فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه
 [معه . ظ.]».^٢

أما الأولى من هاتين الروايتين فخالية عما يشعر بالتعليل و أما الرواية الثانية
 فربما يمكن أن يدعى دلالة ذيله على كفاية انضمام الضميمة في كلّ معاملة كانت
 بدون الانضمام غريباً. بتقريب أن يقال: قوله: «كان الذي نقده فيما اشترى منه
 [معه . ظ.]» يكون تعليلاً للحكم بالصحة فكأنه قال: «صحّت المعاملة»؛ إذ المشتري
 لم يوقع نفسه في المخاطرة؛ إذ يطمئنّ بأنّه يعود إليه شيء في مقابل ثمنه و لكن مع
 ذلك لا يمكننا التعدي عن مورد الرواية إلى غيره بصرف هذا الاحتمال مع كون
 صحة هذا المورد أيضاً مخالفاً للقواعد - لما قلنا من أنّ انضمام الضميمة لا يخرج

١- أ- كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٧: ١٧٩.

ب- الانتصار: ٤٣٦، المسألة ٢٤٧.

١- الكافي ٥: ١٩٤ / ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٢٤ / ٥٤١؛ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٣. كتاب التجارة، أبواب

عقد البيع و شروطه، الباب ١١، الحديث ١.

٢- تهذيب الأحكام ٧: ١٢٤ / ٥٤٠؛ وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٣. كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه،

الباب ١١، الحديث ٢.

عن الفررية - لاحتمال أن يكون قوله: «كان الذي» خبراً في مورد الإنشاء فكأنه يخبر عن إلزام الشارع المشتري بأن يرضى بوقوع تمام الثمن بإزاء الضميمة و إن كان داعيه من أول الأمر ووقوع بعضه بإزاء الآبق.

والحاصل: أن الاحتمالات ثلاثة، الأول: أن يكون بناء المتعاقدين من أول الأمر ووقوع تمام الثمن بإزاء الضميمة من غير أن يقصد ووقوع بعضه في قبال الآبق فلو قدر على أخذ الآبق كأنه وقع في ملكه مجاناً.

الثاني: أن يكون بناؤهما من أول الأمر ووقوع تمام الثمن بإزاء الضميمة لو لم يقدر على الآبق و وقوعه بإزائهما إن قدر عليه.

الثالث: أن يكون بناؤهما ووقوع تمام الثمن بإزائهما مطلقاً إلا أن الشارع ألزم على المشتري قهراً عليه رضايته بانتقال تمام الثمن إلى البائع، سواء وجد الآبق أو بقي على إياقه. و ظاهر أن بناء غالب الناس في معاملاتهم بالنحو الثالث. فصحة المعاملة إلزام من الشارع على خلاف بناء المتعاملين و على خلاف القواعد الفقهية فيقتصر على مورد الرواية و هو الآبق و الآبقة خصوصاً مع عدم تعدّي الفقهاء منه إلى سائر الموارد التي تكون المعاملة فيها غررياً بدون الانضمام فلم يحكموا بصحتها مع انضمام الضميمة، كما لو كان المبيع مجهول الصفات أو مجهول الوجود أو غير مقدور التسليم.

و بالجملة التعدّي منه إلى غيره يتصوّر على وجوه:

الأول: أن يلغي خصوصية كون العبد آبقاً فيتعدّي منه إلى سائر موارد بيع العبد إذا كان يبعه بدون الانضمام غررياً كما لو كان في يد الغاصب الغالب الذي لا يمكن مخالفته أو كان مجهول الصفات و كان غائباً.

الثاني: أن يلغي خصوصية كون المبيع عبداً فيتعدّي منه إلى سائر موارد البيع

كبيع الطير في الهواء و الدابة الشاردة و غيرها.

الثالث: أن يلغى خصوصية البيعة فيتعدى منه إلى إجارة الآبق و هي محلّ النزاع. و يمكن أن يدعى إبقاء خصوصيتين من تلك الثلاثة مثل أن يلغى خصوصية العبدية و البيعة فيحكم بصحة إجارة الدابة الشاردة مثلاً. و بعد ما ذكرنا من كون صحة بيع الآبق و لو مع الضميمة على خلاف القواعد فلاقتصار على مورد الرواية متعين، و لا يتعدى منه إلى سائر الموارد أبداً إلا إذا ورد دليل بخصوصه، مثل ما ورد في بيع الثمرة.^١

١- أقول: لعلّ المتنبع بعد المراجعة إلى روايات الواردة في كثير من موارد الفرر يطمئن بكفاية انضمام الضميمة في كلّ مورد كان البيع بدون الانضمام غريباً و كلّ هذه الروايات مذكورة في الوسائل، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٨- ١٢، فراجع. و نذكر هنا بعضها تيمناً.
منها: ما ورد في صحة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة كرواية أبي إبراهيم الكرخي - قال الأستاذ في مجلس من مجالسه أظنّ أنّ أبا إبراهيم تصحيف من المؤلفين و الصحيح إبراهيم بدون الأب و أظنّ أنّه إبراهيم بن ميمون المعروف - قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مئة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا و كذا درهماً؟ قال: «لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٥١، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ١٠، الحديث ١]

و منها: الروايات الواردة في جواز بيع سمك الآجام إذا أخرج كفاً من سمكها و باع ما في الكفّ مع ما في الأجمة أو باع سمك الآجام مع القصب إذا كان فيها قصب من ذلك ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيء من السمك فباع و ما في الأجمة». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٤، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ١٢، الحديث ٢]

و من ذلك أيضاً رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستقبل بحزيرة رؤوس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطير و هو لا يدري لعلّه لا يكون من هذا الشيء أبداً أو يكون يشتريه و في أيّ زمان يشتريه و يتقبل منه؟ قال: «إذا علمت أنّ من ذلك شيئاً واحداً أنّه قد أدرك

الثالث: من شرائط العينين في الإجارة أن يكونا مملوكين فلا تصح إجارة مال الغير ولا الإجارة بمال الغير وقد مر سابقاً مفصلاً.

الرابع: أن تكون العين المستأجرة ممّا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فلا تصح إجارة الخبز للأكل. هذا ما ذكره القوم^١ و تبعهم في «العروة»^٢، ولكن لم نعر على

فاشتهر به [منه]». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٥، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ١٢، الحديث ٤]

ومن ذلك رواية أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال: «يصدق كفاً من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمة بكذا وكذا». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٥، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ١٢، الحديث ٦]

ومنها: ما ورد في جواز بيع اللبن في الضرع إذا ضمّ إليه شيء معلوم كرواية سماعة قال: سألت عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ فقال عليه السلام: «لا، إلا أن يحلب لك منه سكرجة فيقول: اشتري مني هذا اللبن الذي في السكرجة و ما في ضرعها بئس مسمى فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٩، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٨، الحديث ٢]

ومنها: ما ورد في إعطاء البقر والغنم بالضريبة كرواية إبراهيم بن ميمون أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: نعطي الراعي الغنم بالجبل يرعاها وله أصوافها وألبانها و يعطينا لكل شاة دراهم، فقال عليه السلام: «ليس بذلك بأس»، فقلت: إن أهل المسجد يقولون: لا يجوز لأنّ منها ما ليس له صوف و اللبن، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «و هل يطيبه إلا ذلك، يذهب بعضه و يبقى بعض». [وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٩، الحديث ٢]

ومنها: ما ورد في جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع الضميمة وهي كثيرة مذكورة في أبواب بيع الثمار من «الوسائل». فمنها: رواية سماعة قال: سألت عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعمها؟ فقال عليه السلام: «لا، إلا أن يشتري معها شيئاً من غيرها رطبة أو بقلًا» فيقول: اشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة و البقل.... [وسائل الشيعة ١٨: ٢١٩، كتاب البيع، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٣، الحديث ١]. [المقرئ: ١]

١- راجع: تحرير الأحكام ٣: ٧٥؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٧ - ٥٢؛ جامع المقاصد ٧: ١٢٦ - ١٢٧؛ إيضاح الفوائد ٢: ٢٥١ - ٢٥٢؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٤٣٤ - ٤٣٧.

٢- العروة الوثقى ٥: ١٠.

مدرّك هذا الشرط، و حقيقة الإجارة ليست إلّا تبديل إضافة خاصّة متعلّقة بالعين المستأجرة بحيث يترتّب عليه استحقاق المستأجر الانتفاع بها و لا يتوقّف وجود هذا المعنى على بقاء العين بعد الانتفاع بها، نعم يتوقّف على وجوده في زمن الانتفاع.

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة فلا تصحّ إجارة المساكن لإحراز المحرّمات و وجه اشتراطه واضح.

السادس: أن تكون العين ممّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منها فلا تصحّ إجارة الأرض للزراعة إذا لم يمكن الزرع فيها.

السابع: أن يتمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة فلا تصحّ إجارة الحائض لكنس المسجد و وجه اشتراط الأخيرين أيضاً واضح. و الأولى إرجاع الثلاثة الأخيرة إلى شرط واحد و هو كون المنفعة مقدورة التسليم عادة و شرعاً ففي السادس لا يمكن تسليمها عادة و في الخامس و السابع لا يمكن شرعاً.

بل الأولى إرجاع الشرط الثاني إلى هذا الشرط أيضاً، فإنّ المقصود من تسليم العين في الإجارة كون المستأجر متمكناً من الانتفاع بها و مسلطاً على منفعتها. نعم بالنسبة إلى العوض هو شرط مستقلّ.

ثمّ إنّّه قد ذكرنا: أنّ أركان الإجارة ثلاثة: العين و المنفعة و الأجرة.

فنقول هنا: إنّ هذه أركانها و لكنّها تحتاج في وجودها في الخارج إلى سبعة أشياء الأركان الثلاثة و المتعاقدان المجريان للصفحة و صاحب العين المستأجرة و المستأجر المودّي لمال الإجارة، و كثيراً ما يكون الأخيران متّحدين مع المتعاقدين، و مثال الاختلاف صورة كون المتعاقدين وكيلين أو وليّين من صاحبي المالين.

ثمّ إنّّه يمكن أن يقال: إنّ الشرائط السبعة المذكورة للعين المستأجرة كلّها شرائط

المنفعة إلا الشرط الرابع و قد أنكرنا شرطيته.

أما الثلاثة الأخيرة فكونها شرائط المنفعة واضحة و قد أوضحناها آنفاً، و كذا الشرط الثاني لما ذكرنا من أن اشتراط تسليم العين لتمكّن المستأجر من الانتفاع، و لذا نحكم بصحة الإجارة لو لم يقدر المؤجر على تسليم العين المستأجرة، و لكن لم يتوقف الانتفاع بها على كونها تحت يد المستأجر.

و أما الشرط الثالث فكونه من شرائط المنفعة أيضاً ظاهر؛ إذ لا يشترط في العين المستأجرة أن تكون مملوكة للمؤجر، بل يشترط كون منفعتها ملكاً له أو تحت سلطانه، و لذا يجوز للمستأجر إجازة العين المستأجرة من ثالث و كذا الشرط الأول؛ إذ الجهل بالعين يستلزم الجهل بالمنفعة و هي مانعة من صحة الإجارة. و لا شرط في صاحبي العينين أيضاً فشرائط الإجارة راجعة كلها إلى شرائط المتعاقدين و المنفعة و مال الإجارة.

ثم إن الفروض المتصورة في العين المستأجرة خمسة، لأنها قد تكون شخصية مفروزة و قد تكون شخصية مشاعاً، و قد تكون كلياً في الذمة، و قد تكون كلياً في المعين، و قد تكون فرداً مردداً.

أما الأول فصحة إيجارتها واضحة و كذا الثاني لأنها شيء مشخص معلوم يمكن الانتفاع به. غاية الأمر: احتياج التصرف فيه إلى إذن الشريك و هو غير مانع. و لا بأس بعطف عنان الكلام إلى بيان بعض ما قيل في تصوير المشاع و ما هو الحق المختار، فنقول: قد قال بعضهم: إن الشركاء في المشاع كل واحد منهم مالك لكل العين لكن بملكية ضعيفة بحيث لا يجوز له التصرف فيها مستقلاً، بل بإجازة الغير.

و الحاصل: أن الملكية مقولة بالتشكيك فلها مراتب فشديدها الملكية المفروزة و مراتبها الضعيفة الإشاعة و كل من الشديدة و الضعيفة متعلق بتمام العين و بطلان

هذا القول واضح جداً، فإن الملكية أمر اعتباري لا حقيقة لها إلا باعتبار المعبرين و لا يعتبر أحد من المعبرين مراتب للملكية و لا يتفوّه أحد منهم بكون الشريك في العين المشاع مالكاً لكأها، بل هو مالك لبعضها في نظرهم و اعتبارهم و هو الميزان في الأمور الاعتبارية المحضة.

و قال بعض: إن المالك في المشاع ليس كلّ واحد من الشركاء بالتناصف مثلاً، بل المجموع من حيث المجموع نظير تملك الفقراء للزكاة و المسلمين كلّهم للأراضي الخراجية و هذا القول أيضاً مردود؛ إذ المجموعية أمر اعتباري و ليس الموجود في الخارج إلا نفس الأشخاص.

فالحق أن يقال: إن الملكية لما كانت أمراً اعتبارياً كما قلنا فاللزام علينا الرجوع إلى العقلاء و المعبرين و هم لا يعتبرون في مالك النصف المشاع مثلاً إلا تملكه للنصف في كلّ الأجزاء حتّى أنّه لو جزّى إلى أن وصل إلى الجزء الذي لا يتجزّى لو قلنا بصحّته كان في نظر أهل الاعتبار مالكاً للنصف. و ما ذكر من تنظير ما نحن فيه بملك الفقراء للزكاة و المسلمين للأراضي الخراجية في غير محله؛ إذ الزكاة و الأراضي ليستا ملكاً للفقراء و المسلمين باعتبار المجموع، بل للعنوان من الإسلام و الفقر أو عنوان الفقراء و المسلمين لا ذواتهم باعتبار المجموع.

الثالث من أقسام العين المستأجرة أن تكون كلياً في الذمة و الظاهر صحّة إيجارها. و يظهر من بعض العلماء أيضاً الحكم بصحّتها كالشيخ و العلامة،^١ فإنهما ذكرا في مسألة من استأجر دابة، ثمّ ظهرت معيوبة^٢ أنّه لو كان الإجارة قد وقعت

١- المبوط ٣: ٢٢٦ و ٢٢٩؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٤٤ و ٢١١؛ جامع المقاصد ٧:

٢- ليس المقطوع كون ما ذكرته من المسألة عين ما ذكره العلّمان، بل المظنون. و قد نقل الأستاذ عين عبارتهما إلا أنّي احتمل النسيان في حقّي. [المقوّرة]

على دأبة كلية فعلى المؤجر تبديلها، وكذا يظهر من بعض كلمات صاحب «الجواهر»^١ وعلى أي حال لا مانع من إيجارتها وقد حكم بصحتها أيضاً صاحب «العروة» في المسألة الثامنة من الفصل الثاني من كتاب الإجارة وهي عين المسألة التي نقلناها من الشيخ والعلامة.^٢

الرابع من أقسامها أن تكون فرداً خارجياً مردداً والأقوى بطلان الإجارة هنا للجهل بمتعلق العقد الموجب للفساد وقد حكم ببطلانها أيضاً في «العروة» وهي مسألة إجارة أحد العبدین أو إحدى الدارين.^٣

الخامس من أقسامها أن تكون كلياً في المعين والأقوى صحتها أيضاً وإن لم نر من عنون المسألة من العلماء لعدم وجود المانع أيضاً من صحتها ولا جهل في متعلق العقد؛ إذ متعلقها ليس الجامع مع الخصوصية الفردية، بل نفس الجامع من غير دخالة الخصوصيات الفردية في متعلق العقد ولا جهل في نفس الجامع؛ إذ هو أمر واحد غير مردد.

و الظاهر جريان السيرة أيضاً على صحتها فإن المتعارف بينهم إجارة واحد من المراكب العديدة المتقاربة في الرغبة.

و يمكن أن يقال: بأن ما يترأى بحسب الظاهر كونه من إجارة العين الكلية إما في الذمة أو في المعين فليس منها حقيقة، بل هو إجارة العين الشخصية وهو نفس المؤجر فكان المؤجر آجر نفسه لحمل المستأجر من مكان إلى مكان آخر بكذا - في مسألة إجارة أحد المراكب مثلاً - فيكون له التخيير في حمله على أي مركب

١- جواهر الكلام ٢٧: ٢٠٠ و ٢٧٥.

٢- العروة الوثقى ٥: ٤٤، المسألة ٨.

٣- العروة الوثقى ٥: ١٤، المسألة ٤.

أراد من حيث إنّ العمل المستأجر عليه و هو الحمل صادق على كلّ واحد من أفراد، هذا.

و لكن مع ذلك لا يساعد العرف على كون العين المستأجرة هو النفس في المثال بل الكلي متعلّق الإجارة بنظره.

بقي هنا شيء و هو الفرق بين الفرد المردّد و الكلي في المعين، فنقول:

الفرق بين الفرد المردّد و الكلي في المعين

متعلّق الإجارة في الكلي في المعين هو الطبيعة المعرّة عن تمام الخصوصيات الفردية و لكن لا بشرط التعرية عنها، بل الجامع و الطبيعة اللابشرط الذي يجتمع مع كلّ شرط مورد الإجارة و متعلّقها. غاية الأمر، كون دائرة الطبيعة المستأجرة وسعة فيما إذا أجر في الذمة و مضيقّة مشروطة بكونها في الأفراد المعيّنة الخارجية في ما إذا أجرها في المعين بخلاف الفرد المردّد، فإنّ متعلّق الإجارة فيه هو الفرد الموجود في الخارج المتخصّص بالخصوصيات الفردية.

غاية الأمر: تردّد و إجماله بين فردين أو أفراد تردّدًا و إجمالاً واقعيًا، نظير متعلّق العلم الإجمالي. و إن شئت أن تعرف حقيقة الفرق بينهما فتأمّل في الفرق بين أطراف التخيير العقلي و أطراف التخيير الشرعي فإنّ متعلّق الوجوب في خصال الكفّارة مثلاً ليس هو الجامع بين العتق و الصيام و الإطعام، بل واحد منها على البدل بخصوصية من العتقية و الصومية و الإطعامية بخلافه في العقلي فإنّ متعلّق الوجوب فيه هو الجامع بين الأفراد. غاية الأمر: حكم العقل بكون المكلف مخيراً في تطبيق الجامع على أيّ فرد شاء.

ثمّ إنّه قد علم ممّا ذكرنا من كون متعلّق العقد في الكلي هو الجامع المعرّى عن

كَلَّ الخصوصيات أَنْ متعلّق العقد لا جهل فيه أبداً فلا يتصوّر فيه غرر. و الجهل بالخصوصيات الفردية غير الجهل بمتعلّق العقد فإنّ متعلّقه و هو الكلّي الطبيعي أمر واحد لا يتصوّر فيه اختلاف الصفات الموجب لاختلاف الرغبات فمقتضى القاعدة صحّة بيع الكلّي وإن لم يذكر الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات، و عدم وجوب توضيق دائرة الكلّي بحيث لا يشمل إلّا الأفراد المتقاربة في الأوصاف. و رواية الفرر^١ لا يشمل المورد لأنّ موردها الفرر الواقع في نفس متعلّق العقد.

و لكنّ النص و الفتوى قد دلّا في بيع السلف الذي هو بيع كلّي على لزوم توضيق دائرة الكلّي المبيع بحيث لا يشمل إلّا الأفراد المتقاربة في الصفات فيمكن أن يقاس ما نحن فيه عليه بتنقيح المناط و لا فرق في ما ذكرنا بين نحوي الكلّي.

ثمّ إنّه ذكر في «التذكرة» أنّ من شرائط الإجارة كون المنفعة عائدة على المستأجر و ترتّب عليه عدم جواز الاستئجار لفعل ما وجب على المؤجر فعله.^٢ و الظاهر عدم ترتّب هذه المسألة على هذا الشرط؛ إذ من الواجبات ما يعود نفعه على الغير كالاستئجار على دفن الموتى و تكفينهم مثلاً، فإنّ فعل الأجير موجب لسقوط التكليف عن المستأجر فلا يتم الاستدلال لبطلان الاستئجار لفعل الواجبات بعدم كونه ذا منفعة عائدة على المستأجر.

و الأولى عطف عنان الكلام إلى بيان ما ذكره في المقام من الاستدلال على المرام.

١ - دعائم الإسلام ٢: ٢١؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٤٥ / ١٦٨؛ عوالي اللآلي ٢: ٢٤٨ / ١٧؛ وسائل

الشيعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٠، الحديث ٣؛ سنن أبي داود ٢: ٢٧٤ /

٣٣٧٦؛ السنن الكبرى، البيهقي ٥: ٣٣٨.

٢ - تذكرة الفقهاء ١٨: ٨٦.

و ليعلم أولاً: أَنَّ المقصود هنا البحث في أَنَّ نفس كون الفعل واجباً على الأجير - و لو كان توَصِّلياً - هل يوجب بطلان استئجاره له أو لا؟ من غير نظر إلى كون بعض الواجبات تعبديةً فيكون تعبديته مانعاً من صحّة الإجارة فإنّه أمر آخر نذكره إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت هذا، فنقول: قد ذكر لبطلانه ثلاثة أوجه:

الأوّل: ما ذكره كاشف الغطاء، فإنّه قال: «إِنَّ التنافي بين صفة الوجوب و التملّك ذاتي لأنّ المملوك المستحقّ لا يملك و لا يستحقّ ثانياً»^١ و توضيح كلامه أنّ الفعل الواجب مملوك له تعالى لاستحقاقه إتياء بالطلب الحتمي و مقتضى الإجارة تمليك المنفعة للغير فيلزم اجتماع مالكين على منفعة واحدة و التنافي بين تملّك الشخصين في آنٍ واحد لملك واحد أظهر من الشمس مثلاً لو أجر زيد نفسه لعمل خاصّ لرجل فلا يجوز له إجارة نفسه لهذا العمل الخاصّ لآخر.

الوجه الثاني: ما ذكره بعض أعظم العصر على ما في تقريراته، فإنّه قال في مبحث عدم جواز الاستئجار لفعل المحرّمات و الواجبات ما حاصله: إنّهُ يشترط في العمل الذي يستأجر له أن يكون ملكاً للأجير مختاراً في فعله و تركه، بحيث إن شاء فعل و إن شاء ترك حتّى يمكن له نقله من ملكه إلى ملك المستأجر فلو كان مسلوب الاختيار بإيجاب شرعي أو تحریم شرعي فلا يجوز الاستئجار له، لأنّه إذا كان واجباً لا يقدر على تركه و إذا كان محرّماً لا يقدر على فعله.

و يشترط في صحّة الإجارة كون فعله و تركه بيده حتّى يتمكّن من تسليمه إلى

١ - شرح القواعد ١: ٢٧٩؛ و نقل عنه الشيخ الأعظم في كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٥:

١٣٠؛ بلفظ الفقيه ٢: ١٧ - ١٨؛ العروة الوثقى ٦: ٤٣٩، المسألة ١٧.

المستأجر^١ وكان هذا الاستدلال عين ما ذكره الشيخ الكبير رحمته الله ولكن بتقرير آخر. الوجه الثالث: ما ذكره شيخنا الأنصاري رحمته الله وحاصله: إنَّ العمل لو كان واجباً على الأجير كان ضروري الحصول وكان الأجير مضطراً إلى فعله فيكون بذل المال بإذنه أكلاً للمال بالباطل^٢.

ويمكن أن يناقش في جميع الوجوه الثلاثة.

أما في الأول: فلأنَّ اعتبار الوجوب و طلب الفعل مغاير في اعتبار العرف لاعتبار الملكية والاستحقاق وليس الوجوب من الأمر تملّكاً له لمتعلّق الوجوب ولذا ترهيم لا يرون تنافياً في كون عمل واحد متعلّقا لطلب شخصين، أو أشخاص في آنٍ واحد مع وجود التنافي بين اجتماع مالكين على ملك واحد، فقد ترى كون فعل واحد مطلوباً لعشرة أشخاص من غير أن يخطر ببالك تناف.

و أما في الثاني: فلأنَّ الوجه في بطلان الاستئجار لفعل المحرّمات ليس كون فعلها غير مملوك للأجير بحسب الشرع، بل لأنَّ معنى صحّة الإجارة حكم الشارع بتنفيذ العقد والوفاء به والعمل على طبقه ولازمه وجوب العمل على الأجير في إجارة النفس وهذا الوجوب مناف لكون الفعل محرّماً.

مضافاً إلى أنَّ كون العمل واجباً على الأجير لا يوجب خروجه عن اختياره لكونه فعلاً اختيارياً صادراً منه بالإرادة.

و مضافاً إلى ما عرفت من أنَّ عنوان الوجوب والحرمة والطلب غير عنوان الملكية.

١- شرح القواعد ١: ٢٨٠.

٢- بظني أنَّ الأستاذ نسب هذا الوجه إلى الشيخ ولكن لم أجده في المكاسب. [المقرّر]

و أما في الثالث: فلما ذكرناه أيضاً أنفاً من أن الوجوب لا يخرج الفعل عن كونه اختيارياً و لا يصير ضروري الحصول نحو الأفعال الاضطرارية الصادرة من غير إرادة كالتنفس و ترشح الغدد المعدة لترشح الريق فلا يصير جعل المال بإزائه أكلاً للمال بالباطل^١ لإمكان أن يصير الإجارة داعياً للمكلف نحو العمل بحيث لو لم يستأجر لفعله لتركه أو احتمال تركه، فهذه الأدلة الثلاثة لا تغني عن جوع. فلنرجع إلى كتب القدماء من الأصحاب المعدة لنقل أصول المسائل المتلقاة عن المعصومين سلام الله عليهم.

قال المفيد في «المقنعة»: «و التكسب بتغسيل الأموات و حملهم و دفنهم حرام، لأن ذلك فرض على الكفاية أوجبه الله تعالى على أهل الإسلام، و لا بأس بالأجر على تعليم القرآن و الحكم كلها. و التنزه عن التكسب بذلك أفضل. و الأجر على الأذان و الصلاة بالناس حرام، و لا بأس بالأجر على الحكم و القضاء بين الناس، و التبرع بذلك أفضل و أقرب إلى الله تعالى، و الأجر على كتب المصاحف و جميع علوم الدين و الدنيا جائز»^٢.

و قال الشيخ في «النهاية» الموضوعة لنقل تلك المسائل أيضاً على ما ذكره في «المبسوط»: «و أخذ الأجرة على غسل الأموات و حملهم و مواراتهم حرام لأن ذلك فرض على الكفاية على أهل الإسلام و أخذ الأجرة على الأذان و الصلاة بالناس حرام و التكسب بحفظ كتب الضلال و نسخه حرام محظور».

١ - الأقوى: التفصيل بين ما يعمله المكلف على أي حال استؤجر لفعله أم لم يستؤجر و بين ما يحتمل أو يقطع بتركه له عصباناً فيجوز الاستئجار في الثاني إذا كانت له منفعة عائدة على المستأجر بخلاف الأول لكونه أكلاً للمال بالباطل. إذ هو مقطوع الحصول. [المقرئ]

ثم قال فيما هو مباح: «و يكره أخذ الأجرة على تعليم شيء من القرآن وكذلك على نسخ المصاحف و ليس ذلك بمحذور، وإنما يكره ذلك إذا كان هناك شرط، فإن لم يكن شرط لم يكن به بأس. و لا بأس بأخذ الأجر على تعليم الحكم و الآداب و على نسخها».

قال: «و لا بأس بأخذ الأجر و الرزق على الحكم و القضاء بين الناس من جهة السلطان العادل حسب ما قدّمناه فأما من جهة سلطان الجور فلا يجوز إلا عند الضرورة أو الخوف على ما قدّمناه. و التنزه عن أخذ الرزق على ذلك في جميع الأحوال أفضل»^١.

و قال الحلبي في «الكافي» فيما يحرم من المكاسب: «و أجر تعليم المعارف و الشرائع و كيفية العبادة من النظر فيها و الفتيا بها و تنفيذ الأحكام و تلقين القرآن و عقد الجمع و الجماعات و الأذان و الإقامة و تغسيل الأموات و تجهيزهم و حملهم و الصلاة عليهم و مواراتهم و جهاد الكفار و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و سائر العبادات و المعونة على ذلك محرّم»^٢.

و في «المراسم» في القسم المكروه من المكاسب: «و الأجر على القضاء بين الناس ...» و في القسم المحرّم منها: «و أجر تغسيل الأموات و دفنهم و حملهم».

و قال: «و كتب المصاحف و العلوم فحلال طلق»^٣.

و قال القاضي في «المهذب» في القسم المحذور: «و الأذان و الإقامة لأجل

١ - النهاية: ٣٦٧.

٢ - الكافي في الفقه: ٢٨٣.

٣ - المراسم: ١٦٩ - ١٧٠.

الأجرة عليهما و الصلاة بالناس لمثل ذلك و تغسيل الموتى و تكفينهم و حملهم و الصلاة عليهم و دفنهم». و قال في القسم المكروه: «و الأجر على القضاء و تنفيذ الأحكام من قبل الإمام العادل و الأجر على تعليم القرآن و نسخ المصاحف مع الشرط في ذلك»^١.

و قال الحلّي في «السرائر» في القسم المحرّم من المكاسب: «و الارتشاء على الأحكام و القضاء بين الناس و أخذ الأجرة على ذلك و لا بأس بأخذ الرزق على القضاء من جهة السلطان العادل و يكون ذلك من بيت المال دون الأجرة على كراهة فيه. و لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان و الإقامة و لا على الصلاة بالناس و تغسيل الأموات و تكفينهم و حملهم و دفنهم و الصلاة عليهم»^٢.

و قال في القسم المكروه: «و الرزق على القضاء و تنفيذ الأحكام من قبل الإمام العادل و الأجر على تعليم القرآن و نسخ المصاحف مع الشرط في ذلك و مع ارتفاعه فهو حلال طلق و هذا مذهب جميع أصحابنا و عليه إجماعهم منعقد، و مذهب شيخنا أبي جعفر في «نهايته» و في جميع كتبه إلّا في «استبصاره»^٣ فإنّه ذهب إلى حظره مع الشرط و إلى كراهته مع ارتفاع الشرط، معتمداً على خبر روته رجال الزيدية، فأراد أن يجمع بينه و بين ما رواه أصحابنا من الأخبار الواردة بالكراهة مع الشرط و لا بأس بأخذ الأجر على تعليم الحكم و الآداب و على نسخها و تخليدها الكتب»^٤.

١- المهدّب ١: ٣٤٥-٣٤٦.

٢- السرائر ٢: ٢١٧.

٣- الاستبصار ٣: ٦٥-٦٦.

٤- السرائر ٢: ٢٢٣-٢٢٤.

و المذكور في هذه العبار التي نقلناها هو بعض الواجبات لا كلها فالحكم ببطلان الاستئجار في كل ما وجب على الأجير فعله حكم بغير دليل.

نعم، ما ذكره في «المقنعة» من قوله: «لأن ذلك فرض على الكفاية أوجب الله على أهل الإسلام» يدل على تعميم الحكم في كل الواجبات لكونه تعليلاً للحكم السابق، إلا أنه لا دليل لنا على صدور هذه العبارة من المعصوم عليه السلام فلعلها من كلام المفيد عليه السلام وكذلك ما ذكره الشيخ عليه السلام في «النهاية» من قوله: «لأن ذلك فرض على الكفاية على أهل الإسلام»، ولا يستشكل باختصاصه بالواجب الكفائي على تقدير صدوره؛ إذ خصوصية كون الواجب كفائياً ليست بدخيلة في الحكم قطعاً. و يحتمل قوياً أن استدلال هذين العلمين إنما كان في مقام الرد على السيد المرتضى عليه السلام حيث إنه خص وجوب الأمور الراجعة إلى الموتى بالولي^١ خصوصاً مع كون الكفائية والعينية من الاصطلاحات المحدثه في عرف المشرعة.

ويمكن أن يقال: بأن استدلالهما على المقصود وبقولهما: «لأن ذلك فرض» يدل على أنهم تلقوا منهم عليه السلام عدم جواز الاستئجار في كل واجب.

ولعل مستند المشهور كالعلامة و المحققين الأول والثاني وغيرهم^٢ في فتواهم بالبطلان هذه العبار التي نقلناها خصوصاً بملاحظة عموم التعليل المذكور في «المقنعة» و «النهاية» كما عرفت لاهتمامهم بما أفتى به قدماء الأصحاب في الكتب

١- حكاه عنه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٦ و الشهيد في مسالك الأفهام ٣: ١٣٠.

٢- تذكرة الفقهاء ١٢: ١٤٨-١٤٩ و أيضاً ١٨: ٨٧ و ١٠٥-١٠٦: المختصر النافع: ١١٧؛ إرشاد الأذهان

١: ٣٥٨؛ قواعد الأحكام ٢: ١٠؛ مختلف الشيعة ٥: ٤٦-٤٨، المسألة ١٠ و ١١؛ شرائع الإسلام ٢: ١١؛

جامع المقاصد ٧: ٢٨١-٢٨٣ و ٤: ٣٦؛ راجع: إيضاح الفوائد ١: ٤٠٧؛ مسالك الأفهام ٣: ١٣٠؛

مجمع الفائدة و البرهان ٨: ٨٩؛ مفتاح الكرامة ١٢: ٣٠٢؛ رياض المسائل ٨: ٨٢-٨٣.

الموضوعة لأصول المسائل المتلقاة من غير تفرّيع الفروع، بل عبّروا في تلك المسائل بأنها إجماعية لكون النقل في تلك الكتب كاشفاً عن إجماع أهل البيت عليه السلام في تلك المسائل و على هذا فمخالفتهم مشكلة، فالحقّ بطلان الاستتجار لكلّ ما وجب على الأجير فعله.

ثمّ إنهم أوردوا على ما ذكرناه واخترناه من البطلان نقوضاً لا بأس بالإشارة إليها وردها.

الأول: الصناعات و الحرف التي يتوقّف عليها حفظ مصالح الاجتماع و بقاء نوع فإنّها واجبة كفاية مع عدم الانحصار و عيناً مع الانحصار مع جواز أخذ الأجرة لها بالضرورة.

الثاني: إرضاع المرأة اللبأ، فإنّه واجب عليها مع جواز مطالبة الأجرة.

الثالث: القضاء فإنّه واجب على القاضي عيناً أو كفاية، مع تصريح جماعة منهم بجواز استتجاره عليه كالمفيد في «المقنعة» و الشيخ في «النهاية» و القاضي في «المهذّب» و قد نقلنا عبارتهم آنفاً.

الرابع: إطعام المضطرّ فإنّه واجب مع جواز أخذ العوض منه.

الخامس: العبادات الاستتجارية.

السادس: أخذ الوصي حقّ الوصاية.

السابع: أخذ الطبيب الأجرة على طبابه.

و الجواب أمّا عن الأول فبأنّ الواجب لو سلم وجوبها؛ إذ يمكن منع وجوب حفظ الحياة الاجتماعي و جواز الاكتفاء بالحياة الانفرادي. ليس هو ذات الصناعات و الاشغال بعناوينها، بل الواجب هو القيام بمصالح الاجتماع و الإعانة

على بقاء النظام^١ ولا يتوقف ذلك على الاشتغال بأحدي الحرف و الصنائع مجّاناً، بل عليه أعمّ من أن يكون مجّاناً أو بقصد العوض، بل القيام بها مجّاناً يوجب اختلال النظام.

فيمكن أن يقال: بأنّ الواجب عنوان التكبّس بإحدي تلك الطرق، هذا. وقد ذكر بعض أعظم العصر في رفع الإشكال كلاماً لا محصل له، فقال: إنّ الواجب إنّما هو نفس العمل لا نتيجته و الأجرة تقع بإزائها لا بإزائه، فالخياط لا يجب عليه إلّا عمل الخياطة؛ أعني المعنى المصدري و الأجرة لا تقع بإزائه، بل بإزاء الحاصل من العمل؛ أعني اسم المصدر و لا منافاة بين وجوب المعنى المصدري و ملكية اسم المصدر^٢ و مقصوده غير واضح.^٣

و ممّا ذكرنا تقدّر على جواب أغلب النقوض؛ إذ الواجب في إطعام المضطرّ ليس هو إطعامه مجّاناً، بل حفظ نفسه من التهلكة و لا يتوقف حصوله على إطعامه مجّاناً و كذا الواجب على الطبيب و المرضعة إنّما هو حفظ نفس المريض و الصغير عن الخطر لعدم نهوض دليل على وجوب نفس الطباية و الإرضاع بعنوانهما لو لم يترتب على تركهما خطر و تهلكة.

١- أقول: يمكن أن يقال بأنّ غاية ما ذكرتموه أنّ الواجب ليس عنوان الصنائع، بل الواجب أمر يتوقف عليها و هذا لا يجدي في رفع الإشكال أو الصنائع واجبة بالوجوب المقدّمي و لا فرق في كون الوجوب مانعاً بين كونه نفسياً أو غيرياً. [المقرّر: ١١٤]

٢- راجع: العروة الوثقى ٥: ٥٤ - ٥٥؛ بلغة الفقيه ٢: ١٧٤.

٣- و وجهه أنّ العرف لا يرى جواز التفكيك بين المصدر و اسم المصدر، فلا يرى من وجب عليه المعنى المصدري مالاً لاسم المصدر حتّى يجوز له نقله إلى غيره، ألا ترى: أنّ الواجب على المكلفين هو عمل الصلاة بالمعنى المصدري و مع ذلك لا يجوز العرف و لا الشرع إجارة المكلف نفسه لنفس الصلاة؛ أعني الحاصل من المصدر. [المقرّر: ١١٤]

و أمّا القضاء فكونه واجباً على كلّ من يقدر عليه غير معلوم، فإنّه من مناصب الإمام (عليه السلام) لا يشاركه فيه أحد إلّا بجعله وتعيينه، ولذا كانت سيرتهم (عليهم السلام) وسيرة كلّ من ادّعى الإمامة جوراً و تقصّصها ظلماً تعيين القضاة والحكّام في البلاد والأمصار و لما كان من مناصبه (عليه السلام) فله استئجار القضاة من بيت المال المعدّ لمصالح المسلمين، و قد ذكر أمير المؤمنين (عليه السلام) في عهده لأشتر حين ولّاه مصر ما حاصله: أن ابعت بالقضاة في الأطراف واجعل لهم من الحقوق ما يغنيهم عن الارتشاء و يقطع عذرهم في الحكم على خلاف ما أنزل الله^١. و حرمة أخذه الأجرة من الطرفين في زمانه (عليه السلام) إنّما كانت لكونه أجيراً من طرف الإمام، و لا يجوز لأحد أن يؤجر نفسه من شخصين لعمل واحد. و ممّا يدلّ على كونه من مناصب الإمام أنّ القضاء ممّا يوجب قهر المتخاصمين على الالتزام به والعمل على وفقه و يقطع النزاع و الاختلاف و يبعد جدّاً جواز قهرهما من جهة صدور قضاوة من ثالث إلّا إذا كان من الذين هم أولى بالمؤمنين من أنفسهم و أموالهم. و ما تراه من قضاوة المجتهد و تصحيحها فإنّما هي من جهة كونه نائباً عاماً عنه (عليه السلام) بمقتضى قوله (عليه السلام) في بعض الأخبار: «فقد جعلته عليكم حاكماً»^٢.

العبادات الاستئنافية

و أمّا العبادات الاستئنافية فجعلها نقضاً لما نحن فيه في غير محلّه؛ إذ الكلام في ما يكون واجباً على الأجير و هي ليست بواجبة عليه، بل على المنوب عنه.

١- راجع: نهج البلاغة: ٤٢٦.

٢- الكافي: ١/ ٦٧، ١٠؛ الفقيه: ٣/ ٥؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٠١، ٨٤٥؛ الاحتجاج: ٢/ ٢٦٠، ٢٣٢؛ وسائل الشريعة: ٢٧/ ١٣٦، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١، الحديث ١.

غاية الأمر: أنَّ الواجب على الأجير لو كان تعبدياً يشترك مع العبادات الاستثنائية في الإشكال في كيفية قصد القرية و نذكر إن شاء الله ما ذكره جواباً لهذا الإشكال.

والأولى أن نذكر هنا مدرك جواز النيابة أو الاستئجار في العبادات، ثم نشير إلى ما ذكره جواباً لهذا الإشكال.

فنقول: أمَّا أصل النيابة فجوازها إجماعي و يدلّ عليه الروايات الكثيرة و نذكر منها اثنتين متبركاً بهما:

الأولى: رواية محمد بن مروان، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما يمنع الرجل منكم أن يبر والديه حيّين وميّتين، يصلّي عنهما ويتصدّق عنهما ويحجّ عنهما و يصوم عنهما فيكون الذي صنع لهما و له مثل ذلك فيزيد الله عزّ وجلّ ببرّه و صلته خيراً كثيراً»^١.

الثانية: الرواية المروية بطرق عديدة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يقضي عن الميت الحجّ والصوم والعقّ وفعاله الحسن» و في بعضها: «و فعله الحسن» و في بعضها الآخر: «و فعال الخير»^٢.

و أمّا جواز الاستئجار عليها ففي الحجّ مرويّ بالروايات العديدة في الميت^٣ و في الحيّ الذي عجز عن إتيانه مباشرة، فراجع إلى باب النيابة في الحجّ،^٤ و أمّا في

١- الكافي ٢: ١٥٩ / ٧، وسائل الشيعة ٢: ٤٤٤، كتاب الطهارة، أبواب الاحتضار، الباب ٢٨، الحديث ٥؛ و ٨: ٢٧٦، كتاب الصلاة، أبواب قضاء الصلوات، الباب ١٢، الحديث ١؛ و ٢١: ٥٠٥، كتاب النكاح، أبواب أحكام الأولاد، الباب ١٠٦، الحديث ٢.

٢- وسائل الشيعة ٨: ٢٨١، كتاب الصلاة، أبواب قضاء الصلوات، الباب ١٢، الحديث ١٩ - ٢١ و ٢٣.

٣- وسائل الشيعة ١١: ١٦٣، كتاب الحجّ، أبواب النيابة في الحجّ، الباب ١.

٤- وسائل الشيعة ١١: ٦٣ - ٦٥، كتاب الحجّ، أبواب وجوبه و شرائطه، الباب ٢٤؛ و أيضاً ١٦٣، أبواب

غير الحجّ فلم يقدّم دليل بخصوصه على جواز الاستئجار، و لكن عمومات باب الإجارة كافية في إثبات جوازه مع عدم وجود مانع من جوازه، و اشتراط القرية في العبادات لا يصلح للمانعية بعد ثبوت أصل النيابة مطلقاً و جواز الاستئجار في خصوص الحجّ مع أنّه أيضاً عبادي.

فلنرجع إلى أصل المقصود و بيان ما ذكره و ما هو المختار في دفع الإشكال المعروف من عدم إمكان قصد القرية.

إشكال عدم إمكان قصد القرية و جوابه

فنقول: قد يقال بتصحيحه بطريق الداعي على الداعي و قد قبض هذا الجواب السيّد المرحوم في «العروة الوثقى» و «حاشية المكاسب» بيد من حديد. و حاصله: أنّ أخذ الأجرة يصير داعياً لحصول قصد الامتثال فإنّ الأجبر إذا لاحظ أنّ الأجرة محبوبة عنده و أنّه لا يستحقّها إلّا بالعمل بداعي القرية حصل له قصد القرية و ترتّب عليه حصول الفعل قرية إلى الله فالداعي إلى الفعل قصد القرية و الداعي إلى حصول قصدها قصد الأجرة و لا يشترط في العبادة إلّا حصولها بداعي القرية.^١

و فيه نظر: إذ الداعي على الداعي أمر عقلائي صحيح، و لكن في مورد كانت هنا مرادات مترتبة و كان آخرها في الوجود أقدمها في التصوّر و الإرادة و لما كان هذا المراد متوقفاً على شيء آخر تعلّق الإرادة به ثانياً و بالعرض و لو كان هذا المراد أيضاً متوقفاً على شيء آخر وجد الإرادة و الاشتياق فيه ثالثاً و بالعرض، مثلاً لو

^١ النيابة في الحجّ، الباب ١.

١ - حاشية كتاب المكاسب، المحقّق البيزدي ١: ١٣٣؛ العروة الوثقى ٣: ٧٧، المسألة ٢.

حبس زيد و توقّف تخلّصه على أداء مئة دينار و احتاج في تحصيله إلى بيع داره كان متعلّق الإرادة أولاً و بالذات ما تكون غاية الغايات و هي التخلّص و ترشّح منها الإرادة على وجدان مئة دينار، فصار مراداً ثانياً و بالعرض، ثم ترشّح منه الإرادة على بيع الدار فصار محبوباً ثالثاً و بالعرض؛ فالترتّب و التوقّف إنّما هي في نفس المرادات؛ أعني التخلّص و وجدان مئة دينار و بيع الدار، فالمراد الثاني؛ أعني الوجدان لم يتوقّف على إرادة التخلّص و قصده، بل على نفسه. غاية الأمر: ترشّح إرادته من إرادته و لكن بعد كون أنفسهما مترتّبين. و بالجملة: الداعي على الداعي أمر صحيح و لكن في مقام توقّف شيء على نفس شيء آخر لا على إرادته.

و فيما نحن فيه ليس كذلك فإنّ حصول الأجرة ليس متوقّفاً على نفس التقرّب، بل على قصده و إرادته و تصوير الداعي على الداعي فيه إنّما هو بأن يترشّح من إرادة الأجرة إرادة على ما تتوقّف عليه و هو إرادة القرية، فيلزم أن يكون حصول الإرادة بالإرادة و هو خلاف الوجدان و البرهان للزوم التسلسل الباطل بالضرورة. و قد يجاب عن الإشكال بأنّ النائب يقصد امتثال الأمر الإجمالي، فإنّ أمر الإجارة تابع للمستأجر عليه في التعبدية و التوصلية.^١

و فيه نظر: بناءً على عدم إمكان أخذ قصد القرية في المأمور به و كونه من كفايات الامتثال، كما هو مختار الشيخ و صاحب «الكفاية»؛^٢ إذ المستأجر عليه حينئذٍ هو الصلاة مثلاً مقيداً بإتيانه بقصد القرية، لأنّها الواجبة على الميت. و ليس ذات الصلاة مستأجراً عليها، فكيف يصير الأمر الإجمالي داعياً إليها، فإنّ أمر

١- بلغة الفقيه ٢: ١٦-١٧.

٢- كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٥: ١٢٧-١٢٨ و ١٣٥؛ مطارح الأنظار ١: ٢٩٧؛ كفاية الأصول: ٩٥.

الإجارة؛ أعني قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^١ لا يدعوا إلا إلى المستأجر عليه و
الفرض أن ذات الصلاة؛ أعني الحركات و السكنات المخصوصة ليست مستأجراً
عليها، و أما بناءً على جواز أخذها في المأمور به، بتقريب: أن الأمر إذا تعلّق
بالصلاة بقصد القرية تعلّق بذات الصلاة أيضاً في ضمنه فيمكن في مقام الامتثال
قصد الأمر المتعلّق بها ضمناً. فيمكن قصد الأمر الإجمالي أيضاً لتعلّقه بذات الصلاة
أيضاً في ضمن تعلّقه بالصلاة بقصد القرية و تكون ذات الصلاة أيضاً مستأجراً عليها
ضمناً فيمكن أن يصير الأمر الإجمالي داعياً إليها.

و الأحسن في دفع الإشكال ما ذكره شيخنا الأنصاري رحمته الله و تبعه الميرزا
الشيرازي في حاشيته على «صيف العقود» للبهباني و وافقهما بعض أعظم العصر،
و حاصله: أن النيابة التي هي أمر عقلائي و أمضاها الشارع، عبارة عن تنزيل الفاعل
نفسه منزلة المنوب عنه في العمل الخاص الصادر منه و جعل وجوده ظرفاً لوجود
المنوب عنه فكان العمل صادر من المنوب عنه،^٢ و لكن في قالب النائب، أعني
وجوده التنزيلي فهناك عاملان و عملان.

العامل الأوّل: النائب و عمله جعل نفسه منزلة المنوب عنه. و بعبارة أخرى
النيابة و ليس هذا العمل بواجب على النائب، بل هو مستحبّ نفسي عليه و يصحّ
الاستئجار عليه و يصير بالإجارة واجباً لا أن النائب يستأجر لفعل المستحبّ بما
أنّه مستحبّ، بل يستأجر لنفس النيابة بعنوانها لترتّب الأثر المطلوب منها؛ أعني

١- المائدة (٥): ١.

٢- لا يقال: فعلى هذا يجب أن يكون العمل موافقاً لما يقتضيه وظيفة الميت من اجتهاده أو تقليده. لأننا
نقول: الميت إنما يصدر منه العمل في وجوده التنزيلي فيجب أن يكون موافقاً لما هو وظيفته هذا
الوجود. [المقرّر]

فراغ ذمة الميت على نفس عنوانها لا على فعلها بما أنها مستحبة. وبالجملة: العامل الأول هو النائب وعمله النيابة.

و أما العامل الثاني: فهو المنوب عنه وعمله الصلاة مثلاً بقصد القرية، فلا تلاحظ الصلاة في اعتبار العقلاء عملاً للنائب حتى يقال بعدم تأتى قصد القرية منه و ليست الأجرة في مقابل الصلاة، بل هي في مقابل النيابة.^١

ثم إنه يتفرع على هذا البيان عدم جواز الاقتداء بمن يصلي عن الغير؛ إذ الصلاة ليست بهذا الاعتبار فعلاً صادراً عن الإمام، بل هي فعل الميت و تعميم أدلة الجماعة بحيث تشمل مثل هذا المورد بعيد جداً.

ثم إن السيد المرحوم قال في «العروة» في مبحث الصلاة الاستنجاري ما مقصوده: أن النائب له أن ينزل نفسه منزلة المنوب عنه و له أن يعمل العمل الواجب على الميت له حتى تفرغ ذمته المشغولة بتكليف الله من غير أن ينزل نفسه منزلته نظير المتبرع بأداء دين الغير فإنه يمكن أن ينزل نفسه منزلة المديون و يمكن أن يؤدي ما في ذمة المديون حتى تفرغ ذمته من غير اعتبار التنزيل، انتهى.^٢

قلت: فرق بين ما نحن فيه و بين مسألة أداء الدين تبرعاً، فإن الدين عبارة عن استحقاق الدائن شيئاً كلياً في ذمة المديون، بحيث تكون ذمته ظرفاً له فلا يستحق سوى نفس الكلي و الطبيعة المهملة شيئاً من خصوصياتها، و لذا كان تعيينها بيد المديون، و ما دلّ على جواز أداء دين الغير تبرعاً قد دلّ على أن للمتبرع أيضاً تعيين الطبيعة الكلية في فرد و إفراغ ظرف هذه الطبيعة منها كما كان لنفس المديون من دون أن يجعل نفسه نائباً عنه في الأداء و التعيين، و ليس للدائن الإبقاء عن أخذه

١- راجع: كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٥: ١٤٥-١٤٧؛ بلفظ الفقيه ٢: ٢٥-٢٨.

٢- العروة الوثقى ٣: ٧٦، المسألة ١.

من المتبرّع لعدم كونه مالكاً إلا لنفس الطبيعة، و الفرض أنّ المتبرّع أذاها إليه و ليس للمديون أيضاً المنع من التبرّع عنه؛ إذ المتبرّع لا يتصرّف بتبرّعه في سلطة المديون و ماله اختياره و سلطنته، كما ليس له الإبراء عن إبراء الدائن ذمّته لذلك و كلّ من المتبرّع و المبرئ مسلط على ماله فللمتبرّع التبرّع به عن الغير و للمبرئ إبراء الغير عنه. هذا في مسألة الدين.

و أمّا ما نحن فيه، فليس كذلك، فإنّ الواجب على المكلف إنّما هو صدور الفعل منه بحيث يكون الفعل فعلاً له و العمل صادراً عنه، و لا يتحقّق هذا إلّا بأن يصدر منه في وجوده الواقعي أو التنزيلي فيجب على من ينوب عنه تنزيل نفسه منزله بحيث يصدق في الصلاة مثلاً أنّه صَلَّى عنه و لا يكفي صدق أنّه صَلَّى له و بين العبارتين فرق واضح.

حقيقة الإجارة

قد عرفت في صدر المبحث أنّ الإجارة و نحوها من العقود و الإيقاعات ليست ممّا اخترعها الشارع من قبل نفسه، بل كانت معانيها متداولة بين الناس مخترعة عندهم من قديم الأيام لما رأوا من احتياجهم في إمرار الحياة و تأمين المعاش إليها. غاية الأمر: أنّ الشارع أمضاها و لو بعدم الردع الكاشف عنه فيما لم يترتب على وجودها مفسدة.

و على هذا فاللازم في تعيين حقائق المعاملات و معانيها الرجوع إلى سيرة العقلاء و أهل العرف و إذا راجعنا إليهم وجدنا أنّهم قد كانوا يحتاجون في قضاء حوائجهم إلى نقل الأعيان بالعوض فوضعوا له بيعاً و شراءً و قد كانوا يحتاجون إلى الانتفاع بمنافع الغير أو منافع ماله من دون أن يدخل في ملكهم شيء فوضعوا لاستحقاقه الإجارة.

فحقيقة الإجارة عندهم التي يعبر عنها في الفارسية بـ«مزدورى دادن» عبارة عن إيجاد إضافة خاصة بين المستأجر وبين العين المستأجرة بعوض معين بحيث تفيد هذه الإضافة استحقاق المستأجر منافع العين المستأجرة بتمامها أو بعضها المعين في مدة معينة.

و المنفعة عبارة عن إضافة خاصة بين العين المستأجرة وبين المستأجر أو ما يتعلّق به بحيث لا وجود لها مستقلاً في قبال وجود المستأجر والعين المستأجرة وليس بحذائها شيء في الخارج، كما لو استأجر حماراً للركوب أو حمل الأثقال، فإنّ حقيقة الركوب إضافة خاصة بين المستأجر وبين الحمار ولا وجود له مستقلاً، وكذا الحمل إضافة بين الحمار وبين ما يتعلّق بالمستأجر من الأثقال، وكما لو استأجر أرضاً للزراعة، فإنّ منفعتها عبارة عن كونها ظرفاً لبذر المستأجر بحيث يستعدّ أن ينمو و ظرفيتها للبذر أمر ينتزع من الأرض والبذر المتعلّق بالمستأجر وليس لها وجود مستقلّ وكذلك إجارة الدار للسكنى، فإنّ السكنى إضافة بين الدار وبين المستأجر وهكذا.

فتحصل ممّا ذكرنا: أنّ وضع هذا النوع من العقد؛ أعني الإجارة ليس لتملك العين، بل ولا تملك المنفعة؛ إذ هي مفقودة في زمن الإنشاء، بل وضعت لاستحقاق شخص استيفاء منافع شخص آخر أو منافع ملكه.

عدم جواز إجارة العين لتملّك الأعيان المتولّدة منها

فعلى هذا، لا يجوز إجارة العين لتملّك المستأجر الأعيان المتولّدة منها بحيث تكون فائدة الإجارة تملك الأعيان المتولّدة ولذا ذكر لذلك أمثلة لتوسعة الأذهان.

الأول: إجارة الشجرة لتملّك المستأجر ثمرها بحيث يجوز له بيعها وإجراء سائر المعاملات عليها.

الثاني: إجارة الغنم لتملك صوفه أو لبنه أو حملة بعد تكونها و كذلك إجارة الخيل لتملك حملة بعد تكونه.

الثالث: إجارة البئر لتملك مائه.

الرابع: إجارة المرضعة نفسها لتملك المستأجر لبنها بحيث يجوز له نقل اللبن إلى الغير لا إيجارها للانتفاع بلبنها فإنها جائزة كما سيأتي^١.

الخامس: إجارة الحمام لتملك المستأجر الماء الذي يستحم به و يُثْلِفُهُ.

السادس: إجارة الحملدارية نفسها لتملك المستأجر منها مخارجه في السفر من الغذاء و الشراب و غيرهما.

و بالجملة: إجارة الأعيان لتملك الأعيان المتولدة منها بحيث تدخل في ملك المستأجر بصرف التولد مخالفة لحقيقة الإجارة بنظر العقلاء و أهل العرف.

نعم، يجوز إجارة العين للانتفاع بها و إن كان الانتفاع بها موجباً لإتلاف الأعيان المتولدة منها، بل لإتلاف نفس العين المستأجرة على ما اخترناه،^٢ من عدم منافاة عقد الإجارة لإتلاف العين المستأجرة إذا كان الانتفاع بها موجباً لذلك كإجارة الخبز لأكله.

فإن قلت: الإجارة مملّكة لمنفعة العين و الأعيان المتولدة من العين المستأجرة منفعة لها عرفاً.

قلت: مضافاً إلى أن الإجارة ليست مملّكة و لو للمنفعة كما ذكرنا آنفاً أن لفظ المنفعة لم ترد في آية و لا رواية حتى يدعى صدقها على الأعيان المتولدة و ما يراه

١ - سيأتي في الصفحة الآتية.

٢ - تقدّم في الصفحة ٧٤ - ٧٥.

العقلاء حقيقة الإجارة عبارة عن استحقاق المستأجر المنافع التي لا عينية لها في الخارج، مضافاً إلى أن الإجارة كما قلنا عبارة عن إيجاد إضافة خاصة بين العين المستأجرة و المستأجر بحيث تفيد استحقاق المستأجر منافع العين المستأجرة و الأعيان المتولدة قبل تولدها ليست من منافع العين المستأجرة؛ إذ هي معدومة و بعد وجودها تصير وجودات مستقلة و لا يعد الانتفاع بها من شؤون الانتفاع بالعين المستأجرة؛ إذ لا ربط لها بالعين المستأجرة بعد تولدها.

فإن قلت: عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^١ يدل على صحة هذا النحو من العقود أي المترتب عليه تملك الأعيان المتولدة.

قلت: و لو سلم صحته فليس من أفراد عقد الإجارة.

و الحاصل: أن إجارة العين لتملك الأعيان المتولدة منها فاسدة، و أما إيجارتها للانتفاع بها فصحيحة و لو كان موجباً لإتلاف الأعيان المتولدة منها، بل لإتلاف نفسها.

فعلى هذا تصح إجارة المرضعة لإرضاع الولد و إن كان موجباً لإتلاف اللبن، لأن منفعتها الإرضاع و هو عمل منها، بل نقول بجواز إيجارتها للانتفاع بها و إن لم يصدر منها فعل اختياري حتى لا يستشكل علينا صاحب «الجواهر» بأن المرضعة قد لا يحصل منها فعل اختياري كما لو استوجرت لإرضاع الولد منها من غير أن يصدر منها عمل.^٢

و أما إجارة الغنم لتملك صوفها و لبنها فقد يقال: بصحتها استدلالاً بالروايات

١- المائدة (٥): ١.

٢- راجع: جواهر الكلام ٢٧: ٢٩٤.

الواردة في باب «حكم إعطاء الغنم و البقر بالضريبة»^١ منها: ما رواه عبدالله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة لكل شاة كذا و كذا في كل شهر، قال عليه السلام: «لا بأس بالدراهم، فأما السمن فلا أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس بذلك»^٢.

قلت: ليس في متن الرواية ما يدل على جواز إيجارتها، فلعل دفعها إلى الراعي بعنوان المصالحة على أصوافها و ألبانها بما يعين بإزائها من الدراهم و السمن. و أما الحماة فإيجارته لتملك المستأجر مائه فاسدة، و أما إيجارته للانتفاع به فصحيحة و إن كان موجبا لإتلاف مائه.

نعم، يرد الإشكال فيما هو المتعارف في الحماة من ورود كل أحد فيه و إعطائه مقدارا معينا من المال من غير تعيين مدة الوقوف، فهل هذا إجارة أو مصالحة أو غيرهما؟ و يبعد كونه إجارة، ثلاثة أمور:

الأول: عدم تعيين المدة.

الثاني: أن العين المستأجرة إما أن تكون تمام الحماة أو كسر مشاع منه فإن كانت تمامه لزم انحصاره في فرد لعدم جواز إجارة العين مرتين أو أكثر في زمان واحد من شخصين أو أشخاص و إن لم يكن انتفاع كل واحد مزاحما لانتفاع سائر

١- راجع: وسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٩.

٢- الكافي ٥: ٢٢٤ / ٤؛ ووسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠ - ٣٥١، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٩، الحديث ٤.

٣- أقول: و منها: ما رواه إبراهيم بن ميمون أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: نعطى الراعي الغنم بالجبل يرعاها و له أصوافها و ألبانها و يعطينا لكل شاة دراهم. فقال: «ليس بذلك بأس.....» راجع: ووسائل الشيعة ١٧: ٣٥٠، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع و شروطه، الباب ٩، الحديث ٢. [المقرئ]

المستأجرين وإن كانت كسراً مشاعاً لزم تعيينه و ليس متعارفاً. و لزم أيضاً عدم جواز تصرف كل واحد منهم إلا برضاية شركائه و هذا غير متعارف في الحمامات. الثالث: أن الإجارة موجبة لاستحقاق المستأجر منافع العين المستأجرة بحيث لا يجوز للمؤجر مزاحمه و ما هو المتعارف في الحمامات ليس كذلك؛ إذ للحمامي إخراج المستأجر من الحمام أي زمن شاء، و من ذلك يظهر عدم كونه مصالحة؛ إذ المصالحة تقتضي استحقاق كل من المتصالحين ما انتقل إليه، بحيث لا يجوز للآخر مزاحمته فالظاهر كونه إباحة بالعوض فالحمامي يبيح للواردين الاستحمام، و لكن إباحته موقوفة بإعطائه مقداراً معيناً من المال و ورود الواردين مع علمهم بتقييد الرضاية.

انحصار منفعة العين المستأجرة و عدمه

منفعة العين المستأجرة إما أن تكون منحصرة في فرد أو لا، فإن انحصرت فلا إشكال في عدم وجوب تعيينها و أما لو لم تنحصر، بل كانت لها منافع متعددة كما في إجارة الرجل نفسه أو عبده أو دابته أو نحو ذلك، فالظاهر وجوب تعيين المنفعة التي لأجلها تستأجر العين إذا لم تكن ممّا ينصرف إليه الإجارة حين الإطلاق للزوم الغرر الموجب لبطلان الإجارة بمقتضى مفهوم قوله ﷺ: «نهى النبي عن بيع الغرر»،^١ فإن الظاهر عدم دخالة خصوصية البيعة في هذا النهي كما مرّ سابقاً

١ - دعائم الإسلام ٢: ٢١؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٤٥ / ١٦٨؛ عوالي الآلي ٢: ٢٤٨ / ١٧؛ وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، الباب ٤٠، الحديث ٣؛ سنن أبي داود ٢: ٢٧٤ / ٣٣٧٦؛ السنن الكبرى، البيهقي ٥: ٣٣٨.

فيشمل جميع المعاوضات المبتنية على التدقيق و المحافظة على عدم ورود الفرر. و الظاهر انحصارها في البيع و الإجارة لأنَّ سائر العقود ليست بمعاوضة مبتنية على التدقيق إمّا لأنها ليست بمعاوضة أصلاً كالوكالة و المضاربة و المساقات و المزارعة حيث أدخلنا الثلاثة الأخيرة في الشركة كما ذكر في صدر المبحث أو لم تكن مبتنية على التدقيق كالمصالحة، فهي و إن أفادت في بعض الأوقات فائدة البيع أو الإجارة و لكن ليس بنائها على الدقة و أمّا النكاح فليس أيضاً بمعاوضة و لذا يصحّ و لو لم يجعل مهر.

و وجه الاستدلال بمفهوم قوله بالتدقيق: «نهى النبي عن بيع الفرر» و عدم الاستدلال بما روي عنه بالتدقيق أيضاً من قوله: «نهى النبي عن الفرر»^١ قد ظهر سابقاً و هو أنّ الرواية الثانية لا تدلّ على فساد المعاملات الفررية لعدم ورود النهي فيها على عنوان المعاملات و قد ذكر سابقاً بطريق التفصيل، فراجع.^٢

ثمّ إنهم ذكروا أنّ التعيين قد يكون بالعمل كاستئجار الخياط لخياطة الثوب المعين قباء أو قميصاً و قد يكون بالزمان كاستئجاره شهراً للخياطة و قد يكون بهما كاستئجاره لخياطة ثوب معين يوماً و كاستئجار الدابة لركوبه من مكان إلى مكان آخر معين في يومين مثلاً.

أقول: فيما عيّن بالعمل فقط إن كان له أمد متعارف بحيث ينصرف إليه إطلاق العقد صحّت الإجارة بلا إشكال و إلّا فالأقوى لزوم تعيين زمانه أيضاً للزوم الفرر؛ إذ يكون للمؤجر حينئذٍ تأخير العمل إلى آخر عمره مثلاً و لا يكون للمستأجر مطالبته و هو واضح الفساد.

١- راجع: الخلاف ٣: ٣١٩.

٢- تقدّم في الصفحة ٦٩ - ٧٠.

ثُمَّ إِنَّ التَّعْيِينَ بِالْعَمَلِ وَالزَّمَانَ مَعاً عَلَى نَحْوَيْنِ:

الأول: أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ التَّطْبِيقِ بِأَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ أَنْ يَبْتَدَأَ بِالْعَمَلِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الزَّمَنِ الْمَعْيَنِ وَيَفْرَغُ مِنْهُ عِنْدَ انْتِهَائِهِ بِحَيْثُ يَكُونُ الْعَامِلُ مُتَلَبِّساً بِالْعَمَلِ فِي تَمَامِ أَجْزَاءِ الزَّمَانِ الْمَعْيَنِ، وَالْأَقْوَى بَطْلَانُ هَذَا الْقِسْمِ مِنَ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ انْطِبَاقَ الْعَمَلِ الْخَاصِّ عَلَى زَمَانٍ خَاصٍّ مِمَّا يَنْدُرُ وَقُوعُهُ وَلَيْسَ غَالِباً تَحْتَ اخْتِيَارِ الْأَجِيرِ وَنَظِيرُ ذَلِكَ حُكْمُهُمْ بِبَطْلَانِ بَيْعِ السَّلَمِ إِذَا كَانَ الْمُبِيعُ نَادِرَ الْوُجُودِ فِي زَمَانٍ يَعْيَّنُ لِتَسْلِيمِهِ.

الثاني: أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهِ الظَّرْفِيَّةِ بِأَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ مِنْ ذِكْرِ الزَّمَانِ عَدَمُ تَأْخِيرِ الْعَمَلِ عَنْهُ لَا تَطْبِيقَهُ عَلَى تَمَامِ أَجْزَائِهِ وَهَذَا صَحِيحٌ إِذَا كَانَ الزَّمَانُ وَاسِعاً لِلْعَمَلِ وَصَحِيحَةٌ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الدَّالَّةُ عَلَى جَوَازِ تَعْيِينِ الْعَمَلِ وَالزَّمَانَ مَعاً مَحْمُولَةٌ عَلَى النَّحْوِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ: «كَنتُ جَالِساً عِنْدَ قَاضٍ مِنْ قَضَاةِ الْمَدِينَةِ فَاتَاهُ رَجُلَانِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنِّي تَكَارَيْتُ هَذَا يَوْافِي بِي السُّوقَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا وَأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ، قَالَ: فَقَالَ: لَيْسَ لَهُ كِرَاءٌ، قَالَ: فَدَعَوْتُهُ وَقُلْتُ: يَا عَبْدَ اللَّهِ لَيْسَ لَكَ أَنْ تَذْهَبَ بِحَقِّهِ وَقُلْتُ لِلْآخَرِ: لَيْسَ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ كُلَّ الَّذِي عَلَيْهِ، اصْطَلَحَا فَرَادَا بَيْنَكُمَا».^٢

ثُمَّ إِنَّ الْعَلَامَةَ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَكَمَ فِي «التَّذَكُّرَةِ» بِصَحَّةِ إِجَارَةِ الْعَيْنِ الَّتِي لَهَا مَنَافِعٌ مُتَعَدِّدَةٌ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ مَنَفْعَةٍ خَاصَّةٍ مِنْهَا فَيَكُونُ لِلْمُسْتَأْجِرِ اخْتِيَارُ أَيْتِهَا شَاءَ.^٣ وَتَبَعَهُ فِي ذَلِكَ

١ - «اصْطَلَحَا» بِصِيغَةِ الْأَمْرِ، فَإِنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَمَرَ بِتَصَالِحِ بَيْنَهُمَا. وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ الَّتِي رَوَاهَا الْكَلْبِيُّ فِيهِ سَقَطَ مَخْلٌ بِالْمَعْنَى، وَلَكِنْ رَوَاهَا صَاحِبُ الْوَسَائِلِ عَنِ الْفَقِيهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ، عَنِ الْعَلَاءِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ

مُسْلِمٍ. رَاجِعْ: الْفَقِيهُ ٣: ٢١ / ٥٧؛ وَسَائِلُ الشِّيعَةِ ١٩: ١١٥، كِتَابُ الْإِجَارَةِ، الْبَابُ ١٢، الْحَدِيثُ ١.

٢ - الْكَافِي ٥: ٢٩٠ / ٤؛ وَسَائِلُ الشِّيعَةِ ١٩: ١١٦، كِتَابُ الْإِجَارَةِ، الْبَابُ ١٣، الْحَدِيثُ ١.

٣ - تَذَكُّرَةُ الْفُقَهَاءِ ١٨: ٩٦.

صاحب «الجواهر»^١ كما في عبارته التي ذكرها قبل كلام المصنّف في الشرط الرابع من المنفعة. و ليست المسألة معنونة في الكتب المعدّة لنقل خصوص المسائل المتعلّقة عن المعصومين، بل لم يعنونها ظاهراً في الكتب الفقهية سوى هذين العلمين فالواجب الرجوع فيها إلى ما يقتضيه القواعد.

فنقول: الأقوى بطلان الإجارة لأنّ الإجارة وإن كانت إضافة متعلّقة بالأعيان و لكنّها باعتبار المنافع.

فعلى هذا إمّا أن يكون المقصود من تلك الإجارة انتقال جميع منافع العين إلى المستأجر بحيث يكون مالكاً لجميعها و لكنّه لما لم يقدر على استيفاء الجميع اختار في مقام الاستيفاء أيّة منها شاء.

و إمّا أن يكون المقصود انتقال المنفعة التي يختارها المستأجر في مقام الاستيفاء إليه لا جميع المنافع، فإن كان المقصود الثاني فوجه البطلان واضح؛ إذ المنفعة التي يختارها المستأجر في مقام الاستيفاء مجهولة للمؤجر و المستأجر و لا يدري أنّه هل يختار منفعة أو منفعتين فيما يمكن جمعهما في الاستيفاء، فالعبد المستأجر مثلاً له منافع متعدّدة مختلفة في المشقّة و القيمة و الرغبات، فكيف يجعل زمام اختيارها بيد المستأجر و قد مرّ أنّها دلالة مفهوم قوله ﷺ: «نهى النبي عن بيع الغرر» على وجوب تعيين المنفعة التي تستأجر العين لاستحقاقها.

و إن كان المقصود الأوّل؛ أعني انتقال جميع المنافع إلى المستأجر فالإجارة باطلة أيضاً، لأنّ جميع المنافع ليست مقدورة التسليم و من شرائط المنفعة التي يراد انتقالها إلى المستأجر كونها مقدورة التسليم.

و القول بصحتها باعتبار البعض الذي أمكن تسليمه نظير بيع ما يملك و ما لا يملك مستلزم لتقييد الأجرة فيلزم عدم استحقاق المؤجر جميع الأجرة، بل بعضها الذي يقع بإزاء المنفعة المستوفاة.

فإن قلت: كما أنَّ المؤجر قبل إجارته كان مالكا لجميع منافع عينه مع عدم قدرته على استيفاء جميعها فكذلك المستأجر يملك بالإجارة جميع المنافع، ولكنه في مقام الاستيفاء يستوفى أية منها شاء.

قلت: ليس من شرائط الملكية القدرة على التسلم والاستيفاء^١ و لكن من شرائط النقل و الانتقال كون الناقل قادراً على التسليم و المنقول إليه قادراً على التسلم و الاستيفاء فالذي فقد ماله أو ألقى في البحر لم يزل مالكه لهذا المال و لكن ليس له يبعه و لا إجارته مادام مفقوداً.

شرائط الأجرة

يشترط في الأجرة ما يشترط في العين المستأجرة من كونها مملوكة للمستأجر و مقدورة التسليم و معلومة القدر بحسب مالها من الميزان في الوزن و الكيل و العَدَّ و نحوها،^٢ خلافاً للشافعي حيث اكتفى بالمشاهدة.^٣

١- أقول: يمكن أن يقال: إنَّ الإجارة لما كانت عبارة عن إيجاد إضافة خاصة بين المستأجر و بين نفس العين المستأجرة. غاية الأمر: كونها باعتبار المنافع أمكن أن يقال بكفاية القدرة على تسليم العين في صحة الإجارة، لأنَّ تسليمها عين تسليم جميع المنافع و لا يرى العرف هذه المعاملة غررية حتَّى يشملها أدلة الفر. [المقزومي]

٢- راجع: المقنعة: ٦٤٠؛ النهاية: ٤٤٣؛ السرائر ٢: ٤٥٩؛ كشف الرموز ٢: ٣٢؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٤؛ المختصر النافع: ١٥٢؛ شرائع الإسلام ٢: ١٨٠؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٢١-٢٢؛ تحرير الأحكام ٣: ٨٠.

و هل يجوز جعل الأجرة منفعة؟ الأقوى جوازه، سواء ماثلت منفعة العين المستأجرة مثل أن يؤجر زيد داره من عمرو على أن يسكنها و يجعل مال الإجارة سكنى دار عمرو أو خالفت كما لو أجر داره و جعل أجزتها ركوب حمار عمرو مثلاً و ما يمكن أن يستدل به على عدم الجواز وجهان:

الأول: أنه ربوي. وفيه: أن هذا الدليل يختص بما لو ماثلت المنفعتان و كانت إحداهما أزيد من الأخرى و المدعى أعم من ذلك، مضافاً إلى عدم الدليل على بطلان الربا في المنافع.

الثاني: أنه يشبه بيع الدين بالدين، لأن المنفعتين حين العقد معدومتان. وفيه: أن التعدي من مسألة البيع إلى ما نحن فيه لا يجوز إلا إذا علمنا بعدم دخالة خصوصية البيعة في الحكم ببطلان بيع الدين بالدين و الكالي بالكالي و دون إثباته خطر القتاد.^٤

إذا كانت المنفعة و الأجرة المجهولتان

لو سلم ثوبه إلى الخياط و قال: إن خطته في اليوم فلك درهمان و إن خطته في الغد فلك درهم أو قال: إن خطته بدرزين فلك درهمان و إن خطته بدرز واحد فلك

^{١٨} ٨١: قواعد الأحكام ٢: ٣٢١؛ مختلف الشيعة ٦: ١٠٥، المسألة ٤؛ المهذب البارع ٣: ٢١ - ٢٢؛ جامع المقاصد ٧: ١٠٢ - ١٠٣؛ اللعة الدمشقية: ١٦٣؛ غاية المراد ٢: ٣١٢ - ٣١٣؛ الروضة البهية ٤: ٣٣٣؛ مسالك الأفهام ٥: ١٧٨؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٢٥ - ٢٦؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٣٢١؛ رياض المسائل ٩: ٢٠٢.

٢- الفقه الإسلامي و أدلته ٥: ٣٨١٢ و ٣٨٣٣؛ وراجع: تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٢.

٤- مضافاً إلى أن المنفعة متأهية العرف موجوداً عند وجود العين، فتأمل. [المقرّر]

درهم أو قال: للمكاري إن أوصلتني إلى المحلّ المعين يوم الجمعة فلك درهمان و إن أوصلتني يوم السبت فلك درهم.

ففي المسألة أقوال ثلاثة:

الأول: الصّحة و هي قول الشيخ رحمته الله و بعض الأصحاب^١ و سيّضح لك إن شاء الله أنّه هو المختار فيستحقّ الأجير الأجرة طبق ما اشترط.

الثاني: البطلان و هو الذي اختاره أيضاً بعض الأصحاب رضوان الله عليهم.^٢
الثالث: القول بصّحة ما ذكر أولاً و فساد ما ذكر ثانياً، ففي المثال الأول مثلاً قد استحقّ المستأجر على الأجير خياطة الثوب في اليوم الأول و استحقّ الأجير الدرهمين و كان قوله: و إن خطّته في الغد فلك درهم فاسداً غير مفسد.^٣ و هذا القول قد اختاره أبو حنيفة،^٤ و لنذكر أولاً ما هو مقتضى القواعد، ثمّ نشير إلى الروايات الواردة في هذا الباب.

١- المبسوط ٣: ٢٤٩ - ٢٥٠؛ الخلاف ٣: ٥٠٩ - ٥١٠، المسألة ٣٩ و ٤٠؛ شرائع الإسلام ٢: ١٨١؛ تذكرة

الفقهاء ١٨: ٤١؛ تحرير الأحكام ٣: ٨٣؛ التقيح الرائع ٢: ٢٦٤ - ٢٦٥؛ كفاية الفقه ١: ٦٥٤ - ٦٥٥.

٢- راجع: السرائر ٢: ٢٨٧؛ مختلف الشيعة ٦: ١٣٠، المسألة ٣١؛ إيضاح الفوائد ٢: ٢٤٨؛ جامع المقاصد

٧: ١٠٦؛ اللعة الدمشقية: ١٦٣؛ مسالك الأفهام ٥: ١٨٢؛ الروضة البهية ٣: ١٤.

٣- فبعضهم رحمته الله لم يرجّح بين الصّحة و البطلان. و قالوا: إن خطّته اليوم فلك درهمان. و إن خطّته غداً

فدرهم احتمل أجرة المثل و المسمّى. فاحتمال وجوب المثل لأجل فساد العقد، و احتمال الوجوب

المسمّى لأجل صحّته. راجع: قواعد الأحكام ٢: ٢٨٤؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٣٣٥ - ٣٤٠.

٤- وليعلم: أنّ أبا حنيفة فرّق بين المتالين ففي قوله: «إن خطّته اليوم فلك درهم و إن خطّته غداً فلك نصف

درهم» قال: إن خاطه في اليوم الأوّل فله درهم و إن خاطه في الغد فله أجرة المثل. و أنا في قوله: «إن

خطّته رومياً فلك درهم و إن خطّته فارسياً فلك نصف درهم» فإنّه قال بصّحة العقد مطلقاً. راجع:

المبسوط، السرخسي ١٥: ٩٩ - ١٠٠، المغني، ابن قدامة ٦: ٩٨؛ الشرح الكبير ٦: ٢٧؛ الخلاف ٥:

٥٠٩ - ٥١٠، المسألة ٣٩ و ٤٠؛ المبسوط ٣: ٢٤٩؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٣٣٨ - ٣٤٠.

فنقول: قد يقال: إن مقتضى القواعد بطلان الإجارة؛ إذ المنفعة والأجرة كلتاهما مرددتان مجهولتان حين العقد فلا يدري المستأجر ما استحقه بالعقد ولا المؤجر ما انتقل إليه من الأجرة وقد اشترطنا معلوميتهما بمقتضى مفهوم قوله: «نهى النبي عن بيع الغرر» كما مرّ سابقاً.

ونجيب عن هذا الإشكال بأنّ المنفعة التي تستأجر لها العين في المثال الأول مثلاً ليست الفرد المردّد بين خياطة اليوم و خياطة الغد بحيث يكون هناك منفعتان مستقتلتان خياطة اليوم و خياطة الغد، و قد جعل بإزاء كلّ منهما أجرة معيّنة و خيّر المؤجر بين اختيار أيّتهما شاء، بل المنفعة التي أريد نقلها إلى المستأجر هي الجامع بين خياطة اليوم و خياطة الغد.

بعبارة أخرى: هي الكلّي في المعين؛ أعني كلّّي الخياطة الواقعة في ظرف اليومين فما استحقّه المستأجر بعقد الإجارة هو الجامع بين خياطة اليوم و خياطة الغد.

غاية الأمر: أنّه لما كان إيجاد الجامع بإيجاد أحده فرديه جعل بإزاء كلّ فرد من هذا الجامع أجرة معيّنة غير ما جعل بإزاء الآخر فالمنفعة شيء معلوم لا تردّد فيه و هو نفس الجامع بين الفردين.

و لقائل أن يقول: كما أنّ العقد موجب لانتقال المنفعة من حينه إلى المستأجر فكذلك يوجب انتقال الأجرة من حينه إلى المؤجر بحيث يكون نفس العقد مملّكاً للمنفعة والأجرة كليهما و الفرض أنّ الأجرة حين العقد مردّدة و ما ذكرتموه من الجامع بين المنفعتين غير متصوّر فيها؛ إذ المتعاقدان لم يقصدا في إنشائهما تملّك المؤجر الجامع بين فردي الأجرة، بل أرادا تملّك هذا أو تملّك هذا و إنشاء تملّك

هذا أو تملك هذا غير معقول، لأنَّ الإنشاء عبارة عن إيجاد المعلوم في عالم الاعتبار وإيجاد المردّد بحيث يبقى بعد إيجاده على حالة التردّد أيضاً غير معقول، إذ الشيء بعد إيجاده يتشخّص ويتعيّن.

لا يقال: كما أنَّ البعث في التخيير الشرعي قد وقع على الفرد المردّد فكذلك الإنشاء فيما نحن فيه ولا فارق بينهما.

فإنّا نقول: فرق بينهما؛ إذ الإنشاء كما قلنا: إيجاد و البعث ليس إيجاداً، بل هو تحريك إلى الإيجاد و بعد التحريك يوجد المبعوث فرداً معيّناً لا مردّداً^١.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في وجه البطلان، ولكنّ الأقوى كما قلنا الصحة؛ إذ المنفعة كما قلنا أمر معيّن معلوم و هو الجامع بين المفردين المذكورين.

و ما استحقّه الأجير بالعقد أيضاً معلوم^٢؛ فلو سئل عنه بعد العقد: ما استحققت؟ لا يتحرّر في الجواب، بل يقول: لو خطّته مثلاً في اليوم فلي درهمان و لو خطّته في الغد فلي درهم.

و بعبارة أخرى: قد استحقّ الأجير على المستأجر أن يخطّ ثوبه في اليوم و يأخذ منه درهمين، أو يخطّيه في الغد و يأخذ منه درهماً و ليس للمستأجر دفعه عن حقّه.

١- أقول: كما أنَّ الإيجاد لا يقع على المردّد، فكذلك البعث، إذ البعث يحتاج إلى شيء يكون هو المبعوث إليه. و بعبارة أخرى: كلّ بعث يحتاج إلى تصوّر الباعث شيئاً في نفسه، ثم يحرك المبعوث نحوه و تصوّر الفرد المردّد و البعث نحوه مثل إيجاده أمر غير معقول. [المقرّر ٢٢]

٢- أقول: الملكية عبارة عن إضافة خاصّة بين المالك و بين المملوك و قد فرضنا إنَّ صرف العقد مستلزم لوجود تلك الإضافة بين المؤجر و بين الأجرة، فحينئذٍ يرد السؤال عما وقع عليه هذه الإضافة الخاصّة قبل اختيار المؤجر أحد العاملين. [المقرّر ٢٣]

و ما قرع سمعك من أن عقد الإجارة بنفسه يوجب تملك المؤجر الأجرة إنما هو في قبال بعض العامة^١ القائلين بأن الأجير لا يستحق بصرف العقد شيئاً ما لم يصدر منه عمل.

و ما ذكرناه لا يستلزم عدم استحقاقه قبل العمل شيئاً؛ إذ قد سلمنا أنه يستحق بصرف العقد على المستأجر أن يخطط ثوبه مثلاً بأحد النحوين و يأخذ منه إحدى الأجرتين. هذا ما يقتضيه القواعد في هذه المسألة.

و يمكن أن يستدلّ عليه برواية محمد الحلبي قال: كنت قاعداً إلى قاضٍ و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فجاءه رجلان، فقال أحدهما: إني تكرّيت إيل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق أخاف أن يفوتني فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكلّ يوم احتبسته كذا و كذا و أنه حبسني عن ذلك اليوم كذا و كذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسد و فقه كراه فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: «شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»^٢.

و تقريب الاستدلال بها هو أنّ المنفعة التي استحقّها المستأجر بهذا العقد هي وصوله إلى المعدن المخصوص بتوسط إيل المكاري أعمّ من اليوم المعين أو بعده. و بعبارة أخرى: الوصول الكلّي أعمّ من أن يكون في اليوم المعين أو في يوم آخر. غاية الأمر: أنه جعل الأجرة الكاملة بإزاء إيجاد ذلك الكلّي في فرد خاصّ منه؛

١- راجع: المبوط، السرخسي ١٥: ١٠٨؛ بداية المجتهد ٢: ٢٢٨؛ المغني، ابن قدامة ٦: ١٤؛ الفقه الإسلامي و أدلّته ٥: ٢٨٣٨ - ٣٨٤٠.

٢- الكافي ٥: ٢٩٠ / ٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١١٦، كتاب الإجارة، الباب ١٣، الحديث ٢.

أعني اليوم المعين و لكنّه لم يسكت عن تعيين الأجرة بإزاء إيجاد ذلك الكلّي في سائر أفرادها، بل جعل بإزاء كلّ فرد منه أجرة مخصوصة به فكلّ يوم له أجرة مخصوصة. غاية الأمر: أنّ المستأجر قد اكتفى في مقام التعبير عن ذكره أجرة كلّ يوم بخصوصها بجمعها في تعبير واحد، فقال: «فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء...»، فقوله: «فإن احتبست...» بمنزلة أن يقول: إذ أدخلتني يوم الجمعة مثلاً فلك كذا و إن أدخلتني يوم السبت فلك كذا و إن أدخلتني يوم الأحد فلك كذا و هكذا.

هذا و قد يستدلّ على المسألة بصحيفة محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام التي ذكرناها في المسألة السابقة.^٢

و لكنّه لا ارتباط لها بهذه المسألة؛ إذ المنفعة المذكورة فيها شيء مخصوص و قد فرض السائل أنّ المؤجر لم يوفّها و ليست المنفعة المذكورة فيها منفعة كلّية جعل بإزاء كلّ فرد منها أجرة بخصوصها كما فيما نحن فيه.

ثمّ اعلم: أنّ المناسب هنا أن ننقل عبارة العلامة في «المختلف» في هذه المسألة حتّى يتّضح لك أنّ القول بالصحة موافق لما في كتب قدماء أصحابنا - الكتب الموضوععة لنقل خصوص المسائل المتلقّاة عن المعصومين سلام الله عليهم - و تطلع أيضاً على خطأ صدر من ابن إدريس في تلك المسألة، فنقول: قال العلامة في

١ - يمكن أن يقال: إنّ الظاهر كون الأجرة في مورد الرواية على كلّ التقادير شيئاً واحداً. غاية الأمر: أنّه جعل في كلّ تقدير من تلك التقادير، سواء واحد منها شرط خارجي على عهدة المؤجر و هو إيراد نقص خاصّ عليه. [المقرّرة]

٢ - الكافي ٥: ٢٩٠ / ٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١١٦، كتاب التجارة، الباب ١٣، الحديث ١.

«المختلف»: «مسألة قال الشيخ في «النهاية»: من اكترى من غيره دابة على أن يحمل له متاعاً إلى موضع بعينه في مدة من الزمان فإن لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان ذلك جائزاً ما لم يحط بجميع الأجرة فإن أحاط الشرط بجميع الأجرة كان الشرط باطلاً و لزمه أجره المثل.^١

و قال ابن الجنيّد: و لو استأجره على أن يبلغ به في خمسة أيام بخمسين درهماً، فإن لم يبلغها كان موضوعاً من الأجرة لكلّ يوم خمسة عشر درهماً قبلّغه إلى المكان في مدة لا تستغرق الحطيطة للأجرة جاز، فإن استغرقت الحطيطة الأجرة أو كان الشرط عليه أنّه إن تأخّر عن شرطه لم تكن له أجرة كان الحكم في ذلك الصلح، و لا تسقط الأجرة كلّها و لا يأخذ جميعها.

و قال ابن البرّاج: من استأجر من غيره دابة ليحمل عليها شيئاً إلى موضع معيّن في مدة من الزمان و شرط على المكارى إن لم يفعل ذلك نقص من أجرته كان جائزاً فإن شرط عليه إسقاط جميع الأجرة لم يكن ذلك جائزاً.

و قال ابن إدريس: الأولى عندي أنّ العقد صحيح و الشرط باطل لأنّ الله تعالى قال: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و هذا عقد فيحتاج في فسخه إلى دليل، وإلّا فالشرط إذا انضم إلى عقد شرعي صحّ العقد و بطل الشرط إذا كان غير شرعي. و أيضاً لا دليل على ذلك من كتاب و لا سنة متواترة و لا إجماع منعقد و لم يورد أحد من أصحابنا هذه المسألة إلّا هاهنا في «النهاية» لأنّها تضمّنت المتواتر و غيره.^٢

و هذا عجب عجيب، فإنّا قد ذكرنا الجماعة الذين ذكروا هذه المسألة.

١- راجع: النهاية: ٤٤٨.

٢- السرائر ٢: ٤٦٩-٤٧٠.

والشيخ رحمته احتج بما رواه محمد الحلبي في الموثق قال: «كنت قاعداً إلى قاضي و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكريرت إيل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، و اشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا؛ لأنها سوق أتخوف أن تفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسه كذا و كذا و أنه حبسني عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسد أوفه كراه، فلمّا قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: «شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»؛^١ و في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام قال: سمعته يقول: «كنت جالساً عند قاضي من قضاة المدينة فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكريرت هذا يوافي بي السوق يوم كذا و كذا و أنه لم يفعل، قال: فقال: ليس له كراه، قال: فدعوته و قلت: يا عبدالله ليس لك أن تذهب بحقه و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه، اصطليحاً فتراداً بينكما»^٢.

أقول: ذكر العلامة الروائين اللتين احتجّ بهما الشيخ و هما اللتان نقلناهما سابقاً. ثم قال: «و قول ابن إدريس بصحة العقد و بطلان الشرط ضعيف لما بيّناه من أن العقد إذا تضمّن شرطاً باطلاً كان العقد باطلاً و حينئذٍ يجب أجرة المثل».

ثم إن الأستاذ قد كرّر المسألة السابقة و هي مسألة بطلان إجارة العين التي لها منافع متعدّدة من غير تعيين منفعة خاصّة منها، فقال لو أجر العين التي لها منافع متعدّدة مختلفة و لم يعيّن واحدة منها فلا يخلوا من أربعة وجوه و إن كانت المعاملة باطلة:

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢١٤ / ٩٤٠.

٢ - الكافي ٥: ٢٩٠ / ٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١١٦، كتاب الإجارة، الباب ١٣، الحديث ١.

٣ - مختلف الشيعة ٦: ١١٧ - ١١٨، المسألة ١٦.

الأول: أن يكون ما استحقها المستأجر بالعقد جميع المنافع.

و يرد عليه: أن جميع المنافع ليست مقدورة التسليم كما مر مفصلاً.

الثاني: أن يكون المنتقل إلى المستأجر الطبيعة المهيمة الصادقة على جميع المنافع.

و يرد عليه أولاً: أنه يلزم أن يكون اختيار تعيينها بيد المؤجر الذي هو مالك المنافع نظير ما لو باع الكلّي فإنّ التعيين بيد البائع.

و ثانياً: أنه يلزم كون الإجارة غررية، فإنّ الطبيعة من حيث هي و إن كانت معلومة و كان مقتضى القواعد صحة المعاملة الواقعة عليها كما ذكرناه سابقاً إلا أن مقتضى حكمهم في بيع الكلّي سلفاً بوجوب تعيين صفات المبيع بحيث لا يلزم منه غرر و جوب تعيين المنفعة فيما نحن فيه أيضاً.

الثالث: أن يكون المنتقل إلى المستأجر الفرد المردّد.

و يرد عليه: أنه مجهول فيلزم الغرر.

الرابع: أن يكون المنتقل إليه ما يختاره نفس المستأجر من المنافع.

و يرد عليه: أن ما يختاره أمر مجهول أيضاً حين العقد فيلزم الغرر.

فإن قلت: يمكن أن يكون المنتقل إليه الطبيعة المهيمة و لكن يشترط في ضمن العقد كون تعيينها بيد المستأجر.

قلت: هذا الشرط مخالف لكون المنتقل إليه أمراً كلياً.

ثم لا يخفى: أن المؤجر لو صرح بأنه أجر العين باعتبار جميع منافعه كانت المعاملة باطلة أيضاً.^١

إيجار الشيء المستأجر بأكثر مما استأجره

لو استأجر شيئاً، ثم أراد المستأجر أن يؤجره بأكثر مما استأجره ليبقى له الزائد، فهل يفسد الإجارة الثانية أو تصحّ ولكن تحرم أو تكره أو تصحّ من غير حرمة وكرهية أو يفصل بين أن يؤجر من المؤجر الأول أو من شخص ثالث فيصحّ في الأول ويحرم في الثاني كما اختاره أبو حنيفة؟ وجوه.

وفي حكمه لو أجرة نفسه لعمل، ثم أراد المؤجر استئجار آخر لذلك العمل بأجرة أقلّ من أجرة جعلت لنفسه ليبقى له الزائد؛ والعنوان الجامع بين المسألتين هو الاستفضال بين الإيجارين وقد اختلفت ألسنة الأخبار في المسألتين وقد ذكرها صاحب «الوسائل» في كتاب الإجارة، فراجع.^١

وكلّ ما نذكر من الروايات هنا فهو من «الوسائل» وما ذكر بالصراحة في هذه الأخبار ستّة أشياء «الدار» - إن جعل البيت والدار شيئاً واحداً - و «الأرض» و «الرحي» و «الحانوت» و «السفينة» و «الأجير» وقد ذكر في «الشرائع» في موضع الحانوت الخان ولعله من اختلاف نسخ الأخبار.

أمّا الأرض فالأخبار الواردة فيها ثلاث طوائف ففي بعضها حكم بعدم البأس في إيجارها بأكثر مما استأجرها أو تقبلها وفي بعضها حكم بطلانها وصحة أن يتقبلها بالمزاعة، ثم يقبلها بأكثر مما تقبلها بالمزاعة أيضاً وفي بعضها حكم بعدم البأس في إيجارها إذا أصلح فيها شيئاً ومفهومه عدم جوازها إذا لم يصلح فيها شيئاً. أمّا الطائفة الأولى: وهي روايات الجواز فثلاث روايات.

الأولى: رواية أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين (الدهقان مغرب دهقان)، ثم يؤجرها بأكثر مما تقبلها به و يقوم فيها بخطّ السلطان، فقال: «لا بأس به، إنّ الأرض ليست مثل الأجير، ولا مثل البيت إنّ فضل الأجير، و البيت حرام».^١

و ليعلم: أنّ صاحب «الوسائل» قال في ذكر سند هذا الحديث و بعض الأسانيد الآخر: «محمد بن يعقوب الكليني عن عدّة من أصحابنا، عن سهل بن زياد و أحمد بن محمد...». و ظاهر هذه العبارة أنّ العدّة الواسطة بين الكليني و بين سهل هي بعينها العدّة الواسطة بين الكليني و بين أحمد بن محمد، مع أنّ هذا فاسد، لاختلاف أشخاص العدّتين. و ليعلم أيضاً: أنّ صاحب «الوسائل» قد قال بعد نقله هذه الرواية: «و رواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب مثله. و زاد: و لو أنّ رجلاً استأجر...».^٢ و الظاهر أنّ ما زاده الصدوق ليس من تنمّة الرواية، بل هو ما أفتى به على وفق بعض الروايات الآخر.

الرواية الثانية: و هي رواية أبي المغراء، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يؤجر الأرض، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها قال: «لا بأس، إنّ هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إنّ فضل الحانوت و الأجير حرام».^٣

الرواية الثالثة: و هي رواية إبراهيم بن ميمون أنّ إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السلام و هو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل، ثم يؤجرها بأكثر من ذلك؟

١- الكافي ٥: ٢٧١ / ١؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٢ و ٣.

٢- راجع: الفقيه ٣: ١٥٧ / ٦٨٨.

٣- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٣؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

قال: «ليس به بأس، إِنَّ الأرض ليست بمنزلة الأجير و البيت، إِنَّ فضل البيت حرام و فضل الأجير حرام»^١.

و أمّا الطائفة الثانية: و هي روايات البطلان بطريق الإجارة و الصحة بطريق المزارعة، فهي أيضاً ثلاث روايات و ستعرف رجوعها إلى اثنتين.

الأولى: رواية الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتعْبِلُ الأرض بالثلث أو الربع فأقبلها بالنصف، قال: «لا بأس به» قلت: فأقبلها بألف درهم و أقبلها بألفين، قال: «لا يجوز» قلت: لِمَ؟ قال: «لأنَّ هذا مضمون و ذلك غير مضمون»^٢.

فهذه الرواية قد دلّت على صحّة التقبّل و التقبيل إذا كانا بطريق المزارعة بأن جعل أجرة الأرض النصف أو الثلث أو الربع و بطلانها إذا كانا بطريق الإجارة بأن جعلت الأجرة الألف أو الألفين، و قد بيّن عليه السلام الحكمة في صحتهما بطريق المزارعة دون الإجارة بقوله عليه السلام: «لأنَّ هذا مضمون...»، فإنّه لو فرض أن الأرض لم يحصل منها شيء مثلاً لم يستحقّ أحد من أحد شيئاً لو كان التقبّل و التقبيل بطريق المزارعة بخلاف ما لو كانا بالإجارة لاستلزامها كون المؤجر الأوّل مالكاً للألف و الثاني مالكاً للألفين حصل من الأرض شيء أو لم يحصل.

و يمكن أن يقال: إنَّ قوله عليه السلام: «لأنَّ هذا مضمون» ليس للتعليل، بل لبيان الملاك فيما بلحاظ هو صحيح و بلحاظ هو باطل.

ثم اعلم أنّ في سند هذه الرواية قصوراً فإنّ سهل بن زياد و أحمد بن محمّد^٣

١- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٥: وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٥.

٢- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٦: وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ١.

٣- السند في الكافي هكذا: «سهل بن زياد، عن أحمد بن محمّد، عن عبد الكريم...» و لكن في الوسائل: «سهل بن زياد و أحمد بن محمّد، عن عبد الكريم...».

ليسا بمعاصرين لعبدالكريم حتى يرويان عنه بلا واسطة، فالظاهر سقوط راوٍ بينهما وبينه وهو علي بن الحكم بقرينة إسناد الشيخ، كما قال في «الوسائل»: «و رواه الشيخ بإسناده عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن عبدالكريم».^١

الرواية الثانية: رواية إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به وإن تقبلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لأنّ الذهب والفضة مضمونان».^٢

و الظاهر أنّ ذكر الذهب والفضة من باب المثال فما اختاره بعض من الحكم بالبطلان في خصوص ما لو كانت الأجرة ذهباً أو فضةً كما نقله صاحب «مفتاح الكرامة»^٣ في غير محلّه.

الرواية الثالثة: رواية الصدوق بإسناده عن إسحاق بن عمار، عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لأنّ الذهب والفضة مضمّنان».^٤

و الظاهر أنّها عين الرواية الثانية التي ذكرناها ولكنّ الصدوق رحمته الله حذف بعضها عند النقل؛ إذ كان عادته غالباً نقل الأحاديث حفظاً لا من الكتاب ولا يؤمن الحديث حينئذٍ من التقطيع؛ وعلى هذا فما في «الوسائل» من قوله: «مضمّنان»

١- ليس في التهذيب: «عن علي بن الحكم»، راجع: تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤ / ٨٩٧؛ الاستبصار ٣: ٤٦٦ / ١٣٠.

٢- الكافي ٥: ٢٧٣ / ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤ / ٨٩٨؛ الاستبصار ٣: ١٣٠ / ٤٦٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٢.

٣- مفتاح الكرامة ١٩: ٣٩٥.

٤- الفقيه ٣: ١٤٩ / ٦٥٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٨، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٦.

مصَحَّف «مضمونان» أو «مضمَّنان». و اختلافه مع الكليني في ذكر أبي بصير في سند الحديث إمَّا من زيادته أو من تنقيص الكليني.

أَمَّا الطائفة الثالثة المفصلة: فهي روايتان:

الأولى: رواية إسحاق بن عمار قال في «الوسائل» و بإسناده عن الصَّقَّار، عن الحسن بن موسى الخشَّاب، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام أَنَّ أَبَاهُ كَانَ يَقُولُ: «لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلُ الدَّارَ أَوْ الْأَرْضَ أَوْ السَّفِينَةَ، ثُمَّ يُوَاجِرَهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِذَا أَصْلَحَ فِيهَا شَيْئاً»^١، و غياث بن كلوب قاضٍ من قضاة العامة، و ينقل غالباً أحاديث الشيعة عن إسحاق بن عمار، و لعلَّه لكون إسحاق رجلاً متمولاً ذا مكنة، فسهل على غياث التعلُّم منه الذي هو نحو انقياد له، و التعبير عن الصادق عليه السلام بلفظ «جعفر» الذي لا يعبَّر عنه إلَّا العامة إمَّا هو من غياث لا من إسحاق لعدم كونه عامياً كما توهمه بعض^٢.

الرواية الثانية: رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي من أولاد نوفل بن حارث بن عبدالمطلب، عن أبي عبد الله عليه السلام^٣، و لا نقلها بألفاظها لطولها و حاصل مضمونها: أَنَّهُ سَأَلَهُ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً مِنَ السُّلْطَانِ بِدَرَاهِمٍ مَعْلُومَةٍ، ثُمَّ أَرَادَ تَقْبِيلَهَا بِالْمَزَارَعَةِ بَحَيْثُ يَحْصُلُ لَهُ فَضْلٌ، كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: «ثُمَّ آجَرَهَا وَ شَرَطَ لِمَنْ يَزْرَعُهَا أَنْ يَقَاسِمَهُ النِّصْفَ ...»، فكَلِمَةُ: «الإجارة» هنا بمعنى المزارعة بقرينة قوله:

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٣ / ٩٧٩، وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٢ - لم نثر على عامية إسحاق لكن وجدناه فطحية. راجع: الفهرست: ٥٤ / ٥٢: خلاصة الأقوال: ٢٠٠ /

١: منتهى المقال ٢: ٢٤.

٣ - الكافي ٥: ٢٧٢ / ٢: وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٣ و ٤.

«أن يقاسمه النصف» إذ الأجرة يجب أن تكون شيئاً معيناً لا مثل النصف و أمثاله من الكسور.

أو أراد تقييلها بالإجارة كذلك، كما يدلّ عليه قوله: «فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشيء معلوم فيكون له فضل ...».

أو أراد تقييلها بالإجارة أيضاً مع اشتراط أن يعطي الزارعين: البذر و النفقة و يحصل له في هذه الإجارة فضل، كما يدلّ عليه قوله: «أو يؤاجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر و النفقة ...». فهذه ثلاثة أسئلة و قد أجاب الإمام عليه السلام عن الأول بقوله: «نعم، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك». و عن الآخرين بقوله عليه السلام: «إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت».

فحاصل هذه الرواية من صدرها إلى ذيلها جواز استئجار الأرض، ثمّ تقييلها مزارعة أو إجارة بشرط أن يحدث فيها شيئاً و مفهومه عدم جوازه لإجارة و لا مزارعة، إذا لم يحدث فيها شيئاً و أراد أن يستفضل من تقييلها.

هذه هي الأخبار الواردة في الأرض و ما يحتمل لجمعها وجوه ثلاثة.

الأول: أن تحمل الطائفة الأولى و الثانية على الثالثة، فتحمل روايات الجواز على ما إذا أصلح فيها شيئاً و أخبار البطلان على ما إذا لم يصلح فيها شيئاً.

و في هذا الجمع نظر لأنّ الطائفة الأولى قد حكم بالجواز في الأرض و بعدم الجواز في الحانوت و البيت فلو حملنا حكم الجواز في الأرض على ما إذا أصلح فيها شيئاً كان اللازم عدم الجواز في الحانوت و البيت في صورة الإصلاح أيضاً

بقريئة السياق، فإنَّ السياق يشهد بأنَّ المنفَى في البيت و الحانوت هو عين المثبت في الأرض و القول بعدم الجواز فيهما و لو في صورة الإصلاح في غاية البعد.

الوجه الثاني: أن يحمل أخبار المنع على الكراهة و أخبار الجواز على عدم الحرمة و أخبار التفصيل على كون الإصلاح رافعاً للكراهة.

الوجه الثالث: أن يحمل لفظ الإجارة الواردة في الطائفة الأولى على المزارعة، فتدلَّ على صحَّة تقبُّل الأرض بالإجارة، ثمَّ تقبيلها مزارعة فلا تنافي بينها و بين الطائفة الثانية و يصير حاصل الأخبار جواز تقبُّل الأرض إجارة أو مزارعة، ثمَّ تقبيلها مزارعة بحيث يحصل له فضل و عدم جواز تقبيلها إجارة كذلك إلَّا أن يحدث فيها حدثاً فيجوز التقبيل و لو بالإجارة، كما دلَّ عليه رواية غياث بن كلوب و إسماعيل بن الفضل.^١ و إطلاق لفظ الإجارة على المزارعة صحيحة كما أطلق في رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي و قد مرَّ بيانه. و في رواية أبي نجيع، عن الفيض قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام جعلت فداك ما تقول في الأرض أتقبِّلها من السلطان، ثمَّ أؤجرها من آخرين على أنَّ ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف و الثلث أو أقلَّ من ذلك أو أكثر؟ قال عليه السلام: «لا بأس...»^٢ لأنَّ تقبيل الأرض بالنصف أو الثلث لا يصحَّ إلَّا بطريق المزارعة، كما مرَّ و قد أطلق في الرواية لفظ «الإجارة». هذا تفصيل الأخبار الواردة في الأرض و قد عرفت أنَّ ما ذكر في الأخبار بالصراحة ستَّة أشياء، أمَّا «الأرض» فقد اختلفت الروايات فيها و قد مرَّ.

١- وهما الروايتان الأولى و الثانية من الطائفة الثالثة.

٢- الكافي ٥: ٢٦٩ / ٢؛ اختيار معرفة الرجال: ٣٥٤ / ٦٦٣؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٨، كتاب الإجارة،

و أمّا «الرحى» فقد ورد فيها روايتان قريبتان في المضمون و كان المناسب ذكرهما معاً في باب واحد و لكن فرّق بينهما في «الوسائل» من غير جهة.
 فالأولى: رواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إني لأكره أن استأجر الرحى وحدها، ثمّ أؤاجرها بأكثر ممّا استأجرتها إلّا أن أحدث فيها حدثاً أو أغرم فيها غرمًا»^١.

الثانية: رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إني لأكره أن استأجر رحى وحدها، ثمّ أؤاجرها بأكثر ممّا استأجرتها به إلّا أن يحدث فيها حدثاً أو تغرم فيها غرامة»^٢.

و لفظ الكراهة الواردة في الخبرين قابل للحمل على الكراهة الاصطلاحية و على الحرمة لأنّ إطلاقها على الحرمة شائعة في السنة الأخبار. و العجب أنّ صاحب «الجواهر»^٣ لم يعثر في باب الرحى إلّا على رواية أبي بصير و رماها بالضعف مع أنّ رواية سليمان بن خالد أيضاً بمضمونها طابق النعل بالنعل كما عرفت.

و أمّا الأجير فقد دلّ على حرمة الاستفضال فيه الطائفة الأولى من أخبار الأرض و هي رواية أبي الربيع الشامي و أبي المغرا و إبراهيم بن ميمون،^٤ مضافاً إلى أنّه قد عقد له في «الوسائل» باباً على حدة و قد ذكر فيه سبع روايات لا ارتباط لثالثها بما نحن فيه، فراجع.^٥

١- الفقيه ٣: ١٤٩ / ٦٥٣؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ١.

٢- الكافي ٥: ٢٧٣ / ٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٥.

٣- جواهر الكلام ٢٧: ٢٢٤.

٤- تقدّم تخريجها في الصفحة ١١٥-١١٦.

٥- وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣.

و للاستفضال في الأجير طريقان:

الأول: أن يستأجر الرجل رجلاً لعمل خاص بعشرة دراهم مثلاً، ثم يؤجر المستأجر أجيره بخمسة عشر لذلك العمل ليبقى له الخمسة الزائدة.

الثاني: أن يستأجر الرجل رجلاً لخياطة ثوبه بعشرة دراهم مثلاً فيستأجر الأجير غيره لذلك الخياطة بخمسة دراهم ليبقى له الخمسة الزائدة. و رواية أبي الربيع و أبي المغرا و ابن ميمون يحتمل الوجهين بخلاف ما ذكر في الباب ٢٣، فإنه مختص بالثاني؛ فلنذكر ما يكون من روايات هذا الباب مربوطاً بما نحن فيه.

الأولى: رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه؟ قال: «لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً»^١ و هذه الرواية كما ترى قد حكم بعدم الجواز إلا إذا عمل فيه شيئاً.

الثانية: رواية صفوان عن حكم الخياط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أتقبل الثوب بدرهم و أسلمه بأكثر من ذلك لا أزيد على أن أشقه، قال: «لا بأس به»، ثم قال: «لا بأس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه»^٢ و مورد هذه الرواية أيضاً كما ترى ما إذا أحدث فيه شيئاً لقوله: «لا أزيد على أن أشقه» فإن شق الثوب عمل. نعم قوله عليه السلام «لا بأس فيما تقبلته...» يمكن أن يكون كلاماً مستقلاً غير مربوط بمورد الرواية، فيستفاد منه جواز الاستفضال و إن لم يعمل فيه شيئاً.

الثالثة: رواية حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه، و يدفعه إلى آخر يربح فيه؟ قال: «لا»^٣ و هكذا الرواية الخامسة و

١ - الكافي ٥: ٢٧٣ / ١: وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ١.

٢ - الكافي ٥: ٢٧٤ / ٢: وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ٢.

٣ - تهذيب الأحكام ٧: ٢١٠ / ٩٢٣: وسائل الشيعة ١٩: ١٣٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ٤.

السادسة والسابعة من هذا الباب، فراجع هذه الروايات الستة قد دلت على عدم جواز استفضال الأجير إذا لم يصدر منه عمل فيما تقبله، إمّا منطوقاً كما في الأولى والرابعة والسابعة، أو مفهوماً كما في البواقي على إشكال في دلالة الثاني.^١

هذه أيضاً روايات الأجير و أمّا الحانوت، فقد دلّ على حرمة الاستفضال فيه رواية أبي المغرا وقد مرّت.^٢

و أمّا البيت فقد دلّ على حرمة الاستفضال فيه روايتا أبي الربيع الشامي وابن ميمون،^٣ نعم لو قلنا بكون المراد من البيت و الدار واحداً فقد دلّ رواية غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار السابقة^٤ على جواز الاستفضال فيه إذا أصلح فيه شيئاً، وكذلك رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم، فسكن ثلثيها و أجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس و لا يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها به إلّا أن يحدث فيها شيئاً».^٥ فإنّ المراد من ضمير «و لا يؤاجرها» هو الدار بتمامها؛ و مثل هذه الرواية رواية أخرى للحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأجر الدار، ثمّ يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها به، قال: «لا يصلح ذلك إلّا أن يحدث فيها شيئاً».^٦

١- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣.

٢- مرّت في الصفحة ١١٥، الرواية الثانية.

٣- تقدّمتا في الصفحة ١١٥-١١٦، الرواية الأولى و الثالثة.

٤- تقدّم في الصفحة ١١٨.

٥- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٩ / ٩١٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب

٢٢، الحديث ٣.

٦- الكافي ٥: ٢٧٣ / ٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٤ / ٨٩٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب

٢٢، الحديث ٤.

وأما السفينة، فقد ورد في استئجارها، ثم إيجارتها بتمامها رواية غياث بن كلوب السابقة الدالة على جواز الاستفضال إذا أصلح فيها شيئاً ومفهومها عدم الجواز عند عدم الإصلاح هذه هي الروايات الواردة في الموضوعات الستة.

و بالجملة: فأخبار الحرمة في هذه المسألة: أعني استئجار الشيء، ثم إيجارته بأكثر مما استؤجر به عبارة عن خبر أبي الربيع وإبراهيم بن ميمون في البيت و الأجير،^١ و خبر أبي المغرا في الحانوت و الأجير،^٢ و خبر الحلبي و إسحاق بن عمار و أبي بصير في الأرض،^٣ و الخبر الأول و الرابع و الخامس و السادس و السابع من الباب ٢٣ الدالة منطوقاً أو مفهوماً على حرمة استفضال الأجير إذا لم يعمل عملاً فيما تقبله،^٤ و مفهوم خبر غياث بن كلوب في الدار و الأرض و السفينة،^٥ إذا لم يحدث فيها حدثاً و كذلك منطوق روايتي الحلبي في الدار،^٦ و مثلها مفهوم رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الأرض،^٧ و كذلك الرواية الحاكمة بعدم جواز استئجار المرعى بخمسين درهماً، ثم إيجارته بأكثر من ذلك إلا أن يكون قد عمل في المرعى عملاً و قد وقع في هذه الرواية لفظ الاشتراء و البيع و لكن المراد بهما الاستئجار و الإجارة لقرينة موجودة في نفس الرواية و هي قوله **عَلَيْهِ**:

١- وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٢ و ٣ و ٥.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ١٢٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ١٢٦-١٢٨، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ١ و ٢ و ٦.

٤- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢.

٥- تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٣ / ٩٧٩، وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٢.

٦- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٣.

٧- الكافي ٥: ٢٧٢ / ٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٣ و ٤.

«أو تعنى^١ فيه برضا أصحاب المرعى...»^٢

مضافاً إلى عدم جريان أحكامها في البيع و خبرا الرعى^٣ يحتمل الحرمة بجعل الكراهة بمعناها. هذه أخبار الحرمة.

و أمّا أخبار الجواز في المسألة فعبارة عن خبر أبي الربيع و أبي المغرا و ابن ميمون في الأرض،^٤ و بعض الأخبار الواردة في الباب ٢٣^٥ في الأجير، إذا عمل فيما تقبله عملاً و لا سيما الخبر الثاني، فإنه يحتمل منه الجواز و إن لم يعمل كما مرّ و كذلك منطوق خبر إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الأرض،^٦ و خبر غياث بن كلوب في الدار و الأرض و السفينة،^٧ و رواية سماعة الواردة في المرعى،^٨ و مفهوم روايتي الحلبي^٩ في الدار كلّ هذه الخمسة فيما إذا أحدث فيما استأجره شيئاً. مضافاً إلى الأخبار الواردة في إجارة بعض ما استأجرها بأجرة تزيد على ما هو بإزاء هذا البعض من الأجرة الأولى، بل بتمام الأجرة الأولى فإنه يستشَمُّ من هذه الأخبار كون النهي في الأخبار السابقة تنزيهاً. فمن جملة هذه الأخبار خبر محمد

١- من الغناء بمعنى تحمّل المشقة. [المقَرَّرُ]

٢- وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٦.

٣- الكافي ٢٧٢: ٩ و ١٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٤ و ١٢٩، كتاب الإجارة، الباب ٢٠، الحديث ١؛ و الباب ٢٢، الحديث ٥.

٤- تقدّمت في الصفحة السابقة.

٥- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ١٣٢، كتاب الإجارة، الباب ٢٣.

٦- الكافي ٢٧٢: ٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٧، كتاب الإجارة، الباب ٢١، الحديث ٣ و ٤.

٧- تقدّمت في الصفحة السابقة.

٨- الكافي ٢٧٣: ٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٦.

٩- الكافي ٢٧٢: ٤ و ٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٩ و ٢٠٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩ -

١٣٠، كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٣ و ٤.

بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال سألته عن الرجل يستكري الأرض بمئة دينار فيكري نصفها بخمسة و تسعين ديناراً و يعمر هو بقيتها؟ قال: «لا بأس». ^١ و هذا خبر صحيح؛ إذ الشيخ رحمته الله الذي هو من الطبقة الثانية عشرة يرويه عن الحسين بن سعيد الذي هو من ثقات الطبقة السابعة بأربع وسائل كلها ثقات و ابن سعيد يرويه عن صفوان و فضالة الذين هما من فضلاء الطبقة السادسة و هما عن العلاء و هو أيضاً ثقة عن ابن مسلم المعلوم الحال. ^٢

و منها: رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها و أجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس...» ^٣

هذه هي أخبار المسألة المختلفة بظاهرها و قد ذكرنا في جمع الأخبار الواردة في الأرض بخصوصها ثلاثة وجوه.

و حينئذ نقول فما يمكن أن يقال في المسألة عموماً أقوال ثلاثة: أحوطها أولها و إن كان الثالث غير بعيد.

الأول: أن نقول بالحرمة في الأجير و البيت و الحانوت - أو الخان كما في عبارة المحقق في «الشرائع» ^٤ - و الدار ممّا صرح الأخبار بحرمة من غير معارض و نختار الجواز في غيرها حتّى الأرض و قد سلك هذا المسلك المحقق في «الشرائع»؛ إذ الأصل الأولي يقتضي الجواز مطلقاً لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٥ / ٩٠٢؛ الاستبصار ٣: ١٣١ / ٤٦٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩. كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ١.

٢ - راجع: كتاب الصلاة (تقريات المحقق البروجردي) المنتظري: ٥٧٤؛ تجريد الأسانيد ١: ١٤ - ١٦.

٣ - الكافي ٥: ٢٧٢ / ٤؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠٩ / ٩١٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٩. كتاب الإجارة، الباب ٢٢، الحديث ٣.

٤ - شرائع الإسلام ٢: ١٨١.

خرج منه الأجير و البيت و الحانوت و الدار بالدليل فبقي غيرها تحت الأصل حتى الرحى و الأرض.

أما الرحى فواضح لما مرّ من أنّ لفظ الكراهة الواردة في خبري الرحى^١ قابلة للحمل على الكراهة الاصطلاحية.

و أما الأرض فلحمل الأخبار الناهية فيها على الكراهة جمعاً بينها و بين ما دلّ على الجواز.

و ما يرى في بعض الكلمات^٢ من كون المعاملة ربوية عند اتّحاد الأجرتين جنساً فاسد جدّاً لخروجه من كلا قسميه المعاوضي و القرضي كما هو واضح.

الثاني: أن يختار الحرمة في الجميع كما اختاره في «الغنية» و «الانتصار»^٣ و كذلك غيرهما من الأصحاب^٤ و مرادهما من الإجماع في هذه المسألة هو إجماع أهل البيت المستفاد من أخبارهم عليهم السلام.

الثالث: أن يختار الجواز في جميع الموضوعات و يحمل الأخبار الناهية و المحرّمة على الكراهة و يكون المقصود التنزّه عن مثل ذلك المعاملة و هذا القول و إن كان غير بعيد. و يؤيده الأخبار الواردة في صحّة إجارة بعض ما استؤجر بأكثر ممّا هو بإزائه من الأجرة الأولى إلّا أنّه خلاف الاحتياط.

ثمّ إنّه هل يكون المراد بالحرمة هي الحرمة التكليفية أو الوضعية بمعنى بطلان

١- تقدّم في الصفحة ١٢٥.

٢- تذكرة الفقهاء ١٨: ١٦؛ شرائع الإسلام ٢: ١٨١؛ غاية المراد ٢: ٣١٦؛ كفاية الفقه ١: ٦٥٣؛ مفاتيح الشرائع ٣: ١٠٤.

٣- غنية النزوع ١: ٢٨٦؛ الانتصار: ٤٧٥.

٤- المقنعة: ٦٤٠؛ الكافي في الفقه: ٣٤٦؛ المراسم: ١٩٥؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٤؛ تحرير الأحكام ٣:

الإجارة الثانية أو بطلانها بالنسبة إلى الفضل بأن تكون الإجارة صحيحة ولكن لم ينتقل تمام الأجرة المستأة إلى المؤجر، بل بعضها المساوي لما جعل في الإجارة الأولى و يكون الفضل لمالكه وجوه.

و لا إشكال في أن رواية الأحاديث المذكورة لما سمعوا لفظ حرام و أمثاله من المعصوم عليه السلام فهموا منها معنى واضحاً متبادراً إلى أذهانهم من غير توقف و لما كان الوجوه المتصورة ثلاثة، كما قلنا: وجب أن ننظر في هذه الوجوه الثلاثة أيها أوفق بالقواعد المسلمة الواضحة عند العقلاء و المسلمين حتى نقول بأنه المقصود من كلامهم عليهم السلام، و أنه المتبادر إلى أذهان المشافهين لهم، فحيث نقول: إن الأوفق بالقواعد هو الوجه الثاني، كما هو المتبادر من قول الفقهاء أيضاً من قولهم: «لا يجوز»؛ إذ مقتضى الوجه الأول هو الحكم بانتقال الأجرة بتمامها إلى المؤجر و كونه مالكا لها بالإجارة، ثم الحكم بحرمتها أكلاً و تصرفاً و الحكم بالحرمة مما يناقض الحكم بالملكية بنظر العرف و الاعتبار؛ إذ من لوازم الملكية جواز الأكل و التصرف للمالك. و مقتضى الوجه الثالث وقوع ما لم يقصده المتعاقدان و بطلان ما قصده قهراً عليهما، و لو كان مقصوده عليه السلام من قوله: «حرام» هذا المعنى لاحتاج إلى تنبيه زائد لعدم انسباقه إلى الذهن عند الإطلاق لمخالفته مع القواعد المسلمة في العقود.

بطلان إجارة الأرض بما يحصل منها في المستقبل

لا يجوز إجارة الأرض بما يحصل منها في المستقبل حنطة كان أو شعيراً أو غيرها و أمّا إيجارتها بالحنطة أو الشعير المشخصين الموجودين حين العقد أو الكلبيين في الذمة ف جائزة.

و وجه البطلان في الأوّل أنّ مقتضى عقد الإجارة التي هي من المعاوضات المبنية على التدقيق دخول الأجرة في ملك المؤجر بنفس العقد و ما يحصل من الأرض في المستقبل أمر معدوم حين العقد و لا يكون موجوداً حينه حتّى يدخل في ملكه لا في الخارج و لا في الذمة.

و لقد أجاد صاحب «الجواهر»: «و قد نقل قوله في «العروة» بقوله: لا لما قيل من عدم مال الإجارة موجوداً حينئذٍ...»^١ حيث حكم في كتاب المزارعة^٢ بالبطلان فيما نحن فيه و فيما لو جعل الأجرة شيئاً يحصل من أرض أخرى في المستقبل لعين ما ذكرناه من كون الأجرة معدومة حين العقد.

و استشكل السيّد المرحوم عليه في «العروة» بما حاصله: أنّ ما يحصل من الأرض ممّا يراه العرف موجوداً مثل نفس المنفعة، فإنّها مع كونها معدومة حين الإجارة ممّا يرونها موجودة فيبذلون بإزائها المال و نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضمّ الضميمة حيث حكم الشارع بصحّته مع كون ثمرة السنة الآتية معدومة، ثمّ اختار^٣ البطلان للأخبار.

و في كلامه نظر.

أمّا أولاً: فللفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المنفعة؛ إذ المنفعة كما ذكرنا سابقاً عبارة عن إضافة خاصّة بين المستأجر أو ما يتعلّق به و بين العين المستأجرة فمنفعة الحمار المستأجر ليست إلّا ركوبه أو حمل الأثقال عليه و هما عبارتان عن إضافة خاصّة بين الحمار و بين جسم المستأجر أو أثقاله، و كذلك منفعة الأرض

١- العروة الوثقى ٥: ٩٥.

٢- جواهر الكلام ٢٧: ١١-١٣.

٣- العروة الوثقى ٥: ٩٥-٩٧.

المستأجرة عبارة عن إضافة خاصّة بين الأرض و بين بذر المستأجر؛ أعني كونها ظرفاً له حتّى ينمو و وجود الإضافة إنّما هو بوجود طرفيه و هذا هو النكته في اعتبار العرف و جود المنفعة حين العقد و هذا بخلاف ما نحن فيه؛ إذ الأجرة فيما نحن فيه هي الحنطة و الشعير أي العينان الخارجيان الموجودان الاستقلالي و ليستا من قبيل المنفعة، و لهذا قد ذكرنا سابقاً بطلان إجارة الشيء بحيث تكون فائدة الإجارة تملّك المستأجر الأعيان المتولّدة من ذلك الشيء.

و أمّا ثانياً: فلكون التنظير ببيع الثمار سنتين أو مع الضميّة في غير محلّه، لأنّ صحّة بيعها ليست من جهة اعتبار كونها موجودة و إلّا لما احتاجت إلى ضمّ الضميّة، بل من جهة حكم الأخبار تعبّداً بصحّتها. و الحاصل: أنّ ما يخرج يحصل من الأرض في المستقبل أمر معدوم حين الإجارة و ليس موجوداً لا في الخارج و لا في الدّمّة فلا يصلح جعله أجرة.

فإن قلت: عدم وجوده في الخارج أمر مسلّم و لكن لا نسلم عدم اعتبار العقلاء وجوده في الدّمّة؛ إذ الدّمّة قد تكون دائرتها واسعة، كما لو باع قفيزاً من الحنطة مطلقاً، و قد تكون مضيقّة كما لو باع قفيزاً كلياً من صبرة معيّنة و هذا هو الذي يعبرون بالكليّ في المعين، فإنّ الكليّ في المعين أيضاً موجود في الدّمّة، و لكن قد تضيّقت دائرته و ليس موجوداً في الخارج لعدم إمكان كون الخارج ظرفاً للكليّ و حينئذٍ فأيّ إشكال في كون ما نحن فيه أيضاً ممّا يعتبر وجوده في الدّمّة و لكن بنحو التضييق.

قلت: أمّا أولاً: فنزاعنا إنّما هو فيما لو جعل الحنطة و الشعير الخارجيان اللذان يوجدان في المستقبل أجرة لا فيما لو جعلنا في الدّمّة كما ذكرت.

و أمّا ثانياً: فلو جعلنا في الدّمّة أيضاً بطلت الإجارة لعدم العلم بحصولهما في

زمن يعين لأدائهما و من شرائط نقل الكلّي عدم عزّة وجوده حين أدائه و لذلك تراهم يشترطون في بيع السلم أن لا يكون المبيع عزيز الوجود في زمن يعين لأدائه و المبيع في السلم كلّي.

