



١٢٧١

القواعِلُ الفقهية

في

فقه الإمامية

تأليف

المستأذن الشيخ عباس علي الزاري عن السيد زكريا

الجبري الثالث

تمت سنة الله في سنة ١٣٧١
والقائمه في شهر ربيع الثاني سنة ١٣٧١



١٢٧١

القواعِدُ الفِقْهِيَّةُ

فِي

فِقْهِ الإِمَامِيَّةِ

تأليف

الاستاذ الشيخ عباس علي الزاري السبزواري

الجزء الثالث

مكتبة النشر الإسلامي
الطبعة الخامسة
الطبعة الأولى: ١٣٩٥ هـ

سرشناسه: زارعی سبزواری، عباسعلی، ۱۳۴۸ -

عنوان و نام پدیدآور: القواعد الفقهيّة في فقه الإماميّة / تأليف عباس علي الزارعي السبزواري.
مشخصات نشر: قم: جماعة المدرّسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ۱۳۸۹ ش.
مشخصات ظاهري: ج ۳، ۳۸۴ ص.

فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي: ۱۳۷۱
شابك: دوره: ۲ - ۹۴۳ - ۴۷۰ - ۹۶۴ - ۹۷۸.

وضعيت فهرست نویسی: فیا
یادداشت: عربي.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: ۱۳۸۹) (فیا).

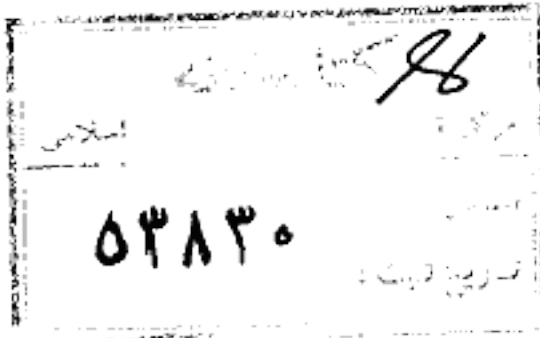
موضوع: فقه - قواعد

موضوع: فقه جعفری - قرن ۱۴.

رده بندی کنگره: ی ۱۳۰۰ ۹ ق ۵ / ۱۶۹ / ۵ BP

رده بندی دیویی: ۲۹۷ / ۳۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۸۲۲۴۲۱



القواعد الفقهيّة



فقه الإماميّة

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی
(ج ۳)

- | | |
|----------------|--|
| ■ تأليف: | الشيخ الأستاذ عباس علي الزارعي السبزواري |
| ■ الموضوع: | الفقه |
| ■ تحقيق و نشر: | مؤسّسة النشر الإسلامي |
| ■ عدد الصفحات: | ۳۸۴ |
| ■ الطبعة: | الأولى |
| ■ المطبوع: | ۵۰۰ نسخة |
| ■ التاريخ: | ۱۴۳۱ هـ. ق |
| ■ شابك ج ۳: | ۹ - ۱۶ - ۱۴۳ - ۶۰۰ - ۹۷۸ |
| | ISBN 978 - 600 - 143 - 016 - 9 |

قم - شارع الأمين - ابتداء شارع الجمهورية الإسلامية ص. ب ۷۴۹ - ۳۷۱۸۵

تلفون: ۲۹۳۳۲۱۹ - ۲۹۳۳۲۱۹ فاكس: ۲۹۳۳۵۱۷

الفصل الخامس عشر

فيما يختصّ بباب الصلح



وفيه قاعدة:

قاعدة الصلح جائز ما لم يؤدّ إلى تحليل حرام أو تحريم حلال.

قاعدة الصلح جائز ما لم يؤدّ إلى تحليل حرام أو تحريم حلال

ومن القواعد الفقهيّة المشهورة بين العامّة والخاصّة قاعدة «الصلح جائز بين المسلمين، أو بين الناس - كما في بعض الروايات - إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».



والبحث عنها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مفادها

والمراد من الصلح هو التسالم والتراضي والسداد بين الشخصين، أو الأشخاص في الجملة، سواء سبق خصومة وتنازع في البين، أو توقّع وجودهما فيما بعد، أو لم تكن منازعة سابقة ولا متوقّعة، وسواء أنشأ بالعقد، أو لا. والمراد من جوازه أنّه نافذ ويؤثّر في إسقاط الحقّ وانتقال العين أو المنفعة إلى المصالح.

فيكون معنا قولنا: «الصلح جائز» أنّ كلّ تسالم وسداد بين الشخصين أو الأشخاص ينفذ ويؤثّر في سقوط أو إسقاط أو انتقال ما تعلّق به التسالم والتراضي، إلّا ما يؤدّ إلى تحليل حرام أو تحريم حلال.

ومن هنا يظهر أنّ تعريف الصلح بـ «قطع الخصومة بين المتداعيين»^(١) أو «عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين»^(٢) تعريف بالأخص للصلح، لا اختصاص الأول بمورد التخاصم والتنازع - مضافاً إلى أنّ قطع الخصومة أثر الصلح لا نفس الصلح - . والثاني بما ينشأ بالعقد في خصوص مورد التنازع. نعم، يمكن أن يقال: إنّ قطع التجاذب ورفع التنازع بين الأنام يكون من باب حكمة التشريع للصلح، لا من علة التشريع له.

والفرق بينهما، أنّ الأول: ما لا يكون وجود الحكم دائراً مداره، فلا يخصّص العموم ولا يقيّد المطلق، مثل تشريع وجوب القصر والإفطار في السفر، حيث كان في تشريعها حكمة هي المشقة، وفي كثير من الأسفار - خصوصاً في هذه الأزمنة - ليس مشقة أصلاً، ومع ذلك لم ينعدم الحكم. وأمّا الثاني: فهو ما يكون علة الحكم المجعول، لا حكمة الجعل، بحيث يكون وجود الحكم دائراً مداره، فينعدم بانعدامه، ويخصّص العموم ويقيّد المطلق، كشرائط العبادات والمعاملات. وما نحن فيه من قبيل الأول - أي يكون قطع التنازع والتخاصم حكمة تشريع الصلح، لا علة تشريعه - فيكون الصلح موجوداً وإن لم تكن منازعة سابقة أو متوقعة.

وفي الجملة: يستفاد من العمومات والإطلاقات ومعقد الإجماعات التوسعة والتعميم في نفوذ الصلح بما لم يوسّع في غيره من سائر العقود، بحيث ينطبق على جميع العقود من دون أن يكون راجعاً إليها وإن أفاد فائدتها، بل هو عقد مستقل بنفسه. وسيأتي مزيد توضيح حول مفادها ذيل الجهة الثالثة إن شاء الله تعالى.

(١) الوسيلة: ٢٨٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٣٦٧، كشف الرموز ٤٠٢، قواعد الأحكام ٢: ١٧٢، إيضاح الفوائد

الجهة الثانية: في مداركها

ويدلّ عليها أمور:

الأول: الكتاب

ويدلّ عليها بعض الآيات الصريحة في مطلوبة الصلح المتعارف بين أهل العرف والعقلاء عند الشارع المقدّس.

منها: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (١).

قال الطبرسي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾: «معناه: والصلح بترك بعض الحقّ خير من طلب الفرقة بعد الألفة» (٢).

وقال في جوامع الجامع: «والصلح خير من الفرقة، أو من النشوز والإعراض وسوء العشيرة، أو الصلح خير من الخصومة في كلّ شيء» (٣).

وقال ابن هشام: «قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. فالصلح الأول خاصّ، وهو الصلح بين الزوجين، والثاني عامّ، ولهذا يستدلّ بها على استحباب كلّ صلح جائز» (٤).

فيظهر أنّ وجه الاستدلال بها قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، فإنّه لفظ عامّ يقتضي أنّ الصلح الذي تسكن إليه النفوس ويزول به الخلاف خير من الخصومة والفرقة على الإطلاق. ويدلّ عليه الإتيان بالاسم الظاهر، دون الضمير.

ومنها: قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (٥).

ومنها: قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾ (٦).

ومنها: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ (٧).

(١) النساء / ١٢٨. (٢) مجمع البيان ٣: ٢٠٦. (٣) جوامع الجامع ١: ٤٤٦.

(٤) مغني اللبيب ٢: ٦٥٧. (٥) النساء / ٣٥. (٦) الأنفال / ٨. (٧) الحجرات / ٤٩.

ومنها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ قَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ﴾^(١).

ومنها: قوله تعالى: ﴿أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(٢).

ودلالاتها على مطلوبة الصلح المتعارف بين أهل العرف والعقلاء واضحة. نعم، في دلالة ما عدا الأول على الصلح العقدي تأمل.

الثاني: الروايات

وتدل عليها نصوص كثيرة رواها العامة والخاصة:

منها: قول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(٣).

ومنها: صحيح حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الصلح جائز بين الناس»^(٤).

ومنها: ما عن محمد بن علي بن الحسين، قال: «قال رسول الله ﷺ: البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(٥).

ومنها: ما عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه شيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(٦).

ومنها: ما عن عبد الرحمن بن الحجاج وداود بن فرقد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألتناه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام، فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه

(٢) النساء / ١٤.

(١) الحجرات / ٤٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٥٥، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١؛ عوالي اللئالي ١: ٢١٩؛

سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٨؛ سنن أبي داود ٢: ١٦٣؛ سنن الترمذي ٢: ٤٠٣؛ المستدرک ٤: ١٠١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ٢.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ٣.

وارثهم ووكيلهم، فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرئه ممّا كان، أبراء منه؟ قال: «نعم»^(١).

ومنها: ما ورد في فضل الصلح واستحبابه^(٢)، وفي بعض الروايات أن الصلح أفضل من عامّة الصلاة والصيام^(٣).

فيستفاد من هذه الروايات أيضاً مطلوبيّة الصلح والتسالم في كلّ مورد إلّا ما إذا كان الصلح موجباً لتحليل الحرام أو تحريم الحلال.

الثالث: العقل

لا شكّ في استقلال العقل بحسن الصلح في الجملة، ضرورة أن الصلح والسداد والتسالم على أمر - من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط حقّ أو ثبوته أو غير ذلك بين الناس - ممّا يستقلّ العقل بحسنه، بل هو محبوب في فطرة الإنسان، بل كلّ ذي شعور، كما أن الفساد والاختلاف والتخاصم ممّا يستقلّ العقل بقبحه. فبقاعدة الملازمة تثبت مطلوبيّة الصلح.

الرابع: الإجماع

وقد يستدلّ عليها بإجماع المسلمين، قال الشيخ في المبسوط وابن إدريس في السرائر: «وعليه إجماع المسلمين»^(٤)، بل قال العلامة في المختلف: «بغير خلاف من محصّل»^(٥).

ولكن التحقيق أن هذا الإجماع ليس من الإجماع المصطلح الكاشف عن قول المعصوم، لكونه مدركيّاً ومستنداً إلى الآيات والروايات أو العقل والفطرة.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٧، الباب ٦ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٦١، الباب ١ من أبواب كتاب الصلح.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٣، الباب ١ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ٦.

(٤) المبسوط ٢: ٢٨٨، السرائر ٢: ٦٤.

(٥) المختلف ٨: ٤٠١.

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور

الأمر الأول: الصلح عقد مستقلّ

ويقع الكلام في أنّ الصلح هل هو عقد مستقلّ برأسه، فيكون له أحكام خاصّة، أو هو فرع من فروع العقد المستقلّ الذي أفاد الصلح فائدته، فيكون فرع البيع ويترتب عليه أحكامه فيما إذا أفاد فائدة البيع، ويكون فرع الهبة ويترتب عليه أحكامها فيما إذا أفاد فائدتها وهكذا؟

ذهب الشيخ الطوسي في المبسوط إلى الثاني، فقال: «الصلح ليس بأصل في نفسه، وإنّما هو فرع لغيره. وهو على خمسة أضرب: أحدها: فرع البيع. وثانيها: فرع الإبراء. وثالثها: فرع الإجارة. ورابعها: فرع العارية. وخامسها: فرع الهبة»^(١). ومراده أنّ الصلح ليس عقداً مستقلاً في نفسه، بل هو فرع على عقد البيع فيما إذا تضمّن تملك عين بعوض، وفرع على عقد الهبة فيما إذا تضمّن تملك عين بلا عوض، وفرع على عقد الإجارة فيما إذا تضمّن تملك منفعة بعوض، وفرع على عقد العارية فيما إذا تضمّن تملك منفعة بلا عوض، وفرع على الإبراء فيما إذا تضمّن إسقاط حقّ.

وفيه: أنّ الصلح وإن أفاد فائدة بعض العقود، كالبيع والهبة وغيرهما، ولكن مجرد إفادة عقد فائدة عقد آخر لا يستلزم اتّحادهما ذاتاً.

مضافاً إلى أنّه قد يوجد في النصوص الواردة في باب الصلح ما لا ينطبق على البيع ولا على الإجارة ولا على الهبة ولا على الإبراء ولا على العارية، كما روي في الصحيح عن الصادقين عليهما السلام أنّهما قالَا - في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد

منهما: لك ما عندك ولي ما عندي - : «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(١). ومعلوم أن مورد هذه الرواية لا ينطبق على البيع؛ لكون العوضين مجهولان من حيث المقدار. ولا على الهبة غير المعوضة؛ لعدم كونه إعطاءً مجّاناً. ولا على الهبة المعوضة؛ لعدم الاشتراط. ولا على العارية؛ لأنّه ليس تسليطاً مجّاناً. ولا على الإجارة؛ لأنّه ليس تملك منفعة بل يكون تملك عين. ولا على الإبراء؛ لأنّ الظاهر من قوله: «لكلّ منهما طعام عند صاحبه» وقوله: «لا يدري لكلّ منهما كم له عقد صاحبه» وقوله: «لك ما عندك ولي ما عندي» أن مورد الرواية العين، لا الدين، وإلاّ يقال: «لكلّ واحد منهما طعام على صاحبه ولا يدري كم له على صاحبه، فقال كلّ واحد منهما: لك ما عليك ولي ما عليّ».

مع أنّ المنشأ في المعاملات الخمس - أي الإبراء والبيع والهبة والإجارة والعارية - هو عنوان الإسقاط في الأوّل وعنوان التملك في غيره، غاية الأمر وقع التسالم على الإسقاط أو التملك من الطرفين. بخلاف مورد هذه الرواية، فإنّ المنشأ فيها هو نفس عنوان الصلح والتسالم، غاية الأمر أنّ متعلّق التسالم قد يكون ما أفاد البيع وقد يكون ما أفاد غيره، فكم فرق بين المنشأين؟ وحيث إنّ المنشأ فيه مختلف مع المنشأ في سائر العقود فلا يصحّ إطلاق تلك العناوين عليه.

فالتحقيق: أنّ الصلح معاملة مستقلة ولا يتّبع غيره في الأحكام، كما ذهب إليه أكثر الأصحاب، بل قد يدّعى الإجماع عليه، فقال العلامة: «مسألة الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه، ليس فرعاً على غيره، بل هو أصل في نفسه، منفرد بحكمه، ولا يتّبع غيره في الأحكام»^(٢). وهذا ما يقتضيه ظواهر أدلّة جواز الصلح، مضافاً إلى أنّ الأصل في كلّ معاملة استقلالها وأصالتها.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب الصلح، الحديث ١.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٦.

الأمر الثاني: صحة الصلح مع الإقرار والإنكار

إنّ الصلح يصحّ مع إقرار المدّعي عليه بما يدّعيه المدّعي، كما يصحّ مع إنكاره لما يدّعيه المدّعي.

أمّا مع إقراره: فلاّنه يثبت عليه ما يدّعي المدّعي من جهة إقراره، فيصالح المدّعي عن حقّ ثابت له بمال.

وأمّا مع إنكاره: فلا يخلو: إمّا أن يكون كاذباً في إنكاره، وإمّا أن يكون صادقاً فيه. فإن كان كاذباً فيكون في الواقع عليه شيء ويكون الصلح صحيحاً واقعاً؛ حيث يكون المصالحة على ذلك المال الذي عنده أو في ذمّته واقعاً. وإن كان صادقاً في إنكاره - بمعنى أن لم يكن عليه شيء، لا عيناً ولا ديناً - فحينئذٍ لا يكون شيء في البين يقع الصلح عليه كي يكون الصلح صحيحاً واقعاً، ولكنّه صحيح ظاهراً، كما أفاد صاحب الجواهر وقال: «وكيف كان فلا خلاف بيننا في أنّه يصحّ مع الإقرار والإنكار، بل الإجماع يقسميه عليه، مضافاً إلى العمومات. نعم، المراد من الصحة - مع الإنكار - الظاهرية؛ بمعنى أنّه يجري عليه حكم الصحة ظاهراً، لا في نفس الأمر»^(١).

ثمّ قال: «قلت: قد يناقش في الصحة ظاهراً في الأوّل بأنّها غير متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً، سواء كان المدّعي أو المنكر، والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر، فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع؟ اللهمّ إلا أن يدّعي أن مبنّى شرعية الصلح على ذلك، فيحكم حينئذٍ بالصحة عليه ظاهراً مادام الواقع مشتبهاً ولم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنّه يجوز للمصالح - بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر، ولذا لو انكشف

الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً^(١).
وثمرّة الصلح الظاهرية أنّه يحلّ للمصالح له التصرف فيما أخذه بعنوان مال
المصالحة، ولا يحلّ للمدعي الكاذب التصرف فيما أخذه بهذا العنوان، بل يجب
عليه ردّ ما أخذه.

ثمّ أنّه لا شكّ في وجوب ردّ تمام ما أخذه بعنوان مال المصالحة فيما إذا
لم يملك المال. وإنّما الكلام في أنّه إذا كان يملك بعضه فهل يجب على المدعي
الكاذب ردّ تمام ما أخذ بعنوان مال المصالحة أو يجب ردّ ما لم يكن مالاً له أو
لا يجب ردّ شيء ممّا أخذه؟

الحقّ أنّ الصلح باطل، فلا يحلّ للمدعي أن يتصرّف في المال بعنوان مال
المصالحة، لا فيما يملكه ولا فيما لا يملكه؛ والوجه في ذلك أنّ ما قصد لم يقع
وما وقع لم يقصد. بيان ذلك: أنّ ما قصد من عقد الصلح بين المدعي والمنكر هو
التسالم على انتقال هذا المال كلّّه إلى المدعي بعنوان مال المصالحة، والتسالم
عليه كذلك يتوقّف على رضا الطرفين، ولا شكّ أنّ المدعي عليه إنّما رضي بانتقال
هذا المال كلّّه إلى المدعي الذي يعتقد أنّ هذا المال كلّّه له في قبال التجنّب عن
اليمين، وأمّا فيما إذا كان المدعي كاذباً - بمعنى أنّه يعلم أنّ هذا المال نصفه
للمدعي عليه - فلم يرض بانتقاله إليه، بحيث لو أقرّ المدعي قبل المصالحة بعدم
كون نصفه ملكاً له لم يعط كلّ المال إليه، وعليه فما قصد من عقد الصلح - من
التسالم على انتقال كلّ المال إلى المدعي عليه الذي يعتقد أنّ كلّّه له - لم يقع،
وما وقع - من انتقال كلّ المال إلى المدعي الذي يعلم أنّ نصفه للمدعي عليه -
لم يقصد، والعقود تابعة للقصود، فلا يصحّ له التصرف في هذا المال بعنوان مال
المصالحة.

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢١٣ و ٢١٤.

نعم، يحلّ له أن يتصرّف فيما يملكه بعنوان أنّه ماله، لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم. وعليه فيجب على المدّعي أن يردّ نصف المال - أي ما لا يملكه - إلى المدّعي عليه، لأنّ استيلاؤه عليه بلا سبب. وأمّا ما يملكه فلا يجب ردّه إليه؛ لأنّه ملكه في الواقع، وإن أخذه بعنوان مال المصالحة.

ومن هنا يظهر فساد ما ذهب إليه المحقّق البجنوردي من وجوب ردّ تمام ما أخذ بعنوان مال المصالحة^(١)، وذلك لأنّه يستلزم ضمان المالك بالنسبة إلى مال نفسه، وهو فاسد جدّاً.

الأمر الثالث: استثناء ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً

قد مرّ أنّ القاعدة مركّبة من المستثنى والمستثنى منه. ومرّ أيضاً بيان مفاد المستثنى منه ووعدنا بيان المستثنى في الجهة الثالثة، فنقول: إنّ الصلح نافذ بين الناس في كلّ مورد إلّا فيما إذا كان مفاده لزوم ارتكاب محرّم، كالصلح على شرب الخمر أو الزنا أو البيع الربوي أو استرقاق الحرّ وغير ذلك من المحرّمات، أو كان مفاده لزوم ترك حلال، كالصلح على أن لا يطأ حليته أو لا يملك عبده أو لا ينتفع بماله وغير ذلك ممّا أحله الله له.

والدليل على الاستثناء هو النبوي والروايات المتقدّمة التي صريحة في استثناء صلح أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً.

الأمر الرابع: جواز الصلح مع جهل الطرفين بما يصطلحان عليه

إنّ الصلح نافذ مع علم الطرفين أو جهلهما بالمقدار أو الجنس الذي يقع الصلح عليه، فإذا لم يعلم الشريكين مقدار ما يملكه من المال المشترك فيجوز لهما

(١) القواعد الفقهيّة (للبنوردي) ٥: ١٣.

أن يصطلحا على حصّتهما من ذلك المشترك.
ويدلّ عليه أمران:

الأوّل: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(١). فإنها صريحة في نفوذ الصلح مع جهلهما بمقدار ما يصلحان عنه ويصطلحان عليه.

الثاني: إطلاقات أدلة جواز الصلح بين الناس، فإنّ قوله تعالى: ﴿الصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(٢)، وقوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين»^(٣) وقوله عليه السلام: «الصلح جائز بين الناس»^(٤) مطلقات تشمل الصلح في كلتا حالتَي علمهما وجهلهما بالمقدار أو الجنس، فعدم الصحة في إحدى الحالتين يحتاج إلى دليل مقيد للإطلاقات. ولا مجال للاستدلال عليه بالإجماع، حيث كان الإجماع مدركياً ومستنداً إلى الروايات المتقدمة.

الأمر الخامس: الصلح عقد لازم

قال المحقق في الشرائع: «وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه إلّا أن يتفقاً على فسخه»^(٥). ومراده أنّ الصلح عقد لازم لا ينحلّ إلّا بالإقالة؛ والدليل عليه أصالة اللزوم التي يدلّ عليها قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٦)، فإنّ الصلح من

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٥، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١.

(٢) النساء / ١٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ١٥٥، الباب ١ من أبواب آداب القاضي، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب كتاب الصلح، الحديث ١.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٢١.

(٦) المائدة / ١.

العقود، فيشملة عموم الآية.

والمراد من اللزوم في المقام هو اللزوم الحقيقي؛ بمعنى التزام كل واحد من الطرفين بالوفاء بمضمون عقد الصلح، فإنحلاله بالإقالة لا ينافي اللزوم: بخلاف اللزوم الحكمي الذي عبارة عن حكم الشارع بلزوم العقد وعدم قدرة أحد على حله، فإنه ينافي الإقالة، لأن اللزوم حينئذٍ حكم شرعي ليس مربوطاً بالطرفين كي يقل كل واحد منهما صاحبه.

الأمر السادس: بطلان الصلح على ما لم يصل إلى المصالح

لو ظهر أن أحد العوضين ممّا وقع الصلح عليه ليس للمصالح بل يكون للغير، أو يكون ممّا لا يملك، كالخمر والخنزير وغيرهما، أو يكون ممّا لا مآل له عرفاً أو شرعاً، فهل يكون الصلح باطلاً أو لا؟
التحقيق أنه باطل؛ لأنّ المفروض أنّ المنشأ بالصلح هو التسالم والموافقة على أمر بعوض يصل إلى المصالح، فإذا لم يصل إليه شيء فقد تخلّف ما وقع عمّا هو مقصود الطرفين، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، والعقود تابعة للقصد.
هذا فيما إذا كان جميع أحد العوضين كذلك. وأمّا لو كان بعض أحدهما المعين -الذي وقع عوضاً في الصلح- للغير أو كان ممّا لا يملك فهل الصلح باطل في المجموع أو يكون باطلاً في النصف الآخر الذي ليس له أو لا يملك؟
قد تقدّم في الأمر الثاني أنّ الصلح باطل في المجموع، لأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، والعقود تابعة للقصد.

الأمر السابع: أقسام متعلّق الصلح

إنّ متعلّق الصلح على أقسام:

الأوّل: الصلح على العين بالعين.

- الثاني: الصلح على العين بالمنفعة.
- الثالث: الصلح على العين بالإبراء من الدين.
- الرابع: الصلح على العين بحق.
- الخامس: الصلح على المنفعة بالمنفعة.
- السادس: الصلح على المنفعة بالعين.
- السابع: الصلح على المنفعة بالإبراء عن الدين.
- الثامن: الصلح على المنفعة بالحق.
- التاسع: الصلح على الإبراء عن الدين بالعين.
- العاشر: الصلح على الإبراء عن الدين بالمنفعة.
- الحادي عشر: الصلح على الإبراء عن الدين بالإبراء عن الدين.
- الثاني عشر: الصلح على الإبراء عن الدين بإسقاط الحق أو نقله.
- الثالث عشر: الصلح على إسقاط الحق أو نقله بالعين.
- الرابع عشر: الصلح على إسقاط الحق أو نقله بالمنفعة.
- الخامس عشر: الصلح على إسقاط الحق أو نقله بالإبراء عن الدين.
- السادس عشر: الصلح على إسقاط حق أو نقله بإسقاط حق آخر أو نقله.
- السابع عشر: الصلح على العين بلا عوض.
- الثامن عشر: الصلح على المنفعة بلا عوض.
- التاسع عشر: الصلح على إبراء الدين بلا عوض.
- العشرون: الصلح على إسقاط حق أو نقله بلا عوض.
- وهذه الصور كلّها جائزة ونافذة، لعمومات الصلح وإطلاقاته، كقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين - أو بين الناس - إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

ولا يخفى: أن الحقوق على أقسام:

الأول: ما علم بالإجماع والضرورة أنه غير قابل للسقوط والنقل، لا بصلح

ولا بغيره، كحق البضع والمضاجعة وغيرهما.

الثاني: ما علم قبوله للإسقاط أو النقل، كالحقوق الماليّة، من حق الخيار وحقّ

الشفعة وحق الرهانة ونحوها.

الثالث: ما هو مشكوك السقوط والنقل وعدمهما، كحق الأبوة وحق الحضانة

وحق القسمة للزوجات وحق الولاية وحق التولية وحق رجوع الزوج وحقّ

الفسخ في نحو الشركة والمضاربة وحقّ العزل في الوكالة وغيرها من الحقوق التي

شكّ في قبولها السقوط أو النقل.

أمّا القسم الأول: فلا شكّ في عدم صحّة الصلح عليه أو به؛ لعدم وقوع ما قصد

بالصلح من إسقاط الحقّ أو نقله.

وأمّا القسم الثاني: فلا شكّ في صحّة الصلح عليه أو به؛ لعدم دليل على

خروجه عن تحت العمومات والإطلاقات.

وأمّا القسم الثالث: فهو محلّ الخلاف، فهل يشمله عمومات وإطلاقات جواز

الصلح أم لا؟ وبعبارة أخرى: فهل يصحّ الصلح على حقّ شكّ في أنّه قابل للنقل أو

الإسقاط أو يحتاج إلى الإحراز؟ فيه وجهان:

الأول: ما ذهب إليه صاحب العناوين من صحّة الصلح في مقام الشكّ، فقال:

«فيمكن أن يقال: إنّ الصلح أمر عرفيّ، وهو قطع النزاع، أو إسقاط المطالبات، أو

تمليك ما يقصد تمليكه في الأعيان والمنافع، وليس له حقيقة جديدة توجب

الإجمال. ولا ريب أنّ المفرد المحلّي باللام إمّا موضوع للطبيعة - كما عليه

المحققون - والأحكام تتعلّق بالطبائع على المختار، فيكون حكم الجواز ثابتاً على

الطبيعة المستلزمة لسريانه إلى الأفراد كافّة، سيّما مع حذف المتعلّق القاضي

بالعموم في أغلب المقامات. وإما أنه ليس موضوعاً لها، أو لا يجوز تعلّق الأحكام بالطبائع، فإما أن يراد منه جميع الأفراد فهو المطلوب، أو الفرد المعين ولا قرينة عليه، أو الفرد المنتشر وهو مستتبع في كلام الحكيم في مقام البيان، لعدم الفائدة، فلا إشكال في إفادته العموم.

فنقول: كلّ مقام شكّ في جواز الصلح عليه وعدمه نتمسك بعموم جواز الصلح إلا ما خرج بالدليل»^(١).

الثاني: ما ذهب إليه المحقّق البجنوردي من القول بعدم صحّة الصلح في مقام الشكّ، فقال: «الظاهر عدم الصحّة ولزوم الإحراز. وذلك من جهة أنّه لا بدّ من إحراز مشروعيّة متعلّقه، وذلك للاستثناء الذي في قوله ﷺ: «إلا صلحاً أحلّ حراماً...». فبعد هذا الاستثناء يقيّد موضوع ما هو جاز ونافذ بالصلح على أمر مشروع، فإذا شككنا أنّ الحقّ الفلاني مشروع نقله أم لا؟ فلا يجوز التمسك لجوازه ونفوذه بإطلاقات أدلّة الصلح. *مركز تحقيق كتب التراث*

فلو شككنا في أنّ حقّ السبق في الوقف من الأوقاف العامّة - كما إذا سبق شخص إلى مكان في أحد المساجد أو في الحرم الشريف أو إلى مكان في خانات الوقف بين الطرق على المسافرين أو غير ذلك - هل قابل للنقل أو قائم بشخص سابق؟ فالصلح على نقل مثل ذلك الحقّ مشكل، ولا يشمل عمومات وإطلاقات أدلّة الصلح، لمكان ذلك الاستثناء»^(٢).

والحقّ عدم نفوذ الصلح، لا لوجود ذلك الاستثناء، فإنّ غاية ما دلّ عليه الاستثناء هو أنّ الصلح إذا أدّى إلى تحريم شيء أو تحليل شيء فهو غير نافذ، وأمّا إذا لم يؤدّ إلى أحدهما بالقطع أو كان إدّائه إلى أحدهما غير معلوم فالاستثناء بالنسبة إليهما ساكت، بل عموم المستثنى منه يشمل كلتا الصورتين ويحكم بالنفوذ

(٢) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٥: ٢٦ - ٢٧.

(١) العناوين ٢: ٢٢٧ - ٢٢٨.

فيهما. بل الوجه في عدم نفوذ الصلح هاهنا أنه قد مرّ أن الصلح عبارة عن التسالم على أخذ شيء بإسقاط حقّ أو نقله، ولا شكّ أن التسالم على شيء بإسقاط حقّ أو نقله يتفرّع على ثبوت الشيء وإمكان إسقاط الحقّ أو نقله، فإذا شكّ في إمكان إسقاط حقّ أو نقله يرجع الشكّ إلى ثبوت التسالم وصدقه - فيما إذا كان الحقّ قابلاً للإسقاط أو النقل - وعدم ثبوته وصدقه - فيما إذا لم يكن كذلك -، فنشكّ في أنّه هل يكون هذا الحقّ قابلاً للإسقاط أو النقل كما يحصل التسالم على شيء بإسقاط الحقّ أو نقله، فيكون صلحاً ونافاً في انتقال العين وانعدام الحقّ أو نقله إلى الغير، أو لا يكون كذلك، فلا يصدق على هذه الموافقة التسالم على شيء بشيء؟ فيكون الشبهة من الشبهات المصدّقية، وكان التمسك بعموم جواز الصلح من التمسك بالعمومات في الشبهة المصدّقية، وقد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدّقية.

والحاصل: أن الصلح على الحقوق التي شكّ في أنّها قابل للإسقاط أو النقل أم لا، مشكل جداً.

الأمر الثامن: الإيجاب والقبول

لا يعتبر في الصلح صيغة خاصّة، بل يقع بكلّ لفظ أفاد التسالم والتراضي على أمر عند العرف.

نعم، اللفظ الصريح في إفادة هذا المعنى وما هو الدائر في الألسن هو «صالحت» من طرف الإيجاب، وهو يتعدّى إلى المفعول الأوّل بنفسه وإلى المفعول الثاني بـ (عن) أو (على)، فيقول: «صالحتك عن الدار بكذا»، فيقول المصالح: «قبلت المصالحة» أو «اصطلحتها بكذا».

الأمر التاسع: الصلح الربوي

قد وقع الخلاف في أن الربا الذي لا شك في حرمة هل هو مختص بالبيع والقرض أم يأتي في سائر المعاوضات؟ وعلى الثاني هل يأتي في مطلق المعاوضات أو يأتي في بعضها دون بعض؟

التحقيق: - كما يأتي في قاعدة «لا ربا إلا فيما يكال أو يوزن» في المرحلة الثانية - أن الآيات وأكثر الروايات الدالة على حرمة الربا والروايات الدالة على حكمة حرمة كلها مطلقة، وتدل بإطلاقها على حرمة الزيادة في كل معاوضة، إلا إذا جاء دليل على التقييد في مورد. فدعوى اختصاص الآيات والروايات بالزيادة في البيع والقرض فقط دعوى بلا دليل. وعليه فلو كنا نحن وإطلاق أدلة حرمة الربا نحكم بحرمة الربا في الصلح أيضاً.

ولكن ورد في الصلح رواية صحيحة تدل بإطلاقها على جواز المصالحة حتى مع العلم بمفاضلة أحد ما وقع عليه الصلح. فقد روي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال - في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي - : «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(١).

دلّت هذه الصحيحة على جواز المصالحة لدى جهل كل من الطرفين بمقدار ماله عند الآخر، وإطلاقه يقتضي الشمول لصورة العلم بزيادة أحدهما بعينه وإن كان مقدار الزيادة مجهولاً، فتدل على جواز الربا في الصلح، فتكون هذه الصحيحة مقيدة لإطلاقات أدلة حرمة الربا، فإنها تدل على أن المناط في الجواز ليس إلا طيبة النفس والتراضي بأي وجه اتفق، فيستفاد منها التعميم في الجواز من كل جهة وفي كل مورد إلا ما خرج بالدليل.

(١) وسائل الشريعة ١٣: ١٦٥، الباب ٥ من أبواب الصلح، الحديث ١.

وأما دعوى انصراف الصحيحة عن فرض العلم بالزيادة والجهل بمقدارها فلو سلّم فهو من الانصرافات البدوية التي لا اعتبار بها. نعم، الأحوط في مثل المقام أن يهب كلّ منهما ماله مجّاناً إلى صاحبه أو يتصالحا على إسقاط ما بينهما من الحقّ إن كان في الواقع.

الجهة الرابعة: في التطبيقات

ويطبّق القاعدة على فروع كثيرة فقهية في باب الصلح: منها: أنّه قال في الغنية: «ومن ادّعى على غيره مالاً مجهولاً، فأقرّ له به وصالحه به على مال معلوم، صحّ الصلح، لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، لأنّه لم يفرق، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين»...»^(١). ومنها: أنّه قال في السرائر: «إذا وجبت الشفعة وصالحه المشتري على تركها بعوض، صحّ وبطلت الشفعة، لأنّ الصلح جائز بين المسلمين»^(٢). ومنها: أنّه يصحّ الصلح على مجرّد الانتفاع بعين أو فضاء، كأن يصالح على أن يسكن داره أو يلبس ثوباً له مدّة، أو على أن يكون جذوع سقفه على حائطه، أو يجري مائه على سطح داره أو بستانه، أو على أن يكون ميزابه على عرصة داره، أو يكون الممرّ والمخرج من داره، أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه. وذلك كلّ لقاعدة «الصلح جائز».

ومنها: أنّ الصلح صحيح إذا تعلّق بعين أو منفعة أفاد انتقالهما إلى المصالح، سواء كان مع العوض أو بدونه. وكذا إذا تعلّق بدين على غير المصالح له أو حقّ قابل للانتقال، كحقيّ التحجير والاختصاص؛ وإذا تعلّق بدين على المتصالح أفاد سقوطه. وكذا إذا تعلّق بحقّ قابل للإسقاط غير قابل للنقل، كحقّ الشفعة. وذلك كلّ

لقاعدة «الصلح جائز».

ومنها: الصلح عن الحقوق القابلة للإسقاط كحق الشفعة وحق الخيار، أو القابلة للنقل والانتقال كحق التحجير وحق الاختصاص، جائز، لقاعدة «الصلح جائز». وأما الحقوق التي لا تسقط ولا تقبل النقل والانتقال كحق البضع للزوج وحق العزل الثابت للموكل ونحوهما، فلا يصح الصلح عليها؛ لعدم وقوع ما قصد بالصلح من إسقاط الحق أو نقله. وكذا لا يصح الصلح على الحقوق التي شك في أنها قابل للإسقاط والنقل أم لا؛ لما مر من رجوع الشك فيه إلى الشك في الشبهة المصدقية التي قد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام فيها، فلا يجوز التمسك بعموم جواز الصلح فيها.

ومنها: أنه يصح الصلح عن دين بدين حاليين أو مؤجلين أو باختلاف، متجانسين أو مختلفين، سواء كان الدينان على شخصين أو شخص واحد، لقاعدة «الصلح جائز».

ومنها: أنه لو تلف على شخص ثوباً قيمته درهم - مثلاً -، فصالحه على درهمين أو أقل أو أكثر، يجوز ذلك، لقاعدة «الصلح جائز».

الفصل السادس عشر

في القواعد المختصة بباب الشركة



وفيه قاعدتان:

- ١ - قاعدة لا شركة إلا في الأموال.
- ٢ - قاعدة كل ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها، وكل ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها.

القاعدة الأولى

قاعدة لا شركة إلا في الأموال

من القواعد التي يطبق عليها كثير من فروع باب الشركة هي «قاعدة لا شركة إلا في الأموال». وفيها جهات من البحث:



الجهة الأولى: في بيان مفادها

وتوضيح مفادها يتوقف على بيان أمور:

الأول: تعريف الشركة

الشركة في اللغة هي الخلط والاختلاط^(١).

وأما في الاصطلاح فالمشهور أن الشركة عبارة عن اجتماع حقوق الملاك

في الشيء الواحد على سبيل الشيع^(٢).

وقد يذكر لها تعاريف أخرى:

منها: أن الشركة عبارة عن امتزاج المالين بحيث لا يتميَّزان^(٣).

ومنها: أن الشركة تطلق على معنيين، أحدهما: اجتماع حقوق الملاك في

(١) تاج العروس ٧: ١٥٠، مختار الصحاح: ١٠٣، لسان العرب ١٠: ٤٤٨.

(٢) شرائع الإسلام ٤: ٣٧٤، المختصر النافع: ١٤٦، كشف الرموز ٢: ٨، قواعد الأحكام ٢:

٣٢٦، المهذب البارع ٢: ٥٤١. (٣) جامع المقاصد ٤: ٣٨٣.

الشيء الواحد على سبيل الشيع. وثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع فيه^(١).

ومنها: أن الشركة عبارة عن اختصاص كل من الشخصين فصاعداً بجزء معين من المال الممزوج بحسب الواقع^(٢).

ومنها: أنها عبارة عن اختصاص كل من الشريكين فصاعداً بمفهوم متعلق بالعين المشاعة منتشر في أفرادها المتصورة انتشار الكلّي في أفرادها^(٣).

ومنها: أنها عبارة عن مالكيّة كل من الشريكين فصاعداً لجزء من أي جزء فرض من العين المشتركة في الخارج إلى أن ينتهي إلى جزء لا يقبل التجزئة^(٤).

والتحقيق: أنه ليس للفقهاء اصطلاح خاص في مقابل العرف، بل هي من المفاهيم العرفيّة، ولعلّه ليس من تعريفها في كلام القدماء عين ولا أثر. وهي في العرف عبارة عن رفع حق الاختصاص بثبوت حق شخصين فصاعداً بالنسبة إلى شيء واحد على نحو الإشاعة. والشركة بهذا المعنى أمّا عقديّة وإمّا غير عقديّة.

أمّا غير العقديّة فقد تكون قهرية، كما في المال أو الحق أو المنفعة الموروثة، وقد تكون اختيارية، كما إذا أحياى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفراً بئراً، أو اقتلعا شجراً، وكما إذا مزجا المتجانسين.

وأمّا العقديّة فكما إذا انشأ كل من الشخصين فصاعداً شريك الآخر أو الآخرين في ماله.

الثاني: الأقسام المتصورة في الشركة العقديّة أربعة

الأول: شركة العنان^(٥): وهي شركة الأموال؛ بأن يمتزج المالين أو الأموال

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣٠١. (٢ - ٤) راجع كتاب القضاء (الآشتياني): ٢٩٤ - ٢٩٥.

(٥) قال في المبسوط ٢: ٣٤٧: «وإنما سميت شركة العنان لأنهما يتساويان فيهما ويتصرفان»

بحيث لا يتميز حق الملاك، فيشارك المالكين أو الملاك في الربح والخسران على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً.

الثاني: شركة الأبدان «شركة الأعمال»: وهي بأن أوقع العقد إثنان - مثلاً - على أن تكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما، وإن زاد عمل أحدهما على الآخر.

الثالث: شركة المفاوضة: وهي أن يعقد إثنان - مثلاً - على أن يكون كل ما يحصل لكل منهما - من ربح تجارة أو فائدة زراعة أو اكتساب أو إرث أو غرامة وخسارة - مشتركاً بينهما، فيقول أحدهما: «اشتركنا شركة المفاوضة»، ويقول الآخر: «قبلت».

الرابع: شركة الوجوه: وفي تفسير شركة الوجوه أقوال: أحدها: أن شركة الوجوه أن يوقع العقد إثنان - مثلاً - وجيهان عند الناس، لا مال لهما، على أن يتناع كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ذلك بينهما، فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح مشتركاً بينهما.

الثاني: أن يشترك وجيه لا مال له مع خامل له مال، فيكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، والربح بينهما.

الثالث: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون له بعض الربح. والمعروف هو التفسير الأول.

→ فيهما بالسوية، كالفارسين إذا سيرا دأبتيهما وتساويا في ذلك، فإن عنايتهما حال السير سواء. قال الفراء: هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض، يقال: عنت لي حاجة أي: عرضت. فسمي به الشركة لأن كل واحد منهما قد عن له أن يشارك صاحبه: أي عرض له. وقيل: إنه مشتق من المعانة، يقال: عانت فلاناً أي: عارضته بمثل ماله ومثل فعالة، وكل واحد من الشريكين يخرج في معارضة صاحبه بماله وتصرفه فيخرج مالا مثل مال صاحبه وينصرف كما ينصرف صاحبه، فسميت بذلك شركة العنان. وهذا الأخير أصلح ما قيل فيه.

الثالث: اعتبار الامتزاج

قال المحقق: «ويصحّ مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر»^(١).

وقال صاحب الرياض: «ولا تصحّ الشركة في الأموال إلا مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر بأن يتّفقا في الوصف زيادة عن الاتّفاق في الجنسيّة، بلا خلاف فيه عندنا، بل عليه في الغنية، وعن الخلاف والسرائر والتذكرة إجماعاً»^(٢).

وقال في العروة: «يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقديّة - مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه - امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً بحيث لا يتميّز أحدهما من الآخر»^(٣).
ولكن التحقيق: يستدعي البحث عن اعتباره بحسب الأصل تارةً، وبحسب الأدلّة الدالّة على جواز الشركة أخرى، وبحسب كلمات الأصحاب ثالثةً.
أمّا الأوّل: فمقتضى الأصل عدم اعتبار الامتزاج بعد صدق الشركة عرفاً بمجرد كون الشيئين واحداً بالوحدة الاعتباريّة العرفيّة التي تختلف بحسب الأشياء والأزمان.

وأما الثاني: فليس في الروايات الدالّة على جواز الشركة لفظ «الامتزاج».
منها: صحيحة ابن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعة؟ قال عليه السلام: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»^(٤).

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه فقال: يا فلان! أنقد عني هذه

(١) المختصر النافع: ١٤٦. (٢) رياض المسائل ٩: ٥٥. (٣) العروة الوثقى ٥: ٢٧٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٧٤، الباب ١ من أبواب الشركة، الحديث ١.

الدابة والريح بيني وبينك، فنقد عنه، فنفتت الدابة؟ قال عليه السلام: «ثمنها عليها، لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما»^(١).

ومنها: صحيحة ابن عمّار، قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام لرجل يدلّ الرجل على السلعة، فيقول: اشتريها ولي نصفها، فيشتريها الرجل وينقد ماله. قال عليه السلام: «له نصف الربح». قلت: فإن وضع يلحقه من الوضعية شيء؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضعية كما أخذ الربح»^(٢).

فهذه الروايات مطلقات تدلّ على صحة أصل الشركة وما يترتب عليه من الأحكام، ومقتضى إطلاقها كفاية الصدق العرفي في تحقق الشركة، والإنصاف أنّها تصدق على رفع الاختصاص وسقوطه بعد كون الشئيين فصاعداً واحداً بالوحدة العرفية الاعتبارية، ولو لم تكن الامتزاج، فضلاً عن كونهما متجانسين.

وأما الثالث: فالتحقيق أنّه ليس في كلام القدماء من لفظ «المزج» أو «الامتزاج» عين ولا أثر^(٣)، ففي دعوى الإجماع على اعتبار الامتزاج تأمل. نعم، في كلماتهم دعوى اعتبار الاختلاط وهو أعمّ من الامتزاج.

قال الشيخ في الخلاف: «وخلطة الأعيان هي الشركة المشاعة بينهما، مثل أن يكون بينهما أربعون شاة مشتركة مشاعة، أو ثمانون شاة، فهذه شركة أعيان»^(٤). وقال في موضع آخر من كلامه: «لا تنعقد الشركة إلا في مالين مثلين في جميع صفاتهما، ويخلطان»^(٥).

وقال في المبسوط: «فإذا أخرج كلّ واحد منهما من جنس المال الذي

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٧٤، الباب ١ من أبواب الشركة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٧٥، الباب ١ من أبواب الشركة، الحديث ٤.

(٣) الشرايع ٢: ١٢٩ وقواعد الأحكام ٢: ٣٢٥.

(٤) الخلاف ٢: ٣٥.

(٥) الخلاف ٣: ٣٢٧.

أخرجه صاحبه ومن نوعه وصنفه، وعقدا عليهما عقد الشركة وخطا المالين انعقدتا الشركة»^(١).

وقال ابن البراج: «من حق الشركة اختلاط المالين»^(٢).

وقال ابن إدريس: «إذا خلطا اشتبه أحدهما بالآخر، وأن يخلطا حتى يصيرا مالاً واحداً»^(٣).

والحاصل: أنه إن كان المراد من شرط الامتزاج هو الخلط والامتزاج التام بين الشيئين كامتزاج الماء بالماء ودهن الجوز بدهن اللوز فدعوى الإجماع على اعتباره مردودة، كما مرّ. وإن كان المراد من الامتزاج هو الاختلاط الذي يوجب سقوط اختصاص المالكين أو الملاك بالنسبة إلى مالهما، بحيث يصير المالين عند العرف مالاً واحداً، فهو ممّا يمكن دعوى الإجماع على اعتباره، ولكنه لا يدلّ على اعتبار الامتزاج في الصحة، بل إنّما يدلّ على اعتبار الاختلاط الذي له مراتب متفاوتة بحسب الأشياء بل الأعصار والأمصار. وعليه فلا يعتبر في الشركة المزج الحقيقي الذي يوجب عدم تميّز المالين بالنظر الدقي، بل يعتبر فيه الخلط العرفي الذي يوجب صدق الشيء الواحد على الشيئين.

الرابع: المراد من الأموال

والمراد من الأموال ما يقابل الوجوه والأعمال. ومعقد إجماع العلماء - كما سيأتي - هو الأموال مطلقاً، فيشمل كلّ ما يصدق عليه المال. فالشركة العقدية قد تكون في الأعيان الخارجية التي لا شك في ماليتها، كالشركة في أربعين شاة على نحو الشباع، أو الشركة في المختلط من الحنطة والشعير على نحو الإشاعة؛ وقد

(٣) السرائر ٢: ٣٩٩.

(٢) جواهر الفقه: ٧٣.

(١) المبسوط ٢: ٣٤٧.

تكون في الديون، كما إذا كان لزيد دين على واحد وكان لعمر ودين على آخر، فأوقعا عقد الشركة بينهما ليكون كلّ من الدينين مشتركاً بينهما بالنصف - مثلاً - أو بالنسبة؛ وقد تكون في الحقوق، فإنّ بعض الحقوق أموال تبذل بأزائها الأثمان، كحقّ القصاص، وحقّ الشفعة، وحقّ تحجير الأرض وغيرهما؛ وقد تكون في منفعة، فإنّ المنفعة مال متقومّ بالعين، بدليل أنّه يجوز أخذ العوض عنها في الإجارة وتصلح مهراً في النكاح؛ وقد تكون في انتفاع، فإنّه أيضاً مال يبذل بأزائه الثمن.

وقد يشكل في جواز الشركة في غير الأعيان - من الديون والحقوق والمنافع - بعدم إمكان الامتزاج المعتبر في عقد الشركة، إذ لا معنى لامتزاج دين كلّ منهما بدين الآخر، ولا لامتزاج حقّ كلّ منهما بحقّ الآخر، ولا لامتزاج منفعة كلّ منهما بمنفعة الآخر.

وفيه: أنّ هذا ليس إلّا الجمود على لفظ الامتزاج الظاهر في مزج العين الخارجية، وليس في الأخبار ولا في كلمات كثير من الفقهاء لفظ الامتزاج، بل المنساق من معقد إجماعهم من اعتبار المزج والخلط هو سقوط اختصاص كلّ من الأشخاص بالنسبة إلى ماله بحيث يجتمع فيه أكثر من حقّ واحد، والخلط بهذا المعنى متصور في الديون والحقوق والمنافع أيضاً.

واستدلّ السيّد المحقّق الخوئي على عدم جواز الشركة في الديون بما ورد من نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين، فقال - على ما في تقارير بحثه - : «حقيقة الشركة هذه ترجع إلى تمليك كلّ من المتعاقدين حصّة ممّا له في ذمّة مدينه للآخر بأزاء تملكه له حصّة ممّا له في ذمّة مدينه، فهي في الحقيقة معاوضة بلفظ الشركة، وهي ممنوعة، لنهي النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين، فإنّ المنصرف منه هو النهي عن المعاوضة بالدين مطلقاً ومن غير اختصاص بعنوان البيع، كما يشهد له ما ورد في جملة من النصوص من النهي عن قسمة الدين، بأن يجعل تمام

ما في ذمة المدين الأول لأحد الورثة في قبال كون تمام ما في ذمة المدين الثاني للوارث الآخر، فإنها تؤكد منع الشارع المقدس عن تعويض الدين بالدين ومبادلتة بمثله تحت أي عنوان من العناوين كان»^(١).

وفيه: أولاً: أن حمل كلمة «البيع» في قوله ﷺ: «لا يباع الدين بالدين»^(٢) على مطلق المعاوضة التي تشمل البيع والصلح والشركة، حمل له على خلاف الظاهر جداً، ولذا لم أجد من فسر من الفقهاء قوله ﷺ: «لا يباع» بـ «لا يعوّض». فلا وجه لدعوى انصراف النهي عن بيع الدين بالدين إلى النهي عن المعاوضة بالدين مطلقاً.

وثانياً: أن في صدق المعاوضة على الشركة نظراً، فإن الشركة العقدية عبارة عن إنشاء رفع حق الاختصاص بالنسبة إلى شيء بقبول ثبوت الحق عن غيره، بحيث يصير الشيء أو الشيئين أو الأشياء مالاً واحداً لشخصين أو الأشخاص، وبه صرح المحقق الخوئي نفسه، حيث قال: «إن لفظ الشركة في كلمات الفقهاء مستعمل في معناه اللغوي وهو يقابل الاختصاص»^(٣). غاية الأمر أن رفع حق الاختصاص قد يكون مطلقاً، كما إذا شرك شخص فرداً آخر في ماله، وقد يكون مشروطاً برفع حق الاختصاص من جانب من شرك في ماله، وأننى هذا من معاوضة الدين بالدين أو بيع الدين بالدين الذي لا يتحقق إلا إذا جعل كل واحد من الديون في نفس العقد عوضاً عن الآخر - بمقتضى الباء -؛ بأن يقول: «بعت الدين الذي لي في ذمة فلان بالدين الذي لك في ذمة فلان»!

وأما النهي عن قسمة الدين فإنما يكون تعدياً، ولا دلالة له على النهي عن

(١) مستند العروة، كتاب المضاربة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣١: ١٨٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٦٤، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ٢.

(٣) مستند العروة، كتاب المضاربة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣١: ١٨١.

المفاوضة بالدين مطلقاً.

إذا عرفت هذه الأمور، فنقول:

المراد من قولنا: «لا» هو عدم الانعقاد.

والمراد من قولنا: «شركة» هو الشركة العقدية، وهي إنشاء رفع الاختصاص وسقوطه بالنسبة إلى مال أو مالين أو الأموال بعد أن يعدّ عرفاً شيئاً واحداً، فيجتمع فيه حقوق المالكين أو الملاك. وأمّا الشركة غير العقدية فعدم تحققه في غير الأموال واضح، لعدم تصوّر سائر الأقسام فيها.

والمراد من «الأموال» هو ما يقابل الأبدان - أي الأعمال - والمفاوضة والوجوه من الأعيان الخارجية والحقوق والمنافع والانتفاعات والديون.

وعليه فيكون معنى القاعدة: أنه لا تتعقد الشركة الشرعية العقدية المترتب عليها رفع الاختصاص واجتماع حقوق الشخصين فصاعداً واشتراك المالكين أو الملاك في الربح والخسران إلا فيما إذا كان محل الشركة أموالاً، سواء كانت من الأعيان أو الحقوق أو المنافع والانتفاعات أو الديون.

الجهة الثانية: في مدرك القاعدة

وليس لها مدرك إلا الإجماع المحقق.

قال الفاضل الآبي - بعد ذكر أقسام الشركة من شركة الأموال وشركة الوجوه وشركة المفاوضة وشركة الأبدان - : «فهذه الثلاث الأخيرة عند الإمامية، باطلة، إمّا لاشتغالها على الغرر، وإمّا لعدم الدليل على تشريعها، والأولى صحيحة مشروعة بالإجماع»^(١).

وقال العلامة: «لا يصحّ شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان. وقد بينّا أنّ

شركة العنان جائزة وعليه إجماع العلماء في جميع الأعصار»^(١).
وقال في الجواهر: «ولا تصح الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة
بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه»^(٢).
وقال ابن فهد الحلبي بعد ذكر الشركة بالأبدان وشركة المفاوضة وشركة
الوجوه: «واتفقت الإمامية على بطلانها»^(٣).
وقال المحقق الكركي: «والكل باطل سوى الأول - أي سوى شركة العنان -
وذلك باتفاقنا. وبه قال أكثر العامة، وقول ابن الجنيد هنا بجواز شركة الوجوه
وشركة الأعمال شاذ، قد لحقه الإجماع، فلا يعتد به»^(٤).
وقال ابن إدريس: «واجماعنا منعقد على فساد ذلك - أي شركة الوجوه
وشركة المفاوضة وشركة الأعمال - أجمع»^(٥).
وقال في رياض المسائل: «وهذه الثلاثة باطلة بإجماعنا، كما في الغنية
والانتصار والمختلف والتذكرة والتنقيح والمهذب والمسالك والروضة وغيرها من
كتب الجماعة، وهو الحجة»^(٦).
وقد يستدل على بطلان الشركة في هذه الثلاثة بالأصل وحديث نفي الغرر^(٧)
وحديث نفي الضرر والضرار^(٨).
ولكن الكل مخدوش، ضرورة أنه لا وجه للأصل مع صدق العموم، كما
لا وجه للاستدلال بالغرر والضرر، لأن الكلام فيما إذا كان المورد جامعاً لشروط
الشركة وفاقداً لموانعها. فالعمدة هي الاستدلال بالإجماع.

الجهة الثالثة: في موارد تطبيقها

وبالرجوع إلى هذه القاعدة يميز ما يصح الشركة فيه وما لا تصح الشركة فيه.

(١) تذكرة الفقهاء ١٦: ٣١٢. (٢) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٦. (٣) المهذب البارع ٢: ٥٤٤.
(٤) جامع المقاصد ٨: ١٣. (٥ و ٧) السرائر ٢: ٤٠٠. (٦ و ٨) رياض المسائل ٩: ٥٩.