و ثالثاً: لا يعتبر المبيع في بيع الكلّي في المعين موجوداً في الذمّة، بل يعتبر بنظر العرف موجوداً في الخارج فلا يرون ذمّة البائع بهذا النحو مشغولاً بشيء، بل يرون ملك المشتري موجوداً في الخارج.^١

و بالجملة: لو جعل أجره الأرض ما يحصل منها في المستقبل و قصد تملكه حين العقد فالإجارة باطلة، كما عرفت للزوم تملك المعدوم.

و أمّا لو قصد تملكه عند وجوده فتبطل الإجارة أيضاً لمخالفته لمقتضى الإجارة؛ إذ مقتضاه كما عرفت دخول الأجرة في ملك المؤجر بنفس العقد و للزوم الفرر لعدم العلم بحصول الأجرة لاحتمال أن لا يحصل من الأرض شيء.

ثمّ إنّه لا فرق في بطلان الإجارة في الصورتين بين ما لو أراد إجارة الأرض مطلقاً و إن لم يحصل من الأرض شيء و بين ما لو أراد وقوع الإجارة بشرط أن يحصل من الأرض ما جعل أجره حتّى تكون الإجارة معلّقة على حصوله لما ذكرناه - من لزوم تملك المعدوم أو مخالفة مقتضى الإجارة و لزوم الفرر - و لأنّه يلزم في الأوّل أن يكون الإجارة بلا أجره لو لم يحصل من الأرض شيء و في الثاني أن يكون الإجارة معلّقة و الإجارة بلا أجره و التعليق في العقود كلاهما باطلان.

١ - و عدم إمكان كون الخارج ظرفاً للكلّي بالدقّة العقلية لا ينافي اعتبار العرف إياه في الخارج نظير الكسر المشاع، فالنصف المشاع مثلاً ليس له محصل بالنظر الدقي، و لكنّ العرف يعتبره موجوداً في الخارج فيبيعه و يشتريه. [المقرّر: ٢٢٠]

هذا كله فيما لو أجر الأرض بما يحصل منها في المستقبل، و أما لو أجرها بالحنطة أو الشعير أو غيرهما من الحبوب من غير اشتراط كونها منها، فالإجارة صحيحة و ليست بمحظورة. نعم، يمكن القول بكراهتها لما سيأتي آنفاً.

و ما ورد في الأخبار من عدم جواز إجارة الأرض بالحنطة و الشعير بنحو الإطلاق ظاهر فيما لو اشترط كونهما منها. فقد ظهر لك بمقتضى القواعد الفقهية بطلان إجارة الأرض بما يحصل منها في المستقبل. و يدلّ عليه الأخبار و قد ذكرها في «الوسائل» في الباب ١٦ من كتاب المزارعة.^١

الرواية الأولى من هذا الباب رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تؤاجر الأرض بالحنطة و لا بالشعير و لا بالتمر و لا بالأربعاء و لا بالنطاف و لكن بالذهب و الفضة لأنّ الذهب و الفضة مضمون، و هذا ليس بمضمون».^٢

فقوله عليه السلام: «لا تؤاجر» و إن كان مطلقاً غير مقيد بما إذا اشترط كون الحنطة أو الشعير من الأرض المستأجرة إلّا أنّ قوله: «لأنّ الذهب و الفضة مضمون ...». يدلّ على أنّ الملاك في الجواز كون الأجرة شيئاً يعلم بتحقيقه للمؤجر و لو كانت حنطة أو شعيراً موجودين في الخارج أو في ذمّة المستأجر لكونهما مضمونين حينئذٍ؛ مثل الذهب و الفضة حتّى أنّه لو أتلّفهما متلف ضمنهما بخلاف ما لو عُتِنّا في ما يحصل من الأرض في المستقبل، فإنّه لم يتعهّدهما حينئذٍ أحد و ربّما لا يحصل من الأرض شيء».

١ - وسائل الشيعة ١٩: ٥٣، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦؛ و راجع: ١٨: ٢٣٧، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٢.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٥٤، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٢.

و مثلهما حينئذٍ «التطاف» و «الأربعاء» المذكوران في الرواية،^١ و وجه عدم كونهما مضمونين أيضاً أَنَّهُما ممَّا لا يَتَيَقَّنُ بقائهما إلى أمدٍ يَعيَّنُ لهما.

و لو أُبَيِّتَ إلَّا عن إطلاق قوله ﷺ: «لا تَؤَاجِرُ...» بحيث يشمل الحنطة و الشعير الموجودين في الخارج أو في الذمَّة أيضاً فنحن نقفُده برواية الفضيل بن يسار و أبي بردة^٢ المفصلان بين كون الطعام المجعول أجرة ممَّا يحصل من الأرض المستأجرة أو ممَّا يحصل من غيرها.

أما رواية الفضيل قال سألت أبا جعفر ﷺ عن إجارة الأرض بالطعام؟ قال: «إن كان من طعامها فلا خير فيه».^٣

و أما رواية أبي بردة، قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن إجارة الأرض المحدودة بالدرهم المعلوم؟ قال: «لا بأس». قال: و سألتُه عن إيجارتها بالطعام؟ فقال: «إن كان من طعامها فلا خير فيه».^٤

و الظاهر من طعام الأرض المستأجرة طعامها الحاصل في المستقبل للعلم بعدم الفرق في الطعام الموجود حين العقد بين كونه من الأرض المستأجرة أو من غيرها. فإن قلت: قوله: «لا خير فيه» يدلُّ على الكراهة لا الحرمة.

قلت: نعم، و لكن رواية أبي المغرا الآتية - من روايات عدم الجواز - لا يجوز

١- التطاف جمع نطفة و الأربعاء جمع ربيع و إحداهما عبارة عن استحقاق الرجل نصيباً معيَّناً من ماء جارٍ و الأخرى عبارة عن الماء المجتمع الذي أعدَّ لإسقاء الزراعة به قليلاً قليلاً و تسمى بالمشاة فارجع في تعيين معنيهما إلى اللغة. [المقرَّبُ]

٢- وسائل الشيعية ١٩: ٥٥-٥٦. كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٥ و ٩.

٣- وسائل الشيعية ١٩: ٥٥، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٥.

٤- وسائل الشيعية ١٩: ٥٦، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٩.

حملها على الكراهة كما سيأتي آنفاً، فلا بدّ من حمل قوله: «لا خير فيه» على الحرمة، فهذه ثلاث روايات.

الرواية الرابعة: رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تقبل الأرض بحنطة مسّاة و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به ...»^١ و الظاهر من هذه الرواية أيضاً كون النهي منحصراً فيما إذا عيّن الحنطة المبيعة أجرة فيما يحصل من الأرض في المستقبل لجعل الحنطة المسّاة في الرواية في قبال النصف و الثلث و غيرهما من الكسور التي هي ممّا يحصل من الأرض في المستقبل.

فكأنه عليه السلام قال: لو أردت تقبيل الأرض إلى غيرك ببعض من حنطتها الحاصلة في المستقبل فقبّلها بطريق المزارعة لا بطريق الإجارة. و ليعلم: أنّ قوله عليه السلام: «لا تقبل» يمكن أن يكون من باب التفعيل و أن يكون من باب التفعّل بحذف إحدى تائييه.

الرواية الخامسة: رواية أبي المغرا قال: سئل يعقوب الأحمر^٢ أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: أصلحك الله أنه كان لي أخ قد هلك و ترك في حجر يتيماً و لي أخ يلي ضيعة لنا و هو يبيع العصير ممّن يصنعه خمرأ و يؤاجر الأرض بالطعام فأما ما يصيبني فقد تنزّهت، فكيف أصنع بنصيب اليتيم؟ فقال: «أما إجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه إلّا أن تؤاجرها بالربع و الثلث و النصف ...»^٣.

١- وسائل الشريعة ١٩: ٥٣، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ١.

٢- كانت الأعراب الأسودة يستون الأعاجم و الإيرانيين بالأحامرة لحمرة ألوانهم و سواد ألوان الأعراب. [المقرّر]

٣- وسائل الشريعة ١٩: ٥٥، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٧.

و هذه الرواية صريحة في بطلان الإجارة، لعدم جواز صرف النظر عن حقّ اليتيم بصرف الكراهة.

ولكنّ الظاهر من الطعام في هذه الرواية أيضاً الطعام الحاصل من الأرض في المستقبل بقرينة جعله في قبال الربع و سائر الكسور التي تختصّ بما يحصل منها في المستقبل.

ثمّ اعلم: أنّ المراد من قوله: «إلا أنّ تواجرها بالربع...». المزارعة المصطلحة و قد مرّ في المسألة السابقة أيضاً بعض الموارد التي استعملت فيها لفظة الإجارة على المزارعة كما يطلق لفظ المزارعة أيضاً على الإجارة المصطلحة.

الرواية السادسة: رواية الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تستأجر الأرض بالحنطة، ثمّ تزرعها حنطة»^١.

و الظاهر من هذه الرواية أيضاً بقرينة قوله: «ثمّ تزرعها حنطة» اختصاص البطلان بما إذا عيّن الأجرة فيما يحصل من الأرض من المستقبل و مثل هذه الأخبار بعض الأخبار الآخر الوارد في هذه المسألة^٢.

نعم، هاهنا رواية ربّما يختلج مضمونها في بعض الأذهان و هي رواية يونس بن عبد الرحمان، عن غير واحد، عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام أنّهما سئلا ما العلة التي من أجلها لا يجوز أن تواجر الأرض بالطعام و تواجرها بالذهب و الفضّة؟ قال: «العلة في ذلك إنّ الذي يخرج منها حنطة و شعير و لا تجوز إجارة حنطة بحنطة و لا شعير بشعير»^٣.

١- وسائل الشيعة ١٩: ٥٤، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ٣.

٢- منها: رواية أبي بصير عن أبي عبد الله المذكورة في الباب ٢٦ من كتاب الإجارة. راجع: وسائل الشيعة

١٩: ١٣٨، كتاب الإجارة، الباب ٢٦، الحديث ١. [المقرّر]

٣- وسائل الشيعة ١٩: ٥٦، كتاب المزارعة و المساقاة، الباب ١٦، الحديث ١١.

و ظاهر هذه الرواية و إن كان بطلان الإجارة فيما إذا جعل أجرة الأرض من سنخ ما يحصل منها و لو كانت موجودة حين العقد إلا أن الرواية مرسلة فلا حجّة فيها.

نعم، يمكن جعلها دليلاً على الكراهة بناءً على التسامح في أدلة السنن و المكروهات.

ثمّ اعلم أن المسألة معنونة في كتب القدماء المعدّة لذكر خصوص المسائل المتلقّاة عن المعصومين عليه السلام يدأ بيد، و قد ذكرنا سابقاً أن عادة القدماء من أصحابنا الإمامية إنّما جرت في مقام التصنيف على الاقتصار على خصوص المسائل التي تلقّوها عن المعصومين عليه السلام يدأ بيد و على هذا المنهج «الكافي» و «المهذّب» و «النهاية» للشيخ و «المقنعة» و «المراسم» و غيرها، فإذا اشتهر الفتوى على مسألة في هذه الكتب فنحن نستكشف منها وجود نصّ قطعي على المسألة فإن عثرنا عليه أخذناه و إن لم نعثر عليه عملنا على وفق الشهرة أيضاً، و الشيخ عليه السلام قد كتب «نهايته» على هذا المنهج، و لكن لما شاهد طعن العامّة على الخاصّة بأنهم ليسوا من أهل الاستنباط كتب «مبسوطه» على منهج تصانيف العامّة، فذكر فيها الفروع المستنبطة من بطون الأصول أيضاً و صاحب «الشرائع» قد لاحظ في «شرائعه» هذه النكته فيذكر أولاً في كلّ مبحث المسائل المتلقّاة، ثمّ يذكر الفروع المستنبطة منها بقوله: «مسائل أو فروع و نحوها» و المتأخرون من المصنّفين لم يراعوا هذه النكته فخلطوا في مصنّفاتهم الفروع مع الأصول.

قال الشيخ في «النهاية»: «لا بأس بالمزاعة بالثلث أو الربع أو النصف أو أقلّ أو أكثر، و يكره أن يزارع الإنسان بالحنطة و الشعير و التمر و الزبيب، و ليس ذلك

بمحذور. فإن زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الأرض ممّا يزرعه في المستقبل، بل يجعل ذلك في ذمّة المزارع ولا بأس بأن يؤاجر الإنسان الأرض بالدراهم والدنانير»^١.

و يستفاد من هذه العبارة أربعة أحكام:

الأول: مشروعية المزارعة المصطلحة؛ أعني المزارعة بالكسر المشاع وهذه حقيقة المزارعة، لأنها من باب المفاعلة المقتضية للاشتراك وقد مرّ سابقاً أنّ المزارعة والمساقاة والمضاربة من أقسام الشركة وليست من العقود المعاوضة وإلا لبطلت لكونها غررية ففي المزارعة مثلاً يضع أحد الشريكين أرضه في البين والآخر عمله ويجعلان حاصلهما بينهما على نحو يعتبران وكذلك في المساقاة والمضاربة.

الثاني: ممّا يستفاد من عبارته كراهة إجارة الأرض بالحنطة وسائر ما يحصل من الأرض إن لم يشترط كونها ممّا يحصل من عين الأرض المستأجرة، وقد عبرتُ عن الإجارة هنا بلفظ المزارعة لما بينهما من المشابهة، حيث إنّ مؤجر الأرض أيضاً يجعل أرضها بمعرض الزراعة. وقد مرّ سابقاً أنّ لفظ الإجارة أيضاً قد تستعمل في المزارعة.

الثالث: ممّا يستفاد منها عدم جواز إجارة الأرض بما يحصل منها في المستقبل وهذا يستفاد من مفهوم عبارته.

الرابع: جواز إجارة الأرض بالدراهم والدنانير.

نفس العقد مملّك للعوضين

مقتضى عقد الإجارة التي هي من العقود المعاوضية استحقاق المستأجر منفعة العين المستأجرة بنفس العقد و تملّك المؤجر أيضاً الأجرة بنفسه.

و خالف في ذلك أبو حنيفة فقال: بأنّ المنفعة توجد شيئاً فشيئاً في ملك المؤجر، ثمّ تنتقل إلى ملك المستأجر.^١

و استدلّ على ذلك بأنّها معدومة حين العقد و لا يمكن تعلّق الملكية بالمعدوم. و فيه أولاً: أنّ المنفعة كما عرفت في المسألة السابقة و في غيرها عبارة عن إضافة خاصّة بين العين المستأجرة و بين المؤجر أو ما يتعلّق به و لما كان وجود الإضافة بوجود طرفيه صار هذا نكتة في اعتبار العقلاء وجودها حين العقد أيضاً لوجود طرفيه حينه.

و ثانياً: أنّ ما ذكره نقض لغرضه لكرّهه على ما قرّ منه؛ أعني تملّك المعدوم لأنّ كلّاً من أجزاء المنفعة يوجد آنأ ما في ملك المؤجر على ما ذكره، ثمّ يفنى و يوجد جزء آخر فحين ما يوجد كلّ جزء في ملك المؤجر لا يجوز كونه ملكاً للمستأجر للزوم اجتماع المالكين على مملوك واحد و بعده يصير فانياً فيلزم تلقّي المستأجر من المؤجر أمراً معدوماً.

و ثالثاً: أنّ ما ذكره من أنّ كلّ جزء من المنفعة يوجد في ملك المؤجر، ثمّ ينتقل منه إلى ملك المستأجر لا دليل عليه و لم لا يلتزم بوجوده شيئاً فشيئاً في ملك

١- راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ١٤؛ المجموع ١٥: ٣٩٦؛ فتح العزيز ١٢: ١٩٨؛ أيضاً: الخلاف ٣: ٤٨٩، المسألة ٣؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٦؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٣٥٨.

المستأجر من أول الأمر و يجعل هذا فائدة الإجارة.^١

و رابعاً: إنّنا نمنع أنّ الإجارة تملك للمنفعة، بل هي إيجاد إضافة بين المستأجر و بين نفس العين المستأجرة و فائدتها استحقاق المستأجر لاستيفاء منافعتها. ثمّ إنّّه لما كان مقتضى اختيار أبي حنيفة في المنفعة تقسيط الأجرة على المنفعة و دخول الأجرة أيضاً شيئاً فشيئاً في ملك المؤجر و كان هذا موجباً للعسر اختار في الأجرة دخوله يوماً و فيوماً في ملك المؤجر. و بالجملة: فالظاهر المطابق لمقتضى عقد الإجارة انتقال المنفعة إلى المستأجر و كذا الأجرة إلى المؤجر بنفس العقد.

هذا بالنسبة إلى أصل التملك و التملّك و أمّا بالنسبة إلى مقام التسليم فيجوز لكلّ منهما المنع عنه ما لم يسلم الآخر.

فإن قلت: إذا كان نفس العقد مملّكاً للعوضين فكيف يجوز للمتعاقدين حبس مال الغير و أين الدليل على جوازه و عصيان أحدهما لا يجوز عصيان الآخر؟ قلت: دليل الجواز سيرة العقلاء،^٢ فإنّهم لا يلومون الممانع عن التسليم قبل التسلم.

ولو تمانعنا فالمشهور إجبارهما على التسليم لا إجبار البائع أو المؤجر على البدأة خلافاً للشيخ،^٣ فإنّه اختار في باب البيع إجبار البائع أولاً و مقتضى ذلك هو إجبار المؤجر فيما نحن فيه على البدأة.

١- أقول: لعلّ نظره إلى تحقّق معنى المبادلة و لا تحقّق إلّا بتلقّي المستأجر المنفعة التي هي المعوض من يد المؤجر. [المقرّر^٤]

٢- أقول: المتعارف عند العقلاء عدم استحقاق البائع مطالبة الثمن ما لم يسلم الثمن. [المقرّر^٥]

٣- المبسوط ٢: ١٤٨، الخلاف ٣: ١٥١، المسألة ٢٣٩؛ وراجع: غنية النزوع ١: ٢٢٩؛ جواهر الفقه: ٥٨، المسألة ٢١٠.

ثم إن السيد الأستاذ مدّ ظله العالي قد ذكر هنا مفصلاً ما به يتحقق تسليم المنفعة ولكنني لم أوفق لتقريره حتى انمحي عن صفحات الخاطر.

تلف العين المستأجرة قبل قبضها

زعم المحقق الرشتي رحمته جريان ما قالوه في البيع: «من أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» في مسألة الإجارة أيضاً بإلغاء الخصوصية فاستنتج منه بطلان الإجارة بتلف العين المستأجرة قبل قبضها من جهة كون تلفها تلفاً للمنفعة التي هي المعوض حقيقة في باب الإجارة.^١

و الظاهر عدم ارتباط مسألة البيع بمسألة الإجارة؛ إذ البطلان في البيع مشروط بكون التلف قبل القبض بخلاف مسألة الإجارة لتسالمهم على أن تلف العين المستأجرة بعد القبض أيضاً موجب لبطلان الإجارة مطلقاً أو في الجملة.

و تحقيق ذلك: أن المعوض في باب البيع هو ذات المبيع و هي ليست شيئاً محدوداً بالزمان فالبايع حين بيعه لم يتعهد إلا نفس المبيع لا المبيع الباقي إلى الأبد مثلاً.

و على هذا، فمقتضى القاعدة في البيع هو تلف المبيع من مال المشتري، سواء كان قبل القبض أو بعده.

غاية الأمر: أن الشارع حكم تعبداً بكون تلفه قبل القبض من مال بائعه. هذا كله في البيع.

و أما الإجارة، فالمعوض فيها و هي المنفعة ليس شيئاً موجوداً حين العقد، بل هو شيء محدود بالحدّ الزماني بحيث يوجد شيئاً فشيئاً.

غاية الأمر: أنّ العقلاء يعاملون معها معاملة الموجود عند وجود العين فيبدلون بإزائها المال من جهة استصحاب سلامة العين التي لا ينفك وجودها غالباً عن وجود المنفعة.

و لكنّ العين إذا تلفت يستكشفون منه عدم كون المؤجر مالكاً للمنفعة من أول الأمر حتّى يصحّ نقلها إلى المستأجر.

فعلى هذا لو كان التلف قبل مدّة الإجارة يستكشف منه عدم كونه مالكاً لشيء من المنفعة سواء كان التلف قبل القبض أو بعده، فتبطل الإجارة من أصله و لو كان التلف في أثناء مدّة الإجارة يستكشف منه كون المؤجر مالكاً لما استوفي في المنفعة و عدم كونه مالكاً لما بقي منها من أول الأمر، فالإجارة صحيحة بالنسبة إلى ما مضى و باطلة بالنسبة إلى ما بقي من مدّة الإجارة لا أنّها بطلت من حين التلف بالنسبة إلى ما بقي، بل لم تنعقد بالنسبة إليه من أول الأمر.

فالإجارة هنا نظير بيع ما يملك مع ما لا يملك.

و بالجملة: تلف العين المستأجرة في أثناء مدّة الإجارة كاشف عن عدم وقوع الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى المنافع الباقية لا أنّها بطلت^١ و انفسخت من حين التلف.

١ - أقول: و يظهر ثمرة النزاع في نماء الأجرة إلى زمان التلف فلو قلنا بالبطان من أول الأمر قسّط نمانها من زمن العقد إلى حين التلف، كما توزع نفسها بخلاف ما لو قلنا بالانفاسخ من حين التلف لأنّه وجد بتمامه في ملك المؤجر حينئذٍ فلا يسقط. [المقرّر: ٢]

تلف العبد قبل مدة الإجارة

لو أجر عبده في أول ذي الحجة مثلاً وجعل مدة الإجارة من المحرم الآتي إلى محرم آخر فتلف العبد قبل مدة الإجارة، فهل يستكشف منه عدم وقوع الإجارة صحيحة من أول الأمر أو تنفسخ من حين التلف أو لا تنفسخ، بل يكون المستأجر مختاراً في فسخها وإبقائها؟ وجوه.

وقد ظهر لك ممّا ذكرناه ما هو المختار؛ أعني كشف التلف عن عدم وقوع الإجارة من أول الأمر وأسند الوجه الثاني في «العروة»^١ إلى ظاهر كلمات الأصحاب حيث عبّروا بالانفساخ الظاهر في أنّ العقد كان صحيحاً إلى زمان التلف، ثمّ انفسخ به.

ونحن نقول قد مرّ مراراً أنّ الشهرة التي لا نقدر على مخالفتها إنما هي اشتهاار الفتوى من قدماء الأصحاب في خصوص المسائل المتلقاة عن المعصومين عليهم السلام المذكورة في الكتب المعدة لنقل تلك المسائل كـ «نهاية» الشيخ و «مقنعة» المفيد و نحوهما.

وهذه المسألة ليست معنونة في تلك الكتب، والمذكور فيها من مسائل تلف العين المستأجرة هو مسألة ما لو استهدم الدار المستأجرة، ثمّ بناها المؤجر فحكموا فيها بسقوط الأجرة بالنسبة إلى زمن الانهدام،^٢ وهذا لا ينافي ما قلناه من بطلان

١ - العروة الوثقى ٥: ٤٣، المسألة ٧.

٢ - المقنعة: ٦٤٠ - ٦٤١؛ الكافي في الفقه: ٣٤٥؛ المبسوط: ٢: ٣٢٥؛ الخلاف: ٣: ٤٨٨، المسألة ٢؛ النهاية:

الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى المنفعة التالفة.

و أمّا القول بصحة الإجارة و كون المستأجر مختيراً في الفسخ. فقد ظهر لك فسادُه لعدم جواز نقل المَعْدوم. و قد نقل هذا القول عن صاحب «الدرر» الحاج الشيخ عبدالكريم اليزدي رحمته الله.

انهدام الدار المستأجرة و عمرانها

لو استهدم الدار المستأجرة في أثناء مدّة الإجارة فعمرّها المؤجر فمقتضى القاعدة صحة الإجارة بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة و ما بعد التعمير و بطلانها من أول الأمر بالنسبة إلى منفعة زمن الانهدام. و قد عرفت كون المسألة معنونة في الكتب المعدة لنقل أصول المسائل فحكموا بسقوط ما وقع من الأجرة في قبال زمن الانهدام.^١

ثمّ إنّه هل يتخیر المستأجر في فسخ الإجارة بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة من جهة تبعض الصفقة فإن شاء فسخها و ضمن للمؤجر أجرة مثل ما استوفاه و إن شاء أبقاها كما كانت و ضمن له من الإجارة المسماة ما وقع منه بإزاء ما استوفاه أو لا يتخیر؟ فيه كلام.

و هاهنا بحث و هو أنّ الدار المستأجرة إذا انهدم و عمرّ ثانياً، فالعمارة الثانية

^١ - ٤٤٤: المراسم: ١٩٦؛ المهذب ١: ٤٧٢ و ٤٧٨؛ غنية النزوع ١: ٢٨٧؛ السرائر ٢: ٤٥٧ و ٤٦٢؛ جواهر الفقه: ١٣٧، المسألة ٤٨٧؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٧٤.

١ - راجع: العروة الوثقى ٥: ٤٠.

٢ - المقنعة: ٦٤٠؛ النهاية: ٤٤٤؛ المراسم: ١٩٦؛ غنية النزوع ١: ٢٨٧؛ السرائر ٢: ٤٦٢؛ الوسيلة: ٢٦٧ - ٢٦٨؛ شرائع الإسلام ٢: ١٨٦؛ المختصر النافع: ١٥٣؛ الجامع للشرائع: ٢٩٣؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٢٤.

مغايرة للعمارة الأولى مادّة و هيئة، أو هيئة فقط فكيف يحكم بصحّة الإجارة بعد التعمير مع أنّ العمارة الثانية لم تكن مورداً للإجارة.

و يمكن أن يقال: إنّ النظر حين الإجارة لم يكن إلى العمارة الشخصية، بل إلى العرصة الشخصية شاغلة لعمارة يمكن الانتفاع بها أيّة عمارة كانت فليس مورد الإجارة عمارة شخصية، بل عرصته شخصية و عمارة كلّية.

تلف العين المستأجرة

تلف العين المستأجرة إمّا بتلف سماوي و إمّا بإتلاف المستأجر أو المؤجر أو شخص ثالث.

أما الأول؛ فقد عرفت أنّ الأقوى فيه بطلان الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى المنفعة التالفة، سواء كان التلف قبل القبض أو بعده و قبل مدّة الإجارة أو في أثنائها. و أما الثاني؛ أعني إتلاف المستأجر، فهل يوجب بطلان الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى المنفعة التالفة كالأول أو لا يوجبه فيبقى الإجارة على حالها؟ فيه وجهان.

و ما يمكن أن يوجّه به البطلان هو أنّ الإجارة و إن تعلّقت بالعين المستأجرة و لكنّها باعتبار منفعتها و المنفعة كما عرفت أمر محدود بالحدّ الزمني بحيث يكون تحقّقها بتصرّمه شيئاً فشيئاً و منفعة العين بعد انعدامها لا يعتبر كونها ملكاً للمؤجر حتّى تنتقل إلى المستأجر فبالتلف و إن كان بفعل المستأجر يستكشف أنّ المؤجر لم يكن مالِكاً للمنفعة التالفة من أول الأمر و إنّما نقلها إلى المستأجر بعقد صوري من جهة استصحاب سلامة العين إلى آخر زمن الإجارة، فهذا نظير من باع شيئاً

غائباً، ثم علم بتلفه قبل البيع. فعلى هذا إن كان الإتلاف قبل استيفاء شيء من المنفعة ترجع الأجرة المسماة إلى المستأجر و يضمن للمؤجر العين التالفة بمنفعتها وإن كان الإتلاف في أثناء مدة الإجارة وزّعت الأجرة المسماة و رجع ما وقع منها بإزاء المنفعة التالفة إلى المستأجر و يضمن للمؤجر أيضاً العين التالفة بمنفعتها الغير المستوفاة.

هذا وجه البطلان، و لكنّ الأقوى صحّة الإجارة و بقائها بالنسبة إلى المنفعة التالفة أيضاً فتكون الأجرة المسماة بتمامها للمؤجر و يضمن له المستأجر العين المستأجرة مسلوقة منها منفعة زمن الإجارة، لأنّ العين المستأجرة كانت بنفسها قابلة للبقاء إلى آخر زمن الإجارة بحيث لو لم يتلفها المستأجر لبقيت و انتفع بها المستأجر فلو جعلنا العرف، بل الاعتبار حكماً في هذه المسألة لحكما جداً بأنّ المعوّض في الإجارة؛ أعني المنفعة قد سلّمت بتمامه إلى المستأجر و جعلت تحت يده، بحيث كان قادراً باستيفائها بتمامها، و لكنّه باختياره و إرادته أتلف مورد حقّه و ما انتقل إليه بعقد الإجارة. فهذا نظير ما لو سلّم المبيع إلى المشتري فأتلفه باختياره فالإجارة بالنسبة إلى تمام المنفعة صحيحة و الأجرة المسماة بتمامها للمؤجر و المستأجر قد أتلف حقّ نفسه.

ما مرّ إنّما هو حكم التلف السماوي و إتلاف المستأجر.

و أمّا لو أتلفها المؤجر، ففيه أربع احتمالات:

الأول: القول ببطلان الإجارة بالنسبة إلى المنفعة التالفة من أوّل الأمر و صحّتها بالنسبة إلى ما استوفى لما مرّ في التلف السماوي و إتلاف المستأجر من أنّ التلف و إن كان بالإتلاف يستكشف منه أنّ المؤجر لم يكن مالكاً للمنفعة التالفة من أوّل

الأمر، فيرجع ما وقع من الأجرة المسماة بإزاء المنفعة التالفة إلى المستأجر.

الثاني: القول بصحة الإجارة بالنسبة إلى المنفعة التالفة أيضاً و لازمه أن تكون الأجرة المسماة بتمامها للمؤجر و يتعهد أجرة المثل للمستأجر. و وجه الصحة أن العين كانت بنفسها قابلة لبقائها و استيفاء المنافع منها و لم يكن عمرها أقصر من زمن الإجارة فالمنفعة بتمامها كانت ملكاً للمؤجر و قد نقلها بعقد لازم إلى المستأجر و سلمها إليه، فالإجارة صحيحة و لكن المؤجر لما أتلّف المنفعة ضمنها بأجرة المثل.

الثالث: القول بكون المستأجر مخيراً بين أن يفسخ الإجارة و يطالب الأجرة المسماة أو يعضيها و يطالب أجرة مثل المنفعة التالفة على حسب ما يقتضيه نفعه؛ إذ مقتضى القول الأول و الثاني في بعض الأحيان استفادة المؤجر من عقد الإجارة شيئاً من غير أن ينتقل منه شيء إلى المستأجر و هذا أكل للمال بالباطل مثلاً لو كانت الأجرة المسماة مئة دينار و أجرة مثل المنفعة خمسين ديناراً، فمقتضى القول بصحة الإجارة بالنسبة إلى المنفعة التالفة هو تملك المؤجر مئة دينار و ضمانه للخمسين عند إتلاف جميع المنفعة فيلزم من ذلك استفادته لخمسين ديناراً من غير أن يقع بإزائه شيء للمستأجر. و لو عكس بأن كانت الأجرة المسماة خمسين و أجرة المثل مئة.

الرابع: القول بانفساخ الإجارة بالنسبة إلى المنفعة التالفة من حين التلف لا من أول الأمر و قد مرّ في مسألة التلف السماوي أنّ هذا القول خلاف القاعدة؛ إذ المنفعة لما كانت محدودة بالحدّ الزماني كان التلف و إن كان بالإتلاف كاشفاً عن عدم كون المؤجر مالكا لها من أول الأمر.

و يمكن أن يحتج القائلون بهذا القول في كلتي المسألتين بأن العين المستأجرة و إن سلمت إلى المستأجر و لكنّ المنفعة لم تسلم إليه لعدم وجودها عند تسليم العين و إنما تسلم المنفعة إليه باستيفائها فتلف العين و إن كان بعد قبضها تلف للمنفعة قبل قبضها و بإلغاء خصوصية البيعة نحكم بأن كلّ معوض تلف قبل قبضه عيناً كان أو منفعة فهو من مال المالك الأوّل بناءً على عمومية لفظ التلف في قولهم: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» لإتلاف البائع أيضاً و عدم شموله لإتلاف المشتري إنّما هو من جهة أنّ هذا الحكم قد جعل للإرفاق إلى المشتري فلا يعمّ صورة إقدامه بنفسه إلى ما هو ضرر له.

الإجارة من العقود اللازمة

عقد الإجارة من العقود اللازمة^١ و قد ذكر الشيخ رحمته في «الخلاص»: «عقد الإجارة من العقود اللازمة، متى حصل لم يكن لأحدهما فسخ الإجارة إلا عند وجود عيب بالثمن، أو فلس المستأجر، فحينئذٍ يملك المؤجر الفسخ، أو وجود عيب بالمستأجر، مثل: غرق الدار و انهدامها على وجه يمنع من استيفاء المنفعة، فإنّه يملك المستأجر الفسخ. فإمّا من غير ذلك فلا دليلنا: أنّ العقد قد ثبت، و من ادّعى أنّ لهما أو لأحدهما الفسخ فعليه الدلالة. و أيضاً قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فأمر بالوفاء بالعقود، و الإجارة عقد فوجب الوفاء به»^٢.

١ - أقول: قد ذكر الأستاذ قبل هذه المسألة مسائل غصب العين المستأجرة و لكنّي لم أوفق أياًماً للحضور

في مجلس درسه الشريف. [المقرّرات]

٢ - الخلاف ٣: ٤٨٨ - ٤٨٩، المسألة ٢.

و قال في «المبسوط»: «و الإجارة عقد معاوضة و هي من عقود المعاوضات اللازمة كالبيع، فإذا آجر الرجل داره و عبده أو دابته فإنه يلزم العقد من الطرفين، و يستحق المؤجر الأجرة على المستأجر و يستحق المستأجر المنفعة على المؤجر، و ليس لأحدهما فسخ عقد الإجارة بحال، سواء كان لعذر أو لغير عذر. فهي كالبيع في باب الفسخ، لأن من اشترى شيئاً ملك البائع الفسخ إذا وجد بالثمن عيباً، و كذلك المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، و لا يملك بغير العيب، و كذلك المؤجر إنما يملك الفسخ إذا تعذر استيفاء الحق منه لفلس أو لغيره و كذلك المستأجر إنما يملك الفسخ إذا وجد بالمنافع عيباً مثل أن تنهدم الدار أو تفرق و لا يمكنه استيفاء المنفعة منه، و ليس لهما الفسخ لغير عذر...»^١.

و الأولى بسط المقال في هذه المسألة بحيث يعمّ البحث ما سوى الإجارة أيضاً من المعاملات.

فنقول: قد أشرنا سابقاً إلى أنّ حقائق المعاملات ليست ممّا اخترعها الشارع، بل كانت معانيها متداولة بين الناس الملبّين منهم و غير الملبّين؛ إذ بها بقاء اجتماعاتهم فالواجب على من أراد الإحاطة بحقائق المعاملات و لوازمها الرجوع إلى ارتكاز العقلاء فيها و بعد المراجعة إليهم نرى أنّ المعاملات عندهم على قسمين:

منها: ما لا يوجب نفوذها نحو تصرف في سلطة الغير.

و منها: ما يوجب ذلك و قد سمّي القسم الأوّل بـ«الإيقاع» و الثاني بـ«العقد» فمن القسم الأوّل، «الطلاق» و «العتاق» و «الوقف» و «الوصيّة» على ما مرّ سابقاً في أول الإجارة حتّى أنّ الوصيّة التملّكية ليست تملّيكاً، بل هي عبارة عن جعل

المال بحيث يستحق الموصي له تملكه بقبوله فحقيقة الوصية التي يقال لها بالفارسية «سفارش» أمر يتحقق بصرف إنشاء الموصي.

و بعبارة أخرى: الوصية التمليلية عبارة عن جعل حق للموصي له وهو استحقاقه لتملك الموصى به. وهذا الحق يمكن أن ينتقل إلى وارث الموصي له أيضاً بالإرث و لو كانت الوصية إيجاباً محتاجاً إلى القبول كان تملك الوراث المال الموصي به بقبولهم الوصية مخالفاً للقواعد لعدم كونهم ظرفاً للإيجاب.

و أما القسم الثاني؛ أعني «العقود» فهي على قسمين: بعضها: جائزة و بعضها: لازمة، لا بمعنى أن العقود الجائزة و العقود اللازمة متحدان في الحقيقة و الاعتبار، و لكن الشارع قد حكم على بعضها باللزوم و على بعضها بالجواز تعبدًا، بل المنشأ لاختلافها في الجواز و اللزوم إنما هو اختلاف حقايقها في اعتبار العقلاء الواضعين لها لإمرار حياتهم و تأمين معاشهم فإنك إذا إمعنت النظر في العقود المتعارفة و لاحظت كل واحد منها بعين الدقة و الاعتبار وجدت أنها في اعتبار العقلاء على قسمين:

القسم الأول: منها ما كانت مشتملة في اعتبارهم على أخذ العهود و الموائيق بحيث يعتبرون أن المتعاقدين كأنهما عقدا عقدة و جعلاً كل واحد من طرفي تلك العقدة بيد واحد منهما بنحو لا يلحقها حل إلا باجتماعهما على حلها و يرون المخالف لمقتضاها ناقضاً للعقد و ناكثاً للعهد. و بعبارة أخرى: كان كل واحد من المتعاقدين قد رفع يده عن سلطنته و جعل نفسه حين العقد مسلوب السلطنة فيما كان سلطاناً عليه و أقدم على ما اتفقا عليه، كيف ما كان تضرر به أو انتفع، فهذا القسم من العقود عقود لازمة في اعتبار العقلاء لا يرونها مترلزلة قابلة للحل و

الانحلال إلا باتفاق الطرفين وإقالتها حتى تنحلَّ العقدة التي بيد كل واحد منهما طرف منها.

فمن باع منهم ماله أو آجر داره فهو يرى نفسه مقدماً على عمل يوجب رفع سلطنته عما هو سلطان عليه حدوثاً وبقاءً، ومثلها المشتري والمستأجر ومثل البيع والإجارة الرهن من طرف الراهن لا المرتهن، فإنَّ الرهن أمر وضعه العقلاء لاطمينان خاطر المرتهن وثوقه بأداء الراهن دينه، فما هو ارتكاز العقلاء في هذا العقد إنما هو لزومه من طرف الراهن حتى يترتب عليه ما هو الغرض في وضعه لا من طرف المرتهن؛ إذ لم يلتزم هو في ذلك العقد شيئاً حتى يلزم بالعمل بمقتضاه.

وكذا الصلح والنكاح، وعليك بالتأمل في الآية الشريفة الواردة في حكم المهر: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ»^١. حيث عبر عن عقد النكاح بـ«العقدة»، وهذا يدل على ما ذكرنا من أنَّ المتعاقدين في العقود اللازمة كأنهما يعقدان عقدة ويجعلان بيد كل منهما طرفاً منها. ويدل على ما ذكرنا أيضاً في سورة النساء: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَنْتَأْخُذُوهُ بُهْتَاناً وَإِنَّمَا مُبِيناً»^٢. وآية: «وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً»^٣. فقد عبر الله تعالى عن العقد الواقع بين الزوجين بـ«الميثاق الغليظ» ولفظ «الميثاق» اسم آلة من الوثوق فكأنَّ العقد الواقع بين

١ - البقرة (٢): ٢٣٧.

٢ - النساء (٤): ٢٨.

٣ - النساء (٤): ٢١.

الطرفين أمر ثابت يوجب رفع التزلزل من الطرفين و يثقان به، و سوق الآية يدلّ على أنّ أخذ الزوج من المهر الذي جعله للزوجة مخالف لما هو ارتكاز العقلاء من عدم مخالفتهم للمواثيق الغليظة التي منها النكاح عندهم.

و لو أردنا الاستدلال للزوم مثل النكاح و البيع و أمثالهما بالقرآن فيمكن الاستدلال له بهذه الآية الشريفة أيضاً، فإنّ النكاح عند العقلاء ليس بأغلظ من مثل البيع و الرهن و أمثالهما. فيدلّ هذه الآية الشريفة على أنّ العقود التي اشتملت عند العقلاء على أخذ المواثيق الغليظة بحيث يرون المخالف لها ناقضاً للعهد كلّها ممّا يجب الوفاء بها شرعاً.

القسم الثاني من العقود: ما كان مضمونها بنحو لا يعتبره العقلاء عهداً و ميثاقاً بين الطرفين بحيث يرون المخالف لها ناقضاً و ناكثاً، بل يكون اعتبارها في نظرهم إعمال كلّ من طرفي العقد نحو سلطنة من نفسه فيما يكون سلطاناً عليه لا بنحو يرفع يده عن سلطنته، بل بحيث يكون بقاء ما أنشأه بيده كما كان حدوده باختياره. فمن العقود الجائزة: «الوديعة» فمن تأمل في حقيقتها انكشف له أنّه لا المودع قد التزم بكون ماله عند المستودع و لا المستودع قد التزم بكونه مطلقاً حافظاً لمال المودع، بل المودع بإيجابه كأنه قد جعل ماله في مخزن بحيث يخرج منه إذا أراد و المستودع بقبوله قد جعل نفسه مخزناً لمال غيره بحيث لو أراد تخليصه منه لخلّصه. و منها: «الوكالة» فإنّها عبارة^١ عن جعل الغير نائباً و لا يكون جعل النيابة في

١ - أقول: الظاهر أنّ هذا البيان لا يتم في طرف الوكيل؛ إذ لو وكلّ زيد عمراً مثلاً في بيع شيء حين غلاته و اعتمد زيد على أنّ عمراً يبيعه، ثمّ رخص سمره و جاء عمرو و قال: أنا عزلت نفسي عن الوكالة و لم أبعه، فهل لا يكون عمرو - لو لا حكم الشارع بجواز الوكالة من الطرفين - ملوماً عند العقلاء لكونه سبباً لتضرر زيد، لأنّه لو علم أنّ وكيله لا يبيعه لباعه بنفسه. [المقرّر مثلاً]

اعتبار العقلاء رفعاً لليد عن السلطنة، بل أعمالاً إلى أي زمن أراد و لا يكون النيابة أيضاً في اعتبارهم جعل حق للغير على النفس؛ ولذا لا يشترط في صحتها تعيين المدة.

و منها: «الشركة بأقسامها التي منها «المزارعة» و «المساقاة» و «المضاربة» كما مرّ سابقاً فإنّ اعتبارها اعتبار تخليط المال مع مال الغير، بحيث إذا شاء ميّزه لا جعل حق للغير على النفس حتّى يكون المخالفة له نقضاً للعهد و الميثاق.

و من العقود الجائزة: «القرض» و الظاهر أنّ اعتباره ليس اعتبار التملك، بل المقرض كأنّه يجعل ماله في ذمّة الغير بحيث يكون ذمّة الغير ظرفاً لماله.

غاية الأمر: أنّ لازم ذلك دخول المال في ملك المستقرض.

و ممّا يدلّ على كونه عقداً جائزاً عدم لزوم تعيين المدة فيه، بل عدم تعيينها.

بقي هنا أمر و هو: أنّ الهبة غير المعوضة إنّما يكون اعتبارها تملك الواهب الموهوب و رفعه اليد عمّا كان سلطاناً عليه و هذا المعنى مساوق للزوم.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ الواهب لو رجع في هبته لا يراه العقلاء ناقضاً لعهد و ميثاق غليظ مثل رجوع البائع في بيعه فلم تبلغ عندهم درجة اللزوم، و لكن يرون نقضها مع ذلك أمراً ركيكاً بحيث يخالف عمل الأحرار و قد عبّر المعصوم ^{عليه السلام} عن هذا المعنى بقوله: الراجع [العائد] في هبته كالراجع [كعائد] في قيئه.^١

١ - مستدرک الوسائل ١٤: ٧٢، کتاب الهبات، الباب ٨، الحديث ١؛ و راجع: المسند، أحمد بن حنبل ٣: ٣٥ و ١٤٧ و ١٨٨ و ٣٥٩ و ٣٦٨ و ٣٨٠ و ٦: ٢٥٣؛ صحيح البخاري ٣: ٣٢٩ / ٨٣١؛ صحيح مسلم ٣: ٢٦٦؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ١٨٠؛ سنن أبي داود ٣: ٢٩١؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٩٧؛ سنن الترمذي ٣: ٥٩٢؛ كنز العمال ١٦: ٦٤٠ / ٤٦١٧٢ - ٤٦١٧٤ و ٤٦١٧٦.

إذا عرفت ما ذكرناه: تبين لك أَنَّ العمدة في الحكم بجواز بعض العقود و لزوم بعضها الآخر إنما هو اختلاف حقايقها في اعتبار العقلاء لا حكم الشارع تعبدًا بلزوم بعضها و جواز بعضها الآخر فلا وجه لما قد يترأى في كلام الفقهاء من جعل قوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه دالًّا على اللزوم في تمام العقود، ثم تصدَّى الاستدلال لجواز كلٍّ من العقود الجائزة بالإجماعات و نحوها؛ إذ قوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لا يشمل من أول الأمر إلَّا للعقود المشتملة على أخذ العهد و الميثاق.

و ممَّا ذكرناه: قد ظهر لك أَنَّ الإجارة من العقود اللازمة، لَأنَّها في اعتبار العقلاء، كذلك مضافاً إلى قوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غيره من الأدلَّة المذكورة في محلِّه، فراجع. و يستدلُّ للزوم الإجارة بروايتين نذكرهما في آخر المسألة الآتية، فراجع. ثم إنَّ المناسب هنا الإشارة إلى ما يجري هنا (فيها) من الخيارات الجارية في البيع و ما لا يجري بطريق الإجمال.

فنقول: أمَّا خيار المجلس فلا يجري فيها لاختصاص دليله بالبيع و هو قوله: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا»^١ و لا يمكن هنا إلغاء الخصوصية البيعية و لا تنقيح المناط القطعي حتَّى يشمل الإجارة، فإنَّ إلغاء الخصوصية المعبر عنه عند القدماء بمفهوم الموافقة^٢ إنما هو فيما إذا كان اللفظ بحسب مفهومه العرفي ظاهراً فيما هو أعمّ من المصرَّح به في اللفظ مثل ما لو سئل سائل الإمام عليه السلام: رجل شكَّ بين الثلاث و الأربع مثلاً، فَإِنَّه و إن كان المصرَّح به في اللفظ هو «الرجل» و لكنَّ المفهوم من

١ - الكافي ٥: ١٧٠ / ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٠ / ٨٥؛ الاستبصار ٣: ٧٢ / ٢٤٠؛ الخصال: ١٢٧ / ١٢٨؛

وسائل الشريعة ١٨: ٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١، الحديث ٣.

٢ - راجع: نهاية الأصول: ٢٩٥.

ظاهر اللفظ عند العرف معنى أعمّ من الرجولية؛ أعني المكلّف رجلاً كان أو امرأة. و تنقيح المناط إنّما يكون فيما إذا لم يكن اللفظ بحسب مفهومه العرفي ظاهراً فيما هو أعمّ من المصرّح به ولكنّ العقل قد استنبط للحكم المذكور في اللفظ مناطاً قطعياً يوجب التعديّ إلى كلّ مورد وجد فيه المناط المستنبط، و فيما نحن فيه لا يجري واحد منهما، فإنّ قوله: «البيّعان بالخيار» ليس بحيث يفهم منه العرف معنى أعمّ من البيع حتّى يشمل الإجارة. و هذا واضح، و لا يستنبط أيضاً من الحكم المذكور فيه مناط قطعي حتّى يتعدّى منه إلى الإجارة، لاحتمال أن يكون جعل خيار المجلس من جهة أنّ المتعاقدين في البيع قد أقدما على أمر خطير و هو زوال ملكهما إلى الأبد فجعل الشارع لهما حقّ تروّ و فكر في مجلسهما، و في الإجارة لم يقدم على أمر كذلك، بل على خروج المنفعة في مدّة قليلة مع بقاء العين على ملك مالكة الأصلي.

و مثل خيار المجلس خيار الحيوان، فإنّ دليله أيضاً مختصّ بباب البيع، و لعلّ جعله إنّما هو لدخول الحيوان المشتري في ملك المشتري دائماً فجعل الشارع له حقّ امتحان و فكر في أطراف ما اشتراه الذي هو يبقى في ملكه دائماً، و هذا بخلاف الحيوان المستأجر فإنّ المستأجر لم يقدم في استئجاره على أمر خطير.

و أمّا سائر الخيارات فالظاهر جريانها في الإجارة أيضاً لإلغاء الخصوصية في بعضها و عمومية أدلّة بعضها الآخر، أمّا خيار التأخير فالروايات الواردة فيه و إن اختصّت بالبيع مثل قوله: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيّام و لم يجيء فلا بيع له»^١

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢ / ٩١؛ الاستبصار ٣: ٧٨ / ٢٦٠؛ وسائل الشيعة ١٨: ٢٢، كتاب التجارة،

أبواب الخيار، الباب ٩، الحديث ٤.

إِلَّا أَنَّ الْعَقْلَ السَّلِيمَ يَحْكُمُ بِأَنَّ الْمَنَاطَ لَجَعْلِهِ هُوَ تَضَرُّرُ الْبَائِعِ بِخُرُوجِ مَلَكِهِ مِنْ يَدِهِ وَ حَرَمَةِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ وَ عَدَمِ وَصُولِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ. وَ هَذَا الْمَنَاطُ جَارٍ فِي الْإِجَارَةِ أَيْضًا. وَ أَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ فَمَا دَلَّ عَلَيْهِ؛ أَعْنِي قَوْلُهُ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^١ غَيْرُ مَخْصُوصٍ بِالْبَيْعِ وَ مِثْلُهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَ الْغَبْنِ وَ الْعَيْبِ وَ التَّدْلِيسِ وَ الشَّرْكَةِ وَ تَبَعُضِ الصَّفَقَةِ وَ نَحْوِهَا لَشُمُولِ الْأَدَلَّةِ الْعَامَّةِ مِثْلَ قَوْلِهِ: «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضَرَارَ»^٢ لِلْإِجَارَةِ أَيْضًا.

فَإِنْ قُلْتُ: جَرِيَانُ خِيَارِ الْعَيْبِ فِيهَا إِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى تَصَوُّرِ كَوْنِ الْمَنْفَعَةِ مَعِيَّةَ لَأَنَّهَا الْمَعْوُضُ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ وَ لَا يَتَصَوَّرُ الْعَيْبُ فِيهَا. قُلْتُ: قَدْ يَتَعَدَّى عَيْبُ الْعَيْنِ إِلَى الْمَنْفَعَةِ عَرَفًا فَيَصْدُقُ تَعْيِبُ الْمَنْفَعَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ الدَّابَّةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ لِلرُّكُوبِ شَمُوسًا أَوْ كَانَتْ أُتْرَ مِثْلًا وَ كَانَ الْمُسْتَأْجَرُ ذَا شَرَفٍ وَ رَفْعَةٍ.

وَ هَلْ يَثْبِتُ الْأَرَشُ فِيهَا كَمَا يَثْبِتُ فِي خِيَارِ الْعَيْبِ الْجَارِي فِي الْبَيْعِ، الْأَقْوَى الْعَدَمُ لِكَوْنِهِ خِلَافَ الْقَاعِدَةِ وَ عَدَمِ دَخَالَةِ خُصُوصِيَّةِ الْبَيْعِيَّةِ فِيهِ حَتَّى يَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى الْإِجَارَةِ غَيْرِ مَعْلُومٍ.

هَذَا إِذَا كَانَتْ الْمَنْفَعَةُ مَعِيَّةَ. وَ أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْأَجْرَةُ مَعِيَّةَ، فَهَلْ يَثْبِتُ فِيهَا الْأَرَشُ أَوْ لَا؟ الْأَقْوَى فِيهَا أَيْضًا الْعَدَمُ.

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ / ١٥٠٣؛ الاستبصار ٣: ٢٣٢ / ٨٣٥؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب

النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٢ - الكافي ٥: ٢٩٢ / ٢ و ٢٩٤ / ٨؛ الفقيه ٣: ١٤٧ / ٦٤٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ / ٦٥١؛ وسائل الشيعة

٢٥: ٤٢٩، كتاب إحياء الموات، الباب ١٢، الحديث ٣ و ٤.

و لكنَّ السَّيِّدَ المَرْحُومَ ﷺ قد فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فِي «العروة»^١ فَأَثْبَتَ الْأَرْضَ فِيْمَا لَوْ كَانَتِ الْأَجْرَةُ مَعِيَّةً دُونَ مَا لَوْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ مَعِيَّةً، مَعَ أَنَّ دَلِيلَ الْأَرْضِ مُخْتَصَّ بِالْبَيْعِ الْمُتَعَلِّقِ بِالْأَعْيَانِ فَكَأَنَّهُ قَدْ أُلْقِيَ خُصُوصِيَّةُ الْبَيْعِيَّةِ فَتَعَدَّى مِنْهُ إِلَى الْإِجَارَةِ وَلَمْ يَلْقَ خُصُوصِيَّةَ الْعَيْنِيَّةِ حَتَّى يَتَعَدَّى مِنْهَا إِلَى الْمَنَافِعِ.

هل الإجارة تبطل بموت أحد الطرفين؟

المشهور بين المتأخرين من أصحابنا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُؤَجَّرِ وَلَا بِمَوْتِ الْمُسْتَأْجِرِ وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدٌ وَإِسْحَاقُ وَأَبُو ثَوْرٍ وَعُثْمَانُ الْبُتِّي^٢ مِنْ عُلَمَاءِ الْعَامَّةِ.

و قَالَ الشَّيْخُ فِي «النَّهْيَةِ» فِي كِتَابِ الْإِجَارَةِ: «وَالْمَوْتُ يَبْطُلُ الْإِجَارَةَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ»^٣، أَنْتَهَى.

و مِثْلُهُ قَالَ الْمَفِيدُ فِي «الْمَقْنَعَةِ»^٤، وَ مُرَادُ الشَّيْخِ «مِمَّا بَيَّنَّاهُ» مَا قَالَهُ فِي كِتَابِ الْمَزَارَعَةِ مِنْهَا، أَنَّهُ «مَتَى مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ أَوْ الْمُؤَجَّرُ، بَطُلَتِ الْإِجَارَةُ بَيْنَهُمَا وَانْقَطَعَتْ فِي الْحَالِ»^٥.

و قَالَ فِي «مَبْسُوطِهِ»: «الْمَوْتُ يَفْسُخُ الْإِجَارَةَ، سِوَاءَ كَانَ الْمَيِّتُ الْمُؤَجَّرُ أَوْ

١- العروة الوثقى ٥: ٣٤، المسألة ٨.

٢- الأم ٤: ٣٠؛ مختصر المزني: ١٢٦؛ المجموع ١٥: ٨٨ و ٩٠؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٢؛ بداية المجتهد ٢: ٢٣٠، وراجع: الخلاف ٣: ٤٩١، المسألة ٧؛ المبسوط ٣: ٢٢٤.

٣- النهاية: ٤٤٤؛ وراجع: الخلاف ٣: ٤٩١، المسألة ٧.

٤- المقنعة: ٦٤٠.

٥- النهاية: ٤٤١.

المستأجر عند أصحابنا والأظهر عندهم أَنَّ موت المستأجر يبطلها و موت المؤجر لا يبطلها»^١ انتهى.

و الظاهر عود الضمير في «عندهم» إلى قوله: «أصحابنا»، فيضطرب كلامه و يحتمل على بُعد عوده إلى العامة.

و قال في «خلافه»: «إِنَّ الموت يبطل الإجارة ... دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم و لأنَّ المستأجر قد أقدم على الانتفاع بملك المؤجر لا بملك غيره و بموت المؤجر ينتقل الملك إلى الورثة»^٢.

و قال أيضاً في «الخلاف»: «إذا استأجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلاثة بطلت الإجارة ... دليلنا: عموم الأخبار التي وردت في أَنَّ الإجارة تبطل بالموت ...»^٣.

و قال القاضي ابن البراج في «المهذب»: «الموت يفسخ الإجارة و لا فرق في ذلك بين أن يكون الميت هو المستأجر أو المؤجر، و عمل الأكثر من أصحابنا على أَنَّ موت المستأجر هو الذي يفسخها لا موت المؤجر، و قد كان شيخنا المرتضى رحمته سوى بينهما في ذلك، فإنه بين أَنَّ الوجه فيهما واحد»^٤ انتهى.

و اختار ابن إدريس في كتاب المزارعة من «السرائر» عدم بطلان الإجارة بموت المؤجر و لا بموت المستأجر، ثم نقل قول الشيخ بالبطان، ثم قال: «و استدلل على

١- المبسوط ٣: ٢٢٤.

٢- الخلاف ٣: ٤٩١، المسألة ٧ و ما في الموقتين ليس في الخلاف.

٣- الخلاف ٣: ٤٩٨، المسألة ١٧.

٤- المهذب ١: ٥٠١-٥٠٢.

صحة ما اختاره في مسائل خلافه بأشياء يرغب عن ذكرها و نقضها سترأ على قائلها»^١.

و قال في كتاب الإجارة من «السرائر» بعدم البطلان أيضاً، ولكنه مع ما ترى من اعتراضه على الشيخ قد قال في كتاب الإجارة في ورق بعد هذه المسألة كلاماً يناقض ما اختاره هنا^٢.

و اختار أبو الصلاح الحلبي تلميذ الشيخ في «الكافي» عدم البطلان أيضاً^٣، و نقل الشهيد في «غاية المراد» عن ابن الجنيد أن موت المستأجر غير مبطل،^٤ فحينئذ يشكل الأمر في هذه المسألة؛ إذ الشيخ رحمته قد أفتى بالبطلان في «نهايته» المعدة لنقل أصول المسائل المتلقاة عنهم عليهم السلام، و وافقه تلميذه في «المهذب» موافقين للمفيد في «المقنعة» المعدة أيضاً لنقل أصول المسائل، مضافاً إلى ما عرفت أيضاً من «خلاف» الشيخ من أن إجماع الفرق و أخبارهم على البطلان و هو رحمته في نقله فوق الوثيقة كما قال العلامة في «التذكرة» بعد نقله ما نقلناه من «الخلاف»: «و لا شك في عدالته و قبول روايته»^٥.

١- السرائر ٢: ٤٤٩-٤٥٠.

٢- السرائر ٢: ٤٦٠.

٣- أقول: و لعل المراد ما قاله في مسألة استئجار المرأة، فإنه قال: «لو استأجر امرأة لترضع ولده، فمات واحد من الثلاثة بطلت الإجارة على المذهبين و القولين اللذين لأصحابنا معاً، لأن الصبي إذا مات بطلت الإجارة و كذا المرأة المرضعة، إذا كانت الإجارة معيّنة بنفسها، و كذلك موت الأب لأنه المستأجر، و لا خلاف أن موت المستأجر يبطل الإجارة»^(١). [المقورنات]

أ- السرائر ٢: ٤٧١.

٤- الكافي في الفقه: ٣٤٨.

٥- غاية المراد ٢: ٣٢٢؛ راجع: مختلف الشيعة ٦: ١٠٧، المسألة ٦.

٦- تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٩٢.

فمن الممكن وجود أخبار دالة على البطلان في الجوامع السابقة الغير الواصلة إلينا وقد وصل إليها الشيخ فأفتى على طبقها وهي العمدة في فتواه لا ما ذكره من الدليل بقوله: «و لأنّ المستأجر قد أقدم على الانتفاع بملك المؤجر لا بملك غيره...»^١، لأنّه قد ذكر هذا الدليل على مسلك العامة المستدلين بالاستحسانات حتّى يكون الانتفاع من كتابه عامّة غير منحصر بالخاصّة وإلا ففي هذا الدليل نظر؛ إذ ملكية المؤجر لم تكن محدودة بزمن حياته، بل كان في زمن حياته مالكاّ للشيء إلى الأبد كما سنذكره أيضاً وحينئذٍ فمخالفة مثل الشيخ والقاضي والمفيد مشكل و موافقتهم أيضاً بالضرر القاطع أشكل، لكون البطلان مخالفاً لما يقتضيه القواعد المقررة كما سيأتي. مضافاً إلى مخالفة مثل الحلبي للشيخ مع كونه معاصراً له و من أعظم تلامذته حتّى أنّه ذكره الشيخ في «فهرسته» و قال في حقه: «أنّه قرأ علينا و على المرتضى»؛^٢ إذ الظاهر من ذكره له في كتابه مع كونه من تلامذته كونه من أعاضمها فلو كان الأخبار التي نقلها الشيخ أخباراً صحيحة لما خالفه الحلبي مع كونه معاصراً له و حاضراً في درسه.

نعم، مخالفة ابن إدريس مع الشيخ لا يوجب وهنا فيما نقله الشيخ لكونه من المنكرين لحجّة أخبار الآحاد، مضافاً إلى تأخّر عصره عن عصر الشيخ، فإنّه من الطبقة الخامسة عشرة و الشيخ من الطبقة الثانية عشرة،^٣ و إنّما يوجب وهن ما نقله مخالفة مثل الحلبي المعاصر له و ابن الجنيّد المتقدّم عليه فإنّه من الطبقة العاشرة و إن ادّعى صاحب «مفتاح الكرامة» عدم العثور على القول بالصحة في القدماء من

١- الخلاف ٣: ٤٩١، المسألة ٧ وقد ذكرناه في الصفحة ١٥٧.

٢- لم نعر على ما في فهرسته، لكن الموجود في رجاله من راجع: رجال الطوسي: ٤١٧ [٦٠٣٤].

٣- راجع: كتاب الصلاة (تقريرات المحقّق البروجردي) المتتظري: ٥٧٤؛ تجريد الأسانيد ١: ١٤-١٦.

الأصحاب.^١ و لكنّه قد نقل عنه الشهيد كما عرفت عدم بطلانها بموت المستأجر^٢ و لعلّ مراده عدم البطلان بموتهما لعدم القائل بأنّ موت المستأجر غير مبطل و موت المؤجر مبطل و إن نقل في «التذكرة»: «البطلان بموت المؤجر خاصّة عن بعض علمائنا»،^٣ إلّا أنّه يمكن استفادته من فتوى ابن الجنيد ذلك و هو غير صريح في ذلك.

فحاصل الأقوال في المسألة مع ما نقله في «التذكرة» أربعة: البطلان بموتهما كما عن الشيخين^٤ و القاضي^٥ و أبي حنيفة^٦ و عدم البطلان بموتهما كما هو المشهور بين المتأخّرين؛ و البطلان بموت المستأجر خاصّة كما عرفت عن «المبسوط» و «المهذّب» نسبتها إلى الأكثر و إن قال الشيخ في «الخلاف» إنّ القول به «شاذّ لا يعول عليه»؛ و البطلان بموت المؤجر خاصّة كما نقله في «التذكرة».

و الأشبه بالقواعد هو القول الثاني كما قال المحقّق في «الشرائع»: «و هل تبطل بالموت؟ المشهور بين الأصحاب، نعم. و قيل: لا تبطل بموت المؤجر، و تبطل بموت المستأجر، و قال آخرون: لا تبطل بموت أحدهما و هو الأشبه»،^٧ انتهى.

و كلّما عبّر بلفظ «الأشبه» فمراده بما يقتضيه القواعد و وجه كونه أشبه أنّ المؤجر كان في زمن حياته مالكا للعين و منفعتها إلى الأبد. و قد نقل المنفعة التي

١- مفتاح الكرامة ١٩: ٢٣٩.

٢- تقدّم في الصفحة ١٥٨.

٣- تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٩٢.

٤- المقنعة: ٦٤٠؛ المبسوط ٣: ٢٢٤؛ النهاية: ٤٤١ و ٤٤٤؛ الخلاف ٣: ٤٩١، المسألة ٧.

٥- المهذّب ١: ٥٠١-٥٠٢.

٦- راجع: بداية المجتهد ٢: ٢٣٠؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٢؛ المجموع ١٥: ٨٨ و ٩٠.

٧- شرائع الإسلام ٢: ١٧٩.

كانت ملكاً له إلى غيره بالعقد اللازم فلا وجه لبطلان العقد الواقع عليها بموته، و لم تكن الملك و لا ملكيته محدودين بزمان الحيات بأن يكون مالكا للملك حال كونه محدوداً بالحدّ الزمني أو يكون مالكا للملك، و لكنها بالملكية المحدودة بالحدّ الزمني، و لذا يسمّون مال الميّت: «تركة له»، و ينسبونه بعد الموت أيضاً إلى الميّت و يخرجون منه ديونه و وصاياه، و ليس إخراج الديون و الوصايا من جهة التعبد الشرعي فقط، بل العقلاء يعتبرون أنّ الميّت مالك لما ترك مستحقّ لإخراج ديونه و وصاياه منه.

غاية الأمر: أنّ الشارع قد حدّد الوصيّة و جعل نفوذها فيما زاد عن الثلث باختيار الورثة و انتقال التركة إلى الورثة أيضاً إنّما هو من جهة كونهم في اعتبار العقلاء بمنزلة نفس الميّت و كأنهم وجود نفس الميّت.

و بالجملة: كلّ شخص في زمن حياته مالك لأمواله بالملكية الغير المحدودة بالحدّ الزمني، و لذا يجوز له التصرف فيها بالتصرّفات التي يبقى أثرها بعد وفاته أيضاً كالوقف مثلاً، فإنّ الواقف باعتبار سلطنته على الملك بالسلطنة المطلقة الغير المحدودة بزمان حياته يجعل ملكه على رأس الجهة أو الأشخاص الموقوف عليهم بحيث يبقى على رأسهم إلى الأبد حتّى يدر منفعه عليهم، فإذا مات الواقف لا يعتبر العقلاء بطلان وقفه و تحبسه، بل يعتبرون بقائهما لحدوثهما بسلطنته المطلقة و حينئذٍ فكما أنّ تحبسه الأصل و تسبيله الثمرة لا تبطلان بموته فكذلك نقله، فاتّضح لك أنّ الأشبه بالقواعد عدم البطلان.

نعم، لو قلنا في الإجارة ما قاله أبو حنيفة: «من أنّ المنفعة توجد شيئاً فشيئاً في

ملك المؤجر، ثم تنتقل من ملكه إلى المستأجر»،^١ كما نقلناه عنه سابقاً^٢ كان مقتضى القاعدة البطلان بموت المؤجر؛ إذ المؤجر بعد موته لا يدخل في ملكه شيء حتى ينتقل منه إلى المستأجر.

ثم إن ما ذكرناه إنما هو فيما إذا كان المؤجر مالكاً بالملكية المطلقة و أما إذا كانت ملكيته محدودة بزمان حياته أو كان مالكاً للملك محدوداً بزمان حياته فحينئذ تبطل الإجارة بموته قبل انتهاء مدة الإجارة و الإجارة حينئذٍ نظير بيع ما يملك و ما لا يملك، و ذلك كما لو كانت العين موقوفة على الطبقات، فإن مالكية الطبقة السابقة للعين - لو قلنا بأن الوقف مملوك - و للمنفعة محدودة بزمان حياتهم فلو آجر الطبقة و ماتوا قبل انتهاء مدة الإجارة تبين عدم مالكيتهم لجميع المنفعة التي نقلوها إلى المستأجر فتبطل الإجارة بالنسبة إلى ما بقي من المدة.

فإن قلت: فلم لا تكون الإجارة بالنسبة إلى المدة الباقية فضوليّة محتاجة إلى إمضاء الطبقة اللاحقة.

قلت: قد ذكر في مبحث الفضوليّ مفضلاً أن اعتبار الإجازة عند العقلاء هو تنفيذ العقد السابق و جعله مؤثراً بعد ما لم يكن مؤثراً و كان بلا روح فكان المجيز ينفذ ما أوقعه الفضوليّ فتكون الإجازة كاشفة لا أنه ينسب الإيجاب الواقع فضولة إلى نفسه حتى يصير كأنه هو الموجب و تصير الإجازة ناقلة؛ إذ يلزم حينئذٍ وجود لإيجاب من المالك من دون قبول متّصل به.

١ - راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ١٤؛ المجموع ١٥: ٣٩٦؛ فتح العزيز ١٢: ١٩٨؛ وراجع أيضاً: الخلاف ٣:

٤٨٩، المسألة ٣؛ تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٥؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٣٥٨.

٢ - تقدّم في الصفحة ١٣٩.

و على هذا، فيجب أن يكون العقد بحيث يمكن أن يصحّ و يؤثّر من الأول. و هاهنا ليس كذلك؛ إذ الطبقة الثانية لم يكونوا حين العقد مالكين لما ملكوه بعد وفات الطبقة الأولى و صحّة العقد من أول الأمر بالنسبة إلى المنفعة الباقية تتوقّف على كونهم حين العقد مالكين للمنفعة الباقية التي ملكوها بعد وفات الطبقة الأولى و ليس كذلك.

ثمّ إنّه قد يستدلّ على عدم البطلان بموت المؤجر و لا بموت المستأجر بإطلاق خبر علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقلّ؟ قال: «الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكارى إليه و الخيار في أخذ الكراء إلى ربّها إن شاء أخذ و إن شاء ترك». ^١ و استدلّ بهذه الرواية على كون الإجارة من العقود اللازمة.

و هكذا برواية محمد بن عيسى اليقطيني أنّه كتب إلى أبي الحسن علي بن محمد العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجل و سلّمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له، ثمّ جاء رجل، فقال: سلّم ابنك منّي سنة بزيادة، هل له الخيار في 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». ^٢

و هاهنا رواية استدلّ بها كلّ من القائلين بالصحة و البطلان بموت المؤجر و هي: رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام و سألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطي الإجارة [الأجرة] في كلّ سنة عند

١- وسائل الشريعة ١٩: ١١٠، كتاب الإجارة، الباب ٧، الحديث ١.

٢- وسائل الشريعة ١٩: ١١٨، كتاب الإجارة، الباب ١٥، الحديث ١.

انقضائها لا يقدّم لها شيء من الإجارة [الأجرة] ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها. هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام: «إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فتعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله»^١.

حكم بيع العين المستأجرة

لو أجز العین المستأجرة، ثمّ باعها من غير المستأجر، فالأقوى صحّة البيع وبقاء الإجارة. وبه قال مالك وأحمد والشافعي في أصحّ القولين فيملكها المشتري مسلوبة المنفعة في مدّة الإجارة؛ إذ الإجارة قد تعلّقت بالمنافع ومتعلّق البيع ذات العين، فلا يتزاحمان وتبعية المنافع للعين إنّما هي فيما لو لم يكن لتبعية مانع. و قال الشافعي في أحد قوليّه: إنّ البيع باطل، لأنّ يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري.

و قال أبو حنيفة: إنّ البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازه صحّ وبطلت الإجارة وإن ردّه بطل وبقيت الإجارة.^٢

هذا إذا باعها من غير المستأجر و أمّا لو باعها من المستأجر فصحّ البيع

١- وسائل الشيعة ١٩: ١٣٦-١٣٧، كتاب الإجارة، الباب ٢٥، الحديث ١.

٢- وإعزال الرواية من جهة كونها عبارة عن تقيّة بحسب الظاهر. [المقرّر: ٢]

٣- راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ٤٦-٤٧؛ الشرح الكبير ٦: ١١٤-١١٥؛ المجموع ١٥: ٨٧؛ وراجع أيضاً:

تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٢٢.

إجماعي لم يخالف فيها أحد لتعلقه بذات العين و رقبته و هي خالصة للبائع و تسليمها إلى المشتري حاصل فلا مانع من صحته.

و هل الإجارة تبقى أو تنفسخ، الأقوى بقائها لكونها عقداً لازماً تعلقت بالمنفعة في المدة المعيّنة فانتقلت من ملك المؤجر فحين البيع لم يكن البائع مالكاً للمنفعة في مدة الإجارة حتى ينتقلها إلى المشتري فالبيع يتعلّق قهراً بالعين مسلوقة بالمنفعة في المدة المعيّنة و تبعيّة المنافع للعين إنما هي فيما لو كان البائع مالكاً لها حين العقد.

و اختلف فقهاء الشافعية في بقاء الإجارة و انفساخها - بعد ما أفتى الشافعي بصحة البيع و لم يتعرّض لبقاء الإجارة و انفساخها -^١

و تردّد العلامة في أواخر أحكام الإجارة من «الإرشاد»^٢ في انفساخها و بقائها و تبعه ولده فخر المحققين في «الإيضاح»^٣، ولكنه ذكر في «تذكرته» و «قواعده»^٤ أن الأقوى عدم الانفساخ كما أنه ذكر في أول أحكام الإجارة من «الإرشاد» أيضاً عدم انفساخ الإجارة بالبيع على سبيل الإطلاق.^٥

و الظاهر أن منشأ تردّده ما ذكره فقهاء الشافعية استدلالاً على ما اختاروه من الانفساخ و قد ذكره العلامة في «التذكرة» و توضيحه - على ما بيّنه الأستاذ مدّ ظلّه

١- راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ٤٦-٤٧؛ الشرح الكبير ٦: ١١٤-١١٥؛ المجموع ١٥: ٨٧؛ و راجع أيضاً: تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٢٦.

٢- إرشاد الأذهان ١: ٤٢٦.

٣- إيضاح الفوائد ٢: ٢٤٤.

٤- تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٢٥-٣٢٦؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٨٢؛ و راجع: مفتاح الكرامة ١٩: ٢٧٢.

٥- إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

العالِي - : أَنَّ الإجارة ليست عبارة عن صرف تملك المنافع، بل هي عبارة عن إضافة خاصّة بين العين المستأجرة و بين المستأجر بعوض معيّن بحيث تكون فائدة هذه الإضافة وجود المنافع آنأ فأنأ في ملك المستأجر و لهذه الإضافة نحو تعلّق أيضاً بالمؤجر من حيث كونه موجدأ لها في ملكه و مبقياً لها و جاعلاً ملكه في إجارة غيره، فكلّ إجارة تحتاج في اعتبار العقلاء حدوثاً و بقاءً إلى وجود مؤجر يكون ملكه في إجارة غيره و وجود مستأجر كان ملك غيره في إجارته و وجود عين مستأجرة و كما أنّ هذه الإضافة لا تعتبر ابتداءً بين الشخص و ملك نفسه بحيث يكون ملك نفسه في إجارة نفسه، فكذا لا تعتبر استدامة و بقاء، فإنّ العقلاء لا يعتبرون أن يكون ملك الرجل في إجارة نفسه فحين ما ملك المستأجر رقة العين لزم انفساخ الإجارة.

و هذا مثل ما لو تزوّج الرجل أمة، ثمّ ملكها، فإنّ النكاح يبطل لعدم اعتبار الزواج بين الشخص و ملك نفسه.

هذا، و لكن في هذا البيان نظر لأنّ الإجارة كما ذكرت عبارة عن جعل إضافة خاصّة بين العين المستأجرة و بين المستأجر، بحيث يستحقّ المستأجر استيفاء المنافع بعد ما لم يكن مستحقاً. فالغرض الأصلي في هذه المعاملة هو استحقاق المنافع فمالك المنافع هو المؤجر و إن لم يكن مالكاً للعين كما لو استحقّ المنافع بالاستئجار أو الوصيّة له فأجر العين و من ينتقل إليه المنافع هو المستأجر و إن كان مالكاً للعين كما لو أجر داره، ثمّ استأجرها من المستأجر و كما لو استأجر العين، ثمّ انتقل إليه العين بالإرث أو الوصيّة له أو اشترائه كما فيما نحن فيه.

فسخ الإجارة بعد بيع العين المستأجرة

لو آجر العين، ثم باعها من غير المستأجر،^١ ثم فسخت الإجارة بخيار أو تقايل فهل ترجع المنفعة في المدة الباقية إلى البائع أو المشتري؟ فيه وجهان بل قولان.

و ليست المسألة من المسائل المتلقاة عنهم عليه السلام المذكورة في الكتب المعدة لها مثل «النهاية» و «المقنة» و نحوهما، بل لم نرها معنونة في بعض كتب التفريعات أيضاً مثل «مبسوط» الشيخ و «قواعد» العلامة.^٢ نعم، ذكرها العلامة في «تحريره»^٣ مقوياً رجوعها إلى البائع، و ذكرها في موضعين من «تذكرته»^٤ ذات وجهين من دون اختيار صرف، و نقل فيها عن بعض الشافعية رجوعها إلى المشتري و عن بعضهم الآخر رجوعها إلى البائع. و حينئذٍ فاللازم علينا الرجوع إلى ما يقتضيه القواعد؛ إذ لا إجماع في البين و لا شهرة مفيدة.

و استدلل بعض الشافعية على ما في «التذكرة» لرجوعها إلى المشتري بأن المنفعة تابعة للرقبة.

غاية الأمر: مانعية الإجارة لتبعتها، فإذا زالت عادت المنفعة إلى المشتري لكون الرقبة في ملكه نظير ما لو زوج الأمة، ثم باعها من غير الزوج، ثم طلقها الزوج، فإن البضع ترجع إلى المشتري لا البائع، فليس للبائع الاستفادة من بضعها بنفسه أو تزويجها من آخر.

١- ليس النزاع مختصاً بما لو باعها من غير المستأجر. [المقرَّب]]

٢- راجع: قواعد الأحكام ٢: ٢٨٢.

٣- تحرير الأحكام ٣: ٧٠-٧١.

٤- تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٢١-٣٢٤، و راجع أيضاً: ٣١٧.

أقول: تنظيرهم ما نحن فيه بالأمة المطلقة إنما هو على مذاقهم من عدم جواز المتعة وإلا فالأولى التنظير بما لو تزوج الأمة متعة، ثم بذل مدتها.

واستدل البعض الآخر^١ لرجوع المنفعة إلى البائع بوجهين:

الأول: أن البائع لم يكن عين بيعه مالكا للمنفعة فالمشتري قد ملك العين مسلوبة المنفعة و بعد انفساخ الإجارة لم يقع سبب مملّك حتى يملك المشتري المنفعة.

الثاني: أن البائع قبل الانفساخ كان مستحقاً للأجرة على المستأجر والمستأجر كان مالكا للمنفعة على البائع، فإنه الذي ملكه المنفعة فعقد الإجارة كان متقوماً بالبائع والمستأجر ومقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأول فكما أن الأجرة ترجع إلى المستأجر، فكذلك المنفعة التي هي المعوض يجب رجوعها إلى المؤجر.

قال في «التذكرة»: «و بنى بعضهم الوجهين على أن الردّ بالعيب يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول فهي للمشتري، وكأنّ الإجارة لم تكن، وإن كان من حينه فللبائع؛ لأنه لم يوجد عند الردّ ما يوجب الحق للمشتري»^٢.

أقول: الظاهر تفريع القولين على أن مالكية كل مشتر لمنافع ما اشتراه هل هي من آثار العقد أو من آثار مالكيته للعين المشتراة؟ فإن قلنا بأنها من آثار العقد بحيث يكون هو السبب المملّك للمنافع كما يكون مملّكا للعين كان اللازم فيما نحن فيه رجوع المنافع إلى البائع، لأنّ عقد البيع حين وقوعه كان ممنوعاً عن التأثير في نقل المنافع و بعد انفساخ الإجارة لم يقع عقد حتى يؤثر فيه.

١ - تحرير الأحكام ٣: ٧٠ - ٧١؛ جامع المقاصد ٧: ٩٠ - ٩١؛ مفتاح الكرامة ١٩: ٢٧٤.

٢ - تذكرة الفقهاء ١٨: ٣٢٤.

و لا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله أو من حينه، فإنَّ القائل بكون الفسخ رفعاً من أصله لا يقول بكون الفسخ كاشفاً عن عدم وجود العقد من أصله، نظير الإجارة في باب الفضوليِّ بناءً على الكشف الحقيقي؛ و ذلك لوضوح أنَّ المؤثر في التمليك و التملك هو صرف العقد لا العقد بشرط عدم تعقُّبه بالفسخ بحيث يكون تعقُّب الفسخ كاشفاً عن عدم تأثير العقد من أصله، بل القائل بكونه رفعاً للعقد من أصله يريد به أنَّه من حين الفسخ يجب ترتيب آثار عدم العقد من أصله نظير الإجارة على الكشف الحكمي، ففيما نحن فيه كان عقد الإجارة قبل فسخه صحيحاً مؤثراً مانعاً عن تأثير البيع في نقل المنافع^١ و بعد فسخه لم يقع سبب مملك للمنافع.

و بالجملة: لو قلنا بأنَّ مالكية كلِّ مشتر بل كلِّ من انتقل إليه عين لمنافع ما انتقل إليه من آثار العقد المملك للعين، فاللازم فيما نحن فيه رجوع المنافع إلى البائع لكون السبب و هو العقد حين وقوعه ممنوعاً عن التأثير.

و أمّا لو قلنا بأنَّها من آثار مالكية العين، كما هو الأظهر بحيث إنَّ كلِّ من كان مالكا لعين كان مستحقاً لاستيفاء منافعها لو لم يمنع عنه مانع كان اللازم فيما نحن فيه رجوع المنافع إلى المشتري، لأنَّه المالك للعين فعلاً و المانع و هو الإجارة قد ارتفع بالفسخ فيتبع المنافع العين. و الوجهان المذكوران لرجوعها إلى البائع مردودان.

١- أقول: يمكن أن يقال: بأنَّ الفسخ وإن لم يكن كاشفاً عن عدم وقوع العقد من أصله و لكن لما كان واجباً بعد الفسخ ترتيب آثار عدم العقد من أصله كان اللازم بعد الفسخ ترتيب آثار مالكية المشتري للمنافع من أوّل الأمر؛ إذ من آثار عدم عقد الإجارة من أوّل الأمر الواجب ترتيبها عدم وجود المانع عن تأثير عقد البيع في نقل المنافع الباقية إلى المشتري. [المقوّرة]

أما الأول فواضح؛ إذ الفرض أن تملك المنافع لا يحتاج إلى سبب مملك وإتما هو من آثار مالكية العين.

و أما الثاني، فلأن الفسخ ليس عقداً حتى يقال بأنه كما يرجع الأجرة؛ أعني العوض إلى مالكة الأول؛ أعني المستأجر، فذلك يجب رجوع المنفعة أيضاً إلى مالكة الأول؛ أعني البائع فيما نحن فيه، لأن من لوازم العقد دخول كل من العوضين في ملك من يخرج من ملكه العوض الآخر.

و إتما الفسخ عبارة عن حل العقد ومحوه عن صفحة عالم الاعتبار بحيث كأنه لم يقع شيء فليس للفسخ اقتضاء و آثار أصلاً.

نعم، يجب بعد الفسخ رجوع كل من العوضين إلى محل يكون المقتضي لرجوعه إليه موجوداً و لما كان المقتضي لملك المنافع حسب ما فرضناه هو مالكية العين كان اللازم رجوع المنافع فيما نحن فيه إلى المشتري، لأنه المالك للعين فعلاً.

تقارن العقدین

لو باع شيئاً و أجره وكيله أو باعه أحد وكيليه و أجره الوكيل الآخر و اتفق تقارن العقدین، بحيث وقع الفراغ من تاء «قبلت» في كلتا الصيغتين في آن واحد فانتقال العين إلى المشتري بلا مزاحم فيؤثر عقد البيع في نقلها إليه، و أما منفعة مدة الإجارة فهل يقدم فيها عقد الإجارة فتنتقل إلى المستأجر أو يقدم فيها عقد البيع فتسحب العين و تدخل في ملك المشتري أو يتزاحم فيها العقدان و لا يؤثر في نقلها شيء منهما فتبقى على ملك البائع و تملك المشتري العين مسلوبة منها منفعة مدة الإجارة وجوه.

اختار أولها في «العروة» و استدلّ عليه بما حاصله: أنّ عقد البيع يؤثر أولاً في تمليك العين فقط.^١ غاية الأمر: أنّ تملك العين يستتبع تملك المنفعة فتملك العين معلول للعقد و تملك المنفعة معلول لملك العين، و أما عقد الإجارة فيؤثر من أول الأمر في تمليك المنفعة و المفروض تقارن العقدين فمعلولاهما أيضاً متقارنان فانتقال المنفعة إلى المستأجر في رتبة انتقال العين إلى المشتري، و لكن رتبة انتقال المنفعة إلى المشتري متأخرة عن رتبتها لكونه معلولاً لانتقال العين إليه ففي الرتبة الواقعة بعد فراغ العقدين قد أثر الإجارة أثره من دون مزاحم و في الرتبة الثانية لم يبق موضوع لتبعية المنفعة للعين.

و في هذا الوجه نظر، فإنّ انتقال العين إلى المشتري و إن تقدّم على انتقال المنفعة إليه، و لكن تقدّمه تقدّم رتبي و قد حَقّق في محلّه أنّ ما مع المتقدّم على شيء ليس بمتقدّم على ذلك الشيء إلّا في التقدّم الزماني فما هو مع المتقدّم على شيء رتبة ليس بمتقدّم رتبة على ذلك الشيء، و على هذا فانتقال المنفعة إلى المستأجر و إن كان مقارناً لانتقال العين إلى المشتري الذي هو متقدّم على انتقال المنفعة إليه، و لكن لا يوجب هذا تقدّمه على انتقال المنفعة إلى المشتري.

هذا، و الأظهر في المسألة هو الوجه الثاني: أعني بطلان الإجارة و انتقال المنفعة إلى المشتري و تقريبه بوجهين:

الأول: أنّ عقد البيع في نقله العين بلا مزاحم فيؤثر فيه و في نقله المنفعة مزاحم بعقد الإجارة فلا يؤثر واحد منهما فيه، فإذا تساقتا رجعت المنفعة أيضاً إلى المشتري بمقتضى قاعدة التبعية؛ إذ منفعة كلّ عين تتبعها لو لا المانع و العين قد

ملكها المشتري بلا مزاحم فمنفعتها أيضاً يتبعها لسقوط المانع بالتزام.

الثاني: أنَّ المفروض في المسألة هو وقوع العقدين في آنٍ واحد و أنَّ عقد البيع في نقله العين بلا مزاحم و كلَّ عقد لا يؤثر إلَّا بعد تماميته و حينئذٍ فالمؤجر^١ و إن كان قبل تمامية العقدين مالكا لمنفعة العين إلى الأبد، و لكن عقد الإجارة لم يؤثر في هذا الآن لعدم تماميته و بعد هذا الآن كانت المنفعة منفعة ملك المشتري فلو صحَّت الإجارة لزم كونها مؤثرة في نقل منفعة ملك الغير لا منفعة ملك المؤجر.^٢

اللهمَّ إلَّا أن يقال: بأنَّ المؤجر قد كان مسلطاً حين العقد على المنفعة لعدم انتقالها بعد إلى المشتري فتصحَّ إجارته و إن كان لو لا هذه الإجارة لانتقلت المنفعة إلى المشتري و حينئذٍ فيدور المسألة مدار أنَّه هل يكفي في العقود المعاوضي كون المتعاقدين مالكين حين الإنشاء أو يجب مع ذلك كون مالكيتهما بحيث لو لم يطرأ هذا العقد لبقيت؟ و نظير ذلك ما لو باع أو أجر الوكيل دار موكله مثلاً و اتفق زهاق روح الموكل بعد تمامية الإيجاب و القبول بلا فصل فإنَّ الموكل حين وقوع العقد كان مالكا و إن كان تزول مالكيته بعد العقد لولاه أيضاً لانتقال ماله بالموت إلى الورثة.

١ - المراد بالمؤجر هو مالك العين و المنفعة، أعني البائع في فرضنا. [المقرَّر: ١]

٢ - أقول: يمكن أن يقال: ما هو مزاحم بعقد الإجارة هو قاعدة التبعية لا عقد البيع لما هو المختار من أنَّ تملك كلَّ مشتر لمنافع ما اشتراه إنما هو بقاعدة التبعية لا بالعقد، و حينئذٍ فإذا تساقط بقي المنفعة على ملك البائع.

أقول: لأحد أن يقول لا يضرُّ بصحة الإجارة كون المنفعة منفعة ملك الغير و إنما يضرُّ بها كون المنفعة للغير و كونها فيما نحن فيه للمشتري غير معلوم لعدم وجود السبب المملَّك و لو أضرَّ بصحة الإجارة كون المنفعة منفعة ملك الغير لزم بطلان الإجارة بالبيع المتأخَّر عنها أيضاً إذا وقع في مدة الإجارة.

العين المستأجرة أمانة

العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر فلا يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط و المراد بالضمان هنا ضمان اليد لا ضمان الإتلاف، فإنَّ المستأجر ضامن للعين المستأجرة لو أ تلفها و ذكروا في كتاب الغصب أنَّ الضمان على ثلاثة أقسام: الضمان بالإتلاف مباشرة. و الضمان بالإتلاف تسببياً. و ضمان اليد.

و المراد بضمان اليد، ضمان كلِّ أحد لما يكون تحت استيلائه من استولى على مال غيره عدواناً، ثمَّ تلف في يده كان مضموناً عليه و إن كان بالتلف السماوي، و ليس المراد بالاستيلاء الموجب للضمان التصرف في ملك الغير، بل المراد به جعل الغاصب ملك غيره تحت سلطنة نفسه و اختياره، بحيث يكون المالك ممنوعاً عن التصرف فيه كيف شاء.

فعلى هذا، يكون بين التصرف في ملك الغير و الاستيلاء عليه عموماً من وجه. فمن صلى في دار غيره في خفاء من المالك و خوف منه من دون استيلاء على الدار بطلت صلاته لاتحادها مع التصرف الغصبي لو قلنا بالامتناع، و لكن لا يضمن الدار لو تلفت بيده.

و من منع المالك عن التصرف في داره و استولى عليها، و لكن صلى في غير هذه الدار، بل لم يتصرف أبداً في تلك الدار صحَّت صلاته لعدم اتحادها مع المحرّم و لكن لو تلفت الدار ضمنها.

و من صلى في دار غيره مستولياً عليها بطلت صلاته و ضمنها لو تلفت. و بالجملة: لو أ تلف المستأجر العين المستأجرة ضمنها و لو تلفت في يده من

دون إتلافه لم يضمنها إلا مع التعدي أو التفريط لصيرورة يده بهما عدوانياً و تخرج في الأمانة.

شرط ضمان العين على المستأجر

ثم إنه هل يجوز أن يشترط على المستأجر ضمانها أو لا يجوز المشهور عدم الجواز.

و استدلّ عليه في «التذكرة» بأنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد و قوى فيها فساد العقد أيضاً بهذا الشرط لكون الشرط الفاسد مفسداً.^١

و اختار المحقّق الأردبيلي رحمه الله عدم فساد الشرط^٢ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»،^٣ و تبعه المحقّق السبزواري صاحب «الكفاية»^٤ و صاحب «الرياض»^٥ و صاحب «العروة» في «عروته».^٦

نعم، اختار في حاشيته على «المكاسب» ما اختاره المشهور من فساد الشرط. و استدلّ له فيه: بأنّ يد المستأجر أمانة فجعل الضمان عليه مثل جعل الضمان على أجنبي لا يد له على المال.^٧

١- تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٣٣؛ وراجع: تحرير الأحكام ٣: ١١٧.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٧٠.

٣- تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ / ١٥٠٣؛ الاستبصار ٣: ٢٣٢ / ٨٣٥؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب

النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٤- كفاية الفقه ١: ٦٥٠.

٥- رياض المسائل ٩: ٢٠٠.

٦- العروة الوثقى ٥: ٦١.

٧- حاشية كتاب المكاسب، المحقّق اليزدي ٣: ٢٨٣.

و الظاهر أنَّ مقصوده من هذا التقريب بيان أنَّ هذا الشرط مخالف لحكم الشارع بعدم ضمان الأمين فيكون بطلان الشرط من جهة مخالفته للكتاب و السنة. و فيه بحث، فإنَّه لو كان لنا دليل يدلُّ على أنَّ أمانة اليد علَّة لعدم الضمان سلَّمنا ما ذكره، و لكنَّه ليس لنا دليل بهذا المضمون.

نعم، لا ضمان على الأمين من جهة عدم الدليل على ضمانه و قصور قوله: «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّي»^١ عن شمول اليد الأماني لكثرة التخصيصات الواردة في الموارد الخاصَّة مع إلغاء خصوصية الموارد للعلم بعدم خصوصيتها.

و بالجملة: فليس لنا دليل على علَّة الأمانة لعدم الضمان و إنَّما نحكم بعدم الضمان في اليد الأماني من جهة عدم الدليل عليه و أصالة عدم الضمان و الأدلَّة الواردة في الموارد الخاصَّة دالَّة على ثبوت الضمان فيها من جهة عدم وجود علَّته لا على ثبوت عدم الضمان فيها من جهة وجود علَّة العدم.

و استدلَّ العلامة في «التذكرة» على ما عرفت لفساد الشرط بأنَّه مخالف لمقتضى العقد.^٢

و قد يقرب هذا الاستدلال بأنَّ الإجارة إن كانت عبارة عن وجود إضافة خاصَّة بين المستأجر و بين العين المستأجرة كما قرَّبناه كان مدلولها المطابقة استحقاق المستأجر لاستيلائه على العين و إن كانت عبارة عن تملك المنفعة كان مقتضاها بالالتزام ذلك الاستحقاق لعدم تمكُّنه من استيفاء المنفعة بدونه.

١- عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣ / ٣٥١؛ مستدرک الوسائل ١٤: ٧، كتاب الوديعة، الباب ١.

الحديث ١٢: السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٩٠.

٢- تذكرة الفقهاء ١٨: ٢٣٣.

و كيف كان: فالمستأجر قد استحقَّ بعقد الإجارة الاستيلاء على العين المستأجرة بعوض معيّن و هذا الاستحقاق هو مقتضى عقد الإجارة و الضمان مناف له.

و في هذا التقريب نظر، فإن مقتضيات العقود على ثلاثة أقسام:

فبعضها ما هو من مقومات العقود كحصول الملكية في عقد البيع، فلو باع شيئاً بشرط عدم حصول الملكية للمشتري كان هذا الشرط فاسداً و مفسداً لكونه منافياً لمقتضى حقيقة البيع، و بعضها ما هو من لوازم ماهيتها بنظر العرف، بحيث يستحيل انفكاكه عنها كاستحقاق المشتري تصرفاً ما فيما اشتراه، فلو باع شيئاً بشرط أن لا يتصرف المشتري فيه أصلاً كان هذا الشرط أيضاً فاسداً و مفسداً لعدم انفكاك جواز التصرف بنظر العرف عن حصول الملكية.

و بعضها ما هو من لوازم إطلاقها لا أصل ماهيتها، كجواز تصرف المشتري فيما اشتراه تصرفاً خاصاً فمن باع شيئاً بشرط أن لا يتصرف المشتري فيه تصرفاً خاصاً كالبيع أو الهبة مثلاً كان شرطه منافياً لمقتضى إطلاق البيع و لم يكن بفساد و لا مفسد.

إذا عرفت ذلك، فنقول: عدم ضمان العين المستأجرة بسبب التلف ليس من مقومات الإجارة و لا من لوازم ماهيتها بنظر العرف كما هو واضح، و ليس أيضاً من مقتضيات إطلاق الإجارة لعدم ارتباط الإجارة الذي يعبر عنه في الفارسية بـ«مزدورى دادن» بعدم كون التلف العين المستأجرة سبباً للضمان و لو سلم كونه من مقتضيات إطلاقها لم يكن اشتراط الضمان بفساد و لا مفسد كما مر.

ثم إنه يمكن أن يقال: بمنافاة صحة اشتراط الضمان فيما نحن فيه مع ما مر سابقاً و هو المسلم عندهم من انفساخ الإجارة بتلف العين المستأجرة، سواء قلنا

بالانفساخ من حين التلف كما هو المستظهر من قولهم: «انفسخت» أو قلنا بكون التلف كاشفاً عن عدم وقوع الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى منفعة زمن التلف كما اخترناه.

و وجه المنافاة: أَنَّ العين المستأجرة لا أثر لضماتها ما دامت موجودة؛ إذ لا أثر لضمأن الموجود إلّا استحقاق المطالبة الذي هو منتفٍ في العين المستأجرة لعدم استحقاق المؤجر مطالبتها في مدة الإجارة، و على هذا فتأثير الشرط في ضماتها لابدٌ و أن يكون باعتبار التلف بأن يكون تلفها موجباً للضمان و الفرض أن تلفها موجب لانفساخ العقد بجميع توابعه التي منها الشرط فقبل التلف لا أثر للشرط و بعده لا شرط حتّى يؤثّر في الضمان.^١

فإن قلت: وجوب الوفاء بالشرط ليس من جهة قوله: «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ»^٢ حتّى يقال بأنّ العقد قد انفسخ، بل من جهة قوله: «المؤمنون عند شروطهم»^٣ و هو يدلّ بعمومه على وجوب الوفاء بمطلق الشروط خرج منها الشرط الابتدائي لما هو المشهور من عدم إلزامه و بقي الشروط الواقعة في ضمن العقود تحته فيجب الوفاء بها انحلال العقد الذي وقع الشرط في ضمنه أو لم ينحلّ. و بعبارة أخرى: إلزام الشرط

١ - أقول: فإن قلت: تلف العين علّة لانعدام العقد و الشرط و رتبة العلّة قبل رتبة المعلول ففي رتبة التلف الشرط باق فيؤثّر أثره؛ إذ الفرض أن الضمان من آثار التلف مع الشرط و هما حاصلان في رتبة واحدة وإن كان الشرط يندم بعد رتبة التلف.

قلت: ليس التلف علّة لانعدام الإجارة و الشرط، بل ظرف له فإنّ انفساخ الإجارة بتلف العين ليس من جهة علّة التلف للانفساخ، بل من جهة عدم الموضوع للإجارة في ظرف التلف. فإنّ الإجارة إنّما هي باعتبار المنفعة و في ظرف التلف لا منفعة حتّى تبقى الإجارة، فافهم. [المقرّر]

٢ - المائدة (٥): ١.

٣ - تقدّم تخريجه في الصفحة ١٧٤.

يحتاج حدوثاً إلى كونه في ضمن العقد لا بقاء، فيمكن انحلال العقد و بقاء الشرط
لعموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم».

قلت: الشرط الواقع في ضمن العقد يحتاج بقاءً أيضاً إلى العقد الواقع فيه بحسب
اعتبار العقلاء الذين هم المراجع في تلك الموارد فيرون إلزام هذا النحو من الشرط
من توابع وجود العقد، فلو باع زيد داره و اشترط في ضمن العقد خياطة المشتري
لثوبه، ثم انفسخ البيع لم يحكموا بوجوب خياطة الثوب على المشتري. و هذا
واضح من سيرتهم، فالظاهر وجود المنافاة بين صحّة الشرط و كون التلف موجباً
للانفساخ.^١

اللهمّ إلّا أن يقال باشتراط الضمان في عقد آخر غير عقد الإجارة، ولكنه
مخالف لتصريحاتهم بفساد الإجارة أيضاً من جهة كون الشرط الفاسد مفسداً.
فإن قلت: يمكن أن يفرض الاشتراط في عقد الإجارة أيضاً مع عدم وجود
المنافاة المذكورة في بعض الموارد كما لو اشترط الضمان فيها، ثم تلف بعض العين
المستأجرة فإن العقد لا ينفسخ بتمامها بتلف البعض فيبقى الشرط أيضاً بحاله؛ إذ لا
نحتاج في إلزام الشرط إلّا أن يكون إلزاماً في إلزام حدوثاً و بقاءً و هاهنا كذلك.
قلت: كما أنّ العقد يتبعّض بتلف بعض العين المستأجرة فكذلك الشرط أيضاً
يتبعّض فاشتراط ضمان هذا البعض التالف إن كان في ضمن الحصّة من العقد الواقعة

١ - أقول: يمكن أن يفضل بين شرط الفعل و شرط النتيجة بأن يقال: إنّ المشروط لو كان فعلاً من الأفعال
كالخياطة مثلاً توجه إشكال المنافاة بخلاف ما لو كان بنحو النتيجة بأن يشترط حصول الضمان في
ظرف التلف بسببية نفس الاشتراط الواقع في ضمن العقد أو بسببية اليد الحاصلة قبل التلف فيؤثر
نفس الاشتراط أو اليد بمحض حصولها في الضمان في ظرف التلف، نظير الإرادة في الواجب المعلق
الموجبة حصول الفعل في المستقبل، فتأمل. [المقررات]

على نفسه عاد إشكال المنافاة و إن كان في ضمن الحصّة الواقعة منه على البعض الآخر كان من أفراد ما ذكرناه من اشتراط الضمان في ضمن عقد آخر.

فإن قلت: تبعّض الشرط بتبعّض العقد مخالف لما هو المركوز في أذهان العقلاء فلو أجر زيد داره و شرط على المستأجر في ضمن الإجارة خياطة ثوبه، ثم تلف بعض العين المستأجرة تبعضت الإجارة و لكنّ الشرط لا يتبعّض بأن يجب على المستأجر خياطة بعض الثوب.

قلت: هذا أول الكلام و من أين ثبت عدم تبعّض الشرط.

شروط صحّة الشرط وأدلتها

و حيث انجزّ الكلام إلى مبحث الشروط فالأولى الورود فيه مفضلاً مع ذكر أدلتها وأحكامها و شرائطها، فإنّه من المباحث المهمّة النافعة في تمام العقود. فنقول: لم نجد في روايات العامّة رواية عامّة دالّة على صحّة تمام الشروط.^١ نعم، لهم روايات خاصّة في موارد مخصوصة. فمفنها: ما رووها في قصّة بريرة - بفتح الباء الموحدة و كسر الراء - و مجمل ما ذكروها أنّ بريرة كانت جارية كاتبها مولاها فلم تقدر على أداء مال الكتابة فاستعانت بعائشة في أدائها، فقالت عائشة: اعتقك على أن يكون به ولاتك لي فمنع أقوامها عن هذا الشرط، ثم اشترتها عائشة من أقوامها و اشترط عليها كون ولاتها لأقوامها، فقال النبي ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزّ و جلّ فهو باطل قضاء الله أحقّ و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق».^٢

١- سيّضح لك أنّ في العامّة أيضاً رواية عامّة. [المقرّرة]

٢- المسند، أحمد بن حنبل ١٧: ٣٥٧ و ١٨: ١٩٤؛ صحيح مسلم ٤: ٤١٤؛ صحيح البخاري ٣: ٣٧٦، الباب ٦٠٠ / ٩٣٠؛ سنن أبي داود ٢: ٤١٥ / ٣٩٢٩؛ سنن الترمذي ٣: ٢٩٥؛ سنن الدارقطني ٣: ١٩؛ السنن الكبرى، البيهقي ٧: ١٣٢؛ كنز العمال ١٠: ٣٢٢ / ٢٩٦١٥؛ وراجع: دعائم الإسلام ٢: ٢٤٧ / ٩٣٥؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٠، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٥، الحديث ٢؛ و ١٥: ٣١، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، الباب ٣٦، الحديث ٢.

و منها: ما رَوَاهُ من أَنَّ جَابِرَ بَاعَ إِبْلَهَ من رَسولِ اللَّهِ و شرطَ عليه أن يركبهُ إلى المدينة.^١

و منها: ما رَوَاهُ في قِصَّةِ سَفِينَةٍ و هي أَنَّهَا كانت من مَوالِي أُمِّ سلمة فاعتقتها و شرطتَ عليها أن تخدمَ رَسولَ اللَّهِ ﷺ و لم ينقلوا عن رَسولِ اللَّهِ في ذلك شيئاً.^٢ و أمَّا رِوَايَاتُنا معاشِرَ الإمامية في هذه المسألة فكثير جداً عموماً و في الموارد الخاصة.

فلنذكر بعضها للتبرُّك و للاستدلال.

الرواية الأولى: ما رواه حسن بن محبوب من أعاضم الطبقة السادسة في رجالنا، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم فيما [مما] وافق كتاب الله عزَّ وجلَّ».^٣

الثانية: ما رواه نضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان أيضاً، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كلَّ شرط خالف كتاب الله عزَّ وجلَّ فلا يجوز».^٤ الثالثة: ما رواه صفوان بن يحيى، عن عبد الله بن سنان أيضاً قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشرط في الإماء لا تباع ولا توهب، قال: «يجوز ذلك غير

١- جامع الأصول ١: ٤٢٩ - ٤٣٥؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٢: ١١٨؛ مختصر المزني: ٨٧؛ المجموع: ٩؛

٣٧٦؛ المحلى بالآثار ٨: ٤١٥؛ المغني، ابن قدامة ٤: ٣٠٩ وراجع: تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٤٨.

٢- المحلى بالآثار ٩: ١٨٥ / ١٦٦١؛ سنن أبي داود ٢: ٢٣٦؛ المستدرک علی الصحیحین ٢: ٢١٣؛ السنن

الكبرى، البيهقي ١٠: ٢٩١.

٣- الكافي ٥: ١٦٩ / ١؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ١.

٤- تهذيب الأحكام ٧: ٢٢ / ٩٣؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦،

الحديث ٢.

الميراث، فإنها تورث لأن كل شرط خالف الكتاب باطل»^١.

الرابعة: ما رواه غياث بن كلوب (من العامة) عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليفلح بها، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً وأحل حراماً»^٢.

الخامسة: ما رواه حسن بن محبوب، عن علي بن رئاب، عن أبي الحسن موسى قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مئة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: «إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مئة دينار التي أصدقها إياها وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى منه في ذلك بما رضيت و هو جائز له»^٣.

السادسة: ما رواه عبدالله بن المغيرة، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق، قال: «ليس ذلك بشيء، إن رسول الله ﷺ قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه»^٤ انتهى.

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٦٧ / ٢٨٩؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٣.

٢ - تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧ / ١٨٧٢؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٧، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٥؛ و ٢١: ٦٨، كتاب النكاح، أبواب المتعة، الباب ٣٢، الحديث ٩؛ و أيضاً: ٣٠٠، أبواب المهور، الباب ٤٠، الحديث ٤.

٣ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٩، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٤٠، الحديث ٢.

٤ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٧، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٣٨، الحديث ٢.

أقول: الضمير في «هي طالق» يمكن أن يكون عائداً إلى المرأة الثانية المدلول عليها بقوله: إن نكحت عليك أو تسرّيت و يكون لفظ الطلاق بالنسبة إلى السريّة مستعملاً في معناه اللغوي.

السابعة: ما رواه عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوّج امرأة و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتّخذ عليها سريّة فهي طالق، فقتضى في ذلك «أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بما اشترط و إن شاء أمسكها و اتّخذ عليها و نكح عليها».^١

الثامنة: العياشي في تفسيره، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوّجها رجل و شرط عليها^٢ و على أهلها إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سريّة فإنها طالق، فقال: «شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفي بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و نكح عليها و تسرى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك»، قال الله في كتابه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ﴾^٣ و قال: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^٤ و قال: ﴿وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾^٥.

١- تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٠ / ١٥٠٠؛ الاستبصار ٣: ٢٣١ / ٨٣٢؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٦-٢٩٧، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٣٨، الحديث ١؛ و راجع: ٢٢: ٣٥-٣٦، كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شرائطه، الباب ١٣، الحديث ٢.

٢- الظاهر كون كلمة على بمعنى اللام. [المقرئ:]

٣- النساء (٤): ٣.

٤- النساء (٤): ٣.

٥- النساء (٤): ٣٤.

٦- تفسير العياشي ١: ٢٤٠ / ١٢١؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢، الحديث ٦.

التاسعة: عن زرارة أنَّ ضريساً كانت تحت بنت حمران، فجعل لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أبداً في حياتها ولا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا تتزوج بعده أبداً وجعلاً عليهما من الهدى والحجّ والبدن وكلّ مال لهما في المساكين إن لم يف كلّ واحد منهما لصاحبه، ثمّ إنّه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له، فقال: «إنّ لابنة حمران لحقاً و لن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحقّ، إذهب فتزوج و تسرّ فإنّ ذلك ليس بشيء، و ليس شيء عليك و لا عليها، و ليس ذلك الذي صنعتما بشيء فجاء فتسرى و ولد له بعد ذلك أولاد»^١.

العاشرة: عن عبد الله الكاهلي، عن حمادة بنت الحسن أخت أبي عبيدة الحذاء قالت: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة و شرط لها أن لا يتزوج عليها و رضيت أنّ ذلك مهرها؟ قالت: فقال أبو عبد الله عليه السلام: «هذا شرط فاسد لا يكون النكاح إلّا على درهم أو درهمين»^٢.

الحادية عشرة: عن صفوان بن يحيى، عن منصور بزرج (معرّب بزرگ)^٣ عن عبد صالح قال: قلت له: إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة، ثمّ طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبّت عليه إلّا أن يجعل لله عليه أن لا يطلّقها و لا يتزوج عليها فأعطاه ذلك، ثمّ بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: «بش ما صنع و ما كان يدره ما يقع في قلبه بالليل أو النهار. قل له: فليف للمرأة بشرطها فإنّ

١- الكافي ٥: ٤٠٣ / ٦؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٢.

٢- الكافي ٥: ٢٨١ / ٩؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٥، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ١.

٣- منصور بن بزرج متحد مع «منصور بن يونس» و في رجال النجاشي: ٤١٣ / ١١٠، «منصور بن يونس بزرّج».

رسول الله ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم»^١.

الثانية عشرة: محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يقول لعبده: أعتقتك على أن أزوجه ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسرى فعليك مئة دينار، فأعتقه على ذلك و تسرى أو تزوج؟ قال: «عليه شرطه»^٢.

الثالثة عشرة: محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي و اشترطت عليه أن يبيدها الجماع والطلاق، قال: «خالفت السنة و وليت حقاً ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة»^٣.

و بالجملة: فالروايات العامة الدالة على صحة مطلق الشروط كثيرة متفرقة في أبواب مختلفة من «الوسائل» فبعضها كما عرفت في أبواب الخيار من كتاب التجارة^٤ و بعضها كما مرّ أيضاً في أبواب المهور من كتاب النكاح^٥ و بعضها في كتاب المكاتب من العتق^٦ و أكثر منها جداً الأخبار الواردة في أحكام الشروط في الموارد المخصوصة.

ثم إن الظاهر دلالة قوله: «المسلمون عند شروطهم»^٧ على لزوم الوفاء بالشرط،

١- تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ / ١٥٠٣؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤.

٢- الكافي ٦: ١٧٩ / ٤؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٣٧، الحديث ١.

٣- الفقيه ٣: ٢٦٩ / ١٢٧٦؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٩، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٩، الحديث ١.

٤- الرواية الأولى إلى الرابعة.

٥- الرواية الرابعة إلى الأخيرة.

٦- راجع: وسائل الشيعة ٢٣: ١٤ و ١٧، كتاب العتق، الباب ٤ و ٦ و بعض أبواب آخر.

٧- في خمس الروايات السابقة آنفاً التعبير بـ «المؤمنون عند شروطهم».

مضافاً إلى الصّحة لظهوره في كون الوقوف عند الشرط و عدم التجاوز عن حدّه من لوازم الإسلام و أنّ كلّ مسلم يجب عليه الوقوف عند التزامه و عدم التعدي عنه. فإن قلت: سياق هذا الكلام يشهد بكونه من الروايات الأخلاقية لا الأحكامية فلا يدلّ على أكثر من صحّة الشروط.

قلت: لا منافاة بين كونه من الأخلاقيات و بين لزوم الوفاء بعد ظهوره في كون الوقوف عند الشرط من لوازم إسلام كلّ مسلم.^١ مضافاً إلى إمكان أن يقال: يكون الجملة الخبرية في مقام الإنشاء، و قد حقّقنا في الأصول^٢ أنّ كلّ ما يدلّ على الطلب و إن كان بلفظ الخبر يجب العمل على وفقه ما لم نقف على ترخيص في تركه.

الشرط الأوّل: أن لا يكون مخالفاً للكتاب

ثمّ الظاهر أنّ المراد بالموافقة عدم المخالفة كما يظهر من ملاحظة مجموع الروايات.

و اعلم: أنّ المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و إن لم يصرح به في القرآن، بل كان مبيّناً بلسان رسول الله ﷺ الذي لا ينطق عن الهوى.

و إن أبيت إلّا عن ظهور لفظ الكتاب في القرآن، فنعمّم الحكم لما خالف الأحكام المسلّمة من الشرع الغير الواردة في القرآن بإلغاء الخصوصية للعلم بأنّ

١ - و مضافاً إلى ظاهر قوله في رواية غياث بن كلوب: «كُفِّبَ بها...». [المقرّر: ١]

٢ - نهاية الأصول: ١٠٨.

حرمة مخالفة الكتاب ليست من جهة كونه كتاباً بين الدفتين، بل من جهة كونه حاوياً لأحكام الله، فيستفاد من تلك الأخبار عدم جواز الشرط المخالف لأحكام الله وإن لم يصرح بها في القرآن.

ثم إن الشيخ الأنصاري رحمته الله قال في مبحث الشروط من مكاسبه: «إن المتَّصف بمخالفة الكتاب إما نفس المشروط وملتزم ككون الأجنبي وارثاً وعكسه، وكون الحرّ أو ولده رقاً وثبوت الولاء لغير المعتق ونحو ذلك، وإما أن يكون التزامه مثلاً مجرد عدم التسري والتزويج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب، وإنما المخالف الالتزام به فإنه مخالف لإباحة التسري والتزويج الثابتة بالكتاب»^١.

ونحن نقول: كلمة «الشرط» قد تستعمل مصدراً بمعنى الإلزام وقد تستعمل في المشروط وملتزم كالخلق بمعنى المخلوق واستعمالها في الالتزام أيضاً على وجهين، فقد تستعمل في الالتزام موضوعاً من دون نظر إلى الملتزم كما لو كان لنا حكم ثابت لنفس الالتزام بما هو فعل من الأفعال في قبال الملتزم.

وقد تستعمل في الالتزام مندكاً في الملتزم بأن كان الملتزم فيما نحن فيه مثلاً مخالفاً للكتاب ولكن نسبت المخالفة إلى الالتزام والشرط من حيث إنه الباعث على فعل الملتزم.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: هل يجوز أن تستعمل في استعمال واحد في معنيين بأن يكون المراد بالشرط في قوله: «إلا شرطاً خالف كتاب الله»^٢ المشروط المخالف له و نفس الالتزام المخالف له معاً أو الالتزام بما هو مندك في الملتزم و

١- كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٩: ٢٥.

٢- هذا مفاد بعض الأخبار المتقدمة ذكرها.

طريق إليه و الالتزام بما هو فعل من الأفعال؟ الظاهر عدم الجواز فما ذكره رحمته من أن المخالف للكتاب قد يكون نفس الالتزام و قد يكون الملتزم مريداً إدخال كلا القسمين في قوله: «إلا شرطاً خالف كتاب الله» لعله في غير محله.

اللهم إلا أن يقال: بأن الالتزام بترك المباح كترك التسري و التزويج إذا كان حراماً مخالفاً للحكم بإباحتهما فالالتزام بفعل الحرام أو ترك الواجب أيضاً حرام مخالف للكتاب بطريق أولى فلفظ الشرط لم يستعمل إلا بمعنى نفس الالتزام.

و لكن لقائل أن يقول: كون نفس الالتزام بالحرام حراماً في قبال نفس العمل بعيد جداً؛ إذ لازم ذلك أن يكون من التزم بحرام، ثم عمله مرتكباً لمعصيتين.

و بعد التيا و التي تقول: إن الظاهر المتبادر من لفظ الشرط هو الالتزام و لكن لا بما هو فعل من الأفعال في قبال الملتزم، بل بما هو مستتبع للعمل على وفق الملتزم. و بعبارة أخرى: الالتزام المندك في الملتزم و هذا واضح لمن تأمل الاستعمالات العرفية.

معنى الشرط المخالف

ثم إنه قد اختلف كلمات العلماء في بيان معنى الشرط المخالف. فقال المحقق النراقي رحمته في «عوائده» ما حاصله: أن معنى الشرط المخالف هو أن يكون المشروط ثبوت حكم مخالف للحكم الذي ثبت من الكتاب و السنة. و الحاصل: أن يثبت من الشرع حكم في واقعة فيشترط ثبوت حكم مخالف لذلك الحكم و مضاداً له، و ذلك مثل أن ثبت من الكتاب و السنة: أن أمر المرأة ليس بيدها؛ فيشترط أن يكون أمرها بيدها و ثبت أن الطلاق بيد الزوج فيشترط أن

لا يكون بيده و ثبت أنّ المال المشتبه حلال فيشترط كونه حراماً؛ و ثبت أنّ النظر إلى الزوجة حلال فيشترط أن لا يكون حلالاً؛ و ثبت أنّ الخمر حرام فيشترط أن يكون حلالاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

و أمّا اشتراط أن لا يتصرّف المشتري في المبيع مدّة معلومة فليس مخالفاً للكتاب؛ إذ الثابت من الكتاب إنّما هو جواز تصرّفه لا تصرّفه فاشتراط عدم جواز تصرّفه مخالفاً للكتاب و باطلاً لا اشتراط عدم التصرف.

فإن قلت: ثبت من الكتاب و السنّة جواز التصرف فيما يشتره و الشرط يستلزم عدم جوازه فيكون مخالفاً و باطلاً.

قلت: لا نسلم أنّ الشرط يستلزم عدم الجواز، لأنّ المشروط هو عدم التصرف لا عدم جواز التصرف. نعم، إيجاب الشارع للعمل بالشرط يستلزم عدم الجواز و لكنّ المستثنى في الأخبار ليس شرطاً خالف وجوب الوفاء به كتاب الله، بل شرط خالف بنفسه الكتاب و السنّة.

فإن قلت: هذا إنّما يصحّ إذا كان الشرط بمعنى المشروط، و أمّا إذا كان بالمعنى المصدري أي الالتزام حتّى يكون معنى الحديث إلّا التزام خالف الكتاب كان شرط عدم تصرف أيضاً مخالفاً للكتاب لأنّ التزامه مخالف لجواز التصرف.

قلنا: لا نسلم أنّ التزام عدم التصرف مخالف للحكم بجوازه ما لم يحكم الشارع بوجوب العمل بذلك الالتزام.

ثمّ قال: و أمّا شرط فعل الحرام و ترك الواجب أو المباح فليس مخالفاً للكتاب و السنّة؛ إذ لم يثبت من الكتاب و السنّة ترك شرب الخمر مثلاً حتّى يكون اشتراط فعله مخالفاً لهما و لا فعل الصلاة مثلاً حتّى يكون اشتراط تركه مخالفاً، بل الثابت

منهما الحرمة و الوجوب فاشتراط عدمهما مخالف لهما، فعلى هذا لو اشترط فعل حرام أو ترك واجب حصل التعارض بين دليل الحرمة و الوجوب و بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط،^١ انتهى كلامه رحمته.

و في كلامه نظر؛ إذ الظاهر أنّ الشرط في الروايات ناظر إلى الشروط المتعارفة بين العقلاء و قد سيقّت الروايات لبيان حكم هذا السنخ من الشروط و اشتراط أن يكون حكم واقعة حكماً مخالفاً لحكم ثبت في الكتاب خارج عن طريقة العقلاء يشترطون أموراً تكون مقدورة لهم و مفيدة بحالهم و كون حكم الصلاة مثلاً الحرمة في الشرع أو كون الخمر حلالاً فيه مثلاً أمر خارج عن قدرة البشر لا يشترطه العقلاء لعلمهم بعدم قدرتهم عليه و عدم فائدته لهم على فرض القدرة.

أقسام الحكم الشرعي

اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الأحكام الشرعية بنظر العقلاء على قسمين:

القسم الأوّل منها: ما يكون وضعها و رفعها بنظر العرف و العقلاء بيد الشارع و من مختصّاته مثل وجوب الصلاة و الصوم و حرمة الخمر و الزنا و استحباب النوافل مثلاً و غيرها من الأحكام التكليفية و بعض الأحكام الوضعية، فإنّ العقلاء بأجمعهم يعلمون أنّ جعل هذا السنخ من التكاليف و رفعها من مختصّات الشرع و خارج عن تحت قدرتهم فاشتراط ثبوت هذا القسم من التكاليف أو ثبوت أضعافها خارج عن الشروط المتعارفة، كما تنظرنا فيه، فلا يشترط العقلاء في معاملاتهم أن يكون الصلاة مثلاً حراماً في الشرع أو واجباً لعلمهم بخروجه عن قدرتهم و عدم كونه مفيداً لهم على فرض القدرة.

القسم الثاني من الأحكام الشرعية: ما لا يكون بنظر العرف و العقلاء سوى الأوحدين منهم من مختصات الشرع و ممّا يكون أمر وضعها و رفعها بيد الشارع فيتخيّلون أنّها ممّا ينجمل بجعلهم أيضاً و ذلك مثل كثير من الأحكام الوضعية فهذا القسم من الأحكام يمكن أن يشترط العقلاء ثبوتها أو ثبوت أضرارها و يكون من الشروط المتعارفة بينهم.

فمنها: ولاء العتق التي هي من الأحكام الوضعية و لها آثار عند العقلاء التي منها إرث المعتق من العتيق، و قد اعتبرها الشارع أيضاً بالنسبة إلى حكم الإرث بعد ما لم يكن للميت وارث نسبي، فهذا الحكم ليس بنظر العقلاء ممّا يكون وضعها بيد الشارع فقط و لا يزعمون أنّ ثبوت الولاء للمعتق من الأحكام الشرعية التي لا يتغيّر، بل يتخيّلون أنّها من حقوق المعتق فله أن يجعلها لغيره أيضاً فلذلك اشترط موالي بريرة على عائشة بعد اشترائها أن يكون ولاتها لأنفسهم تخيلاً منهم أنّها من حقوق عائشة فلها أن يجعلها لهم.^١

و منها: تسلّط الزوج على الزوجة و كون الطلاق و الجماع بيده و كون المهر عليه، فإنّها أحكام وضعية وضعها الشارع، و قد يتخيّل العرف أنّ كون الطلاق و الجماع بيد الزوج و تسلّطه على الزوجة من جهة كون المهر عليه، بحيث يمكن أن يجعل المهر على الزوجة و يجعل اختيار الطلاق و غيره بيدها.

أو يتخيّل أنّ جعل الطلاق و نحوه بيد الزوج من جهة صلاحه، بحيث يجوز له أن يرفع يده عن حقّه و يجعل اختيار تلك الأمور بيد الزوجة برضاه.

و منها: حكم الشرع بكون ميراث الميت لأقاربه و أرحامه بالطريق المخصوص

و الترتيب المعين و لكنَّ العقلاء قد يتخيّلون بأنَّ الميّتَ لمّا كان في زمن حياته مسلّطاً على ماله فله جعله للأجانب أو اشتراط عدم كونه ميراثاً و يزعمون أنّ ذلك من توابع سلطنته على ماله.

و بالجملة: فنظائر هذا السنخ من الأحكام كثيرة و اشتراط خلافها أمر متداول بين العقلاء، فيمكن أن يكون الحكم بعدم جواز الشرط المخالف للكتاب للردع عن هذا القبيل من الشروط، و يدلّ على ما ذكرنا قوله ﷺ: «شرط الله قبل شرطكم»^١ فإن قلت: إذا كان اشتراط خلاف هذا السنخ من الأحكام الشرعية شرطاً مخالفاً للكتاب و السنّة لزم منه كون اشتراط إرث المتمتع بها مخالفاً للكتاب، و كذلك شرط الخيار مع حكم الشارع بلزوم العقد بقوله: *أَوْقُوا بِالْعُقُودِ* و قوله: «فإذا افترقا وجب البيع»^٢ و مثله اشتراط سقوط الخيارات مع حكم الشارع بثبوتها.

قلت: أمّا اشتراط إرث المتمتع بها فنحن نسلم كونه مخالفاً للكتاب و لا محذور فيه، و أمّا شرط ثبوت الخيار أو سقوطه فليس مخالفاً لحكم الشارع من جهة أنّ حكمه بثبوت الخيار أو عدم ثبوته حكم حَقِّي لا حكم شرعي لا يَتَغَيَّرُ، فليس حكمه بثبوت خيار المجلس مثلاً إلّا لإرفاق بالطرفين و جعل حقّ تروّ لهما و حينئذٍ فلهما إسقاط حقّهما و كذلك حكمه بلزوم العقود ليس إلّا من جهة اطمئنان خاطر المتعاقدين فلزوم البيع مثلاً عبارة عن جعل حقّ للمشتري على البائع بأن يفي بما عاهد عليه و جعل حقّ للبائع على المشتري كذلك و حينئذٍ فلكلّ منهما رفع يده عن حقّه.

١ - تقدّم في الرواية الثامنة في الصفحة ١٨٣.

٢ - الكافي ٥: ١٧٠ / ٧؛ وسائل الشيعة ١٨: ٦ و ٩، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ١، الحديث ٤ و الباب ٢، الحديث ٤.

و يحتمل أن يقال: بشمول الشرط المخالف لهذا القسم من الشروط و لصورة اشتراط فعل الحرام أو ترك الواجب أيضاً. بتقريب: أن الشرط كما قلنا قد استعمل بلحاظ المشروط فمخالفة الشرط للكتاب إنما هو بمخالفة المشروط له، فكما أن المشروط لو كان عبارة عن كون الولاء لغير المعتقد مثلاً كان مخالفاً لحكم الشرع بثبوت الولاء لمن اعتق، فكذلك لو كان المشروط عبارة عن فعل الحرام مثلاً لأن فعل الحرام بنفسه يعدّ في نظر العقلاء أمراً مخالفاً لحكم الشارع بالحرمة و قد يقولون لمرتكب المعصية: إن عملك مخالف لحكم الشارع.

احتمالات في معنى الشرط المخالف

ثم إن الاحتمالات الواردة في بيان معنى الشرط المخالف ثلاثة:

الأول: ما ذكرناه من كون المشروط عبارة عن ثبوت حكم مخالف لما حكم به الشرع، و قد قرّرناه بنحو لا يرد عليه الإشكال الوارد على التراقي فخصّصناه بما إذا كان المشروط من الأحكام الوضعية التي لا يكون أمر وضعها و رفعها عند العقلاء بيد الشارع، كالولاء و نظائره لا بمعنى أن يشترط كون حكم الولاء مثلاً في الشرع ثبوته لغير المعتقد حتّى يقال بورود الإشكال فيها أيضاً، بل بمعنى أن يشترط الطرفان ثبوت الولاء لغير المعتقد من جهة تخيلهم انجعاله بجعلهم أيضاً كما أوضحناه مفصلاً و قد اختار هذا المعنى المحقق الرشتي رحمته الله.^١

الثاني: أن يكون المراد بالشرط المخالف كون مشروطه معصية لله تعالى.

و فيه: أنه يلزم على هذا اختصاص الشرط المخالف بصورة اشتراط فعل الحرام

أو ترك الواجب و لا ينطبق على الصغريات الكثيرة المنطبق عليها في الروايات ككون الولاء لغير المعتق مثلاً.

الثالث: أن يكون المراد بقوله: «إلا شرطاً خالف كتاب الله»^١ إلا شرطاً خالف حكمه أي وجوب الوفاء به كتاب الله.

و فيه أولاً: أن هذا مخالف لظاهر الكلام، فإنه قد سبق لبيان الحكم بوجوب الوفاء و تعيين ما يجب الوفاء به من الشروط ممّا لا يجب، فقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^٢ معناه أنه يجب الوفاء بهذا القسم من الشروط، لا هذا القسم منه فالاستثناء إنما هو لتحديد الموضوع حتى يحكم عليه في المرتبة الثانية بوجوب الوفاء. و ظاهر هذا السنخ من الاستثناءات هو أن يكون الموضوع قبل ورود الحكم عليه منقسماً بقسمين، و قد أريد بالاستثناء تعيين ما هو موضوع الحكم بالإرادة الجدّية و على هذا فلا يمكن أن يكون الاستثناء ناظراً إلى نفس هذا الحكم الذي أريد إثباته بعد تحديد الموضوع.

و ثانياً: أن هذا المعنى مستلزم لسدّ باب الشروط لاختصاص الشرط الموافق حينئذٍ باشتراط فعل الواجب أو ترك الحرام، فإن اشتراط فعل المباحات أو تركها يكون مخالفاً باعتبار حكم الشرع بوجوب الوفاء بالشروط لما حكم به الشارع من إباحتها.

١ - هذا مفاد بعض الأخبار المتقدم ذكرها.

٢ - الكافي ٥: ١٦٩ / ١؛ الفقيه ٣: ١٢٧ / ٥٥٣؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٢ / ٩٣ و ٩٤؛ وسائل الشيعة ١٨:

١٦، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ١ و ٢.

معنى الاستثناء في رواية غياث

بقي الكلام في معنى الاستثناء الوارد في رواية غياث بن كلوب العامي و هو قوله: «إلا شرطاً حَرَمَ حلالاً أو أَحَلَّ حراماً»^١، فإنَّ حملَه على ظاهره يوجب اختصاص الشرط بالجائز بما إذا شرط فعل واجب أو ترك حرام؛ إذ غيره من الشروط إما محرَّم للحلال أو محلَّل للحرام فإنَّ اشتراط عدم الفسخ يوجب تحريم الفسخ الحلال، و كذلك اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها و اشتراط خيار الفسخ يوجب تحليل الحرام لكونه حراماً لولا الشرط.

و قد ورد بهذا المضمون في روايات العامة أيضاً، فقد روى أبو داود و الترمذي في كتاب القضاء في أحكام التصالح أَنَّهُ رَوَاهُ قَالَ: ما مضمونه «أَنَّ الصلح جائز بين المسلمين إِلَّا ما أَحَلَّ حراماً أو حَرَمَ حلالاً و المسلمون عند شروطهم إِلَّا ما حَرَمَ حلالاً أو أَحَلَّ حراماً»^٢.

و كيف كان، فنقول: قال المحقق القمي رحمته الله - على ما نقله عنه الشيخ في مكاسبه مصرحاً باسمه و التراقي في «عوائده» غير مصرح باسمه من جهة كونه أبا زوجة للتراقي - في بيان معنى الحديث ما حاصله: أَنَّ الموضوعات للأحكام الشرعية

١- تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧ / ١٨٧٢؛ وسائل الشريعة ١٨: ١٧، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٥؛ و ٢١: ٦٨، كتاب النكاح، أبواب المتعة، الباب ٣٢، الحديث ٩؛ و أيضاً: ٣٠٠، أبواب المهور، الباب ٤٠، الحديث ٤.

٢- سنن أبي داود ٢: ٣٢٧ / ٣٥٩٤؛ سنن الترمذي ٢: ٤٠٣ / ١٣٦٣.

٣- و قد قلنا في صدر المبحث إنَّنا لم نظفر في روايات العامة بما يدل على حكم تمام الشروط عموماً و هاهنا نقول أنا قد ظفرنا به. [المقرَّر]]

عبارة عن الطبايع الكليّة الغير المقيّدة بزمان دون زمان لا الأفراد و لا الطبايع مقيّدة بزمان خاصّ فما حكم الشارع بحرمة هو طبيعة الخمر مثلاً من غير تقييد بزمان أو مكان لا هذا الخمر و هذا الخمر و لا الطبيعة مقيّدة بزمان خاصّ أو مكان خاصّ و كذلك ما حكم بإباحته هو طبيعة الماء لا هذا الماء و هذا الماء و لا طبيعة الماء في يوم خاصّ.

نعم، يتعلّق الأحكام بالجزئيات من جهة تحقّق الكليّ فيها لا من جهة أنّها بنفسها هي الموضوعات للأحكام الشرعية.

و على هذا، فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهيّ عنهما هو أن يكون المتعلّق للشرط و الالتزام فعل نفس الطبيعة المحرّمة في الشرع أو ترك نفس الطبيعة المباحة مثل أن يشترط شرب الخمر مثلاً أو عدم شرب الماء إلى الأبد فلو اشترط في العقد عدم شرب الماء مثلاً إلى الأبد كان هذا الشرط محرّماً للحلال بخلاف ما إذا اشترط عدم شرب فرد خاصّ من الماء أو عدم شرب الطبيعة و لكن إلى سنة مثلاً، فإنّ هذا الشرط ليس بمحرّم لما هو موضوع الحلّة؛ أعني الطبيعة.

هذا ما ذكره المحقّق القميّ في هذا المقام.^١

و يمكن أن يستدلّ له بالآيات و الروايات.

أمّا الآيات: فقوله تعالى في أوّل سورة التحريم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^٢ و قوله في سورة المائدة:

١ - راجع: عوائد الأيّام: ١٤٨ - ١٥٠؛ غنائم الأيّام، رسالة اشتراط البيع، المطبوع مع غنائم الأيّام: ٧٣٢؛

كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٩: ٣٩ - ٤٤.

٢ - التحريم (٦٦): ١.

* يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ * وَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي أَنْتُمْ بِهِ مُؤْمِنُونَ * لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ *^١

و أما الروايات:

فمنها: ^٢رواية ابن أبي عمير عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى: * لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ * قال: «نزلت في أمير المؤمنين عليه السلام و بلال و عثمان بن مظعون، فأما أمير المؤمنين فحلف أن لا ينام بالليل أبداً، و أما بلال فإنه حلف أن لا يفرط بالنهار أبداً، و أما عثمان بن مظعون فإنه حلف أن لا ينكح أبداً - إلى أن قال -: فخرج رسول الله ﷺ و نادى الصلاة جامعة و صعد المنبر و حمد الله و أثنى عليه، ثم قال: ما بال أقوام يحرمون على أنفسهم الطيبات، ألا إني أنام الليل و أنكح و أفطر بالنهار فمن رغب عن سنتي فليس مني، فقام هولاء، فقالوا: يا رسول الله فقد حلفنا على ذلك فانزل الله عز و جل: * لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ

١ - المائدة (٥): ٨٧ - ٨٩.

٢ - أقول: و منها: أيضاً رواية عبد الله بن سنان قال: سأله عن رجل قال: امرأته طالق، أو مماليكه أحرار إن شربت حراماً و لا حلالاً قط، فقال: «أما الحرام فلا يقربه حلف أو لم يحلف و أما الحلال فلا يتركه فإنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله لأن الله يقول: * لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ * . راجع: وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٤، كتاب الأيمان، الباب ١٩، الحديث ٢.

نعم، يخالف هاتين الروايتين رواية منصور بن يونس التي ذكرناها. [المقرّر]

راجع: وسائل الشيعة ٢١، ٢٧٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٠، الحديث ٤، و منصور بن برزج متحد مع «منصور بن يونس» و في رجال النجاشي: ٤١٣ / ١١٠، «منصور بن برزج».

كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ»^١.

و بالجملة: فمفاد تلك الآيات و الروايات هو عدم جواز أن يحرم الإنسان المحللات الشرعية على نفسه.

و لا يبعد أن نفتى به و نقول: إن ما حكم الشارع بحليته و طيبه من أنواع النعم لفوائد موجودة فيه لا يجوز أن يحرمه الإنسان على نفسه لا بعنوان النذر و لا بعنوان آخر من الشرط و الصلح، و تحريم فرد خاص من الطبيعة المحللة أو تحريم جميع أفرادها في زمان خاص لا يعدّ في العرف تحريماً لعين ما حكم الشارع بحليته، لأنّ ما هو الموضوع لحكمه هو نفس الطبيعة من غير تقييد بزمان أو خصوصية فردية.

و بعبارة أخرى: المراد بتحريم الحلال المنهي عنه هو أن يحدث الإنسان بالشرط أو النذر أو غيرهما قاعدة كلية في قبال الشارع، هذا.

كلام الشيخ الأنصاري في الشروط و نقده

و قال شيخنا الأنصاري رحمته الله في «مكاسبه» في بيان معنى الاستثنائين - أعني الشرط المخالف للكتاب و الشرط المحلل و المحرّم - ما حاصله: أنّ الأحكام الشرعية من الحلية و الحرمة و غيرهما على قسمين:

القسم الأول: منها ما كانت ثابتة لموضوعاتها بأنّها من حيث هي من غير نظر إلى طرؤ الطواري عليها و لازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت الحكم الأول لموضوعه و بين ثبوت حكم آخر له، إذا فرض طرؤ عنوان آخر لهذا الموضوع و ذلك مثل أغلب

١ - المائدة (٥): ٨٩.

٢ - تفسير القمي ١: ١٧٩؛ وسائل الشيعة ٢٣: ٢٤٤، كتاب الأيمان، الباب ١٩، الحديث ١.

المباحات والمستحبات والمكروهات، حيث إن تجويز الفعل والترك فيها إنما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافيه الحكم بالتحريم من جهة عروض عنوان آخر مثل الحلف على تركه أو أمر الوالدين بالترك أو الحكم بالوجوب من جهة النذر وأمثاله. القسم الثاني: من الأحكام الشرعية ما كانت ثابتة لموضوعاتها لا مع التجرد عن ملاحظة العناوين الطارئة عليها، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت الحكم الأول وبين ثبوت حكم آخر لهذا الموضوع، وهذا نظير أغلب المحرمات والواجبات. ثم قال ﷺ الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل القسم الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب والسنة ولا محرماً ومحللاً وإذا ورد على ما كان من قبيل القسم الثاني كان مخالفاً لهما أو محرماً ومحللاً، انتهى ما أردنا نقله من كلامه. ونحن نقول: ورود حكم من الأحكام على عنوان من العناوين يتصور على نحوين:

الأول: أن يقيد هذا العنوان المأخوذ موضوعاً بأن لا يتحد مع عنوان آخر معين بحيث يكون الموضوع في لسان الدليل عبارة عن هذا العنوان الخاص مقيداً بعدم اتحاده مع العنوان الآخر مثل أن يكون الموضوع لوجوب العتق في لسان الدليل عبارة عن الرقبة الغير الطارئة عليها عنوان الكافرية بحيث لو طرء عليها خرجت عن الموضوعية وهذا القسم من الموضوعات نعبر عنها بالموضوعات المقيدة.

الثاني: أن لا يكون العنوان المأخوذ موضوعاً مقيداً في لسان الدليل بعدم اتحاده مع عنوان آخر أو اتحاده معه، بل يكون الحكم وارداً على العنوان مطلقاً غير مقيد بشيء مثل أن يرد الحكم بوجوب العتق على الرقبة من غير تقييد بشيء وظاهر ذلك هو أن يكون تمام الموضوع لوجوب العتق نفس عنوان الرقبة لا الرقبة المقيدة

بأتّحادها مع عنوان الإيمان أو عدم اتّحادها مع عنوان الكفر، فالرقبة الكافرة أيضاً موضوع بحسب ظاهر الدليل لوجوب العتق ولكن لا من حيث إنّها رقة كافرة، بل من حيث إنّها رقة فلا ينافي هذا المعنى كون عنوان الكافرية أيضاً موضوعاً لحكم آخر مضادّ للحكم الثابت لعنوان الرقة. غاية الأمر: أنّ الحكمين يتزاحمان في الجمع فيجب علينا أن نتفحص من الخارج لما يكون منهما أقوى ملاكاً.

و لا يتعرّض الدليل الأوّل الذي ثبت فيه الحكم للموضوع المطلق لصورة مزاحمته مع حكم آخر.

و بيان أوضح: لو قال المولى: «أعتق رقة» كان الموضوع لوجوب العتق مطلقاً و لكن ليس معنى إطلاقه أنّ عنوان الرقة لو اتّحد مع عنوان الكافرية مثلاً صار عنوان الكافرية أيضاً موضوعاً لوجوب العتق، بحيث إنّ كلّ عنوان اتّحد مع عنوان الرقة فهو يضمحلّ في هذا العنوان، و كذلك ليس معنى إطلاقه أنّ عنوان الرقة لو اتّحد مع عنوان آخر ذي حكم مضادّ مثل الكافرية التي هي الموضوع لعدم الإكرام مثلاً كان ملاك الحكم الأوّل الثابت لعنوان الرقة أقوى حتّى يكون إطلاق عنوان الموضوع متعرّضاً لصورة مزاحمته مع عنوان آخر ذي حكم.

بل معنى إطلاقه هو أنّ تمام الموضوع لوجوب العتق عبارة عن نفس عنوان الرقة، بحيث إنّ الموضوع لوجوب العتق في الرقة الكافرة أيضاً موجود و هو نفس عنوان الرقة لا الرقة مع قيد الكفر فلا ينافي هذا الإطلاق كون عنوان الكفر أيضاً ذا حكم مضادّ للحكم الأوّل فيتزاحمان و يقدّم أقواهما ملاكاً و إن كان هو الثاني مثلاً في قول الشارع: «صلّ» ما هو الموضوع للوجوب هو نفس عنوان الصلاة مطلقة اتّحدت مع عنوان التصرف في مال الغير أو لم تتحد، و لكن ليس معنى إطلاقها هو أنّها لو اتّحدت مع التصرف الغصبي صار هذا التصرف أيضاً واجباً

ووجه خروجها عن ذلك أن مقتضى ما ذكره عليه السلام هو أننا لو أردنا أن نعلم أن شرط

عدم التسري مثلاً جائز أو غير جائز وجب أن نرجع إلى الدليل الدالّ على جواز التسري، ثمّ نتأمّل في أنّ حكم الشارع بالجواز هل يكون على نفس عنوان التسري من غير ملاحظة الطواري حتّى لا يكون شرط خلافه مخالفاً لحكم الله أو يكون على عنوان التسري و لو مع اتّحاده مع عنوان الشرط حتّى يكون اشتراط خلافه مخالفاً لحكم الله.

و لا يكفي لنا في الحكم بجواز الشرط كون الحكم حكماً متغيّراً بطرّو عنوان من العناوين؛ إذ جميع الأحكام تتغيّر بطرّو عنوان الحرج وإخلال النظام و لا يتغيّر كثير منها كالواجبات و المحرّمات بطرّو عنوان الشرط و النذر و أمثالهما.

و على هذا، فإذا راجعنا إلى دليل الحكم فهمنا منه أيضاً حكمه من جهة نفوذ اشتراط خلافه و عدم نفوذه، فلا يبقى لنا احتياج إلى عمومات باب الشروط، مع أنّ ظاهر الروايات كونها مسوقة لبيان الضابطة خصوصاً مع كثرتها بهذا المضمون.

و قد وجدنا ستّ روايات معيّراً فيها: «المسلمون عند شروطهم»^١ و واحدة بتعبير «المؤمنون عند شروطهم»^٢ كلّ هذه السبع من غير ذكر استثناء و وجدنا خمس روايات مع استثناء الشرط المخالف^٣ و روايتين مع استثناء الشرط المحلّل للحرام و المحرّم للحلال.

إحداهما: رواية غياث بن كلوب،^٤ و الأخرى: رواية رواها أبو داود و الترمذي

١- مضافاً إلى الرواية الأولى و الثانية و الرابعة و الخامسة السابقة التي تقدّمت تخريجها في الصفحة ١٨١ و ١٨٢، راجع: وسائل الشيعة ٢٣: ١٤٢، كتاب التدبير و المكاتبة، أبواب المكاتبة، الباب ٤، الحديث ٥، و الباب ١١، الحديث ١.

٢- وهي الرواية الحادية عشرة التي تقدّمت في الصفحة ١٨٤.

٣- وهي الرواية الأولى إلى السادسة إلّا الخامسة، التي تقدّمت في الصفحة ١٨١ و ١٨٢.

٤- تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧ / ١٨٧٢؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٧، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦.

في كتاب القضاء،^١ فهل وردت هذه الروايات لإعطاء الضابطة أو وردت لبيان أن علّة جواز بعض الشروط و عدم جواز بعضها الآخر إنّما هي موافقتها للكتاب أو مخالفتها له بحيث لا يكون نفس الجواز و عدم الجواز مستفادين من تلك الروايات، بل من نفس أدلّة الأحكام.

ثمّ الظاهر أنّ المراد بالاستثنائين واحد، فإنّه ليس لتحريم الحلال و تحليل الحرام خصوصية و إنّما يكون حرمة اشتراط الشرط المحلّل و المحرّم من جهة كونه مخالفاً لأحكام الله المكتوبة على العباد.

و لو قلنا: باختلاف الاستثنائين لتعارض الظهوران، فإنّ الروايات التي استثني فيها الشرط المخالف تدلّ بظاهرها على جواز الشرط الغير المخالف و لو كان محللاً للحرام أو محرّماً للحلال و ما استثني فيها الشرط المحلّل و المحرّم تدلّ بظاهرها على جواز غير المحلّل و المحرّم و لو كان مخالفاً للكتاب.

ثمّ إنّّه لو شككتنا في مخالفة شرط لكتاب الله و عدم مخالفته، فلا يجوز التمسك بعموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم» لعدم جواز التمسك بالعامّ في الشبهات المصادقية للخاصّ و حينئذٍ فيجب المراجعة إلى الأصول العملية، و الأصل الأوّلي يقتضي عدم وجوب الوفاء بهذا الشرط و كونه فاسداً. و هل لنا أصل ثانوي حاكم على هذا الأصل الأوّلي قال الشيخ الأنصاري رحمه الله: نعم، فإنّ الأصل عدم كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب.^٢

١- الحديث ٥؛ و ٢١: ٦٨، كتاب النكاح، أبواب المتعة، الباب ٣٢، الحديث ٩، و أيضاً: ٣٠٠، أبواب المهور، الباب ٤٠، الحديث ٤.

١- سنن أبي داود ٢: ٣٢٧ / ٣٥٩٤، سنن الترمذي ٢: ٤٠٣ / ١٣٦٣.

٢- كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٩: ٣١-٣٢.

و يمكن تقرير هذا الأصل بوجهين:

الأول: أن يكون المستصحب هو العدم المحمولي، أعني الواقع في جواب هل البسيطة و يكون موضوع المستصحب هو مخالفة هذا الشرط المشكوك حكمه بأن يقال: مخالفة هذا الشرط للكتاب لم تكن و كانت معدومة قبل وجود الشرط فيستصحب هذا العدم المحمولي و يترتب عليه نفوذ هذا الشرط لكونه شرطاً غير مخالف للكتاب أما شرطيته فبالوجدان و أما عدم مخالفته فبالاستصحاب.

الثاني: أن يكون المستصحب هو الليسية الربطية التي تقع في جواب هل المركبة و يكون موضوع القضية المستصعبة هو هذا الشرط و محمولها المخالفة للكتاب بأن يقال: هذا الشرط لم يكن مخالفاً للكتاب قبل وجوده فيستصحب هذا الليسية الربطية.

غاية الأمر: أن القضية المتيقنة سالبة بانتفاء الموضوع و القضية المشكوكة و المستصعبة سالبة مع وجود الموضوع، فإنه قد حقق في محله^١ أن مفاد السالبة بانتفاء الموضوع و السالبة بانتفاء المحمول واحد فلا يوجب ذلك كون المتيقن و المشكوك مختلفين، هذا.

و قد أخذ المحقق الخراساني هذا الأصل من الشيخ^٢ بيد من حديد و قرره بنحو آخر و كرره في مواضع عديدة، من جملتها: «ما إذا شك في امرأة تكون قرشية أو غير قرشية فأجرى أصالة عدم القرشية الثابت قبل وجود المرأة»^٣.
و حاصل ما ذكره في بيان هذا الأصل هو: أن العام إذا خصص بمخصص منفصل - مثل قوله: «المؤمنون عند شروطهم» مثلاً الوارد في بعض الروايات بلا استثناء -

١ - شرح المنظومة، (قسم المنطق) ١: ٢٥١؛ نهاية الأصول: ٣٣٧.

٢ - كفاية الأصول: ٢٦١.

ثم شك في فردية شيء للمخصّص بعد ثبوت فرديته للعام فلا يتمسك في حكم هذا الفرد بظهور العام ولكن التخصيص لما لم يكن موجباً لتعنون الباقي تحت العام بعنوان خاص، بل الحكم ثابت له بأي عنوان لم يكن ذلك بعنوان الخاص أمكن أن يقال: إنه لو كان لعدم وجود عنوان المخصّص حالة سابقة استصحب عدم كون الفرد المشكوك معنوياً بعنوان الخاص. ولازم ذلك بقاءه تحت العام وثبوت حكمه له؛ إذ الفرض أن التخصيص لا يوجب تعنون الباقي بعنوان حتى يشك في انطباقه على الفرد المشكوك. والاستصحاب إنما هو لعدم ثبوت حكم المخصّص لا لثبوت حكم العام، مثلاً لو قال المولى: «أكرم العلماء» ثم قال: «لا تكرم الفساق» وكان زيد عالماً مشكوك الفسق وكان حاله السابقة عدم الفسق فحينئذ يستصحب عدم فسقه لإحراز عدم شمول قوله: «لا تكرم الفساق» له ويبقى تحت قوله: «أكرم العلماء» لعدم إيجاب التخصيص صيرورة متعلق وجوب الإكرام عبارة عن العلماء الغير الفاسقين حتى يكون الاستصحاب بالنسبة إليه مثبتاً.

و الفرق بين تقريره وتقرير الشيخ أنه عليه السلام ينكر تعنون الباقي بعنوان والشيخ لا ينكره. هذا ما ذكره في هذا المقام.

و لكن يقال: أما ما ذكره الخراساني ففيه: أن ما ذكره من عدم صيرورة الباقي تحت العام معنوياً بعنوان مخالف لفهم العرف والعقلاء؛ إذ المتفاهم من قوله: «أكرم العلماء» بضميمة قوله: «لا تكرم الفساق» هو أنه يجب إكرام العلماء الغير الفاسقين وهذا واضح لمن راجع العرف والعقلاء.

و أما ما ذكره الشيخ، فباطل بكلا تقريريه.

أما بالتقرير الأول، فلأن موضوع الحكم لو كان ذا جزئين من دون اعتبار تقييد بينهما كان إحراز أحدهما بالوجدان والآخر بالأصل كافياً. وأما إذا اعتبر التقييد

بينهما كان الأصل بالنسبة إلى حصول التقيد مثبتاً مثلاً لو كان الموضوع لوجوب الوفاء هو ثبوت شرط و عدم ثبوت المخالفة للكتاب لصح ما ذكره، ولكنه ليس كذلك فإنه عليه السلام أيضاً يسلم أن الموضوع لوجوب الوفاء هو الشرط مقيداً بكونه غير مخالف، و حينئذٍ فاستصحاب عدم مخالفة هذا الشرط للكتاب لا يثبت حصول التقيد لأن استصحاب ذات القيد بالنسبة إلى حصول التقيد مثبت.

و أما بالتقرير الثاني، فلائه و إن لم يرد عليه الإشكال الوارد على التقرير الأول، ولكنه يرد عليه: أنا و إن سلمنا أن مفاد السالبة بانتفاء الموضوع و السالبة بانتفاء المحمول واحد عقلاً و لكنهما يختلفان عرفاً بالوجدان.

و هل يمكن أن يقال بشمول قوله: «لا تنقض اليقين بالشك»^١ لصورة كون القضية المتيقنة سالبة بانتفاء الموضوع و المشكوكة سالبة بانتفاء المحمول لا و الله و لا يقبله الوجدان.

تتمة: قد انقدح لك بما ذكرناه مفضلاً أن المشروط في ضمن العقود إن كان فعل حرام أو ترك واجب فهو مخالف للكتاب و فاسد.

و إن كان فعل مباح من المباحات فهو صحيح.
و إن كان ترك مباح فهو مخالف للكتاب و باطل إن اشترط ترك جميع أفراد الطبيعة المحللة إلى الأبد بخلاف ما إذا اشترط ترك فرد منها أو ترك جميعها مدة معينة.

و إن كان المشروط ثبوت حكم من الأحكام الوضعية بخلاف ما جعله الشارع فهو على قسمين لأنه لو استفيد من الأدلة أن جعل ذلك الحكم الوضعي للإرفاق إلى

١- وسائل الشريعة ١: ٢٤٥، كتاب الطهارة، أبواب نواقض الوضوء، الباب ١، الحديث ١؛ و ٢: ٣٥٦، أبواب الحيض، الباب ٤٤، الحديث ٢.

المجعول له و أنه حكم حقّي جعلي و أعطى سلطنته بيد المجعول له، فهذا الحكم يجوز اشتراط خلافه، و ذلك كالحكم بلزوم بعض المعاملات و الحكم بثبوت الخيار في بعضها كما مرّ سابقاً فيجوز اشتراط خلافها و إن لم يستفد من الأدلة كون الحكم المجعول حكماً حقياً بحيث يكون سلطنته بيد المجعول له فحينئذٍ لا يجوز اشتراط خلافه، كما قلنا في الولاء،^١ و كون الطلاق و الجماع بيد الزوج،^٢ و كون ميراث الرجل لأقاربه لا للأجانب و كون المتولّد من حرّ و رقّ حرّاً تابعاً لأشرف الأبوين^٣ لا تابعاً لأُمّه كما زعمه العامّة، و أمثال ذلك من الأحكام التي استفيد من أدلتها كونها من الأحكام الشرعية الغير القابلة للتغيّر أو شكّ في كونها ممّا يقبل التغيّر أو ممّا لا يقبله.

ثمّ إنّه قد ذكرنا لك سابقاً أنّ كلمة الشرط في روايات الشروط قد استعملت بمعنى الالتزام و لكن بنحو الاندكاك في الملتزم.

و قد يتوهّم أنّ الشرط هاهنا بمعنى ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود.^٤

و هو توهّم فاسد، نعم قد يلزم من عدم الشرط - عدم المشروط هاهنا أيضاً - كما في الشروط المفسدة للعقد.

١- وسائل الشيعة ٢٣: ٦٤، كتاب العتق، الباب ٣٧، الحديث ١ و ٢.

٢- وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٩، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٢٩، الحديث ١.

٣- راجع: وسائل الشيعة ٢١: ١٨٦، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد و الإماء، الباب ٦٧، الحديث ٥ و ٢.

٤- قد نسب الشيخ رحمه الله هذا المعنى إلى أهل المعقول و الأصول. راجع: كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٩: ١٣.

استعمال لفظ الشرط في العرف واللغة

لفظ الشرط و المشتقات منه تستعمل متعدياً بـ«اللام» و بـ«على» فيقال: «شرط له» و «شرط عليه» و لا يذكر كلمة «الشرط» في أغلب الشروط الواقعة في ضمن العقود، بل يكفي فيها بلفظة «على»، فيقال: «بعتك الشيء مثلاً على أنه كذا» أو «على أنك تفعل كذا»^١.

و المشروط قد يكون فعل شيء أو ترك شيء مما يكون تحت قدرة المشروط عليه و اختياره فيكون معنى الشرط فيه هو التعهد و الالتزام و مثل ذلك ما إذا كان المشروط ثبوت حكم من الأحكام الوضعية التي يتخيل العرف كون رفعها و وضعها بيده مثل الولاء و أمثاله.

و قد يكون المشروط ثبوت وصف خاص في أحد العوضين مما ليس ثبوته تحت اختيار المشروط عليه مثل ما لو تزوج امرأة على أنها بنت مهيبة أو أنها باكرة أو اشترى شيئاً مثلاً على أنه كذا و كذا من الشروط التي مرجعها إلى وصف أحد العوضين. و قد ورد أمثال ذلك في الروايات.

و الظاهر أنّ معنى الشرط في أمثال ذلك ليس هو التعهد و الالتزام لعدم كون المشروط مقدوراً للمشروط عليه حتى يلتزم بإيجاده.

و لعلّ معنى إيقاع العقد على أن يكون أحد العوضين مثلاً كذا أو كذا معناه كون العقد مبتنئاً على هذا الأساس، فمفاد كلمة «على» في أمثال تلك المقامات هو أنّ البناء و التعاهد مبتنيان على هذا الأساس، بحيث لولاه لانهدم البناء^٢ و يكون بناء

١- راجع: الصحاح ٣: ١١٣٦؛ القاموس المحيط ٢: ٣٦٨؛ المنجد: ٣٨٢.

٢- أقول: مقتضى كون كلمة «على» لذكر الأساس هو بطلان العقد بتخلف الشرط لا ثبوت خيار الفسخ

العرف في مثل ذلك على عدم لزوم الوفاء بمقتضى البناء و المعاهدة لو انكشف عدم هذا الأساس.

بل يمكن أن يقال: يكون المفاد من كلمة «على» في كل موارد الشروط ذلك حتى فيما لو كان المشروط أمراً اختيارياً للمشروط عليه.

ثم إن المشروط لو كان ثبوت وصف في أحد العوضين فتخلفه يوجب الخيار و مثل ذلك ما لو كان المشروط ترك فعل، فلو فعل المشروط عليه ذلك الفعل كان للمشروط له الخيار.

و أما إذا كان المشروط فعل شيء فلم يفعله المشروط عليه، فليس للمشروط له إعمال الخيار بدواً، بل القدر المسلم منه إنما هو بعد عدم القدرة على إجبار المشروط عليه على العمل و لو برفع أمره إلى الحاكم.

و لو كان المشروط عدم فعل يكون هذا الفعل ذا أثر وضعي، ثم خالف المشروط عليه الشرط و فعل الفعل كما لو باع جاريته مثلاً و شرط على المشتري أن لا يبيعها أو لا يهبها فباعها أو وهبها، فهل يكون هذا الفعل؛ أعني إنشاء البيع أو الهبة مثلاً كالفعل من دون أن يترتب عليه أثره من النقل و الانتقال أو يترتب عليه أثره و لكن المشروط له يكون بالخيار؟

١٤٠ للمشروط له؛ إذ المبتني على الشرط هو نفس العقد و المعاهدة لا لزومه فقط.

ثم إن إنشاء المعاملة مبتنية على أساس خاص إن كان بمعنى كون الإنشاء مقيداً بوجود الأساس، فهذا تعليق في الإنشاء و هو مبطل للعقد و إن كان بمعنى أن الأساس قد فرض وجوده فوق العقد مبنياً عليه بنحو لا يكون قيداً في العقد، بل المتعاقدان لما تخیلا وجوده وجد لهما الداعي إلى الإنشاء، فحينئذ كون تخلف الشرط موجباً للخيار مخالف للقاعدة؛ إذ العقد قد وجد واجداً لشرائط الصحة و اللزوم، و صرف تخیل المشروطة له أمراً من جهة تغيير المشروط عليه، ثم تبين خلاف ذلك الخيال لا يوجب تزلزل العقد، فافهم. [المقرر: ١٤١]

فيه وجهان: من أنَّ حكم الشارع بترتيب أثره عليه مناف لحقّ المشروط له فيحكم بكونه كلا فعل و عدم ترتّب أثره عليه نظير مسألة الرهن فإنّ صحّة بيع الراهن للعين المرهونة لما كانت منافية لحقّ المرتهن لم يحكم بها الشارع، بل حكم بعدمه.

و من أنَّ الآثار الوضعية للفعل يجب ترتيبها عليه. غاية الأمر: أنَّ المشروط له يكون بالخيار لعدم الوفاء بمقتضى حقّه، هذا.

و نرجع إلى أصل المسألة؛ أعني ذكر الشروط التي ذكروها للزوم الوفاء بالشروط. فمن جملتها عدم كونها مخالفاً للكتاب و السنّة و قد ذكرناه مفصلاً.

الشرط الثاني: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد

و من جملتها أيضاً كما ذكره عدم كونها منافية لمقتضى العقد الذي وقع الشرط في ضمنه.^١

و قد ذكرنا سابقاً: أنَّ مخالفة الشرط لمقتضى العقد على أنحاء:

الأول: أن يكون المشروط منافياً لما هو قوام العقد و حقيقته مثل أن يبيع جاريته مثلاً بشرط أن لا تدخل في ملك المشتري و لا تحصل الملكية، فإنّ حصول الملكية إنّما هو من مقومات عقد البيع.

الثاني: أن يكون المشروط منافياً لما هو من اللوازم العرفية للعقد الغير المنفكّة عنه، بحيث لا يعتبر العرف وجود العقد عند عدم هذا اللازم مثل أن يبيع شيئاً مثلاً بشرط أن لا يتصرّف المشتري فيه أصلاً، فإنّ العرف لا يعتبر وجود العقد و الملكية

عند عدم جواز شيء من التصرفات.

الثالث: أن يكون المشروط منافياً لإطلاق العقد لا لحقيقته ولا لما هو من لوازمه الغير المنفكة بنظر العرف مثل أن يبيع شيئاً بشرط أن لا يتصرف المشتري فيه تصرفاً خاصاً كالبيع مثلاً.
إذا عرفت ذلك، فنقول:

أما القسم الأول والثاني، فوجه كونهما فاسدين مفسدين للعقد واضح، ولكن العقلاء لا يشترطون هذا النحو من الشروط أبداً، فهل رأيت أحداً من العقلاء يبيع شيئاً ويشترط عدم دخوله في ملك المشتري أو عدم تصرفه فيه بأنحاء التصرفات. وما هو محط نظر الفقهاء في مبحث الشروط إنما هو ذكر الشروط المتعارفة بين العقلاء وتمييز صحيحها عن فاسدها.

وأما القسم الثالث، فليس منافياً لمقتضى العقد، بل يكون منافياً لإطلاقه فلا دليل على بطلانه ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة.

الشرط الثالث: أن يكون الشرط في ضمن عقد لازم

ومن جملة الشروط التي ذكروها أيضاً لصحة الشروط وجوب الوفاء بها أن يكون الشرط في ضمن عقد من العقود اللازمة. وقد نسبوا هذا الشرط إلى المشهور^١ ولازم ذلك عدم لزوم الشرائط الابتدائية والواقعة في ضمن الإيقاعات والعقود الجائزة.

الروايات الواردة في لزوم الوفاء بالشروط

و هل يجوز أن يسند إلى المشهور عدم لزوم هذا النحو من الشروط، مع أنه ربما يرى في بادي النظر مخالفت ذلك لبعض الروايات الحاكمة بلزوم الوفاء بالشروط الواقعة في ضمن بعض الإيقاعات والعقود الجائزة في بعض الموارد؟ فمن ذلك ما ورد في إعتاق أم سلمة سفينة و شرطها عليها أن تخدم رسول الله ﷺ و قد ذكرناه سابقاً.^١

و من ذلك أيضاً الروايتان الواردتان في إعتاق أمير المؤمنين عليه السلام بعض غلمانه. الأولى: رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أوصى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: «إِنَّ أَبَا نِيزَرٍ وَ رِبَاحاً وَ جَبيراً أَعْتَقُوا عَلَى أَنْ يَعْمَلُوا فِي الْمَالِ خَمْسَ سَنِينَ».^٢

و الثانية: رواية أبان، عن أبي العباس، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل قال: غلامي حرّ و عليه عمالة كذا و كذا سنة؟ قال: «هُوَ حَرٌّ وَ عَلَيْهِ الْعِمَالَةُ»^٣ إلى هنا رواية الشيخ.

و روى مثلها الصدوق بإسناده عن أبان و زاد، قلت: إِنَّ ابْنَ أَبِي لَيْلَى يَزْعُمُ أَنَّهُ حَرٌّ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، قال: «كَذِبَ إِنَّ عَلِيّاً أَعْتَقَ أَبَا نِيزَرَ وَ عِيَاضاً وَ رِبَاحاً وَ عَلَيْهِمْ عِمَالَةٌ كَذَا وَ كَذَا سَنَةً وَ لَهُمْ رِزْقُهُمْ وَ كَسَوْتُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ فِي تِلْكَ السَّنِينَ».^٤

١- تقدّمت في الصفحة ١٨١.

٢- الكافي ٦: ١٧٩ / ١؛ وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥، كتاب العتق، الباب ١٠، الحديث ١.

٣- تهذيب الأحكام ٨: ٢٣٧ / ٨٥٧؛ وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥، كتاب العتق، الباب ١٠، الحديث ٢.

٤- الفقيه ٣: ٧٥ / ٢٦٢؛ وسائل الشيعة ٢٣: ٢٥، كتاب العتق، الباب ١٠، الحديث ٣.

و من ذلك أيضاً رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام في الرجل يقول لعبده أعتقتك على أن أزوجه ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسرى فعليك مئة دينار، فأعتقه على ذلك و تسري أو تزوج قال عليه السلام: «عليه شرطه»^١ وقد ذكرناها في صدر المبحث.

و من ذلك أيضاً ما ورد في العارية التي هي من العقود الجائزة من نفوذ شرط الضمان فيها و لزوم الوفاء به.^٢

و من ذلك أيضاً ما ورد في الهبة التي يشترط فيها أن يثاب عليها.^٣ و نحو ذلك من الموارد التي حكم فيها بلزوم الشرط الواقع في ضمن العقود الجائزة، هذا.

الشروط الابتدائية

أما الشروط الابتدائية، فالأقوى عدم لزومها، فإن ما توهم^٤ دلالتها على لزومها من عمومات باب الشروط و من بعض الروايات الأخر مع أنه كان بمرأى الأصحاب المتقدمين و منظرهم لم يفت واحد منهم بلزوم الشرائط الابتدائية، بل ليس في كتبهم المدونة اسم منها مع كثرة اهتمامهم بضبط المسائل الفقهية و البحث عنها فيكشف من ذلك عدم وجود اسم منها و لا رسم، لا في زمن الأنمة المعصومين و لا في زمنهم.

مضافاً إلى أن الشروط الابتدائية لو كانت لازمة الوفاء لكانت متداولة بين جماهير الناس و عقلاء الدنيا كما تداول بينهم سائر المعاملات و المعاهدات من

١- الكافي ٦: ١٧٩ / ٤؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٦، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٣٧، الحديث ١.

٢- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٩١-٩٧، كتاب العارية، الباب ١- ٤.

٣- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٢٤٢، كتاب الهبات، الباب ٩، الحديث ٢.

٤- راجع: الخلاف ٣: ٢١، المسألة ٢٨؛ مختلف الشيعة ٥: ٩٦، المسألة ٥٧.

البيع والإجازات و سائر العقود والإيقاعات من جهة كونها دخيلة في إمرار حياتهم وتأمين معاشهم، بل عليها يدور رحي اجتماعاتهم.

مع أنك لا تجد منها عيناً ولا أثراً لا في الملبين ولا في غيرهم ولا يعتبر أحد منهم لزوماً واستحكاماً لشرط ابتدائي لو تحقق فرضاً كما يعتبرونهما للعقد المتداوله بينهم وللشروط الواقعة في ضمنها.

و بالجملة: فليس للشرط الابتدائي ولزومها عرفية واعتبار عند العقلاء وأهل العرف الذين هم المراجع في تشخيص حقائق المعاملات كما مرّ كراراً.

فإن قلت: فبم يخصّ عموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم» مع شمول الشرط لغة و عرفاً للشرائط الابتدائية، كما يظهر ذلك بتتبع موارد استعماله، مثل قوله ﷺ في بعض أدعيته ما مضمونه أو صريحه: «و شرطي لك أن لا أعود في معاصيك»،^١ و قوله في النبوي: «قضاء الله أحقّ و شرطه أوثق»^٢ باستعمال كلمة الشرط في جعل الله تعالى أحكامه مع كونه ابتدائياً و مثل ذلك قوله ﷺ في رواية العياشي التي نقلناها سابقاً: «شرط الله قبل شرطكم»^٣، و غير ذلك من موارد استعمال هذه الكلمة.

قلت: نخصّصه بما ذكرناه من إجماع القدماء و السيرة المستمرة عند العقلاء. مضافاً إلى أن استعمال كلمة الشرط في النبوي و رواية العياشي يمكن أن يكون من باب المشاكل كقوله:

قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه قلت: اطبخوا لي جبّة و قميصاً^٤

١- الصحيفة السجادية، دعائه ﷺ تحت رقم ٣١ و ٨٠.

٢- السنن الكبرى، البيهقي ١٠: ٢٩٥؛ كنز العمال ١٠: ٣٢٢ / ٢٩٦١٥.

٣- تقدّمت في الصفحة ١٨٣ في الرواية الثامنة.

٤- الشعر لأبي الزبيعت، راجع: جامع الشواهد: ٢١٢، باب القاف بعده الألف.

و قد يستدلّ للزوم الشرائط الابتدائية برواية زرارة التي ذكرناها سابقاً^١، و قد ذكر فيها قصة ضريس الذي كان تحته بنت حمران فجعل لها أن لا يتزوج عليها و لا يتسرى أبداً في حياتها و لا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا يتزوج بعده أبداً فإنه ليس في الرواية اسم من عقد حتى يقال بكون شرطهما في ضمنه.

و مثل هذه الرواية رواية عبدالله بن سنان التي نقلناها أيضاً في صدر المبحث عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لامرأته إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال: «ليس ذلك بشيء إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه». فإنه ليس في هذه الرواية أيضاً اسم من العقد، بل لعلّ هذه أظهر من سابقتها في كون الشرط فيها ابتدائياً؛ إذ ظاهر قوله لامرأته هو أنّ الشرط الواقع بينهما لم يكن في ضمن عقد النكاح، بل كان بعد حصول الزوجية بينهما و صيرورتها امرأة له و ظاهر الروايتين كون بطلان شرطهما من جهة كونه مخالفاً للكتاب لا من جهة كونه ابتدائياً.

أقول: أمّا الرواية الأولى فهي ذات وجهين؛ إذ لا دليل فيها على كون الشرط المذكور فيها ابتدائياً فلا منافات بينها و بين ما ذكرناه لبطلان الشروط الابتدائية. و أمّا الرواية الثانية، فقوله لامرأته و إن كان ظاهراً فيما ذكرت، و لكن إطلاق هذه الكلمة على من يكون في شرف الزوجية أيضاً شائع فلا بدّ من تأويلها بذلك لما ذكرناه من الدليل على البطلان.

فإن قلت: لا نسلم عدم تعارف الشرط الابتدائي بين العقلاء فإنّ البيعة شرط ابتدائي و قد كانت متداولة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم و الأئمة المعصومين عليهم السلام بل به كان تحقّق الخلافة العامة.

قلت: لما لم يكن للأعراب قبل زمن النبي ﷺ وفي زمنه حكومة مركزية تقهرها وتمنعها عن التعديّات والغارات والحركات الوحشية العربية احتاجوا لدفع المخاصمات والتناصر والتعاون في المحاربات إلى البيعة والتحالف وإيجاد المعاهدات الوثيقة بينهم وكانت هذه العادة جارية فيهم إلى زمن النبي ﷺ حتّى بايعوا برسمهم مع النبي ﷺ واستفاد من هذه العادة المستمرة بين الأعراب خلفاء الجور بعده ﷺ إلى أن وصلت النوبة إلى أمير المؤمنين عليه السلام فبائع الناس أيضاً برسمهم لما رأى من انحصار الطريق لأخذ حقّه عند الناس في البيعة وإلاّ فهو كان خليفة لرسول الله ﷺ وإماماً بين الناس واجب الإطاعة وإن لم يكن الناس مبايعين له وكان الخلفاء من قبله غاصبين لحقّه منحرفين عن الطريقة المستقيمة، وإن بائع الناس معهم فاليبيعة معهم كان أمراً بلا أثر، وعلى أيّ حال فاليبيعة عند العامة عقد من العقود اللازمة وعندنا لم يثبت كونها ممّا يجب الوفاء بها، ولم يدلّ دليل عليه. هذا في الشرائط الابتدائية.

الشرط في ضمن الإيقاعات

و أمّا الشرط في ضمن الإيقاع، فالظاهر^١ عدم لزوم العمل به. و أمّا الشروط الواقعة في ضمن العتق التي لا ريب في صحتها ولزوم العمل على وفقها كما دلّ عليه الروايات التي ذكرناها، فهي على التحقيق ليست من أقسام الشروط فإنّ المقصود بالشرط الذي دلّ على لزومه مثل قوله: «المسلمون عند

١ - أقول: يمكن أن يقال: في وجهه أنّ الشرط عبارة عن الإلزام والالتزام، كما صرح به الأستاذ مدّ ظلّه فكلّ شرط يحتاج في تحقّقه إلى قبول و كما أنّ إيجابه يجب أن يكون في ضمن إيجاب آخر لعدم صحة الشرائط الابتدائية كما ذكرناه، فكذلك قبوله يجب أن يكون في ضمن إنشاء آخر وهذا منتفٍ في الإيقاعات. [المقرّرات]

شروطهم» هو الإلزام و الالتزام، فكل شرط متقوم بشخصين: أحدهما هو الملزوم و هو من له الشرط، و ثانيهما هو الملتزم و هو من عليه الشرط، و الواجب عليه الوفاء إنما هو الملتزم و لكن بعد التزامه و قبوله للإلزام، فنفس الإلزام ليس شرطاً و لا يستتبع وجوب الوفاء ما لم يتعقبه قبول مَن أريد إلزامه، و هذا بخلاف العتق، فإنَّ الشرط الواقع في ضمن العتق يجب على العبد المعتق العمل به من غير توقّف ذلك على قبول العبد، و حينئذٍ فيمكن أن يقال: إنّ الإلزام الواقع في ضمن العتق و إن كان بصورة الشرط و لكنّه في الحقيقة نحو استثناء من متعلّق العتق فإنَّ مالك العبد كما يكون مالكاُ لرقة العبد يكون مالكاُ لجميع شؤونه من أمواله و أفعاله و كما أنّ له رفع اليد عن تمام سلطنته بأن يعتقه من غير إلزام عليه فله أيضاً رفع اليد عن بعض سلطنته بأن يعتقه مع إلزامه بشيء فمعنى «أعتقتك بشرط كذا» هو إني رفعت سلطنتي عن رقبتك و عن جميع أفعالك و اختياراتك إلّا الفعل الفلاني فلم أرفع سلطنتي عنه، بل أبقيتها بحالها.

الشروط في ضمن العقود الجائزة

و أمّا الشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة من مثل العارية و الوكالة و نحوهما من العقود التي حقيقتها الإذن و الرضا. فيمكن أن يقال أيضاً: بعدم كونها من الشروط التي حقيقتها الإلزام و الالتزام و إنما هي ممّا علّق عليه الإذن المتقوم به العقد، فقول المعير: «أعرتك ثوبي على أن تفعل كذا» مثلاً إنما يكون بمعنى أنّ رضائتي و إذني لك في التصرف في ثوبي موقوف و معلّق على أن تفعل كذا.

و هذا التقرير لا يجري في مثل الهبة التي يكون حقيقتها التملك.

و يمكن أن يقال أيضاً: في تمام العقود الجائزة بنفوذ الشرائط الواقعة في ضمنها و لزومها. غاية الأمر: أن لزوم الوفاء بها إنما هو على تقدير بقائها المتوقّف على بقاء العقد، فما لم يطرأ الفسخ على العقد يجب على المشروط عليه العمل بالشرط. نعم له فسخ العقد و حلّه حتّى لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء، لأنّ موضوعه و هو الشرط ينعدم بفسخ العقد لكونه من توابعه و متعلقاته.

و يمكن أن يقال أيضاً: إنّ شرط الثواب في الهبة ليس من باب الإلزام و الالتزام، بل كأنّ الهبات كانت عند العقلاء على نحوين: قسم منها كان مفاد التملك و الرضاية في التصرف على نحو الإطلاق، و قسم منها كان مفاد التملك و الرضاية على تقدير كالثواب مثلاً بحيث لا رضاية له في غير ذلك التقدير، فحينئذٍ لو علم من حال الواهب أنّ هبته على النحو الثاني لا يجوز للموهب له التصرف في الهبة إلّا بالتعويض الذي قصده الواهب.

و لا فرق في ذلك بين أن يشترط الثواب و التعويض في ضمن العقد أو لم يشترط، بل علم من حال الواهب كون هبته للتعويض، و من هذا القسم الهبة للأعظم و ذوي الشؤون المترقّب منهم تعويض الهبة على نحو يقتضيه شأنهم. و على أيّ حال فالشرط في الهبة ليس مثل سائر الشروط الواقعة في ضمن العقود، و إنّما هو لتعيين أنّ هبته على النحو الثاني من النحويين المتداولين عند العقلاء.

و مثل الهبة العارية، كما قلنا فهي أيضاً عند العرف و العقلاء على نحوين العارية الغير المضمونة و العارية المضمونة و قد عبّر عنها رسول الله ﷺ عند استعارته بعض الأسلحة من صفوان بالعارية المؤدّة أو المضمونة.^١

١-راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٩٢ و ٩٥، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٤ و ٥ و الباب ٢، الحديث ٢.

أقسام الشروط الخمسة

قد ظهر له من مطاوي ما ذكرناه إلى هنا أن المشروط في ضمن العقد إما أن يكون وجود صفة في أحد العوضين خارجة عن اختيار المشروط عليه كما لو تزوج امرأة على أنها بنت مهيّرة مثلاً.

و إما أن يكون فعلاً من الأفعال الاختيارية للمشروط عليه، كما لو باع زيد مثلاً داره من عمرو بمئة دينار على أن يخطط له ثوباً.

و إما أن يكون ثبوت أمر وضعي بنفس هذا الاشتراط و يسمى هذا القسم بشرط النتيجة كشرط ثبوت الخيار و عدمه لأحد المتعاقدين و كشرط ثبوت الوكالة أو الوصاية لأحدهما من قبل الآخر في أمر.

و قد يكون المشروط ترك فعل اختياري و هو أيضاً على قسمين فإن الفعل الاختياري المشروط تركه.

إما أن يكون من الأفعال التي يترتب عليها آثار وضعية كأن يبيع جاريته بشرط أن لا يبيعها مثلاً. و قد ذكرنا سابقاً أنه لو خولف هذا الشرط فهل يكون البيع الثاني باطلاً أو يكون صحيحاً. غاية الأمر: ثبوت خيار التخلف للمشروط له وجهان.

و إما أن يكون من الأفعال التي لا يترتب عليها آثار وضعية مثل أن يشترط ترك شرب الماء مثلاً.

و الشيخ رحمه الله لم يذكر في مكاسبه من الأقسام الخمسة القسمين الأخيرين. واستدل رحمه الله للقسم الثالث: ^١ أعني صحة شرط النتيجة و كونه من أقسام الشروط

برواية سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألتُه عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبَة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتّى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال عليه السلام: «لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم».^١

و يمكن أن يستدلّ له أيضاً ببعض الروايات الأخر الظاهرة في كون الشرط المذكور فيها شرط النتيجة متذيّلة بقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم».

مثل رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرّد في الرّق، قال: «المسلمون عند شروطهم».^٢

و رواية الحلبي، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المكاتب: «كان الناس مرّة لا يشترطون إن عجز فهو ردّ في الرّق فهم اليوم يشترطون، و المسلمون عند شروطهم...».^٣

و رواية الحلبي أيضاً، عن أبي عبد الله عليه السلام في المكاتب، إذا أدّى بعض مكاتبته، فقال: «إنّ الناس كانوا لا يشترطون فهم اليوم يشترطون و المسلمون عند شروطهم فإن كان شرط عليه إن عجز رجع و إن لم يشترط عليه لم يرجع».^٤ و غير ذلك من

١ - الكافي ٦: ١٨٨ / ١٣؛ وسائل الشيعة ٢٣: ١٥٥، كتاب التدبير و المكاتب، أبواب المكاتب، الباب ١١، الحديث ١.

٢ - الفقيه ٣: ٧٥ / ٢٦٣؛ وسائل الشيعة ٢٣: ١٤٢، كتاب التدبير و المكاتب، أبواب المكاتب، الباب ٤، الحديث ٧.

٣ - الفقيه ٣: ٢٩ / ٨٦؛ وسائل الشيعة ٢٣: ١٤٢، كتاب التدبير و المكاتب، أبواب المكاتب، الباب ٤، الحديث ٥.

٤ - الكافي ٦: ١٨٧ / ٩؛ وسائل الشيعة ٢٣: ١٤٢، كتاب التدبير و المكاتب، أبواب المكاتب، الباب ٤، الحديث ٣.

الروايات التي يستفاد منها صحة شرط النتيجة.

و تطبيق قوله: «المسلمون عند شروطهم» على شرط النتيجة مع كون مفاده وجوب الوفاء بالشرط على بيان ذكرناه في أوائل مبحث الشروط إنما هو بلحاظ وجوب ترتيب آثار النتيجة على المشروط عليه و إن لم يكن نفس النتيجة من أفعاله.

ثم إن الرواية الأولى وإن ذكرها الشيخ رحمته من غير إشكال فيه و لكن لم نجد من الفقهاء من أفتى على وفقه بعد مراجعتنا إلى مبحث الطواري في باب نكاح الإمام^١. و لعل وجهه كون شرط عدم الخيار هنا مخالفاً للكتاب.

بل في الرواية إشكال آخر و هو إسقاط ما لم يجب، فإن تشريع حق الخيار للأمة المعتقدة التي تكون تحت عبد ليس من جهة أن كونها تحت العبد مخالف لشأنها بعد صيرورتها حرّة حتّى يكون لها اختيار هذه المنقصة في حال كونها أمة أيضاً، بل النكته في تشريعه لها هو أنها لما لم تكن قبل انعاقها مالكة لنفسها و وقع تزويجها بغير اختيار منها و لم يكن لرضايها أثر على فرض رضايها جعل الله لها بعد صيرورتها مالكة لنفسها حق فسخ النكاح لما وقع من غير اختيارها، و لذا لا نفرّق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون زوجها عبداً أو حرّاً، كما ربّما يستفاد ذلك من إطلاق خبر بريرة^٢.

١- راجع: كشف الرموز ٢: ١٦٧؛ المختصر النافع: ١٨٤؛ شرائع الإسلام ٢: ٣١١؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٤٥؛ قواعد الأحكام ٣: ٥٧؛ إيضاح الفوائد ٣: ١٥٠؛ المهذب البارع ٣: ٣٢٥؛ جامع المقاصد ١٣: ١٠١؛ الروضة البهية ٣: ٢٤٧؛ مسالك الأفهام ٨: ٣٢؛ كفاية الفقه ٢: ١٧٦؛ كشف اللثام ٧: ٢٩٤؛ نهاية المرام ١: ٢٨٤؛ رياض المسائل ١٠: ٣٣٣؛ جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٢.

٢- تقدّمت تخريجها في الصفحة ١٨٠.

و على أيّ حال، فتشريع الخيار للأمة المعتقدّة إنّما هو بعد انعقادها و صيرورتها مالكة لنفسها و صيرورة رضائتها ذات أثر فإسقاطه قبل انعقادها إسقاط لما لم يجب. اللهمّ إلا أن يرجع الشرط إلى شرط الفعل بأن يشترط عليها أن تختار بعد انعقادها و صيرورتها ذات خيار بقاء النكاح لا فسخه.

مفاد الشروط في ضمن العقود

قد عرفت مراراً أنّ المشروط، إمّا أن يكون فعلاً من الأفعال الاختيارية، وإمّا أن يكون تركاً، وإمّا أن يكون تحقّق أمر وضعي بنفس هذا الشرط، وإمّا أن يكون ثبوت صفة في أحد العوضين خارجة عن اختيار المشروط. و في كلّ هذه المقامات لا يذكر في الشروط الواقعة في ضمن العقود كلمة «الشرط»، بل يكتفى بـ«على»، فيقال مثلاً: «بعتك داري بمئة على أن تخط ...» أو «على أن يكون الدار أو الثمن مشتملاً على وصف كذا» أو «على أن يكون لي الخيار مثلاً» و نحو ذلك.

ففي جميع ذلك يقع المشروط بعد «على» بسياق واحد مع أنّ المشروط لو كان ثبوت صفة في أحد العوضين لم يكن للشرط أثر سوى ثبوت الخيار عند تخلّفه من غير أن يوجب تعهّد المشروط عليه بشيء لخروج المشروط عن تحت قدرته و اختياره و لو كان المشروط ثبوت أمر وضعي كان هذا الشرط بنفسه موجباً لتحقيقه و ثبوته و لو كان فعلاً من الأفعال أو تركاً من التروك كان أثر هذا الشرط كون المشروط عليه ملزماً و متعهّداً بالفعل أو الترك و ثبوت الخيار على فرض تخلّفه. و بالجملة: نشاهد من طرف اختلاف أثر الشرط في هذه المقامات و من طرف آخر وحدة سياق كلّ هذه الشروط في مقام التعبير.

و حينئذٍ فهل يمكن أن يقال: بأن كلمة «على» قد استعملت في جميع تلك الموارد بعناية واحدة.

مقتضى التحقيق أن يقال: إن العقود اللازمة لما اشتملت على المعاقدة و المعاهدة الغليظة بحيث يعدّ عند العقلاء نقضها من أحد الطرفين أمراً منكراً و يرون المخالف لها ناقضاً للعقد و ناكثاً للعهد ففي جميع الشروط المذكورة فيها قد أريد ذكر أساس لذلك في هذه المعاهدة الغليظة و البناء المستحكم بنحو يكون بنائهما مبتئياً على هذا الأساس و الأصل بحيث لو ثبت عدم هذا الأساس الذي وقع المعاهدة مبتنية عليه لا يكون من قبل المشروط له التزام و عهد يرى عند العقلاء مخالفته أمراً منكراً فلو قال: «بعتك داري على أن تخطب ثوبي» مثلاً كان مفاد كلمة «على» في هذا المقام هو أن البناء و الالتزام متي مبتنيان على صدور الخياطة منك.

و الحاصل: أن مفاد الشروط في جميع المقامات هو أن التزام الطرفين بمضمون المعاملة، بحيث لا يكون لواحد منهما حلّ العقد التي قد حصلت، و بنحو يجب على كلّ منهما قطع النظر عما كان مسلطاً عليه قبل وقوع المعاملة إنّما يكون مبتئياً على وجود المشروط، سواء كان هو الفعل أو الترك أو ثبوت وصف في أحد العوضين أو نحو ذلك، و لازم ذلك ثبوت الخيار للمشروط له عند التخلف.

و كأن كلمة «الشرط» في قوله مثلاً: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام» قد استعملت أيضاً بهذه العناية، فيكون مفاده أن لزوم البيع في الحيوان مبتن على انقضاء الثلاثة.

فإن قلت: مقتضى ما ذكرت هو انهدام بناء المعاملة من أصله عند تخلف شرطها لا ثبوت الخيار فقط.

قلت: لما كان ذكر الأساس لاطمينان خاطر المشروط له وإقدامه على المعاهدة

الغليظة عَدَّ عند العقلاء حقاً له، بحيث يكون له رفع اليد عن حقّه و العمل بمقتضى المعاملة.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في بيان مفاد الشروط الواقعة في ضمن العقود، بحيث يكون مفاد الشرط في جميع أنحاء من شرط الوصف أو الفعل أو غيرهما واحداً كما يدلّ عليه وحدة السياق عند التعبير في جميعها.

ولكن لا يوافق هذا المبنى إلّا مع قول الشهيد^١ في «اللمعة» و «الدروس»^٢ من أنّه «لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنّما فائدة الشرط جعل العقد عرضة للزوال» و تقلبيه جائزاً؛ إذ على ما بيّناه لا يكون الشرط، وإن تعلّق بالفعل الاختياري التزاماً على حدة وإنّما ذكر أساساً للالتزام^٣ الذي هو مفاد العقد و لازم ذلك عدم وجوب الوفاء بالشرط، بل ثبوت الخيار فقط للمشروط له؛ إذا لم يعمل المشروط عليه بما شرط عليه من الأفعال مثل ما لو كان المشروط وصفاً في أحد العوضين؛ إذ لا يكون للشرط فيه أثر إلّا ثبوت الخيار لأنّه لا معنى لوجوب الوفاء فيه كما هو واضح.

فإن قلت: فلم تخصّص الإشكال بما لو كان المشروط من الأفعال الاختيارية، مع أنّه جار فيما لو كان المشروط من الأمور الوضعية التي أريد ثبوتها بنفس الشرط بنحو شرط النتيجة لأنّ مفاد الشرط؛ إذ كان نفس جعل الملازمة فلا يكون كافياً في تحقّق الملزوم.

١ - اللمعة الدمشقية: ١٢٠؛ الدروس الشرعية ٣: ٢٧٢.

٢ - بعبارة أخرى: ما جعل في العقد هو نفس الملازمة بين وجود المشروط، سواء كان وصفاً أو فعلاً أو غيرهما و بين كون المشروط له ملتزماً بمضمون المعاقدة و جعل الملازمة لا يستلزم وجوب إيجاد الملزوم؛ أعني المشروط. [المقرّر^٤]

قلت: يمكن أن يفرّق بين «شرط الفعل» و «شرط النتيجة»؛ إذ المتعاقدان لو عقدا وجعلا بناء عقدهما وعهدهما على ثبوت أمر وضعي يعلمان بعدم صيرورته ثابتاً وموجوداً إلاّ بجعلهما وبنائهما كان هذا دليلاً على أنّهما جعلاه مفروض الوجود، ثمّ جعلاه بناء عقدهما وعهدهما عليه فنفس جعل الأمر الوضعي أساساً للمعاهدة يدلّ على أنّهما اعتبرا وجود ذلك الأمر الوضعي بنفس الاشتراط.

وقد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ وحدة السياق في مقام التعبير عن جميع الشروط ممّا يدلّ على قول الشهيد.

الوجوه المحتملة في شرط الفعل

و الأولى أن نذكر في المقام جميع الوجوه المحتملة في شرط الفعل و ما هو المختار منها.

فنقول: لو باع داره بمئة دينار على أن يخيّط المشتري له ثوباً، فهل يجب الوفاء بهذا الشرط على المشروط عليه أو لا يجب، بل يكون أثره صرف ثبوت الخيار للمشروط له عند التخلف.

و على الأوّل، فهل يكون الوجوب وجوباً تكليفاً صرفاً أو يكون وجوباً حقياً بمعنى أنّه يستحقّ المشروط له على المشروط عليه العمل بمقتضى الشرط.

و على فرض كونه وجوباً حقياً، فهل يجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه على العمل أو لا يجوز؟

و على فرض الجواز، فهل يكون مخيراً بين الإجبار و بين إعمال خيار التخلف أو يقدّم الإجبار على الخيار بحيث يكون ثبوت الخيار بعد التعذّر من الإجبار؟ وجوه.

قد عرفت: أنَّ مقتضى ما ذكرناه أولاً: من أنَّ الشرط الواقع في ضمن العقد اللازم بمنزلة الأساس له عدم وجوب الوفاء بالشرط، لعدم كونه على هذا إلزاماً على حدة، بل هو أساس للإلزام الذي هو مفاد العقد، هذا.

و لكنَّ الالتزام بذلك مخالف لما هو الظاهر المتبادر من قوله: «المسلمون عند شروطهم» الدالُّ على أنَّ الالتزام بالشرط من لوازم الإسلام و الإيمان و خصوصاً قوله في خبر غياث بن كلوب: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإنَّ المسلمين عند شروطهم...»^١.

مضافاً إلى أنَّ العقلاء يرون المشروط عليه ملزماً بالعمل الذي شرط عليه فيكشف من ذلك كَلَه: أنَّ مفاد الشرط بنفسه إلزام على حدة. غاية الأمر: ارتباطه بالإلزام الذي هو مفاد العقد. و كيف كان: فالظاهر وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد اللازم إذا كان المشروط فعلاً من الأفعال الاختيارية.

ثمَّ إذا ثبت وجوبه فلا إشكال في كونه وجوباً حقيقياً لا تكليفياً صرفاً و إلاَّ لم يكن للمشروط له إسقاطه و رفع اليد عنه، بل كان واجباً على المشروط عليه العمل به مطلقاً، مع أنَّه لا إشكال في أنَّه إذا رضي المشروط له بأن لا يعمل المشروط عليه لم يجب عليه العمل كما يدلُّ عليه بعض الروايات كرواية إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتضها، ثمَّ أذنت له بعد ذلك، قال عليه السلام: «إذا أذنت له فلا بأس»^٢.

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٧ / ١٨٧٢؛ وسائل الشيعة ١٨: ١٧، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٦، الحديث ٥؛ و ٢١: ٦٨، كتاب النكاح، أبواب المتعة، الباب ٣٢، الحديث ٩؛ و أيضاً ٣٠٠، أبواب المهور، الباب ٣٠، الحديث ٤.

٢ - وسائل الشيعة ٢١: ٢٩٥، كتاب النكاح، أبواب المهور، الباب ٣٦، الحديث ٢.

و ما يترأى من كلام الشيخ رحمته في «مكاسبه»^١ من كون عدم جواز الإيجاب مبتتياً على كون الوجوب تكليفاً في غير محلّه، لما عرفت من عدم الإشكال في كونه حقّاً.

و الحكم بعدم جواز الإيجاب كما اختاره بعض^٢ إنّما هو من جهة تخيّل أنّ جواز إيجاب من عليه الحقّ على أدائه لم يثبت، إلّا مع كون طريق الاستيفاء منحصراً فيه، و هاهنا ليس كذلك لوجود المندوحة و هو الخيار، فإنّ خيار التخلّف ثابت في ما نحن فيه.

ثمّ إذا ثبت أنّ الوجوب حقّي بمعنى أنّ المشروط له يستحقّ على المشروط عليه العمل الذي اشترط عليه.

فهل يكون الإيجاب في صورة التخلّف مقدّماً على الخيار أو يثبتان في عرض واحد و يكون المشروط له مخيراً في أعمال أيّهما شاء. فيه وجهان مبتتّان على كون الملاك لثبوت خيار التخلّف هو تعدّد استيفاء الحقّ إلّا بإعمال الخيار، بحيث يلزم من عدم استحقاق إعمال الخيار الضرر و الضرر المنفيان في الإسلام، أو كون الملاك له هو عدم وفاء المشروط عليه بشرطه و عدم وقوفه عنده اللازم عليه بقوله: «المسلمون عند شروطهم» فإن قلنا بالأوّل، كان اللازم فيما نحن فيه تقديم الإيجاب على الخيار لعدم وجود ملاك الخيار عند القدرة على الإيجاب، فإنّ الحكم بعدم ثبوت الخيار حينئذٍ ليس ضرورياً بخلاف ما لو قلنا بأنّ الملاك لثبوت صرف عدم

١- كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٩: ٦٦- ٦٧.

٢- راجع: المبسوط ٢: ١٥١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٦٧- ٢٦٨؛ تحرير الأحكام ٢: ٣٥٥؛ الدروس الشرعية

وفاء المتعهد بما تعهده، فإنه يثبت حينئذٍ حتى مع إمكان الإيجابار.
والأقوى هو الأول؛ إذ القدر المتيقن لثبوت خيار التخلف هو صورة التعذر فقط.
والحمد لله.



و قد بقي هاهنا مسائل من مبحث الشروط ذكرها الأستاذ و لم أوفق لضبطها.

تم في ليلة الأربعاء الرابع عشر من شوال المكرّم

في سنة ١٣٦٥ القمريّة الهجرية

المطابقة للعشرين من شهر يور ١٣٢٥ الشمسية في النجف آباد.

الأحقر، حسينعلي بن الحاج علي المنتظري النجف آبادي.

كتاب الغضب

بسم الله الرحمن الرحيم

مسائل الإجارة وإن لم تتمّ و بقي منها بعض مسائلها و فروعاتها و كان كلامنا أخيراً في مسألة «اشتراط الضمان في الإجارة» المناسبة للغصب لكونه إحدى أسباب الضمان، ولكن بعض الأصحاب لما أصرّوا على مباحثة كتاب الغصب، فلامحالة نذكر هاهنا أمّهات مسائل الغصب إن شاء الله. فنقول و عليه التكلان:

أسباب الضمان

قد ذكر الفقهاء أنَّ أسباب الضمان ثلاثة:

الغصب و هو المعبر عنه بـ«اليد»، و عن ضمانه بـ«ضمان اليد».

والإتلاف بالمباشرة.

و الإتلاف بالتسبيب.^١

و ظاهر كلامهم انحصار أسبابه فيها لكونه في مقام البيان، فيدلّ على أنّ اشتراط

الضمان في الإجارة عندهم غير موجب له.

و مرادهم بالغصب الاستيلاء على مال الغير عدواناً، فمن استولى على مال غيره

بالعدوان ضامن له إذا تلف و إن كان بمتلف سماوي، و مثال الإتلاف بالمباشرة

واضح. و من أمثلة الإتلاف بالتسبيب ما لو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه دابة

الغير أو نفسه.

و من خصوصيات الغصب عدم جريانه في الحرّ بخلاف أخويه فإنّهما يجريان

فيه و في أعضائه و جوارحه فيوجبان الضمان.

١- راجع: شرائع الإسلام ٣: ٢٣٥-٢٣٨؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٥٥؛ تحرير الأحكام ٤: ٥١٩؛

قواعد الأحكام ٢: ٢٢١؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٤٤؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٦٥-١٦٦؛ الدروس الشرعية ٣:

١٠٧؛ التنقيح الرائع ٤: ٦٥؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٤٩-١٦٢؛ غاية المراد ٢: ٣٩١؛ جامع المقاصد ٦:

٢٠٦-٢٠٨؛ كفاية الفقه ٢: ٦٣٢-٦٣٥؛ مفاتيح الشرائع ٣: ١٧٥؛ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٩٥؛

مفتاح الكرامة ١٨: ١٥؛ جواهر الكلام ٣٧: ٨ و ٤٦؛ رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ٢ و ٢٩.

تعريف الغصب و بيان معنى الاستيلاء

قد عرفوا الغصب بتعاريف، فقال بعضهم: «هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً»^١ و يدلّ بعضهم كلمة «الاستيلاء» بـ«الاستقلال» فقالوا: «هو الاستقلال على مال الغير عدواناً، و على وجه التعدي»^٢ و كان نظرهم في هذا التبديل، إخراج ما لو استولى أحد على ملك غيره مع عدم قطع يد المالك عنه، فكان كلّ واحد منهما يتصرّف فيه متى شاء.

وجه إخراجهم أنّ الكلام في الغصب الذي هو أحد أسباب الضمان، و المستولي بالعدوان لا يضمن في هذه الصورة بصرف التلف ما لم يكن التلف مستنداً إليه. و لكن يرد على التعريف الثاني: أنّه يلزم منه خروج ما لو استولى رجلان أو أكثر على مال أحد بحيث يتصرّف كلّ منهما فيه متى شاء مع كونهما ضامين في هذه الصورة.

و قد يدلّ بعضهم كلمة: «المال» بـ«الحق»^٣ ليشمل ما لو استولى أحد على الحقّ الخاصّ من غيره، كالحقّ في المساجد و المدارس و الرباطات، و كحقّ التحجير و أمثالها.

١- راجع: النهاية، ابن أثير ٣: ٣٧٠؛ تحرير الأحكام ٤: ٥١٩؛ تبصرة المتعلّمين: ١٠٨؛ إيضاح الفوائد ٢:

١٦٦؛ الروضة البهية ٣: ٥٦٣؛ جامع المقاصد ٦: ٢٠٨؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٠.

٢- راجع: شرائع الإسلام ٣: ٢٣٥؛ المختصر النافع: ٢٤٧؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٢١-٢٢٢؛ إرشاد الأذهان

١: ٤٤٥؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٥٥؛ المهذب البارع ٤: ٢٥٤؛ الدروس الشرعية ٣: ١٠٥؛ التقيع الرائع

٤: ٦٤؛ اللعة الدمشقية: ٢٢١.

٣- راجع: تبصرة المتعلّمين: ١٠٨؛ الروضة البهية ٧: ١٩؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٤٩١؛ رياض

المسائل ١٢: ٢٥٤.

و قيد «العدوان» في تعاريفهم لإخراج استيلاء المرتهن و الوكيل و المستأجر و الولي و أمثالهم ممن أثبتوا أيديهم على ملك غيرهم بغير العدوان.

هذا ما ذكره من التعاريف، و ليس في واحد منها ذكر «التصرّف» و اشتراطه في تحقّق الغصب الموجب للضمان.^١

فما تراه في كلام المحقّق الرشتي رحمته الله^٢ من كون الضمان من آثار الاستيلاء مع تصرّف كليهما مدّعياً ظهور كلمات القوم في مقام التعريف في هذا المعنى، فاسد جداً.

فإنّ الاستقلال على مال الغير أو الاستيلاء عليه المذكورين في تعاريف القوم لا يستلزمان بنحو من الأنحاء التصرّف فيه، فإنّ المراد بـ«الاستيلاء» مثلاً هو التسلّط على مال الغير بنحو يكون هو المرجع في أموراته و يكون هو الأمر و الناهي في هذا المال يأذن لمن يشاء و يمنع عن من يشاء على نحو ما يفعل الملاك في أموالهم. و لا يستلزم هذا المعنى أبداً التصرّف، فمن استولى على دار غيره بحيث جعلها في عداد أمواله - أسكن فيها من شاء و أخرج منها من أراد - كان ضامناً لها و إن لم يدخل فيها بنفسه أبداً.

و قوله رحمته الله^٣: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^٤ أيضاً لا يدلّ على أكثر من

١- و ممّا ذكره من التعاريف: «أنّه الاستيلاء على حقّ الغير بغير حقّ» و هذا التعريف أشمل. لشموله المقبوض بالعقد الفاسد الذي يوجب صحيحه الضمان. و هكذا المقبوض نيباناً أو غلطاً يزعم كونه مال نفسه. و ما اشتمل على العدوان لا يشملهما. (١) [المقرّر].

٢- كفاية الفقه ٢: ٦٣٢؛ مفاتيح الشرائع ٣: ١٧٠، المفتاح ١٠٦٤؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٤٩؛ التحفة السنية: ٢٤٨.

٣- رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ٢ / السطر ١٤.

٤- سيأتي تخريجه في الصفحة ٢٣٥.

الاستيلاء كما سيَتَضَح لك ممَّا ذكره في معناه.

و لعَلَّه ﷺ قد وقع في هذا الخلط ممَّا رآه من أَنَّ القوم يَمْتَلُونَ لاجتماع الأمر و النهي، باجتماع الصلاة و الغصب، مع أَنَّ الذي يَتَّحِد مع الصلاة هو التصرّف لا نفس الاستيلاء.

فتوهم من هذا، اشتراط التصرّف في مفهوم الغصب. و هذا التوهم فاسد و في مثال القوم مسامحة.

و التحقيق التمثيل باجتماع الصلاة مع التصرّف في دار الغير، و قد ذكرنا سابقاً أَنَّ بين التصرّف و الغصب عموماً من وجه، و أَنَّ الذي يوجب بطلان الصلاة اتّحادها مع التصرّف و إلّا فهو مع نفس الغصب لا يَتَّحِد.

و بالجملة: فالمراد بالغصب الموجب للضمان هو الاستيلاء على مال الغير، و لا يلزم في تحقّقه التصرّف فيه.

اللهمّ إلّا أن يقال: بأنَّ نفس الاستيلاء أيضاً نحو من التصرّف، و لو لم يتحقّق الاستيلاء بالمعنى الذي ذكرنا فلا غصب، كما لو منع المالك من إمساك دابّته مثلاً من دون أن يستولى عليها.

الغصب موجب للضمان

كون الغصب موجباً للضمان من ضروريات الفقه عند الفقهاء بحيث يعدّ عندهم إنكاره أمراً منكراً. و استدلّ عليه بالحديث المشهور بين فقهاء الخاصّة و العامّة و هو الذي رواه ابن ماجّة و الترمذي و أبو داود و السجستاني، عن قتادة، عن الحسن البصري، عن سُمُرَةَ بن جندب، عن النبي ﷺ أنّه قال: «على اليد ما أخذت حتّى

تَوْذِي^١ أو «تؤديه»^٢ وقد يروى «قبضت»^٣ مكان «أخذت» ولم يذكر في الحديث مورد لقوله لَا يَنْتَظِرُ ذلك وأنه في أي واقعة وأي قضية قال ذلك، ولم نجد الحديث في كتب «البخاري» و«المسلم» و«النسائي» و«ابن ماجه» و«الترمذي» و«أبو داود» أيضاً لم يذكره في مبحث الغصب، بل ذكره في العارية للاستدلال به على الضمان فيها.

والاستدلال بهذا الحديث قد شاع في كتب المتأخرين من الفقهاء دون قداماتهم^٤.

و المراد بكلمة «اليد» هنا ليس معناه الحقيقي؛ أعني الجارحة، لعدم المعنى

١- عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣٨٩ / ٢٢؛ مستدرك الوسائل ١٤: ٨، كتاب الوديعة، الباب ١، الحديث ٢؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذي ٢: ٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

٢- مستدرك الوسائل ١٧: ٨٨، كتاب الغصب، الباب ١، الحديث ٤؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٨ / ٢٠٠٣٢؛ سنن الدارمي ٢: ٢٦٤؛ سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢؛ المستدرك على الصحيحين ٢: ٤٧؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٩٠ و ٩٥ و ١٠٠؛ كنز العمال ١٠: ٣٦٠ / ٢٩٨١١.

٣- غنية النزوع ١: ٢٨٠.

٤- استدلل من القداماء بهذا الحديث الشيخ في خلافة في كتاب الغصب ٣: ٤٠٨، المسألة ٢٠، والوديعة ٤: ١٧٤، المسألة ٥ وأيضاً في مبوطه في الغصب ٣: ٥٩، والوديعة ٤: ١٣٢، وابن زهرة في الغنية في كتاب الغصب ١: ٢٨٠ والإجارة ١: ٢٨٩، والحلي في السرائر في باب الوكالة ٢: ٨٧، وباب الرهن ٢: ٤٢٥، والوديعة ٢: ٤٣٧، باب الإجارة ٢: ٤٦٣، والغصب ٢: ٤٨١ و ٤٨٤.

و استدلل بعض المتأخرين بهذا الحديث في الأبواب المتفرقة من كتبهم، فمنها: الرسائل التسع: ٣٠٥؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٦٠ و ٢٢٥؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٦٧؛ الدروس الشرعية ٣: ١٠٩؛ جامع المقاصد ٦: ٢١٥ و ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٣٩ و ٣٢٤؛ الروضة البهية ٣: ٥٦٥ و ٥٧٤؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٧٤ و ٤٩٦ و ٥٣٣؛ عوائد الأيام: ٣١٥؛ رياض المسائل ١٢: ٢٦٠؛ جواهر الكلام ٣٧: ٨ و ٢٨ و ٣٣؛ العروة الوثقى ٥: ٢٢٥ و ٢٢٧.

لكون شيء عليها وكونها ضامنة، وإِنَّمَا الذي عليه الضمان هو صاحب اليد، كما أَنَّ الذي يوجب الضمان هو استيلاء صاحب اليد بأيِّ نحو كان، لا أخذ الشيء بخصوص الجارحة المخصوصة، وذلك لوضوح عدم خصوصيتها في إيجاب الضمان وإِنَّمَا الملاك فيه هو التسلُّط على مال الغير بأيِّ نحو كان.

و ذكرها بخصوصها لمكان أَنَّها الآلة غالباً في أخذ الأشياء والتسلُّط عليها، كما أَنَّ نسبة العلية^١ إليها مع كونها لصاحبها باعتبار أَنَّها لما كانت قابضة لمال الغير، أريد جعل الضمان أيضاً بحسب الظاهر عليها، لثلاث تزر وازرة وزر أخرى.^٢

و التمسك بالحديث الشريف بتقريبين:

و التقريب الأول: يتوقَّف على ذكر مفاد كلمة «على» في الاستعمالات، فنقول: كلمة «على» إن ذكر بعد مجروره فعل من الأفعال أو ما يفيد معناه، فمعناها كون مجرورها ملزماً بهذا الفعل. و بعبارة أخرى: مفادها في هذه الصورة هو الحكم التكليفي، كقول المولى: «عليه أن يصلي» أو «عليك أن تصلي».

و إن ذكر بعده اسم جامد، فهي أيضاً على قسمين، فإنَّ مفاد هذا الاسم إن كان كلياً ليس له موطن في سوى ذمَّة مجرور «على». يكون مفاد على كون هذا الشيء في ذمَّة هذا الشخص وكون ذمَّته ظرفاً له، والذمَّة مخزن من المخازن يعتبره العقلاء ظرفاً في هذه الصورة للكليات، و هذا مثل أن يقول رجل: «عليّ لزيد ألف درهم». و إن كان مفاد هذا الاسم عيناً خارجياً أو كان كلياً و لكن له موطن آخر غير ذمَّة

١ - العلية مصدر مجعول بمعنى: الضررية، و في مقابله: الةية بمعنى: الأحقية.

٢ - إشارة إلى قوله تعالى في سورة الأنعام (٦): ١٦٤: الإِسْرَاءُ (١٧): ١٤: الفاطر (٣٥): ١٨: الزمر (٣٩):

٧: النجم (٥٣): ٣٨.

مجرور «على» كذمة شخص آخر، كان مفاد «على» في هاتين الصورتين عند العرف كون هذا الشيء في عهدة هذا الشخص لا في ذمته.^١ ولذا يجري في الأعيان الموجودة خارجاً مع وضوح عدم انتقالها إلى الذمة ما دامت تكون في الخارج موجودة، وهذا المعنى - أي: كون شيء في عهدة شخص - أمر عقلائي يعتبره العقلاء في قبال الذمة يستمونه بـ «الضمان» وله عندهم آثار مختلفة:

منها: أنه يجب على الضامن والمتعهد، رد عين المضمون إذا كان عيناً خارجياً و ردّ بدله إن تلفت.

و إن لم يكن المضمون عيناً خارجياً، بل كان كلياً ثابتاً في ذمة شخص غير الضامن، كان أثر الضمان فيه عند العرف جواز مطالبة المضمون له من الضامن ذلك الكلي، إن لم يقدر على استيفائه وأخذه من المديون. وليس أثره عندهم اشتغال ذمة الضامن بصرف الضمان للمضمون.

و بعبارة أخرى: انتقال الذمة وإن كان هو مذهب أصحابنا الإمامية في باب الضمان،^٢ ونحن أيضاً نوافقهم، لما دلّ عليه الأدلة الخاصة من طرقنا، فما هو مذهبنا في باب الضمان مخالف لما هو مقتضاه بحسب العرف و فقهاء العامة،^٣

١- أقول: ولعل هذا المعنى الذي كان يكرّره الأستاذ بلفظ «عهدة داري» هو الذي يستمونه بالفارسية «بيمه» وهي تجري عندهم في الأعيان الخارجية، بل وفي النفوس. [المقرّر: ٢]

٢- راجع: المبسوط ٦: ٨١؛ شرائع الإسلام ٢: ١٠٧ و ١٠٨؛ الرسائل العشر، المسائل الحائريات: ٣٠٤؛

تذكرة الفقهاء ١٤: ٣١١ و ٤٣٦؛ المهذب البارع ٢: ٥٢٢؛ إيضاح الفوائد ٢: ٨٠-٨١؛ جامع المقاصد ٥:

٣٤٣؛ مسالك الأفهام ٤: ١٧١ و ١٨٢ و ١٩٥ و ٢٠٦؛ وأيضاً ١٠: ٤٥٥؛ الروضة البهية ٣: ٤٢٢؛

الحدائق الناضرة ٢١: ١٥ و ٣٤؛ جواهر الكلام ٢٦: ١١٣ و ١١٦ و ١٢٧ و ١٤١ و ١٥٥؛ المكاسب،

ضمن تراث الشيخ الأنصاري ١٦: ٥٠٧؛ العروة الوثقى ٥: ٤١١-٤١٢، المسألة ٢ و ٣.

٣- راجع: المغني، ابن قدامة ٥: ٨١ ولكنّه مذهب بعض العامة لا جميعهم.

لقصور أيديهم عمّا في أيدينا من الأدلة الشرعية قد أفتوا في باب الضمان على حسب ما يقتضيه بنظر العرف.

فقالوا: إنه ضمّ ذمّة إلى ذمّة وليس مرادهم بهذا ثبوت المال في ذمّة شخصين، وذلك لوضوح عدم استحقاق الدائن أكثر من مال واحد فلا يمكن ثبوته في طرفين. وإنما مرادهم بهذا التعريف، الدلالة على عدم براءة ذمّة المديون المضمون عنه بصرف ضمان أحد عنه.

و مرادهم بضمّ الذمّة هو ضمّ العهدة التي يتحد نتيجة مع الذمّة، لا ضمّ نفس الذمّة التي علمت معناها و مخالفتها لمعنى العهدة في اعتبار العقلاء الذين هم المراجع في تعيين تلك الأمور.

و بالجملة: فمفاد الضمان في اعتبار العقلاء أمر واحد مخالف للذمّة اعتباراً و يسمى بـ«العهدة داري»، سواء كان المضمون كلياً ثابتاً في ذمّة شخص غير الضامن - و هذا هو المبحوث عنه في كتاب الضمان - أو كان عيناً خارجياً.

إذا عرفت ما ذكرناه في مفاد «على» و أنه على ثلاثة أنحاء:

فاعلم: أن قوله بِإِذْنِهِ «على اليد ما أخذت» لابدّ و أن يكون على النحو الثالث؛ أعني التعهّد و الضمان، و يكون المراد بـ«كون المأخوذ على اليد» كونه على صاحبها كما حقّقناه آنفاً و وجه كون المفاد لكلمة «على» في هذا الكلام هو التعهّد و الضمان واضح بعد ما قرّرناه في مفادها، فإنّ مفاد الاسم المذكور بعد المجرور «على» فيما نحن فيه: أعني كلمة «ما» الموصولة عين خارجي و هو العين المأخوذة من المالك، فليس مفاد «على» في هذا الكلام هو الذمّة لعدم جواز كون الذمّة ظرفاً للأعيان الموجودة في الخارج، و ليس مفادها أيضاً الإلزام الذي هو

حكم تكليفي، لعدم وقوع فعل بعدها حتى يصير متعلقاً للإلزام.

فتعين كون مفادها التعهد و الضمان و هو المطلوب.

و أثر الضمان فيه هو جواز مطالبة المالك للغاصب أداء عينه التي استقرت في عهده، و يجب على الغاصب ردّها بشخصيته مع بقائها، و مع تلفها يجب عليه أدائها بصورتها النوعية إن كان مثلياً و إلّا فبمالياتها كما سيأتي تحقيق ذلك في محله.^١

فإن قلت: لم لا يجوز أن يكون مفاد «على» في الحديث هو الحكم التكليفي؛ أعني الإلزام مع إمكان تعلّقه بالأداء أو الحفظ، فيكون مفاد «على اليد» وجوب أداء المأخوذ أو وجوب حفظه.

قلت: أمّا وجوب الأداء، فمخالف لظاهر الحديث، من جهة أنّ الحكم في الحديث مغنياً بالأداء و كون الغاية و ذو الغاية أمراً واحداً ركيك في الغاية.^٢ و أمّا وجوب الحفظ فهو و إن لم يرد فيه هذا الإشكال، و لكن فيه: أنّه أي قرينة في الكلام على تقدير كلمة «الحفظ» مع إمكان حمل الحديث على معنى لا يحتاج إلى التقدير. هذا هو التقريب الأوّل في الحديث الشريف.

التقريب الثاني أن يقال: إنّ لكلّ مال بالنسبة إلى مالكة اعتبارين، أحدهما: أنّه للمالك بمعنى أنّ عينه له و منافعه عائدة إليه، و ثانيهما: أنّه على المالك بمعنى أنّ تلفه من كيس المالك و خساراته واردة عليه.

١ - سيأتي في الصفحة ٢٥٤ - ٢٥٥.

٢ - أقول: كيف لا يمكن أن يغني حكم من الأحكام بأمثاله، فيكون مفاده أنّ هذا الحكم ثابت لا مسقط له سوى أمثاله. [المقرّر]

و الحاصل: أَنَّ كُلَّ مال فهو يعتبر عند العقلاء أَنَّ نفعه و ضرره كلاهما عائدان إلى المالك، و الشارع في هذا الأمر قد وافق العقلاء، إِلَّا أَنَّهُ في صورة غصب أحد لمال غيره أَنَّ اعتبار العليمية التي كانت تعتبر للمالك أيضاً يكون للغاصب، فانفكَّ اللهيمة عن العليمية، فاللهيمة للمالك و العليمية للغاصب، فعلى هذا يكون مفاد «على اليد» كون تلف المال المغصوب من كيس الغاصب و خساراته واردة عليه و إن كانت - لو لا الغصب - واردة على المالك.^١

ثمَّ الظاهر عدم اختلاف التقريبين في النتائج الفقهيّة و إن كان التقريب الأول أظهر لظهور كلمة «على» في تلك المقامات في الضمان و التعهّد كما بيّناه.^٢

و يمكن هاهنا على بُعدٍ تقريبي ثالث و هو أن يقال: إنَّ مفاد «على اليد» هو أَنَّ المأخوذ غصباً ثابت و مستقرّ على اليد اعتباراً و إن عرض عليه التلف، فيكون صدور الحديث للدلالة على أَنَّ تلف المأخوذ غصباً لا يوجب سقوطه من اليد، بل اليد تكون موطناً له بنظر الشارع و لو في حال تلفه، فكأنه قال: «أَيُّهَا الرجل الذي غصب ماله لا تزلزل لفقدان مالك» فَإِنَّ مالك موجود على يد الغاصب، و حينئذٍ فإن كان موجوداً بشخصه فهو و إِلَّا فيجب عليه أداؤه بصورته النوعية في المثليات و بماليته في القيميات.

١ - ستأتي بقيّة الكلام في هذا الحديث راجع: الصفحة ٢٥٠.

٢ - أقول: يمكن أن يقال باختلاف التقريبين في بعض الفروع، فَإِنَّ مقتضى كون العين في تعهّد الشخص هو بقاءه في عهده إلى أن يؤدّي نفسه أو بعض مراتبه النازلة من المثل أو القيمة، ففي حالة التلف أيضاً يكون نفس العين في الهدية. و مقتضى ذلك هو وجوب قيمة يوم الأداء، لأنّه زمان الانتقال إلى البذل في القيميات بخلاف التقريب الثاني، فَإِنَّ مقتضاء كون تلف المال على الغاصب، و في ماله فمن حين التلف قد خرج من يده المال، و لكن من جهة كون تلفه عليه يستقرّ عليه قيمة يوم التلف. [المقرّر من:]

العمومات التي يستفاد الضمان منها في باب الغصب

و مما يمكن أن يستدل به للضمان في باب الغصب و الاستيلاء على مال الغير عدواناً: العموم الملتقط من الموارد الكثيرة المحكومة فيها في أخبارنا المروية عن الأئمة عليهم السلام بالضمان،^١ فإنها وإن وردت في الموارد المخصوصة، ولكن التأمل فيها يوجب العلم بعدم خصوصية الموارد، وأن الذي هو الملاك للحكم بالضمان فيها هو الاستيلاء العدواني، فيستنبط منها حكم جميع موارد الغصب، وإن كان لا يستنبط من كل واحد منها بخصوصه بإلغاء الخصوصية.

و الفرق بين التقاط العموم وإلغاء الخصوصية الذي عبروا عنه بمفهوم الموافقة: أن إلغاء الخصوصية إنما هو فيما لو كان لنا خبر أو خبران مثلاً في قضية خاصة و لكن العرف قد ألغى خصوصية المورد بارتكازه و سرى حكمه إلى جميع الموارد المناسبة للمورد، بخلاف التقاط العموم، فإنه ربما يكون لنا أخبار كثيرة في موارد عديدة إذا لاحظ كل واحد منها العرف بخصوصه احتمال خصوصية المورد و لم يلق الخصوصية، ولكنه إذا لاحظها بمجموعها، التقط منها عموماً يكون بنظره هو الملاك في ذلك الحكم الوارد في الموارد الكثيرة، فالتقاط العموم عبارة عن إلغاء الخصوصية بعد ملاحظة مجموع الموارد التي ربما لا يمكن إلغاء الخصوصية في كل واحد منها بخصوصه.

إذا عرفت ذلك، فلنذكر بنحو الإشارة بعض الأخبار الواردة في بعض الموارد الحاكمة فيها بالضمان المستفاد منها كون الملاك فيه الاستيلاء العدواني على مال الغير.

فمنها: ما ورد في ما لو استأجر دابة، ثم جاوز فيها عن الحد الذي شرط عليه أو فرط فيها.

كرواية الكليني و الشيخ في الصحيح، عن ابن محبوب، عن أبي ولّاد الحنّاط قال: اكرت بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة، خبرت أنّ صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل، خبرت أنّ صاحبي توجه إلى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت ممّا بيني و بينه و رجعنا إلى الكوفة و كان ذهابي و مجيبي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلّل منه ممّا صنعت و أَرْضِيهِ، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل، فقال لي: و ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته إليه سليماً. قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: أريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً، فقال: ما أرى لك حقاً، لأنّه اكتراه إلى قصر ابن هبيرة فخالف و ركبّه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلما ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، فأعطيته شيئاً و تحلّلت منه و حججت تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: «في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها».

قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ فقال: «أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، و مثل كراء بغل راكباً من النيل إلى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة، توفيّه إيّاه»، قال: فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه، فقال: «لا، لأنّك غاصب»، قال: فقلت له: أرايت لو عطب البغل و نفق

أليس كان يلزم مني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه عليه»، فقلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: «أنت و هو إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك، فحلفت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرتى كذا وكذا فيلزمك»، فقلت: إنّي كنت أعطيته دراهم و رضي بها و حلّلتني، فقال: «إنّما رضي بها و حلّلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه، فأخبره بما أفيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك...»^١ و الحديث و إن كان طويل الذيل و لكن نقلناه بأجمعه لاشتماله على أحكام كثيرة.

و كرواية أبان بن عثمان، عن الحسن الصيقل، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اكرتى دابةً إلى مكان معلوم فجاوزه؟ قال: «يحسب له الأجر بقدر ما جاوزه، و إن عطب الحمار فهو ضامن»^٢.

و كرواية الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل تكارى دابةً إلى مكان معلوم فنفتت الدابة؟ قال: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن، و إن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، و إن سقطت في بئر فهو ضامن لآته لم يستوثق منها»^٣.

و كرواية أبان، عن الحسن بن زياد الصيقل، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اكرتى

١- الكافي ٥: ٢٩٠ / ٦: تهذيب الأحكام ٧: ٢١٥ / ٩٤٣: الاستبصار ٣: ١٣٤ / ٤٨٣: وسائل الشيعة ١٩:

١١٩، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ١، وأيضاً ٢٥: ٣٩٠، كتاب الغصب، الباب ٧، الحديث ١.

٢- الكافي ٥: ٢٨٩ / ١: تهذيب الأحكام ٧: ٢١٣ / ٩٣٧: وسائل الشيعة ١٩: ١٢١، كتاب الإجارة، الباب

١٧، الحديث ٢.

٣- الكافي ٥: ٢٨٩ / ٣: وسائل الشيعة ١٩: ١٢١، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ٣.

من رجل دابة إلى موضع فجاز الموضع الذي تكارى إليه، فنفتت الدابة، قال: «هو ضامن و عليه الكراء بقدر ذلك».^١

و كرواية علي بن جعفر في كتابه، عن أخيه، قال: سألته عن رجل اكرى دابة إلى مكان فجاز ذلك المكان فنفتت، ما عليه؟ فقال عليه السلام: «إذا كان جاز المكان الذي استأجر إليه فهو ضامن».^٢

و كروايته أيضاً عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره، فنفتت، ما عليه؟ فقال: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء».^٣

و كروايته أيضاً عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة ف وقعت في بئر فانكسرت، ما عليه؟ قال: «هو ضامن إن كان لم يستوثق منها، فإن أقام البيّنة أنه ربطها فاستوثق منها فليس عليه شيء».^٤

و منها: ما ورد في تسليم الثوب إلى القصار و تلفه بيده بعد مخالفته للوقت: كرواية الكاهلي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن القصار يسلم إليه الثوب و اشترط عليه يعطيني في وقت، قال: «إذا خالف و ضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن».^٥

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٣ / ٩٧٨؛ الاستبصار ٣: ١٣٣ / ٤٨٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢١، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ٤.

٢ - مسائل علي بن جعفر: ١٩٥ / ٤١٣؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٢٢، كتاب الإجارة، الباب ١٧، الحديث ٦.

٣ - الكافي ٥: ٢٩١ / ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٥ / ٩٤٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ١١٨، كتاب الإجارة، الباب ١٦، الحديث ١.

٤ - مسائل علي بن جعفر: ١٩٦ / ٤١٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥٦، كتاب الإجارة، الباب ٣٢، الحديث ٤.

٥ - الكافي ٥: ٢٤٢ / ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٩ / ٩٥٧؛ الاستبصار ٣: ١٣١ / ٤٧٢؛ وسائل الشيعة ١٩:

و كرواية الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره فدفعه القصار إلى قصار غيره ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام: «هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً إن شاء الله».^١

و منها: ما ورد في العارية والوديعة:

كرواية الكليني و الشيخ في الصحيح عن الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة^٢ فوضعها في منزل جاره فضاع، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: «هو ضامن لها إن شاء الله».^٣

و كرواية الشيخ في الصحيح، عن علي بن السندي، عن صفوان، عن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام و أبي إبراهيم عليه السلام قالوا: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن».^٤

و منها: ما ورد في المضاربة:

كرواية الكليني و الشيخ في الصحيح، عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألت عن الرجل يعطي المال مضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن

١- ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٧، و في الكافي و التهذيب و الاستبصار «يعطي» بدل «يعطيني».

٢- تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٢ / ٩٧٤، وسائل الشيعة ١٩: ١٤٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٨.

٣- في الفقيه زيادة: و أمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره.

٣- الكافي ٥: ٢٣٩ / ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٨٠ / ٧٩١؛ الفقيه ٣: ١٩٤ / ٨٨٠ و وسائل الشيعة ١٩: ٨١ كتاب الوديعة، الباب ٥، الحديث ١.

٤- تهذيب الأحكام ٧: ١٨٤ ذيل الحديث ٨٠٧ الاستبصار ٣: ١٢٥ / ٤٤٦؛ الفقيه ٣: ١٩٢ / ٨٧٤ و وسائل الشيعة ١٩: ٩٧-٩٨، كتاب العارية، الباب ٤، الحديث ١.

المال، و الريح بينهما»^١.

و كروايتها عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطي المال فيقول له: انت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن تجاوزها وهلك المال فهو ضامن وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وإن ربح فهو بينهما»^٢.

و كرواية الشيخ في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال عليه السلام: «هو ضامن و الريح بينهما»^٣. و كرواية الشيخ أيضاً في الصحيح عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى الأرض و ينهى أن يخرج به إلى أرض غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال، فقال: «هو ضامن فإن سلم فربح فالربح بينهما»^٤.

و غير ذلك من الروايات الواردة في المضاربة، و كل ما ذكرنا مع ما لم نذكر مذكورة في «الوسائل»^٥.

و منها: ما ورد في أجر الأجير:

كرواية المشايخ في الصحيح، عن هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبد الله عليه السلام

١- الكافي ٥: ٢٤٠ / ٢: تهذيب الأحكام ٧: ١٨٩ / ٨٣٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ١.

٢- الكافي ٥: ٢٤٠ / ١: تهذيب الأحكام ٧: ١٨٩ / ٨٣٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٢.

٣- تهذيب الأحكام ٧: ١٩٠ / ٨٣٨؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٦، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٥.

٤- تهذيب الأحكام ٧: ١٨٩ / ٨٣٧؛ الفقيه ٣: ١٤٣ / ٦٣١؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٧، كتاب المضاربة، الباب ١، الحديث ٦.

٥- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ١٥-١٨، كتاب المضاربة، الباب ١.

قال: سألته عن رجل استأجر أجيراً فلم يأمن أحدهما صاحبه، فوضع الأجر على يدي رجل فهلك ذلك الرجل و لم يدع وفاءً و استهلك الأجر، فقال: «المستأجر ضامن لأجر الأجير حتّى يقضي، إلّا أن يكون الأجير دعاه إلى ذلك فرضي به، فإن فعل فحقّه حيث وضعه و رضي به»^١.

و منها: ما ورد في اللقطة المنويّ أخذ الجعل لها:

كرواية الشيخ و ابن بابويه بسنده عن الحسين بن زيد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: في الضالة يجدها الرجل فينوي أن يأخذ لها جعلاً فتتفق، قال: هو ضامن، فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً و نفقت فلا ضمان عليه»^٢.

و منها: ما ورد في الوصية:

كرواية الحلبي الصحيحة، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: في رجل توفّي فأوصى إلى رجل، و على الرجل المتوفّي دين، فعهد الذي أوصى إليه فعزل الذي للغرماء فرفعه في بيته، و قسم الذي بقي بين الورثة فسرق الذي للغرماء من الليل، ممّن يؤخذ، قال: «هو ضامن حين عزله في بيته يؤدّي من ماله»^٣.

و كرواية الكليني في الحسن، عن ابن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل بعث بركة ماله لتقسّم فضاغت، هل عليه ضمانها حتّى تقسّم؟ فقال: «إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها، فهو لها ضامن - إلى أن قال - و كذلك الوصي الذي يوصى إليه

١ - الكافي ٧: ٤٣١ / ١٧؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٩ / ٨٠١؛ الفقيه ٣: ١٠٧ / ٤٤٥؛ وسائل الشيعة ١٩:

١٠٩، كتاب الإجارة، الباب ٦، الحديث ١.

٢ - تهذيب الأحكام ٦: ٣٩٦ / ١١٩٢؛ الفقيه ٣: ١٨٩ / ٨٥٢؛ وسائل الشيعة ٢٥: ٤٦٤ - ٤٦٥، كتاب

اللقطة، الباب ١٩، الحديث ١.

٣ - تهذيب الأحكام ٩: ١٦٨ / ٦٨٥؛ الاستبصار ٤: ١١٧ / ٤٤٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٦، كتاب

الوصايا، الباب ٣٦، الحديث ٢.

يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربّه الذي أمر بدفعه إليه فإن لم يجد فليس عليه ضمان».^١

و كرواية أبان الصحيحة، عن سليمان بن عبد الله الهاشمي، عن أبيه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى إلى رجل فأعطاه ألف درهم زكاة ماله فذهبت من الوصي، قال: «هو ضامن ولا يرجع على الورثة».^٢

و كرواية أبان عن رجل، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى إلى رجل أن عليه ديناً، فقال: «يقضي الرجل ما عليه من دينه و يقسم ما بقي بين الورثة»، قلت: فسرق ما أوصى به من الدين متى يؤخذ الدين، أم من الورثة أم من الوصي؟ قال: «لا يؤخذ من الورثة و لكنّ الوصي ضامن لها».^٣

و منها: ما ورد في الرهن:

كرواية أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادان الفضل، فقال: «كان علي عليه السلام يقول ذلك»، قلت: كيف يترادان؟ فقال: «إن كان الرهن أفضل ممّا رهن به، ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى ردّ الراهن ما نقص من حقّ المرتهن»، قال: «و كذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان و غير ذلك».^٤

١- الكافي ٣: ٥٥٣ / ١؛ تهذيب الأحكام ٤: ٤٧ / ١٢٥؛ الفقيه ٢: ١٥ / ٤٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٦.

كتاب الوصايا، الباب ٣٦، الحديث ١.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٨ / ٦٨٣؛ الاستبصار ٤: ١١٧ / ٤٤٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٧. كتاب

الوصايا، الباب ٣٦، الحديث ٣.

٣- الكافي ٧: ٢٤ / ٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٨ / ٦٨٤؛ الاستبصار ٤: ١١٧ / ٤٤٥؛ وسائل الشيعة ١٩:

٣٤٧. كتاب الوصايا، الباب ٣٦، الحديث ٤.

٤- الكافي ٥: ٢٣٤ / ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٧١ / ٧٦١؛ الاستبصار ٣: ١١٩ / ٢٦؛ وسائل الشيعة ١٨:

و كرواية إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمئة درهم و هو يساوي ثلاثمئة درهم، فهل لك، أ على الرجل أن يرّد على صاحبه مئتي درهم؟ قال: «نعم، لأنّه أخذ رهنًا فيه فضل و ضيّعه»، قلت: فهل لك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلك»، قلت: فيترادّان الفضل؟ قال: «نعم».^١

و رواه ابن بابويه،^٢ لكنّه ذكر بدل «فهل لك» «فهل لك»، و حينئذٍ يخرج عمّا نحن فيه، و يدلّ على ضمان الإلتلاف.

و كرواية ابن بكير، الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته في [عن] الرهن، فقال: «إن كان أكثر من مال المرتهن فهل لك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن و إن كان أقلّ من ماله فهل لك الرهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن سواء فليس عليه شيء».^٣

و كرواية محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن ...»^٤ إلى آخر ما ذكر في رواية ابن بكير.

و كرواية عبد الله بن الحكم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهنًا على ألف درهم و الرهن يساوي ألفين و ضاع، قال: «يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص ممّا رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل و إن كان الرهن

١- ٣٩٠، كتاب الرهن، الباب ٧، الحديث ١.

٢- الكافي ٥: ٢٣٤ / ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٧٢ / ٧٦٣؛ الاستبصار ٣: ١٢٠ / ٤٢٩؛ وسائل الشيعة ١٨:

٣٩١، كتاب الرهن، الباب ٧، الحديث ٢.

٣- راجع: الفقيه ٣: ١٩٩ / ٩٠٤.

٤- الكافي ٥: ٢٣٤ / ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٧١ / ٧٦٠؛ الاستبصار ٣: ١١٩ / ٤٢٥؛ وسائل الشيعة ١٨:

٣٩١، كتاب الرهن، الباب ٧، الحديث ٣.

٤- الفقيه ٣: ١٩٩ / ٩٠٥؛ وسائل الشيعة ١٨: ٣٩٢، كتاب الرهن، الباب ٧، الحديث ٤.

يسوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه»^١.

هذه جملة من الأحاديث التي جمعناها في هذا الباب، والمتأمل فيها يلتقط منها أنَّ المالك الكلِّي للحكم بالضمان في تلك الموارد هو الغصب، أعني الاستيلاء على مال الغير بغير حقٍّ وإن لم يكن التلف بفعل المستولي بل بآفة سماوية.

هل الحديث يشمل اليد الأمانة أم لا؟

قد ظهر لك سابقاً بما قرَّرناه في قوله **وَالْيَدُ أَمِينَةٌ**: «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّي»^٢ دلالة الحديث الشريف على الضمان في الغصب؛ أعني الاستيلاء على مال الغير عدواناً، سواء تصرف المستولي فيما استولى عليه أو لم يتصرف.

إنَّما الكلام في أنَّ الحديث الشريف عامٌّ يعمُّ اليد العادية و غيرها، مع أنَّ اليد لو كانت أمانة لم توجب الضمان، كيد المستأجر على العين المستأجرة والمرتهن على العين المرهونة و أمثالهما ممَّن أذنوا من قبل المالك في الاستيلاء على العين، و حينئذٍ فهل يكون خروج تلك الأيدي من الحديث بالتخصيص أو بالتخصُّص؟

يمكن أن يقال: مضافاً إلى دعوى انصراف الحديث إلى اليد العادية أنَّه بالتخصُّص. بتقريب: أنَّ المال لو كان في يد الغير وديعة أو مرهونة أو نحوهما بإذن المالك وإجازته لم يعتبر العقلاء خروجه من يد المالك، بل يرونه بعدُ باقياً في يده، و لكنَّه جعله باختياره في مخزن حيواني، فكما أنَّه لو جعل ماله في صندوق أو

١ - الفقيه ٣: ١٩٦ / ٨٩٢؛ وسائل الشيعة ١٨: ٣٩٢، كتاب الرهن، الباب ٧، الحديث ٥.

٢ - عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٢٢٨٩ / ٢٢؛ مستدرک الوسائل ١٤: ٨، كتاب الوديعة، الباب ١، الحديث ١٢؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذي ٢: ٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

نحوه من المخازن الجمادية، لم يره العقلاء خارجاً من يده، بل يرونه تحت استيلائه واختياره. فكذا لو جعله باختياره في مخزن ذي إرادة و شعور، فإنّه لما كان ذلك بإرادة من المالك و اختيار منه لم يره العقلاء خارجاً من سلطنة المالك، بل يرون المستودع و المستأجر و أمثالهما مخزناً لمال المالك. غاية الأمر كونهما من المخازن الشاعرة.

و بعبارة أخرى: قوله: «على اليد ...» ظاهر في ما لو كانت اليد عادية و كان أخذها عدواناً، فإنّ المالك لو أعطى إلى غيره مالا لا يقال: إنّ فلاناً أخذ المال من مالكه، بل يقال: إنّ المالك أعطاه.

و بالجملة العرف يفرّق بين أن يقال مثلاً: «على اليد ما أخذت» أو «على اليد ما أعطيت».

ثمّ إنّ قد ظهر لك سابقاً أنّ المقصود من الحديث الشريف ليس صرف ما لو أخذ المال بالجراحة المخصوصة، بل المراد الاستيلاء على مال الغير عدواناً بأيّ نحو كان، و حينئذٍ فلا فرق بين أن يكون المال في غير يد الغاصب، ثمّ يأخذه الغاصب أو يكون في يد الغاصب و لكن بنحو الاستحقاق، ثمّ يصير عادياً.

ضمان المثل في المثلي و القيمي في القيمي

قد تبين لك ممّا بيّناه: أنّ الضمان اعتبار من اعتبارات العقلاء غير الذمّة، يعبر عنه بالفارسية: «عهده داری»، و هو كما يتعلّق بالذمّة فكذلك يتعلّق بالعين الخارجي، و هذا هو معناه في تمام استعمالاته، فالضمان في باب ضمان الذمّة المذكور في كتاب الضمان و في باب ضمان اليد و ضمان الإلتلاف بقسميه من المباشرة و التسبب كلّها بمعنى واحد و مفهوم فارد.

و لو تعلّق بعين خارجي فقليل: «فلان ضامن لهذا العين» فليس حكم الضمان فيها باعتبار حالة تلفها فقط، بل هو باعتبار حالة الوجود و التلف. غاية الأمر: أن في الإلتاف بقسميه لا يفرض وجود الضمان في حالة وجود العين، و أما في الغصب؛ فالضمان باعتبار كلتا الحالتين و أثره وجوب أداء العين سالمة، مثل حين الأخذ بشخصيتها، و لو تلفت فبنوعيتها في المثليات و بقيمتها و ماليتها في القيميات.

و قد اشتهر بين الفقهاء من العامة و الخاصة و من السلف و الخلف ضمان المثليات بالمثل و القيميات بالقيمة، بل القول المخالف في هذه المسألة من أشدّ الشواذ، فعمّن نسب إليه الخلاف من الإمامية ابن الجنيّد، ففي «المختلف» عن ابن الجنيّد هو التخيير في المثليات بين المثل و القيمة،^١ و من العامة عبيد الله بن الحسن العنبري البصري،^٢ فقالا بضمان العين بمثلها و لو في القيميات.

والمدرّك لعبيد الله في هذه الفتوى روايتان من طرقهم عن النبي ﷺ: أحدهما: ما رواه عائشة و حاصله: أنّها قالت: كانت حفصة تصنع الغذاء جيّداً فصنعت يوماً من الأيام غذاء رسول الله ﷺ فصبتها في قصعة لتأتي بها إلى رسول الله، قالت عائشة: فأخذني الأفكل فكسرت القصعة، ثمّ ندمت من فعلي، فقلت لرسول الله: ما كفارة ذنبي، فقال: «قصعة بقصعتها و غذاء بغذائها».^٣

١ - مختلف الشيعة ٦: ٩٦، المسألة ٨٤: نقل عنه في إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥؛ جامع المقاصد ٦: ٢٥١ -

٢ - راجع: المغني، ابن قدامة ٥: ٣٧٥؛ المجموع ١٤: ٢٣٤؛ الشرح الكبير ٥: ٤٣٠.

٣ - راجع: المسند، أحمد بن حنبل ١٧: ٤٣٢ / ٢٤٦٨١؛ سنن أبي داود ٢: ٣٢٠ / ٣٥٦٧ و ٣٥٦٨؛ الجامع

و الثانية: ما رواه أنس عنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي امْرَأَةٍ كَسَرَتْ قِصْعَةَ امْرَأَةٍ أُخْرَى: «قِصْعَةُ بِقِصْعَتِهَا».^١

و وجه الاستدلال بالروایتين القصعة و الغذاء قيميان و قد حكم فيهما بالمثل.

تعريف المثلي و القيمي

ثم إنهم اختلفوا في تعريف المثلي و القيمي، فقال بعضهم: المثلي ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة.^٢ و آخر: أنه ما تساوت (تماثلت) أجزاؤه و تقاربت صفاته.^٣ و ثالث: أنه ما يقدر بالكيل أو الوزن.^٤ و عن رابع: زيادة جواز بيعه سلماً.^٥ و خامس: أنه ما يجري فيه القسمة بلا رد،^٦ إلى غير ذلك من التعاريف التي ذكرها

١- لأحكام القرآن، القرطبي ٢: ٣٥٧، السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٩٦؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٧٥؛ المجموع ١٤: ٢٣٤؛ الشرح الكبير ٥: ٤٣٠، و راجع: تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٢٦؛ مفتاح الكرامة ١٨: ١٤٧؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٠١، في أكثر النصوص: «إناء مثل إناء و طعام مثل طعام».

٢- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي ٢: ٣٥٧؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٩٦؛ المجموع ١٤: ٢٣٤، و راجع: مفتاح الكرامة ١٨: ١٤٧؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٠١.

٣- راجع: الخلاف ٣: ٣٩٦، المسألة ٢: المبوط ٣: ٥٩ - ٦٠؛ غنية النزوع ١: ٢٧٨؛ السرائر ٢: ٤٨٠؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٣٩؛ قواعد الأحكام ١: ٢٠٣؛ المختصر النافع: ٢٤٨؛ كشف الرموز ٢: ٣٨١ - ٣٨٢؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٢٧، مسألة ١٠٤٤ و ٢٣٠، مسألة ١٠٤٥؛ المهذب البارع ٤: ٢٥١؛ التنقيح الرائع ٤: ٦٩؛ مفتاح الكرامة ١٨: ١٣٨.

٤- تحرير الأحكام ٤: ٥٢٩، و راجع: الدروس الشرعية ٣: ١١٣؛ الروضة البهية ٣: ٥٠٧؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٨٣؛ كفاية الفقه ٢: ٦٤٠؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٧٥ و ٣٧٦؛ فتح العزيز ١١: ٢٦٦.

٥- بداية المجتهد ٢: ٣١٥؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٧٥ - ٣٧٦؛ المحلى بالآثار ٦: ٤٣٧.

٦- انظر: مغني المحتاج ٢: ٢٨١ / السطر ٢٩؛ فتح العزيز ١١: ٢٦٦؛ روضة الطالبين ٤: ١٠٨.

٦- في فتح العزيز نقل الرازي عن بعض شارحي المفتاح. راجع: فتح العزيز ١١: ٢٦٧؛ و روضة الطالبين ٤: ١٠٨.

العلامة في «التذكرة»^١

و الظاهر أنَّ هذه التعاريف تعاريف لفظية يشير كلُّها إلى مفهوم واحد، و هي و إن كانت تختلف في الصدق و لكن لم يكن هذا الاختلاف بمنظور للمعرِّفين و لم يكن غرضهم ذكر تحديد جامع للأفراد و مانع للأغيار، فافهم.

ثمَّ اعلم: أنَّ حاصل الوجوه المتصورة في المسألة أربعة و إن لم يقل ب بعضها قائل:

الوجه الأوَّل أن يقال: بثبوت المثل في كلِّ من المثليات و القيميات، و قد عرفت^٢ أنَّه مختار لابن الجنيّد ممَّا و عبّده الله بن حسن من العامة، و لازم هذا القول طرح الأخبار الواردة في الحكم بالقيمة. و الدليل على هذا القول أمران:

الأمر الأوَّل: قوله: «على اليد ما أخذت» بل و غيره ممَّا دلَّ على الضمانات، فإنَّها تدلُّ على أنَّ الغاصب مثلاً ضامن للعين التي أخذها، و العين التي أخذها الغاصب، كانت ذات صورة نوعية و وجود شخصي، فإنَّ أمكن الغاصب ردَّ العين بشخصيتها و نوعيتها كان عليه ذلك، و إن لم يمكنه ذلك من جهة تلفها بالشخصية كان عليه ردّها بالصورة النوعية، فإنَّ الداخل في عهده لم يكن نفس الشخصية فقط، بل الذي استقرَّ عليه يده و حكم الشرع بكونه متعهِّداً له أمران: الشخصية و الصورة النوعية، و التلف قد طرء على الشخصية فقط فتعذَّر أدائها، و أمَّا الصورة النوعية فهي قائمة بعد التلف أيضاً بأمثال التالف، فيجب عليه أدائها حتَّى يخرج من العهدة.

و بعبارة أخرى: قوله: «على اليد» يدلُّ على أنَّ المأخوذ مستقرٌّ و موجود بنظر

١ - تذكرة الفقهاء ١٩: ٢١٢ - ٢١٣، و راجع: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٠٩ - ٢١٤.

٢ - تقدّم في الصفحة ٢٥٢.

الشارع في يد الغاصب فعليه أدائه، و المأخوذ مشتمل على أمرين، فإن أمكن أدائهما معاً فهو وإلا فيجب أداء ما أمكن منهما، و الفرض أن العين بعد تلفها قد انعدمت شخصيتها فلا محالة كان الواجب على الغاصب أداء النوعية فقط و هذا من غير فرق بين المثليات المصطلحة و القيميات.

فإن قلت: العين المغصوبة مشتملة على ثلاث جهات: الشخصية و الصورة النوعية و المالية، و مقتضى ذلك هو ملاحظة المالية أيضاً بعد ما تلفت بشخصيتها. قلت: ليس كذلك، فإن الشخصية و النوعية أمران محققان في المال، فيدخل كلاهما في عهدة الغاصب، و هذا بخلاف المالية و القيمة لعدم كونها أمراً محققاً موجوداً في المال، بل هي أمر اعتباري يعتبرها العقلاء للعين. و هل يمكن أن يقال: إن القيمة التي هي عبارة عن المال الخارجي الذي يبذل بإزاء العين أمر موجود في نفس العين؟^١

الأمر الثاني من الأمرين الدالّين على ثبوت المثل مطلقاً: قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾^٢، و الآيات الواردة قبل الآية الشريفة راجعة إلى مقاتلة المشركين، و منها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يَقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ﴾^٣.

١ - أقول: القيمة ليست عبارة عن الثمن الذي يبذل، وإنما هي عبارة عن خصوصية اعتبارية في العين يعبر عنها بالفارسية: «ارزش»، و هي وإن لم يكن لها تحقق خارجي و لكن صرف وجودها بنظر العقلاء كافٍ. [المقرّر: ١]

٢ - البقرة (٢): ١٩٤.

٣ - البقرة (٢): ١٩١.

و الظاهر أنَّ المراد بالحرمة في قوله: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ كلُّ أمرٍ محترمٍ يجب احترامه كالشهر الحرام و المسجد الحرام و مال المسلم و نحوها ممَّا يجب احترامه و عدم هتكه. و القصاص من القصِّ بمعنى المتابعة، و من هذا الباب القصة للأخبار الحاكِية عن الوقائع، و القصاص المذكور في كتاب القصاص؛ إذ الواقعة السابقة لم تنس فأتبع آثارها و الجناية الواردة لم تعف عنها، بل تابعها ورَّاث المجنيِّ عليه و طالبوا بمثلها.

ثمَّ إنَّ قوله: ﴿وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ...﴾ يدلُّ على أنَّ المقاتلة عند المسجد و إن كان يحرم و لكن لو ابتدأ الكفار بها لجازت للمسلمين أيضاً، فالمسجد و إن كان من المحرَّمات التي لا يجوز هتكها بالمقاتلة فيه، و لكنَّ المجازات تقتضي مقاتلة المشركين فيه لو قاتلوكم فيه، و الظاهر أنَّ المراد بقوله: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ﴾ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ أيضاً نظير ذلك، بمعنى: أنَّ الشهر الحرام و إن كان لا يجوز هتكه و لكنَّ الكفار لو هتكوه بالمقاتلة فيه فلکم أيضاً القتال فيه، فمفاده أنَّ هتكاً بهتك، و على هذا فقوله: ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ بمنزلة القاعدة الكلِّية للموردين و غيرهما، فيكون مفاده أنَّ كلَّ حرمة من الحُرُمات إذا هتكت يجوز لمن هتكت عليه أيضاً هتكها. ثمَّ ذكر بعد ذلك قوله: ﴿فَمَنْ اغْتَدَى...﴾ حتَّى يدلَّ على أنَّ المجازات بقدر الاعتداء و كیفيته، فليست الآية الشريفة مختصة بباب القتال كما توهم^١ بل وردت لبيان حكم كلِّ الحرمت إذا هتكت، و منها مال المسلم، فإذا هتك كان له أخذ مثل ماله من الغاصب. و تسميته بـ«الاعتداء» من باب المشاكلة، و الاعتداء بالمثل إنَّما يتحقَّق إذا كان المأخوذ مجازاة موافقاً في الكمِّ و الصورة النوعية لما أخذ غصباً، و

لا فرق في ذلك أيضاً بين المثليات المصطلحة و القيميات فإنّه في القيميات أيضاً يكون المشتمل على الصورة النوعية أقرب إلى التالف من المالية فقط.

فإن قلت: الآية الشريفة إنّما تدلّ على أنّ المعتدى عليه - بالاستيلاء على ماله - له الاستيلاء على مال الغير و جواز حبسه له، كما حبسه، و أمّا تملكه لمال المعتدي فلا دلالة للآية الشريفة عليه.

قلت: بل الظاهر من الآية أنّ المأخوذ مجازاة ينوب عن المأخوذ غصباً في الملكية، فافهم.

الوجه الثاني أن يقال: بثبوت القيمة في كلّ من القيميات و المثليات مطلقاً. و ما يمكن أن يوجه به هذا الوجه أن يقال: إنّ العين بعد تلفها و انعدامها من صفحة الخارج لم تبق في يد الغاصب، و الفرض أنّه ضامن لها فينتقل لا محالة إلى بدلها و هو المالية، فإنّ قوام الأموال عند العقلاء بماليتها و قيمتها و ما يروونه بدلاً للأعيان هي الأثمان و القيم.

الوجه الثالث أن يقال: بثبوت المثل في المثليات المصطلحة مطلقاً و في القيميات إلّا ما خرج بالأخبار الخاصة، كالبلغل في صحيحة أبي ولاد،^١ و العبد في الروايات التي مضمونها هو أنّ من أعتق شقّصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه،^٢ و نحوهما من الموارد الكثيرة الواردة في الأخبار الحاكمة فيها بالقيمة في موارد كثيرة. فنمط هذا الوجه هو الاختصار في هذه النصوص على موارد و الحكم في غيرها بثبوت المثل لما ذكرناه في الوجه الأوّل.

١- تقدّم ذكرها في الصفحة ٢٤٢-٢٤٣.

٢- راجع: وسائل الشيعة ٢٣: ٣٦، كتاب العتق، الباب ١٨.

الوجه الرابع: القول بثبوت المثل في المثليات و القيمة في جميع القيميات، و هو الذي اختاره المشهور من الخاصة و العامة، بل عرفت^١ أنَّ المخالف فيه من أشدَّ الشواذ، و هذا القول هو الذي نختاره. و لكن لا من جهة إجماع السلف و الخلف عليه إلَّا من شدَّ كما قد يتوهم؛ إذ الإجماع الذي هو من أدلة الفقه عندنا، عبارة عن كون المسألة من المسائل المتلقاة عن الأئمة عليهم السلام يداً بيد كما ذكرنا ذلك كراراً، و ليست المسألة من تلك المسائل لعدم كونها موجودة في الكتب المعدة لنقل تلك المسائل كـ«النهاية» و نحوها، و لا من جهة أنَّ العرف إذا خَلِيَ و طبعه يرى بدل المثلي المثل و بدل القيمي القيمة، فيحمل على هذا المعنى العرفي الأدلة الدالة على ضمان العين التالفة أو المتلفة من دون تعيين كيفية الضمان.

و ذلك لوضوح عدم كون هذا المعنى على نحو ذكره الفقهاء، مركزاً في ذهن العقلاء، و لذا سألت عائشة النبي ﷺ عن كفارة ذنبها بعد ما كسرت قصعة حفصة كما مرَّ^٢ و لو كان هذا المعنى مركزاً في ذهنها، لما سألت عن ذلك. بل الذي نتمسك به لإثبات هذا الوجه هو ما ذكرناه في الوجه الأول بضميمة الأخبار الخاصة مع إلغاء الخصوصية.

و تقريبه أن يقال: قد ظهر بما ذكرناه في الوجه الأول أنَّ ضمان التالف إنَّما هو بمثله من غير فرق بين المثليات المصطلحة و القيميات، فالقاعدة الأولية هو كون الضمان في كلِّ شيء بمثله، إلَّا أنَّ الأخبار الخاصة قد وردت في موارد كثيرة من القيميات المصطلحة، و حكمت بكون الضمان فيها بالقيمة، فالأمر يدور بين

١- تقدّم في الصفحة ٢٥٢-٢٥٣.

٢- تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة ٢٥٢-٢٥٣.

الاقتصار فيها على موارد كما ذكر في الوجه الثالث و بين إلغاء خصوصية الموارد و التقاط العموم منها بالنسبة إلى جميع القيميات، و هذا هو الأقوى الموافق للتحقيق للعلم بأن خصوصية البغلية كما في صحيحة أبي ولاد^١ أو العبدية^٢ كما في الرواية الأخرى التي ذكرنا مضمونها و غيرها من الموضوعات الواردة في الروايات لا دخالة لها في الحكم بثبوت القيمة، بل يستفاد من تلك الروايات أن ما يثبت فيه القيمة هو كل ما يشارك البغل و العبد في كون أفراده مختلفة الصفات و الرغبات بحيث قلما يوجد فيه فردان متساويان في المالية و الرغبة فيشمل هذا العموم الملتقط من الروايات جميع القيميات المصطلحة كما هو ظاهر، فتأمل.