فكلّ مورد كان محلّ الشركة أحد الأموال - كالأعيان المملوكة الخارجية، والحقوق القابلة للنقل، والمنافع كمنفعة الدار، والانتفاع من المدارس والكتب الموقوفة، والديون - فينقصد فيه الشركة إذا اجتمعت فيه الشرائط - من الشرائط العامة وكون المورد شيئاً واحداً عرفاً و غيرها - . وكلّ مورد لم يكن محلّ الشركة الأموال، كما في شركة الوجوه وشركة المفاوضة وشركة الأعمال بأيّ نحو اتّفقت، فلا ينعقد فيه الشركة.

وعليه فموارد تطبيقها كثيرة جداً:

منها: لا يجوز شركة الصناعات، اتّفقت أو اختلفت، عملاً في موضعين أو في موضع واحد، لقاعدة «لا شركة إلّا في الأموال».

ومنها: أنّه هل يجوز الشركة في الاصطیاد بأن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كلّ منهما - أي الاصطیاد - مشتركاً بينهما أم لا؟ لا يجوز الشركة فيه لأنّه من شركة الأبدان، ولا شركة إلّا في الأموال.

ومنها: أنّه قال في الجواهر: «لو عملاً معاً لواحد - مثلاً - بأجرة، ودفع إليها شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما التي وقعت في عقد استيجارهما على العمل دفعةً تحقّقت الشركة حينئذٍ في ذلك الشيء إلّا أنّها ليست من شركة الأعمال، بل هي من شركة الأموال... وحينئذٍ فلا إشكال في جوازها»^(١). ودليله قاعدة «لا شركة إلّا في الأموال».

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٧.

القاعدة الثانية

قاعدة كلّ ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها

و

كلّ ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها

من القواعد الجارية في باب الشركة قاعدة «كلّ ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها وكلّ ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها»، فالقاعدة مركّبة من موضوعين كان لكل واحد منهما حكماً خاصاً. والبحث عن هذه القاعدة يقع في مقامات:

المقام الأوّل: في توضيح مفادها

ولابدّ في توضيح مفادها من بيان أمور:

الأوّل: في تعريف القسمة

والقسمة هي تعيين حقّ الشركاء بعضها من بعض وتفريق نصيب كلّ واحد منها معيّناً. وهذا ما يساعد عليه اللغة^(١) والعرف. وليس في الشرع فيها اصطلاح خاصّ.

(١) القاموس المحيط ٤: ١٦٤، مختار الصحاح: ٣٦٨، لسان العرب ١٢: ٤٧٨.

وليست القسمة بيعاً، ولا صلحاً، ولا معاوضة، وإن اشتملت على الرد، لعدم الحاجة إلى قصد أحدها في القسمة، بل تتحقق بقصد نفس مفهومها؛ مع أنّها يدخلها الإجبار في غير تلك الأفراد التي يدخلها الجبر في البيع، ويتقدّر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، والاختلاف في اللوازم يكشف عن الاختلاف في الملزوم؛ مضافاً إلى أنّه قد يدعى الإجماع ووافق الإمامية على عدم كونها منها^(١). وإذا لم تكن بيعاً ولا معاوضة فلا يثبت فيها خيار المجلس ولا خيار الحيوان، ولا يدخلها الربا وإن عمّمنا الربا لجميع المعاوضات.

الثاني: في بيان مشروعيتها



ويدلّ على مشروعيتها الأدلة الأربعة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾^(٣).

وأما السنة: فتدلّ عليها روايات:

منها: قوله عليه السلام: «لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما»^(٤).

ومنها: ما روي أنّ رسول الله ﷺ قسم خير على أهل المدينة^(٥).

ومنها: ما عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «إنّ رسول الله ﷺ قضى بالشفعة

(١) مسالك الأفهام ٣: ٣٣٠، الحقائق الناضرة ٢١: ١٦٩، جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

(٢) النساء / ٨.

(٣) القمر / ٢٨.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٦، الباب ٣ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

(٥) سنن البيهقي ٩: ٣٢٥.

ما لم يؤرّف»^(١) أي ما لم تقسم.

ومنها: ما روي عنهم في تقسيم الميراث^(٢).

وأما الإجماع: فالقسمة ممّا أجمع المسلمين على جوازها.

وأما العقل: فلأنّ القسمة ممّا يتوقّف عليه حفظ النظام، ضرورة أنّه قد لا يقوم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة أو يريدون الاستبداد بالتصرّف أو يتنازعون في ما يرتبط بالمال المشترك، فلا بدّ من تعيين حصّة كلّ من الشركاء حفظاً للنظام.

ويمكن الاستدلال على جوازه بقوله ﷺ: «الناس مسلّطون على أموالهم»^(٣) الذي أرسله الفقهاء إرسال المسلّمات، فإنّ تعيين الحصّة وإبطال الإشاعة نوع تصرّف في المال يقتضي جوازه عموم تسلّط الناس على أموالهم.



الثالث: أقسام القسمة

وللقسمة أقسام ثلاثة: *مركزية* *كيفية* *وعددية* *وسمي*

الأوّل: أن تكون القسمة بحسب الأجزاء كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة، وتسمّى: «قسمة الإفراز». وهي جارية في المثليات - كالحبوب والأدهان والخلّ والألبان وغيرها - والقيميات المتساوية الأجزاء - كجملة كثيرة من المزروعات - والأراضي المتساوية الأجزاء.

الثاني: أن تكون القسمة بحسب القيمة والمالّة، كجملة القيّمات إذا تعدّدت، مثل الجواهر والأنعام والأشجار إذا تساوى بعضها مع بعض من حيث القيمة، ويسمّى هذا القسم: «قسمة التعديل».

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٨، الباب ٣ من أبواب الشفعة، الحديث ٨

(٢) راجع وسائل الشيعة ١٧: ٤٦٣، الباب ١٧ من أبواب ميراث الأبوين والأولاد.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢.

الثالث: أن تكون القسمة محتاجة إلى ضمّ مقدار من المال إلى بعض السهام ليعادل السهم الآخر، كما إذا كان بين اثنين شيئان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة دنانير، فإذا ضمّ الأوّل إلى الثاني نصف دينار ساوى مع الأوّل، ويسمّى: «قسمة الردّ».

وظاهر الفقهاء الإجماع على صحة كلّ الأقسام.

ثمّ إنّ الأموال المشتركة تختلف بحسب ما يجري فيها من الأقسام الثلاثة. فمنها: ما يجري فيه قسمة الإفراز دون التعديل، وهو كما إذا كان من جنس واحد من المثليات، كما إذا اشترك اثنان أو أزيد في وزنة حنطة.

ومنها: ما يجري فيه قسمة التعديل دون الإفراز، وهو كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام قد ساوى أحدهم مع الآخرين بحسب القيمة، بأن يجعل غالي قيمة مع أحد الآخرين سهماً وضمّ إلى السهم الآخر ما يساويهما قيمة.

ومنها: ما يجري فيه قسمة التعديل والإفراز معاً، وهو كما إذا اشترك اثنان في جنسين مثليين مختلفي القيمة والمقدار، وكانت قيمة أقلهما مساوية لقيمة أكثرهما، كما إذا كان بين اثنين وزنة من حنطة ووزنتان من شعير وكانت قيمة وزنة من حنطة مساوية لقيمة وزنتين من شعير، فإذا قسّم المجموع بجعل الحنطة سهماً يكون من قسمة التعديل، وإذا قسّم كلّ منهما منفرداً يكون من قسمة الإفراز.

ومنها: ما يجري فيه الأقسام الثلاثة، كما إذا اشترك اثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم مع وزنة شعير قيمتها خمسة، ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فإذا قسّم كلّ منها بانفرادها كانت قسمة إفراز، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً والحمص سهماً آخر كانت قسمة تعديل، وإن جعل الحمص مع الشعير سهماً والحنطة مع عشرة دراهم سهماً آخر كانت قسمة الردّ.

والظاهر أنّ قسمة الردّ تجري في جميع الأموال المشتركة حتّى فيما إذا كانت

في جنس واحد من المثليات، بأن يقسم متفاضلاً ويضم إلى الناقص دراهم تجبر نقصه ويساوي مع الزائد قيمة. كما يجري فيما يجري فيه قسمة الإفراز، وهو فيما إذا كان بين اثنين وزنة من حنطة ووزنتان من شعير، وكانت قيمة الحنطة خمسة عشر درهماً وقيمة الشعير عشرة، فإذا قسم كل منهما منفرداً يكون من قسمة الإفراز، وإذا قسم المجموع بجعل الحنطة سهماً وجعل الشعير مع ضم خمسة دراهم سهماً آخر يكون من قسمة الرد.

ويجري أيضاً فيما يجري قسمة التعديل، كما في الجنس الواحد من المثليات - الذي مرّ مثاله قبل أسطر - ، أو كما إذا كان بين اثنين ثلاثة أغنام، أحدها يقوم بعشرة دنائير، وإثنان منها كل منهما بخمسة، فإذا جعل الأول سهماً والآخران سهماً آخر فتكون من قسمة التعديل، وإذا جعل الأول مع واحد من الآخرين سهماً والآخر منهما مع عشرة دنائير سهماً آخر تكون من قسمة الرد.

مركزية كويتية للدراسات والبحوث

الرابع: ما هو معنى الضرر في المقام

واختلفوا في معنى الضرر المانع عن الإيجابار على أقوال:
الأول: أنه عبارة عن نقصان المايّة والقيمة نقصاناً لا يتسامح عادة. وهذا ما اختاره الشهيد في المسالك^(١) وتبعه المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٢) والمحدث البحراني في الحقائق الناضرة^(٣) وصاحب الجواهر في جواهر الكلام^(٤) والمحقق الآشتياني في كتاب القضاء^(٥)، والمحقق السبزواري في كفاية الأحكام^(٦).

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١١.

(٤) جواهر الكلام ٢٦: ٣١٥.

(٦) كفاية الأحكام (ط، الحديثه) ٢: ٧١٤.

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣١٩.

(٣) الحقائق الناضرة ٢١: ١٧٠.

(٥) كتاب القضاء (للآشتياني): ٣١٩.

الثاني: أنه عبارته عن نقص القيمة مطلقاً. وهذا ما يظهر من كلام العلامة في إرشاد الأذهان^(١) وتحرير الأحكام^(٢)، ومن كلام ابنه في الإيضاح^(٣).

الثالث: أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً. وهذا ما ذهب إليه الشيخ في موضع من المبسوط^(٤).

الرابع: عدم الانتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به في السكنى. وهذا ما نسب إلى يحيى بن سعيد^(٥).

والحق الرجوع في معنى الضرر إلى العرف، وهو عندهم عبارة عن نقصان المائيّة والقيمة نقصاناً معتداً به. فالمراد من الضرر في المقام - وبلى في كلّ مقام يستدلّ بحديث نفي الضرر - هو ورود نقص في مائيّة مال المستضرّ ضرراً معتداً به. وهذا هو القول الأوّل الذي اختاره كثير من الفقهاء.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم راسدي

الخامس: من هو المجبر

واجبر المعصوم عليه السلام في عصر الحضور الممتنع عن القسمة، والحاكم الشرعي أو أمينه في عصر الغيبة. ومع عدم إمكان التوصل إليه فيتصدّي ذلك العدول من المؤمنين أو الثقات من أهل الخبرة.

إذا عرفت هذه الأمور فيتّضح أنّ مفاد القاعدة بكلّ شقيّه أنّه إذا التمس الشريك قسمة المال المشترك فيجبر الحاكم الشريك الآخر الممتنع عنها فيما إذا لم يكن في قسمته ضرر، أي لم يرد بالقسمة نقصاناً في مائيّة ماله الذي كان سهماً له، كما إذا كان المال المشترك ما يتساوي أجزاؤه بحيث كانت قسمته لا توجب

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٣. (٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٠٢. (٣) إيضاح الفوائد ٤: ٣٧٢.

(٤) المبسوط ٨: ١٣٥. (٥) راجع كشف اللثام (ط، الحديثة) ١٠: ١٧٠.

نقصان سهم الآخر بحسب ماليته. وأمّا إذا كانت قسمته متضمّنة لورود النقصان في ماليتة مال الشريك الممتنع عنها فلا يجبر على القسمة، كما إذا كان المال المشترك سيفاً أو ظرفاً أو فراشاً أو ثوباً، فإنّ قسمة كل منها تتضمّن ورود النقصان في ماليتة سهم الشريكين. وفي الصورة الأولى يجبر الحاكم من امتنع عن القسمة على القسمة بأحد الأقسام الثلاثة المتقدّمة، كل شيء بحسبه.

المقام الثاني: في دليل القاعدة

ولمّا كانت القاعدة مركّبة من الفقرتين فلا بدّ من الاستدلال على كلّ فقرة على حدة. أمّا الفقرة الأولى: وهي قولنا: «كلّ ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها» فتدلّ عليها قاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه مع عدم الضرر والضرار؛ مع أنّ إجباره عليها من صغريات النهي عن المنكر؛ مضافاً إلى إجماع الفقهاء، كما قال صاحب الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل الظاهر الاتفاق عليه»^(١). وأمّا الفقرة الثانية: وهي قولنا: «كلّ ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها» فيدلّ عليه قاعدة «نفي الضرر والضرار» المستفادة من حديث نفي الضرر^(٢). ولو كان عدم القسمة أيضاً ضرراً على الشريك الآخر يلاحظ أقوى الضررين. والمرجع في تشخيص الضرر وأقوى الضررين هو ثقات أهل الخبرة وأهل المعرفة بالشياء المقسوم.

المقام الثالث: في استثناء الديون المشتركة

ولا تجري القاعدة في الديون المشتركة، لعدم مشروعية القسمة فيها. فإذا

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

كان لزيد وعمر معا ديون على الناس بسبب يوجب الشركة - كالإرث - فأراد تقسيمها قبل استيفائها، فعدلا بين الديون وجعل ما على الحاضر لأحدهما وما على البادي للآخر، لم يفرز، بل تبقى إشاعتها. وحيث كانت القسمة فيها غير مشروعة فلا وجه لإجبار الممتنع عن القسمة عليها. والدليل على عدم مشروعية القسمة فيها هو النصوص.

منها: صحيح سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، ومنه متفرق عنهما. فاقسما بالسوية ما كان في أيديهما، وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يردّ على صاحبه؟ قال عليه السلام: «نعم ما يذهب بماله»^(١).

ومنها: موثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام. قال: سألت عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين، فاقسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر، أيردّ على صاحبه؟ قال عليه السلام: «نعم ما يذهب ماله»^(٢).

ومنها: ما عن أبي حمزة، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما، ومنه غائب عنهما، فاقسما الذي بأيديهما، وأحال كلّ واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقضى أحدهما ولم يقتض الآخر، قال عليه السلام: «ما اقتضى أحدهما بينهما ما يذهب بماله»^(٣).

ومنها: ما عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثل الرواية السابقة، إلّا أنّه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١١٧، الباب ٢٩ من أبواب الدين، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٠، الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة، الحديث ٢.

(٣ و ٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٧٩، الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة، الحديث ١.

هذا، مضافاً إلى أن الأصل عدم تأثير القسمة قبل قبض الدين، فيكون المدفوع باقياً على ما كان من الإشاعة.

والقول بعدم مشروعية القسمة من الديون مما اشتهر بين الأصحاب شهرة عظيمة، فإنه ذهب إليه الشيخ في النهاية^(١)، والقاضي ابن البراج في الجواهر^(٢)، وابن حمزة في الوسيلة^(٣)، وابن زهرة في الغنية^(٤)، والمحقق في الشرائع^(٥)، والعلامة في التذكرة^(٦) وأكثر الباقيين في كتبهم^(٧).

وقد ينسب إلى ابن إدريس أنه ذهب إلى مشروعية القسمة في الديون. واستدل على مدّعه بأنه يجوز إبراء أحد الشريكين أو هبته لحصّته، فيجزي قبضه الذي كان شرطاً في القسمة أيضاً، وأمّا الأخبار فهي أخبار آحاد لا اعتبار بها^(٨). وفيه: - لو سلّم دلالة كلامه على صحّة قسمة الدين ولزومها، فإنّ كلامه في بعض الموارد صريح في عدم جواز قسمة الديون^(٩) - أن الأول قياس لا اعتبار به، بل هو قياس مع الفارق - كما أفاد العلامة في المختلف^(١٠) - . وأمّا الأخبار فقد عرفت أنّها بين الصحيح والموثّق، فلا وجه لردّها؛ ولو سلّم فينجبر ضعفها بالشهرة العظيمة.

ومن هنا يظهر فساد كلام المحقّق الأردبيلي من أن الشهرة غير حجة، وليس في الروايات ما يدلّ عليه إلا رواية غياث، وهي ليست بمعتبرة^(١١). وذلك لما عرفت من عدم انحصار الرواية برواية غياث، بل يدلّ عليه ما بين الصحيح والموثّق؛ ولو سلّم فينجبر ضعف الروايات بهذه الشهرة العظيمة.

(١) النهاية: ٣٠٨. (٢) جواهر الفقه: ٧٣. (٣) الوسيلة: ٢٦٣.

(٤) الغنية: ٢٦٥. (٥) شرائع الإسلام: ٢: ٦٩. (٦) تذكرة الفقهاء: ١٦: ٣٧٦.

(٧) كفاية الأحكام (ط، الحديثة) ١: ٥٣٤، الروضة البهية ٢: ٣٥٣، جواهر الكلام ٢٥: ٥٤.

(٨ و ٩) السرائر: ٢: ٤٠٣ و ٤٠٢. (١٠) المختلف: ٦: ٢٣٤. (١١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٩٣.

والحاصل: أنه حيث كانت القسمة في الديون غير مشروعة فلا تجبر الممتنع عنها إذا التمس أحد الشريكين القسمة، بل لا تصح قسمتها مع التراضي.

المقام الرابع: في بعض موارد تطبيق القاعدة

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً، منها ما يلي:

- ١- لو كانت بين الشركاء دكاكين متعددة، فإن أمكن قسمة كل منهما بانفراده، وطلبها بعض الشركاء، وطلب بعض آخر منهم قسمة بعضها في بعض بالتعديل لكي: يتعين حصة كل منهم في دكان تام أو أزيد، يقدم ما طلبه الأول مع عدم الضرر؛ لأنها أملاك متعددة عرفاً، وحينئذ فيجبر البعض الآخر على القسمة كذلك؛ لقاعدة «ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها». وإذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في النحو الثاني فيجبر الأول على القسمة بالتعديل؛ للقاعدة المذكورة.
- ٢- لو كان بين الشركاء ما لا تقبل القسمة الخالية عن الضرر كالحمام ونحوها لم يجبر الممتنع عنها؛ لقاعدة «كل ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها».
- ٣- الدار ذات العلو والسفل المشتركة لا بد من قسمتها بحيث لا يتضرر أحد الشركاء، وإذا طلبها بعض الشركاء ولم تتضمن القسمة ضرر الآخرين فيجبر من امتنع عنها؛ لقاعدة: «كل ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها».
- ٤- إذا كانت بين الشركاء أرض مشتملة على نخيل وأشجار وطلب بعض الشركاء قسمتها، فيجبر الآخر على قسمتها بالتعديل إن لم يكن ضرر في البين، وإلا فلا؛ لقاعدة: «كل ما ليس في قسمته ضرر فيجبر الممتنع عنها وكل ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها».
- ٥- إذا كان للشريكين دار يشتمل على بيتين، وكان يجري ماء أحدهما على الآخر، فلا يجبر الممتنع عنها فيما إذا منع الآخر رد ماء البيت الذي تعين سهماً للمتنع عنه عن بيته؛ لقاعدة: «كل ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها».

الفصل السابع عشر فيما يختص بالمضاربة



وفيه قاعدة:

قاعدة لا قراض * إلا بالآثمان.

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

* لا يخفى: أنَّ القراض والمضاربة بمعنى واحد، وهو أن يدفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتَّجر به على أن يكون الربح بينهما على ما يشترطانه؛ وهذا المعنى يسمَّى: «قراضاً» عند أهل الحجاز، و«مضاربةً» عند أهل العراق. والمضاربة من الضرب، ولعلَّ الوجه في تسميته بذلك أنَّه يضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح. والقراض بمعنى القطع، ولعلَّ الوجه في تسميته بذلك أنَّ المالك يقطع حصّة من ماله ويرفعه إلى العامل ليتَّجر به.

قاعدة لا قراض إلا بالأثمان

اعلم أن قاعدة «لا قراض إلا بالأثمان» من القواعد الهامة الفقهية، وهي تجري في باب المضاربة دون غيره.

ومعناها: أنه لا تنفذ المضاربة - وهي إنشاء قرار بين مالك رأس المال وبين العامل على أن يدفع المالك أو من يقوم مقامه مالاً إلى المضارب لأن يتجربه على أن يكون ربحه بينهما على نحو الاشتراك - إلا إذا كان رأس المال المدفوع إلى العامل مالاً يتمحض في الثمنية، وهو الذي يعين الربح بالقياس إليه. فلا تنفذ المضاربة إذا كان رأس المال عروضاً؛ وهي الأمتعة التي يقابل بالأثمان، فحينئذ يكون الربح للمالك فقط، وليس للعامل إلا الأجرة.

ففي المقام دعويان:

الأولى: جواز المضاربة بالأثمان، وهذا ما يدل عليه - قبل الإجماع المدعى في كلمات الفقهاء - عموم التجارة عن تراض، حيث يكون القراض معاملة عقلانية.

والثانية: عدم جواز المضاربة بغير الأثمان، ولا دليل عليه إلا الإجماع المنقول الذي ادّعاه صاحب جامع المقاصد^(١) وتبعه بعض آخر. والقدر المتيقن

من معقده - كما سيأتي - هو عدم جواز المضاربة بما لم يتمخض في الثمنية من العروض والأمتعة التي يقابل بالثمن أو النقود التي لم تكن راتجة للثمنية. وأما دعوى اشتراط أن يكون رأس المال في المضاربة عيناً، فلا تصح المضاربة بالمنفعة، فهي فاسدة؛ لعدم الدليل عليه، لا من النص ولا من الإجماع، بل مقتضى إطلاق التجارة عن تراض هو صحة المضاربة في المنفعة أيضاً، فإنه - كما مر - مال يقع بإزائه المال، فيصح التجارة به بأي نحو كانت، إلا أن يدل دليل على خلافه، وهو مفقود في المقام.

وقد يشكل عليه في بعض الكلمات بأنه لا مجال للتمسك بإطلاق التجارة عن تراض على صحة المضاربة في المنفعة. وحاصل الإشكال: أن العقد الواقع في الخارج قد يكون من قبيل البيع والإجارة ونحوهما مما يكون التملك من كل من الطرفين للآخر تملكاً لما يملكه، فحينئذ لا مانع من التمسك بعمومات أو إطلاقات التجارة. وقد لا يكون فيه تملك من أحد الطرفين ماله لآخر، كالمضاربة والمزارعة والمساقاة حيث لا يملك المالك العامل إلا حصّة من الربح؛ وهي غير متحققة بالفعل، لأنه لا يملك إلا أصل ماله، فكيف يصحّ تملكها لغيره؟ فالقاعدة حينئذ تقتضي البطلان ولا تشملها أدلة التجارة عن تراض بل صحتها يحتاج إلى دليل خاص^(١).

وفيه: أن التجارة في اللغة فسرت بتقليب المال لغرض الربح^(٢) أو التصرف في رأس المال طلباً للربح^(٣). وقال في مجمع البحرين: «التجارة (بالكسر)، هي انتقال شيء مملوك من شخص إلى آخر بعوض مقدّر على جهة التراضي»^(٤). وهي في اصطلاح الفقهاء عبارة عن التكسب^(٥)، أو عقد المعاوضة بقصد

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٨ - ٩.

(٢) تاج العروس ٣: ٦٦.

(٣) مفردات الراغب ١: ٧٣. (٤) مجمع البحرين ١: ٢٨٢. (٥) جامع المقاصد ٥: ٢٠٧.

الاكتساب عند التملك^(١)، أو التكتسب على نحو الملك^(٢).

ولا شك أن التجارة تصدق على المضاربة لغةً واصطلاحاً، فإنها كما مرّ عبارة عن عقد واقع بين شخصين على أن يدفع أحدهما مالاً إلى الآخر ليستجر به ويكتسب الربح على أن يكون الربح بينهما على ما يشترطانه.

ولا يعتبر في صدق التجارة عدم كون المعاملة متضمنة لتمليك المعدوم، لا لغةً ولا اصطلاحاً. ويؤيده صدق التاجر في بعض الروايات على المضارب^(٣)، وإلا فلا يصدق على الإجارة أيضاً، لأنها تمليك عمل أو منفعة بعوض، ومعلوم أن العمل أو المنفعة معدومة حين عقد الإجارة. وسيأتي مزيد توضيح في الجواب عن الإشكال المذكور ذيل القاعدة الأولى من القواعد المختصة بباب المساقاة.

هذا مضافاً إلى أن التعبير في أدلة المضاربة بالمال شامل للمنفعة أيضاً حيث لا دليل على بطلان المضاربة بها.

وأما دعوى أن الظاهر من نصوص المضاربة أن موضوعها إعطاء المالك ماله للعامل كي يعمل به على أن يكون رأس المال محفوظاً والربح بينهما على حسب ما يتفقان عليه، وهو لا ينطبق على المنفعة؛ حيث إنها غير قابلة للبقاء نظراً إلى أنها تتلف بنفسها^(٤)، فهي دعوى بلا دليل، بل نفي كون الوضعية على العامل إلا فيما فرط - كما في كثير من الروايات^(٥) - والحكم بجواز دفع بعض المال قرضاً والباقي مضاربة خوفاً من ضياع المال - كما في بعض آخر من الروايات^(٦) - يدل على عدم اعتبار كون رأس المال محفوظاً.

(١) رياض المسائل ٨: ١٢٩.

(٢) منية الطالب ١: ١٢٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٥، الباب ٣ من أبواب المضاربة، الحديث ٤.

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٠ و ١٨٥، الباب ١ و ٣ من أبواب المضاربة.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٤، الباب ٢ من أبواب المضاربة.

استثناء المضاربة بالدين

ويستثنى من القاعدة المضاربة بالدين، فإن الدين وإن كان مالاً أيضاً، فيشملة موضوع جواز القراض إذا كان متمحّضاً في الثمنية، ولكنه يخرج عن القاعدة تخصيصاً، لا للإجماع، لعدم تعرّض كثير من القدماء لهذه المسألة، بل الظاهر أن أول من زاد قيد: «عيناً» هو المحقق في الشرائع^(١)؛ لخبر السكوني عن الصادق عليه السلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل له على رجل مال فيتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة - لا يصلح حتى تقبضه منه»^(٢).

بل يمكن أن يقال: إن المضاربة بالدين مكروه؛ لأن الرواية مشتملة على لفظ «لا يصلح»، وهذا اللفظ غير ظاهر في المنع التحريمي، بل يكون ظاهراً في الكراهة، هذا. والأحوط الاجتناب عنه.

جواز المضاربة بغير الدراهم والدنانير

قد يدعى عدم صحّة المضاربة إلا فيما إذا كان رأس المال ديناراً أو درهماً - أي الذهب والفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة - فلا تصحّ المضاربة بغيرهما مطلقاً، سواء كان من العروض أو غيرهما من النقود المتمحّضة في الثمنية في هذه الأزمنة.

واستدلّ عليها بأن الظاهر من كلمات الفقهاء إجماعهم على عدم جواز المضاربة بغير الدراهم والدنانير. قال السيّد في العروة: «الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة؛ بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصحّ بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ١٨٧، الباب ٥ من أبواب أحكام المضاربة، الحديث ١.

الإجماع»^(١).

ولكن التحقيق: أنه لم يثبت الإجماع في عدم جواز المضاربة بغير الدنانير أو الدراهم، لأنّ كلماتهم دائرة بين ما يدلّ على تحقّق الإجماع على جواز المضاربة بالدراهم والدنانير، لا على عدم جواز المضاربة بغيرهما، وبين ما تشعر بأنّ الملاك في رأس المال هو تمحضه في الثمنية، وإنّما ذكروا الدراهم والدنانير تفسيراً للأثمان لكونهما رائجاً للثمنية في تلك الأعصار دون غيرهما، وإلا فلا دخل للدراهم والدنانير في الجواز.

فمن الأوّل ما أفاد الشيخ في الخلاف بقوله: «لا يجوز القراض إلا بالأثمان التي هي الدراهم والدنانير؛ ودليلنا أنّ ما اخترناه مجمع على جواز القراض به وليس على جواز ما قالوه دليل»^(٢). وقال ابن البرّاج: «المضاربة لا تكون إلا بالأثمان التي هي الدنانير والدراهم، ويختلط المالان. وإنّما قلنا هذا؛ لأنّه لا خلاف في أنّ ما ذكرناه مضاربة صحيحة، وليس كذلك ما يخالفه»^(٣).

وقال ابن زهرة: «ومن شرط صحّة ذلك أن يكون رأس المال فيه دراهم ودنانير معلومة مسلّمة إلى العامل، ولا يجوز القراض بالفلوس ولا بالورق المغشوش؛ لأنّه لا خلاف في جواز القراض مع حصول ما ذكرناه، وليس على صحّته إذا لم يحصل دليل»^(٤).

وأنت خير بأنّهم تمسّكوا بعدم الدليل على جواز القراض بغير الدراهم والدنانير، دون الإجماع، وإنّما تمسّكوا بالإجماع في جواز القراض بهما، وهذا ظاهر في عدم ثبوت الإجماع على عدم جواز المضاربة بغيرهما.

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٣٩.

(٢) الخلاف ٥: ٤٥٩.

(٣) الجواهر في الفقه: ١٢٤.

(٤) غنية النزوع: ٢٦٦.

ومن الثاني ما أفاد الشيخ في المبسوط بقوله: «وأما القراض بالنقرة فلا يصح، لأنها معتبرة فيما له قيمة، فهي كالثياب والحيوان»^(١)، فإنه استدلّ على عدم صحة المضاربة بالنقرة بأن لها في نفسها قيمة يقابل بالثمن كالثياب والحيوان، فيعتبر فيها، لا فيما يكون متمخضاً في الثمنية، كالدراهم والدنانير. وهذا يشعر بأن تفسيره الأثمان بالدراهم والدنانير إنما يكون لأجل تمخضهما في الثمنية في تلك الأعصار، وإلا فلا دخل لهما في الجواز.

وقال العلامة في التذكرة: «وله شروط ثلاثة: الأول: أن يكون من النقدين، دراهم أو دنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا؛ لأن القراض معاملة تشتمل على ضرر عظيم؛ إذ العمل مجهول غير منضبط والربح غير متيقن الحصول، وإنما سوّغنا هذه المعاملة مع الضرر الكثير للحاجة والضرورة، فيختصّ بما يسهل التجارة عليه ويروج في كلّ حال وكلّ وقت؛ لأنّ النقدين أثمان البياعات، والناس يتداولون بالمعاملة عليها من عهد النبي ﷺ وقبله وبعده إلى زماننا هذا ويرجعون إليهما في قيم المتلفات؛ ولأنّ النقدين ثمنان لا يختلفان بالأزمة والأصقاع إلا قليلاً ونادراً، ولا يقومان بغيرهما، وأما غيرهما من العروض فإن قيمتها تختلف دائماً، فلو جعل شيء منها رأس المال لزم إما أخذ المالك جميع الربح أو أخذ العامل بعض رأس المال، والتالي بقسميه باطل، فالمقدّم مثله.

وادّعى بعض الشافعية الإجماع على اختصاص القراض بالنقدين. والشيخ رحمه الله استدلّ على الاختصاص؛ بأن ذلك مجمع على جوازه، بخلاف المتنازع. ولا يجوز المضاربة بالنقرة ولا بالتبر؛ لأنّهما متقومان كسائر الأعيان، ولهذا يضمن بالقيمة في الإتلاف.

وكذا لا يجوز القراض بالحليّ وسائر المصوغات من النقدين وكلّ ما ليس

بمضروب بسكة المعاملة حال العقد أو قبله.

وأما الفلوس فلا يجوز القراض بها عند علمائنا. وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف؛ لأنها ليست أثماناً محضاً غالباً، فلا تصح المضاربة عليها، كسائر الأعيان.

وأما الدراهم المغشوشة فلا يصح المعاملة عليها إذا لم تكن معلومة الصرف بين الناس»^(١). انتهى كلامه ملخصاً.

ومحصل كلامه أن الملاك كله في رأس المال أن يكون متمحّضاً في الثمنية، سواء كان درهماً أو ديناراً أو فلوساً أو اسكناساً أو غيرها؛ لأن ما يتمحّض في الثمنية لا تختلف بالأزمة والامكنة، ولا يقوم بغيره. ولما كانت الدراهم والدنانير في الأزمة السابقة ما يتمحّض في الثمنية ورائجة فيها فذكر وهما تفسيراً للأثمان التي تجوز المضاربة بها، من دون دخول لهما بنفسهما في الجواز.

فهذه الكلمات كلها تحكي عن عدم ثبوت الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام على عدم جواز القراض في غير الدراهم والدنانير؛ فإن غاية ما يظهر من كلماتهم هو ثبوت الإجماع على صحة المضاربة بالدراهم والدنانير، وأين هذا من دعوى الإجماع على بطلانها في غيرهما.

ومن هنا يظهر وهن دعوى المحقق الثاني في جامع المقاصد^(٢) من ثبوت الإجماع على عدم صحة المضاربة فيما عدا النقدين.

هذا كله مضافاً إلى أنه لو فرض ثبوت الإجماع على عدم جواز المضاربة على غير النقدين فالقدر المتيقن منه عدم جوازها في العروض فقط، وهي الأمتعة التي يقابل بالأثمان، كما ادّعاه الشهيد في المسالك وقال: «وعدم جواز المضاربة

(١) تذكرة الفقهاء ١٧: ٢٢.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٦٦.

بالعروض موضع وفاق»^(١). وأما في مثل الاسكناس وسائر النقود الورقية الرائجة في العصر الحاضر التي هي حاكيات عن قدرة الأشخاص على التجارة فعدم الجواز غير ثابت، بل صحتها لا تخلو من قوة؛ لعموم التجارة عن تراض وإطلاقات أدلة جواز المضاربة التي تدل على اعتبار كون المدفوع إلى العامل مالاً يتجر به، وهذا العنوان يصدق على غير النقدين من الأثمان والأموال المتمحضة في الثمنية.

والحاصل: أنه لا قراض إلا بالأثمان، فكل مال كان متمحضاً في الثمنية تجوز المضاربة به، سواء كان عيناً أو منفعة أو ديناً، وسواء كان درهماً أو ديناراً أو سائر النقود الورقية، وكل ما لم يتمحض في الثمنية فلا تجوز المضاربة به كذلك.



مركز تحقيقات كميّة وعلوم إسلاميّة



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفصل الثامن عشر

في القواعد المختصة بباب المزارعة



وفيه قاعدتان:

- ١- قاعدة عدم صحة المزارعة إلا بالحصّة المشاعة.
- ٢- قاعدة كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجرة المثل.

القاعدة الأولى

قاعدة عدم صحّة المزارعة إلّا بالحصّة المشاعة

من القواعد الفقهيّة التي تختصّ بباب المزارعة هي قاعدة: «عدم صحّة المزارعة إلّا بالحصّة المشاعة». وفيها جهات من البحث:

الجهة الأولى: في معناها

ومعناها: أنّه لا بدّ في المزارعة - وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصّة من حاصلها - من أن يكون النماء والحاصل مشتركاً بين صاحب الأرض وزارعها على نحو الإشاعة؛ بأن تعيّن الحصّة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك. فلو جعل الحاصل بنحو آخر - بأي نحو كان - كانت المزارعة باطلة.

الجهة الثانية: في مدرّكها

ويدلّ عليها أمران:

الأوّل: الروايات

منها: صحيحة محمّد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا تقبل الأرض بحنطة مسّاة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به». وقال: «لا بأس

بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس»^(١).

ومنها: صحيحة عبدالله الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس»^(٢).

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان أنه قال - في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر، وثلث للبذر، وثلث للأرض -: «لا يسمّى شيئاً من الحبّ والبقر، ولكن يقول: أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً، وإن شئت ثلثاً»^(٣).

ومنها: رواية أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام، أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر، فقال: «لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقرّاً. ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمّى بذراً ولا بقرّاً، فإنما يحرم الكلام»^(٤).
ومنها: ما عن معاوية بن عمّار عن أبي الصباح، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام، يقول: «إن النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف»^(٥).

فالظاهر من هذه الروايات أن المزارعة تتقوم يكون الحصّة الحاصلة مشتركة بين صاحب الأرض والزارع على نحو الإشاعة بالنصف أو الربع أو الثلث أو الخمس أو غيرهما.

الثاني: الإجماع

ولا ريب في أن القاعدة مجمع عليها. كما ادّعى الإجماع عليها كثير من القدماء والمتأخرين، منهم ابن زهرة في الغنية^(٦)، والشيخ في المبسوط^(٧).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٩٩، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة، الحديث ٧ و ٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠١، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة، الحديث ١٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ١٩٩، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة، الحديث ١.

(٧) المبسوط ٣: ٢٥٣.

(٦) غينة النزوع: ٢٩٠.

وصاحب الرياض في رياض المسائل^(١) والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٢) والمحدث البحراني في الحدائق الناضرة^(٣)، وصاحب الجواهر في جواهر الكلام^(٤).

الجهة الثالثة: في موارد تطبيقها

والقاعدة يطبق على فروع كثيرة:

منها: أنه لو شرط صاحب الأرض والعامل الزارع أن تكون الحصة الحاصلة من الأرض في الشهر الأول لأحدهما والحصة الحاصلة منها في الشهر الثاني للآخر، لم تصح المزارعة، لقاعدة «عدم صحة المزارعة إلا بالحصة المشاعة».

ومنها: أنه لو شرط أن يكون ما حصل من القطعة المعينة من الأرض لصاحبها وأن يكون ما حصل من القطعة الأخرى منها للزارع، تكون المزارعة باطلة، لقاعدة «عدم صحة المزارعة إلا بالحصة المشاعة».

ومنها: أنه لو شرطاً على أن يكون نصف الحصة الحاصلة لأحدهما ونصفها الآخر للآخر، فالمزارعة صحيحة، لقاعدة: «عدم صحة المزارعة إلا بالحصة المشاعة».

ومنها: أنه لو شرطاً على أن يكون ثلث الحصة الحاصلة لأحدهما وثلثاها للآخر، أو على أن يكون ربعها لأحدهما والباقي منها للآخر، تكون المزارعة صحيحة، لأن المزارعة في كلتا صورتين تكون بالحصة المشاعة، وقاعدة «عدم صحة المزارعة إلا بالحصة المشاعة» تقتضي صحتها.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٩٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٨.

(١) رياض المسائل ٩: ١٠٤.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٢٨٤.

القاعدة الثانية

قاعدة كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجرة المثل

وأوّل من تعرّض لأصل القاعدة هو الشيخ في النهاية^(١). وتبعه على ذلك غيره من الفقهاء العظام. ولكن عباراتهم في عنوان القاعدة مختلفة. فقال ابن حمزة: «إذا كانت المزارعة فاسدة لزم أجرة المثل»^(٢). وقال ابن إدريس: «إذا تمّ المزارع أو المساقى عمله على هذا الشرط - أي على نحو لا تكون الحاصل مشاعاً - بطل المسمّى له، واستحقّ أجرة المثل»^(٣). وقال المحقّق في الشرايع: «كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب لصاحب الأرض أجرة المثل»^(٤).

وما ذكرناه عنواناً للقاعدة عبارة أخرى عن كلام ابن حمزة، وهو أولى من سائر العناوين، لأجل كونه جامعاً دون العناوين الأخرى، فإن ما ذكره ابن إدريس إنّما يشمل ما إذا كان البذر لصاحب الأرض، وما ذكره المحقّق إنّما يشمل ما إذا كان البذر للزارع العامل، والقاعدة تعمّ الموردين، لأنّ المراد منها: أنّه إذا تبيّن بطلان عقد المزارعة بعد شروع العامل في العمل فإنّما أن يكون البذر لمالك

(٢) الوسيلة: ٢٧٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٩٥.

(١) النهاية: ٤٤١.

(٣) السرائر ٢: ٤٤٢.

الأرض فعليه أجره عمل العامل، وإما أن يكون البذر للعامل فعليه أجره أرض المالك، وإما أن يكون البذر منهما فعلى المالك أجره عمل العامل وعليه أجره أرض المالك، والربح لهما على نسبة المال والعمل.

وينبغي الإشارة إلى ما يعتبر في صحة المزارعة، وهي أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول. ويكفي فيهما كل لفظ دالّ عليهما، سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة، كـ «زارعتك» أو «سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا». ولا يعتبر فيهما العريّة ولا الماضويّة، للأصل والإطلاق بعد صدق المزارعة على الجميع.

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر ومالكية التصرف - أعم من ملك العين والمنفعة والانتفاع - في كل من المالك والزارع.

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما على نحو الإشاعة، كما مرّ في القاعدة الأولى.

الرابع: تعيين الحصّة المشاعة وتعيين مدّة الزراعة.

الخامس: قابليّة الأرض للزراعة ولو بالعلاج.

السادس: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما، إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهم التعميم.

السابع: تعيين الأرض ومقدارها على وجه يرتفع الغرر.

الثامن: تعيين كون البذر على أيّ منهما وكذا سائر المصارف واللوازم، إلا أن يكون هناك انصراف مغني عنه.

التاسع: حياة العامل إذا اشترط مباشرته للعمل.

فإذا تبين بطلان العقد بفقدان أحد هذه الأمور فتجري قاعدة «كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجره المثل».

دليل القاعدة

والتحقيق أنّ القاعدة ممّا يتفرّع عن القواعد الثلاث الفقهيّة، فيستدلّ عليها بهذه القواعد الّتي ثبت اعتبارها في المرحلة الثانية. وهي ما يلي:

الأولى: قاعدة كلّما بطل العقد يتحقّق أجره المثل. وسيأتي تفصيلها في المرحلة الثانية إن شاء الله تعالى. فإنّ هذه القاعدة - الّتي تدلّ عليها قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(١)، والنبي المشهور «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب من نفسه»^(٢) - تدلّ على ثبوت أجره مثل الأرض لصاحبها فيما إذا كان البذر للعامل، حيث إنّ العامل يملك الزرع حينئذٍ، لقاعدة تبعيّة النماء للملك، ويلزم عليه إعطاء أجره الأرض؛ لكونها دخيلاً في الزرع، والتصرّف في الزرع بدون رضاه أكل للمال بالباطل. كما أنّ هذه القاعدة تقتضي ثبوت أجره مثل العمل للعامل فيما إذا كان البذر للمالك، لأنّه يملك الزرع حينئذٍ بمقتضى قاعدة تبعيّة النماء للملك، فيلزم عليه إعطاء أجره مثل عمله، لأنّه كان دخيلاً في حصول الزرع ولم يكن العامل متبرّعاً في العمل، والتصرّف في الزرع حينئذٍ بدون رضا العامل أكل للمال بالباطل.

الثانية: قاعدة احترام مال المسلم وعمله. وسيأتي تفصيل هذه القاعدة أيضاً في المرحلة الثانية، إن شاء الله تعالى. ودلالة هذه القاعدة على المقام واضحة جدّاً؛ لأنّ احترام مال المالك وعمل العامل يقتضي ثبوت أجره مثل الأرض للمالك وثبوت أجره العمل للعامل؛ ضرورة أنّ نفي أجره المثل هتك لحرمة مال المسلم أو عمله، وهو ممنوع.

الثالثة: قاعدة لا ضرر. وسيأتي البحث عنها أيضاً في المرحلة الثانية (إن شاء الله تعالى). وجه الدلالة أنّ نفي أجره المثل في المقام يوجب ضرر المالك أو ضرر

العامل، وهو منفي بقاعدة لا ضرر، ونفي النفي يساوق الإثبات، فيثبت أجره المثل لكل من المالك والعامل فيما إذا تبين بطلان عقد المزارعة.

ولا يخفى: أنه إذا تبين بطلان العقد بعد الشروع في عمل المقدمات والزرع وقبل حصول الحق، فعلى المالك أجره مثل عمل العامل؛ بمقتضى قاعدة احترام عمل المسلم، وعلى العامل أيضاً أجره مثل أرض المالك؛ بمقتضى قاعدة احترام مال المسلم. غاية الأمر أنه إذا كان البذر للمالك فله أن يقلعه أو يبقيه؛ لقاعدة الناس مسلطون على أموالهم، وإذا كان البذر للعامل فللمالك إلزامه بالقلع ولا ضمان عليه؛ لعدم التزام المالك له على نفسه بشيء عدا تسليمه الأرض وتسليطه عليها على فرض صحة العقد، كما للعامل أيضاً أن يقلع البذر؛ لأن المفروض أنه ملكه، والناس مسلطون على أموالهم، ولهما التراضي بالبقاء بعوض أو بلا عوض، لما مر.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المالك والعامل جاهلين ببطلان المعاملة ثم تبين لهما بطلانها، وبين أن يكون أحدهما أو كلاهما عالماً بالبطلان، لعدم الملازمة بين العلم بالبطلان والمجانبة، بل هو أعم من المجانبة، فأصالة احترام المال والعمل جارية إلا مع دليل معتبر على الخلاف.

التطبيقات:

وهذه القاعدة يطبق عليها كثير من فروع باب المزارعة، منها ما يلي:

١- إذا تبين بعد الزرع أن المالك كان صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً وكان البذر له فعليه للعامل أجره عمله وعوامله؛ لقاعدة «كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجره المثل».

٢- إذا تبين بعد الشروع في عمل الزرع أن العامل كان صبيّاً أو مجنوناً أو

مكرهاً فيكون عقد المزارعة باطلاً، وإذا كان البذر للمالك فيكون الزرع له وعليه للعامل أجرة مثل عمله، وإذا كان البذر للعامل فيكون الزرع له وعليه أجرة مثل أرضه إذا رضى ببقاء الزرع في أرضه؛ للقاعدة المذكورة.

٣- إذا تبين بعد الشروع في عمل الزرع أو بعد الزرع وقبل حصول الحصة أو بعد حصول الحصة، أن المالك أو العامل يكون محجوراً، فتكون المزارعة باطلة. فإذا كان البذر للمالك فيكون الزرع له وعليه أجرة مثل عمل العامل، وإن كان البذر للعامل فيكون الزرع له وعليه أجرة مثل أرض المالك. وإن كان البذر لهما فيكون الزرع لهما على نسبة المال والعمل ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من المال والعمل. وإن كان البذر لثالث فيكون الزرع له، وللمالك أجرة الأرض، وللعامل أجرة عمله وعوامله. أمّا كون الزرع لصاحب البذر؛ فلقاعدة تبعية النماء للملك. وأمّا كون أجرة المثل على المذكورين؛ فلقاعدة: «كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجرة المثل».

٤- إذا تبين بطلان العقد من جهة عدم كون الأرض قابلة للزرع فيكون عقد المزارعة باطلاً وتجري قاعدة: «كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجرة المثل».



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفصل التاسع عشر

في القواعد المختصة بباب المساقاة



وفيه قاعدتان:

- ١ - قاعدة كل نبات كان من شأنه أن يثمر فالمساقاة عليه جائزة.
- ٢ - كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجره المثل والمستولي على الأصل الثمرة.

القاعدة الأولى

قاعدة كل نبات كان من شأنه أن يثمر فالمساقاة عليه جائزة

من القواعد التي تختص بباب المساقاة هي قاعدة: «كل نبات كان من شأنه أن يثمر فالمساقاة عليه جائزة».

وهذه القاعدة هي ما يستفاد من إطلاق النصوص الواردة في باب المساقاة كما سيأتي. وأما ما اشتهر من أن «كل أصل ثابت له ثمرة يستفاد بها مع بقاءه فمساقاته جائزة»^(١) تقييداً بلامقيدته كونه من أصول

وتحقيق المطلب أن القاعدة تنحل إلى أمرين:

الأمر الأول: عدم اعتبار كون ما يساقى عليه أصلاً ثابتاً

لا ريب في أن لفظ «المساقاة» لم يرد في الكتاب ولا في أحاديث المعصومين عليهم السلام، كما لم يرد فيهما لفظة «أصل ثابت» التي أخذوها بعض الفقهاء في تعريف المساقاة وقالوا: «إن المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها»^(٢). بل الموجود في نصوص الباب هو العمران على الإطلاق، كما في رواية يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل يعطي الرجل

(١) المختصر النافع: ١٤٨، قواعد الأحكام (ط، القديمة) ٢: ٣١٧، المهذب البارع ٢: ٥٧٠، رياض المسائل ٩: ٩، جواهر الكلام ٢٧: ٦٠.
(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٥.

أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج الله عز وجلّ منه، قال ﷺ: «لا بأس»^(١). وفي رواية أخرى عنه عن أبي عبد الله ﷺ، قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال ﷺ: «لا بأس»^(٢). فالظاهر منهما أن موضوع عقد المساقاة هو عمران ما في الأرض. وهذا مطلق من جهة المضاف والمضاف إليه:

أمّا من جهة المضاف: فلأنّ العمران يشمل كلّ ما يترتب عليه نموّ الزرع من حلقه، وصرف الجريد، وإصلاح الأجاجين والأخوص، وحفظ الثمرة ولقطها، وحفر السواقي والأنهار ونحوها. ويقال في وجه تسميته بالمساقاة: «إنّ المساقاة مشتقة من السقي، وإنّما اشتقت منه، لا حتياجه إليه غالباً، لأنّه أنفع أعمال العمران وأكثرها مؤونة، لا سيّما في أرض الحجاز، فإنّهم يسقون من الآبار»^(٣).

وأمّا المضاف إليه: فلأنّ الرواية الثانية مطلقة ولم يذكر فيها اسم خاصّ ممّا في الأرض، والرواية الأولى وإن ذكر فيها النخل والفاكهة ولكنّه يحمل على الغالب والمثال. فالمنساق منهما كلّ ما ينبت من الأرض، سواء كان من الأشجار التي يكون لها أصلاً ثابتاً أو كان من النباتات الزاحقة، وهي التي تمتدّ أوراقها وعرقوها على الأرض، كالبطيخ والشمّام والقثاء والخيار، أو كان من النباتات المتسلقة، كالعنب والياسمين، أو كان من النباتات الدرنية كالقلقاس والبطاطا.

ثمّ إنّ التأمّل في روايات باب المزارعة والمساقاة يستجّ أن الفرق بين المساقاة والمزارعة في عرف المتشرّعة أنّ المزارعة عبارة عن المعاملة والاتّفاق

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٢، الباب ٩ من أبواب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٣، الباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

(٣) قواعد الأحكام (ط، القديمة) ٢: ٣١٦، إيضاح الفوائد ٢: ٢٩، فتح العزيز ١٢: ١٠٠، مغني

بين مالك الأرض والمزارع على زرع الأرض الخربة بالبذر، فيكون موضوع المزارعة نفس زرع الأرض، وأما سقيه وحرصه والتحفظ عليه فيكون كالتابع بالنسبة إلى الزرع ومن لوازمه، بحيث يكون المعطى إلى المزارع في المزارعة هو نفس الأرض. ويؤيده ما قالوا في تعريف المزارعة من «إعطاء الأرض إلى أجل...»^(١) و«استئجار الأرض ببعض ما يخرج منها»^(٢) و«عقد على أرض ببعض ما يخرج من نمائها»^(٣) وهكذا.

ويؤيده أيضاً اقتران روايات الزرع والمزارعة بالبذر. فعن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بذرت فقل: اللهم قد بذرنا وأنت الزارع...»^(٤).

وعن ابن بكير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة...»^(٥).

وعن الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً. قال: «لا ينبغي أن يسمى شيئاً فإنما يحرم الكلام»^(٦).

وعن سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزارع، فيزرع أرض آخر، فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً. قال: «لا ينبغي أن يسم بذراً...»^(٧).

فالمنساق من روايات الزرع والمزارعة أن المزارعة عبارة عن اتفاق مالك الأرض والمزارع على زرع الأرض بالبذر بعد كونها خربة غير مزروعة.

وهذا بخلاف المساقاة فإن المنساق من رواياتها - كما مر - أنها الاتفاق بينهما على عمران ما ينبت في الأرض؛ بأن يحلقه ويصرف الجريد ويصلح الأجاجين والأخوص؛ ويحفظ ثمرته ويحفر السواقي والأنهار ويجري الماء

(١) السرائر ٢: ٤٤١. (٢) المهذب ٢: ٩. (٣) الوسيلة (ابن حمزة): ٢٧٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٩٧، الباب ٥ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢ و ٣.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ١٩٧، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، الحديث ٤.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، الحديث ٦.

إليها وهكذا.

هذا كله مضافاً إلى أنّ عمومات العقود كأوفوا بالعقود والتجارة عن تراض تقتضي جواز المساقاة على غير الأشجار من النباتات.

وقد يناقش في الاستدلال بالعمومات والإطلاقات من وجهين:

الوجه الأول: أنّ العمومات والإطلاقات لا تشمل مثل هذه المعاملة المتضمنة لتمليك المعدوم، لأنّ المعدوم غير قابل للتمليك، فلا تجوز تملكه شرعاً. ومن هنا لا مجال للتمسك بها على جواز المساقاة في غير الأشجار التي تكون مورد النصوص المتقدمة. هذا ما توهمه السيّد المحقق الخوئي، وصرّح بذلك في مواضع مختلفة من كتاب المساقاة^(١).

وفيه: أنّه لم يتصور وجهٌ لدعوى نقي شمولها لمثل هذه المعاملة المتضمنة لتمليك المعدوم، إلّا توهم كون المعدوم غير قابل للتمليك الذي تقتضيه المعاملة، كما صرّح بذلك نفس المحقق الخوئي في موضعين من كلماته: (أحدهما) قوله: «إنّ العمومات والإطلاقات لا تشمل المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم، فإنّه أمر غير جائز»^(٢). و(ثانيهما) قوله: «وحيث إنّ الثمرة غير موجودة بالفعل فلا يجوز تملكها، لامتناع تمليك المعدوم»^(٣). ولكن هذا التوهم مردود بأمور:

الأول: أنّه يرد عليه النقض بتجويزه تمليك الكلّي في الذمة مع أنّه ليس شيئاً موجوداً في الخارج، ويبيع الثمار قبل بروزها عامين أو عاماً مع الضميمة^(٤)، وتمليك المنافع وليست موجودة، بل يستوفى شيئاً فشيئاً، والوصيّة بالمعدوم إذا كان متوقّع الوجود، كالوصيّة بما تحمله الجارية أو الدابة^(٥)، ضرورة أنّه لا فرق

(١) المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣١: ٣٢١ و ٣٢٢ و ٣٢٤ و ٣٢٦ و ٣٢٨ و ٣٣٠.

(٢ و ٣) المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣١: ٣٢١ و ٣٢٨.

(٤ و ٥) منهاج الصالحين ٢: ٦٢ و ٢١١.

في المعقوليّة وعدمها بين هذه الموارد.

الثاني: أنّ الملكيّة من الأمور الاعتباريّة الّتي وجودها عين الاعتبار العقلاني، فلا تحتاج إلى محلّ خارجيّ، بل يكفيها المحلّ الاعتباري.

واعترف بما ذكرناه السيّد الخوئي في موضع آخر من كلامه ونفي عدم قابليّة المعدوم للتّملك؛ حيث قال - دفاعاً عن تعريف الإجارة بتّملك المنفعة بعوض، وجواباً عن المناقشة فيه؛ بأنّ المنفعة معدومة حال الإجارة، والمعدوم غير قابل للتّملك - ما لفظه: «إنّ الملكيّة الشرعيّة ليست من المعقولات الحقيقيّة التكوينيّة لكي يستحيل تعلّقها بالأمور المعدومة، بل قوامها بالاعتبار الساذج، ومن المعلوم أنّ الأمور الاعتباريّة بما أنّها خفيفة المؤونة جاز تعلّقها بالأمور المعدومة إذا كانت مقدورة التسليم، وبديهيّ أنّ المنفعة وإن كانت معدومة ولكنّها مقدورة بتّبع العين الخارجيّة، وإذن فلا محذور في تعلّق الملكيّة الاعتباريّة في الإجارة بالمنفعة المعدومة الملحوظة مع العين المستأجرة، كما يصحّ تعلّقها بالذمّة، ومن هنا حكم الفقهاء بصحّة بيع الكلّي في الذمّة»^(١).

فنقول: إنّ الثمرة أيضاً وإن كانت معدومة بالفعل، لأنّها من المفاهيم المتدرّجة الوجود، ولكنّها مقدورة بتّبع العين والعمل، فكما تكون السلطنة على العين سلطنةً على منفعتها عرفاً كذلك تكون السلطنة على العين والعمل سلطنة على ما يترتّب عليهما من الثمرة عرفاً، فلا محذور في تعلّق الملكيّة الاعتباريّة في المساواة بالثمرّة المتوقّع حصولها غالباً.