ثم إنه إذا شك في شيء أنه مثلي أو قيمي فالأمر فيه سهل على ما ذكرناه؛ إذ القاعدة الأولية على ما ذكرناه هو ثبوت المثل مطلقاً خرج منه بالأخبار الخاصة بالقيميات، و ما شك في كونه قيمياً يبقى تحت عموم العام، لما حرر في محله من جواز التمسك بالعام في الشبهات المفهومية،^٣ فتأمل جيداً.

لو تعذر المثل ما هو الاعتبار في قيمة المثل المتعذر؟

إذا عرفت: أن ضمان القيميات بالقيمة، فهل يكون الاعتبار بقيمة العين يوم غصبها، أو يوم تلفها، أو أعلى القيم الموجودة بينهما، أو بقيمة يوم التأدية،^٤ أو أعلى

١- تقدّم في الصفحة ٢٤٢-٢٤٣.

٢- تقدّم في الصفحة السابقة.

٣- كفاية الأصول: ٢٥٨؛ درر الفوائد، المحقق اليزدي ١: ٢١٤.

٤- قد عبّر بعض الفقهاء بـ«يوم التأدية أو الأداء» و بعضهم بـ«يوم الدفع» و بعضهم بـ«يوم الإقباض» و

القيم من يوم الغصب إلى يوم التأدية؟ فيه وجوه، بل أقوال.

و قد كان جمع من أساتيدنا المتأخرين^١ مائلين إلى الرابع، أعني قيمة يوم التأدية.

و الوجه فيه: أن قوله بالتأدية: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» يدل على أن ما هو في عهدة الغاصب إلى زمن الأداء هو نفس العين، سواء كانت باقية أو تالفة. و قد عرفت معنى التعهد و الضمان و أنهما أمران يعتبران في العين و لو باعتبار حالة تلفها، و على أي حال فما هو في عهدة الغاصب في حالة التلف أيضاً عبارة عن نفس العين. غاية الأمر: أن أدائها في حال التلف إذا كانت قيمته لمّا لم يمكن بشخصيتها و لا بصورتها النوعية كان بماليتها، فأداء القيمة إنّما هو لكونها من المراتب النازلة لوجود العين و لمّا كان اللازم أولاً و بالذات تأدية العين، كان اللازم في القيمة مراعاتها على وجه تعدّد حين أدائها مالية و قيمة للعين المغصوبة الواجب أدائها حينئذٍ، و لا تضاف القيمة المؤداة إلى العين إلّا إذا كانت مساوية لقيمتها يوم التأدية، فلو كانت العين حين غضبها مثلاً تساوي ألفاً و حين إرادة تأديتها و الاستخلاص منها تساوي ألفين فلا يعدّ الألف حينئذٍ قيمة لها، و لا تأديته تأدية لها بمرتبها النازلة، بخلاف الألفين فإنّه يضاف حين التأدية إلى العين و يقال: إنّه قيمتها و ماليتها، فكان اللازم حين إرادة تأدية العين تأدية قيمتها يوم التأدية حتى تعدّ تأدية العين، فإنّها المجعولة غاية لرفع الضمان، و هذا واضح لا ستره فيه، و هذا

^١ بعضهم به «يوم الرد» و سيأتي أن القائلين بقيمة «يوم المطالبة» أيضاً قصدوا بها يوم التأدية. راجع:

الصفحة ٢٧٥ و أيضاً المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٢٧.

١- راجع: حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: ٤٠-٤١ و ١٩٦-١٩٧؛ حاشية المكاسب، المحقّق

اليردي ١: ٤٨٢-٤٨٣؛ حاشية المكاسب، المحقّق الأصفهاني ١: ٣٧٨-٣٧٩.

القول هو المختار للمحقق الخراساني^١، وكُنَّا أيضاً في سابق الزمان موافقاً له، و لكن رجع نظرنا عنه لما ستأتي في الوجه الثالث من أنَّ العين الشخصية لا تلحظ لها قيمة في حال تلفها.

الوجه الثاني من الوجوه الخمسة: القول بوجوب قيمة يوم الغصب.^٢
و قد قيل في وجهه: إنَّ يوم الغصب هو يوم الحكم بالضمان، و الفرض أنَّ ضمان القيمي بقيمته فيجب قيمة العين يوم غصبها.

و فيه: أنَّ الواجب على الغاصب مع بقاء العين هو ردّها بشخصها لا بقيمتها، و لا يشتغل ذمّته حين وجود العين حتّى يقال: إنَّ الثابت في ذمّته هو القيمة، لبدها أنَّ المالك لا يملك حين بقاء العين إلّا نفس العين فقط لا العين مع قيمتها الثابتة في الذمّة. و قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت» لا يدلّ على اشتغال ذمّة الغاصب حتّى يقال بكونه من حين الغصب، و إنّما يكون مفادها ضمان الغاصب و كون العين في عهده. و قد عرفت الفرق بين الضمان و بين اشتغال الذمّة، و أنَّ الضمان أمر يعتبره العقلاء متعلّقاً بالعين الخارجي و بالذمّ الثابتة قبله.

و لعلّ القائلين بهذا القول لم يفزقوا بين الضمان و بين اشتغال الذمّة، فتوهّموا دلالة الحديث الشريف على اشتغال ذمّة الغاصب من حين غصبه المستلزم لكون الثابت في ذمّته في القيمات هو قيمتها يوم غصبها و الحكم بضمانها.
و قد يستدلّ لهذا القول بصحيفة أبي ولّاد الآتية فانتظرها.

١- حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: ٤٠-٤١ و ١٩٦-١٩٧.

٢- هذا أحد قولَي الشيخ في المبسوط ٣: ٦٠؛ و راجع: المقنعة: ٦٠٧؛ النهاية: ٤٠٢؛ المختصر النافع: ٢٥٦؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٣٩-٢٤٠؛ قواعد الأحكام ٢: ٩٥ و ٢٢٦؛ مفاتيح الشرائع ٣: ١٧٢، مفتاح ١٠٦٥.

الوجه الثالث: القول بوجوب قيمة يوم التلف و هو المشهور بين أصحابنا.^١
 ولعلّ نظرهم في ذلك إلى أنّ العين في زمن وجودها لا تستقرّ في ذمّة الغاصب
 لما عرفت من أنّ موطنها حيثنّذ هو الخارج و لا يجوز وجودها في موطنين، و أمّا
 بعد تلفها، فلا بدّ من أن تنتقل إلى ذمّة الغاصب و تصير هي موطناً لها لأنّها مقتضى
 ضمان الغاصب لها.

و لازم ذلك كون مفاد الضمان مع وجود العين عبارة عن الذمّة التقديرية، بمعنى
 أنّها لو تلفت اشتغل ذمّة الغاصب بها و مع تلفها عبارة عن الذمّة الفعلية، بمعنى كون
 التلف موجباً لفعلية اشتغال الذمّة و صيرورة المال في ذمّة الغاصب.

و بعبارة أخرى: لازم هذا القول هو كون الضمان مرادفاً لاشتغال الذمّة. غاية
 الأمر: كونه في حال وجود العين تقديرية حتّى لا يلزم وجود المال في موطنين.
 و هذا المعنى مخالف لما ذكرناه من كون الضمان أمراً مغايراً لاشتغال الذمّة، و إنّ
 الضمان اعتبار من اعتبارات العقلاء ينسب إلى العين في حالة وجودها و عدمها من
 دون اعتبار استقرارها في حالة التلف أيضاً في ذمّة الضامن.

نعم، يمكن أن يقال: إنّنا و إن سلّمنا مغايرة مفاد الضمان لمفاد اشتغال الذمّة، و
 قلنا بأنّ ما هو في عهدة الغاصب في حالة التلف أيضاً نفس العين. و لكن نمنع ما
 ذكر في الوجه الأوّل الذي اختاره المحقّق الخراساني^٢ من استلزام الضمان بهذا
 المعنى، لكون الواجب في التالف قيمة يوم التأدية.

١- المهدّب ١: ٤٣٦-٤٣٧؛ قواعد الأحكام ٢: ٩٥ و ٢٢٦؛ تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٩٩-٣٠٠؛ تحرير

الأحكام ٤: ٥٣٠؛ مختلف الشيعة ٦: ٨١، المسألة ٦٧؛ الدروس الشرعية ٣: ١١٣؛ التنقيح الرائع ٤:

٧٠؛ جامع المقاصد ٦: ٢٤٦؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٢٧-٥٢٨.

٢- حاشية المكاسب، المحقّق الخراساني: ٤٠-٤١ و ١٩٦-١٩٧.

بتقريب: أنَّ القيمة التي يقال لها بالفارسية: «ارزش» لا تعتبر للمعدوم الصرف، فالعين الشخصية الخارجية وإن كانت في زمن بقائها تعتبر في كلِّ يوم لها قيمة و لكنَّها إذا تلفت لا تعتبر لها عند العقلاء قيمة بأن يقولون: إنَّ هذه في اليوم تساوي كذا و في الغد كذا و هكذا، لانتفاء الهذية و الشخصية فكيف تعتبر لها قيمة.

نعم، تعتبر عند العقلاء لمثلها قيمة و لكن أين هذا من قيمة شخص العين التالفة التي جعلت من المراتب النازلة لنفس العين، و حينئذٍ، فيقال: إنَّ ما هو في عهدة الضامن في حالة التلف أيضاً نفس العين، و هي التي يطالبها المالك أولاً، و يجب على الغاصب أدائها في القيميات بماليتها من جهة كونها من المراتب النازلة لها القائمة مقامها عند تعدُّر نفسها، و لكنَّ العين لما لم يكن لها قيمة أيَّام تلفها كان الواجب على الضامن أدائها بقيمتها حين ما تعتبر لها قيمة؛ أعني قيمتها المعتبرة لها حال وجودها فزمان الانتقال إلى القيمة هو يوم التأدية، و لكنَّ القيمة لا بدَّ و أن تكون من القيم المعتبرة للعين حال وجودها لعدم اعتبار العقلاء لها قيمة في حال التلف.

و بالجملة: فالقول بكون الاعتبار بقيمة يوم التأدية فاسد، لعدم وجود قيمة لها حينئذٍ.

و لعلَّ نظر المشهور من اعتبارهم قيمة يوم التلف لا يوم التأدية هذا المعنى. و لكن يرد عليه: أنَّ مقتضى هذا البيان أنَّ الاعتبار إنَّما يكون بقيمة العين أيَّام وجودها، و أمَّا خصوص يوم التلف فلا يستفاد منه، لإمكان أن يقال باعتبار قيمة يوم الغصب أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

و ممَّا يؤيد كون نظر المشهور إلى هذا المعنى و أنَّهم يسلمون أنَّ العين الشخصية لا تعتبر لها في حالة تلفها قيمة، أنَّهم مع ما أفتوا فيما نحن فيه - أي القيميات -

يكون الاعتبار بقيمة يوم التلف قد اختاروا في المثلي المتعذر المثل المنتقل إلى القيمة كون الاعتبار بقيمة يوم التأدية.^١

وجه الفرق أن ما وجب على الضامن في المثليات حين الأداء هو مثل التالف، و هو أمر كلي موطنه الذمة، فلا يعرض عليه التلف و الانعدام، بل هو ثابت عند العقلاء في موطنه و تعتبر له قيمة، وإن لم يوجد له فرد خارجي، فحين الأداء يكلف الضامن أولاً و بالذات على تأدية المثل، فإذا تعذر المثل انتقل إلى قيمة المثل، و الفرض أنه حين الأداء يكون ذا قيمة معتبرة عندهم فتكون هي المعتبرة، و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإن ما يجب فيه على الضامن أولاً و بالذات بعد ما تلف العين هو قيمة العين، و الفرض أن العين شخصية لا تعتبر لها قيمة في حين التلف فلا محالة يتعين قيمتها يوم وجودها.

غاية الأمر: أن المشهور تخيلوا تعين قيمة يوم التلف و نحن ذكرنا عدم تعينه. ثم إنه قد استشكل بعض على ما ذكرناه من أن العين المغصوبة المضمونة بعد تلفها أيضاً لا تستقر في ذمة الغاصب، و إنما الثابت ضمانه لها بمعنى ذكرناه بما حاصله:

أن موطن ملك المغصوب منه في حال وجوده هو الخارج، و أما بعد تلفه و انتفائه من صفحة الخارج، فلا يبقى له موطن سوى ذمة الغاصب فكيف تحكمون بعدم استقراره بعد التلف في ذمة الغاصب.

و على هذا فالواجب انتقاله بعد التلف إلى ذمة الغاصب بمثله إن كان مثلياً و بقيمته إن كان قيمياً.

١ - لم نعرف فيه مخالفاً في هذه المسألة. راجع: الصفحة ٢٧٥ و أيضاً: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٢٧.

و لازم ذلك كون الاعتبار بقيمة يوم التلف، لأنّه يوم تبدّل العين إلى القيمة التي تستقرّ في ذمّة الغاصب.^١

و الجواب عن هذا الإشكال: أنّ العين بعد تلفها و انعدامها من موطن الخارج لم نلتزم بأن يكون لها موطن حتّى تسئل عن موطنها، فإنّ كلّ شيء في حال وجوده يحتاج إلى موطن لا في حال عدمه و ملك المالك قد انعدم بتلفه.

غاية الأمر: أنّ الشارع حكم بضمان الغاصب لهذه العين و كونها في عهده، بمعنى أنّ للمالك أن يطالب عينه متى شاء من الغاصب، سواء بقيت العين أو تلفت، و يجب على الغاصب الخروج من هذه العهدة، سواء كانت العين باقية أو تالفة و الخروج من هذه العهدة، إنّما هو بأداء العين إن كانت موجودة (ليس وراء عبّادان قرية) و إلّا فبأقصى ما يمكن من المراتب النازلة لوجود العين؛ أعني المثل في المثليات و القيمة في القيميات.

فحاصل معنى الضمان هو: أنّ المالك لا يبالي بكون العين باقية أو تالفة فله مطالبتها متى شاء، و أنّ الغاصب لا يمكن له الاعتذار بأنّ العين قد تلفت، بل عليه ردّها متى طوّل بها.

ثمّ إنّّه قد يقال: بدلالة الحديث المشهور بين الفريقين المنقول عن رسول الله، و مضمونه أنّه إذا أعتق أحد الشريكين في عبد شقصه قوّم عليه نصيب الشريك الآخر.^٢

على أنّ الاعتبار في ضمان الإلتلاف بقيمة يوم التلف، فإنّ عتق البعض لما كان

١- راجع: المكاسب و البيع، المحقّق النائي: ٣٥١.

٢- تقدّم تخريجه في الصفحة ٢٥٧.

من لوازمه السريان و انعقاد البعض الآخر كان بمنزلة الإلتاف لسهم الشريك، و
ظاهر الحديث أنَّ صرف الإعتراف الذي هو الإلتاف يستتبع بلا فصل التقويم،
فيستفاد منه قيمة يوم الإلتاف الذي هو يوم الحكم بالضمان و التقويم.

الوجه الرابع من الوجوه الخمسة: القول بثبوت أعلى القيم من يوم الغصب إلى
يوم التلف، و قد اختاره جماعة من علمائنا، منهم الشهيد في «اللمعة»^١
و ما يمكن أن يوجّه به هذا القول - مضافاً إلى حديث أبي ولّاد الآتي تحقيقه و
كيفية دلالاته^٢ و إلى قوله: «الغاصب يؤخذ بأشَقِّ الأحوال»^٣ - وجهان.

الوجه الأوّل: ما ذكره بعضهم^٤ و حاصله: أنَّ الغاصب كما يضمن العين المغصوبة
كذلك يضمن صفاتها، و من جملة أوصافها في الأيام التي كثر قيمتها فيها أنَّها
كانت تعادل أعلى القيم و أنَّها لو كانت في يد مالِكها لأمكن له بيعها بأعلى قيمها.
و في هذا الوجه نظر، فإنَّنا نسلّم ما ذكرنا من أنَّ الغاصب كما يضمن نفس العين
يضمن أوصافها، فإذا غصب العين ثم ردّها مع تلف بعض أوصافها عنده نحكم
بضمانه لهذه الأوصاف.

١- هذا هو أحد قولَي الشيخ في المبسوط ٣: ٧٢ و ٧٥؛ و راجع: الخلاف ٣: ٤١٥، المسألة ٢٩؛ الوسيلة:
٢٧٦؛ غنية النزوع ١: ٢٧٩؛ السرائر ٢: ٤٨١؛ المختصر النافع: ٣٤٢؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤٠؛ قواعد
الأحكام ٢: ٢٢٦؛ تبصرة المتعلّمين: ١٠٨؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٧٣؛ اللعة الدمشقية: ٢٢٢؛ مسالك
الأفهام ١٢: ١٨٦-١٨٧؛ الروضة البهية ٣: ٥٧٠؛ كفاية الفقه ٢: ٦٤١-٦٤٢؛ مفتاح الكرامة ١٨: ١٤٩.
٢- تقدّم تخريجها في الصفحة ٢٤٢-٢٤٣ و سيأتي تحقيقه في الصفحة ٢٧١.

٣- هذه ليست برواية، بل مصطادة من الروايات.

٤- الخلاف ٣: ٤١٥، المسألة ٢٩؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٧٣؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٨٧؛ الروضة البهية ٣:
٥٧٠؛ المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٥٤-٢٥٥.

و لكنّ المراد من الأوصاف الحالات و الكيفيات الحقيقية الموجودة في نفس العين، لا الأمور الاعتبارية التي تساقوq العدم و معادلة العين للقيمة أمر اعتباري لا حقيقة له.

كيف! و لو كان معادلة العين لأعلى القيم من الأوصاف المضمونة كان اللازم ضمانها، و إن ردّت نفس العين إلى مالکها لما عرفت من أنّ تلف الأوصاف أيضاً موجب للضمان كالسمن و نحوه من الأوصاف الحقيقية.

الوجه الثاني: أن يقال: مقتضى ما ذكرناه مفصلاً - من أنّ مفاد: «على اليد» ليس اشتغال الذمة، بل الضمان الذي يعبر عنه «بعهده داري» أعني الأمر الاعتباري الذي يعتبره العقلاء متعلقاً بالأعيان الخارجية و بالذمم الثابتة قبل الحكم بالضمان - هو أنّ الغاصب لا يشتغل ذمّته بعد التلف أيضاً، و إنّما الذي حكم به الشرع هو كونه متعهّداً للعين بمعنى أنّ للمالك مطالبة عينه منه حتّى بعد التلف، و الواجب عليه و لو بعد التلف ردّ نفس العين.

غاية الأمر: أنّه إذا قصد ردّها بعد أن تلفت كان الواجب عليه ردّها بأقصى ما يمكنه من مراتبها، و الفرض أنّ القيمة في القيميّات أقصى ما يمكن منها فحينئذٍ يجب عليه أدائها بماليّتها و قيمتها، فزمان الانتقال إلى القيمة هو زمن الأداء، و حيث قد عرفت أيضاً في السابق أنّ العين الشخصية الخارجية بعد تلفها لا يعتبر لها قيمة، فيصير المعتبر في القيمة لا محالة قيمتها في أيّام وجودها، و حينئذٍ فنقول: إنّهُ إذا كان أداء العين بأداء قيمتها أيّام وجودها فالواجب على الغاصب أداء كلّ ما هو قيمة للعين و مالية لها، و كلّ واحد من القيم التي كانت تعتبر للعين في يوم الغصب إلى يوم التلف يصدق عليه أنّه قيمة للعين في زمن وجودها، فيجب في يوم الغصب إلى

يوم التلف على الغاصب إعطائه حتّى يخرج من العهدة. غاية الأمر: أنّه لو أدّى أعلى القيم اجتمع فيه الجميع على التداخل.

و بعبارة أخرى: لو أدّى الغاصب إحدى القيم النازلة لم يصدق عليه أنّه أدّى جميع ما هو قيمة العين و مالهيتها، بخلاف ما لو أدّى أعلى القيم، فإنّه يصدق عليه أنّه أدّى جميع مالية العين.^١

و هذا الوجه الرابع عندنا من أقوى الوجوه الخمسة، و إن كنّا في سابق الأيام نرجّح القول الأوّل كما عرفت.

الوجه الخامس: القول باعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التادية و الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرناهما للقول الرابع هو بعينه وجه هذا القول. غاية الأمر: أنّه كان مبتنئاً في الوجه السابق على عدم اعتبار قيمة للعين في حال تلفها و هاهنا مبتنٍ على اعتبارها.

و يمكن أن يقال بجريان الأوّل من الوجهين أيضاً في هذا المقام. ثمّ إنّ ما ذكرناه إلى هنا من الوجوه للأقوال الخمسة إنّما هو مع غضّ النظر عن صحيحة أبي ولّاد التي ذكرناه سابقاً.^٢

١ - أقول: الفرض أنّ الواجب أولاً على الغاصب هو أداء العين حتّى في حال التلف، كما هو مفاد رواية: «على اليد» الدالّة على الضمان. و أمّا الانتقال إلى القيمة فإنّما هو لكونها من المراتب النازلة لوجود العين، و أقصى ما يمكن أدائه منها في التقييمات كما حقّقه الأستاذ، و حينئذٍ نقول: إنّ تعيّن خصوص قيمة يوم الغصب أو التلف أو أعلى القيم بلا وجه و لا دليل على تعيين أحدها فيمكن أن يقال بالتخيير لأنّه يصدق على كلّ منها أنّها قيمة العين و مالهيتها.

و ما قاله الأستاذ، لعلّه في غير محله: إذ ليس لنا عموم لفظي يدلّ على أنّ كلّ ما هو مالية و قيمة للعين يجب أدائها حتّى يقال بوجوب أعلى القيم ليجتمع فيه جميع الماليات. نعم، هو موافق للاحتياط لعدم العلم بالخروج عن العهدة إلّا بأدائه، فافهم. [المقرّر ٢٤٣]

٢ - تقدّم تخريجها في الصفحة ٢٤٣.

و أمّا هي فهل تدلّ على اعتبار قيمة يوم الغضب أو أعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم التلف أو لا تدلّ على واحد منهما؟ وجوه، لا يبعد القول بدلالاتها على أعلى القيم كما استدلّ بها في «الروضة» عليه^١ وإن كان بالنظر البدوي دلالتها على قيمة يوم الغضب أظهر.

و لنذكر أولاً الاحتمالات الواردة في الرواية، ثمّ نشير إلى ما هو الأقرب منها. فنقول: كلمة «يوم» في قوله عَلَيْهِ السَّلَام بعد قول الراوي: أرأيت لو عطب البغل و نفق ليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» يحتمل النصب و الجرّ. أمّا النصب فللظرفية، إمّا للقيمة لما فيها من معنى الفعل أو لكلمة «يلزمك» المستفاد من قوله: «نعم» أو للكون المحذوف حتّى يكون صفة للقيمة، أي قيمة بغل الكائنة يوم المخالفة.

و أمّا الجرّ، فلكونها مضافاً إليها لـ «بغل» أو لـ «قيمة» على فرض جواز أن يضاف لفظ واحد إلى شيئين كما يستفاد من بعض الكلمات و هو ضعيف. اللهمّ إلّا أن يكون مراده ترامي الإضافات بإضافة القيمة إلى البغل و إضافته إلى اليوم فحينئذٍ يرجع إلى الأوّل.^٢

١- الروضة البهية ٣: ٥٧١- ٥٧٢، و راجع: مسالك الأفهام ١٢: ١٨٦؛ المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٥٢- ٢٥٣.

٢- أقول: إضافة «القيمة» إلى «اليوم» لا تحتاج إلى تصحيح إضافة لفظ واحد إلى شيئين، لجواز أن يقدر كلمة القيمة ثانياً حتّى تضاف إلى اليوم هذا، و قد نسب الأستاذ مدّ ظله إلى الشيخ أنّه قال بإضافة القيمة إلى اليوم، ثمّ استشكل عليه بأنّ الشيء الواحد لا تضاف إلى شيئين.

و أقول: ظاهر كلام الشيخ و إن كان في بادي النظر يومه ذلك و لكن يظهر بدقّة ما أنّ مراده ترامي الإضافات، فلنذكر عبارة الشيخ، قال: إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة....^(١) [المقرّر ٢]

أ- راجع: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٤٧.

و يضعف الجرّ، بأنّ البغل اسم للذات و إضافة الذات إلى ظرف الزمان ركيك، بل غير صحيح لعدم كونها متصرّمة الوجود.

[١] و يضعف كونها متعلّقة بكلمة «يلزمك»، بأنّ العين يوم المخالفة موجودة، و مع كونها موجودة بشخصها لا معنى لاشتغال ذمّة الغاصب بقيمتها، كما هو المستفاد من لزوم القيمة في يوم المخالفة.^٢

اللهمّ إلّا أن يكون المراد باللزوم الضمان الذي يكون من آثاره ثبوت القيمة عند التلف لا في حال وجود العين. و بعبارة أخرى: يكون المراد بلزوم القيمة يوم المخالفة ثبوت الذمّة التقديرية بسبب المخالفة بمعنى اشتغالها إن تلفت العين.]

ثمّ إنّ المراد بقوله ﷺ: «يوم خالفته» يمكن أن يكون يوم حدوث المخالفة، و يمكن أن يكون أعمّ من ذلك، فإنّ كلّ يوم من أيّام المخالفة، يصدق عليه أنّه يوم خالفه، سواء كان يوم الحدوث أو يوم البقاء، و التعبير بالفعل الظاهر في الحدوث إنّما هو من جهة أنّ المخالفة أمر حادث مسبق بالعدم و يوم الحدوث مع أيّام البقاء بمجموعها ظرف لمخالفة واحدة مستمرة مسبوقه بعدمها.

إذا عرفت ذلك فنقول:

الاستدلال بصحيحة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الغصب

أمّا بيان الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار قيمة يوم الغصب فبأنّ يقال: إنّ المراد بيوم المخالفة يوم حدوثها، فيكون الفقرة دالّة على أنّ الاعتبار بقيمة يوم المخالفة، سواء تعلّق الظرف بالقيمة أو بالكون المحذوف أو يلزم المستفاد من قوله:

١- من هنا إلى قولنا: «ثمّ أنّ المراد» مشكوك كونه ممّا قاله الأستاذ. [المقرّر].

٢- راجع: جواهر الكلام ٣٧: ١٠١-١٠٢؛ المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٤٦-٢٤٩.

«نعم» إن كان المراد باللزوم اشتغال الذمة الفعلية، بأن يكون نفس الغصب موجبة لاشتغال ذمة الغاصب حين الغصب بقيمة المغصوب إن كان من القيميات فإن مقتضى كون الاشتغال في زمن الغصب كونه بقيمة هذا اليوم.

و لو أضيف «البغل» إلى «اليوم» لكانت الفقرة أيضاً دالة على هذا القول. و يدلّ على هذا القول، الفقرة الأخيرة من الرواية أيضاً، و هي قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك»، فإنّ الظاهر كون يوم الاكتراء في الواقعة هو يوم المخالفة لحدوثها بصرف الخروج من الكوفة كما هو ظاهر الحديث، و لو فرض كون الاكتراء و المخالفة في يومين فمن المتيقّن عدم وجود الفصل بينهما بنحو يختلف القيمة السوقية.

و بالجملة: فالمراد بيوم الاكتراء هو يوم المخالفة، و إلّا فعدم كون الاعتبار بقيمة يوم الاكتراء ممّا لا شكّ فيه.

و الوجه في التعبير عن «يوم المخالفة» بـ«يوم الاكتراء» في الحديث هو أنّ المقام مقام إقامة الشهود، و هي أمر يعسر إقامتها على المخالفة لكونها في خارج المدينة، بخلاف الاكتراء، فإنّه يمكن الاطلاع عليه لكونه برأى الناس غالباً.

نعم، يمكن أن يقال بمخالفة فقرة من هذه الرواية لهذا القول، و هي قوله ﷺ بعد ما قال الراوي: «فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز»: «عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه» فإنّ الظاهر تعلّق الظرف بـ«عليك» لا بـ«القيمة». و هذا مختار الشيخ^١ في المتاجر و إن استشكل عليه في «الجواهر» بأنّ الضمان المعلق

يوم المخالفة و المحقق يوم التلف.^١

فإن الظاهر عدم وجود الفرق بين الأرش الذي هو قيمة وصف العين و بين تمام القيمة.

الاستدلال بصحیحة أبي ولاد على اعتبار أعلى القيم

و أما بيان الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

فبأن يقال: إن المراد بيوم المخالفة أعّم من يوم الحدوث و يوم البقاء، فإنه يصدق على كلّ منهما أنه يوم المخالفة، فكان الإمام بصدد دفع توهم أن يكون الاعتبار بالقيمة التي أداها صاحب البغل عند اشترائه له، و بيان أن الاعتبار بقيمة العين و مآليتها في زمن كونها تحت استيلاء الغير الذي هو الملاك لضمانه من غير دخالة للحدوث بما هو حدوث فيه، فيصير مفاد الرواية أن الاعتبار بقيمة البغل حين كونه مغصوباً و تحت استيلائك الموجبين لضمانك، و العين كما يصدق عليها في يوم حدوث المخالفة أنها تحت استيلاء الغير فكذلك في كلّ يوم من أيام البقاء.

فمقتضى الحديث الشريف على هذا، أن ما يصدق عليه أنه قيمة للعين في حال المخالفة و الاستيلاء عليها عدواناً يجب على الغاصب أدائه، و هذا يشمل قيمتها يوم حدوث المخالفة و يوم بقائها. غاية الأمر: أنه لو أدى أعلى القيم صدق عليه أنه أدى كلّ ما هو قيمة يوم المخالفة بخلاف ما لو أدى إحدى القيم النازلة فإنها

لاتشمل ما هو أعلى منها مع كون الأعلى أيضاً ليوم المخالفة.

و الوجه في عدم الاعتبار بقيمة العين بعد التلف أنها لشخصيتها لا تعتبر لها عند العقلاء قيمة بعد تلفها كما مرّ مفضلاً.

و بالجملة: فهذا البيان يمكن الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار أعلى القيم كما في «الروضة»^١.

و أمّا بيان أنّ الحديث الشريف لا دلالة له على أحد من القولين، فبأن يقال: إنّ الحديث الشريف ليس في مقام تعيين القيمة و أنّ الاعتبار فيها بأيّ القيم، بل الراوي لما كان مرتكزاً في ذهنه ما أفتى به أبو حنيفة من كون المنافع للغاصب المبتنى فتواه على أنّ الغصب إمّا أن لا يقال بكونه موجباً للضمان فهو باطل بالضرورة، أو يقال بإيجابه له، فحينئذٍ يكون مقتضاه كون الخراج - أي المنافع - في مقابل الضمان لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخراج بالضمان»^٢. أراد الإمام عليه السلام أن ينتبه بفساد ما قاله أبو حنيفة، و حيث إنه عليه السلام حكم بثبوت الكراء و أنه ضامن لمنافع البغل توهم الراوي منافات هذا الحكم لثبوت الضمان لنفس العين، و تخيل أنّ الإمام لعلّه ينكر ضمان العين، فسل الإمام عليه السلام عن ذلك، إمّا بطريق الإنكار أو الاستفهام حقيقة فأجابه الإمام عليه السلام بثبوت قيمة البغل في يوم المخالفة، فمحطّ نظر الإمام هو

١- الروضة البهية ٣: ٥٧١ - ٥٧٢.

٢- عوالي الآلي ١: ٢١٩ / ٨٩؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٢، كتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ٧، الحديث ٣؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٧: ٢٦٥ / ٢٤١٠٦؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٥٤ / ٢٢٤٣؛ سنن الترمذي ٢: ٣٧٧ / ١٣٠٤؛ سنن أبي داود ٢: ٣٠٦ / ٣٥٠٨ - ٣٥١٠؛ المصنّف، عبدالرزاق ٨: ١٧٧ / ١٤٧٧٧؛ السنن الكبرى، البيهقي ٥: ٣٢١؛ المغني، ابن قدامة ٤: ٣٧ و ٢٣٩؛ المجموع ١٢: ١٩٧ و

بيان ثبوت الضمان، وأنه لا ينافي ذلك ضمان المنافع أيضاً من جهة كونه غاصباً و مخالفاً لجعل المالك، فقلوه: «يوم خالفته» بمنزلة العلة لثبوت ضمان العين و عدم منافاته لضمان المنافع. و في كلامه عليه السلام إيماء إلى أنه بثس ما فسّر به أبو حنيفة كلام النبي صلى الله عليه وآله فإن مراده عليه السلام من قوله: «الخراج بالضمان» إنما هو الضمان المعاوضي لا الضمان الثابت في حق الغاصب المخالف للمالك.

و مورد الرواية قضية خارجية حكم فيها رسول الله صلى الله عليه وآله بكون منافع العين المباعة في زمن الخيار للمشتري مستدلاً فيها بقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان». و بالجملة: فليس الإمام بصدد بيان أن الاعتبار بأي قيمة و لم يكن الراوي أيضاً بصدد فهمه، وإنما الراوي لارتكاز ذهنه بما هو مبني أبي حنيفة في فتواه من عدم اجتماع ضمان المنافع مع ضمان العين لما سمع فتوى الإمام عليه السلام بضمان منفعة البغل تخيل أن مذهبه عليه السلام هو عدم ضمان العين فستل الإمام عن ذلك، و أجابه عليه السلام بأن العين أيضاً قد وقعت في ضمانه حين خالف جعل المالك، بمعنى أن المخالفة قد صارت علة لهذا الضمان.^١

هذا بعض ما يتعلّق بالحديث الشريف و قد ظهر لك إلى هنا أن الأقرب عندنا في هذه المسألة ثبوت أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، فافهم.

حكم تعذر المثل في المثليات

لو تعذر المثل في المثليات، فالمشهور بين الخاصة بل العامة وجوب قيمة يوم التادية، مع أنهم قالوا في القيميات بقيمة يوم التلف كما عرفت،^٢ و الظاهر أن القائلين

١ - أقول: هذا التقريب يناسب تعلّق الظرف بـ «يلزم» لا بـ «القيمة». [المقرّر عليه]

٢ - تقدّم في الصفحة ٢٦٠ و ٢٦٤.

بقيمة يوم المطالبة أيضاً قصدوا بها يوم التأدية؛ إذ الظاهر أنَّ المالك لا يطالب الغاصب إلا إذا كان الغاصب ممن يسلم المال إذا طوّل به وإلا فالمطالبة منه غير عقلانية كما هو الواضح لمن تأمل حال الغاصبين.

و الفرق بينهما عندهم أنَّ الثابت في ذمّة الغاصب في المثليات هو المثل، فيجب عليه أداؤه و للمالك مطالبة. غاية الأمر: أنّه لو تعدّر أداؤه وجب تأديته بماليته و قيمته، و حيث إنّ المثل أمر كليّ يعتبر له عند العقلاء و في سوقهم قيمة و مالية و لو كان جميع أفرادهم معدومة، فلا محالة يكون الاعتبار بقيمته يوم تأديته، لأنّه زمن الانتقال إلى القيمة، و هذا بخلاف ما لو كانت العين قيمة، فإنّ الاعتبار لابدّ و أن يكون بإحدى قيمها المعتبرة في حال وجودها؛ إذ العين الشخصية لا يعتبر لها قيمة في حال تلفها كما مرّ ذلك.

و بالجملة: فالمثل أمر كليّ ثابت في ظرف الذمّة لا يطرء عليه الانعدام و إن لم يوجد له فرد في الخارج، فبعد إعوازه أيضاً يعتبر له قيمة في سوق المسلمين، و أمّا العين الشخصية الخارجية فلو تلفت لم تعتبر لها قيمة، فلا محالة تتعین قيمتها في حال وجودها. غاية الأمر: أنَّ المشهور اعتبروا قيمة يوم التلف، كما فصلناه هذا قول المشهور.

و يمكن أن يقال: بأنّ الاعتبار في المثل المتعدّر بأعلى القيم من يوم ثبوته؛ أعني يوم تلف العين إلى يوم إعوازه و تعدّره، نظير ما قلناه في القيمات، بأنّ الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، فإنّ المثل بعد ثبوته بتلف العين يصير ملكاً لمالك العين، و الفرض أنّه في عهدة الغاصب من يوم ثبوته فيوم ثبوته يوم الغصب بالنسبة إليه و يوم إعوازه يوم تلفه.

و على هذا فما يدلّ على أعلى القيم في باب القيمات، يدلّ عليه هاهنا أيضاً. و حاصل ما يمكننا الاستدلال به على ثبوت أعلى القيم هو أن يقال: 'قوله: «على اليد ما أخذت» يدلّ على أنّ المأخوذ في عهدة الغاصب و ثابت على يده إلى يوم تأديته، و معنى كونه في عهدة الغاصب و ثابتاً على يده مفهوم قضيّة تعليلية و هي أنّه لو تلف كان عليه مثله في المثليات و قيمته في القيمات، فهذه القضية التعليلية ثابت من جانب الشارع في كلّ آني من آنات وجود العين تحت استيلاء الغاصب، فالمغصوب القيمي في حال كونه ذا قيمة نازلة قد حكم عليه من جانب الشارع بأنّه لو تلف ثبت على الغاصب ماليته، و في حال كونه ذا قيمة أعلى منها محكوم بهذا الحكم أيضاً، و هكذا إلى القيمة التي هي أعلى القيم المعتبرة له في الأزمنة المختلفة، و حينئذٍ فلو تلف هذا المغصوب تحقّق ما علّق عليه جميع هذه

١- أقول: هذا البيان مخالف للبيان السابق الذي ذكره الأستاذ للقول بأعلى القيم فتدبر جيداً. ثمّ إنّ الموافق لمبنى الأستاذ أدام الله ظله هو أن يقال في المثل المتمدّر بثبوت أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، و بيانه على وجه الإجمال أن يقال: قوله بِإِذْنِهِ «على اليد ما أخذت» إنّما يدلّ على ضمان الغاصب و تهّمه لا على اشتغال ذمته كما عرفت هذا كراراً، ففي حال تلف العين أيضاً ليست ذمّة الغاصب بمشتغلة لا بالمثل و لا بالقيمة، و إنّما الواجب عليه وجوب الخروج من المهدة بتأدية العين كما أنّ للمالك مطالبته أيضاً بذلك.

غاية الأمر: أنّه في حال تلف العين لما لم يمكن تأديتها بشخصيتها، و جب تأديتها بصورتها النوعية في المثلي إنّ أمكن ذلك، وإن لم يمكن فيماليتها فليس في نفس المثل أو القيمة خصوصية و إنّما وجوبهما من جهة كونهما من المراتب النازلة لوجود نفس العين، فالمثل إذا تمدّر ينتقل إلى القيمة من باب كونها أقصى ما يمكن من مراتب العين، فلا بدّ أن تسب القيمة إلى العين لا إلى المثل و على هذا فالواجب على الغاصب أداء قيمة نفس العين و قد تحقّق أنّ العين في حال تلفها لا تعتبر لها قيمة فيكون الاعتبار بإحدى قيمها في حال الوجود و يتعيّن الأعلى منها لما ذكر الأستاذ سابقاً و العجب منه دام ظله أنّه لم يذكر هذا المبنى مع أنّه الموافق لمبناه فتأمل جيداً.

الأحكام فيجب الجميع. غاية الأمر: أنه لو أدى أعلى القيم اجتمع فيه كل القيم على التداخل.

وبعبارة أخرى: العين في جميع أزمنة الغضب على عهدة الغاصب، و الخروج من كل عهدة إنما هو بأداء قيمة ما في العهدة إذا تلف و كان قيمياً، فتلف العين يوجب استقرار جميع العهديات فيجب الخروج من جميعها، و لا يتحقق ذلك إلا بأداء أعلى القيم.

فإن قلت: سلمنا أن القضية التعليقية تصدق في جميع أزمنة وجود العين في يد الغاصب و لكن المعلق عليه فيها هو تلف العين في ذلك الزمان الذي حكم فيه بثبوت الضمان و هو لم يتحقق في تلك القضايا المتكررة بتكرر الأزمنة إلا في واحدة منها و هي القضية المحكومة بها في الآن السابق على التلف، فاللازم على هذا وجوب قيمة يوم التلف.

و ببيان أوضح: قول الشارع: «هذه العين لو تلفت وجب بدلها على الغاصب» و إن كان يصدق في جميع أزمنة الغضب، و لكن ما لم يتحقق مفاد جملة الشرط؛ أعني التلف لم يصير مفاد الجزاء؛ أعني وجوب البدل فعلياً و ما يصير من القضايا التعليقية فعلية إنما هي القضية الثابتة في الآن السابق على التلف لا غيره.

قلت: المعلق عليه في جميع تلك القضايا المتكررة بتكرر الأزمنة هو تلف العين في أي وقت كان لا تلفها في هذا الزمان؛ أعني زمن الحكم، فتلف العين في ظرف التلف يوجب فعلية جميع القضايا المتكررة و لازمها استقرار جميع العهديات، و لو أدى نفس العين اضمحل كل القضايا التعليقية، لارتفاع موضوعها و هو كون العين في يد الغاصب. و ادعاء كون المعلق عليه في كل واحدة من القضايا هو التلف في

هذا الزمان لا التلف المطلق، ادعاء غير مسموع، لعدم دلالة قوله: «على اليد» على ذلك.

و لنرجع إلى أصل المسألة، فنقول: الوجوه المذكورة في مسألة تعذر المثل كثيرة أكثرها للشافعية^١ وأغلبها مما ليس على وفقه قائل، وإنما هو صرف الاحتمال، ولا يهمنّا ذكرها على وجه التفصيل، لعدم نفع معتدّ به في ذكرها، والوجوه المحتملة بالنظر البدوي عبارة عن كون الاعتبار بقيمة يوم غضب العين أو يوم تلفها أو يوم إعواز المثل أو يوم الأداء أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف أو إلى يوم الإعواز أو إلى يوم الأداء أو الأعلى من يوم التلف إلى يوم الإعواز أو إلى يوم الأداء أو الأعلى من يوم الإعواز إلى يوم الأداء.

وقد عرفت: أنّ المشهور منها هو اعتبار قيمة يوم الأداء وكون القيمة قيمة للمثل لا نفس العين التالفة، فافهم.

لو اختلفت قيمة العين المغصوبة بحسب الأمكنة

لو اختلفت قيمة العين المغصوبة بحسب الأمكنة من دون أن تكون مختلفة بحسب الأزمنة بالنسبة إلى مكان واحد وإلا فبالنسبة إلى مكانين يلزم الاختلاف من حيث المكان الاختلاف من حيث الزمان؛ إذ المراد بالمكان هاهنا المكان الذي سافر إليه العين في أيام الغصب، ففي المسألة وجوه.

و المراد بالأمكنة المختلفة هي الأمكنة التي سافر إليها العين في أيام كونها تحت استيلاء الغاصب، مثل مكان غضبها أو مكان تلفها أو سائر الأمكنة التي أخرج إليها

العين في حال الغصب. و ليس المراد بحسب الظاهر الأمكنة التي لا اصطكاك لها بالعين المغصوبة، سواء كان لها اصطكاك بالغاصب أو المغصوب منه أو لم يكن كذلك.

قال الشيخ رحمته في مسألة اختلاف الأمكنة بأن الاعتبار بمكان التلف. و استدلّ عليه بما لفظه هذا: «لأنّ مالية الشيء تختلف بحسب الأماكن و تداركه بحسب ماليته»^١.

أقول: لم يحصل لنا من هذه العبارة معنى محصّل لأنّ اختلاف المالية بحسب اختلاف الأماكن ممّا لا ريب فيه و هو الموضوع للبحث، و كون تدارك المال بحسب ماليته أيضاً أمر بديهي لا نزاع فيه. إنّما النزاع في أنّ الماليات المختلفة بحسب الأماكن أيّاً منها تجب على الضامن، و لو كان مراده رحمته أنّ ما يصحّ إضافته من الماليات المختلفة إلى العين هو قيمة مكان التلف فقط كان ممنوعاً أشدّ المنع، فإنّ العين التي أخرج إلى بلاد مختلفة يصحّ إضافة قيمتها في كلّ منها إليها، و ما قوّمت بها في البلد اللاحق لا ينسخ ما قوّم بها في السابق؛ إذ الفرض أنّ قيمة كلّ بلد لم تختلف بحسب الزمان، فالعين في كلّ آنٍ من الآنات تعتبر لها قيم مختلفة بحسب الأمكنة.

نعم، في مسألة اختلاف القيمة باختلاف الأزمنة يمكن لقائل أن يلتزم بأنّ القيمة اللاحقة ناسخة للسابقة، بحيث لا يمكن إضافة السابقة إلى العين، بل المضافة إليها هو اللاحقة فقط فيكون مقتضى ذلك ثبوت قيمة يوم التلف.

و بالجملة: فالقول بكون الاعتبار مطلقاً بقيمة مكان التلف ممنوع.

و هل يمكن الالتزام بقيمة مكان التلف فيما لو اختلفت مع مكان الغصب، و لم يكن الغاصب و لا المغصوب منه مَن له اصطكاك بهذا المكان، بل سافر إليه العين من باب الاتفاق و تلفت فيه، و لو كانت قيمة مكان التلف أنزل القيم و أراد الغاصب أدائها هل يكون المالك بنظر العقلاء ملزماً في قبولها؟ لا والله، و ليس هذا ممّا يقبله الوجدان.

ثمّ لو قيل في اختلاف الأزمنة يكون الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، كما هو المختار^١ كان المناسب هنا أيضاً القول بثبوت أعلى القيم من مكان الغصب إلى مكان التلف ببيان ذكرناه في السابق، و هو أنّ العين في جميع الأمكنة التي أخرجت إليها بعد الغصب قد كانت في عهدة الغاصب بمقتضى حديث «على اليد»، فعلى الغاصب الخروج من جميع تلك العهدة المستقرّة بتماها بتلف العين، و الخروج من كلّ منها إنّما هو بمالية العين حينها، فيجب الأعلى ليجتمع فيه الجميع بالتداخل، فافهم.

لو كانت العين المغصوبة متعلّقة لحقّ الغير

لو كانت العين المغصوبة متعلّقة لحقّ الغير ضمنها الغاصب لصاحب الحقّ كما يكون ضامناً لمالك العين، بمعنى أنّ صاحب الحقّ يستحقّ أن يطالب الغاصب بمتعلّق حقّه و على الغاصب أن يؤدّيه، فإذا أدّى العين بنفسها أو بإحدى مراتبها النازلة من المثل أو القيمة صارت مثل ما كانت قبل الغصب، فيصير أصلها ملكاً للمالك السابق و تصير مع ذلك متعلّقة لحقّ صاحب الحقّ.

و لنذكر لذلك أمثلة:

فمنها: ما لو كانت العين المغصوبة مرهونة، فالغاصب ضامن للمرتهن كما يكون ضامناً للراهن، فللمرتهن أيضاً مطالبة الغاصب برّد العين و يجب عليه أداؤها، إمّا بنفسها إن كانت باقية أو بأقصى ما يمكن من المثل أو القيمة إن كانت تالفة، و بعد أدائها إمّا بنفسها أو ببدلها تصير ملكاً للراهن و رهناً عند المرتهن.

و منها: ما لو كانت العين المغصوبة موقوفة، سواء قلنا في الأوقاف بأنّها باقية بعد الوقف أيضاً في ملك مالكها. غاية الأمر: صيرورتها متعلّقة لحقّ الموقوف عليهم، أو قلنا بدخولها في ملك الموقوف عليهم، أو قلنا بخروجها عن ملك المالك و صيرورتها على رؤوس الموقوف عليهم، أو الجهة الموقوف عليها، بحيث يدر منافعها عليهم من دون دخول أصلها في ملكهم كما اخترناه، و قد قلنا سابقاً: أنّ المؤيد لذلك تعدّى الفعل بـ«على»، فيقال: وقف عليه. فكان المال الموقوف سحاب جعله المالك على رؤوس الموقوف عليهم حتّى يمطر عليهم.

و بالجملة: فالعين الموقوفة إذا غصبت ضمنها الغاصب و بعد أدائها بنفسها أو ببدلها تصير وقفاً.

و منها: ما لو كانت العين المغصوبة تركة للميت و كانت متعلّقة لحقّ الديّان، فإنّ العين بعد أن أداها الغاصب بالنفس أو بالبدل تصير أيضاً متعلّقة لحقّهم فيستحقّون أن يخرج منها دينهم، كما كانوا يستحقّونه قبل غصبها.

و منها: أيضاً التركة إذا غصبت حال كونها متعلّقة لحقّ الميت بسبب الوصيّة، فإنّها بالنسبة إلى ثلثها متعلّقة لحقه إن وصّى به، فلو غصبها غاصب، ثمّ أداها بنفسها أو ببدلها صارت أيضاً متعلّقة لحقه بحيث يستحقّ أن يعمل فيها بوصيته.

و بالجملة: فالغاصب كما يكون ضامناً لمالك العين يكون ضامناً لصاحب الحق، فعليه أن يؤدي متعلق حقه و بعد أدائه يصير ملكاً للمالك و متعلقاً لحق المحق، بمعنى أن غصب العين لا يوجب سقوط الحق.

و الدليل على ذلك قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، فإنه يدل على أن الغاصب ضامن لما أخذت بأي نحو كان و متعهد شرعاً لردّه إلى من أخذ منه و إرجاعه إلى محلّ كان فيه، و لا دلالة لقوله: «حتى تؤدي» على وجوب أدائه إلى المالك، بل الظاهر منه وجوب أدائه إلى من كان في يده بالاستحقاق فالعين المرهونة مثلاً يجب أدائها إلى المرتهن لا غيره، لأنّه الذي أخذ العين من يده، فتأمل جيداً.

تعدّد الضمضاء لشيء واحد

قد ذكرنا سابقاً أن كلمة «على» قد تقع خبراً عن فعل من أفعال المكلفين، فيكون مفادها الإلزام و الحكم التكليفي، مثل أن يقال: «عليك أن تصلي». و قد تقع خبراً عن شيء كلي ليس له موطن وراء ذمة مجرور «على»، فيكون مفادها اشتغال ذمة مجرورها بهذا الأمر الكلي؛ مثل أن يقال: «علي ألف درهم»، و قد تقع خبراً لشيء ثابت في موطن الخارج أو في ذمة شخص غير مجرورها، فيكون مفادها حينئذ الضمان و العهد؛ مثل قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» فإنّ المأخوذ من المالك غصباً عين خارجي، فلا يعقل انتقاله بصرف الغصب إلى ذمة الغاصب؛ إذ الذمة أمر تعتبر عند العقلاء ظرفاً للكليات و العين الخارجي جزئي موطنه الخارج. و مثل العين الخارجي في ذلك المعنى الكلي الثابت في ذمة شخص غير الضامن،

فإنه لا ينتقل بحسب القاعدة إلى ذمة الضامن وإن كان أخبارنا المروية عن الأئمة عليهم السلام خلاف ذلك كما ذكرنا ذلك في صدر هذه الجزوة، فراجع.^١

و بالجملة: فالثابت في قوله: «على اليد ما أخذت» وأمثاله هو الضمان لا اشتغال الذمة، من غير فرق بين كون العين موجودة أو تالفة، فذمة الغاصب بعد تلف العين أيضاً لا تشتغل بشيء، بل الثابت في حقه أمر وضعي وحداني ثابت قبل تلف العين و بعده من دون تفاوت في البين، بل الأمر في باب الإتلاف أيضاً كذلك، وهذا الأمر الوجداني اعتبار من اعتبارات العقلاء يعتبرونه للعين حتى بالنسبة إلى حال وجوده، و يعتبرون عنه بالضمان و التعهد، و له عندهم آثار مختلفة، مثل أن المضمون له، له أن يطالب الضامن بما ضمنه و أن الضامن يجب عليه الخروج من العهدة التي دخل فيها.

و على أي حال فتلّف العين في يد الضامن لا يوجب اشتغال ذمته بشيء، بحيث يعتبر ذمته ظرفاً لمال المضمون له، بل الثابت في حقه في هذا الحال أيضاً هو التعهد الذي نعبّر عنه بالفارسية: «عهده داری» مثل حاله قبل تلف العين.

إذا عرفت، فنقول: على هذا المعنى الذي ذكرناه للضمان يكون تعدّد الضمان لشئ واحد أمراً معقولاً بحسب مقام الثبوت؛ إذ الضمان على هذا ليس عبارة عن اشتغال الذمة حتى يستشكل بأن المال الواحد كيف يتحقّق في ذمم متعدّدة؟ مع أن الذمة بمنزلة الظرف للمال، بل الضمان عبارة عن كون الشخص متعهداً لمال الغير، بمعنى أن للغير مطالبة ماله من هذا الضامن، و على الضامن تأديته بشخصه إن أمكن و إلّا فبأقصى ما يمكن من مراتبه النازلة من المثل أو القيمة، و هذا المعنى يمكن

اعتباره في أشخاص متعدّدة من دون تكلف، فللمالك مطالبة ماله من أيّهم شاء، و على كلّ واحد منهم تأديته إذا طوّل به بشخصه أو ببذله، من دون أن يكون ذمّة واحد منهم مشغولة بمال المالك حتّى بعد تلفه.

و الحاصل: أنّ اعتبار الضمان على ما فسرناه في حقّ أشخاص متعدّدة بالنسبة إلى مال واحد سهل لا يحتاج إلى تكلف بحسب مقام الثبوت، و قد وقع بحسب الإثبات، فإنّه يجوز في باب ضمان الذمّة المبحوث عنه في كتاب الضمان ضمان أشخاص متعدّدة لمال واحد ثابت في ذمّة واحدة، إمّا عرضاً، بأن يكون كلّ واحد منهم ضامناً لمن عليه المال، أو طوّل بأن يكون واحد منهم ضامناً لمن عليه المال و الثاني ضامناً لهذا الضامن و هكذا، و مثل ذلك تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، سواء كان عرضاً أو طوّلًا.

أمّا العرضي بأن يستولى رجلان أو أكثر على مال واحد في زمن واحد، فقد قال بعض^١ بكونه موجباً لضمان كليهما، بحيث يجوز للمالك مطالبة ماله من أيّهما شاء. و إن كان هذا القول عندنا غير مرضي، فإنّه لو استولى رجلان مثلاً على مال واحد بالعدوان لم يكن كلّ واحد منهما عند العقلاء مستولياً على جميع المال حتّى يضمن جميعه، بل الذي يعتبره العقلاء هو أنّ كلّ واحد منهما مستول على النصف المشاع من المال، فالواجب بمقتضى الأدلّة هو تضمينه بهذا القدر.

و أمّا الطولي بأن يستولى رجل على مال غيره، ثمّ يستولى عليه رجل آخر بنحو الاستقلال، ثمّ ينتزعه منه ثالث و يستولى عليه و هكذا، فكونه موجباً لضمان

١ - الوسيطة: ٢٨١؛ إيضاح الفوائد ٢: ٨٩، وراجع: مسالك الأفهام ١٢: ١٤٧؛ جامع المقاصد ٥: ٣٤١؛ بلغة

الفتية ٣: ٣٢١؛ جواهر الكلام ٣٧: ١١؛ المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٠٧.

الجميع أمر مسلم لم ينكره فقيه، كما أنه من المسلّمات عند من عنون المسألة: «إن استقرار الضمان على من تلف بيده إلا أن يكون مغروراً» فيرجع على من غرّه كما سيأتي تفصيله بعيد هذا.

و بالجملة: فعلى ما ذكرناه في معنى الضمان يكون تعدّد الضمان بالنسبة إلى مال واحد أمراً ممكناً بحسب مقام الثبوت.

و أمّا لو قلنا بأن معنى الضمان و مفاد «على اليد» عبارة عن اشتغال ذمّة الغاصب بعد تلف العين فتصويره في صورة تعدّد الضمان أمر مشكل؛ إذ الذمّة تعتبر عند العقلاء ظرفاً للمال و تلف العين الواحدة لا يمكن أن يكون موجباً لثبوت بدلها في ذمم متعدّدة، لاستلزامه صيرورة المالك لعين واحدة مالكاً بسبب تلفها لأبدال كثيرة و هو واضح الفساد.

و قد أتعّب المحقّق الرشتي نفسه لتصوير الذمم المتعدّدة بحيث لا يكون الأبدال كثيرة.

و حاصل ما ذكره رحمته أن المراد من اشتغال ذمم أشخاص كثيرة بمال واحد ليس بأن يكون ذمّة كلّ واحد منهم مشغولة ببذل واحد للعين؛ إذ العين الواحدة مستلزّمة لكون بدلها أيضاً واحداً، بداهة أن البدلية تقتضي التساوي من جميع الجهات و منها الوحدة و التعدّد.

و ليس المراد منه أيضاً اشتغال ذمّة كلّ واحد منهم ببعض المال و إلا لما جاز مطالبة الجميع منه، و ليس المراد منه أيضاً اشتغال ذمّة كلّ واحد منهم على البذل؛ إذ حاصله يرجع إلى أن ذمم الجميع بريئة قبل أن يطالب المالك، و لكنّه يتخیر في مطالبة أيّهم شاء، و بعد المطالبة تصير ذمّة هذا الشخص مشغولة، فمعنى الضمان في

كلّ واحد منهم هو صلاحية أن يطالب المالك منهم و بعد المطالبة تصير ذمّته مشغولة.

فهذه أنحاء ثلاثة لثبوت الذم المتعدّدة، و ليس مرادنا فيما نحن فيه واحد منها. بل المراد منه فيما نحن فيه اشتغال ذم عديدة ببدل واحد اشتغلاً فعلياً، فالثابت في ذم الجميع بدل واحد و عليهم خسارة واحدة، لا بمعنى أنّ كلا منهم عليه بعض البذل، بل بمعنى استقلال كلّ منهم بعين ما استقلّ به الآخر، فكما أنّ الجميع قد كانوا في حال وجود العين ضامنين لمال واحد فكذلك ذمّة الجميع تشتغل ببدل واحد بعد تلف العين.

و نظير هذا، الواجب الكفائي على القول المشهور، فإنّ الحقّ في الواجب الكفائي هو أنّ كلّ واحد من المكلّفين مكلف بالاستقلال و بنحو الإطلاق. غاية الأمر: أنّ المكلف به في كلّ واحد من تلك التكاليف المتعدّدة عبارة عن طبيعة غير مقيدة بصورها عن هذا الشخص أو عن غيره، فالفرق بينه و بين الواجب العيني ليس في ناحية التكليف؛ إذ هو في كليهما على السواء و لا في ناحية المكلف، فإنّ كلّ واحد من المكلّفين مكلف مستقلاً في العيني و الكفائي، بل الفرق بينهما في ناحية المكلف به، فإنّ المطلوب في الواجب العيني هو ثبوت المكلف به من نفس المكلف، و أمّا في الكفائي فالمطلوب هو ثبوت نفس الطبيعة المطلقة حتّى عن قيد كونه صادراً عن هذا المكلف، فبعد امتثال أحد من المكلّفين يحصل المأمور به بتمام قيوده، فيرتفع التكليف من الباقيين أيضاً و في صورة عصيان الجميع يعاقب الجميع لعدم حصول المأمور به في واحد من التكاليف.

و بالجملة: فكما أنّ في الواجب الكفائي يكون ذمّة أشخاص كثيرة مشغولة

بطبيعة واحدة و يكون كل واحد منهم مكلفاً بها بنحو الاستقلال. و مع ذلك يسقط جميع التكاليف بامتنال واحد منهم، فكذاك فيما نحن فيه يكون الذم المتعددة مشغولة ببذل واحد، كل واحد بنحو الاستقلال، و لكن تأدية واحد منهم يوجب فراغ جميع الذم. انتهى ما أردنا نقله من كلام المحقق الرشتي.^١

و التأمل في كلام الشيخ عليه السلام يدلّك على أنّه عليه السلام أيضاً قد قال في تصوير الذم المتعددة بما يقرب من مقالة هذا المحقق بتفاوت ما، و لعلّ بيان الشيخ عليه السلام أقرب إلى الصواب. قال عليه السلام في مقام بيان أنّ الثابت في الذم المتعددة بدل واحد لا أبدال كثيرة ما حاصله: أنّ استحقاق المالك لما في الذمة إنّما هو بعنوان البدلية لماله لا بعنوان آخر؛ إذ لا دليل عليه، و على هذا فلو استوفى بدل ماله سقط حقه عن الذم الأخرى؛ إذ المتدارك لا يتدارك، و لو طالب ثانياً إحدى الذم استحال اتّصافها بعنوان البدلية بعد صيرورة الأولى بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك.^٢

هذا ما أردنا ذكره في تصوير تعدّد الضمّناء لمال واحد بحسب مقام الثبوت.

تعاقب الأيادي الغاصبة على مال واحد

فلنرجع إلى مسألة تعاقب الأيادي الغاصبة على مال واحد فنقول:

لو توارد الأيادي المتعددة على مال واحد على سبيل التعاقب عدواناً و تلف المال عند الأخيرة منها فللمالك مطالبة ماله من أيّهم شاء لاستيلاء كل واحدة منها على ماله عدواناً الموجب للضمان بمقتضى حديث: «على اليد» و غيره من أدلّة

١- رسالة في الغصب، المحقق الرشتي: ١٢١-١٢٢.

٢- المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٠٦-٥٠٧.

الضمان؛ إذ المراد بكلمة «الأخذ» كما مرّ سابقاً هو الاستيلاء لا الأخذ من خصوص المالك كما هو واضح.

و بعد أن استوفى المالك بدل ماله من واحد منهم، سقط حقّه عن الباقي قطعاً لوصول بدل ماله إليه و لا يستحقّ شيئاً آخر بعنوان آخر غير البدية.

هذا في صورة تلف العين، و أمّا في صورة بقائها بيد الأخيرة فله أيضاً مطالبتها من أتهم شاء. غاية الأمر: أنّ المطالب بها لو كان من بيده العين أو كان ممّن يمكنه تحصيل العين و ردّها فهو وإلاّ فيغرم للمالك بدل الحيلولة، و لا يسقط حقّ المالك من نفس العين بعد أخذه بدل الحيلولة. هذا حكم المالك مع الأيادي المتعاقبة.

و أمّا حكم الأيادي بعضها مع بعض فلا إشكال في أنّ قرار الضمان على من تلف العين في يده، فإن كان المالك رجع عليه فلا يرجع هو على غيره إلاّ أن يكون مغروراً، فيرجع على الغارّ بما غرمه للمالك، و إن رجع المالك على غير من تلف المال في يده فليس له الرجوع على السابق من نفسه و له الرجوع على اللاحق، و إن لم يكن تلف العين بيده فيرجع هو أيضاً إلى اللاحق إلى أن يصل إلى من تلف المال بيده، فيستقرّ الضمان عليه و يرجع السابق على اللاحق إذا لم يكن غارّاً له و إلاّ فليس له الرجوع على المغرور كما هو واضح.

هذه أحكام تعاقب الأيادي بنحو الإجمال.

فإن قلت: تأدية واحدة من الأيادي بدل العين إلى المالك كيف تكون موجبة لسقوط حقّه عن الأيادي الأخر، مع أنّ الظاهر من الغاية المذكورة في قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^١ هو بقاء الضمان على كلّ من الأيادي إلى أن يحصل

الأداء من نفسها و الفرض فيما نحن فيه عدم حصوله إلّا من واحدة.

قلت: الظاهر من الحديث الشريف هو بقاء الضمان على اليد العادية ما لم يصل مال المالك بيده.

و بعبارة أخرى: من المقطوع أنّ الغاية هو حصول مال المالك في يده لا أداء خصوص الضامن، فلو وصل إليه ماله ارتفع جميع الضمانات لحصول غاية الجميع، فافهم.

ثم إنّ ما ذكرناه من الأحكام في مسألة تعاقب الأيادي مشهورة معروفة بين من عنون المسألة،^١ بل العلامة رحمته مع عدم ذكره المسألة في كتاب الغصب من «التذكرة»^٢ يستفاد منه في مواضع منها تسليمه للأحكام المذكورة.

و الوجه في جميع تلك الأحكام واضح سوى ما ذكرناه من جواز رجوع كلّ سابق إلى من بعده، فإنّه لا يعرف له بحسب الظاهر وجه، مع كون كلّ من السابق و اللاحق عادياً غير مغرور كما هو المفروض.

و بالجملة: فهذه المسألة من مشكلات مسائل الفقه. و قد ذكر لها وجوه نذكرها حتّى يتّضح لك ما هو المعتمد منها.

١- ١٢: المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩: سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١: سنن الترمذي ٢: ٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

١- شرائع الإسلام ٣: ٢٣٦: قواعد الأحكام ٢: ٢٢٤: المختصر النافع: ٢٥٥: إرشاد الأذهان ١: ٤٤٥: الدروس الشرعية ٣: ١٠٨: التنقيح الرائع ٤: ٦٦: اللمعة الدمشقية: ٢٢١: جامع المقاصد ٦: ٢٢٤: مسالك الأفهام ١٢: ١٥٥: الروضة البهية ٣: ٥٦٦: مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥١٧: كفاية الفقه ٢: ٦٤٩: مفتاح الكرامة ١٨: ٩٢: رياض المسائل ١٢: ٢٦٠: جواهر الكلام ٣٧: ٣٣: رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ١٢٠، و راجع أيضاً: المبسوط ٣: ٦٨: تحرير الأحكام ٤: ٥٤١: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٠٨ - ٥١٠.

٢- راجع: تذكرة الفقهاء ١٩: ١٨٤، مسألة ١٠٢٠.

فنقول: قال صاحب «الجواهر» في كتاب الغصب في وجه المسألة ما لفظه: «لأنَّ ذمَّته المشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمَّته به فيملك حينئذٍ من أدَّى بأدائه ما للمالك في ذمَّته بالمعاوضة الشرعية القهرية. وبذلك اتَّضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمِّي؛ إذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو»^١ انتهى.

و حاصل ما ذكره هو أنَّ الثابت في حقِّ من تلفت العين في يده هو اشتغال الذمَّة، وفي حقِّ غيره الوجوب التكليفي بوجوب الأداء لا الاشتغال.

و استشكل عليه الشيخ الأنصاري في مسألة توارد الأيادي التي ذكرها في مبحث بيع الفضولي:^٢

أَمَّا أَوَّلًا: فبأنَّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب التكليفي المتوجَّه إلى غير من تلفت في يده وبين ما ذكره من الخطاب الوضعي المتوجَّه إلى من تلفت في يده.

و ثانيًا: بأنَّه على فرض الفرق بينهما في مقام الثبوت، فأَيُّ دليل عليهما في مقام الإثبات، مع كون الدليل على كليهما هو قوله: «على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّي»؟^٣ و كيف يمكن القول بأنَّه يدلُّ بالنسبة إلى واحد منهما على الحكم التكليفي و بالنسبة إلى آخر على حكم وضعي؟

١ - جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.

٢ - المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٠٩.

٣ - تقدَّم في الصفحة ٢٨٨.

و ثالثاً: بأنَّ ما ذكره مخالف لما هو المحقَّق عند الكلِّ من إجراء أحكام الدين في كليهما كالضرب مع الغرماء و تقديمه على جميع الوصايا عند موت الضامن و جواز مصالحة المالك عمّا له عليه مع غيره، إلى غير ذلك من أحكام الذم.

فهذه الأحكام كما تجري بالنسبة إلى من تلفت العين في يده، فكذلك تجري بالنسبة إلى غيره من الأيادي المتعاقبة بلا خلاف يعرف من أحد في ذلك.

و رابعاً: بأنَّ تملّك المرجوع إليه في الضمّناء لما في ذمّة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل إلى المالك لا يعلم له بسبب اختياري و لا قهري، بل اللازم هو براءة ذمّة الجميع بعد رجوع المالك إلى واحد منهم، سواء تلفت العين في يده أم لا لكون كلّ واحد منهم ضامناً على نحو واحد.

و خامساً: بأنَّ مقتضى ما ذكره هو رجوع المرجوع إليه إلى من تلفت العين في يده فقط، من أنَّ الظاهر جواز رجوعه إلى كلّ واحد من الأيادي اللاحقة. غاية الأمر: أنّه أيضاً يرجع إلى لاحقه و هكذا إلى أن يستقرّ الضمان على من تلفت في يده.

ثمَّ إنّ الشيخ رحمه الله قد ذكر للمسألة وجهاً آخر غير ما ذكره صاحب «الجواهر»، فلنذكره بعبارة، قال رحمه الله في وجه جواز رجوع السابق إلى من لحقه دون العكس ما لفظه: «إنَّ السابق اشتغلت ذمّته له بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل و إلّا خرج بدله عن كونه بدلاً....»^١ إلى آخر ما ذكره.

و توضيح كلامه ﷺ هو: أنَّ الثابت في ذمَّة السابق عبارة عن نفس العين فقط لعدم كونها ذات بدل حين ضمانه لها، و أمَّا اللاحق فهو ضامن إمَّا للمالك بنفس العين أو للسابق ببديلها، فالثابت في ذمته أحد الشيئين لأحد الشخصين إمَّا بدل العين للمالك أو بدل البديل للسابق. و الوجه في ذلك أنَّ المال حين ضمان اللاحق كان ذا بدل، فلو كان ضمانه سبباً لاشتغال ذمته ببديل العين متعيناً لزم من ذلك خروج البديل الأول عن كونه بدلاً لعدم تصوّر الأكثر من بدل واحد لمال واحد.

و بالجملة: اللاحق في عرض السابق في كون كلٍّ منهما ضامناً لنفس العين على البديل، و يمتاز اللاحق عن السابق في أنَّ مضمون السابق شيء واحد و هو نفس العين، و مضمون اللاحق شيان ثابتان في ضمانه على البديل إمَّا نفس العين أو بدلها الثابت في ذمَّة السابق، فذمَّة اللاحق مشغولة مطلقاً، سواء رجع إليه المالك أم لا، فإن رجع عليه أذى بدل العين و سقط جميع الذمم و إن رجع إلى السابق سقط بدل العين من ذمَّة اللاحق و لكن بقي في ذمته بدل البديل للسابق. هذا ما ذكره في هذا المقام.

و استشكل عليه السيّد المرحوم في حاشيته: «أولاً: بأنَّ كون العين حين ضمان اللاحق لها متّصفة بكونها ذات بدل لا يوجب ضمانه للبديل أيضاً فإنَّ سبب الضمان لم يتحقّق بالنسبة إلى البديل الذي هو في ذمَّة السابق؛ إذ لم يثبت البديل في يد اللاحق كما ثبت نفس العين.

و دعوى كونه من توابع العين، كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع و النماات حتّى يكفي بقبض نفس العين في قبضه.

و ثانياً: بأنّا لو سلّمنا ذلك كان مقتضاه ضمان البديل أيضاً لمالك العين لا للسابق،

فإنَّ البذل الذي في ذمَّة السابق ملك لمالك العين، فمقتضى الضمان هو أن يكون بدل البذل أيضاً للمالك ولا وجه لكونه لمن عليه البذل.

و ثالثاً: بآئه لو فرض أنَّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق ثانياً و تلفت في يده كان مقتضى ما ذكره هو جواز رجوع السابق إلى اللاحق، مع أنَّ العين قد تلفت بيده، و ذلك لأنَّه يصدق على اللاحق أنَّه ضمن شيئاً له بدل، فكان مقتضى ما ذكره هو ضمانه إمَّا للمالك بنفس العين أو للسابق ببذلها، مع أنَّ المسلم خلاف ذلك فإنَّ تلف العين قد كان بيد السابق فكيف يجوز له الرجوع على اللاحق...^١ إلى آخر ما ذكره رحمته.

و بالجملة: فقد أورد السيد المرحوم على ظاهر كلام الشيخ سبعة اعتراضات و بعضها واردة لو حملنا كلام الشيخ على ظاهره. نعم، يمكن أن يحمل كلامه رحمته على ما سنذكره وجهاً للمسألة و حينئذٍ لا يرد عليه الاعتراضات، فانتظر.

و قال المحقِّق الخراساني رحمته^٢ في وجه رجوع السابق إلى اللاحق: أنَّ الضمان اعتبار من اعتبارات العقلاء و له عندهم آثار، منها جواز رجوع السابق إلى اللاحق إلى أن يستقرَّ الضمان على من تلف المال بيده، فالعمدة في المسألة حكم العقلاء. و نحن نقول: يمكن أن يكون الوجه في المسألة هو أنَّ السابق و إن حكم عليه بالضمان من جهة صدور الغصب منه و لكنَّه كان متمكناً حين وجود العين من الخروج عن العهدة بأداء العين إلى مالكة من دون أن يصير متضرراً بسبب ذلك،

١- حاشية المكاسب، المحقِّق اليزدي ٢: ٣١٠-٣١٣.

٢- حاشية المكاسب، المحقِّق الخراساني: ٨٤.

وبعد أن أخذها منه اليد اللاحقة لزمه المثل أو القيمة، فصارت هي الباعثة لتضرره فيستحقّ بذلك الرجوع إليها.

و بعبارة أخرى: العين المغصوبة وإن لم تكن ملكاً لليد السابقة ولكنها كانت بحيث يستحقّ أن يستخلص من الضمان بسبب أدائها، فكان العين كانت متعلّقة لحقّ السابق. وقد ذكرنا سابقاً أنّ قوله: «على اليد» كما يدلّ على ضمان العين لمالكها كذلك يدلّ على ضمانها لمن كان هذه متعلّقة لحقه، نظير العين المرهونة إذا غصبها غاصب، فإنّه يضمن للراهن نفس العين و للمرتهن حقه و قد ذكر مفصلاً، فراجع.

و بالجملة: فلو كانت العقلاء يحكمون باستحقاق السابق للرجوع إلى اللاحق فلعلّه كانت من جهة أنّهم يرون للسابق حقّاً متعلّقاً بالعين و هو عبارة عن استحقاقه لأن يخرج نفسه من الضمان بسبب هذه العين من دون أن يرد عليه ضرر، و الضرر المتوجّه عليه من المثل أو القيمة إنّما هو من جهة غصب اللاحق، فيرجع عليه بذلك فتأمل جيّداً، و لعلّ مراد الشيخ رحمه الله من عباراته التي نقلناها منه أنّها أيضاً هذا الذي ذكرناه، فتدبّر.^١

١ - اعلم: أنّه قد ذكر الأستاذ هذه المسألة مفصلاً، و لكنّه قد أخرّ تحرير القسمة الأخيرة منها إلى مدّة طويلة فلم أوفق لتحريرها بالتفصيل الذي ذكره الأستاذ مدّ ظلّه، و قد قلّ أيضاً بالتفصيل ما ذكره المحقّق الثاني في هذا المقام، و استشكل عليه بعض الإشكالات و كان مدّ ظلّه مريداً لهدم أساس كلامه في الأيّام الآتية، و لكنّه قد عوّقت الدروس و عطّلت الحوزات العلمية و اشتغل جميع الشيعة الإثنا عشرية بالعزاء و البكاء و كادت أن تمطر من السماء الدماء ذلك لوفاة حضرت آية الله العظمى أبي الأرامل و الأيتام مدير الحوزات العلمية لا سيّما حوزة النجف الأشرف مرجع الخاصّ و العامّ و ملاذكل الشيعة حتّى الكبار و الأعلام الآقا السيّد أبو الحسن الموسوي الأصبهاني حشره الله مع

آثار الضمان

قد عرفت سابقاً بمقتضى حديث: «على اليد» و سائر أخبار الضمان، أحد أسباب الضمان، و تبين لك أيضاً أنَّ للضمان معنى في اعتبار العقلاء غير اشتغال الذمة وله عندهم آثار.

منها: أنَّ المالك يستحقُّ أن يطالب من عينه باقية كانت أو تالفة.

و منها: أنه يجب على الغاصب أن يرد إليه عينه بشخصه إن أمكن ذلك، وإلاّ فيما يمكن من مراتبها النازلة من النوعية إن كانت مثلية، و من المالية إن كانت قيميّة، و لا فرق في ذلك بين أن يكون عدم التمكن من جهة تلف العين و بين أن يكون من جهة تعذّر أدائها بشخصها مع كونها باقية، كما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت ففي تلك الصورة أيضاً يجوز للمالك أن يطالب الغاصب و على الغاصب الخروج عن العهدة بأداء المثل أو القيمة، و هذا هو الذي يسمّى في اصطلاحهم ببدل الحيلولة، و قد تسالم على ثبوته المتقدمون و المتأخرون من الخاصّة،^١ بل و العامة،^٢ و ليس معنى بدل الحيلولة أنَّ المثل و القيمة يقعان بإزاء الحيلولة بحيث

^١ - أجداده الطاهرين و كان وفاته ع في كاظمين عند مضيّ جزء من ليلة العيد الأضحى ليلة الثلاثاء في

سنة ١٣٦٥، و قيل في تأريخه: (آية الله أصفهاني رفت). حنينلي المنتظري في ٢٦ محرّم ١٣٦٦.

١ - راجع: المبسوط ٣: ٧٦ و ٩٥؛ الخلاف ٣: ٤١٣، المسألة ٢٦؛ غنية النزوع ١: ٢٨٢؛ شرائع الإسلام ٣:

١٩٠؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٤٢؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٤٢، مسألة ١٠٥٣؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٨١؛

القواعد و الفوائد ١: ٣٤٨؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٠٠؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٣٠ - ١٣٨ و ١٨٢؛

المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٣٩ و ٢٥٧ و ٢٦٤ - ٢٦٧ و ٥١١؛ بلغة الفقيه ٢: ٣٧١.

٢ - راجع: المبسوط، السرخسي ١١: ٩٣ - ٩٤؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٤١٧.

يكونان عوضين عن الجرم الذي صدر من الغاصب و هو تفريقه بين المال و مالكه و حيلولة بينهما و إن كان قد يتوهم هذا المعنى من بعض التعبيرات، بل المراد منه هو بدل المال الثابت من جهة الحيلولة، فالحيلولة علّة لثبوت البديل لا أنّه واقع بإزائها. و يظهر الثمرة بين القولين أنّه لو كان بإزاء نفس الحيلولة لم يجب ردّه إلى الغاصب بعد زوال الحيلولة بخلاف الثاني.

ثمّ إنّ يقع البحث في تلك المسألة من جهات:

الجهة الأولى: في الدليل عليها عدا التسالم، فإنّ الاكتفاء به يوجب الاقتصار على القدر المتيقّن من مواردها، فلا يغنينا عن جوع. و قد ذكر بعضهم أموراً غير قابلة للاعتماد عليها.

منها: قوله: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام».^١

و منها: قوله: «الناس مسلّطون...»^٢.

و منها: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين.

و منها: ما قال بعضهم من أنّ الغاصب حال بين المال و مالكه.

و الظاهر أنّ تلك الوجوه لا يثبت ما هو المقصود فيما نحن فيه، من ثبوت حقّ للمالك على الغاصب زائداً على أصل سلطنته على ماله و هو المقصود بالإثبات، لأنّ سلطنته على ماله لا توجب جواز مطالبته من الغاصب و لا وجوب غرامة الغاصب إيّاه بالبديل مع كون نفس العين باقية، بل للغاصب أن يقول: «عينك موجودة

١- الكافي ٥: ٢٩٢ / ٢ و ٨ / ٢٩٤؛ الفقيه ٣: ١٤٧ / ٦٤٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ / ٦٥١؛ وسائل

الشيعة ٢٥: ٤٢٩، كتاب إحياء الموات، الباب ١٢، الحديث ٣ و ٤.

٢- عوالي اللآلي ١: ٢٢٢ / ٩٩ و ٤٥٧ / ١٩٨؛ ٢: ١٣٨ / ٣٨٣؛ ٣: ٢٨٠ / ٤٩؛ بحار الأنوار ٢: ٢٧٢ / ٧.

٣- راجع: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٥٨.

و أنا لا أقدر على ردّها فاذهب و أنشدّها أو أخرجها من يد الظالم» مثلاً، خصوصاً فيما لو قدر المالك على استرداد عينه و تعذّر منه الغاصب، فكيف يدلّ ما ذكر على جواز أن يطالب المالك من الغاصب و يكون عليه أداء المثل أو القيمة، مع أنّ الظاهر من القائلين ببطلان الحيلولة هو القول به حتّى في هذه الصورة التي يقدر المالك على استخلاص عينه، و لذا قال العلامة^١ في مسألة تعاقب الأيادي من أنّ للمالك أن يرجع إلى كلّ منها حتّى من ليس المال في يده للحيلولة، مع أنّ المالك يقدر غالباً على الرجوع إلى من عنده المال.

و بالجملة: فلا دلالة لما ذكر على المقصود، بل الأخير منها صغرى بلا كبرى.
نعم، لنا أن نتمسك للمطلوب بالأخبار الخاصّة، و بقوله: «على اليد ما أخذت»^٢.
أمّا الأخبار الخاصّة فهي كثيرة خصوصاً في الضياع و السرقة فعليك بالمراجعة إليها. و أمّا قوله: «على اليد» فالظاهر دلالتها على المطلب. و تقريب الاستدلال به: أنّ الحديث الشريف كما مرّ تفصيله سابقاً^٣ قد ورد لرفع تزلزل من غضب ماله و لأنّ يطمئنّ خاطره بأنّ ماله في عهدة الغاصب و أنّه استقرّ تشريعاً على يد الغاصب و إن عرض عليه التلف أو الضياع تكويناً، فمعنى على اليد هو أنّ المال المأخوذ - بصرف أخذه غاصباً - قد استقرّ على يد الغاصب بحسب التشريع و إن لم يكن عليه بحسب التكوين فهي ظرفه و مستقرّه بنظر الشارع و للمالك مطالبة منها متى شاء.

١- قواعد الأحكام ٢: ٢٢٤؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٨٤، مسألة ١٠٢٠.

٢- عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣٨٩ / ٢٢؛ مستدرک الوسائل ١٤: ٨، كتاب الوديعة، الباب ١، الحديث

١٢؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذي ٢:

٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

٣- تقدّم في الصفحة ٢٣٣ - ٢٣٤ و ٢٥٠.

و بعبارة أخرى: فأَيّ بلاء ورد على العين بعد أخذها غصباً من التلف و الضرر و نحوهما فإنّما هو في عالم التكوين و إلّا فهو في عالم التشريع و بحسب نظر الشارع باقي كما كان في حصن حصين؛ أعني يد الغاصب و للمالك إفراغه منها متى شاء. و هذا المعنى هو المعبر عنه بالضمان و التعهّد. و قد عرفت أنّهما مفايران لاشتغال الذمّة ثابتان في حال وجود العين و تلفها فبعد التلف أيضاً لا يعتبر اشتغال ذمّة الغاصب بالمثل أو القيمة، بل الثابت في حال التلف أيضاً هو ضمان نفس العين، و من آثار الضمان أنّ للمضمون له مطالبة المضمون من الضامن، ففي كلّ من حالي وجود العين و تلفه إنّما يطالب المالك من الغاصب شخص ماله.

غاية الأمر: أنّ الغاصب إن تمكّن من أدائها بشخصها كان عليه ذلك و إلّا فبنوعيتها أو ماليتها، فأداء المثل أو القيمة ليس باعتبار كونهما مملوكين للمالك في ذمّة الغاصب، و إنّما هو باعتبار كون أدائهما من مراتب أداء العين، فإنّها كانت جامعة لحثيات ثلاث: الشخصية و النوعية و المالية.

و بالجملة: فمقتضى الحديث الشريف جواز أن يطالب المالك من الغاصب أداء ماله متى شاء و على الغاصب أدائه متى طوّل به، فإن أمكن فأقصى المراتب و إلّا فبإحدى المراتب النازلة من غير فرق بين صورة وجود العين و تلفها، فثبت بدل الحيلولة مثل ثبوت البدل في حال التلف إنّما هو من جهة كونه من المراتب النازلة لوجود العين الجائر للمالك مطالبتها الواجب على الغاصب أدائها بمقتضى الضمان الثابت شرعاً بقوله: «على اليد» فنفس الحديث الشريف يكفيننا لإثبات وجوب بدل الحيلولة من غير احتياج إلى التماس دليل آخر.

هذا هو الكلام في الجهة الأولى.

الجهة الثانية: في أنه - بعد ما ثبت إجمالاً أنّ للمالك مطالبة ماله من الغاصب عند حيلولة بينهما وإن كان باقياً بعد، و أنّه يجب على الغاصب أدائه ببدله إن لم يتمكن من أدائه بشخصه - هل يثبت بدل الحيلولة عند اليأس من نفس العين و تعذر وصولها إلى المالك مطلقاً أو تعذر الغاصب من إيصالها و إن قدر المالك عن الوصول إليها أو عند الاحتياج في وصولها إليه إلى مدّة طويلة أو يثبت مطلقاً و لو لم يحتج وصولها إليه إلّا إلى مدّة قصيرة و لو كانت ساعة؟ الظاهر هو الأخير. و الدليل عليه ما قرّبناه في معنى الحديث الشريف، فإنّه يدلّ على أنّ للمالك أن يطالب ماله من الغاصب أيّ وقت شاء، و على الغاصب أن يؤدّي إليه ماله عند المطالبة من دون أن يكون له تأخير ساعة، فإن أمكنه الأداء بالشخصية فهو و إن لم يمكنه فبالنوعية أو المالية.

و قد عرفت: أنّ العلامة^١ استدلّ لجواز الرجوع إلى من ليس المال عنده في مسألة تعاقب الأيادي بالحيلولة مع قدرة المالك غالباً على المراجعة إلى من كان المال بيده.

الجهة الثالثة: في أنّه هل يصير بدل الحيلولة ملكاً للمالك أو يباح له جميع التصرفات من غير أن يصير ملكاً له يباح له التصرفات الغير الموقوفة على الملك فقط؟

فيه وجوه: قد يظهر من بعضهم عدم الخلاف في صيرورته ملكاً له،^٢ و استشكل

١ - تقدّم في الصفحة ٢٩٧.

٢ - الخلاف ٣: ٤١٢، المسألة ٢٦، المبسوط ٣: ٧٦ و ٩٥، غنية النزوع ١: ٢٨٢، السرائر ٢: ٤٨٦؛ إيضاح الفوائد ١: ١٨١؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٠٠؛ جامع المقاصد ٦: ٢٦١؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٢٩ - ١٣١؛

بعضهم^١ على ذلك بأنه يلزم منه الجمع بين العوض و المعوض، و حكي عن المحقق القمي^٢ القول بعدم الملكية و إباحة التصرفات و ظاهره إباحة جميع التصرفات حتى الموقوفة على الملك.

و ما يمكن أن يكون وجهاً لذلك هو أن يقال: إنَّ المعتمد في الحكم بالضمان في التلف و الحيلولة هو قوله: «على اليد» كما حَقَّق سابقاً، و لا دلالة للحديث الشريف على صيرورة البذل المؤدى غرامة ملكاً للمالك أو مباحاً له جميع التصرفات. غاية الأمر: قيام الإجماع على الملكية في بدل التالف، و أمَّا بدل الحيلولة فلا دليل على صيرورتها ملكاً.

أو يقال: إنَّ الحديث لا يدلُّ على الملكية. غاية الأمر أنَّ البذل المؤدى في الحيلولة الدائمة كالتلف و ما في حكمه يعتبره العقلاء ملكاً للمالك، فإنَّ إباحة جميع التصرفات في جميع الأزمنة هي المنشأ لانتزاع الملكية عند العقلاء، و هذا بخلاف البذل المؤدى في الحيلولة المترقِّب زوالها الموجب لردِّه إلى الغاصب فإنَّه لا ينتزع فيه الملكية، فيكون الفارق بين المقامين اعتبار العقلاء المحكَّم في أمثال المقام.

و ما يمكن أن يكون وجهاً للقول بإباحة التصرفات الغير الموقوفة على الملك هو أن يقال - بعد تسليم سكوت الحديث الشريف عن الدلالة على الملكية و عدم

^١ - المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٥٩؛ و راجع: حاشية المكاسب، المحقق الخراساني:

٤٣؛ حاشية المكاسب، المحقق الأصفهاني ١: ٥١٧-٥١٨.

١ - جامع المقاصد ٦: ٢٦١؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٠١؛ كفاية الفقه ٢: ٦٤٨.

٢ - جامع الشتات، كتاب الغصب: ٥٨٢ - ٥٨٣ و حكاة الشيخ في المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم

دليل آخر عليه - : نلتزم بالقدر المتيقن و هو إباحة التصرفات الغير الموقوفة على الملك، لعدم الدليل أيضاً على إباحة ما توقّف منها على الملكية، فكان الحكم برّد البدل إنّما هو لاطمئنان قلب المالك و تسلّى خاطره إلى زمن وصول ماله إليه، هذا. و لكنّ الأظهر في المسألة هو ما ذكره المشهور؛ أعني ثبوت الملكية مطلقاً، و يدلّ عليه الحديث الشريف في التلف و الحيلولة، فإنّ الذي أخذه الغاصب من المالك كان ملكاً للمالك حسب الفرض، و الحديث الشريف يدلّ على استحقاق المالك لأن يطالب عين ماله و نفس ما كان مالاً له، و على الغاصب بمقتضى الضمان المستفاد من الحديث أن يرد نفس ما يطالبه المالك لا شيئاً آخر.

و بالجملة: فالمالك يطالب ملكه و على الغاصب أن يؤدّي ذلك. غاية الأمر: إن أمكن أن يؤدّيه بشخصه فهو و إلّا فيأحدي المراتب النازلة من النوعية و المالية. و الحاصل: أنّ الواجب على الغاصب ليس أداء البدل حتّى ينازع في أنّه يصير ملكاً للمالك أم لا و أنّه بأيّ سبب يصير ملكاً له، بل الواجب عليه هو أن يؤدّي نفس ما يطالبه المالك و نفس ما أخذه منه؛ أعني شخص ملك المالك، و الانتقال إلى البدل إنّما هو من جهة كونه مرتبة نازلة من وجوده، فأداء البدل أيضاً أو النفس ملك المالك، فلا نحتاج في مالكيته له إلى سبب مستقلّ، و لا فرق في ذلك بين بدل التلف و بدل الحيلولة؛ إذ الفرض أنّ الحديث الشريف قد دلّ في كليهما على وجوب أداء المأخوذ لا غيره، فالموذّي إلى المالك لا يكون إلّا ما كان ملكاً له. و لعلّ ما ذكرناه هو العلة لتسالم القوم على الملكية.

ثمّ إنّ لا يمكن التمسك للقول بثبوت الملكية في خصوص بدل التلف بالإجماع؛ إذ الموجود هو عدم الخلاف و هو ثابت في كلا المسألتين.

ثم اعلم: أنَّ العين المغصوبة بعد أداء بدل الحيلولة لا تنتقل إلى ملك الغاصب، بل هي باقية بعد على ملك مالكة. وما ذكروه من لزوم الجمع بين العوض والمعوض^١. ففيه: أنه لم يرد على بطلانه آية ولا رواية. ولعل مرادهم أنَّ المعاوضة بعد تحققها مستلزمة لانتقال كلِّ من العوضين إلى غير مالكة الأول، وفيما نحن فيه لا معاوضة حتى تستلزم ذلك لعدم الدليل عليها، وقد خالف في ذلك بعضهم فقالوا بصيرورتها ملكاً للغاصب، بل يظهر من بعضهم ذلك حتى في بدل التالف و يكفي في ردِّه عدم الدليل عليه كما هو ظاهر.

فروع مترتبة على بدل الحيلولة

قد عرفت أخيراً ما ذكره بعضهم من أنَّ أداء بدل الحيلولة يوجب انتقال العين المغصوبة إلى الغاصب وقد فرَّعوا على هذا فروعاً:

لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية

منها: أنهم حكموا^٢ بجواز المسح و صحَّة الوضوء بالرطوبة الباقية في الأعضاء فيما لو توجَّس الإنسان من الماء المغصوب جهلاً أو نسياناً، ثم التفت إلى الغصبيته بعد أن تمَّ الغسلات و قبل أن يمسح إذا أدى بدل الحيلولة، بل يمكن أن يقال بانتقالها إلى الغاصب قبل أداء البديل أيضاً إن قلنا في الضمان بأنَّه عبارة عن اشتغال الذمة بالبديل، فإنَّ الذمة تشتغل على هذا بالبديل بصرف الحيلولة، فيكون لازمه على هذا

١ - جامع المقاصد ٦: ٢٦٦؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٠١؛ كفاية الفقه ٢: ٢٤٨.

٢ - جواهر الكلام ٣٧: ٨٠؛ العروة الوثقى ١: ٣٨٥، المسألة ٥.

القول انتقال العين إلى الغاصب، وذلك من جهة أنهم توهّموا انتقال الرطوبات الباقية إلى الغاصب بالمعاوضة القهرية من جهة أداء البدل من غير دخالة لرضاية المالك في ذلك، وبعضهم حكموا بجواز المسح في هذه المسألة من جهة صيرورة الرطوبات الباقية في حكم التالف و خروجها عن المالية،^١ بل حكم بعض بجواز التصرف في جميع ما تأخذه الأيدي الغاصبة القويّة و تسوقه مساق المباحات العامة كالطرق و الشوارع اعتماداً على الجهة الأخيرة؛^٢ أعني صيرورته في حكم التالف. و نحن نقول: أمّا الجهة الأولى؛ أعني القول بصيرورة العين المفصوبة ملكاً للغاصب بعد أداء بدل الحيلولة، فقد عرفت ضعفها، و أنه لا جهة لانتقالها إلى الغاصب، و البدل المؤدّى إنّما هو بدل عن الصورة النوعية أو عن المالية، و أمّا شخصية العين فهي بعد باقية على ملك مالكيها، و لا دليل على انتقالها إلى الغاصب، و عرفت أيضاً أنّ ما ذكره من امتناع الجمع بين العوض و المعوّض إنّما هو فيما لو تحقّق المعاوضة الشرعية، فإنّها تستلزم عدم الجمع، و أمّا فيما نحن فيه، فلم تحقّق معاوضة حتّى يكون لازماً عدم الجمع؛ إذ لا دليل على المعاوضة القهرية التي يدّعيه الخصم.

و أمّا الجهة الثانية؛ أعني القول بصيرورة الرطوبات الباقية في أعضاء الوضوء و أمثالها في حكم التالف من جهة خروجها عن المالية، ففيها: أنّ خروجها عن المالية من جهة أنّه لا يبذل بإزائها المال لا يستلزم خروجها عن الملكية، فمقتضى القاعدة

١ - المقاصد العلية: ١٠٦؛ جامع المقاصد ١: ٢٥٤؛ مدارك الأحكام ٤: ٢١٣، و قد نقله مجمع الفائدة و

البرهان ١٠: ٥٢١. و راجع: العروة الوثقى ١: ٣٨٥، المسألة ٥: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم

١٦: ٢٦٣ - ٢٦٤؛ مستمسك العروة الوثقى ٢: ٤٢٩.

٢ - العروة الوثقى ١: ٣٨٦، المسألة ٧.

بقائها على ملك مالکها إلا أن يدلّ دليل على خروجها عن الملكية أيضاً. وفي هذه المقامات دون إثباته خرط القتاد.

لو غصب الخلّ فصار عنده خمرأ

لو غصب الخلّ فصار عنده خمرأ فلا إشكال في أن الغاصب ضامن من جهة أنه تلف عنده صورته النوعية التي بها قوام ماليته، و البذل المؤدى هنا بدل التالف لا بدل الحيلولة؛ إذ بدل الحيلولة إنما هو فيما كانت العين باقية، كما كانت. غاية الأمر: أنه حيل بينها وبين المالك، و لكنّه يظهر من الشيخ رحمته أنه من أقسام بدل الحيلولة حيث عدّه في عداده.

و بالجملة: فالبدل المؤدى بدل الصورة التالفة و لا يعود أبداً إلى الغارم، إنما الخلاف في أنه هل يجب ردّ العين؛ أعني الخمر إلى من كان مالکاً لها من جهة حقّ الأولوية أو لا يجب من جهة سلبها شرعاً عن الملكية؟ و استشكل العلامة رحمته في «القواعد»^١ وجوب ردّها مع بذل القيمة. قال الشيخ رحمته في «المكاسب»: «لعلّ الوجه في ذلك استصحاب وجوب ردّها فيجب و أن موضوع الاستصحاب غير باقٍ؛ إذ الذي يجب ردّه هو ملك المالك، و الفرض خروجه هاهنا عن الملكية فلا يجب الرد، ثم قال: إلا أن يقال: إن الموضوع في الاستصحاب عرفي.^٢

أقول: لعلّ وجه نظر العلامة هو عدم ثبوت حقّ الأولوية من جهة أن حكم الشارع بخروج الخمر عن الملكية يفهم منه عدم قابلية الخمر للتسلّط عليها بأيّ

١- قواعد الأحكام ٢: ٢٣٣.

٢- المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٦٥.

نحو كان من الملكية، و حقّ الأولوية و غيرهما لو فرض نحو آخر. و بالجملة: فنظره إلى عدم الدليل على ثبوت حقّ الأولوية على الخمر، و لعلّ الشارع لا يرضى بالتسلّط عليها و لو بالأولوية.

ثمّ إنّ الأولوية كانت موجودة قبل صيرورته خمرأً من جهة الملكية و لم يكن الثابت للمالك شيان: الملكية و الأولوية حتّى يقال بأنّه بعد زوال الملكية يكون الأولوية باقية، فثبوت حقّ الأولوية للمالك ممنوع.

اللهمّ إلّا أن يقال: الخلّ كان ذا جزئين: المادّة و الصورة الخليّة، و كلتاها كانتا في ملك المالك، و الانقلاب إنّما وقع في الصورة و المادّة باقية بحالها، و الدليل إنّما دلّ على عدم قابلية الصورة الخمرية للمملوكية، و أمّا مادّتها فهي باقية على ملك مالکها و نتيجة ذلك: أنّه لو زالت الصورة الخمرية و قبلت المادّة صورة أخرى كان مالك المادّة مالکاً لها؛ و لذا أفتوا في المسألة^١ بأنّه لو انقلب الخمر خلّاً ثانياً كان ملكاً للمالك و إن بذل الغاصب البدل.

و الحاصل: أنّ الدليل الدالّ على عدم قابلية الخمر للمملوكية لم يدلّ على أزيد من عدم قابلية الصورة لها، فالمادّة باقية على ملك من كانت ملكاً لها قبل الانقلاب. و لعلّ ذلك مراد القائلين بثبوت حقّ الأولوية بعد خروج الشيء عن الملكية بحكم الشارع، فتأمّل.

١- راجع: الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢١؛ المبسوط ٣: ٨٣؛ السرائر ٢: ٤٩٠؛ جواهر الفقه: ١١٠؛ إصباح الشيعة: ٣٤٣؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٤٨؛ المختصر النافع: ٢٥٧؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤٧؛ تلخيص المرام: ١٦٩؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٥٦ و ٢٥٧؛ الدروس الشرعية ٣: ١١٢؛ التنقيح الرائع ٤: ٧٥؛ جامع المقاصد ٢٩٣: ١٢؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٣٨؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٩٩؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٥٥.

فرق بدل الحيلولة عن بدل التالف

يفترق بدل الحيلولة عن بدل التالف من جهات.

منها: ما ذكره الشيخ رحمته الله في «مكاسبه»: من أن للغاصب أن يلزم المالك بأن يأخذ البديل في بدل التالف و ليس له أن يلزمه بأخذ بدل الحيلولة؛ إذ له أن يصبر إلى أن يزول العذر و يتمكن من نفس العين هذا ما ذكره الشيخ^١.

و نحن نقول: من المسلّمات في باب الدين أن للمديون إلزام الدائن بأخذ دينه إذا لم يكن مؤجلاً؛ إذ الدين مستقرّ في ذمّة المديون و ذمّة المديون ظرف له فله إفراغ ذمّته منه و لا حقّ للدائن بأن يشغل ذمّة الغير عند حلول الدين.

ففيما نحن فيه: إن قلنا بأنّ الضمان عبارة عن اشتغال ذمّة الغاصب كان للفرق بين بدل التالف و بدل الحيلولة مجال، بأن يقال: إنّ التلف يوجب اشتغال ذمّة الغاصب، فله إلزام المالك بأخذ البديل لعدم الدليل على استحقاقه إبقاء ماله في ذمّة الغير و اشتغال ظرف ذمّته بماله و أمّا الحيلولة فلا توجب اشتغال الذمّة. غاية الأمر: أنّ للمالك أن يطالب ماله من الغاصب متى شاء، و على الغاصب أن يؤدّيه ببذله عند التعذّر من دون أن يكون ذمّته مشغولة بشيء لثبوت المال في ظرف الخارج فلا معنى لصيرورته في ذمّة الغاصب.

و أمّا إذا قلنا بأنّ الضمان أمر مغاير لاشتغال الذمّة كما اخترناه و قوّيناه كما مرّ كراراً، فالحقّ في المسألة عدم افتراق بدل التالف عن بدل الحيلولة، بمعنى أنّه ليس

للمغاصب إلزام المالك بأخذ البدل لا في التلف و لا في الحيلولة لعدم اشتغال المالك ظرف ذمته، حتّى يقال بأنّ للمغاصب إفراغها من مال الغير، فبدل التالف و بدل الحيلولة كلاهما يفترقان عن مسألة الدين، فافهم و تأمل جيّداً.

و منها: أنّ العين بعد تلفها لا يعتبر لها المنفعة و لا ارتفاع القيمة و لا النماات المتّصلة و المنفصلة و لا يضمنها الغاصب و هذا بخلاف الحيلولة.

و تفصيل المقام هو: أنّه لا إشكال في ضمان الغاصب منافع العين المغصوبة المستوفاة و غير المستوفاة، و كذلك نمااتها المتّصلة و المنفصلة، و هكذا ارتفاع قيمتها السوقية على القول بثبوت أعلى القيم، كلّ ذلك حين وجود العين. و أمّا بعد تلفها و انعدامها في صفحة الوجود بالكلّية فلا يعتبر لها منفعة و لا نماء و لا قيمة عند العقلاء فلا يضمنها الغاصب، و لذا قوّينا سابقاً ثبوت أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف لا من حين الغصب إلى يوم الأداء و لا ثبوت قيمتها يوم الأداء و إن كان يقويه المحقّق الخراساني و كنّا نختاره أيضاً سابقاً.^١

و الوجه في ذلك ما ذكرناه: من أنّ العين بعد تلفها لا يعتبر لها قيمة و مالية عند العقلاء، و لأجل ذلك فرّق المشهور بين قيمة العين المغصوبة و بين قيمة المثل المتعذّر في المثلي، فحكموا في الأوّل بثبوت قيمة يوم التلف و في الثاني بثبوت قيمة يوم الأداء، من جهة أنّ المبدل في الأوّل عين شخصية و بعد تلفها لا يعتبر لها قيمة، بخلاف الثاني فإنّ المبدل فيه كلّّي؛ أعني المثل الكلّي و الكلّي أمر يعتبر له عند العقلاء و في سوقهم قيمة و إن أعوزت جميع أفرادها و قد مرّ سابقاً تفصيل ذلك.^٢

١ - تقدّم في الصفحة ٢٥٩.

٢ - تقدّم في الصفحة ٢٦٢ - ٢٦٣ و ٢٧٥؛ و راجع أيضاً: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٢٢٦.

و بالجملة: فلا يضمن الغاصب بعد تلف العين ما يفرض لها من المنافع و النمائات و ارتفاع القيمة.

و هذا بخلاف الحيلولة، فإنَّ العين يعتبر لها بعد الحيلولة أيضاً قيمة و نماء و منفعة خصوصاً لو كانت العين بعد حيلولة الغاصب بينها و بين مالکها باقية في يد جائر ينتفع بها و يستفيد من نمائاتها، فمقتضى القاعدة ضمان الغاصب جميع ذلك للمالك، و على هذا فلو أراد أداء بدل الحيلولة كان عليه أداء أعلى قيمها من يوم الغصب إلى يوم أداء البدل، بناءً على ما قوّيناه في بدل التالف من ثبوت أعلى القيم، و قد ذكرنا أنَّ صحيحة أبي ولّاد أيضاً لا يأبى عن ذلك،^١ بل يمكن القول بدلائلها عليه كما قاله الشهيد،^٢ و لا يمكن القول بكون الحيلولة مثل التلف في جميع الأحكام بصرف عطف الفقهاء إياها على التلف.

و الحاصل: أنَّ الحيلولة ليست مثل التلف فيما نحن فيه فيضمن الغاصب جميع النمائات و المنافع و ارتفاع القيمة الموجودة للعين بعد الحيلولة أيضاً، كلّ ذلك قبل دفع البدل.

و أمّا إذا ارتفع قيمة العين أو نمت أو كان لها منافع بعد أداء الغاصب بدل الحيلولة، فهل يضمن الغاصب جميع ذلك أو لا يضمن شيئاً منها أو يفصل بين ارتفاع القيمة السوقية و بين المنافع و النمائات، فيقال بالضمان في الثاني دون الأول وجوه:

من أنَّ البدل بدل لنفس العين حين التعذّر، و أمّا منافعها و نمائاتها و ارتفاع

١ - تقدّم في الصفحة ٢٧٢ - ٢٧٣.

٢ - مسالك الأفهام ١٢: ١٨٦ - ١٨٧؛ الروضة البهية ٣: ٥٧١ - ٥٧٢.

قيمتها فهي مما لم يغرمه الغاصب و قد وجدت في ملك المالك و يتعذر المالك من الوصول إليها و الاستفادة منها من جهة حيلولة الغاصب بينها و بين المالك، فيكون الغاصب ضامناً لها كما كان ضامناً لنفس العين.

و من أن الغاصب قد أدى بدل الحيلولة، فحصلت غاية قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^١.

و بالجملة: قد خرجت العين من عهده و ضمانه و قد وجدت المنافع و النماطات و ارتفاع القيمة حين ما خرجت العين من عهده، فلا موجب لضمانه إياها. و من أن ارتفاع القيمة إنما يعد من توابع نفس العين و قد أدى الغاصب بدلها و خرجت عن عهده و ضمانه، و أما المنافع و النماطات فهي أمور مستحدثة في ملك المالك يعتبر لها مضافاً إلى قيمة العين قيمة على حدة، و قد صار حيلولة الغاصب بين المالك و بين العين موجباً لتعذر الوصول إليها فعلى الغاصب اغترامها.

أن بدل الحيلولة بدل عن نفس العين

قد مرّ سابقاً^٢ أن بدل الحيلولة يصير ملكاً للمالك، فها هنا نقول: إن البدل ليس بدلاً للحيلولة كما توهمه بعضهم، بل هو بدل عن نفس العين و يكون تأديته تأدية لنفس العين و لكن بالمرتبة النازلة، و مالكية المالك لبذل الحيلولة ليست دائمية، بل هي ثابتة مادامت الحيلولة باقية، و بصرف زوالها ينتقل البدل إلى ملك الغاصب فالملكية ملكية مؤقتة تدور مدار الحيلولة حدوثاً و بقاءً. و السر في ذلك: هو أن

١ - تقدّم في الصفحة ٢٩٧.

٢ - تقدّم في الصفحة ٢٩٧.

البدل إنما أدى إلى المالك من جهة كونه محجوباً عن ماله و متعذراً من الوصول إليه، فبعد أن وصل ماله إليه لا معنى لبقاء البدل في ملكه.

فإن قلت: بعد صيرورة البدل ملكاً للمالك بأيّ مزيل يزول الملكية.

قلت: قد كانت الملكية من أول الأمر محدودة و ثابتة على فرض الحيلولة، فبعد زوال مقتضيها تزول من جهة زوال المقتضى و قصور الأمد، نظير مالكية الموقوف عليهم على القول بصيرورة الموقوف ملكاً للموقوف عليهم، فإنّ البطن السابق كان مالكا للعين بالملكية المحدودة الموقّنة بحيث كان عمرها من أول الأمر قصيرة.

ثمّ إنه هل يرجع البدل إلى الغاصب بصرف رفع التعذر و تمكّن المالك من الوصول إلى ماله أو يرجع إليه بعد وصول مال المالك إليه؟ الأظهر هو الثاني لما مرّ سابقاً من عدم اشتراط ثبوت بدل الحيلولة بالتعذر، بل هو ثابت ما لم يصل يد المالك إلى ماله، فافهم و تأمل.

يجب ردّ البدل بعد ارتفاع الحيلولة

قد ظهر لك أنّه بعد ارتفاع الحيلولة و وصول مال المالك بيده يجب عليه ردّ البدل إلى الغاصب، و حينئذٍ، فإن كانت عين البدل موجودة عند المالك فالأمر واضح، و أمّا إن لم يكن موجوداً، بأن تلف عنده أو نقله بعقد لازم إلى الغير، فهل يجب عليه ردّ بدل البدل إلى الغاصب أو لا يجب، بل لا شيء عليه؟ وجهان.

و يحتمل في المسألة وجه ثالث و هو أن يقال: ليس للمالك من أول الأمر إتلاف البدل و لا نقله بعقد لازم لكون مالكيته له في عرضة الزوال كمالكية الموقوف عليهم للعين الموقوفة على القول بها.

و ليعلم: أنَّ النزاع في المسألة لا يبتني على القول بصيرورة بدل الحيلولة ملكاً للمالك، بل يجري عليه و على القول بإباحة التصرف.

و بالجملة: فلقال أن يقول: لا يجب على المالك ردّ بدل البدل إلى الغاصب؛ إذ الفرض أنَّ البدل كان ملكاً له أو مباحاً له جميع التصرفات فيه و قد نقله أو أتلفه حال كونه مختاراً في ذلك، فما الموجب لضمانه ببذله بعد أن كان تصرفه في ملك نفسه؟

نعم، نحن لا نكر أنه لو كان البدل موجوداً إلى حين زوال الحيلولة، لزال ملكية المالك له و انتقل إلى الغاصب من دون احتياج إلى مزيل، بل لقصور عمر الملكية من أول الأمر لدورانها مدار الحيلولة.

و لكن يكون هذا المعنى مختصاً بحال وجود البدل عند المالك، و أما عند تلفه أو انتقاله بعقد لازم فلا شيء عند المالك حتّى يقال برجوعه إلى الغاصب، و الفرض أنَّ تصرف المالك فيه إنما كان عن حقّ لكونه ملكاً له أو مباحاً له أنهاء التصرفات فيه، فلا موجب للقول بضمانه له ببذله.

فإن قلت: قد سلمتم أنَّ ملكية المالك للبدل كانت دائرة مدار الحيلولة، فإن كانت الحيلولة دائمية فهي أيضاً دائمية، و إن كانت مؤقتة فهي أيضاً مؤقتة، ففيما نحن فيه بعد زوال الحيلولة ينكشف أنَّ البدل في المدة المعيّنة كان ملكاً للمالك و بعدها كان ملكاً للغاصب، فإتلاف المالك مثلاً إنما وقع على ملك نفسه و على ملك غيره، حيث إنه بنفس الإتلاف الأول أتلف العين المؤبدّة، و الفرض أنها بعد مضيّ مدة الحيلولة ملك للغاصب في نفس الأمر.

و بالجملة: فنظير ملكية الغاصب - حين الحيلولة للعين الواقعة في الزمان الواقع

بعد الحيلولة - نظير مالكية المؤجر حين ما آجر العين سنة مثلاً لمنافع العين بعد السنة، ولذا يجوز له إجارة العين باعتبار المنافع التي توجد بعد السنة قبل انقضاء السنة أيضاً.

قلت: زمن الحيلولة ليس ظرفاً للعين، بل لمالكية المالك إيّاها فلا يقال: إن المالك مالك للعين الموقّعة، بل يقال: أنه مالك في الوقت المعيّن للعين. وبالجملة: ليست الأعيان من الأمور المحدودة بالحدّ الزمني، وهذا بخلاف المنافع فإنّها زمانيات. ومن هنا اتّضح فساد التنظير، مضافاً إلى أنّ الإجارة ليست عبارة عن تملك المنافع كما فصلناه كراراً.

هذا تقريب القول بعدم ضمان المالك لبذل الحيلولة بعد أن أتلفه أو نقله. و أمّا وجه القول بضمانه له ببذله فهو أن يقال: مالكية المالك لبذل الحيلولة لا تزيد على مالكية تحصل لكلّ من البائع والمشتري بسبب عقد البيع. وقد ثبت في محلّه أنّ عقد البيع بعد أن انفسخ بخيار مثلاً، فمقتضاه رجوع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى البائع، فإن كانا باقيين فهو وإلا فيرجع بيدهما، مع أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين العقد.

فكلّ من البائع والمشتري مع كونهما مالكيين لما انتقل إليهما وقد وقع تصرّفهما ونقلهما في ملك نفسيهما يحكم عليه بعد الفسخ بضمان ما انتقل إليه ببذله إن لم يكن عينه موجودة.

و السّر في ذلك هو: أنّ كلّاً من العوضين إنّما كان بإزاء الآخر، فبعد أن فسخ العقد ورجع الثمن مثلاً إلى المشتري لا بدّ وأن يرجع ما بإزائه من المبيع إلى البائع بعينه إن أمكن وإلا فببذله، وهكذا الأمر فيما نحن فيه، فإنّ بدل الحيلولة إنّما صار ملكاً

للمالك المصوب منه بإزاء ماله، فبعد رجوع ماله إليه لابدّ و أن يرجع البديل إلى الغاصب فإن كان باقياً فبعينه وإلا فببدله. اللهم إلا أن يقال بثبوت الفرق بين ما نحن فيه وبين حكم الفسخ.

بيان ذلك: أن الفسخ عبارة عن حلّ العقدة الموجودة بين المتعاقدين، فإنهما بإنشاء الإيجاب والقبول كأنهما قد عقدا عقدة موجودة بينهما باقية إلى الأبد، إلا أن تتحلّ بأمر خارجي مثل الفسخ مثلاً، فهذه العقدة بعد اعتبارها لم تنعدم، بل بقيت في عالم الاعتبار وهي التي يتعلّق بها الفسخ فتحلّ به، ومالكية المشتري للمبيع والبائع للثمن إنما هي من جهة وجود هذه العقدة بينهما، فكما أن وجود العقدة يوجب وجود المالكية، فكذلك بقاء المالكية إنما هو من آثار بقاء هذه العقدة، فبعد انحلالها لابدّ و أن يرجع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فإن ذلك مقتضى المعاوضة وبقائها و انحلالها، وهذا بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يتحقّق فيه معاوضة.

فذلكة:

قد عرفت: أن البحث في مسألة بدل الحيلولة يقع من جهات:

الجهة الأولى: في الدليل على ثبوته، وقد عرفت أنه يكفي في إثباته حديث: «على اليد» حيث أنه يدلّ على أن المال المأخوذ مستقرّ على يد الغاصب و يده مسكن له يأخذه المالك منها متى شاء، فإن أمكن فبأقصى المراتب وإلا فبما أمكن منها.

الجهة الثانية: في أنه ثابت عند الحيلولة مطلقاً، سواء تعدّر وصولها إلى المالك أبداً و أمكن ولكن احتاج إلى مضيّ زمان طويل، بل ولو احتاج إلى زمان قصير.

الجهة الثالثة: في أنه يصير ملكاً للمالك، لأنه إنما يطالب من الغاصب نفس ما أخذه منه؛ أعني ما كان ملكاً له و على الغاصب أن يعطيه ذلك بمقتضى الحديث الشريف و تأدية البدل إنما هي من جهة كونها من مراتب تأدية العين.

الجهة الرابعة: في أن العين لا تصير ملكاً للغاصب بعد أدائه بدل الحيلولة؛ إذ لا دليل على انتقالها إليه و عدم جواز الجمع بين العوض و المعوّض مخصوص بالمعاوضات كما هو واضح و المعاوضة فيما نحن فيه غير ثابتة.

الجهة الخامسة: في أنه بعد زوال الحيلولة يجب على الغاصب ردّ نفس العين إلى مالكيها لتمكّنه حينئذٍ من ردّها بشخصيتها فيجب كما مرّ بيانه.

الجهة السادسة: في أنه يجب على المالك ردّ البدل إلى الغاصب بعد رفع الحيلولة و وصول ماله بيده، من جهة أن مالكيته للبدل كانت من أول الأمر محدودة ثابتة على فرض الحيلولة.

الجهة السابعة: في أن البدل لو كان تالفاً عند المالك أو منتقلاً إلى الغير بعقد لازم، فهل يجب على المالك بدل البدل أو لا يجب؟

لا يختص الغصب بالمنقولات

قد عرفت في أول المبحث معنى الغصب، و أنه عبارة عن الاستيلاء على مال الغير أو حقّه بغير حقّ. و عرفت أيضاً أن هذا المعنى لا يستلزم التصرف، فيتحقّق بدونّه أيضاً كما إذا أخرج ظالم صاحب الدار من داره و وضع مفتاحه في كيس نفسه بحيث صار زمام اختيارها بيده و كان هو الأمر و الناهي فيها يأذن لمن يشاء و يمنع عمّن يشاء و هذا المعنى واضح جداً.

ثم إن الغضب كما يتحقق في المنقولات يتحقق في غيرها أيضاً خلافاً لأبي حنيفة،^١ حيث خصّه بالمنقولات.

و لعلّه من جهة توهم ظهور قوله: «على اليد» في اختصاص الغضب بما يكون أخذه والاستيلاء عليه بتوسط اليد.

و لكن يدفعه إلغاء الخصوصية فإنّه من الواضح عدم دخالة الأخذ بالجارحة المخصوصة في الحكم بالضمان، وإنّما الملاك فيه هو الاستيلاء على مال الغير، و ذكر اليد إنّما هو من جهة كونها آلة للأخذ في الأغلب.

و بالجملة: فلا فرق بين المنقول وغيره في تحقق الغضب فيه.

و يدلّ عليه النبوي: «من غصب شبراً من الأرض طوّقه الله من سبع أرضين يوم القيامة».^٢

قد اتّضح لك أنّ الغضب يتحقّق في المنقولات وغيرها، وأنّ مفاده في كليهما عبارة عن الاستيلاء والتسلّط العدواني من دون دخالة للتصرّف في تحقيق معناه، و لا خصوصية للأخذ بالجارحة المخصوصة في الحكم بالضمان فيه، فربّما لم يصل يد الغاصب إلى العين و مع ذلك يحكم بضمانه إيّاها، كما لو استولى عليها بحيث يكون هو المرجع في أموراتها كما مرّ آنفاً مثاله. و ربّما تصرّف فيها و وصل يده إليها كراراً و مع ذلك لا نحكم بضمانه و لا بتحقيق الغضب، و ذلك فيما إذا كانت العين

١ - المعني، ابن قدامة ٥: ٣٧٨، المجموع ٤: ٢٣٢.

٢ - المسند، أحمد بن حنبل ٢: ٢٩١ و ١٦٣٣ و ١٨: ١٦٤ / ٢٦١٠٢؛ صحيح البخاري ٣: ٢٧٠ - ٢٧١ /

٦٧١ - ٦٧٣؛ صحيح مسلم ٣: ٤٢٠ - ٤٢١ / ١٣٧ - ١٤٢؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٩٨؛ المجموع

١٤: ٢٣١؛ كنز العمال ١٠: ٦٣٩ - ٦٤٢ / ٣٠٣٤٩ - ٣٠٣٦٨؛ و راجع: الفقيه ٤: ٦ / ١؛ وسائل الشريعة

٢٥: ٣٨٦، كتاب الغضب، الباب ١، الحديث ٢.

باقية بعد تحت استيلاء مالکها أو خرجت عن استيلائه و لكن لم يستول و لم يتسلط عليها الشخص المتصرف تسلط المالك على أموالهم، و على هذا المعنى يتفرع فروع كثيرة:

منها: أن الإنسان إذا أراد اشتراء شيء من المالك فأخذه بيده لينظر إليه و يرى معاييه و محاسنه فتلف في هذا الموقع بأفة سماوية من دون استناد تلفه إليه لم يكن ضامناً و لم يصدق عليه مفهوم الغصب و إن لم يأذن المالك في تصرفه و أخذه بأن لم يكن حاضراً مثلاً؛ إذ الفرض أن أخذه إنما كان مقدّمة لاشرائه من مالكة من دون قصد إلى استيلاء عليه، بل و عدم إمكانه مثلاً على فرض قصده.

فإن قلت: عدم تحقق الغصب و الاستيلاء في هذا المورد مسلم، و لكن يمكن الحكم فيه بالضمان من جهة دلالة الحديث الشريف عليه، حيث حكم فيه بضمان اليد الآخذة لما أخذت من دون أن يكون فيه اسم من الغصب و الاستيلاء.

قلت: قد عرفت أن المفهوم من الحديث الشريف هو الاستيلاء من دون دخالة للأخذ بالجراحة المخصوصة في الحكم بالضمان.

و منها: ما لو أخذ زمام دابة الغير مثلاً مع كون صاحبها راكباً عليها مثلاً، فإنه لا يصدق على هذا التصرف مفهوم الغصب إلا إذا صار صاحبها مسلوب الاختيار، بحيث أن الغاصب يقودها أو يسوقها إلى أي مقصد شاء من دون دخالة لنظر المالك في ذلك.

و منها: ما لو فرّق بين المالك و دابته أو منعه من أخذها أو إطعامها من دون أن يكون قاصداً للاستيلاء عليها، فإنه لا يصدق حينئذ مفهوم الغصب و إن حكم بضمانه لها إذا كان فعله سبباً لتلفها من جهة الضمان الثابت في الإتلاف التسبيبي.

و بالجملة: فنظائر تلك الموارد كثيرة.

حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب

لو غصب الدار اثنان أو ثلاثة مثلاً بالشراكة، بحيث يكون كل واحد منهما مستولياً على جميعها يدخل و يتصرّف في أي محلّ منها شاء، ففي المسألة وجوه ثلاثة:

الأول: أن يقال بضمان كلّ منهما لجميع الدار، بحيث يكون للمالك الرجوع إلى أيّ منهما أراد و يطالب منه الجميع؛ إذ الفرض أن كلّاً منهما مستول على جميع الدار و يصدق عليه أنه أخذها عدواناً، فيكون ضامناً للجميع و لكن لا بنحو يجوز للمالك الرجوع إلى كلّ منهما بجميع البدل، بل بنحو مرّ تحقيقه في مسألة تعاقب الأيدي^١ من كون كليهما ضامناً و متعهّداً بالمعنى الذي ذكرناه للضمان.

غاية الأمر: أن المالك بعد أن رجع إلى واحد منهما و أخذ منه ماله ليس له الرجوع إلى الآخر، لوصول ماله إليه إمّا بنفسه أو ببذله، و المال الواحد لا يتصوّر له بدلان.

و بالجملة: فضمان الاثنين، فيما نحن فيه نظير تعدّد الضمّاء في مسألة تعاقب الأيدي. و الفرق بينهما أن توارد الأيدي فيما نحن فيه عرضي و في مسألة التعاقب طولي، و لذا كان للسابق الرجوع إلى اللاحق بعد أن رجع المالك إلى السابق لما ذكرناه في مسألة التعاقب مفصلاً^٢ فراجع. و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّه لا مقتضى لرجوع واحد منهما إلى الآخر بعد رجوع المالك إليه؛ إذ الفرض أن الأيدي عرضية لم ينتزع إحداها شيئاً من الآخر.

١ - تقدّم في الصفحة ٢٨٧ - ٢٨٩.

٢ - تقدّم في الصفحة ٢٨٧ - ٢٨٩.

الوجه الثاني: أن يقال بضمان كلّ منهما لنصف الدار مشاعاً، فإنّ كلّاً منهما وإن كان مستولياً على جميع الدار ولكن بالاستيلاء الناقص المساوي لاستيلاء شريكه. وبعبارة واضحة: استيلائه نصف الاستيلاء و عند العرف يعدّ نصف الاستيلاء على الجميع استيلاء تامّاً على النصف مشاعاً، ولذا لو رأوا رجلين يتصرّفان في دار واحدة كلّ منهما يدخل و يخرج و يتصرّف فيها متى شاء، حكموا بإشاعة الدار بينهما.

و قد ذكروا في كتاب القضاء في مسألة أمانة اليد على الملكية: «أنّ الدار لو كانت بيد الاثنين يتصرّف كلّ منهما فيها حكم بالملكية كلّ منهما للنصف المشاع». الوجه الثالث: أن يفصل في المسألة، بأن يقال: إن كان كلّ منهما قوياً على المالك بحيث لو كان منفرداً لتمكّن أيضاً من غصب الدار فكلّ منهما ضامن لجميع الدار، وإن لم يكن كذلك، بل الدار غصبت بقوة كليهما بحيث لو كان واحد منهما منفرداً عن الآخر لم يتمكّن من غصبها فكلّ منهما ضامن لنصفها. هذه جملة الوجوه المحتملة.

و يرد على الوجه الأول: أنّ المالك إذا رجع إلى واحد منهما وأخذ منه ماله بعينه أو ببدله، فعلى ما ذكرتم ليس له الرجوع إلى الغاصب الآخر، كما أنّ المقترم منهما أيضاً لا يجوز له الرجوع إلى الآخر، فيلزم أن يكون الآخر غاصباً غير ضامن من جهة عدم اغترامه لا للمالك ولا لشريكه في الغصب والالتزام بذلك مستبعد جداً. و يرد على الوجه الثالث: أنّ الفرض فيما نحن فيه تحقّق الغصب و فعليته من قبل اثنين بحيث يكون الفعل صادراً من كليهما. غاية الأمر أنّ كلّاً منهما قد استولى على الجميع، و على هذا فمن اكتفى بهذا النحو من الاستيلاء الحاصل لأحدهما في

الحكم بضمانه للجميع لا يضره تقدير قضية شرطية بأن يقال: «لو كان هذا منفرداً لم يتمكن من الاستيلاء» وذلك لتحقيق الاستيلاء منه فعلاً على الجميع وإن كان سببه معاونة الآخر، ومن لم يكنف بذلك وحكم بأن الاستيلاء المجتمع مع استيلاء الآخر استيلاء ناقص وبمنزلة الاستيلاء على النصف لم يضره أيضاً تقدير قضية شرطية أخرى بأن يقال: «لو كان هذا منفرداً لتمكن أيضاً من غصب هذه الدار»؛ إذ الفرض أن الغصب هنا لم يتحقق منه وحده وإن كان قادراً عليه لو أراد، بل تحقق منه مع شريكه فهو نظير توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد، فإن المعلول حينئذ ينسب إليهما معاً.

و بالجملة: فالمعتبر ما هو المتحقق منهما فعلاً وهو عبارة عن استيلاء كل منهما على جميع الدار ولكن بالاستيلاء الناقص، فإما أن يحكم بكفاية الاستيلاء الناقص في الحكم بضمان الجميع وإما أن يقال بكون هذا النحو من الاستيلاء بمنزلة الاستيلاء الكامل على النصف.

والحاصل: أن الوجه الأخير والأول كلاهما مردودان.