إن قلت: هذا الجواب حسن في ما إذا كانت الدعوى عدم المعقوليّة. ولكنّا ندّعي عدم مساعدة الدليل على صحّة التّملك في المقام بعد الإذعان بالإمكان؛ لأنّ الذي جرت عليه السيرة العقلانيّة وقامت على صحّته الأدلّة الشرعيّة في

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٥.

العقود المعاوضيّة هو لزوم كون مورد المبادلة ملكاً فعلياً أو ما في حكم الملك، كالأعمال أو شيئاً في الذمّة، حيث إنّها وإن لم تكن مملوكة بالملكيّة الاعتباريّة، إذ لا يكون الإنسان مالكاً لما في ذمّته ولا لعمله، إلّا أنّها مورد للسلطنة المطلقة، إذ له أن يملك عمله للغير بإجارة ونحوها، أو أن يبيعه شيئاً في الذمّة، فله سلطنة التمليك، وبهذا الاعتبار أصبح في قوّة المملوك. وأمّا ما لا يكون مملوكاً بالفعل بوجهٍ لعدم وجوده في أيّ صقع، لا الخارج ولا الذمّة، وإنّما يوجد ويملك فيما بعد، فلا تصحّ المعاملة عليه، لا بالسيرة العقلانيّة ولا بحسب الأدلّة الشرعية.

قلت: إنّ المساقاة أيضاً وإن لم تتضمّن مبادلة المملوك بالفعل، ولكنها تتضمّن مبادلة ما في قوّة المملوك؛ لأنّ للمالك سلطنة على أرضه، كما أنّ للعامل سلطنة على عمله، والسلطنة على المال والعمل سلطنة على ثمرتهما عرفاً، فلهما سلطنة على الثمرة، وبهذا الاعتبار أصبحت الثمرة في قوّة المملوك. فعليه دعوى عدم الدليل على صحّة هذه المعاملة من السيرة والأدلة دعوى بلا دليل، بل الثمرة والحصة من المحصول وإن كانت معدومة في الخارج بالفعل لكن يكفي في اعتبار الملكيّة لها من تعلق الغرض العقلاني بها، ولا ريب في تحقّقه.

وأما عدم جواز بيع ما سيولد من الدابة فيما بعد، أو الدجاجة التي ستكوّن بعد تحويل البيض الموجود إليها، أو بيع الغزال قبل أن يصيدها، أو بيع سمكة البحر قبل أن يتملّكها ولو مع القطع بتمكّنه من ذلك؛ فلقاعدة «لا بيع في المجهول» المستفادة من الأدلّة الخاصّة التي وردت في البيع؛ والتسرّي منه إلى غيره محتاج إلى الدليل.

الثالث: أنّا نقول في المقام بمثل ما قال السيّد الخوئي في كتاب المضاربة، فإنّه قال: «إنّ الحصة المعيّنة التي ستوجد فيما بعد وإن لم تكن مملوكة للعامل وللمالك، إذ لا معنى لملكيّة المعدوم، إلّا أنّها وفي ظرف وجودها تكون مملوكة

للعامل نتيجةً لجعل المالك ذلك له؛ إذ لو لاه لكان الربح بتمامه مملوكاً للمالك بمقتضى قانون المعاوضة المقتضي لانتقال تمام الثمن إلى مالك المثلث، ومن هنا فانتقال الحصّة من المالك إلى العامل يكون في ظرفه انتقالاً للمال الموجود بالفعل وإن لم يكن كذلك حين العقد^(١). وعليه فعدم كون الشيء ملكاً موجوداً بالفعل حين العقد لا يمنع من تملكه إلى الغير.

الرابع: أنّ عدم الثمرة وعدم حاصل المال والعمل ليس من العدم المطلق كي لا يصلح لكل شيء، بل هو من عدم الملكية، وله حظ من الوجود، فيصحّ تعلّق الملكية به واعتبارها له.

الخامس: أنّ المساقاة ليست تملكاً من المالك الحصّة المعدومة للعامل، بل هي التعامل والاتّفاق بين المالك والعامل على كون حصّة الملك التي تكون ثمرة المال والعمل لهما.

وبالجملة: فالمساقاة ليست على خلاف القاعدة كي لا تشملها العمومات والإطلاقات، بل تكون موافقة للقاعدة وتصحّ الاستدلال بالعمومات والإطلاقات على جواز المساقاة مطلقاً إلا ما خرج بالدليل.

الوجه الثاني: أنّ مقدار الحاصل في المساقاة غير معلوم، فلا محالة يلزم الغرر، وعليه فلا وجه للتمسك بالعمومات أو الإطلاقات الدالة على إمضاء كلّ عقد عقلائي؛ لأنّها خصّصت بما دلّ على النهي عن الغرر.

وفيه: أنّ الغرر ليس مجرد الجهل، بل هو بمعنى الخطر، أي كون الشيء مشرفاً على الهلكة - كما مرّ تفصيله في قاعدة لا يبيع في المجهول -، ولا يكون المال ولا العمل في المقام مشرفاً على الهلاك، بل كما يحتمل في هذه المعاملة عدم الحاصل يحتمل فيها الحاصل والثمرة أيضاً.

(١) المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣١: ١٥٨.

الأمر الثاني: اعتبار كون ما يساقي عليه مثمراً

لا ريب أن عقد المساقاة بنفسه يقتضي اعتبار كون ما يساقي عليه مثمراً؛ لأن حقيقة المساقاة عبارة عن تعامل المالك والعامل على كون حصّة الملك - وهو ثمرته - لهما، وهذا المعنى لا يتحقق إلا فيما يكون من شأنه أن يثمر. وأمّا ما لا ثمرة له أصلاً فلا يتحقق فيه هذا المعنى.

وإنما الكلام في المراد من الثمرة وأنه هل يكون خصوص حمل الشجر والنبات، وهو ما يعقب الزهرة غالباً، أو يكون المراد منها كل ما يخرج من الشجر أو النبات ممّا يُنتفع به، فيشمل ما كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء، وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه، أو يقصد أغصانه، أو كان له أصول ينتفع بها؟

واستدلّ للأوّل بأن هذه المعاملة لما كانت على خلاف الأصل؛ لاشتغالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض، فيقتصر فيها على القدر المتيقّن، وهو شجر الثمرة، ويبقى ما عداه على أصل المنع.

وممّا ذكرنا يظهر فساد هذه الاستدلال؛ فإنّ العموم مقدّم على الأصل، وعموم مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) يقتضي صحّة المعاملة على كلّ ما فيه غرض عقلائي غير منهّي عنه شرعاً، فهو يقتضي صحّة المساقاة في كلّ مورد صدقت المساقاة لغةً وعرفاً. فما ذكره صاحب الجواهر^(٢) من التفصيل بين ما إذا كان تبعاً فتصحّ وإلا فلا تصحّ، لا وجه له بعد صدق المساقاة عرفاً في كلا الموردين.

ويستدلّ على الثاني بعموم أخبار خير، حيث قال الحلبي: «أخبرني أبو عبد الله عليه السلام أن أباة حدّثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خير بالنصف أرضها ونخلها، فلمّا أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة...»^(٣)، فإنّ كلمة «الثمرة» تشمل كلّ

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٦١.

(١) المائدة / ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ١٩٩، الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

فائدة تحصل من الشجر.

ولكن الإنصاف أن مثل كلمة «الثمرة» في الخبر، وكلمة «فاكهة» في رواية يعقوب بن شعيب^(١) تنصرف إلى ما يعقب الزهرة، فلا يصح الاستدلال بإطلاقه. والأولى أن يقال: إن في المقام رواية أخرى من يعقوب بن شعيب تدل على الشمول، فإن فيها قول الحلبي: «سألت عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج، فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما»^(٢)، فقوله: «ما كان من فضل» مطلق ويشمل كل فضل، سواء كان ما يعقب الزهرة أو ورقاً ينتفع به أو غيرها.

وأما ذكر النخل والفاكهة والثمرة في بعض الروايات فيكون من باب الغلبة. وهذا مضافاً إلى ما مرّ من عموم مثل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، فإنه يقتضي صحة المساقاة على كل ما فيه غرض عقلائي غير منهي عنه شرعاً، فبإطلاقه يدل على صحتها في كل مورد صدقت عليه المساقاة لغةً وعرفاً.

والحاصل: أن كل نبات كان من شأنه أن يثمر فالمساقاة عليه جائزة، سواء كان من الأشجار التي أصلها ثابت في الأرض، أو كان من النباتات التي تزرع في كل سنة أو بعد سنتين أو سنوات؛ وسواء كان من شأنه أن يثمر الفاكهة وما يعقب الزهرة، أو كان من شأنه أن يثمر ورقاً ينتفع به، أو كان من شأنه أن يثمر الزهرة التي يقصد زهره أو غيرها.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٢، الباب ٩ من أبواب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٠٣، الباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة، الحديث ٢.

القاعدة الثانية

قاعدة كلّ موضع تفسد فيه المساقاه فللعامل أجره المثل وللمستولي على الأصل الثمرة

من القواعد التي تجري في باب المساقاة هي قاعدة: «كلّ موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجره المثل وللمستولي على الأصل الثمرة». وأوّل من تعرّض لهذه القاعدة هو المحقّق في الشرائع^(١). ثمّ تبعه على ذلك من تأخّر عنه.

والبحث عنها يقع في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: في مفادها

ومفادها أنّه إذا تبين بعد عقد المساقاة والشروع في عمل المقدمات أنّها باطلة، فللعامل أجره مثل عمله كما كان للمستولي على الأصل ثمرته. ثمّ إنّ قلنا: «للمستولي على الأصل» بدلاً عن قول المحقّق: «لصاحب الأصل» كي لا يتوهّم اختصاص القاعدة بما إذا كان معطي الأرض مالكة؛ فإنّ كلمة «صاحب» تنصرف إلى المالك، ولا يشترط في المساقاة كون الأرض

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٩٩.

وما فيها من الأشجار والنباتات ملكاً لمن أعطاها إلى العامل للعمران، بل يكفي الإذن المالكى أو الشرعى في صحته، كأن يكون مالكا لمنفعتها بالإجارة أو الوصية أو الوقف عليه؛ أو يكون مسلطاً عليها بالتولية، كمتولي الوقف والوصي؛ أو يكون ممن له حق اختصاص بها مثل التحجير والسبق؛ أو كان مالكا للانتفاع بها. فيتضح أن المراد من المستولي على الأصل، هو من يكون تصرفه في الأصل نافذاً شرعاً، فلا يشمل من استولي عليه عدواناً، كالغاصب. ويشترط في المساقاة أمور:

الأول: الإيجاب والقبول. ويكفي فيهما كل لفظ دلّ عليهما، بل يكفي المعاطاة؛ لإطلاق أدلة المساقاة.

الثاني: البلوغ والعقل والاختيار؛ فإنها من الشرائط العامة في كل إنشاء. الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس؛ لأن المساقاة تصرف خاص في الأموال، والمحجور ممنوع منه، كما مرّ في قاعدة «المحجور ممنوع».

الرابع: أن يكون معطي الأرض وما فيها من الأشجار والنباتات مالكا لها عيناً أو منفعة، أو نافذ التصرف فيها لولاية أو وكالة أو تولية.

الخامس: كونهما معيّنة ولو إجمالاً، فيغتفر فيها الجهالة في الجملة؛ وذلك لأن المساقاة على ما هو مجهول مطلق غير متعارف بين الناس، بل التعيين هو المنساق من أدلة المساقاة، كصحيحة يعقوب بن شبيب وأخبار إعطاء رسول الله ﷺ لأرض خيبر.

السادس: أن تكون الحصّة مشاعة؛ لأنه الظاهر من روايات باب المساقاة، مضافاً إلى أنه ادّعى جمع من الفقهاء نفي الخلاف فيه بين الأصحاب^(١).

(١) رياض المسائل ٩: ١٣٥، جواهر الكلام ٢٧: ٧١.

السابع: تعيين ما على المالك من الأمور وما على العامل من الأعمال؛ فإنه مجمع عليه بين الفقهاء، وتدلل عليه السيرة قديماً وحديثاً.

الثامن: قابلية ما يساقى عليه للثمر؛ فإنه ما يقتضيه ذات عقد المساقاة.

هذا ما يعتبر في صحة المساقاة إجمالاً، وأمّا تفصيل البحث عن هذه الأمور أو بعض آخر ممّا يقال باعتباره في المساقاة موكول إلى محله.

فإذا لم تكن المساقاة جامعة لهذه الشرائط يحكم بفسادها، وحينئذٍ فالحكم أن للعامل أجره مثل عمله وللمستولي على الأصل ثمرته.

الجهة الثانية: في دليلها

وبما أن هذه القاعدة ممّا يتفرّع عن القواعد الثلاث الفقهية: ١ - قاعدة كل ما بطل العقد يتحقّق أجره المثل. ٢ - قاعدة احترام مال المسلم وعمله. ٣ - قاعدة لا ضرر، فيستدلّ عليها بهذه القواعد الثلاث التي ثبت اعتبارها في المرحلة الثانية. وقد مرّ تقرير دلالتها عليها في القاعدة الثانية من القواعد المختصة بباب المزارعة؛ وهي قاعدة: «كلّ موضع يحكم فيه ببطان المزارعة تجب أجره المثل»، فلا نطيل الكلام بذكرها، وإن شئت فراجع تلك القاعدة.

الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها

وهذه القاعدة يطبّق عليها فروع كثيرة من فروع باب المساقاة، منها

ما يلي:

- ١ - إذا تبين بعد عقد المساقاة وشروع العامل في العمل أن المستولي على الأصل أو العامل كان صبيّاً أو مجنوناً أو مكرهاً، فتكون المساقاة باطلة، وحينئذٍ يحكم بأنّ للمستولي عليه ثمرة الشجر أو النبات وللعامل أجره مثل عمله،

لقاعدة: «كلّ موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجره المثل وللمستولي على الأصل الثمرة».

٢ - إذا شرطاً انفراد العامل بالثمر أو انفراد المالك به بطل عقد المساقاة،
وحيث استحقّ المالك الثمر جميعه والعامل أجره المثل لعمله، لقاعدة: «كلّ موضع
تفسد فيه المساقاة فللعامل أجره المثل وللمستولي على الأصل الثمرة».



مركز تحقيقات کتب و تدریس علوم اسلامی

الفصل العشرون

في القواعد المختصة باب الوديعة



وفيه قاعدتان:

- ١- قاعدة كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه حتى يرده.
- ٢- كلما بطلت الوديعة يجب ردها إلى من له الولاية.

القاعدة الأولى

قاعدة كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه حتى يردّه

من القواعد المختصة بباب الوديعة هي قاعدة: «كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه على النحو المعتاد حتى يردّه». والمراد منها أن من قبل الشيء عن شخص وديعة واستتاب في حفظه يجب عليه أن يحفظه بما جرت به العادة في حفظ الأمانة بين الناس. واستدل عليها بأمور:

الأول: أنه يدل عليها الآيات والأخبار الدالة على وجوب أداء الأمانة. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١). وقال الله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾^(٢). وروي عن رسول الله ﷺ، أنه قال: «أدّ الأمانة إلى ما ائتمنك ولا تخن من خانك»^(٣).

وفي صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «كان أبي عليه السلام يقول: أربع من كنّ فيه كمل إيمانه ولو كان ما بين قرنه إلى قدمه ذنوب لم ينقصه ذلك، هي: الصدق

(٢) البقرة / ٢٨٣.

(١) النساء / ٥٨.

(٣) مستدرک الوسائل ١٤: ١١.

وأداء الأمانة والحياء وحسن الخلق»^(١).

وفي رواية عمر بن أبي حفص، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم»^(٢).

ولا ريب في أنّ هذه الآيات والروايات تدلّ على وجوب أداء الأمانة بالمطابقة. وإنّما الكلام في وجه دلالتها على وجوب حفظ الأمانة. وفي تقريب دلالتها عليه وجهان:

الأول: ما يظهر من كلام صاحب الحقائق من دلالتها على وجوب حفظ الوديعة وجوباً نفسياً بالدلالة الالتزامية، فإنّه قال: «وجوب الحفظ عليه متى استودع أي قبل الوديعة: ممّا لا ريب فيه. ويدلّ عليه الأخبار المتقدمة الدالة على وجوب أداء الأمانة، فإنّه لو لا حفظها لم يجب أدائها، وذلك أنّه متى رخص له في إهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليه وجوب الأداء»^(٣). وحاصله أنّ هذه الآيات كما تدلّ على وجوب أداء الأمانة بالمطابقة كذلك تدلّ على وجوب حفظها بالدلالة الالتزامية؛ لأنّ عدم وجوب الحفظ يساوق رخصته في عدم الحفظ وإهمالها، وهو ينافي وجوب أدائها، كيف والأداء لا يمكن من دون الحفظ، فهو لازم الأداء باللزوم البين بالمعنى الأعمّ، فتدلّ الآيات والروايات على وجوبه بالدلالة الالتزامية.

الثاني: ما يظهر من كلام صاحب الجواهر من دلالتها على وجوب الأداء فقط، غاية الأمر حيث كان الحفظ مقدّمة للأداء فتسري وجوب الأداء إلى مقدّمته - وهي الحفظ - عقلاً، فيكون وجوب الحفظ وجوباً غيرتياً. قال صاحب الجواهر:

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢١٩، الباب ١ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢١، الباب ٢ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ٢.

(٣) الحقائق الناضرة ٢١: ٤٠٢.

«وإذا استودع وقبل ذلك وجب عليه الحفظ بلا خلاف أجده... وإلى كونه - أي الحفظ - مقدّمة لوجوب أداء الأمانة وردّها إلى مالكيها»^(١).

ويشكل فيه بأنّه لو لم يحفظ الوديعة وأهمّلها وبقيت بدون الحفظ فردّت إلى أهلها لم يخالف المستودع تكليفه لأداء ما هو عليه، فليس الأداء متوقفاً على الحفظ، ولا لازمه، كي يستدلّ بوجوب الأداء على وجوب الحفظ^(٢).

الثاني: أنّ الخيانة محرّمة كتاباً وسنةً وعقلاً، ومعلوم أنّ ترك حفظ المال الودعي خيانة من المستودع، فترك حفظه حرام عليه. وحيث لا يمكن الاجتناب عن هذا الحرام إلّا بحفظه فيكون حفظه واجباً. وهذا ما أفاده صاحب الجواهر، حيث قال: «مضافاً إلى ما في عدمه من الخيانة المحرّمة كتاباً وعقلاً وسنةً متواترة وإجماعاً بقسميه»^(٣). واستدلّ له هذا مركّب من القياسين: (أحدهما) أنّ ترك حفظ الوديعة خيانة، والخيانة منهيّ عنها، فترك حفظ الوديعة منهيّ عنه. و(ثانيهما) أنّ ترك حفظ الوديعة منهيّ عنه، والنهي عن الشيء أمر بضدّه، فالنهي عن ترك حفظ الوديعة أمر بضدّه - وهو الحفظ -، فيجب حفظها.

لا يقال: يشكل في كبرى القياس الثاني - وهو أنّ النهي عن الشيء أمر بضدّه -؛ لأنّ مذهب صاحب الجواهر^(٤) تبعاً للأصحاب^(٥) أنّ النهي عن الشيء لا يقتضي الأمر بضدّه؛ لجواز أن يكون في الشيء مفسدة وليس في تركه مصلحة ملزمة ليؤمر به، بخلاف أكثر العامة^(٦)، فإنّهم ذهبوا إلى أنّ النهي عن الشيء أمر بضدّه. وعليه فلا يقتضي النهي عن ترك حفظ الوديعة أمراً بضدّه الذي هو حفظها، كي يستنتج وجوب حفظها.

(٢) جامع المدارك ٣: ٤٣٤.

(٤) جواهر الكلام ٣٣: ١٥٢.

(٥) عدّة الأصول ٢: ٩٧، الذريعة ١: ٨٧، قوانين الأصول: ١١٦، هداية المسترشدين: ٢٤٧.

(٦) إعانة الطالبين ٢: ١٧٠، بدائع الصنائع ١: ٢٩٨، الفصول في الأصول ٢: ٩٩.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٠١ - ١٠٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ١٠٠ - ١٠١.

فإنه يقال: هذا فيما إذا لم يكن فعل الضدّ أمراً يتوقف عليه ترك المنهي عنه. وأما إذا كان ممّا يتوقف ترك المنهي عنه على وقوعه فيكون النهي عنه مستلزماً للأمر بضده، إذ لا يعقل جواز ترك ما يتوقف ترك المنهي عنه على وقوعه. وهذا ما يعترف به المصرّحون بأنّ النهي عن الشيء لا يقتضي الأمر بضده، منهم السيّد في الذريعة^(١) والأصفهاني في الهداية^(٢) وغيرهما. وفي المقام كان المنهي عنه ترك حفظ المال الودعي؛ لأنّه من مصاديق الخيانة المحرّمة، وحيث كان ترك ترك حفظ المال متوقفاً على فعل ضدّ المنهي عنه - وهو حفظ المال الودعي بتهيئة ما يحتاج إليه في بقائه عادةً ودفع ماله دخل في أذيه أو نقصه أو تلفه كذلك - فيكون النهي عنه مستلزماً للأمر بضده، ويكون الحفظ واجباً. ونظيره ما إذا تعلّق النهي بالحركة؛ فإنّ ترك الحركة يتوقف على فعل ضده وهو السكون، بحيث لا ينفك تركها عن السكون، فلا يعقل جواز السكون وهو ممّا يتوقف ترك الحركة المحرّمة على وقوعه، فيكون النهي عنها مستلزماً للأمر به.

نعم، يمكن المناقشة في صغرى القياس الأوّل - أي كون ترك حفظ الوديعة خيانة -، بدعوى أنّ الخيانة في الأمانة عبارة عن عدم إداؤها إلى أهلها والتصرّف فيها في غير جهة الحفظ. وأمّا ترك الحفظ وإهمالها فيما إذا بقيت من دون الحفظ فردّت إلى أهلها لم يكن خيانةً. ويؤيده ما في الروايات من تفسير الخيانة في الأمانة بعدم ردّها إلى أهلها، قال رسول الله ﷺ: «من خان أمانةً في الدنيا ولم يردها إلى أهلها، ثم أدركه الموت، مات على غير ملّتي ويلقى الله تعالى وهو عليه غضبان»^(٣).

الثالث: أنّ صاحب الرياض^(٤) - تبعاً لصاحب الحقائق^(٥) - استدلّ عليها

(٢) هداية المسترشدين: ٢٤٧.

(١) الذريعة في أصول الشريعة ١: ٨٧-٨٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٥، الباب ٣ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ٢.

(٥) الحقائق الناضرة ٢١: ٤٠٣.

(٤) رياض المسائل ٩: ١٤٧.

بالأخبار الدالة على ضمان المستودع لو خالف أمر المالك في الحفظ.
وفيه: أن تلك الأخبار لا تدلّ إلا على ضمان المستودع فيما إذا فرط في حفظ المال، ولا ملازمة بين الحكم الوضعي - أي ضمان المستودع واستقرار المال في عهده - وبين وجوب حفظ المال، كي يستدلّ بها على وجوب حفظه.

الرابع: أن حفظ المال الودعيّ معاونة على البرّ، والمعاونة على البرّ واجبة، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١)، فحفظ المال الودعيّ واجب من باب المعاونة على البرّ. وهذا ما أفاده لشهيد الثاني في المسالك حيث قال: «لوجوب الحفظ حينئذٍ من باب المعاونة على البرّ»^(٢).

وفيه: - مضافاً إلى أن التعاون على البرّ عبارة عن اجتماع عدّة أشخاص لإيجاد خيرٍ ليكون صادراً عن جميعهم، فإنّ باب التفاعل يقتضي صدور المادّة من الشخصين فصاعداً، والظاهر عدم تحقق ذلك في المقام - أن الأمر في الآية ليس إلزامياً؛ ضرورة أن التعاون بإطلاقه ليس واجباً، وإلا لزم تخصيص الأكثر المستهجن، بل الآية إنّما ترشد إلى حسن المعاونة على البرّ، فيختلف إيجاباً واستحباباً حسب اختلاف ما يرشد إليه من الموارد، وفي تعيين أحدهما نحتاج إلى الدليل.

الخامس: أنّه حيث كانت حقيقة الوديعة الاستنابة في الحفظ، فلا بدّ من رعاية حال ما تعهّد بحفظه بجميع شؤونه مادام مستودعاً، لأنّ الله تعالى أمرنا بالوفاء بالعهود. وهذا ما أفاده المحقّق الأكبر الأصفهاني^(٣). وهو متين جداً.

السادس: أن وجوب حفظ مال الودعيّ إذا استودع المودع متفق عليه بين الفقهاء. قال صاحب الجواهر: «وإذا استودع وقبل ذلك وجب عليه الحفظ

(١) المائدة / ٣.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٨٠.

(٣) بحوث في الفقه، كتاب الإجارة: ٢٨١.

بلا خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه»^(١).

فالعمدة في مقام الاستدلال على القاعدة هي اقتضاء عقد الوديعة والإجماع. ولا يخفى: أنّ الحفظ واجب بما جرت العادة بحفظها به، كحفظ الثوب والكتب في الصندوق، وحفظ الدابة في الاضطبل، والشاة في المراح أو ما يجري مجرى ذلك في الحرز لمثلها في العادة، فإنّ الرجوع إلى المعتاد بين الناس هو الضابط في كل ما لا حدّ له في الشرع، ولما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة منقولة من الشارع فلا مناص من الرجوع فيه إلى العادة في حفظها على وجه لا يعدّ المخالفة مع ما يقتضيه عقد الوديعة التي هي الاستنابة في الحفظ. ومعلوم أنّ كيفية الحفظ يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فيحفظ الوديعة في كل زمان ومكان بحسب ما يقتضيه ذاك الزمان أو المكان.

ولا فرق في وجوب الحفظ بما جرت به العادة بين علم المودع بأنّ المستودع قادر على تحصيل ما يحتاج إليه المال الودعي في بقائه ودفع ما له دخل في أذيه أو نقصه أو تلفه، وبين عدم علمه. فلو أودعه مالا مع علمه أنّه لا صندوق عنده أو دابة مع علمه أنّه لا اضطبل عنده أو نحو ذلك فلا يكون ذلك عذراً، بل يجب الحفظ عليه في المكان المتعاد له متى قبل الوديعة؛ وذلك لأنّ وجوب حفظ المال الودعي من مقتضيات عقد الوديعة؛ وهو يتحقّق بمجرد الإيداع والاستيداع، فإذا قبل المستودع يتمّ العقد ويجب عليه الحفظ، وإذا وجب الحفظ يجب تحصيل ما يحفظ به من الحرز المناسب له وسقيه وعلفه لو كان دابة، وكذا يجب عليه القيام بجميع ماله دخل في صونها من التعيب أو التلف، ولأنّ تحصيله والقيام به مقدّمة للحفظ الواجب عليه.

تنبيه: في حكم إنفاق المستودع من ماله

لو توقّف حفظ الوديعة على أن يبذل المستودع من ماله فهل يجب عليه البذل أم لا؟ وعلى الأول فهل له أن يرجع به على المالك أم لا؟

قال العلامة في التذكرة: «لا خلاف في أنّه لا يجب على المستودع الإنفاق على الدابة والآدمي من ماله؛ لأصالة البرائة والتضرّر المنفي شرعاً، لكن إن دفع إليه المالك النفقة فذاك، وإن لم يدفع إليه فإن كان المالك قد أمره بعلفها وسقيها رجع به عليه، لأنّه أمره بإتلاف ماله فيما عاد نفعه إليه، فكان كما لو ضمّن مالاّ بأمره وأدّاه عنه، وإن أطلق الإيداع ولم يأمره بالعلف والسقي ولا نهاه عنهما فإن كان المالك حاضراً أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو ردّها عليه أو أذن له المالك في الإنفاق فينفق فيرجع به إن لم يتطوّع بذلك، وإن لم يكن المالك حاضراً أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم»^(١).

وحاصل كلامه: أنّه لا يجب على المستودع بذل في حفظه؛ لقاعدة أصالة البرائة وقاعدة لا ضرر. وإن أنفق من ماله فيرجع به إلى المالك إن لم يتبرّع به. وتبعه على ذلك المحقّق الثاني، حيث قال: «الاستيداع وإن اقتضى وجوب الحفظ، لكن ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله ممّا يتوقّف عليه الحفظ من أجره المسكن وثمر العلف وأجرة السقي إن كاله أجره وأجرة الراعي ونحو ذلك، لا يجب بذله من ماله، بل يجب على المالك بذله، فإن امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم، ومع تعذّره يرجع إلى بذل غير متبرّع»^(٢).

وقال صاحب الرياض: «ولو كانت الوديعة دابة أو مملوكاً أو شجراً أو نحو ذلك ممّا يحتاج بقاؤه إلى إنفاق وجب على المستودع علفها وسقيها وجميع ما يحتاج إليه حفظها إن لم يتكفلها المودع بلا خلاف، لوجوب حفظها عليه،

(١) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٢٠٣.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٤٥.

ولا يتم إلا بذلك، فيجب عليه.

والمعتبر فيه ما يعتاد لأمثالها. ولا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالإتفاق أو يطلق أو ينهيه؛ لوجوب حفظ المال عن التلف، فيضمن في الصور على قول، ولا في الأخيرة على آخر؛ لأن حفظ المال بالذات إنما يجب على مالكة لا على غيره، ووجوب حفظ الوديعة على المستودع إنما هو بالعرض يثبت حيث لا ينهيه المالك ويرتفع مع نهيه.

نعم يجب في الحيوان مطلقاً إنفاقاً، لأنه ذو روح.

واعلم أن كثيراً من الأصحاب ذكروا أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإتفاق أنفق ورجع عليه بما غرم؛ وإن أطلق توصل إلى استيذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به أو يستدين عليه أو يبيع بعضه للنفقة أو ينصف أميناً، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ويرجع به على المالك، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع. وكذا القول مع نهى المالك عنه ^{بغير علم} ^{بغير علم}.

ولا إشكال في شيء من ذلك، حتى الرجوع بما أنفق على المالك حيث أثبتوه له، لاستلزام عدم ضرر المنفي، مع أنه محسن ليس عليه سبيل، إلا أن في اشتراط الإشهاد نظراً لعدم الدليل عليه^(١). انتهى كلامه ملخصاً.

وقال صاحب الجواهر: «لم أقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفاظ على جهة الإطلاق، وإن صرح به في المسالك. اللهم إلا أن يكون إجماعاً ولم نتحققه. والأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانة، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه. فهو حينئذٍ بالنسبة إلى المال واجب مشروط، للأصل. ولو سلم فالمتجه وجوب بذل ما لا يضر بحاله من المال، كغيره من تكاليفه المطلقة، ولا يرجع به على المالك، لأن دفعه حينئذٍ مقدّمة لامثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التي

يفعلها مقدّمة للحفظ، ولا يرجع بأجرة المثل في شيء منها.

نعم، لو فرض الضرر الكثير لم يجب عليه، لسقوط باب المقدّمة حينئذٍ؛ لقاعدة نفي الضرر، مع إمكان القول حينئذٍ باندفاعها بالدفع بنية الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك، لكونه وليّاً حينئذٍ بالنسبة إلى ذلك. وهل التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه؟ وجهان، أحوطهما الأوّل»^(١).

والتحقيق: أنّ هاهنا صوراً:

الأولى: أن يودعه المودع ويستودعه المستودع على أن ينفقه المستودع من مال نفسه. وحينئذٍ لا إشكال في أنّه يجب عليه حفظه بالإنفاق عليه؛ لأنّه تعهّد واستتاب في الحفظ كذلك، فيلزم عليه الوفاء بعهده ولا يرجع به على المالك.

الثانية: أن يستودعه المستودع على شرط أن ينفقه من مال المودع المالك، ويأمره المالك بالإنفاق عليه كذلك. فلا إشكال حينئذٍ في أنّه يجب على المستودع حفظ المال والإنفاق عليه من ماله والرجوع به على المالك؛ لأنّ المالك - بعد قبوله هذا الشرط والأمر به - أقدم على ضمان ما أنفق المستودع في حفظ المال، كما أقدم المستودع على ضمان المال الودعي فيما إذا لم ينفق، فقاعدة الإقدام تقتضي ضمان المالك ما أنفق المستودع وضمن المستودع المال الودعي فيما إذا فرّط في الإنفاق، فيرجع المستودع إلى المالك فيما أنفق، ويرجع المودع إلى المستودع في التألف.

الثالثة: أن يستودع المستودع وينهاه المالك عن الإنفاق عليه وتهيئة ما يتوقّف عليه الحفظ. فلا يجب حفظه والإنفاق عليه بما جرت به العادة؛ لعدم كونه حينئذٍ مالاً ودعياً، ضرورة أنّ نهي المالك عن الإنفاق عليه إقدام منه على عدم استنابة المستودع في الحفظ، فلا يكون المال عنده وديعةً، بل هو أمانة

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٠٤ - ١٠٥.

شرعية، والأمانة الشرعية يجب ردّها إلى المالك أو من يقوم مقامه فوراً، فلا يجب حفظه إلا بما لا بدّ منه مقدّمة للردّ. ولو أنفق زائداً على ذلك لا يرجع به إلى المالك؛ لأنّه تبرّع في ذلك.

نعم، يجب حفظه فيما إذا كان نفساً محترمة، كالعبد، وامتنع المالك من أخذه وكان في معرض الهلاك؛ وذلك لوجوب حفظ النفس المحترمة ولزوم تهيتها مقدّماته.

الرابعة: أن يستودعه المستودع ويطلق المالك، فلا يأمره بالإنفاق ولا ينهيه عنه. الظاهر حينئذٍ أنّه يجب عليه الإنفاق بما يليقه، كما يجب عليه الحفظ، لأنّه من مقدّمات الأمور به - كما في الجواهر^(١) - بل قد يقال - كما عن التذكرة^(٢) - أن مقتضى الشرط الضمني هو ذلك.

وهل يرجع بما بذله في مقام حفظه إلى المالك أم لا؟ الظاهر أنّه يرجع به إلى المالك، لا لمجرّد وجوب الحفظ؛ فإنّه لا اقتضاء من حيث المجانية وعدمها، ولا لحرمة المال المبذول، فإنّها لا توجب الضمان إلاّ فيما إذا استودعه مشروطاً بالإنفاق والرجوع إلى المالك، بل لمفهوم قوله ﷺ في صحيح أبي ولّاد في جواب قول السائل - جعلت فداك فقد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ - : «لا؛ لأنّك غاصب»^(٣)، فإنّه يستفاد منه أنّ غير الغاصب له الرجوع بما أنفق على المال.

تتمّة: بعض موارد تطبيقها وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً، نذكر بعض الموارد في المقام:

١ - يجب حفظ الثوب والدراهم والأوراق القيّمة ونحوها بوضعها في الصندوق المقفّل الذي يناسبها، لقاعدة «كلّ من استودع شيئاً وجب عليه حفظه

(٢) التذكرة (ط، القديمة) ٢: ٢٠٣.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٠٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٣، الباب ٧ من أبواب كتاب النصب، الحديث ٨.

بالنحو المعتاد».

٢ - يجب حفظ الدابة أو الشاة التي استودعه المستودع بوضع الدابة في الاصطبل المضبوطة بالغلق، وبوضع الشاة في المراح كذلك؛ لقاعدة «كل من استودع شيئاً يجب عليه حفظه على النحو المعتاد».

٣ - إذا توقّف حفظ الشيء على نشره، كما إذا كان المال الودعي الثوب المنسوج من الصوف أو الأبريسم، فيجب عليه نشره؛ لقاعدة «كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه على النحو المعتاد».

٤ - قال في تحرير الوسيلة: «لو تمكّن من دفع الظالم بالوسائل الموجبة لسلامة الوديعة وجب، حتّى أنّه لو توقّف دفعه على إنكارها كاذباً بل الحلف عليه جاز بل وجب»^(١)؛ وذلك لما ثبت من أن كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه على ما جرت به العادة.

٥ - لو توقّف حفظ المال الودعي ودفع الظالم عنه على بذل مقدار من ذلك المال له أو لغيره وجب البذل؛ لأنّ المفروض أنّه لا بدّ منه في الحفظ، فيجب الحفظ كذلك للقاعدة المذكورة.

٦ - قال المحقّق الأردبيلي - ذيل قول العلامة في التذكرة: «إذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل وجب عليه الإيضاء بالوديعة» - : «لعلّ دليل وجوب الإيضاء هو وجوب حفظ الوديعة مهما أمكن من الضياع حتّى تصل إلى أهلها، وذلك بالإيضاء حينئذٍ»^(٢). وأنت خير أنّه استدلّ على وجوب الإيضاء بقاعدة كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه.

٧ - يجوز للمستودع أن يسافر ويبقى الوديعة في حرزها السابق عند أهله وعياله لو لم يكن السفر ضرورياً إذا لم يتوقّف حفظها على حضوره، وإلا فيلزم

(١) تحرير الوسيلة ١: ٥٩٨.

(٢) مجمع الفائدة ١: ٢٣٤.

عليه الإقامة وترك السفر؛ لقاعدة «كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه بما أمكن». نعم، يجوز له أن يردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان وإيصالها إلى الحاكم مع التعذر؛ وذلك لجواز عقد الوديعة. هذا كله فيما إذا لم يكن السفر ضرورياً له، وإلا فإن تعذر من ردها إلى مالكها أو وكيله وكذا إيصالها إلى الحاكم فيجب عليه إيداعها عند أمين، فإن تعذر سافر بها محافظاً لها بقدر الإمكان؛ لقاعدة «كل من استودع شيئاً يجب حفظه عليه مهما أمكن».

٨- إذا ظهر للمستودع أمانة الموت بسبب المرض المخوف أو غيره يجب عليه ردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان، وإلا فإلى الحاكم، ومع فقد يوصي ويشهد بها؛ وذلك كله لانحصار الحفظ في ذلك، فقاعدة «كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه» تقتضي وجوب ردها إليه كذلك.



مركز تحقيقات علوم اسلامی

القاعدة الثانية

قاعدة كلّما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية

ومن جملة القواعد الفقهية قاعدة «كلّما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية». وهذه تختصّ بباب الوديعة. والبحث عنها يقع في مقامات:

المقام الأوّل: في بيان مفادها *مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی*

قد مرّ أنّ حقيقة الوديعة هي الاستنابة في حفظ المال، والاستنابة تتحقّق بإيداع المودع واستيداع المستودع. فإذا أودع المودع مالاً عند شخص لأن يحفظه وقبّل ذلك الشخص الاستنابة في حفظه يتحقّق عقد الوديعة، ويترتّب عليه آثاره من وجوب حفظها وعدم جواز التصرّف فيها إلّا بما يتوقّف عليه حفظها وغيرهما.

وأما إذا بطلت الوديعة فيجب ردّها إلى من له الولاية عليها؛ وهذا مفاد القاعدة. وأما توضيح مفادها فيتوقّف على الإجابة على مسائل:

الأولى: ما المراد من الوجوب في المقام؟ فنقول: المراد من الوجوب هو الوجوب الفوري؛ بمعنى لزوم ردّ المال الودعي في أوّل وقت الإمكان عرفاً. ولا بدّ في توضيح ذلك من بيان المراد من الإمكان والفورية في المقام:

أمّا المراد من الإمكان: فقال الشهيد في المسالك: «والمراد بالإمكان ما يعمّ الشرعيّ والعقليّ والعاديّ، فلو كان في صلاة واجبة أتمّها، أو بينه وبينها حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتّى يزول، أو في قضاء حاجة فالى أن تنقضي الضروريّ منها. ويعتبر في الذهاب مجرى العادة، ولا يجب الزيادة في المشي وإن أمكن. وهل يعدّ إكمال الطعام والحمام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً؟ وجهان.

واستقرب في التذكرة العدم، مع حكمه في باب الوكالة بأنّها أعتذار في ردّ العين إذا طلبها الموكل، وينبغي أن يكون هنا أولى؛ - وجه الأوليّة أنّ الوديعة محض إحسان. وأمّا ماهيّة الوكالة فهي أعمّ منه، لجوازها بجعل وغيره وإن كان بعض أفرادها كالوديعة - (منه في الهامش). وهل التأخير ليشهد عليه عذر؟ قيل نعم، ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر الردّ. وقيل: لا؛ لأنّ قوله في الردّ مقبول، فلا حاجة إلى البيّنة، ولأنّ الوديعة مبنية على الإخفاء غالباً. وفصل آخرون جيّداً، فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمة، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك»^(١).

وقال صاحب الجواهر: «لا ريب في اعتبار الإمكان عقلاً، بل وشرعاً؛ ضرورة عدم التكليف أصلاً في الأوّل، بل والثاني، لأنّ المانع شرعاً كالمانع عقلاً إذا فرض رجحان مراعاته على وجوب ردّ الوديعة».

ثمّ قال - بعد التعرّض لما مرّ من كلام الشهيد - : «قلت: لم أجد في شيء من النصوص اعتبار الإمكان كي يرجع في صدقه إلى العرف، ولا العذر حتّى يكون الأمر فيه أيضاً كذلك. وقد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه.

نعم، قد يتعارض وجوب الردّ مع الواجبات فيفزع إل ترجيح، وربما يرجّح ردّ الوديعة فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلاً سنةً في مكان مخصوص، للضرر على المودع بحبس ماله عليه»^(١).

والتحقيق أن يقال: إنّ مفاد الروايات الدالة على القاعدة هو الأمر بإداء الأمانات إلى أهلها، كما سيأتي. وإطلاق الأمر بالتأدية يقتضي ردّ الوديعة إلى من له الولاية على ما هو المتعارف بين الناس في ردّ أموالهم، وهو بحيث لا يعدّ المؤدّي مفترطاً في الأداء. ولعلّه مراد العلامة في التذكرة، حيث قال: «وإن يطالب وجب عليه ردّه على حسب إمكانه، فإن أضرّ لعذرٍ مثل أن يكون في الحمام أو يأكل الطعام أو يصلي أو ما أشبه ذلك لم يصر مفترطاً، لأنّه لا يلزمه في ردّ الأمانة ما يضرّ به»^(٢).

ومن هنا يظهر أنّ الإمكان العقلي معتبر، لأنّه بدونه لم يعدّ مفترطاً، مضافاً إلى أنّ كلّ تكليف مشروط به قطعاً، وإلاّ يلزم التكليف بما لا يطاق.

وأما المراد من الفورية: فالظاهر أنّ المراد منها هو الفورية العرفية، لا العقلية، فإنّ الفوريّات الشرعية تنزل على الفورية العرفية إلّا ما خرج بالدليل. قال صاحب الجواهر: «إنّ إطلاق الأمر بالتأدية يرجع فيه إلى المتعارف في ردّ الودائع، فلا يجب عليه شدة الإسراع بركض ونحوه، وإن اقترحه عليه المالك، وكذا قطع الأكل والحمام والنافلة ونحوها، ولعلّه يراد الفورية العرفية، لا العقلية في التأدية»^(٣).

الثانية: وإلى من يجب ردّ الوديعة؟ فنقول: يجب ردّه إلى من له الولاية على المال فعلاً، سواء كان مسلماً أو كافراً، وهو مالكة المودع إذا أمكن إيصاله إليه، ووكيله الخاصّ فيما إذا لم يكن إيصاله إلى المالك، ووكيله العامّ فيما إذا لم يتمكّن

(٢) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ١٤٠.

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٣ - ١٢٤.

من إيصاله إلى الوكيل الخاصّ، والحاكم الشرعي فيما إذا لم يمكن إيصاله إلى وكيله، والثقة الأمين فيما إذا فقد الحاكم أو لم يمكن إيصاله إليه.

الثالثة: على من يجب ردّ الوديعة؟ فنقول: يجب ردّه على المستودع فيما إذا كان حيّاً، وعلى وارثه أو وليّه فيما إذا مات.

الرابعة: ما المراد من الردّ؟ فهل المراد منه إيصال الوديعة إلى من له الولاية أو المراد منه رفع اليد عن المال الودعي والتخلية بينه وبين من له الولاية؟ الظاهر أنّه يختلف حسب اختلاف الموارد؛ ضرورة أنّ للمودع أن يطالب المال الودعي كما أعطاه إلى المستودع أيناً وكيفاً، فلو أعطاه إليه بالتخلية بينه وبين المال في بلد فلان فله أن يطالبه منه بالتخلية بينه وبين المال في ذلك البلد، وأمّا الزائد عليه فلا يجب على المستودع؛ لأصالة البرائة. ولو أعطاه إلى المستودع بإيصاله إليه في بلد فلان فله أن يطالبه كذلك، ويجب على المستودع إيصاله إليه في ذلك البلد. وعليه فإذا كان المستودع في بلد القبض بالتخلية أو الإيصال ولكن انتقل المودع إلى بلد آخر ثمّ طالبه بماله لم يجب عليه إيصاله إليه في ذلك البلد؛ لعدم دليل على جواز مطالبته بماله بأزيد من مطالبته في بلد القبض. كما أنّ المستودع إذا نقل المال من بلد القبض إلى بلد آخر وطالب به المالك وجب إيصاله إليه في بلد القبض، بل له مؤونة إيصاله إليه في بلد القبض؛ فإنّه مقتضى السيرة العقلائيّة المحكّمة في المقام.

والحاصل: أنّ المتيقّن من ظاهر الأدلّة الآتية بل مقتضى السيرة العقلائيّة هو وجوب ردّه إلى المالك أو من قام مقامه على نحو استودعه المستودع، وأمّا الزائد عليه فالأصل عدم وجوبه.

الخامسة: متى تبطل الوديعة؟

عقد الوديعة إمّا يبطل بمطالبة المودع المال الودعي فيفسخ ما بينه وبين

المستودع، من العقد؛ وإما يبطل بأمر آخر غير المطالبة، كموت المودع أو المستودع أو جنون أحدهما مطبقاً أو إغماؤه كذلك، أو فسخ المستودع عقد الوديعة، أو عدم قدرته على الحفظ وهكذا.

وبطلان العقد قد لا ينفك عن استيلاء المودع على ماله بمجرد البطلان، كما إذا طلب ردّها إليه فأجاب المستودع؛ بأن يوصله إليه أو يخلّي بينه وبين المال، وقد ينفك عن استيلاء المودع عليه؛ بأن يبقى المال الودعي بعد بطلان عقد الوديعة تحت يد المستودع على وجه شرعي بدون إذن المودع، فيبدّل حينئذ الأمانة المالكية الخاصة بالأمانة الشرعية، ويجب عليه ردّها فوراً من حيث إنّه أمانة شرعية، لا أمانة مالكية.

ومن هنا يظهر أن الفرق بين الوديعة والأمانة أن الأمانة أعم من الوديعة؛ بيان ذلك: أن استيلاء الغير على المال إما أن يكون مأذوناً أو غير مأذون، فإذا كان من دون الإذن يكون المال مغصوباً، وإما إذا كان مأذوناً فلا يخلو؛ إما أن يكون مأذوناً من جانب المالك أو من يقوم مقامه، وإما أن يكون مأذوناً من قبل الشارع دون المالك. فعلى الثاني يكون المال أمانة شرعية. وعلى الأول إما أن يكون استيلاء الغير على المال بعنوان الوديعة فيكون أمانة مالكية بالمعنى الأخصّ ويسمّى بـ«الوديعة». وإما يكون استيلاءه عليه لا بعنوان الوديعة، بل بعنوان آخر، كالإجارة والرهن والعارية والمضاربة وغيرها من العقود الاستيمانية غير الصرفة، وهي الأمانة المالكية بالمعنى الأعم.

إذا عرفت هذا، فيتّضح أن مفاد القاعدة: أنّه إذا بطل عقد الوديعة يجب على المستودع إذا كان حياً ومن يقوم مقامه إذا كان ميتاً أن يردّ المال الودعي فوراً - أي في أوّل وقت الإمكان عرفاً - إلى من له الولاية عليه من المالك أو من يقوم مقامه.

المقام الثاني: في مدرَكها

ويدلّ عليها الكتاب والسنة والعقل:

أما من الكتاب: فقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمَانَتَهُ﴾^(٢).

وأما من السنة: فنصوص مستفيضة:

منها: موثّق أبي كهمس، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عبد الله بن أبي يعفور يقرئك السلام، قال عليه السلام: «وعليك وعليه السلام، إذا أتيت عبد الله فاقراه السلام وقل له: إن جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ عليّ عليه السلام عند رسول الله ﷺ فالزمه، فإن عليّاً عليه السلام إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله ﷺ بصدق الحديث وأداء الأمانة»^(٣).

ومنها: موثّق ابن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث -، قال: «ألا أوصيك؟». قلت: بلى. قال عليه السلام: «عليك بصدق الحديث وأداء الأمانة»^(٤).

ومنها: ما عن أبي عبد الله عليه السلام، يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البرّ والفاجر، و...»^(٥).

ومنها: ما عن عمر بن حفص، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «اتّقوا الله، وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل عليّ عليه السلام ائتمني على أمانة لأدّيتها إليه»^(٦).

ومنها: ما عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «فاتّقوا الله وأدّوا الأمانة إلى الأسود

(٢) البقرة / ٢٨٣.

(١) النساء / ٥٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢١٨، الباب ١ من أبواب الوديعة، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢١٩، الباب ١ من أبواب الوديعة، الحديث ٦.

(٥ و ٦) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢١، الباب ٢ من أبواب الوديعة، الحديث ١ و ٢.

والأيض وإن كان حرورياً، وإن كان شامياً»^(١).

ومنها: قول أبي عبدالله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام»^(٢).

ومنها: قول آخر عن أبي عبدالله عليه السلام: «أدّوا الأمانة إلى أهلها، وإن كان مجوساً»^(٣).
ومنها: ما عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث الأربعمئة، قال: «أدّوا الفريضة والأمانة إلى من ائتمنكم، ولو إلى قتلة أولاد الأنبياء»^(٤).

ومنها: موثق سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه»^(٥).

يستفاد من إطلاق الآية الشريفة وبعض الأخبار - كموثق أبي كهمس وموثق ابن سيابة - وظهور بعضها الآخر في التعميم أنه يجب ردّ الودائع والأمانات إلى من له الولاية عليها شرعاً، سواء كان المودع مسلماً أو كافراً؛ فإن فيها أمر بردّ الأمانة إلى صاحبها وإن كان قاتل علي عليه السلام أو الحسين عليه السلام أو أولاد النبي أو كان مجوسياً أو شامياً أو حرورياً.

ولا شك أن الأمر بالتأدية فيها إنما تعلق بما إذا انتهى أمد الوديعة وخرجت عن كونها وديعة؛ وهي فيما إذا بطلت الوديعة بأحد الأمور المتقدمة، ضرورة أن الوديعة مادام وديعة يجب حفظها بالاستيلاء عليه، فلا يصح الأمر بأدائها وهي وديعة.

وأما ضعف بعض الروايات سنداً فينجر بعمل الأصحاب على طبقها.

(١) و ٢ و ٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٢، الباب ٢ من أبواب الوديعة، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٥، الباب ٢ من أبواب الوديعة، الحديث ١٤.

(٥) وسائل الشيعة ٣: ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

وأما من العقل: فحكمه بقبح الخيانة، ضرورة أن عدم أداء المال الودعي خيانة من المستودع، والخيانة قبيح عقلاً وحرام شرعاً، فعدم الأداء قبيح عقلاً وحرام شرعاً.

استدلّ عليها صاحب الجواهر بعدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز للمستودع إمساك الوديعة زيادة على ما يتحقق به الرد؛ لأنّ مطالبة الرد تقتضي انقطاع الإذن^(١).

ويرد عليه: أن الدليل أخصّ من المدّعي؛ لأنّه لا يشمل ما إذا بطلت الوديعة بأمر آخر غير المطالبة، كموت المودع أو المستودع أو جنون أحدهما، لعدم انقطاع الإذن في هذه الموارد.

اللّهمّ إلّا أن يقال: أن إذن المودع ينقطع بمجرد بطلان عقد الوديعة، سواء بطل بالمطالبة أو بأمر آخر؛ ضرورة أن المودع إنّما إذن استيلاء المستودع على ماله مادام كان وديعة، وأما إذا انتهى أمد الوديعة بالاستيلاء عليه يحتاج إلى إذن آخر. وقد يستدلّ عليها بقاعدة الاحترام، كما ورد الاستدلال بها على وجوب ردّ الأمانة في موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: «إن رسول الله ﷺ قال: ألا ومن كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها؛ فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه»^(٢).

وفيه: أنّه أخصّ من المدّعي، ضرورة أن قاعدة الاحترام تختصّ بمال المسلم ودمه، فلا يشمل مال غيره، إلّا أن يقال بتعميمها كما يأتي في محله. وأما الاستدلال عليها بالإجماع كما في الجواهر، حيث قال: «وكيف كان فيجب إعادة الوديعة على المودع أو وليّه أو وكيله مع المطالبة في أوّل أوقات

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٢ - ١٢٣.

(٢) الكافي ٧: ٢٧٥. وسائل الشيعة ٣: ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث ١.

الإمكان، بلا خلاف، بل لإجماع بقسميه عليه»^(١)، ففيه: أنه مستند إلى ما مر من الآيات والروايات الآمرة بأداء الأمانة إلى أهلها، فيكون إجماعاً مدركياً غير كاشف عن قول المعصوم.

المقام الثالث: الاستثناءات

وقد يستثنى من القاعدة أمور:

الأول: مال الكافر الحربي

قد مرّ أن مقتضى إطلاق الأدلة وجوب أداء الوديعة مطلقاً، ولو كان المودع كافراً. وإنما الكلام فيما إذا أودع الكافر الحربي ماله عند شخص فهل يجب عليه أداء ماله عند بطلان الوديعة، أو لا يجب أدائه، وعلى الثاني هل يجوز التصرف فيه وتملكه، أو يجب حمله إلى سلطان الإسلام؟ فيه أقوال:

الأول: أنه يجب حمله إلى السلطان العادل الإسلامي. قال الحلبي: «فعلى المودع أن يحمل ما أودعه الحربي إلى سلطان الإسلام العادل»^(٢).

الثاني: أنه يجب عليه أدائه إليه، فإن إطلاق بعض الأدلة بل صريح بعضها تشمل مال الكافر الحربي فيما إذا كان وديعة.

قال الشهيد في المسالك - ذيل قول المحقق: «ولو كان كافراً» -: «يشمل إطلاقه الكافر الحربي وغيره من أنواع الكفار ممن يجوز أخذ ماله؛ فإن الوديعة مستثناة من ذلك عملاً بموجب الأمانة، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٣)، ولرواية الفضيل عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالا له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً، والمستودع رجل خارجي شيطان فلم أدع

شيئاً، فقال ﷺ: «قل له: يردّ عليه، فإنّه ائتمنه عليه بأمانة الله»^(١). وقال الحسين الشيباني للصادق ﷺ: إنّ رجلاً من مواليك يستحلّ مال بني أميّة ودماءهم، وإنّه وقع لهم عنده وديعة، فقال ﷺ: «أدّوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوساً، فإنّ ذلك لا يكون حتّى يقوم قائمنا فيحلّ ويحرم»^(٢). وفي معناها أخبار كثيرة...^(٣). ثمّ تعرّض لكلام الحلبي المتقدّم وقال: «والمشهور بين الأصحاب هو الأوّل. ولا نعلم فيه مخالفاً غيره»^(٤).

وتبعه على ذلك بعض المعاصرين، فقال: «يجب ردّ الوديعة عند المطالبة في أوّل وقت الإمكان، وإن كان المودع كافراً محترماً المال، بل وإن كان حريئاً مباح المال على الأحوط»^(٥).

الثالث: أنّه لا يجب أدائه إليه، بل يجوز تملكه. قال صاحب الجواهر: «ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور - بعد معلومية جواز تملك مال الحربي، وإنّه فيء للمسلمين، وإنّه كالأموال المباحة، وأنّه له التوصل إليه بكلّ طريق من الربا والسرقة وغيرهما - أنّه لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال، فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملكه، أو أنّه وإن جاز له ذلك إلا أنّه يجب عليه ردّه له وإن ملكه، عملاً بالدليلين معاً؛ إلا أنّه لا يخفى صعوبة الالتزام بكلّ منهما، بل قد يتأمل في دلالة أدلة المقام على مثل ذلك، وإنّما هي مساقاة لبيان وجوب ردّ الوديعة على البرّ والفاجر والمسلم والكافر الذي يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص في المقام أيضاً الدالة على احترام أموال المخالفين معللة بأنّها معهم في دار هدنة إلى أن يظهر صاحب الأمر ﷺ.

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الوديعة، الحديث ٩ و ٥.

(٣ و ٤) مسالك الأفهام ٥: ٩٨.

(٥) تحرير الوسيلة ١: ٦٠٠، منهاج الصالحين (للسيستاني) ٢: ١٩٧، مهذب الأحكام ١٨: ٢٧٦.

فالمراد حينئذٍ وجوب ردّ الوديعة على كلّ محترم المال في الدنيا للهدنة فيها، وإن كان كافراً، لا أنّ المراد وجوب ردّها حتّى على غير محترم المال من الكافر الحربي ونحوه ممّا جاز تملكّ ماله أو من كان للودعي عنده مال غاصب له وأراد المقاصة من وديعته أو نحو ذلك ممّا تطابقت عليه الأدلة على جوازه.

ولا أقلّ من التعارض في الأدلة من وجه، ولا ريب في رجحان أدلة المقاصة وأدلة حلّيه مال الكافر الحربي مثلاً، خصوصاً بعد ظهور التعليل في بعض أدلة المقام بـ «أنا معهم في دار هدنة» في محترمي المال، وبعد إمكان حمل ما هنا على الكراهة من حيث الائتمان، بخلاف تلك الأدلة.

ثمّ قال: «وبالجملة: قد ظهر لك من ذلك كلّ أنّه إن لم يكن إجماع على وجوب الردّ حتّى على الحربي وحتّى على من عليه حقّ المقاصة وغيرهم أمكن المناقشة فيه بما عرفت»^(١).

والتحقيق: أنّه لا دليل على كون مال الحربي فينأ للمسلمين مطلقاً، ولا على كونه غير محترم كذلك، بل الاستفادة من الأدلة عدم جواز التصرف في ماله بغير إذنه إلّا فيما معه في حال الحرب.

بيان ذلك يتفرّع على تقديم مقدّمات:

الأولى: أنّه لا شكّ أنّ الكافر الحربي - بمعنى الكافر غير الذمي - يملك الأموال كما يملكها غيره. ويدلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَأَوْزَكُكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَوُّوْهَا﴾^(٢)، فإنّه تعالى أضاف الأرض والديار والأموال إليهم، وحقيقة الإضافة تفيد الملك، فلا تسقط الإضافة الملكيّة عن الحربي بمجرد كونه حربياً، إلّا فيما دلّ عليه دليل.

الثانية: أنّ من أحكام الإضافة المالكية احترام المال، وهو سلطنة المالك عليه

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) الأحزاب / ٢٧.

على أنحاء التصرفات الحقيقية والاعتبارية وعدم سلطنة الغير عليه على أنحاء التصرفات إلا بإذنه، وهذا يدل عليه قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه»^(٢)، وقوله عليه السلام: «فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^(٣)، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال إلا من وجه أحله الله»^(٤). فيستفاد من هذه الروايات أن الأصل في كل مال هو عصمته حتى يتحقق سبب حلّيته أو يحرز عدم عصمته.

الثالثة: أن الكافر على قسمين رئيسيين:

الأول: الكافر الذمي: وهو الكافر الذي يعيش في بلاد المسلمين بشكل دائم، فهو يكون من المواطنين المقيمين، مثل يهود اليمن ونصارى إيران وغيرهم من المستوطنين بشكل دائم في البلاد الإسلامية. وهذا معصوم الدم والمال بالاتفاق، وعليه أحكام خاصّة، كوجوب دفع الجزية للمسلمين.

الثاني: الكافر الحربي: وهو غير الكافر الذمي، والكافر الحربي على أقسام:

١ - المحارب: وهو من كان من أهل الحرب الذين يستعدّون للحرب مع المسلمين ويقاثلون معهم ويقدرّون على القتال، سواء كان جندياً أو كان من يمكن الاستفادة منه حين الطلب والضرورة.

٢ - المستضعف: وهو الكافر المنتمى لدولة أو بلد يقاتل المسلمين، وهو من المستضعفين الذين لا يستطيعون القتال، مثل الشيخ الكبير في السن، والطفل غير البالغ، والنساء غير المقاتلات، والمعوقين عقلياً أو جسدياً.

٣ - المعاهد: وهو الكافر الحربي الذي يكون بينه وبين المسلمين عهد أو

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢. (٢) مسند أحمد ٥: ٧٢، عوالي اللآلي ١: ٢٢٢.

(٣) الاحتجاج ٢: ٢٩٩، وسائل الشيعة ٦: ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦.

(٤) وسائل الشيعة ٦: ٣٧٥، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٢.

هدنة، تلتزم فيها المسلمون بعدم القتال أو التعرض لهم لفترة، لأجل مصلحة معينة.
 ٤ - المستأمن: وهو الكافر المنتمى لدولة أو بلد يقاتل المسلمين، ولكن أمانته الدولة الإسلامية أو فرد من المسلمين بأي شكل من أشكال الأمان، ومنها صاحبي الفيزا التي يدخل بها العمال أو السياح أو الدبلوماسيون أو التجار أو غيرهم في بلاد المسلمين.

٥ - غير المعترض: وهو الكافر المنتمى لدولة أو بلد لم تعترض المسلمين ولا اعتراضها، بل ليس بينهم أي مشاكل أو حروب.

إذا عرفت هذه فنقول: إن الكافر الحربي الذي يحلّ ماله ودمه ولا حرمة له إنما هو المحارب بالفعل مع المسلمين الذي يقاتلهم ويحاربهم في جبهات القتال، فإنه يكون كلّ ماله في معركة الحرب غنيمة للمسلمين ويجوز التصرف في كلّ مال يستعدّ بها المحارب في الحرب ولو كان خارجاً من معركة الحرب؛ لقاعدة «جواز المحاربة بكلّ ما يرجى به الفتح» كما مرّ في القواعد المختصّة بباب الجهاد^(١). وأمّا غيره من أموال الحربي التي تكون في أيدي الآخرين قرصاً أو رهناً أو وديعة ولا يمكن له الاستعانة بها في القتال مع المسلمين إلّا بعد أدائها إليه فهل يجوز التصرف فيها وتملكها أو لا يجوز؟ الظاهر عدم جواز أدائها إليه فيما إذا كان ممّا يستعين به في الحرب مع المسلمين، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢). وأمّا جواز التصرف فيها وتملكها فلا دليل عليه، بل مقتضى إطلاق ما مرّ في المقدمة الثانية عدم جواز التصرف فيها إلّا بإذنه.

هذا في أمواله التي يمكن استعانتها بها في القتال، كالسيف والرمح والطعام وغيرها. وأمّا أمواله التي لا يستعان بها في القتال أصلاً فمقتضى إطلاق أدلة وجوب ردّ الأمانة أنّه يجب أدائها إليه، كما أنّ مقتضى إطلاق ما مرّ في المقدمة

(١) راجع الجزء الأول: ٣٨٧.

(٢) راجع الجزء الأول: ٣٨٧.

الثانية أنه لا يجوز التصرف فيها إلا بإذنه.

هذا كله في المحارب، وأما غيره من أقسام الكافر الحربي - أي المستضعف والمعاهد والمستأمن وغير المعترض - الذين لا يقاتلون المسلمين ولا يحاربونهم، فلا دليل على عدم حرمة دمهم ومالهم مطلقاً، بل يدل بعض الآيات الشريفة على ثبوت الحث على برّهم والإقسط إليهم، كقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ * إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ^(١). وحمل الأولى على الكافر الذمي فقط خلاف الظاهر.

وأما قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾^(٢) فهو صريح في النهي عن مودة الكفار ومحبتهم من حيث يحادّون الله ورسوله، فغاية ما يستفاد من الآية الكريمة أن مودة المحاربين الذين يحادّون الله ورسوله من حيث المودة والموالاتة بالنصر والإعانة والمحبة منهي عنه، فلا يجوز الإغماض عن أخذ أموالهم في معركة القتال، ولا إعطاء السلاح إليهم حين الحرب، ولا استيداع ماله حين يحادّ الله ورسوله وهكذا. وأما ردّ الوديعة التي استودعه قبل الحرب فلا يكون من المودة والمحبة إليه من حيث يحادّ الله ورسوله، بل هو ردّ مال الغير، فيبقى على وجوبه. نعم، لا يجوز ردها إليه فيما إذا كان ردها إليه موجباً لتقويته في القتال على المسلمين؛ وذلك لقاعدة «حرمة الإعانة على الإثم والعدوان».

فالحاصل: أنه يجب ردّ المال الودعي إلى الكافر الحربي بجميع أقسامه إلا ما إذا كان المال الودعي للمحارب بالفعل مع المسلمين وكان رده إليه موجباً لتقويته في الحرب مع المسلمين.

الثاني: مال الناصب

وقد يستثنى من القاعدة مال الناصب، لما ورد من قوله عليه السلام: «خُذْ مال الناصب حيثما وجدته وادفع إلينا بخمسه»^(١). ولكن استثنائه مشكك جداً؛ لذكر الناصب في خبر إسماعيل: إن رجلاً قال لأبي عبد الله عليه السلام: الناصب يحلّ لي اغتياله؟ قال عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة، ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام»^(٢).

الثالث: المال المغصوب

وينقذ مِمَّا مَرَّ - من أن الأدلة إنما تدلّ على وجوب ردّ الوديعة إلى من له الولاية - أن القاعدة لا تشمل ما إذا كان المودع غاصباً؛ لأن الغاصب ليس أهلاً للأمانات كي تشمله الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها، بل يجب ردّها إلى من له الولاية عليه، كما في خبر حفص بن غياث المعمول به عند الفقهاء، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللصّ مسلم، فهل يردّ عليه؟ قال عليه السلام: «لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على أصحابه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه، وإلا تصدّق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيرّه بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له»^(٣). وعليه فيكون استثناء المال المغصوب من الاستثناء المنقطع.

الرابع: ما يؤخذ مقاصّة

وقع الخلاف في أنّه هل يستثنى من القاعدة ما إذا كان للمستودع عند المودع

(١) وسائل الشيعة ٦: ٣٤٠، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٢، الباب ٢ من أبواب الوديعة، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٨، الباب ١٨ من أبواب اللقطة، الحديث ١.

مالٌ غصبه وأراد المقاصة من وديعته بعدم أدائها إليه أو لا يستثنى منه؟ فعن جماعة جواز الاقتصاص من الوديعة مع الكراهة، منهم المحقق في الشرائع^(١)، والحلي في السرائر^(٢)، والعلامة في المختلف^(٣)، والفاضل المقداد في التنقيح^(٤)، والشهيد في المسالك^(٥)، وصاحب الجواهر في الجواهر^(٦)، وكثير من المتأخرين والمعاصرين^(٧).

وعن الشيخ في أكثر كتبه وأبي الصلاح الحلبي والكيدري والطبرسي وابن زهرة عدم جواز الاقتصاص من الوديعة^(٨).
وذهب صاحب الحقائق إلى التفصيل بين ما إذا أتى بالدعاء المذكور في بعض الأخبار فيجوز وبين ما إذا لم يأت به فلا يجوز^(٩).

ومنشأ الخلاف بينهم اختلاف الأخبار في المقام، وهي على طوائف:
الطائفة الأولى: الأخبار الدالة على عدم جواز التصرف في الوديعة ووجوب ردّها إلى من له الولاية عليه مطلقاً. وهي ما مرّ من الأخبار في المقام الثاني من موثّق أبي كهمس وموثّق ابن سيابة وموثّق سماعة وخبر عمر بن حفص وغيره. فإطلاق هذه الروايات بل عموم بعضها الناشئ من لفظ «مَنْ» وترك الاستفصال يقتضي وجوب ردّ الوديعة إلى من له الولاية عليه وعدم جواز التصرف فيها مطلقاً، وإن كان التصرف مقاصّةً.

الطائفة الثانية: الأخبار الدالة على جواز المقاصة مطلقاً، سواء كانت المقاصة من المال الذي كان وديعة عنده أو كانت من غيرها الذي يظفر عليه.

(١) الشرايع ٤: ٨٩٤ (٢) السرائر ٢: ٣٦ (٣) المختلف ٥: ٣٧٧

(٤) التنقيح الرابع ٤: ٢٦٩ (٥) المسالك ١٤: ٧١ (٦) الجواهر ٢٧: ٤٠ و١٢٤ و٣٩١

(٧) رياض المسائل ١٥: ١٥٨، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١١.

(٨) راجع النهاية: ٣٠٧، الكافي في الفقه: ٣٣١، المؤتلف من المختلف ٢: ٥٧٨، غنية النزوع:

٢٤٠. رياض المسائل ١٥: ١٦٠، ومستند الشيعة ١٧: ٤٥٧.

(٩) الحقائق الناضرة ١٨: ٤١٥-٤١٦.

منها: خبر ابن درّاج، قال: سألت أبا عبد الله عن رجل يكون له على الرجل الدين، فيجحده، فيظفر من ماله بقدر الذي جحده، يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال عليه السلام: «نعم»^(١).

ومنها: صحيحة أبي بكر الحضرمي، قال: قلت له: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها، أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقّي؟ قال عليه السلام: «نعم»^(٢).

ومنها: صحيح ابن رزين، قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها، والدابة الفارسة فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندي المال، فلي أن آخذه؟ فقال عليه السلام: «خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه»^(٣).

الطائفة الثالثة: ما يدل على عدم جواز المقاصة من الوديعة.

منها: صحيحة معاوية بن عمار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون لي عليه حقّ، فيجحد فيه، ثم يستودعني مالا، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال عليه السلام: «لا، هذه خيانة»^(٤).

ومنها: خبر الفضيل بن يسار، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها، فقالت لي: أسأله؟ فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إنّ ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعني، فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فأخبرته بذلك. فقال عليه السلام: «لا، قال رسول الله ﷺ أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٥، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٣، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠١، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٥، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

الطائفة الرابعة: ما يدلّ على جواز المقاصة من الوديعة.

منها: صحيح أبي العباس البقباق: أن شهاباً ماراه^(١) في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم؟ قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك. فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال عليه السلام: «أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف»^(٢).

ومنها: خبر علي بن سليمان، قال: كتبت إليه (أي إلى صاحب الأمر): رجل غصب مالاً أو جارية، ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه أو غصبه، أيحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: «نعم، يحلّ له ذلك إن كان بقدر حقّه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله»^(٣).

الطائفة الخامسة: ما يدلّ جواز المقاصة من الوديعة فيما إذا أتى بالدعاء المذكور في خبر أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، فجحده إياه وذهب به، ثم صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله، يأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: «نعم، ولكن لهذا كلام يقول: اللهم أني آخذ هذا المال مكان الذي أخذه مني، وإنني لم آخذ الذي أخذته خيانة ولا ظلماً»^(٤).

ولا شك في أن الطائفة الأولى - الدالة على عدم جواز التصرف في الوديعة مطلقاً - يقيّد بالطائفة الرابعة - الدالة على جواز التصرف في الوديعة مقاصة -، كما أن الطائفة الثانية - الدالة على جواز المقاصة مطلقاً ولو كانت من الوديعة - يقيّد بالطائفة الثالثة التي تدلّ على عدم جواز المقاصة من الوديعة.

(١) ما راه من الممارات، أي: جادله.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٤، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٠٣، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

وإنّما الكلام في الخاصّتين - أي الطائفة الثالثة والرابعة - حيث دلّت الطائفة الثالثة على عدم جواز المقاصّة من الوديعة، ودلّت الرابعة على جوازها من الوديعة، فهل يمكن الجمع بينهما بالجمع العرفي أو تتساقطان بالتعارض وتكون النسبة بين الطائفة الأولى والثانية العامّتين العموم من وجه، فيرجع إلى المرجّحات، وإلاّ فيرجع إلى الأصل؟ أمّا تساقط الخاصّتين، فممنوع، لأنّ تساقطهما فرع عدم إمكان الجمع العرفي، وهو بمكان من الإمكان. وإنّما الكلام في طريق الجمع بينهما، وهو وجوه:

الأوّل: الجمع بينهما بحمل الطائفة الثالثة الدالّة على النهي عن المقاصّة من الوديعة على الكراهة: وهذا ما ذهب إليه المشهور^(١).

الثاني: الجمع بينهما بحمل الطائفة الثالثة على ما إذا لم يأت بالدعاء المذكور في رواية الحضرمي وحمل الطائفة الرابعة على ما إذا أتى به. وهذا ما ذهب إليه المحقّق البحراني، حيث قال: «ومن المحتمل عندي قريباً في المقام هو الجمع بين الأخبار المشار إليها بالإتيان بالدعاء المذكور وعدمه، وأنّ التصرّف إنّما يكون خيانة مع عدمه، كما يشير إليه قوله عليه السلام في رواية الحضرمي الأولى: «وإنّي لم آخذ الذي أخذته خيانة ولا ظلماً». وهذا الدعاء يشير إلى ما دلّت عليه روايات المنع من المقاصّة من الوديعة من كون ذلك خيانة، فهذا الدعاء في المقام كأنّه بمنزلة الصيغ الشرعيّة والعقود الناقلة في المعاملات، فيحتاج إليه لانتقال المال إليه مكان ماله عليه كما يحتاج إلى العقود الناقلة في المعاملات»^(٢).

الثالث: ما اختاره المحدث الكاشاني، حيث قال - بعد نقل خبر أبي العبّاس

(١) راجع المختلف ٥: ٣٧٧، الاستبصار ٣: ٥٣، السرائر ٢: ٣٦ - ٣٧، مسالك الأفهام ١٤: ٧٣،

شرح اللمعة ٣: ٢٤٢، مجمع الفائدة ١٢: ١١٠، كشف اللثام ١٠: ١٣٤، مستند الشيعة ١٧:

٤٥٨، تكملة العروة ٢: ٢١٢، جواهر الكلام ٤٠: ٣٩٢، مباني تكملة المنهاج ١: ٤٨.

(٢) الحقائق الناضرة ١٨: ٤١٥ و٤١٨.

البقاي - : «وفيه إشكالان: أحدهما: جواز الأخذ من الوديعة، مع أنه خيانة، كما مرّ. والثاني: محبته ذلك. ويمكن التفصي عنهما بحمله على ما إذا كان الغاصب المودع هو العامل، فإنّ ماله إمّا فيء للمسلمين أو هو للإمام والآذن في أخذه، فإن لم يكن كلّه للإمام فلا أقلّ من الخمس. ويشعر بذلك عدم ذكر الغاصب والإتيان بصيغة المعلوم في الاستيداع، كأنّه كان معلوماً بينها وكان ممّن يتّقي منه»^(١).

الرابع: الجمع بينهما بحمل الأخبار الناهية عن الاقتصاص من الوديعة على ما إذا لم يجتمع بعض شروط المقاصّة. وهذا ما اختاره صاحب الرياض، وقال: «وبعضه تضمّن هذه الروايات النهي عن الخيانة، ولا يحصل مع الأخذ مقاصّة؛ لأنّه في قوّة أداء الأمانة إلى من ائتمنه، لأنّه وفي منها دينه بإذن الشارع العامّ كما سبق، فكان بمنزلة أدائها إلى وكيله»^(٢).

الخامس: الجمع بحمل ما دلّ على جواز المقاصّة من الوديعة على صورة الجحود مع الحلف^(٣).

السادس: حمل صحيح البقاي وخبر عليّ بن سليمان على إذن الشارع في خصوص مورد ههما، فلا تجوز المقاصّة من الوديعة إلّا في الموردين^(٤).

والأظهر: هو الجمع بين الطائفتين الخاصتين بحمل الطائفة الثالثة الناهية عن الاقتصاص من الوديعة على الكراهة - كما حملها عليه المشهور -؛ وذلك لأنّ الطائفة الرابعة الدالّة على جواز المقاصّة من الوديعة أظهر في دلالتها عليه من الطائفة الثالثة الظاهرة في المنع، بل الطائفة الرابعة صريحة في الجواز؛ فإنّ قوله ﷺ: «أحبّ أن تأخذ...» وقوله ﷺ: «يحلّ له ذلك» صريحان في جواز المقاصّة من الوديعة، بخلاف الطائفة الثالثة، فإنّها ليست إلّا ظاهرة في المنع، فإنّ قوله ﷺ: «لا»

(٢) رياض المسائل ١٥: ١٦١ - ١٦٢.

(٤) مهذب الأحكام ٢٧: ١٥١.

(١) الوافي ١٨: ٨١٨.

(٣) تكملة العروة ٢: ٢١٢.

في رواية الفضيل بن يسار - وهو بمعنى لا تأخذ - وقوله عليه السلام: «هذه خيانة» في صحيحة معاوية بن عمار ليسا إلا ظاهرين في الحرمة، كيف وقوله عليه السلام: «لا» بمعنى لا تأخذ، والنهي بصيغته تكون ظاهرة في الحرمة، لا نصاً فيها، فضلاً عما يكون بمعنى النهي. وكذا قوله عليه السلام: «هذه خيانة» ليس إخباراً عن الواقع كي يقال بأن الإمام عليه السلام عدّ الاقتصاص من الوديعة خيانة؛ ضرورة أن المقاصة ليست خيانة واقعاً، بل إنما يشبه الخيانة صورة، فيكون الإمام عليه السلام بصدده بيان نوع مرجوحية لها بسبب كونها صورة الخيانة. والجمع العرفي بين الأظهر والظاهر أو بين النص والظاهر يقتضي حمل الظاهر على النص، فيحمل في المقام روايات المنع - أي الطائفة الثالثة - على الكراهة كي تجتمع مع الطائفة الرابعة الدالة على الجواز.

ولو سلم التعارض بينهما الموجب لتساقطهما فالمرجع إلى عمومات ما دلّ على جواز المقاصة المعتضة بقاعدة لا ضرر ولا حرج وغير ذلك. وعليه فيستثنى من قاعدة «كلما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية» الوديعة التي لم يردّ مقاصةً.

ومع ذلك كلّه فالأحوط استحباباً عدم الاقتصاص من الوديعة وردّها إلى من كان له الولاية عليها خروجاً من خلاف المانعين.

وأما الوجوه الأخر فبعضها - كالوجه الأخير - غير موجّه؛ لأنّ المورد لا يخصّص الوارد. وبعض آخر منها - كسائر الوجوه - بعيد عن سياق الروايات.

المقام الرابع: في بعض التطبيقات

وينطبق القاعدة على كلّ مورد بطلت الوديعة، ومنها ما يلي:

- ١ - لو فسخ الودعي الوديعة وجب عليه أن يوصل المال فوراً إلى من له الولاية عليه من صاحبه أو وكيله أو وليّه؛ لقاعدة «كلما بطلت الوديعة يجب ردّها

إلى من له الولاية».

٢- لو جنّ المودع وجب على المستودع أن يوصل الوديعة فوراً إلى من له الولاية عليها؛ لأنّ الوديعة حينئذٍ بطلت وكلّ ما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية عليها.

٣- لو مات المودع وتعدّد وارثه يجب على المستودع أن يدفع المال إلى جميع الورثة أو وكيلهم في قبضه؛ لأنّ الوديعة تبطل بموت المودع، وينتقل الولاية على المال إلى الورثة أو وكيلهم، وحينئذٍ يجب على المستودع دفع المال إليهم، لقاعدة «كلّ ما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية عليها».

٤- لو مات المستودع أو جنّ أو أغمى عليه وجب على وارثه أو وليّه إيصال الوديعة إلى المودع، للقاعدة المذكورة.

٥- يجب ردّ الوديعة عند المطالبة في أوّل وقت الإمكان وإن كان المودع كافراً محترماً المال، بل وإن كان حريصاً، ولا يصحّ تملك وديعته ولا بيعها؛ لإطلاق القاعدة المذكورة.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفصل الواحد والعشرون في ما يختصّ بباب العارية



وفيه قاعدتان:

- ١ - قاعدة كلّ ما يصحّ الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه تصحّ إعارته له.
- ٢ - قاعدة كلّ من استولى شرعاً على التصرفات الشرعيّة للشيء جاز له أن يكون معيراً له.

القاعدة الأولى

قاعدة كلّ ما يصحّ الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه تصحّ إعارته له

ومن جملة القواعد الفقهيّة التي تختصّ باب العارية هي قاعدة: «كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه تصحّ إعارته»^(١). والظاهر أنّ أوّل من عبّر عنها بعنوان القاعدة هو الشهيد في المسالك^(٢). وقد يعبّر عنها بما يلي: «كلّ ما ينتفع به انتفاعاً محلّلاً مع بقاء عينه تصحّ إعارته»^(٣)، و«كلّ ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه يصحّ إعارته»^(٤). ويمكن التعبير عنها أيضاً بـ«قاعدة لا عارية إلّا فيما يصحّ الانتفاع به منفعةً محلّلة مقصودة مع بقاء عينه»، فلا مشاحة في التعبير. وإنّما الكلام في مفادها ومدرّكها وأحكامها، فيقع الكلام في مقامات:

المقام الأوّل: في بيان مفادها

العارية عبارة عن تسليط المستعير على الانتفاع بشيء مع بقاء عينه.

(١) مسالك الأفهام ٥: ٧٥.

(٢) تذكرة الفقهاء (الطبعة القديمة) ٢: ٢١٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢١: ٤٩٢.

والمراد من الصحة في قولنا: «كل ما يصح» هو الإمكان.
والمراد من قولنا: «الانتفاع به» هو الانتفاع به منفعة معتداً بها عند العقلاء.
ويقتصر في كيفية الانتفاع بما جرت به العادة فيما يؤذن به.
وقولنا: «شرعاً» قيد للانتفاع، فيخرج به ما ليس له منفعة محللة أصلاً.
وقولنا: «مع بقاء عينه» قيد يخرج به ما لا يتم الانتفاع به إلا بإتلاف عينه.
والمراد من الصحة في قولنا: «تصح إعارته» هو ترتب الآثار الشرعية الثابتة للعارية.

والضمير في قولنا: «له» يرجع إلى الانتفاع به شرعاً، فيخرج به ما يكون له منافع محللة ومنافع محرمة ويعبر للمنافع المحرمة.
وعليه فيكون مفاد القاعدة: أنه لا ترتب الآثار الشرعية على العارية إلا فيما كان المستعار شيئاً يكون له منافع محللة مقصودة ويسلّط عليه المستعير للانتفاع بتلك المنافع مع بقاء عينه. فإذا لم يكن له منفعة أصلاً، أو كان ولم تكن محللة، أو كان له منفعة محللة ولكن لم تكن مقصودة للعقلاء، أو كان له منفعة محللة مقصودة ولكن لا تحصل إلا بإتلاف عينه، أو كان له منفعة محللة ومنفعة محرمة ولكن يعار للانتفاع به منفعة محرمة، ففي جميع ذلك لا تصح العارية ولا ترتب عليها الآثار الشرعية.

المقام الثاني: في دليلها

ويدلّ عليها أمران:

الأول: إطلاق ما دلّ على اعتبار العارية

ويدلّ عليها إطلاق ما دلّ على اعتبار العارية من الروايات الواردة في تفسير

قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(١)، كرواية أبي بصير، قال: كنا عند

أبي عبدالله عليه السلام وَمَعَنَا بَعْضُ أَصْحَابِ الْأَمْوَالِ، فَذَكِّرُوا الزَّكَاةَ... إِلَى أَنْ قَالَ: «وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ هُوَ الْقَرْضُ يَقْرُضُهُ، وَالْمَعْرُوفُ يَصْطَنَعُهُ، وَمَتَاعُ الْبَيْتِ يَعْيرُهُ»^(١)، وَرَوَايَةُ سَمَاعَةَ بْنِ مَهْرَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام، قَالَ: «وَالْمَاعُونَ أَيْضاً، وَهُوَ الْقَرْضُ يَقْرُضُهُ، وَالْمَتَاعُ يَعْيرُهُ، وَالْمَعْرُوفُ يَصْنَعُهُ»^(٢).

فِيستفاد من إطلاق هذه الروايات أَنَّ كُلَّ مَتَاعٍ يَصَحُّ عَارِيَتُهُ إِلَّا مَا خَرَجَ بِالْدَّلِيلِ. وَالْدَّلِيلُ عَلَى اعْتِبَارِ كَوْنِ الْمَتَاعِ مِمَّا يَصَحُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ شَرْعاً وَيُعَارَى لَهُ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ أَنَّ الشَّيْءَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَفْعَةٌ أَصْلًا فَلَا تَصَحُّ إِعَارَتُهُ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا هُوَ مَقْصُودُ الْعَقْدِ، فَإِنَّ عَقْدَ الْعَارِيَةِ يَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ بِالْمُسْتَعَارِ، بَلْ هُوَ مَا قَصِدَ، وَالْإِنْتِفَاعُ بِهِ لَا يُمْكِنُ إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَتْ لَهُ مَنَفْعَةٌ.

وَلَا تَصَحُّ إِعَارَةُ مَا لَيْسَ لَهُ إِلَّا مَنَفْعَةٌ مُحَرَّمَةٌ أَوْ كَانَتْ لَهُ مَنَفْعَةٌ مُحَلَّلَةٌ أَيْضاً وَلَكِنْ يُعَارَى لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ مَنَفْعَةٌ مُحَرَّمَةٌ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصَادِيقِ التَّعَاوُنِ عَلَى الْإِثْمِ، وَهُوَ مَنَهَى عَنْهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٣)، فَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ الْآثَارُ الشَّرْعِيَّةُ.

وَلَا تَصَحُّ إِعَارَةُ مَا كَانَ لَهُ مَنَفْعَةٌ مُحَلَّلَةٌ مَقْصُودَةٌ وَلَكِنْ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِإِتْلَافِ عَيْنِهِ، كَالْمَأْكُولَاتِ وَالْمَشْرُوبَاتِ؛ لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ الْمَطْلُوبَةَ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِإِتْلَافِهَا، وَالْإِبَاحَةُ لَمْ تَقَعْ عَلَى الْإِتْلَافِ.

وَقَالَ صَاحِبُ الرِّيَاضِ: «لَا خِلَافَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَلَا إِشْكَالَ إِلَّا فِي الْمَقْصُودِ بِقَوْلِهِمْ: «لَا يَجُوزُ إِعَارَةُ مَا لَا يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِإِتْلَافِهِ»؛ فَإِنَّهُ غَيْرُ وَاضِحٍ إِنْ ظَهَرَ مِنَ الْمَعْيَرِ الرِّضَا بِإِتْلَافِ الْعَيْنِ بِقَوْلِهِ: «أَعْرَتَكَ» مَعَ الْقَرِينَةِ، فَإِنَّ الْمَعْيَارَ فِي

(١) الكافي ٣: ٤٩٩؛ وسائل الشيعة ٦: ٢٨، الباب ٧ من أبواب ما يجب فيه الزكاة ويستحب، الحديث ٣.

(٢) الكافي ٣: ٤٩٨؛ وسائل الشيعة ٦: ٢٨، الباب ٧ من أبواب ما يجب فيه الزكاة ويستحب، الحديث ٢.
(٣) المائدة / ٢.

جوازه هو رضاه به، وقد حصل في محلّ الفرض، وإن هو حينئذٍ إلا كالهبة والإباحة، وإن عبّر عنهما بالعارية، ولا مدخل للفظ الفاسد معناه في اللغة والعرف. نعم، حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلا به، اتّجه ما ذكره؛ لاشتراط استفادته منه بدلالة عليه، ولو بالالتزام، ودلالة لفظ العارية بمجردده على الإتلاف فاسدة، لعدم استنادها إلى عرف أو لغة؛ لأنّ وضع العارية فيها بحكم الوضع والتبادر إنّما هو لما لا يتمّ الانتفاع به إلا مع بقاء عينه. ولعلّ هذا هو مراد الأصحاب^(١).

الثاني: الإجماع

قال في الجواهر: «الفصل الثالث: في العين المستعارة. وضابطها المستفاد من الفتوى ومعقد الإجماع ونفي الخلاف والاقصّار على المتيقّن من إطلاق النصّ - عدا ما خرج من المنحة بدليله - هي كل ما يصحّ الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه منفعة معتدّاً بها عند العقلاء... بلا خلاف في شيء من ذلك»^(٢).

المقام الثالث: في بيان فروع القاعدة وأحكامها

ومما ذكرنا يظهر أنّه يصحّ إعاره الثياب للبس، والحليّ للترزين، والدواب والخيل والسيّارات والطيارات للحمل والركوب، والدكاكين والخانات للتكسّب، والمنازل للسكنى، والعقار والأراضي للزراعة والغرس، وأدوات أهل الصناعة لمن يشتغل بتلك الصنعة، والكتب للمطالعة، والفراش لمن له حاجة إلى الفراش، والأواني للأكل والشرب الحلالين، وهكذا في جميع ما ينتفع به منفعة محلّلة للذي يريد الانتفاع بها.

وإنّما الكلام في بعض فروع لا بدّ من بسط الكلام فيها كي يتّضح أحكامها:

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٩.

(١) رياض المسائل ٩: ١٨٣.

الفرع الأوّل: في إعارّة المنحة

الظاهر أنّه لا خلاف في جواز إعارّة المنحة. وإنّما الكلام في وجه جوازها، فهل يكون تطبيق قاعدة «كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه تصحّ إعارته» عليها، فلا يقتصر على موردها، بل يتعدّى إلى غيره، أو يكون دليلاً تعبدياً خاصّاً؛ لكونها على خلاف القاعدة التي تحكم بصحّة العارية فيما يتمّ الانتفاع به مع بقاء عينه، وفيها لا يتمّ الانتفاع إلّا بذهاب عينه من لبن الشاة وشعرها وصوفها، فلا بدّ من الاقتصار على موردها ولا يتعدّى إلى غيره؟

وقبل الخوض في بيان الحقّ في المقام لا بدّ من تقديم مقدّمة، وهي في معنى المنحة، فنقول: المنحة أصلها العطية. وأمّا في الاصطلاح فيختلف كلمات العلماء في معناها سعةً وضيقاً.

قال ابن الأثير في النهاية: «المنحة: العطية. ومنحة اللبن أن يعطيه ناقة أو شاة ينتفع بلبنها ويعيدها، وكذلك إذا أعطاه لينتفع بوبرها وصوفها زماناً ثمّ يردّها»^(١). وقال أبو الهلال العسكري: «أصل المنحة الشاة أو البعير يمنحها الرجل أخاه فيحتلبها زماناً ثمّ يردّها. قال بعضهم: لا تكون المنحة إلّا الناقة. وليس كذلك، والشاهد ما أنشد الأصمعي: منيحتنا فيما تردّ المنائح * لها شعر داح وجيد مقلص * وجسم حدارى وصدغ مجامع. وهذه صفة شاة»^(٢).

وقال ابن سلام في كتاب غريب الحديث: «المنحة عند العرب على معنيين: (أحدهما) أن يعطي الرجل صاحبه المال هبةً أو صلةً، فيكون له. وأمّا المنحة الأخرى فإنّ للعرب أربعة أسماء تضعها في موضع العارية، فينتفع بها المدفوعة إليه، والأصل في هذا كلّها لرّبّها يرجع إليه. وهي: المنحة والعريّة والإقفاز والإخبال. وكلّها في الحديث إلّا الإخبال. فأما المنحة فالرجل يمنح أخاه ناقة أو

(١) النهاية (ابن الأثير) ٤: ٣٦٤.

(٢) الفروق اللغويّة: ٥١٥.

شاة فيحتلبها عاماً أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم يردّها»^(١).

وفي لسان العرب: «الْمُنْح: جمع مَنَحَة، وهي الناقة يعيرها صاحبها لمن يحلبها وينتفع بها ثم يعيدها»^(٢). وقال في موضع آخر: «مَنَح: منحه الشاة والناقة يَمْنَحُه ويمْنَحُه: أعارها إياها»^(٣).

وقال الجوهري: «المنح: العطاء. منحه يَمْنَحُه ويمْنَحُه. والاسم المِنَحَة بالسكر، وهي العطية. والمنيحة: منحة اللبن، كالناقة أو الشاة تعطى غيرك يحتلبها ثم يردّها عليك»^(٤).

وكلمات الفقهاء في تفسير المِنَحَة مختلفة.

فقال الحلبي: «المنحة جهة لإطلاق الانتفاع بالمنوح. وصفتها أن يمنح المرء غيره الشاة أو البقرة أو الناقة يحلبها مدة معلومة»^(٥).

وفسرها الشيخ - ذيل قول النبوي: «المنحة مردودة» - بإعارة الشاة للحلب والانتفاع بلبنها^(٦). وتبعه على ذلك كثير من المتأخرين كالعلامة في التحرير^(٧) والشهيدان في الروضة^(٨) والمسالك^(٩) والمحدث البحراني في الحقائق^(١٠)، والمحقق الثاني في جامع المقاصد^(١١).

ونفس الشيخ فسرها - ذيل قوله ﷺ: «خير الصدقة المنحة» - بأن يمنح الرجل أخاه الدراهم أو يمنحه ظهر الدابة أو يمنحه لبن الشاة^(١٢).

وكيف كان فبناءً على أن المنحة عبارة عن الشاة المستعارة للانتفاع بلبنها أو أنها عبارة عن إعارة الحيوانات اللبونة الحلوبة فهل يكون إعارتها مطابقةً

(٢) لسان العرب ٣: ٤٧٢.

(١) غريب الحديث (ابن سلام) ١: ٢١٣.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٢٣.

(٤) الصحاح ١: ٤٠٨.

(٣) لسان العرب ٢: ٦٠٧.

(٨) الروضة البهية ٤: ٢٥٨.

(٧) تحرير الأحكام ٣: ٢٠٠.

(٦) المبسوط ٣: ٥٨.

(١٠) الحقائق الناضرة ٢١: ٥٤٣.

(٩) مسالك الأفهام ٥: ١٤٥.

(١٢) المبسوط ٣: ٣٠٣.

(١١) جامع المقاصد ٦: ٦٦.

للقاعدة المبحوث عنها في المقام فيتعدى الحكم إلى غير موردها من إعارة الناقة والبقرة وغيرهما من الحيوانات اللبونة وإعارة الشجرة للانتفاع بثمرتها وإعارة الآبار للانتفاع بمائها وهكذا، أو تكون إعارة المنحة على خلاف القاعدة فيستثنى بدليل خاصّ تعبدي، فلا بدّ من الاقتصار على موردها، ولا يتعدى إلى غير موردها؟ فيه قولان:

القول الأوّل: أنّ إعارة المنحة على خلاف القاعدة؛ لأنّ مقتضى القاعدة - كما مرّ - عدم جواز إعارة ما لا ينتفع به إلّا بهلاك عينه، وفي المنحة - وهي إعارة الشاة للانتفاع بلبنها - كان المقصود من الإعارة اللبن الذي هو جزء من العين المستعارة، فيستثنى إعارتها مع عدم بقاء عينه. هذا ما ذهب إليه كثير من الفقهاء. واختلفوا في وجه استثنائها عن القاعدة.

فقد يستدلّ على استثنائها بقول النبي ﷺ: «العارية مؤدّاة، والمنحة مردودة، والدين مقضيّ، والزعيم غارم» (١).

قال الشيخ في المبسوط: «تجوز إعارة الشاة للحلب والانتفاع بلبنها، لقوله ﷺ: (المنحة مردودة). وأراد به الشاة التي تستعار لينتفع بلبنها» (٢).

وقال الشهيد في المسالك: «والمنحة - بالكسر - الشاة المستعارة لذلك - أي للحلب -، وأصلها العطية. وجواز إعارته لذلك ثابت بالنصّ على خلاف الأصل؛ لأنّ اللبن المقصود من الإعارة عين لا منفعة... وفي تعدّي الحكم عن موضع الوفاق إن كان - وهو إعارة غير الغنم للبن - نظراً؛ لعدم الدليل، مع وجود المانع، وهو أنّ الإعارة مختصة في الأصل بالأعيان ليستوفى منها المنافع. والنصّ من طرقنا غير واضح، ومن طرق العامة لا يدلّ على غير الشاة» (٣).

ونوقش فيه: بقصور السند. ولكن ضعف سنده ينجبر باتّفاق الأصحاب على

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢٤١ و ٢٥٢. (٢) المبسوط ٣: ٥٨. (٣) مسالك الأفهام ٥: ١٤٥.

الأخذ بمضمونها؛ فإنّ الأصحاب أرسله إرسال المسلّمات، وذكره الفريقان في كتبهم، واشتهر العمل به بين علماء الإسلام نقلاً واستناداً، بحيث يوجب الوثوق بصدوره، فلا وجه للبحث عن سنده - كما مرّ ذيل القاعدة السادسة عشرة من القواعد المختصّة بباب الضمان؛ أي قاعدة الزعيم غارم^(١) -.

ولكن يمكن المناقشة في دلالة؛ فإنّه لا دلالة فيه على أنّ المنحة كانت بعنوان العارية؛ إذ يمكن أن يكون بعنوان مطلق الإذن في الانتفاع والإباحة، بل جعلها مقابلاً وعدلاً للعارية يؤيد أنّ المراد منها في الحديث هو ما ليس من قبيل العارية. واستدلّ العلامة^(٢) على استثناء المنحة بأمرين:

الأوّل: أنّ الحكمة تقتضي إباحته؛ لأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك، والضرورة تبيح مثل هذه الأعيان كما في استئجار الظئر. وفيه: أنّ مجرد الحاجة لا تصلح لإثبات مشروعية الانتفاع بها عارية؛ فإنّ الحاجة ترتفع بإيقاع معاملة أخرى كالصلح والإباحة بلا عوض.

الثاني: الاستدلال بما ورد من طريق الخاصّة.

منها: حسن الحلبي عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا، قال: «لا بأس بالدراهم ولست أحبّ أن يكون بالسمن»^(٣).

ومنها: صحيح عبدالله بن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكلّ شاة كذا وكذا في كلّ شهر، قال: «لا بأس بالدراهم، وأمّا السمن فما أحبّ ذلك إلّا أن تكون حوالب، فلا بأس بذلك»^(٤). وجه الاستدلال بهما أنّه إذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

(١) راجع الجزء الثاني من الكتاب: ٤٢٧. (٢) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٢١٠.

(٣ و ٤) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٠، الباب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١ و ٤.

وفيه: ما في سابقه، لأنّ الخبرين إنّما يتضمّنان بيان مشروعيّة معاملة خاصّة ليست ببيع ولا إجارة، ولا وجه لتعيّن كونها عارية؛ إذ يمكن أن يكون بعنوان الصلح أو الهبة.

وقد يستدلّ على استثنائها بالإجماع، فقال صاحب الجواهر: «فلا بدّ لعارية المنحة من دليل، وليس إلّا الإجماع إن تمّ، إذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدالّة عليها»^(١).

ولكن ضعفه واضح؛ وذلك لأنّ مورد فتوى الأصحاب ليس إلّا جواز المنحة، وأمّا كونها بعنوان العارية فلم يصرّح به في كلمات أكثرهم. وهذا ما ينبّه صاحب الجواهر - بعد ذكر الاستدلال بالإجماع - فقال: «وعلى كلّ حال فلا دليل سوى الإجماع المدّعى إن تمّ، وظنّي أنّه مأخوذ من معلوميّة مشروعيّة المنحة من الفتاوى والسيرة المستمرة، لكنّه كما عرفت لا يقتضي الجواز عارية، ولعلّه قسم من الإباحة».

القول الثاني: أنّ إعاره المنحة موافقة للقاعدة، فتشملها نفس القاعدة ولا يحتاج إلى إثبات استثنائها بما مرّ. بيان ذلك: أنّ المتسالم عليه في القاعدة هو اعتبار أمور:

أحدها: وجود المنافع المحلّة للشيء وإمكان الانتفاع بها.

ثانيها: تسليط المستعير على الشيء للانتفاع بمنافعه المحلّة.

ثالثها: بقاء عين الشيء المستعارة.

ولا شكّ أنّ الشرعيّات لا تبتني على الدقائق العقليّة كي يقال بأنّ في إعاره

المنحة لم ينتفع بها إلّا بتلف العين المستعارة، لأنّ لبن الشاة عين لا يتمّ الانتفاع به

إلا بإتلافه، بل المناط في الشرعيات ليس إلا الفهم العرفي، والعين والمنفعة تختلفان في الأشياء عند العرف، فربما يعدّ عرفاً بعض الأعيان منفعةً لعين أخرى، كما أنّ العرف يرى لبن الشاة منفعة ونفس الشاة عيناً ينتفع بها، وكذا يرى العرف أشجار الفواكه نفسها عيناً ويرى الفواكه - التي هي عين أيضاً - منفعةً لها. وعليه فما ينعدم عرفاً في المذكورات هو منافع هذه الأعيان، وأمّا عينها فهي باقية بالنظر العرفي. وحينئذٍ ينطبق إعارة المنحة على قاعدة «كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه تصحّ إعارته»، فيتعدّى إلى غير الشاة - بناءً على كون المنحة إعطاء الشاة عاريةً للانتفاع بلبنها أو بلبنها وصوفها وشعرها - من الناقة والبقر، ويتعدّى إلى غير الحيوانات اللبونة الحلوبة - بناءً على أنّ المنحة إعطاء الناقة أو البقر أو الشاة للانتفاع بلبنها وصوفها وشعرها - من الآبار للاستسقاء، والحمّام لصرف الماء، والأشجار للانتفاع بثمرها، لكون كلّها أعياناً ينتفع بها مع بقاء عينها بالنظر العرفي الذي هو المناط في الأحكام الشرعيّة.

ومن هنا يظهر أنّه لا يحتاج في التعدّي إلى غير الشاة إلى القول بأنّ مشروعيّة المنحة قسّم من الإباحة المطلقة كما في الجواهر^(١)؛ لما مرّ من عدم المحذور في كونها من قبيل العارية.

ولا يبعد أن يكون المراد من المنحة في النبويّ أيضاً هو ما يكون من قبيل العارية ومطابقاً للقاعدة، لأنّ العرف يرون التسليط على الشاة المنحة للانتفاع بلبنها تسليطاً على العين للانتفاع بها مع بقاء نفس العين؛ لأنّ اللبن عندهم منفعة لعين الشاة الباقية، فذكر الشارع الشاة المنحة بعد ذكر العارية من قبيل ذكر الخاصّ بعد العامّ لأجل خصوصيّة فيها، ككثرة الابتلاء بهذا القسم من العارية.

الفرع الثاني: في حدود الانتفاع بالعين المستعارة

لا شك في أنه إذا كانت العارية صحيحة يجوز للمستعير الانتفاع بالعين المستعارة. وإنما الكلام في أنه هل يجوز له الانتفاع بها بأي نوع من الانتفاعات وبأية كيفية من الكيفيات وبأي مقدار من المقادير، أو يجوز له الانتفاع بما جرت العادة بمثل ذلك الانتفاع به؟

فنقول: إن كانت للعين المعارة منفعة واحدة جرت العادة بالانتفاع بها بذلك النوع من المنفعة فيقتصر عليها في الانتفاع بالعين المعارة ولا يجوز التعدي إلى غيره، فلو كانت العين المعارة سيارة - مثلاً - فللمستعير أن يركبها فيما إذا جرت العادة على ركوبها، وله أن يحملها فيما إذا جرت العادة على حملها، ولو كانت كتاباً فله المطالعة فيه، ولو كانت فراشاً فله أن يبسطه للجلوس عليه، وهكذا. هذا في كيفية الانتفاع. وكذا يجب أن يقتصر في مقدار الانتفاع على ما جرت العادة، فلو أعار دابةً للحمل لا يحملها إلا القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان والمكان.

وإن كانت للعين المعارة منافع متعددة، كلّها معتادة، كالدابة للحمل والركوب، والأرض للزراعة والغرس وغيرهما من الانتفاعات الرائجة في العصر الحاضر، فإن عين المعير واحدة من تلك المنافع تعين الانتفاع بها فقط؛ لعدم تعلق إذنه بغيرها، وكل ما لم يتعلق به إذن المالك - أو من قام مقامه - يحرم الانتفاع به بدون إذنه، وإن صرح بجواز جميع الانتفاعات فيجوز له الانتفاع بالجميع؛ وأما لو أطلق وقال: «أعرتك هذا الأرض» - مثلاً - فيجوز الانتفاع بجميع منفعته؛ لأن المفروض أن كلّها معتادة، فإطلاق كلامه يقتضي الإذن في الانتفاع بجميع منفعته.

نعم، لو كانت لها منافع متعددة، وليس بعضها معتاداً، فإن عين المعير واحدة منها تعين الانتفاع به ولو كانت غير معتادة، لسلطنة الناس على أموالهم؛ وإن صرح

بجواز الجميع فيجوز له الانتفاع بالجميع؛ لأنه مقتضى عموم اللفظ، وأما لو أطلق فلا يجوز له الانتفاع إلا بما جرت العادة؛ لأنه المنصرف إليه من اللفظ. وأما القول بالتخيير بين واحدة من المنافع في صورة الإطلاق - كما تعرض له المحقق البجنوردي^(١) - فلم أجد له وجهاً.

الفرع الثالث: في جواز عقد العارية

عقد العارية جائز من الطرفين، فللمعير الرجوع متى شاء، كما أن للمستعير رد العين المستعارة إلى المعير متى شاء؛ وذلك لأنها من العقود الإذنية التي يتقوّم بالإذن والترخيص، فللمعير أن يرجع عن إذنه متى شاء، لثبوت سلطنته على عين المال بعد عقد العارية، بخلاف العقود المملّكة التي تخرج بها الشيء عن سلطنة الشخص فتجري فيها أصالة اللزوم. وكذا للمستعير أن يرجع متى شاء؛ لأنه لا ملزم عليه أن يتصرّف في مال الغير. هذا لا كلام فيه. وإنما الكلام في مسائل:

المسألة الأولى: إذا استعار أرضاً لدفن الميت فهل للمعير بعد الدفن الرجوع عن الإعارة ونش القبر وإخراج الميت؛ لأنّ العارية جائزة وله الرجوع عن إذنه متى شاء، أم ليس له ذلك؟

قال في الجواهر: «ولو أعاره أرضاً للدفن لميت محترم، فدّفنه فيها، لم يكن له إجباره على قلع الميت ونشبه وإخراجه إلى أن يطمئن بإندارسه بالنسبة إلى تلك الأرض على وجه لا ينافي احترامه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه»^(٢). وإنما الكلام في أنّ عدم جواز إجبار المستعير على النش وإخراج الميت هل يكون لأجل جهة غير مرتبطة بذات العقد؛ بمعنى أنّ العارية باقية على الجواز، فيجوز للمعير فسخها، غاية الأمر أنّ السبب الطارئ - وهو حرمة شرعاً - يمنع

(١) القواعد الفقهية (للجنوردي) ٧: ٢١.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٧٨.

عن إجباره على النّش وإخراج الميّت، أو يكون لأجل كون العارية لازمة في خصوص ما إذا أعار أرضاً لدفن الميّت ودَفَنه فيها؟ وتظهر الثمرة فيما إذا كان النّش وإخراج الميّت جائزاً، لكونه من مستثنيات حرمة النّش - كما إذا كان مدفوناً بلا غسل أو توقّف إثبات حقّ من الحقوق على رؤية جسده -، فعلى الأوّل يجوز له مطالبة النّش وإجباره على إخراج الميّت؛ لأنّه فسّخ العارية ولا مانع من ترتّب آثار الفسخ من عدم الإذن في التصرف في ماله. وكذا إذا اتّفق كشف الميّت وكان خروجه عن القبر بالأسباب القهرية - كالسيل - فعليه كان للمعير أن يمنع عن دفنه ثانياً؛ لارتفاع إذنه السابق بالفسخ. بخلافه على الثاني؛ لأنّه بناءً على كون العارية لازمة في خصوص هذا المورد - أي: ما إذا أعاره للدفن ودفن الميّت فيها - فله الفسخ والمنع عن الدفن قبله، لأنّ المفروض أنّ العارية جائزة قبل الدفن، وإمّا إذا دُفن فليس له إجباره على النّش ولو كان النّش جائزاً شرعاً، ولا له المنع عن دفنه ثانياً فيما إذا اتّفق كشف الميّت وخروجه من الأرض بالأسباب القهرية؛ لأنّ المفروض أنّ العارية لازمة حينئذٍ وليس له الفسخ.

الأقرب هو الأوّل؛ ضرورة أنّ العوارض الخارجيّة لا يحوّل العقد عن طبيعته وما يقتضيه ذاته من الجواز أو اللزوم، غاية الأمر قد تمنع عن ترتيب آثار الجواز أو اللزوم، ففي العارية يمنع تحريم النّش عن ترتيب آثار جواز العارية وفسخها من إجبار المستعير على النّش فيما إذا أعار أرضاً للدفن، لا أنّه منع المعير من الفسخ وصارت العارية لازمة، كما أنّ العقد اللازم قد يعرض عليه ما يمنع من ترتيب بعض آثار اللزوم - كالخيار - ومع ذلك يبقى على طبيعته من اللزوم.

ويمكن أن يقال: إنّ المعير إذا أعار الأرض لدفن الميّت أقدم على إسقاط حقّ الفسخ الذي يقتضيه جواز العارية لأنّه أعار الأرض للدفن ويعلم بحرمة نّش القبر، فلا حقّ له حينئذٍ حتّى يرجع إليه. وعليه فإذا أعار الأرض لدفن الميّت

المحترم ليس له الرجوع أصلاً، لا لكون العارية لازمة، ولا لتحريم النباش، بل لإقدامه على إسقاط حق الفسخ. وحينئذ فليس له المنع من الدفن ولا إجبار المستعير على النباش وإخراج الميت بعد الدفن، كما ليس له المنع عن دفعه ثانياً بعد النباش؛ لعدم ثبوت حق له حتى يرجع إليه.

هذا، وفي مورد الشك يستصحب بقاء حقه، بل هو مقتضى قاعدة السلطنة.

المسألة الثانية: إذا استعار الشيء للرهن ووقع الرهن عليه فهل للمعير أن يرجع عن العارية، لأنها جائزة، أو ليس له الرجوع عن العارية في خصوص هذا المورد الذي تعلق به حق الغير واندرج تحت ما دلّ على لزوم الرهن، فيستثنى هذا المورد وتكون العارية حينئذ لازمة؟

ظاهر العلامة في التذكرة هو الأول، حيث قال: «إذا أعاره للرهن فرهنه كان للمالك مطالبة المستعير بفك الرهن في الحال، سواء كان بدين حالاً أو مؤجلاً؛ لأنّ العارية عقد جائز من الطرفين، للمالك الرجوع فيها متى شاء»^(١).

والعجب منه أنّه ذهب - بعد أسطر^(٢) - إلى عدم جواز رجوع المعير في العارية بعد عقد الإجارة، واستدلّ عليه بتعلق حق المستأجر بها وأنّ عقد الإجارة لازم. وأنت خير بأنّ في المقام أيضاً تعلق حق المرتهن بها وعقد الرهن لازم.

وذهب الشهيد الثاني إلى الثاني، فقال في شرح اللمعة: «ويجوز الرجوع في العارية ما لم تُرهن عملاً بالأصل. وتلزم بعقد الرهن، فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول»^(٣). وصرّح أيضاً باستثنائه عن جواز الرجوع في موضع آخر من كلامه في المسالك^(٤) وشرح اللمعة^(٥)، فراجع.

(٣) شرح اللمعة ٤: ٦٩.

(١ و ٢) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٢١٨ و ٢١٩.

(٥) شرح اللمعة ٤: ٢٦٠.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ١٣٤.

ويمكن أن يقال: أنه ليس للمعير الرجوع عن العارية حينئذٍ، ولكنه ليس لأجل كون العارية في خصوص هذا المورد لازمة، كي يقال باستثنائه في هذا الموضع وأنها تلزم بعقد الرهن، بل لأن المعير - حينئذٍ - أذن للمستعير أن يرهن العين المعارة، مع علمه بأن الرهن لازم من جانب الراهن، فبإقدامه عليه أسقط عن نفسه حق الرجوع قبل الحلول، وإن كانت العين المرهونة المعارة مضمونة على المستعير الراهن حتى إذا تلفت بلا تفريط، وعليه فلا حق للمعير حتى يرجع إليه، وليس هذا إلا سبباً طارئاً يمنع المعير من الرجوع قبل الحلول، وهو لا يخرج عقد العارية عما عليه ذاتاً من الجواز. ولعل هذا مراد صاحب الجواهر حيث قال: «ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الإرتهان الواقع بإذن المالك وحرمة النباش والإضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد، ضرورة إمكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ وإن منع مانع خارجي من رد العين إلى مالكيها»^(١).