فأوسط الوجوه أوسطها من جهة أن العرف يحكمون في هذا النحو من الاستيلاء الحاصل من الاثنين، أن كل واحد منهما مستول على النصف المشاع بالاستيلاء الكامل. وقد ذكرنا في مبحث الإجارة معنى الإشاعة^١ فلا نعيده، وكان بعض من الفقهاء المعاصرين المتعزفين يقول في معنى الإشاعة: «إن كلاً من الشركاء مالك لجميع المال ولكن بالملكية الضعيفة»^٢ وهو كما ترى؛ إذ الملكية أمر اعتباري

١ - تقدم في الصفحة ٧٦ - ٧٧.

٢ - بلغه الفقيه ٢: ٧٢ و ٧٤.

لا يعتبر فيها الشدة والضعف. والعرف إنما يحكم في الإشاعة بمالكية كل من الشركاء للنصف أو الثلث مثلاً لا لجميع بنحو الملكية الضعيفة.

ثم إنَّ تنظير ما نحن فيه بمسألة أمارية اليد على الملكية لعلَّه في غير محله؛ إذ الملاك فيما نحن فيه هو الاستيلاء لا التصرف وفي مسألة أمارية اليد الملاك هو التصرف المتحقق من كلتا اليدين، فافهم وتأمل جيداً.

حكم غصب الدار

لو دخل الغاصب الدار واشترك فيها مع المالك، فإما أن يستولي على بعض مفروز منها، بحيث يستقل بالتصرف في هذا البعض من دون أن يبقى للمالك عليه استيلاء فيضمن هذا البعض بتمامه، وإما أن يتصرف في تمام الدار مع كون المالك أيضاً متصرفاً في جميعها فالشقوق المتصورة ثلاثة.

الأول: أن يكون المالك قوياً على إخراجهِ. غاية الأمر أنه لم يتعرض له إرفاقاً فحينئذٍ لا ضمان عليه.

الثاني: أن يكون الأمر بالعكس بأن يكون الغاصب قوياً على إخراج المالك بحيث لو شاء أخرجه. غاية الأمر أنه أرفق إلى المالك فلم يخرجهِ، فحينئذٍ يكون ضامناً لجميع الدار، لأنه يصدق حينئذٍ أن الغاصب قد استولى على جميع الدار بحيث يمكنه أن يفعل فيها ما يشاء.

الثالث: أن يكون كلاهما قوين بحيث لم يقدر واحد منهما على إخراج الآخر فالوجوه المحتملة حينئذٍ ثلاثة.

الأول: أن يقال بعدم ضمانه لشيء من الدار؛ إذ عمدة الدليل على الضمان

بالغضب هو قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي»^١ و فيما نحن فيه لم يَتَحَقَّقْ أخذ؛ إذ العين بعدُ باقية تحت استيلاء المالك. غاية الأمر أنَّ الغاصب أيضاً يتصرَّف فيه. و بالجملة: الحديث الشريف إنما يدلُّ على أنَّ الموجب للضمان هو أخذ العين من صاحبها وإخراجها من استيلائه، و هذا المعنى لم يَتَحَقَّقْ فيما نحن فيه.

الوجه الثاني: أن يقال بضمانه لجميع الدار. بتقريب مرٍّ في المسألة السابقة للوجه الأول. و حاصله: أنَّ الفرض كون الغاصب مستولياً على جميع الدار. غاية الأمر أنَّ المالك أيضاً مستولٍ عليها، و هذا لا يضرُّ بصدق استيلاء الغاصب كما هو واضح لكونه متصرفاً في أيِّ مكان منها شاء.

الوجه الثالث: أن يقال بضمانه لنصف الدار مشاعاً. بتقريب مرٍّ في المسألة السابقة، و ملخصه: أنَّ استيلاء الغاصب و إن كان على جميع الدار، و لكنَّه في عرض استيلاء المالك أيضاً عليها فهو استيلاء ناقص يعدُّ عند العرف استيلاء كاملاً على النصف المشاع، نظير أمارية اليد على ملكية النصف إذا كان المتصرَّف و من بيده الدار اثنان مع كون كلِّ واحد منهما متصرفاً في جميع الدار، و هذا الوجه هو الأقرب كما مرَّ بيانه سابقاً.

يَتَحَقَّقُ الْغَضَبُ فِي الْمَنَافِعِ أَيْضاً

قد مرَّ سابقاً أنَّ الغضب كما يَتَحَقَّقُ في الأعيان يَتَحَقَّقُ أيضاً في المنافع،^٢ و كذا يجري في متعلِّق الحقوق، فمن غضب العين المرهونة فكما يضمنها لمالكها يضمنها

١- عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣٨٩ / ٢٢؛ مستدرک الوسائل ١٤: ٨، كتاب الوديعة، الباب ١، الحديث

١٢: المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذي ٢:

٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

٢- تقدَّم في الصفحة ٣٠٧ و ٣١٤.

أيضاً للمرتهن لكونها متعلّقة لحقّه، و حينئذٍ فلو اغترمها ببدلها يجب عليه ردّ البدل إلى المرتهن ليكون هو بمنزلة العين ملكاً للمالك و وثيقة للمرتهن من دون احتياج إلى صيغة جديدة، و الدليل على ذلك هو قوله: «على اليد ما أخذت» فإنّه لم يدلّ على أنّه يجب أداء المأخوذ إلى مالكة، بل يستفاد منه أنّ المأخوذ يجب عوده إلى محلّه الأوّل و الموضع الذي كان يجب أن يكون فيه.

بل قد مرّ سابقاً أنّ العين لو كانت في يد رجل ليس مالكة لها و لا مستحقّاً لكونها في يده - غاية الأمر: أنّه يتمكّن بها من دفع الضرر الذي لولاها لتوجّه إليه - كان أخذها من يده موجباً لضمانها له، و على هذا فرعنا ضمان اليد اللاحقة للسابقة مع كون كليهما ضامنتين للمالك، فإنّ رجوع المالك إلى اليد السابقة يوجب اغترامها و تضرّرها بدفع بدل العين، و هذا الضرر إنّما توجّه إليها من جهة غصب اليد اللاحقة العين التي كانت تحت استيلاء السابقة.

حكم غصب الأوقاف

ثمّ إنّّه قد ذكرنا سابقاً في ضمن مسألة غصب الحقوق^١ حكم غصب الأوقاف بنحو الإجمال، و لكنّه لما بقيت بعض خصوصياته كان المناسب ذكره ثانياً فنقول: حكى المحقّق الرشدي في رسالته التي كتبها في الغصب عن الشهيد^٢ أنّه قال: بأنّ من غصب الأوقاف كالمساجد و المدارس و المشاعر و الطرق و نحوها كان ضامناً لها.

١ - تقدّم في الصفحة ٢٨٠ - ٢٨١.

٢ - رسالة في الغصب، المحقّق الرشدي: ١٦؛ راجع: الدروس الشرعية ٣: ١٠٦؛ الروضة البهية ٣: ٥٦٢؛ مسالك الأنهار ١٢: ١٤٧ - ١٤٨.

ثم قال هذا المحقق ما حاصله: أنَّ الأوقاف على ثلاثة أقسام: منها ما لم يتطرق إليه يد أحد منذ خلق، بل خلق موقوفاً ومحبوساً بالحبس الشرعي كعرفات و سائر المشاعر و مسجد الكوفة و نحوها.

و منها: ما كان مسبوqاً بيد مالكة. غاية الأمر: أنه طرء عليه الوقفية و قد وقف للانتفاع به بالمنافع الدنيوية كالرباطات و الطرق و المدارس و نحوها.

و منها: ما كان أيضاً مسبوqاً بيد، ولكنه وقف للانتفاع به بالانتفاعات الأخروية كالمساجد مثلاً.

ثم قال: أما القسم الأول فالظاهر عدم تحقق الغصب فيه و لا الضمان، لعدم كونه ملكاً لأحدٍ و لا متعلقاً لحق أحد حتى يوجب الأخذ منه ضمانه له. و أما القسم الثاني فهو مضمون عيناً و منفعة، أما العين، فلكونها ملكاً للموقوف عليهم. غاية الأمر أنها ليست ملكية مطلقة و هذا المعنى لا ينافي ثبوت الضمان فيه و أما المنافع فكذلك أيضاً لكونها مملوكة للموقوف عليهم.

ثم إن بدل المنافع هل يصرف في نفس العين أو يقسم بين الموقوف عليهم؟ فيه وجهان: من أنَّ المنافع أيضاً مثل العين لا تنحصر بالموجودين فيجب صرفها في العين حتى ينتفع بها الطبقة الموجودة و الطبقات اللاحقة المعدومة.

و من أنَّ المنافع المغصوبة وجدت في ملك الموجودين فقط، لأنَّ كل واحدة من الطبقات إنما تملك المنافع التي توجد في زمن وجودهم من غير أن يشترك فيها البطون اللاحقة.

و بالجملة: فمنفعة كل زمان تختص بالموجودين حينها،^١ انتهى كلامه عليه السلام ملخصاً

و لم يذكر حكم القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرها.

و نحن نقول: العين الموقوفة إمّا أن توقف على جماعة لينتفعوا بمنافعها بحيث تصير المنافع ملكاً لهم يتصرّفون فيها أيّ تصرّف أرادوا حتّى النقل و الانتقال.

و بعبارة أخرى: توقف العين على رؤوسهم حتّى تدر منافعها عليهم، بحيث تدخل المنافع في ملكهم يتصرّفون فيها و يؤجرون العين باعتبارها، ففي هذه الصورة يوجب غصب العين ضمانها و ضمان منافعها، فإنّ الفرض أنّ المنافع ملك لهم. و لذا يجوز لهم إجارة العين و أخذ الأجرة بإزاء المنافع و العين و إن لم تكن ملكاً، بناءً على ما حقّقناه من أنّ العين الموقوفة ليست ملكاً لا للواقف و لا للموقوف عليهم،^١ بل يكون اعتبار الوقف اعتبار إخراج العين عن الملكية و جعلها فوق رؤوس الموقوف عليهم حتّى تدر منافعها عليهم، و لذا يعدّى بـ«على»، فيقال: وقف عليهم.

و لكنّها متعلّقة لحقّ الموقوف عليهم. و قد عرفت أنّ قوله: «على اليد» يشمل متعلّق الحقوق أيضاً كما يدلّ على ضمان العين المرهونة للمرتهن أيضاً.

و بالجملة: العين قد وقفت في هذه الصورة ليدخل منافعها في ملك الموقوف عليهم. مثال ذلك ما لو وقف دكاناً أو عقاراً أو نحوهما حتّى يؤجروها باعتبار منافعها.

و قد يوقف العين على جهة من الجهات بهذا النحو أيضاً، مثل أن يوقف دكاناً أو عقاراً للمسجد أو المدرسة أو عتبة مقدّسة مثلاً بحيث يكون منافعهما ملكاً لهذه الجهة. غاية الأمر: أنّ متولّيها يؤجرهما و يصرف أجرتهما في الجهة

الموقوف عليها. فهذا القسم من الأعيان الموقوفة أيضاً حكمها حكم القسم السابق؛ إذ الفرض أن منافعها تعتبر ملكاً للجهة، حيث إن متوليها يملكها بعقد الإجارة و يأخذ بإزائها البدل و إن لم تكن نفس العين ملكاً لأحد.

و الحاصل: أن هذين القسمين يشتركان في تحقق الغصب و الضمان فيهما، حيث إن الموقوف عليه فيهما يستحق لأن يكون العين بيده حتى يدر منافعها عليه و يكون مالكا لمنافعها.

و هاهنا قسم ثالث و هو أن يوقف العين على جميع الناس أو جماعة خاصة منهم، و لكن لا بنحو يملكون منافعها، بل بأن يكون لهم الانتفاع بها بانتفاع خاص كوقف المسجد لأن يصلوا فيه و المدرسة لأن يسكن فيها الطلاب و الرباط لأن ينزل فيه المسافرون و الطرق لأن يتطرق فيها المتطرقون و نحو ذلك من الأمثلة، ففي هذا القسم هل يتحقق غصب؟ و هل يثبت فيه ضمان؟ و هل يشمل حديث: «على اليد» أو لا؟ فيه وجهان:

من أنها و إن لم تكن ملكاً للموقوف عليهم و لا منافعها داخله في ملكهم بحيث يكون لهم المعاوضة عليها بعقد الإجارة و لكنها متعلقة لحقهم، حيث يستحقون أن ينتفعوا بها بالانتفاع الخاص فتكون نظير العين المرهونة التي قلنا بضمانها للمرتهن أيضاً من جهة كونه مستحقاً لأن تكون بيده وثيقة لديه.

و من أن العين في هذه الموارد ليست ملكاً لشخص و لا منافعها مملوكة لأحد حتى المنفعة الخاصة المعينة في الوقف، فإن الموقوف عليه ليس مالكا لهذه المنفعة الخاصة أيضاً، و لذا لا يجوز له نقلها إلى الغير و أخذ البدل بإزائها، وإنما الثابت في هذه الأوقاف للموقوف عليهم هو أنه لا مانع لهم من أن يستفيدوا بها بتلك الاستفادة الخاصة، فإنهم كانوا قبل الوقف ممتنعين من التصرف فيها و الاستفادة

منها. و نتيجة الوقف هو رفع هذا الامتناع و عدم المانع من أن يستفيدوا بها بتلك الاستفادة الخاصة من دون أن يثبت لهم بالوقف ملك لا بالنسبة إلى العين و لا بالنسبة إلى منافعها. و حينئذٍ فلو حال بينهم و بين تلك الأعيان كالمساجد مثلاً ظالم فمنعهم من الاستفادة منها لم يصدق أنه غصب منهم شيئاً، لأنهم لم يكونوا مالكيين لها و لا لمنافعها حتى يصدق أن الظالم أخذها منهم ظلماً.

نعم، فعل الظالم فعل محرّم، حيث إنه منعهم من الاستفادة بما لم يكن لهم مانع من الاستفادة منها، و لكنّه ليس من مصاديق الغصب الموجب للضمان الذي هو عبارة عن الاستيلاء على مال الغير، حيث لا يكون العين و لا المنفعة ملكاً لهم، و لذا لو سبق إلى موضع من المسجد أحد، فطرده عنه ظالم لم نحكم بكون هذا الظالم غاصباً و ضامناً، و الحكم ببطلان صلاته إنّما هو من جهة اتّحاد بقائه المحرّم مع الصلاة، فإنّ المحرّم ليس منحصراً في حدوث ردع السابق فقط، فإنّ البقاء موجب لبقاء الحيلولة بين السابق و بين الموضع الذي سبق إليه، فافهم و تأمل جيّداً.

هذه هي غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الوجهين، و لكن لا يبعد ترجيح الوجه الأوّل، لعدم دلالة الحديث الشريف على لزوم أن يكون العين المستولى عليها ملكاً لأحد، و إنّما يدلّ على أنّ العين التي يجب كونها على كيفة خاصة من كونها ملكاً للغير أو متعلّقة لحقه أو ثابتة في محلّها بلا مزاحم حتى يستفاد منها بالاستفادة الخاصة لو استولى عليها أحد، بحيث لم يترتب عليها بعد الاستيلاء تلك الآثار، كان هذا المعنى موجباً للضمان، و هذا هو المراد بالأخذ المذكور في الرواية؛ إذ ليس معناه أخذه من المالك.

و بالجملة: فلم يذكر في الرواية المأخوذ منه و لا المؤدّى إليه، و إنّما المفاد منها هو أنّ المال الذي يجب كونه في يد خاصة أو يجب كونه على حالة خاصة حتى

يستفاد منه باستفادة خاصّة لو استولى عليه أحد وأخرجه بالاستيلاء عمّا كان عليه كان هذا الشخص ضامناً له إلّا أن يرجع إلى حاله الأوّل برفع الاستيلاء، فالاستيلاء على المسجد أيضاً غصب له من جهة أنّه إخراج له من الحالة التي يجب أن يكون عليها؛ أعني بقائه بلا مزاحم حتّى يستفيد منه المصلّون، و يكون المستولى عليه ضامناً له إلى أن يرفع يده عنه، وهذا هو تأديته، حيث إنّ تأدية كلّ شيء بحسبه. نعم، لو أخرج الشيء بالاستيلاء من حالته الأولى، ولكنّ الحالة من الحالات التي لم يجب كون الشيء عليها لم يكن هذا الاستيلاء موجباً للضمان، وهذا مثل الاستيلاء على المباحات الأولى.

السبب الذي هو موجب للضمان

قد مرّ سابقاً أنّ أسباب الضمان على ما ذكره الفقهاء ثلاثة: الغصب والإتلاف بالمباشرة والإتلاف بالتسبيب.^١

أمّا الغصب فقد مضى حكمه. وأمّا الإتلاف بقسميه فكونه أيضاً موجباً للضمان في الجملة ممّا لا ريب فيه، فإنّه من ضروريات الفقه. وقد ورد أخبار كثيرة في الموارد المختلفة بحيث يمكن أن يلتقط منها العموم كما التقطه الأصحاب، وعبروا عنه بقولهم: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» فإنّ هذه العبارة وإن لم تكن موجودة في الأخبار، ولكنّه يمكن استفادتها من مجموع الأخبار المتفرقة الواردة في الموارد المختلفة.

والأولى لنا ذكر أخبار الباب أولاً، ثمّ الشروع في المطلب، فنقول:

١ - روى الشيخ في الصحيح، عن البرقي، عن النوفلي، عن السكوني، عن

الصادق عليه السلام عن أبيه: «أَنْ عَلَيَّ قَضَى فِي رَجُلٍ أَقْبَلَ بِنَارٍ فَأَشْعَلَهَا فِي دَارِ قَوْمٍ فَاحْتَرَقَتْ وَاحْتَرَقَ مَتَاعُهُمْ، قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: يَغْرَمُ قِيَمَةَ الدَّارِ وَ مَا فِيهَا، ثُمَّ يَقْتُلُ»^١.

٢ - وفي الصحيح عن السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «كَانَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ الْبَهَائِمُ نَهَارًا»، و يقول: «عَلَى صَاحِبِ الزَّرْعِ حِفْظُ زَرْعِهِ وَ كَانَ يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ الْبَهَائِمُ لَيْلًا»^٢.

٣ - الكليني في الصحيح عن يزيد بن إسحاق، عن هارون بن حمزة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن البقر والغنم والإبل تكون في الرعي فتفسد شيئاً هل عليها ضمان؟ فقال: «إِنْ أَفْسَدَتْ نَهَارًا فَلَيْسَ عَلَيْهَا ضَمَانٌ، مِنْ أَجْلِ أَنْ أَصْحَابَهُ يَحْفَظُونَهُ وَ إِنْ أَفْسَدَتْ لَيْلًا فَإِنَّهُ عَلَيْهَا ضَمَانٌ»^٣.

٤ - الكليني بسند فيه ضعف و جهالة عن معاوية بن عمار^٤ و في الصحيح عن الحسين بن سعيد، عن بعض أصحابنا، عن المعلّى أبي عثمان و عن عبد الله بن بحر، عن ابن مسكان جميعاً، عن أبي بصير جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ: ﴿وَ دَاوُدَ وَ سُلَيْمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾، فقال: «لَا يَكُونُ النَّفْسُ إِلَّا بِاللَّيْلِ، إِنْ عَلَى صَاحِبِ الْحَرْثِ أَنْ

١ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣١ / ٩١٢؛ الفقيه ٤: ١٢٠ / ٤١٩؛ وسائل الشيعة ٢٨: ٣١٥، كتاب الحدود و

التعزيرات، أبواب حدّ المحارب، الباب ٣، الحديث ١.

٢ - تهذيب الأحكام ١٠: ٣١٠ / ١١٥٩؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٦، كتاب الديات، أبواب موجبات

الضمان، الباب ٤٠، الحديث ١.

٣ - الكافي ٥: ٣٠١ / ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٤ / ٩٨١؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٧، كتاب الديات، أبواب

موجبات الضمان، الباب ٤٠، الحديث ٣.

٤ - الكافي ١: ٢١٩ / ٣؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٧، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٤٠،

الحديث ٢.

يحفظ الحرث بالنهار و ليس على صاحب الماشية حفظها بالنهار، إِنَّمَا رَعِيهَا بِالنَّهَارِ و أَرْزَاقَهَا، فما أَفْسَدَتْ فليس عليها، و على أصحاب الماشية حفظ الماشية بالليل عن حرث الناس، فما أَفْسَدَتْ بالليل فقد ضمنوا و هو النفس و أَنَّ دَاوُدَ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَكَمَ لِلَّذِي أَصَابَ زَرْعَهُ رِقَابَ الْغَنَمِ و حَكَمَ سُلَيْمَانُ عَلَيْهِ السَّلَامُ الرِّسْلَ و الثَّلَّةَ: و هو اللِّبْنُ و الصَّوْفُ فِي ذَلِكَ الْعَامِ^١ فَالْحَكْمُ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا أَفْسَدَ بِاللَّيْلِ و عَدَمُهُ إِذَا كَانَ بِالنَّهَارِ هُوَ الْحَكْمُ الَّذِي حَكَاهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ: ﴿وَدَاوُدَ وَ سُلَيْمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾.

و في السند الأخير أَنَّهُ حَكَمَ الْأَنْبِيَاءُ مِنْ قَبْلُ وَ جَرَتْ بِهِ السَّنَةُ بَعْدَهُ.

٥ - و رواه ابن إبراهيم في التفسير عن أبيه عن ابن مسكان، عن أبي بصير

عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ^٢.

و لعلَّ من هذا الباب ما رواه الشيخ في الصحيح عن مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ فِي أَرْبَعَةِ أَنْفُسٍ شُرَكَاءَ فِي بَعِيرٍ فَعَقَلَهُ أَحَدُهُمْ فَاَنْطَلَقَ الْبَعِيرُ يَبْعَثُ بِعَقَالِهِ فَتَرَدَّى فَاَنْكَسَرَ، فَقَالَ أَصْحَابُهُ لِلَّذِي عَقَلَهُ: أَغْرَمَ لَنَا بَعِيرَنَا. قَالَ: فَقَضَى بَيْنَهُمْ أَنْ يَغْرَمُوا لَهُ حَظَّهُ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ أَوْثَقَ حَظَّهُ فَذَهَبَ حَظُّهُمْ بِحَظِّهِ مِنْهُ»^٣.

٦ - الكليني و الشيخ في الصحيح عن البرقي، عن أبي الخزرج، عن مصعب بن

١ - الكافي ٥: ٣٠١ و ٣٠٢ / ٢ و ٣، تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٤ / ٩٨٢ و ٩٨٣، وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٨، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٤٠، الحديث ٤ و ٥.

٢ - تفسير القتي ٢: ٧٣، وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٩، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٤٠، الحديث ٦.

٣ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣١ / ٩١٠، وسائل الشيعة ٢٩: ٢٧٦، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٣٩، الحديث ١.

سلام التميمي، عن أبي عبد الله، عن أبيه عليه السلام: «أَنْ ثُوراً قَتَلَ حِمَاراً عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَيْهِ وَهُوَ فِي أَنْاسٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِيهِمْ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ، فَقَالَ: يَا أَبَا بَكْرٍ! اقْضُ بَيْنَهُمْ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ بَهِيمَةٌ قَتَلَتْ بَهِيمَةً، مَا عَلَيْهِمَا شَيْءٌ، فَقَالَ: يَا عُمَرُ! اقْضُ بَيْنَهُمْ، فَقَالَ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ: يَا عَلِيُّ! اقْضُ بَيْنَهُمْ، فَقَالَ: نَعَمْ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ كَانَ الثَّورُ دَخَلَ عَلَى الْحِمَارِ فِي مَسْتَرَاخِهِ ضَمِنَ أَصْحَابُ الثَّورِ، وَإِنْ كَانَ الْحِمَارُ دَخَلَ عَلَى الثَّورِ فِي مَسْتَرَاخِهِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، قَالَ: فَرَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ إِلَى السَّمَاءِ، فَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ مِنِّي مَنْ يَقْضِي بِقَضَاءِ النَّبِيِّينَ»^١.

و مثله أيضاً بسند آخر فيه إرسال عن أبي جعفر عليه السلام^٢.

٧- وفي الصحيح عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عن علي عليه السلام قال: «مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّطَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ»^٣.

٨- الشيخ بسنده عن سهل بن زياد، عن ابن شمعون، عن الأصم، عن مسمع، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أَنْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ قَتَلَ خَنْزِيراً فَضَمَّنَهُ وَرَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ كَسَرَ بَرِيْطاً فَأَبْطَلَهُ»^٤.

١- الكافي ٧: ٣٥٢ / ٦: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩ / ٩٠١؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٦، كتاب الديات،

أبواب موجبات الضمان، الباب ١٩، الحديث ١.

٢- الكافي ٧: ٣٥٢ / ٧: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٦، كتاب الديات، أبواب

موجبات الضمان، الباب ١٩، الحديث ٢.

٣- الكافي ٧: ٣٦٤ / ١: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٦٠، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٢٤،

الحديث ١.

٤- تهذيب الأحكام ١٠: ٣٠٩ / ١١٥٣؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٦٢، كتاب الديات، أبواب موجبات

الضمان، الباب ٢٦، الحديث ١.

٩ - و بسنده عن أحمد بن محمد، عن محمد بن يحيى، عن غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبي عبد الله عليه السلام مثله في الحكم الأول مع تقييد الخنزير بكونه للنصراني.^١

١٠ - ابن بابويه بسنده عن محمد بن سنان، عن أبي الجارود قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «كانت بغلة رسول الله لا يردونها عن شيء وقعت فيه، قال: فأتاها رجل من بني مدلج وقد وقعت في قصب له ففوق لها سهما فقتلها، فقال له علي عليه السلام: والله لا تفارقني حتى تديها». قال: «فوداها ستمئة درهم».^٢

و يمكن دعوى عموم أخبار لما نحن فيه.

١١ - منها: ما رواه الشيخ في الصحيح، عن أبي الصباح الكناني قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن».^٣

١٢ - و منها: ما رواه في الموثق عن سماعة، قال: سألت عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه، فقال: «أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان و أما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه».^٤

١٣ - و منها: ما عن السكوني، عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: من

١ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٤ / ٨٨٠؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٦٢، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٢٦، الحديث ٢.

٢ - الفقيه ٤: ١٢٦ / ٤٤٣؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٦٢، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٢٧، الحديث ١.

٣ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠ / ٩٠٥؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ٢.

٤ - الكافي ٧: ٣٤٩ / ١؛ تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩ / ٩٠٣؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ٣.

أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابةً أو حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»^١.

١٤ - الكليني عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن ابن مسكان، عن زرارة و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره قال: إن كان ضيَّع شيئاً أو أبق منه فموااليه ضامنون»^٢.

١٥ - و في الصحيح، عن ابن مسكان، عن أبي بصير، عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا يقتل حرّ بعبد و لكن يضرب ضرباً شديداً و يغرّم ثمنه دية العبد»^٣.

١٦ - و روى هذا المعنى الحلبي في الصحيح و ابن مسكان بسند قريب منه عن أبي عبد الله عليه السلام مقيداً بعدم التجاوز عن دية الحرّ^٤.

١٧ - الشيخ في الصحيح عن أبي الورد قال: سألت أبا جعفر عن رجل قتل عبداً خطأ قال: «عليه قيمته و لا يتجاوز بقيمته عشرة آلاف درهم» قلت: و من يقومه و هو ميت؟ قال: «إن كان لمولاه شهود أن قيمته كانت يوم قتل كذا و كذا أخذ بها قاتله

١ - الكافي ٧: ٣٥٠ / ٨؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١١، الحديث ١.

٢ - الكافي ٥: ٣٠٢ / ١؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٢، الحديث ١.

٣ - الكافي ٧: ٣٠٤ / ١؛ تهذيب الأحكام ١٠: ١٩١ / ٧٥٤؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٩٦، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٤٠، الحديث ١؛ و أيضاً: ٢٠٧، كتاب الديات، أبواب ديات النفس، الباب ٦، الحديث ١.

٤ - الكافي ٧: ٣٠٥ / ٥ و ١١؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٩٧، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٤٠، الحديث ٤؛ و ٢٠٧، كتاب الديات، أبواب ديات النفس، الباب ٦، الحديث ٢.

و إن لم يكن له شهود على ذلك كانت القيمة على من قتله مع يمينه يشهد بالله ما له قيمة أكثر مما قومتَه فإن أبى أن يحلف و ردَّ اليمين على المولى فإن حلف المولى أعطى ما حلف عليه ...»^١.

١٨ - الشيخ في الصحيح، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك ما لا كثيراً، فقال: «ليس على مولا شيء و ليس لهم أن يبيعوه و لكنّه يستسعى و إن عجز عنه فليس على مولا شيء و لا على العبد شيء»^٢.
و بمعنى هذه الروايات أخبار تدلّ على ضمان ما بين الصحيح و المعيب من المملوك إذا أحدث فيه عيباً،^٣ و ما تدلّ على ضمان جنين الأمة إذا قتل بنصف عشر قيمتها كخبر أبي سيار^٤ و عبد الله بن سنان.^٥

١٩ - الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد، عن القاسم، عن أبان، عن أبي العباس قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها»^٦.
٢٠ - و عنه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينة، قال: كتبت إلى أبي

١ - تهذيب الأحكام ١٠: ١٩٣ / ٧٦٢؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٠٨، كتاب الديات، أبواب ديات النفس، الباب ٧، الحديث ١.

٢ - تهذيب الأحكام ٦: ٣٨٥ / ١١٤٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١١٤، كتاب الإجارة، الباب ١١، الحديث ٣.

٣ - وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٦، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٢، الحديث ٢.

٤ - الكافي ٧: ٣٤٤ / ٥؛ تهذيب الأحكام ١٠: ٢٨٨ / ١١١٦؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٢٢، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب ٢١، الحديث ١.

٥ - الفقيه ٤: ١١٠ / ٣٧٠؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٢٢، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب ٢١، ذيل الحديث ١.

٦ - تهذيب الأحكام ١٠: ٣٠٩ / ١١٤٩؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٥٥، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب ٤٧، الحديث ١.

عبدالله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الأربع قوائم إذا فقت ربع ثمنها، فقال: «صدق الحسن، قد قال علي عليه السلام ذلك».^١

٢١ - و عنه، عن ابن أبي عمير، عن عاصم، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي في عين فرس فقت ربع ثمنها يوم فقت العين».^٢

أخبار ضمان شاهد الزور بعد الرجوع

- ١ - المشايخ الثلاثة في الصحيح عن جميل بن درّاج عن عَمَن أخيره عن أحدهما عليه السلام قال: «في الشهود إذا شهدوا على رجل، ثم رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضَمَنُوا ما شهدوا به و غَرَمُوا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئاً».^٣
- ٢ - المشايخ في الصحيح، عن جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه و إن لم يكن قائماً ضَمَنَ بقدر ما أتلف من مال الرجل».^٤
- ٣ - و في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور ما

١ - تهذيب الأحكام ١٠: ٣٠٩ / ١١٥٠؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٥٥، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب ٤٧، الحديث ٢.

٢ - تهذيب الأحكام ١٠: ٣٠٩ / ١١٥١؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٣٥٥، كتاب الديات، أبواب ديات الأعضاء، الباب ٤٧، الحديث ٣.

٣ - الكافي ٧: ٣٨٣ / ١؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٥٩ / ٦٨٥؛ الفقيه ٣: ٣٧ / ١٢٤؛ وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٦، كتاب الشهادات، الباب ١٠، الحديث ١.

٤ - الكافي ٧: ٣٨٤ / ٣؛ تهذيب الأحكام ٦: ٢٥٩ / ٦٨٦؛ الفقيه ٣: ٣٥ / ١١٦؛ وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧، كتاب الشهادات، الباب ١١، الحديث ٢.

توبته؟ قال: «يؤدّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه»^١.

الشيخ في الصحيح، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه في رجل أخذ عبداً أبقاً فكان معه، ثم هرب منه قال: «يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما سلبه ثيابه ولا شيئاً مما كان عليه ولا باعه ولا داهن في إرساله فإن حلف براء من الضمان»^٢.

أخبار ضمان من يغيّر الوصية

١ - الشيخ في الصحيح، عن محمد بن مارد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى إلى رجل وأمره أن يعتق عنه نسمة بستمئة درهم من ثلثه فانطلق الوصي فأعطى الستمئة درهم رجلاً يحجّ بها عنه، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أرى أن يغرم الوصي ستمئة درهم من ماله و يجعلها فيما أوصى به الميت في نسمة»^٣.

٢ - ابن بابويه في الصحيح، عن ابن أبي عمير، عن زيد النرسي، عن علي بن زيد [فردد] قال: أوصى إليّ رجل بتركته فأمرني أن أحجّ بها عنه فنظرت في ذلك فإذا هي شيء يسير لا يكفي للحجّ، فسألت أبا حنيفة و فقهاء أهل الكوفة، فقالوا: تصدّق بها عنه - إلى أن قال - ثم لقيت جعفر بن محمد عليه السلام في الحجر و سألته عنه، فقال:

١ - الكافي ٧: ٢٨٣ / ٢: تهذيب الأحكام ٦: ٢٦٠ / ٦٨٧: عقاب الأعمال: ٢٦٩ / ٥: وسائل الشيعة ٢٧:

٣٢٧، كتاب الشهادات، الباب ١١، الحديث ١.

٢ - الكافي ٦: ٢٠١ / ٨: تهذيب الأحكام ٦: ٣٨٩ / ١٢٠١ و ٨: ٢٤٧ / ٨٩١: الفقيه ٣: ٨٧ / ٣٢٥: وسائل

الشيعة ٢٣: ٨٥، كتاب العتق، الباب ٤٩، الحديث ٣.

٣ - الكافي ٧: ٢٢ / ٣: تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٦ / ٨٨٧: الفقيه ٤: ١٥٤ / ٥٣٣: وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٨،

كتاب الوصايا، الباب ٣٧، الحديث ١.

«ضمنت، إلا أن لا يكون يبلغ ما يُحجَّ به من مَكَّة فإن كان لا يبلغ ما يحجَّ به من مَكَّة، فليس عليك ضمان وإن كان يبلغ ما يحجَّ به من مَكَّة فأنت ضامن».^١

٣ - الشيخ في الموثق، عن سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل يوصي بنسمة فيجعلها الوصي في حجة قال: فقال: «يغرمها و يقضي وصيته».^٢

٤ - الكليني في الصحيح، عن محمد بن سنان، عن ابن مسكان، عن أبي سعيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل أوصى بحجة فجعلها وصيه في نسمة، فقال: «يغرمها وصيه و يجعلها في حجة كما أوصى به فإن الله تبارك و تعالى يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَغْدًا مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾».^٣

٥ - المشايخ بأسانيد لا تخلو عن شيء، عن أبان بن عثمان، تارة بلا واسطة، و أخرى عمن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه [في حقه] على الراهن فأخذه و إن استهلكه تراداً الفضل بينهما».^٤

١ - الفقيه ٤: ١٥٤ / ٥٣٤؛ الكافي ٧: ٢١ / ١؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٨ / ٩٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٩، كتاب الوصايا، الباب ٣٧، الحديث ٢.

٢ - تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٤ / ٨٨١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٤٩، كتاب الوصايا، الباب ٣٧، الحديث ٣.

٣ - البقرة (٢): ١٨١.

٤ - الكافي ٧: ٢٢ / ٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٠ / ٩٠٢؛ الفقيه ٤: ١٥٣ / ٥٣٢؛ وسائل الشيعة ١١: ٢٠٧، كتاب الحج، أبواب النيابة في الحج، الباب ٣٣، الحديث ١؛ و ١٩: ٣٥٠، كتاب الوصايا، الباب ٣٧، الحديث ٥.

٥ - الكافي ٥: ٢٣٤ / ٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٧٢ / ٧٦٢ و ٧٦٥؛ الفقيه ٣: ١٩٦ / ٩٩٣؛ وسائل الشيعة ١٨: ٣٨٦ و ٣٨٧، كتاب الرهن، الباب ٥، الحديث ٢ و ٧.

٦ - الشيخ في الصحيح، عن ابن أبي عمير، عن ابن أخي الفضيل بن يسار قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله، فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إنّ ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء، فأخبرته بذلك فقال: «لا، قال رسول الله ﷺ: أذ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»^١.

٧ - الكليني و الشيخ في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد قال: «كل أجير يعطى الأجر^٢ على أن يصلح فيفسد فهو ضامن»^٣.

٨ - ابن بابويه بسنده عن حماد، عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: «كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن». قال: وقال عليه السلام: «كان أبي عليه السلام يضمن الصانع و القصار ما أفسدا و كان علي بن الحسين عليهما السلام يتفضل عليهم»^٤.

٩ - المشايخ في الصحيح، عن علي بن الحكم، عن إسماعيل بن أبي الصباح، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الثوب أذفعه إلى القصار فيخرقه، قال: «أغرمه فإنك إنّما دفعته إليه ليصلحه و لم تدفع إليه ليفسده»^٥ و في رواية ابن بابويه:

١ - تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٨ / ٩٨١؛ وسائل الشيعة ١٧: ٢٧٣، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، الباب ٨٣، الحديث ٣.

٢ - في الوسائل: «الأجرة».

٣ - الكافي ٥: ٢٤١ / ١؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٩ / ٩٥٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤١، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١.

٤ - الفقيه ٣: ١٦١ / ٧٠٤ و ٧٠٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٧، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٩ و ٢٠.

٥ - الكافي ٥: ٢٤٢ / ٧؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٠ / ٩٦٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٣، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٨.

«غَرَّمَهُ بِمَا جَنَّتْ يَدُهُ».^١

١٠ - الكليني في الصحيح، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيُصْلِحَ بَابَهُ فَضْرَبَ الْمَسْمَارَ فَانْصَدَعَ الْبَابُ فَضَمَّنَهُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام». ^٢

١١ - الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد، عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الْقَصَّارِ، هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ؟ فَقَالَ: «نَعَمْ، كُلٌّ مَنْ يُعْطَى الْأَجْرَ لِيُصْلِحَ فَيُفْسَدَ فَهُوَ ضَامِنٌ». ^٣

١٢ - و بسنده عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن ابن رباط، عن منصور بن حازم، عن بكر بن حبيب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لَا يَضْمَنُ الْقَصَّارُ إِلَّا مَا جَنَّتْ يَدَاهُ وَإِنْ أَتَمَّتْهُ أَهْلَفَتُهُ». ^٤

١٣ - ابن بابويه في «المقنع» قال: «كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام يَضْمَنُ الْقَصَّارَ وَالصَّائِغَ وَكُلَّ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا لِيُصْلِحَهُ فَأَفْسَدَهُ. وَكَانَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام يُتَفَضَّلُ عَلَى الْقَصَّارِ وَالصَّائِغِ، إِذَا كَانَ مَأْمُونًا». ^٥

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢١ / ٩٦٨؛ الاستبصار ٣: ١٣٣ / ٤٨٠؛ الفقيه ٣: ١٦١ / ٧٠٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، ذيل الحديث ٨.

٢ - الكافي ٥: ٢٤٣ / ٩؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٩ / ٩٥٩؛ الاستبصار ٣: ١٣٢ / ٤٧٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٤، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٠.

٣ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٠ / ٩٦٣؛ الاستبصار ٣: ١٣٢ / ٤٧٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٥، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٣.

٤ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢١ / ٩٦٧؛ الاستبصار ٣: ١٣٣ / ٤٨١؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٦، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١٧.

٥ - المقنع: ٣٨٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٤٧ - ١٤٨، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ٢٢ و ٢٣.

١٤ - الشيخ في الصحيح، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام قال: «إذا استبرك البعير بحمله فقد ضمن صاحبه».^١

١٥ - وفي الصحيح، عن ابن محبوب، عن الحسن بن صالح عنه عليه السلام قال: «إذا استقلّ البعير أو الدابة بحملها فصاحبها ضامن...».^٢

١٦ - الكليني عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن العباس بن موسى، عن يونس، عن ابن مسكان، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهرقه، قال: «إن كان مأموناً فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن».^٣

١٧ - الشيخ بسنده عن زيد بن علي، عن آبائه عليهم السلام: «أنه أتني بحمّال كانت عليه قارورة عظيمة فيها دهن فكسرها فضمتها إياه وكان يقول: كلّ عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن فسألته ما المشترك؟ فقال: الذي يعمل لي ولك ولذا».^٤

١٨ - الشيخ في الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبقها غائلة فقضى أن لا يغرمها المear ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرها أو يبقها غائلة»^٥ انتهى.

١ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٢ / ٩٧١؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥١، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٩.

٢ - تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٤ / ٨٨٢؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٩، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٣، الحديث ٨، في التهذيب: «بحملها فصاحبها».

٣ - الكافي ٥: ٢٤٤ / ٦؛ تهذيب الأحكام ٧: ٢١٦ / ٩٤٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥٠، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ٧.

٤ - تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٢ / ٩٦٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ١٥٢، كتاب الإجارة، الباب ٣٠، الحديث ١٣.

٥ - تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢ / ٨٠٠؛ الاستبصار ٣: ١٢٥ / ٤٤٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٩٣، كتاب العارية، الباب ١، الحديث ٩.

قد علمت فيما سبق^١ أنَّ أسباب الضمان ثلاث: الغصب و الإتلاف بالمباشرة و الإِتلاف بالتسبب.

أما الغصب: فقد مرَّ^٢ أنَّه استيلاء على مال الغير أو حقَّ من حقوقه عدواناً و كلمات الفقهاء في تعريف الغصب على اختلافها في القيود زيادة أو نقصاناً راجعة إلى هذا المعنى أو أخصَّ منه.

و أمَّا الثاني: فلا خلاف فيه من حيث الضمان، بل الملتقط من الأخبار هو بعينه مفاد القاعدة المعروفة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

إنَّما الخلاف في الثالث من جهة الاختلاف في معنى السبب، هل هو ما يقصد به الإهلاك أو ما لولاه لما كان لغيره دخل في الهلاكة و هو المساوق للشرط الأصولي كحفر البئر في الطريق؟ ولما لم يكن هذا اللفظ و هو السبب وارداً في النصوص فلا جدوى في تحقيق معناه، بل لابدَّ من الرجوع إلى النصوص و النظر فيها حتَّى يستكشف السبب الذي هو موجب للضمان، و هي واردة بعضها في باب الديات و بعضها في الرهن و العارية و الوديعة و الوصية و الشهادة.

فمنها: ١ - رواية السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد و تدأ أو أوثق دابةً أو حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن»^٣.

٢ - و صحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً سأله عن الشيء يوضع على الطريق فتمرَّ

١ - تقدَّم في الصفحة ٢٣١.

٢ - تقدَّم في الصفحة ٢٣٢.

٣ - الكافي ٥: ٣٥٠ / ٨ تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠ / ٩٠٨؛ الفقيه ٤: ١١٤ / ٣٩٢؛ وسائل الشيعة ٢٩:

٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١١، الحديث ١.

الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره، فقال: «كل شيء يضرب بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»^١.

٣ - و خبر أبي الصباح الكناني عنه عليه السلام أيضاً: «من أضرب بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن»^٢.

٤ - و صحيح زرارة عنه عليه السلام أيضاً قلت: له رجل حفر بئراً في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها، فقال: «عليه الضمان، لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان»^٣.

٥ - و موثق سماعة سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه، فقال: «أما ما كان حفر في ملكه فليس عليه ضمان، وأما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه»^٤.

و المستفاد من الثلاثة الأولى أن كل شيء صار سبباً لإضرار المسلمين في طريقهم بما هو طريق فهو موجب للضمان ولا تشمل غير الطريق، ولكن صحيحة زرارة تدلّ بعمومه على ثبوت الضمان في غير الطريق أيضاً إذا لم يكن ملكاً له. و أما موثقة سماعة فهي نص في أن حفر البئر، سواء كان في الطريق أو في غيرها موجب للضمان.

١ - الكافي ٧: ٣٤٩ / ٢: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٣ / ٨٧٨: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٣، كتاب الدييات.

أبواب موجبات الضمان، الباب ٩، الحديث ١.

٢ - الكافي ٧: ٣٥٠ / ٣: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠ / ٩٠٥: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الدييات.

أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ٢.

٣ - الكافي ٧: ٣٥٠ / ٧: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠ / ٩٠٧: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الدييات.

أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ١.

٤ - الكافي ٧: ٣٤٩ / ١: تهذيب الأحكام ١٠: ٢٢٩ / ٩٠٣: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الدييات.

أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ٣.

اعلم: أنه وقع في النصوص و الفتاوى موارد حكم فيها بالضمان مثل: «حفر البئر في غير الملك» الذي سبقت رواياته، و مثل: «خروج الدابة عن محلها ليلاً و دخولها في مستراح الأخرى و إتلافها» و «عقر الكلب الداخل في الدار بإذن صاحبها» و «فتح باب القفص و خروج الطائر» و «إرسال الماء و تأجيج النار» و هكذا، فلا بدّ من ذكر كلّ واحد منها و استخراج ما يكون موجباً للضمان، ثمّ بإلغاء الخصوصية نجري الحكم في أشباهه و نظائره، و لا يمكن لنا استخراج ميزان كلّي لجميع موارد الباب.

فإن قلت: يمكن أن يستفاد من النصوص و الموارد ميزان كلّي، و هو أن كلّ مورد صدر من الإنسان فعل ترتّب عليه تلف بحيث يستند التلف إلى فاعل ذلك الفعل عرفاً و يقال: «أنّه أتلف» فيحكم بأنّه موجب للضمان. و الميزان في تعيين الفعل الكذائي هو أن يصدر من الإنسان فعل يكون شرطاً لتأثير مقتضى التلف فيه، و هذا يصير موجباً لصدق الإتلاف عرفاً.

قلت أولاً: أن هذا مناف لجعل الفقهاء أسباب الضمان ثلاثة: الغصب و الإتلاف بالمباشرة و الإتلاف بالتسبيب، بل كان اللازم جعل أسباب الضمان اثنين: الغصب و الإتلاف، ثمّ تقسيم الإتلاف إلى المباشري و العرفي، فجعل أسباب الضمان ثلاثة يشعر بأنّ الإتلاف التسبيبي ليس من باب كونه مصداقاً للإتلاف عرفاً و داخلأ في القاعدة المعروفة: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

و ثانياً: أن جعل هذا المعنى ميزاناً للإتلاف بالتسبيب يوجب أن لا يفرّق بين موارد، بل كلّ مورد حصل من الإنسان في الخارج فعل يكون شرطاً لتأثير المقتضي للتلف فيه يحكم بضمانه. و بالضرورة الفقهية نرى الفرق بين موارد مثلاً في مسألة حفر البئر دلّت النصوص و الفتاوى على كونه موجباً لضمان ما وقع فيه،

إذا لم يكن في ملكه و لم يكن لمصلحة العامة، فإن كان ميزان التسبب ما ذكر يلزم الحكم بالضمان في ذلك الموارد التي حكموا فيها بعدم الضمان، فإن شخصاً إذا حفر بئراً في ملكه أو لمصلحة المسلمين فوقع فيه شيء و تلف، يصدق عرفاً أنه أتلف مال الغير، و هكذا في غير حفر البئر، كما حكموا فيما إذا خرجت الدابة ليلاً و دخلت في مستراح الأخرى و أتلّفها بضمان صاحبها، مع أنه ربّما كان نائماً و لم يطلع على تلك القضية، و مع ذلك لا يصدق عليه أنه متلف فهذا الميزان ليس بجامع و لا مانع^١.

و كذا حكموا بالضمان فيما إذا دخل إنسان داراً بإذن صاحبها فعقره كلبه مع عدم صدق الإلتلاف عليه عرفاً، فظهر أنه لا يمكن جعل هذا المعنى على نحو الكلية ميزاناً للإلتلاف بالتسبب، فلا بدّ من تحقيق الموارد الخاصة الواردة في النصوص و الفتاوى و استخراج ما يوجب الضمان منها، ثمّ التعدي إلى أشباهه بإلغاء الخصوصية.

فنقول: من جملة تلك الموارد مسألة حفر البئر الذي مرّ في صدر المبحث بعض رواياته، و لابدّ لتنقيح المبحث من بيان أقسام الأراضي التي يحفر البئر فيها و أقسام البئر و أقسام الوقوع فيها.

أما الأوّل فهو أن الأرض التي يحفر فيها البئر إمّا أن تكون ملكاً لنفسه أو لا، و الأوّل إمّا أن يكون ملكاً طلقاً أو مشتركاً أو متعلقاً لحقّ الغير، و الثاني إمّا أن يكون أرضاً مباحاً أو ملكاً للغير، و على الثاني إمّا أن يكون بإذنه أو لا، و إمّا أن تكون

١ - و الحاصل أنه لا يفرّق في ضمان الإلتلاف بين اللتفات و غيره حتّى أنه لو وقع التلف في النوم كان موجباً للضمان و كذا لا فرق فيه بين وقوعه في ملك المتلف أو في غيره؛ فيظهر من ذلك أنّ الضمان في التسبب ليس دائراً مدار صدق الإلتلاف. [المقرّرة]

أرضاً موقوفة أو أرضاً مفتوحة عنوةً، و البئر إما أن يكون عميقاً أو متوسطاً أو قصيراً و الوقوع فيه إما أن يكون لأجل الظلمة أو عمی أو عثرة فلا بد من استخراج أحكام هذه الأقسام.

فنقول: إن حفر البئر في ملكه فمقتضى النص عدم ضمانه لما يقع فيه إذا كان الملك طلقاً. و أما إذا كان مشتركاً بينه و بين غيره على نحو الإشاعة ففيه ثلاثة أوجه:

الأول: الحكم بالضمان لما يقع فيه مطلقاً. و وجهه أن الاستفادة من النص الوارد من أن حفر البئر في غير الملك موجب للضمان كون المناط التعدي و العدوان في حفر البئر فيه، و هذا المناط موجود فيما نحن فيه لصدق عنوان التعدي عليه.

و الثاني: الحكم بعدم الضمان لأنه يصدق عليه أنه في ملكه.

و الثالث: الحكم بالضمان بالنسبة فإذا كان الملك مشتركاً بين الحافر و غيره و كان واحداً فهو ضامن لنصف ما يقع فيه و هكذا.

و إن كان حفر البئر في الأرض المباحة فمقتضى قوله ﷺ: «من حفر بئراً في غير ملكه فهو ضامن»^١ لما يقع فيه هو الضمان لصدق هذا العنوان عليه؛ و لكن المشهور هو القول بعدم الضمان.^٢ و لعلّه لأجل كون الضمان عندهم معلقاً على العدوان و هو غير حاصل فيه.

١-راجع: وسائل الشريعة ٢٩: ٢٤١، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨، الحديث ١ و ٣ و ٤.

٢-المقنعة: ٧٤٩؛ النهاية: ٧٦١؛ النهاية و نكتها ٣: ٤١٧؛ المراسم: ٢٤٢؛ السرائر ٣: ٣٧٠؛ شرائع الإسلام

٤: ٢٥٦؛ إرشاد الأذهان ٢: ٢٢٦؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٦١، مسألة ١٠٠٤ و ١٠٠٥؛ الدروس الشرعية

٣: ١٠٧؛ المهذب ٢: ٤٩٦-٤٩٧؛ المهذب البارع ٥: ٢٨٩؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٤: ٢٥٧-٢٥٨؛

جواهر الكلام ٣٧: ٥٢-٥٣ و أيضاً ٤٣: ١٢١.

و أنَّ حفر البئر في الأرض المفتوحة عنوةً فهي وإن كانت ملكاً للمسلمين و لكنَّ المقصود منه ليس أنَّها ملك لآحادهم، بل المراد أنَّها ملك لمجموع المسلمين من حيث المجموع. وإن شئت قلت: ملك للحيشية و هي حيشية الإسلام فإذا كان هكذا فحفر البئر فيها يكون تعدياً. و لما كان المستفاد من النصِّ السابق أنَّ الملاك في الحكم بالضمان هو العدوان فهذا الملاك يجب الحكم بالضمان فيما نحن فيه أيضاً على الظاهر.

و أمَّا حفر البئر في الأرض الموقوفة كالمدرسة و أمثالها أو الموقوفة بالوقف الخاص، فالحكم فيه أيضاً الضمان بالمناط الذي ذكرنا. و هذه صور حفر البئر، و يمكن التعدي عنه بإلغاء الخصوصية إلى أمثاله و أشباهه.

لو فرط و استتبع تفريطه حدوث تلف في ما يتعلّق بالغير

لو فرط في حفظ دابته، فدخلت على أخرى فجنت عليها ضمن جنايتها لتفريطه، و كذا من دخل داراً بإذن صاحبها فعقره كلبه ضمنه، وإن دخل بغير إذن لم يضمن،^١ و يمكن استخراج قاعدة كلية من النصوص الواردة فيما نحن فيه، و هي: «أنَّ كلَّ ما يكون تحت قيومة الإنسان و هو قيم على أمره و لم يقم بوظيفة قيوميته و فرط و استتبع تفريطه حدوث تلف في ما يتعلّق بالغير فهو له ضامن» فإنَّ أمر البهيمة مثلاً على صاحبها و عليه حفظها و المتعارف حفظها نهائراً دون الليل؛^٢ فإذا خرجت ليلاً و دخلت في مستراح دابة أخرى و جنت عليها فصاحبها

١ - راجع: وسائل الشريعة ٢٩: ٢٥٤، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٧.

٢ - و المتعارف حفظها في الليل دون النهار، فإنَّ البهائم ترسل في النهار غالباً إلى المراعي و المزارع بخلافها في الليل فإنَّها تحبس فيها في الإصطبل مثلاً. [المقرونة]

ضامن دون ما إذا جنت في النهار، وكذا في أمثاله فيمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يكون هكذا بالغاء الخصوصية.

حكم لو فتح باب قفص فيه طائر

لو فتح باب قفص فيه طائر لإنسان فطار فهو له ضامن بلا إشكال، إمّا من باب الإتلاف المباشري وإمّا من باب الإتلاف التسيبي، وإن كان الأولى هو الأول فإنّ الطيران من الحيوان الممتنع الذي بمنزلة التلف مستند إلى فعله الذي هو رفع المانع.^١ هذا إذا لم يقصد بفتح الباب خروج الطائر، وإلاّ فهو أوضح في ثبوت الضمان، و دليل ثبوت هذا الضمان أدلّة كون الإتلاف موجباً للضمان، والفرض أنّ هذا العنوان صادق عليه، وإذا فتح باب القفص فأراد الطائر الخروج فاضطرب فيه لأجل إرادة الخروج فسقط القفص لأجل اضطرابه فكسر أو أفسد مال الغير ففي المحكيّ عن «التذكرة» ترجيح ثبوت الضمان بالنسبة إليه أيضاً، لأنّ تلفه وفساده يكون مستنداً إلى فعله أيضاً، وهو الظاهر من أدلّة كون «الإتلاف بالتسيب موجباً للضمان»^٢، فهو من قبيل حفر البئر المتوقّع لوقوع شيء فيه، فهو وإن لم يقصد بفتح القفص كسره أو إتلاف مال آخر ولكن فعله ممّا يترقّب ذلك منه، فهو مثل إرسال الماء أو تأجيج النار إذا كان مترقّباً منه تلف مال الغير الذي حكموا فيه بالضمان، وكذلك إذا فتح قم وكاء فيه ماء أو دهن فسال على الأرض، وهذا أيضاً لا إشكال في ثبوت الضمان فيه لأنّه صار بفعله متلفاً لمال الغير. وهذه الفروع أقرب بياب الإتلاف وإن

١ - وذلك لوضوح أنّ المراد من الإتلاف بالمباشرة هو فعل ما يصدق عليه عنوان الإتلاف عرفاً وإن لم يكن بالمباشرة بالنظر الدقي. [المقرّر: ٢٦]

٢ - جواهر الكلام ٣٧: ٦٦.

ذكرها الفقهاء في باب الإتلاف بالتسييب. وإن فتح فم الوكاء فأشرق الشمس عليه فأذاب ما فيه أو سال منه تحته فالان الأرض فسقط و ذهب ما فيه فلا يبعد أيضاً ثبوت الضمان فيه، كما يستفاد من أدلة كون التسييب موجباً للضمان في الموارد المختلفة التي هي نظائر ما نحن فيه كحفر البئر، فإن فعله يكون إيجاد شرط لتأثير مقتضى التلف فيه.

لو كان في بيته شجرة فذهبت عروقه إلى أرض جاره فأفسدها

إذا كان في بيته شجرة فذهبت عروقه إلى أرض جاره فأفسدها وأوجبت تلفاً فيها، فهل هو موجب للضمان أو لا؟ فيه وجهان. لا يبعد عدم ثبوت الضمان، فإن هذه المسألة غير داخلية تحت القاعدة الكلية التي استفدناها من النصوص الواردة في بعض الموارد، كما سبق ذكرها، وهي أن كل أمر يكون تحت قيمومة الإنسان ففرط في حفظه فأوجب تفريطه تلفاً فهو له ضامن. وفيما نحن فيه يكون حفظ الشجر على صاحبه، ولكن ذهاب العروق إلى دار الجار ليس من باب تفريطه لأنه ليس حفظ العروق الكائنة تحت الأرض أمراً متعارفاً فإن المتعارف حفظ نفس الشجر، فهذا التلف ليس مستنداً إلى تفريطه و عدم تحفظه في العرف فعدم الضمان فيه أقرب.

حكم تلف مال الغير بإرسال الماء أو تأجيج النار

إذا أرسل ماءً في ملكه فسرى إلى ملك الغير و أوجب تلفاً أو أوجج ناراً في ملكه و ترتب عليه تلف، فهل يكون ضامناً أو لا؟ فيه وجوه. وإن شئت بيان هذا الفرع على نحو القاعدة الكلية، فنقول:

إذا فعل الإنسان فعلاً يصير بمقارنته أمر آخر قهري علة لحصول التلف في مال الغير بحيث كان أحد المتقارنين مقتضياً و الآخر شرطاً أو عدم مانع، فهل هو موجب للضمان أو لا؟ و تقيد المقارن بكونه قهرياً لإخراج صورة كونه أمراً اختيارياً، فإنه يصير من باب اجتماع السببين أو اجتماع السبب و المباشر، و الوجوه التي في المسألة خمسة:

الأول: الحكم بالضمان مطلقاً، و وجهه استناد التلف إلى فعله عرفاً.

الثاني: التفصيل بين ما كان الأمر المقارن غالبى الحصول و بين عدمه فيحكم بثبوت الضمان في الأول دون الثاني، و وجهه إسناد التلف إليه في الأول دون الثاني كإضرار النار في زمان هبوب الريح.

الثالث: التفصيل بين ما إذا كان حصول الأمر المقارن معلوماً أو مظنوناً، و بين غيره فيحكم بالضمان في الأول دون الثاني، و وجهه أن مع العلم أو الظن بالتعدي يصدق عليه أنه متلف دون صورة عدم العلم.

الرابع: التفصيل بين ما إذا كان الفعل الصادر من المكلف في معرض حصول الأمر المقارن و بين غيره فيحكم بالضمان في الصورة الأولى.

الخامس: التفصيل بين ما إذا كان الفعل ممّا يترقب منه حصول الأمر المقارن، سواء كان معلوماً أو مظنوناً أو لا، أو كان غير مترقب و لكن كان معلوماً أو مظنوناً و بين غيره.

و أوجه الوجوه هو الوجه الأخير، لأن في صورة ترقب حصول الأمر المقارن أو علم المكلف أو ظنه بحصوله يستند التلف إليه عرفاً دون غيرها، فإن مجرد كونه في معرض حصول الأمر المقارن من دون ترقب أو علم أو ظن لا يستند التلف عرفاً إليه، فالحكم بالضمان فيه مشكل كمن أضرّم ناراً بمقدار حاجته في هواء راكد

فاتَّفَق هبوب رِيح فسرَى به إلى دار جاره فأحدث تلفاً.

قال الشيخ في محكيّ «المبسوط» ما حاصله: أنه إذا أرسل ماءً في ملكه فسرَى إلى ملك الغير و أوجب تلفاً لأجل نقب أحدثه الفأرة فإن كان ملتفتاً إليه و لم يسدّه أو لم يلتفت و لكن كان الماء كثيراً زائداً على مقدار حاجته بحيث يترقّب منه التلف كان ضامناً، و إن لم يكن ملتفتاً إليه و كان الماء بقدر حاجته فلا يكون ضامناً و استدلّ له بأنّه إذا لم يكن زائداً على قدر الحاجة بأنّه سرى عن مباح.^١

و قال في «المسالك»: «إذا أرسل في ملكه ماءً أو أجج ناراً لمصلحة، فإن لم يتجاوز قدر حاجته، و لا علم و لا ظنّ التعديّ إلى غيره فاتَّفَق التعديّ و الإفساد على الجارّ فلا ضمان على المباشر اتِّفاقاً، لعدم التفريط، و أنّ الناس مسلّطون على أموالهم. و سببته في الإتلاف ضعيفة بالإذن له من قبل الشارع في فعل ذلك في ملكه فلا يتعقّبه الضمان».^٢

و قال في «الجواهر»: «و إن كان لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعاً مع فرض إسناد الإتلاف إلى فعله، لظهور خطأ ظنّه أو قطعه و قدرته على المنع، لصدق الإتلاف عليه حقيقة فيكون من المباشرة و الإذن الشرعي لا تنافي الحكم الوضعي الذي هو الضمان الحاصل بإتلاف النائم و الغافل و المجنون و الصبيّ.

اللهمّ إلّا أن يمنع إطلاق سببية الإتلاف للضمان على وجه يشمل الفرض لعدم ثبوت: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» رواية من طرقنا و لا قاعدة».^٣

١- المبسوط ٣: ١٠٢-١٠٣.

٢- مسالك الأفيام ١٢: ١٦٦.

٣- جواهر الكلام ٣٧: ٥٩-٦٠.

أقول: أمّا قول الشيخ: «بأنه سرى عن مباح» وكذلك قوله في «المسالك»: «أنّ السببية ضعيفة للإذن الشرعي» فهما غير تامّين، لأنّه يقتضي أن يكون الموجب للضمان ما يكون مبعوضاً و حراماً شرعاً، و أمّا إن كان مباحاً فلا ضمان و ليس في أدلّتنا ما يستفاد منه هذا، و لو سلّمنا ثبوت ذلك فمع تسليمه أيضاً غير تامّ، لأنّ المراد بالمباح إن كان ما لا يكون مبعوضاً واقعاً فهو تحكّم لاحتمال كون السراية مع عدم العلم أو الظنّ مبعوضاً واقعاً، و لكن عدم علمه به صار موجباً للمعذورية، و هذا لا ينافي ثبوت الضمان، و إن كان المراد به الإباحة الظاهرية و كونه معذوراً في الظاهر فهو أيضاً غير تامّ، لأنّ الإذن الشرعي لا ينافي ثبوت الضمان، و أمّا كونه موجباً لضعف السببية فلا نفهم له محصلاً، لأنّ التلف إن كان مستنداً إليه عرفاً فالإذن الشرعي لا يصيره ضعيفاً و إن لم يكن ثابتاً فمع عدم الإذن أيضاً لا ضمان. و محصل الكلام أنّه لم يثبت تلك القاعدة و هو أنّ الإلتلاف موجب للضمان إذا كان محرّماً و الإلتلاف المباح ليس موجباً للضمان. و أمّا التمسك بقاعدة السلطنة فهو أيضاً غير صحيح لأنّ القاعدة لا تنافي الضمان، لأنّها دالّة على جواز تصرف الإنسان في ملكه و أنّ تصرفه لا يكون حراماً من حيث هو تصرف في ملكه، و أمّا إذا استلزم تلف مال الغير فلا تنافي تلك القاعدة ثبوت الضمان، فهذه الأدلّة كلّها مخدوشة، فالحكم بعدم الضمان مستنداً إلى تلك الأدلّة غير صحيح.

و قد يتوهم أنّ هنا يقع التعارض بين قاعدة السلطنة و قاعدة الضرر و لابدّ من تحكيم إحداها على الأخرى و تعيين الحاكم، و على مذهب صاحب «الكفاية» من أنّ قاعدة الضرر حاکمة على الأدلّة الأولى،^١ لأنّها نافية للحكم بلسان نفي

الموضوع يتخيل في ما نحن فيه تحكيم قاعدة الضرر على قاعدة السلطنة الدالة على إباحة التصرف الناس في أموالهم، ولكن لا يخفى ما فيه.

أما أولاً: فلأن قاعدة السلطنة الجارية في السنة الفقهاء لا مدرك لها، لأننا لم نجد من طرق العامة والخاصة سنداً لهذه القاعدة. نعم، قد ورد في بعض أخبار الوصية في عدم نفوذ ما زاد على الثلث أن الإنسان مادام لم يزهق روحه أحق بماله، أما بعد الموت فلا حق له فيما زاد على الثلث^١، ولكن تلك الرواية أيضاً ليست في مقام تأسيس الحكم لقاعدة السلطنة، بل إن دلّ دليل على تلك القاعدة فليس مفاده إلا تنفيذ القاعدة العقلانية وهي أن الإنسان إذا كان مالكاً لمال فمقتضى مالكيته أن له التصرف في ملكه كيف شاء، بل الأمر بالعكس لأن الملكية منتزعة من سلطنة الإنسان على ماله، فإن كون الإنسان مسلطاً على التصرفات المختلفة في ماله موجب لانتزاع المالكية له. غاية الأمر: أن الشارع أنفذ تلك القاعدة.

و ثانياً: أن غالب الموارد التي توهموا كونها محلّ التعارض بين القاعدتين ليس كذلك، فإن مورد قاعدة الضرر ما إذا سلب الإنسان شيئاً يكون ملكاً للغير أو نقضه، وأما إذا لم يوجد ضرراً فيما يملكه ولكن صار حائلاً بينه وبين نفع كان مترقياً له فهذا لا يسمى ضرراً، وغالب الموارد يكون هكذا مثلاً إذا حفر الإنسان بئراً في ملكه و صار مانعاً عن اجتماع المياه في البئر المحفورة في أرض جاره فهذا ليس ضرراً، لأنه لم يسلب ملك إنسان و لم ينقصه فإن الجار لم يكن مالكاً للمياه التي تجري في بئر من أراضي أطراف داره، لأن مالكيته لها تكون منوطة بمالكيته لتلك الأراضي.

١- وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٨، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٢ و ١٩؛ وأيضاً: ٢٩٧-٢٩٩، الباب

و كذا إذا بنى بناءً قرب أرض ليس مالكا لها و كان ذلك البناء بحيث إن حفر صاحب تلك الأرض فيها بئراً أو دق فيها شيئاً يصير هذا البناء منهدماً. فلا يقال: أنه أضرّ بجاره لأنه لم يكن مالكا لاستحكام بنائه، لأنّ مالكيته له تكون منوطة بمالكية تلك الأرض. و كذا للإنسان إحداث منافذ في جدار داره فإذا سلب بهذا العمل محفوظة جاره و عياله لا يصير ضاراً لأنّ الجار لم يكن مالكا لتلك المحفوظية لتوقفه على مالكيته لذلك الجدار.

نعم، له إحداث جدار فوق داره و هكذا ففي تلك الموارد يكون مورد قاعدة السلطنة. نعم، تلك القاعدة لا تدلّ إلا على أنّ للإنسان التصرف في ملكه فقط. و أمّا إذا استلزم ذلك التصرف ضرراً على الغير و سلب مالكيته عنه فيما يكون مالكا له فتلك القاعدة ليست مجوّزة له، لأنها لم تجعل للإنسان السلطنة على مال الغير أيضاً كما له على ماله فهو مورد قاعدة الضرر.

ثمّ اعلم أنّ الشيخ رحمه الله ذكر مسألة إرسال الماء و تعديّه إلى ملك الغير، ثمّ ذكر أنّه إن كان بقدر الحاجة، ثمّ تعدّى إلى ملك الغير لأجل نقبة أحدثها الفأرة و كان غير ملتفت إليها فليس عليه ضمان، ثمّ ذكر مسألة تأجيج النار^١ و لم يذكر قيد الحاجة، و غرضه من ذكر هذا القيد أنّه في صورة كون الماء بقدر الحاجة لا يستند التلف إليه و لا يقال: أنّه أتلف، فلذا لا ضمان عليه، و لكن إذا كان زائداً على مقدار حاجته ينسب الإتلاف إليه و يقال: أنّه أتلف مال الغير و إلا فهذا التفصيل لا سند له، و لذا وقعوا في بيان مدركه في حيص و بيص. و إن شئنا تطبيقه على قاعدة و هي: «أنّ كلّ مورد كان فيه إذن شرعيّ بالتصرف المتعقّب للتلف فيه لا يكون موجبا للضمان

و في غيره يحكم به» فهو في غاية الإشكال.

نعم، يمكن إدخال المسألة تحت القاعدة المعروفة و هي: «أن من أتلف مال الغير فهو له ضامن»، ففي صورة إرسال الماء إذا تعدى إلى ملك الغير يستند التلف إليه و يقال: إنه أتلف مال الغير. غاية الأمر: أن هذا إتلاف بالواسطة. و لا يخفى أن هذا لا ينافي ما سبق من أنه لا يمكن أن يلتقط من النصوص الواردة في باب التسببات قاعدة كلية، و هي: «أن كل تلف استند إلى شخص بأي نحو من الاستناد فهو ضامن»، لأن هذا إذا كان الملتقط هو الاستناد بقول مطلق و لو لأجل إيجاد شرط التلف، و ما نحن فيه ليس هكذا، بل المراد الاستناد إليه بنحو إيجاد علته بحيث يقال: إنه أتلف مال الغير و لو كان مع واسطة أو وسائط، و فيما نحن فيه إرسال الماء يكون علّة للتلف إذا كان زائداً على مقدار الحاجة و كان مترقباً منه حصول التلف. و من هنا يحتمل في المسألة وجوه:

الأول: أن يقال: إن ملاك الإتلاف الموجب للضمان هو الإتلاف المقارن مع القصد دون الإتلاف المجرد لثبوت الاستناد في الأول دون الثاني.

الثاني: التفصيل بين صورة العلم و الجهل فيحكم بتحقق الاستناد الموجب للضمان في الأول دون الثاني.

الثالث: التفصيل بين الإتلاف المباشري و التسببي بأن يقال: إن الأول لا فرق فيه بين صورة العلم و الجهل و تحقق القصد معه أم لا. و في الثاني ملاك الضمان إيجاد سبب التلف بحيث يكون حصول علّة التلف من ذلك الوسطة مترقباً بحيث يستند التلف إليه و يقال: إنه أتلف، فهو موجب للضمان و إن لم يكن مترقباً فلا ضمان. و أقرب الوجوه هو الأخير.

و محصل الكلام أَنَّ الإِتْلَافَ له مراتب أربع:

الأولى: الإِتْلَافُ المباشري و هو أن يكون الإِتْلَافُ مسبباً عن فعله بلا واسطة، و هو على ثلاثة أقسام:

١ - أن يكون فعله موجباً للتلف بلا توسط آلة كان يأخذ عنقه بيده فيقتله.

٢ - أن يكون بآلة و هي إما من ذوات الإرادة أو من غيرها.

٣ - كان يقتله بالسيف و مثله. و الأول: كإكراه الإنسان غيره على الإِتْلَاف، فإنهم ذكروا أَنَّ الضمان على المكره - بالكسر - إذا لم يكن إكراهاً على القتل و إلا فالضامن هو المكره - بالفتح - .

الثانية: أن يكون الإِتْلَافُ بفعله و لكن بواسطة أو وسائط، و إن كان للطبائع الخارجية أيضاً دخل في التلف كإرسال الماء و تأجيج النار، فإنهما علتان للتلف. غاية الأمر: لجريان الهواء و هبوب الرياح و سيلان الماء أيضاً دخل فيه، فهذا أيضاً موجب للضمان بمقتضى الأدلة على أَنَّ الإِتْلَاف موجب للضمان. نعم، لو كان بمقدار الحاجة و لم يكن حصول علة التلف منه مترقباً، بل حصل سبب خارجي اتفاقي مقارناً لفعله فصار موجباً للتلف فالظاهر أَنَّ الإِتْلَاف لا يستند إليه عرفاً و لا يكون موجباً للضمان.^١

الثالثة: أن يكون التلف مسبباً عن علة خارجية لكن يكون فعله من قبيل إيجاد شرط العلة كحفر البئر و أمثاله.

الرابعة: أن يكون التلف مستنداً إليه باعتبار أنه لم يوجد مانع التلف و كان قادراً

١ - فذلكة: هذا القسم هي أن يكون فعله موجباً لوجود المقتضي و المؤثر فيه و هو المعبر عنه بالعلة.

على إيجاده، و هذا يكون موجباً للضمان إذا كان في مورد يكون للإنسان قيمة على شيء، و لكن لم يقم بوظائف قيموميته كمسألة تصادم السفينتين و عقر الكلب العقور و أمثالهما.

فهذه صور جميع موارد الإلتافات على ما تتبع، فالإلتاف المباشري داخل في القسم الأول.

نعم، مسألة الإكراه ليس داخلاً في المباشري، بل هو داخل في التسببي على التحقيق، لأنّ المكره يكون ذا إرادة مستقلة و هو المباشر. و دليل ثبوت الضمان في هذا القسم أدلة كون الإلتاف موجباً للضمان^١ و هو من أظهر مصاديق الإلتاف و باقي الأقسام داخل في الإلتاف التسببي، فـ دليل القسم الثاني أدلة ضمان شاهد الزور^٢ و أمثاله بإلغاء الخصوصية، فإنّه يفهم منها أنّ الملاك صدور فعل الإنسان يصير علّة لتلف مال الغير و ليس للشهادة خصوصية للحكم بالضمان. و دليل ثبوت الضمان في القسم الثالث روايات حفر البئر^٣ و دليل ثبوته في الرابع النصوص الحاكمة بالضمان في مسألة الكلب العقور^٤ و البعير المغتلم^٥ و أمثالهما.

١- مضافاً إلى ما مرّ من رواياتها فراجع أيضاً: وسائل الشيعة ١٩: ٩١، كتاب العارية، الباب ١: و أيضاً: ١٤١، كتاب الإجارة، الباب ٢٩، الحديث ١ و ٧ و ١٣؛ و ٣٤٨، كتاب الرصايا، الباب ٣٧، الحديث ١؛ و أيضاً ٢٨: ٣٥٨، كتاب الحدود و التعزيرات، أبواب نكاح الهائم، الباب ١، الحديث ١؛ و ٢٩: ٢٤٤ - ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٩ - ١١ و ١٣ و ٤٠.

٢- راجع: وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧، كتاب الشهادات، الباب ١١.

٣- وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١ و ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ و ١١.

٤- راجع: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٤، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٧.

٥- راجع: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٥٠، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ١٤.

إذا اجتمع السبب والمباشر

إذا اجتمع السبب والمباشر كما إذا حفر بئراً وألقى الغير إنساناً فيه فقد ذهب الفقهاء إلى أنَّ الضمان على المباشر إلا أن يكون ضعيفاً. و ضعفه إمّا لأجل أمر طبيعي كما إذا حفر إنسان بئراً فوقع فيه إنسان لأجل الظلمة، وإمّا لأجل أمر إرادي كما إذا أوقعه حيوان في البئر ولكنّه غير اختياري، وإمّا لأجل أمر إرادي اختياري ولكن كانت الإرادة في جنب إرادة ذي السبب ضعيفة. وقد مثّلوا له بالمكره والمغرور فإنَّ إرادتهما ضعيفة في جنب إرادة المكره والغارّ ومقهورة تحت إرادتهما لأجل الإكراه والغرور؛ أمّا المكره فظاهر، وأمّا المغرور فلائّه وإن أتلّف مال الغير عن اختيار ولكن يكون إتلافه باعتقاد أنّه ملك للغارّ ولم يتلفه بعنوان أنّه مال الغير، فلذا يكون ضعيفاً ويكون السبب هنا أقوى، وليس هو ضامناً أصلاً لا أنّه ضامن يرجع إليه المالك. غاية الأمر: أنَّ له الرجوع إلى الغارّ، فمذهب المشهور هو كون المكره أو الغارّ ضامناً. نعم في المحكي^١ عن «الرياض» احتمال اشتراكهما في الضمان بمعنى أنَّ كليهما ضامنان وللمالك التخيير في الرجوع إلى كلّ واحد منهما. وفي المسألة بحسب الاحتمال وجوه:

الأول: الحكم بعدم الضمان بالنسبة إلى كليهما بأن لا يكون واحد منهما ضامناً، أمّا في الإكراه فالمكره غير ضامن لحديث الرفع،^٢ فإنَّ فيه من جملة التسعة: «ما

١- رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ٣٩ / السطر ٤.

٢- الكافي ٢: ٤٦٢ / ١ / التوحيد: ٣٥٣ / ٢٤؛ الخصال: ١١٧ / ٩؛ وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، كتاب الجهاد.

أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦، الحديث ١ و ٢.

استكروها عليه» بناءً على عمومته للحكم التكليفي والوضعي، والمكره غير ضامن لعدم دليل على ضمان من أمر بالإتلاف، وإنّما الذي حكم به الدليل هو ضمان من أتلف...».

الثاني: الحكم بضمان كليهما معاً، أمّا المكره فلأجل مباشرته للإتلاف، و أمّا المكره - بالكسر - فلأنّ التلف مسبّب عنه ومستند إليه، كما في العرف نظائره كثيرة مثل قولهم: «بنى الأمر المدينة» وقد بناها عمّاله: «و فتح السلطان البلد الفلاني» و قد فتحه عسكره.

الثالث: اشتراكهما في الضمان، لأنّ التلف مستند إليهما معاً.
الرابع: ضمان المكره دون المكره، لأنّ المباشر ضعيف والسبب أقوى والتلف مستند إليه.

الخامس: عكسه، لأنّ المباشر للإتلاف هو المكره دون المكره. ثم لا يخفى أنّه بناءً على القول بضمانهما معاً أو ضمان المكره - بالفتح - فقط إذا رجع المالك إليه فلا يرجع هو إلى المكره، أمّا بناءً على الأخير فلعدم سبب موجب للرجوع، و أمّا بناءً على الأوّل فلعدم الدليل، و هذا بخلاف المغرور فإنّه يرجع إلى الغارّ للقاعدة المستفاد من النصوص: «المغرور يرجع إلى من غرّه»^١.

١ - مدرك هذه القاعدة ما حكى عن المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد وهو قول النبي ﷺ: «المغرور يرجع إلى من غرّه» وقوله ﷺ عن السنن الكبرى ٧: ٢١٩: «أنّ المغرور يرجع بالمهر على من غرّه». وقيل في مستند هذه القاعدة - مضافاً إلى بناء العقلاء والإجماع - الأخبار الخاصّة الدالّة على رجوع المغرور إلى الغارّ في مقدار الضرر الذي أوقمه فيه. راجع: وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٩، كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، الباب ١، الحديث ٦ والباب ٢، الحديث ١ و ٢ و ٤ و ٧ والباب ٧، الحديث

ثُمَّ إِنَّ الْأَقْوَى مِنْ تِلْكَ الْوَجْهِ هُوَ الْوَجْهِ الرَّابِعُ وَفَاقًا لِلْمَشْهُورِ^١، وَوَجْهِهُ أَنْ
الْإِتْلَافَ مُسْتَنَدٌ إِلَى الْمَكْرِهِ لِأَجْلِ كَوْنِ الْمُبَاشَرِ ضَعِيفًا فِي إِرَادَتِهِ عَرَفًا، وَأَمَّا الْوَجْهُ
الْبَاقِيَةُ فَكُلُّهَا مَرْدُودَةٌ.

أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فَبَطْلَانُهُ بِدِيهِ لِاسْتِزَامِهِ ذَهَابَ مَالٍ مُحْتَرَمٍ مِنْ مُسْلِمٍ بِلَا تَدَارُكٍ
وَبَطْلَانُهُ ضَرْوَرِي، وَأَمَّا الثَّانِي أَيْضًا فَبَطْلَانُهُ أَيْضًا مَعْلُومٌ بِأَدْنَى تَأَمُّلٍ؛ لِأَنَّ مَعَ فَرْضِ
كَوْنِ الْمَكْرِهِ ضَامِنًا لِأَجْلِ الْإِتْلَافِ لَا يُمْكِنُ تَضْمِينُ الْمَكْرِهِ - بِالْكَسْرِ - أَيْضًا، لِأَنَّ
ضَمَانَهُ لَا يَدَّ وَأَنْ يَكُونَ لِأَحَدٍ أَمْرَيْنِ: إِمَّا لِكَوْنِهِ مُتْلَفًا وَإِمَّا لِأَمْرِهِ بِالْإِتْلَافِ.

وَالْأَوَّلُ بَاطِلٌ لِأَنَّ كَوْنَهُ مُتْلَفًا مَعَ كَوْنِ الْمَكْرِهِ - بِالْفَتْحِ - أَيْضًا مُتْلَفًا لَا يُمْكِنُ
لِاسْتِزَامِهِ أَنْ يَكُونَ لَتَلْفِ شَخْصِي مُتْلَفَانِ، وَهُوَ مُحَالٌ لِاسْتِحَالَةِ تَوَارِدِ عِلَّتَيْنِ
مُسْتَقْتَلَتَيْنِ عَلَى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ شَخْصِي.

وَالثَّانِي بَاطِلٌ لِعَدَمِ الْكِبَرَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَنَا دَلِيلٌ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأَمْرَ بِالْإِتْلَافِ
مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ.

وَأَمَّا الثَّلَاثُ فَلَعَدَمُ قِيَامِ ذَلِكَ الْإِتْلَافِ الشَّخْصِي بِهِمَا فِي عَرْضِ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ
الْمُبَاشَرَ لِلْإِتْلَافِ هُوَ الْمَكْرَهُ دُونَ الْمَكْرِهِ فَلَا وَجْهَ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الضَّمَانِ. نَعَمْ، هَذَا
يَتَصَوَّرُ فِي مُورَدِ اجْتِمَاعِ الْمُبَاشَرَيْنِ أَوْ السَّبَبَيْنِ اللَّذَيْنِ يَكُونَانِ فِي عَرْضِ وَاحِدٍ، أَمَّا

١: وَأَيْضًا: ١٨٦، أَبْوَابُ نِكَاحِ الْإِمَامِ وَالْعَبِيدِ، الْبَابُ ٦٧، الْحَدِيثُ ١ وَالْبَابُ ٨٨، الْحَدِيثُ ٥؛ وَ ٢٧:
٣٢٧، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، الْبَابُ ١٠، الْحَدِيثُ ١ وَالْبَابُ ١١، الْحَدِيثُ ١ - ٣ وَالْبَابُ ١٢، الْحَدِيثُ ١ وَ
الْبَابُ ١٣، الْحَدِيثُ ٢، وَالْبَابُ ١٤، الْحَدِيثُ ١. وَلَكِنْ هَذِهِ الرِّوَايَاتُ وَارِدَةٌ فِي مَوَارِدٍ خَاصَّةٍ، وَ
اسْتَظْهَرَ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ الْكَلِّيَّةَ، أَعْنَى قَاعِدَةَ الْمَغْرُورِ مُشْكَلًا.

١ - رَاجِعْ: تَذَكُّرَةُ الْفُقَهَاءِ ١٩: ١٦٦، مَسْأَلَةٌ ١٠٠٥؛ شُرَايِعُ الْإِسْلَامِ ٣: ٢٣٧؛ اللَّسَعَةُ الدِّمَشْقِيَّةُ: ٢٢١؛
الرُّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ ٣: ٥٦٨؛ مَسَالِكُ الْأَفْهَامِ ١٢: ١٦٥ - ١٦٦؛ جَوَاهِرُ الْكَلَامِ ٣٧: ٥٧.

هنا فهما واقعان أحدهما في طول الآخر، لأنَّ المكروه أقرب من المكروه و التلف مستند إليه.

و أمَّا الخامس فلأنَّ المكروه المباشر للإتلاف ضعيف في إرادته، و لذا لا يستند إليه التلف في العرف، بل المتلف في نظرهم هو المكروه - بالكسر - فالأقوى هو الوجه الرابع. و قد يتوهم أنَّ ضمان كليهما و تعدّده فيما نحن فيه مثل تعدّد الضمائم في الأيادي المتعاقبة على العين المغصوبة، و لكنّه فاسد لأنَّ دليل الضمان في الأيادي المترتبة هو حديث: «على اليد» فإنّه يدلّ على أنَّ كلَّ يد أخذت العين المغصوبة فهي ضامنة، و لما تحقّق فيها هذا المعنى حكم بضمانها جميعاً و إن كانت مترتبة، و قد سبق^١ أنَّ معنى الضمان و مفاد الحديث ليس إلّا التعهّد بالنسبة إلى العين المغصوبة. و لا مانع من تعدّد الضمائم بهذا المعنى. نعم لو كانت الأيادي واردة على العين في عرض واحد فهي ضامنة بالنسبة.

هذا كله في باب ترتب الأيادي، و أمّا فيما نحن فيه فإنَّ الموجب للضمان ليس هو اليد، بل الإتلاف فإن كان تحقّق الإتلاف بالنسبة إليهما ممكناً أو كان استناد التلف إلى كليهما محققاً لقلنا بضمانهما كما في المباشرين للإتلاف، مثل ما إذا أخذنا إنساناً و ألقياه في النار، و كالسبيين إذا اجتمعا كان يحفر الإنسان بئراً و يضع الآخر حجراً فتعثر شخص به و وقع فيه على وجهه، و أمّا إذا كان أحدهما سبباً و الآخر مباشراً فلا بدّ من الحكم بضمان أحدهما لأنّهما مترتبان أحدهما في طول الآخر، و نسبتهما إلى التلف مختلفة بالقرب و البعد فالحكم بضمان كليهما لا وجه له، لأنَّ الحكم بالضمان إن كان لأجل الإتلاف فيلزم أن يكون كلّ منهما متلفاً و هو محال،

لأنَّ التلف الواحد الشخصي لا يمكن أن يكون له متلفان على نحو الاستقلال وإن كان لأجل التسبب، فالفرض أنَّ أحدهم متلف بالمباشرة.

فإن قلت: لا مانع من ضمان كليهما، لأنَّ أدلَّة ضمان المتلف بالمباشرة دلَّت على ضمان المكره - بالفتح - لأنه مباشر للإتلاف و أدلَّة ضمان المتلف بالتسبب تدلُّ على ضمان المكره.

قلت: كلاً فإن أدلَّة كون الإتلاف موجباً للضمان لا تشمل ما نحن فيه، لأنَّه ليس لنا عموم لفظي فيه حتَّى يشمل بعمومه لما نحن فيه ممَّا يكون فيه المباشر ضعيفاً ليس له اختيار تام، بل إرادته مقهورة تحت إرادة الغير. و أدلَّة ضمان المتلف بالتسبب أيضاً منصرفه عمَّا نحن فيه، لأنَّه تدلُّ على الضمان بالتسبب إذا لم يتوسَّط أمر اختياري إرادي. نعم، يمكن أن يقال: إنَّ أدلَّة الإتلاف تدلُّ على ضمان المكره - بالكسر - لأنَّ التلف مستند إليه حقيقة في نظر العرف، كما يقال: «بني الأمير المدينة» و ليس هذا استناداً مجازياً كما يتخيَّل، لأنَّ له مرتبة من الموجدية فيقال: «قتل السلطان فلاناً» و قد قتله عمَّاله بأمره فإسناد التلف إلى المكره واقع على نحو الحقيقة.

و يمكن الاستدلال على ضمان المكره بحديث «الرفع» الذي دلَّ على رفع «ما استكروها عليه»^١ فإنَّ معناه أنَّ الفعل الذي يكره المكلف عليه مرفوع في جعل الشارع. و إن كان المراد رفع آثاره و لكن بلسان رفع الموضوع في جعل الشارع، يعني يكون ذلك الفعل في نظر الشارع بما هو شارع معدوماً كأنَّه لم يكن، و لازمه

١ - الكافي ٢: ٤٦٢ / ١ / التوحيد: ٣٥٣ / ٢٤: الخصال: ١٧٧ / ٩: وسائل الشيعة ١٥: ٣٦٩، كتاب الجهاد.

أبواب جهاد النفس، الباب ٥٦، الحديث ١ و ٢.

رفع الضمان عنه، بناءً على تعميمه للأحكام التكليفية و الوضعية و ثبوته للمكره و لكن لا بطريق الأصل المثبت، بل لأجل أنَّ التلف الخارجي له استنادان: استناد إلى المكره، و استناد إلى المكره لأنَّه لا يمكن أن يصير ضائعاً بلا تدارك، و لكنَّ الخلاف في أنَّ الضامن هو المكره أو المكره. و لما كان هنا استنادان: استناد إلى المكره و استناد إلى المكره، و الأوَّل على نحو السببية و الثاني على نحو المباشرة و حديث الرفع رفع الضمان عن المباشر المكره فلازمه تأثير الاستناد الآخر في الضمان لعدم إمكان صيرورة مال المسلم ضائعاً، فلا بدَّ من ثبوت تدارك له و بعد رفع الضمان عن المباشر الذي أكره على التلف فيؤثر الاستناد الذي تلف إلى المكره في ضمانه، و هذا غير الوجه السابق الذي حاصله أنَّ المكره صار ضامناً لأنَّه كان في نظر العرف متلفاً لا المكره - بالفتح - .

مسألة: لو أقدم زيد طعاماً إلى إنسان فأكله فأما أن يقول له: «هذا طعامي» أو لا يقول، بل يضع عنده ليأكله بحيث يوهم أنَّه طعامه و ملك له و هو في كلتا الصورتين مال الغير، و إمَّا أن يقول: «هو مال الغير» ففي الصورة الأخيرة لا شبهة في أنَّه ضامن له للإتلاف و هو يعلم أنَّه مال الغير، و على الصورتين الأوليين فلا شبهة في ضمان الغار، لأنَّ يده عليه عدواني إمَّا من أوَّل الأمر أو في ذلك الحال إن كانت من أوَّل الأمر أمينة، لأنَّها بهذا التصرف صارت عادية فتصير ضامنة. و كذا الإشكال أيضاً في أنَّ المالك إن رجع على المغرور يكون له الرجوع إلى الغار للقاعدة المستفادة من الروايات في أبواب الفقه: «أنَّ المغرور يرجع إلى من غره». إنَّما الإشكال في ضمانه و أنَّه بهذا الإتلاف هل يكون ضامناً أم لا؟ ظاهر كلمات القوم هو عدم الضمان، لأنَّهم ذكروا: «أنَّ المباشر و السبب إذا اجتمعا فالضمان على

المباشر إلا أن يكون السبب أقوى»^١، ثم مثّلوا له بالمكره و المغرور. فهذا الكلام يدلّ على عدم ضمان المغرور كالمكره و أنّهما ضعيفان في المباشرة، ولكن يترأى من بعض كلماتهم الآخر ضمانه،^٢ فإنّهم ذكروا أنّ للمالك الرجوع إلى المغرور و لكنّه يرجع إلى من غرّه، و هذا دالّ على ضمان المغرور فظاهر كلماتهم متهافت، مضافاً إلى أنّ المكره إذا كان غير ضامن مع التفاته إلى أنّه مال الغير، فما الفرق بينه و بين المغرور؟ مع أنّ المغرور أولى بعدم الضمان فإنّه و إن كان ملتفتاً إلى الإلتلاف و لكنّه غير ملتفت إلى أنّه مال الغير بخلاف المكره، و على أيّ تقدير في المسألة وجهان:

الأوّل: هو الضمان، لأنّه متلف لمال الغير بالمباشرة فهو داخل في القاعدة المستفادة من النصوص: «من أتلف مال الغير فهو ضامن» و ليس العلم و العمد شرطاً في باب الضمان بالإلتلاف.

و الثاني: هو عدم الضمان، لأنّ العرف يسند التلف إلى الغار لأنّ المغرور ضعيف في مباشرته بالنسبة إلى الغار لأنّه مقهور في إرادته لجهله بأنّه مال الغير، فهو بما أنّه مال الغير لم يتلفه، بل بما هو مال المعطي و الأقوى هو الثاني.

١- ادّعى الإجماع في ذلك في كشف اللثام ١١: ٢٧٩؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٠١؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٤١ و ١٠٠-١٠١؛ لكن راجع في ذلك المجال: شرائع الإسلام ٣: ٢٣٧ و ٤: ٢٥٧؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٨٧، مسألة ١٠٢٢؛ رياض المسائل ١٤: ٢٣٦؛ الدروس الشرعية ٣: ١٠٧؛ اللعة الدمشقية: ٢٣٥؛ الروضة البهية ٣: ٥٦٨؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٤٤؛ جامع المقاصد ٦: ٢١٣ و ٢٢٩؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٦٤-١٦٥ و ١٥: ٣٨٠؛ قواعد الأحكام ٢: ٣٢٢ و ٣: ٦٥٨؛ جواهر الكلام ٣٧: ٥٦.

٢- راجع: شرائع الإسلام ٤: ٢٥٧؛ قواعد الأحكام ٣: ٦٥٨؛ اللعة الدمشقية: ٢٣٥؛ الروضة البهية ٣: ٥٦٦؛ جامع المقاصد ٦: ٢٢٧؛ كفاية الفقه ٢: ٦٥٠؛ الحقائق الناضرة ٢١: ٤٣٣؛ جواهر الكلام ٣٧: ٣٦ و ٥٧.

حكم اجتماع السببين في التلف

إذا اجتمع السببان كما إذا حفر زيد بئراً و وضع الآخر عنده حجراً فتعثر إنسان بسبب الحجر و وقع في البئر ففيه خمسة احتمالات:

الأول: الحكم بالتشريك في الضمان، لأنَّ فعل كل واحد منهما له دخل في التلف فإنَّه لو لا البئر لما حصل التلف و لو لا العثرة أيضاً لما حصل التلف.

الثاني: الحكم بضمان الأسبق وجوداً كحافر البئر في المثال و إن كان متأخراً تأثيراً.

الثالث: الحكم بضمان المتأخّر وجوداً كواضع الحجر في المثال أو حافر البئر إذا كان وضع الحجر مقدماً.

الرابع: الحكم بضمان المتأخّر تأثيراً.

الخامس: الحكم بضمان من كان فعله أسبق تأثيراً و إن كان متأخراً وجوداً.

أما الاحتمال الثاني و الرابع فدليله لا بدّ و أن يكون أدلّة حفر البئر، فإن مفادها أنّ حافر البئر ضامن، و هو المتقدّم وجوداً و المتأخّر تأثيراً فإنّ حفر البئر في المثال مصداق لكلا الاحتمالين. و هو مدفوع بأن الروايات الواردة في حفر البئر^١ ناظرة إلى مورد يكون التلف مستنداً إلى فعل الحافر لا إلى شيء آخر، و فيما نحن فيه وجود الحجر صار موجباً للعترة و هي للوقوع في البئر، فالتلف ليس مستنداً إلى البئر وحده.

و أما الاحتمال الثالث فلا دليل عليه، نعم نقل الفاضل الرشتي احتمالاً فيه عن

١-راجع: وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١ و ٢٤٥، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ و ١١.

الفاضل الهندي ووجهه^١.

و أما الخامس فهو المشهور بين الفقهاء،^٢ و دليله أن التلف مستند عرفاً إلى واضع الحجر الذي هو صار سبباً للعترة فصارت سبباً للوقوع في البئر، فكما أنه إذا دحرجه إنسان و ألقاه في البئر كان المباشر ضامناً فكذا هنا، و أما الروايات الواردة في: «أن كل من حفر بئراً في غير ملكه كان عليه الضمان» فمنصرفة عن هذا المورد، لأنها دالة على الضمان إذا كان التلف مستنداً إلى حفر البئر. و أما إذا توسط فعل اختياري من الغير في حصول التلف به فهو خارج عن منصرف إطلاق حفر البئر، سواء كان الفعل الاختياري سبباً أو شرطاً. و هذا القول غير بعيد.

و هل يفرق بين ما إذا كان المتقدم تأثيراً مقدماً وجوداً و بين إذا كان متأخراً وجوداً أم لا؟ يحتمل الأول بأن يقال: إن السابق تأثيراً إذا كان وجوده متأخراً فهو موجب للضمان، و أما إذا كان متقدماً وجوداً فالضمان على من كان فعله متأخراً في التأثير، كما إذا وضع إنسان حجراً في غير ملكه، ثم حفر آخر بئراً بجنبه فوق ثالث فيه بذلك الحجر فالضمان على حافر البئر.

و وجهه أن فعل واضع الحجر و إن كان متقدماً تأثيراً لكن التلف يستند إلى حافر البئر، لأن الحجر الموضوع لم يكن بنفسه موجباً لحصول التلف، و لكنه مدفوع بأن

١- رسالة في الغصب، المحقق الرشتي: ٤١ / السطر ١٩.

٢- راجع: جواهر الفقه: ٢٢٠؛ إرشاد الأذهان ٢: ١٩٧؛ المختصر النافع: ٣٠٦؛ قواعد الأحكام ٣: ٦٥٤ و ٦٥٨؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ١٦٢ - ١٦٧؛ تحرير الأحكام ٥: ٥٥٢، المسألة ٧٢٠٣؛ شرائع الإسلام ٤: ٢٥٧؛ اللعة الدمشقية: ٢٧٨؛ الروضة البهية ٤: ٤٨٣؛ إيضاح الفوائد ٤: ٦٦٣ و ٦٦٨ و ٧٥١؛ مسالك الأفيهام ١٢: ١٦٤ و ١٥: ٣٦٠ و ٣٨١؛ كشف اللثام ١١: ٢٦٣ و ٢٧٩ - ٢٨٠؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٣: ٤٠١؛ جواهر الكلام ٣٧: ٥٥ و ٤٣: ٩٦ و ١٠٠ و ١٤٦.

الضمان إن كان مشروطاً بالعلم أو الظنَّ بأنَّ فعله موجب لإتلاف مال الغير كان هذا التفصيل متوجّهاً، لأنَّ من كان فعله متقدّماً تأثيراً إذا كان متقدّماً وجوداً لا يكون عالماً ولا ظانّاً بأنَّ فعله موجب للتلف، بخلاف ما إذا كان متأخراً وجوداً مثلاً أنَّ واضع الحجر متقدّماً على حفر البئر ليس له علم ولا ظنَّ بأنَّ فعله موجب للتلف، بخلاف ما إذا كان وضعه للحجر متأخراً عن حفر البئر، و لكنّه باطل لعدم اشتراط الضمان بالعلم أو الظنَّ، بل هو ثابت مع الجهل أيضاً، فإذن لا فرق بين كون المتقدّم تأثيراً متأخراً وجوداً أو متقدّماً.

أحكام الغصب

اعلم أنَّ الفقهاء قد ذكروا للغصب أحكاماً ثلاثة: اثنان منها تكليفيان و واحد منها وضعي، والأولان عبارتان عن حرمة الغصب و وجوب الردّ إلى المالك و الأخير هو الضمان. و لكنّ التحقيق أن ليس له إلاّ حكمان تكليفي و وضعي و الأول هو حرمة الغصب و الثاني هو الضمان، و أمّا وجوب الردّ فليس حكماً على حده، بل هو منتزع عن تحريم الغصب لأنّه حرام حدوثاً و بقاءً، فلا بدّ من خروج المكلف عن عهدة هذا التكليف امتثالاً لنهي الشارع. و خروجه يحصل برّد المغصوب إلى مالكة فوجوب الردّ ينتزع عن هذا التكليف التحريمي فإنّ النهي عن شيء عين الأمر بضده العام، بمعنى أنّ واقع الأمر بالشيء يحصل بالنهي عن نقيضه فهو في مقام التحقق لا في مرتبة المفهومية.

فإذا كان الردّ واجباً فموضوع هذا الحكم و هو «الردّ» هل يحصل برفع الحيلولة بينه و بين المالك، أم لا بدّ من الإيصال إليه؟ الأقرب هو الثاني، لأنّ الردّ لا يصدق إلاّ بالإيصال إليه، و مجرد رفع الحيلولة لا يصدق عليه الردّ عرفاً، مضافاً إلى دلالة رواية «على اليد» فإنّ الضمان المستفاد منها مغنّى بغاية هي «التأدية» و مفاد التأدية هو الإيصال إلى المالك، فمجرد رفع الحيلولة مع كونه تحت يده لا يرفع الضمان، بل مفاد «على اليد ما أخذت» مع قطع النظر عن الغاية هو: أنّ العين المغصوبة ثابتة على اليد الآخذة و هي متعهدة لها. و معنى تعهدها هو استحقاق المالك للمطالبة المستتبع

لوجوب الردّ لتلازمهما، فما دام العين تحت يده تكون اليد ضامنة لها، وهذا الضمان مستتبع لاستحقاق المالك المطالبة فيجب عليه الردّ والإيصال إليه فما دام لم تصل إليه فتلك اليد ضامنة.

ثم إنَّ «الردّ» و «التأدية» هل يحصل بمجرد إيصال المال إلى مالكة بأيّ نحو كان ولو بنحو الضيافة أو العارية أو الوديعة أم لا؟ الأقوى هو الثاني؛ لأنّ الغاصب لا بدّ له من أن يرد إلى المالك ما سلبه عنه، والذي سلبه عنه هي العين التي كانت تحت استيلاء المالك بحيث كان له التصرف فيها على نحو الاستقلال أيّ نحو من التصرف، وإذا جعله تحت يده بعنوان الضيافة أو العارية أو الوديعة لم يرد المغصوب إليه على نحو ما كان أولاً؛ لأنّ يد الضيف أو المستعير أو المستودع تكون تبعاً ليد الغير وليست مستقلة في التصرف في المال. والغاصب يجب عليه ردّ الاستيلاء المسلوب عن المالك إليه.

وهل يحصل الردّ برّد المغصوب إليه على نحو الهبة أو البيع منه وإبرائه من الثمن أو لا؟ لا يبعد الأوّل لحصول الاستيلاء الذي سلب منه، فإنّه يكون مستقلاً في التصرف فيه.

هل الضمان باق على الغاصب بعد أن غصب المغصوب منه مال نفسه؟

إذا سرق المغصوب منه العين المغصوبة من الغاصب أو غصبه بتخيّل أنّه ماله، فهل يحصل للغاصب البراءة من الضمان أو لا؟ فيه وجهان:

من أنّ السلطنة الفاتئة قد عادت فلا ضمان على الغاصب.

ومن أنّ تلك السلطنة سلطنة ناقصة لتزلزلها وكونها في معرض الزوال في نظره

فالضمان باقي، و الأرجح هو الأول؛ لأنَّ الموجب لزوال الضمان هو وصول المال إلى المالك على نحو ما كان قبل الغصب و قد حصل. و ليس لعنوان «التأدية» موضوعية. و التعبير بـ«التأدية» في قوله بِإِشْرَافِهِ: «حَتَّى تُوَدِّيَ» محمول على الغالب، حيث لا تصل العين المغصوبة إلى المالك غالباً إلا بتأدية الغاصب. و من هنا يظهر مناط التفصيل الذي ذكره في «القواعد»^١ و هو: أَنَّ الغاصب إذا قدم الطعام المغصوب إلى المالك و قال: كله، فباعه يزول الضمان عنه، بخلاف ما إذا قال: كله، فأكله فَإِنَّهُ يأكله بعنوان أَنَّهُ مال الغير. فَإِنَّ زوال الضمان على الأول لأجل أَنَّ المالك إذا تَصَرَّف فيه بالبيع فهو بنظره تَصَرَّف عدواني فحصل له استقلال في التَصَرَّف بعد العدوان فحصلت له السلطنة الفاتئة، بخلاف الصورة الثانية فَإِنَّ أَكْلَهُ كان بعنوان أَنَّهُ مال الغير و يده عليه تبعية. و لذا ذكر جمع من الفقهاء: أَنَّ الغاصب إذا أعار العين المغصوبة من المالك و قال: هي عارية مضمونة يسقط الضمان عن الغاصب،^٢ لَأَنَّهُ إِنْ كان ضامناً فمعناه أَنَّ العين إذا تلفت يكون للمالك تضمينه فإذا رجع إليه يرجع هو أيضاً إلى المالك، فضمانه بلا فائدة بعد ثبوت الضمان على المالك. و لكنَّه غير تامٍّ، لأنَّ ضمان المالك صوري لا واقعي لعدم معقولية ضمان الإنسان مال نفسه فالضمان باقي على الغاصب، و العارية المضمونة مثل الغير المضمونة في أَنَّ وصول المغصوب إلى مالكة بنحو العارية لا يوجب سقوط الضمان عن الغاصب لعدم عود السلطنة الفاتئة و عدم استقلاله في التَصَرَّف فيه.

١ - قواعد الأحكام ٢: ٢٢٥؛ راجع: تذكرة الفقهاء ١٩: ١٨٧، مسألة ١٠٢٢؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٣٧؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٤٢.

٢ - راجع: تحرير الأحكام ٤: ٥٣٧؛ تذكرة الفقهاء ١٦: ٢٧٤، المسألة ١١٢.

وجوب ردّ المغصوب مادام باقياً

يجب ردّ المغصوب ما دام باقياً، ولو تعرّس و اقتضى هدم البناء أو خراب السفينة كالخشبّة تستدخل في البناء أو اللوح في السفينة، ولكن قد ذكر المحقّق الرشتي رحمته الله^١ في المحكيّ عنه احتمالات ثلاثة في المسألة:

الأول: وجوب الردّ وإن كان مستلزماً للضرر لأنّه أقدم على ذلك بغضبه، و لقوله: «أنّ الحجر اللبنة المغصوبة في الدار رهن على خرابها»^٢.

الثاني: عدم وجوب الردّ و لزوم ردّ القيمة، لقاعدة «نفي الضرر»، وأنّه لا ضرر في الإسلام الحاكمة على أدلّة الأحكام الأولية التي منها وجوب الردّ فيما نحن فيه. الثالث: رعاية أهمّ الضررين.

ثمّ ردّ الوجه الأول بأنّ الإقدام على الضرر لا يوجب ثبوت الحكم الضري لعدم دليل على ذلك فإنّه لا دليل لنا يدلّ على أنّ الإقدام على أمر يترتب عليه الضرر أحياناً لا يمنع من توجّه الحكم الضري إليه و ثبوت الحكم الكذائي في مثل هذا المورد لا مانع له. نعم، لو أقدم المكلّف على عنوان الضرر فهو موجب لثبوت الحكم الضري، كما إذا أقدم على المعاملة الغبنية عالماً عامداً، فإنّه لا مانع من عدم جعل الخيار له و لو كان حكماً ضررياً باعتبار عدمه، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الغاصب لم يقدم على عنوان الضرر، بل أقدم على أمر قد يتفق فيه الضرر. و أمّا قوله: «أنّ

١- رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ٥٣-٥٥.

٢- هكذا في رسالة في الغصب، المحقّق الرشتي: ٥٣ / السطر ١٩، لكن في نهج البلاغة: ٥١٠، الحكمة

٢٤٠ «الحجر الغصيب في ...» وفي وسائل الشيعة ٢٥: ٣٨٦، كتاب الغصب، الباب ١، الحديث ٥

«الحجر الغصب في الدار ...».

الحجر اللبنة المغصوبة في الدار رهن على خرابها» فلا نفهم معناه فلا يصلح للاستدلال. و ربّما يقال: معنى «الرهن على الخراب» أنّ هذا البناء لا يبقى، بل هو فانٍ لأجل ذلك الغصب.^١

و فيه: أنّ الحكم بعدم وجوب الردّ لاستلزامه الضرر على الغاصب و هو منفى في الإسلام، و لو أقدم الغاصب عليه بعيد في الغاية، بل باطل لعدم تحقّق عنوان الضرر أصلاً، لأنّ معنى الضرر هو سلب مال الغير و ما يكون ملكاً له و له سلطنة عليه، و هذا مفقود فيما نحن فيه لأنّ كون الغاصب مستحقّاً لبقاء بنائه موقوف على كونه مالكاً لجميع أجزائه التي منها العين المغصوبة و مستحقّاً لإدخالها في بنائه، فإذا لم يكن مالكاً لها و لإدخالها في البناء فلا استحقاق له لبقاء بناءه لأنّ البناء على المغصوب لا حرمة له فإذا لم يكن مالكاً لبقائه على ما هو عليه فالحكم بوجوب ردّها و لو كان مستلزماً لخرابه ليس حكماً ضررياً، و خرابه ليس ضرراً لعدم سلب ما كان ملكاً له، بل كان بقاء تلك العين المغصوبة في البناء نفعاً له فإذا لم يبق هذا النفع له لا يقال: أنّه تضرّر فمقتضى القاعدة وجوب الردّ على الغاصب و إن استلزم الخراب. نعم إن كان ردّ المغصوب موجباً لتضرّر الغير فهذا الحكم صحيح.

هذا إذا كان موجباً للضرر المالي، و أمّا إذا كان ردّ المغصوب موجباً لتلف النفس فلا يجب الردّ كما إذا غصب خيطاً، ثمّ ظهر في بدنه قرحة و جراحة فخطأها الطبيب بذلك الخيط، لأنّ الردّ موجب لتلف نفس محترمة.

و إذا غصب ساجة و أدخلها في السفينة، ثمّ طالبها المالك يجب عليه ردّها، و إن طالبها في لجة البحر إذا لم يكن فيها مال الغير الغاصب أو كان و لكن كان ذلك الغير

عالمًا بالغصب وإن كان الردّ مستلزمًا لتلف تلك الأموال، لما قلنا إنّ هذا لا يعدّ ضررًا لأنّه ليس مالكًا لمحفوظية أمواله من الفرق فعلاً لتوقّفها على كونه مالكًا لتلك الساحة المستدخلة في السفينة وبقائها فيها وهو غاصب لها، فلا يكون مالكًا لتلك المحفوظية فلا حرمة لتلك الأموال.

نعم، إن كان فيها مال لغير الغاصب و كان جاهلاً بالغصبية أو كان الردّ موجباً لتلف نفس محترمة و لو كانت نفس الغاصب فلا يجب ردّ عينها، بل يجب عليه ردّ بدله حتّى تصل السفينة إلى الساحل، ولا مانع فيه من التمسك بقاعدة «لا ضرر» إذا كان مستلزمًا لتلف مال غير الغاصب الجاهل بالغصب لأنّه مال محترم والحكم بوجود الردّ ضروري يرفع القاعدة.

ثم إنّ وجوب الردّ ليس موقوفاً على مطالبة المالك، بل هو ثابت وإن لم يطالب، لأنّه قد سبق أنّ وجوب الردّ ليس حكماً مستقلاً وراء تحريم الغصب، بل هو منتزع منه فإنّ الغصب حرام حدوثاً وبقاءً؛ لأنّه ظلم وهو حرام وبيع شرعاً و عقلاً إحداثاً وبقاءً. و امتثال نواهي المولى لازم، فيجب عليه إعدام هذا القبيح والحرام و إعدامه بردّ العين المغصوبة إلى مالكها فمن أول زمان الغصب يجب ردّ عين المغصوب.

حكم ما لو غيّر الغاصب المغصوب

إذا تغيّر العين المغصوبة في يد الغاصب فهو إمّا بحدوث زيادة فيها أو نقصان أو امتزاج. و النقصان إمّا يكون في قيمتها السوقية أو في جزء منها أو في وصفها. أمّا النقصان باعتبار القيمة السوقية فهو ليس مضموناً على الغاصب و عليه اتفاق علماء

الإسلام غير أبي الثور من العامة^١ لعدم دليل على ضمانها لأنَّ الفاتت رغبات الناس لا شيء من المغصوب، و هي ليست وصفاً معتبراً فيها حتَّى يقال: أنَّه فات تحت يد الغاصب. و أمَّا رواية «على اليد» فهي أيضاً غير دالَّة على ضمانها لأنَّ الذي هي دالَّة عليه هو ضمان المأخوذ و هو ليس إلَّا نفس العين و هي باقية فرضاً.

فإن قلت: فكيف يحكمون في صورة تلف العين أنَّ عليه أدائها بنوعيتها و إن تعذرت فبماليتها، فمن هذا يعلم أنَّ ماليتها أيضاً مضمونة.

قلت: كلا لأنَّ الذي كان مضموناً على الغاصب هو نفس العين المأخوذة بشخصيتها. غاية الأمر: إذا كانت موجودة يجب ردُّها بشخصيتها و إن صارت تالفة يجب ردُّها بما أمكن إمَّا بنوعيتها أو بماليتها، فردَّ المالية ليس باعتبار أنَّها كانت مضمونة، بل الذي كان مضموناً هو نفس العين الشخصية، بل باعتبار أنَّه ردُّها ببعض مراتبها؛ لأنَّ الذي يجب عليه هو ردَّ العين فإذا تعذَّر ردُّها بشخصيتها وجب ردُّها بما أمكن من المراتب و هو ليس إلَّا ردَّ ماليتها الذي هو ردُّها ببعض مراتبها.

و أمَّا حديث: «لا ضرر»^٢ فهو أيضاً لا دلالة له على المدَّعى،^٣ لأنَّا قد قلنا: إنَّ الضرر هو سلب مال الغير، و الفرض أنَّ القيمة السوقية ليست مالاً و ملكاً للمالك، بل ملكه لم يكن إلَّا نفس العين الشخصية و هي موجودة فلم يسلب عنه مال، و لا

١ - فتح العزيز ١١: ٢٩١؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٤٠٠؛ روضة الطالبين ٤: ١٢١؛ حلية العلماء ٥: ٢١١؛ و

راجع: الخلاف ٣: ٤٠٤، المسألة ١٥؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٣٧، مسألة ١٠٤٩؛ مسالك الأنهار ١٢: ١٨٢.

٢ - الكافي ٥: ٢٩٢ / ٢ و ٢٩٤ / ٧ و ٨؛ الفقيه ٣: ١٤٧ / ٦٤٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ / ٦٥١؛ وسائل

الشيعة ٢٥: ٤٢٨ - ٤٢٩، كتاب إحياء الموات، الباب ١٢، الحديث ٣ - ٥.

٣ - استدلَّ به صاحب الرياض. راجع: رياض المسائل ١٢: ٢٧٦.

فرق فيما ذكرنا بين ما لو نقصت القيمة السوقية أو ذهبت ماليتها بالكلفة كما إذا غصب جمدًا في الصيف و ردّه في الشتاء، لأنّ الفرض عدم دليل على ضمان نقص القيمة و هو لا يفرق فيه بين نقص بعضها أو كلّها.

و أمّا إن كان النقصان باعتبار ذهاب جزئها فهو مضمون، لأنّ مفاد رواية: «على اليد» هو ضمان الغاصب العين المغصوبة، و هو لا يفرق بين جزئها و كلّها، و أيضاً لا فرق في الجزء بين أن يكون قيمته مساوية لقيمة الكلّ أو أنقص، كما إذا غصب عبداً فذهبت عيناه في يده فإنّ قيمتها بقدر قيمة تمام العبد فإنّ الواجب أداء تلك القيمة لأنّها عوض شرعي لذلك العضو و يرّد العبد أيضاً إلى مالكه.

و لا يتوهم أنّ العبد يصير ملكاً للغاصب بعد أداء القيمة لأنّه بشخصه موجود يجب ردّه إلى المالك، و لكن لما نقص جزء منه يجب ردّ بدله و هو مساوٍ لبدل الكلّ و هذا لا يوجب كونه مالكا للعبد. فما عن العلامة عليه السلام من: «أنّ المالك مخير بين أن يأخذ القيمة و يسلم العبد إلى الغاصب و بين أن يمسه و لا يأخذ القيمة»^١ فهو ضعيف، و ما ذكره قياس على مورد الجناية فإنّ في ذلك المورد يتخير المالك بين أخذ العوض الشرعي الذي هو مساوٍ لتمام قيمته و تسليم العبد إلى الجاني و بين إمساكه و عدم أخذ الدية.

١- هذا كلام الشيخ في الخلاف و المبسوط لا العلامة. و نقل المحقق عنه في الشرائع. و أمّا كلام العلامة هكذا: «و لو جني عليه بما فيه القيمة، فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة، سواء باشر الغاصب أو الأجنبي...». راجع: الخلاف ٣: ٤٠٠ - ٤٠١، المسألة ٩: المبسوط ٣: ٦٢ - ٦٣، شرائع الإسلام ٣: ٢٤١؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٢٦.

لو غصب البذر أو البيض فأثمر

إذا غصب حبّاً فزرعه أو بيضاً فاستفرخه، فعن الشيخ رحمته في كتاب الغصب من «المبسوط» و «الخلاف» أن الزرع و الفرخ للغاصب و عليه قيمة الحبّ و البيض،^١ محتجّاً عليه بأنّ عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، بل عنه في «الخلاف»: «أنّ من يقول: إنّ الفرخ عين البيض و إنّ الزرع عين الحبّ مكابر».^٢ و عن السيّد في «الناصريات»^٣ و الشيخ في «الخلاف» في باب الدعاوي،^٤ و «المبسوط» في باب العارية^٥: «أنّ النماء ملك للمغصوب منه» و عليه الأكثر.^٦ و لذا قال ابن إدريس: «فقد دخل رحمته في من يكابر».^٧ و لا يخفى أنّ كتاب «المبسوط» وضع للتفريعات و كتاب «الخلاف» للمسائل الخلافية بين علماء الإسلام و ليسا معدّين لضبط المسائل الأصلية المتلقّاة عن الأئمّة، فلذا لا يستكشف من فتوى الشيخ في هذين الكتابين نصّ في المسألة. نعم، كتاب «النهاية» للشيخ لمّا

١- المبسوط ٣: ١٠٥؛ الخلاف ٣: ٤٢٠-٤٢١، المسألة ٣٨.

٢- الخلاف ٣: ٤٢١، المسألة ٣٨.

٣- مسائل الناصريات: ٣٨٧، المسألة ١٨٢.

٤- الخلاف ٦: ٣٤٤، المسألة ١٧.

٥- المبسوط ٣: ٥٦.

٦- غنية الزروع ١: ٢٨٠؛ السرائر ٢: ٤٣٤ و ٤٨٢؛ كشف الرموز ٢: ٣٨٥؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤٧؛

المختصر النافع: ٢٤٩؛ الجامع للشرائع: ٣٤٧؛ مختلف الشيعة ٦: ٨٣، المسألة ٧٠؛ تحرير الأحكام ٤:

٥٣٨؛ الدروس الشرعية ٣: ١١١؛ المهذب البارع ٢: ٣٨٥؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٣٦؛ جواهر الكلام

٣٧: ١٩٨.

٧- السرائر ٢: ٤٨٢ و ٤٨٣.

وضع لضبط المسائل الأصلية المتلقاة عن الأئمة عليهم السلام فإن كان ذلك الفتوى المذكور في هذا الكتاب كان استكشاف النص فيه ممكناً فليس لنا في المسألة نص. و مقتضى القاعدة أن النماء ملك للمغصوب منه، لأن الحبّ والبيضة ملك له، والفرض أنهما لم يتلفا، بل تغيرت صورتها فيجب ردّها إلى المالك، وإن نقصت قيمة الحبّ والبيض بسبب ذهاب بعض أجزائها يجب ردّ بدل ما فات منهما، لما قد سبق^١ من أن الأجزاء الفائتة تحت يد الغاصب يجب تداركها، ولا يتوهم بقاء تلك الأجزاء في ضمن النماء لأنّ النماء يحصل بعد ذهاب مقدار من الأجزاء وبقاء الأجزاء التي هي من مقومات ذلك النماء.

و محصل ما سبق: أن العين المغصوبة إذا نقصت في يد الغاصب بسبب تلف جزء منه، فإذا كان ذا قيمة فهو ضامن لها و يجب عليه ردّها مع العين إلى المالك، سواء كانت قيمته مساوية لقيمة الكلّ أو أنقص. نعم، إذا لم يكن له قيمة و لم تتغير قيمة الكلّ فلا شيء عليه، بل يجب عليه ردّ العين خاصّة وإن تغيرت قيمته فيلزم ردّ تفاوتها.

و لكن في المسألة احتمال آخر و هو الحكم بثبوت الأرض مطلقاً، و لكنّه مخصوص بما إذا كان فقدان ذلك الجزء موجباً لنقصان قيمة الكلّ، و أمّا إذا لم يوجب، بل صارت أزيد أو بقيت على حالها، فليس عليه شيء كما إذا ذهب خصيتا العبد و زادت قيمته لأجل صيرورته خصباً و لازمه عدم كون الغاصب ضامناً لشيء في هذه الصورة^٢ و هو مناف للقاعدة المستفاد من حديث: «على اليد

١- تقدّم في الصفحة ٣٦٦ و ٣٦٩.

٢- راجع: المبسوط ٣: ٦٤؛ الشرائع ٢: ٤٨٨؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤١؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٠٦، مسألة

ما أخذت»،^١ لأنَّ الفرض أنَّ الجزء التالف يكون ذا قيمة فإن قلنا إنَّه ليس ضامناً له يلزم أن لا يكون عليه ردَّ العين التالفة و لا ردَّ قيمتها مع كونها ذا قيمة و مالية و هو مناف لضمان الغاصب ما يتلف في يده.

و إذا تلف وصف في يد المغصوب، كما إذا نسي العبد الكتابة و نقصت قيمته فعليه ضمانه، و مثل ما إذا كان صحيحاً فصار مريضاً كذلك و إذا زال وصف في المغصوب، ثمَّ عاد كما إذا كانت سميكة فصارت مهزولة، ثمَّ عاد السمن أو كانت صحيحة، ثمَّ صارت مريضة، ثمَّ عادت الصَّحَّة أو غصب حنطة فزرعها فنبتت فهل اللازم ردَّ العين خاصَّة من دون تدارك لما فات أو يجب تداركه - لأنَّ ما حدث حادث في ملك المغصوب منه و المعدوم لا يعاد - أو التفصيل بين ما يعدَّ في نظر العرف عين الأوَّل فلا يجب تداركه و ما لا يعدَّ كذلك، بل يعدَّ شيئاً حادثاً فعليه ضمانه؟ الأقرب هو الأخير فإنَّ الصَّحَّة مثلاً إذا زالت، ثمَّ عادت ترى عين الأولى لأجل أنَّ زوالها كان لخروج الأخلاط عن حدِّ الاعتدال فإذا عادت فليست أمراً حادثاً، بل هي عين الأولى لعود الأخلاط إلى حالة الاعتدال، وكذا نسيان الصفة في العبد فإنَّ زوال هذا الوصف كان لأجل حدوث مانع و حاجب في نفس العبد فنسيته، فإذا عادت فليست أمراً حادثاً، بل في الحقيقة زال الحاجب و المانع عن

^١ ١٠٣٢: قواعد الأحكام ٢: ٢٣٢؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٣٤؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٨٣ - ١٨٤؛ جامع المقاصد ٦: ٢٨٤؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٩٩؛ كفاية الفقه ٢: ٦٤٧؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٣٦؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٢٨.

١ - عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣٨٩ / ٢٢: مستدرک الوسائل ١٤: ٨؛ كتاب الودیعة، الباب ١، الحديث ١٢: المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذی ٢: ٣٦٩ / ١٢٨٤، الباب ٣٩.

تذكره. نعم إذا نسبها بحيث احتاج إلى تعليم جديد فعادت بعد التعلم بعد أمراً جديداً لا عين الأولى ففي هذه الصورة يضمن الغاصب بدل النقصان؛ وكذا إذا كانت الجارية سميئة فصارت مهزولة، ثم عادت السمن فلا يعدّ السمن الحادث عين الأول ففي أمثال هذه الصور على الغاصب ضمان الفائت.

لو غصب عصيراً فصار خمرأ ثم صار خلأ

لو غصب عصيراً فصار خمرأ، ثم صار خلأ، فالمشهور^١ أنه يجب ردّه إلى المالك ولو نقصت قيمة الخلّ عن قيمة العصير ضمن الأرض ولكن إن تمّ الإجماع في ذلك كله وكان في المسألة إجماع فهو وإلا فلا يخلو عن إشكال؛ ضرورة أنه بصيرورته خمرأ خرج عن ملك المالك و صار في ذمّة الغاصب المثل لأنّه تلف أو بمنزله فإذا صار خلأ فلا دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح يملكه من يسبق إليه أو يكون من هو في يده أولى به. وعلى كلّ حال فلا دليل على عوده إلى المالك، وما يتصوّر من الدليل عليه أحد الوجهين.

الوجه الأوّل: أن يقال: إنّ العصير وإن خرج بالخميرية عن ملك ماله إلا أنّ حقّ الأولوية باقي، ومعناه أنّ للمالك إمساكه لا تخلّاه خلأ فإن أخرج الغير ذلك الخمر عن يده يكون ظالمأ له فلمّا كان ذلك الحقّ باقياً فهو كان أولى به فإذا صار خلأ يصير ملكاً له.

١ - الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢١؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤٧؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٤٨ وراجع: قواعد الأحكام ٢: ٢٣٣؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٥٥، مسألة ١٠٦٢؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٣٥؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٨٥ - ١٨٦؛ الدروس الشرعية ٣: ١١٢؛ جامع المقاصد ٦: ٢٩٣؛ مسالك الأنهار ١٢: ٢٣٧؛ مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٥٣؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٥٢.

و الوجه الثاني: أن يقال: إنَّ العَصِيرَ وإن خرج بالخميرية عن ملكه إلَّا أنَّ ملكيته لم تزل بالكلِّية، بل كان ملكه ذا مَادَّة و صورة عصيرية فإذا صار خمراً زالت صورته العصيرية و حدثت الصورة الخمرية، فالملكية زالت بالنسبة إلى الصورة و لكنَّها باقية بالنسبة إلى المادَّة.

غاية الأمر: أنَّ الصورة الخميرية إن بقيت إلى الأبد فباعتبار بقائها و عدم إمكان انفكاكها عن المادَّة ليست قابلة للملك، و أمَّا إذا تغيَّرت الصورة الخميرية و حدثت الصورة الخلِّية فهي باقية تحت يده و على ملكيته و لكنَّ الوجه الأوَّل أيضاً يرجع إلى الوجه الثاني؛ لأنَّ حقَّ الأولوية في الحقيقة منتزع منه عرفاً لأجل بقاء الملكية بالنسبة إلى المادَّة، لكنَّ العرف لا يفهم هذه الدقَّة، و لذا يحكم بثبوت حقَّ الأولوية، و هو أيضاً مخدوش لأنَّ حقَّ الأولوية لم تكن في السابق و لا دليل على حدوثه، إلَّا أن يقال: إنَّ بناء العقلاء على ذلك و الشرع قد أمضاه على نحو الإجمال، و يدلُّ عليه قوله: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^١ و هي عبارة عن كون مال واحد ملكاً لشخصين أو أزيد بحيث يكون كلُّ جزء منه و إن كان هو الجزء الذي لا يتجزَّى عند المتكلِّم ملكاً لهما بنحو التناصف أو التثالث أو نحوهما.