المسألة الثالثة: هل يجوز للمعير الرجوع في العارية إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يتدارك، كما إذا أعاره حائطاً يضع عليه المستعير أطراف خشب سقف داره وكان الرجوع مستلزماً لهدم السقف، أو أعاره لوحاً يرقع به السفينة فرقعها به ثم يلج في البحر وكان الرجوع مستلزماً لغرقها، أو أعار الأرض للغرس أو الزرع وكان الرجوع مستلزماً لجواز القلع الذي يتضرر به المستعير، أو لا يجوز له الرجوع؟ وعلى الثاني فهل ينافي عدم جواز الرجوع في هذه الموارد كون العارية من العقود الجائزة أو لا ينافيه؟

التحقيق: أنه ليس للمعير الرجوع من العارية في مثل هذه الموارد؛ لأن المعير قد أوجد بإرادته واختياره ما يمنعه من الرجوع، فإنه أذن للمستعير أن يضع أطراف خشب داره على حائطه، ويعلم أنه لا يقدم على استعارة الحائط لوضع

الخشب عليه إلا على نحو الاستمرار - كما هو المتعارف -، أو إذن للمستعير أن يرفع سفينته بلوحيه ويعلم أنه يُقدم على استعارته طوال المدة التي كانت في البحر، أو إذن له للبناء والغرس في أرضه مع علمه بأن مثل هذه العارية دائمة ولا يقدم عليها المستعير إلا على نحو الاستمرار، ففي مثل هذه الموارد أقدم المعير بالإذن الأولي على إسقاط حق الرجوع طول المدة التي يقتضي الإذن الأولي - على المتعارف - بقاء العين عند المستعير واستمرار انتفاعه بها. ومعلوم أن هذا لا ينافي كون العارية جائزة بحسب ذاتها.

ولعل هذا مراد الشيخ في المبسوط حيث قال: «فأما الذي قد غرسه فهل يلزم قلعها؟ نظراً، فإن كان شرط عليه قلعها بعد مضي المدة لزمه قلعها، لأنّه دخل في العقد راضياً لدخول هذا الضرر عليه، فإذا قلعها فليس عليه تسوية الأرض من الحفر؛ لأنّه قلع مأذون له فيه، وإن لم يشرط عليه القلع لكن أطلق لم يجبر على القلع؛ لأنّ إطلاقه يقتضي التأييد، لأنّ الغرس يراد للتأييد ويرجع في ذلك إلى العرف»^(١).

ولقد أجاد صاحب الجواهر في توضيح كلام الشيخ، حيث قال: «نعم قد يتّجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أنّ العارية المبنية على الدوام سببها ابتداءً واستدامةً إنّما هو الإذن الأولي التي لا يتصوّر فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العارية. وهذا معنى قول الشيخ: «لأنّ المراد الدوام والتأييد»، ومحصله: أنّ عارية الدوام عرفاً هكذا، وقد شرّعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه، وهو معناه لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم إرادة ما كان استمرار الإذن فيها المقتضي للبقاء، لا ما كان فيها علّة الدوام والابتداء واحدة، وهي الإذن الأولي التي لا يتصوّر فيها رجوع»^(٢).

وأما الاستدلال على عدم جواز الرجوع بأنه مستلزم لضرر المستعير^(١)، ففيه أنه معارض بأن إشغال المستعير لمال المعير أيضاً ضرر على المعير، فلا مورد لقاعدة لا ضرر هاهنا.

الفرع الرابع: عدم اعتبار تعيين العين المستعارة

هل يعتبر أن تكون العين المستعارة معينة تفصيلاً، فلو قال المستعير: «إعطني أحد هذين الثوبين عاريةً لألبسه» أو قال: «أعزني أحد دوابك» وقال المعير: «خُذ أحدهما» أو قال: «أدخل الاصطبل وخُذ ما شئت منها» فهذه العارية فاسدة، أو لا يعتبر تعيين العين المستعارة تفصيلاً، بل يكفي التعيين الإجمالي؟
الظاهر أنه لا يعتبر تعيين العين المستعارة تفصيلاً عند الإعارة، لأنّ التعيين الإجمالي رافع للجهالة القاذحة، وهي الجهالة بقول مطلق، وأما الجهالة من جهة فلا تكون قاذحة عند العقلاء بعد ما كانت أمراً متعارفاً قد جرت العادة على المسامحة فيها في المجانيات.

الفرع الخامس: عدم كون العارية مبيحة

لو كانت للشيء منفعة لا يحل الانتفاع بها إلا بأسباب خاصة غير العارية، كوطي الجارية الذي لا يحل إلا بالعقد الصحيح دواماً أو انقطاعاً أو بملك اليمين أو بالتحليل الذي يرجع إلى أحدهما، وكالحيوان الجلال الذي لا يحل شرب لبنه إلا بالاستبراء، وكانظر إلى الجارية أو المرأة الذي لا يحل إلا بأسباب الخاصة، فلا تصح إعارته للانتفاع بتلك المنفعة، ضرورة أن العارية لا تكون مبيحة للمنافع المحرمة التي لا تحل إلا بأسباب خاصة.

المقام الرابع: التطبيقات

ويطبق القاعدة على كل شيء يمكن الانتفاع به منفعةً محللة مقصودة مع بقاء

عينه، فيصح إعارته الثياب للبس، والدواب والخيل والسيارات والطائرات والسفن للركوب والحمل، والدكاكين والخانات للتكسب، والمنازل للسكنى، والأراضي والعقار للزرع والغرس والبناء، وأدوات أهل الصناعة للانتفاع بها في الصنعة التي يشتغل به، والكتب للمطالعة، والحيوانات اللبونة للانتفاع بلبنها أو صوفها أو وبرها، والأشجار للانتفاع بأثمارها، والكلب والسنور وغيرها من الحيوانات المملوكة للانتفاع بمنافعها المحللة، والعبد للخدمة، وهكذا.



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

القاعدة الثانية

قاعدة كل من استولى شرعاً على مطلق التصرف في الشيء جاز أن يكون معيراً له

من القواعد الفقهية التي تختص بباب العارية قاعدة: «كل من استولى شرعاً على مطلق التصرف في الشيء جاز أن يكون معيراً له، وإلا فلا». ويمكن التعبير عنها بقولنا: «كل من صح له تبرع منفعة الشيء تصح إعارته». وأما التعبير عنها بـ «قاعدة كل من كان مالكاً مطلقاً التصرف جاز أن يكون معيراً»^(١) أو «قاعدة من كان مكلفاً جائز التصرف جاز أن يكون معيراً»^(٢) أو «من كان عقله كاملاً وتصرفه جائزاً جاز أن يكون معيراً»^(٣) فلا يخلو من المناقشة، فإن بقولنا: «من استولى شرعاً على مطلق التصرف في الشيء» يستغنى عن التكليف وكمال العقل؛ حيث كان الصبي والمجنون ممنوعين من التصرفات المالية في أموالهما وأموال غيرهما فضلاً عن التصرفات التبرعية. وأيضاً يستغنى به عن جواز التصرف؛ لأن الاستيلاء الشرعي عليها يلزم جواز التصرف، مضافاً إلى أن مجرد جواز التصرف في الشيء لا يكفي في المقام، بل يعتبر جواز مطلق التصرف

(٢) تحرير الأحكام ٣: ١٩٩.

(١) المجموع (النووي) ١٤: ٢٠١.

(٣) رياض المسائل ٩: ١١، المهذب البارع ٣: ٨، كشف الرموز ٢: ٢٧.

حتى التبرّعي، كما سيأتي.

وحيث لا دليل على اعتبار الملكية في إعارة الشيء، بل يكفي إمكان تسليط الغير على الانتفاع بالمال تبرّعاً، وهو يتحقق فيما إذا ثبت الولاية الشرعية عليه، سواء كانت الولاية عليه بكون الشخص مالكا للمنفعة بانفرادها أو بالتبعيه للأصل، أو بكونه ولياً، أو بكونه وكيلاً، أو بكونه مأذوناً، فأخذ الملكية في عنوان القاعدة ممّا لا وجه له.

والكلام فيها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في مفادها

فنقول: إن كل من كان مستولياً على منفعة الشيء شرعاً ويجوز له التصرف فيها مطلقاً، جاز أن يعير الشيء للانتفاع بتلك المنفعة، سواء كان استيلاؤه عليه كذلك من جهة الولاية المالكية، كمن كان مالكا لمنفعة الشيء تبعاً لكونه مالكا لأصل الشيء، أو من كان مالكا لمنفعة الشيء فقط دون عينه، كالمستأجر، أو كان استيلاؤه عليها من جهة الولاية الإجبارية، كمن كان ولياً للصغير أو المجنون والسفيه والمفلس ونحوهم، كولاية الأب والجد والحاكم الشرعي، أو كان من جهة الولاية الاختيارية، كولاية الوصي والوكيل والقيم. وكل من لم يكن بالفعل مستولياً على منفعة الشيء شرعاً لا يجوز له أن يعير الشيء للانتفاع بمنفعته، كالصبي والمجنون والمحجور عليه والمستعير والمرتهن والغاصب وغيرهم من الممنوعين من التصرفات إمّا مطلقاً، وإمّا من التصرفات المالية، وإمّا من التصرفات التبرّعية فقط.

الجهة الثانية: في دليلها

والدليل عليها أن العارية تسليط الغير على الانتفاع بمنفعة المال على ما جرت

به العادة تبرّعاً، ولا يصحّ تسليط الغير على الانتفاع بمنفعة المال إلا لمن كان مستولياً شرعاً على منفعته مطلقاً بحيث يجوز له التصرفات المالية حتى التصرفات التبرّعية. وأمّا من لا يجوز له التصرف في الشيء مطلقاً، كالغاصب، أو لا يجوز له التصرفات المالية مطلقاً، كالصبي والمجنون، أو لا يجوز له التصرفات التبرّعية، كالولي فيما إذا لم تكن في إعارة مال الصبي مصلحة له - بناءً على اعتبار المصلحة - أو لم تكن إعارة بلا مفسدة - بناءً على اعتبار عدم المفسدة - فليس له تسليط الغير على الانتفاع بمنفعة المال بضرورة المذهب بل الدين.

تنبيه: في إعارة المولى عليه إذا كانت بإذن وليّه

لا شكّ في أنّ المولى عليه بما هو مولى عليه ممنوع من التصرفات المالية فضلاً عن التبرّعية، كالصبي والمجنون، فلا يجوز له إعارة ماله ولا إعارة مال غيره.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم راسدي

وإنّما الكلام فيما إذا أذن له الولي في إعارة مال نفسه أو إعارة مال غيره، فهل تصحّ إعارته مع المصلحة مطلقاً، أو لا تصحّ كذلك، أو تصحّ له إعارة مال نفسه دون مال غيره، أو تصحّ إعارة الصبي المميّز دون غيره؟ فيه وجوه، بل أقوال:

ظاهر المحقّق في الشرائع^(١) والعلامة في الإرشاد^(٢) صحّة إعارة الصبي مطلقاً فيما إذا كانت مع المصلحة وأذن له الولي.

وفي التحرير^(٣) وحاشية الإرشاد^(٤) أنّه لو كان الصبي مميّزاً وإذن له الولي في الإعارة جاز مع المصلحة.

وحاصل استدلالهم على الجواز، أنّ الصبي يخرج بإذن الولي عن كونه ممنوع

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤٠٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٩.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٦٩.

(٤) حاشية الإرشاد ٢: ٣٧٣.

التصرف، فيرتفع المانع.

وقد تنظر في جواز إعارته مع الإذن صاحب الجواهر بأن إذن الولي لا يجعل المملوك غير مملوك، ولا غير النافذ نافذاً، فقال: «إنما الكلام في قول المصنف: (ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة) كالمحكي عن الإرشاد، وإنما تصح من جائز التصرف، ولو أذن الولي للطفل صح أن يصير مع المصلحة. وفي التحرير واللمعة وغيرهما: (يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي). وعن التحرير تقييده بالميّز. فإن الإذن لا يجعل المملوك غير مملوك، كما هو مفروغ منه في غير المقام. وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك، وإلا لجازت مضاربه ووكالته بإذن الولي»^(١).

ثم ذهب صاحب الجواهر إلى اختصاص جواز إعارته بعد إذن الولي بعارية مال نفسه، لا توليتها عن غيره، وقال: «لعله للسيرة المعتقدة بهذه الكلمات المبني على اختصاص العارية بهذا الحكم»^(٢).

وأورد المحقق البحراني^(٣) على ما في الشرائع من جواز إعارته مع المصلحة إذا أذن الولي بأنه خلاف ما يظهر من كلماتهم في سائر العقود كالبيع والإجارة والصلح من عدم نفوذ تصرف الصبي وأنه لا عبرة بعقده وإن أجاز به الولي، فأبي فرق بين العارية وبين سائرهما من العقود؟

وفرق الشهيد الثاني في المسالك بينهما، فقال: «قد تقدّم في البيع أن عقد الصبي لا عبرة به وإن أذن له الولي، وإنما جاز هنا؛ لأنّ العارية لما كانت جائزة ولا تختص بلفظ بل كل ما دلّ على رضا المتعير، وهو هنا الولي، كان إذنه للصبي بمنزلة الإيجاب، فالعبرة حينئذ بإذنه لا بعارة الصبي. وعلى هذا فلا فرق بين المميّز وغيره. وينبغي أن يكون المجنون كذلك، لاشتراكهما في الوجه، فلا وجه

(٣) الحدائق الناضرة: ٢١: ٤٨٦.

(١ و ٢) جواهر الكلام ٢٧: ١٦٠ و ١٦١.

لتخصيص الصبي بعد ذكرهما»^(١).

ولصاحب الجواهر مناقشة في هذا الفرق، حاصلها: أنه إذا كان الإذن من المستولي على المال بمنزلة الإيجاب والإنشاء وكان الصبي آله، لا فرق حينئذ بين المميز وغيره ولا بينه وبين المجنون - كما اعترف به نفسه -، بل ولا بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزة، بل بينه وبين المعاطاة في البيع وغيره. وهو خلاف ظاهر العبارات المنقولة عنهم من اختصاص العارية بهذا الحكم.

والتحقيق: أنه لا دليل على منع الصبي المميز من التصرف في الأموال إذا كان بإذن الولي مع مراعات المصلحة، فضلاً عن إجراء العقد بإذن وليه بحيث كان الصبي آله للإنشاء. ولا فرق من هذه الجهة بين العارية وسائر العقود؛ لأن الظاهر من أدلة الحجر ليس إلا عدم نفوذ تصرفاته التي فيها خطر الضياع، وهو تصرفاته بالاستقلال، لا مع إذن الولي البصير الذي يلزم عليه مراعات المصلحة أو عدم المفسدة في التصرف في أمواله، مباشرة كان أو بالواسطة. كيف وقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) ظاهر في عدم جواز دفع أموالهم إليهم قبل الرشد والبلوغ، فإنهم حينئذ يتمكنون من التصرف في الأموال مستقلاً، وفي تصرفاتهم كذلك خطر الضياع والهلاك. بل يظهر من قوله: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ جواز تصرف الصبي بإذن الولي، لأن الظاهر من ابتلائهم هو ابتلاؤهم بالأموال لاختبار رشدهم، ولا يحصل الاختبار وإيناس الرشد إلا بتصرفه في الأموال على نحو تصرف غيره في أموالهم.

مضافاً إلى السيرة التي ادّعاها غير واحد من الأعلام على وقوع المعاملة مع الصبيان قبل البلوغ في بلاد الإسلام وفي جميع الأعصار. وحملها على كونها

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٣٦.

(٢) النساء / ٦.

صادرة من غير المباليين في الدين معلوم الفساد، فإن الظاهر استقرار سيرة العقلاء على المعاملة معهم مع رشدهم كالبالغين، ولم يردع الشارع المقدس عنها، وإنما ردع عن الاستقلال. وسيأتي تفصيل الكلام حول مسألة عقد الصبيان وتصرفاتهم وما أفاده الأعلام من الأقوال والنقض والإبرام في المرحلة الثانية من موسوعتنا هذه ذيل قاعدة «لا تصرف للصبي إلا إذا أذن له الولي».

هذا كله في الصبي، وأما المجنون فلا ينفذ تصرفاته مع عدم تمشي القصد المعبر منه، فإن العقود تابعة للقصد. وأما مع تمشي القصد فالكلام هو الكلام في الصبي.

والحاصل: أنه تجوز إعارة المولى عليه - أي الصبي والمجنون - إذا كان بإذن الولي مع مراعات المصلحة - . ومع ذلك كله فالاحتياط يقتضي اجتناب المستعير عن إعارة الصبي والمجنون وإن كانا مأذونين من قبل وليهما.

مركز بحوث حقوق الإنسان

الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة، منها ما يلي:

١ - قال في تحرير الوسيلة: «لا تصح إعارة الطفل والمجنون ماله، كما لا تصح إعارة المحجور عليه - لسفه أو فلس - ماله إلا مع إذن الولي أو الغرماء»^(١)؛ وذلك لعدم صحة تصرفات الصبي والمجنون في أموالهما إلا مع إذن الولي، فإذا أذن وليهما لمصلحة يجوز تصرفهما فيها ولو كان تصرفاً تبرعياً، وحينئذ تصح إعارتهما، لقاعدة «كل من استولى شرعاً على مطلق التصرف للشيء جاز أن يكون معيراً». وهكذا الكلام في المحجور عليه مع إذن الغرماء؛ فإن إذنه يرفع الحجر المانع من التصرف في أمواله.

٢- لا تصح إعارة الغاصب عيناً أو منفعة، لعدم أهليته للتصرفات غير التبرعية فضلاً عن التبرعية، فتشمله عكس القاعدة وهو «كل من لم يستول شرعاً على التصرفات التبرعية للشيء لا يجوز أن يكون معيراً».

٣- يجوز للمستأجر إعارة مال الإجارة للانتفاع بمنافعه المحللة المقصودة؛ لأنه يستولي على منافع مال الإجارة ويجوز له التصرف فيه مطلقاً، فيجوز له إعارته، لقاعدة «كل من استولى شرعاً على التصرفات التبرعية للشيء جاز أن يكون معيراً».

٤- يجوز للوصي إعارة الموصى به إذا كان مستولياً عليه عيناً أو منفعة، فيجوز له إذا أوصى له بخدمة العبد وسكنى الدار. وذلك للقاعدة المذكورة.

٥- لا يجوز للمستأجر إعارة مال الإجارة إذا كان المؤجر اشترط عليه مباشرة الانتفاع بنفسه، فإنه لم يكن مستولياً على التصرفات التبرعية، وكل من لم يكن مستولياً عليها لا يجوز أن يكون معيراً.

٦- قال في التذكرة: «ليس لمحرم إعارة الصيد، لأنه ممنوع من التصرف فيه»^(١). وهذا أيضاً من موارد تطبيق القاعدة عكساً.

(١) تذكرة الفقهاء (ط، الحديثه) ١٦: ٢٣٨.

الفصل الثاني والعشرون في القواعد المختصة بباب الإجارة

وفيه خمس قواعد:

- ١ - قاعدة كلّ مورد كانت الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة أو العمل تثبت للمؤجر والعامل أجره المثل.
- ٢ - قاعدة كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته.
- ٣ - قاعدة ما على المستأجر وما على المؤجر.
- ٤ - قاعدة كلّ خيار ثبت في البيع بالدليل الخاص لا يسري إلى الإجارة، وما ثبت بالدليل العام يسري إليها.
- ٥ - قاعدة كلّ ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون عوضاً.

القاعدة الأولى

قاعدة كلّ مورد كانت الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة أو العمل تثبت للمؤجر والعامل أجره المثل

من القواعد المختصة بباب الإجارة قاعدة «كلّ مورد كانت الإجارة الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة أو العمل تثبت للمؤجر والعامل أجره المثل». وهذه قاعدة عبّر عنها كثير من الفقهاء بـ«أنّ كلّ موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعة»^(١). ولكن التعبير عنها بما ذكرنا أولى كما سيأتي.

والظاهر أنّ أوّل من عبّر عن هذه الكليّة بـ«القاعدة الفقهيّة» هو صاحب مفتاح الكرامة^(٢). والكلام فيها يقع في مواضع:

الموضع الأوّل: في مفادها

فنقول: تبطل الإجارة بفقدان أحد ما يعتبر فيها من شرائط المتعاقدين - كالبلوغ والعقل والقصد والاختيار وعدم الحجر - وشرائط العين المستأجرة -

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤١٦، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٤، مجمع الفائدة ١٠: ٤٩، الحقائق الناضرة ٢: ٥٧٤، رياض المسائل ١٠: ٤٣، مسالك الأفهام ٥: ١٨٣، جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٦.
(٢) مفتاح الكرامة ٧: ١٣٠.

وهي التعيين والمعلومية وكونها مقدورة تسليمًا وإمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها وكونها مستولى عليه - وشرائط المنفعة - من كونها مباحة وتممّلة وتعيين نوعها ومعلوميّتها - وشرائط الأجرة - وهي معلوميّتها وتعيين كيلها أو وزنها فيما إذا كانت ممّا يكال أو يوزن - . وإذا انكشف بطلان الإجارة رأساً وتبين فقدان أحد ما يعتبر في عقد الإجارة تثبت للمؤجر أو العامل أجره المثل بمقدار ما فات من المنفعة أو العمل، سواء كان الانكشاف بعد انقضاء المدة أو في الأثناء، وكان مورد الإجارة مالاً أو عملاً، وزادت أجره المثل عن المسمّى أو نقصت عنه، واستوفى المستأجر المنفعة - تمامها أو بعضها - أو تلفت تحت يده.

ومن هنا ينقدح أنّ مورد القاعدة ما إذا لم تقع الإجارة صحيحة أصلاً، بل كانت باطلة رأساً لخلل فيها، لا ما إذا وقعت متّصفة بالصحة حدوثاً واقعاً وإنّما يعرضها البطلان بعد الوقوع، مثل ما إذا تلفت العين المستأجرة في أثناء المدة، كما يوهمه قولهم - في التعبير عن القاعدة - : «كلّ موضع يبطل فيه الإجارة...»، ضرورة أنّه لا مجال لدعوى ثبوت أجره المثل فيما إذا وقعت متّصفة بالصحة حدوثاً ويعرضها البطلان في أثناء المدة؛ لأنّ المتفق عليه بينهم أنّه يرجع حينئذٍ من الأجرة المسمّاة بما قابل المتخلف من المدة، فيقسّط المسمّى على النسبة، إن كان نصفاً فكان نصفاً، وإن كان ثلثاً فكان ثلثاً وهكذا.

ولينقدح أيضاً أنّ القاعدة لا تختصّ بما إذا استوفى المستأجر منفعة العين المستأجرة، كما يوهمه قولهم: «مع استيفاء المنفعة...»، بل تعمّ ما إذا تلفت تحت يدها وإن لم يستوفها؛ لأنّ الأدلّة - ومنها قاعدة ضمان اليد - تشمل كلتا صورتين.

ومن هنا يظهر أنّ ما ذكرنا في التعبير عن القاعدة أولى وأصحّ من تعبيرهم. ثمّ لا يخفى أنّ هذه القاعدة - كما سيأتي - تكون من صغريات بعض آخر من

القواعد الكلّيّة الفقهيّة، كقاعدة الإقدام، وقاعدة ضمان اليد، وقاعدة ما يضمن. وإنّما أفردناها بالذكر في المقام وجعلناها من القواعد المختصّة بباب الإجارة لأجل ما فيها من الأهميّة، وأنّ القواعد المتفرّعة على القواعد الآخر وإن كانت من صغريات تلك القواعد، فتكون من صغريات القواعد العامّة أو المختصّة بباب تجري فيه تلك القواعد، ولكنّها تصير من القواعد المختصّة بباب آخر موضوعاً، وحيث يتفرّع عليها فروع كثيرة في ذلك الباب فينبغي التعرّض لها تسميماً للفائدة وتكميلاً للقاعدة وتهذيباً للأذهان من الإيرادات المتوهّمة.

الموضع الثاني: في مدرّكها

واستدلّ عليها بأمور:



الأوّل: قاعدة الإقدام

وتقريب الاستدلال بها أنّ المؤجّر والمستأجر أقداً في عقد الإجارة على كون مقدار ماليّة مال الآخر في ضمن عهده وذمّته، ولا يفرغ إلّا برّد عوضه المسمّى لو حصل تراضٍ شرعيّ على المسمّى، أو برّده إلى صاحبه إمّا بعينه أو بما يقابلها في الماليّة لو لم يكن في البين تراضٍ شرعيّ على المسمّى، وكلّ من أقدم على الضمان فهو مستقرّ عليه، فالمستأجر ضامن للأجرة المسمّاة فيما إذا كان العقد صحيحاً؛ لأنّها ممضاة عند الشارع، ولأجرة المثل فيما إذا كان باطلاً، لعدم حصول تراضٍ شرعيّ على المسمّى.

وأما الاعتراض على الاستدلال بها بعدم تحقّق موضوع الإقدام في المقام؛ لأنّهما أقداً بالإجارة الفاسدة على الضمان الخاصّ، وهو ضمان المسمّى، لا الضمان بأجرة المثل، فما أقدم عليه لم يُمضه الشارع، والضمان بأجرة المثل ليس ممّا أقدم عليه المستأجر، فلا مجال للاستدلال بها في المقام. فقد مرّ الجواب

عنه في الجزء الثاني، فراجع (١).

لا يقال: إن الإقدام ليس إلا التزاماً نفسانياً قائماً بين المتعاملين على حفظ مالية مال الآخر، وهذا بنفسه لا يوجب الضمان إلا بعد القبض والاستيلاء، فالإقدام لا يكون سبباً مستقلاً للضمان حتى يستند به في المقام.

فإنه يقال: إن الظاهر من كلمات الأعلام وموارد استنادهم بقاعدة الإقدام أن مرادهم من الإقدام ليس مجرد الاجترار النفساني على تضرر، ضرورة أنه ليس منشأ للأثر، بل المراد منه الاجترار العملي الذي يتبعه قبول التضرر. وهذا الاجترار يختلف باختلاف عمل كان أثره تضرر العامل، ففي إبطال المهر يحصل بالارتداد قبل الدخول، وفي تضرر الغاصب يحصل بإعطاء أجره رد المغصوب، وفي المتعاملين يحصل اجترائهما على كون مقدار مالية مال الآخر في عهدهما بعد تحقق أركان المعاوضة؛ وهي العقد والقبض، فإن اجترائهما على حفظ مالية مال الآخر الذي يستتبع تضررهما يتوقف على استيلاء كل منهما على مال الآخر بعد العقد، فيكون القبض والاستيلاء من مقومات الإقدام المعاوضي، لا خارجاً عنه.

الثاني: قاعدة على اليد

وتقريب الاستدلال بها أن المستأجر يكون بعد العقد مستولياً على منفعة مال المؤجر بلا سبب شرعي، وقد ثبت بقاعدة على اليد - كما مرّ توضيحها في الجزء الثاني (٢) - أن مطلق الاستيلاء على مال الغير - سواء كان الاستيلاء عدوانياً أو غير عدواني، وسواء كان بالعقد أو الإيقاع الصحيحين أو بالعقد أو الإيقاع الفاسدين بتوهم أنهما صحيحان - سببٌ لثبوته في عهدة المستولي وفي ذمته، فلا بد من الفراغ، ولا يفرغ إلا بردّ عوضه المسمى إن كان في البين تراضٍ شرعي عليه، أو

(٢) راجع الجزء الثاني: ٧٢.

(١) راجع الجزء الثاني: ١١٥.

بردء إلى صاحبه إمّا بعينه أو بما يقابلها في المائّة من المثل والقيمة إن لم يكن تراضٍ شرعيّ، فلا بدّ للمستأجر أن يفرغ ذمّته، ولا يفرغ في الإجارة الفاسدة إلّا بما يقابلها في المائّة، وهو أجره المثل.

وأما الاعتراض عليها بضعف سند النبويّ الذي هو العمدة في إثبات القاعدة تارةً، وبدعوى اختصاصها بالأيدي العادية أخرى، وبدعوى اختصاصها بصورة وجود المأخوذ ثالثةً، وبدعوى عدم شمولها للمنافع رابعةً، فمخدوش كلّها، ومرّر الجواب عنها ذيل قاعدة على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي، فراجع الجزء الثاني^(١).

الثالث: قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

وتقريب الاستدلال بها أن مفاد القاعدة - كما مرّ تفصيله في الجزء الثاني من هذا الكتاب^(٢) - أن كلّ مال يستولي عليه الغير ويكون مضموناً عليه في العقد أو الإيقاع الصحيح يكون مضموناً عليه في العقد أو الإيقاع الفاسد، ولا شك أن منافع العين المستأجرة مضمونة في الإجارة الصحيحة، سواء استوفى المنافع أو لم يستوفها وتلفت تحت يده، ولكن بعد قبض العين المستأجرة، فذلك في فاسدها يكون ضمان بالنسبة إلى المنافع بعد قبضها، سواء استوفى تلك المنافع أو تلفت تحت يده، غاية الأمر أنّها مضمونة عليه بالعوض المسمّى إن كان في البين تراض شرعيّ عليه، وبما يقابلها من المائّة - وهو أجره المثل في المقام - إن لم يكن تراضٍ شرعيّ.

واستدلّ بها أيضاً صاحب الجواهر كما استدلّ بقاعدة على اليد أيضاً^(٣).

(١) راجع الجزء الثاني: ٧٧ - ١٠٠.

(٢) راجع الجزء الثاني: ١٠٤ - ١١٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٦.

الرابع: قاعدة الاحترام

وقاعدة الاحترام عبارة عن احترام مال المسلم وأنه لا يذهب هدرًا. ويدل عليها أمور يأتي تفصيلها في المرحلة الثانية إن شاء الله. ومنها موثقة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمة معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»^(١).

والظاهر أن «الحرمة» معناها عدم الانتهاك وعدم الهدر، فدلّت الرواية على أن مال المؤمن محترم غير مهدور، كما أن دمه محترم غير مهدور. وتقريب الاستدلال بها أن عدم ثبوت الضمان في المنفعة الفائتة في الإجارة الفاسدة يلزم هتك مال المؤمن وهدره، وكلما يلزم هتك ماله غير مسموع؛ لأن مال المؤمن محترم غير مهدور كما أن دمه محترم غير مهدور، فالقول بعدم ثبوت الضمان فيها غير مسموع. وهذا أيضاً استدلال بها صاحب الجواهر في المقام^(٢). ولكن يرد عليه: أن هتك حرمة الشيء من الأعمال القصدية، فلا يتحقق الهتك إلا إذا قصد الشخص هلاك المال وضياعه، وهذا إنما يصدق في الإتلاف دون التلف، فيكون الدليل أخص من المدعى.

ولا يرد عليه ما أورد المحقق الأصفهاني^(٣) والسيد المحقق الخوئي^(٤) ممّا مرّ تفصيل الجواب عنهما ذيل قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، فراجع الجزء الثاني من هذا الكتاب^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٨: ٦١٠، الباب ١٥٨، من أبواب أحكام العشرة من كتاب الحج، الحديث ٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٦.

(٣) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٣٢٢.

(٤) مصباح الفقاهة ٣: ٩١.

(٥) راجع الجزء الثاني: ١١٩ - ١٢١.

الخامس: قاعدة الإلتلاف

واستدلّ بها أيضاً صاحب الجواهر^(١). وتقريب الاستدلال بها واضح.
وأنت خير بأنّه أخصّ من المدعى؛ لأنّ قاعدة الإلتلاف لا تشمل تلف المنافع
تحت يد المستأجر، لعدم صدق الإلتلاف على فوتها، كما هو واضح.

السادس: قاعدة لا ضرر

وهذه أيضاً ما استدلّ بها صاحب الجواهر في المقام^(٢). وهي القاعدة
المستفادة من قوله ﷺ في رواية سمرة بن جندب: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).
والبحث عن سندها ومفادها تفصيلاً موكول إلى المرحلة الثانية. واكتفينا في المقام
بذكر الوجوه المحتملة في مفادها وبيان ما يكون مقتضاه - من التقادير المحتملة
فيها - ثبوت الضمان في المقام.

فنقول: إنّ في مفاد قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وجوه:

الأوّل: أنّ كلمة «لا» فيه للنهي، وأنّ النهي فيه حكم من الأحكام الإلهية،
كسائر النواهي الشرعية المتوجّهة إلى المكلفين. وعليه فيكون معناه: أنّه لا يجوز
للمكلف أن يضرّ بنفسه، ويحرم عليه الإضرار منه بالإضافة إلى الغير.

الثاني: أن تكون كلمة «لا» للنهي، وأنّ النهي فيه صادر عن النبي ﷺ في مقام
إعمال السلطنة والحكومة النبوية، فليس حكماً من الأحكام الشرعية العامة
الشاملة لجميع المكلفين.

الثالث: أن تكون كلمة «لا» نافية ويكون المراد منها أنّ الشارع لم يشرع
حكماً ضرورياً.

(١) و (٢) جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٦ و ٢٤٧.

(٣) الكافي ٥: ٢٩٢؛ الوسائل ١٢: ٣٦٤ من كتاب التجارة الباب ١٧، الأحاديث ٣ و ٤ و ٥.

الرابع: أن تكون كلمة «لا» نافية، ويكون المراد منها أن الأحكام المجعولة الشاملة - بعمومها أو إطلاقها - لصورة الضرر أيضاً مقصورة على غير مورد الضرر، كما هو مبني الحكومة التي اختارها كثير من المحققين من مفاد القاعدة.

أمّا على الأوّل: فيمكن الاستدلال بها على ثبوت الضمان بأجرة المثل في المقام، لأنّ مفاد قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» هو النهي عن الإضرار بالغير، ويصدق الإضرار على عدم تدارك المنفعة الفائتة تحت يد المستأجر، فعدم تداركها منهّي عنه، والمتفاهم عند العرف من النهي التكليفي عن الإضرار هو لزوم التدارك على تقدير الإضرار المحرّم.

وعلى الثاني: فالقاعدة لا تدلّ على حكم من الأحكام إثباتاً ونفيّاً، فلا يصحّ التمسك بها على ثبوت الضمان في المقام.

وعلى الثالث: فالظاهر أنّ دلالتها على ثبوت الضمان في المقام تمام؛ لأنّ الحكم بعدم ثبوت الضمان في المقام حكم ضرريّ، فلا يكون مشروعاً، والواقع لا يخلو عن أحد أمرين: الضمان وعدمه. فإذا كان عدم الضمان غير مشروع فاللازم مشروعية الحكم بالضمان.

وعلى الرابع: فمورد القاعدة ما إذا كان للحكم موردان: ضرريّ وغير ضرريّ، ويكون مقتضى نفي الضرر هو الاقتصار على مورد لا يكون ضرريّاً. وعليه فلو فرض ثبوت عموم أو إطلاق يقتضي عدم الضمان فمقتضى حكومة قاعدة لا ضرر على دليل الحكم بعدم الضمان الشامل بإطلاقه للمقام وغيره تخصيص ذلك الدليل والحكم بأنّه مقصور على غير المقام، فيكون مقتضاها ثبوت الضمان في المقام. هذا.

وأما تحقيق الحال في مفاد قاعدة لا ضرر وبيان ما هو الحقّ من الوجوه المحتملة في مفادها، فيأتي في المرحلة الثانية إن شاء الله.

السابع: الإجماع

وقد استدلّ في الجواهر بالإجماع، فقال: «وكلّ موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها، سواء زادت عن المسمّى أو نقصت عنه، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك»^(١). وتبعه السيّد الحكيم في المستمسك وقال: «إنّ العمدة في المقام هو الإجماع»^(٢).

وفيه: أنّه يحتمل قوياً أن يكون مدرك الإجماع هو ما ذكرناه من القواعد الفقهية المذكورة آنفاً، ومعه لا مجال للاستدلال به مستقلاً، كما مرّ مراراً. والحاصل: أنّه يصحّ الاستدلال عليها بقاعدة الإقدام وقاعدة على اليد وقاعدة ما يضمن، وأمّا الاستدلال بغيرها من الأدلة الأربعة المتقدمة فقد عرفت مافيه من المناقشة.



الموضع الثالث: في تنبيهات القاعدة

التنبيه الأوّل: عدم استثناء بطلان الإجارة بعدم ذكر الأجرة أو اشتراط عدمها لا شكّ أنّ بطلان الإجارة قد يكون لأجل عدم ذكر الأجرة فيها أو اشتراط عدمها، وقد يكون لأجل أمر آخر. وإنّما الكلام في أنّ القاعدة هل تجري فيما إذا بطلت الإجارة مطلقاً، سواء كان بطلانها لأجل عدم ذكر الأجرة أو اشتراط عدمها أو كان لأمر آخر، أو تجري القاعدة في غير ما إذا كان منشأ البطلان عدم ذكر الأجرة أو اشتراط عدمها؟

ذهب الشهيد الأوّل إلى الثاني واستحسنه الشهيد الثاني في المسالك، فقال: «واستثنى الشهيد من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد أو متضمناً له كما لو لم يذكر أجرة، فإنّه حينئذٍ يقوى عدم وجوب الأجرة، لدخول

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٤٦.

(٢) مستمسك العروة ١٢: ٦٥.

العامل على ذلك، وهو حسن»^(١).

واختار المحقق الثاني التفصيل بين ما إذا كان مورد الإجارة هو الأعمال وبين ما إذا كان موردها الأعيان، فعلى الأول لم يثبت أجره المثل ولو كان الفساد لأجل اشتراط عدم الأجرة أو عدم ذكرها، وعلى الثاني يثبت أجره المثل. وإليك نص كلامه: «وهذا يتم في كل عمل يدخل تحت اليد ويعدّ مضموناً بإثبات اليد على العين المتعلق بها عدواناً. ولا يكون ذلك إلا في الأعيان المملوكة. أمّا الأعمال التي تصدر عن الحرّ فلا يتم فيها ذلك؛ لأنها لا تدخل تحت اليد، ولا يضمن بمجرد الفوات من دون الاستيفاء»^(٢). وقال في موضع آخر: «وهذا صحيح في العمل. أمّا مثل سكنى الدار التي يتسوفها المستأجر بنفسه فإن اشترط عدم العوض إنّما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي، فحقه وجوب أجره المثل. ومثله ما لو باعه على أن لا ثمن عليه. ولو اشترط في العقد عدم الأجرة على العمل فعمل فلا شيء؛ لنتبرّعه بعمله»^(٣).

وأفاد الشهيد في المسالك ردّاً على ما اختاره المحقق الثاني ما لفظه: «ويندفع الإشكال فيها بأنّه مع اشتراط عدم الأجرة يكون اللفظ الوارد في ذلك دالّاً على إعارة العين المؤجرة؛ فإنّ الإعارة لا تختصّ بلفظ مخصوص، بل ولا على لفظ مطلقاً. ولا شك أنّ اشتراط عدم الأجرة صريح في الإذن في الانتفاع من غير عوض باللفظ، فضلاً عن القرينة، فلا يترتب عليه أجره المثل.

ويرد على القسم الثاني الذي اعترف فيه بعدم ثبوت أجره، وهو ما لو عمل الأجير بنفسه أنّه قد يكون متبرّعاً، كما لو أمره المستأجر؛ فإنّ مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ، وحينئذٍ فلا يتحقّق التبرّع إلا مع عمل الأجير من غير

(٢) جامع المقاصد ٧: ١١٥.

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٨٤.

(٣) جامع المقاصد ٧: ١٢٠ - ١٢١.

سؤال، وإلا فينبغي مع عدم ذكر الأجرة ثبوت أجرة المثل، كما هو شأن الأمر بعمل من غير عقد.

فإن قلت: أيّ فائدة في تسميته عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام وإقامته مقام العارية؟

قلت: فساد به بالنسبة إلى الإجارة؛ بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الأجير ونحوه، لا مطلق الأثر^(١).

ثم إن صاحب الرياض استجود كلام الشهيد في الشق الأول - أي فيما إذا كان البطلان باشتراط عدم الأجرة مطلقاً، دون الشق الثاني؛ أي ما إذا كان البطلان لعدم ذكر الأجرة في العقد -، وحاصل ما أفاده: أن القول بعدم ثبوت الأجرة في القسم الأول حسن كما استحسنته الشهيد على المسالك، للأصل ورجوعه إلى العارية، وإن عبّر عنها بلفظ الإجارة، فإن التعبير عنها بلفظ الإجارة وإن كان ظاهراً في لزوم الأجرة، ولكن التصريح بعدمها بعده أقوى من الظهور المستفاد منها قبله.

ويشكل في الثاني؛ لاندفاع الأصل بظهور لفظ الإجارة في لزوم الأجرة وعدم التبرّع، ولا معارض له يصرفه عن الظهور من نص أو غيره، فإن عدم ذكر الأجرة لا يدل على التبرّع بالمنفعة، لا بالدلالة المطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام. لاحتمال استناده إلى النسيان والغفلة ونحوها، فالأخذ بظاهره متعين حتى يتحقق الصارف عنه إلى العارية كما تحقق في الشق الأول.

وأصالة البراءة عن الأجره بعد ظهور لفظ الإجارة في لزومها وعدم التبرّع غير كافية. واشتراط الصراحة بلزوم الأجرة لا يلائم ما ذكرناه من لزومها بمجرد انتصاب الأجير للعمل بالأجر، بل الحكم بلزومها ثمة يوجب الحكم به هنا بطريق أولى، فإذا الحكم بلزوم أجرة المثل هنا أولى^(٢).

(١) مسالك الأفهام ٥: ١٨٤ - ١٨٥.

(٢) رياض المسائل ١٠: ٤٣ - ٤٤.

وذهب صاحب الجواهر إلى الأول، فاختر - بعد ما تعرّض لكلام الشهيد والمحقق الثانيين واستجود ما أفاد صاحب الرياض في صورة دون صورة أخرى - عدم صحة استثناء الموردين؛ لأنّ المال حينئذٍ دُفع بعنوان مقتضى العقد الفاسد، وأخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل، فيكون اليد عادية عليه وتشملها قاعدة ضمان اليد. قال في الجواهر - ما حاصله - : إنّ إطلاق كلام الأصحاب في ثبوت أجره المثل إذا بطلت الإجارة يقتضي خلاف ما ذكره الشهيد من استثناء الموردين، بل كلامهم صريح في ثبوت أجره المثل فيما إذا اشترط فيها عدم الأجرة إذا لم يصل في الزمان المعيّن.

ولعلّ الوجه في ذلك أن كلّ مدفوع بعنوان مقتضى العقد الفاسد وأنّه من آثاره ومما يترتب عليه - على حسب دفعه بالعقد الصحيح - لم يترتب عليه أثر أصلاً. ولا يعدّ من العمل التبرّعي ودفع المال المجاني، بل الظاهر أن أخذ المال بالعنوان المزبور يعدّ من أكل المال بالباطل، وعدم ثبوت أجره مثله يكون منافياً لقاعدة الضرر وقاعدة احترام مال المسلم. مضافاً إلى أن تناول مثل المال المزبور ممنوع شرعاً؛ لأنّه من أكل المال بالباطل، فيكون اليد عادية عليه، وحينئذٍ فقاعدة الضمان بحالها، بل يؤيد بقاعدة الضرر والاحترام وغيرهما. مع أن المجمع عليه من عدم ضمان المتبرّع به هو ما كان من جهته خاصّة، لا بعنوان معاملة فاسدة مشتملة على إيجاب وقبول.

وإقدام القابل والموجب على المجانيّة لا ينافي ضمان المال، كما لا ينافي إقدامهما على المسمّى القليل ضمانه بالقيمة التي قد تكون أضعاف ذلك، بعد فساد العقد الذي قد تضمّنه، بل لعلّ قيد بلا أجره في الفرض كالمسمّى في غيره لا عبرة بهما بعد فساد العقد الذي قد وقع فيه^(١).

والتحقيق: عدم صحة استثناء الموردين، بل مقتضى القواعد ثبوت الضمان بأجرة المثل فيهما أيضاً؛ لأنّ الملاك في ثبوته ليس إلا الاستيلاء على المنفعة أو العمل استيلاءً غير مأذون أو مأذوناً بعوض، وهو ثابت في الموردين. وتوضيحه يبتني على بسط الكلام في مقامين:

المقام الأول: عدم ذكر الأجرة

إذا كان بطلان الإجاره لأجل عدم ذكر الأجرة فلا يخلو:
 إمّا أن يكون المؤجر ملتفتاً إلى عدم ذكر الأجرة، فقصد به تسليط المستأجر على المنفعة من حيث هي منفعة مجّاناً وتبرّعاً، فيريد بلفظ «آجرت» الهبة أو العارية حقيقةً. وحينئذٍ يتّجه القول بعدم ثبوت الضمان، سواء قلنا بجواز عقد الهبة أو العارية بلفظ «آجرت»، أو قلنا بعدم جوازه. ولكن على كلا الفرضين يخرج المورد عن موضوع البحث تخصّصاً؛ لأنّ موضوع البحث هو ثبوت الضمان وعدمه في المقبوض بعقد الإجارة الفاسدة لأجل عدم ذكر الأجرة، والمورد حينئذٍ - على فرض جواز عقد الهبة أو العارية بلفظ «آجرت» - يكون من موارد المقبوض بعقد الهبة أو العارية الصحيحة، لا المقبوض بعقد الإجارة الفاسدة، ومعلوم أنّ المقبوض بعقد الهبة أو العارية الصحيحة غير مضمون، لاختصاص القواعد الضمانية - كقاعدة على اليد وما يضمن - بما إذا لم يكن هناك تسليط مجّاني. وأمّا على فرض عدم جوازهما بلفظ آجرت - كما هو التحقيق، فإنّ ظاهر لفظ «آجرت» هو إرادة العوض - فيكون من موارد المقبوض بعقد الهبة أو العارية الفاسدة، ويحكم بعدم الضمان، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وإمّا أن يكون المؤجر ملتفتاً إلى عدم ذكر الأجرة ولكنّه قصد به تسليط المستأجر على المنفعة التي صارت مملوكة له بعقد الإجارة، فيريد بقوله:

«آجرت» حقيقة الإجارة، بحيث لم يرض بتصرف المستأجر في المنفعة إذا لم يملكها بعقد الإجارة. وحينئذ يتجه الضمان، لأن المفروض فساد عقد الإجارة لأجل عدم ذكر الأجرة، فتكون يد المستأجر على المنفعة يداً غير مأذونة، وإذا فانت يلزم أجره المثل، لقاعدة «كل مورد كانت الإجارة فاسدة وفانت المنفعة تثبت للمؤجر أجره المثل»، فإنها مستندة إلى قاعدتي على اليد وما يضمن، وهما يحكمان بثبوت أجره المثل في المقام.

وإما أن يكون المؤجر غير ملتفت إلى عدم ذكر الأجرة، فيكون عدم ذكرها لنسيان أو سهو أو اعتقاد أنه مقرر أو اعتقاد أنه معلوم. وحينئذ ليس عدم الذكر دليلاً على رضا المؤجر أو العامل على المجانية، بل الظاهر من قولهما: «آجرت» أنهما قصدا الأجرة، فيثبت أجره المثل مع البطلان.

وبالجملة: فيثبت أجره المثل في الصورتين الأخيرتين. وأما عدم ثبوتها في الصورة الأولى فلا يضر بكلية القاعدة، لخروج المورد في هذه الصورة عن موضوع البحث، كما مر.

المقام الثاني: اشتراط عدم الأجرة

واعلم أن المشروط قد يكون عدم ثبوت الأجرة رأساً، وقد يكون عدم استحقاق المؤجر لمطالبتها بعد ثبوتها، فيرجع إلى إسقاطها بعد ثبوتها. وعلى التقديرين فقد يكون المشروط عدم ثبوت تمام الأجرة أو عدم استحقاق مطالبة كلها، وقد يكون المشروط بعض الأجرة. وعلى التقدير فقد يكون الشرط عدم الثبوت أو عدم الاستحقاق منجزاً، وقد يكون الشرط عدم أحدهما معلقاً.

والشارط المؤجر قد يكون ملتفتاً إلى حقيقة الإجارة وأن الأجرة من مقوماتها، وقد لا يكون ملتفتاً إليها. وعلى الأول فقد يكون قاصداً بقوله:

«أجرت» إنشاء الإجارة المشروطة بعدم الأجرة حقيقة، وقد يكون قاصداً به إلى حقيقة الإجارة ثم بعد انشاءه بدا له أن يعقبه بإلغاء مقومه - أي الأجرة -، وقد يكون قاصداً به من الأول إنشاء التسليط على الانتفاع الذي هو مفاد العارية معبراً عنه بلفظ الإجارة.

ويختلف الحكم جوازاً وضمناً حسب اختلاف الصور. فلا بد من الكلام تارةً في جواز هذا النحو من الاشتراط وعدمه، وأخرى في أنه على تقدير عدم النفوذ وبطلان عقد الإجارة لأجل هذا الشرط فهل تثبت أجرة المثل في جميع الصور أو تثبت في بعضها دون بعض، وعلى تقدير عدم الثبوت في بعض الصور فهل يخرج من كلیة القاعدة تخصيصاً أو يخرج منها تخصصاً؟

أمّا الكلام في الجواز وعدمه، فنقول: إن اشتراط عدم الأجرة إذا كان منافياً لمقتضى العقد كان الشرط فاسداً، بل مفسداً للعقد - بناءً على كون الشرط الفاسد مفسداً، للزوم التهافت والتناقض في الإنشاء -، وإذا لم يكن منافياً لمقتضى عقد الإجارة فكان الشرط صحيحاً والعقد نافذاً.

والمشروط إن كان عدم استحقاق المؤجر لمطالبة الأجرة الراجع إلى سقوط الأجرة بعد ثبوتها بعقد الإجارة، فلا مجال لدعوى البطلان؛ لعدم كونه منافياً لمقتضى العقد، فإن مقتضى عقد الإجارة ثبوت الأجرة، والمفروض أنها ثبت بعقد الإجارة، غاية الأمر تسقط بعد الثبوت وفاءً بالشرط. ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان المشروط عدم استحقاق مطالبة كله، وبين ما إذا كان المشروط عدم استحقاق مطالبة بعضها، كما لا فرق بين أن يكون الشرط عدم استحقاق المطالبة منجزاً، وبين أن يكون عدمه معلقاً على أمر ثبوتي أو سلبي.

وأما إذا كان المشروط عدم ثبوت الأجرة رأساً بحيث يكون عقد الإجارة معلقاً على عدم ثبوت الأجرة بالإجارة، فمرجعه إلى الإجارة بشرط عدم

الإجارة، وهو مناف لحقيقة الإجارة ومخالف لمقتضاها، فإن تحقق الإجارة - وهي تمليك المنفعة بعوض - بلا أجره محال، سواء كان الشرط عدم ثبوت تمام الأجرة أو كان الشرط عدم ثبوت بعض الأجرة المفروض في عقد الإجارة، وسواء كان الشرط منجزاً أو معلقاً، فيكون الشرط باطلاً بل مبطلاً لعقد الإجارة. وأما الكلام في ثبوت الضمان بأجرة المثل وعدمه، فنقول: إذا كان المشروط عدم ثبوت الأجرة المنافي لمقتضى عقد الإجارة فإن كان الشرط ملتفتاً إلى حقيقة الإجارة ويتوجه إلى أن الأجرة من مقوماتها فلا يعقل أن يكون قاصداً للإجارة المشروطة بعدم الأجرة، للزوم قصد أمرين متنافيين. وإذا لم يكن قاصداً للإجارة والمفروض أنه لم يقصد معاوضة أخرى أيضاً فيكون تسلط المستأجر على العين المستأجرة بلا سبب شرعي والتصرف في منافعها أكلاً للمال بالباطل، فتثبت أجره المثل، لقاعدة المبحوث عنها في المقام المؤيدة بقاعدة على اليد والإقدام.

وإن كان ملتفتاً إليها وقصد بقوله: «آجرت» إلى حقيقة الإجارة ثم بدا له أن يعقبه بإلغاء مقومها - أي الأجرة - ليكون عارية، فأيضاً يكون يد المستأجر على العين المستأجرة بلا سبب شرعي، لأن مجرد إلغاء المقوم بعد إنشاء الإجارة بقوله: «آجرتك» لا يجدي في انعقاد العارية؛ فإنها تنعقد بإنشاء التسليط على الانتفاع، والمفروض أن المنشأ بقوله: «آجرت» هو تمليك المنفعة بالعوض، فتثبت أجره المثل أيضاً فيما إذا فاتت المنفعة.

وإن كان قصده من الأول إنشاء التسليط على الانتفاع الذي هو مفاد العارية، وعبر عنه بلفظ «آجرت» فحينئذ يتجه القول بعدم ثبوت أجره المثل، سواء قلنا بجواز عقد العارية بلفظ «آجرت»، أو قلنا بعدم جواز. أما على فرض جواز عقد العارية بلفظ «آجرت» فلا أنه يكون من موارد المقبوض بالعارية الصحيحة،

والمقبوض به غير مضمون، كما مرّ؛ وأمّا على فرض عدم جوازه - كما هو الظاهر - فلاّنه يكون من موارد المقبوض بعقد العارية الفاسدة، وهو أيضاً غير مضمون، لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وأنت خير بأنّه على كلا الفرضين خارج عن موضوع القاعدة تخصّصاً، لأنّ موضوعها هو ثبوت الضمان بأجرة المثل في المقبوض بالإجارة الفاسدة، لا المقبوض بالعارية الصحيحة، ولا المقبوض بالعارية الفاسدة.

وبالجملة: فيتّضح ممّا مرّ عدم صحّة استثناء الموردين كما توهمه الشهيدان، بل تثبت أجرة المثل فيهما أيضاً بمقتضى قاعدة كلّ مورد كانت الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة فتثبت للمؤجر أجرة المثل إلّا فيما أحرزت المجانيّة بوجه معتبر.

التنبيه الثاني: شمول القاعدة لما إذا فأت المنفعة

هل القاعدة تختصّ بما إذا كانت المنفعة مستوفاة بتمامها أو ببعضها، سواء استوفّاها بنفسها بالمباشرة أو غيرها بالتسيب، أو يعمّ ما إذا فأتت المنفعة تحت يده تماماً أو بعضاً ولم يستوف منها شيئاً؟

التحقيق: أنّ القاعدة تشمل ما إذا فأتت المنفعة أيضاً، لما مرّ من عموم قاعدة على اليد وعدم وجود ما ينافي الضمان من الإقدام على المجانيّة.

التنبيه الثالث: شمول القاعدة لصورة العلم بفساد الإجارة

هل القاعدة تختصّ بما إذا كان المؤجر والمستأجر جاهلين بالفساد، فلا يعمّ ما إذا كانا عالمين به أو كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً أو يعمّ جميع الصور؟ ذهب المحقّق الأردبيلي إلى الأوّل، فقال - بعد الاستدلال على القاعدة - : «وهذا ظاهر مع جهلها ببطان العقد وأحكامه. وأمّا مع العلم فلا؛ إذ يصير العالم كالمتبرّع مثلاً إذا علم الأجير أنّ أعماله بالعوض الخاصّ إنّما هو لهذا العقد الفاسد،

فإذا عمل مع ذلك يكون متبرعاً في العمل، وكأنه فعله من غير أعمال من عمل له، فلا أجر له، كمن يخطط ثوباً لشخص من غير إذنه بالأجرة وغير ذلك. وكذا إذا علم المستأجر أن العامل لا يستحق بعمله هذا هذه الأجرة فسلمها إليه، فكأنه يوهبها له ويؤذن له من اتلافها»^(١).

وأورد عليه صاحب الجواهر، فقال: «لا فرق بين الجهل والعلم في عدم الهبة وغيرها بعد فرض كون الدفع بالعنوان المزبور - أي بعنوان معاملة فاسدة مشتملة على إيجاب وقبول - . وعليه يدل من النصوص ما تضمن أن ثمن الكلب حرام وسحت، وكذا الخمر والميتة وأجر المغنية والزانية ونحوها مما هو مدفوع مع العلم بالفساد، إلا أنه كان بعنوان المعاوضة الفاسدة غير المشروعة»^(٢).

فالتحقيق: أنه لا خصوصية لعلم المتأجر ولا لعلم المؤجر في الضمان؛ فإن المناط فيه هو قاعدة على اليد، وقد مر في الجزء الثاني من الكتاب^(٣) أن قاعدة على اليد تشمل بإطلاقها كل يد غير مأذونة أو مأذونة بعوض، فتدل على الضمان في جميع الصور، ما خلا صورة واحدة، وهي المنافية للضمان، كما إذا أقدم المالك على المجانية وعدم ضمان الآخذ، والمقام لا يندرج في هذه الصورة، فإن المؤجر لم يقدم على التملك المجاني والتسليم بلا عوض، كما أن القابض المستأجر أيضاً لم يقبض كذلك، بل كان الدفع والقبض بعنوان الإجارة الفاسدة المشتملة على الإيجاب والقبول، وعلم أحدهما بعدم كون الإجارة مورداً للإمضاء الشرعي لا ينافي عدم إقدام المؤجر على كون تسليط المستأجر عليه مجاناً وبلا عوض، كيف؟! ولو صح ذلك فيسوغ لبائع الخمر أو الكلب التصرف في الثمن مع علم المشتري بالفساد. مع صراحة الروايات في أن ثمن الخمر وكذا الكلب سحت^(٤).

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٢٥١.

(١) مجمع الفائدة ١٠: ٤٩ - ٥٠.

(٣) راجع الجزء الثاني: ٨٧ - ٨٩.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ٦٣، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧ و ٨ و ٩.

الموضع الرابع: التطبيقات

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً، ومنها ما يلي:

١ - قال المحقق الخوئي - ذيل قول السيّد في العروة: «لا يجوز أن يستأجر الجنب لكنس المسجد في حال جنابته، بل الإجارة فاسدة ولا يستحق أجره» -: «الظاهر أنّه أراد بها الأجرة المسمّاة، لأنّ الإجارة إذا بطلت لم يستحقّ الأجير أجره المسمّى قطعاً، لفساد الإجارة. وأمّا أجره المثل فلا، حيث إنّ العمل صدر بأمر من المستأجر، فيضمن أجره مثله، كما هو الحال في بقيّة موارد الإجارة الفاسدة»^(١). والدليل عليه هو قاعدة كلّ مورد كانت الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة أو العمل تثبت للموَجِر والعامل أجره المثل.

٢ - من كان مستطيعاً وآجر نفسه للغير فصَحَّته مطلقاً غير ممكن ومقيّداً لم ينشئه، فتكون الإجارة فاسدة ويرجع إلى أجره المثل، للقاعدة المذكورة.

٣ - قال العلامة في التحرير: «لا بدّ من العلم بالعوض وتعيين مقداره، فلو قال: (حجّ عنّي بنفقتك) بطلت الإجارة، وكذا: (حجّ عنّي بما شئت)، ويجب أجره المثل إن حجّ»^(٢). وذلك للقاعدة المذكورة.

٤ - لو آجر ما هو مردّد بين أمرين أو أمور لم تصحّ الإجارة وتثبت أجره المثل، للقاعدة المذكورة.

٥ - قال المحقق الأصفهاني: «دفع السلعة للعمل أو الأمر بالعمل أو الإذن في العمل وأشباهها تارةً بقصد التسبّب بتلك الأفعال إلى الاستيجار وتملّك منفعة الغير أو عمله بالأجرة، وأخرى لا بذلك القصد، بل لمجرّد استيفاء العمل منه لا مجّاناً، كأكل مال الغير بالضمان. فإن كان من قبيل الأوّل فهي إجارة معاطيّة صحيحة إذا

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٦: ٢٣٩. التنقيح في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٦: ٣٣٨.
(٢) تحرير الأحكام ٢: ٩٩.

استجمعت الشرائط، وإلا فهي باطلة، وقد مرت أنه في كل موضع تبطل فيه الإجارة تثبت أجره المثل مع استيفاء العمل أو المنفعة»^(١).

٦- لو استأجر أجيراً على عمل لا يترتب عليه فائدة كانت الإجارة باطلة، فلا يستحق الأجرة المسمّاة، لكن يستحق أجره المثل على المستأجر؛ لقاعدة «كل مورد بطلت الإجارة وفاتت العمل أو المنفعة تثبت أجره المثل».

٧- لو استأجر داراً لإمساك الخمر فيها، أو دكاناً لبيع الخمر فيه، أو دابة لحملها عليها من مكان إلى مكان آخر، كانت الإجارة باطلة، ويضمن المستأجر للمؤجر أجره المثل لما استوفاه من المنافع، ومستنده قاعدة «كل مورد بطلت الإجارة وفاتت المنفعة تثبت أجره المثل».

٨- من استأجر داراً واشترط عليه المؤجر استيفاء المنفعة بالمباشرة فلا تصح له إيجارتها من غيره، فإذا آجرها من غيرها بطلت الإجارة، فإذا استوفى المستأجر الثاني المنفعة يضمن للمالك أجره المثل للمنفعة المستوفاة، للقاعدة المذكورة.

(١) كتاب الإجارة (للمحقق الأصفهاني): ٣٠١.

القاعدة الثانية

قاعدة كل ما تصح إعارته تصح إجارته

من القواعد التي ينبغي البحث عنها في باب الإجارة هي القاعدة المعروفة المسماة بـ«قاعدة كل ما تصح إعارته تصح إجارته».

والظاهر أن أول من تعرض لهذه الكلية هو المحقق في المختصر النافع^(١)، كما أن الظاهر أن أول من عبّر عنها تحت عنوان القاعدة هو الفاضل المقداد في التنقيح الرائع^(٢). وعبّر عنها صاحب الجواهر تحت عنوان «ضابط مورد الإجارة»^(٣)، ومراده من الضابط في المقام هو القاعدة الفقهية.

وعباراتهم في عنوان القاعدة مختلفة، فقد يقال: «كل ما تصح إعارته تصح إجارته»^(٤)، وقد يقال: «كل ما صح إعارته صح إجارته»^(٥)، وقد يقال: «تصح إجارة كل ما تصح إعارته»^(٦)، وقد يقال: «كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته وإجارته»^(٧)، وقد يقال: «كل ما يصح إعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يصح إجارته أيضاً»^(٨).

وكيف كان فالبحث عنها يقع في جهات:

(١) و (٤) المختصر النافع: ١٥٢. (٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٥٦. (٣) جواهر الكلام ٢٧: ٢١٣.
(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٤٠. (٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.
(٧) اللعة الدمشقية: ١٥٥. (٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧.

الجهة الأولى: في بيان مفادها

فنقول: إن مفاد هذه القاعدة أن كل شيء يمكن تسليط المستعير على الانتفاع به مع بقاء عينه يمكن تسليط المستأجر على منفعته. بيان ذلك: أنه قد ذكرنا في الفصل الواحد والشعرون قاعدة سَمَّيناها: «قاعدة كل ما يصح الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه تصح إعارته له»؛ وكان مفادها أنه لا تترتب الآثار الشرعية على العارية إلا فيما إذا كان المستعار شيئاً يكون له منافع محللة مقصودة ويسلّط عليه المستعير للانتفاع بتلك المنافع مع بقاء عينه؛ فقلنا: إذا لم تكن للعين المعارة منفعة أصلاً، أو كان ولم تكن محللة، أو كان لها منفعة محللة غير مقصودة للعقلاء، أو كان لها منفعة محللة مقصودة ولكن لا تحصل إلا بإتلاف نفس العين المعارة، أو كان له منفعة محللة ومنفعة محرمة ولكن يعار للانتفاع بها منفعة محرمة ففي جميع هذه الصور لا تصح العارية ولا تترتب عليها الآثار الشرعية.

إذا عرفت هذا فنقول: كل شيء يصح تسليط المستعير على الانتفاع به مع بقاء عينه يصح تسليط المستأجر على منفعته، فتصح إجارته كل شيء يكون له منافع محللة مقصودة إذا كانت الإجارة باعتبارها مع بقاء عينه، فإذا لم تكن له منفعة أصلاً، أو كان ولم تكن محللة، أو كان له منافع محللة غير مقصودة للعقلاء، أو كان له منفعة محللة مقصودة ولكن لا تحصل إلا بإتلاف نفس العين، أو كان بعض منافعه محللة وبعضها محرمة وكانت الإجارة باعتبار منافعه المحرمة ففي جميع هذه الصور لا تصح الإجارة ولا تترتب عليها الآثار الشرعية.

وقيدها بعض الفقهاء بقولهم: «بحسب الأصل الشرعي» فقالوا في تفسير القاعدة: «إن كل ما تصح إعارته بحسب أصل وضعها الشرعي من الأعيان المنتفع بها مع بقاء عينها تصح إجارته»^(١)، كما قيدها بعض آخر منهم بقولهم: «التي

(١) أنوار الفقاهة (للشيخ حسن كاشف الغطاء) «كتاب الإجارة»: ٣. وراجع الحقائق الناضرة

٢١: ٥٤٢، حاشية الشرائع (للشهيد الثاني): ٤٨٩، مسالك الأفهام ٥: ١٧٥.

لا تكون عيناً» فقالوا في تفسيرها: «إنَّ كلَّ ما تصحَّ إعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً تصحَّ إعارته أيضاً»^(١).

ووجه التقييد بهما باندفاع القاعدة وصيانتها عن النقص بما يجوز إعارته ولا تجوز إعارته، كإعارة الشاة المنحة، فإنَّ إعارتها للانتفاع بلبنها جائزة وأمَّا إعارتها لذلك غير جائزة، وكذا تجوز إعارة الجارية المرضعة للانتفاع بلبنها بأن يشرب الطفل من ذلك اللبن أو للانتفاع بإرضاعها للطفل ولا تجوز إعارتها، وكذلك يجوز إعارة البئر للاستسقاء منها ولا يجوز إعارتها لذلك، وكذا يجوز إعارة البستان للانتفاع بأثمار أشجارها ولا يجوز إعارته لذلك، ومعلوم أنَّ جواز الإعارة في هذه الموارد ليس بحسب وضعها الشرعي، بل يكون على خلاف القاعدة وللدليل الخاص الدالَّ على ذلك، فإذا قيّدنا القاعدة بقولنا: «بحسب أصل وضعها الشرعي» أو «المنفعة التي لا تكون عيناً» كان خروج هذه الموارد عن تحت القاعدة خروجاً تخصّصياً ولا يلزم نقض القاعدة بها.

ولكن يرد عليه: أولاً: أنَّ القاعدة الفقهية لا تأبى عن النقض والتخصيص ما لم يكن تخصيص الأكثر.

وثانياً: قد عرفت أنَّ جواز العارية في الموارد المذكورة موافق للقاعدة الأولى من القواعد المختصة بباب العارية؛ لأنَّ المتسالم عليه في العارية اعتبار أمور:

أحدها: وجود المنافع المحلّلة المقصودة للشيء وإمكان الانتفاع بها.

ثانيها: تسليط المستعير على الشيء للانتفاع بمنافعه المحلّلة المقصودة.

ثالثها: بقاء عين الشيء.

وكلّها في مثل إعارة المنحة موجود. أمّا الأوّل والثاني فواضح. وأمّا الثالث

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧.

فلأن الشرعيات لا تبتني على الدقائق العقلية كي يقال بأن في إعارة المنحة والمرضعة والبئر والبستان ونحوها لا ينتفع بها إلا بتلف العين المعارة، لأن لبن الشاة والمرضعة وماء البئر وأثمار البستان أعيان لا يتم الانتفاع بها إلا بإتلافها، بل المناط في الشرعيات هو الفهم العرفي، والعين والمنفعة تختلفان في الأشياء عند العرف، فربما بعض الأعيان يعدّ عرفاً منفعةً لشيء، كما أن العرف يرى لبن الشاة والمرضعة منفعةً لهما ونفس الشاة والمرضعة عيناً ينتفع بهما، وكذا يرى أثمار الأشجار - وهي عينٌ - منفعةً لها. وعليه فما ينعدم عرفاً في المذكورات - من اللبن والأثمار والماء - هو منافع هذه الأعيان الباقية بالنظر العرفي، وحينئذٍ يكون جواز إعارة مثل المنحة موافقاً لقاعدة «كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته». وإذا جازت إعارة مثل المنحة جازت إجارته بمقتضى قاعدة: «كل ما تصح إعارته تصح إجارته»؛ فإن المتسالم عليه في الإجارة هو اعتبار ما يكون معتبراً في العارية، وهو موجود في مثل المنحة والمرضعة والبستان والبئر، فلا منع من جواز إعارتها وإجارته، فلا يحتاج إلى القيد المذكورين.

ومن هنا يظهر عدم الحاجة في إثبات جواز الإعارة والإجارة في مثل المنحة والبستان والمرضعة وغيرها إلى القول بأن مشروعيتهما فيه قسم من الإباحة المطلقة، لما مرّ من عدم المحذور في كونه من قبيل العاريه أو الإجارة. كما لا حاجة إلى تكلفات بعيدة ارتكبتها بعض المحققين^(١) في تصحيح الإجارة في مثل هذه الموارد.

ثم إنه يلزم قاعدة: «كل ما تصح إعارته تصح إجارته» أن كل ما لا تصح إجارته لا تصح إعارته؛ لأنه لو صحّت إعارته لصحّت إجارته.

(١) بلغة الفقيه ٢: ١٩٤ - ١٩٦.

الجهة الثانية: في بيان دليلها

والدليل عليها أمران:

الأول: الإجماع.

قال السيّد في الرياض: «وكلّ ما تصحّ إعارته شرعاً من الأعيان المنتفع بها مع بقائها تصحّ إيجارها بلا خلاف في الظاهر، وبه صرح في السرائر والغنية، وهو الحجّة»^(١).

وقال المحقّق البحراني في الحقائق: «ومن الكليات المتفق عليها بينهم أنّ كلّ ما صحّ إعارته صحّ إيجارته»^(٢).

وقال صاحب الجواهر: «وعلى كلّ حال فضايط مورد الإجارة أنّ كلّما صحّ إعارته من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقائه صحّ إيجارته بلا خلاف أجده فيه نقلاً وتحصيلاً، بل إجماعاً كذلك»^(٣).

وقال المحقّق الرشتي: «كلّ ما صحّ إعارته صحّ إيجارته كما عن السبب ووط والسرائر والغنية وفقه الراوندي والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد وغيرها، بل عن الأوّلين نفي الخلاف فيه، وكذا عن الثالث تارة ودعوى الإجماع أخرى. والظاهر أنّ الغرض من هذه القاعدة المجمع عليها بيان اشتراط صحّة إيجارة الأعيان المملوكة بما يشترط به العارية، وهو كونها ذات منفعة مقصودة»^(٤).

الثاني: أنّ مورد الإجارة والإعارة واحد؛ لأنّ في كلّ منهما تسليطاً للمدفوع عليه على العين التي لها منفعة محلّلة يمكن الانتفاع بها، فيسلّط الطرف عليه ويملكه منفعتها أو يبيع له الانتفاع بها فينتفع بها. غاية الأمر كان التسليط في العارية بلا عوض وجائز، وفي الإجارة بعوض ولازم، وهذا لا يغيّر المورد.

(١) رياض المسائل ٩: ١٩٨.

(٢) الحقائق الناضرة ٢١: ٥٤٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٢١٣.

(٤) كتاب الإجارة (الرشتي): ٤٤.

فالمورد في كليهما واحد، وهو العين التي لها منفعة محللة يمكن الانتفاع بها ويسلط الطرف عليه للانتفاع بتلك المنفعة المحللة إلا أن يأتي دليل خاص من إجماع أو رواية معتبرة على صحة أحدهما في المورد دون الأخرى، وإلا فمقتضى الأصل هو أنه لو صحّت الإعارة في مورد صحّت الإجارة فيه. وهذا هو مراد صاحب الرياض، حيث قال - بعد الاستدلال على القاعدة بالإجماع - : «مضافاً إلى الأصل»^(١).

الجهة الثالثة: في الكليات المرتبطة بالقاعدة

إن في المقام كليات أربع:

الأولى: كل ما تصح إعارته تصح إجارته.

الثانية: كل ما لا تصح إجارته لا تصح إعارته.

الثالثة: كل ما تصح إجارته تصح إعارته.

الرابعة: كل ما لا تصح إعارته لا تصح إجارته.

والفهاء ذكروا الكلية الأولى وهي القاعدة التي نبحت عنها في المقام، وأهملوا

الثانية والثالثة والرابعة، فينبغي البحث عن اعتبار كل واحد منها تمييزاً للمقام.

أمّا الكلية الثانية: فلا شك في اعتبارها؛ لأنها من لوازم الكلية الأولى التي

ثبت اعتبارها في المقام، ضرورة أنه لو ثبتت صحة إجارة ما تصح إعارته فيلزم

منه عدم صحة إجارة ما لا تصح إعارته؛ لأنه لو صحّت إعارته لصحّت إجارته

بمقتضى الكلية الأولى.

وأمّا الكلية الثالثة: ففيه وجهان:

الأول: القول باعتبارها؛ لأنه مقتضى الدليل الثاني من أدلة الكلية الأولى.

وهذا ما اختاره المحقق البجنوردي وأفاد ما حاصله: أن مقتضى هذا الدليل أن الكليّة من الطرفين - أي كما أن كلّما صحّ إعارته صحّ إيجارته كذلك كلّما صحّ إيجارته صحّ إعارته -، إلا أنّهم ذكروا الكليّة الأولى دون الثانية. ولعلّه؛ لأنّ الإجارة عقد لازم لا يمكن حله إلا بأحد موجبات الفسخ، بخلاف العارية، فإنّها قابلة للاسترداد في أيّ وقت، فالإجارة تحتاج إلى دليل الإثبات وصحة عقده كي يحكم عليها باللزوم، وأمّا العارية فهو إذن في التصرفات ولا أثر لكونها صحيحة أو فاسدة؛ لأنّ فاسدها أيضاً لا ضمان فيها، فلا أثر مهمّ لمعرفة أنّها صحيحة أو فاسدة، ولذلك أهملوا ذكر الكليّة الثانية. أو لأنّ السيرة العمليّة بالنسبة إلى موارد العارية أوسع؛ فإنّ الناس يستعيرون أغلب الأشياء لقضاء حوائجهم ولو كانت تقضي الحاجة في مدّة قليلة، بخلاف الإجارة، فإنّ السيرة العمليّة لم تنعقد إلا في المهمّات من الحوائج، فيمكن أن تكون في بعض الموارد صحة الإجارة مشكوكة؛ لعدم قيام سيرة عمليّة عليها، ولكنّ صحة العارية تكون معلومة لقيام السيرة عليه، فيستدلّ بها على صحة الإجارة ولا يستدلّ بصحة الإجارة على صحة العارية، فلذلك ذكروا الكليّة الأولى وأهملوا ذكر الثانية^(١).

الثاني: القول بعدم اعتبارها؛ لعدم تماميتها، بل ينقض بجواز استئجار الحرّ وعدم جواز إعارته، ولعلّه أهملوا ذكرها^(٢).

والأقرب هو الأوّل؛ لأنّه مقتضى الدليل الثاني من أدلّة الكليّة الأولى. وأمّا جواز استئجار الحرّ دون عاريته فلا يقدح في اعتبارها؛ لأنّ الكليّات الفقهية لا تأبى عن التخصيص. والإهمال في ذكرها ليس دليلاً على عدم اعتبارها، كما لا يخفى.

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٥: ٢٤٥.

(٢) أنوار الفقاهة «كتاب الإجارة» (للشيخ حسن كاشف الغطاء): ٣.

وأما الكليّة الرابعة: فذهب صاحب الجواهر إلى اعتبارها وقال: «لا شيء ممّا لا تصحّ إعارته لعدم كونه عيناً ينتفع بها تصحّ إجارته، بلا خلاف أجده فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى أصالة عدم الانتقال بعد معلوميّة كون موردها غير ذلك عرفاً ولغة على وجه تنصرف الأدلّة إليه»^(١).

واستيجار الحرّ - بناءً على صحّة استيجاره وعدم صحّة إعارته - يخرج عن الكليّة تخصيصاً؛ لأنّه لا يدخل تحت يد أحد، فلا يجوز تسليط الغير عليه.

الجهة الرابعة: في بعض تطبيقاتها

ويطبّق القاعدة على كلّ مورد قامت السيرة على صحّة إعارتها، وهو كلّ شيء يمكن الانتفاع به منفعة محلّلة مقصودة مع بقاء عينه عرفاً، فتصحّ إجارة أثواب للبس، وإجارة الدوابّ والخيل والسيّارات والطّيّارات والسفن للركوب، وإجارة الدكاكين والخانات للتكسّب، والمنازل للسكنى، والأراضي والعقار للزراعة والغرس والبناء، وأدوات الحرب للحرب مع الكفار، وأدوات أهل الصناعة للانتفاع بها في الصنعة التي يشتغل به، والمحقّرات التي لها منفعة مقصودة، والحيوانات اللبونة للانتفاع بلبنها أو صوفها أو وبرها، وهكذا.

· القاعدة الثالثة ·

قاعدة ما على المستأجر وما على المؤجر

إنّ الظاهر من بعض عبارات الفقهاء اعتبار قضيتين كليتين فقهيّتين:
إحداهما: كلّ ما يتوقّف عليه تسليم العمل فهو على الأجير.
ثانيتهما: كلّ ما يتوقّف عليه توفية المنفعة فهو على المؤجر.
والتحقيق يقتضي الكلام في مقامين:

المقام الأوّل: في مقدّمات العمل

فبيّحت عن أنّ مقدّمات العمل - كالمداد للكتابة والإبرة والخيط للخياطة -
هل هي على المؤجر أو هي على المستأجر؟
فعن جماعة: أنّ كلّ ما يتوقّف عليه تسليم العمل فيجب على الأجير؛ لوجوب
العمل عليه بمقتضى عقد الإيجار، فيجب عليه ما يتوقّف عليه العمل؛ لأنّ مقدّمة
الواجب واجبة.

وعن آخرين: أنّها على المستأجر، إذ ليس في عهدة الأجير ما عدا العمل
المحض؛ فإنّ المقصود بالإجارة هو العمل، فلا تدخل الأعيان فيها كي يجب على
المؤجر أدائها.

واختار المحقّق الرشتي وجوب المقدّمات كلّها على المؤجر من باب المقدّمة

إلا ما استقرت العادة فيه على خلافه، فقال: «وأما العمل فالحال فيه ثلاث: لأنه إما أن يكون هناك عادة أم لا. وعلى الثاني فإما أن يكون للإجارة إطلاق أم لا. فإن كان الأول وجب على المؤجر؛ لدخوله في العقد من جهة الشرط المستفاد من العادة، وإن تعذر الإلزام ثبت الخيار للمستأجر... وعلى الثاني وجبت عليه من باب المقدمة، وإن امتنع ثبت خيار تعذر التسليم. وفي الثالث لا وجوب ولا خيار، لإهمال العقد وأصالة براءة ذمة المؤجر وعدم ثبوت استحقاق المستأجر حال عدمها حتى يجيء الخيار. وإطلاق الأصحاب منزل على صورة قيام العادة أو على الصورة الثانية، وهي صورة الإطلاق»^(١).

وفصل المحقق الأصفهاني بين مقدمات إيجاد الهيئة فتجب على الأجير وبين مقدمات الحلول فتجب على المستأجر. وحاصل ما أفاده: العمل تارة كالصلاة المشروطة بالطهارة والتستر ونحوهما المتوقفة على تحصيل الماء والساتر ونحوهما، فهذا العمل الخاص إذا كان واجبا بعقد الإجارة تحب مقدماته؛ وأخرى كالخياطة، وهي تنحل إلى هيئة ومادّة. ومن البين أن في مثل الخياطة كان العمل المستأجر عليه هو نفس إيجاد الهيئة، وهو الذي يستحقّه المستأجر من الأجير، ومقدمات إيجاد الهيئة هي ما يكون دخيلاً في صدوره، كآلات الخياطة من الإبرة ونحوهما ممّا هو مقدمات الصدور، وأما ما هو الدخيل في حلوله بحيث يتقوّم به التركيب ويكون بمنزلة المادّة للهيئة فهو على المستأجر، كالثوب والخيط ونحوهما^(٢).

وقريبٌ منه ما أفاده السيّد الخوئي، وهو الأقرب. وإليك نصّ كلامه - على ما في بعض تقارير بحثه - : «والصحيح في المقام أن يقال: إنّه إن كانت هناك

(١) كتاب الإجارة (المحقق الرشتي): ٣٥٢ - ٣٥٤.

(٢) كتاب الإجارة (المحقق الأصفهاني): ٣٠٣.

قرينة داخلية أو خارجية دالة على التعيين فهو، وإلا فلا بد من التفصيل بين مقدمة العمل وموضوعه، أو فقل بين ما يبقى للمستأجر بعد العمل وما لا يبقى.

بيان ذلك: أن العمل المستأجر عليه على ضربين:

فتارة: لا يحتاج في تحققه إلى أي موضوع مفروض الوجود خارجاً، وإنما هو عمل بحث قائم بشخص الأجير، غاية الأمر أن لهذا العمل - كسائر الأعمال - مقدّمات وجودية يتوقف تحققه على تحصيلها.

وفي مثله لم يكن بدّ للأجير نفسه من التصدي لتحصيلها مقدّمة لإيجاد ما يتوقف عليها الذي وجب عليه الخروج عن عهده بمقتضى عقد الإيجار.

وهذا كما لو استأجر لأداء الحجّ أو الصلاة عن الميت؛ فإنّ للحجّ مقدّمات مالية من الزاد والراحلة وثوبي الإحرام، وكذلك الصلاة من تحصيل ماء للطهور ولباس للستر وهكذا من سائر المقدّمات الوجودية؛ فإنّ اللازم على الأجير تحصيلها برمتها، وليس له مطالبة المستأجر بشيء منها، لأنّه قد استؤجر على الإتيان بصلاة صحيحة أو حجّ كذلك، فهو المسؤول عن الصحة والإتيان بمقدّماتها. وتارة أخرى: يكون للعمل موضوع في الخارج وقد وقعت الإجارة على إيجاد هيئة من الهيئات في هذا الموضوع، كما في إجارة شخص للبناء أو الخياطة أو الكتابة أو الصباغة ونحوها من الأعمال القائمة بالموضوع والحادثة في محلّ مخصوص؛ فإنّ إحضار الموضوع وما هو معروض للعمل في عهدة المستأجر وخارج عن شؤون الأجير بما هو أجير. فتحصيل موادّ البناء - مثلاً - من الجصّ والطابوق والحديد ونحوها من وظائف المستأجر، إذ ليس المطلوب من الأجير إلا إيجاد هيئة لهذه الموادّ يعبر عنها بالدار - مثلاً -، وعملية البناء للمستأجر عليها عبارة عن نفس إيجاد هذه الهيئة فحسب.

وهكذا الخياط، فإنّ وظيفته تفصيل الثوب وإدخال الخيوط فيه على نهج

مخصوص تحدث منه هيئة خاصة يعبر عن هذه العملية بالخيطة، وأمّا إيجاد الموضوع الذي توجد فيه هذه الهيئة من الثوب والخيوط فهو أجنبي عنه ومن وظائف المستأجر نفسه.

وهكذا الحال في الأجير على الكتابة، فإنّ تحصيل المداد غير واجب عليه، وإنّما الواجب جعل المداد على القرطاس على نحو خاصّ.

وهكذا الصبّاغ، فإنّ وظيفته تلوين المحلّ بالصبغ لا تحصيل نفس الصبغ. وبالجملّة: فينبغي التفصيل بين ما يعدّ مقدّمة للعمل ولا يبقى منه أثر، كإجارة الدابة المتوقّف عليها الحجّ، وشراء الماء لوضوء الصلاة، فعلى عاتق الأجير، وبين ما هو معروض العمل وموضوعه ويبقى أثره بعد العمل، كالخيوط في الثوب، والحبر في القرطاس، والصبغ في الباب، والجصّ في الدار، حيث إنّ هذه الآثار تبقى للمستأجر بعد الانتهاء من العمل، فتحصيل هذه المواد من وظائف المستأجر وليس في عهدة الأجير ما عدا إحداث الهيئات فيها^(١).

والحاصل: إنّ مقدّمات العمل لا تخلو: إمّا أن تكون ممّا اشترط في العقد على المؤجر أو على المستأجر فحينئذٍ تبعت الشرط، وإمّا أن لم تشترط على أحدهما، فحينئذٍ إن كانت هناك قرينة داخلية أو خارجية دالة على التعيين فهو، وإلاّ فكلّ ما يكون مقدّمة العمل ولا يبقى أثره للمستأجر بعد العمل فتحصيله واجب على الأجير، وكلّ ما يكون مقدّمة لموضوع العمل ويبقى أثره بعد العمل فهو على المستأجر.

فحال مقدّمات العمل أربع:

الأوّل: أن شرطت في العقد على أحدهما، فحينئذٍ تبعت الشرط؛ لدخولها في

(١) المستند في شرح العروة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٠: ٤٠٠ - ٤٠١.

العقد بالشرط، فيجب الوفاء به، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

الثاني: أن لم تشترط على أحدهما، لكن كانت هناك قرينة دالة على التعيين. وحينئذ تكون المقدمات على من قامت عليه القرينة، كما لا يخفى.

الثالث: أن لم تشترط ولم تكن قرينة على أحدهما، وكانت مقدمة للعمل. فهذه المقدمات يجب تحصيلها على الأجير؛ لأنها مقدمة لنفس العمل الذي يجب عليه الوفاء به بمقتضى عقد الإيجار، فإن مقدمة الواجب واجبة.

الرابع: أن لم تشترط ولم تكن قرينة معينة في المقام، وكانت مقدمة لموضوع العمل، لا لنفس العمل، كالخيوط والإبرة للخياطة. فهذه المقدمات على المستأجر، ولا يجب تحصيلها على المؤجر؛ لعدم كونها مقدمة للعمل المستأجر عليه، فلا وجه للقول بوجوبها على المؤجر، بل يجب تحصيلها على المستأجر؛ لأنها تدخل في ملك المستأجر.

ومن هنا يظهر عدم اعتبار قولهم: «كل ما يتوقف عليه تسليم العمل فهو على الأجير»؛ فإن تسليم العمل يتوقف على ما يكون دخيلاً في نفس العمل وما يكون دخيلاً في موضوع العمل، وقد عرفت أن ما يكون دخيلاً في نفس العمل فهو على الأجير، وما يكون دخيلاً في موضوع العمل فهو على المستأجر.

فالصحيح أن يقال: «كل ما كان دخيلاً في العمل المستأجر عليه فهو على الأجير، وكل ما كان دخيلاً في معروضه وموضوعه فهو على المستأجر».

المقام الثاني: في مقدمات تسليم المنفعة

فيبحث أيضاً عن أن مقدمات استيفاء المنفعة من الأعيان المستأجر عليها هل هي على المؤجر أو على المستأجر؟ وبعبارة أخرى: هل هنا قاعدة يرجع إليها في

تعيين ما على المؤجر وما على المستأجر من تحصيل مقدمات استيفاء المنفعة في الأعيان المستأجر عليها أم لا؟

التحقيق: أن المعقود عليه في إجارة الأعيان هي منفعتها، فيجب على المؤجر تسليم المنفعة، لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١). ومعلوم أن تسليم المنفعة بتسليم العين وإبقائها تحت يد المستأجر على نحو يتمكن من استيفاء المنفعة المقصودة من الإجارة، فكما يجب عليه تسليم المنفعة بتسليم العين وأبقائها تحت يد المستأجر إلى انقضاء المدة كذلك يجب عليه تسليم ما يتوقف عليه الانتفاء بالعين المستأجرة عادة، فإذا استأجر الدار للسكنى يجب عليه تسليم العين على نحو يتمكن المستأجر من السكنى فيها عادة، فيجب عليه إحداث بيت الخلاء والبالوعة وتنقيتهما على فرض الوجود وعدم إمكان الاستفادة منهما، بل يجب عليه التنقية في إثناء الإجارة؛ لعدم الفرق فيما ذكر بين الحدوث والبقاء، وذلك كله من باب وجوب مقدّمة الواجب.

وبالجملة: فكل ما يتوقف عليه تسلط المستأجر على المنفعة المعقودة عليها يجب تحصيله على المؤجر، إلا إذا اشترط في العقد أن تكون مقدّمة من مقدمات الانتفاع أو كلها على المستأجر، أو قامت قرينة خارجية أو داخلية عليه، فحينئذ يتبع الشرط والقرينة.

ومن هنا يظهر اعتبار الكلية الثانية مشروطة بعدم ذكر شرط وعدم قيام قرينة على الخلاف.

القاعدة الرابعة

قاعدة كل خيار ثبت في البيع بالدليل الخاص لا يسري إلى الإجارة وما ثبت بالدليل العام يسري إليها

القاعدة الرابعة من القواعد المختصة بباب الإجارة قاعدة «كل خيار ثبت في البيع بالدليل الخاص لا يسري إلى الإجارة، وكل خيار ثبت في البيع بالدليل العام يسري إليها».

مركز تحقيقات كلية أصول الدين، قم

وقال صاحب الجواهر: «كل خيار في البيع كان دليله أو من أدلته خبر الضرر ونحوه، يتجه جريانه، بخلاف ما اختصّ بدليل خاص لا يجوز التعدي عنه إلا بالقياس المحرّم عندنا»^(١).

وقد يقال: «إنّ في كلّ مورد ثبت الخيار بدليل عام - كدليل نفي الضرر أو دليل نفوذ الشرط - جرى في البيع وغيره، وفي كلّ مورد ثبت بالتعبّد اقتصر على مورده - وهو البيع -»^(٢).

وكيف كان فيبحث عن القاعدة فيما يدخل من الخيارات في الإجارة وما لا يدخل، فنقول: إنّ المشهور أنّ الإجارة من العقود اللازمة، وقاعدة اللزوم

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢١٨.

(٢) المستند في شرح العروة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٠: ١٥٦.

تقتضي عدم ثبوت الخيار في الإجارة إلا إذا دلّ دليلٌ على ثبوته فيها، بل لا يثبت فيها أحد الخيارين بناءً على كون الإجارة من العقود الجائزة إلا إذا دلّ دليلٌ على ثبوته فيها، ضرورة أن الجواز الثابت في العقود يغير الخيار الثابت لها بالأدلة الخاصة أو العامة، فإن الجواز الذي هو بديل للزوم حكم لا يقبل الصلح والانتقال والإسقاط، والخيار الثابت بالأدلة حقّ فسخ للعقد، فيكون قابلاً للصلح عليه بشيء وقابلاً للانتقال بالموت وقابلاً للإسقاط.

وعليه فعقد الإجارة من حيث هو عقد الإجارة لا يقتضي ثبوت خيار من الخيارين في الإجارة، بل يقتضي عدم ثبوته فيها، سواء قلنا بكون الإجارة من العقود اللازمة - كما هو التحقيق - أو قلنا بأنها من العقود الجائزة. فلا بدّ لنا من ملاحظه الأدلة المثبتة للخيارات في البيع وبيان أقسام الخيارين بحسب ما يدلّ على اعتبارها سعةً وضيقاً كي يتّضح ما هو الملاك والقاعدة في جريان الخيارين وعدمه في الإجارة، ثمّ التكلّم في التطبيقات وبيان الخيارين التي تجري في الإجارة والخيارات التي لا تجري فيها طبقاً على القاعدة.

والتحقيق: يقتضي بسط الكلام في مقامين:

المقام الأوّل: في بيان القاعدة الفقهيّة

فبحث في المقام الأوّل عمّا هو القاعدة الكلّيّة في بيان الخيارين الثابتة في الإجارة والخيارات غير الثابتة فيها.

فنقول: الخيارين على أقسام:

الأوّل: ما ثبت للبيع بعنوانه بدليل خاصّ يختصّ به، فيكون مستنده التعبد

الشرعي.

الثاني: ما ثبت للبيع بدليل خاصّ ودليل عامّ كقاعدة نفي الضرر.

الثالث: ما ثبت للبيع بدليل عامّ يشمل مفاده البيع وغيره، كالخيارات التي لا مدرك لها إلا قاعدة نفي الضرر العامة للبيع وغيره.

الرابع: ما ثبت بحسب القرار المعاملي والشرط الضمني الإرتكازي الذي لا يختصّ مناطه بعقد دون عقد.

ففي القسم الأوّل: يختصّ الخيار بمورده، وهو البيع، ولا يتعدّى إلى غيره من الإجارة وغيرها؛ فإنّ دليله متكفّل لإثباته في خصوص البيع، وسيأتي مواردّه في المقام الثاني.

وأما القسم الثاني والثالث والرابع فلا محذور في جريانها في الإجارة أيضاً؛ لأنّ دليلها يعمّ البيع وغيره.

فالقاعدة الكلّية: أنّ كلّ خيار ثبت للبيع تعبّداً وبدليل خاصّ يختصّ به فهو لا يسري إلى الإجارة، وكلّ خيار ثبت للبيع بدليل عامّ فهو يسري إلى الإجارة.

مركز بحوث وتطوير علوم إيسدي

المقام الثاني: في التطبيقات

قد عرفت أنّ القاعدة مركّبة من الشقّين:

الأوّل: كلّ خيار ثبت للبيع بدليل خاصّ به فهو لا يسري إلى الإجارة.

الثاني: كلّ خيار ثبت للبيع بدليل عامّ فهو يسري إلى الإجارة.

والكلام في صغريات كلّ واحد منهما وأنّ أيّ خيار من الخيارات يكون من موارد الشقّ الأوّل، فلا يثبت في الإجارة، وأيّ منها يكون من موارد الشقّ الثاني فيثبت في الإجارة؟

ولا شكّ في كون بعض الأقسام من الخيارات من مصاديق الشقّ الثاني، كخيار الشرط والغبن وتبعض الصفقة والتدليس والشركة وتعذر التسليم؛ لأنّ الخيار فيها إمّا مستند إلى دليل نفي الضرر، وإمّا مستند إلى عموم دليل نفوذ

الشرط. وإنّما الكلام في بعض آخر من أقسام الخيارات، فإنّها أمرها دائر بين كونها من الشقّ الأوّل وبين كونها من الشقّ الثاني. فلا بدّ لنا من ملاحظة ما يدلّ على ثبوتها في المعاملة وبيان أنّها هل تختصّ بالبيع ولا يتعدّى منه إلى الإجارة أو تجري في الإجارة أيضاً؟

منها: خيار المجلس

والتحقيق أنّ خيار المجلس لا يجري في الإجارة كما صرّح به المحقّق في الشرائع^(١) والعلامة في القواعد^(٢)، بل حكى الإجماع عليه عن الغنية^(٣) والتذكرة^(٤)، وهو ظاهر تعليق الإرشاد^(٥) والمسالك^(٦) ومجمع البرهان^(٧) من أنّه لا يثبت في غير البيع؛ وذلك لأنّ دليل ثبوت خيار المجلس هو الأخبار الدالة على أنّ البيّعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا:

منها: رواية محدّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله ﷺ:

«البيّعان بالخيار حتّى يفترقا...»^(٨)

ومنها: رواية الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام، - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٩).

ومنها: رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع...»^(١٠).

ومن الواضح أنّ هذه الأدلّة مختصة بالبيع، فلا تشمل غيره. ودعوى إلغاء

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤١٤. (٢) قواعد لأحكام ٢: ٢٨٢. (٣) غنية النزوع: ٢٢٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١: ١٢. (٥) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٣٨ - ٥٣٩.

(٦) مسالك الأفهام: ٥: ١٧٧. (٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٨.

(٨) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٩ و ١٠) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

الخصوصية عنه في غاية السقوط.

ولا فرق في ذلك بين القول بأن الإجارة من العقود اللازمة وبين القول بأنها من العقود الجائزة؛ فإنّ الدليل على عدم ثبوت خيار المجلس في الإجارة ليس إلا اختصاص الأدلة الدالة عليه بالبيع وعدم شمولها لغيره، سواء قلنا بلزومها أو جوازها.

وأما ما أفاده بعض الأعلام^(١) - تبعاً لبعض آخر من المحققين^(٢) - من الاستدلال على عدم ثبوت خيار المجلس في العقود الجائزة بأن هذه العقود جائزة بطبيعتها، فلا وجه لثبوت الجواز فيها ثانياً؛ لأنّ جعل الخيار فيها لغو محض، ففيه: أنّ خيار المجلس كسائر الخيارات حقّ حلّ العقد، وما هو الحاصل بالعقد مجرّد جواز الرجوع، وهو حكم من الأحكام، والفائدة المترتبة في الحقّ - من إمكان المصالحة والمعاوضة عليه وانتقاله إلى الوارث، وإسقاطه - غير متحققة في حكم جواز الرجوع، فلا يكون جعل الخيار فيها لغواً وبلا فائدة.

وأما ما ذكر الشيخ في المبسوط - بعد ذكر جملة من العقود يدخلها الخيار والتي لا يدخلها - من قوله: «وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع»^(٣) - ومراده خيار المجلس والشرط -، فإمّا يُحمل على ما أفاده الشيخ الأعظم^(٤) من أنّ مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتتفسخ بنفسه في المجلس، وأمّا يحمل على سهو القلم.

إن قلت: إنّ هناك بعض الروايات التي يمكن الاستدلال بإطلاقها على ثبوت خيار المجلس في الإجارة أيضاً، وهي رواية عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) مصباح الفقاهة ٦: ١١٣.

(٢) منية الطالب ٣: ٣٩.

(٣) المبسوط ٢: ٨٢.

(٤) المكاسب (للشيخ الأنصاري) ٥: ٤٨.

قال: قال رسول الله ﷺ: «إذ التاجران صدقا بورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا»^(١)، فإن التجارة لا تختص بالبيع، بل أعم من البيع، فيجري خيار المجلس في الإجارة أيضاً^(٢).

قلت: لا إشكال في أن المراد من التاجران هنا هو البيعان، بل لفظ «التاجر» - على ما في القاموس^(٣) وتاج العروس^(٤) - هو الذي يبيع ويشترى، فلا يشمل غير البائع والمشتري.

ومنها: خيار الحيوان

لا شك في اختصاص خيار الحيوان بالبيع، بل هو من المسلمات عند الأصحاب، فلم يحك عن أحد من الفقهاء الإمامية القول بجريانه في الإجارة أيضاً، وإن اختلفوا في ثبوته للبائع.

والوجه في ذلك أن الروايات الدالة على اعتباره تختص بالبيع والشراء:

منها: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها، إن شرط أو لم يشترط»^(٥).

ومنها: ما عن الحسن بن علي بن فضال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، أنه قال: «صاحب الحيوان المشتري (المشتري) بالخيار ثلاثة أيام»^(٦).

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»^(٧).

ومنها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سمعته يقول: «قال

(٢) تفصيل الشريعة (كتاب الإجارة): ١٣٨.

(١) الكافي ٥: ١٧٤.

(٤) تاج العروس ٣: ٦٦.

(٣) القاموس المحيط ١: ٣٧٩.

(٥ و ٦ و ٧) وسائل الشيعة ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣.

رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان ثلاث...»^(١).

ومنها: صحيحة علي بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال ﷺ: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة...»^(٢).

لا يقال: يمكن الاستدلال بصحيحة زرارة المتقدمة لجريان خيار الحيوان في الإجارة وشبهها، فإن قوله ﷺ: «وصاحب الحيوان ثلاث» جملة مستقلة سيقى لبيان حكم مستقل، وهو ثبوت خيار الحيوان إلى الثلاث لكل من يطلق عليه صاحب الحيوان. وهو يطلق على كل من كان مصاحباً للحيوان، سواء كان مالكاً لعينه أو منفعتة، فصاحب الحيوان بهذا المعنى يطلق على مستأجر الحيوان، فتدل الرواية على ثبوته في الإجارة أيضاً.

لأنه يقال: قد ثبت في محله أن إحراز كون الرواية بصدد البيان شرط في التمسك بإطلاقها، ومع كون الجملة المذكورة مسبقة بقوله ﷺ: «البيعان» في الجملة السابقة عليها وكذا تقارن قوله ﷺ: «وصاحب الحيوان ثلاث» الذي موضوعه خيار الحيوان بقوله ﷺ: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» الذي موضوعه خيار المجلس لم يحرز كون الرواية في مقام بيان حكم مستقل، بل تقارنهما يشعر بأن موضوع خيار الحيوان هو من كان له خيار المجلس، وهو المشتري أو البائع والمشتري معاً، فلا يمكن التمسك بإطلاقها لثبوت خيار الحيوان في الإجارة أيضاً.

وعليه فيكون خيار الحيوان أيضاً من موارد التطبيق للشق الأول من القاعدة، وهو كل خيار ثبت للبيع بدليل خاص به لا يسري إلى الإجارة.

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦ و ٩.

ومنها: خيار التأخير

وقد ورد في خيار التأخير نصوص خاصة:

منها: رواية علي بن يقطين، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ قال عليه السلام: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما»^(١).

ومنها: رواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له»^(٢).

ومنها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك ثمنه؟ قال عليه السلام: «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»^(٣).

ومنها: رواية ابن الحجاج، قال: اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتسبت أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله! لا أدعك أو أقاضيك. فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم. فأتيته، فقصصنا عليه قصتنا. فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما، أبقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»^(٤).

فإن كان مستند خيار التأخير هذه النصوص الخاصة بالبيع كان حاله حال ما تقدم من خيار المجلس والحيوان في لزوم الاقتصار على مورده وعدم التعدي إلى الإجارة، فيكون خيار التأخير أيضاً من موارد تطبيق القاعدة في الشق الأول منها.

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٦، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٦ - ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

وإن كان مستنده دليل نفي الضرر كما ذكره العلامة في التذكرة^(١) والشهيد في المسالك^(٢) والشيخ الأعظم في المكاسب^(٣)، فحينئذ يجري في الإجارة أيضاً بناءً على القول بعدم اختصاص قاعدة التلف قبل القبض بالبيع، بدعوى أن موردها وإن كان هو البيع إلا أنه لا خصوصية له، بل تطرد في كل ما يوجب انتقال المال، ولكنه قد مرّ في الجزء الثاني ذيل قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع»^(٤) فساد هذا المبنى، وحيث كانت هذه القاعدة مقدّمةً على قاعدة نفي الضرر، فلا يتقوى به القول بالخيار هنا. وعليه فيكون خيار التأخير من موارد تطبيق القاعدة في الشق الأول منها.

نعم، بناءً على القول بعدم اختصاصها بالبيع يثبت الخيار في الإجارة، وحينئذ يكون من موارد تطبيق القاعدة في الشق الثاني منها. وإذا كان المستند دليل نفي الحرج كما ذكره السيّد الإمام الخميني في كتاب البيع^(٥)، فحينئذ يجري خيار التأخير في الإجارة أيضاً، ويطبق عليه الشق الثاني من القاعدة.

منها: خيار الرؤية

وقع الخلاف بين الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية في الإجارة وعدم ثبوته، فنقول: إن مقتضى القاعدة ثبوته في الإجارة أيضاً إن كان مدرك ثبوته قاعدة نفي الضرر أو الشرط الضمني؛ وأمّا إن كان مدركه التعبد والنص الخاص - كصحيحة جميل بن درّاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها، ثم رجع فاستقال

(١) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ١: ٥٢٣.

(٢) المسالك (للشيخ الأنصاري) ٥: ٥١٧.

(٣) كتاب البيع (الإمام الخميني) ٤: ٥٧٢.

(٢) مسالك الأفهام ٣: ٢٠٨.

(٤) راجع الجزء الثاني: ٢٨٠.

صاحبه، فلم يُقله؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: «لو أنه قلبَ منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة ولم يرها، لكان له في ذلك خيار الرؤية»^(١) - فالقاعدة تقتضي عدم ثبوته في الإجارة، فإن القاعدة في المقام هي أن كل خيار ثبت من البيع بالدليل الخاص لا يسري إلى الإجارة وما ثبت بالدليل العام يسري إليها. هذا كله في الخيارات التي وقع الخلاف في مستنداتها. وأمّا خيار الشرط والعيب والغبن والتدليس والاشتراط والشركة وتعذر التسليم وتبعض الصفقة والتدليس وما يفسد ليومه فيجري في الإجارة أيضاً، لأن مستند خيار الشرط هو الخبر المستفيض: «إن المسلمين عند شروطهم»^(٢)، ومستند غيره من الخيارات هو دليل نفي الضرر، فكان مستند الجميع دليلاً عاماً، وكل خيار ثبت في البيع بالدليل العام يسري إلى الإجارة.



مركز تحقيقات كمبيوتر علوم اسلامی

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٣ - ٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

القاعدة الخامسة

قاعدة كل ما جاز أن يكون ثمناً للبيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة

القاعدة الخامسة من القواعد الجارية في باب الإجارة ما أفاده العلامة في التذكرة، وإليك نص كلامه: «كل ما جاز أن يكون ثمناً للبيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، لما بينهم من التناسب حتى ظناً واحداً. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً أو منفعة، سواء ماثلت منفعة العين التي وقعت الإجارة عليها أو خالفها، كما لو استأجر داراً وجعل العوض سكنى دار أخرى، أو استأجر داراً بخدمة عبد سنة، لأن المنفعتين المختلفتين والمتماثلتين منفعتان تجوز إجارتهما، فجاز أن يستأجر أحدهما بالأخرى لمنفعة الدار والعبد. وقد قال الله تعالى في المختلفتين: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾^(١)، فجعل النكاح عوض الإجارة»^(٢).

الفصل الثالث والعشرون

في القواعد المختصة بباب الجعالة



وفيه ثلاث قواعد:

- ١- قاعدة لا جعالة إلا على عمل محلل مقصود.
- ٢- قاعدة كل من له أهلية الاستئجار صح أن يكون جاعلاً.
- ٣- قاعدة كل من يمكن له تحصيل العمل صح أن يكون عاملاً.

القاعدة الأولى

قاعدة لا جعالة إلا على عمل محلل مقصود

من القواعد المختصة بباب الجعالة قاعدة «لا جعالة إلا على عمل محلل مقصود». ويمكن التعبير عنها بألفاظ أخرى؛ فيقال: «كلّ ما لا يصحّ إجارته لا تصحّ الجعالة عليه»، والمراد من «ما» الموصولة هو العمل؛ أو يقال: «كلّ عمل لم يكن محللاً مقصوداً فالجعالة عليه باطلة».

وأما التعبير عنها على نحو القضية الموجبة بأن يقال: «كلّ عمل كان محللاً مقصوداً فالجعالة عليه صحيح»، أو يقال: «قاعدة صحّة الجعالة على كلّ عمل محلل مقصود»، فغير تام؛ لعدم إفادة الحصر. بخلاف التعبير عنها على نحو السالبة، فإنّه يفيد الحصر، وهو المطلوب. وكيف كان فلا مشاحة في العنوان. وإنما الكلام في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مفادها

فنقول: المراد من قولنا: «لا» هو نفي الصحّة وعدم نفوذ الجعالة. والمراد من الجعالة جعل عوض على عمل فيه غرض صحيح عقلائي. وهي من التسيّبات العرفيّة، وكانت من قبيل التسيّبات الصادرة من الشارع، مثل

قوله ﷺ: «الصدقة باليد تدفع ميتة السوء»^(١)، أو قوله ﷺ: «في من صام أيام البيض أو صلى صلاة الليل في لياليها -: «من صام أيام البيض أو قام لياليها رفع عنه شرّ أهل السماء وشرّ أهل الأرض و...»^(٢).

والجعالة بمالها من المفهوم العرفي يختلف باختلاف الموارد والخصوصيات، فتارةً ينطبق عليها عنوان العقد، وهو فيما إذا كان إنشائها مركباً من الإيجاب والقبول، وأخرى ينطبق عليها عنوان الإيقاع، وهو فيما إذا أنشئ مع الاكتفاء بمجرد رضا الطرف وعدم ردّه، وثالثةً ينطبق عليها عنوان مطلق التسبب، وهو فيما إذا اكتفى الجاعل على مجرد إعلان وإبراز المقصود لأجل تحقّقه في الخارج من دون مراعاة شرائط العقد والإيقاع. ولذا يقال في تعريفها: «هي إنشاء الالتزام بعوض على عمل محلل مقصود»^(٣)، أو يقال: «هي الالتزام بعوض معلوم على عمل محلل مقصود»^(٤)، أو يقال: «وهي جعل عوض على عمل محلل مقصود»^(٥)، والأمْر سهل.

وقولنا: «إلا» تدلّ على اختصاص ثبوت الصحة بالعمل المحلل المقصود، فإنّ الاستثناء من النفي إثبات، كما أنّ الاستثناء من الإثبات نفي. فالمراد من «لا جعالة إلا...» أنّ الجعالة التي كانت واجدة لأجزائها وشرائطها المعتبرة فيها لا تكون صحيحة ونافذة إلا إذا كانت على عمل محلل مقصود.

والمراد من «عمل محلل» هو العمل الذي لم يمنعه الشارع، لا أولاً وبالذات، كالأعمال المحرّمة ذاتها، كالزنا واللواط وشرب الخمر وقتل النفس المحترمة ونحوها، ولا ثانياً وبالعرض، كالأعمال الواجبة على العامل، بناءً على حرمة أخذ العوض عليها، والتحقيق جواز أخذه، كما سيأتي.

(٢) بحار الأنوار ٩٤: ٥٠.

(١) ثواب الأعمال: ١٤٢.

(٥) هداية العباد ٢: ٣.

(٤) تحرير الوسيطة ١: ٥٨٦.

(٣) جواهر الكلام ٣٥: ١٨٧.

والمراد من قولنا: «مقصود» هو كون العمل مقصوداً عند العقلاء على وجه يخرج عن كونه سفهاً. وبتعبير آخر: المراد منه كونه العمل ممّا فيه غرض صحيح عقلائي.

وعليه فيكون مفاد القاعدة: عدم صحّة الجعالة إلّا على عمل غير ممنوع كان مقصوداً للعقلاء.

وللكلام تتمّة ستأتي في الجهة الثالثة إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: في بيان مستندها

وحيث كان مفاد القاعدة نفي صحّة الجعالة على كلّ عمل لا يكون محللاً مقصوداً وإثبات الصحّة في كلّ عمل محلّل مقصود فلا بدّ لنا من الاستدلال على كلّ واحد من النفي والإثبات على حدة.

أمّا الدليل على عدم صحّة الجعالة على العمل المحرّم فهو النصوص الكثيرة الواردة في الأبواب المختلفة الدالة على عدم جواز أخذ العوض على الحرام وأنّ ثمنه سُحت.

وأما الدليل على نفي صحّتها على العمل غير المقصود عند العقلاء فهو إجماع المسلمين بل العقلاء عليه.

وأما صحّة الجعالة على كلّ عمل كان محللاً مقصوداً عند العقلاء فتدلّ عليها إطلاقات أو عمومات ما يدلّ على أصل مشروعيّة الجعالة:

منها: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾^(١)، بناءً على حجّة مثله ما لم يعلم النسخ.

ومنها: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تَرَضٍ»^(١)، فإنه من قبيل القضايا الحقيقية، فيكون متضمناً لبيان الحكم الباقي في جميع الأعصار والأمصا. ويدل بإطلاقها على مشروعية مطلق الجعالة ما لم يمنعها الشارع.

ومنها: قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢) بناءً على إرادة العهود من العقود، كما عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؟ قال: «العهود»^(٣). وقال في الجواهر: «بل قيل: إن الإيفاء والوفاء بمعنى، والعقد العهد الموثق. ويشمل هنا كل ما عقده الله على عباده وألزمه إيتاءهم من الإيمان به وملكيته وليه ورسوله.... وكل ما يعقده المؤمنون على أنفسهم من عقود الأنث والمعاملات الغير المحظورة»^(٤). فالآية بإطلاقها تدل على لزوم الوفاء بالجعالة إلا فيما ثبت منعه بالنص كالجعالة على العمل المحرم، أو بالإجماع كالجعالة على ما يكون لغواً عند العقلاء.

ومنها: خبر عبد الله بن سنان، قال: سمعت أبي يسأل أبا عبد الله عليه السلام، وأنا أسمع، فقال: ربما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلاً؟ قال عليه السلام: «لا بأس»^(٥).

وبالجملة: فالمستفاد من الأدلة المذكورة أن كل عمل لم يكن محللاً مقصوداً فالجعالة عليه باطلة، وكل عمل كان محللاً مقصوداً فالجعالة عليه صحيحة.

الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة

التنبيه الأول: جواز الجعالة على الواجبات

هل تجوز الجعالة على الواجبات أم لا؟ ومنشأ الخلاف فيه هو الخلاف في

(٢) المائدة / ١.

(١) النساء / ٢٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٦: ٢٠٦، الباب ٢٥ من أبواب كتاب النذر والعهد، الحديث ٣.

(٤) جواهر الكلام ٣٥: ١٨٨.

(٥) وسائل الشيعة ١٦: ١١٤، الباب ٤ من كتاب الجعالة، الحديث ١.

جواز أخذ الأجرة على الواجبات وعدمه.

والتحقيق: كما سيأتي تفصيله في المرحلة الثانية - نقداً على «قاعدة حرمة أخذ الأجرة على الواجبات» ودفاعاً عن جواز أخذ الأجرة عليها - هو جواز أخذها عليها.

وملخص الكلام: أن منشأ الحكم بحرمة أخذ الأجرة على الواجبات ليس إلا توهم منافاته مع العباديّة والوجوب. فلا بدّ من التحقيق في مقامين: أمّا المقام الأوّل: فغاية ما يقال في بيان المنافات بين العباديّة وأخذ الأجرة للعمل أن العباديّات لا بدّ وأن تؤتى بقصد القرية وبداعي امتثال أمر الله تعالى، وأخذ الأجرة عليها ينافي القرية والإخلاص.