١ إذا غصب ساجة وجعلها جزءاً من سفينة

لو غصب لبنه أو ساجة وأدخلها في بناء بحيث لا يمكن ردها إلا بهدمه، فهل يجب عليه ردها حينئذٍ مطلقاً، أو لا يجب كذلك، أو يفصل فيه بين ما إذا كان الضرر الوارد على الغاصب على فرض الرد أكثر مما يرد على المالك على فرض عدمه وبين ما إذا كان أقل، فيقال بالوجوب على الثاني دون الأول؟ وجوه. واستدل المحقق الرشتي رحمته الله على الأول بما حاصله: أن الرد وإن كان يستلزم الضرر ولكنه ضرر أقدم عليه الغاصب بإقدامه على الغصب فلا يكافئ للضرر الوارد على المغصوب منه من جهة إمساك ماله المحترم.

و أجاب عنه بما ملخصه: أن الإقدام على الضرر على نحوين:

الأول: أن يكون الإقدام على نفس عنوان الضرر كاشتراء المثلن بأزيد من ثمن المثل مع العلم أو بيعه بأنقص منه كذلك وكإسقاط الخيارات المجعولة لجبران الضرر.

الثاني: أن لا يكون الإقدام على نفس عنوان الضرر، بل يكون الإقدام على شيء قد يتقرب ترتب الضرر عليه كما فيما نحن فيه، فإن الإقدام على الغصب إقدام على النفع يزعم الغاصب. غاية الأمر: أنه قد يترتب عليه الضرر والإقدام الرافع لحرمة

١ - جزوة في تميم مسائل الغصب ^(١) وقد ذكر فيها بعض مسائل الشركة أيضاً وهي مما استفدناه من محضر حضرة الأستاذ العلامة الحاج آقا حسين البروجردي مع الله المسلمين بطول بقائه. الأحقر حسينعلي المنتظري الأصفهاني.

أ - وقد ذكر بعض مسائله في المباحث السابقة.

الضرر إنما هو إذا كان على النحو الأول دون الثاني،^١ انتهى كلامه.

و يمكن أن يستدل على الوجه الثاني بقاعدة لا ضرر فإنها حاکمة على جميع الأحكام الأولوية التي منها وجوب ردّ المغصوب. و وجه التفصيل ظاهر. و الأقوى في المسألة هو الوجه الأول. و به قال المحققون منّا و الشافعي و مالك و أحمد من فقهاء العامة^٢. و حكى عن أبي حنيفة^٣ أنه يجب عليه حينئذ ردّ القيمة، بل حكى عنه أن مطلق التصرف في العين المغصوبة يوجب دخولها في ملك الغاصب و إن كان التصرف بمثل إدخالها في البناء مثلاً. و هذا باب واسع لتملك أموال الناس بغير إذنهم فتحه أبو حنيفة مع كونه مستلزماً لتأسيس فقه جديد. دليلنا على ما اخترناه: - مضافاً إلى أن الغاصب قد هتك احترام ماله بيده و أقدم بنفسه على ما يضره - أن الذي يحصل للغاصب من جهة ردّ العين ليس هو الضرر، بل هو عبارة عن عدم النفع فلا مساس لقاعدة الضرر بهذه المسألة.

١- رسالة في الغصب، المحقق الرشتي: ٥٣ / السطر ٩.

٢- لم ينقل الخلاف في المسألة إلا عن أبي حنيفة راجع: الخلاف ٣: ٤٠٨، المسألة ٢٢: المبسوط ٣: ٨٦ و ٨٧، الررائر ٢: ٤٨٤؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٣٩؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٣١٦، مسألة ١١١٥؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٢٧؛ المختصر النافع: ٥٢٦؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥؛ إيضاح الفوائد ٢: ١٨٧ - ١٨٨؛ الدروس الشرعية ٣: ١٠٩؛ جامع المقاصد ٦: ٣٠٤؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٧٦؛ الروضة البهية ٣: ٥٧٠؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٢٠؛ كفاية الفقه ٢: ٦٣٨؛ رياض المسائل ١٢: ٢٦٨؛ جواهر الكلام ٣٧: ٧٥؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٨١.

و راجع أيضاً: مختصر المزنّي: ١١٨؛ المجموع ١٤: ٢٧٠؛ بداية المجتهد ٢: ٣١٩؛ المبسوط، السرخسي ١١: ٩٣؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٤٢٩.

٣- المجموع ١٤: ٢٧٠؛ بداية المجتهد ٢: ٣١٩؛ المبسوط، السرخسي ١١: ٩٣؛ بدائع الصنائع ٧: ١٤٩؛ و راجع: الخلاف ٣: ٤٠٩، المسألة ٢٢؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٣١٦، مسألة ١١١٥؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٧٥.

و تحقيق ذلك: هو أَنَّ الضرر المنفي في الحديث الشريف^١ عبارة عن سلب السلطنة الموجودة لشخص من جهة مالكيته واجداً لعين أو منفعة أو حق، فما لم يكن الشخص مالكاً للشيء و محققاً له لا يكون سلبه عنه ضرراً حتى ينفي بقاعدة «الضرر»، مثلاً لو فرض أن زيداً كان مالكاً لأرض بلا جدران و كان كل واحد من جوانبها الأربعة ملكاً لأحد فأقام كل واحد من الجيران جداراً لحفظ ملكه فصار ملك زيد محفوظاً بالتبع بسبب تلك الجدران، ثم أراد واحد منهم هدم جداره فهدم الجدار و إن كان يسلب المحفوظية عن ملك زيد و يكون ضرراً عليه بالنظر البدوي و لكنه ليس في الحقيقة ضرراً، بل هو سلب النفع؛ إذ هو لم يكن مالكاً لهذه المحفوظية حتى يكون سلبها عنه ضرراً.

و بالجملة: فالضرر عبارة عن سلب المالكية الموجودة، و الموجود فيما نحن فيه هو سلب النفع لا الضرر؛ إذ قوام البناء الذي بناه الغاصب إنما هو باللبننة المغصوبة، و حيث أنه ليس مالكاً لنفس اللبننة فليس مالكاً لقوام هذا البناء أيضاً؛ إذ هو من آثارها و مما يتوقف عليها.

و بعبارة أخرى: الهيئة الاتصالية الحاصلة للبناء التي هي أمر وحداني أمر موقوف على اللبننة المغصوبة فليس الغاصب مالكاً لهذه الهيئة من جهة عدم مالكيته لهذه اللبننة فلا يكون إزالة الهيئة و هدم البناء ضرراً على الغاصب، بل هو سلب منفعة عنه فلا مساس لقاعدة الضرر بهذا المورد، فتأمل في المقام فإنه يفتح منه باب واسع في كثير من المسائل.

١ - الكافي ٥: ٢٩٢ / ٢ و ٢٩٤ / ٨؛ الفقيه ٣: ١٤٧ / ١٤٨؛ تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦ / ٦٥١؛ وسائل

الشيعة ٢٥: ٤٢٨ - ٤٢٩، كتاب إحياء الموات، الباب ١٢، الحديث ٣ و ٤.

و لو غصب الساجة و جعلها جزءاً من سفينة و كانت السفينة محتوية على مال التجارة مثلاً، فهل يجوز للمالك مطالبة عين الساجة في لجة البحر و إن أدى أداؤها إلى غرق مال التجارة؟ و هل يجب على الغاصب أداؤها أم ينتقل إلى القيمة؟^١ فيه تفصيل، فإنّ المال الموجود في السفينة إن كان ملكاً للغاصب أو ملكاً لغيره مع كون هذا الغير عالمًا بكون هذه السفينة الحاملة لماله متقومة بالساجة المغصوبة فالحقّ هو الوجه الأوّل فإنّهما ليسا بمالكين لمحفوظية مالهما؛ إذ هي موقوفة على الساجة التي لا حقّ لهما عليه، و مال المسلم و إن كان محترماً و لكنّهما قد هتكا حرمة مالهما فلا وجه للانتقال إلى القيمة.

و إن كان المال ملكاً لغير الغاصب مع عدم علمه بكون الساجة مغصوبة فماله محترمة و إتلافه إضرار به فليس للمالك مطالبة على الساجة، بل ينتقل إلى القيمة من باب بدل الحيلولة. و يستحقّ أيضاً أجره عينه إلى حين وصول السفينة إلى الساحل، و لو توقّف على وجود الساجة حفظ نفس محترمة و لو كان نفس الغاصب فكذلك أيضاً كما هو ظاهر.

ردّ العين المغصوبة واجب

ردّ العين المغصوبة واجب، سواء طالبه المالك أم لم يطالب فهو غير مشروط بالمطالبة و وجه ذلك هو أنّ وجوب الردّ للعين المغصوبة ليس حكماً مستقلاً في قبال حرمة الغصب حتّى ترجع إلى دليله و ننظر إلى كونه مشروطاً بالمطالبة أو غير

١ - راجع: المبسوط ٣: ٨٦؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٣٩؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٣١٧، مسألة ١١١٦؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٢٧؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥؛ الدروس الشرعية ٣: ١٠٩ - ١١٠؛ مسالك الأفهام ١٢: ١٧٦؛ جامع المقاصد ٦: ٣٠٤؛ الروضة البهية ٣: ٥٧٠؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٢١؛ كفاية الفقه ٢: ٦٣٩؛ رياض المسائل ١٢: ٢٦٩؛ جواهر الكلام ٣٧: ٧٧؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٨٤.

مشروط، بل هو حكم ينتزع من نفس حرمة الغصب؛ إذ الغصب عبارة عن الاستيلاء على مال الغير عدواناً، وكما أن أخذ مال الغير ابتداءً من مصاديق الاستيلاء المحرّم فكذلك إبقائه تحت اليد فكلاً كانت العين باقية تحت يد الغاصب صدق عليه الغصب والاستيلاء والفرض حرمتها وجوب التخلص عنهما. ويتحقق هذا في الابتداء بعدم أخذها من المالك وبعد الأخذ بردها عليه. فوجوب الرد إنما هو من جهة التخلص عن الاستيلاء البقائي الذي هو أيضاً من مصاديق الغصب المحرّم وحرمة الغصب وجوب التخلص عنه غير مشروطين بمطالبة المالك كما هو واضح، فتأمل.

لا يضمن تفاوت قيمة المغصوب السوقية

لو غصب العين و تنزّل قيمتها السوقية حين الردّ، فهل يضمن نقص القيمة أو لا، بل يجب ردّ العين فقط؟ الأظهر هو الثاني؛ إذ الدليل على الضمان هو قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» وما أخذه الغاصب هو نفس العين. والفرض أنّه أذاه فحصل غاية الضمان ومقايضة نقص القيمة بنقص الصفة كالكتابة ونقص الزيادة العينية كالسمن في غير محلّها؛ إذ القيمة ليست من الصفات، بل هي أمر اعتباري فرضي، إذ معنى كون قيمة العين كذا هو أنّه لو بيع في الوقت الفلاني لأدّى المشتري في مقابله ثمناً كذاً ثانياً وهذا معنى فرضي فعده في عداد الصفات غير سديد. وبالجملة: فالمالية والقيمة ليستا من صفات العين، بل هما أمران فرضيان ينتزعان من اختلاف الرغبات فلا يشملهما حديث «اليد».

فإن قلت: لو لم تكن المالية ممّا يشملها الحديث فكيف يستدلّ به على ضمانها بعد تلف العين إن كانت قيمة؟

قلت: الاستدلال به لضمان المالية ليس من جهة كونها من صفات العين و ممّا أخذت بتبع العين، بل من جهة كون أدائها مرتبة ناقصة من مراتب أداء العين اللازمة عند تعذر المراتب الكاملة. وكيف كان: فلو كان المدرك لضمان اليد حديث: «على اليد» لما كان للقول بضمان نقص القيمة وجه بعد ردّ نفس العين.

نعم، لو استدلّ لضمان بقاعدة: «لا ضرر» كما استدلّ بها صاحب «الرياض»^١ و بعض من تأخّر عنه^٢ أمكن أن يقال بضمان نقص القيمة فإنّ غصب العين و إبقائها تحت اليد قد أوجبا تضرّر المالك من جهة أنّه كان متمكناً من بيع العين بقيمة عالية لو لم يقع الاستيلاء من الغاصب العدو، و لكنّه مع ذلك لا يخلو عن نظر؛ إذ الضرر المنفيّ كما عرفت عبارة عن سلب سلطنة الشخص و مالكيته عمّا كان واجداً له، و فيما نحن فيه لم يكن المغصوب منه مالكاً إلّا لنفس العين و القيمة كما عرفت أمر فرضي اعتباري و لم يكن مالكاً و واجداً لشيئين العين و المالية معاً حتّى يقال بضمان الثاني أيضاً مع ردّ العين.

نعم، يصدق حين الردّ قضية شرطية و هي أنّه لو لم يقع الغصب كان المالك متمكناً من بيع العين بقيمة عالية و لكنّها قضية تعليلية و لا مجال لتسمية مثل هذا ضرراً و إن صحّ تسميته بعدم النفع، فافهم و تأمل جيّداً.

اختلاط العين المغصوبة بعين آخر من الغاصب

لو غصب شيئاً، ثمّ امتزج في يده بشيء آخر، فهل يوجب الامتزاج هنا الشركة أو يحكم بوجوب ردّ البدل من جهة تعذر ردّ العين أو يفصل بين الاختلاط بالجنس

١- رياض المسائل ١٢: ٢٧٦.

٢- جواهر الكلام ٣٧: ١٢٣.

و بين الاختلاط بغيره؟ في المسألة وجوه، و صور المسألة كثيرة.

إذ الامتزاج قد يكون بالجنس و قد يكون بغيره، و على التقديرين فقد يكون بفعل الغاصب و قد يكون بفعل الأجنبي و قد يكون قهرياً، و على التقادير فإما أن يكون المالان بعد الاختلاط أيضاً متمايزين بحيث يمكن إفرازهما و لو بالعسرة كالحنطة بالشعير أو الحنطة الحمراء بالحنطة البيضاء، وإما لا يكونان كذلك، و ما امتزج بالجنس فإما أن يكون الممزوج به أجود أو يكون مساوياً أو يكون أردى، فإن اختلط بالجنس المساوي في الجودة و الرذانة و لم يمكن التميز كالزيت إذا اختلط بزيت آخر فالمشهور حكموا بالشركة،^١ و حكى عن ابن إدريس أنه قال بالانتقال إلى البدل؛ إذ العين صارت مستهلكة في ما امتزجت به و تعذر ردّها بشخصيتها و قال: «إنّ ذلك ممّا يقتضيه أصول المذهب».^٢ و يمكن الالتزام بكلامه عليه السلام؛ إذ الواجب على الغاصب كما ذكرناه كراراً هو ردّ العين بشخصيتها إن أمكن و إلّا فبنوعيتها إن كانت مثلية و بماليتها إن كانت قيمية، و فيما نحن فيه لا يمكن ردّ الشخصية. و القول بالشركة يوجب تضرر المالك؛ إذ مقتضاها عدم جواز تصرفه في ماله بدون إذن شريكه. و مقتضى حديث: «على اليد» هو ردّ عينه متى طلبها بحيث يتصرف فيها متى شاء، و لا يمكن ذلك فيما نحن فيه إلّا بأداء النوعية أو المالية و لا فرق حيثنّذ بين أن يؤدى النوعية من هذا الممتزج أو من غيره.

١- راجع: المبسوط ٣: ٨٠؛ إرشاد الأذهان ١: ٤٤٧؛ شرائع الإسلام ٣: ٢٤٤؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٣١١، مسألة ١١١٠؛ مختلف الشيعة ٦: ٨٢، المسألة ٦٨؛ قواعد الأحكام ٢: ٢٣٥؛ غاية المراد ٢: ٤٠٦؛ الدروس الشرعية ٣: ١١٠؛ جامع المقاصد ٦: ٣٠٢؛ مسالك الأنهار ١٢: ٢١٥؛ مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٤٤؛ كفاية الفقه ٢: ٦٥٢؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٧٦؛ جواهر الكلام ٣٧: ١٦٠.

٢- السرائر ٢: ٤٨٢.

اللهم إلا أن يقال: بأن الأداء من هذا الممتزج يوجب أداء الشخصية أيضاً ببعضها فهو أقرب إلى أداء نفس العين. و لو امتزج بالأجود أو بالأدون و فرض كون الممتزجين متساويين في الوزن مثلاً، فهل يحكم بالشركة بالتساوي أو بلحاظ القيمة؟ فيه وجهان، الأظهر هو الأول.

بيانه: أن القول بكون الامتزاج من أسباب الشركة ليس من جهة التعبد، بل من جهة أن الامتزاج موجد و محقق لما هو الموضوع لحكم العقلاء بالشركة و الإشاعة، إذ ما هو الموضوع لحكمهم بها عبارة عن كون أحد المالين بأجزائه متفرقاً في أجزاء المال الآخر و يكون أجزاء هذه متناثرة في أجزاء الآخر، بحيث لا يتميزان.

فمعنى كون مال واحد لمالكين على الإشاعة عبارة عند العقلاء عن كون كل واحد منهما مالاً لل نصف، و لكن أجزاء ماله قد اختلطت بأجزاء مال الآخر و تفرقت و تشتت فيها. و بالجملة: فالشركة و الإشاعة عبارتان عند العقلاء عن كون الشخص مالاً لشيء غير مفروز - كما سنبينه عن قريب أيضاً - ففيما نحن فيه بعد أن اختلط المالان صار موضوع حكم العقلاء موجوداً فلا محالة يحكم فيه بالشركة، فلو كان المالان متساويين وزناً، ثم اختلطاً فلم يتحقق بالاختلاط معاوضة بين المالين، بل الحاصل بالاختلاط هو صرف تفرق أجزاء أحدهما بأجزاء الآخر، فلا محالة يكون كل واحد من المالكين مالاً لعين ما كان يملكه قبل الاختلاط. غاية الأمر: أن ماله قبل الاختلاط كان مفروزاً و بعده كان مختلطاً، فافهم و تأمل جيداً.

و يمكن أن يوجه الثاني و يقال بحصول الشركة بلحاظ القيمة. بتقريب: أن اختلاط الجيد بالردي يوجب اكتساب الردي وصف الجودة من الجيد، فمالك الجيد - مضافاً إلى مالكيته له - يكون مالاً لوصف الجودة العارضة للردي فيصير شريكاً

مع مالك الردي في الردي، نظير ما حكموا بشركة مالك الصبغ في الثوب المصبوغ به.

مسائل الشركة

و الأولى عطف عنان الكلام من هنا إلى بيان أمتهات مسائل الشركة حتى يتبين بها الأمر فيما نحن فيه. فنقول: لا إشكال في وجود الإشاعة وصحتها عند الشرع، و يدل عليه قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾^١ و هي عبارة عن كون مال واحد ملكاً لاثنتين أو أزيد بحيث يكون كل جزء منه و إن كان هو الجزء الذي لا يتجزى عند المتكلم ملكاً لهما بنحو التناصف أو التثالث أو نحوهما من الكسور. و قد زعم بعض الأساطين^٢ أن كلاً من مالكي المشاع مالك لتمامه و لكن بالملكية الضعيفة و منشأ هذا التوهم هو ما رآه من استيعاب مالكية كل من المالكين لتمام الأجزاء.

و لا يخفى: أن هذا كلام شعري لا يناسب الفقه و اعتبار العقلاء. كيف و لو لاحظت أي جزء من المال المشاع لحكم العقلاء و أهل العرف بأن نصفه ملك لهذا و نصفه ملك لذاك و لا تجد فيه جزءاً يعتبر العقلاء كونه لأحدهما بتمامه و لو بالملكية الضعيفة.

و بالجملة: فالحاكم في باب الملكية هو العرف، و هم لا يحكمون في الإشاعة بمالكية كل من الشريكين لتمام المال، بل يحكمون بمالكية كل منهما للنصف أو الثلث أو نحوهما، فافهم و تأمل جيداً.

١- النساء (٤): ١٢.

٢- بلفظ الفقيه ٢: ٧٢ و ٣٨١ - ٣٨٢ و راجع: كتاب القضاء، الآشتياني: ٢٩٤ - ٢٩٥؛ هداية الطالب ٢:

ثمّ اعلم: أنّ اعتبار الإشاعة عند العقلاء اعتبار اختلاط الملكين و تفرّق أجزاء كلّ منهما في أجزاء الآخر، كما أنّ اعتبار القسمة اعتبار إفراد الملكين الذين تشتّت أجزائهما و تفرّقت أجزاء أحدهما في أجزاء الآخر فكان كلّ من الشريكين يفرز أجزاء ملكه بالقسمة عن أجزاء ملك الآخر و ليس اعتبار القسمة اعتبار المعاوضة عند العقلاء فلا يجري فيه أحكام البيع و إن أجراها بعضهم.

ثمّ اعلم: أنّ موجبات الإشاعة و الشركة أمور كثيرة:

الأول: الإرث، فإنّ موت المورث يوجب اشتراك الوراث في التركة.

الثاني: البيع مثلاً، كما لو اشتريا مالاً فإنّه يصير بينهما بالشركة.

الثالث: الحيازة، كما لو أخذ آنية و اغترفا بها من الدجلة مثلاً.

الرابع: القبض، كما لو آجرا داراً لهما بالشركة بعوض كلّي، ثمّ أقبضهما المستأجر فرداً من أفراد هذا الكلّي.

الخامس: الامتزاج.

و بالجملة فموجباتها كثيرة.

ثمّ إنّ الظاهر كون اعتبار المضاربة و المزارعة و المساقاة اعتبار الشركة لا المعاوضة، و ذلك من جهة أنّ التجارة أمر يتقوم برأس المال، و العمل و المنفعة الحاصلة مولودة من كليهما، فكان المالك و العامل يخلطان ما يملكانه من المال و العمل حتّى يكون الحاصل منهما لهما، و هكذا المزارعة و المساقاة. بداهة أنّ الحاصل من الزراعة و ثمرة الأشجار مولودان من الأرض و الأشجار و عمل الزارع و الساقى.

و بالجملة: فالعقود الثلاثة من أقسام الشركة. و لا معاوضة بين المالك و العامل، و لذا لا يجري فيها الغرر المبطل للمعاوضات.

فإن قلت: يلزم على ذلك تصحيح كل ما هو من هذا القبيل كما لو اشترك عدة كثيرة فأعطى واحد منهم البذر و آخر آلات الزراعة مثلاً و ثالث أرضها و رابع ماؤها و تصدي خامس للعمل على أن يكون الحاصل منها بينهم و كما لو اشترك ثلاثة في السقاء فأعطى واحد منهم الجمل و آخر الراوية و باشر الثالث للسقاية مع أنهم حكموا ببطلانها كما حكموا ببطلان شركة الوجوه والأبدان.^١

قلت: ليس لنا دليل عام يصح كل ما يصدق عليه عنوان الشركة، و لم نرد تصحيح كل ما صدق عليه هذا العنوان، بل أردنا أن نشير إلى أن اعتبار هذه العقود المصححة بأدلتها اعتبار الشركة لا المعاوضة.

و مما ذكره المتأخرون^٢ في موجبات الشركة عقد الشركة، و قد ذكروا أيضاً أنه يشترط في إيجابه للشركة مزج المالين، فاستشكل عليهم صاحب «الحدائق» بأن المزج عندهم تمام العلة لحصول الشركة و إن لم يحصل العقد فأى ثمرة ترتب على العقد؟ و بالجملة: إذا كان المزج بنفسه موجباً للشركة كما يدل عليه عددهم إياه في عداد موجباتها، فما معنى جعل العقد أيضاً من موجباتها مع اشتراطه بالمزج؟^٣

١- المقنعة: ٦٣٢؛ الانتصار: ٤٧٢؛ الخلاف: ٣: ٣٣٠. المسألة ٦ و ٧؛ النهاية: ٤٢٦؛ المراسم: ١٨٢؛ السرائر: ٣٩٩؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ كشف الرموز: ٢: ٩؛ المختصر النافع: ١٤٥؛ مختلف الشيعة: ٦: ١٩٥؛ المسألة ١٤٥؛ تذكرة الفقهاء: ١٦: ٣١٠-٣١٧؛ تبصرة المتعلمين: ١٠٣؛ قواعد الأحكام: ٢: ٣٢٦؛ إيضاح الفوائد: ٢: ٢٩٩؛ التنقيح الرائع: ٢: ٢٠٩؛ اللمعة الدمشقية: ١٤٣؛ الروضة البهية: ٢: ٥٤؛ المهذب البارع: ٢: ٥٤٥؛ جامع المقاصد: ٨: ١٣؛ مسالك الأفهام: ٤: ٣٠٧؛ كفاية الفقه: ١: ٦١٩؛ مجمع الفائدة والبرهان: ١٠: ١٩٣؛ مفتاح الكرامة: ٢٠: ٣٢٣.

٢- راجع: شرائع الإسلام: ٢: ٢٢٩؛ تذكرة الفقهاء: ١٦: ٣٢٦؛ تحرير الأحكام: ٣: ٢٢٧؛ قواعد الأحكام: ٢: ٣٢٦؛ التنقيح الرائع: ٢: ٢٠٨؛ جامع المقاصد: ٨: ١٤؛ اللمعة الدمشقية: ١٤٣؛ الروضة البهية: ٢: ٤٥٣؛ مسالك الأفهام: ٤: ٣٠٥ و ٣٠٧؛ مفتاح الكرامة: ٢٠: ٣٣١ و ٣٣٩؛ جواهر الكلام: ٢٦: ٢٩٠.

٣- الحدائق الناضرة: ٢١: ١٥٤.

و أجاب عنه صاحب «الجواهر» بما حاصله: أن العقد يوجب الشركة الواقعية بحيث ينتقل من كل من المتعاقدين بعض ماله إلى الآخر حقيقة. و هذا بخلاف المزج الواقع بدون العقد فإن الشركة هنا ظاهري بمعنى أن كلاً من المالكين باقي على ملك صاحبه الأصلي. غاية الأمر: أن الشرع حكم بترتيب أحكام الشركة.^١

و ما ذكره رحمته بعيد عن ما ذكره الفقهاء. و يدل عليه ظواهر كلماتهم كما أشار إليه هو أيضاً في ضمن كلامه، و الذي يقتضيه التبع في كلام القدماء من أصحابنا عدم وجود عقد لنا في عداد سائر العقود يسمى بـ«الشركة»، بل المزج كان تمام العلة لحصول الشركة.

غاية الأمر: أنه لما كان مقتضى الشركة عدم جواز تصرف أحد الشريكين إلا بإذن شريكه و كان الناس يريدون بمزج المال تصرف كل واحد من الشريكين بالبيع و الشراء ليحصل الفائدة لهما فلا محالة احتاج الشريكان إلى أن يوكل كل واحد منهما الآخر في جميع التصرفات التجارية أو يوكل أحدهما الآخر فقط من دون عكس بأن يفوض أمر التجارة إلى أحدهما، ثم شاع بينهم إجراء صيغة التوكيل و الإذن بلفظ «تشاركنا» و أمثاله فلفظ «تشاركنا» لا دخالة له في حصول الشركة و الإشاعة، و إنما المؤثر فيها عندنا هو المزج، و فائدة اللفظ الدالة على توكيل كل منهما الآخر في التصرفات، و لذا لا يجب في أداء هذا المقصود قول: «تشاركنا»، بل يكفي فيه مزج المالكين، ثم إذن كل منهما للآخر بأي لفظ كان من الألفاظ الدالة على الإذن في التصرف. فما ذكره المتأخرون في عداد سائر العقود و سموه بـ«عقد الشركة» لا أثر له في كلام القدماء، بل كان عندهم من شعب التوكيل.

و يدلّ على ما ذكرنا أنّهم حكموا بأنّه لو فسخ أحد الشريكين ما تعاقدوا عليه بعد مزج المالين لم يكن للآخر التصرف في المال الممزوج و لكن يجوز للفاسخ التصرف فيه ما لم يفسخ الآخر.

و السّر في ذلك هو: أنّ فسخ أحدهما يبطل لو كالة الآخر و عزل له، و لكن وكالة نفسه من قبل الآخر باقية ما لم يفسخ الآخر أيضاً.

و لو لم يكن الشركة التي ذكروها من شعب التوكيل، بل كان عقداً مستقلاً بين الشريكين لم يكن معنى لثبوته من أحد الطرفين دون الآخر بعد فسخ أحدهما؛ إذ فسخه إن كان مؤثراً كان اللازم رفع العقد من رأس، و إن لم يكن مؤثراً كان اللازم بقاء جواز التصرف من كلا الطرفين.

فإن قلت: إن لم يكن الشركة عند القدماء من أصحابنا عقداً مستقلاً في عداد سائر العقود و لم يكن اللفظ الدالّ عليها موجباً لحصولها، بل كان المحصل لها عبارة عن المزج فقط فلم ذكر الفقهاء في عداد الكتب الفقهية كتاباً مسمّى بـ«الشركة»، فقالوا: «كتاب الشركة»؟^١

قلت: يحتاج بيان ذلك إلى ذكر مقدّمة تاريخية.

فاعلم: أنّ الإمامية رضوان الله عليهم و إن سبقوا العامّة في تأليف الفقه فإنّ عبيدالله بن علي الحلبي من أصحاب الباقر و الصادق سلام الله عليهما صنّف في الفقه كتاباً جامعاً مرتّباً و أراه الإمام عليه السلام فقال عليه السلام: «ليس لهم مثل هذا».^٢ و يروي عنه غالباً حمّاد بن عثمان و انتشر أكثر رواياته في «الكافي» واقعة بهذا التعبير:

١ - الكافي في الفقه: ٣٤٣؛ الخلاف: ٣: ٣٢٥؛ المبسوط: ٢: ٣٤٢؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ إصباح الشيعة: ٢٥٩؛

كشف الرموز: ٢: ٧؛ المختصر النافع: ١٤٥؛ شرائع الإسلام: ٢: ١٢٧؛ تحرير الأحكام: ٣: ٢٢٣.

٢ - راجع: رجال النجاشي: ٢٣١ / ٦١٢، و فيه: «ألا ترى لهؤلاء مثل هذا؟».

«ابن أبي عمير عن حمّاد، عن الحلبي» و كان تصنيفه هذا الكتاب قبل تصانيف العامة فإنّ أبا حنيفة لم يبق منه كتاب، بل كان الراوي لفتاويه تلامذته،^١ و أمّا المالك فالظاهر أنّ كتابه المسمّى بـ«الموطأ» قد ألفه بعد تأليف الحلبي،^٢ و أمّا الشافعي و ابن حنبل فهما متأخّران زماناً عن المالك و أبي حنيفة.

و بالجملة: فالإمامية و إن سبقوا العامة في تأليف الفقه، و لكنهم لم يكونوا يذكرون في تأليفاتهم إلّا الأصول المتلقاة عن المعصومين، و لم يكن لهم في صدر الإسلام كتاب تفريعي جامع للفروع المستنبط من الأصول، بخلاف العامة فإنّ كتبهم كانت مشحونة بذكر الفروع. و لما كانوا يصحّحون عقد الشركة من غير اشتراطه بالمزج و كانوا يعتقدون تأثير العقد بنفسه في حصول الشركة، عقدوا لها باباً مستقلاً و جعلوها في عداد سائر أبواب الفقه، فهم كانوا في تأليف الفقه التفريعي سابقين علينا فلا محالة تابعهم أصحابنا فعقدوا في كتبهم باباً للشركة حتّى يذكرون فيه ما هو المختار لهم؛ أعني عدم دخالة العقد في حصول الشركة.

و بالجملة: فلمّا كان فتوى أبي حنيفة تأثير العقد؛ أعني: «تشاركنا» و أمثاله في حصول الشركة من دون أن يشترط في حصولها الامتزاج، و كان فتوى مالك تأثيره في الشركة بشرط كون المالين تحت يد المتعاقدين فكانا يذكرانه^٣ في ضمن العقود، و تابعهما الأصحاب رضوان الله عليهم في ذكره حتّى ينبتوا على ما هو المختار عندهم. هذا حال العقد.

١- كان أبو حنيفة فقيه العراق و الإيران في عصره. [المقرّر: ١]

٢- كان المالك في عصره فقيه الحجاز. [المقرّر: ٢]

٣- المعني، ابن قدامة ٥: ١٢٨؛ المبسوط ١١: ١٥٦؛ المجموع ١٤: ٦٩-٧٠؛ بداية المجتهد ٢: ٢٥٠؛ و راجع: الانتصار: ٤٧٣، المسألة ٢٦٦؛ الخلاف ٣: ٣٢٧، المسألة ٢.

و أما الامتزاج فكونه إجمالاً من موجبات الشركة ممّا تسالم عليه السلف و الخلف و كأنّه من ضروريات الفقه؛ و لذا يرسلونه في بعض المقامات إرسال المسلّمات، و ظاهرهم كونه موجباً لحصول نفس الشركة لا لجريان أحكامها و إن احتمل ذلك صاحب «الجواهر»^١.

و بنظري أنّ المحقّق الخراساني^٢ كان يقول بإيجابه لها في المانعات، سواء حصل لها بالاختلاط صورة نوعية ثالثة أو لم تحصل و لعلّه من جهة أنّ الاختلاط فيها يوجب تفرّق أجزاء كلّ من المالين في أجزاء الآخر و صيرورتهما مالاً واحداً بالوحدة الحقيقية فيتحقّق ما هو الموضوع لحكم العقلاء بالشركة كما مرّ بيانه، و هذا بخلاف الجامدات فإنّ الاختلاط فيها لا يوجب صيرورة المالين واحداً وجوداً، بل يوجب عدم تميّزهما.

و على أيّ حال ففي كلّ المانعات و الجامدات يجري أحكام الشركة إمّا من جهة حصولها حقيقة كما هو الأقوى في المانعات أو من جهة تعذّر إفراز المالين. هذا بعض ما أردنا ذكره من أحكام الشركة فلنرجع إلى ما كنّا فيه؛ أعني مسألة خلط العين المغصوبة أو اختلاطها بعين آخر من الغاصب أو من شخص آخر فنقول: لو غصب صاعاً من زيت، ثمّ اختلط بغيره، فإنّما أن يخلطه بجنسه، و إمّا بغير جنسه، و على الأوّل فإنّما أن يكون الخليطان متساويين في الجودة و الردائه، و إمّا أن يختلفا فيها. و على التقادير فإنّما أن يكون الخليط ملكاً للغاصب، و إمّا أن يكون ملكاً لغيره.

١- جواهر الكلام ٢٦: ٢٨٧- ٢٨٩ و ٢٩١.

٢- لم نعتز عليه.

فإن كان الاختلاط بالجنس و كانا متساويين في الجودة و الرذالة و كان الخليط ملكاً لغير الغاصب فلا شك أن الاختلاط لا يوجب خروج المالكين عن ملك صاحبهما. و الالتزام بخروجهما عن ملكهما و دخولهما في ملك الغاصب تحكم صرف؛ إذ لا مملوك في البين، فالمالان باقيان على ملك مالكيهما و يصيران شريكين بعد حصول الامتزاج فيجري أحكام الشركة.

و لو كان الاختلاط بالجنس و اختلف الخليطان في الجودة و الرذالة فلا إشكال أيضاً في بقاء المالكين على ملك مالكيهما و عدم دخولهما بالامتزاج في ملك الغاصب فيصيران أيضاً شريكين في المال المختلط. إنما الإشكال في أنهما يشتركان بنسبة الوزن أو بنسبة القيمة، و يمكن أن يوجه الثاني بأن مالك الجيد مضافاً إلى أنه مالك لمال نفسه، يصير شريكاً لمالك الردي في سهمه من جهة أن الردي بسبب اختلاطه بالجيد قد اكتسب صفة الجودة التي هي ملك لصاحب الجيد، و هذا أيضاً يصير موجباً للشركة كما لو قيل بأن صبغ الثوب بلون الغير يوجب شركة الغير في نفس الثوب، و قد مرّ بيان هذا الوجه،^١ فراجع.

و لو كان الاختلاط بغير الجنس كما لو غصب صاعاً من خلّ من زيد و صاعاً من أنكيين من عمرو، ثم خلطهما في يده فلا إشكال أيضاً في بقاء المالكين على ملك مالكيهما و عدم صيرورتهم بالامتزاج ملكاً للغاصب. و توهم أن كلاً منهما يصير بالامتزاج كالهالك و التالف فاسد جداً؛ إذ الخليط الحاصل من خلط المالكين مما يبذل بإزائه المال.

و بالجملة: فالامتزاج في هذه الصورة أيضاً يوجب الشركة.

و على أي حال ففي جميع تلك الصور الثلاثة يكون الخليط الحاصل من امتزاج المالين مشتركاً بين مالكيهما، و يجري عليه أحكام الشركة التي منها عدم جواز تصرف أحدهما بدون إذن الآخر.

إن كان المزج موجباً لتضرر المالكين

نعم، هاهنا بحث آخر و هو أنَّ الامتزاج لما صار موجباً لتضرر المالكين و لا أقل من توقف تصرف كل منهما على إذن الآخر فإنه ضرر عند العقلاء فهل يكون لكل من المالكين الرجوع إلى الغاصب و المطالبة بنفس العين؟ و حيث تكون متعذرة يكون واجباً على الغاصب رد المثل أو القيمة - نظير بدل الحيلولة - أو لا يكون لهما ذلك في جميع الصور الثلاثة، أو يفصل بين الأخيرة و الأولى فيحكم بجواز الرجوع فيها دونهما، أو يفصل بين الأولى و الآخرين فيحكم بجوازه فيهما دونها؟ وجوه.

وجه جواز الرجوع هو أنَّ الغاصب بمقتضى قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» متعهد لما أخذ على نحو أخذه، و من آثار العهدة و الضمان على ما عرفت بيانه هو جواز رجوع المغصوب منه إلى الغاصب و مطالبة ماله منه، فللمغصوب منه فيما نحن فيه الرجوع إلى نفس الغاصب لما يرى من أنه لا يقدر على شخص ماله و أنَّ الاشتراك مع الغير موجب للضرر.

و يمكن أن يقال: إنَّ نفس إعراضه عن المختلط و رجوعه إلى الغاصب لأخذ

١- عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ / ١٠٦ و ٣٨٩ / ٢٢؛ مستدرک الوسائل ١٤: ٨، كتاب الودیعة، الباب ١، الحديث

١٢؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ١٣٣ / ٢٠٠٩؛ سنن أبي داود ٢: ٣١٨ / ٣٥٦١؛ سنن الترمذي ٢:

عينه بمنزلة التعويض فكأنه قصد معاوضة ماله المخلوط بما يأخذه من الغاصب فبعد أخذ المثل أو القيمة من الغاصب يصير ماله المخلوط بمال شريكه ملكاً للغاصب، و بهذا يفترق ما نحن فيه عما اخترناه في بدل الحيلولة من أن أدائه لا يوجب انتقال نفس العين إلى الغاصب، بل هي أيضاً تبقى في ملك مالكة.

وجه الفرق أن فيما نحن فيه مع حضور شخص العين وتمكنه عنها يعرض عنها و يطالب الغاصب بالبدل فيمكن أن يستظهر عنه قصده للتعويض، فافهم و تأمل.

و وجه عدم جواز الرجوع إلى الغاصب في الصور الثلاثة أن جواز الرجوع إليه مشروط بتلف العين أو التعذر منه، و فيما نحن فيه يتمكن كل من المالكين عن شخص ماله فلا وجه لرجوعهما إلى الغاصب.

و وجه التفصيل بين الصورة الأخيرة والأولين أن في الصورة الأخيرة لما كان المزج بغير الجنس و كان هذا موجباً لتبدل الصورة النوعية حقيقة أو عرفاً أمكن أن يقال بجواز الرجوع إلى الغاصب و مطالبة المثل، لإمكان تعلق الغرض بهذا النوع، ففي المثال الذي مرّ يمكن أن يكون غرض مالك الخل متعلقاً بالخلّ لدفع مرض مثلاً فبعد اختلاطه بالعسل يفوت الغرض فيكون له الرجوع إلى الغاصب و مطالبة الخلّ بنوعيتها.

و بهذا البيان أيضاً يظهر وجه التفصيل الآخر لإمكان تعلق الغرض بخصوص الجيد أو الردي.

هذا كله إذا كان الاختلاط بملك غير الغاصب. و مثله في التصاوير الثلاثة و أحكامها من حصول الشركة و جواز الرجوع بالمثل أو القيمة صورة اختلاطه بملك الغاصب.

نعم، يمكن أن يقال هنا - فيما إذا كان الخلط بالجنس - بأنه يجب على الغاصب

ردّ المثل من شخص المختلط بأداء نصفه؛ إذ أداء نصفه يوجب أداء النصف من شخص العين و أداء المثل بدل النصف الآخر وإن كان هذا أيضاً لا يخلو عن شوب الإشكال؛ إذ بعض النصف الذي يبقى من المختلط عند الغاصب يكون ملكاً للمغضوب منه. فلو قلنا بأنّ أداء عوضه يوجب انتقاله إلى الغاصب فهو وإلا فيشكل التخلّص عنه إلا برضى المالك، فتأمل.

هذا ما اخترناه في حكم صور اختلاط العين المغضوبة بغيره، وقد احتمل هنا احتمالات أخر لا يهتّمنا ذكرها، فراجع إلى «الجواهر» ونحوه.

لو صاع النقرة حلياً

لو غصب النقرة فصاعها حلياً فلو أوجب ذلك نقصانها وزناً ضمن النقصان، و الهيئة الحاصلة فيها بالصياغة ملك للمغضوب منه لأنّها من عوارض ملكه، و كونها حاصلة بفعل الغاصب لا يوجب كونها له لعدم احترام عمله، و لو أزالها بدون إذن المالك ضمنها^١، لما عرفت من أنّ الغصب كما يوجب ضمان العين يوجب ضمان صفاتها و الهيئة الحاصلة من صفات العين التي هي في عهدة الغاصب.^٢

و هل يجوز للمغضوب منه إجبار الغاصب على إزالة الهيئة؟ الظاهر الجواز؛ إذ مقتضى حديث اليد جواز مطالبة المغضوب منه من الغاصب شخص عينه بنحو كانت، و وجوب ردّ الغاصب عين ما أخذ بنحو أخذه فيجوز أن يتعلّق غرض المالك بشخص عينه مع صفاتها التي كانت عليها فيطالبها بمقتضى الحديث من اليد الأخذ.

١- راجع: جواهر الكلام ٣٧: ١٦٠ - ١٦١.

٢- بل الظاهر أنّ ضمان الهيئة هنا من باب الإتلاف لا من باب الغصب. [المقرّر].

و بعد إزالتها بأمر المالك هل يضمنها أو لا؟ الظاهر عدم لكونها بإذنه.
و لو أمر بإزالة الهيئة فأوجب إزالتها نقصاً في العين وزناً فالظاهر ضمان النقصان.
و استشكل على ذلك^١ بأن إذن المالك في إزالة الهيئة إن كان موجباً لرفع ضمانها
كان اللازم عدم ضمان النقصان أيضاً لكونه بإذنه و إن لم يكن موجباً لرفع الضمان
في النقصان كان اللازم ضمان الهيئة أيضاً.

و بالجملة: فالفرق بين زوال الهيئة و نقصان الوزن بلا وجه.

و فيه نظر، لوضوح أن أمر المالك بإزالة الهيئة ليس من جهة كون إزالتها بما هي
إزالتها مطلوبة، بل من جهة تعلّق غرضه بشخص عينه بنحو كانت قبل الصياغة
ففرضه استرداد عينه الذي استحقّقه بمقتضى حديث «اليد»، و الأمر بالإزالة إنما هو
لتسبّب بها إلى شخص عينه بنحو كانت، فلو كانت إزالة الهيئة موجبة لنقصانها وزناً
فات غرض المالك و كان على الغاصب غرامة النقصان بمقتضى الحديث^٢، فتدبر
جيداً.

لو صبغ الغاصب الثوب المغصوب

لو غصب ثوباً و صبغه بلونه و لم يكن للون جرم، فهل يشترك مع مالك الثوب
في ثوبه أو يكون الثوب لمالكة و الصبغ للغاصب أو لا يكون للغاصب شيء؟ فيه
وجه. أضعفها الأول و أقواها الأخير، أمّا ضعف الأول فلاّنه لا وجه للقول بانتقال
البعض المشاع من الثوب إلى الغاصب بحيث يكون شريكاً في كلّ جزء جزء من
جسمه.

١- جامع المقاصد ٦: ٢٩٥.

٢- راجع: مفتاح الكرامة ١٨: ٢٦٠-٢٦٢.

و أما ضعف الثاني فلأنّ اللون غير قائم بذاته و لا يعدّ عند العقلاء مالاً، بل يعدّ من حالات الجسم و عوارضه، نظير الهيئة الحاصلة في النقرة بالصياغة فإنّه لا يعدّ مالاً مستقلاًّ يبذل بإزائه المال، فالظاهر كون اللون فيما نحن فيه ملكاً لمالك الثوب بتبع مالكيته للثوب.

و بالجملة: فهو من عوارض ملك المالك و حالاته فيكون ملكاً له، و حصوله في الثوب و إن كان بعمل الغاصب و كان من آثار عين ماله الذي صبغ به إلا أنّ عمله غير محترم و ماله قد تلف باختياره و سوء سريرته.

و الظاهر أنّ مراد القائل بالشركة جريان بعض أحكام الشركة عليه كعدم جواز تصرف كلّ منهما بدون إذن الآخر مثلاً من جهة كون الثوب ملكاً للمغضوب منه و اللون ملكاً للغاصب و تصرف أحدهما في ملكه يستلزم التصرف في ملك الآخر. و على أيّ حال فلو استعمل في هذا المقام لفظ الشركة فليس المراد منها شركة كليهما في نفس الثوب مثلاً، بل المراد منها هو الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة، و لازم ذلك عدم قسمة نفس الثوب عند إرادة التخلّص عن الشركة كما هو مقتضى الوجه الأوّل، بل من طرق التخلّص عنها في هذا المقام بيع الثوب المصبوغ و تقسيم ثمنه.

و لو غصب بيتاً و طلاه بالجنص مثلاً، فالجنص باقي على ملكه و للمغضوب منه إجباره بإفراغ ملكه عنه.

لزوم طمّ البئر المحفورة في الأرض المغصوبة

لو غصب أرضاً و حفر فيها حفيرة أو بئراً مثلاً، فهل يجوز له عند إرادة الردّ طمّ الحفيرة أو البئر و لو بدون إذن المالك مطلقاً أو لا يجوز مطلقاً أو يجوز عند تعلّق

غرض عقلائي به كما لو أراد مثلاً طمّ البئر لثلا يتردّى فيه العابرون مثلاً^١.
الظاهر هو الثاني؛ إذ الطمّ أيضاً تصرف في ملك الغير بلا مجوّز شرعي و صرف
تعلّق الغرض العقلائي لا يبيح التصرف في ملك الغير وإلا فكلّ غاصب ينظر في
غصبه غرضاً عقلائياً، ولعلّ وجه الأوّل هو أنّ مقتضى «على اليد» أنّه يجب على
الغاصب ردّ العين المغصوبة بصفاتهما وحالاتها التي كانت عليها؛ إذ كما يكون ضامناً
للعين يكون ضامناً للصفات، فعلى هذا يجوز له فيما نحن فيه طمّ الحفر ليرجع العين
إلى حالها الأوّل و صفتها التي كانت عليها قبل الغصب فيخرج بذلك عن عهدة العين.
و فيه: أنّ وجوب الردّ ليس حكماً مستقلاً من أحكام الغاصب، بل هو من شؤون
حرمة الغصب؛ إذ كما يحرم الغصب حدوثاً يحرم بقاءً، و وجوب الردّ إنّما هو
للتخلّص عن الغصب البقائي لا أنّه حكم مستقلّ شرعي، فلا يمكن الالتزام بجواز
التصرف مقدّمة للعمل بوجوب ردّها كما كانت، و طمّ الحفر أيضاً من التصرفات.
نعم، للمالك إلزامه بإرجاع العين إلى حالتها الأولى، كما مرّ في نظائرها، و لو
غرس شجراً أو زرع زرعاً جاز للمالك أيضاً إلزامه بإفراغ العين عنهما وإن
تضرّره.

إذا غصب صاعين زيتاً أو عصيراً فأغلاهما

لو غصب صاعين من زيت فأغلاهما، فإمّا لا ينقص الكميّة و لا القيمة، و إمّا
تنقصان معاً، و إمّا تنقص الكميّة دون القيمة، و إمّا عكس ذلك. أمّا في صورة الأولى

١ - و الظاهر أنّ هذا التفصيل للعلامة (١) [المقرّر].

أ - مختلف الشيعة ٦: ٨٥، المسألة ٧١؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٤٨، مسألة ١٠٥٦؛ قواعد الأحكام ٢:

فلا شيء عليه سوى ردّ العين. و أمّا في الصورة الثانية فعليه ردّ مثل ما نقص من الكميّة أو قيمته و ردّ الأرش أيضاً إن كان ما بقي من العين بعد الغليان أنقص قيمة من هذا المقدار قبل الغليان. و أمّا في الصورة الثالثة فعليه أيضاً ردّ مثل ما نقص من الكميّة أو ردّ قيمته و إن كان قيمة الباقي بعد الغليان بمقدار قيمة مجموع الصاعين؛ إذ ارتفاع قيمة الباقي إنّما هو من جهة حصول خصوصية فيه بسبب الغليان، و هذه الخصوصية قد حصلت في ملك المغضوب منه فهي ملك له، و لا ينافي هذا ضمان ما تلف من الصاعين. و أمّا في الصورة الرابعة؛ أعني صورة نقص القيمة دون الكميّة فيثبت فيها تفاوت القيمة.

لو غصب عَصيراً فأغلاه فنقص وزنه

و لو غصب عَصيراً فأغلاه حتّى نقص منه و لم نقل بكون الغليان موجباً لحرمة فإن كان موجباً لنقص قيمته أيضاً فلا إشكال في ضمان النقصان و إن لم يكن موجباً لنقصها فقد يقال: ^١ إنّ نقص الكميّة غير مضمون؛ إذ الذاهب بالغليان إنّما هو مائيته، و لذا يصير بالغليان أحلى و أغلظ و المائية لا ماليتها.

و الظاهر أنّ هذا غير صحيح في العَصير لعدم اعتبار الناس مائيتها لها. نعم، يمكن أن نختار ذلك في مثل المخيض و الرأبة و الجبن الطري و نحوها ممّا يكون واجداً للمائية بأن يقال: إنّ ذهاب مائيتها لا يوجب ضمان كميّتها إن لم يوجب نقصاً في القيمة. هذا بناءً على عدم حرمة العَصير بالغليان. و أمّا بناءً على

١ - المبسوط ٣: ٨٢ و حكى فخر المحقّقين في الإيضاح عن الشيخ في الخلاف. راجع: إيضاح الفوائد ٢:

حرمته بذلك فقد يقال^١ برده بعد غليانه مع ردّ مثل ثلثيه أو قيمتهما، من جهة أنّ حليته يتوقّف على ذهاب ثلثيه فيضمنهما الغاصب^٢.

هل ضمان المنافع المستوفاة على المشتري أو الغاصب؟

منافع العين المغصوبة مضمونة، سواء استوفاه الغاصب أم لم يستوفها. قال في «التذكرة»: «منافع الأموال من العبيد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء أتلّفها بأن استعملها أو فأتت تحت يده بأن بقيت في يده مدّة و لا يستعملها عند علماننا أجمع، و به قال الشافعي و أحمد بن حنبل،... و قال أبو حنيفة: إنّها غير مضمونة لا بالتفويت و لا بالفوات، و قال مالك: إنّها مضمونة بالتفويت لا بالفوات»^٣.

لو غصب عبداً فقتله قاتل

لو غصب عبداً و قتله آخر فللمالك المراجعة إلى أيّهما شاء. غاية الأمر: أنّه لو رجع إلى القاتل لم يكن له المراجعة إلى الغاصب بخلاف العكس فاستقرار الضمان على القاتل.

١- راجع: قواعد الأحكام ٢: ٢٣٣؛ تذكرة الفقهاء ١٩: ٢٥٤، مسألة ١٠٦٠؛ تحرير الأحكام ٤: ٥٣٥؛

الدروس الشرعية ٣: ١١٢؛ مسالك الأفهام ١٢: ٢٣٧؛ جامع المقاصد ٦: ٢٩٣؛ مفتاح الكرامة ١٨: ٢٥٢.

٢- بل يمكن القول بوجود ردّ مثل الجميع أو قيمته بناءً على نجاسته بالغليان كما في الخلّ المغصوب إذا صار خمرأ، فراجع المسألة فقد ذكرناها سابقاً. [المقرّمات]

٣- تذكرة الفقهاء ١٩: ٢١٦؛ الخلاف ٣: ٤٠٢، المسألة ١١؛ راجع: الأمّ ٣: ٢٤٩ و ٢٥٣؛ مختصر المزني:

١١٧؛ المجموع ١٤: ٢٢٧؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٤١٣ - ٤١٤ و ٤٣٥؛ المبسوط، السرخسي ١١: ٧٨؛

الشرح الكبير، ضمن المغني ٥: ٤٣٨؛ بداية المجتهد ٢: ٣١٨.

و كيف كان: فلو رجع إلى القاتل أخذ منه قيمته ما لم تتجاوز عشر آلاف درهم؛ أعني مقدار دية الحرّ فلو كانت قيمته أزيد من ذلك أخذ مقدار دية الحرّ لا أزيد، لما روي في باب الجنائيات عن ابن مسكان و الحلبي و غيرهما،^١ من أنّ قيمة العبد لا تتجاوز عن دية الحرّ فكلّ عبد مضمون بقيمته إلى أن تبلغ إلى الدية فلا تتجاوز عنها، و لو رجع إلى الفاصب و كانت القيمة أزيد من دية الحرّ فهل يجب عليه ردّ القيمة أو مقدار دية الحرّ فقط وجهان:

من أنّ مقتضى القواعد و حديث اليد هو ردّ تمام القيمة؛ إذ ردّها في القيميات إنّما هو من جهة كونه من المراتب النازلة لردّ العين الذي هو الواجب أولاً و بالذات فيجب ردّها بتمامها، و يقتصر في الروايات الحاكمة بعدم التجاوز على موردها؛ أعني باب الجنائيات.

و من أنّ مقتضى الروايات أنّ قيمة العبد شرعاً لا تتجاوز عن دية الحرّ فلا تختصّ بباب دون باب.

ثمّ إنّ الشيخ رحمته الله قد اختار في «مبسوطه»^٢ و «خلافه» أنّ باب الغصب مثل باب الجناية و ذكر في «الخلاف» ما حاصله: أنّ العبد المفصوب يضمن بقيمته ما لم تتجاوز دية الحرّ، ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم.^٣ و ذكر المحقّق في «الشرائع»: «و لو قيل: يضمن الزائد بسبب الغصب، كان حسناً».^٤

١- راجع: وسائل الشيعة ٢٩: ٩٧، كتاب القصاص، أبواب القصاص في النفس، الباب ٤٠، الحديث ٤؛ و

٢٠٧، كتاب الديات، أبواب ديات النفس، الباب ٦.

٢- المبسوط ٣: ٦٢.

٣- الخلاف ٣: ٣٩٨، المسألة ٥.

٤- شرائع الإسلام ٣: ٢٤١.

و عادة الشيخ رحمته الله أنه يتمسك في «خلافه» للمسائل المتلقاة عن المعصومين سلام الله عليهم المذكورة في الكتب المعدّة لها كـ «نهايته» مثلاً بهذا الطريق بأن يقول: «دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم»، و الشيخ رحمته الله عادل معتمد في نقله. غاية الأمر: أنه يمكن أن يكون مراده من أخبار الفرقة: الأخبار الواردة في باب الجناية بأن فهم منها عدم الخصوصية لباب الجناية، بل يكون مضمونها تحديد قيمة العبد شرعاً بحيث لا يتجاوز عنها، كما يمكن أن يكون مراده منها أخبار آخر واردة في خصوص الغصب غير مذكورة في الجوامع المتأخرة؛ أعني الكتب الأربعة فإنه رحمته الله كان متمكناً في زمانه من كتب الشيعة و جوامعهم و كان قريب العهد بعصر الرواة أصحاب الجوامع فلعله رأى فيها روايات في خصوص باب الغصب.

و بالجملة: فلنقتل أن يقول في المسألة بالحق باب الغصب بباب الجناية من جهة إلغاء الخصوصية أو من جهة الاستناد إلى نقل الشيخ. و لنقتل أن يقول: إن مقتضى القاعدة في كلا البابين ثبوت جميع القيمة. غاية الأمر: أنه رفع اليد عنها في الجناية بالروايات و يقتصر فيها على موردها، و نقل الشيخ لا يدل على وجود روايات آخر فلعل مراده روايات باب الجناية.

ثم لو قلنا بثبوت جميع القيمة في باب الغصب لو رجع المالك فيما نحن فيه إلى الغاصب و أخذ منه جميع القيمة فهل يرجع الغاصب على القاتل بجميعها أو يرجع عليه بمقدار دية الحر لا أزيد؟ فيه أيضاً وجهان، فافهم و تأمل جيداً.^١

فإن قلت: إذا كان الغصب موجباً لضمان العبد بجميع قيمته و القتل موجباً لضمانه

١ - قال الأستاذ مدّ ظله: إني كلما تفحصت كتاب «الخلاف» لم أقف على كلام للشيخ في هذه المسألة أعني مسألة العبد المغصوب، فإن في كتاب الغصب منه أربعين مسائل و ليس هذه المسألة منها. نعم ذكرنا مسألة قتل العبد و الجناية عليه من دون أن يذكر حكم الغصب بما هو غصب فلم يتبين لي أنه من أي جهة نسب إليه هذا. [المقرّر]

بالقيمة ما لم تتجاوز دية الحرّ فما تقول في عبد غصبه الغاصب، ثمّ قتله بنفسه مع كون قيمته أزيد من دية الحرّ.

قلت: القتل بما هو قتل و موجب للدية لا يقتضي تغريمه بأزيد من دية الحرّ، و هذا لا ينافي تغريمه بما هو غاصب بجميع القيمة. و بعبارة أخرى: لكلّ من حشيتي الغصب و الإتلاف حكمه و لو غرم بمقدار الدية بعنوان القتل يجوز أن يغرم بما زاد عنه بعنوان الغصب بلا تناف بينهما.

فإن قلت: قد ذكر في روايات باب الجناية أنّ قيمة العبد لا تتجاوز عن الدية بلا استفصال عن كونه مغضوباً أو غير مغضوب فيفهم من ترك الاستفصال أنّ الواجب هو القيمة ما لم تتجاوز عنها مطلقاً.

قلت: محطّ النظر في الروايات إنّما هو بيان مقدار دية العبد بما هي دية التي يعبر عنها بالفارسية: «خون بها»، من دون نظر إلى بيان حكم حشية الغصب الموجب لغرامة العين بشخصيتها إن أمكن و بنوعيتها أو ماليتها إن لم يمكن.

و بالجملة: فباب الدية غير باب الغرامة، و لذا لا تجري هذه في الحرّ بخلاف الدية فإنّها تجري فيه.

فلعلّ تحديد الشارع دية العبد كان من جهة تشريف الحرّ بأن لا يكون للعبد مزية عليه، و هذا بخلاف باب الغصب الموجب لكون مال المغضوب منه على يد الغاصب حتّى يؤدّيها بأعلى مراتب الأداء أو ببعض مراتبه النازلة من أداء المثل أو القيمة، و قد حكم أبو حنيفة بوجوب كون ديته أقلّ من دية الحرّ بمقدار حتّى يثبت له المزية عليه^١.

١ - المبسوط، السرخسي ١١: ٧٢ و ٢٦: ٢١؛ الشرح الكبير، ضمن المغني ٩: ٥٢٦؛ الخلاف ٣: ٣٩٨، المسألة ٥.

هذا كله حكم القتل و لو جنى على العبد بما لا يوجب قتله كقطع اليد و أمثاله فإن كان لهذه الجناية مقدّر في الشرع بالنسبة إلى الحرّ لوحظ النسبة بين هذا المقدّر و بين دية الحرّ فإن كانت بالنصف مثلاً ثبت في العبد نصف قيمته ما لم تتجاوز دية الحرّ أيضاً و إلا فيثبت نصف الدية و إن كانت بالثلث فثلث قيمته، و هكذا و إن لم يكن لهذه الجناية مقدّر في الشرع بالنسبة إلى الحرّ ثبت في العبد الأرش؛ أعني ما به تفاوت قيمته صحيحاً و معيياً و لوحظ الحرّ بالنسبة إلى العبد بأن يفرض عبداً، ثمّ يقوم صحيحاً و معيياً و يسمّى هذا المعنى عند الفقهاء بالحكومة.

و بالجملة: ففيما له مقدّر يكون الحرّ أصلاً و العبد متفرّعاً عليه، و فيما ليس له مقدّر بالخصوص يكون العبد أصلاً و الحرّ متفرّعاً عليه.

حكم ميراث الزوجة

اعلم أنّ جميع فرق الإسلام ما عدا الإمامية اتّفقوا على عدم حرمان الزوجة عن شيء من التركة، بل هي مثل سائر الوراث في استحقاقها عن الجميع، و يشهد لهم ظاهر الآية الشريفة الواردة في بيان إرثها و هي الحادية عشرة من سورة النساء^١ و هو قوله تعالى: *وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّلُثُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ...^٢ و ذلك من جهة أنّ «ما» في قوله: *مِمَّا تَرَكْتُمْ* من الموصولات و هي

١- الآيات الواردة في تفصيل الفرائض ثلاثة: العاشرة و الحادية عشرة و الأخيرة من سورة النساء.

[المقرئ:]

٢- النساء (٤): ١٢.

تفيد العموم فكما أنَّ الزوج يرث من جميع «ما تركت» بمقتضى عموم «ما تركن» فكذلك الزوجة بمقتضى عموم «ما تركتم».

و وجه دلالة الموصول على العموم أنَّه من المبهمات.

و الحق أنَّ جميع المبهمات موضوعة للإشارة لا لمفهوم الإشارة، بل لوجودها، أعني الامتداد الموهوم الذي يفرض بين المشير و المشار إليه، فالفرق بين «ما» الموصوفة و بين «ما» الموصولة مثلاً هو أنَّ الأولى موضوعة لمفهوم الشيء و يعبر عنه بالفارسية «چیز» بخلاف الثانية، فإنَّها موضوعة للإشارة إلى ما صدق عليه صلته، و لذا يعبر عنه بالفارسية «آن چیز» بإضافة لفظ «آن»، و هكذا لفظ «من» فإنَّه يعبر عنه «به آن کسی که»، و حينئذٍ فإن كان المراد من صلته أمراً معهوداً كانت هي إشارة إلى هذا المعهود كما يقال: «مررت بمن ضربك أمس» مثلاً و إن لم يكن المراد من الصلة شخصاً أو أمراً معهوداً كان الموصول إشارة إلى كلِّ ما يمكن أن يصدق عليه مفهوم الصلة لعدم إمكان إرادة البعض مع عدم وجود العهد، فما في قوله: «رفع ما لا يعلمون» مثلاً إشارة إلى كلِّ شيء ثبت له عدم المعلوماتية، و هكذا لفظ «ما» في قوله: «مِمَّا تَرَكَتُمْ» و «مِمَّا تَرَكَنَّ» فإنَّه إشارة إلى كلِّ ما صدق عليه أنَّه متروك.

و بالجملة: فظاهر الآية الشريفة يوافق ما عليه سائر فرق الإسلام غير الإمامية، ولكنَّ الإمامية قد اتفقوا طرأً على حرمان الزوجة عن بعض التركة في الجملة سوى ما حكى عن ابن جنيد من المخالفة، و لا يعتنى به بعد تواتر الروايات عن الأئمة المعصومين عليهم السلام الدالة على الحرمان في الجملة، كما لا يعتنى ببعض الروايات الواردة على مذاقهم من جهة التقية، و ذلك من جهة أنَّ الحجة عندنا تنحصر في الكتاب و السنة النبوية فقط، بل نعتقد بحجية كلمات الأئمة عليهم السلام و أخبارهم،

بخلاف العامة فإنهم مخالفون لنا في هذا الأصل؛ إذ لا يعتقدون للإمام و خليفة رسول الله ﷺ سوى الرياسة الظاهرية حتى أنهم يعتقدون وجوب التقليد عليه لو لم يكن مجتهداً.

و كيف كان: فالحكم بحرمان الزوجة عن بعض التركة من مسلمات الإمامية و متفرداتهم، و مع ذلك قد وقع النزاع بينهم في بعض الخصوصيات.

منها: أنهم نازعوا في أنّ حرمانها من أي شيء فقال بعضهم بحرمانها من أرض الدور و المساكن فقط، و هو الذي اختاره المفيد^١ و كذا المحقق في «النافع»^٢ و قال بعضهم بحرمانها عن جميع الأراضي و هو مختار الشيخ^٣ و كذا المحقق في «الشرائع»^٤ بل عليه استقر فتوى المشهور. قال الشيخ ردّاً على أستاذه المفيد إنّ الروايات الدالة على حرمانها عن الجميع لا وجه لحملها على المقيّدات لعدم التنافي بينها.

«سه شنبه ٢٨ جمادى الثانية ١٣٦٦ - حسينعلي المنتظري»

١ - المقنعة: ٦٨٧.

٢ - المختصر النافع: ٢٧٢؛ راجع: السرائر ٣: ٢٥٨ - ٢٥٩.

٣ - النهاية: ٦٤١. و تبعه القاضي و ظاهر التقيّ و ابن حمزة. راجع: المهذب ٢: ١٤٠؛ الكافي في الفقه: ٣٧٤؛ الوسيلة: ٣٩١.

٤ - شرائع الإسلام ٤: ٣٤.

كتاب الوصية

بسم الله الرحمن الرحيم

هذه نبذة ممّا استفدناه من محضر حضرة الأستاذ العلامة
الحاج آقا حسين البروجردي عند تدريسه لنا كتاب الوصيّة،
وقد شرع فيها في يوم السبت الرابع من شهر ذي القعدة سنة
١٣٦٦ القمري الهجري.

ماهية الوصية وأحكامها

الوصية اسم مصدر من وصى يوصي وأوصى يوصي، و حقيقته إلقاء العهد إلى الغير، و أقرب الألفاظ إليها في الفارسية لفظ «سفارش»، و لا يختص معناها بما يلقيه الإنسان إلى غيره ليعمل به بعد موته كما قد يتوهم؛^١ لكثرة استعمالها في القرآن و الخطب و كلام العرب فيما يلقي إلى الغير من العهود من دون النظر إلى حال الموت. قال الله تعالى في سورة الأنعام: ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾،^٢ ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾،^٣ ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾.^٤

و فاعل وصى في هذه الآيات هو الحي الذي لا يموت.

و قال في سورة النساء: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ﴾،^٥ و

قال أيضاً فيها: ﴿وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾.^٦

و قال أمير المؤمنين في خطبة: «أوصيكم عباد الله بتقوى الله». ^٧ و ليس مراده

١- راجع: السرائر ٣: ١٨٦.

٢- الأنعام (٦): ١٥١.

٣- الأنعام (٦): ١٥٢.

٤- الأنعام (٦): ١٥٣.

٥- النساء (٤): ١١.

٦- النساء (٤): ١٢.

٧- الكافي ٥: ٣٧١ و ٣: ٤؛ الفقيه ١: ٤٢٩ / ١٢٦٣ و ٥١٥ / ١٤٨٢ و ٥١٨ / ١٤٨٤؛ نهج البلاغة: ١٠٧.

الخطبة ٨٣؛ و ١٦٩، الخطبة ١١٤؛ و ٢٣٠، الخطبة ١٦١؛ و ٢٦٢، الخطبة ١٨٢؛ و ٣٠٧، الخطبة ١٩٤؛

و ٣٠٩، الخطبة ١٩٥؛ و ٣١٠، الخطبة ١٩٦.

حمل الناس على تحصيل التقوى بعد موته عليه السلام.

و بالجملة فمعنى الوصية يقارب معنى كلمة «سفارش» المستعملة في الفرس، و لا يختص واحد منهما بالموت، بل يشتملان للهود الملقاة إلى الغير ليعمل بها ولو في حال حياة الموصي، و كذلك معنى جميع مشتقاتها من الإيضاء و التوصية. فما ذكره بعض من أن أصل الوصية من وصى بمعنى وصل من جهة أن الموصي يجعل تصرفاته في حال حياته متصلة بتصرفاته بعد موته^١ فاسد جداً. نعم، يمكن أن يقال بغلبته في عرف المتشريعة في العهود التي يلقيها الإنسان إلى غيره ليعمل بها بعد موته.

ثم إن أصل الوصية المتداولة عند الموت مما قام الإجماع و الضرورة على شرعيتها إجمالاً، و نطق بها الآيات و الأخبار،^٢ قال الله تعالى في سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^٣. بل يمكن أن يقال: إنها كانت متداولة في زمان الجاهلية أيضاً؛ لكونها أمراً عقلانياً يحكم بحسنها المليون و غيرهم، و يدل على ذلك ما روي أن النبي صلى الله عليه وآله بعد ما دخل المدينة استفسر عن البراء بن معرور، فقيل له: إنه مات، و أوصى لك بثلاث ماله.^٤ مع أن آية الوصية المذكورة في سورة البقرة لم تنزل بعد؛ لكونها مدنية.

١ - المبسوط ٤: ٣؛ السرائر ٣: ١٨٢؛ تحرير الأحكام ٣: ٣٢٩؛ الدروس الشرعية ٢: ٢٩٥.

٢ - وسائل الشيعة ١٩: ٢٥٧؛ كتاب الوصايا، الباب ١ - ٦.

٣ - البقرة (٢): ١٨١.

٤ - المعجم الكبير ٢: ٢٨ / ١١٨٥ و ٣: ٢٤١ / ٣٢٧٩؛ السنن الكبرى، البيهقي ٣: ٣٨٤ و ٦: ٢٧٦، مع اختلاف في الألفاظ.

و قد تعارف بين المتأخرين من الفقهاء تقسيمها إلى تمليلية و عهدية، و الأولى عبارة عما لو كان الموصى به حصول الملكية لأحد لشيء من الأعيان أو المنافع.

هل الوصية من العقود أم من الإيقاعات

و اختار المشهور كونها في التمليلية من العقود من جهة احتياجها إلى القبول، والظاهر كونها بأنحائها من الإيقاعات، فإنَّ حقيقتها التي يعبر عنها في الفارسية بـ«سفارش» أمر يتحقق بنفس ما يصدر عن الموصي من دون أن يكون تحققها موقوفاً على لحوق قبول. فمن أحضر أقربائه و أوصى و عهد إليهم حصول أمر - و لو كان هو الملكية - يرى العقلاء بنفس ذلك، تحقق الوصية بالمعنى المسببي الذي يحصل بالإشياء، من دون أن ينتظرون في حمل الوصية على ما صدر عنه، للحقوق قبول الأثر ممن أنشأ بإيجاب البيع، و لكن لو لم يتعقبه القبول لا يقول العرف في حقه إنه باع ماله بالمعنى المسببي، و لا يرون البيع بالمعنى الذي يعبر عنه بالفارسية بـ«فروش» بفعله محققاً بخلاف من أوصى بحصول الملكية، فإنه يصدق عليه أنه أوصى، و إن لم يتعقبه قبول، بل لو ردَّ الموصى له مثلاً، يقال: إنه ردَّ الوصية فيعلم من ذلك أنَّ الوصية يتحقق بنفس إنشائها من الموصي، سواء في ذلك التمليلية و العهدية.

و بتقريب آخر: المتوهم لكونها معاقدة حاصلة من شخصين: إما أن يقول بكونها معاقدة بين الموصي و الموصى إليه، و إما أن يقول بكونها معاقدة بين الموصي و الموصى له، و يبعد الأول.

أما أولاً: فلأنَّ الوصية قد يتحقق بدون أن تلقى إلى شخص معين، فلا يكون فيها الموصى إليه؛ إذ ليس هو من أركانها كما سيأتي آنفاً.^١

و أمّا ثانياً: فلأنّ كونها معاقدة بينهما بحيث يكون حصولها بيد الطرفين ينافي ما ذكره في أحكام الوصية من أنّ الشخص لو أوصى و عيّن شخصاً خاصاً لإنفاذ وصيته، و بعبارة أخرى: جعله الموصى إليه، فإن بلغ الموصى إليه ذلك في حياة الموصي كان له ردّ ذلك، وإن بلغه بعد موته لم يكن له الردّ، فيعلم من ذلك تحقّق الوصية بدون قبوله؛ إذ لو كانت عقداً، و كان تحقّقه بيد كليهما لما كان الموصى إليه مجبوراً في إنفاذ الوصية في هذه الصورة؛ لعدم تحقّق شيء بعد على هذا الفرض.

و كذلك لا يجوز الالتزام بكونها معاقدة بين الموصي و الموصى له.

أمّا أولاً: فلخلو أكثر الوصايا عن الموصى له، و الالتزام بكون بعضها عقداً و بعضها إيقاعاً خرب القتاد؛ لظهور كونها في كلا القسمين بمعنى واحد، و لها مفهوم فارد، فهذا المعنى إن كان يحتاج في تحقّقه إلى طرفين و حصول العقدة بين شخصين، فكيف يتحقّق في بعض الصور بإنشاء شخص واحد؟ و إن كان يتحقّق بإنشاء واحد فلم لا يتحقّق في بعض الصور إلّا بإنشاء الشخصين؟ مع كونها في كلا القسمين بمعنى واحد.

و أمّا ثانياً: فلأنّها لو كانت معاقدة، و كان حصولها بيد الطرفين كان اللازم اشتراط الموالاة بين إيجابها و قبولها، و الالتزام بكون تخلّل موت الموصي بينهما منافياً لحصولها، فإنّ من شرائط العقود و العهود اتّصال القبول بالإيجاب، و كون الإيجاب بحيث يمكن اعتباره وجودها حين انضمام القبول إليه، مع أنّ موت الموجب يوجب فناء إيجابه في عالم الاعتبار، و لذا التزموا في باب البيع بأنّ تخلّل موت البائع بين الإيجاب و القبول يوجب عدم إمكان اعتبار المعاقدة و المعاهدة بينهما؛ للزوم اعتبار المعاهدة بين الموجود و المعدوم، فإنّ حصولها أنّما يكون بالقبول، و حين القبول يكون الموجب معدوماً، فكيف يعتبر حصول المعاهدة بين

هذا المعلوم و بين الشخص الموجود، و من المعلوم في باب الوصية صحتها مع كون قبول الموصى له بعد موت الموصي، فيعلم من ذلك أن أصل الوصية تحققت بنفس إنشاء الموصي.

و أما ثالثاً: فلأن كونها معاقدة بين الموصي و الموصى له ينافي ما ذكره في أحكام الوصية أيضاً من أنه لو مات الموصى له قبل القبول انتقل حق القبول إلى ورثته، و في الخبر: «أن الوصية لورثته»^١.

فيعلم من ذلك: أن أصل الوصية قد تحققت بنفس إنشاء الموصي، و ترتب عليها ثبوت حق للموصى له، مع أنها لو كانت معاقدة بينه و بين الموصي لكان قوامها بإنشائها و تحققها بيديهما، و كان ترتيب الحكم عليها قبل إنشائها مخالفاً لقواعد العقود، و كيف يمكن الالتزام بعدم تحققها قبل إنشاء الموصى له، و مع ذلك يترتب عليها قبل تحققها ثبوت حق للموصى له ينتقل إلى ورثته، مع أنهم لم يكونوا طرف الإيجاب، فيستكشف من ذلك أن القبول - سواء كان من الموصى له أو من ورثته - ليس دخيلاً في تحقق أصل الوصية التي يعبر عنها بالفارسية بـ«سفارش»، و إن كان تملكهم موقوفاً على القبول.

و أما رابعاً: فلأنها لو كانت معاقدة بينهما، و كان حصولها بقبول القابل، و قبل قبوله لم يتحقق الوصية، كان اللازم عدم ترتب آثارها قبل القبول مع بداهة ترتبها قبله، فإن الموصي بعد أن أنشأ الوصية، يترتب عليها آثارها من عدم جواز التبديل و عدم جواز التصرفات المزاحمة و نحوها، فيعلم من ذلك تحققها بنفس إنشاء الموصي.

١ - الكافي ٧: ٩ - ١٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٧، كتاب الوصايا، الباب ١٥.

فتخلص مما ذكرناه: أنَّ نفس الوصية و حقيقتها تتحقق بنفس إنشاء الموصي و أنَّ القبول ليس شرطاً في تحققها، وإن كان شرطاً في بعض الصور في تحقق الموصى به كما في التمليلية.

فإن قلت: قد ذكرت في بيان الضابط الكلّي للعقود و الإيقاعات و بيان الفارق بينهما أنَّ ما ينشأه الموجب، و يريد تحققه بالإنشاء إن كان يستلزم نحو تصرف في سلطة الغير و فيما يكون زمام اختياره بيده كنفسه و ماله كان هذا عقداً، و كان تحقق هذا المعنى بيد كليهما، و ذلك كالبيع و الهبة و الإجارة و النكاح و نحوها، فإنَّ تحقق ما ينشأه البائع مثلاً أنما هو بصيرورة مال المشتري منتقلاً إلى البائع، و لما كان هذا تصرفاً في ملك المشتري احتاج تحققه إلى القبول، و كذلك تحقق الهبة يستلزم نحو تصرف في نفس الموهوب له، و هو مسلط على نفسه فاحتاج تحققها إلى القبول. و إن لم يستلزم تحقق ما ينشأه المنشئ نحو تصرف في سلطة الغير، بل كان تصرفاً فيما هو سلطان عليه كان إيقاعاً، و ذلك كالعتق مثلاً، فإنه يتحقق بافتكاك ملكه، و ذلك لا يوجب تصرفاً في سلطته الغير، فعلى هذا الضابط يجب كون الوصية التمليلية عقداً؛ لكونها تصرفاً في سلطة الموصى له؛ إذ هو سلطان على نفسه، و حصول الملكية له موقوف على قبوله، فكيف حكمت بكونها إيقاعاً؟

قلت: هذه غاية ما يمكن أن يقال في تقريب كون التمليلية من العقود، و لكنَّها اشتباه نشأ من الخلط بين ما هو دخيل في تحقق أصل الوصية التي يعبر عنها بالفارسية بـ«سفارش»، و بين ما هو دخيل في تحقق الموصى به، فإنَّ تحقق الملكية للموصى له، و إن كان مشروطاً بقبوله، إلا أنَّ أصل حقيقة الوصية التي ترتب عليها في الشرع أحكام، منها اعتبار الإرث بعدها، أمر تتحقق بنفس إنشاء

الموصي، فبنفس قوله: «هذا المقدار من مالي لزيد» مثلاً يعتبر العقلاء تحقق ما نعبّر عنه في الفارسية بـ«سفارش»، و يترتب عليها ثبوت حقّ للموصى له، أعني القبول وتملك المال، و ينتقل هذا الحقّ إلى ورثته أيضاً، لا بمعنى أنّ الموصي يجعل حقّاً للموصى له حتّى يقال: إنّ جعل الحقّ للغير أيضاً تصرف في سلطته، و يحتاج إلى القبول، بل بمعنى أنّ الشارع حكم بعد تحقق الوصية بثبوت هذا الحقّ للموصى له، فتأمل في المقام؛ فإنّه من مزالّ الأقدام للأعلام.

ثمّ إنّ قوام الوصية و ما لا يخلو وصية منه أنّما هو الموصي و الموصى به، و قد يلقي الوصية إلى شخص معيّن أو أشخاص معيّنين لينفذوا الوصية، فيعبّر عنهم بالموصى إليهم، و ليس هذا من أركان الوصية؛ لجواز الوصية بدون تعيين من ينفذها، فيعمل بها المرتبطون بالميت، و لو كان الموصى به عبارة عن تملك أو تملك شخص، عيناً أو منفعة، سمّي هذا الشخص بالموصى له، و ليس هذا أيضاً من أركان كلّ وصية.

ثمّ إنّ الموصى به قد يكون عملاً و قد يكون عبارة عن حصول إضافة.
أما الأول: فهو أيضاً على أقسام:

فإنّ العمل الموصى به قد يكون متعلقاً ببدن الموصي كتجهيزه و تكفينه و الصلاة عليه و نحوها، و قد يكون عبارة عن إعطاء شخص عيناً أو منفعةً، فتكون وصيته بالتملك، و قد يكون العمل الموصى به عبارة عن غير ذلك، كالوصية بالحجّ و الصلاة و تأدية الزكاة و الخمس و نحو ذلك كإعتاق العبد مثلاً.

و كذلك الوصية بحصول الإضافة أيضاً على أنحاء، فإنّ الموصى به على هذا الفرض قد يكون حصول عتق كأن يقول: عبدي حرّ بعد وفاتي، و قد يكون حصول

ملك كأن يقول: هذا المال لزيد بعد موتي، وقد يكون حصول ولاية كأن يقول: فلان ولي لأحقابي بعد موتي، وقد يكون غير ذلك من الإضافات و النتائج كأن يقول مثلاً: وصيتي أن لا ينقسم مالي مثلاً إلا بعد كذا. ففي هذه الصور ليس الموصى به عملاً لشخص، بل هو عبارة عن حصول أمر، وسيجيء تفصيل الكلام في حكم كل واحد من تلك الأقسام.^١

و قد يتوهم جواز الوصية بانتقال مال إلى شخص بعوض، فتكون تملك عين بعوض، وفي شمول أدلة الوصية لمثل هذا العمل الذي يشبه بالتجارات نظر، يتضح وجهه بعد مراجعة أدلة الوصية والتأمل في حكمة تشريعها وإمضانها.

هل يكون القبول دخیلاً في تحقق الموصى به في التملیكية؟

قد عرفت أن المشهور قسموا الوصية إلى تملیكية و عهدية^٢ و ما قالوا في تعريفها من كونها عبارة عن تملك عين أو منفعة إنما يكون ناظرًا إلى التملیكية فقط، و نحن نقدم الكلام فيها.

فنقول: قد عرفت أن القبول ليس دخیلاً في تحقق أصل الوصية، و لو في التملیكية،^٣ و يدل عليه مضافاً إلى ما مر بطوله، قوله تعالى: * مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ*^٤، و نحوها من الآيات،^٥ فإنها ظاهرة في أن تحقق الوصية بفعل

١- سيأتي في الصفحة ٤٣٨ وما بعدها.

٢- تقدم في الصفحة ٤١٣.

٣- تقدم في الصفحة ٤١٣ و ٤١٦.

٤- النساء (٤): ١١.

٥- البقرة (٢): ٢٤٠؛ النساء (٤): ١٢.

الموصي فقط، حيث نسب الإيضاء المحقق لها إليه فقط، و لو كانت محتاجةً إلى القبول لما صحَّ نسبته إليه فقط، بل كان اللازم أن يقول من بعد وصيته يوصي بها الموصي مع القابل مثلاً. وكيف كان: فليس القبول دخیلاً في تحقّق أصل الوصية، و لكنّه هل يكون دخیلاً في تحقّق الموصى به في التمليكية بحيث لا يثبت الملكية للموصى له قبله، و يكون القبول موجباً لتحققها من حينه كما هو أحد الأقوال للشافعي^١، و اختاره أيضاً أبو حنيفة و مالك و أحمد و فقهاء العراق من العامة،^٢ بل لعلّه المشهور.

أو يكون دخیلاً و لكن بنحو الشرط المتأخّر بحيث يكون تعقّبه كاشفاً عن ثبوت الملكية من حين الموت و عدم تعقّبه كاشفاً عن دخوله في ملك الورثة من حين الموت أيضاً، فيكون ثبوت الملكية مراعى بالقبول كما هو أحد أقوال الشافعي أيضاً، و أصحّها عن تابعيه.^٣

أو لا يكون القبول دخیلاً، بل المال ينتقل إلى الموصى له بنفس موت الموصي؟ غاية الأمر: أن له ردّ الوصية، إذا علم بها بعد موته فيخرج العين من حين الردّ عن ملكه، و يدخل في ملك الورثة كما قال به الشيخ في «المبسوط»^٤ و «الخلافة»^٥ و العلامة في «التذكرة».^٦

١- الأتمّ: ٤: ٩٧؛ المجموع ١٥: ٤٣٣؛ روضة الطالبين ٥: ١٣٦.

٢- المغني، ابن قدامة ٦: ٤٤٠-٤٤١.

٣- المجموع ١٥: ٤٣٣.

٤- المبسوط ٤: ٣٣.

٥- راجع: الخلافة ٤: ١٤٦، المسألة ١٨.

٦- تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٥، مسألة ١٠.

أو لا يكون له الردّ أيضاً، فيكون حاله حال الورثة في ثبوت الملكية له قهراً و عدم جواز ردّها، فيه وجوه.

و هنا احتمال آخر، و هو القول بكفاية الرضاية القلبية و عدم دخالة القبول الاصطلاحي.^١

ثم اختلف الشافعية القائلون بدخالة القبول نقلاً، في أنّ العين هل تكون بعد الموت و قبل القبول باقية على ملك الميّت، أو تكون ملكاً للورثة؟ و رجّحوا الثاني.^٢

واستدلّ الشيخ رحمه الله على قوله بما حاصله: أنّ آيات الوصية كقوله تعالى: * مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ *^٣، و نحو ذلك تدلّ على كون الإرث بعد الوصية، فلا يكون الموصى به ممّا يدخل تحت ملك الورثة، و حينئذٍ فإمّا أن يلتزم بكونه باقياً في ملك الميّت إلى حين القبول، أو يقال بخروجه عن ملكه و دخوله في ملك الله، أو يلتزم بكونه بلا مالك، و الكلّ مستبعد؛ إذ يلزم على الأوّل مالكية المعدوم، و على الثاني وجوب صرفه في الخيرات و في سبيل الله، و الثالث بدهي البطلان، فلا محيص عن الالتزام بدخوله بالموت في ملك الموصى له. غاية الأمر: أنّ مقتضى سلطنته على نفسه جواز ردّه،^٤ انتهى.

و التحقيق أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة - لولا قاعدة السلطنة - هو الالتزام بكون الموصى له مثل الورثة في انتقال العين إليه و عدم جواز ردّه. فإنّ حقيقة الوصية

١ - راجع: قواعد الأحكام ٢: ٤٤٤.

٢ - المجموع ١٥: ٤٣٣.

٣ - النساء (٤): ١١.

٤ - الخلاف ١٤٧: ١٨، المسألة ١٨.

- كما عرفت -^١ أمر تتحقق بنفس إنشاء الموصي من دون دخالة لقبول الموصى له ولا رضايته في ذلك، و الظاهر من آيات الوصية^٢ كما ادّعاء الشيخ^٣ أيضاً أن الوصية علة تامة لانتقال الموصى به إلى الموصى له، و التزامه^٤ بجواز ردّ الموصى له أنما هو من جهة وجود قاعدة سلطنة النفوس على أنفسها، فإن ثبوت الملكية القهرية منافٍ لهذه السلطنة، كما مرّ في بيان الضابط الفارق بين العقود و الإيقاعات،^٥ فلو لا هذه القاعدة كان اللازم علينا الالتزام بثبوت الملكية القهرية للموصى له مثل الورثة بمقتضى الآيات الناطقة بكون حقّ الورثة ثابتة بعد الوصية.^٥ الظاهر في كون الوصية علة تامة للانتقال الموصى به، و إلّا لزم بقاء الملك بلا مالك كما مرّ بيانه.^٦

ثمّ إنّه بعد لزوم الأخذ بمقتضى قاعدة السلطنة أيضاً من جهة كونه من مسلمات الفقه، و إن لم نجد العبارة المعروفة، أعني قولهم: «الناس مسلّطون على أموالهم و أنفسهم» في صحاح الخاصّة و العامّة،^٧ لا بدّ لنا من القول بكون القبول دخیلاً في انتقال الموصى به إلى الموصى له، إمّا كشفاً أو نقلاً، فإنّه مقتضى الجمع بين هذه القاعدة و بين ظهورات أدلة الوصية، و الالتزام بكون الموت علة تامة للملكية

١- تقدّم في الصفحة ٤١٢.

٢- النساء (٤): ١١ و ١٢.

٣- الخلاف ٤: ١٤٧، المسألة ١٨.

٤- تقدّم في الصفحة ٤١٣ - ٤١٤.

٥- النساء (٤): ١١ و ١٢.

٦- تقدّم في الصفحة ٤١٥.

٧- نعم، حكاه الشيخ في الخلاف ٣: ١٧٦ - ١٧٧، المسألة ٩٠ عن النبي ﷺ، وكذا العلامة في تذكرة الفقهاء ١٠: ٢٤٧، المسألة ١١٧.

المتزلزلة وكون الموصى له مستحقاً لردّ الوصية بعد ثبوت الملكية - كما هو مختار الشيخ رحمته -^١ ليس عملاً بقاعدة السلطنة؛ إذ مفادها ينافي بثبوت الملكية القهرية و لو كانت متزلزلة، بل مقتضاها دخالة الموصى له أو قبوله في ثبوت أصل الملكية، فلا سبيل لنا إلى الالتزام بما قاله الشيخ رحمته.

مع أنه يرد عليه أنه بعد ثبوت الملكية للموصى له بنفس الموت لو ردّ الوصية المستلزم لردّ الملكية فبأيّ دليل يقال بانتقال الملك إلى الورثة، بل كان اللازم صيرورته من المباحات الأولية التي يشترك فيها الجميع، فإنّ الورثة إنما يتلقّون الملك من الميت لا من كلّ أحد، فالظاهر بعد لزوم العمل بمقتضى قاعدة السلطنة القول بدخالة القبول في ثبوت الموصى به، أعني الملكية، وإن لم يكن دخيلاً في تحقّق أصل الوصية كما فصلناه.

فنقول: إنّ الظاهر من آيات الإرث^٢ كون القرابة مقتضية لحصول الملكية للورثة لولا ثبوت دين أو وصية بحيث يكون ثبوتها مانعاً عن تأثير القرابة في مقتضاها، فيكون الوصية لشخص بمنزلة إيجاد المانع عن ثبوت الملكية الفعلية للورثة بنفس الموت، فلو أثّرت الوصية فيما اقتضته بأن انضمّ إليها قبول الموصى له لم تؤثّر القرابة في مقتضاها، و لو لم تؤثّر الوصية أثّرت القرابة؛ لحصول المقتضي وارتفاع المانع.

و كيف كان: فالمال لا ينتقل إلى الموصى له بنفس الموت، بل يكون قبوله دخيلاً في الانتقال إمّا كشفاً أو نقلاً، و بعد عدم انضمام القبول يرجع المال إلى الورثة بلا

١ - الخلاف ٤: ١٤٧، المسألة ١٨.

٢ - النساء (٤): ٧ و ١١ و ١٢.

إشكال، إنما الإشكال في اختيار أحد القولين من الكشف أو النقل،^١ والظاهر هو الالتزام بالأوّل لبداية عدم مساعدة العقلاء مع الثاني، فإنّ الموصى له بعد أن قبل الوصية يرى عند العقلاء استحقاقه للعين وجميع منافعها حتّى ما وجدت بعد موت الموصي وقبل قبوله، فيكشف من ذلك أنّ بالقبول يترتب آثار الملكية من حين الموت، فتأمل.

هذه خلاصة الكلام في الأقوال الموجودة في المسألة.

و ليعلم: أنّ هذه المسألة و نظائرها ليست ممّا يمكن أن يستدلّ فيها بالإجماع و الشهرة، بل يجب العمل فيها على طبق القواعد، فإنّها ليست من المسائل المتلقّاة عن الأئمة الهداة عليهم السلام يدأ بيد، بل هي من الفروع الاستنباطية التي ذكرها العامة أوّلاً في كتبهم، و جعلوها محطاً للنزاع، ثمّ تبعهم الخاصّة، فذكروها، و نازعوا فيها في كتبهم التي وضعوها لذكر الفروع الاستنباطية، و لم يذكروها في كتبهم المعدّة لنقل فتاوى الأئمة، أعني الأصول المتلقّاة عنهم يدأ بيد كـ«نهاية» الشيخ رحمته الله و «المراسم» و «المقنعة» و نحوها، و قد مرّ مراراً أنّ المسائل الشرعية على قسمين بعضها ممّا تلقّوها الأصحاب عن الأئمة عليهم السلام، و تلقّوا المتأخرون عنهم حتّى وصلت إلى يد الشيخ و أمثاله، و كان عادتهم على الاختصار بتلك المسائل في كتبهم، فلمّا رأوا

١- و التحقيق أن يقال: إنّ الموصى به لما كان عبارة عن الملكية المقيدة بكونها بعد وفاة الموصي لا الملكية المطلقة، و القبول تنفيذ لهذه الوصية كان اللازم بعد تحقّق القبول ترتيب آثار الملكية من حين الموت. نعم، زمان ترتيب الآثار إنّما هو بعد القبول، لكونه دخيلاً في حصول الملكية، و لا يعترض بأنّه يلزم على ذلك، القول بكون القبول كاشفاً حكماً في جميع العقود؛ لأنّ المنشأ في العقود ليس مقتداً بالزمان فيحصل بعد تمامية علته بالقبول بخلاف الوصية، فإنّ المنشأ فيها مقيدة بزمان الموت.

طعن العامة، كتب الشيخ رحمته مثل «المبسوط» حتى يكون جامعاً لتلك المسائل و
غيرها من التفرعات المستخرجة من تلك الأصول، فالإجماع بل الشهرة في القسم
الأول حجة دون القسم الثاني، وقد مرّ تحقيقه منّا سابقاً.

و هكذا كون الوصية عقداً أو إيقاعاً أيضاً ليس من المسائل المتلقاة، فالالتزام
بكونه مطلقاً إيقاعاً في قبال الجمهور لا مانع عنه، وقد التزمنا بذلك، و ذكرنا أنّ
أصل الوصية تتحقّق بنفس إنشاء الموصي، و القبول أنما يكون دخيلاً في تحقّق
الملكية لا بمعنى أن يكون القبول جزءاً، بل بمعنى كونه علّة تامّة لفعلية الملكية، و
حصولها بعد كون إنشاء الموصي علّة تامّة لاستحقاق الموصى له للتملك.

و بعبارة أخرى: الوصية علّة تامّة لحصول استحقاق التملك، و القبول علّة تامّة
لحصول الملكية، فما ثبت للموصى له بالوصية، مالكية التملك، و ما ثبت له بالقبول
الملكية، و كلّ منهما علّة تامّة لحصول معلوله.

فإن قلت: يلزم على ما ذكرت من ثبوت الاستحقاق و مالكية التملك بنفس
إنشاء الموصي تصرفه في سلطة الغير بلا احتياج إلى قبوله، فإنّ ثبوت الاستحقاق
القهري كثبوت أصل الملكية القهرية في كونه منافياً للسلطنة.

قلت: ليس المنشأ في الوصية عبارة عن ثبوت حقّ للموصى له حتى يقال بأنّ
ثبوته بلا قبول منه منافٍ لسلطنته على نفسه، بل ثبوت الحقّ أنما هو بجعل الشارع،
فإنّه حكم بعد تحقّق الوصية باستحقاق الموصى له للتملك. و إن شئت قلت: إنّ
الموصي لما كان مسلطاً على ماله، و كان تسلّطه مانعاً عن تسلّط الآخر عليه أراد
بوصيته رفع هذا المانع من قبله، و جعل ماله بحيث يكون للموصى له تملكه، و
الشارع أنفذ وصيته، فهو بحكم الشارع ملك أن يملك، و هذا الاستحقاق هو الذي
ينتقل إلى ورثة الموصى له إن مات قبل قبوله.

يشترط في قبول الموصى له أن يكون بعد موت الموصي

اختلفوا في أن قبول الموصى له في حياة الموصي يكفي في حصول الملكية أو لا يكفي، بل يشترط في قبوله أن يكون بعد موته. قد يقال بعدم كفايته من جهة عدم التطابق بين الموصى به وبين القبول من جهة أن الموصى به عبارة عن حصول الملكية بعد الموت، وهذا الوجه مخدوش من جهة أن القابل أنما يقبل نفس ما أنشأه الموصي، وهو الملكية المقيدة بكونها بعد الموت، ولا يريد بقبوله حصولها من حينه.

والتحقيق أن يقال: بعدم كفاية القبول الواقع في الحياة، ولكن لا لما ذكر، بل من جهة ما عرفت من أن القبول ليس دخيلاً في تحقق أصل الوصية التي يعبر عنها بـ «سفارش»^١ بل إنشاء الموصي علة تامة لحصول الوصية واستحقاق الموصى له للتملك، والاحتياج إلى القبول أنما هو من جهة كونه علة تامة لحصول الملكية، وظرف حصولها أنما هو بعد الموت لا قبله.

وبعبارة أخرى: القابل قبل الموت إن أراد بقبوله تميم الوصية قلنا: إن الوصية قد تمت بنفس الإنشاء من الموصي، وإن أراد بقبوله تحصيل الملكية لنفسه بحيث يوجد إضافة الملكية بينه وبين المال، قلنا: إن المال لا ينتقل في حياة الموصي إلى الموصى له، ولا يجوز له تملكه في حياته، فافهم، وتأمل جيداً.

ومما ذكرنا تعرف أنه لا أثر لرد الموصى له أيضاً في حياة الموصي، فإنه إن أراد رد ما تحقق بإنشاء الموصي، أعني نفس إزالة المانع من قبله، قلنا: إن الموصى له

ليس سلطاناً على ذلك، فإنَّ الموصي لما كان سلطاناً على ماله و كان هذا مانعاً عن تسلُّط الآخر عليه، أراد بوصيته إزالة هذا المانع، وجعل المال بحيث يجوز للموصي له تملكه، و نفس هذا المعنى ليس تصرفاً في سلطة الموصي له حتَّى يقال بجواز ردّه لذلك - كما عرفت -^١ و إن أراد برده ردّ الملكية، قلنا: إنَّ ظرف إمكان حصول الملكية أنما هو بعد الموت، فلا مورد للردّ قبل الموت. و حينئذٍ فلو ردّ قبل الموت جاز له القبول بعد الموت و بالعكس، فتدبّر.

فإن قلت: اللازم ممّا ذكرت من عدم كفاية القبول الواقع حال حياة الموصي من جهة عدم كونها ظرفاً لحصول الملكية عدم كفاية تنفيذ الورثة أيضاً في حال حياة الموصي إذا كانت الوصية بأزيد من الثلث، فهل تلزم بهذا اللازم؟

قلت: بين ما نحن فيه و بين مسألة تنفيذ الورثة فرق بين، فإنَّ الوصية فيما نحن فيه علّة تامّة لحصول الاستحقاق و مالكية التملك للموصي له، و القبول أنما هو لحصول الملكية الفعلية، و حيث إنها لا تتحقّق قبل الموت، بل تتحقّق بعده بمقتضى الوصية، اشترطنا في علّتها التامّة أيضاً، - أعني القبول - أن يقع بعد الموت، لئلا ينفكّ العلّة التامّة عن معلولها، و هذا بخلاف تنفيذ الورثة، فإنّه بالنسبة إلى الزائد عن الثلث بمنزلة جزء العلّة لحصول الاستحقاق و مالكية التملك، فإنَّ إنشاء الموصي بنفسه لا يكفي في حصول هذا المعنى للموصي له في الزائد عن الثلث، و هذا بخلاف الثلث، فإنَّ نفس إنشائه كافٍ لحصول الاستحقاق، و القبول أنما هو لحصول الملكية الفعلية فقط، فيشترط تأخّره عن الموت.

و بالجملة: فالفرق ظاهر بين القبول فيما نحن فيه و بين تنفيذ الورثة، و يمكن

التفكيك بينهما إن دلَّ عليه الدليل، كما أفتى على وفق ذلك المشهور؛ استناداً إلى ما روى عن المعصوم سلام الله عليه ممّا حاصله: أنّه قال فيمن أوصى بأكثر من الثلث، وورثته شهود، فأجازوها: إنه ليس لهم ردّ ذلك بعد موته.^١ فيعلم من ذلك أنّ تنفيذ الورثة في حال الحياة كافٍ.

لورد الموصى له الوصية

قد عرفت من مطاوي ما ذكرناه: أنّ الموصى له لو ردّ الوصية رجع المال إلى الورثة،^٢ وذلك من جهة أنّ القرابة - كما يفهم من الآيات^٣ والأخبار -^٤ مقتضى للورثة لولا المانع. غاية الأمر: أنّ للموصي إيجاد المانع بوصيته بالنسبة إلى ثلث المال، وأنّ وصيته ليست تمليكاً للموصى له، بل لما كان سلطنته على ماله مانعاً عن تملك الموصى له، أراد بوصيته إزالة هذا المانع من قبله حتّى يكون للموصى له تملكه إذا أراد، فما لم يقبل الموصى له لم يتسلّط على المال بنحو الإطلاق، والثابت له قبل القبول أنّما هو نفس أن يقبل ويتملك من دون أن يتسلّط على شيء آخر. وعلى هذا فليس له ردّ الوصية بالنسبة إلى بعض الورثة بأن يريد برده رجوع المال إلى بعض الورثة دون آخرين؛ إذ الثابت له بالوصية مالكية التملك. وبعبارة أخرى: نفس أن يقبل ويتملك دون غيره. فما له أنّما هو ردّ أصل الوصية المانعة عن تأثير

١ - راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٤ - ٢٨٥، كتاب الوصايا، الباب ١٣، الحديث ١ و ٢.

٢ - تقدّم في الصفحة ٤١٩ - ٤٢٠.

٣ - النساء (٤): ١١ و ١٢؛ الأنفال (٨): ٧٥.

٤ - راجع: وسائل الشيعة ٢٦: ٦٣، كتاب الفرائض و الموارث، أبواب موجبات الإرث، الباب ١.

القربة، و بعد ارتفاع هذا المانع يؤثر القربة في مقتضاه على نحو ما حكم به الله تعالى، فافهم، و تأمل جيداً.

لو أوصى بالعين لأحد و بمنفعتها لآخر

لو أوصى بالعين لأحد و بمنفعتها لآخر، فردّ الثاني، و قبل الأول، فهل ترجع المنفعة إلى الورثة، أو ترجع إلى من له العين تبعاً لها، أو يفصل بين ما لو كان حين وصيته بالعين ملتفتاً إلى وصيته بالمنفعة للآخر، فكان الملتفت إليه عبارة عن العين بما هي مسلوبة المنفعة، و بين ما لم يكن كذلك، فيقال على الأول برجوع المنفعة إلى الورثة، و على الثاني برجوعها إلى من له العين؟ فيه وجوه.

لا سبيل إلى الثالث من جهة أنّ الالتفات بدون الإنشاء لا أثر له في باب المعاملات، و إنّما الموجّه هو الوجه الأول من جهة أنّ الموصى به أنّما هو عبارة عن العين مسلوبة المنفعة، فلا وجه لتبعيةها للعين، فإنّ التبعية أنّما هي في غير صورة استثنائها، و الوصية بها للغير بمنزلة الاستثناء أو الوجه الثاني من جهة أنّ المنفعة تابعة للعين، و الوصية بها لغير من أوصى له بالعين و إن كانت بمنزلة استثنائها، و لكن بعد ردّها لا مانع من التبعية، فيتبعها، و إن أردت تفصيل المسألة فارجع إلى نظيرها في كتاب الإجارة، أعني مسألة ما لو أجر العين، ثمّ باعها، ثمّ انفسخت الإجارة فقد وقع فيه النزاع في أنّ المنفعة ترجع إلى البائع أو المشتري، و قد ذكرناها مفصلاً في كتاب الإجارة، فراجع.^١

أركان الوصية

قد مرَّ أنَّ الوصية تتقوّم بموصٍ و موصى به،^١ وقد يتحقّق فيه موصى له كما أنّها قد تلقى إلى شخص معيّن أو أشخاص معيّنة، فيتحقّق فيها موصى إليه، فالكلام يقع في جهات أربعة:

شرائط الموصي

و قد ذكر له شروط:

الأوّل: العقل و قد مرّ دليل اشتراطه في العقود و الإيقاعات في كتاب الإجارة^٢ فلا نعيد.

الثاني: بلوغ عشر سنين في الصبيّ، و مقتضى ما ذكرناه في كتاب الإجارة و فصلناه فيه، كونه مسلوب العبارة حتّى يبلغ خمس عشرة سنة،^٣ و عدم صحّة العقود و الإيقاعات منه قبل ذلك، و لكن قد وردت في باب الوصية أخبار خاصّة^٤ تدلّ على نفوذ وصيته إذا بلغ عشر سنين، و أصاب موضع الوصية، و أفتى على وفق ذلك المشهور من الصحابة حتّى في كتبهم المعدّة لذكر خصوص المسائل المتلقّاة عنهم عليهم السلام، و إن أعرض عنها مثل ابن إدريس يزعم كونها أخبار آحاد،^٥ و لكنّ

١- تقدّم في الصفحة ٤١٧.

٢- تقدّم في كتاب الإجارة الصفحة ١٧-١٨ و ٦٩.

٣- تقدّم في كتاب الإجارة الصفحة ٢١-٢٣.

٤- وسائل الشريعة ١٩: ٣٦٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٤.

٥- السرائر ٣: ١٨ و ٢٠٦-٢٠٧.

الأقرب قول المشهور، و ليس هذا الفتوى مخصوصاً بالخاصة، بل من العامة أيضاً من أفتى على وفقه؛^١ لما رووا عن عمر من أنه أمضى وصية غلام بلغ عشر سنين، و أوصى بوصيته.^٢

و القواعد التي ذكرناها في كتاب الإجارة و إن كانت تقتضي اشتراط البلوغ في الموصي أيضاً، و لكن يرفع اليد عنها بملاحظة هذه الأخبار، و إن كان يحتمل حملها على التقية من جهة كونها موافقة لفعل عمر، و لكن يضعف هذا الاحتمال عدم اشتهار هذا الفتوى بين العامة، فإن الكثيرين منهم قد حكموا على وفق ما يقتضيه قواعد العقود و الإيقاعات.^٣

أما الأخبار فمنها: رواية أبي بصير المرادي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين، فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين، فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته».^٤

و منها: رواية عبد الرحمن - هو ابن ميمون - بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته، و إذا بلغ عشر سنين جازت وصيته».^٥

١- المدونة الكبرى ٦: ٣٣؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٥٢٦ - ٥٢٧.

٢- الموطأ ٢: ٧٦٢ / ٢ و ٣: المدونة الكبرى ٦: ٣٣؛ المصنف، عبدالرزاق ٩: ٧٧ / ١٦٤٠٩ - ١٦٤١١؛ سنن الدارمي ٢: ٥١٥ / ٣٢٨٧؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٦٨٢ و ٣١٧ و ١٠: ٣١٧؛ المغني، ابن قدامة ١٢: ٣٣٤.

٣- بدائع الصنائع ٧: ٣٣٤.

٤- الكافي ٧: ٢٩ / ٤؛ الفقيه ٤: ١٤٥ / ٥٠٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٢ / ٧٣٢؛ وسائل الشريعة ١٩: ٣٦١، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٢.

٥- تهذيب الأحكام ٩: ١٨١ / ٧٢٦؛ وسائل الشريعة ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٥.

و منها: رواية موسى بن بكر تلميذ زرارة، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق، أو تصدق، أو أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو جائز»^١.

و منها: رواية أبي بصير و أبي أيوب، عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي، قال: «إذا أصاب موضع الوصية جازت»^٢.

و منها: رواية منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن وصية الغلام هل يجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته»^٣.

و منها: أيضاً رواية محمد بن مسلم قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إن الغلام إذا حضره الموت، فأوصى، و لم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام، و لم تجز للغرباء»^٤.

هذا، و يمكن أن يقال: إن منافاة مضامين هذه الأخبار لأدلة حجر الصبي^٥ ليست جليّة، بل لقائل أن يقول لا منافاة بينهما، فإنّ عمدة الدليل على حجره هو قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^٦.

١- الكافي ٧: ٢٨ / ١: الفقيه ٤: ١٤٥ / ٥٠٢: تهذيب الأحكام ٩: ١٨١ / ٧٢٩: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٤.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٨١ / ٧٢٧: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٦.

٣- تهذيب الأحكام ٩: ١٨٢ / ٧٣٠: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٧.

٤- الكافي ٧: ٢٨ / ٢: الفقيه ٤: ١٤٦ / ٥٠٤: تهذيب الأحكام ٩: ١٨١ / ٧٢٨: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١.

٥- وسائل الشيعة ١٨: ٤٠٩، كتاب الحجر، الباب ١ و ٢.

٦- النساء (٤): ٦.

و يمكن أن يقال: إنَّ المستفاد من الآية هو أنَّ وجه محجورية الصبيِّ عن التصرّف في أمواله عدم رشده و عدم تميّزه لصلاحه و فساد، فإنَّ بلوغ النكاح كناية عن استكمالهِ في الرجولية المترتّب عليه الكمال في القوى العقلية و حصول الرشد و التميّز بعد ما لم تكن حاصلة قبل بلوغ النكاح في الأغلب. فحاصل الآية الشريفة أنَّ الصبيِّ قبل بلوغه محجور من جهة أنّه غير رشيد، و بعده أيضاً محجور إن بقي عدم رشده.

و الحاصل: أنَّ حكمه حجب الصبيِّ أنّما هي عدم رشده و عدم تميّزه للصالح و الفساد قبل أن يكمل قواه الشهوية الملازم في الأغلب لكمال قواه العقلية، و حيث إنّ ماله ممّا به بقاء حياته و استمرار معاشه أوجب سبحانه تعالى حفظ ماله، و حكم بكونه محجوراً عن التصرفات الصادرة منه التي يخاف منها في الأغلب إتلافه و تفریطه من جهة عدم التميّز و الرشد إلى أن يؤانس من الرشد الذي لا يخاف معه ذلك.

فالملاك لحجبه عن التصرفات أنّما هو مراعاة حاله و بقاء ماله لإمرار معاشه، و هذا الملاك غير موجود عند ظهور أمارات الموت، بل الأصلح بحاله حينئذٍ صرفه في القربات الموجبة لسعادته في الآخرة و استفادته بماله في النشأة الأخرى بعد قصور يده عنه في هذه النشأة الفانية، فإذا كان له مقدار من التميّز بحيث يميّز به المصالح الأخروية كان مقتضى اللطف تنفيذ وصيّته من جهة كونه حينئذٍ أصلح بحاله، و لا منافاة بينه و بين حجبه في غير هذا الحال، فإنَّ الحجر أنّما كان لحفظ ماله و مراعاة حاله، و حين الموت لا فائدة له في حفظ ماله. نعم، لو لم يكن له تميّز أصلاً بحيث لم يميّز هو صلاحه في الآخرة أيضاً بنحو الإجمال لم ينفذ

وصيته، كما أشير إلى هذا المعنى في روايات الباب، كقوله عليه السلام: «إذا أوصي على حدّ معروف»^١ وقوله: «إذا أصاب موضع الوصية»^٢ ولعلّ قوله في رواية ابن مسلم: «جازت وصيته لذوي الأرحام»^٣ أيضاً ناظر إلى هذا المعنى من جهة أنّها أفيد بحاله غالباً لكونها من باب صلة الأرحام، فافهم، وتأمّل جيّداً.

وبهذا البيان يعلم أنّه يمكن إلحاق السفه أيضاً بالصبيّ إذا كان بحيث يميّز إجمالاً ما هو الصالح بحاله في النشأة الأخرى، وإن لم يكن في الأمور الدنيوية برشيد بحيث يمكن له تشخيص جميع منافعها من مضارّها، ووجه الإلحاق استنباط الملاك، فإنّه بعد ظهور أمارات الموت لا يكون الأصحّ بحاله إلّا صرف ماله في القربات، لا حفظه كما هو الظاهر.

و بتقريب آخر: الآية الشريفة أنّما دلّ على حجر الصبيّ مادام صبيّاً وبقاء حجره بعد البلوغ أيضاً إن لم يؤنس من الرشد، ولا يتوهّم أنّ للحجر موضوعين، الصباوة والسفاهة، بل لها موضوع واحد بحسب الواقع، وهو السفاهة وعدم الرشادة. غاية الأمر: أنّ الصباوة لما كان مستلزماً في الأغلب للسفاهة صار هذا ملاكاً وحكمة للحكم عليها مستقلاً، وحينئذٍ فالصبيّ في زمن صباه محجور، لعدم كونه رشيداً، و بعد بلوغه أيضاً يبقى هذا الحجر إن لم يزل سفاهته، هذا مقتضى الآية الشريفة.

و خرج عنها وصيته في زمن صباه إن أصاب موضعها مع كونه في الأغلب غير رشيد غاية الرشادة، و حينئذٍ فهل يمكن الالتزام بصحة الوصية من صبيّ أوصى في

١- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٤.

٢- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٣، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ٦.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ٣٦٠، كتاب الوصايا، الباب ٤٤، الحديث ١.

زمن صباه، وفساد وصيته هذا بعينه إن أوصى بعد بلوغه مع بقاء سفاهته و عدم رشادته، وكونه مميزاً بنحو الإجمال للمصالح الأخروية في كلا الحالين؟ لا والله، لا يمكن الالتزام بذلك. وكيف يمكن الالتزام بكون البلوغ في بعض المقامات مانعاً من صحة التصرف بعد صحته قبل البلوغ وكون الشخص في كلتا الحالتين واجداً لمقدار خاص من قوة التمييز والإدراك، ولعل ما ذكرناه هو الوجه في إلحاق الشيخ عليه السلام السفية بالصبي في كتاب «نهایته»،^١ فافهم.

الثالث من شرائط الموصي: الحرية قال صاحب «الجواهر» ما حاصله:

أَنَّ وصية العبد غير نافذة إن قلنا بعدم مالكيته، سواء أجاز المولى أو لم يجز؛ إذ الفرض أَنَّ المال ليس له، بل لمولاه، وإجازة المولى لا تنقل المال إلى الموصى له بعد موت العبد ليست محققة للوصية، فَإِنْ تحققها أَنما هو فيما إذا تلقى الموصى له المال من الميت لا من شخص آخر، و الفرض فيما نحن فيه عدم كون المال الموصى للعبد، فلا تتحقق الوصية، وإن قلنا بمالكية العبد فلا تنفذ أيضاً وصيته إن لم يتعقبها إجازة المولى، و لم يسبقها إذنه، و تنفذ إن تعقبها الإجازة، أو سبقها الإذن.^٢ انتهى كلامه.

و الدليل على عدم النفوذ بدون إذن المولى وإجازته - مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿عَبْدٌ مَّالُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^٣ الشامل بعمومه للوصية - خصوص رواية الحسين بن سعيد، عن النضر، عن عاصم، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام أَنَّهُ

١ - النهاية: ٦١٢.

٢ - جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٣.

٣ - النحل (١٦): ٧٥.

قال في المملوك مادام عبداً: «فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصية، إلا أن يشاء سيده».^١

و رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام أنه قال: «لا وصية للمملوك».^٢ بناءً على كونها بمعنى عدم نفوذ وصيته، وإلا فيحتمل أن يكون معناها عدم جواز الوصية للمملوك بأن يكون المملوك الموصي له.

و هكذا رواية الحسين بن سعيد، عن يوسف بن عقيل، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه...».^٣

و كذلك رواية النضر بن سويد، عن أبان بن عثمان، عن حماد بن عيسى، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في مكاتب أوصى بوصية، و قد قضى الذي كوتب عليه، إلا شيئاً يسيراً، فقال: «يجوز بحساب ما أعتق منه».^٤

و سند الرواية الأولى منسق، فإن الحسين من الطبقة السابعة، و النضر من السادسة، و عاصم من الخامسة، و محمد بن قيس من الرابعة، و منه يظهر كون الرواية الثالثة مرسلة بحذف أحد روايتها، فإن الحسين بن سعيد الذي هو من الطبقة

١ - تهذيب الأحكام ٩: ٢١٧ / ٨٥٣: الاستبصار ٤: ١٣٥ / ٥٠٧: وسائل الشيعة ١٩: ٤١٠، كتاب الوصايا، الباب ٧٨، الحديث ١.

٢ - تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦ / ٨٥٢: الاستبصار ٤: ١٣٤ / ٥٠٦: وسائل الشيعة ١٩: ٤١٢، كتاب الوصايا، الباب ٧٩، الحديث ٣.

٣ - تهذيب الأحكام ٨: ٢٧٥ / ١٠٠٠، و ٩: ٢٢٣ / ٨٧٦: وسائل الشيعة ١٩: ٤١٤، كتاب الوصايا، الباب ٨١، الحديث ١.

٤ - تهذيب الأحكام ٩: ٢٢٣ / ٨٧٥: وسائل الشيعة ١٩: ٤١٤، كتاب الوصايا، الباب ٨١، الحديث ٢.

السابعة لا يروي عن يوسف بن عقيل الذي هو من الخامسة، إلا بواسطة، وهي هنا محذوفة، و الرواية الأخيرة أيضاً مرسلّة بإبهاّم واسطة، وقد مرّ أنّ الرواية الثانية أيضاً ذات احتمالين، فلم يبق رواية معتدّ بها سوى الأولى، وهي العمدة في الباب، وإن غفل عنها صاحب «الجواهر» حيث لم يذكرها في عداد ما دلّ على اشتراط الحرّية في الموصي،^١ والمستفادة من الرواية الأولى نفوذ وصيّة العبد إن أمضاها المولى، فإنّ المشيئة المستفادة من قوله: «إلا أن يشاء سيّده» مطلقة يشمل صورة تقدّمها على الوصيّة وتأخّرها عنها، فتعمّ الإجازة اللاحقة.

و مجمل القول في المسألة أنّ العبد إن قلنا بعدم مالكيته، و لو بالملكية الضعيفة فلا تصحّ وصيّته، أجازها المولى أو لم يجزها، و لكنّي لا أظنّ التزام أحد من الأصحاب بهذا المعنى، بل المسلّم أنّ العبد يملك، و لكن في طول ملكية المولى، فهو مسلّط على ماله، و المولى مسلّط على كليهما، فله ملكية ضعيفة في طول ملكية المولى، و لذا عبّر في الرواية الأولى بقوله: «فإنّه و ماله لأهله» بإضافة المال إلى العبد أيضاً، و على هذا فوصيّته بدون إذن المولى و إجازته غير نافذة، لكونه محجوراً عن التصرف من جهة كون المولى مسلّطاً عليهما، و لكنّه لو أذن، أو أجاز جازت وصيّته، كما نطق به الرواية.

و يحتمل ضعيفاً الالتزام بعدم كفاية الإجازة المتأخّرة، و حمل الرواية على الإذن المتقدّم، بتقريب أن يقال: إنّ العبد محجور عن جميع التصرفات في نفسه و ماله بغير إذن المولى، و منها أيضاً نفس إنشائه للوصيّة، فإنشائه كلا إنشاء، و لكن

فيه أنه لا دليل على محجوريته عن هذا القسم من التصرفات بحيث يصير مسلوب العبارة أيضاً كالصبي.

ثم إن العبد إما أن يوصي بشيء خاص من ماله، مثل أن يوصي بداره مثلاً لزيد، وإما أن يوصي بالكلي كالثلث مثلاً أو الربع أو نحو ذلك، ولا شك أن القسم الثاني ينصرف إلى ما هو الثلث مثلاً حين الموت لا حين الوصية، ثم إن كلا منهما أيضاً ينقسم إلى قسمين؛ إذ العبد الموصي إما أن يخرج من الرقية قبل موته، أو لا يخرج. إذا عرفت ذلك فنقول: يمكن أن يقال: إنه لو أوصى بشيء خاص أو كلي لم يجزها المولى، ولكنه خرج من الرقية قبل موته نفذت الوصية، لما مر من عدم كونه مسلوب العبارة حال كونه عبداً، و بطلان الوصية أنما هو فيما إذا كان نفوذها منافياً لسلطنة المولى على عبده و مال عبده، و الفرض خروجه من الرقية، فلا مانع عن نفوذ الوصية.

الرابع من شرائط الموصي: أن لا يكون قاتلاً لنفسه بجرح أو نحوه مما يتعقبه الهلاك، وإلا فلا نفوذ لوصيته إن تأخرت عن الجرح، وأما إن تقدمته فلا مانع عن نفوذها، وهذا الشرط مما تفرّدت به الخاصة وإن كان مخالفاً للقواعد، والدليل عليه رواية أبي ولّاد الحنّاط قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها»، قلت: أرايت إن كان أوصى بوصية، ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجيزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته»^١.

١- الكافي ٧: ٤٥ / ١؛ الفقيه ٤: ١٥١ / ٥٢٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٧ / ٨٢٠؛ وسائل الشيعه ١٩: ٣٧٨.

كتاب الوصايا، الباب ٥٢، الحديث ١، وفي الكافي والفقيه: «فعل» بدل «قتل».

واعلم: أنه لا يشترط في الموصي الإسلام، فينفذ وصية الكافر. نعم، يشترط فيها - كما يشترط في وصية المسلم - عدم كون الموصى به أمراً محرماً غير معروف. الخامس من الشرائط: الاختيار، وقد مرّ أيضاً بيانه في الإجارة، فراجع.

شرائط الموصى به

فنقول: إن الموصى به إما أن يكون عملاً، وإما أن يكون حصول إضافة من الإضافات كالملكية والولاية والحرية ونحوها، والعمل إما أن يكون متعلقاً ببدنه، كأن يوصي بتجهيزه أو تكفينه أو الصلاة عليه على نحو خاص أو من شخص خاص أو دفنه مثلاً في مكان خاص وإما أن يكون متعلقاً بماله، كأن يوصي بإعطاء مقدار من ماله إلى زيد مثلاً، وإما أن لا يكون متعلقاً بشيء منهما، كأن يوصي بقراءة زيد له سورة من القرآن أو جميع القرآن مثلاً، فإن كان الموصى به عملاً لا اصطكاك به بالمال كالمثال الأخير مثلاً وكمثال التجهيز والتكفين على النحو الخاص إذا لم يستلزم الخصوصية الزائدة صرف المال، فهل يجب على الموصى إليه العمل بهذه الوصية أم لا؟ يمكن أن يقال: بعدم الوجوب، وإن كان حسناً من باب أن الأخوة الإسلامية مقتضى لذلك ولكن الحسن لا يقتضي الوجوب، وأي ملزم للإنسان في العمل بتلك الوصايا التي لا اصطكاك لها بالمال، و هل ترى إلزاماً في العمل بوصية من أوصى إلى رجل أن يقرأ له مثلاً في كل يوم جزءاً من القرآن من دون أن يقبل الموصى إليه، أو أوصى مثلاً بأن زيداً يغسلني، أو يصلّي عليّ أو نحو ذلك، فهل ترى زيداً ملزماً بالعمل بهذه الوصية، وإن لم يكن حاضراً حين الوصية، و لم يصدر منه قبول لها؟ لم نجد نحن إلى الآن ما يدلّ على لزوم العمل بهذا السنخ من الوصايا.

و ما دلّ على صحّة المضاربة بمال الصبيّ إذا أوصى الميّت بالمضاربة بمال الصبيّ و تنصيف منافعه أنّما يدلّ على صحّة المضاربة بماله، لا وجوبها على الموصى إليه من باب العمل بالوصيّة.^١

و كيف كان: فلو أوصى إلى شخص خاصّ بالصلاة عليه أو تغسيله لم يجب عليه العمل به، وإن كان حسناً، و كما لا دليل على وجوب عمله بها لا دليل على أحقيّته بهذه الأمور من الورثة، فإنّ الأولى بميراثه أولى بأحكامه، و لا دليل على سقوط هذا الحقّ بوصيّة الموصى و إرجاعه هذه الأمور إلى غير الورثة.

فإن قلت: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^٢ يدلّ على وجوب العمل بكلّ ما أوصى به الموصى.

قلت: هذه الآية نازلة إلى الوصيّة المتعلّقة بالأموال، فإنّها واردة بعد قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^٣، إلّا أن يتمسك بإلغاء الخصوصية بأن يقال: إنّنا نعلم بعدم دخالة خصوصية كون الموصى به مالاً في هذا الحكم، و لكن دون إثبات ذلك خرط القتاد.

فإن قلت: الأخبار الدالّة على أنّ الموصى إليه ليس له ردّ الوصيّة إذا بعث بها إليه من بلد آخر^٤ تشمل بإطلاقها لهذا السنخ من الوصايا.

قلت: لا نسلم شمول الأخبار لمثل هذه الوصايا بأن يوصي مثلاً بأنّ فلاناً يقرأ لي في كلّ يوم سورةً من القرآن، أو يكفّنني، أو يغسّلني أو نحو ذلك، بل الأخبار

١- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧، كتاب الوصايا، الباب ٩٢.

٢- البقرة (٢): ١٨١.

٣- البقرة (٢): ١٨٠.

٤- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٣١٩، كتاب الوصايا، الباب ٢٣.

ناظرة إلى الوصايا المتداولة الملقاة إلى شخص معيّن لإنفاذها، فإنّ المتداول بين الناس أن يوصوا بوصايا متعدّدة في أموالهم من إعطاء الزكاة والخمس وغيرهما و أداء الحجّ ونحوه، يعينون لإنفاذ ذلك كلّ شخصاً معيّناً من جهة الاطمينان به، فالأخبار ناظرة إلى هذا السنخ من الوصايا، ولنذكر الأخبار حتّى يتعمّق فيها وفي المراد منها.

فنقول: روى محدّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يرّد وصيّته، وإن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار، إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل»^١.

و الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يوصى إليه قال: «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»^٢.
و منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يرّد عليه وصيّته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^٣.
و هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصي إلى رجل بوصيّته فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لا يخذله على هذه الحال»^٤.

١ - الكافي ٧/ ٦/ ١؛ الفقيه ٤: ١٤٤ / ٤٩٦؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٥ / ٨١٤ وسائل الشيعة ١٩: ٣١٩.

كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ١.

٢ - الكافي ٧/ ٦/ ٢؛ الفقيه ٤: ١٤٤ / ٤٩٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٥ / ٨١٥ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٠.

كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٢.

٣ - الكافي ٧/ ٦/ ٣؛ الفقيه ٤: ١٤٥ / ٥٠٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٦ / ٨١٦ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٠.

كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٣.

٤ - الكافي ٧/ ٦/ ٥؛ الفقيه ٤: ١٤٥ / ٤٩٩؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٦ / ٨١٨ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢١.

كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٤.