والمعروف في رفع المنافات أن قصد استحقاق الأجرة بنحو داعي الداعي وفي طول قصد الامتثال، لا في عرضه، كي يمنع من الإخلاص في العبادّة. وأورد عليه بعض المحقّقين في تعليقه على مكاسب الشيخ الأعظم بما حاصله: أن مورد الإجارة هو ذات العمل العبادي، فالمستأجر عليه - أي العبادّة - ينحلّ إلى أمرين: أحدهما: ذات العمل، وهو فعل الصلاة - مثلاً - . ثانيهما: عنوان الامتثال والعباديّة. والمؤجر يأتي بنفس العمل بداعي تحقّق المستأجر عليه وداعي الامتثال، فيكون من قبيل التشريك في الداعي، لا من قبيل الداعي على الداعي. وبتعبير آخر: أن المستأجر عليه هو العمل العبادي، وتحقّق هذا العنوان يتوقّف على حصول أمرين: ذات العبادّة والعمل، وعنوان الامتثال. والآتي بنفس العمل إنّما يأتي به بقصد تحقّق عنوان المستأجر عليه وقصد امتثال الأمر، كي يتحقّق المستأجر عليه بكلا جزئيه، فيكون من قبيل التشريك في القصد، لا داعي الداعي، وهو ينافي الإخلاص^(١).

وفيه: أن الجعالة أو الإجارة هنا لم تتعلّق بموردين: (أحدهما) ذات العبادّة،

(١) حاشية المكاسب (للمحقّق الميرزا محمد تقي الشيرازي): ١٤٧.

و(ثانيهما) عنوان الامتثال، كي يقال: «إنّ العامل أو المستأجر يأتي بالعبادة بقصد تحقق عنوان ذات العمل وقصد امتثال الأمر، فيكون من قبيل التشريك في الداعي، وهو ينافي الإخلاص»، بل موردها عبارة عن عمل خاص، وهو الصلاة عن قصد الامتثال - مثلاً -، بحيث لو أتى العامل أو المستأجر ذاك العمل بغير قصد الامتثال إنّما أتى بغير مورد الجعالة أو الإجارة. نعم، تكون الجعالة أو الإجارة داعياً إلى إتيانه بداعي الله تعالى، فتكون من قبيل الداعي على الداعي والمحرك إلى المحرك. وعليه فيكون قصد أخذ الأجرة في طول فعل الصلاة - مثلاً - بداعي امتثال أمر الله تعالى، بحيث يصير داعياً للمكلف إلى الفعل المأتي به بداعي الله تعالى، فهو لا ينافي إتيان العمل بقصد القربة وبداعي امتثال أمر الله تعالى.

وقد يقال: يعتبر في دواعي امتثال العبادات - طولية كانت أو عرضية - أن تكون قربة، بحيث تنتهي جميع العلل والدواعي فيها بجميع حلقاتها ومراتبها إلى الله تبارك وتعالى، وكون بعض الدواعي دنيوياً غير قربة يخرج العمل عن العبادية والخلوص.

فأجيب عنه: بأنّ الملاك في تحقق العمل عبادةً هو إتيانه بقصد امتثال أمر المولى به، سواء كان الداعي على إتيانه كذلك الغايات الدنيوية أو الجهات الأخروية المترتبة على ذلك^(١).

بيان ذلك: أنّ العبد قد يأتي بالعمل امتثالاً لأمر الله وكان المحرك له في إتيانه كذلك كون العمل كرامةً وتعظيماً لله تعالى من دون أن يكون غيره من الأغراض الدنيوية أو الجهات الأخروية دخيلاً في حركته إلى إيجاد العمل. ولا شك أنّ هذا النحو من الامتثال منحصر في أولياء الله تعالى والمحبتين المجذوبين له، كالمعصومين عليهم السلام الذين كان تمام نظرهم إليه، فيعبدونه من حيث يحبونه ويجدونه أهلاً للعبادة، لا خوفاً من النار، ولا طمعاً في الجنة، ولا لحفظ الجهات الدنيوية،

«قال أمير المؤمنين عليه السلام: «ما عبدتك طمعاً في جنتك ولا خوفاً من نارك، ولكن وجدتكَ أهلاً للعبادة فعبدتك»^(١).

وقد يأتي به كذلك ولكن كان المحرّك له في إتيانه امتثالاً لأمر مولاه هو الوصول إلى الجهات الدنيويّة، فيعمل به مخلصاً لله؛ لكي يكون وسيلة لإزدياد النعمة وسبباً لدفع النقمة والهلكة، كما ورد في صلاة الليل أنّها تدرّ الرزق^(٢)، وفي صلاة الحاجات وغيرها من الأدعية الماثورة للأغراض الدنيويّة، كطلب الأولاد وغيره.

وقد يأتي به امتثالاً لأمره وحمداً له تعالى، وكان الداعي والمحرّك له الخشية من غضبه، والخوف من ناره، والفوز بالثواب، والتعرّض لرحمته الواسعة الأخرويّة، والوصول إلى الحور والقصور والجنة وغيرها من الغايات الأخرويّة. وقد أشار إلى هذا بقوله تعالى: ﴿وَأَدْعُوهُ خَوْفاً وَطَمَعاً﴾^(٣)، وبقوله: ﴿وَيَدْعُونَنَا رَغَباً وَرَهَباً﴾^(٤).

والكلّ مشتركة في العباديّة، فإنّ الملاك في كون العمل عبادةً هو إتيانه مخلصاً له وبقصد القربة، وليس الإخلاص في العمل إلّا إتيانه حمداً لله وامتثالاً لأمره، كما روي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «العمل الخالص الذي لا تريد أن يحمّدك عليه أحد إلّا الله عزّ وجلّ»^(٥). غاية الأمر أنّ للعبادة مراتب مختلفة، فأعلاها هو عبادته بداعي كونه تعالى أهلاً للعبادة، وأوسطها هو عبادته بداعي الخشية من غضبه والخوف من ناره والفوز بالثواب، وأدونها هو عبادته بداعي الوصول إلى الملاذ الدنيويّة. ويشير إليه ما رواه الكليني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إنّ العباد ثلاثة: قوم عبدوا الله عزّ وجلّ خوفاً، فتلك عبادة العبيد. وقوم عبدوا الله تبارك وتعالى طلب

(١) عوالي اللآلي ١: ٤٠٤.

(٢) وسائل الشيعة ٥: ٢٧٧، الباب ٣٩ من أبواب الصلوات المندوبة، الحديث ٣٥.

(٣) الاعراف / ٥٦.

(٤) الأنبياء / ٩٠.

(٥) الكافي ٢: ١٦.

الثواب، فتلك عبادة الأجراء. وقوم عبدوا الله حباً له فتلك عبادة الأحرار، وهي أفضل العبادة»^(١).

والحاصل: أن الدواعي خارجة عن حقيقة العبادة، فإذا أتى العبد بالصلاة مخلصاً له وامتنالاً لأمره وحمداً له بداعي أخذ الأجرة أتى بالعبادة، وأخذ الأجرة لا ينافي عبادية العمل.

ويؤيده بعض الآيات الدالة على جواز التجارة والأجرة والكرى مع الحج، فقال الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ...﴾^(٢) أي ليس عليكم ذنب وخرج في أن تطلبوا رزقاً بالتجارة أو الأجرة.

قال المحقق الأردبيلي في زبدة البيان: «قيل: كان المسلمون يتأثمون التجارة في الحج في أول الإسلام، لزعهم أن التجارة تنافي الحج، وهي فعل الجاهلية، فرفع الله سبحانه بهذه الآية الإثم عنهم بالتجارة. وقيل: كانوا يتأثمون الأجرة في الحج فرفع ذلك. وعلى التقديرين الآية صريحة في عدم المنافات بين الحج والتجارة وأخذ الأجرة معه، فلا يتخيل أنه منافٍ للإخلاص، ولا منافاة، فإنه يقصد بفعل الحج القربة، وبما هو خارج عنه تحصيل المال...»^(٣).

وأما المقام الثاني: فقد يستدل على دعوى وجود المنافاة بين الوجوب وأخذ الأجرة بأن الواجب مملوك لله تعالى ولا يجوز تمليك ملك الغير إلى شخص آخر، وأن مورد الإجارة أو الجعالة لابد وأن يكون مقدوراً بحيث إن شاء فعل وإن شاء ترك، وحيث لا قدرة للمكلف في الواجب على تركه وفي الحرام على فعله فلا تصح الإجارة أو الجعالة فيهما، وأن عمل الحر في حد ذاته ليس بمال، وإنما يقابل بالمال؛ لاحترام عمل المسلم ومع الوجوب يستط عن الاحترام.

والكل مخدوش:

أما الأول: فلأن مالكيته تعالى للعمل مالكية خاصة إشراقية، ومالكية العبد له

(٣) زبدة البيان: ٢٦٨.

(٢) البقر / ١٩٨.

(١) الكافي ٢: ٨٤.

مالكية اعتبارية، فلا تنافي بينهما. ولو سلم فملكية العبد في طول ملكية الله تعالى، واستحالة توارده الملكين على مملوك واحد فإنما هي في الملكيتين العرضيتين، لا في الملكيتين الطوليتين.

وأما الثاني: فلأن الوجوب لا يستلزم سلب القدرة المعتبرة في المعاوضات، فإن القدرة المعتبرة في المعاوضات هو القدرة التكوينية على الشيء، ومعلوم أن الوجوب لا يسلب القدرة التكوينية. نعم، الوجوب يسلب الاختيار عن المكلف شرعاً؛ بمعنى أنه بعد الإيجاب أو التحريم ليس من قبل الشارع مختاراً في إيجاد الفعل وتركه، فلا يكون الفعل مباحاً عليه. ولكن عدم جواز الأجرة على فعل ليس المكلف مرخصاً في فعله وتركه عين المدعى ويطالب بالدليل.

وأما الثالث: فلأن دعوى أن عمل الحر ليس بملك دعوى جزائية، ضرورة أن كل ما كان موضعاً لرغبات العقلاء ومناقضاتهم أموال تجوز مقابلتها بالمال. والحاصل: أن الوجوب لا ينافي أخذ الأجرة على العمل كما أن أخذ الأجرة لا ينافي العبادية. فتصح الجعالة على الواجبات الشرعية. هذا ملخص الكلام في المقام. وسيأتي تفصيل الأقوال وما فيها من النقص والإبرام ذيل قاعدة «جواز أخذ الأجرة على الواجبات» في المرحلة الثانية إن شاء الله تعالى.

التنبيه الثاني: عدم اعتبار كون العمل معلوماً

هل يعتبر في صحة الجعالة أن يكون العمل معلوماً أو لا؟

الحق أنه لا إشكال في جواز الجعالة على العمل وإن كان مجهولاً، كما قال العلامة في التذكرة: «لا يشترط في العمل العلم إجماعاً، لأن الغرض الكلي في الجعالة بذل العوض على ما لا يمكن التوصل بعقد الإجارة إليه لجهالته»^(١). وقال

(١) تذكرة الفقهاء (ط، الحديث) ٧: ٤٣٣.

صاحب الجواهر: «إنَّ الغرض من شرعية الجعالة تحصيل الأعمال المجهولة غالباً، كردّ الآبق والضالة ونحوهما ممّا لا تعلم مسافته مع ميسر الحاجة إليه، بل لعلّه موضع وفاق كما عن بعضهم»^(١).

نعم، لو كان العمل مجهولاً من كلّ وجه بحيث لا يصحّ الجعل فيه عرفاً، فالجعالة عليه باطل. وأمّا إذا كان مجهولاً في الجملة كردّ الآبق والضالة وغيرهما ممّا يكون معيّناً عرفاً فجواز الجعالة عليه ممّا لا خلاف فيه.

التنبيه الثالث: عدم اعتبار تقدير العوض

هل يعتبر كون العوض معلوماً أم لا؟
الظاهر أنّ الجهالة إذا كانت بحيث يمنع من تسليم العوض بأن يكون مردّداً بين أمور، أو كانت بحيث توجب الغرر والخطر فهي تبطل الجعالة. أمّا الأوّل: فلأنّ المرّدّد من حيث هو مردّد لا مألوف له فلا يقع مقابلاً للعمل. وأمّا الثاني: فلأنّ الغرر - بمعنى الخطر وكون الشيء مشرفاً على الهلاكة - منهي عنه.

وأمّا إذا كانت بحيث لا يمنع من تسليم العوض ولا توجب الغرر، كنصف العبد الآبق إذا ردّه، وما للمقتول من السلب في الجعالة على قتله في الجهاد، فظاهر الأصحاب ومقتضى الإطلاقات بل صريح ماورد في السلب أنّها لا تضرّ بصحة الجعالة.

ودعوى عدم الرغبة في العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد، فاسدة جدّاً، كما قال الشهيد - ردّاً على ما نسب إلى المشهور من اشتراط كون العوض معلوماً في صحة الجعالة مطلقاً -: «وفيه نظر؛ لأنّ مبنى الجعالة على الجهالة في أحد العوضين قطعاً، فصار أمرها مبنيّاً على احتمال الغرر، وكما تمسّ

الحاجة إلى جهالة العمل قد تَمَسَّ إلى جهالة العوض، بأن لا يريد بذل شيء آخر غير المجعول عليه، إذ لا يتفق ذلك، بأن يريد تحصيل الآتي ببعضه وعمل الزرع ببعضه ونحو ذلك. ولا نسلّم أن ذلك ممّا لا يرغب فيه، بل العادة مطّردة بالرغبة في أعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول، وإنّما التوقّف في صحّة ذلك، وإلّا طباقهم على صحّة الجعالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم أجره المثل، مع أن العمل الذي يثبت عليه أجره مثله غير معلوم عند العقد، بل يحتمل الزيادة والنقصان. وقد ورد النصّ بجواز جعل السلب للقاتل من غير تعيين، وقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»^(١)، وهي جعالة على عمل مجهول»^(٢).

وقد يستدلّ على عدم اعتبار التقدير بقوله تعالى: «وَلَمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ»^(٣)، لأنّ الحمل غير منضبط بأحد طرق المعلوميّة. وفيه: أن الظاهر أن حمل البعير معلوم قدرًا، فإنّه عند العرب ستون وسقًا^(٤)، وفي زماننا مائة وستون حقة إسلامبول أو مائتا كيلو تقريباً^(٥). نعم هو مجهول كيفاً وجنساً، إلّا أن يقال: إنّ حمل البعير في الآية الشريفة ينصرف إلى الحنطة.

الجهة الرابعة: في التطبيقات

وممّا ذكرنا يظهر أن القاعدة ينطبق على كلّ عمل كان محللاً بالمعنى الأعمّ، فيشمل العمل المكروه والمباح والمندوب والواجب. نعم، لا تصحّ الجعالة على العمل الحرام، ولا على ما لا غاية له معتداً بها عند العقلاء، كالذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة. نعم، لو كان الغرض به التمرّن على الشجاعة مثلاً تصحّ الجعالة عليه.

(١) عوالي اللآلي ١: ٤٠٣. (٢) مسالك الأفهام ١١: ١٥٢ - ١٥٣. (٣) يوسف / ٧٢.
(٤) فقه القرآن (الراوندي) ١: ٣٨٨. (٥) مستمسك العروة ١٣: ٢٦٩.

القاعدة الثانية

قاعدة كل من له أهلية الاستتجار صح أن يكون جاعلاً

من القواعد المختصة بباب الجعالة قاعدة «كل من له أهلية الاستتجار صح أن يكون جاعلاً».

والمراد من كونه أهلاً للاستتجار أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً قاصداً مختاراً

غير محجور.

قال العلامة في كتاب التذكرة: «يشترط فيه أن يكون من أهل الاستتجار مطلق التصرف، فلا ينفذ جعل الصبي، والمجنون، والسفيه، والمحجور عليه لفس، والمكره، وغير القاصد. ولا تعلم فيه خلافاً»^(١).

وقال صاحب الجواهر: «ويعتبر في الجاعل أهلية الاستتجار بلا خلاف أجده». ثم قال - بعد ذكر كلام العلامة في التذكرة -: «قلت: بل ولا إشكال، لما عرفته مكرراً في كل عقد وإيقاع مما يدل على عدم صحة شيء منهما من هؤلاء»^(٢).

والدليل عليه مضافاً إلى الإجماع - أن الجعالة من الالتزامات التي لا بد فيها الجاعل من التصرف المالي وإعطاء العوض إلى العامل، ولا يصح التصرف المالي

(٢) جواهر الكلام ٣٥: ١٩٦.

(١) تذكرة الفقهاء (ط، الحديثة) ١٧: ٤٢٩.

من الصبي والمجنون إلا إذا كان مع إذن وليهما ومع المصلحة، كما مرّ في بعض القواعد السالفة.

ولا يصحّ التصرف المالي من المحجور عليه؛ لما مرّ في قاعدة «المحجور ممنوع».

ويعتبر الاختيار؛ لأنّ الجعالة التزام تعويضيّ، والالتزام التعويضيّ مستقوّم بطيب النفس شرعاً وعرفاً، مضافاً إلى حديث رفع ما استكروهوا عليه. ويعتبر القصد أيضاً، لقاعدة العقود تابعة للقصود.

والحاصل: أنّ كلّ من كان أهلاً للاستيجار - وهو من كان مطلق التصرف - صحّ أن يكون جاعلاً، ومن لم يكن كذلك لا يصحّ أن يكون جاعلاً.



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلاميّة

القاعدة الثالثة

قاعدة كلّ من يمكن له تحصيل العمل صحّ أن يكون عاملاً

القاعدة الثالثة من القواعد الجارية في باب الجعالة ما سمّيناه: «قاعدة كلّ من يمكن له تحصيل العمل صحّ أن يكون عاملاً». ويصحّ التعبير عنها أيضاً بقاعدة: «عدم اعتبار شيء في العامل إلا إمكان تحصيل العمل». ولكن التعبير الأوّل أولى. والبحث عنها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مفادها

فنقول: المراد من تحصيل العمل هو إيجاده بنفسه إن شرط عليه المباشرة، ومطلقاً إن لم يشترط.

والمراد من الإمكان هو الإمكان العقلي والشرعي، بأن يكون قادراً على إيجاد العمل في الخارج، ولم يرد منع شرعي.

وعليه، فيكون معنى القاعدة أنّ من يمكن له تحصيل العمل عقلاً وشرعاً بنفسه - إن شرط عليه المباشرة - أو مطلقاً - إن لم يشترط - صحّ أن يكون عاملاً، وإن لم يمكن له إيجاد العمل كذلك لم يصحّ الجعل له.

الجهة الثانية: في مدركها

والدليل عليها أن المقصود في الجعالة عند العرف هو ذات العمل وحصول النتيجة بأي وجه اتفق ما لم يردع عنه الشارع، وإطلاقات أدلة مشروعيتها بل عموم قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾^(١) يقتضي عدم اعتبار شيء في العامل.

وإنما يعتبر فيه إمكان التحصيل عقلاً وشرعاً. أمّا عقلاً؛ فلأن وجود المنع العقلي يمنع عن تحقق العمل، والجعل في مقابل العمل. وأمّا شرعاً؛ فلأن الممنوع شرعاً كالممنوع عقلاً.



الجهة الثالثة: في التطبيقات

ويطبق القاعدة على فروع كثيرة:

منها: أنه هل يعتبر في العامل أن يكون فرداً معيناً أم لا؟ فنقول: لا يعتبر في العامل التعيين؛ لقاعدة: «كلّ من يمكن له تحصيل العمل صحّ أن يكون معيناً». فإذا قال الجاعل: «من ردّ ولدي فله دينار» فردّه جماعة كان لهم جميعاً بالسوية؛ لأنّ العمل حصل من الجميع.

ومنها: أنه لا مانع من كون الصبي عاملاً في الجعالة للعبادة فيأتي بها نيابة عن الحيّ، كما في الحجّ، أو الميّت كما في الصلاة والصيام؛ فإنّ عباداته مشروعة، لقاعدة «مشروعية عبادات الصبي» - كما سيأتي في المرحلة الثانية -، فيمكن له تحصيل العمل - أي العبادة -، وكلّ من يمكن له تحصيل العمل صحّ أن يكون عاملاً.

ومنها: أنه لو قال الجاعل: «من صلّى أو صام عن أبي سنة كان له ألف درهم»

فلا يصح أن يكون الكافر عاملاً، لعدم كون صلاته أو صومه صحيحاً، فلا يمكن له أن يأتي بالعمل شرعاً، فلا يشملها قاعدة «كل من يمكن له تحصيل العمل صح أن يكون عاملاً»، بل يشملها عكس القاعدة - أي كل من لم يمكن له تحصيل العمل لا يصح أن يكون عاملاً -.

ومنها: إذا وقعت الجعالة على كنس المسجد فلا يصح أن يكون الجنب أو الحائض عاملاً؛ لعدم إمكان حصوله منها شرعاً، وكل من لم يمكن له تحصيل العمل فلا يصح أن يكون عاملاً.

ومنها: أنه قال في تحرير الوسيلة: «ولا يعتبر فيه نفوذ التصرف، فيجوز أن يكون [العامل] صبيّاً مميّزاً، ولو بغير إذن المولى، بل ولو كان غير مميّز أو مجنون على الأظهر، فجميع هؤلاء يستحقّون الجعل المقرّر لهم^(١)»؛ وذلك لقاعدة «كل من يمكن له تحصيل العمل صح أن يكون عاملاً».

ومنها: أن من كان مريضاً لم يقدر على تحصيل العمل بنفسه فإن شرط عليه المباشرة فلا يصح أن يكون عاملاً، وإن لم يشترط عليه فيصح أن يكون عاملاً بالتسبيب؛ لأن الملاك إمكان تحصيل العمل، سواء كان بالمباشرة أو بالتسبيب؛ وذلك للقاعدة المذكورة.

ومنها: أنه لا يعتبر أن يكون العامل المتمكّن حاضراً، بل يصح أن يكون عاملاً إذا كان غائباً، كما قال صاحب الجواهر: «قد لا يكون المتمكّن حاضراً، وربما لا يعرفه المالك، فإذا أطلق الاشتراط وشاع ذلك سارع من يتمكن منه إلى تحصيله فيحصل الغرض^(٢)»؛ وذلك للقاعدة المذكورة.

(١) تحرير الوسيلة ١: ٥٨٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٥: ١٩٧.



مرکز تحقیقات کاپویر علوم اسلامی

الفصل الرابع والعشرون في القواعد المختصة بباب الوقف



وفيه قواعد ثلاث:

- ١- قاعدة كل ما يمكن تحيين أصله وتسييل ثمرته يصح وقفه.
- ٢- قاعدة الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.
- ٣- قاعدة كل ما يصح وقفه يصح إعمارده وإرقابه.

القاعدة الأولى

قاعدة كل ما يمكن تحييس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه

من القواعد الفقهية التي تجري في باب الوقف هي ما سمّيته: «قاعدة كل ما يمكن تحييس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه». والبحث عنها يقع في مقامات:

المقام الأول: في توضيح مفادها

فنقول: الوقف لغةً بمعنى السكون، الحبس والوقوف في مقابل الحركة والجريان والذهاب^(١).

وتستعمل بهذا المعنى اللغوي في اصطلاح الفقهاء أيضاً، فإن المشهور عندهم أن الوقف عبارة عن تحييس الأصل وتسبيل الثمرة^(٢).

وبعض الفقهاء بدّل لفظ «الثمرّة» إلى لفظ «المنفعة»، ولفظ «التسبيل» إلى لفظ

(١) لسان العرب ٩: ٣٥٩، القاموس المحيط ٣: ٢٠٥، تاج العروس ٦: ٢٦٨.

(٢) المبسوط ٣: ٢٨٦، السرائر ٣: ١٥٢، المختصر النافع: ١٥٦، الجامع للشرائع: ٣٦٩، كشف الرموز ٢: ٤٤، جامع المقاصد ٩: ٩٧.

«الإطلاق»^(١)، وبعض آخر منهم - بعد تبديل لفظ «الثمرة» إلى لفظ المنفعة - زاد قوله: «على وجه من سُبُل البر»^(٢).

وقال بعضهم: «الوقف عقد ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة»^(٣). وفي الدروس: «إنَّ الوقف هو الصدقة الجارية. وثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة»^(٤).

وكل هذه الجمل والعبارات يرجع مفادها إلى معنى واحد هو تحبيس الأصل وتسجيل الثمرة. والمقصود منها هو التمييز في الجملة.

والوقف بهذا المعنى يشمل السكنى والعمرى والرقبي^(٥)، غاية الأمر أنَّ التحبيس والتسجيل فيها مادامي، وفي الوقف دائمي.

والظاهر أنَّ ما ذكره المشهور من تعريف الوقف مأخوذ من الأحاديث والروايات المروية عن المعصومين، كرواية النبوي، أنه قال: «حبس الأصل وسبّل الثمرة»^(٦).

وكيف كان فالمراد من «التحبيس» هو المنع من التصرف في الشيء تصرفاً ناقلاً أو متلفاً له. والتحبيس كذلك يتوقف على أن يكون الشيء ممّا يبقى على حالها مدة معتدّة بها، كما أنه يتوقف على كون الشيء الموقوف ممّا يقع تحت سلطنة الواقف شرعاً، سواء كان مملوكاً أو كان ممّا للواقف حق الاختصاص بالنسبة إليه، ككلب الحائط والزرع والماشية بناءً على عدم كونها مملوكة، أو كان ممّا للواقف استيلاء تام شرعي عليه من دون أن يكون مالكا له، كالوكيل والوصي.

(١) اللعة الدمشقية: ٨٨، المهدب البارع ٣: ٤٧، رسائل الكركي ١: ١٩٧.

(٢) الوسيلة (ابن حمزة): ٣٦٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٤٤٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٨٧، تحرير الأحكام ١: ٢٨٤.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ٢٦٣.

(٥) وسيأتي الفرق بين السكنى والعمرى والرقبي ذيل القاعدة الثالثة من هذا الفصل.

(٦) السنن الكبرى «البيهقي» ٦: ١٦٢، عوالي اللآلي ٢: ٢٦٠.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحبس مؤبداً أو منقطعاً، لإطلاق قوله ﷺ: «حبس الأصل». والإجماع على اعتبار التأيد في الوقف وإن كان لا ينكر إلا أن المراد به عدم اقتران الوقف بمدة معينة، لا كونه دائماً.

والمراد من «الأصل» هو ما يبقى مدة معتدة بها، سواء كان ممّا له مالية عينية، كالأراضي والعقار، أو كان ممّا له مالية اعتبارية، كالنقود العصرية والأوراق النقدية. وبه يخرج المنفعة والانتفاع، ضرورة أنهما لا يبقيان على حالهما مدة معتدة بها، بل ينقضيان وينصرمان في كلّ حال، فلا يمكن تحبيسهما.

ويعتبر في الأصل أن يكون ممّا يمكن الانتفاع به منفعة محللة بعد إقباضه من دون أن يكون متعلقاً لحق الغير، وإلا فلا يمكن تحبيسه - كما مرّ - ولا تسيله - كما سيأتي -.

والمراد من «التسيل» هو جعل الثمرة وإباحتها للموقوف عليه في سبيل الله تعالى، فيعتبر في الوقف جعل الثمرة في سبيل الله تعالى. وبه يخرج ما لا يمكن جعل ثمرته في سبيل الله، كالعين التي لا ينتفع بها إلا منفعة محرمة، أو لا يمكن إقباضها، أو تكون متعلقة لحق الغير، أو لا تكون لها منفعة أصلاً.

والمراد من «الثمرة» مطلق ما للأصل من النماءات والفوائد والمنافع المحللة. وبالجملّة: فمفاد القاعدة أن كلّ ماله اقتضاء البقاء مدة معتدة بها ويصحّ جعل ثمرته للموقوف عليه في سبيل الله تعالى فوقه صحيح، وإلا فلا يصحّ وقفه.

المقام الثاني: في دليلها

ويدلّ عليها الأخبار الواردة في تشريع الوقف:

منها: ما رواه ابن أبي جمهور^(١) وكثير من العامة^(٢)، واستند به جلّ الفقهاء

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٦٠.

(٢) كتاب المسند: ٣٠٨، السنن الكبرى (البيهقي) ٦: ١٦٢، النهاية (ابن أثير) ١: ٣١٨.

لولا الكل^(١) من النبوي المعروف: «حبس الأصل وسبب الثمرة».

وفي بعض الكتب أنه روى نافع عن عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال لعمر: «إن شئت حبست أصلها وتصدق بها»^(٢).

وفي بعض الكتب أنه قال: «إن شئت حبست أصله وسبب ثمرته»^(٣).

والظاهر أنه رواية واحدة، فلا ينبغي عدّها روايتين أو روايات.

ومنها: ما ورد من المعصومين ﷺ في التعبير عن الوقف بكونه «الصدقة الجارية»^(٤) تارة، و«صدقة لاتباع ولا تورث»^(٥) أخرى، و«صدقة مبتولة»^(٦) ثالثة، و«صدقة بتلاً بتلاً»^(٧) رابعة، و«صدقة بتلاً بتلاً»^(٨) خامسة، فإن هذه التعابير تدلّ على أن الملاك في الموقوف وصحة الوقف هو إمكان تحييس أصله وتسبيل ثمرته؛ لأنّ التعبير عنه بالصدقة - وهي الإعطاء مجّاناً بقصد القرية - تدلّ على لزوم تسبيل الثمرة، وقولهم: «لاتباع ولا تورث» يدلّ على لزوم تحييس الأصل، كما أنّ قولهم: «مبتولة» أو «بتلاً بتلاً» أو «بتلاً بتلاً» يدلّ على لزوم الانقطاع من المال إلى الله تعالى، قال الفراهيدي في كتاب «العين»: «التبتل: الانقطاع إلى الله تعالى، أي أخلص إليه إخلاصاً»^(٩).

ويظهر من الأخبار بعد التأمل فيها أمور:

- (١) الخلاف ٣: ٥٣٨، غنية النزوع: ٢٩٧، تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٤٢٦، الدروس ٢: ٢٧٧، جامع المقاصد ٩: ٧، شرح اللمعة ٣: ١٦٣.
- (٢) صحيح البخاري ٣: ١٨٥، صحيح مسلم ٥: ٧٤، سنن أبي داود (السجستاني) ١: ٦٥٨.
- (٣) كتاب المسند (الشافعي): ٣٠٨.
- (٤) عوالي اللآلي ٢: ٥٣ / ١٣٩.
- (٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٤، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢.
- (٦) الكافي ٧: ٥٦، والوسائل ١٣: ٢٩٢، الباب ١٠ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢.
- (٧) الكافي ٧: ٥٤.
- (٨) وسائل الشيعة ١٣: ٣١٥، الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٥.
- (٩) كتاب العين ٨: ١٢٤.

الأول: أنه يعتبر في الموقوف أن يكون ممّاله أصل وأساس يبقى مدة معتدّة بها، فيترتب عليه الثمرة عادةً ولو بعد مدة، وإلا فلا يمكن حبسه وتسجيل ثمرته، فلا يصحّ وقف المنافع، فإنّها لا تبقى مدة معتدّة بها حتّى يحبس في تلك المدة ويسبّل ثمرتها، كيف وهي نفس الثمرة لا ما يسبّل ثمرته.

ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الموقوف عيناً خارجيّاً، كالأراضي والعقار والأشجار وغيرها، أو كان ممّا يقوم مقام العين، كالنقود العصريّة والأوراق النقديّة التي يبقى مدة معتدّة بها ويمكن الانتفاع بها منفعةً محلّلة.

الثاني: أنه يعتبر في الموقوف أن يكون ما يقع تحت سلطنة الواقف شرعاً، بحيث يكون تصرّفاته فيه نافذة، سواء كان مملوكاً له، أو كان ممّاله حقّ الاختصاص، أو كان ممّاله استيلاء تامّ شرعي عليه من دون أن يكون مالكاً له. وأمّا اعتبار الملكيّة في الموقوف - كما عن بعض^(١) - فلا دليل عليه.

الثالث: أنه يعتبر في الموقوف أن يكون ممّاله منفعة محلّلة كي يصدق عليه التسجيل، فإنّ التسجيل - كما مرّ - عبارة عن جعل الثمرة وإياحتها للموقوف عليه في سبيل الله تعالى. فإذا لم تكن للشيء منفعة أصلاً، أو كانت المنفعة التي يقفه لأجل تسجيلها منفعةً محرّمة، أو كانت المنفعة ممّالا لا يمكن إقباضها، أو كانت متعلّقة لحقّ الغير فلا يصدق عليه التسجيل ولا يمكن جعله صدقة مبتولة.

ومن هنا يظهر القدح في التعبير عن القاعدة بما أفاد بعضهم من «أن كلّ عين مملوكة يمكن إقباضها ويتنفع بها مع بقاء عينها يصحّ وقفها^(٢)»؛ وذلك لعدم الدليل على اعتبار العينيّة والملكيّة كما مرّ، إلّا أن يراد من العين ما يقابل المنفعة والانتفاع، ومن الملكيّة كون الشيء تحت سلطنة الواقف.

ودعوى الإجماع على اعتبار العينيّة أو انصراف الأدلّة إلى العين فاسدة جداً.

(١) راجع مسالك الأفهام ٥: ٤٢٧، وجواهر الكلام ٢٨: ١٤.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٤٢٧، جواهر الكلام ٢٨: ٢٤.

المقام الثالث: في استثناء الدين والكلّي في الذمة

هل يصح وقف الدين والكلّي في الذمة أم لا؟

قال العلامة في المختلف: «والشيخ في المبسوط منع من وقف الدين؛ لأن من

شرط لزومه القبض، والدين لا يمكن تسليمه ولا يمكن فيه القبض»^(١).

ومنع بعض آخر من الفقهاء^(٢) من وقف الدين استناداً إلى أن الوقف يقتضي

أصلاً يحبس ومنفعة تطلق. وذلك يقتضي أمراً خارجياً يحكم عليه بالتحبيس.

والدين في الذمة أمر كلّي لا وجود له في الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم.

ولكن التحقيق: أن الدين وإن كان أمراً كلياً في الذمة، ولكنه ممّا يتصور فيه

الحبس بمعنى حصر مالكه ودائنه عن التصرفات الناقلة فيه، كما يتصور له المنفعة

المحللة من النماءات وغيرها؛ ضرورة أن قياس الكلّي المتحقق في الذمة

بالمعدوم قياس مع الفارق؛ لأنه تعرضه الملكية ويقع عليه البيع، فليس كالمعدوم

المطلق ولا كالمجهول المطلق لا يصح وقفه. لكن ادّعى الإجماع على عدم صحة

وقفه، فإن تمّ الإجماع، وإلا لا مانع من وقفه حيث يصح قبضه بتعيين المديون؛

مضافاً إلى أن القبض شرط اللزوم - كما صرح به الشيخ -، لا الصحة.

والدليل على اعتباره في لزومه الروايات:

منها: صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن

الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً، فقال: «إن كان وقفها

لولده ولغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً

وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا

كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها،

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣١٨، الحقائق الناضرة ٢٢: ١٧٦.

(١) المختلف ٦: ٢٧٧.

لأنّهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا»^(١)، فإنّ قوله عليه السلام: «لأنّهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا» يدلّ على أنّ علّة جواز الرجوع هو عدم قبضهم للضيعة. وهذا التعليل بمفهومه يدلّ على أنّ الحيازة والقبض موجب لعدم جواز الرجوع الذي هو كناية عن اللزوم. مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام: «فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها» يدلّ بمنطوقها على أنّ المعلق على الحيازة هو اللزوم وعدم جواز الرجوع.

ومنها: ما روي عن محمد بن جعفر الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام: «وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه... وأما ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيعة ويسلمها من قيم يقوم فيها ويعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤونتها، ويجعل ما بقي من الدخل لنا حيتنا، فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها، إنّما لا يجوز ذلك لغيره»^(٢).

فقوله عليه السلام: «فكلّ ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه...» صريح في أنّ التسليم والقبض شرط اللزوم، لأنّه حكم بالخيار الذي كناية عن الجواز فيما إذا لم يسلم الموقوف إلى الموقوف عليه، وحكم بعدم الخيار الذي كناية عن اللزوم في صورة الإقباض الملازم للقبض.

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٠، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

المقام الرابع: في التطبيقات

ويطبق القاعدة على فروع كثيرة في باب الوقف، ومنها ما يلي:

١ - يصح وقف الكلب والسنور وغيرهما من الحيوانات التي له منافع محللة، سواء كان الحيوان مملوكاً أم لا، لقاعدة «كل ما يمكن تحبيس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه». وهذه أيضاً ما استند بها صاحب الجواهر في هذا الفرع حيث قال - ذيل قول المحقق: «وكذا يصح وقف الكلب المملوك والسنور...» - : «نعم لو قلنا بعدم ملكها [أي كلب الصيد والماشية والزرع والحائط] وأن لصاحبها حق الاختصاص ولكن له الانتفاع بها اتجه حينئذ عدم صحة وقفها، بناءً على اعتبار ملك الأصل.

ولكن قد يشكل أصل اشتراط ذلك إن لم يكن إجماعاً على وجه يخرج عنه الفرض، بل لعل قوله: «حبس الأصل وسبل الثمرة» يشملها، إذ لا دلالة من الأصل على اعتبار كونه مملوكاً»^(١). *مركز تحقيق التراث*

٢ - لا يعتبر فعلية النفع والثمر، بل يكفي تأهله، فيصح وقف الفلّو والجحش^(٢) والعبد الصغار، لإطلاق قاعدة «كل ما يمكن تحبيس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه».

٣ - يصح وقف الدراهم والدنانير، لإمكان الانتفاع بها مع بقاءها، كالترزين بها ودفع الذلّ ونحوها، فيتناولها قاعدة «كل ما يمكن تحبيس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه».

٤ - يصح وقف المشاع، كربع العقار أو نصفه، لإمكان تحبيس أصله وتسبيل ثمرته، فتشمله قاعدة «كل ما يمكن تحبيس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه».

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٧.

(٢) الفلّو والجحش: المهر. وهو بالفارسية: كره اسب وكره الاغ.

٥ - لا يصحّ وقف الشيء المجهول، كعقار من ملكي، ولا وقف ما لا ينتفع به إلا منفعةً محرّمة، كآلات القمار وآلات اللهو، ولا ما لا ينتفع إلا بإتلافه، كالمأكول والمشروب، ولا ما لا يمكن إقباضه، كالدابة الشاردة. وذلك كلّه لعدم إمكان تحييس أصلها وتسجيل ثمرتها، فيشمّلها عكس القاعدة؛ أي: «ما لا يمكن تحييس أصله أو تسجيل ثمرته فلا يصحّ وقفه».

٦ - يصحّ وقف الأشجار لثمرها والشاة لصوفها ولبنها ونتاجها؛ لأنّ الثمرة في القاعدة المذكورة أعمّ من المنفعة، فتشمل النماءات أيضاً.



مركز تحقيقات كميّات علوم إسلامي

القاعدة الثانية

قاعدة الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها

ومن القواعد الجارية في باب الوقف قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

وهذه من القواعد المشهورة المتصورة التي لها أهمية كبيرة في مجال الفقه وبيان الأحكام الشرعية للفروع والمختلفة بعد تطبيقها عليها. وقد أجاد المحقق البجنوردي فيما أفاد حول أهميتها، حيث قال: «وفي الحقيقة هذه القاعدة كسلاح الفقيه لدفع ما يتوهم من عدم صحة بعض الشروط أو القيود التي قيد الواقف بها الوقف أو الموقوف أو الموقوف عليه أو المتولي أو الناظر»^(١).

ويعبر عنها عند مشايخ العامة بقولهم: «شرط الواقف كنص الشارع»^(٢). والبحث عنها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مدركها

ولما كان متن هذه القاعدة مأخوذاً من نفس الروايات بل تكون نصّها فينبغي

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٤: ٣٠٥.

(٢) إعانة الطالبين ٣: ٢٠٠، الدر المختار ٤: ٦٣٤، البحر الرائق (ابن نجيم) ٧: ٢٤.

تقديم بيان مدركها على توضيح مفادها، فنقول: وتدل عليها روايات:
منها: ما روى الصدوق عن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي في الوقوف وما روي فيها عن آبائه عليه السلام. فوقع عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (١).

ومنها: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى، قال: كتب بعض أصحابنا - أي محمد بن الحسن الصفار - إلى أبي محمد عليه السلام في الوقوف وما روي فيها، فوقع عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٢).

ومنها: ما روى الشيخ باسناده عن محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضي. قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقضى فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وقال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً. فما الذي يصح من ذلك؟ وما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٣).

ومنها: حديث وقف أمير المؤمنين علي عليه السلام أمواله التي في ينبع حيث جعل ابنه الإمام الحسن عليه السلام متولياً لها، فقال: «يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٧؛ الوسائل ١٣: ٢٩٥، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

(٢) الكافي ٧: ٣٧؛ وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٥، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

(٣) التهذيب ٩: ١٣٢، الاستبصار ٤: ١٠٠، الوسائل ١٣: ٣٠٧، الباب ٧ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حلّ محلّ لا حرج عليه فيه... فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل...»^(١).

ومنها: ما يدلّ على جواز أن يشترط الواقف أن يرجع فيما أوقف، كخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجّت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به، ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: «يرجع ميراثاً على أهله»^(٢).

ولا يخفى: أنّ العمدة في الاستدلال هي الروايات الثلاث الأولى، فإنّها وإن كانت مكاتيب، إلّا أنّ ذكرها في الجوامع الحديثيّة للمشايخ الثلاثة وصحة سندها واعتماد جلّ الفقهاء عليها يوجب الوثوق بصدورها، وهو كافٍ في الحجّة والاعتبار. وأمّا دلالتها على القاعدة فستأتي ذيل الجهة الآتية إن شاء الله تعالى.

مركز تحقيقات مكتبة نور علوم راسدي

الجهة الثانية: في بيان مفادها

فنقول: الوقوف جمع الوقف. والجمع المعرّف بالألف واللام يفيد العموم. فيكون مفادها لزوم العمل بكلّ وقف على الكيفيّة التي قرّرها الواقف من القيود والشروط في الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع والمتولّي والناظر وغيرها.

ومعلوم أنّ لزوم العمل مع الوقف كذلك هو فيما إذا لم تكن الكيفيّة المجعلولة - باعتبار الشروط والقيود والخصوصيّات التي جعلها الواقف - مخالفة لمقتضى حقيقة الوقف أو لما اعتبرها الشارع في الوقف أو الموقوف أو الواقف أو الموقوف عليه. فلا بدّ لنا في توضيح مفاد القاعدة من بيان أمور:

(١) وسائل الشيعة: ١٣: ٣١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ١٣: ٢٩٧، الباب ٣ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

الأمر الأول: في حقيقة الوقف

المشهور أن الوقف عبارة عن تحييس الأصل وتسييل الثمرة. وقد مرّ في القاعدة السابقة أن هذا التعريف مأخوذ من الأحاديث والروايات المروية عن المعصومين. وذكرنا أيضاً أن المراد من التحييس هو المنع من التصرف في الشيء تصرفاً ناقلاً أو متلفاً له، والمراد من الأصل أن يكون الشيء ممّا يبقى مدّة معتدّة بها، والتسييل عبارة عن جعل ثمرة الشيء وإباحتها للموقوف عليه في سبيل الله تعالى، والمراد من الثمرة كلّ ما للأصل من النماءات والفوائد والمنافع المحلّلة.

فلا يمكن وقف ما لا يكون تحت سلطنة الواقف أصلاً، كما لا يمكن وقف ما لا يبقى على حاله مدّة معتدّة بها، كالمنافع. ولا يصحّ أيضاً وقف ما لا يمكن جعل ثمرته في سبيل الله تعالى، أو لا يمكن إقباضها، أو تكون متعلّقة لحقّ الغير، أو لا تكون لها منفعة أصلاً.

فلا بدّ في لزوم العمل على وفق ما قرّره الواقف من القيود والشرائط أن لا تكون القيود أو الشروط مخالفة لما يعتبر في ماهيّة الوقف من القيود والشروط، فلا تشمل القاعدة ما إذا وقف الشيء بشرط أن لا تكون ثمرته للموقوف عليه، أو ما إذا وقف منفعة الشيء لا أصله، أو جعل المنافع المحرّمة للشيء للموقوف عليه.

الأمر الثاني: في شرائط الوقف

المشهور أنّه يعتبر في الوقف أمور أربعة:

الشرط الأول: القبض

والظاهر أنّه لا إشكال في اعتباره ويشهد به قبل الإجماع الروايات:

منها: صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يقف الضيعة، ثمّ يبدو له أن يحدث عن ذلك شيئاً؟ فقال عليه السلام: «إن كان وقفها لولده

ولغيرهم ثم جعل لها قِيَمًا لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتّى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنّهم لا يحوزونها وقد بلغوا»^(١).

ومنها: خبر محمّد بن جعفر الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسأله من محمّد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام: «وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه، أحتاج أو لم يحتاج إليه، افتقر إليه أو استغني عنه»^(٢).

ومنها: ما دلّ على أنّه لو مات الواقف قبل القبض رجع ميراثاً، كصحيح محمّد ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإنّ تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره»^(٣).

فأصل اعتبار القبض ممّا لا إشكال فيه. وإنّما الكلام والخلاف في فروع: الفرع الأوّل: هل القبض شرط الصحّة أو شرط اللزوم؟ وتظهر الثمرة بين القولين في النماءات المتخلّلة بين العقد والقبض، فتكون النماءات للواقف على الأوّل، وللموقوف عليه على الثاني.

التحقيق: أنّه شرط اللزوم كما أشرنا إليه في القاعدة السابقة، وهو ظاهر

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف

والصدقات، الحديث ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٠، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

الغنية^(١) واللمعة^(٢)، فإن قوله عليه السلام - في رواية صفوان - : «لأنهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا» تعليل يدل بمنطوقها على أن علة جواز الرجوع هو عدم حيازتهم وقبضهم للضيعة، ويدل بمفهومها على أن الحيازة والقبض يوجب عدم جواز الرجوع الذي هو معنى اللزوم.

مضافاً إلى أن قوله عليه السلام : «وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع» يدل على أن القبض والحيازة علة لعدم جواز الرجوع الذي هو كناية عن اللزوم.

بل هو ظاهر قوله عليه السلام في رواية الأسدي : «فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه...» فإنه يدل على عدم الخيار في صورة التسليم وثبوت الخيار في صورة عدم التسليم، ولا شك أن التسليم في المقام بمعنى القبض، كما أن عدم الخيار كناية عن اللزوم والخيار كناية عن الجواز. وأما دعوى الإجماع على كونه شرطاً للصحة^(٣) ففاسدة. كيف وصرح الشيخ في الخلاف^(٤) والمبسوط^(٥)، وابن زهرة في الغنية^(٦) بأنه شرط اللزوم.

لا يقال: لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف، لخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا؟ قال عليه السلام : «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، [وقال]: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله»^(٧)، فإن قوله عليه السلام : «تصدق على ولد له قد أدركوا» صريح في الوقف أو يشمله

(١) غنية النزوع: ٢٨٩.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٩٩.

(٣) قال الشهيد في المسالك ٥: ٣١٤: «لا خلاف بين أصحابنا في أن القبض شرط لصحة الوقف».

(٤) الخلاف ٣: ٥٣٩.

(٥) المبسوط ٣: ٢٨٧.

(٦) غنية النزوع: ٢٩٨.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩، الباب ٤ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٥.

بالإطلاق. وبطلان الوقف بموت الواقف قبل الإقباض دليل على أن القبض شرط لصحة الوقف لا للزومه.

لأنه يقال^(١): من الممكن أن يكون الوقف عقداً جازياً يفسخ بموت الواقف، فيكون نفس الموت موجباً لبطلانه وإن كان قبله صحيحاً غير لازم.

الفرع الثاني: هل يشترط في القبض الفورية أم لا؟ الظاهر عدم اشتراطه، للأصل وظاهر صحيحة محمد بن مسلم: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث»، فإنها بإطلاقها يشمل ما إذا كان بين العقد والقبض فصلاً طويلاً، فإذا حصل القبض قبل موت الواقف فيؤثر أثره.

الفرع الثالث: هل يشترط في تحقق القبض - الذي هو شرط الصحة أو شرط اللزوم - أن يكون بإذن الواقف أم لا؟ وبعبارة أوضح: هل يكفي مجرد القبض مطلقاً ولو لم يأذن به الواقف أو يعتبر فيه إذن الواقف، ولا عبرة بقبضه إذا لم يكن بإذنه؟

فمن المشهور^(٢) أنه يعتبر في القبض إذن الواقف. وصرح باعتباره في الدروس^(٣) والروضة^(٤) والتنقيح^(٥). وتوقف فيه بعض آخر^(٦).

واستدل للمشهور بوجوه:

الأول: ما في الروضة من امتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، والحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه^(٧).

وأورد عليه في الحقائق بما لفظه: «إنه وإن لم ينتقل إليه قبل القبض، إلا

(٢) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٤٧.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٠.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٢٦٧. (٤) الروضة البهية ٣: ١٦٦. (٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢.

(٦) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٢، كفاية الأحكام: ٢٠٩، الحقائق الناضرة ٢٢: ١٤٧ - ١٤٨.

(٧) الروضة البهية ٣: ١٦٦.

أنّه ينتقل إليه بالقبض بلا خلاف ولا إشكال، فلو قبضه الموقوف عليه وإن لم يكن بإذن الواقف صدق حصول القبض الذي هو الناقل، واشتراط الإذن يحتاج إلى دليل»^(١).

وفيه: أنّه على القول بكون القبض شرطاً للصحة لا ينتقل الشيء إلى الموقوف عليه قبل القبض أصلاً، وأمّا بعد القبض فصدق حصول القبض الناقل على القبض بلا إذن الواقف أول الكلام. وأمّا بناءً على المختار - من أنّ القبض شرط للزوم - فلا يفيد الانتقال الحاصل قبل القبض، لأنّ للواقف الرجوع عن الوقوف، وعدم إذنه بالقبض يكشف عن رجوعه، فيكون التصرف فيه من التصرف في مال الغير بغير إذنه.

الثاني: أصاله عدم تأثير عقد الوقف بدون القبض بإذن الواقف تقضي بعدم صحة الوقف بدونه.

وفيه: أنّه لا شك في عدم دخل القبض مطلقاً - سواء كان بالإذن أو لم يكن - في تحقّق ماهيّة الوقف، بل الوقف تتحقّق ماهيته عند العرف ولو لم يقبض، فلا شك في تحقّق الوقف قبل القبض، وإنّما الشك في اعتبار بعض الخصوصيّات، فهذا من قبيل الشك في اعتبار بعض الخصوصيّات في عقد البيع شرعاً بعد تحقّق ماهيته عرفاً، كالعربيّة والماضيّة. وحينئذٍ ترجع إلى إطلاقات أدلّة الوقف، كقوله ﷺ: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، وهي تقتضي صحة الوقف ولو لم يقبض أصلاً.

ولكن ثبت دخل أصل القبض في الصحة أو للزوم بالأدلة الدالة على اعتبار القبض كما مرّ، وأمّا إثبات اعتبار الإذن في القبض يحتاج إلى دليل آخر، ولا دليل عليه، بل إطلاقات أدلّة الوقف تقضي بعدم اعتباره.

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٧.

اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ تِلْكَ الْإِطْلَاقَاتِ لَيْسَتْ فِي مَقَامِ الْبَيَانِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ حَتَّى يَسْتَدِلَّ بِإِطْلَاقِهَا لِعَدَمِ اعْتِبَارِهِ.

الثالث: أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ قَوْلِهِ عليه السلام فِي صَحِيحَةِ صَفْوَانَ: «وَإِنْ كَانُوا كِبَارًا لَمْ يَسْلَمُوا إِلَيْهِمْ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ» وَقَوْلِهِ عليه السلام فِي التَّوْقِيعِ: «فَكُلُّ مَا لَمْ يَسْلَمْ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ، وَكُلُّ مَا سَلَّمَ فَلَا خِيَارَ فِيهِ لَصَاحِبِهِ» أَنَّ الْقَبْضَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِتَسْلِيمٍ وَإِقْبَاضٍ الْوَاقِفِ، بَحِثْ لَا أَثَرَ لَصَرْفِ قَبْضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَقْتَرَنْ بِإِقْبَاضِ الْوَاقِفِ وَتَسْلِيمِهِ.

وَأُجِيبَ عَنْهُ: بِأَنَّ الْمُرَادَ مِنْ هَذِهِ الْجُمْلَةِ - «لَمْ يَسْلَمْ إِلَيْهِمْ» وَ«مَا لَمْ يَسْلَمْ» - هُوَ وَصُولُ الْمَالِ الْمَوْقُوفِ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَصِرُورَتِهِ تَحْتَ يَدِهِ، وَلِذَلِكَ عَبَّرَ عَنْهُ فِي صَحِيحِ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ وَخَبَرِ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ بِقَوْلِهِ عليه السلام: «إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا حَتَّى يَمُوتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ». وَلَا شَكَّ فِي شُمُولِ جُمْلَةِ «إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا» لِكُلِّتَا حَالَتِي الْإِذْنِ وَعَدَمِهِ ^(١).

وفيه: أَنَّ حَمْلَ التَّسْلِيمِ فِي الرَّوَايَتَيْنِ عَلَى الْقَبْضِ حَمْلٌ عَلَى خِلَافِ الظَّاهِرِ، فَإِنَّ التَّسْلِيمَ ظَاهِرٌ فِي الْإِقْبَاضِ دُونَ الْقَبْضِ.

وَأَمَّا إِطْلَاقُ رَوَايَةِ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ وَعُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ فَيُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِصَحِيحَةِ صَفْوَانَ وَالتَّوْقِيعِ الشَّرِيفِ؛ بِمَعْنَى أَنَّ الْقَبْضَ الْمَذْكُورَ فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدَ بْنِ مُسْلِمٍ وَخَبَرِ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ يَخْصُّ بِمَا فِي التَّوْقِيعِ وَصَحِيحَةِ صَفْوَانَ، فَيَحْمِلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الْقَبْضُ مُقْتَرَنًا بِالْإِقْبَاضِ مِنَ الْوَاقِفِ.

وَالْتَحَقِيقُ أَنَّ يُقَالَ: إِنَّ قَبْضَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ تَارَةً يَكُونُ مِنْ دُونِ أَنْ يَأْذَنَ مِنَ الْوَاقِفِ، فَقَبْضُ الْمَوْقُوفِ وَلَمْ يَرُدَّ الْوَاقِفُ عَنْهُ، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْقَبْضُ مُقْتَرَنًا بِإِذْنِ الْوَاقِفِ وَإِقْبَاضُهُ لَا مُحَالَةً؛ لِأَنَّ رِضَا الْوَاقِفِ بِالْوَقْفِ رِضَاءٌ بِالْقَبْضِ أَيْضًا وَيَحْصُلُ

(١) القواعد الفقهية (البنجوردي) ٤: ٢٣٦ - ٢٣٧.

الإقباض بمجرد رفع يده عن الموقوف إلا أن يثبت خلافه. وأخرى يكون من دون إذن الواقف وردعه عنه، فحينئذ لا يكون القبض بإذنه ولا مقترناً بإقباضه، بل يكون التصرف في الموقوف من التصرف في مال الغير بغير إذنه، فإن ردعه عنه يوجب عدم وقوع الوقف الصحيح - بناءً على كون القبض شرطاً للصحة - ويوجب رجوع الواقف عن الوقف - بناءً على كونه شرطاً للزومه - . والحاصل: أنه يعتبر في القبض إذن الواقف ثبوتاً وعدم الردع إثباتاً.

الفرع الرابع: أنه لا شك في أن الوقف يتم صحيحاً أو يصير لازماً بمجرد قبض الطبقة الأولى من الموقوف عليهم، فيسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات، ضرورة أن الوقف بعد ما تم وصار لازماً لا يخرج عن الصحة أو اللزوم إلا أن يقوم دليل على خلافه.

الفرع الخامس: إذا كان الموقوف عليهم جمع من الموجودين، فهل يحتاج إلى قبض جميعهم ولا يكفي قبض بعضهم عن بعض الآخرين، أو لا يحتاج إليه، بل يكفي قبض بعضهم؟

ظاهر الأدلة أنه يحتاج إلى قبض الجميع ولا يكفي قبض بعضهم عن الآخرين، فإن الظاهر من قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث» وقوله عليه السلام في صحيح صفوان: «ولم يخاصموا حتى يحوزوها» أن اللزوم أو الصحة متوقف على قبض الجميع.

نعم، إذا كان الموقوف عليهم جمع من الموجودين والمعدومين، كما إذا وقف على العلماء عسراً بعد عصر، فيتم الوقف بقبض الموجودين حال الوقف ولا يحتاج إلى قبض الباقيين اللاحقين، لأن الموجودين إذا قبضوا الموقوف إمّا أن يتم الوقف فلا يحتاج إلى قبض الباقيين، وإمّا أن لا يتم الوقف فلا يتم إلى الأبد فيما إذا كان الموقوف عليهم جمع مركب من الموجودين والمقدرين، وهذا مخالف

للسيرة القطعية وإطلاق الأدلة.