و سعد بن إسماعيل، عن أبيه قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل حضره الموت، فأوصى إلى ابنه وأخوين، شهد الابن وصيته، وغاب الأخوان، فلما كان بعد أيام أيا أن يقبل الوصية مخافة أن يتوَّب عليهما ابنه، فلم يقدرا أن يعملوا بما ينبغي، فضمن لهما، ابن عمّ لهما وهو مطاع فيهم أن يكفّيهما ابنه، فدخل بهذا الشرط، فلم يكفّيهما ابنه، وقد اشترطاً عليه ابنه، وقالوا: نحن براء من الوصية، ونحن في حلّ من ترك جميع الأشياء والخروج منه، أيسّقيم أن يخلّيّا عمّا في أيديهما وعن خاصّته؟ فقال: «هو لازم لك، فارق على أيّ الوجه كان، فإنّك مأجور، لعلّ ذلك يحلّ بابنه»^١.

و رواية علي بن الرّيان قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع: «ليس له أن يمتنع»^٢.
و اعلم: أنّ المشهور، بل المتسالم بين الأصحاب أنّ ردّ الموصى إليه نافذ إن كان في حياة الموصي - مع بلوغه إليه وإلا فلا ينفذ وإن كان في حال الحياة - سواء سبقه القبول أو لم يسبقه، وليس بنافذ بعد موته سواء سبقه القبول أيضاً، أو لم يسبقه، والأخبار^٣ وإن لم يفصل بين الموت والحياة، بل بين البلد والبلدين، ولكن يمكن التوفيق بينها وبين الفتاوى، فإنّ حكمهم عليهم السلام بعدم جواز الردّ إذا كان

١ - الكافي ٧: ٦٠ / ١٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٤ / ٩١٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢١، كتاب الوصايا، الباب ٢٣، الحديث ٦.

٢ - الكافي ٧: ٧ / ٦؛ الفقيه ٤: ١٤٥ / ٤٩٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٠٦ / ٨١٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٢، كتاب الوصايا، الباب ٢٤، الحديث ١.

٣ - تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة ٤٣٥.

الموصى إليه في غير بلد الموصي لعلّه من جهة أنّ الأغلب في الوصايا وقوعها قرب الموت بحيث إنّ بلوغها إلى الموصى إليه يصادف موت الموصي، فلذا حكم بعدم جواز الردّ، وإلاّ فلو أبلغ إلى الموصي ردّه نحكم بصحّته و نفوذه، وإن كان في بلد آخر.

ثمّ إنّ الأخبار وإن أمكن الخدشة في دلالة بعضها على وجوب العمل على الموصى إليه كخبر هشام بن سالم،^١ إلاّ أنّ أكثرها ظاهرة في الوجوب، فيعمل بها، وإن كان ذلك مخالفاً لسلطنة الموصى إليه على نفسه، فإنّ وجوب العمل عليه بعد الموت وإن لم يقبل مخالف للسلطنة، ولكنّ العمل على وفق الأخبار^٢ و فتاوى الأصحاب.

ثمّ إنّ الظاهر من قوله (عليه السلام): «ليس له ردّها»^٣ هو الحكم الوضعي لا التكليفي، بمعنى أنّ ردّه غير نافذ لا أنّه نافذ، ولا يجب عليه العمل بالوصية بعد الردّ. غاية الأمر: أنّ نفس الردّ محرّم تكليفاً.

واعلم أيضاً: أنّه يستفاد من هذه الأخبار و الفتاوى عدم كون الوصية عقداً بين الموصي و الموصى إليه كما توهمه بعضهم؛^٤ إذ لو كان عقداً لكان الأحكام دائرة مدار قبول الموصى إليه، و الحال أنّ وجود القبول منه كالعدم؛ لما عرفت من أنّه قبل الموت يجوز له الردّ، قبل أو لم يقبل، و بعده لا يجوز، قبل أيضاً أو لم يقبل.

١- تقدّم في الصفحة ٤٤٠.

٢- تقدّم في الصفحة ٤٤٠-٤٤١.

٣- تقدّم في الصفحة ٤٤٠.

٤- راجع: المراسم: ٢٠٢؛ غنية النزوع: ١: ٣٠٦؛ شرائع الإسلام: ٢: ٢٤٣؛ إرشاد الأذهان: ١: ٤٥٧.

يشترط أن يكون الموصى به من مال الموصي

يشترط في الموصى به أن يكون سلطنته للموصي، فلا يجوز الوصية بمال الغير. هذا واضح، ولا فرق في الموصى به بين كونه عيناً أو منفعةً أو حقاً قابلاً للانتقال كحق التحجير مثلاً، دون حق الخيار؛ لعدم قبوله له، وانتقاله إلى الورثة ليس من باب الانتقال، بل من باب أنهم وجود تنزيلي لنفس المورث، هذا. وقد عدّ بعضهم حق التحجير في عداد المنافع،^١ - الظاهر كونه صاحب «الشرائع» - وفيه تأمل.

ولا يشترط في الموصى به المعلوماتية، فيجوز الوصية بالبصرة المجهولة مثلاً؛ لشمول عمومات الوصية لها وعدم الدليل على تقيدها، والغرر المنهي عنه^٢ إنما هو في المعاملات المبنية على الدقة، وكذلك لا يشترط فيه المقدورية على التسليم؛ لعدم كونها تملكاً لشيء، بل هي إيجاد حق التملك للموصي إليه، فيجوز تحققها في غير المقدور.

و هل يشترط فيه أن يكون موجوداً حين الوصية أو لا؟ فيه وجهان: من أن الوصية التمليلية مفادها إيجاد حق التملك للموصي له، فلا بد من أن يكون ذلك الحق متعلقاً بشيء، ولا يمكن تعلق الحق بالمعدوم المطلق. ومن أن الوصية ليست تملكاً ولا إيجاد حق من قبل الموصي، بمعنى أن المنشأ

١ - راجع: جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٨.

٢ - إشارة إلى الحديث النبوي: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر». دعائم الإسلام ٢: ٢١؛ عيون أخبار الرضا ﷺ ٢: ٤٥ / ١٦٨؛ صحيح مسلم ٣: ٣٣٣ / ١٥١٣؛ سنن أبي داود ٢: ٢٧٤ / ٣٣٧٦؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٩ / ٢١٩٤ و ٢١٩٥.

بإنشاء الموصي ليس تمليكاً ولا ثبوت حق، بل المنشأ بإنشائه عبارة عما يعبر عنه بالفارسية بـ«سفارش»، ولا يأبى العقلاء عن تحقق هذا المعنى متعلقاً بمعدوم يترقب وجوده بأن يقول الموصي المشتغل بالتجارة: إن حصل لي مال بالتجارة فهو لزيد بعد وفاتي مثلاً، فيعتبر العقلاء بنفس هذا الكلام وجود ما يعبر عنه بـ«سفارش».

ثم إنَّ المعدوم حين الوصية على قسمين:

الأول: ما كان معدوماً حينها، ولكن كان مبدأه ومولده موجوداً حينها، وذلك مثل أن يوصي لزيد مثلاً بنماء الشجرة الموجودة أو الغنم الموجود، مع عدم كون النماء موجوداً حين الوصية.

الثاني: ما لم يكن هو ولا مبدأه موجوداً حينها، وذلك كأن يوصي بأنِّي إن رزقت مالاً فهو لزيد بعد وفاتي.

ومن هذا القبيل الوصية بثلاث ماله، فإنَّ المراد الثلث الموجود حين الموت لا حين الوصية، والمذكور في كلام الأصحاب من الوصية بالمعدوم هو القسم الأول فقط. والظاهر صحة الوصية بالمعدوم مطلقاً لما مرَّ من تحققها بمعناها في المعدوم أيضاً كما هو واضح، فيشمئها إطلاقات أدلة الوصية.^١

هل يصح الوصية بالترديد

لو أوصى بأحد العبدین لزيد مثلاً بحيث يكون الموصى به مردداً بالترديد الواقعي لا مجهولاً فقط كما في متعلق العلم الإجمالي، فإنه يتعلّق بالمراد الواقعي

كما هو واضح، فهل يصح هذه الوصية أم لا؟ فيه وجهان:

من أن فائدة الوصية ثبوت حق التملك للموصى له، وحينئذٍ فيما أن يقال بتعلق حقه بالكلية، فيتملك الكلّي بقبوله، أو يقال بتعلقه بهذا المعين أو بذاك المعين أو بالفرد المردّد، والأوّل غير مقصود للموصي، فإنّه قصد الوصية بالموجود الخارجي لا الكلّي، والثاني والثالث مدفوعان بأنّ الفرض عدم تعلق الوصية بالمعين، فلا يمكن للموصى له قبول المعين؛ إذ التعيّن خارج عن متعلق حقه، والرابع فاسد بالبداهة من جهة أنّ الواقع لا يخلو عن فردين معيّنين.

ومن أنّ مفهوم الوصية التي يعبر عنها بـ«سفارش» أمر تتحقّق بتعلّقها بالمردّد أيضاً كما يظهر ذلك بالمراجعة إلى العرف، فيثبت بها مقتضاها، وهو ثبوت حقّ التملك بالنسبة إلى أحد الفردين. غاية الأمر: أنّ حقّ التعيّن للورثة من جهة أنّ الموصى له ليس مالكاً للتعين.

والأقوى هو الوجه الثاني، وقد ذكر في «التذكرة» أنّه بناء على الصحة.^١ فهل التعيّن حقّ للورثة أو الموصى له، أو يرجع إلى القرعة؟ وجوه، ولكنّ الظاهر عدم الإشكال في أنّ حقّ التعيّن للورثة، ولا وجه لكونه للموصى له كما لا وجه للقرعة، وذلك من جهة أنّ جميع متروكات الميّت للورثة بمقتضى عمومات الإرث.^٢ غاية الأمر: خروج الوصية منها، والمفروض أنّ الموصى به هو الفرد المردّد، ولا تعيّن الفردين، فلا وجه لكون التعيّن ملكاً للموصى له، بل هو باقٍ بعد على ملك الورثة؛ لعدم المخرج له عن ملكهم.

١- تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٢٤، مسألة ١٢٥.

٢- النساء (٤): ٧ و ١١ و ١٢.

الوصية بأزيد من الثلث غير نافذة

و من شرائط الموصى به عدم كونه أزيد من الثلث، فإن الوصية بالنسبة إلى الزيادة غير نافذة، إلا بإذن الورثة، فهنا أحكام ثلاثة:

الأول: نفوذ الوصية بالنسبة إلى الثلث.

الثاني: عدم نفوذها بالنسبة إلى الزائد عنه.

الثالث: نفوذها فيه أيضاً إن أجازت الورثة. و الفتاوى على هذه الأحكام متوافقة، و الأخبار^١ متظافرة، إلا أن هنا رواية رواها عمار بن موسى،^٢ تدل على جواز الوصية بجميع المال، و أفى على وفقه ابن بابويه،^٣ و لكنها شاذة، و سنوجهها بما ذكره الأصحاب.^٤

و بالجملة: فجواز الوصية بالثلث و عدم جوازها بالنسبة إلى الزائد عنه مما لا ريب فيه، و يدل عليه أخبار كثيرة، فلنذكر بعضها تيمناً.

فمنها: ما رواه محمد بن قيس - صاحب كتاب قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام)، جمع فيه قضاياها (عليه السلام) في الوقائع المخصوصة - عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «كان أمير المؤمنين يقول: لأن أوصي بخمس مالي أحب إلي من أن أوصي بالربع، و لأن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك...»^٥.

١- وسائل الشريعة ١٩: ٢٦٩، كتاب الوصايا، الباب ٩ و ١٠ و ١١.

٢- الكافي ٧: ٧ / ٢، الفقيه ٤: ١٥٠ / ٥٢٠: الاستبصار ٤: ١٢١ / ٥٩؛ وسائل الشريعة ١٩: ٢٩٨، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٥.

٣- الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا (عليه السلام): ٢٩٨.

٤- سيأتي في الصفحة ٤٤٨.

٥- الكافي ٧: ١١ / ٤، الفقيه ٤: ١٣٦ / ٤٧٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٢ / ٧٧٣؛ الاستبصار ٤: ١١٩ /

و مراده بقوله: «يترك» أنه لم يترك شيئاً يمكن له الوصية به.

و منها: ما رواه حماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثة، و الوصية بالربع و الخمس أفضل من الوصية بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك»^١.

و منها: ما رواه مسعدة بن صدقة - من قضاة العامة، له روايات من طرق العامة و الخاصة - عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «لئن أوصي بالخمس أحب إليّ من أن أوصي بالربع، و لئن أوصي بالربع أحب إليّ من أن أوصي بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك شيئاً»^٢.

و منها: ما رواه أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ما له من ماله؟ فقال: «له ثلث ماله، و للمرأة أيضاً»^٣.

و منها: ما رواه مرازم، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه، قال: «إن أبان به فهو جائز، و إن أوصى به فهو من الثلث»^٤.

و منها: رواية سماعة، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرباته، قال: هو ماله، يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت، قال:

١- الكافي ٧: ١١ / ٥: الفقيه ٤: ١٣٦ / ٤٧٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩١ / ٧٦٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٦٩.

كتاب الوصايا، الباب ٩، الحديث ٢.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٩٢ / ٧٧٣؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٠-٢٧١؛ كتاب الوصايا، الباب ٩، الحديث ٤.

٣- الكافي ٧: ١١ / ٣: الفقيه ٤: ١٣٦ / ٤٧٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩١ / ٧٧٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٢.

كتاب الوصايا، الباب ١٠، الحديث ٢.

٤- الكافي ٧: ٨ / ٦: الفقيه ٤: ١٣٨ / ٤٨١، و ١٤٨ / ٥١٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٣؛ كتاب الوصايا،

الباب ١٠، الحديث ٤.

«فإن أوصى به فليس له إلا الثلث».^١

و منها: رواية علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: «الثلث، و الثلث كثير».^٢

إلى غير ذلك من الروايات الدالة على الحكم المذكورة في «الوسائل»، الباب ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و غيرها، و هاهنا روايات واردة في الوصايا التي أوصى بها للأئمة عليهم السلام، فقبلوا الثلث، و ردّوا الزائد،^٣ و لكنّها غير دالة على المقصود؛ لعدم دلالة ذلك على عدم الجواز بالنسبة إلى الزائد كما أنّ الروايات الواردة في الوصايا التي أوصى لهم عليهم السلام، فقبلوا جميعها من غير ردّ للزائد عن الثلث^٤ لا تنافي ما نحن فيه؛ لأنّها كانت قضايا شخصية، فلعلّ الموصي ردّ ماله في حياته إلى الإمام عليه السلام، و ملكه إياه، فأجاز له الإمام التصرف فيه مادام الحياة، أو كان نذر له عليه السلام في حياته أو نحو ذلك من المحامل.

و كيف كان: فعدم جواز الوصية بالنسبة إلى الأزيد من الثلث من مسلّمات الفقه. نعم، هاهنا رواية رواها عمّار بن موسى، و أفقّى بها علي بن بابويه - كما عرفت -^٥ تدلّ على خلاف المقصود و لكنّها شاذّة، يجب توجيهها، و هي ما رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الرجل أحقّ بماله مادام فيه الروح إذا أوصى به كلّهُ فهو جائز».^٦

١- الكافي ٧: ٨ / ١٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٨ / ٧٥٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٢، كتاب الوصايا، الباب ١٠، الحديث ٦.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٣ / ٩٤٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٤، كتاب الوصايا، الباب ١٠، الحديث ٨.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٩، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٣ و ١٤.

٤- وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٠-٢٨١، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٦ و ١٨.

٥- تقدّم في الصفحة ٤٤٦.

٦- وسائل الشيعة ١٩: ٢٨١، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٩ و أيضاً ٢٩٨، الباب ١٧، الحديث ٥.

و هذه الرواية - مضافاً إلى أنها معارضة بما رواه عمّار -^١ أيضاً معارضة للروايات الكثيرة^٢ و فتاوى الأصحاب، فيجب طرحها أو توجيهها، فإنّ عمدة الدليل على حجّية الأخبار سيرة العقلاء على العمل بها، و السيرة غير موجودة فيما إذا كان الخبر الصادر عن الإمام عليه السلام مثلاً مخالفاً للمشهور و لبطانته عليه السلام و أصحابه الخاصّة المطلّعين على مذاقه عليه السلام. و قد وجّه الرواية في «الرياض» بحمله على فرع فقهي^٣ يشكل تسلّمه أيضاً، و هو ما لو أوصى بجميع ماله لزيد مثلاً، و احتملنا كونه مديوناً له أو أنّه نذر له في حياته أو وهبه إياه، أو احتملنا إرادته للتملك فعلاً و إنشاءه منجزاً بناءً على نفوذ منجزات المريض فيكون اللازم حينئذٍ العمل بمقتضى وصيّته من جهة أنّه أعلم بحال نفسه، و لا ينافي ذلك على فرض صحّته لما ذكرنا من عدم نفوذ الوصيّة بالنسبة إلى الزائد عن الثلث، فإنّه أنما يكون فيما إذا كان غرض الموصي تملك ماله للموصى له معلقاً بموته، ففي مثل ذلك يشترط عدم الزيادة على الثلث، و المفروض فيما نحن فيه عدم إحراز ذلك، فإنّ قوله مثلاً: «أعطوا زيدا جميع مالي» كما يحتمل أن يكون غرضه منه التملك المعلق بالموت كذلك يحتمل أن يكون غرضه منه التملك التنجيزي، أو لعلّه كان مديوناً له، فلذا يوصي بأداء ماله إليه نحو ذلك من الاحتمالات، فلم يثبت كونه وصيّة اصطلاحية حتّى يقال بعدم نفوذها في الزائد عن الثلث.

و بالجملة: فيمكن حمل رواية عمّار على هذا المعنى، فيكون مفادها وجوب

١ - الكافي ٧/ ٨: ٧، الفقيه ٤: ١٣٦ / ٤٧٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٨ / ٧٥٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٩.

كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٧.

٢ - تقدّم ذكر بعض مصادرها في الصفحة ٤٤٦ - ٤٤٧.

٣ - رياض المسائل ١٠: ٣٥٢.

العمل بالوصية إن احتملنا أمراً من هذه الأمور، ولكن دون إثبات ذلك خرط القتاد. فإنَّ العبارة الصادرة من الموصي في حال موته إن كان ظاهراً في الوصية الاصطلاحية حملت عليها، كما أنَّها إن كانت ظاهرة في التملك التنجيزي أو نحوه من المحتملات حملت عليه، وأما إن كانت متساوي الاحتمالين فلا دليل على حمله على أحد الطرفين، كأن يقول: «مالي لزيد» مثلاً، إلا أن يقال بأنَّ نفوذها في الزائد على الثلث يحتاج إلى ثبوت كونها تملكاً تنجيزياً أو إقراراً أو نحو ذلك من الأمور، فيحكم على هذا بعدم نفوذها في الزائد.

نفوذ الوصية في الزائد من الثلث إن أجازوا الورثة

قد ظهر ممَّا ذكرنا من أخبار الباب نفوذ الوصية بالنسبة إلى الثلث و عدم نفوذها بالنسبة إلى الزائد إن لم يجز الورثة. بقي الكلام في الحكم الثالث الذي ذكرناه، وهو صحتها و نفوذها في الزائد أيضاً إن أجازوا، وهذا الحكم مسلّم بين العامة و الخاصة، و اتفق عليه الفتاوى، و يمكن استفادته من الأخبار.

فمنها: ما رواه أحمد بن محمد، قال: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن عليه السلام: أن درة بنت مقاتل توفيت، و تركت ضيعة أشقاصاً في مواضع، و أوصت لسيّدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها، و أحببنا إنهاء ذلك إلى سيّدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصية على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمره إن شاء الله، قال: فكتب بخطه: «ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث، و إن تفضّلت، و كنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله»^١.

١- الكافي ٧: ١٠-١١ / ٢: القيقه ٤: ١٣٧ / ٤٨٠: تهذيب الأحكام ٩: ١٩٢ / ٧٧٢: وسائل الشيعة ١٩:

و دلالتها على المطلب موقوفة على أن يكون المراد من التفضل التفضل على الميت بإمضاء وصيته، فإنه يحتمل أيضاً أن يكون المراد التفضل على الموصى له بأن يهبوا له من سهامهم، فلا دلالة فيها على نفوذ الوصية بما هي وصية بإمضاءهم. ومنها: ما رواه ابن عقبة، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حضره الموت، فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، و لهم ما بقي»^١.

فإن الظاهر من الرواية أن صحة الوصية في الزائد على فرض إجازة الورثة كانت مسلمة عند الراوي.

و منها: ما رواه حريز، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية، و ورثته شهود، فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ فقال: «ليس لهم ذلك، و الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته»^٢.

و هذه الرواية لا تدلّ على كون الموصى به أكثر من الثلث، فلا دلالة لها على المقصود.

و منها: ما رواه منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث، و ورثته شهود، فأجازوا ذلك له قال: «جائز»^٣.

١ - تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤ / ٧٨١؛ الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٤٥٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٤.

٢ - الكافي ٧: ١٢ / ١؛ الفقيه ٤: ١٤٧ / ٥١٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٣ / ٧٧٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٣، كتاب الوصايا، الباب ١٣، الحديث ١.

٣ - تهذيب الأحكام ٩: ١٩٣ / ٧٧٨؛ الاستبصار ٤: ١٢٣ / ٤٦٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٤، كتاب الوصايا، الباب ١٣، الحديث ٢.

و دلالة هذه الرواية ظاهرة لا يمكن الخدشة فيها.

نفوذ الوصية بعد خروج الدين و الكفن

نفوذ الوصية بعد خروج الدين و الكفن، فكفن الميت و ديونه مقدّمان على الوصية و على الإرث، و يدخل في الدين نفقة الحجّ، فإنّها أيضاً دين. غاية الأمر: كونها دين الله، و أمّا مثل الصلاة و الصوم و نحوهما فتخرج مؤونتها من الثلث، لا من الأصل هذا.

ثمّ إنّّه قد استدلّ بعضهم لكون الوصية نافذة في الأزيد من الثلث بعد إجازة الورثة بأنّ الأزيد لا يخلو من أن يكون ملكاً للموصي أو للوارث، فبعد وصية الموصي به و إجازة الوارث إياها أيّ مانع من نفوذها.^١

و فيه تأمل؛ إذ ليس كلّ ما يتسلّط على الإنسان بقابل للانتقال.

ثمّ إنّ العلامة عنون في «التذكرة» فرعاً حاصله:

أنّ الموصي له هل يتلقّى الأزيد من الثلث من الورثة حتّى يكون إجازتهم للوصية بمنزلة الهبة، أو يتلقّاه من الميت بأن يكون الصادر من الورثة تنفيذ فعل الموصي فقط من دون أن يكون تلقّى الملكية من قبلهم؟ فيه وجهان:

من أنّ الأزيد من الثلث ملك للورثة بمقتضى الأدلّة، فدخوله في ملك الموصي له أمّا يكون بالخروج عن ملكهم. و من أنّ عنوان التنفيذ غير عنوان التملك، فإنّ التنفيذ أمّا هو إمضاء تملك الغير لا تأسيس تملك جديد، و بعبارة أخرى الموصي إنّما أنشأ الوصية التي هي موجبة لاستحقاق الموصي له للتملك. غاية الأمر: أنّ

ترتب الآثار على فعله في الأزيد موقوف على الإجازة، فبعد الإجازة يصير فعل الموصي منشأ للآثار.

و الأقوى من الوجهين هو الوجه الثاني، فإن كون التنفيذ من الورثة بمنزلة الهبة منهم يستلزم أحكاماً، لا يمكن الالتزام بواحد منها. منها: كون تملك الموصى له موقوفاً على القبض. و منها: احتياجه إلى قبولين: أحدهما قبول الوصية بالنسبة إلى الثلث، و ثانيهما قبول هبة الورثة و تمليكهم بالنسبة إلى الأزيد، مع وضوح عدم الاحتياج إلى القبول الثاني. و منها: جواز رجوع الورثة عن إجازتهم، فإن الهبة عقد جائز، مع أنه من المسلم عدم جواز رجوعهم بعد الإجازة كما هو واضح.^١

ثم إن العلامة ذكر أيضاً فرعاً آخر و حاصله:

أن الورثة لو كانوا مفلسين و حبرهم الحاكم عن التصرف في أموالهم، و كان ديونهم أكثر من أموالهم، فهل يجوز لهم في هذه الحال تنفيذ وصية أبيهم مثلاً بالنسبة إلى الأزيد أو ليس لهم ذلك من جهة كونه تضييعاً لحق الديان؟

و بني النزاع في هذه المسألة على النزاع في سابقها، و قال: إن لازم القول بكون تلقى الملك من الورثة عدم جواز التنفيذ في هذه المسألة، و لازم القول بكون التلقي من الميت جواز التنفيذ، فإن التنفيذ على الأول بمنزلة التصرف في الملك الذي حبر عنه المفلس، و في الثاني بمنزلة إيجاد المانع عن حصول الملك لهم، و لا يجب على المفلس تحصيل المال، فلو وهب له مثلاً واهب مالا لا يجب له القبول^{٢، ٣}.

١ - تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٣٤ - ٢٣٧، مسألة ١٣٠ - ١٣٣.

٢ - تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٤٢، ذيل مسألة ١٣٧.

٣ - فيه نظر فإن أداء الدين واجب و تحصيل المال له واجب من باب المقدمة مع القدرة. [المقررات]

هذا ما ذكره العلامة. وفيه نظر، فإنَّ تلقِّي الملك إن كان من الورثة فوجه عدم جواز تنفيذهم واضح، وأمَّا إن كان تلقَّيه من الميِّت فالحكم بجواز التنفيذ بالضرر القاطع في غير محلِّه، بل فيه وجهان، ولعلَّ الحكم بعدم الجواز أرجح؛ لأنَّه وإن قلنا بعدم وجوب تحصيل المال على الورثة، ولكن إيجاد المانع عن حصوله مع وجود مقتضيه بمنزلة التصرُّف في المال الحاصل، فإنَّ الموت تمام العلة لحصول المال للورثة بحيث ليس لحصوله لهم حالة منتظرة بعد الموت.

غاية الأمر: أنَّ الشارع أجاز لهم إيجاد المانع عن الحصول وإنشاء استحقاق التملُّك للغير فإنَّ إنشاء الموصي بالنسبة إلى الأزيد من الثلث كلا إنشاء ما لم ينضمَّ إليه الإجازة فكان الورثة هم الموجودون للاستحقاق، فإجازتهم الوصية بمنزلة إخراج المال عن ملكهم؛ إذ المال يحصل لهم قهراً إن لم يوجدوا هذا المانع، فافهم، و تأمل جيِّداً.

لو أوصى بأزيد من الثلث

لو أوصى بأزيد من الثلث، ولم يعز الورثة، وكان الموصى به أموراً، فهل يقسِّط الثلث عليها، أو يقدِّم الواجبات مطلقاً أو المالية فقط؟ الظاهر تقدِّم الواجبات مطلقاً بدنية، أو مالية، عن غيرها.

ولنذكر قبل الشروع في المسألة ما ورد فيها، فنقول: روى معاوية بن عمار من أفاضل الطبقة الخامسة - وأبوه عمار الجهني من عظماء الثقات عند العامة، و لمعاوية كتابان: أحدهما في الحجِّ والآخر في الطلاق، روى فيهما أخباراً كثيرة، وأكثر روايات هذين البابين من هذين الكتابين، وقد انتشرت في الكتب الأربعة - حديثاً عن أبي عبد الله عليه السلام حاصله تقدِّم الحجِّ على غيره، والراوي عن معاوية

رجلان من الطبقة السادسة، أحدهما ابن أبي عمير و الآخر محمد بن يحيى الخزاز، وما رواه ابن أبي عمير روايتان مختلفتان في بعض المضامين، أما ما رواه محمد بن يحيى فهو ما رواه في «الكافي» عن شيخه محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى الأشعري القمي، عن محمد بن يحيى الخزاز، عن معاوية بن عمار قال: ماتت أخت مفضل بن غياث، وأوصت بشيء من مالها، الثلث في سبيل الله و الثلث في المساكين و الثلث في الحج، فإذا هو لا يبلغ ما قالت، إلى أن قال: و لم تكن حجت المرأة، فسألت أبا عبد الله عليه السلام، فقال: «ابدأ بالحج، فإنه فريضة من فرائض الله عليها، و ما بقي اجعله بعضاً في ذا و بعضاً في ذا...»^١

و أما ما رواه ابن أبي عمير فهو ما رواه عن معاوية، قال: أوصت إلى امرأة من أهل بيتي بثلث مالها، و أمرت أن يعتق عنها، و يحج، و يتصدق، فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفة، فقال: يجعل ذلك أثلاثاً، ثلثاً في الحج و ثلثاً في العتق و ثلثاً في الصدقة، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام، فقلت له: إن امرأة من أهلي ماتت، و أوصت إليّ بثلث مالها، و أمرت أن يعتق عنها، و يحج عنها و يتصدق، فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: «ابدأ بالحج، فإنه فريضة من فرائض الله عز و جل، و اجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة»، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله عليه السلام، فرجع عن قوله، و قال بقول أبي عبد الله عليه السلام.^٢

و قد أفتى على طبق مضمون الروايات الشيخ في «النهاية»^٣ و المفيد في

١- الكافي ٧/ ٦٣ / ٢٢: وسائل الشيعة ١٩: ٣٩٧، كتاب الوصايا، الباب ٦٥، الحديث ٣.

٢- الكافي ٧/ ١٩ / ١٤: الفقيه ٤: ١٥٦ / ٥٤٣: تهذيب الأحكام ٩: ٢٢١ / ٨٦٩: الاستبصار ٤: ١٣٥ /

٥٠٩: وسائل الشيعة ١٩: ٣٩٦، كتاب الوصايا، الباب ٦٥، الحديث ١.

٣- النهاية: ٦١٥.

«المقنعة»^١ و قال في «الشرائع»^٢ و «النافع» بتقدّم الواجب على غيره من غير تخصيص للحجّ.^٣ و السرّ في ذلك عموم التعليل الوارد في الروايتين، و هو الأظهر، و لا جهة لتخصيص خصوص الواجبات المالية كالدين و النذور و الكفّارات و الزكاة و الخمس و الحجّ من الديون و شبهها، فيشمل مثل الصلاة و الصوم و نحوهما من الواجبات البدنية أيضاً، و إن اخترنا في المسألة السابقة خروجها من الثلث لا من الأصل في قبال الماليات الخارجة من الأصل كما هو المشهور، و إن أفتى بعضهم فيها أيضاً بخروجها من الأصل كالسيد في «العروة»^٤ مثلاً.

و بالجملة: فهذه المسألة غير مبتنية على سابقتها، فنحن نقول في السابقة بخروج الواجبات المالية عن الأصل دون البدنية وفاقاً للمشهور، و أمّا في هذه المسألة فلا نفرّق بينهم، بل نحكم بتقدّمهما على غيرهما ممّا لا يكون واجباً.

و الأولى عطف عنان الكلام إلى مسألة أنّ الواجبات البدنية هل تخرج من الأصل أو الثلث؟ ثمّ نرجع إلى مسألتنا.

فنقول: لا إشكال كما عرفت^٥ إجمالاً في أنّ أوّل ما يبدأ به من تركة الميّت الكفن ثمّ الدين، ثمّ الوصيّة، ثمّ تصل النوبة إلى الإرث، فالكفن مقدّم على الدين، و كذا هو على الوصيّة على الترتيب. غاية الأمر: أنّ الوصيّة مقيّدة بالثلث، و في الزائد تحتاج إلى الإمضاء، بخلاف الكفن و الدين، و هذا الترتيب - مضافاً إلى أنّه من

١- المقنعة: ٦٧٧.

٢- شرائع الإسلام ٢: ٢٤٧.

٣- المختصر النافع: ١٦٦.

٤- العروة الوثقى ٤: ٥٠٠-٥٠١.

٥- تقدّم في الصفحة ٤٥٢.

المسلّمات - قد ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أول شيء يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الميراث»^١.

و لا إشكال أيضاً في أنّ الواجبات المالية مثل الزكاة والخمس والنذور والكفّارات في حكم الدين وفي رتبته، فتخرج من الأصل مقدّمة على الوصية، وكذا الحجّ لوروده في الروايات، فقد ورد أنّه بمنزلة الدين^٢. غاية الأمر: أنّ حجّة الإسلام لا إشكال فيها، وأمّا المنذورة فقد يستشكل في خروجها من الأصل وإنّما الإشكال في الواجبات البدنية مثل الصلاة والصوم ونحوهما، فالمشهور أنّ الميت إن أوصى بها خرجت من الثلث، وإلا فلم تتعلّق بالتركة، وقال بعضهم بأنّها أيضاً مثل الديون في تعلّقها بأصل التركة، فيجب إخراجها من الأصل، أوصى بها الميت أو لم يوص، وقد اختار هذا القول صاحب «العروة»^٣، واستدلّ له في ملحقات مكاسبه بالإجماع المنقول عن «الغنية» و «الكفاية» وبأنّ انتقال المال إلى الورثة أنّما هو من جهة كونهم وجوداً تنزلياً للميت، وما دام لم تبرأ ذمّة الميت، ولم يصرف المال في إبراء ذمّته لا يعقل انتقاله إلى من هو بمنزله، إذ الانتقال إلى الوجود التنزيلي بعد عدم احتياجه إليه، وبما ورد من طرق العامّة من أنّ رسول الله ﷺ قال للخنثية عند حجّها عن والدتها ما حاصله: أليس إن كانت أمك مديونة أديت دينها؟ قالت: نعم، قال: «دين الله أحقّ بالقضاء»^٤.

١ - الكافي ٧: ٢٣ / ٣، الفقيه ٤: ١٤٣ / ٤٨٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٧١ / ٦٩٨؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٩.

كتاب الوصايا، الباب ٢٨، الحديث ١.

٢ - راجع: وسائل الشيعة ١١: ٦٧، كتاب الحجّ، أبواب وجوب الحجّ، الباب ٢٥.

٣ - العروة الوثقى ٤: ٤٩٩ - ٥٠١.

٤ - الموطأ ١: ٣٥٩ / ٩٧؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٢: ٤٦٢ / ١٦٠٧٠؛ سنن الدارمي ٢: ٤٠ - ٤١؛

فالتعبير عن الحجّ بدين الله مع كونه نظير الصلاة و الصوم من الواجبات البدنية العملية يدلّ على دخول الواجبات في الدين و كونها بحكمه، و استدلّ أيضاً بما ورد في الحجّ من كونه بمنزلة الدين و خارجاً عن الأصل إن كان الميّت ضرورة، أي كان حجّه حجة الإسلام.^٢

و لا يخفى: عدم استقامة شيء من هذه الوجوه، أمّا الإجماع فصاحب «الغنية» و إن قال بخروج كلّ واجب ديني أو دنيوي عن الأصل،^٣ فيشمل ظاهر كلامه للواجبات البدنية، إلّا أنّه لم يدّع عقيب المسألة إجماعاً، بل ذكر في آخر مسائل الوصية إجماعاً،^٤ يمكن رجوعه إلى جميع المسائل، كما يمكن رجوعه إلى المسألة الأخيرة، فلا دليل على رجوعه إلى ما نحن فيه مضافاً إلى أنّه يمكن منع شمول كلامه للواجبات البدنية، فراجع «الغنية»، و أمّا «الكفاية» فهي من الكتب المتأخّرة، فلا اعتبار بآدعائه الإجماع،^٥ مضافاً إلى أنّ الأكثر على خلاف هذا القول، و أمّا ما ذكره من: «أنّ انتقال الإرث إلى الورثة من جهة ...». ففيه: أنّ هذا وجه اعتباري استحساني لا دليل عليه، و أمّا رواية الخشعية ففيها أنّه لا دلالة فيها على المقصود لو لم تدلّ على خلافه.

^٢ - صحيح البخاري ٣: ٤٧ / ١١٣؛ صحيح مسلم ٢: ٩٧٣ / ٤٠٧؛ سنن أبي داود ٢: ١٦٦ / ١٨٠٩؛

سنن ابن ماجه ٢: ٩٧١ / ٢٩٠٦ و ٢٩٠٩؛ سنن الترمذي ٣: ٢٦٧ / ٩٢٨؛ السنن الكبرى، البيهقي ٤:

٣٢٨-٣٢٩؛ المجموع ٧: ١٠١ و ١٥: ٥١٩، مع تفاوت في جميع المصادر.

١- راجع: وسائل الشيعة ١١: ٦٦-٦٧، كتاب الحج، أبواب وجوب الحج، الباب ٢٥.

٢- رسالة في منجزات المريض، السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي: ٥٤.

٣- غنية النزوع ١: ٣٠٥.

٤- غنية النزوع ١: ٣٠٨.

٥- راجع: كفاية الفقه ٢: ٤٤.

في منجزات المريض

اعلم: أنَّ تصرّفات الإنسان على قسمين: مؤخّرة و معجّلة.

فالأولى: عبارة عمّا وقعت بلحاظ ما بعد الموت كالوصيّة بأقسامها التي منها التدبير.

و الثانية: عبارة عمّا وقعت لا بلحاظ ذلك، بل بلحاظ ما قبله بحيث يوجد أمراً في حال حياته، و ذلك كالبيع و الهبة و أمثالهما.

أمّا القسم الأوّل، فقد اتّفقت الآراء على كونها نافذة في الثلث لا في الأزيد، إلّا بإجازة الورثة.

و أمّا الثانية، فما لا يتصوّر فيها النفوذ و عدمه فلا ريب في جوازها بالنسبة إلى جميع المال بلا خلاف و لو في مرض الموت، و ذلك مثل أكله و إطعامه للناس و نحوهما، و ما يتصوّر فيها النفوذ و عدمه كالمعاملات و المعاوضات فما لم توجب منها نقصاً في المالية أيضاً جائزة نافذة بلا خلاف كالبيع بثمن المثل مثلاً، و أمّا ما أوجبت منها نقصاً في المالية كالهبة و الصلح بلا عوض أو الصلح أو البيع بأنقص من ثمن المثل و نحو ذلك ممّا اشتملت على المحاباة ففي غير مرض الموت أيضاً نافذة خارجة من الأصل بلا خلاف أيضاً، و أمّا إذا وقعت المعاوضات المحاباتية في مرض الموت فقد وقع النزاع في نفوذها بالنسبة إلى الأزيد من الثلث أو عدم نفوذها بالنسبة إليه و وقوفها على إمضاء الورثة، و هذا هو النزاع المعروف بينهم من أنَّ

منجّزات المريض خارجة من الثلث أو الأصل فأطبق مخالفونا على كونها مثل الوصية خارجة من الثلث ووقوف الأزيد على إمضاء الورثة،^١ إلا مسروق^٢ الذي هو من التابعين،^٣ و ليس داخلاً في عداد علماء المخالفين.

نعم، يظهر^٤ من رواية عبدالرحمن بن الحجاج - وهي الخامسة من الباب التاسع و الثلاثين من وصايا «الوسائل» - الناقلة خلاف ابن شبرمة مع ابن أبي ليلى أنّ القول بكون المنجّزات من الأصل كان من الأقوال المتداولة عندهم، فراجع الرواية،^٥ و لكن هذا القول لم ينقل عنهم في الكتب الفقهية، إلا عن مسروق كما عرفت، و أمّا أصحابنا الإمامية رضوان الله عليهم، فقال أكثر المتأخرين أيضاً بخروجها من الثلث وفاقاً للمخالفين، و أكثر القدماء قالوا بخروجها من الأصل كالسيد المرتضى و ابن زهرة في «الانتصار»^٦ و «الغنية»^٧ و المفيد في «المقنعة»^٨ و الحلّي في «السرائر»^٩ و كلمات الشيخ في «نهايته» مختلفة^{١٠} و هو^{١١} قال في

١- راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ٤٩١ و ٤٩٣؛ المجموع ١٥: ٤٤١؛ الخلاف ٤: ١٤٣، المسألة ١٤.

٢- المحلى بالآثار ٨: ٤٠٨، المسألة ١٧٧٢؛ راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ٥٨٠.

٣- مسروق بن الأجدع الهمداني الوادعي، كنيته أبو عائشة. أدرك الجاهلية و هو تابعي روى عن علي و ابن مسعود و عائشة و أبي بكر و عمر. راجع: أسد الغابة ٥: ١٦٤ / ٤٨٥٥؛ الإصابة ٦: ٢٢٩ - ٢٣٠ / ٨٤٢٦.

٤- لا يظهر من الرواية ذلك، بل النظر فيها إلى مسألة أخرى متنازع فيها بيننا و بينهم، فراجع. [المقرّر].

٥- وسائل الشريعة ١٩: ٣٥٤ - ٣٥٦، كتاب الوصايا، الباب ٣٩، الحديث ٥.

٦- الانتصار: ٤٦٥، المسألة ٢٦٢.

٧- غنية النزوع ١: ٣٠١.

٨- المقنعة: ٦٧١.

٩- السرائر ٣: ١٤ و ١٩٩.

١٠- النهاية: ٥٤٤ - ٥٤٥ و ٦٢٠.

مواضع نقله للمسألة بأن فيها روايتين لأصحابنا من غير اختيار لأحد الطرفين. نعم، ذكر في «خلافه» في كتاب العتق في المسألة الثانية والثالثة ما يظهر منه أنه وافق العامة في المسألة، فراجع «الخلاف»^١، وراجع المسألة ١٢ من الوصايا.^٢

و قال السيدان في كتابيهما: إن دليلنا على ذلك إجماع الفرقة المشار إليه.^٣ و مرادهم بالإجماع ليس اتفاق المسلمين، بل ما ذكره في كتبهم الأصولية، و حاصل ما ذكره و ذكره الشيخ في «العدة» في مبحث الإجماع: أن اتفاق الأمة بما هو اتفاق ليس عندنا حجة مستقلة في قبال سائر الحجج و إن قال العامة بحجته مستدلين بما رواوا عن النبي ﷺ من قوله: «لا تجتمع أمتي على الضلالة»^٤ و بقوله تعالى: «وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُضْلِهِ جَهَنَّمَ»^٥ و غير ذلك من الآيات.^٦

و بالجملة: فنفس الاتفاق ليس عندنا موضوعاً للحجة، بل اتفاق الأمة عندنا حجة بما أن المعصوم داخل فيهم، فغيره في الحقيقة كالحجر في جنب الإنسان، فعلى هذه مرادنا بالإجماع قول الإمام. و على هذا فلو أحرزنا قوله بالأخبار أيضاً صح لنا تسميته بالإجماع،^٧ انتهى.

١- الخلاف ٦: ٣٦٣- ٣٦٥، المسألة ٢ و ٣.

٢- الخلاف ٤: ١٤٣، المسألة ١٢.

٣- الانتصار: ٤٦٥، المسألة ٢٦٢؛ غنية النزوع ١: ٣٠١.

٤- المسند، أحمد بن حنبل ١٨: ٤٧٦ / ٢٧١٠١؛ سنن ابن ماجه ٢: ١٣٠٣ / ٣٩٥٠؛ سنن أبي داود ٢:

٥٠٠ / ٤٢٥٣؛ المعجم الكبير ١٢: ٤٣ / ١٣٦٢٣؛ الجامع الصحيح ٤: ٤٦٦ / ٢١٦٧؛ المستدرک علی

الصحيحين ١: ١١٥ و ٤: ٥٠٧؛ كنز العمال ١٢: ١٥٥ / ٣٤٤٥٩.

٥- النساء (٤): ١١٥.

٦- البقرة (٢): ١٤٣؛ آل عمران (٣): ١١٠.

٧- الذريعة إلى أصول الشريعة ٢: ١٢٩؛ عدة الأصول ٢: ٦٠٢؛ غنية النزوع ٢: ٣٧٠.

و على هذا البناء دعوى الإجماع في قدمائنا، و على هذا أيضاً يحمل الإجماعات المختلفة المنقولة عنهم، فكلّ منهم بعد إحراز قول الإمام و لو برواية ادّعى الإجماع على وفق قوله.

ثم إن بين المنجزات و بين الوصية فرقاً من جهة، و هي أن مقتضى القاعدة في الوصية عدم صحتها، و في المنجزات صحتها و نفوذها من الأصل، فإن الوصية عبارة عن التصرف بلحاظ ما بعد الموت، و المال بعد الموت ملك الورثة، فنفوذها في الثلث أيضاً على خلاف القاعدة. غاية الأمر: أنه قد ثبت بالدليل، و قد ورد في الرواية: «أن الله تعالى تصدّق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم»^١ و هذا بخلاف حال الحياة فإن المال فيها ملك للمورث، و مقتضى السلطنة على الأموال جواز تصرفه فيه كيف شاء و إن أعدم جميعه، فيكون صحة المنجزات و نفوذها على وفق القاعدة، فلو لم يكن لنا في البين أخبار لحكمنا بصحة المنجزات، لقاعدة السلطنة، فعلى القائل بكونها من الثلث أن يذكر ما يدلّ على أن الله تعالى حجب الميت في مرضه، و أنه جعل للورثة حين حصول مرض الموت حقاً بلحاظه حجب الميت.

و ليعلم أيضاً: أنهم اختلفوا في أن المرض الموجب للحجب على القول به في الزائد عن الثلث عبارة عمّا مات بسببه المريض، سواء كان مخوفاً أو لا، أو عبارة عن المرض المخوف الذي يخاف منه الموت، سواء ترتّب عليه الموت أو لم يترتب، و قد صرح الشافعي في «كتاب الأم» بأن المنجزات في المرض المخوف غير نافذة في الزائد عن الثلث^٢، سواء ترتّب عليه الموت أو لم يترتب، و ذكر هذا الاحتمال

١ - المسند، أحمد بن حنبل ١٨: ٥٦٤ / ٢٧٣٥٥؛ سنن الدار قطني ٤: ١٥٠ / ٣؛ سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٤ /

٢٧٠٩.

٢ - الأم ٤: ١٠٧.

أيضاً العلامة في «التذكرة» و عقد باباً للأمراض المخوفة.^١

نقل الأقوال في أن المنجزات من الأصل أو الثلث

فتلخص مما ذكرنا أن مرادهم بالمنجزات في عنوان المسألة ليس كل تصرف، بل المعاوضات الموجبة للنقص في المالية، سواء كانت بلا عوض أو بعوض أنقص من المال، و مرادهم بالمرض يمكن أن يكون المرض الذي يترتب عليه الموت، سواء كان مخوفاً أو لا، كما هو الظاهر، و يمكن أن يكون المرض المخوف سواء ترتب عليه الموت أم لا، كما صرح به الشافعي،^٢ و ذكره العلامة بنحو التردد.^٣ ثم إن العامة^٤ و منهم الشافعي في «الأم» استدلوا برواية أبي المهلب البصري،^٥ عن عمران بن حصين - المتوفى في «سنة ٥٢»، و أسلم في «سنة ٦» الهجري عام الخير - عن النبي ﷺ و حاصلها: أن رجلاً كان له ستة أعبد، و لم يكن له مال غيرهم، فأعتقهم عند موته، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فدعاهم، فجزاهم ثلاثة أجزاء، و أقرع بينهم، فأعتق اثنين، و أرق أربعة.^٦

١ - تذكرة الفقهاء ٢٢: ١٢١، مسألة ٣٨٣.

٢ - الأم ٤: ١٠٧.

٣ - تذكرة الفقهاء ٢٢: ١٢١، مسألة ٣٨٣.

٤ - الحاوي الكبير ١٨: ٣٢، المغني، ابن قدامة ٦: ٤٩١؛ المجموع ١٥: ٤٣٦ - ٤٣٧.

٥ - الأم ٤: ٩٩.

٦ - المصنف، عبدالرزاق ٩: ١٥٩ / ١٦٧٤٩؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ٤٨ / ١٩٧١٢؛ صحيح مسلم

٩١: ٢، باب من أعتق شركاً له في عبد؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٦ / ٢٣٤٥؛ سنن أبي داود ٢: ٤٢٢ /

٣٩٥٨ - ٣٩٦١؛ سنن الدار قطني ٤: ١٥٠؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٢٦٥؛ كنز العمال ١٦: ٦٢٦ /

٤٦١٢ و ٤٦١٢٢؛ الجامع الصحيح ٣: ٦٤٥ / ١٣٦٤.

و الرواية مروية بطرق مختلفة كلها في «سنن أبي داود» و في بعض طرقها أن النبي ﷺ قال عند ذلك قولاً شديداً،^١ و في بعضها الآخر أنه ﷺ قال: لو علمنا ذلك منه لما دفناه في مقابر المسلمين.^٢ و لم نجد للعامة مستنداً سوى هذه الرواية. و الراوي عن أبي المهلب أبو قلابة، و قيل في حقه إنه كان فيه نصب يسير لأهل البيت.^٣

و مورد الرواية هو العتق، و لكن تعدّوا عنه إلى سائر المنجزات بإلغاء الخصوصية؛ إذ الظاهر أن عدم صحّة عتقه أنما هو من جهة تضييع حقّ الورثة، و هذا الملاك جارٍ في جميع المنجزات.

نعم، يبقى سؤال الفرق بين المنجزات و بين غيرها من التصرفات من الأكل و الإطعام و نحوهما، مع اشتراك الجميع مع العتق في كونها مفوّته للمال، فلم لم يتعدّ من العتق إلى هذه التصرفات؛ إذ قد مرّ هنا أن هذه التصرفات مجوّزة عند الكلّ. و يمكن أن يجاب عن ذلك بأنّ هذه التصرفات قد جرت عليها السيرة المستمرة، فهي الدليل على جوازها و خروجها من الأصل؛ إذ لم يسمع إلى الآن حجر أحد عن هذا النحو من التصرفات، فافهم.

و حاصل الكلام: أنّه ليس للعامة مستند سوى هذه الرواية التي تفرد بنقلها عمران بن حصين من أصحاب النبي ﷺ، و لم ينقلها غيره، و لم تذكر أيضاً في صحاح العامة و كتبهم الحديثية إلّا في «سنن أبي داود»، فهذا أيضاً ممّا تضعّفها؛ إذ

١- سنن أبي داود ٢: ٤٢٢ / ٣٩٥٨؛ الجامع الصحيح ٣: ٦٤٥ / ١٣٦٤؛ المجموع ١٥: ٤٣٧؛ السنن الكبرى. البيهقي ٦: ٢٧٢.

٢- سنن أبي داود ٢: ٤٢٣ / ٣٩٦٠؛ معرفة السنن والآثار ٧: ٥٠١ / ٦٠٤٧.

٣- تقريب التهذيب ١: ٢٨٩ / ٣٤٢١.

لو كانت معتمدة لرواها البخاري و المسلم و أمثالهما، ثم إن الراوي عن عمران هو أبو المهلب، عم أبي قلابة، و قد ذكر في حقه في «خلاصة التهذيب» من كتب رجال العامة أنه مطروح^١، فسد الرواية على مذاقهم أيضاً مخدوش.

و قد عرفت أيضاً: أن مورد الرواية هو العتق، و التعدي عنه إلى سائر المنجزات بإلقاء الخصوصية و مفهوم الموافقة؛ إذ يستفاد من ذلك ثبوت حق للورثة عند ظهور الموت، فيكون بطلان العتق من جهة كونه تضييعاً لحقهم، و حينئذ فيبقى سؤال الفرق بين المنجزات و بين غيرها من التصرفات، و لو تمسك في مثل الأكل و الإطعام بالسيرة ففي مثل البيع بثمن المثل و نظائره يبقى الإشكال؛ إذ هو مجوز إجماعاً، مع كونه أيضاً تضييعاً لحقهم؛ إذ لعلّ غرضهم تعلق بعين المال.

ثم إنه يمكن أن يكون مورد الرواية الوصية بحصول العتق بعد موته، بل لعله أظهر بملاحظة لفظة «عند موته»^٢ فإنها يستعمل للمقارنة، فتدلّ على أنه أوجد العتق مقارناً لموته بحيث يكون إنشائه قبل الموت، و لكن كان حصوله من حين حصوله، و هذا عين الوصية فلا دخل لمورد الرواية بالمنجزات، و لو أبيت عن أظهرية ذلك بملاحظة كثرة استعمال لفظة «عند» فيما إذا كان الشيء قريباً عن شيء آخر فلا محالة يتساوى الاحتمالان، فيبطل الاستدلال.

ثم إن الرواية على فرض تسلمه من جميع ما ذكرناه لا تدلّ إلا على بطلان

١- خلاصة تذهيب تهذيب الكمال: ٤٧١، في مطرح بن يزيد أبي المهلب الكوفي، لكنّه غير من هو في طريق الرواية، و هو أبو المهلب الجرمي البصري و اسمه معاوية بن عمرو أو عبد الرحمن بن عمرو أو النضر بن عمرو على اختلاف في اسمه، و هو ثقة. راجع: تقريب التهذيب ٢: ٧٧٠ / ٨٦٨٠؛ تهذيب التهذيب ١٠: ٢٧٨ / ٨٦٨٠؛ خلاصة تذهيب تهذيب الكمال: ٤٦١.

٢- في «تقريب التهذيب» أنه ثقة و مطرح فرد آخر. [المقرئ]

٣- يأتي في الصفحة ٤٧٠.

المنجزات إذا وقعت في قرب الموت بحيث ظهرت أماراته، فلا يمكن أن يقال ببطلان كل ما وقع في مرض ترتب عليه الموت، وإن طال المرض و وقع المعاملة في أوائله مثلاً، و لا أن يقال ببطلان كل ما وقع في الأمراض المخوفة التي يطول بقاؤها كالسل و نحوه.

و ملخص الكلام في المقام أنه لو كان اعتمادنا على الروايات النبوية فقط، كما عليه العامة لم يمكن إثبات مثل هذا الحكم المخالف للقواعد بمثل هذه الرواية التي تفرد بها عمران، مع كونها في قضية شخصية لا نعلم خصوصيتها، مع ما عرفت من حال الراوي عن عمران،^١ فافهم، و تأمل جيداً.

إن قلت: إن مقتضى الاحتمال الذي ذكرت في قوله: «عند موته» بحيث تنطبق الرواية على الوصية هو تعلّق الظرف بالمادة «أعق» لا بهيئته، و هو خلاف الظاهر، فإنّ الظاهر من قوله: «أعق رجل عند موته» أن إيجاده للعق عند موته، لا أنه أوجد العق الكائن عند الموت كما هو مقتضى التوجيه.

قلت: ليس المراد تعلّق الظرف بالمادة حتّى يقال: إنه خلاف الظاهر، بل الظرف ظرف للإيجاد بناءً على إرادة الوصية أيضاً، فإنّ وجود الاعتاق بناءً على هذا، من حين الموت، فكان الموجد من هذا الحين أوجده بنحو يترتب عليه آثاره، وإن كان إنشاء من قبل، فإنّ هذا الإنشاء لما كان لا يترتب عليه وجود الاعتاق إلا بعد الموت فكأنه قبل الموت كالعدم، و بعده اتّصف المنشأ بالموجدية، و هذا كما لو رمى زيد السهم إلى جانب عمرو قبل الطلوع، و لكن أصاب بعمره حين الطلوع، فيقال: إن زيدا قتل عمراً حين الطلوع.

و بالجملة: فالإنشاء وإن وقع قبل الموت ولكن وجود الاعتناق حقيقة أنما هو عند الموت بمقتضى الرواية، لما عرفت من دلالة لفظة «عند» على المقارنة، فتطبق الرواية على الوصية بالاعتناق.^١

ثم إنه يدل على جواز استعمال لفظة «أعتق» في الوصية بالعتق - وكون هذا الاستعمال شائعاً - موارد من الأخبار:

منها: ما وقع في رواية عبدالرحمن بن الحجاج من علماء الطبقة الخامسة، كان مخالفاً، ثم استبصر، وقد روى عنه هذه الرواية ثلاثة من فضلاء الطبقة السادسة: صفوان بن يحيى وابن أبي عمير و يونس بن عبدالرحمن، و الرواية طويلة مذكورة في وصايا «الوسائل»، الباب ٣٩، الرواية الخامسة منه، وفيها بعد ما ذكر قصة مولى لعيسى بن موسى أنه مات، فترك عليه ديناً كثيراً، و ترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم، فأعتقهم عند الموت، و ذكر خلاف ابن شبرمة مع ابن أبي ليلى فيها، قال بعد كلام طويل ما هذا لفظه: فقلت له عليه السلام: رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره، و قيمة العبد ستمائة درهم، و دينه خمسمائة درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: «يباع العبد»، إلى أن قال: قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث ...^٢.

فهذا يدل على أن مراده بقوله: «أعتقه عند الموت» الوصية بالعتق، فراجع الرواية، لعلك تطالع على المقصود منها.

و منها: رواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إن أعتق رجل عند موته خادماً له، ثم أوصى بوصية أخرى اعتقت الخادم من ثلثه ...»^٣.

١- و لو سلم ظهور «عند» في هذه المواقع على المقاربة لا المقارنة، فنقول: إن المراد بقوله: «أعتق...» أنه أنشأ العتق قرب موته، و هذا أعم من إنشائه منجزاً و معلقاً على الموت، فافهم. [المقرّر: ١]

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٣٥٤-٣٥٦، كتاب الوصايا، الباب ٣٩، الحديث ٥.

٣- الكافي ٧: ١٧ / ٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٧ / ٧٨٦، و ٢١٩ / ٨٦٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦-٢٧٧.

كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٦.

فقلوه: «أخرى» تدلّ على كون العتق أيضاً بالوصية.

هذا تمام الكلام فيما استدلّ به العامة، أعني رواية عمران بن حصين.^١ و أمّا أصحابنا الإمامية رضوان الله عليهم، فقد استدلّوا بروايات كثيرة لكون المنجزات من الثلث، و قد وردت خمسة منها في العتق نظير رواية عمران، و الجواب عنها هو الجواب عنها.

فمن هذه الخمسة رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل حضره الموت، فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلا ثلثه».^٢

و منها: رواية ابنه علي بن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل حضره الموت، فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، و لهم ما بقي».^٣

و كلتاهما أظهر من رواية عمران في كون العتق بنحو التنجيز، فإنّ قوله: «عند موته» في رواية عمران قد احتملنا فيه وجهين، ينطبق أحدهما على الوصية، و لا يجري هذا الاحتمال هنا. و يحتمل قريباً كون الروايتين واحدة.

و الجواب عنهما: أنّ إنشاء العتق عند حضور الموت أعمّ من إنشائه منجزاً أو معلّقاً على الموت، و لعلّ الثاني أكثر تداولاً عند حضور المرض، فإنّ المتداول حين حصول المرض المخوف الوصية بالخيرات التي منها العتق، و لو سلّم ظهور العبارة

١- تقدّم في الصفحة ٤٦٣.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ٢١٩ / ٨٦٢، وسائل الشيعة ١٩: ٣٠١، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٣.

٣- تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤ / ٧٨١، الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٤٥٥، وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦، كتاب

الوصايا، الباب ١١، الحديث ٤.

في العتق المنجز فحملها على الوصية مقتضى الجمع بينها وبين روايات الأصل.
و منها: أيضاً رواية الحسين بن الجهم بن بكير بن أعين قال: سمعت أبا الحسن
الرضا عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً، و قد حضره الموت، و أشهد له بذلك، و
قيمه ستمائة درهم، و عليه دين ثلاثمائة درهم، و لم يترك شيئاً غيره، قال: «يعتق
منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم، (و يقضى عنه ثلاثمائة درهم، و له من
الثلاثمائة ثلثها) و هو السدس من الجميع».^١

و منها: أيضاً رواية عبدالرحمن بن الحجاج المطولة حيث ذكر فيها لفظة
«أعتق» و لكن فيها قرينة على إرادة الوصية، فراجع الرواية.^٢
و منها: أيضاً رواية جميل، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه عند
موته و عليه دين، فقال: «إن كان قيمته مثل الذي عليه، و مثله جاز عتقه، و إلا لم
يجز».^٣

و لو كان ظهور لفظة «أعتق» في العتق المنجز لدلت هذه الرواية و رواية
عبدالرحمن و رواية الحسن بن الجهم - مضافاً إلى دلالتها على ثبوت حقّ للورثة
في مرض الموت مانع عن نفوذ المنجزات - على ثبوت حقّ للديان أيضاً، يكون هو
أيضاً مانعاً عن نفوذ التصرفات المنجزة، و هو أيضاً خلاف القاعدة؛ إذ المديونية لا
تنافي بحسب القاعدة لصحة المنجزات.

١ - الكافي ٧: ٢٧ / ٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٩ / ٦٩٠، و ٢١٨ / ٨٥٥؛ الاستبصار ٤: ٨ / ٢٥ و ليس في
التهذيبيين ما بين القوسين.

٢ - تقدّم في الصفحة ٤٦٧.

٣ - الكافي ٧: ٢٧ / ٢؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٣٢ / ٨٤٠، و ٢١٨ / ٨٥٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٥٦،
كتاب الوصايا، الباب ٣٩، الحديث ٦.

فهذه الروايات الخمسة هي الواردة في باب العتق. و الجواب عنها حملها على الإنشاء المعلق على الموت، خصوصاً مع ورود الروايات على خلافها أيضاً. هذه خمس روايات في باب العتق مضافاً إلى رواية عمران يستدل بها على الثلث. ويمكن أيضاً أن يستدل برواية علي بن أبي حمزة من خبثاء الواقفية،^١ عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إن أعتق رجل عند موته خادماً له، ثم أوصى بوصية أخرى، ألغيت الوصية و أعتقت الخادم من ثلثه، إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية».^٢

و المراد بالخادم في الاصطلاح الجارية، و الاستدلال بالرواية موقوف على حفظ ظهور قوله: «أعتق» في التنجيز، و يكون إطلاق الوصية عليه بقرينة قوله: «أخرى» من باب كون المنجز الواقع في مرض الموت، شبيهاً بالوصية في كون كليهما صادرين من المشرف على الموت لتصفية ماله و تعيين مصارفه. و فيه: أن استعمال لفظه «أعتق» في الوصية أيضاً من الشائعات، خصوصاً مع دلالة قوله: «بوصية أخرى» على ذلك، و يتوقف الاستدلال بالرواية أيضاً على تقييدها بما إذا كان العتق في مرض الموت أو المخوف.

و كيف كان: فالرواية في الوصية أظهر، و الحكم بتقديم العتق ليس من جهة كونه منجزاً، بل من جهة كونه في الذكر مقدماً، و قد ذكرنا في الوصايا المتعددة الزائدة على الثلث أن المتقدم في الذكر مقدّم، أو التقديم فيه من جهة ما قاله بعض من كون

١- الواقفية هم القائلون بأن موسى بن جعفر عليه السلام لم يميت و أنه المهدي. راجع: رجال النجاشي: ٢٤٩ -

٢٥٠ / ٦٥٦: السرائر ٣: ١٦٢، فرق الشيعة: ٨٠ - ٨١.

٢- الكافي ٧: ١٧ / ٢: تهذيب الأحكام ٩: ١٩٧ / ٧٨٦، و ٢١٩ / ٨٦٠: وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦ - ٢٧٧،

كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٦.

العتق مطلقاً مقدماً على سائر الوصايا.^١

و هاهنا أيضاً روايات أخر في العتق ذكرها «الوسائل» في هذا الباب، و قد يتوهم دلالتها على الثلث مع أنها على القول بالأصل أدلّ، فراجع.^٢
و مثلها أيضاً رواية محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن رجل حضره الموت، فأعتق غلامه، وأوصى بوصية، و كان أكثر من الثلث؟ قال: «يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقي».^٣
فهذه أيضاً على الأصل أدلّ.

و هاهنا خمس روايات في باب الهبة تدلّ أيضاً على كون المنجزات من الثلث، ثلاثة منها في هبة الزوجة لزوجها، و اثنان منها في عطية الوالد لولده.
أما الثلاثة الأولى:

فأولها: رواية أبي ولّاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين، فتبرّته منه في مرضها، قال: «بل تهبه له، فتجوز هبتها له، و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً».^٤

و ثانيها: رواية سماعة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته

١ - القائل الشيخ الطوسي في المبسوط ٤: ٤٨؛ و تهذيب الأحكام ٩: ٢٢١ / ٨٦٧؛ راجع: مسالك الأفهام ٦: ١٦١.

٢ - راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦ - ٢٧٨، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٤ و ١٠، و ٣٠١، الباب ١٧، الحديث ١٣.

٣ - الكافي ٧: ١٧ / ٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤ / ٧٨٠؛ الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٤٥٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٣، و ٣٩٩، الباب ٦٧، الحديث ١.

٤ - تهذيب الأحكام ٩: ١٩٥ / ٧٨٣؛ الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٤٥٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٨، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١١.

عليه الصداق أو بعضه، فتبرّنه منه في مرضها، فقال: «لا و لكنّها إن وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها».^١

و ثالثها: رواية الحلبي، قال سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرّنه، منه في مرضها، فقال: «لا».^٢

و الاستدلال بتلك الروايات موقوف على تقييد المرض المذكور فيها بالمخوف و مرض الموت.

ثم إن وجه منع الإمام عليه السلام عن الإبراء و تخصيص الجواز بالهبة خفي، و يمكن أن يكون المنع إرشادياً ملحوظاً فيه مصلحة الزوجة؛ إذ الإبراء إيقاع لا يحتاج إلى القبول، فتقع بمجرد إنشائه، فلا يصح فيه الرجوع بخلاف الهبة، لإمكان أن ترجع فيها إن ندمت قبل قبول الزوج، فإنّها من العقود، فافهم. و يمكن أن يكون ذكره عليه السلام لتشويش الرواية و اضطرابه حتّى لا يستدلّ بها من جهة كونها صادرة عن تقيّة، فتأمل.

و أمّا الروايتان الواردتان في عطية الوالد لولده:

فأوليهما: رواية زرعة، و هو ممدوح،^٣ عن سماعة بن مهران - صاحب كتاب في الفقه فيه روايات كثيرة مضرة، رواها عن أبي عبدالله عليه السلام، و ذكر اسمه عليه السلام في أوليها - العجمي، ساكن كوفة،^٤ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده،

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٥٨ / ٦٥٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٠١، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٦.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ٢٠١ / ٨٠٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٠١، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٥.

٣- رجال النجاشي: ١٧٦ / ٤٦٦.

٤- رجال النجاشي: ١٩٣ / ٥١٧.

فقال: «أما إذا كان صحيحاً فهو ماله، يصنع به ما شاء، و أما في مرضه فلا يصلح»^١.
و ثانيهما: رواية جراح المدائني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينه، قال: «إذا أعطاه في صحته جاز»^٢.

و الاستدلال بالروایتين موقوف على تقييدهما بما إذا كان العطية أزيد من الثلث، و كان المرض مخوفاً أو مرضاً مات فيه، و لا دليل على هذين التقييدتين فيمكن حملهما على النهي التنزيهي بملاحظة أن العطية في حال الصحة ممّا لا يوجب حسد سائر الورثة، بخلاف العطية في المرض لبعض الورثة، فإنها ممّا يوجب ثبوت العداوة و الحسادة بينهم، و هذا أمر فظيع يلزم رفعه، فلعلّ مقصوده عليه من قوله: «لا يصلح» النهي التنزيهي عن هذا المعنى، لا عدم الصلاحية بمعنى عدم النفوذ، فافهم، و تأمل جيداً.

و يمكن أيضاً الاستدلال على القول بالثلث بما رواه السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: «أنه كان يرث النحلة في الوصية، و ما أقر به عند موته بلا ثبوت لا بيّنة رده»^٣.

هذه جميع ما يمكن أن يستدلّ بها من الروايات للقول بكون المنجزات من الثلث. و قد عرفت: أن الأقدم منها رواية عمران^٤، و مجموعها ثلاث عشرة، سبعة

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٥٦ / ٦٤٢ و ٢٠٠ / ٨٠٠: الاستبصار ٤: ١٢٧ / ٤٨١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٠، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١١.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ٢٠١ / ٨٠١: الاستبصار ٤: ١٢٧ / ٤٨٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٠١، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٤.

٣- الفقيه ٤: ١٨٤ / ٦٤٦؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦١ / ٦٦٣؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٥، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١٢.

٤- تقدّمت في الصفحة ٤٦٣.

في العتق، و هي رواية عمران، و رواية أبي حمزة، عن أبي بصير،^١ و الخمسة التي ذكرناها، و خمسة في الهبة و العطية،^٢ و الأخيرة ما رواها السكوني في النحلة.^٣ و قد عرفت: أَنَّ القول بالأصل مطابق للأصل،^٤ و أَنَّ القول بالثالث متفق عليه بين العامة إلا مسروق،^٥ و منشأه ما رواه عمران عن فعل النبي، فالقول بالثالث كان مسلماً بين المسلمين إلى زمن الصادقين، فلو كانا عليهما السلام موافقين له لم يحتاجا إلى ذكره، بل ذكراه على نحو الإمضاء، و لو كانا مخالفين فلم يمكنهما التصريح بخلافه مطلقاً، بل الضرورة و التقية اقتضت موافقتهم في بعض الأزمنة و ذكر الحق عند عدم الخوف و التقية فانتظر لذكر أخبار الأصل حتى يتضح لك حقيقة الحال.^٦

ثم إنَّ صاحب «الجواهر» بعد ما ذكر أخبار الثالث مستشهداً بها لما اختاره أيدها بما وردت في أَنَّ إقرار المريض في مرضه غير نافذ.^٧ و يمكن أن يقال بثبوت الفرق بين الإقرار و بين المنجزات، من جهة أَنَّ ثبوت المنجز أتمّ هو بنفس إنشائه في المرض بخلاف المقرّ به، فإنَّ ثبوته الواقعي غير دائر مدار الإقرار، بل الإقرار حاكٍ عن ثبوته واقعاً، و يمكن تخلف الحاكي عن المحكي عنه. غاية الأمر: أَنَّ الشارع جعله حجة، فلعلَّ عدم نفوذه في المرض من جهة ثبوت مانع عن حجّيته حينئذٍ.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ عدم حجّيته و نفوذه في المرض ليس إلا من جهة مزاحمته

١- تقدّم في الصفحة ٤٦٧.

٢- تقدّم في الصفحة ٤٦٨ - ٤٦٩.

٣- تقدّم في الصفحة ٤٧٣.

٤- تقدّم في الصفحة ٤٦٠ - ٤٦١.

٥- تقدّم في الصفحة ٤٦٠.

٦- سيأتي في الصفحة ٤٧٧.

٧- جواهر الكلام ٢٦: ٧٨؛ راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٢٨٧ - ٢٩٦، كتاب الوصايا، الباب ١٥ و ١٦.

لحقّ الورثة؛ إذ نستكشف - من استثناء حالة المرض عما دلّ مطلقاً على نفوذ إقرار العقلاء في أموالهم - أنّ الشارع جعل حين حصول المرض حقّاً للورثة، يجب بمقتضى ذلك حفظ المال لينتقل إليهم بموت المورث، فحينئذٍ لا يجوز المنجزات أيضاً لمزاحمته لهذا الحقّ.

و فيه: أنّه لو كان الأمر كذلك، و كان يجب عند حصول المرض حفظ المال لينتقل إلى الورثة لم يصحّ تصرفات المورث أيضاً في ماله بالأكل و الإنفاق ممّا يوجب إتلاف المال أزيد من المتعارف، مع صحتها بالاتفاق. مضافاً إلى أنّ مسألة الإقرار أيضاً غير منقّحة، بل فيها عشرة أقوال كما في «مفتاح الكرامة».^١

ثمّ إنّ العلامة رحمته استدلّ في «المختلف» للقول بالثلاث بوجهين غير ما ذكرنا و كلاهما ضعيفان.

الأوّل: ما روي من أنّ الله تصدّق على الرجل عند موته بثلث ماله.^٢

و فيه: أنّ لفظ التصدّق شاهد على كون المقصود من الرواية هو الوصيّة، لا الأعمّ منها و من المنجزات، فإنّ الموت لما كان موجباً لانتقال المال إلى الورثة، و كان مقتضى القواعد كون جميع المال بعد الموت ملكاً لهم كان تفويض أمره بالنسبة إلى الثلث إلى الميّت حتّى يتصرّف فيه بالتصرّفات المتأخّرة تصدّقاً عليه و تطوّلاً إليه، و هذا بخلاف المنجزات التي هي تصرّفات في حال الحياة، فإنّ صحتها مطابق لقاعدة السلطنة العقلانية، و لا تحتاج إلى التصدّق و التفضّل.

١- مفتاح الكرامة ١٦: ٢٠٨-٢١١؛ و ٢٢: ٣٢٧.

٢- راجع: مستدرك الوسائل ١٤: ٩٦، كتاب الوصايا، الباب ٩، الحديث ٣؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٨: ٥٦٤ / ٢٧٣٥٥؛ سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٤ / ٢٧٠٩؛ المعجم الكبير ٢: ٥٤ / ٩٤؛ سنن الدار قطني ٤: ١٥٠ / ٣. و فيها: «إنّ الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم».

الثاني: من الوجهين ما حاصله: أنه لو لم يكن المنجزات من الثلث لم يكن الوصية أيضاً منه، لكن التالي باطل، فالمقدم مثله. بيان الملازمة أن حكم الشارع بعدم نفوذ الوصية بالنسبة إلى الزائد ليس إلا لحفظ المال للورثة حتى ينتقل إليهم بالموت، فلو كان تفويته بالمعاملات المنجزة جائزاً كان هذا نقضاً لحكمة بطلان الوصية؛ إذ كل من يريد تفويت المال بالوصية يفوته بالمنجزات.^١

و فيه أيضاً: أن هذا استنباط و استحسان لا ربط له بالمسائل الفقهية، فإن ما ذكره منقوض بالتصرفات الواقعة حين الموت من الأكل و الإطعام الخارجين عن المتعارف، مع أنها جائزة بلا إشكال و لا خلاف، فافهم، و تأمل جيداً.

هذا ما يمكن أن يستدل بها للثالث. و قد عرفت: أن مقتضى الأصل خروجها من الأصل،^٢ فإن قاعدة سلطنة الناس على أموالهم من القواعد العقلانية التي لا مرية فيها، و هم لا يفرقون بين تصرفات الإنسان و حالاته، فكل وقت تصرف فيه يرونه مسلطاً عليه، و لو كان الحكم الواقعي في باب المنجزات في زمن النبي ﷺ موافقاً لهذه القاعدة العقلانية المركوزة في أذهانهم المعمولة بها في معاشهم لما احتاج النبي ﷺ إلى بيان هذا الحكم، بل كان نفس سكوته إمضاءً لها و هذا بخلاف ما لو كان الحكم بحسب الواقع خروجها من الثلث، فإنه كان يجب عليه ﷺ ردعهم أشد الردع عما استقرّ عليه بناؤهم و سيرتهم من سلطنة الرجل على ماله في جميع الحالات، و لو ردع ﷺ عنها أوصل إلينا بطرق عديدة؛ إذ القاعدة قد غرست في أذهان العقلاء بنحو لو كان الدين مخالفاً لها لردع عنها النبي ﷺ كرات عديدة، مع

١ - مختلف الشيعة ٦: ٣٣٧، المسألة ١١٤ و ٣٧٠، المسألة ١٥٢.

٢ - تقدم في الصفحة ٤٦٠ - ٤٦٢.

أنه لم يرد منه وَالْمَرْثِيَّةُ في هذا الباب سوى رواية عمران^١ وقد عرفت أنها صارت منشأً لاشتهار القول بالثلاث بين العامة بحيث لم يخالفها منهم إلا مسروق^٢، ولو لم يكن هذا الاشتهار بينهم، وكان القول بالأصل موافقاً للواقع لما احتاج أنمتنا - سلام الله عليهم - أيضاً إلى بيان الحكم، ولكن مع هذا الاشتهار بين العامة في زمنهم احتاجوا إلى بيان الحق لو كان على خلافهم، مع مراعاة التقية أيضاً في مواقعها.

وكيف كان: فمقتضى القاعدة هو القول بالأصل، ولكن لو خَلينا وروايات الثلاث فقط وجب علينا الإفتاء خلاف الأصل، إلا أن ثبتت محكوميتها ومعارضتها بمثلها، فالواجب علينا ذكر روايات الأصل أيضاً حتى يتضح حقيقة الحال.

ذكر الأخبار الدالة على خروج المنجزات من الأصل

فنقول: أصل روايات الأصل لا يزيد عن حدود الأربعة والخمسة، ولكن كثروها بكثرة ناقلها وطرقها، ونحن نذكر أصولها مشيراً إلى طرقها.

الأولى: ما رواه عمار بن موسى الساباطي من أكابر محدثي الطبقة الرابعة، يروى عن الصادق عليه السلام، وهو موثوق به^٣، ولكن رواياته مغشوشة مضطربة من جهة أنه كان أعجمياً، وكان ينقل بالمعنى، ولكنه قد نقل هذه الرواية من باب الاتفاق

١ - المصنف، عبدالرزاق ٩: ١٥٩ / ١٦٧٤٩؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ٤٨ / ١٩٧١٢؛ صحيح مسلم ٩١: ٢، باب من أعتق شركاً له في عبد؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٦ / ٢٣٤٥؛ سنن أبي داود ٢: ٤٢٢ / ٣٩٥٨ - ٣٩٦١؛ سنن الدار قطني ٤: ١٥٠؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٢٦٥؛ كنز العمال ١٦: ٦٢٦ / ٤٦١٢٢ و ٤٦١٢٢؛ الجامع الصحيح ٣: ٦٤٥ / ١٣٦٤.

٢ - المحلى بالآثار ٨: ٤٠٨، المسألة ١٧٧٢؛ راجع: المغني، ابن قدامة ٦: ٥٨٠.

٣ - رجال النجاشي: ٢٩٠ / ٧٧٩؛ خلاصة الأقوال: ٣٨١ / ١٥٣٣؛ جامع الرواة ١: ٦١٣.

غير مغشوشة، وله كتاب في الفقه، وقد روى هذه الرواية عن أبي عبد الله عليه السلام، وقد كثّرَها في «الوسائل» بكثرة ناقلها وطرقها.

فمنها: ما رواه الحسن بن علي بن فضال من الطبقة السادسة، وهو فطحي،^١ و لكنّه موافق لنا في الفقه، عن ثعلبة بن ميمون، وكان يقال له: أبو إسحاق الفقيه، عن أبي الحسين الساباطي - هو مجهول عندي و يحتمل كونه كنية لمرآزم و إن سَمّي في رواية علي بن أسباط بعمر بن شدّاد كما يأتي آنفاً - عن عمّار بن موسى، أنّه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: «صاحب المال أحقّ بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء».^٢

و ظهورها في المقصود أظهر من الشمس، وقد بيّن الحكم فيه مشيراً إلى ما عليه بناء العقلاء، أعني سلطنة الرجل على ماله.

و منها: ما رواه الحسن بن محمد بن سماعة الواقفي، الثقة،^٣ من الطبقة السابعة، عن ابن أبي عمير، عن مرآزم بن حكيم - من أهل ساباط ثقة و إمامي ظاهراً -^٤ عن عمّار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: الميّت أحقّ بماله مادام فيه الروح يبين به، قال: «نعم، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث».^٥

و هي أظهر من الأولى في الدلالة. و من قال: «إنّ معنى: «يبين به» أنّه يظهره

١- رجال ابن داود: ١١٤ / ٤٣٧؛ خلاصة الأقوال: ٩٨ / ٢٢٣؛ جامع الرواة: ١ / ٢١٤.

٢- الكافي: ٧ / ١؛ الفقيه: ٤ / ١٤٩؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٨٦؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٧، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٤. و في المصادر: «أبي الحسن الساباطي» بدل «أبي الحسين الساباطي».

٣- رجال النجاشي: ٤٠ / ٨٤؛ خلاصة الأقوال: ٣٣٣ / ١٣١٥؛ جامع الرواة: ١ / ٢٢٥.

٤- رجال النجاشي: ٤٢٤ / ١١٣٨؛ خلاصة الأقوال: ٢٧٨ / ١٠١٨؛ جامع الرواة: ١ / ٢٢٣.

٥- الكافي: ٧ / ٨؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٩، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٧.

للورثة، فيجيزونه»^١ فقد تعسف غاية التعسف.

و منها: ما رواه يعقوب بن يزيد، عن ابن أبي عمير، عن مرازم، عن عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه، فقال: «إذا أبانه جاز»^٢ و «الإبانة» مقابل الوصية بقرينة السابقة.

و منها: ما رواه أيضاً ابن أبي عمير، عن مرازم، عن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به، فإن قال: بعدي فليس له إلا الثلث»^٣.

و لعلّ منها أيضاً ما رواه صفوان، عن مرازم، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه، فقال: «إذا أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث»^٤ فيكون المراد بـ «البعض» هو عمار.

و أمّا ما رواه علي بن أسباط، عن ثعلبة، عن أبي الحسين عمر بن شذاد الأزدي والسري جميعاً، عن عمار بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»^٥ فهو غير معمول به، و قد ذكرنا له في

١- راجع: روضة المتقين ١١: ٢٦.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٩٠ / ٧٦٤؛ الاستبصار ٤: ١٢١ / ٤٦١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٠٠، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٠.

٣- تهذيب الأحكام ٩: ١٨٨ / ٧٥٦؛ الاستبصار ٤: ١٢٢ / ٤٦٣؛ الفقيه ٤: ١٣٧ / ٤٧٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٨، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٢.

٤- الكافي ٧: ٨ / ٦؛ الفقيه ٤: ١٣٨ / ٤٨١ و ١٤٩ / ٥١٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٨، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٦.

٥- الكافي ٧: ٧ / ٢؛ الفقيه ٤: ١٥٠ / ٥٢٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٧ / ٧٥٣؛ الاستبصار ٤: ١٢١ / ٤٥٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٨، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٥. و في المصادر: «أبي الحسن» بدل «أبي الحسين»، و في الفقيه و الاستبصار: «عمرو بن شذاد» بدل «عمر بن شذاد».

السابق محملاً،^١ مضافاً إلى تنافي صدره مع ذيله؛ إذ ليس من لوازم الأحقية مادامت الروح صحة الوصية بجميع المال؛ إذ الوصية تصرف متعلق بما بعد زوال الروح، ولا يمكن الالتزام في المقام بصحة هذا النقل وفساد المنقولات الآخر لأنها أصح وأكثر.

وكيف كان: فمن جملة روايات الأصل رواية عمّار، وقد رأيت أنها نقلت بطرق مختلفة، ولا أظن أن عمّاراً سمع هذه المقالة من أبي عبد الله عليه السلام مرات عديدة، بل الظاهر أنه سمع منه دفعة، ونقله باختلافات غير مضرّة بالمعنى، فكل هذه الروايات التي نقلناها رواية واحدة.

الثانية من الروايات: ما رواه عبد الله بن جبلة الواقفي، الثقة،^٢ من محدثي الطبقة السادسة، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام أو عن سماعة، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام والظاهر كون هذه الرواية أيضاً مع كثرة طرقها واحدة وراويها عن عبد الله بن جبلة ثلاثة: يحيى بن المبارك و عبد الله بن المبارك و ابن عبد الجبار و قد جعلها في «الوسائل» روايتين.

أولها: ما رواها يحيى بن المبارك، عن عبد الله بن جبلة، عن سماعة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الولد، أيسعه أن يجعل ماله لقربته؟ قال: «هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت».^٣

و ثانيها: ما رواها عبد الله بن المبارك، عن عبد الله بن جبلة، عن سماعة، عن

١ - تقدّم في الصفحة ٤٤٨ - ٤٤٩.

٢ - راجع: رجال النجاشي: ٢١٦ / ٥٦٣؛ خلاصة الأقوال: ٣٧٢ / ١٤٧٤؛ جامع الرواة: ١: ٤٧٦.

٣ - الكافي ٨ / ٥٠؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٦ / ٧٤٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٦، كتاب الوصايا، الباب

١٧، الحديث ١.

أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام مثل سابقها مع زيادة و هي قوله: «إنَّ لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حيًّا. إن شاء وهبه، وإن شاء تصدَّق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أنَّ الفضل في أن لا يَصِيع من يعوله، ولا يضرَّ بورثته».^١

و أولى الروایتين ممَّا يحتمل المناقشة بأن يقال: إنَّ المراد بقوله: «يأتيه الموت» حصول مرض الموت، ولكنَّ الثانية صريحة في المقصود.

الثالثة من الروايات: ما رواه علي بن إبراهيم، عن أبيه - هو أول من نشر أحاديث الكوفيَّين بقم - عن عثمان بن سعيد، عن أبي شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الإنسان أحقَّ بماله مادامت الروح في بدنه».^٢

الرابعة من الروايات: و هي أصحُّها سنداً ما رواه خمسة من محدثي الطبقة السادسة وأعاظهم، عن العلاء بن رزين من الطبقة الخامسة، تلميذ محمد بن مسلم، عن محمد بن مسلم من الطبقة الرابعة، يروي عن الصادقين عليهما السلام، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل حضره الموت، فأعتق غلامه، وأوصى بوصية، و كان أكثر من الثلث، قال: «يُمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقي».^٣

١ - الكافي ٧: ٨ / ١٠، الفقيه ٤: ١٤٩ / ٥١٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٨ / ٧٥٥؛ الاستبصار ٤: ١٢١ /

٤٦٢؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٧، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ٢.

٢ - الكافي ٧: ٨ / ٩؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٨٧ / ٧٥١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٩، كتاب الوصايا، الباب

١٧، الحديث ٨.

٣ - بنظري أنَّ الأستاذ ضَعَّف الرواية بأنَّ أبا شعيب لا يروي بلا واسطة عن أبي عبد الله عليه السلام ففي السند سقط. [المقرَّر]

٤ - تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤ / ٧٨٠؛ الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٤٥٤؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦، كتاب

الوصايا، الباب ١١، الحديث ٣؛ و ٣٩٩، الباب ٦٧، الحديث ١.

و قد روى ابن أبي عمير، عن رجل أو عن جميل، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام رواية يحتمل كونها عين تلك بأن تكون منقولة بالمعنى، ويكون إسنادها إلى أبي جعفر من باب الاشتباه كما يحتمل كونها رواية مستقلة، و لفظ الرواية هكذا: قال: في رجل أوصى بأكثر من الثلث، و أعتق ممالিকে في مرضه، فقال: «إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث و جاز العتق»^١.

ثم إنّ الضمير في قوله: «كان أكثر من الثلث» يحتمل أن يرجع إلى الإيصاء فقط كما يحتمل أن يرجع إلى مجموع ما فعل من العتق و الإيصاء. و تقريب الاستدلال بالرواية هو أنّ الظاهر من العتق هنا هو المنجز، و الفرض كون الوصية فقط أو مع العتق زائداً على الثلث، فلو كان المنجز مثل الوصية في اشتراط عدم الزيادة كان اللازم تقسيط الثلث عليهما، لا تقديم العتق، هذا.

و لكن الرواية قاصرة عن إفادة المطلوب، فإنّ نظر ابن مسلم في سؤاله يحتمل أن يكون إلى أحد أمرين كلاهما كانا متنازعا فيهما بين العامة.

الأول: أن يكون نظره إلى مسألة المنجزات، و أنّها من الأصل أو الثلث. الثاني: أن يكون نظره إلى أنّ الثلث هل يقسّط بين المنجز و المعلق، أو يقدم المنجز، و يردّ النقص على المعلق بعد تسليمه لخروج المنجزات أيضاً من الثلث؟ و يبعد الاحتمال الأول أنّه لو كان نظره إلى استعمال حكم المنجزات فلم ذكر الوصية في سؤاله؟ فيعلم من ذلك أنّ نظره إلى أنّه بعد ما كان المنجز أيضاً مثل الوصية في الخروج عن الثلث، فهل يكون الحكم عند اجتماعهما و زيادتهما عن الثلث التقسيط بالنسبة، أو تقديم المنجز؟ فإنّ هذه المسألة كانت مطرحة بين العامة القائلين بالثلث،

١ - الكافي ٧: ١٦ / ١؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٩ / ٨٥٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٤٠٠، كتاب الوصايا، الباب

فكان أبو حنيفة يقول بالتقييط، و الشافعي و جماعة بتقديم المنجز^١ من جهة أنه تصرف فعلي، و الوصية تصرف باعتبار ما بعد الموت، فالمنجز يصير فعلياً قبل الموت، و لا يبقى موضوعاً للوصية.

و يمكن أيضاً أن يكون وجه تقديم العتق كونه سابقاً في الذكر، و قد تقدّم سابقاً أن الوصايا المتعددة الزائدة عن الثلث يبدأ بأقدمها ذكراً، فافهم، و تأمل جيداً.

و في الرواية قرينة أخرى أيضاً على الثلث، و هو قوله: «و يكون النقصان فيما بقي» لدلالته على أن ابن مسلم كان يسلم أصل النقصان، و إنما غرضه من السؤال تعيين محلّ النقصان، فافهم.

الرواية الخامسة: التي قد يستدلّ بها ما رواه أبو همام إسماعيل بن همام، من الطبقة السادسة، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته، و أعتق مملوكاً، و كان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث، كيف يصنع به في وصيته؟ قال: «يبدأ بالعتق فينفذه»^٢.

و تقريب الاستدلال بها مثل سابقتها، و يمكن أن يكون الحكم بتقديم العتق فيها و في سابقتها أيضاً من جهة كونه مقدّماً مطلقاً، و إن تأخر في الذكر على غيره كما أفنى به الشيخ رحمته^٣، و لكنّه لا دليل على ذلك.^٤

١ - المغني، ابن قدامة ٦: ٤٩٢؛ المبدع ٥: ٣٩٠ و ٣٩٣؛ الحاوي الكبير ٨: ٢١١؛ المجموع ١٥: ٤٤٢؛ روضة الطالبين ٥: ١٣١؛ المبسوط، الرخسي ٢٧: ١٥٠؛ الإنصاف، المرادوي ٧: ١٧٤؛ وراجع: تذكرة الفقهاء ٢١: ٣٠٨، مسألة ١٧٩.

٢ - الكافي ٧: ١٧ / ٣؛ الفقيه ٤: ١٥٨ / ٥٤٧؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٩ / ٢٦١؛ الاستبصار ٤: ١٣٥ / ٥١٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٤٠٠، كتاب الوصايا، الباب ٦٧، الحديث ٢.

٣ - المبسوط ٤: ٤٨؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٢١ / ٨٦٧؛ وراجع: مسالك الأفهام ٦: ١٦١.

٤ - و يمكن أيضاً يستدلّ بما رواه ابن أبي السّمّاك، عن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الميت أولى بماله ما دام فيه الروح». وسائل الشيعة، الباب ١٧، الحديث ٣. [المقرئ:]

و اعلم: أنَّ في خبر إسماعيل بن همام ضرباً من الاحتمال:

الأول: أن يكون المراد من العتق الوارد فيه العتق المعلق على الموت، و يكون مراد السائل زيادة جميع ما أوصى به الذي منه العتق عن الثلث، و على هذا فيكون الرواية دليلاً على قول الشيخ رحمته بأنه لو كان هنا وصايا متعددة زائدة على الثلث، و كان فيها العتق قدّم العتق، و إن كان الإيصاء به مؤخراً بحسب الزمان.

الثاني: أن يكون العتق الوارد فيها عتقاً منجزاً، و يكون مراد السائل بزيادة ما أوصى به زيادة ما أوصى به و العتق معاً عن الثلث، و يكون مراده في سؤاله أنَّ المنجز من الثلث أو من الأصل، و يبعد هذا الاحتمال عدم مطابقة الجواب للسؤال حينئذٍ.

ثم إنَّ إطلاق الإيصاء على العتق المنجز على هذا الاحتمال، إمّا من باب التغليب أو من باب الاستعارة من جهة شباهة العتق الواقع قبل الموت بالوصية في كونهما واقعين ممّن يهتّى نفسه للموت، و يعمل فيما له بما يجب أن يكون كذلك بعد موته. الثالث: أن يكون المراد بالعتق المنجز، و يكون السائل ممّن يعلم أنَّ المنجز أيضاً من الثلث، فيكون نظره في سؤاله إلى أنَّ المنجز لو اجتمع مع المعلق، و كان المجموع أزيد من الثلث، فهل يكون المنجز مقدّماً أو يقسّط الثلث عليهما؟ فحينئذٍ يطابق الجواب للسؤال، و على هذا الاحتمال يمكن أن يكون مراده بما أوصى ما يشمل العتق و أن يكون المراد صرف الوصية فقط، لأنَّ زيادتها عن الثلث يستلزم زيادة المجموع بطريق أولى، و حيث إنَّ هذا الاحتمال أقرب من سابقه لظهور لفظة «أعتق» في التنجيز، و الفرض مطابقة الجواب للسؤال أيضاً على هذا الاحتمال فيمكن أن يقال: إنّه يستفاد من هذه الرواية أنَّ كون المنجزات من الثلث كان من

المسلمات بين أصحاب الأئمة؛ بدهة أنه يبعد جداً عدم اطلاع مثل إسماعيل عن فتوى الأئمة عليهم السلام في مثل هذه المسألة، فيكون الرواية من أدلة الثلث، فافهم.

هذه جميع أخبار الباب، وقد تلخص لك أن رواية إسماعيل^١ ورواية ابن مسلم^٢ لا دلالة لهما على الأصل، ورواية أبي شعيب^٣ ضعيفة من جهة أنه لا يروي بلا واسطة عن أبي عبد الله عليه السلام، لتأخر طبقة، فيبقى رواية ابن جبلة^٤ وعمار^٥ ورواية ابن جبلة لا ظهور فيها يقاوم ظهور أخبار الثلث لولا الزيادة التي وقعت في إحدى طرقه، فإن قوله: «إلى أن يأتيه الموت» لا يأبى عن حمله على حصول مرض الموت، فإن من حصل له مرض الموت يحسن عرفاً أن يقال أتاه الموت، فلا مقاومة لهذه الرواية مع أخبار الثلث لولا ذيلها المنقول بطريق، بل ذيلها أيضاً لا يأبى عن التخصيص بسبب روايات الثلث بأن يقال: يعمل بماله ما شاء مادام حياً إلا في مرض موته.

فإن قلت: التفكيك بين المنجز والوصية في هذه الرواية يأبى عن ذلك.

قلت: لا يأبى، فإن التفكيك على أي حال حاصل؛ إذ الوصية مطلقاً موقوف على عدم الزيادة عن الثلث ولو كانت في حال الصحة بخلاف المنجز، فإنه في حال مرض الموت موقوف لا في حال الصحة.

و أما أخبار الثلث^٦ فدلالاتها واضحة بيّنة، ونحن وإن أردنا أن نوجهها بحيث

١- تقدّم في الصفحة ٤٨٣.

٢- تقدّم في الصفحة ٤٨١.

٣- تقدّم في الصفحة ٤٨١.

٤- تقدّم في الصفحة ٤٨٠.

٥- تقدّم في الصفحة ٤٧٨.

٦- تقدّم في الصفحة ٤٦٧ - ٤٧٢.

لاتنافي أخبار الأصل،^١ ولكن ما ذكرناه خلاف الظاهر، وليس الجمع جمعاً عرفياً، وما ذكرناه في أخبار العتق من كون المراد بقوله: «أعتق رجل عند موته» العتق الواقع بلحاظ الموت حتى تنطبق على الوصية بالعتق^٢ في غاية البعد؛ بداهة أن الظرف ظرف لصدور الفعل عن المعتق، فيكون المراد بقوله: «عند موته» قرب الموت، فالجمع العرفي بهذا النحو لا يمكن.

و أما رواية عمار فهي صريحة في الأصل، آية عن التخصيص، لوضوح كونها ناظرة إلى ردّ القائلين بالحجر حيث قال ﷺ قبل بيان الحكم: «صاحب المال أحقّ بماله مادام فيه شيء من الروح حيث شاء»،^٣ فأشار في مقام بيان الحكم إلى القاعدة العقلانية المقتضية لسلطنة الرجل على جميع التصرفات، ويستفاد منه التعريض على القائلين بمحجورية المريض عن الزائد على الثلث.

و كيف كان: فصراحة الرواية بحيث لا يمكن حملها على الثلث ممّا لا تكاد تخفى. وقد عرفت: أن أخبار الثلث أيضاً صريحة أو كالصريح، والجمع العرفي الذي يقبله العرف والعقلاء ممّا لا سبيل إليه، فالواجب حينئذ الرجوع إلى المرجّحات - و فطحية عمار لا توجب طرح روايته لكونه ثقة - ثم إن أول المرجّحات هو الشهرة، وليس المراد بها الشهرة في الرواية بأن تكون إحداهما أشهر رواية كما قد يتوهم؛ بداهة عدم كون الرواية بما هي رواية موجبة للأرجحية، بل المراد بها الشهرة في مقام الفتوى والعمل، حيث إنّه لو كان هاهنا روايتان عن

١ - تقدّم في الصفحة ٤٧٧ - ٤٨٢.

٢ - تقدّم في الصفحة ٤٦٧.

٣ - الكافي ٧/ ١؛ تهذيب الأحكام ٩/ ١٨٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٧ - ٢٩٨، كتاب الوصايا.

الباب ١٧، الحديث ٤.

الإمام عليه السلام ولكن كان عمل بطانة الإمام عليه السلام وأصحابه على طبق إحداهما يصير هذا مرجحاً لهذه، فإن أهل البيت أدرى بما في البيت ولا ينافي ما ذكرنا قوله في الرواية، فإن كان كلاهما مشهورتان فإن الشهرة ليست عبارة عن عمل الأكثر، بل المراد بها ظهور العمل بها بين الأصحاب، فيمكن تحققها في الروايتين كما لا يخفى. وبالجملة: فأول المرجحات هو الشهرة في مقام العمل، فإن ثبت ذلك كما يمكن استفادتها من رواية إسماعيل بن همام^١ ومحمد بن مسلم^٢ ولا سيما الثانية، حيث اهتم بنقلها الأعظم من الصحابة بناءً على دلالة الروايتين على الثلث، وكون المسألة مفروغاً عنها عند محمد بن مسلم وإسماعيل بن همام كما احتملناه آنفاً كان الواجب العمل بأخبار الثلث وطرح روايات الأصل، حيث إن نقل أعظم الصحابة لمثل رواية ابن مسلم ليس إلّا للعمل به. فيستفاد من ذلك أن عملهم كان على إخراج المنجزات من الثلث، وإن لم يثبت الشهرة العملية على طبق أخبار الثلث فأخبار الأصل مقدّمة من جهة كونها مخالفة للعامة، مضافاً إلى كونها موافقة للأصول والقواعد.

و كيف كان: فمحور المسألة يدور على إثبات الشهرة العملية على طبق روايات الثلث وإلّا فالعمل على طبق روايات الأصل، ولا طريق إلى إثبات الشهرة العملية إلّا بناءً على دلالة رواية ابن مسلم على الثلث وكون نقل أعظم الصحابة لها كاشفاً عن كونهم عاملين على وفقها، وإثبات ذلك مشكل.

١- الكافي ٧: ١٧ / ٣: الفقيه ٤: ١٥٨ / ٥٤٧: تهذيب الأحكام ٩: ٢١٩ / ٨٦١: الاستبصار ٤: ١٣٥ /

٥١٠: وسائل الشيعة ١٩: ٤٠٠، كتاب الوصايا، الباب ٦٧، الحديث ٢.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٩٤ / ٧٨٠: الاستبصار ٤: ١٢٠ / ٥٥٤: وسائل الشيعة ١٩: ٢٧٦، كتاب

الوصايا، الباب ١١، الحديث ٣: و ٣٩٩، الباب ٦٧، الحديث ١.

و يبعدُ الثالث أنه لو كان يجب حفظ المال للورثة، و كان لهم حقّ متعلّق به قبل الموت لوجب حجر المريض عن جميع التصرفات المفوّتة مثل الإطعام و الإكساء و نحوهما، و لم يلتزم به أحد.

نعم، هاهنا شيء، و هو أنّ القول بالثالث لما كان مجمعاً عليه عند المخالفين، و كان عليه إفتاءهم و قضاءهم، و كان العمل به مشهوراً في زمن الأئمة عليهم السلام كان على الأئمة لو كانوا مخالفين لهم ردع أصحابهم حيث أمكن أشدّ الردع، و حينئذٍ فهل يكتفى في ذلك بمثل ما روي عن عمار^١ و سماعة؟^٢ يمكن أن يقال لا يكتفى بمثل ذلك.^٣

هذا ما يتعلّق بأصل المسألة، أعني كون المنجزات من الأصل أو الثالث.

و هاهنا أمور يجب أن ينبّه عليها:

الأمر الأول: أنا لو بنينا على كون المنجزات من الثالث فهل هو ثابت في مطلق المرض المخوف، و إن لم يتعقّبها الموت كما عليه العامة^٤ أو في المرض الذي مات فيه، و إن لم يكن مخوفاً، أو يختصّ الحجر بما إذا صدر المنجز عند حضور الموت بحيث يرى الإنسان نفسه في شرف الموت، و تعلّق به مخالف المنيّة؟ فيه وجوه.

١- تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة ٤٧٧ و ٤٧٨ و ٤٨٠.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٦-٢٩٧، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١ و ٢.

٣- مع ما نرى من سيرة الأئمة من تصريحهم بالخلاف في المسائل المخالفة لهم في محافل أصحابهم لا يمكن الاكتفاء في مثل هذه المسألة التي يعمّ بها البلوى، و كان يحتاج إليها أكثر الناس بمثل ما رواه عمار، فلم ينقل في هذه المسألة ردع عمار عليه المخالفون إلّا عن مثل عمار الفطحي و سماعة الواقفي، و لم ينقل في ذلك شيء من أعظم الصحابة، فهذا ممّا يبعد كون المنجزات عند الأئمة عليهم السلام من الأصل كما لا يخفى وجهه، فتأمل. [المقرّر:]

٤- الأئمّة ٤: ١٠٧؛ المعنى، ابن قدامة ٦: ٥٠٩-٥١٠؛ المبدع ٥: ٣٨٧.

و المذكور في بعض روايات الثلث لفظة: «في مرضه»^١ أو: «في مرضها»^٢ و في بعضها لفظة: «إذا حضره الموت»^٣ و في بعضها لفظة: «عند موته»^٤ و بهذا اللفظ وردت رواية عمران بن حصين^٥ مستند العامة في المسألة.

و لا يخفى: أن قوله: «عند موته» أو «حضره الموت» ظاهر فيما إذا رأى الإنسان نفسه في شرف الموت بحيث آيس من نفسه، و رأى مخالبا المنيّة متعلّقة به، و لا يشمل هذا الكلام ما إذا مرض الإنسان بمرض مخوف أو غير مخوف، و لكن لم يشرف بعد على الموت كأغلب الأمراض المخوفة التي لا يتعقبها الموت إلّا بعد زمان كالسلّ مثلاً، فإنّ حضور الموت كناية عن تلبّسه بالإنسان أو قرب تلبّسه، ألا ترى قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتِ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْآنَ وَلَا الَّذِينَ يَمُوتُونَ وَهُمْ كَفَارٌ أُولَئِكَ أَعْتَدْنَا لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾^٦ و معلوم أن هذا ناظر إلى حين شروع قابض الأرواح في القبض، و ما يقرب من ذلك. و بالجملة: فلا يشمل ما عبّر بقوله: «حضره الموت» أو «عند الموت» أزيد

١- وسائل الشيعية ١٩: ٣٠٠، كتاب الوصايا، الباب ١٧، الحديث ١٠ و ١١؛ و ٤٠٠، الباب ٦٧، الحديث ٤.

٢- وسائل الشيعية ١٩: ٢٧٨، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١١.

٣- وسائل الشيعية ١٩: ٢٧٦، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ٣ و ٤ و ٧.

٤- وسائل الشيعية ١٩: ٢٧٢ - ٢٧٤، كتاب الوصايا، الباب ١٠، الحديث ٣ و ٧ و ٨ و ٢٩٥، الباب ١٦، الحديث ١٢.

٥- المصنّف، عبدالرزاق ٩: ١٥٩ / ١٦٧٤٩؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٥: ٤٨ / ١٩٧١٢؛ صحيح مسلم

٩١: ٢، باب من أعتق شركاً له في عبد؛ سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٦ / ٢٣٤٥؛ سنن أبي داود ٢: ٤٢٢ /

٣٩٥٨ - ٣٩٦١؛ سنن الدار قطني ٤: ١٥٠؛ السنن الكبرى، البيهقي ٦: ٢٦٥؛ كنز العمال ١٦: ٦٢٦ /

٤٦١٢٠ و ٤٦١٢٢؛ الجامع الصحيح ٣: ٦٤٥ / ١٣٦٤.

٦- النساء (٤): ١٨.

من مورد يرى الإنسان نفسه في عداد الأموات، و يكون الموت قريباً منه و ليس للمرض دخالة، بل الميزان قرب الموت مع التفات الإنسان إليه، فيشمل الروايات ما لو غرق الإنسان، أو جرح، أو شقّ بطنه مثلاً و نحو ذلك من الموارد كما لا يخفى وجهه.

فإن قلت: المراد بالحضور و القرب الحضور الواقعي أو العلمي.

قلت: بل المراد كما هو الظاهر من الروايات الحضور الواقعي، و لكن بشرط الالتفات فلو كان الإنسان صحيحاً، و صدر عنه منجز، أو كان مريضاً لا يحتمل الموت، و اتفق الموت بسكته و نحوها فلا حجر، فالحجر ثابت في المنجزات التي هي كالوصايا حقيقة في كونها صادرة بلحاظ ما بعد الموت، بحيث إنّ الشخص لا يرضى بعق عبده مثلاً إلاّ بعد موته. غاية الأمر: أنّه حيث رأى أنّه مات قطعاً و أنّه في عداد الأموات صدر عنه هذا على نحو التنجيز، و لو كان راجياً للحياة لما صدر عنه، و المنجزات التي لا يرضى الميّت حقيقة بنفوذها إلاّ بعد موته في عداد الوصايا حقيقة، فإنّها تقع بلحاظ حال الموت، و لو كان للشخص رجاء في الحياة لما صدر عنه ذلك، فالحجر يختصّ بهذا القسم من المنجزات، و الروايات لا تدلّ على أزيد من ذلك، فاختيارنا في هذه المسألة موافق لما اختاره صاحب «الجواهر» من عدم ثبوت الحجر في مطلق المرض،^١ و إن كان مخالفاً لما اختاره من حيث تخصيصه الحجر بالمرض،^٢ و نحن عمّمناه، و قلنا بثبوته في مثل الفريق مثلاً.

و أمّا ما ورد في بعض الروايات من لفظ «المرض» فهو على إطلاقه غير معمول

١- جواهر الكلام ٢٨: ٤٦٣.

٢- جواهر الكلام ٢٦: ٥٩.

به؛ لشموله لكل مرض وإن لم يكن مخوفاً ولم يتعقبها الموت، فلا بد من تقييده، و الظاهر أن هذا اللفظ في هذه الروايات كان إشارة إلى ما كان معروفاً عندهم من ثبوت الحجر في مرض خاص، و حيث إن العموم غير معمول به، و الخصوصية المشار إليها بهذا اللفظ غير واضحة لنا، فالمتيقن الذي يمكن الخروج به عن الأصل و القاعدة هو ما ذكرنا من ثبوت الحجر على فرض ثبوته في خصوص التصرفات الواقعة في شرف الموت، الواقعة في عداد الوسايا من حيث كون المطلوب نفوذها بعد الموت، و قد قلنا إن قوله: «حضره الموت»، و قوله: «عند موته»، ظاهران في ذلك، و لا يدلان على أزيد من ذلك. و على ذلك يمكن الإشكال فيما اختاره العامة من إفتانهم بثبوت الحجر في مطلق المرض المخوف،^١ مع أن مستندهم في المسألة منحصر في رواية عمران،^٢ و هي لا تدل على أزيد مما ذكرنا، فافهم و تأمل جيداً. الأمر الثاني مما يجب أن ينبّه عليه: هو أن المحجور عنه أي تصرف من التصرفات؟ فنقول: إن الوارد في رواية عمران هو العتق، و قد تعدى العامة عنه إلى جميع المعاملات المجانية و المباحاتية، كالهبة و الصلح بلا عوض و البيع بأقل من ثمن المثل و نحو ذلك. و بالجملة: كل ما يوجب نقصاً في المالية من العقود و الإيقاعات لا مثل الأكل و الإطعام و نحوهما كما عرفت تفصيله.^٣ و أمّا روايتنا فأكثرها في مورد العتق،^٤ و بعضها في العطية و الهبة كما مر،^٥ و الظاهر إلغاء

١ - الأُمّ ٤: ١٠٧؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٥٠٩ - ٥١٠؛ المبدع ٥: ٣٨٧.

٢ - تقدّم في الصفحة ٤٦٣ و ٤٨٩.

٣ - تقدّم في الصفحة ٤٦٤.

٤ - تقدّم في الصفحة ٤٦٧ - ٤٧١.

٥ - تقدّم في الصفحة ٤٧١ - ٤٧٣.

الخصوصية على نحو ذكره المخالفون؛ بداهة أنَّ العتق والهبة لا خصوصية لهما، فلا وجه لما يظهر من «كشف الرموز» من تخصيص الحجر بالعتق،^١ فإنَّ الظاهر اتفاق المسلمين على قولين: ثبوت الحجر في مطلق المنجزات و عدمه في مطلقها، فالتفصيل بين العتق وغيره إبداء قول ثالث، وقد حكى أنَّ «الغنية» - مع كونه من القائلين بالخروج من الأصل - قال في كتاب العتق بأنَّ العتق يخرج من الثلث إن كان مستحباً.^٢ والظاهر أنَّ هذا ليس تفصيلاً بين العتق وغيره من المنجزات، بل هو رجوع عما أفتى به قبل ذلك في جميع المنجزات.^٣

من متممات الأمر الأول: إذا عرفت ما ذكرناه تقدّر على استنباط فروع المسألة و أحكامها كما لو مرض بمرض مخوف، ولكن لم يقرب موته، أو قرب واقعاً و هو لم يلتفت، فأعتق عبده مثلاً، فعتقه حينئذٍ ليس بلحاظ ما بعد الموت، بل بنظره اعتناق عبده و لو في زمن حياته و إعاشته؛ إذ الفرض عدم التفاته إلى قرب موته، فيصحَّ العتق حينئذٍ و إن قلنا بالثلث في المنجزات، و كذلك لو رأى مخاطب المنية متعلّقة به، فأعتق، ثمَّ اتفق عدم موته، لما قلنا من اشتراط الحضور الواقعي و العلمي معاً، و إن أمكن المناقشة في هذا الفرع بأن يدعى ظهور الروايات في العلمي فقط، و كذلك لو كان صحيحاً، فأعتق، ثمَّ اتفق موته عن قريب، أو كان مريضاً بمرض غير مخوف كصداع مثلاً، فأعتق، ثمَّ اتفق موته بهذا المرض عن قريب و نحو ذلك من فروع المسألة. هذا جميع ما يتعلّق بمسألة المنجزات، و الحمد لله أولاً و آخراً.

١ - كشف الرموز ٢: ٩١.

٢ - حكاة عنه العاملي في مفتاح الكرامة ٢٣: ٦٣٤، و راجع: غنية النزوع ١: ٣٨٩.

٣ - غنية النزوع ١: ٣٠٦.

نفوذ إقرار المريض من الأصل أو الثلث للورثة

و ليعلم: أنَّ معنى النفوذ هنا يغير معناه في المنجزات، فإنَّ المراد في المنجزات النفوذ الواقعي بمعنى كون إنشاءاته مملَّكة يترتب عليها الملكية للموهوب له و نحوه، و هذا بخلاف باب الإقرار، فإنَّ معنى النفوذ فيه هو حجَّة قوله و ترتيب الآثار عليه، لا ثبوت المقرَّ به في متن الواقع.

و بعبارة أخرى: معنى تنفيذ إقراره هو تصديقه فيما يحكى عنه و يخبر عنه من كونه مديوناً لغيره.

ثمَّ إنَّ إقرار المريض قد يتعلَّق بنفس الأعيان التي في يده، فيكون إقراره مزاحماً لما يقتضيه يده من الملكية، و قد يتعلَّق بذمَّته، فلا يزاحم اليد، بل يخالف مع أصل عدم اشتغال الذمَّة. نعم، مقتضى حجَّة قوله في الإقرار بما في الذمَّة صيرورة عين ماله مرهونة للديان بعد موته.

و اللازم أولاً ذكر الأقوال في المسألة، خصوصاً الأقوال المعروفة من مخالفينا التي كان عليها مدار إفتائهم في زمن الأئمَّة عليهم السلام، فإنَّ العلم بها دخیل في فهم إشارات الأخبار و رموزها.

فنقول: اتَّفَق جميع مخالفينا على أنَّ إقرار المريض نافذ من الأصل إجمالاً،^١ و إن اختلفوا في بعض فروع المسألة. قال ابن المنذر، مؤلَّف كتاب «في الوفاق و الخلاف»: «إنَّه أجمع كلٌّ من نحفظ عنه العلم من أهل العلم على أنَّ إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز».^٢

١- المعني، ابن قدامة ٥: ٣٤٢؛ المجموع ٢٠: ٣٤١.

٢- حكاه عنه ابن حجر في فتح الباري ٥: ٢٨١ / السطر ٢٠؛ و المعني، ابن قدامة ٥: ٣٤٢؛ الشرح الكبير

و بالجملة: فكما أجمعوا في المنجزات بأنها من الثلث اتفقوا في الإقرار أنه من الأصل، ولكنهم اختلفوا مع ذلك في فرعين من فروع المسألة.

أحدهما: ما إذا أقر في مرضه، وكان عليه دين ثابت من قبل، فاتفقوا على إخراج كليهما من الأصل لو وافى التركة بهما، وأما إن لم تواف بهما فاختلفوا في أنه هل يقدم الدين الثابت على المقر به، أو تقسط التركة بينهما بالحصص.^١

و ثانيهما: ما إذا أقر بدين أو عين لبعض الورثة، فاختلفوا فيه على أقوال ثلاثة: فقال بعضهم بعدم نفوذه مطلقاً إلحاقاً للإقرار بالوصية؛ لما تسالموا عليه من عدم جواز الوصية لبعض الورثة استناداً إلى ما نسبوه إلى النبي ﷺ من أنه قال ما حاصله: «أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».^٢ وقد اختار هذا القول أبو حنيفة وأحمد وبعض آخر.^٣ وقال بعضهم بنفوذه مطلقاً التفاتاً إلى مغايرة الإقرار مع الوصية، و به قال الحسن البصري^٤ و عمر بن عبدالعزيز^٥ و هو المختار

١- ٢٧٤: ٥؛ تذكرة الفقهاء ١٥: ٢٧١.

١- المبسوط، السرخسي ١٨: ٢٦؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٣؛ الشرح الكبير ٥: ٢٧٥.

٢- المصنف، عبدالرزاق ٩: ٤٨؛ المسند، أحمد بن حنبل ١٦: ٢٦٣ / ٢٢١٩٥؛ سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٥ -

٩٠٦ / ٢٧١٢ - ٢٧١٤؛ سنن أبي داود ٢: ١٢٧ و ٢٨٧٠ و ٣١٩ / ٣٥٦٥؛ سنن الترمذي ٣: ٢٩٣ -

٢٩٤؛ و ٦: ٢١٢؛ كنز العمال ٥: ٢٩٣ / ١٢٩١٧ و ٨٧٠ / ١٤٥٧٤ - ١٤٥٧٦.

٣- المبسوط، السرخسي ١٨: ٢٤ و ٣١؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٤ و ٣٤٧؛ الشرح الكبير ٥: ٢٧٩؛

المجموع ٢٠: ٢٩٣ - ٢٩٤؛ بدائع الصنائع ٧: ٢٢٤؛ الفقه الإسلامي وأدلة ٨: ٦١١٧ - ٦١٢٠؛ وراجع:

تذكرة الفقهاء ١٥: ٢٧١.

٤- اختلاف العلماء: ٢٣٣؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٤؛ وراجع: الخلاف ٣: ٣٦٨، المسألة ١٣؛ تذكرة

الفقهاء ١٥: ٢٧١.

٥- حكاه عنه الشيخ في الخلاف ٣: ٣٦٨، المسألة ١٣؛ و العلامة في تذكرة الفقهاء ١٥: ٢٧١، ولم نعتز

عليه في كتب العامة.

لتبعية الشافعي،^١ واختار مالك التفصيل بين المتهم وغيره.^٢

و الظاهر أنَّ نزاعهم في هذا الفرع غير مختصَّ بما إذا كان المقرّ مريضاً أو المقرّ به أكثر من الثلث، فإنَّهم الحقوه بالوصيّة، و بطلان الوصيّة للورثة ثابت عندهم، سواء كانت في حال الصّحة أو المرض، و سواء كانت بالثلث أو أزيد، فما في «التذكرة» في عنوان هذا الفرع من التخصيص بإقرار المريض^٣ في غير محلّه، فراجع.

و الحاصل: أنَّ كون إقرار المريض عندهم من الأصل ممّا لا ريب فيه إجمالاً، و إنّما وقع النزاع في هذين الفرعين، و يمكن أن يقال: ^٤ بوجود التهاافت بين ما اختاروه في المنجزات و بين ما اتفقوا عليه في هذه المسألة، فإنَّ القول بكون المنجزات من الثلث يقتضي ثبوت حقّ للورثة متعلّق بالتركة مقتض لإبقائها حتّى يتملّكوها بموت المورث، و إلّا فلا وجه لعدم النفوذ في الزائد، و على هذا فلا يكون إقرار المريض على نفسه فقط، بل يكون متعلّقاً بما فيه حقّ للورثة، و مقتضى ذلك عدم النفوذ، نظير إقرار العبد بما يوجب القصاص منه و إقرار الإنسان بالعين المرهونة، فإنَّ الأوّل مزاحم لسلطنة مالك العبد، و الثاني مزاحم لحقّ المرتهن. ثمَّ إنّ ما ذكروه من بطلان الوصيّة للورثة، و إن كان بقدر الثلث غير مرضيّ عندنا و مستنده غير مسلّم، هذه ما عندهم.

١ - المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٤؛ الشرح الكبير ٥: ٢٧٦؛ الحاوي الكبير ٧: ٣٠؛ روضة الطالبين ٤: ٨.

٢ - المدوّنة الكبرى ٥: ٢١٣؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٤؛ الشرح الكبير ٥: ٢٧٦؛ حلية العلماء ٨: ٣٣١؛ الفقه الإسلامي وأدلّته ٨: ٦١٢٠.

٣ - تذكرة الفقهاء ١٥: ٢٦٩، المسألة ٨٦٠.

٤ - و إن أجب عنه بأنَّ الحقَّ أمر إضايفي و نسبي. [المقرّر].

و أما ما في أصحابنا من الأقوال في أصل المسألة فقد أنهاها في «مفتاح الكرامة» إلى عشرة أقوال،^١ ولكن بعضها يرجع إلى بعض.

الأول: النفوذ مطلقاً من الأصل.

الثاني: عدم النفوذ مطلقاً.

الثالث: التفصيل بين المتهم وغيره.

الرابع: هذا التفصيل فيما إذا أوصى للورثة، و النفوذ مطلقاً في غيرهم، و أما التفصيل بين العدل و غيره أو بين المرضي و غيره فالظاهر رجوعهما أيضاً إلى المتهم و غيره.

إذا عرفت أقوال المسألة، فلنشرع في ذكر أخبارنا فنقول: إنها على قسمين:

قسم منها ورد في باب الإقرار للورثة الذي عرفت كونه المتنازع فيه في العامة. و قسم منها ورد في الإقرار لغيرهم، فلنبداً بالقسم الأول، و قد ذكر جميع أخبار الباب بكلا قسميه في «الوسائل» في الباب السادس عشر من الوصايا.^٢ و ما يتعلق بالقسم الأول سبع روايات أو ستة، بناءً على كون روايتي الحلبي واحدة كما هو الظاهر، و إن اختلفنا في بعض الألفاظ.

الأولى: رواية منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً، فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له».^٣

الثانية: رواية أبي أيوب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته أن

١- مفتاح الكرامة ١٦: ١٩٣ و ٢٠٧ و ٢٢: ٣٢٦.

٢- وسائل الشيعية ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦.

٣- الكافي ٧: ٤٢ / ٢؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ / ٦٥٦؛ الاستبصار ٤: ١١١ /

٤٢٦؛ وسائل الشيعية ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١.

له عليه ديناً، فقال: «إن كان الميت مريضاً فأعطه الذي أوصى له».^١

الثالثة: رواية إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين له عليه، قال: «يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث».^٢

الرابعة: رواية أبي ولّاد الحنّاط، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: «يجوز ذلك»، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء، قال: «جائز».^٣

و من سؤال أبي ولّاد يستفاد أنّه كان عالماً بمذاق العامة و أنّهم يقيسون الإقرار بالوصيّة، فلذا سئل حكم المقيس عليه أيضاً.

الخامسة: رواية حمّاد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يقرّ لوارث بدين، فقال: «يجوز إذا كان مليّاً».^٤

السادسة: رواية أبي المغراء، عن الحلبي أيضاً، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث بدين في مرضه، أيجوز ذلك؟ قال: «نعم، إذا كان مليّاً».^٥

السابعة: رواية سماعة، قال: سألته عمّن أقرّ للورثة بدين عليه و هو مريض،

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٤، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٨.

٢- الكافي ٧: ٤٢ / ٤؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٩؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٢٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٣.

٣- الكافي ٧: ٤٢ / ٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٦٠؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٤.

٤- الكافي ٧: ٤١ / ١؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٣؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ / ٦٥٥؛ الاستبصار ٤: ١١١ / ٤٢٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٣، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٥.

٥- تهذيب الأحكام ٦: ١٩٠ / ٤٠٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٣، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٧، و

في المصدر: «أبي المعزى» بدل «أبي المغراء».

قال: «يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلاً».^١

و بعد ما أطلعت على أخبار المسألة فنقول:

إنّ المستفاد من الأولى و الثانية أمر واحد، و كذا المستفاد من الخامسة و السادسة، فالمضامين الواردة فيها خمسة، أمّا التفصيل بين المليّ و غيره و كذا بين القليل و غيره ممّا لم يفت به أحد فيمكن أن يقال: إنّ المليّ بمعنى الموثوق به كما نقله في «الجواهر» عن بعض أهل اللغة،^٢ فيرجع إلى التفصيل بين المرضيّ و غيره، و أمّا القليل فيمكن أن يكون من أغلاط النسخ، و يكون الصحيح مليّاً، فبقي من المضامين ثلاثة.

الأوّل: ما تضمّنه رواية أبي ولّاد^٣ و هو الإطلاق من جهة المقرّ و المقرّ به، فتدلّ على نفوذ الإقرار، سواء كان المقرّ مرضياً أو لم يكن كذلك، و سواء كان المقرّ به دون الثلث أو لم يكن كذلك.

نعم، مورده ما لو كان المقرّ مريضاً، و لكنّه يستفاد منه حكم الصحيح أيضاً بمفهوم الموافقة، لأنّ نفوذ الإقرار من المريض يستلزم نفوذه من الصحيح بطريق أولى.

نعم، يمكن أن يقال: بأنّ رواية أبي ولّاد أمّا هي في مقام بيان أصل نفوذ الإقرار للورثة، و أمّا كونه من الثلث أو الأصل، أو كونه صادراً من المرضيّ أو الأعمّ منه و من غيره فليست هي بصدد بيانها حتّى يكون الإطلاق بالنسبة إليهما حجّة، و

١ - تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٨؛ الاستبصار ٤: ١١١ / ٤٢٨؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٤، كتاب

الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٩.

٢ - جواهر الكلام ٢٦: ٧٩، نقلاً عن الصحاح ١: ٧٣.

٣ - تقدّم في الصفحة السابقة.

تعارض مع ما اشترط فيها النفوذ بكونه دون الثلث أو صادراً من المريض، ويدل على ذلك حكمه ^١ في ذيلها بنفوذ الوصية للورثة أيضاً، مع أن نفوذها مشروط بعدم كون الموصى به أكثر من الثلث إجماعاً. وبالجملة: فمن المضامين الثلاثة ما تضمنه رواية أبي ولاد من الإطلاق من جهتين.

الثاني: ما تضمنه رواية منصور بن حازم^١ و أبو أيوب^٢ من التفصيل بين كون المقرّ مريضاً وبين غيره، ولكنهما من حيث كون المقرّ به دون الثلث أو أزيد مطلقاً.

الثالث: ما تضمنه رواية إسماعيل بن جابر بن يزيد الجعفي^٣ من اشتراط النفوذ بكون المقرّ به دون الثلث، ولكنهما من حيث المقرّ مطلق، فيشمل المريض وغيره، وروايتا ابن حازم وأبي أيوب وإن لم يذكر فيهما لفظ المريض ولكنّه قد يقال بدلالة لفظ الميت عليه، وأما رواية ابن جابر فقد ذكر فيها المريض، ولا يمكن إلغاء الخصوصية فيها لاحتمال كون المرض دخيلاً في اشتراط كون المقرّ به دون الثلث كما لا يخفى، وذكر دون الثلث مع كون الشرط عبارة عن عدم الزيادة عن الثلث لعلّه من جهة أن إفراز الثلث الحقيقي مشكل غالباً.

ثم إن مقتضى القواعد المقررة في محلّها رفع اليد عن إطلاق رواية أبي ولاد من كلتا جهتيه بالنسبة إلى منطوقها وتقييدها بالروايات الأخرى، وأما مفهومها، أعني

١- الكافي ٧: ٤٢ / ٢؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ / ٦٥٦؛ الاستبصار ٤: ١١١ /

٤٢٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١.

٢- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٤، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٨.

٣- الكافي ٧: ٤٢ / ٤؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٩؛ الاستبصار ٤: ١١٢ /

٤٢٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٣.

حكم الصحيح فيمكن أن يقال^١ بتبعيته للمنطوق أيضاً لا بمعنى تقييده، بل بمعنى عدم ثبوت الإطلاق فيه لعدم جواز مزية المفهوم على المنطوق.

و بالجملة: فإطلاق هذه الرواية بكلتا جهتيه يقيّد بالروايات الأخر.

و أما هذه الروايات فهل يقال بتقييد كلّ منها للآخر فيبقى نفوذ الإقرار للورثة مشروطاً بكونه صادراً من المرضي و كون المقرّ به دون الثلث؟

أو يقال باشتراط واحد من الشرطين، فيكون الإقرار من المرضي نافذاً مطلقاً حتّى في الأزيد من الثلث، و يكون فيما دون الثلث أيضاً نافذاً و إن صدر من غير المرضي؟ فيه وجهان:

و وجه الاحتمال الثاني ما ذكرناه في الأصول في جميع المفاهيم من أنّ ذكر قيد في موضوع الحكم إنّما يدلّ على دخالته في ثبوت الحكم له و عدم ثبوت الحكم لذات الموضوع بما هو هو، و أمّا دلالة على تمام الدخالة بحيث لا يخلفه غيره فيها فلا، فذكر الكثرية في قوله: «الماء إذا بلغ قدر كثر لم ينجسه شيء»^٢ أنّما يدلّ على دخالة قيد الكثرية في الحكم و عدم ثبوت الحكم لذات الماء بما هو ماء، و أمّا ثبوت الحكم للماء المقيّد بالجريان مثلاً فلا دلالة فيه على نفيه.^٣ ففيما نحن فيه أيضاً يمكن أن يكون الدخيل في نفوذ الإقرار عبارة عن كون المقرّ مرضياً أو كون المقرّ به دون الثلث، و على ذلك نحمل تعدّد الشروط في جميع الموارد، فافهم.

١- كما يمكن أن يقال بثبوت الإطلاق في المفهوم و إن رفع اليد عنه في المنطوق: إذ المفهوم تابع للمنطوق في أصل الدلالة لا في الحجّة، و الفرض أنّ المنطوق يدلّ على الإطلاق و إن رفع اليد عن حجّيته من جهة المقيّدات، فافهم. [المقرّين:]

٢- وسائل الشريعة ١: ١٥٨، كتاب الطهارة، أبواب الماء المطلق، الباب ٩.

٣- نهاية الأصول: ٢٩٦ و ٤٩٢.

و ممّا ألهمت به في الليلة الماضية في هذه المسألة طرح رواية منصور بن حازم و أبي أيّوب و تردّد المسألة بين قولين: إمّا العمل بإطلاق رواية أبي ولّاد أو العمل بالتفصيل الوارد في رواية إسماعيل بن جابر.

و تقريب ذلك: أنّ أدلّة نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم عامّة غير مخصوصة بالمرضيّ إجماعاً، فتخصيص نفوذه في رواية ابن حازم و أبي أيّوب بالمرضيّ لا بدّ أن يكون من جهة خصوصية في المقام بها يتغيّر حكم الإقرار فيه عن سائر الأقارير، و لا خصوصية في المقام سوى كون الإقرار للورثة، و نحن نعلم من سيرة الأئمة كما يستفاد من رواياتهم عدم كون هذه الخصوصية عندهم ممّا يمكن أن تكون مغيرة لحكم الإقرار فيه عن سائر الأقارير.

نعم، هي عند العامة ممّا يوجب ذلك؛ لما عرفت من إفتاء بعضهم بعدم نفوذ الإقرار للورثة مطلقاً، و إفتاء بعض آخر مثل مالك بالتفصيل بين المتهم و غيره.^١ و الحاصل: أنّ كون المقرّ له عبارة عن الورثة ممّا لا يوجب عن أنقضاء ^{بالتفصيل} تغيير حكم الإقرار لهم عن سائر الأقارير، فيدور الأمر بين تقييد نفوذ مطلق الأقارير بكون المقرّ مرضياً و بين طرح هاتين الروايتين المفصلتين في الإقرار للورثة فقط و حيث لا سبيل إلى الأوّل من جهة مخالفته للإجماع فيحمل الروايتان على التقيّة من جهة شيوع مذهب مالك و أتباعه في العامة كما لا يخفى، فينحصر الأمر في الثاني. نعم، لو كان مورد الروايتين خصوص المريض أمكن القول بكون المرض مغيراً للحكم، و لكنهما تعمان^٢ من حيث المورد للمريض و غيره، فيدور أمر المسألة بين

١ - المدوّنة الكبرى ٥: ٢١٣؛ المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٤؛ الشرح الكبير ٥: ٢٧٦؛ حلية العلماء ٨: ٣٣١؛ الفقه الإسلامي وأدلّته ٨: ٦١٢٠.

٢ - إن لم نقل باستفادة المرض من لفظ الميت. [المقرّر].

قولين أحدهما النفوذ مطلقاً و الثاني النفوذ من الثلث، ففي المسألة روايتان مثل المنجزات، و الأقرب الثاني.

هذا كله في حكم الإقرار للورثة.

نفوذ إقرار المريض من الأصل أو الثلث لغير الورثة

و أما الإقرار لغيرهم، فقد ذكروا فيه أخباراً لا ربط لها بالمسألة إلا اثنين نذكرهما، ثم نشرع في تحقيق المسألة.

الأول: ما رواه أبو بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن رجل معه مال مضاربة، فمات و عليه دين، و أوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة، أيجوز ذلك؟ قال: «نعم، إذا كان مصداقاً»^١.

الثاني: ما رواه ابن مسكان، عن العلاء بن كامل بن بتياع السابري، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً، فلما حضرها الموت، قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، و ماتت المرأة، فأتى أولياؤها الرجل، فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال، و لا نراه إلا عندك، فأحلف لنا مالها قبلك شيء، أ فيحلف لهم؟ فقال عليه السلام: «إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، و إن كانت متهمة فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»^٢.

و أما الروايات الأخر التي ذكرها في «الوسائل» في هذا الباب،^٣ فلا ربط لها

١- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٧ / ٦٧٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٦، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١٤.

٢- الكافي ٧: ٤٢ / ٣، و ٤٦٢ / ١١؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٤ / ١٠٨٨؛ و ٩: ١٦٠ / ٦٦١؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٢.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١-٢٩٦، كتاب الوصايا، الباب ١٦.

بإقرار المريض، فراجع و تأملها. و لا يخفى: أَنَّ الرواية الثانية رواها عبدالله بن مسكان، عن العلاء بن كامل أو الكاهل، عن أبي عبدالله عليه السلام، و ابن مسكان من علماء الطبقة السادسة و من أصحاب الإجماع،^١ و هم ثمانية عشر، ستّة من الطبقة السادسة و ستّة من الخامسة، و ستّة من الرابعة، و ادّعى الكشي «إجماع الأصحاب على تصحيح ما يصحّ عنهم»،^٢ بمعنى أَنَّ كلّ خبر كان سنده إليهم صحيحاً يقبل، و لا ينظر إلى من بعدهم إلى الإمام عليه السلام، فيقبل الرواية و إن كان الوسطة بينهم و بين الإمام مجهولة.

فعلى هذا، هذه الرواية صحيحة، و إن كان العلاء مجهول الحال من جهة عدم ذكره في كتب الأصحاب إلّا الشيخ، فإنّه ذكره في عداد الراوين عن أبي عبدالله عليه السلام من غير تفصيل لحاله.^٣

و ظاهر الرواية نفوذ الإقرار من الأصل في المأمونة، سواء كان المقرّ به زائداً عن الثلث أم لا، و جواز الحلف أيضاً من جهة الاعتماد على الحجّة، و أمّا في المتّهمة فلا يجوز الحلف، و لازمه عدم حجّية إقراره، و ظهور ما ذكرنا ممّا لا ينكر، إنّما الإشكال في ذيل الرواية، أعني قوله: «إنّما لها من مالها ثلثه» فيشكل وجه ربطه بالصدر، فيمكن أن يكون المراد أَنَّ المريض المتّهم لا يجوز تصرّفه إلّا في الثلث، إقراراً كان أو منجزاً أو وصيّة، و يحتمل أن يكون المراد منه بيان حكم إقرار المتّهم فقط، فيكون المستفاد من الرواية نفوذ إقرار الأمين من الأصل و المتّهم من الثلث، و عدم حلف الرجل للورثة بالنسبة إلى الثلث يكون على هذا من جهة عدم الاحتياج

١- اختيار معرفة الرجال: ٣٧٥ / ٧٠٥.

٢- اختيار معرفة الرجال: ٢٣٨ / ٤٣١، و ٣٧٥ / ٧٠٥، و ٥٥٦ / ١٠٥٠.

٣- رجال الطوسي: ٢٦٦ / ٣٨٢٥.

إلى الحلف؛ إذ الحاكم يحكم بينهم على وفق هذا بعد رجوعهم إليه. و يمكن أن يستشكل في الرواية بأننا لو قلنا بأن المنجزات من الأصل فلا بد من حمل ذيل الرواية على الوصية؛ إذ الإقرار في عداد المنجزات، و يبعد ذلك عدم ارتباط الذيل بالصدر على هذا، و إن قلنا بكونها من الثلث فما الفرق بين المتهم وغيره.

ثم إن الظاهر من المصدق في رواية أبي بصير^١ هو المرضي الوارد في الروايات الأخرى، أعني كون الرجل عند الناس ثقة غير متهم، و أما احتمال كون المراد مصدقته في هذه الواقعة و إن كان متهماً في سائر الوقائع أو مصدقته لأهل المضاربة فقط أو للورثة فقط فبعيد جداً كما لا يخفى.

ثم إن الأنسب نقل بعض الأقوال في المسألة، ثم الإشارة إلى مدركها و ما هو الحق منها.

فنقول: قال الشيخ في «النهاية»: «إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي و الوارث إذا كان مرضياً موثقاً بعدالته، فإن كان غير موثق به و كان متهماً فإن لم يكن مع المقر له بيّنة أُعطي من الثلث»،^٢ انتهى.

و قد اختار هذا القول مشهور المتأخرين، و لم يفترقوا بين الإقرار للورثة و غيرهم و بين الإقرار بالدين أو العين.

و قال المحقق في «النافع» ما حاصله: أنه إن أقر للوارث فمن الثلث مطلقاً، و إن أقر للأجنبي فيفصل بين المتهم وغيره، فالأول من الثلث و الثاني من الأصل.^٣

و قال ابن حمزة - معاصر الحلّي و ابن مكارم - في فصل الإقرار من «الوسيلة»

١ - تهذيب الأحكام ٩: ١٦٧ / ٦٧٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٦٩، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١٤.

٢ - النهاية: ٦١٧ - ٦١٨.

٣ - المختصر النافع: ١٦٧ - ١٦٨.

ما لفظه: «و إقرار المريض إذا كان صحيح العقل مثل إقرار الصحيح، إلا في حلّ [حق] بعض الورثة لشيء، إذا كان متهماً، فإذا أقرّ له و لم يكن للمقرّ له بيّنة على صحّة ما أقرّ له به كان في حكم الوصيّة، و سنذكر بعد ذلك حكم الإقرار بوارث في باب آخر»^١.

و قال الصدوق في «المقنع» في باب الوصايا ما لفظه: «و إذا أقرّ الرجل و هو مريض لوارث بدين فإنّه يجوز إذا كان الذي أقرّ به دون الثلث»^٢.

و قال ابن زهرة في «الغنية» في الإقرار ما لفظه: «و يصحّ إقرار المحجور عليه لفلس و إقرار المريض للوارث و غيره، بدليل الإجماع المشار إليه، و أيضاً قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾^٣، و الشهادة على النفس هي الإقرار»^٤.

و قال سَلار في «المراسم» ما لفظه: «من كان عاقلاً يملك أمره فيما يأتي و يذر، فإقراره في مرضه كإقراره في صحّته»^٥.

و قال قاضي الحلب ابن البرّاج الحلبي في «المهذّب» ما لفظه: «و إن كان محجوراً عليه لمرض كان إقراره مقبولاً»^٦.

و قال ابن إدريس في «السرائر»: «يصحّ إقرار المريض الثابت العقل، للوارث و

١- الوسيلة: ٢٨٤.

٢- المقنع: ٤٨٢.

٣- النساء (٤): ١٣٥.

٤- غنية النزوع ١: ٢٧٠.

٥- المراسم: ٢٠١.

٦- المهذّب ١: ٤٠٤.

غيره سواء كان بالثلث أو أكثر منه، وإجماع أصحابنا منعقد على ذلك»،^١ انتهى.
و لعلّ تمام المستند للشيخ رحمته والمشهور رواية العلاء ببيع السابري،^٢ فإنّ موردها وإن كان فيما إذا كان المقر له غير الوارث والمقر به عيناً ولكن يلقي الخصوصيةتان، ويلحق الورثة بغيرهم والدين بالعين، للعلم بأنّ الورثة عند أئمتنا غير مانعة عن جواز الوصية والإقرار له، بل هو من ضروريات فقهاءنا، وكذا الفرق بين العين والدين ممّا لا وجه له أصلاً، ولذا لم يفرّق أحد.

و بالجملة: فمستند هؤلاء رواية العلاء وقد عرفت أنّها معتبرة،^٣ وأنّ مدلولها بحسب الظاهر كون الإقرار من الأصل في المأمون ومن الثلث في المتهّم، و رواية منصور بن حازم^٤ وأبي أيوب^٥ وإن كان مفادهما كذلك، إلّا أنّه لمّا لم يكن موردهما المرض، بل كان الخصوصية المذكورة فيهما هو كون الإقرار للورثة، فلذا حكمنا بطرحهما لكونهما مخالفتين لما هو من ضروريات فقهاءنا؛ إذ الورثة ليست عندنا مغيّرة لحكم هذا الإقرار عن سائر الأقارير الشرعية التي لا فرق في نفوذها إجماعاً بين المرضي والمتهّم.

و رواية أبي ولّاد^٦ لم يكن مفادها إلّا جواز الإقرار للورثة إجمالاً، في قبال

١- السرائر ٢: ٤٩٩، و ٣: ٢١٧.

٢- الكافي ٧: ٤٢ / ٣، و ٤٦٢ / ١١؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٤ / ١٠٨٨؛ و ٩: ١٦٠ / ٦٦١؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٢.

٣- تقدّم في الصفحة ٥٠٣.

٤- الكافي ٧: ٤٢ / ٢؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ / ٦٥٦؛ الاستبصار ٤: ١١١ / ٤٢٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١.

٥- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٤، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٨.

٦- الكافي ٧: ٤٢ / ٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٦٠؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٤.

بعض العامة المنكرين له،^١ و لم يكن إطلاقه في مقام البيان، و لذا حكم فيها بجواز الوصية أيضاً من غير تقييد بالثالث.

و أما رواية إسماعيل بن جابر^٢ فالمذكور فيها و إن كان نفوذ الإقرار إذا كان دون الثالث من غير تفصيل بين المتهم و غيره و لكن ليس مفهومه عدم النفوذ مطلقاً، فإنّ عموم المنطوق هنا لا يقتضي عموم المفهوم، فيكون مفاد الرواية منطوقاً و مفهوماً أنّ الإقرار بدون الثالث نافذ في المتهم و غيره، و أما في الزائد فليس كذلك أي بهذا الإطلاق، فينطبق على مضمون رواية العلاء^٣ بعد إلقاء خصوصية الوراثة كما لا يخفى.

و أما رواية المضاربة^٤ فالمذكور فيها حكم ما لو كان المقرّ مديوناً، و يمكن أن يكون المديونية مانعة عن نفوذ الإقرار مطلقاً حتّى في الثالث، فلا ربط لهذه الرواية بمسألتنا فإنّ المقصود هنا نفوذ الإقرار و عدمه في مقابل حقّ الورثة، و أما في مقابل حقّ الديان فلنا أن نقول بعدم نفوذ الإقرار، بل مطلق المنجزات حتّى من الثالث أيضاً.

و كيف كان: فما يمكن أن يستند إليه المشهور من غير إشكال هو رواية العلاء بن كامل.

و أما المحقّق في «النافع» فيمكن أن يكون مستنده رواية إسماعيل بن جابر في

١- المغني، ابن قدامة ٥: ٣٤٢ و ٣: ٣٤٦؛ المبوط، الرخسي ١٨: ٢٤؛ بدائع الصنائع ٧: ٢٢٤.

٢- الكافي ٧: ٤٢ / ٤: ٥٩٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٩؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٢٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٣.

٣- تقدّم في الصفحة ٥٠٢.

٤- الكافي ٧: ٤٣ / ٣ و ١١: ٤٦٢؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٤ / ١٠٨٨؛ و ٩: ١٦٠ / ٦٦١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٢.

الورثة و رواية العلاء في غيرهم فيكون مقتضى قوله الفرق بين الورثة و غيرهم.^١ و قد عرفت أنَّ خصوصية الورثة ملقاة عندنا كما لا يخفى.^٢

و أما ابن حمزة فلم يفرّق في الأجنبي بين المتهم و غيره، و فرّق بينهما في الورثة.^٣ و يشكل وجهه.

فذلكة فيها تتميم للمبحث

لا إشكال و لا خلاف في نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم؛ لما روي عنه عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^٤ و لقوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ»^٥ و قوله تعالى في سورة البقرة في الآية التي هي أطول آيات القرآن: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ...»^٦ فتدل الآية على أَنَّ إملاء الذي عليه الحق حجة كما لا يخفى.

١- راجع: المختصر النافع: ١٦٧-١٦٨.

٢- تقدّم في الصفحة ٥٠٦.

٣- الوسيلة: ٢٨٤.

٤- لم نعر عليه في الكتب الروائية غير عوالي اللآلي ١: ٢٢٣ / ١٠٤ و ٢: ٢٥٧ / ٥ و ٣: ٤٤٢ / ٥. نعم، نقل الشيخ في الخلاف ٣: ٥٩٧ و ٥: ٣١٦: «أَنَّ إقرار العاقل على نفسه جائز» و عدّه من الأخبار المروية. و حكاها العلامة في مواضع متعدّدة من كتبه بعنوان الرواية. منها تذكرة الفقهاء ٩: ١٦٩، المسألة ١٠١، و ١٠: ٣٠٦، المسألة ١٣١، و تبعه من تأخّر عنه، و حكاها الحرّ العاملي عن جماعة من علمائنا في وسائل الشيعة ٢٣: ١٨٤، كتاب الإقرار، الحديث ٢.

٥- النساء (٤): ١٣٤.

٦- البقرة (٢): ٢٨٢.

هذا كله مضافاً إلى الإجماع و ضرورة الفقه، فقد انعقد إجماعنا على حجية الإقرار و نفوذه مطلقاً، و إن لم يكن المقرّ مأموناً و موثقاً به. - نعم، يظهر من تقي بن نجم الحلبي^١ كونه حجة في المرافعات مطلقاً^٢ و في غيرها إذا كان المقرّ مأموناً و عدلاً^٣ - فهذا في الجملة ممّا لا خلاف فيه، مضافاً إلى سيرة العقلاء. و على هذا فلا يمكن رفع اليد عن هذا المعنى و تخصيص نفوذ الإقرار بما إذا كان المقرّ مرضياً، إلّا إذا كان هناك خصوصية موجبة لتغاير هذا الإقرار مع سائر الأقارير، و الخصوصيات المذكورة في روايات المسألة المبحوث عنها ثلاث:

الأول: كون المقرّ له وارثاً.

الثاني: كون المقرّ مريضاً.

الثالث: كونه مديوناً.

أما الخصوصية الأولى فلا تصلح أن تكون مغيرة لحكم الإقرار الخاصّ عن سائر الأقارير؛ لما عرفت من أنّ هذه الخصوصية ملقاة عندنا، و قد استفدنا ذلك من روايات أئمتنا، بل هو من ضروريات فقهاء.

نعم، هي عند بعض العامة ممّا يمكن أن تكون مغيرة قياساً لمسألة الإقرار لهم بالوصية لهم،^٤ و قد عرفت منع هذا أصلاً و فرعاً،^٥ فلا نعيد. بقي هنا خصوصيتان، كلّ واحد منهما يمكن أن تكون مغيرة: أحدهما: المرض.

١ - ما نقلناه من الحلبي مazon. [المقرّون].

٢ - الكافي في الفقه: ٤٢٨.

٣ - الكافي في الفقه: ٤٣٣.

٤ - المعني، ابن قدامة ٥: ٣٤٢ و ٣٤٧؛ المبسوط، الرخسي ١٨: ٢٤؛ بدائع الصنائع ٧: ٢٢٤.

٥ - تقدّم في الصفحة ٤٩٤.

وثانيتها: مديونية المقرّ.^١

إذا عرفت هذا، فنقول: إنَّ المقرَّ إن لم يكن مديوناً فبعد إلقاء خصوصية الوراثة و طرح ما اشتمل على مغيّريتها، أعني روايتي منصور بن حازم^٢ و أبي أيوب^٣، يبقى بالنسبة إليه رواية إسماعيل بن جابر^٤ و أبي ولّاد^٥ و العلاء بن سيار^٦، و قد عرفت أنَّ الظاهر من الثالث التفصيل بين المأمون و المتّهم^٧، و بعد إلقاء الخصوصية لا يبقى فرق بين الوارث و غيره، و بين الإقرار بالعين و الدين. و رواية إسماعيل بن جابر غير مخالفة لهذا؛ لما عرفت من أنَّ عموم المنطوق لا يسري إلى المفهوم^٨، و كان منطوقه نفوذ إقرار المريض إذا أقرّ بما دون الثلث من غير فرق بين المرضي و المتّهم، فمفهومه أنّه إذا لم يكن الإقرار بما دون الثلث فليس بنافذ على سبيل الإطلاق، و لا ينافي ذلك ثبوت التفصيل فيه بين المرضي و المتّهم.

١- بل الظاهر أنَّ صرف المديونية أيضاً غير مغيّرة ما لم تجتمع المرض. فالمغّيّر منحصر في المرض. نعم، يختلف حكم المريض المديون مع المريض الغير المديون حيث نقول بنفوذ إقرار الثاني و منجزاته من الثلث بناء على ترجيح روايات الثلث، و أمّا المديون فلا ينفذ تصرفاته أصلاً كما سيجيء. [المقرّر من:]
٢- الكافي ٧/ ٤٢ / ٢؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٤؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ / ٦٥٦؛ الاستبصار ٤: ١١١ / ٤٢٦؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ١.

٣- تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٧؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٤، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٨.
٤- الكافي ٧/ ٤٢ / ٤؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٢؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٥٩؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٣.

٥- الكافي ٧/ ٤٢ / ٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ١٦٠ / ٦٦٠؛ الاستبصار ٤: ١١٢ / ٤٣٠؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩٢، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٤.

٦- الكافي ٧/ ٤٢ / ٣ و ٤٦٢ / ١١؛ الفقيه ٤: ١٧٠ / ٥٩٥؛ تهذيب الأحكام ٨: ٢٩٤ / ١٠٨٨ و ٩: ١٦٠ / ٦٦١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٩١، كتاب الوصايا، الباب ١٦، الحديث ٢.

٧- تقدّم في الصفحة ٥٠٣.

٨- تقدّم في الصفحة ٥٠٠.

و أما رواية أبي ولّاد فقد عرفت أنّها في مقام بيان أصل نفوذ إقرار المريض للورثة في قبال العامّة المنكرين له، فليست في مقام بيان خصوصيات المسألة، ففتوى المشهور على هذا هو الأنسب بالقواعد.

هذا كلّه في غير المديون.

و أمّا إذا كان المريض مديوناً فلا بدّ الكلام في صحّة منجزاته و أقاريه في مقابل حقّ الديان.

فنقول: قد ذكر أصحابنا في منجزات المريض قولين - كما عرفت -^١ أحدهما: النفوذ من الأصل، و ثانيهما: النفوذ من الثلث، و لم يفضّلوا في كلماتهم بين ما لو كان المريض مديوناً و بين غيره.

و لكنّه يظهر من بعض تفريعاتهم في بعض المسائل أنّ النزاع بين الأصل و الثلث أمّا هو في مقابل الورثة لا في مقابل الديان.

و ملخص الكلام: أنّ المريض إن لم يكن مديوناً فقد يقال: بأنّ منجزاته من الأصل وفاقاً لما يقتضيه الأصل، و قد يقال: بكونها من الثلث. و يكشف من ذلك ثبوت حقّ للورثة بالنسبة إلى الثلثين، يستحقّون به بقاء الثلثين ليتملّكوها بعد الموت.

و أمّا إن كان مديوناً بالدين المستغرق للتركة فالقائل بالأصل هناك يقول به هاهنا أيضاً من جهة عدم الدليل على تعلّق حقّ للورثة أو الديان بالمال قبل الموت، و القائل بالثلث هناك يقول هنا بعدم نفوذ المنجزات حتّى في الثلث أيضاً من جهة تعلّق حقّ الديان في المرض؛ لأنّ الدين مقدّم على الإرث، فلو كان المرض مانعاً عن نفوذ المنجز و منزلاً إياه منزلة الوصيّة في عدم جواز المزاحمة مع حقّ الورثة

فعدم جواز مزاحمته لحقّ الديّان ثابت بطريق أولى، و يدلّ عليه رواية عبدالرحمن بن حجاج المطوّلة التي أشرنا إليها سابقاً،^١ فراجع.

وبالجملة: فالمستفاد من تفريعاتهم أنّ القائل بنفوذ المنجزات من الثلث في مقابل الورثة يقول بعدم نفوذها أصلاً في مقابل الديّان، فإنّ حقّ الورثة يتعلّق بالثلثين و حقّ الدين بأصل المال، فالنزاع بين الثلث و الأصل في مقابل الورثة، و أمّا في مقابل الديّان فينبغي تبديل عنوان النزاع إلى التنجز من الأصل أو عدم التنجز أصلاً. نعم، من يقول بالأصل في مقابل حقّ الورثة يقول به في مقابل الديّان أيضاً، إلّا ما يظهر من المفيد، فإنّه مع القول بكون المنجزات من الأصل^٢ يظهر منه عدم النفوذ إن كان للمريض دين مستوعب.^٣

و لكنّ الظاهر خلاف هذا التفصيل، فإنّ عمدة المستند للقول بالأصل هي رواية عمّار الساباطي،^٤ و كان مفادها أنّ صاحب المال أحقّ بماله مادام فيه شيء من الروح، فتدلّ على عدم تعلّق حقّ به لا للورثة و لا للديّان. و لنذكر لك بعض ما أشرنا إليه من التفريعات.

فنقول: قال العلامة في «التذكرة»: «لو اشترى المريض من يعتق عليه فإن كان عليه دين احتمل صحّة الشراء؛ لأصالة الصحّة، و لا مانع من الشراء، فثبت مقتضاه و هو الملك، و لا يعتق عليه لثلا يضيع حقّ الغرماء، لكن إن ترك مالا غيره عتق، و إلّا بيع في الدين».^٥

١- تقدّم في الصفحة ٤٦٠.

٢- المقنعة: ٦٧١.

٣- المقنعة: ٦٦٢.

٤- وسائل الشريعة ١٩: ٢٨١، كتاب الوصايا، الباب ١١، الحديث ١٩ و أيضاً ٢٩٨، الباب ١٧، الحديث ٥.

٥- تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٩٨، مسألة ١٧٢.

و قال أيضاً: «لو ملك في مرض موته من يعتق عليه فإن كان بالإرث احتمل عتقه من الثلث؛ لأنّه حصل في ملكه، ثم زال، فأشبه ما إذا أعتق عبداً ورثه في مرضه و أمّا إذا ورث مالاً فاشترى به من يعتق عليه وإن يعتق من الأصل؛ لأنّه لم يقصد تملكاً ولا إزالة ملك، بل حصلاً بغير اختياره، و لم يبذل في مقابلته مالاً يتضرّر به الورثة ... و كذا لو كان عليه دين مستغرق...»،^١ فراجع. هذا آخر ما أردنا إيرادَه في المسألة، و عليك بالتأمل التام، فإنّ هاهنا مزالّ الأقدام.

لو باع المريض بأنقص من ثمن المثل في مرضه

قد عرفت: أنّ بيع المريض و شرائه بثمن المثل ممّا لا إشكال فيه إجماعاً،^٢ فمحلّ النزاع في المنجزات أنما يكون في ما اشتمل على انتقال المال مجاناً كالهبة، و ما اشتمل على المحاباة كالبيع بأنقص من ثمن المثل، و على هذا فلو باع بأنقص من ثمن المثل في مرضه فعلى القول بالأصل لا إشكال فيه، و أمّا على القول بالثلث فهل يبطل البيع بتمامه أو لا؟ في المسألة وجوه. و قد ذكر العلامة في «التذكرة» للمسألة مثلاً، و هو أنّه لو كان مال رجل منحصراً في عبد، و كان قيمته ثلاثون درهماً، فباعه بعشرة.^٣

فنحن نذكر الاحتمالات و الوجوه المذكورة في هذا المثال، و يعلم غيره بالمقايسة.

فنقول: في المسألة خمسة أوجه:

١ - تذكرة الفقهاء ٢١: ٢٩٧، مسألة ١٧١.

٢ - تقدّم في الصفحة ٤٥٩ - ٤٦٠.

٣ - تذكرة الفقهاء ٢٢: ٨٢، مسألة ٣٥١.

الأول: البطلان رأساً، واختاره الظاهرية من العامة^١ - الذين هم بمنزلة الأخباريين هنا، ورئيسهم داود الأصفهاني^٢ - وهذا القول سخيّف جداً؛ إذ لا وجه لبطلان البيع وعدم العمل بمقتضاه إلا بقدر ما يلزم منه المحاباة.

الثاني: صحّة العقد في فرض المثال بالنسبة إلى ثلثي العبد بإزاء جميع الثمن، بتقريب أن العقد يجب تصحيحه ما أمكن، فإذا فرض تصحيحه بالنسبة إلى ثلثي العبد بإزاء عشرة بقي للورثة ثمن العبد، أعني عشرة، مضافاً إلى قيمة ثلثه الباقي، و الفرض أنه يحاذي أيضاً عشرة، فبقي للورثة عشرون؛ أعني ثلثي المال. و بعبارة أخرى: استحقّق المشتري ثلث العبد بثمنه و ثلثه بالمحاباة الصحيحة. و اختار هذا القول أكثر علمائنا و الشافعي في وجهه^٣.

و يردّه: أن الثمن قد وقع في العقد بإزاء جميع العبد لا بإزاء ثلثيه، فبطلان العقد بالنسبة إلى ثلث المثلث يستلزم ردّ ثلث الثمن، و إلاً لكان معاملة جديدة لا تصحيحاً لما وقع.

الثالث: أن يخير المشتري بين أن يؤدّي عشرة دراهم آخر و يأخذ جميع العبد، أو يفسخ العقد و يردّ ثمنه إليه و لا يكون له شيء.

و فيه: أن هذا أيضاً ليس تصحيحاً للعقد السابق، بل هو على فرض صحّته عقد جديد؛ إذ العقد قد وقع على العبد بإزاء عشرة، فتصحيحه بالعشرين ليس تصحيحاً لما وقع أولاً، بل هو تأسيس عقد جديد بعد إبطال الأول.

١ - المحلّي بالآثار ٨: ٣٨١ / ١٧٦٦؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٥١٥؛ المجموع ١٥: ٤١٦.

٢ - داود بن علي بن الأصفهاني (٢٠١ - ٢٧٠هـ) تسبب إليه الطائفة الظاهرية، و سميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب و السنّة وإعراضها عن التأويل والرأي و القياس. الأعلام ٢: ٣٣٣.

٣ - المغني، ابن قدامة ٦: ٥١٦؛ المجموع ١٥: ٤١٦.

الرابع: أن يخيّر المشتري بين أن يؤدّي عشرة آخر و يأخذ بكلّ العبد، أو يفسخ و يأخذ ثمنه، و يستحقّ مع ذلك قيمة ثلث العبد. بتقريب: أن البائع قد تعلّق غرضه ببذل عشرين دراهم للمشتري، فينفذ ذلك بالنسبة إلى ثلثه، أعني عشرة. و فيه ما في سابقه.

الخامس: الحكم في المثال المفروض بصحّة البيع بالنسبة إلى نصف العبد بنصف الثمن، و يردّ نصف الثمن إلى المشتري، و هذا القول هو الأقوى؛ لأنّه الذي يقتضيه الجمع بين تصحيح البيع ما أمكن و بين القواعد المصطادة؛ لأنّ مجموع العبد إذا وقع في مقابل عشرة فقد وقع نصفه بإزاء النصف و ثلثه بإزاء ثلثها و ربعه بإزاء ربعها و هكذا، فيجب تصحيح العقد بنحو وقع بقدر لا يلزم منه المحاباة و إبطاله فيما يلزم منه ذلك، و المفروض في المثال أنّ تصحيح البيع في نصف العبد بنصف الثمن لا يلزم منه محاباة مع كونه موافقاً لما يقتضيه العقد الأوّل.

أمّا الأوّل: فلانتقال نصف العبد إلى الورثة و هو يحاذي خمس عشرة، و ينضمّ إليه نصف الثمن، أعني خمسة، فيتّم الثلثان، فالمحاباة أنما تلتزم من النصف الآخر، لا من النصف المصحّح^١.

و أمّا الثاني: فلما عرفت من أنّ وقوع مجموع المثلث بإزاء مجموع الثمن عبارة أخرى عن وقوع كلّ نصف منه بإزاء النصف منه و وقوع كلّ ثلث منه بإزاء ثلث منه و هكذا، و هذا بخلاف تصحيح العقد بالنسبة إلى الثلثين بإزاء جميع الثمن كما عرفت^٢، فافهم.

ثمّ إنّّه يظهر بالمقايسة إلى هذا المثال حكم نظائره.

١- و يدلّ على ذلك صحّة البيع مسلماً ما لو باع من أوّل الأمر نصف العبد بخمسة. [المقرّرة]

٢- تقدّم في الصفحة السابقة.

شُرَاطُ الموصى له

لو مات الموصى له قبل موت الموصي

لو مات الموصى له قبل موت الموصي و قبل رجوعه في الوصية، أو مات بعد موت الموصي و قبل القبول فأكثر مخالفتنا على بطلان الوصية،^١ و قال بعضهم - تبعاً لما هو المشهور بيننا، بل كاد أن يكون إجماعاً - بعدم بطلانها و انتقال حقّ القبول إلى ورثة الموصى له.^٢

نعم، نقل عن ابن الجنيّد أنّهُ قال بالبطلان،^٣ و لنذكر أولاً روايات الباب، ثمّ نشير إلى أنّ الحكم بعدم البطلان ليس لمحض التعبد، بل يكون منطبقاً على القواعد. فنقول: روى علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد - راوية كتاب محمد بن قيس الذي جمع فيه قضايا أمير المؤمنين - عن محمد بن قيس من الطبقة الرابعة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين في رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفي الموصى له - الذي أوصى له - قبل الموصي، قال: «الوصية لو ارث الذي أوصى له»، قال: «و من أوصى لأحد، شاهدأ كان أو غائباً، فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له، إلّا

١ - المهذب في فقه الإمام الشافعي ٢: ٣٤٥؛ تحفة الفقهاء ٣: ٢٠٥؛ بدائع الصنائع ٧: ٣٣٢.

٢ - بداية المجتهد ٢: ٣٣٢؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٣٩؛ المدونة الكبرى ٦: ٣٥؛ المجموع ١٥: ٤٣٤ - ٤٣٥؛ روضة الطالبين ٦: ١٣٦.

٣ - حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة ٦: ٣٦٤، المسألة ١٤٣.

أن يرجع في وصيته قبل موته»^١، والرواية صحيحة أو حسنة بإبراهيم بن هاشم. و روى أيوب بن نوح، عن العباس بن عامر، قال: سألت عن رجل أوصى له بوصية، فمات قبل أن يقبضها، ولم يترك عقبا، قال عليه السلام: «اطلب له وارثا أو مولى، فادفعها إليه»، قلت: فإن لم أعلم له وليا، قال: «اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجده، و علم الله منك الجد، فتصدق بها»^٢.

و الظاهر وجود واسطة بين العباس بن عامر و بين الإمام، فالرواية مقطوعة^٣. و روى محمد بن عمر، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى إلي، و أمرني أن أعطي عتلا له في كل سنة شيئا فمات العم، فكتب: «أعط ورثته»^٤. و هذه الرواية في واقعة شخصية، و يمكن أن يقال بعدم ارتباطها بما نحن فيه من جهة أن المذكور فيها ليس وصية واحدة للعم، بل بالنسبة إلى كل سنة وصية مستقلة^٥.

هذه هي الروايات الدالة على عدم البطلان.

و روى أبو بصير و محمد بن مسلم - كلاهما من الطبقة الرابعة - عن أبي

١- الكافي ٧: ١٣ / ١: الفقيه ٤: ١٥٦ / ٥٤١: تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٠ / ٩٠٣: الاستبصار ٤: ١٣٧ -

١٣٨ / ٥١٥: وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٣، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ١.

٢- الكافي ٧: ١٣ / ٣: وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٤، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ٢.

٣- في الفقيه و التهذيبين: «عن العباس بن عامر، عن مثنى»، و على هذا ليست مقطوعة، راجع: الفقيه ٤:

١٥٦ / ٥٤٢: تهذيب الأحكام ٩: ٢٣١ / ٩٠٥: الاستبصار ٤: ١٣٨ / ٥١٧.

٤- الكافي ٧: ١٣ / ٢: الفقيه ٤: ١٥٦ / ٥٤٠: تهذيب الأحكام ٩: ٢٣١ / ٩٠٤: الاستبصار ٤: ١٣٨ /

٥١٦: وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٤ - ٣٣٥، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ٣.

٥- هذا لا يضّر بما نحن فيه، بل من مصاديقه كما يظهر بالتأمل. [المقرّر]

عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل أوصى لرجل، فمات الموصى له قبل الموصي، قال: «ليس بشيء»^١.

و روي هذا السؤال أيضاً منصور بن حازم - من شباب الطبقة الخامسة في حيات أبي عبدالله - عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث، فمات الموصى له قبل الموصي قال: «ليس بشيء»^٢.
و قوله عليه السلام: «ليس بشيء» يحتمل أمرين:

الأول: أن يرجع الضمير في «ليس» إلى الإيضاء، فيدلّ على البطلان.
الثاني: أن يرجع إلى الموت، فيدلّ على أنّ الموت لا يضرّ، فإن صارت الروايات بذلك مجعلة رفع إجمالها بصحيفة محمد بن قيس^٣، و لو سلّم ظهورها في الاحتمال الأول فمقتضى الجمع بينه و بين نصوصية رواية محمد بن قيس حملها على الاحتمال الثاني، و لو سلّم إباءها عن الجمع العرفي وصلت النوبة إلى المرجّحات، و أولها الشهرة الفتوائية و العملية، و قد عرفت أنّ الشهرة على طبق صحيفة محمد بن قيس، ثم بعد الشهرة تصل النوبة إلى الترجيح بمخالفة العامة، و القول بالبطلان ممّا اشتهر بينهم - كما عرفت -^٤ فالعمل على وفق الصحيفة بلا إشكال.

١ - تهذيب الأحكام ٩: ٢٣١ / ٩٠٦: الاستبصار ٤: ١٣٨ / ٥١٨: وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٥. كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ٤.

٢ - تهذيب الأحكام ٩: ٢٣١ / ٩٠٧: الاستبصار ٤: ١٣٨ / ٥١٩: وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٥. كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ٣.

٣ - تقدّم في الصفحة السابقة.

٤ - تقدّم في الصفحة ٥١٦.

ثم إننا لم نظفر على كتاب ابن الجنيّد حتّى نطلع على مقدار تبخّره في الفقه حتّى يكون مخالفته في المسائل موجبة للترزل.

ثمّ اعلم: أنّ القول بعدم البطلان وانتقال حقّ القبول إلى الورثة ليس لمحض التعبد، بل يكون مطابقاً لما قرّرناه، وحقّقناه في الوصيّة من كونها إيقاعاً،^١ وأنّ حقيقتها التي يعبر عنها بـ«سفارش» أمر يتحقّق بنفس إنشاء الموصي من دون احتياج في ذلك إلى القبول، سواء كانت عهدية أو تمليلية.

نعم، تحقّق الموصى به، أعني الملكية في التمليلية يتوقّف على القبول، فالقبول محتاج إليه في تحقّق الموصى به، لا في تحقّق الوصيّة، فبنفس إنشاء الموصي في التمليلية ثبت للموصى له حقّ وهو حقّ أن يقبل و يتملّك. فهذا الحقّ ينتقل إلى وارثه نظير سائر الحقوق؛ لأنّ كلّ ما تركها الميت فهي لوارثه، وقد عرفت تفصيل المطلب في أوّل الوصايا، فراجع.

إذا أوصى بجارية وحملها

لو زوّج زيد جاريته من عمرو، فحملت من عمرو، ثمّ أوصى زيد بالجارية و حملها لعمرو،^٢ فمات عمرو قبل القبول، وانتقل حقّ القبول إلى ورثته فلو لم يكن الحمل ممّن ينعق على الورثة مثل أن كانوا ذكوراً و كان الحمل أيضاً مذكراً فلا إشكال في المسألة، و أمّا إذا كان الحمل ممّن ينعق على الورثة كأن كان مؤنثاً و كانوا ذكوراً أو بالعكس، فإنّ الأخ لا ينعق على الأخ بخلاف الأخت على الأخ و

١- تقدّم في الصفحة ٤١٣.

٢- لا بدّ أن يفرض المسألة فيما لو اشترط رقية الحمل وإلا صار حراً تبعاً لأشرف الأبوين. [المقرّر]

بالعكس. فإن كان الوارث واحداً لم يشترك معه الحمل بعد انعقاقه؛ لانتقال التركة إليه في الرتبة السابقة، و أما إذا كانوا متعددين، و انعق قبل قسمة التركة بأن وقع قبول الوصية قبلها فهل يشترك الحمل مع الورثة في جميع التركة حتى الأم، أو يشترك معهم في ما عداها، أو لا يشترك أصلاً؟

نقل صاحب «الجواهر» عن الشيخ رحمته عدم الاشتراك أصلاً، و لكن الدليل الذي نقل عن الشيخ لا يقتضي إلا محروميته عن الأم فقط،^١ و الظاهر أن الشيخ أيضاً لم يقصد إلا ذلك،^٢ و إلا فلا وجه للمحروميته عما عداها، مع أن المفروض صيرورة الحمل وارثاً قبل قسمة التركة، والدليل الذي نقل عن الشيخ في «الجواهر» هو الدور.^٣ بتقريب: أن قبول الحمل للوصية يتوقف على كونه وارثاً و الفرض أن وراثته أيضاً يتوقف على قبول الوصية؛ إذ لو لم تقبل لم ينعتق الحمل حتى يصير وارثاً.

و استدل في «الجواهر» على محروميته عن الأم بأن حق القبول إنما ينتقل من الموصى له إلى الورثة بموته،^٤ و الفرض أن الحمل لم يكن وارثاً حين الموت. و هذا الاستدلال بظاهره مخدوش كما لا يخفى.

و الظاهر رجوع كلام الشيخ رحمته و صاحب «الجواهر» إلى أمر واحد، و هو أن الحمل في رتبة قبول الوصية لم يكن وارثاً، و بعد صيرورته وارثاً بالانعقاد لم يبق مورد للقبول؛ إذ الفرض أن الوصية قد قبلت في الرتبة السابقة، و انتقلت الأم

١- جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٢، نقلاً عن الشيخ في المبسوط ٤: ٣٢ و ٥٥.

٢- المبسوط ٤: ٣٢ و ٥٥.

٣- جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٢، نقلاً عن الشيخ في المبسوط ٤: ٣٢ و ٥٥.

٤- جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٢.

بالقبول إلى سائر الورثة، و هذا أمر واضح. فالظاهر حرمانه عن الأمّ دون سائر التركة إن وقع قبول الوصيّة قبل القسمة.

و أما القائل بالاشتراك حتّى في الأمّ فيتمسك بعمومات الإرث،^١ و أنّ الورثة تشترك في جميع المتروكات، و الجواب عنه ظاهر بعد ما عرفت. ثمّ إنّ هذا كلّه لو وقع قبول الوصيّة بالنسبة إلى الحمل و الأمّ معاً في زمان واحد، و أما إذا قبلت بالنسبة إلى الحمل أولاً قبل أن تقبل أو تردّ بالنسبة إلى الأمّ فلا محذور من اشتراك الحمل في قبول الوصيّة بالنسبة إلى الأمّ، و لا مانع من تجزئة الوصيّة في مقام القبول أو الردّ، فإنّها باعتبار تعدّد المتعلّق تصير كأنّها وصايا، فافهم، و تأمل جيّداً.

لو قبل بعض الورثة و ردّ آخرون

لو قبل بعض الورثة و ردّ آخرون ففي المسألة وجوه أربعة:
الأوّل: أن يقال بعدم الفائدة لهذا القبول، و توقّف الانتقال إلى الورثة على قبول الجميع بتوهم عدم قابلية الوصيّة الواحدة للتجزّي، فإنّ الثابت للموصى له حينئذٍ حقّ واحد، و هذا قد انتقل إلى ورثته، فليس لكلّ واحد منهم حقّ مستقلّ، و إنّما الثابت للجميع حقّ واحد.

الثاني: أن يقال بأنّ قبول البعض يوجب انتقال جميع المال إلى جميع الورثة بحصصهم قهراً عليهم، بتوهم أنّ قبول البعض يقوم مقام قبول مورثه.
الثالث: أن يقال بأنّ قبول البعض يوجب انتقال جميع المال إليه.

الرابع: أن يقال بأن قبول البعض يوجب انتقال حصته إليه فيتجزى حق القبول بتعدد الورثة، فكما أنه كان للموصى إليه قبول البعض و ردّ غيره فكذلك الورثة. و بعبارة أخرى: لا ينتقل حق القبول إلى المجموع من حيث المجموع حتى يشترط قبول الجميع، فإنّ المجموع أمر اعتباري، بل الحقّ ينقسم بعدد الورثة، و لا يتوهم أنّ الحقّ لا يقبل التجزّي، فإنّه بحسب متعلّقه يتجزّى، و المفروض فيما نحن فيه قبول الموصى به للتجزّي، كما لا يخفى. فهذا الوجه أقرب الوجوه. و لا يقاس حقّ القبول فيما نحن فيه بحقّ الخيار المنتقل إلى الورثة، بناءً على عدم تجزّيه، فإنّ حقّ الخيار عبارة عن ملك حلّ العقد، و هو أمر واحد لا يتجزّى.

لومات الورثة قبل القبول

لومات الورثة قبل القبول ينتقل حقّ القبول إلى ورثة الورثة و هكذا؛ لما ذكرناه من أنّ انتقاله إلى الورثة ليس لمحض التعبد، بل القاعدة تقتضي ذلك؛^١ إذ بنفس إنشاء الموصي يعتبر عند العقلاء وجود حقّ للموصى له، فيملك أن يقبل و يملك، و هذا الحقّ من تركته، فينتقل من الموصى له إلى الورثة و منهم إلى ورثتهم و هكذا.

ما هو الاعتبار في ورثة الموصى له؟

هل الاعتبار في ورثة الموصى له إلى ورثته حين موت الموصي أو ورثته حين موت نفسه؟ لا إشكال في أنّه لو مات الموصي قبل موت الموصى له يكون الاعتبار بورثته حين موت نفسه؛ إذ حين حياته يكون الحقّ لنفسه لا لورثته، فإذا مات ينتقل

إلى من هو وارث فعلاً. إنما الإشكال فيما إذا مات الموصى له قبل الموصي ففي المسألة وجهان. مثال ذلك ما لو كان للموصى له ابنان بعد موته، فمات أحدهما قبل موت الموصي، و بقي الآخر، أو كان له ابن بعد موته، ثم مات الابن قبل موت الموصي، و صار أخوه وارثاً له.

فيمكن القول بأن الاعتبار بورثته حين موت الموصي؛ إذ الموصى له لم يستحقّ القبول المطلق، بل استحقّ أن يقبل بعد موت الموصي؛ و لذا قلنا: إن القبول في حياة الموصي غير مؤثر،^١ فحيث لم يستحقّ أن يقبل في حياة الموصي فلا يثبت لورثة هذا الزمان حقّ، فيكون الاعتبار بمن هو وارث للموصى له عند موت الموصي.

و يمكن القول بأن الاعتبار بورثته حين موت نفسه؛ إذ الحقّ قد ثبت للموصى له بنفس إنشاء الموصي، و إن لم يكن له إعماله في حياة الموصي، فالحقّ حالي و متعلّقه - أعني القبول - استقبالي، فبنفس إنشاء الموصي ملك، و استحقّ أن يقبل بعد موت الموصي، فهذا الحقّ بهذا النحو ينتقل إلى ورثته حين مات، فالاعتبار بورثته حين موت نفسه.

و بالجملة: فكما يعتبر لنفس الموصى له حقّ عقلائي في زمن حياة الموصي، و إن كان ظرف إعماله بعد موت الموصي، فليعتبر نفس هذا الحقّ لورثته بعد موت نفسه.

ثمّ اعلم: أنّه لا فرق في اعتبار هذا الحقّ للموصى له بين أن يوصى له بالملكية أو بالتملك والإعطاء، ففي الثاني أيضاً يعتبر له حقّ؛ و لذا يجوز أن يرافع إن لم يعطوه الموصى به.

حرمان الزوجة من الأراضي

لو كان الموصى به من الأراضي أو من أراضي الرباع مثلاً، وكان للموصى له زوجة فهل تشترك هي أيضاً في قبول الوصية بالنسبة إلى الأراضي، أو تكون محرومة كما كانت محرومة عن إرث الأراضي؟ فيه وجهان:

من أن الذي تحرم عنه الزوجة كما دلت عليه أخبار المسألة^١ أنما هو إرث الأراضي من الزوج، وتلقاها منه، وفيما نحن فيه لا تتلقى عن الزوج إلا حق القبول، وأما الملك فتلقى من الموصي، لا من الموصى له ولا دليل على حرمان الزوجة حتى من الحقوق التي نتیجتها تملك الأراضي.

و من أن الأدلة الدالة على حرمان الزوجة من الأراضي يمكن^٢ أن يستفاد منها، - بل لعل العرف يفهم منها - حرمانها أيضاً من الحقوق التي لا نتیجة لها سوى تملك الأراضي، فإنهم يرون مالك هذا الحق أيضاً مالكا لنفس الأرض كما لا يخفى. و كذلك لو كان الموصى له مديوناً، فهل يتعلق حق الديان بالموصى به سابقاً على حق الورثة أو لا؟ فيه أيضاً وجهان:

من أن الدين مقدّم على الإرث في جميع التركة، ومنها حق قبول الموصى به. و من أن حق الديان يتعلق بمال الميت، ولا مال له هنا، فيقبل الوصية الورثة، و بعد انتقال المال إليهم لا وجه لتعلق حق الديان به، لأنهم يتلقونه من الموصي لا من

١ - وسائل الشريعة ٢٦: ٢٠٥، كتاب الفرائض و الموارث، أبواب ميراث الأزواج، الباب ٦.

٢ - بل الحكمة المذكورة في رواياتنا يجري فيما نحن فيه و هي أن الزوجة يمكن أن تتزوج فتزاحم الورثة. [المقرر]

الموصى له. و على فرض تعلق حق الديان يقبل الوصية ولي أمر الميت؛ لأن الميت يستحق أن يؤدي من تركته دينه، و يبرأ منه ذمته، و حيث إن حق القبول على هذا الفرض من تركته، و لا يمكنه أن يقبل، يقوم وليه مقامه.

و نظير ما نحن فيه من تعلق حق الديان بحق القبول في الوصية تعلق حقهم بما اجتمع من السمك في الشبكة التي أرسلها الرجل في الماء، ثم مات قبل اصطيد السمك. هذا ما قويناه سابقاً في المسألة.

و الأولى أن يقال في مسألة حرمان الزوجة و في تعلق حق الديان و نظائرها كثبوت الحبوّة مثلاً: إنها مبنية على أن الورثة تتلقى الملك عن الموصي أو عن الموصى له، فإن قيل بالأول، قيل بعدم الحرمان و عدم تعلق حق الديان، و إن قيل بالثاني قيل بالحرمان و تعلق حقهم، و قد ذكر هذا المبنى في «العروة»^١.

و تفصيل ذلك أنه يمكن أن يقال - كما ذكرناه سابقاً^٢ -: إن الموصى له لا يملك الموصى به قهراً؛ لكونه مخالفاً لسلطنته على نفسه، فالثابت له بإنشاء الموصي حق القبول فقط لا المال، و بعد موته ينتقل إلى ورثته ما كان مالكا له، و هو حق قبول الملك و تلقية من الموصي، فهذا الحق ينتقل إلى الورثة و هم يتلقون الملك من الموصي كما كان أبوهم كذلك، و يدل على أنه يثبت بنفس الإنشاء من الموصي حق للموصى له قوله في رواية محمد بن قيس الماضية: «الوصية لوارثه إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»^٣، فيدل ذلك على أن الذي يثبت للوارث أمر باقي في عالم

١ - العروة الوثقى ٥: ٦٦٥ - ٦٦٦.

٢ - تقدم في الصفحة ٤١٧ - ٤٢٢.

٣ - الكافي ٧: ١٣ / ١: الفقيه ٤: ١٥٦ / ٥٤١؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٠ / ٩٠٣؛ الاستبصار ٤: ١٣٧ -

١٣٨ / ٥١٥؛ وسائل الشيعة ١٩: ٣٣٣، كتاب الوصايا، الباب ٣٠، الحديث ١.

الاعتبار، إلا إذا انحَلَّ، و اضمحلَّ بالرجوع فيه.

و على هذا، فالورثة يتلقَّون الملك من الموصي لا الموصى له حتَّى يترتَّب على الملك آثار تلقَّيه من الموصى له من حرمان الزوجة و تعلُّق الدين و ثبوت الحبوة و نحو ذلك.

و يمكن أن يقال: إنَّ حقَّ القبول ينتقل إلى الورثة، و أمَّا بعد القبول فلا نسلم دخول المال في ملكهم، بل يدخل في ملك أبيهم، فهم يقومون مقام المورث في القبول، لا في دخول المال في ملك القابل ابتداءً، بل يدخل في ملك المورث، ثمَّ ينتقل منه إليهم.

أو يقال: إنَّ ما ذكرت من اعتبار حقَّ للموصى له لا عرقية له، فلا يرى العرف الموصى له واجداً لشيء بنفس إنشاء الموصي، و ما ذكرت من اعتباره أمر خطابي، و قوله عليه السلام في رواية محمد بن قيس: «الوصية لوارثه» يكون المراد منه بحسب فهم العرف أنَّ الموصى به ينتقل إلى الوارث لا الحقَّ الموهوم، و مقتضى ظاهر لفظ «الوارث» أنَّ انتقال الموصى به إلى وارث الموصى له أمَّا هو بجهة الورثة و كونه إرثاً منه، فيدلُّ الرواية على أنَّ الورثة يتلقَّون المال من مورثهم بجهة الورثة.

فعلى هذين التقريبين يثبت في الموصى به جميع أحكام الإرث من حرمان الزوجة و نحوه.

و لكنَّ الأظهر بطلان التقريبين، فإنَّ العرف أيضاً يعتبرون ثبوت الحقَّ للموصى له، و يرون انتقاله إلى الورثة بحيث يتلقَّون المال من الموصي كما كان المورث يتلقَّاه منه، فعلى هذا يظهر الحقَّ في المسألتين، فالزوجة لا تحرم من الموصى به، و حقوق

الديان لا تتعلق به، و قد رجعنا عما قويناه سابقاً في حاشية «العروة»^١ فتأمل.

المسألة الدورية التي عقد لها الفقهاء في الوصايا

لو كان وارث الموصي منحصرأ في ابن واحد مثلاً، ثم أوصى لزيد مثلاً، فقال: لزيد مثل نصيب ابني، و أجاز الابن الوصية، فهل يكون للموصى له جميع المال أو نصفه؟ قال مالك من العامة بالأول مستدلاً بأن نصيب الابن قبل الوصية كان جميع المال، فالوصية تعلق بالجميع، و قد أمضاها الوارث، فتصير نافذة.^٢ و لكن الأقوى هو القول الثاني.

و ليعلم مقدمة: أن هذه المسألة من المسائل الدورية التي عقد لها الفقهاء في الوصايا باباً مستقلاً، و مرادهم بالدور هنا ليس هو الدور المحال، بل الدور المعني الذي ليس بمحال.

بيان ذلك: أن توقف الشيء على ما يتوقف عليه إن كان بحيث يقتضي تقدم المتوقف عليه على المتوقف تقدماً في الوجود فهو الدور المحال، سواء كان التقدم بالزمان أو بالطبع أو بالعلية.

١ - العروة الوثقى ٥: ٦٥٥ - ٦٦٦. قال في ذيل كلام السيد في العروة: «لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرتأ من الزوج، بل وصية من الموصي». «لكن بتوسط ورائته عن الموصى له حق تملكها، وحينئذ لا يبعد القول بحرمانها على هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلة حرمانها عن الأرض في حرمانها عن الحقوق التي لا فائدة لها إلا ملك الأرض. البروجردى». و في هامش الحاشية ما يلي: «قد عدل دام ظله في مجلس البحث عما في الحاشية و اختار ما في المتن و أمر بضرب الخطأ على هاتين الحاشيتين على ما حكاه بعض الثقات «السيد موسى الشبيري الزنجاني»....»

٢ - الأم ٤: ٨٩؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي ٢: ٣٥٢؛ مختصر المزني: ١٤٣؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٤٩؛ المجموع ١٥: ٤٧٩؛ الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٣٤٧ - ٣٤٨.

و وجه المحالية أنَّ معنى تقدّم المتوقّف عليه هو كونه في رتبة لا يكون المتوقّف موجوداً معه في هذه الرتبة، بل يكون متأخراً عنه في الوجود، و كما يتأخّر المتوقّف عن المتوقّف عليه يتأخّر المتوقّف على المتوقّف أيضاً عن المتوقّف عليه بالضرورة، و حيثنّذ فإذا فرض توقّف المتوقّف عليه أيضاً على المتوقّف كما هو مقتضى الدور لزم أن لا يكون المتوقّف عليه موجوداً في رتبة وجود نفسه؛ لما عرفت من تأخّر المتوقّف و المتوقّف على المتوقّف عن المتوقّف عليه وجوداً، فلزم على هذا اجتماع النقيضين الباطل بالذات.

هذا إذا اقتضى التوقّف تقدّم المتوقّف عليه، و أمّا إذا لم يقتض ذلك، بل اكتفي فيه بالمعية و الاجتماع في الوجود فليس فيه وجه للمحالية و إن كان التوقّف من الطرفين، و ذلك كاللبنتين المتلاصقتين.

إذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ المسألة المذكورة من المسائل الدورية، فإنّ معرفة نصيب الموصى له موقوفة على معرفة نصيب الابن، و معرفة نصيب الابن أيضاً موقوفة على معرفة نصيب الموصى له؛ لأنّ الإرث بعد الوصية، و لكن الدور فيها ليس من القسم المحال، بل من قسمه الجائز الواقع، أعني الدور المعى؛ لأنّ التوقّف هنا أنما جاء من قبل اشتراط المماثلة في نصيبي الابن و الموصى له، و المتماثلان في رتبة واحدة، و لا تقدّم بينهما كما لا يخفى، فالواجب فيما نحن فيه أنما هو مماثلة نصيب الابن و نصيب الموصى له، و لا نحتاج في معرفة مماثلة هذا لذاك و ذاك لهذا إلى معرفة متقدمة على معرفة أخرى، بل يحصل المعرفة بمماثلتهما في رتبة واحدة.

ثم لا يخفى: أنّ المتبادر من الإيصاء لزيد بمثل نصيب الابن ليس إلّا تساوي ما

يؤدى إليهما من المال بعد التقسيم بينهما، لا ما زعمه مالك^١ كما لا يخفى، وذلك لبداية أن العرف لا يفهمون من مماثلة نصيب هذا لذاك إلا تساوي حصتهما بعد تقسيم المال بينهما.

مسائل الوصايا المبهمة المعروفة

مما عنونه فقهاءنا^٢ في كتاب الوصية مسائل الوصايا المبهمة المعروفة، أعني الوصية بالجزء من المال أو بسهم منه أو بشيء منه أو بدراهم كثيرة، فها هنا أربع مسائل:

الأولى: لو أوصى بجزء من ماله لزيد مثلاً فمقتضى القاعدة جواز الاختصار بأقل ما يصدق عليه الجزء، لا ما يشمل الجزء الذي لا يتجزى مثلاً، بل بمقدار يصدق عليه الإعطاء والمملوكية. وكيف كان فهذا مقتضى القاعدة.

ولكن تطابق النص والفتوى بين فقهاءنا على تعيين مقدار مخصوص، فيرفع اليد عن القاعدة. وما ورد في النصوص ثلاثة مضامين:

الأول: تعيين العشر، استناداً إلى قضية إبراهيم حيث قال تعالى مخاطباً إياه: ﴿وَأَجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءاً^٣﴾. وكانت الجبال عشرة، وهذا المضمون أكثر رواية.^٤

١ - الحاوي الكبير ٨: ١٩٧؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٤٩؛ التاج والإكليل ٦: ٣٨٥؛ المجموع ١٥: ٤٨٠؛ وراجع: الخلاف ٤: ١٦٣، المسألة ٣. فإن الشافعي وأبا حنيفة وأصحابه يقول: «فإن أجازها الابن فهو وإلا ردت على الثلث». وقال مالك وزفر وداود: «هي وصية بجميع المال».

٢ - البقرة (٢): ٢٦٠.

٣ - الروايات العشر على قسمين: قسم منها تعيين العشر مطلقاً، راجع: وسائل الشريعة ١٩: ٣٨٠ - ٣٨٤.

الثاني: تعين السبع، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾.^١ وهذا المضمون أقل رواية^٢ من الأول.

الثالث: تعين سبع الثلث، و به رواية واحدة.^٣

و كل من المضمونين الأولين مفتى به دون الثالث، فإنه متروك، فالعمل على طبق أحد الأولين متعين.

و الظاهر تعين العشر و كون السبع مستحباً، فإنه مقتضى الجمع كما لا يخفى. و قد عرفت: أنه لولا الروايات كان العمل على وفق القواعد، و ليس في نفس الآيتين دلالة على المقصود لو لم يستدلّ بهما في الروايات، فإن إرادة العشر أو السبع من لفظ الجزء في مقام واحد لا تستلزم إرادة كل من استعمله أحداً من هذين المعنيين بعد كونه موضوعاً لمعنى عام. هذا مضافاً إلى عدم دلالة نفس الآية الأولى^٤ على انقسام اللحوم بعشرة أجزاء متساوية و لا الآية الثانية^٥ على الانقسام بسبعة أجزاء متساوية؛ لإمكان اختلاف الأجزاء في القلّة و الكثرة.

و لعلّ الحكمة في التحديدات الواردة في الروايات في هذه المسألة و فيما بعدها دفع المنازعات و المخاصمات المترتبة في الوصية بالمبهمات، فافهم.

١- كتاب الوصايا، الباب ٥٤، الحديث ١ و ٣ و ٤ و ٧-١٠. و قسم منها تعين عشر من الثلث، راجع:

وسائل الشيعة ١٩: ٣٨١-٣٨٢، كتاب الوصايا، الباب ٥٤، الحديث ٢ و ٥.

١- الحجر (١٥): ٤٤.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ٣٨٢-٣٨٤، كتاب الوصايا، الباب ٥٤، ذيل الحديث ٤ و ٦ و ١١ و ١٢ و ١٣.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ٣٨٤، كتاب الوصايا، الباب ٥٤، الحديث ١٣.

٤- البقرة (٢): ٢٦٠.

٥- الحجر (١٥): ٤٤.

الثانية: لو أوصى بسهم من ماله لزيد فقد نقل العامة عن علي عليه السلام و عبدالله بن مسعود تعين السدس و العمل على طبقه، ثم قالوا: إنهما صحابيان، و لم يظهر لهما في زمنهما مخالف،^١ فكأنه كان إجماعياً بين الصحابة فيكون حجة. و أما أصحابنا الإمامية فالأكثر على الثمن،^٢ و قال بعضهم بالسدس،^٣ و قد ورد بالثمن روايات كثيرة^٤ مستدلّاً فيها بآية الزكاة،^٥ حيث يجب تقسيمها بثمانية أسهم، و القول بالسدس يوافق العامة فيجب طرحه، و قد يستدلّ له بقول بعض أهل اللغة أن المراد بالسهم في الاستعمالات هو السدس،^٦ و لعلّ المتداول بين الناس كان تسهيم الأشياء عند إرادة تقسيمها بستّة أسهم.

ثم إن الكلام في السهم هو الكلام في الجزء من مخالفة النصوص لما يقتضيه

١- مسند البرّار ٥: ٤١٥ / ٢٠٤٧، و فيه روى عن عبدالله بن مسعود فقط؛ راجع: المغني، ابن قدامة ٦:

٤٤٥؛ شرح الزركشي ٢: ٢٣٢ / ٢٢٢٩ - ٢٢٣١؛ المبدع ٦: ٧٨؛ المصنّف، عبدالرزاق ٧: ٢٩٢ / ١ - ٥:

المبسوط، السرخسي ١٨: ٦٨؛ مجمع الزوائد ٤: ٢١٣؛ المجموع ١٥: ٤٧٦؛ و راجع أيضاً: الخلاف ٤:

١٤١، المسألة ٣ و ٤.

٢- المقنعة: ٦٧٤؛ النهاية: ٦١٣؛ جواهر الفقه: ١٥٠ / ٥٢٥؛ السرائر ٣: ١٨٧؛ المراسم: ٢٠٤؛ مختلف

الشيعة ٦: ٣١١، المسألة ٩٢.

٣- راجع: الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٩؛ معاني الأخبار: ٢١٦، ذيل الحديث ٢: المقنع: ٤٧٨؛

الفقيه ٤: ١٥٢، ذيل الحديث ٥٢٧؛ المبسوط ٤: ٨؛ الخلاف ٤: ١٤٠، المسألة ٩؛ غنية النزوع ١: ٣٠٨؛

تذكرة الفقهاء ٢١: ٣٤٨ - ٣٤٩، مسألة ٢١٣؛ جامع المقاصد ١٠: ٢١٣؛ الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٦٣.

٤- وسائل الشيعة ١٩: ٣٨٥ - ٣٨٨، كتاب الوصايا، الباب ٥٥، الحديث ١ - ٣ و ٧.

٥- التوبة (٩): ٦٠.

٦- الفروق اللغوية: ١٦١ - ١٦٢؛ راجع: المصنّف، عبدالرزاق ٧: ٢٩٢ / ٦؛ المبسوط، السرخسي ١٨:

٦٨، و ٢٧: ١٤٥؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٤٤٧؛ و راجع أيضاً: الخلاف ٤: ١٤١، المسألة ٩؛ غنية النزوع

١: ٣٠٨؛ تذكرة الفقهاء ٢١: ٣٤٨ - ٣٤٩، مسألة ٢١٣.

القاعدة، و تعين العمل بالنص مع ذلك كما هو مقتضى أصول المذهب.

الثالثة: إذا أوصى بشيء لزيد مثلاً تعين السدس؛ لما رواه أبان، عن علي بن الحسين، أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله، فقال: «الشيء» في كتاب علي عليه السلام واحد من ستة^١.

و الرواية معمول بها بين الأصحاب، و لولا الرواية و العمل بها كان مقتضى القاعدة جواز الاختصار على أقل ما يصدق عليه الشيء، و قد عرفت أن الحكمة في التعيين لعلها كانت دفع المخاصمات المترتبة من تلك الوصايا، فافهم.

الرابعة: لو أوصى بمال كثير فقال الشيخ: أنه ثمانون،^٢ قياساً على ما ورد في النذر من الروايات فيمن نذر مالاً كثيراً لله أن عليه الثمانون، لقوله تعالى: «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ»^٣ و كانت المواطن ثمانين،^٤ فراجع.

و اعترض عليه ابن إدريس بأنه قياس، و لا يمكن تنقيح المناط،^٥ و القواعد مساوقة لما قاله ابن إدريس، فافهم.

هذا كله إذا لم يقصد الموصي من اللفظ المبهم كالجزء و السهم و نحوهما مقداراً خاصاً، و أما إذا قصد، و علم منه ذلك تعين ما قصد، و في غير الألفاظ الأربعة من المبهمات الآخر يعمل على وفق القاعدة، و هو الاختصار على الأقل.

١- الكافي: ٧/ ٤٠ و ١/ ٢؛ الفقيه: ٤/ ١٥١/ ٥٢٥؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢١١ و ٨٣٥ و ٨٣٦؛ وسائل الشيعة

١٩: ٣٨٨، كتاب الوصايا، الباب ٥٦، الحديث ١.

٢- المتقن: ٤٧٨؛ الهدية: ٣٢١؛ الخلاف: ٣/ ٣٥٩؛ المسألة ١؛ المبسوط: ٣/ ٦.

٣- التوبة (٩): ٢٥.

٤- راجع: وسائل الشيعة ٢٣: ٢٩٨ - ٣٠٠، كتاب النذر و العهد، الباب ٣.

٥- السرائر: ٣/ ١٨٨.

لو أوصى بمال فنسي الموصى إليه

لو أوصى بمال لجهات معيّنة، فنسي الموصى إليه بعضها أو جميعها فعن الحلّي^١ وفاقاً للشيخ في بعض فتاويه^٢ والفاضل الآبي في «كشف الرموز»^٣ ردّ الموصى به إلى الورثة من جهة تعدّر العمل على وفق الوصيّة، ولكنّ المشهور صرفه في وجوه البرّ؛ لما رواه المشايخ الثلاثة عن سهل بن زياد، عن محمّد بن الرّيان، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيّة، فلم يحفظ الوصي إلّا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»^٤.

وابن الرّيان وإن كان مجهولاً،^٥ والسهل أيضاً غير موثوق به كما ينبغي،^٦ ولكن عمل الأصحاب بالرواية ونقل المشايخ الثلاثة لها لعلّهما جابران لضعفها.

وليعلم: أنّ محمّد بن الحسن الواقع في طريق الصدوق في هذه الرواية ليس هو الصّفار فما في «الوسائل» من ذكر الصّفار هنا^٧ في غير محلّه.

قال في «الجواهر»: «و يؤيد ذلك بما ورد في المنذور للكعبة و الوصيّة لها أنّه

١- السرائر ٣: ٢٠٩.

٢- حكاه عنه الحلّي في السرائر ٣: ٢٠٨، ٢٠٩؛ وراجع: الرسائل العشر، «المسائل الحائريات»: ٢٩٧.

٣- كشف الرموز ٢: ٨٦.

٤- الكافي ٧: ٥٨-٥٩ / ٧: الفقيه ٤: ١٦٤ / ٥٦٥: تهذيب الأحكام ٩: ٢١٤ / ٨٤٤: وسائل الشيعة ١٩:

٣٩٣، كتاب الوصايا، الباب ٦١، الحديث ١.

٥- رجال النجاشي: ٣٧٠ / ١٠٠٩؛ وراجع: رجال الطوسي: ٣٩١ / ٥٧٦٤: خلاصة الأقوال: ٢٦٢ /

٨٢٣ وفيها: أنّه من أصحاب أبي الحسن الثالث الهادي عليه السلام، ثقة.

٦- رجال النجاشي: ١٨٥ / ٤٩٠.

٧- وسائل الشيعة ١٩: ٣٩٣، كتاب الوصايا، الباب ٦١، الحديث ١.

يصرف إلى زوارها، وفيمن أوصى أن يحج عنه بمال لا يفي به: أنه يصرف في البر، ويتصدق به، وكذا في الوقف إذا جهل الموقوف عليه. وبأنه شبه المال المجهول المالك بسبب اشتباه مصرفه ومستحقه، فلا طريق إلا صرفه في وجوه القرب، بناءً على عدم اختصاص مصرفه بالصدقة به». ثم قال: «و منه ينقذ جواز صرف مجهول المالك في ذلك»،^١ انتهى.

أقول: و تقريب ذلك كما يستفاد من كلامه أيضاً بأحد وجهين: إما أن يقال: بكون المراد بالصدقة كل ما ينتفع به الناس، فتشمل بمفهومه جميع طرق البر، أو يقال: بأن ذكر الصدقة في الأخبار كان من باب المثال من جهة كونها أحد مصاديق البر، و وجه صرف المال المجهول المالك في مصارف البر كون هذا الطريق أحدًا من طرق إيصال المال إلى صاحبه، فإن مال المسلم لما كان محترماً من طرف، و كان حفظ المال دائماً أيضاً موجباً لركوده المبعوض جمع الشارع بين الأمرين، فأمر بحفظه إلى سنة لعله يرجع إلى صاحبه بشخصه، و بعد السنة أجاز أن يتصدق به لينتفع به مالكة في آخرته.

و كيف كان: فالعمدة في الباب إقامة الدليل على عدم اعتبار خصوصية التصدق بالنحو المتداول، و لعله يمكن الاطمينان بذلك من جهة الاطمينان بعدم الفارق بين الموارد التي حكم في بعضها بالصدقة و في بعضها بصرف المال في البر كما فيما نحن فيه مثلاً.

ولعل الأمر بصرف المال في البر في مانحن فيه كان من جهة إحراز تعدد مطلوب الموصي، فإن الموصي بماله غرضه من الوصية صرف ماله في وجوه القرب لينتفع

به في آخرته. غاية الأمر: أنه يعين منها طريقاً خاصاً، فبعد تعذره بجهة النسيان يجب العمل على وفق أصل الغرض، والمسألة محتاجة إلى التأمل، فتأمل فيها.

لو أوصى بمال من دون تعيين

لو أوصى بمال لشخصين أو أشخاص من دون تعيين لحصة كل واحد منهم فالظاهر تقسيمه بالسوية، سواء كان كلا الشخصين من الورثة أو من غيرهم أو بالتفريق، و سواء كانا على الأول متماثلين في سهم الإرث أو متخالفين.

فلو أوصى بمال لابنه و بنته مثلاً يقسم بالسوية، و ما يتوهم من بطلان الوصية من جهة الإبهام في غير محله، من جهة كفاية الظهور العرفي لرفع الإبهام. و في المسألة رواية دالة على خلاف ما ذكرنا في خصوص الورثة، و لكنها مهجورة غير معمول بها، فيجب طرحها، و هي واردة فيمن أوصى بمال الأعمام و الأخوال، فحكم فيها بالتثليث على طبق الوراثة.^١

و وجه الطرح عدم العمل بها، فإن الرواية - و إن كان سندها في غاية الصحة - يجب طرحها إذا كانت غير معمول بها بين الأصحاب من جهة أن عمدة الدليل على حجّية الخبر هو سيرة العقلاء، و ليس سيرتهم مستقرة على العمل بالأخبار الذي يكذبها عمل بطانة المروي عنه كما هو ظاهر.

١ - الكافي ٧: ٤٥ / ٣؛ الفقيه ٤: ١٥٤ / ٥٣٥؛ تهذيب الأحكام ٩: ٢١٤ / ٨٤٥ و ٣٢٥ / ١١٦٩؛ وسائل

الشيعة ١٩، ٣٩٣، كتاب الوصايا، الباب ٦٢، الحديث ١.

في شرائط الوصي

قد عرفت أنّ قوام الوصية بالموصي والموصى به،^١ وقد يتحقق فيها الموصى له أيضاً كما أنّه قد يلقي العهد إلى شخص خاص، فيتحقق فيها الموصى إليه، ولكنهما ليسا بركنين للوصية؛ لخلوّ بعض الوصايا عنهما، ثمّ إنّ كما وقع النزاع في كون الوصية إيقاعاً أو عقداً بين الموصي والموصى له في الوصية التمليلية، فكذلك وقع النزاع بين كونها إيقاعاً أو عقداً بالنسبة إلى الموصي والموصى إليه، والحقّ عدم تقوّم الوصية بما هي وصية بالقبول في كلا المقامين، وقد ذكرنا المطلب منقحاً في أوّل الباب، فراجع.

ثمّ إنّ مشروعية الإيضاء إلى الشخص بحيث يصير الموصى إليه نافذ التصرف من ضروريات الإسلام في الجملة، ويدلّ على ذلك الأخبار المتفرقة الواردة في الأبواب المتشعبة، حيث يستفاد منها أنّ مشروعية الإيضاء إلى شخص كان مفروغاً عنها بين الأئمة عليهم السلام،^٢ وإن لم يرد رواية تدلّ على ذلك بالمطابقة.

و بالجملة: فالمراجعة إلى الأبواب المتفرقة في كتاب الوصايا يرشدك إلى مشروعية هذا المعنى في الجملة، ونتيجتها نفوذ تصرفات الموصى إليه من البيع والشراء و صرف المال في الكفن والدين ونحوهما و عدم جواز مزاحمة الورثة له فيما فوّض إليه أمره و جواز مطالبته لحقوق الميّت عنهم و رفع أمرهم إلى الحاكم إن

١- تقدّم في الصفحة ٤١٧.

٢- وسائل الشريعة ١٩، ٣١٩-٣٢٢، كتاب الوصايا، الباب ٢٣ و ٢٤، و ٣٧٥-٣٧٧، الباب ٥٠ و ٥١.

ماطلوا فيها، فأصل مشروعية جعل الوصي ممّا لا شكّ فيه، بل يمكن أن يقال: بأنّ بناء العقلاء على ذلك حيث يفوضون أمورهم عند الموت إلى من يجريها، و يرون هذا الشخص مسلّطاً على الإجراء بنفس هذا الجعل، و لم يردع الشارع عن ذلك، فهذا كسائر ما استقرّ عليه سيرة العقلاء التي تكفي هي في الدلالة على المشروعية ما لم يردع عنه رادع.

ثمّ إنّ ذكر للأوصياء شروط مثل «البلوغ» و «العقل» و «الإسلام» على فرض كون الموصي مسلماً و «عدم الرقية»، إلّا بإجازة مولى الرقّ، و اختلف في اشتراط العدالة فيها، و في العامّة من يقول باشتراط الذكورية،^١ و من يقول باشتراط عدم كونه أعمى،^٢ و ليس لنا ما يدلّ على اشتراط هذه الشروط في خصوص الوصيّة سوى ما ورد فيمن أوصى إلى كبير و صغير أنّ الكبير يتصرّف في زمن صغر الآخر، حيث دلّت الرواية على عدم جواز التصرف الفعلي من الصغير.^٣

فعلى هذا يمكن أن يقال: إنّ ليس لنا دليل مطلق يدلّ بإطلاقه على مشروعية الإيضاء إلى أيّ شخص؛ لما عرفت من أنّ الاستفادة من الروايات المتفرقة مشروعيتها في الجملة من جهة عدم كونها في مقام بيان هذا الحكم، فحينئذٍ يجب الأخذ بالقدر المتيقّن و هو الإيضاء إلى من يكون واجداً لهذه الشرائط، و يحكم في غيره بالفساد و استصحاب عدم الصحّة الجارية في تمام التصرفات ما لم يدلّ دليل على خلافه.

كما يمكن أن يقال: إنّ الإيضاء إلى شخص مثل سائر الاعتبارات العقلانية الثابتة

١- راجع: تفسير القرطبي ٥: ٢٧؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٥٦٩ - ٥٧٠ و ٦٠١؛ المجموع ١٥: ٥١٠ و ٥٠٨.

٢- المجموع ١٥: ٥٠٨؛ مغني المحتاج ٣: ٧٤؛ المغني، ابن قدامة ٦: ٥٧٠.

٣- وسائل الشريعة ١٩: ٣٧٥، كتاب الوصايا، الباب ٥٠، الحديث ١ و ٢.

مشروعيتها بعدم الردع عنها، والمرجع في شرائط هذه الأمور و حدودها بعد ثبوت اعتبار العقلاء لها هو السيرة ما لم يرد الردع، ولا شك أنهم لا يعتبرون الإيضاء إلى الصبي والمجنون مثلاً، وأما الإيضاء إلى الفاسق المؤمن، بل الكافر الموثوق بأمانته فلا ريب في نفوذه عندهم، فيجب الرجوع إليهم في ذلك بعد عدم ورود الدليل على الاشتراط كما لا يخفى.

و بالجملة: فكما جرت سيرة العقلاء على الاستنابة في حال حياتهم ليقوم النائب بأمرهم فكذلك من سيرتهم الاستنابة باعتبار ما بعد الموت ليقوم النائب بمهامهم من قيمومة الأولاد وأداء الديون والقيام بالتجهيزات وسائر الأمور، فالإيضاء إلى شخص مثل سائر ما جرت عليه سيرة العقلاء، وفي هذه الأمور يكون المرجع اعتبار العقلاء ما لم يرد عنها ردع.

ثم إن اشتراط البلوغ في التصرف الفعلي ممّا لا شك فيه، فإن عمده خطأ ولا اعتبار بتصرفاته في ملكه، فكيف تعتبر في ملك غيره، ويدل على ذلك ما ورد في من أوصى إلى صغير وكبير أن التصرف للكبير^١ وليس للصغير بعد البلوغ اعتراض عليه، وكذلك المجنون، إنما الإشكال في الوصية إلى الصغير ليتصرف بعد بلوغه، وفي الوصية إلى المجنون الأدوار.

وكذلك لا إشكال في عدم جواز الوصية إلى الكافر، إذا استلزمت استعلاءه على المسلم كما لو كان الورثة مسلمين وجعل الكافر قتيماً لهم، أو كان لتصرفاته اصطكاك بالورثة يوجب استيلاءه عليهم، وأما إذا لم يكن لفعله اصطكاك بالورثة ففيه إشكال وكذا العدالة.

هذا، ولكن الظاهر عدم جواز الوصاية إلى الكافر، بل الظاهر كونه إجماعياً، ويدل على ذلك آيات كثيرة من الكتاب العزيز، فيستفاد منها أن المسلم لا يجوز له الاعتماد على الكافر في أموره، وأنه لا يجوز له جعله بطانة له، فراجع إلى الآيات القرآنية، وتدرّها، مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لَا يَأْتُونَكُمْ خَبَالًا...﴾^١ وقوله: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^٢ ونحوهما من الآيات.^٣

هذا مضافاً إلى كون المسألة، أعني عدم جواز الوصاية إلى الكافر مذكورة في الكتب المعدة لنقل أصول المسائل المتلقاة عنهم عليهم السلام كـ «نهاية» الشيخ^٤ و «مقنعة» المفيد،^٥ فيستفاد من ذلك وجود نص في المسألة قد خفي علينا. غاية الأمر: أن المفيد قد ذكر وصاية الذمي فقط،^٦ ولكنه غير مضر فإنه يثبت الحكم لغيره بطريق أولى.

اعتبار العدالة في الوصي عند المشهور

وأما العدالة فهل تشترط في الوصي أو لا؟ فيه قولان. وقد نسب إلى المشهور الاشتراط،^٧ وفي «الجواهر» أن الأقوال في المسألة ثلاثة: اشتراط العدالة و اشتراط

١- آل عمران (٣): ١١٨.

٢- النساء (٤): ١٤٤.

٣- آل عمران (٣): ٢٨؛ النساء (٤): ١٣٩.

٤- النهاية: ٦٠٦.

٥- المقنعة: ٦٦٨.

٦- المقنعة: ٦٦٨.

٧- الدروس الشرعية ٢: ٣٢٢؛ غاية المرام ٢: ٤٤١.

عدم ظهور الفسق و عدم الاشتراط.^١

و الظاهر أنَّ القول باشتراط عدم ظهور الفسق ليس قولاً آخر في قبال اشتراط العدالة، بل كان مراد هذا القائل اشتراط العدالة، ولكن لما كان ظهور الصلاح و عدم ظهور الفسق من أمارات العدالة ذكر في مقام الاشتراط ما هو من أمارات الشرط، فافهم.

و أمّا ما قد يتوهم في المسألة من وجود أقوال آخر كالقول بكون الشرط هو العلم بالعدالة أو القول بكون العلم بالفسق مانعاً^٢ ففيه: أنَّها احتمالات فرضية لا قائل بها، و لا يساعدها الأدلة.

ثمّ اعلم: أنَّ مقتضى اعتبار العدالة ليس حرمة الوصاية إلى الفاسق فقط، بل مقتضى ذلك بطلان الوصايا إليها و عدم صيرورته وصياً.

و بالجملة: فمراد المشهور ليس اعتبارها تكليفاً، بل وضعاً، و لو كان الشرط هو العدالة الواقعية لزم منه بطلان وصايته و عدم نفوذ تصرّفاتة و إن أحرز الموصي عدالته، فلا يكون له ولاية على صغار الموصي، و لا يصحّ بيعه و شراؤه لهم و لو مع الغبطة، و لو أدّى من قبل الموصي دينه أو زكاته أو خمسه أو نحو ذلك بطل تلك التصرفات؛ لعدم تعيّن خصوص ما يؤدّيه من المال في كونه زكاة أو خمساً أو أداء للدين، فإنّ تعيين ذلك بيد المديون أو يد وليه، و الفرض فساد ولايته كما أنَّ تعيين فقير خاصّ مثلاً للزكاة أيضاً بيد المالك أو يد وليه؛ إذ المالك للزكاة هو الجهة، و لا تتعيّن إلاّ بتعيينهما.

١- جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٣-٣٩٤.

٢- راجع: مسالك الأفهام ٦: ٢٤٢.

و الحاصل: أنَّ مقتضى القول باشتراط العدالة الواقعية عدم صيرورة الفاسق وصياً بالإيصاء إليه و عدم نفوذ تصرّفاته و إن أحرز الموصي عدالته، فيكون فيما بينه و بين الله مكلفاً بعدم التصرف أصلاً.

هذا، ثمَّ إنّه يمكن أن يستدلّ للمشهور بأنّ الوصاية إلى شخص عبارة أخرى عن استيمانه و الاعتماد عليه فيما يفوض إليه أمره من حفظ أموال الصغار و أداء الديون و الزكوات و الخماس و غيرها.

و الحاصل: أنّها عبارة عن جعل الموصي إليه أميناً على الأموال و النفوس، و يقبح عند العقلاء اختيار الفاسق للأمانة، فإنّ الفاسق لا يوجد فيه رادع الهي يدرعه عن الخيانة، و عدم ظهور الخيانة منه إلى الآن لا يوجب الاعتماد عليه بعد عدم كونه ذا رادع قلبي، فإنّه يمكن على هذا ظهور الخيانة منه أحياناً.

و بالجملة: فيقبح عند العقلاء اختيار الفاسق من بين الناس للأمانة، و بعد كون ذلك قبيحاً يستكشف عدم إمضاء الشارع للإيصاء إليه، فإنّ إمضاءه وصايته بمنزلة جعله إتياء أميناً على الأموال و النفوس، و ظهور القبيح العقلي منه قبيح، فيستكشف من ذلك بطلان وصاية الفاسق لا صرف حرمة الإيصاء إليه كما لا يخفى، و يمكن تأييد ذلك بقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^١ حيث يدلّ على أنّ العمل بقول الفاسق ممّا يستعقب الندامة، فيستكشف منه عدم جواز الركون عليه و لو بتفويض الأمور إليه؛ لعموم التعليل، و يمكن أن يستدلّ أيضاً لاشتراطها فيمن يجعل قِيماً للأطفال بأن جعل الموصي ذلك أنما هو من جهة ولايته عليهم، و يشترط في تصرف الولي الغبطة أو عدم المفسدة، و جعل الفاسق قِيماً ممّا يشتمل على المفسدة

من جهة كونه مظنة لتضييع الأموال.

هذا، ويمكن أن يستدل لعدم الاشتراط بوجوه:

الأول: ما قيل: من أنَّ الإيصاء إلى شخص أنما هو أمر بيد الموصي، فلا معنى لاشتراط العدالة،^١ ولعل مرادهم بذلك ما ذكرنا سابقاً^٢ من أنَّ جعل الوصي مثل سائر اعتبارات العقلاء ممّا استمرّ عليه سيرتهم، وليس أمراً مخترعاً في الشريعة، فيجب في حدوده وشرائطه المراجعة إلى سيرة العقلاء ما لم يرد ردع عن الشارع، ولا يشترط عند العقلاء في من يستتاب لتنفيذ أمورهم في حياتهم أو بعد موتهم إلا الأمانة والوثاقة دون العدالة الشرعية، وليس صحة جعل الوصي من مخترعات الشارع حتّى يراجع في شرائطه إلى الروايات، وبعد عدم كونها في مقام بيان الشروط يقتصر على القدر المتيقن، أعني من ثبت له العدالة.

الثاني: ما ورد فيمن أوصى إلى صغير و كبير من أنَّ الكبير يتصرّف إلى أن يبلغ الصغير،^٣ فإذا بلغ ينضمّ إلى الكبير من دون تفصيل بين كون الصغير عند بلوغه عادلاً وبين غيره، فيستظهر عدم اشتراط العدالة.

ولكن يمكن أن يرّد ذلك بأنّه ليس الحديث في مقام بيان هذه الجهة حتّى يتمسك بإطلاقه.

الثالث: أن يقال: بأنّ العدالة الشرعية غير مشترط في اعتبار العقلاء قطعاً، ولو كانت شرطاً بسبب اشتراط الشارع لوصل دليله إلينا من جهة أنَّ جعل الوصي من الاعتبار العقلانية التي تعمّ بها البلوى، حيث يحتاج إليه جلّ الناس عند موتهم، و

١- راجع: السرائر ٣: ١٨٩؛ مختلف الشيعة ٦: ٣٥٢، المسألة ١٢٦؛ المختصر النافع: ١٦٤.

٢- تقدّم في الصفحة ٥٣٧-٥٣٨.

٣- راجع: وسائل الشيعة ١٩: ٣٧٥، كتاب الوصايا، الباب ٥٠.

هم لا يفرّقون فيه بين العادل وغيره، فلو كانت العدالة شرطاً لوجب على الأئمة عليهم السلام ردع العقلاء عن هذه السيرة أشدّ الردع، وكان عليهم ذكر اشتراطها مكرراً، ولو كان ذلك لتوفّر الدواعي على ضبطه والعمل به، و صار اشتراطها من الضروريات.

وبعبارة أخرى: في رفع اليد عمّا استمرّ عليه سيرة العقلاء، وعمّت به بلواهم نحتاج إلى دليل متقن رادع عنها، ولو كان موجوداً لما وقع الاختلاف بين العلماء، بل كان الاشتراط ضرورياً من جهة توفّر الدواعي على ضبطه لو كان كما لا يخفى.

هذا، والظاهر أنّه لو لم تقل باشتراط العدالة فلا بدّ من اشتراط الوثاقة وكون الوصي أهلاً للاستيमान والأمانة، ولعلّ سيرة العقلاء على ذلك، ولذا يقبحون، ويلومون من يفوّض أموره إلى من ليس أهلاً للاستيमान، فتأمل في المسألة، فإنّها به حقيق.

لو أوصى إلى شخصين

الموصي قد يوصي إلى شخص واحد، وقد يوصي إلى شخصين أو أشخاص معيّنة، وقد يوصي من دون أن يعيّن شخصاً للعمل بالوصيّة، فحكم الصورة الأولى واضح، وفي الصورة الثالثة يمكن أن يقال بإرجاع الأمر إلى الحاكم من جهة أنّه المجري لما يجب إجراءها من دون أن يختصّ بإجرائها شخص خاصّ، وبعد تعذّر الرجوع إليه يرجع الأمر إلى عدول المؤمنين، ويمكن أن يقال بأولوية الورثة لإجراء الوصيّة على ترتيب طبقات الإرث تمسكاً بقوله تعالى: *وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ*^١، ولكنّ الظاهر أنّ الآية ناظرة إلى الإرث لا إلى

مثل هذا الأمر، فلا تَعَيَّن لخصوص الورثة، ولا دليل على تَعَيَّنهم.

وأما الصورة الثانية فإن صَرَّح الموصي باستقلال كل واحد منهما أو منهم في التصرف، أو صَرَّح بعدم الاستقلال واشتراط الاجتماع و اتفاق الرأي، كان الواجب متابعة الموصي في ذلك، وأما إذا أطلق من دون أن يصرَّح بالاستقلال ولا بالانضمام فهل يستقل كل منهما بالتصرف، أو يجب على كل واحد منهما الاستيذان من صاحبه؟ فيه قولان:

الأشهر هو الثاني، واختار الشيخ في «النهاية» الأول،^١ واستدل للمشهور بما رواه محمد بن الحسن الصفار - القمي صاحب كتاب «بصائر الدرجات» من الطبقة الثامنة أعني من طبقة أساتيد الكليني وإن لم يرو عنه الكليني - عن أبي محمد عليه السلام [قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كان أوصى إلى رجلين، أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: «لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت و أن يعملأ على حسب ما أمر هما إن شاء الله»].^٢

١ - النهاية: ٦٠٦.

٢ - الكافي ٤٦: ٧ - ٤٧ / ١: الفقيه ٤: ١٥١ / ٥٢٣: تهذيب الأحكام ٩: ١٨٥ / ٧٤٥: الاستبصار ٤: ١١٨

/ ٤٤٨: وسائل الشيعة ١٩: ٣٧٦، كتاب الوصايا، الباب ٥١، الحديث ١.

مصادر التحقيق

- ١- الاحتجاج على أهل اللجاج. أبو منصور أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي (القرن السادس)، قم، منشورات أسوة، ١٤١٣.
- ٢- اختيار معرفة الرجال «رجال الكشي». أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، مشهد المقدسة، جامعة مشهد، ١٣٤٨ ش.
- ٣- إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. العلامة الحلي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨ - ٧٢٦)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠.
- ٤- الاستبصار فيما اختلف من الأخبار. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، إعداد السيد حسن الموسوي الخرسان، الطبعة الرابعة، طهران، دار الكتب الإسلامية، ١٣٩٠.
- ٥- أسد الغابة. مجدد الدين أبو السعادت المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير (٥٤٤ - ٦٠٦)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٧.
- ٦- الإصابة في تمييز الصحابة. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ م)، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥.
- ٧- إصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قطب الدين محمد بن الحسين الكيدري (القرن السادس)، قم، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ١٤١٦.
- ٨- الأعلام. خير الدين الزركلي (١٣١٠ - ١٣٩٦)، بيروت، دار العلم للملايين، ١٩٨٤ م.
- ٩- الأم. أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤)، بيروت، نشر دار المعرفة، ١٤٠٨.

- ١٠- الانتصار. السيد المرتضى علم الهدى أبو القاسم علي بن الحسين الموسوي (٣٥٥-٤٣٦)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٥.
- ١١- إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد. فخر المحققين الشيخ أبو طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي (م ٧٧١)، قم، المطبعة العلمية، ١٣٨٧.
- ١٢- بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. العلامة محمد باقر بن محمد تقي المجلسي (١٠٣٧-١١١٠)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٣.
- ١٣- البحوث في الفقه. محمد حسين الأصفهاني (م ١٣٦١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٩.
- ١٤- بدائع الأفكار. (تقارير المحقق العراقي). الشيخ هاشم الآملي، الطبعة الحجرية، ١٣٧٠ ش.
- ١٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاشاني (م ٥٨٧)، الطبعة الأولى، باكستان، المكتبة الحبيبية، ١٤٠٩.
- ١٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠-٥٩٥)، الطبعة الأولى، قم، منشورات الشريف الرضي، ١٤١٢.
- ١٧- بلغة الفقيه. الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم، طهران، مكتبة الصادق، ١٤٠٣.
- ١٨- تاج العروس من جواهر القاموس. السيد محمد بن محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (١١٤٥-١٢٠٥)، بيروت، نشر دار مكتبة الحياة.
- ١٩- التاج والإكليل. العبدري، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٨.
- ٢٠- تاريخ مدينة دمشق. الحافظ أبو القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبد الله الشافعي المعروف بابن عساكر (٤٩٩-٥٧١)، بيروت، دار الفكر، ١٤١٥.
- ٢١- تبصرة المتعلمين في أحكام الدين. العلامة الحلبي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨-٧٢٦)، تهران، المكتبة الإسلامية.
- ٢٢- تجريد الأسانيد. السيد حسين الطباطبائي البروجردي (١٢٩٢-١٣٨٠)، ١٤٠٩.
- ٢٣- تحفة الفقهاء. علاء الدين السمرقندي، (م ٥٣٩)، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤.

- ٢٤- التحفة السنية في شرح تحفة المحسنة. المولى محسن الفيض الكاشاني (١٠٠٧ - ١٠٩١). شارح السيد عبدالله جزائري، مخطوط، كتابخانه آستانه قدس رضوي.
- ٢٥- تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. العلامة الحلبي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨ - ٧٢٦)، تحقيق الشيخ إبراهيم البهادري، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ١٤٢٠.
- ٢٦- تذكرة الفقهاء. العلامة الحلبي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨ - ٧٢٦)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤١٤.
- ٢٧- ترتيب مقاييس اللغة. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٢٩ - ٣٩٥)، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ١٣٨٧ ش.
- ٢٨- تفسير العياشي. أبو النضر محمد بن مسعود بن محمد بن عياش السمرقندي (القرن الرابع)، تحقيق السيد هاشم الرسولي، تهران، المكتبة العلمية الإسلامية.
- ٢٩- تفسير القمي. أبو الحسن علي بن إبراهيم القمي، تحقيق السيد طيب الموسوي الجزائري، النجف الأشرف، مطبعة النجف، ١٣٨٦.
- ٣٠- تقريب التهذيب. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (م ٨٥٢)، بيروت، دار المعرفة.
- ٣١- تلخيص المرام. العلامة الحلبي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨ - ٧٢٦)، قم، مكتبة آية الله المرعشي النجفي.
- ٣٢- التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. جمال الدين المقداد بن عبدالله السيوري الحلبي المعروف بالفاضل المقداد (م ٨٢٦)، إعداد السيد عبداللطيف الكوهكمري، الطبعة الأولى، قم، مكتبة آية الله المرعشي، ١٤٠٤.
- ٣٣- تهذيب الأحكام. أبو جعفر محمد بن الحسن، الشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، إعداد السيد حسن الموسوي الخرسان، طهران، دار الكتب الإسلامية، ١٣٦٤ ش.
- ٣٤- تهذيب الكمال في أسماء الرجال. أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن عبدالرحمن بن يوسف

- المزّي (٦٥٤-٧٤٢)، تحقيق بشار عواد، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٠.
- ٣٥- التوحيد. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٣٩٨.
- ٣٦- جامع الأصول من أحاديث الرسول ﷺ. أبو السعادات مبارك بن محمد بن الأنير الجزري (٥٤٤-٦٠٦)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥.
- ٣٧- جامع الرواة وإزاحة الاشتباهات عن الطرق والأسناد. محمد بن علي الأردبيلي (م ١١٠١)، قم، منشورات مكتبة آية الله المرعشي، ١٤٠٣.
- ٣٨- جامع الشتات. الميرزا أبو القاسم بن الحسن الجيلاني المحقق القمي (١١٥١-١٢٣١)، الطبعة الحجرية، ١٣٢٤.
- ٣٩- جامع المقاصد في شرح القواعد. المحقق الثاني علي بن الحسين بن عبد العالي الكركي (٨٦٨-٩٤٠)، تحقيق مؤسسة آل البيت ﷺ لإحياء التراث، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة آل البيت ﷺ لإحياء التراث، ١٤٠٨-١٤١١.
- ٤٠- الجامع لأحكام القرآن. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (م ٦٧١)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٤١- الجامع للشرائع. نجيب الدين يحيى بن أحمد بن سعيد الحلبي الهذلي (٦٠١-٦٩٠)، قم، سيد الشهداء ﷺ، ١٤٠٥.
- ٤٢- جواهر الفقه. عبدالعزيز بن البراج الطرابلسي (٤٠٠-٤٨١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١١.
- ٤٣- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. الشيخ محمد حسن بن باقر النجفي (م ١٢٦٦)، إعداد عدة من الفضلاء، الطبعة السادسة، طهران، دار الكتب الإسلامية، ١٣٩٨.
- ٤٤- حاشية المكاسب. الآخوند محمد كاظم الخراساني (١٢٥٥-١٣٢٩)، المصحح السيد مهدي شمس الدين، طهران، وزارة الثقافة الإسلامية، ١٤٠٦.

- ٤٥ - حاشية المكاسب. السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، (م ١٣٣٧)، قم، دار العلم، ١٣٧٨.
- ٤٦ - حاشية المكاسب. الشيخ محمد حسين الغروي الأصفهاني (م ١٣٦١)، قم، الطبعة الحجرية، دار الذخائر، ١٤٠٨.
- ٤٧ - حاشية المكاسب «غاية الآمال». الشيخ محمد حسن بن ملا عبدالله المامقاني (م ١٣٢٣)، الطبعة الحجرية، ١٣١٧.
- ٤٨ - الحاوي الكبير. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (م ٤٥٠)، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٩.
- ٤٩ - الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. الشيخ يوسف بن أحمد البحراني (١١٠٧ - ١١٨٦)، قم مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٦.
- ٥٠ - الغصائل. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٣.
- ٥١ - خلاصة الأقوال في معرفة الرجال. العلامة الحلي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨ - ٧٢٦)، تحقيق نشر الفقاهة، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٧.
- ٥٢ - الخلاف. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٧.
- ٥٣ - درر الفوائد. الشيخ عبدالكريم الحائري اليزدي (١٢٧٦ - ١٣٥٥)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٨.
- ٥٤ - الدروس الشرعية في فقه الإمامية. الشهيد الأول شمس الدين محمد بن مكّي العاملي (م ٧٨٦)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٤.
- ٥٥ - دعائم الإسلام. القاضي نعمان بن محمد بن منصور بن أحمد بن حيّون التميمي المغربي، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، بالأوفست عن طبعة القاهرة، دار المعارف، ١٣٨٣.
- ٥٦ - الذريعة إلى أصول الشريعة. أبو القاسم علي بن الحسين الموسوي، الشريف المرتضى (٣٥٥ -

- ٤٣٦)، تحقيق أبو القاسم گرجي، طهران، جامعة طهران، ١٣٤٨ ش.
- ٥٧- رجال ابن داود «كتاب الرجال». تقي الدين الحسن بن علي بن داود الحلبي (٦٤٧-٧٠٧)، قم، منشورات الرضي، بالأوفست عن طبعة النجف الأشرف، المطبعة الحيدرية، ١٣٩٢.
- ٥٨- رجال الطوسي. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥-٤٦٠)، تحقيق جواد القيومي الأصفهاني، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٥.
- ٥٩- رجال النجاشي. أبو العباس أحمد بن علي بن أحمد النجاشي (٣٧٢-٤٥٠)، تحقيق السيد موسى الشيرازي الزنجاني، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٧.
- ٦٠- الرسائل التسع. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي (٦٠٢-٦٧٦)، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشي، ١٤١٣.
- ٦١- الرسائل العشر. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥-٤٦٠)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٣.
- ٦٢- رسالة في الغصب. الشيخ الميرزا حبيب الله الرشتي (م ١٣١٢)، الطبعة الحجرية، ١٣٢٢.
- ٦٣- رسالة في منجزات المريض. العلامة السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (١٢٤٧-١٣٣٧)، قم، مؤسسة فقه الثقلين، ١٤٣١.
- ٦٤- روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان. الشهيد الثاني زين الدين بن علي بن أحمد العاملي (٩١١-٩٦٥)، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، ١٤١١.
- ٦٥- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. الشهيد الثاني زين الدين بن علي بن أحمد العاملي (٩١١-٩٦٦)، قم، مكتبة الداوري.
- ٦٦- روضة الطالبين. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (م ٦٧٦)، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢٣.
- ٦٧- روضة المتقين في شرح أخبار الأنفة المعصومين. العلامة المولى محمد تقي المجلسي (١٠٠٣-١٠٧٠)، قم، مؤسسة الثقافة الإسلامية لكوشانپور، ١٣٩٣-١٣٩٩.

- ٦٨- رياض المسائل في بيان أحكام الشرع بالدلائل. السيد علي بن محمد علي الطباطبائي (١١٦١ هـ - ١٢٣١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٢.
- ٦٩- زبدة البيان في أحكام القرآن. مولانا أحمد بن محمد المقدس الأردبيلي (م ٩٩٣)، المكتبة المرتضوية.
- ٧٠- السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. أبو جعفر محمد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلبي (م ٥٩٨)، الطبعة الثانية، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠ - ١٤١١.
- ٧١- سنن ابن ماجه. أبو عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (م ٢٧٥)، تحقيق فؤاد عبدالباقي، بيروت، دار الكتب العلمية.
- ٧٢- سنن أبي داود. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (م ٢٧٥)، بيروت، دار الجنان، ١٤٠٩.
- ٧٣- سنن الترمذي. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩)، تحقيق عبدالوهاب عبداللطيف، الطبعة الثانية، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٣.
- ٧٤- سنن الدارقطني. علي بن عمر الدارقطني، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٤.
- ٧٥- سنن الدارمي. أبو محمد عبدالله بن بهرام الدارمي (م ٢٥٥)، بيروت، دار الفكر.
- ٧٦- السنن الكبرى. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٣٨٤ - ٤٥٨)، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٨.
- ٧٧- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. المحقق الحلبي نجم الدين جعفر بن حسن بن يحيى بن سعيد الهذلي (٦٠٢ - ٦٧٦)، تحقيق عبدالحسين محمد علي، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات دار الأضواء، ١٤٠٣.
- ٧٨- شرح تبصرة المتعلمين. الشيخ ضياء الدين العراقي، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٤.
- ٧٩- شرح الزركشي. الزركشي الحنبلي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٣.
- ٨٠- شرح القواعد. الشيخ جعفر بن خضر المعروف بكاشف الغطاء (م ١٢٢٧)، قم، انتشارات سعيد بن جبير، ١٤٢٢.

- ٨١- الشرح الكبير. شمس الدين أبو الفرج عبدالرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (م ٦٨٢)، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤.
- ٨٢- شرح المنظومة. المولى هادي السبزواري (١٢١٢ - ١٢٨٩)، علّق عليه حسن حسن زاده الآملي، قم، نشر ناب، ١٤١٣.
- ٨٣- الصحاح. إسماعيل بن حمّاد الجوهري (م ٣٩٣)، تحقيق أحمد عبدالغفور عطّار، الطبعة الثانية، بيروت، دار العلم للملايين، ١٣٩٩.
- ٨٤- صحيح البخاري. أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (م ٢٥٦)، الطبعة الأولى، بيروت، دارالقلم، ١٤٠٧.
- ٨٥- صحيح مسلم. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيشابوري (٢٠٦ - ٢٦١)، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة عزّالدين، ١٤٠٧.
- ٨٦- الطبقات الكبرى. ابن سعد الزهري (م ٢٣٠)، بيروت، دار صادر، ١٤٠٥.
- ٨٧- العروة الوثقى. السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام (قدس سرّهم)، تحقيق أحمد المحسن السبزواري، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٢١.
- ٨٨- عدّة الأصول. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث.
- ٨٩- عقاب الأعمال. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، طهران، مكتبة الصدوق، ١٣٩١.
- ٩٠- علل الشرائع. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، الطبعة الأولى، النجف الأشرف، المكتبة الحيدرية، ١٣٨٦.
- ٩١- عوائد الأيّام. المولى أحمد بن محمد مهدي بن أبي ذر التراقي، مكتب الإعلام الإسلامي، ١٣٧٥ ش.

٩٢- عوالي اللآلي العزيزية في الأحاديث الدينية. محمّد بن علي بن إبراهيم الأحساني، ابن أبي جمهور (م أوائل القرن العاشر)، تحقيق مجتبی المراقبي، الطبعة الأولى، قم، مطبعة سيّد الشهداء (ع)، ١٤٠٣.

٩٣- عيون أخبار الرضا (ع). أبو جعفر محمّد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، الشيخ الصدوق (م ٣٨١)، تصحيح السيّد مهدي الحسيني اللاجوردي، الطبعة الثانية، منشورات جهان.

٩٤- غاية المراد في شرح نكت الإرشاد. الشهيد الأوّل شمس الدين محمّد بن مكّي العاملي (م ٧٨٦)، قم، مكتبة الإعلام الإسلامي، ١٤١٤.

٩٥- غاية العرام و حجّة الخصام. السيّد البحراني الموسوي التويلي، تحقيق السيّد علي عاشوري، بيروت، مؤسسة التاريخ العربي، ١٤٢٢.

٩٦- غنائم الأيام في مسائل الحلال والحرام. الميرزا أبو القاسم بن الحسن الجيلاني المعروف بالمحقّق القمي (١١٥١ - ١٢٣١)، قم، مكتب الإعلام الإسلامي، ١٤٢٠.

٩٧- غنية النزوع إلى علم الأصول والفروع. السيّد حمزة بن علي بن زهرة الحلبي (٥١١ - ٥٨٥)، تحقيق الشيخ إبراهيم البهادري، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، ١٤١٧.

٩٨- فتح الباري. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢)، بيروت، دار المعرفة.

٩٩- فتح العزيز في شرح الوجيز. أبو القاسم عبد الكريم بن محمّد بن عبد الكريم الرافي القزويني (٥٧٧ - ٦٢٣)، المطبوع مع «المجموع شرح المهدّب»، بيروت، دار الفكر.

١٠٠- فرق الشيعة. محمّد نوبختي، تحقيق محمّد صادق بحر العلوم، النجف، المكتبة المرتضوية، ١٣٥٥.

١٠١- الفروق اللغوية. أبو هلال الحسن بن عبد الله العسكري، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٢.

١٠٢- فقه القرآن. قطب الدين أبو الحسين سعيد بن هبة الله الراوندي (م ٥٧٣)، قم، المطبعة العلمية، ١٣٩٧.

١٠٣- الفقه الإسلامي وأدلّته. وهبة الزحيلي، بيروت، دار الفكر، ١٤١٨.

١٠٤- الفقه على المذاهب الأربعة. عبد الرحمن الجزيري، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦.

- ١٠٥- الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام. تحقيق مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، مشهد المقدس، المؤتمر العالمي للإمام الرضا عليه السلام، ١٤٠٦.
- ١٠٦- الفقيه «كتاب من لا يحضره الفقيه». أبو جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، تحقيق علي أكبر الغفاري، طهران، دار الكتب الإسلامية، ١٣٩٠.
- ١٠٧- الفهرست. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥-٤٦٠)، إعداد السيد محمد صادق بحر العلوم، قم، منشورات الرضي.
- ١٠٨- فوائد الأصول (تقريرات المحقق النائيني). الشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني (١٣٠٩-١٣٦٥)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٤.
- ١٠٩- القاموس المحيط. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (٧٢٩-٨١٨)، بيروت، دار الجيل، ١٣٧١.
- ١١٠- قواعد الأحكام في مسائل الحلال والحرام. العلامة الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلي (٦٤٨-٧٢٦)، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٣.
- ١١١- القواعد والفوائد. الشهيد الأول شمس الدين محمد بن مكي العاملي (م ٧٨٦)، قم، مكتبة المفيد..
- ١١٢- الكافي. ثقة الإسلام أبو جعفر محمد بن إسحاق الكليني الرازي (م ٣٢٩)، تحقيق علي أكبر الغفاري، الطبعة الثالثة، طهران، دار الكتب الإسلامية، ١٣٨٨.
- ١١٣- الكافي في الفقه. تقي الدين بن نجم أبو الصلاح الحلبي (٣٧٤-٤٤٧)، تحقيق رضا الأستاذي، أصفهان، مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، ١٤٠٣.
- ١١٤- كتاب الإجارة. الشيخ الميرزا حبيب الله الرشتي (م ١٣١٢)، الطبعة الحجرية.
- ١١٥- كتاب الصلاة. حسين علي المنتظري، قم، نشر تفكر، ١٤١٣.
- ١١٦- كتاب القضاء. الحاج ميرزا محمد حسن الآشتياني، قم، دار الهجرة، ١٤٠٤.
- ١١٧- كتاب المكاسب «ضمن تراث الشيخ الأعظم». الشيخ الأعظم مرتضى بن محمد أمين

- الأنصاري الدزفولي (١٢١٤ - ١٢٨١)، قم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ١٤١٨.
- ١١٨ - كتاب المكاسب والبيع، (تقارير المحقق النائيني)، الشيخ محمد تقي الآملي، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٣.
- ١١٩ - كشف الرموز في شرح المختصر النافع، زين الدين أبو علي الحسن بن أبي طالب ابن أبي المجد اليوسفي المعروف بالفاضل والمحقق الآبي (م بعد ٦٧٢)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٨.
- ١٢٠ - كشف اللثام عن كتاب قواعد الأحكام، الفاضل هندي بهاء الدين محمد بن حسن بن محمد الأصفهاني (١٠٦٢ - ١١٣٥)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٦.
- ١٢١ - كفاية الأحكام، محمد مؤمن الشريف الخراساني المحقق السبزواري (١٠١٧ - ١٠٩٠)، تحقيق الشيخ مرتضى الواعظي الأراكي، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٢٣.
- ١٢٢ - كفاية الأصول، الآخوند الخراساني المولى محمد كاظم بن حسين الهروي (١٢٥٥ - ١٣٢٩)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤٠٩.
- ١٢٣ - كنز العرفان في فقه القرآن، الشيخ جمال الدين المقداد بن عبد الله السيوري (م ٨٢٦)، تهران، المكتبة الرضوية، ١٣٨٤.
- ١٢٤ - كنز العمال في سنين الأقوال والأفعال، علاء الدين المتقي بن حسام الدين الهندي، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٩.
- ١٢٥ - لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري (م ٧١١)، بيروت، دار صادر، بالأوفست عن طبعة البولاق بمصر.
- ١٢٦ - اللمعة الدمشقية، الشهيد الأول شمس الدين محمد بن مكي العاملي (٧٣٤ - ٧٨٦)، بيروت، مؤسسة فقه الشيعة، ١٤١٠.
- ١٢٧ - المبدع، ابن مفلح حنبلي، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٢١.
- ١٢٨ - الميسوط، أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، طهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ - ١٣٩٣.

١٢٩- المبسوط. شمس الدين السرخسي الحنفي محمد بن أحمد بن أبي سهل (م ٤٨٣)، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٦.

١٣٠- مجمع البحرين ومطلع النيرين. فخر الدين الطريحي (٩٧٢-١٠٨٧)، بيروت، مكتبة الهلال، ١٩٨٥ م.

١٣١- مجمع البيان. أبو علي أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسي (م ٥٤٨)، بيروت، دار المعرفة.

١٣٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (م ٨٠٧)، بيروت، دار الكتاب، ١٩٦٧ م.

١٣٣- مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان. أحمد بن محمد المحقق الأردبيلي (م ٩٩٣)، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٢-١٤١٤.

١٣٤- المجموع شرح المذهب. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (م ٦٧٦)، بيروت، دار الفكر.

١٣٥- المحلى بالآثار. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (م ٤٥٦)، بيروت، دار الفكر.

١٣٦- مختصر المزني. أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠-٢٠٤)، بيروت، نشر دار المعرفة، ١٤٠٨.

١٣٧- المختصر النافع. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي (٦٠٢-٦٧٦)، قم، منشورات مؤسسة المطبوعات الديني، ١٣٦٨ ش.

١٣٨- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. العلامة الحلبي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨-٧٢٦)، قم، مكتب الإعلام الإسلامي، ١٤١٢-١٤١٨.

١٣٩- مدارك الأحكام في شرح شرائع الإسلام. السيد محمد بن علي الموسوي العاملي (م ١٠٠٩)، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ١٤١٠.

١٤٠- المدونة الكبرى. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي (٩٣-١٧٩)، مصر، مطبعة السعادة، دار إحياء التراث العربي.

١٤١- المراسم في فقه الإمامي. حمزة بن عبدالعزيز الديلمي الملقب بسلار (م ٤٦٣)، قم، منشورات حرمين، ١٤٠٤.

- ١٤٢- مسائل الناصريات. علم الهدى السيّد علي بن الحسين بن موسى الشريف المرتضى (٣٥٥-٤٣٦)، تحقيق مركز البحوث والدراسات العلمية، مؤسسة الهدى، ١٤١٧.
- ١٤٣- مسائل علي بن جعفر و مستدركاتهما. مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث. المؤتمر العالمي للإمام الرضا عليه السلام، ١٤١٠.
- ١٤٤- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. زين الدين علي العاملي الجبجي المعروف بالشهيد الثاني (٩١١-٩٦٥)، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٨.
- ١٤٥- مستدرک الحاكم «المستدرک علی الصحیحين». أبو عبد الله الحاكم النيسابوري (٣١٢-٤٠٥)، بيروت، دار المعرفة.
- ١٤٦- مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل. الحاج الميرزا حسين المحدث النوري (١٢٥٤-١٣٢٠)، تحقيق مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤٠٧.
- ١٤٧- مستمسك العروة الوثقى. السيّد محسن الطباطبائي الحكيم (١٣٠٦-١٣٩٠)، قم، مؤسسة إسماعيليان، ١٤١١.
- ١٤٨- مستند الشيعة في أحكام الشريعة. أحمد بن محمد مهدي النراقي (م ١٢٤٥)، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤١٨.
- ١٤٩- المسند. أحمد بن محمد بن حنبل (١٦٤-٢٤١)، تحقيق حمزة أحمد الزين، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الحديث، ١٤١٦.
- ١٥٠- مسند البزار. أحمد بن عمرو البزار، بيروت، مؤسسة علوم القرآن، ١٤٠٩.
- ١٥١- مسند الطيالسي. سليمان بن داود بن الجارود الفارسي البصري (م ٢٠٤)، بيروت، دار المعرفة.
- ١٥٢- مصباح الفقيه. الحاج آقا رضا بن محمد هادي الهمداني النجفي (م ١٣٢٢)، قم، الطبعة الأولى، المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث، ١٤١٧.
- ١٥٣- المصنّف. الحافظ الكبير أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦-٢١١)، بيروت، دار القلم، ١٤٠٣.

- ١٥٤- مطارح الأنظار (تقريرات الشيخ الأعظم الأنصاري). الشيخ أبو القاسم الكلاتري (١٢٣٦-١٢٩٢)، قم، مجمع الفكر الإسلامي، ١٤٢٥.
- ١٥٥- معالم الدين. أبو منصور جمال الدين الحسن بن زين الدين العاملي (٩٥٩-١٠١١)، قم، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، ١٤١٨.
- ١٥٦- معاني الأخبار. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.
- ١٥٧-المعتبر في شرح المختصر. المحقق الحلّي نجم الدين جعفر بن حسن بن يحيى بن سعيد الهذلي (٦٠٢-٦٧٦)، قم، مؤسسة سيّد الشهداء عليه السلام، ١٣٦٤ش.
- ١٥٨-المعجم الكبير. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٢٦٠-٣٦٠)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٤.
- ١٥٩- معرفة السنن والآثار. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي (٣٨٤-٤٥٨)، مصر.
- ١٦٠-المغني. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (م ٦٢٠)، بيروت، دار الكتب العربي.
- ١٦١- مغني المحتاج. محمد الخطيب الشربيني (م ٩٩٧)، بيروت، دار الفكر.
- ١٦٢- مفاتيح الشرائع. المولى محسن الفيض الكاشاني (م ١٠٩١)، تحقيق السيّد مهدي رجائي، قم، مطبعة الخيام، ١٤٠١.
- ١٦٣- مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. السيّد محمد جواد الحسيني العاملي، تحقيق الشيخ محمد باقر الخالصي، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٩.
- ١٦٤-المقاصد العليّة. الشهيد الثاني زين الدين بن علي بن أحمد العاملي (٩١١-٩٦٥)، قم، مكتب الإعلام الإسلامي، ١٤٢٠.
- ١٦٥-المقنع. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، قم، مؤسسة الإمام الهادي عليه السلام، ١٤١٥.
- ١٦٦- المقنعة. أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي المعروف بالشيخ المفيد (٣٣٦-٤١٣)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠.

١٦٧- منتهى المطلب في تحقيق المذهب. العلامة الحلّي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨- ٧٢٦)، الطبعة الأولى، المشهد الرضوية، مؤسسة الطبع التابعة للآستانة الرضوية المقدّسة، ١٤٢٤.

١٦٨- منتهى المقال في أحوال الرجال. أبو علي الحائري والشيخ محمد بن إسماعيل المازندراني (م ١٢١٦)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤١٦.

١٦٩- المنجد «المنجد في اللغة والأعلام». اشترك في تأليفه عدّة من المحقّقين، بيروت، دار المشرق.

١٧٠- منية الطالب في شرح المكاسب. الشيخ موسى بن محمد النجفي الخوانساري (م ١٣٦٣)، تقريرات أبحاث أستاذه آية الله الشيخ محمد حسين الغروي الثاني (م ١٣٥٥)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٢١.

١٧١- الموطأ. أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك (٩٣- ١٧٩)، مصر، ١٣٧٠.

١٧٢- المهدّب. القاضي عبدالعزيز بن البرّاج الطرابلسي (٤٠٠- ٤٨١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٦٠.

١٧٣- المهدّب البارِع في شرح المختصر النافع. العلامة أبو العباس أحمد بن محمد بن فهد الحلّي (٧٥٧- ٨٤١)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١١.

١٧٤- المهدّب في فقه الإمام الشافعي. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (م ٤٧٦)، بيروت، إحياء التراث العربي، ١٤٠٧.

١٧٥- النهاية. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥- ٤٦٠)، قم، منشورات قدس.

١٧٦- نهاية الإحكام في معرفة الأحكام. العلامة الحلّي جمال الدين حسن بن يوسف بن المطهر (٦٤٨- ٧٢٦)، قم، مؤسسة إسماعيليان، ١٤١٠.

١٧٧- نهاية الأصول (تقريرات المحقّق البروجردي). الشيخ حسينعلي المنتظري، قم، نشر تفكّر، ١٤١٥.

١٧٨ - نهاية الأفكار (تقريرات المحقق آغا ضياء الدين العراقي). الشيخ محمد تقي البروجردي النجفي، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٥.

١٧٩ - نهاية المرام. السيد محمد بن علي الموسوي العاملي (م ١٠٠٩)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٢٠.

١٨٠ - النهاية في غريب الحديث والأثر. مجدد الدين أبو السعادت المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير (٥٤٤ - ٦٠٦)، قم، مؤسسة إسماعيليان، ١٣٦٤ ش.

١٨١ - النهاية ونكتها. أبو جعفر شيخ الطائفة محمد بن الحسن المعروف بالشيخ الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠)، قم، مؤسسة النشر الإسلامي.

١٨٢ - نهج البلاغة. من كلام مولانا أمير المؤمنين عليه السلام، جمعه الشريف الرضي محمد بن الحسين بن موسى الموسوي (٣٥٩ - ٤٠٦)، تحقيق صبحي الصالح، قم، دار الهجرة، ١٣٩٥.

١٨٣ - نيل الأوطار. محمد بن علي بن محمد الشوكاني (م ١٢٥٥)، القاهرة، دار الحديث.

١٨٤ - وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي (١٠٣٣ -

١١٠٤)، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، ١٤٠٩.

١٨٥ - الوسيلة إلى نيل الفضيلة. عماد الدين أبو جعفر محمد بن علي بن الطوسي المعروف بابن حمزة (القرن السادس)، قم، مكتبة آية الله المرعشي، ١٤٠٨.

١٨٦ - الهداية. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المعروف بالشيخ الصدوق (م ٣٨١)، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة الإمام الهادي عليه السلام، ١٤١٨.

١٨٧ - هداية الطالب إلى أسرار المكاسب. الحاج ميرزا فتاح الشهيد التبريزي، قم، دار الكتب، ١٣٧٥.

١٨٨ - هداية المسترشدين في شرح معالم الدين. الشيخ محمد تقي الأصفهاني (م ١٢٤٨)، مؤسسة آل البيت عليه السلام، قم، بالأفست عن طبعة الحجرية.

کتابهای منتشر شده فقیه و مرجع عالیقدر آیت الله العظمی منتظری رحمته الله

● کتابهای فارسی:

- ۱- درسهایی از نهج البلاغه (۱۱ جلد)
- ۲- خطبه حضرت فاطمه زهرا علیها السلام
- ۳- از آغاز تا انجام (در گفتگوی دو دانشجو)
- ۴- اسلام دین فطرت
- ۵- موعود ادیان
- ۶- مبانی فقهی حکومت اسلامی (۸ جلد)
جلد اول: دولت و حکومت
جلد دوم: امامت و رهبری
جلد سوم: قوای سه گانه، امر به معروف، حربه و تعزیرات
جلد چهارم: احکام و آداب اداره زندانها و استخبارات
جلد پنجم: احتکار، سیاست خارجی، قوای نظامی و اخلاق کارگزاران حکومت اسلامی
جلد ششم: منابع مالی حکومت اسلامی
جلد هفتم: منابع مالی حکومت اسلامی، فیه، انفال
جلد هشتم: احیاء موات، مالیات، پیوستها، فهارس
- ۷- رساله توضیح المسائل
- ۸- رساله استفتانات (۳ جلد)
- ۹- رساله حقوق
- ۱۰- پاسخ به پرسشهای دینی
- ۱۱- احکام پزشکی
- ۱۲- احکام و مناسک حج
- ۱۳- احکام عمره مفرده
- ۱۴- معارف و احکام نوجوان
- ۱۵- معارف و احکام بانوان

- ۱۶- استفتانات مسائل ضمان
- ۱۷- حکومت دینی و حقوق انسان
- ۱۸- مجازاتهای اسلامی و حقوق بشر
- ۱۹- مبانی نظری نبوت
- ۲۰- معجزة پیامبران
- ۲۱- هماورد خواهی قرآن
- ۲۲- سفیر حق و صغیر وحی
- ۲۳- جلوه‌های ماندگار (پند، حکمت، سرگذشت)
- ۲۴- فراز و فرود نفس (درس‌هایی از اخلاق- شرحی بر جامع السعادات)
- ۲۵- ستیز با ستم (بخشی از اسناد مبارزات آیت‌الله العظمی منتظری) (۲ جلد)
- ۲۶- کتاب خاطرات (۲ جلد)
- ۲۷- کتاب دیدگاهها (۳ جلد)
- ۲۸- انتقاد از خود (عبرت و وصیت)
- ۲۹- درس گفتار حکمت (شرح منظومه) (۲ جلد)
- ۳۰- مبانی مردم سالاری در اسلام (ترجمة کتاب نظام الحكم فی الاسلام)

● کتابهای عربی:

- ۳۱- دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية (۴ جلد)
- ۳۲- کتاب الزکاة (۴ جلد)
- ۳۳- دراسات في المكاسب المحرمة (۳ جلد)
- ۳۴- نهاية الأصول
- ۳۵- محاضرات في الاصول
- ۳۶- نظام الحكم في الإسلام
- ۳۷- البدر الزاهر (في صلاة الجمعة والمسافر)

- ٣٨- كتاب الصلاة
- ٣٩- كتاب الصوم
- ٤٠- كتاب الحدود
- ٤١- كتاب الخمس
- ٤٢- كتاب الإجارة والغصب والوصية
- ٤٣- التعليقة على العروة الوثقى
- ٤٤- الأحكام الشرعية على مذهب أهل البيت عليهم السلام
- ٤٥- مناسك الحج والعمرة
- ٤٦- مجمع الفوائد
- ٤٧- من المبدأ إلى المعاد (في حوار بين طالبين)
- ٤٨- الأفق أو الآفاق (في مسألة الهلال)
- ٤٩- منية الطالب (في حكم اللحية والشارب)
- ٥٠- رسالة مفتوحة (رداً على دعايات شيعة على الشيعة و تراثهم)
- ٥١- موعود الأدبان
- ٥٢- الإسلام دين الفطرة
- ٥٣- نظام الحكم الديني و حقوق الإنسان
- ٥٤- رسالة الحقوق في الإسلام