الفرع السادس: هل يعتبر في القبض أن يكون بعد الوقف وعلى وجه شرعي، أو يكفي القبض السابق وإن كان على وجه غير شرعي، كالمقبوض بالغصب أو العقد الفاسد؟ فيه وجوه:

الأول: أنه يعتبر أن يكون القبض لاحقاً شرعياً؛ لأنه المتبادر من القبض في أخبار الباب. وأمّا القبض السابق أو القبض على وجه غير شرعي فلا يؤثر في الصحة أو اللزوم.

الثاني: أنه لا يعتبر أن يكون القبض لاحقاً شرعياً، بل يكفي القبض السابق وإن كان على وجه غير شرعي، لأن الملاك في الصحة أو اللزوم هو حصول القبض في الجملة، والنهي عنه لا يوجب البطلان؛ لأن النهي عن غير العبادات لا يقتضي البطلان.

الثالث: ما أفاد صاحب الحدائق من أن النهي عن هذا القبض وإن وقع باعتبار أول الأمر من حيث الغصب ونحوه، إلا أنه بعد وقف الواقف ذلك المغصوب على من هو في يده وإرادة تملكه إياه يعلم اختلاف الحالتين، فإنه قرينة ظاهرة في الرضا بقبضه^(١).

والظاهر: أنّ المعبر هو قبض الشيء موقوفاً، وهو يتحقق بمجرد استيلاء الموقوف عليه على الشيء بعد عقد الوقف من دون أن يردع عنه الواقف. والاستيلاء على الشيء قبل الوقف - سواء كان استيلاءً مشروعاً كالاستيلاء عليه أماًتياً، أو كان استيلاءً مأذوناً كالمقبوض بالعقد الفاسد، أو كان غير مشروع، كالمقبوض غصباً - ليس استيلاءً على الشيء الموقوف، فلا يكفي في الصحة أو اللزوم، بل يحتاج إلى الاستيلاء عليه موقوفاً، وهو يتحقق بمجرد استدامة استيلائه

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٨.

السابق بعد الوقف، ضرورة أنّ المعتبر في المقام هو القبض مع رضا الواقف ومن دون ردعه ومنعه، والموقوف في المقام وإن كان قبل الوقف تحت يد الموقوف عليه من دون رضا الواقف ومن دون أن يكون موقوفاً أو مع رضاه لا بعنوان الموقوف، إلا أنّ الواقف بعد الوقف رضى باستيلائه عليه بعنوان الموقوف، فإنّ رضاه بالوقف قرينة ظاهرة على رضاه بالقبض هكذا، فيكون الموقوف عليه قابضاً للموقوف على وجه شرعيّ، وهو المطلوب.

والحاصل: أنّه يعتبر القبض في لزوم الوقف، بمعنى أنّ للواقف أن يرجع عن الوقف قبل القبض، فتكون النماءات المتخلّلة بين العقد والقبض للموقوف عليه وإن رجع الواقف عن الوقف. وأمّا بناءً على كونه شرطاً للصحة على وجه النقل فتكون النماءات المتخلّلة بينهما للواقف مطلقاً، سواء رجع عن الوقف أو لم يرجع. وبناءً على كونه شرطاً للصحة على وجه الكشف فتكون النماءات للواقف إن رجع عن الوقف قبل القبض، وتكون للموقوف عليه إن لم يرجع عنه.

الشرط الثاني: الدوام

وقد جعل الدوام أيضاً أحد شرائط الوقف. والمراد به عدم التوقيت بمدة معيّنة، كعشر سنين. وبعبارة أخرى، المراد به عدم الاقتران بمدة، لا التأييد. واستدلّ له بأمور:

الأوّل: الإجماع: قال صاحب الجواهر - ذيل قول المحقّق: «القسم الرابع في شرائط الوقف، وهي أربعة: الدوام والتنجز والإقباض وإخراجه عن نفسه» - ما لفظه: «بلا خلاف أجده في الأوّل بمعنى عدم توقيته بمدة، كسنة ونحوها، بل الإجماع محصّله ومحكيه - في الغنية وعن الخلاف والسرائر - عليه»^(١).

الثاني: الروايات الواردة في كيفية وقف الأئمة عليهم السلام، فإنها مشتملة على التأييد، كما في خبر ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام داره التي كانت في زريق هكذا: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حيّ سوي، تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض»^(١). ونحوه ما في خبر عجلان أبي صالح في صورة وقف الإمام الصادق عليه السلام من أنه أملى صورة وقفه هكذا: «بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حيّ سوي بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض...»^(٢). ونحوه أيضاً خبر عبدالرحمن المتضمن لصورة وقف الإمام الكاظم عليه السلام، وفيه: «صدقة حسباً بتاً بتلاً مبتوتة، لا رجعة فيها ولا ردّ ابتغاء وجه الله...»^(٣).

وتقريب الاستدلال بها: أن قولهم: «لا تباع ولا توهب حتى يرثها...» و«حسباً بتاً بتلاً مبتوتة لا رجعة فيها» أوصاف ذكروها للصدقة، والظاهر أنها أوصاف لنوع من أنواع الصدقة، وهو الوقف، فعينوا الوقف وعرفوه بهذه الأوصاف.

الثالث: ما نقله المحقق الخراساني عن الشيخ الأعظم من أن الدوام معتبر في جميع العقود المملّكة؛ لأن الملكية لا تقبل التوقيت إلا بتعبية محلّها، فإن الدوام والانتقطاع يتصوران بتعبية الموضوعات، والتمليك الوقفي أيضاً من الأمور التي لا تقبل التوقيت^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٤، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣١٥، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٥.

(٤) كتاب الوقف (المحقق الخراساني): ٢٩.

ولكن نوقش في الكل:

أما الأول: فلعدم ثبوت كونه تعبدياً كاشفاً عن قول المعصوم، بل هو اجتهادي ربّما يكون مستنداً إلى الوجه الثاني.

وأما الثاني: فلأن الظاهر من تلك الأخبار أن أوقافهم صدرت عنهم بهذه الكيفية - أي التأيد -، ولا تدلّ على أنه لا بدّ أن يصدر الوقف كذلك. فلا يستفاد منها بطلان ما صدر بنحو التوقيت، بل يدلّ بعض الروايات على صحة الوقف الموقّت، كصحيح عليّ بن مهزيار، قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام: «إنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة، وأنّ أعلم بقول آبائك. فكتب عليهم السلام: «هو عندي كذا»^(١)، فإنّه ظاهر في صحة الوقف الموقّت؛ لأنّ الظاهر أن المراد بالوقت المعلوم هو إنشاء الحبس، في مدّة معلومة، كما أن المراد بالوقف إلى وقت مجهول هو إنشاء الحبس لا تأييداً ولا توقّيتاً بوقت معلوم.

وما يقال: من أن المراد من الوقت المعلوم هو تعيين الموقوف عليه استناداً إلى صحيح الصفّار، قال: كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقّتماً فهو صحيح ممضي، وقال قوم: إنّ الموقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها؛ وقال آخرون: هو موقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقّت أن يقول: (هذا وقف) ولم يذكر أحداً. فما الذي يصحّ من ذلك؟

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٧، الباب ٧ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١.

وما الذي يبطل. فوقَّع عليه: «الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله»^(١).
ففيه: أنَّهما خبران مستقلَّان لا ربط لأحدهما بالآخر، فلا وجه لجعل أحدهما
قرينة على الآخر. مضافاً إلى أنَّه ليس في صحيح الصَّفاة إلا نقل تفسير
قوم الموقَّت بالموقوف عليه وقوم آخر بالتأييد. فسئل عن ما يصحَّ من ذلك
وما لا يصحَّ. وأجاب عليه بقوله: «الوقوف بحسب...» وهو يدلُّ على صحَّة كلِّ
منهما.

وأما الثالث: فلاَّنه مبني على القول بكون حقيقة الوقف تمليكا، وهو ممنوع،
فإنَّ حقيقته - كما مرَّ وعرفه أكثر الفقهاء آخذاً من النبويَّ المشهور - هو تحبيس
الأصل وتسييل الثمرة بمعنى توقيف الشيء وحبسه عن التقلُّبات الناقلة أو المتلفة
وجعل ثمره في سبيل الله، والوقف بهذا المعنى كما يمكن أن يكون دائماً مؤبداً
يمكن أن يكون منقطعاً وموقَّتاً.
ولو سلَّم فلا مانع في توقيت الملكية، لما أفاد المحقِّق الخراساني - ردّاً على
الشيخ الأعظم - وقال: «إنَّ الملكية قابلة للتوقيت، ضرورة أنَّها من الاعتبار
والإضافات، وهي تتقدَّر بقدر ما يقتضيها منشأ انتزاعها وعلة اختراعها، فإذا عقد
عليها مطلقة كانت مطلقة، وإذا عقد عليها موقَّنة وقعت كذلك... كيف وقد اعترف
(طاب ثراه) بصحَّة الوقف إذا وقف على زيد في مدَّة معيَّنة ثمَّ على الفقراء، وهل
هو إلاَّ تمليك العين لزيد في مدَّة معيَّنة - بناءً على دعواه من كون الوقف تمليكا -؟
فتكون الملكية قابلة للتوقيت، بل هو واقع في الوقف في المثال المزبور. وجعل
الموقوف عليه بعده الفقراء لا يخرج الوقف على زيد في المدَّة المعيَّنة عن توقيت
التمليك بالنسبة إليه... فلا وجه لتوهم كون الملكية غير قابلة للتوقيت عقلاً،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٧، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

لما عرفت أنّ غير القابل إنّما هو الأمور القارّة الموجودة في الخارج، لا الأمور الاعتباريّة المنوطة إطلاقاً وتوقيناً بالعقد عليها مطلقاً أو موقّتة، كما هو الحال في الزوجيّة في عقد الدوام وعقد الانقطاع، ولا شبهة في أنّ الزوجيّة مع كونها من الأمور القارّة - كالملكيّة - كانت قابلة للتوقيت، فكيف يتوهم عدم قابليّة الملكيّة له عقلاً؟! (١).

فالحاصل: أنّه لا بدّ في اعتبار الدوام فيه من التماس دليل خاصّ يخصّص عموم قاعدة الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها، وليس إلّا ما ذكرنا من الأدلّة المخدوشة بما مرّ. فالأصحّ ما اختاره جماعة من المتأخّرين كالمحقّق الخراساني (٢) وتلميذه المحقّق الأصفهاني (٣) ومال إليه آخرون كالشهيد (٤) وصاحب المفاتيح (٥) وصاحب العروة (٦) من عدم اعتبار الدوام بمعنى عدم التوقيت بوقت معيّن.

مركز تحقيقات مكتبة آية الله العظمى

الشرط الثالث: التنجيز

والمراد به عدم تعليق الوقف - إنشاءً أو منشاءً - على أمر متيقّن الحصول أو متوقّعه. ولا دليل عليه بالخصوص إلّا دعوى الإجماع على اعتباره في العقود. قال الشهيد في المسالك: «واشترط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود، وليس عليه دليل بخصوصه» (٧).

وفي الكفاية: «لا اعلم فيه خلافاً بين الأصحاب، ولا اعلم فيه دليلاً واضحاً» (٨).

(١) كتاب الوقف (للمحقّق الخراساني): ٣٠ - ٣١.

(٢) المصدر السابق. (٣) حاشية المكاسب ٣: ٨٥. (٤ و ٧) مسالك الأفهام ٥: ٣٥٣ و ٣٥٧.

(٥) مفاتيح الشرائع ٣: ٢٠٧. (٦) تكملة العروة ١: ١٩٢ - ١٩٣. (٨) كفاية الأحكام: ٢٠٩.

وقال في الحقائق: «المشهور في كلام المتأخرين أن من جملة شروط الوقف التنجيز. وهذا الشرط لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين، منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط، وكتاب السرائر لابن إدريس، وكذا المقنعة للشيخ المفيد، فإنه لم يتعرض أحد منهم لذكره في الكتب المذكورة. مع أنه لا نص فيما أعلم»^(١). وأنت خير: بأن كلامهم في اعتباره اتكالا على الإجماع المدعى مضطرب، بل كلام صاحب الحقائق مشعرٌ بنفيه. وكيف كان فإن ثبت الإجماع فهو المتبع، وإلا فلا دليل عليه.

وأما استدلال صاحب الجواهر عليه ببطان التعليق في العقود، لمنافاته مع ظاهر أدلة تسبيب الأسباب لترتب آثارها عليها؛ لأن ظاهرها ترتب آثارها عليها حال وقوعها لا بعد مضي زمان وقوعها^(٢). ففيه: أن الظاهر من أدلة تسبيب الأسباب - كقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٤)، وقوله ﷺ في الوقف: «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» - أن آثار العقود يترتب عليها على نحو قد أوقعها العاقد في الخارج، فلا بد من العمل على طبق العقد الواقع ويجب الوفاء بمضمونه، فإن كان العقد مطلقاً فترتب عليه أثره مطلقاً، وإن كان معلقاً على أمر فترتب عليه أثره عند حصول ذلك الأمر، سواء كان معلوم الحصول أو مشكوك. مضافاً إلى أنه ينقض بما وقع في الشرعيات كثيراً، ففي الجعالة ينشأ ملكية الجعل للعامل معلقاً على إتيان العمل، وفي الوصية ينشأ الملكية معلقة على الموت، وفي النذر ينشأ ملكية المنذور للمنذور له معلقاً على براء مرضه مثلاً.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٦٢.

(١) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٤٢.

(٣) المائدة / ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

الشرط الرابع: إخراجه عن نفسه

المشهور أنّ الشرط الرابع إخراجه عن نفسه؛ بمعنى: أن يكون الموقوف عليه غير الواقف، فلو وقف على نفسه فقط أو على نفسه وغيره فالوقف باطل. واستدل له بأمور:

الأوّل: أنّ الوقف تمليك المنفعة خاصّة أو مع العين إلى الموقوف عليه، ولا يمكن أن يملك الإنسان نفسه؛ لأنّه تحصيل الحاصل، وهو محال (١).
الثاني: الروايات التي دلّت على عدم جواز الوقف على نفسه ولزوم إخراجه عن نفسه:

منها: خبر طلحة عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام أن رجلاً تصدّق بدار له وهو ساكن فيها، فقال عليه السلام: «الحين اخرج منها» (٢).
ومنها: مكاتبة عليّ بن سليمان بن رشيد، قال: كتبت إليه - يعني أبا الحسن عليه السلام - : جعلت فداك! ليس لي ولد، ولي ضياع ورثتها عن أبي، وبعضها استفدتها، ولا آمن الحدثان، فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى؟ جعلت فداك لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين، أو أبيعها وأتصدّق بثمانها عليهم في حياتي؟ فإنّي أتخوّف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي، فإن وقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا؟ فكتب عليه السلام: «فهمت كتابك في أمر ضياعك، فليس لك أن تأكل منها من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ، إن كان لك ورثة فبِعْ وتصدّق ببعض ثمنها في حياتك، وإن تصدّقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام» (٣).

(١) جامع المقاصد ٩: ٢٧، مسالك الأفهام ٥: ٣٦١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧، الباب ٣ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٦، الباب ٣ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

الثالث: الإجماع. وادّعي عدم الخلاف بل الإجماع على اعتبار إخراجهم عن نفسه. ففي المسالك: «لا خلاف بين أصحابك في بطلان وقف الإنسان على نفسه»^(١). وفي الحدائق: «من شرائط الوقف إخراجهم عن نفسه، ولا خلاف في بطلانه لو وقف على نفسه»^(٢). وفي الرياض: «لو وقف على نفسه بطل مطلقاً، وإن عقّبه بما يصحّ الوقف عليه بلا خلاف في الظاهر»^(٣). وعن السرائر^(٤) والتنقيح^(٥) الإجماع عليه.

والكلّ مخدوش:

أما الأول: فأجيب عنه؛ بأن حقيقة الوقف ليس هو التملك، لا تملك العين ولا تملك المنفعة، بل حقيقته - كما عرفه الفقهاء آخذاً من النبوي المشهور - هو تحييس الأصل عن التقلّبات الناقلة أو المتلفة وتسهيل ثمرته. وقد مرّ أنّ تسهيل الثمرة عبارة عن إباحتها في سبيل الله تعالى. فلا مانع عقلاً من جعل نفسه موقوفاً عليه أو شريكاً معه.

مركز تحقيقات كميّة بر علوم اسلامی

وأما الثاني: فلأنّ المنساق منهما عدم جواز انتفاع الواقف بما وقف على غيره وهو ليس من الموقوف عليه؛ فإنّ السؤال في الأولى منهما عن الرجل الذي تصدّق بداره على غيره وسكن فيها بعد الوقف، فأجاب الإمام عليه السلام بوجوب خروجه عنها فوراً، كما أنّ السؤال في الثانية عن جواز أكل الواقف عمّا وقفه على الفقراء، فأجاب الإمام عليه السلام بالعدم؛ لعدم كونه من الموقوف عليهم.

وأما الثالث: فلا مكان استناده إلى ما مرّ من الوجهين السابقين.

وكيف كان، فإن ثبت الإجماع على اعتباره فهو، وإلا فلا دليل في المسألة يدلّ على عدم جواز الوقف على النفس استقلالاً أو شريكاً، بل يمكن جعل المورد من موارد تطبيق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

(٢) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٥٥.

(١) مسالك الأفهام ٥: ٣٦١.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٥.

(٤) السرائر ٣: ١٥٥.

(٣) رياض المسائل ٩: ٢٩٣.

الأمر الثالث: في شرائط الواقف

قال في المختصر النافع: «يشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف»^(١). وقال في التذكرة: «يشترط في الواقف البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد والحرية والمغايرة للموقوف عليه»^(٢).

والأولى أن يقال: «ويشترط في الواقف أمور:

أحدها: أن يكون مستولياً شرعاً على مطلق التصرف في الشيء.

وثانيها: أن يكون مختاراً غير مكره.

وثالثها: أن يكون قاصداً للوقف؛ لأن بقولنا: «أن يكون مستولياً شرعاً على

مطلق التصرف في الشيء» يخرج كل من كان ممنوعاً من التصرفات المالية في الشيء، كالصبي والمجنون والسفيه والعبد وغيرهم.

والدليل على اعتبار هذا الشرط ما قدمناه في الجزء الثاني ذيل قاعدة

«المحجور ممنوع» فراجع^(٣).

وأما الاختيار فيدل على اعتباره الإجماع وحديث الرفع^(٤) وعدم حلية

مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه^(٥). فلا يصح وقف من كان مكرهاً عليه ولم يلحقه الرضا.

نعم، لا يعتبر مقارنة الرضا لحال الإنشاء، بل يكفي لحوقه بعد الإنشاء،

ضرورة أن المستفاد من قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(٦)

وقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ»^(٧) أن يكفي لحوق الرضا،

لأنه يصدق على المعاملة تجارة عن تراض وأنها عن طيب النفس إذا لحقه الرضا.

(١) المختصر النافع: ١٥٦. (٢) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٤٢٨. (٣) الجزء الثاني: ٥٦.

(٤) وسائل الشيعة ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، الحديث ١.

(٥) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢/٩٨. (٦) النساء / ٢٩. (٧) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢.

وأما القصد فيدلّ على اعتباره قاعدة «العقود تابعة للقصود»، وسيأتي الكلام حولها في المرحلة الثانية إن شاء الله.

ثمّ إنه وقع الكلام في أمرين:

الأمر الأول: في صحّة وقف الصبيّ الذي بلغ عشرين عاماً وعندها. ومنشؤه ما ورد في بعض الروايات من صحّة صدقته ووصيته وعتقه:

منها: خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(١). ومنها: موثّق جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم»^(٢).

ومنها: موثّق محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم؟ قال: «نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^(٣). وقد أورد عليها بإيرادين:

الأوّل: أنّها روايات شاذّة ضعيفة لا تنهض معارضة للأخبار المتواترة الدالة على عدم اعتبار عبارة الصبي قبل خمسة عشر سنين. قال الشهيد في المسالك: «ومثل هذه الأخبار الشاذّة المخالفة لأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم»^(٤). وقال المحقّق الثاني في جامع المقاصد: «ومثل هذه الأخبار لا تنهض معارضة للمتواتر»^(٥).

وأجيب عنه: بأنّ نسبة جميع هذه الروايات إلى الشذوذ والضعف بعيد جدّاً، كيف وخبر جميل بن درّاج ومحمّد بن مسلم موثّقان؟ فيمكن أن يقال: إنّ ما دلّ

(١ و ٢ و ٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢١، الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ١ و ٢ و ٣.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٣٦.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٣.

على الحجر قبل البلوغ والرشد مخصّص بهذه الأخبار^(١).

الثاني: أنّ المراد من الصدقة في هذه الأخبار هو الصدقات الجزئية الصادرة منه، أي: إعطاء مال لمؤمن بقصد القرية، لا الوقف.

وأجيب عنه أيضاً: بأن إطلاق الصدقة على الوقف شايع ذابح في الأخبار، بل هو الأصل في الإطلاق، وإنّما الإطلاق على ما ذكره مستحدث^(٢).

أقول: التحقيق - بعد التأمل في موارد استعمال كلمة «الصدقة» في الآيات والروايات - أنّ الأصل في إطلاق الصدقة هو إطلاقها على الصدقة بالمعنى الأخصّ، وهو إعطاء المال مجّاناً لمؤمن بقصد القرية، بل هو المتفاهم العرفي عند إطلاقها. وفي إفهام غيره من الصدقات يعتمد على القرائن، فيقال - مثلاً -: «صدقة الفطرة»، أو يقال: «صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث» وهكذا. وعليه فلا دلالة في هذه الأخبار على أنّ المراد من التصدّق والصدقة فيها خصوص الوقف أو المعنى الأعمّ منه، بل المنساق من إطلاقها هو الصدقة بالمعنى الأخصّ - أي إعطاء مال لمؤمن مجّاناً بقصد القرية -، فتدلّ على جواز الصدقات اليسيرة الجزئية التي تصدر من الصبي، لا مثل الوقف، ولا أقلّ من الشكّ في شمولها له، والشكّ في شمولها للوقف يجزي في عدم صحّة التمسك بها لصحّة وقفه، فالأقوى عدم الصحّة، كما عليه المشهور.

الأمر الثاني: أنّه هل يعتبر في الواقف أن يكون مسلماً أم لا؟ فيه وجوه بل أقوال. فمنهم من ذهب إلى صحّته من الكافر كالعلامة في القواعد^(٣). ومنهم من ذهب إلى عدم صحّته منه، كصاحب الجواهر^(٤). ومنهم من فصل بين الكافر المقرّ بالله تعالى والكافر الجاحد، فيصحّ في الأوّل ولا يصحّ في الثاني، كما اختاره

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٢.

(١) والحدائق الناضرة ٢٢: ١٨٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥ و٣٣: ٢٢٩ - ٢٣١.

الشهيد في غاية المراد^(١).

ومنشأ الخلاف بينهم أن قصد القربة هل هو معتبر في الوقف أم لا؟ وعلى الأول فهل يتمشي قصد القربة من الكافر أم لا؟

قال الشهيد في غاية المراد: في مسألة عتق الكافر: «يشترط في صحة العتق كون المعتق والمعتق مسلمين^(٢).
فهنا مسألتان:

الأولى: اشتراط إسلام المباشِر. ولأصحاب قولان: أحدهما: أنه لا يشترط...
ومبناه على مقدمات:

أ: هل نيّة القربة معتبرة في العتق أو لا؟ الحق نعم، لقولهم عليه السلام: «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله». وليس نفيًا لحقيقة العتق، لتعذرهما، بل لأقرب المجازات وهي الصحة.

ب: هل المعتبر في نيّة القربة ما يترتب عليه الثواب، أو مطلق التقرب إلى الله تعالى؟ يحتمل الأول، لأنه عبادة، وكلّ عبادة يترتب عليها استحقاق الثواب بفعلها صحيحة. ويحتمل الثاني؛ لأنّ الدليل دلّ على صحة العتق إذا أريد به وجه الله، وهو أعمّ من ترتب الثواب ومن عدمه.

ج: هل يعتبر في التقرب معرفة الله تعالى، أم يكفي التقليد؟ يحتمل الأول؛ لأنّ هذه المعرفة ليست حقيقةً بالله، فليس ثمّ مقصود. ويحتمل الثاني؛ لصدق أنّه قصد وجه الله.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأصحاب جوّزوا وقف الكافر وصدقته، وهما مشروطان بنيّة القربة، وهو يشعر باختيارهم الثاني من الاحتمالين، فحينئذٍ يصحّ عتق الكافر. وإن قلنا بأول الاحتمالين لا يصحّ.

ثمّ اعلم أنّ الكفر - بسبب إنكار واجب الوجود تعالى وإقامة الشبهة على إنكاره - لا يصحّ معه شيء من العبادات، لزوال جميع المقدمات. وأمّا لو لم تكن شبهة، بل مجرد إنكار وقلّد فيه يصحّ على الثاني من الاحتمالين. وأمّا الكافر المقرّ بالله تعالى العارف به، وكفره بسبب جحد النبوة أو بعض فرائض الإسلام فإنّه لا يبنى إلّا على ثاني الثانية، فهو أولى بالجواز إذن.

ثمّ اعلم أنّ العتق لمّا بني على التغليب، والوقف والصدقة لمّا اشتملا على نفع الغير، واشتمل الجميع على المائيّة، فجانب المائيّة أغلب من جانب العبادة، فمن ثمّ وقع الخلاف في صحّة العتق ولم يقع في عدم صحّة الصلاة والصوم. والأقوى صحّة عتقه ما لم يجحد الله تعالى إذا اعتقد أنّ العتق قرينة إلى الله، لا عتقه عن الكفارة»^(١).

وناقش فيه صاحب الجواهر، فقال: «لكنّها لا تخلو من نظر، لا لعدم مشروعية عبادتنا في دينهم، لإمكان فرض ذلك، خصوصاً في مثل العامّة، بل يمكن فرض وقوع ذلك من بعضهم بعنوان أنّه مذهبه ولو جهلاً، بل لإمكان دعوى التواتر في نصوصنا أو الضرورة من مذهبنا على أنّه لا عبادة لغير المؤمن مطلقاً؛ لأنّه يعتبر فيها موافقة الأمر من حيث دلالة وليّ الله تعالى شأنه عليه، ولذا قرن طاعته بطاعتهم ومحبّته بمحبّتهم، فمن جاء بعبادة موافقة لأمره لكن لا من حيث دلالة وليّه عليه لم تكن صحيحة، والأمر في الشريعة السابقة بعد نسخها غير كافٍ في الصحّة وإن وافق الأمر في شريعتنا.

ومن هنا تعذر على الكافر بجميع أقسامه نيّة التقرب المأخوذ فيه ملاحظة الأمر بواسطة ولادة الأمر، وكذا المخالف، ولا صحّة في وقفهم وصدقاتهم، وإنّما لها حكم الصحّة في بعض ما جرت السيرة والطريقة على استعماله كذلك من

(١) غاية المراد ٣: ٣٢٥ - ٣٢٧.

مساجدهم وبيعهم وكنائسهم ونحو ذلك؛ لا الصحة الحقيقية التي يستحق فاعلها الثواب على فعلها من حيث صدق امتثال الأمر على وجهه المستلزم عقلاً بقاعدة اللطف استحقاق الثواب، ولا الموافقة للأمر الذي قد عرفت أنه يعتبر في امتثاله ملاحظة من كان الواسطة به.

قال الباقر عليه السلام في خبر زرارة: «أما لو أن رجلاً قام ليله وصام نهاره وتصدق بجميع ماله وحج جميع دهره ولم يعرف ولاية ولي الله تعالى شأنه فيواليه ويكون جميع أعماله بدلالته إليه ما كان له على الله حق في ثوابه ولا كان من أهل الإيمان»^(١).

وقال أيضاً في خبر آخر: «من دان الله بغير سماع من صادق ألزمه الله التيه يوم القيامة»^(٢).

وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «قد جعل الله للعلم أهلاً، وفرض على العباد طاعتهم بقوله: ﴿وَاطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٣) وبقوله: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِيَ الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ﴾^(٤) وبقوله: ﴿وَكَوْنُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾^(٥) وبقوله: ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾ وبقوله: ﴿وَأَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا﴾^(٦) والبيوت هي بيوت العلم الذي استودعه الله عند الأنبياء وأبوابها أوصياؤهم، فكل عمل من أعمال الخير يجري على يد غير الأصفياء وعهودهم وحدودهم وشرائطهم وسننهم مردود غير مقبول، وأهله في محل كفر وإن شملهم وصف الإيمان»^(٧)...، انتهى كلامه^(٨).

(١) وسائل الشيعة ١: ٩١، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات العبادات، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٥١، الباب ٧ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٧.

(٣) النساء / ٥٩ و ٥٣. (٥) التوبة / ١١٩. (٦) البقرة / ١٨٩.

(٧) وسائل الشيعة ١٨: ٥٠، الباب ٧ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٣٣.

(٨) جواهر الكلام ٣٣ / ٢٢٩ - ٢٣١.

والتحقيق يقتضي البحث عن هذا الأمر في مقامين:

المقام الأول: أنه هل يعتبر في الوقف قصد القرية أم لا؟

ذهب الشيخ المفيد^(١) والشيخ الطوسي^(٢) وابن إدريس^(٣) والعلامة في بعض كتبه^(٤) والمحدث البحراني^(٥) إلى الأول. وهو الظاهر من جامع المقاصد^(٦) ورياض المسائل^(٧).

وذهب الشهيد الثاني في المسالك^(٨) والفيض الكاشاني في المفاتيح^(٩) وصاحب الجواهر في الجواهر^(١٠) إلى الثاني. وهو الظاهر من العلامة في القواعد^(١١). واختاره السيّد في العروة^(١٢).

واستدلّ على الأول بروايات:

منها: صحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام قال: بعث إليّ أبو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام، وهي «بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبد الله عليّ ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة... هذه صدقة واجبة بتلة، حيّاً أنا أو ميتاً، ينفق في كلّ نفقة ابتغى بها وجه الله في سبيل الله»^(١٣).

ونحوه خبر عبد الرحمن المتضمن لصورة وقف الإمام الكاظم عليه السلام، وفيه: «صدقة حبساً بتاً بتلاً مبتوتة، لا رجعة فيها ولا ردّ، ابتغاء وجه الله...»^(١٤).

- (١) المقنعة: ٦٥٥. (٢) النهاية: ٥٩٦. (٣) السرائر ٣: ١٥٦. (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٢٩. (٥) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٥٥. (٦) جامع المقاصد ٣: ١٦٠ - ١٦٣. (٧) رياض المسائل ٩: ٢٧٥. (٨) مسالك الأفهام ٥: ٤٠٩. (٩) مفاتيح الشرائع ٣: ٢٠٧. (١٠) جواهر الكلام ٢٨: ٧-٨. (١١) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٢. (١٢) تكملة العروة ١: ١٨٦. (١٣) وسائل الشيعة: ١٣: ٣١٢، الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٤. (١٤) وسائل الشيعة: ١٣: ٣١٥، الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٥.

ومنها: قول أبي عبدالله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى»^(١).

ومنها: خبر الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام: «إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه»^(٢).

ومنها: موثقة عبيد بن زرارة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بصدقة أله أن يرجع في صدقته؟ فقال عليه السلام: «إن الصدقة محدثة، إنما كان النحل والهبة، ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله عز وجل أن يرجع فيه»^(٣).

ومنها: رواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إنما الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله عز وجل أن يرجع فيه»^(٤).

والاستدلال بها مبني على أن يكون المراد من الصدقة في هذه الروايات هو الوقف، لا الصدقة المعروفة، وأن يكون المراد من الجعل لله وعلى وجه الله والإعطاء لله هو قصد القرية، بمعنى: إتيان الشيء بداعي امتثال أمره. ولكنه ممنوع صغرى وكبرى.

أما الصغرى: فلأن الأصل في إطلاق كلمة «الصدقة» هو إطلاقها على الصدقة بالمعنى الأخص - أي إعطاء المال وإنفاقه مجاناً لمؤمن بقصد القرية -، بل هو المتفاهم العرفي عند إطلاقها، ولا بد في أفهام غيره من معاني الصدقة من

(١) وسائل الشيعة: ١٣: ٣١٩، الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ٢ و ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ١٣: ٣١٦، الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

(٣) وسائل الشيعة: ١٣: ٣٤٢، الباب ١٠ من أبواب الهبات، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة: ١٣: ٣٣٤، الباب ٣ من أبواب الهبات، الحديث ١.

الاعتماد على القرائن، فيقال: «صدقة واجبة» ويراد بها الزكاة مثلاً، أو يقال: «صدقة الفطرة» ويراد بها زكاة الفطرة، أو يقال: «صدقة لاتباع ولا توهب» ويراد بها الوقف.

والإنصاف أنه ليس في هذه الأخبار قرينة تدلّ على أن المراد من الصدقة فيها هو الوقف أو ما أعم من الوقف، إلا في الروایتين الأوليين من صورة وقف أمير المؤمنين والإمام الكاظم عليهما السلام، فهما يحملان على الوقف، وأمّا غيرهما من الروايات فلا، ولا أقل من الشك في شمولها للوقف، والشك في شمولها له يجزي في عدم صحة التمسك بها في اعتبار قصد القرية في الوقف.

وفي قوله عليه السلام: «إن الصدقة محدثة» وجهان:

الأول: أن المراد منه الوقف، وهذا ما أفاد صاحب الحقائق، حيث قال: «إنما الصدقة محدثة، يعني: إطلاق هذا اللفظ على ما يعطى بقصد التقرب محدث، وإنما الذي كان يستعمل في زمانه عليه السلام النحلة والهبة أعم من أن تكون مقترنة بالتقرب لله سبحانه، فتدخل فيه الصدقة بالمعنى المتأخر أو لم يكن كذلك، وهذا المعنى الذي استعمل فيه لفظ الصدقة إنما هو الوقف»^(١).

الثاني: ما أفاد المحدث الكاشاني، حيث قال: «ولعل المراد بالحديث أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتصدق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفاً فيما بينهم سوى الزكاة، وما يعطى لأهل المسكنة، بل كانوا يهبون وينحلون إما لإرادة تحصيل ملكة الجود أو إرادة سرور الموهوب أو الإثابة منه أو غير ذلك. وإنما صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والترحم للمسكين أمر محدث، أعني: إطلاق هذه اللفظة في موضع الهبة والنحلة محدث»^(٢).

وأما الكبرى: فلاّنه لو سلّم دلالة هذه الأخبار بعضها على أن المراد من

(١) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٥٤ - ١٥٥.

(٢) الوافي ١٠: ٥١٤.

الصدقة فيها هو الوقف، كالروايتين الأوليين، وبعضها على أن المراد من الصدقة فيها هو المعنى الأعم من الوقف، فتشمل الوقف على أي حال، فلا نسلم أن المراد من قولهم بِسْمِ اللَّهِ «ابتغاء وجه الله» و«ما جعل الله» و«ما أعطي الله» هو إتيان العمل بداعي أمر الله المعبر عنه اصطلاحاً بقصد القربة، بل الظاهر أن المراد به إتيان العمل في وجه الله سبحانه وفي سبيله، بأن يكون الداعي إلى العمل هو ترتب الأمر الذي يكون مرضياً لله تعالى من كل خير وبر، كإعانة الضعيف، ومداواة المريض، وتبليغ أحكام الله، ونشر معارف القرآن، وتأليف قلوب الأجنيبي، وغير ذلك، سواء كان بقصد القربة أم لا. وهذا المعنى ممكن ممن يقر بالله تعالى، سواء كان مسلماً أو كافراً. نعم، لو كان كفر الكافر بجحد الإلهية أصلاً فلا يصح أن يكون واقفاً لتعذر قصد وجه الله تعالى منه.

ومن هنا يظهر فساد الاستدلال بقوله بِسْمِ اللَّهِ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»؛ لأن غاية ما يدل عليه هو لزوم جعل ثمرة الشيء في سبيل الله تعالى وأنه داخل في حقيقة الوقف، وهو أعم من قصد القربة، كما مر.

ولعل هذا مراد الشيخ في النهاية، حيث قال: «وعلى كل حال فالوقف والصدقة شيء واحد، ولا يصح شيء منهما إلا ما يتقرب به إلى الله تعالى، فإن لم يقصد بذلك وجه الله لم يصح الوقف»^(١).

ومن ذلك يعلم جودة ما أفاد صاحب الجواهر من حصول القطع للفقهاء بعدم اعتبار قصد القربة في الوقف بأدنى ملاحظة فيما ذكره من الوجوه لعدم الاعتبار^(٢).

نعم، أنه ذهب إلى اعتبار قصد القربة - بمعنى موافقة الأمر من حيث دلالة ولي الله تعالى عليه - في العتق. واستدل عليه بالنصوص الدالة على اعتبار الولاية في

قبول العبادات (١).

وفيه: أن المتيقن منها الصلاة والصيام والحج والزكاة ونحوها، لا كل خير وبر يمكن صدوره أيضاً من الكافر في سبيل الله تعالى. مع أن عاية ما تدل عليه هذه النصوص هو عدم ثبوت الثواب لما يصدر من المكلفين بلا ولاية، لا عدم صحته. والحاصل: أنه لا يعتبر في الوقف قصد القرية بالمعنى المصطلح، بل يعتبر فيه أن يحبس الشيء ويجعل ثمره في سبيل الله تعالى.

المقام الثاني: هل يتعذر الكافر من قصد القرية أم لا؟

فنقول: إن كان المراد بقصد القرية ما هو المصطلح من إتيان العمل بداعي امتثال أمره في الشريعة الإسلامية فيكون متعذراً منه، ولكن قد عرفت عدم اعتباره في الوقف. وإن كان المراد به جعل الشيء في سبيل الله وإتيانه لطلب رضاه فهو ممكن لمن يقر بالله تعالى. نعم، لو كان الكفر بجحد الإلهية مطلقاً فيكون متعذراً منه مطلقاً.

فيظهر ممّا ذكرناه في المقامين أنه لا يعتبر في الواقف أن يكون مسلماً، بل يصح الوقف من الكافر المقرّ بالله تعالى.

الأمر الرابع: في شرائط الموقوف

لا يعتبر في الموقوف إلا أن يكون له اقتضاء البقاء مدة معتدّة بها ويصح جعل ثمرته للموقوف عليه، كما مرّ تفصيله ذيل قاعدة «كل ما يمكن تحبّيس أصله وتسبيل ثمرته يصح وقفه».

الأمر الخامس: في شرائط الموقوف عليه

والمشهور أنه يعتبر في الموقوف عليه أمور أربعة:

الأول: أن يكون موجوداً.

الثاني: أن يكون معيّناً.

الثالث: أن يكون ممن تصحّ تملكه.

الرابع: أن لا يكون الوقف عليه محرّماً.

أمّا الشرط الأول: - وهو أن يكون موجوداً - فالظاهر أنّه لا إشكال في عدم صحّته الوقف على المعدوم الذي لا يمكن وجوده بعد الوقف، كما لو وقف داراً على زيد باعتقاد أنّه موجود فتبيّن أنّه مات قبل ذلك، ضرورة أنّه لا يتصوّر حينئذٍ تحييس أصل المال ولا تسجيل ثمرته، كما هو واضح. وإنّما الكلام في من سيوجد بعد، فهل يصحّ الوقف عليه أم لا؟

قد يستدلّ على عدم الصحّة بوجوه:

الوجه الأول: أنّ الوقف تملك للمنفعة، ولا يعقل تملك الشيء للمعدوم؛ لعدم إمكان قيام أمر وجودي بما ليس بموجود. وهذا ما يظهر من الحقائق، حيث قال: - بعد اعترافه بعدم وقوفه على نصّ في اعتبار هذا الشرط - «إلا أنّه يمكن أن يقال: - مضافاً إلى ظاهر الاتفاق - أنّ الوقف نقل للمنفعة البتّة أو العين على أحد الأقوال إلى الموقوف عليه، والمعدوم لا يصلح لذلك»^(١).

وأورد عليه^(٢): أولاً: بورود النقص بما إذا كان تبعاً لموجود، فإنّهم يجوزونه، كما إذا وقف على العلماء الموجودين ومن سيوجد منهم، ولا فرق في عدم المعقوليّة بين الاستقلال والتبعية.

وثانياً: لا فرق في المعقوليّة وعدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك، مع أنّهم يجوزون تملك الكلّي في الذمّة، وهو ليس شيئاً موجوداً في الخارج، وأيضاً

(١) الحقائق الناضرة ٢٢: ١٨٩.

(٢) كتاب الوقف (للمحقّق الخراساني): ٢١، تكملة العروة ١: ٢٠٨ - ٢١٠.

يجوزون بيع الثمار قبل بروتها عامين أو مع الضميمة، وليست الثمار موجودة، ويجوزون تملك المنافع، وليست موجودة، بل تستوفي شيئاً فشيئاً. ولو كانت الملكية محتاجة إلى محلّ موجود لم يتفاوت الحال بين كون المالك معدوماً أو المملوك.

وثالثاً: أنّ الملكية من الأمور الاعتبارية التي يصحّ تعلّقها بالمعدوم كتعلّقها بالموجود؛ فإنّ وجودها عين الاعتبار العقلاني، وليست كالسواد والبياض المحتاجين إلى محلّ خارجي، بل يكفيها المحلّ الاعتباري، بل الأمر في جميع الأحكام كذلك، من دون فرق بين الأحكام التكليفية والوضعية.

ورابعاً: أنّ الوقف ليس تملكاً، بل هو إتيان بمعنى تحييس الأصل وتسبيل الثمرة، ويكفي فيه إمكان وجود المصداق للموقوف عليه في بعض الأزمنة. الوجه الثاني: إنّ القبض معتبر في الوقف، والمعدوم لا يتمكّن من القبض. وفيه: أنّه قد مرّ أنّ القبض شرط للزوم، لا للصحة، مضافاً إلى إمكان قبض الحاكم أو المتولّي.

الوجه الثالث: أنّ القبول معتبر في الوقف، والموقوف عليه إذا كان معدوماً لا يصلح للقبول. وهذا ما يظهر من الجواهر، حيث قال: «كلّ ذلك مضافاً إلى معلومية اقتضاء عقد الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة أو هي مع العين، والمعدوم وغير القابل للملك لا يصلح لذلك؛ لعدم صلاحيتها للقبول الذي عرفت اعتباره فيه»^(١).

وأورد عليه: بأنّ حاله حينئذٍ حال الموجود الغير الصالح للقبول في كفاية الحاكم فيما لم يكن له وليّ إجباري^(٢).

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٦.

(٢) كتاب الوقف (للأخوند الخراساني): ٢١.

الوجه الرابع: الإجماع عليه محكياً على الغنية^(١) والسرائر^(٢). وفيه: أنه موهون؛ لاحتمال أن يكون مستنده الوجوه السابقة. وعليه فلا مانع من الاستدلال بالإطلاقات خصوصاً إطلاق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» في نفي اعتبار كون الموقوف عليه موجوداً حال الوقف، بل يكفي أن يكون من سيوجد عادةً.

وأما الشرط الثاني: - وهو كون الموقوف عليه معيناً - فيستدل له بأمور: أحدها: أن أدلة الوقف منصرفة إلى المعين، ولا يكون وقف المردّد معهوداً. وفيه: أن الانصراف ممنوع، ولو سلم فلا اعتبار به ما لم يوجب الظهور المعتبر في المنصرف إليه. وأما عدم المعهودية فلا اعتبار له ولا يصلح مخصصاً؛ للأدلة العامة التي تشمل المعين والمردّد. وثانيها: أن تملك أحد الشخصين على سبيل الإبهام غير معقول؛ لأن الملكية عرض لا يعرض إلا للمعروض المعين.

وأجيب عنه: بأن الملكية ليست كالسواد والبياض ونحوهما من الأعراض الخارجية التي تعرض الوجود المشخص، بل هي من الاعتباريات التي تعلق بالمردّد أيضاً، فلا مانع من تعلق الملكية بأحد المالكين، كما أنها تعلق بأحد الشئيين المملوكين. مضافاً إلى ما مرّ من أن الوقف ليس تملكاً، بل هو تحييس الأصل وتسبيل الثمرة.

وثالثها: الإجماع. وهو المحكي عن الغنية^(٣) والسرائر^(٤). وفيه: أنه موهون. كيف وليس من هذا الشرط في أكثر كتب القدماء عين ولا أثر؟! نعم، يعتبر فيه ذكر الموقوف عليه كما في النهاية^(٥) والمبسوط^(٦).

(٢) والسرائر ٣: ١٥٦.

(٦) المبسوط ٣: ٢٩٤.

(١) غنية النزوع: ٢٩٧.

(٥) النهاية (للشيخ الطوسي): ٥٩٦.

والخلاف^(١) والمهذب^(٢)؛ لعدم تصوّر الإيقاف من دون الموقوف عليه، كما لا يتصوّر الإيقاف من دون الواقف والموقوف.

وعليه فلا إشكال في صحّة الوقف على أحد الشخصين أو أحد المسجدين، غاية الأمر أن المتولّي يختار بينهما أو يرجع إلى القرعة.

وأما الشرط الثالث: - وهو أن يكون ممّن يصحّ تملكه -، فنقول: لو كان حقيقة الوقف هو التملك أو كان التملك من لوازم طبيعته شرعاً فيكون هذا الشرط من مقتضياته. ولكن التحقيق - كما يظهر من أدلة تشريع الوقف - أن الوقف عبارة عن تحييس المال وتسييل ثمرته، ففي الوقف يجعل الواقف ماله محبوساً في عالم الاعتبار عن التقلّبات الناقلة والمتلفة ويجعل ثمرته للموقوف عليه في سبيل الله تعالى، وهذا المعنى ليس تملكاً ولا مستلزماً له.

وأما الشرط الرابع: - وهو أن لا يكون الوقف عليه محرّماً - فلا شك في اعتباره؛ لأنّ الوقف كما مرّ تحييس الأصل وتسييل ثمرته؛ والتسييل عبارة عن إتيان العمل في سبيل الله تعالى، بأن يكون الداعي إلى التحييس ترتّب الأمر الذي يكون مرضياً لله تعالى من وجوه الخير والبرّ، فلا يمكن التسييل في الجهات المحرّمة، كمعونة الزنا وقطّاع الطريق وكتابة كتب الضلال وعمارة الكنائس وبيوت النيران وغيرها.

نعم، جاز وقف الكافر على عمارة البيع والكنائس؛ لاعتقادهم شرعيّته وكونها من وجوه الخير عندهم. وفي الجواهر: «وأما لو وقف الكافر على البيع والكنائس أو أحد الكتّابين جاز بلا خلاف أجده فيه»^(٣).

إذا عرفت هذه الأمور الخمسة فيتّضح معنى ما مرّ في مفاد القاعدة، فنقول: إنّ

(١) الخلاف ٣: ٥٤٤. (٢) المهذب (ابن البرّاج) ٢: ٨٧. (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥.

مفاد قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» أنه إذا تمّ الشرائط والقيود المعتبرة في الوقف والواقف والموقوف والموقوف عليه يصحّ للواقف أن يشترط في الوقف أيّ شرط شاء، وحينئذٍ يلزم العمل مع الوقف على الكيفية التي قدرها الواقف من القيود والشروط في الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع والمتولّي وغيرها إذا لم تكن الكيفية المفعولة مخالفة لمقتضى حقيقة الوقف أو ما ثبت بالدليل المعتبر اعتباره في الوقف أو الموقوف أو الواقف أو الموقوف عليه. وأمّا في ما لم يثبت اعتباره بالدليل المعتبر فيرجع إلى إطلاق القاعدة ويثبت عدم اعتباره.

الجهة الثالثة: التطبيقات الفقهية

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً. وقد طبّقناها على بعض موارد في تضاعيف ما تقدّم، ونطبّقها على بعض موارد آخر في المقام.

١ - قال الشيخ في النهاية: «إذا شرط الواقف أنه متى احتاج إلى شيء منه كان له بيعه والتصرّف فيه كان الشرط صحيحاً وكان له أن يفعل ما شرط»^(١). وجعله العلامة في المختلف^(٢) من موارد تطبيق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

٢ - ذهب الشيخ في الخلاف^(٣) إلى رجوع الموقوف إلى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم. واستدلّ له العلامة بقوله: «لأنّه إنّما وقف على قوم بأعيانهم، فلا يجوز التخطّي إلى غيرهم، لقول العسكري عليه السلام: والوقوف بحسب ما يوقفها أهلها...»^(٤).

(٢ و ٤) المختلف ٦: ٢٩١ و ٣٠٥.

(١) النهاية ١: ١١٩.

(٣) الخلاف ٣: ٥٤٣.

٣ - قال العلامة في القواعد: «ولو شرط إدخال من يولد أو من يريد مع الموقوف عليهم جاز، سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم»^(١). وتبعه على ذلك المحقق الثاني وجعله من مطبقات قاعدة «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

٤ - قال في الرياض: «لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه الذي شرط فيه مع جوازه شرعاً بلا خلاف ظاهراً. وقاله في الغنية صريحاً. وهو الحجة. مضافاً إلى لزوم الوفاء بالعقود والشروط وعموم الصحيح: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها». فيتبع ما شرطه الواقف من ترتيب الأعلى على الأدنى، أو اشتراكهما، أو تفصيل في المنافع، أو مساواة فيها، إلى غير ذلك»^(٣).

٥ - قال السيّد في تكملة العروة: «يجوز وقف العين باعتبار بعض منافعها، فتبقى المنافع الأخرى على ملك الواقف، فيجوز وقف البستان باعتبار ثمرة نخيلها وأشجارها. فيبقى السعف وغطون الأشجار وأوراقها عند اليبس على ملكه. وكذا يجوز وقف البقرة لخصوص الحرث، فيبقى لبنها على ملكه. وهكذا يجوز وقف العقد للخدمة نهاراً، فتبقى منفعه ليلاً لنفسه، وهكذا... وقوله عليه السلام: (الوقف على حسب ما يوقفها أهلها) وافٍ بصحّة جميع ذلك»^(٤).

٦ - قال المحقق النائيني - على ما في تقارير بحثه -: «إن شرط الواقف على الموقوف عليه عدم بيع العين الموقوفة ليس منافياً لجواز البيع شرعاً في بعض الموارد؛ لأنّ الواقف لا يشترط عليه أن لا يكون الحكم الجوازي أصلاً حتّى مع طروء المسوّغ للبيع، بل يشترط أمراً خارجيّاً لا يقتضيه حقيقة الوقف، ولا إطلاقه بناءً على أن لا يكون عدم البيع وصفاً للنوع، والشارع أمضى هذا

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠.

(٢) جامع المقاصد ٩: ٣١.

(٣) رياض المسائل ٩: ٣٤٥-٣٤٦.

(٤) تكملة العروة ١: ٢٠٠-٢٠١.

الشرط بقوله: (الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها) واستثنى منه مورد طروء أحد موجبات جواز البيع»^(١).

٧ - يجوز للواقف أن يجعل نفسه استقلالاً أو مع شركة الغير ناظراً ومتولياً على الوقف في ضمن العقد، كما يجوز له أن يجعل غيره ناظراً ومتولياً؛ لإطلاق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

٨ - لا تعتبر العدالة في الناظر الذي عيّنه الواقف في ضمن العقد؛ لإطلاق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

٩ - يجوز للواقف أن يجعل التولية لأكثر من واحد على وجه الشركة أو على وجه الاستقلال؛ لإطلاق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

١ - قال السيّد في العروة: «الظاهر أنّه يجوز أن يجعل الأرض فقط مسجداً دون البناء والسطح، وكذا يجوز أن يجعل السطح فقط مسجداً، أو يجعل بعض الغرفات أو القبّات أو نحوه ذلك خارجاً، فالحكم تابع لجعل الواقف والبناني في التعميم والتخصيص». وقال السيّد الخوئي - تعليقاً عليه -: «فإنّ عنوان المسجديّة عارض على المكان المملوك الذي هو قابل للانقسام بحسب أبعاده، فله اختيار التحرير في بعض تلك الأبعاد دون بعض، كما له الاختيار في الكلّ بمناط واحد، فالحكم إذن مطابق لمقتضى القاعدة بعد وضوح أنّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

١١ - لو وقف داراً على أولاده أو على المحتاجين منهم، فإن أطلق فهو وقف منفعة، فلهم استنماؤها، فيقسمون بينهم ما يحصلون منها بإجارة وغيرها على حسب ما قرّره الواقف من الكميّة والكيفيّة، لقاعدة «الوقوف على حسب

(١) منية الطالب ٢: ٢٧٦.

(٢) المستند في شرح العروة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ١٣: ٢١٢.

ما يوقفها أهلها».

١٢ - لو وقف داراً أو مركوباً أو بستاناً أو دكاناً على الجهات المحرمة، كبيع الخمر وقطع الطريق وغيرهما يكون الوقف باطلاً والشرط فاسداً؛ لأنه شرط ما يكون مخالفاً لمقتضى حقيقة الوقف أو لما اعتبره الشارع، فلا يشمل قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

١٣ - لو شرط عدم قبض الموقوف فوراً يصح الوقف ويلزم العمل على حسبه؛ لعدم اعتبار القبض الفوري في صحة الوقف، بل لا يعتبر القبض إلا في اللزوم - كما مر -، فيشمله قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

١٤ - لا يجوز تغيير الوقف وإبطال رسمه وإزالة عنوانه ولو إلى عنوان آخر، كجعل الدار دكاناً أو بالعكس، لقاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

١٥ - يجوز أن يشترط الواقف في وقفه أن يباع عند حدوث أمر، مثل قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو وقوع الاختلاف الشديد بين أربابه أو غير ذلك. ولا مانع حينئذٍ من بيعه عند حدوث ذلك الأمر؛ لإطلاق قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

القاعدة الثالثة

قاعدة كل ما يصح وقفه يصح إعمارُه وإرقابه

القاعدة الثالثة التي يناسب البحث عنها في المقام هي قاعدة «كل ما يصح وقفه يصح إعمارُه وإرقابه».

والظاهر أن أول من تعرّض لهذه الكليّة الفقهيّة هو المحقّق في الشرائع^(١). ثم ذكرها أكثر من تأخّر عنه، كالعلامة في القواعد^(٢) والتذكرة^(٣) والتحرير^(٤) والتبصرة^(٥)، وفخر المحقّقين في الإيضاح^(٦)، والشهيد الأوّل في اللمعة^(٧)، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٨)، والشهيد الثاني في المسالك^(٩).

وأوّل من عبّر عنها تحت عنوان القاعدة هو السيّد المجاهد في المناهل على ما يبدو لي. نعم إنّه تعرّض له بنطاق أوسع، فقال: «كل ما يصح وقفه يصحّ تسليط الغير على منفعته لا على وجه التأييد»^(١٠).

ونبحث عنها في جهات ثلاث:

-
- | | | |
|---------------------------|----------------------------|---------------------------|
| (١) شرائع الإسلام ٢: ٤٥٦. | (٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٣. | (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٠. |
| (٤) تحرير الأحكام ٣: ٤٠٣. | (٥) تبصرة المتعلّمين: ١٦٥. | (٦) إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٨. |
| (٧) اللمعة الدمشقيّة: ٩١. | (٨) جامع المقاصد ٩: ١٢١. | |
| (٩) مسالك الأفهام ٥: ٤٢٧. | (١٠) المناهل: ٥١٣. | |

الجهة الأولى: في مفادها

ولابد لنا في بيان مفادها من تقديم مقدّمة. وهي في معنى العمرى والرقبى والسكنى، فنقول:

لا شك في ثبوت العمرى والسكنى بالنص والإجماع، كما لا شك في ثبوت الرقبى بالإجماع. وفائدة الكلّ هو تسليط الغير على استيفاء ثمرة الشيء بعد تحييس الأصل وتسجيل ثمرته، فلا فرق بينها والوقف من هذه الجهة. وإنما الفرق بينها وبينه أنّ الشيء في الوقف لا يبقى على ملك مالكة بل يخرج من ملكه مؤقتاً في الوقف المنقطع والموقت، ودائماً في الوقف غير المنقطع والدائم، وفي هذه الثلاثة يبقى الملك على ملك مالكة، فيجوز له بيعه من دون إبطال السكنى أو العمرى أو الرقبى. فحقيقة الثلاثة واحدة، وإنما يختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا قرنت بالإسكان كأن يقول: «أسكنتك هذه الدار ولك سكنها» يسمّى: «السكنى»، وإذا قرنت بالعمر كأن يقول: «أعمرتك هذه الأرض من عمرك» - أو «عمرى» أو «عمر فلان» - يسمّى: «العمرى»، وإذا قرنت بالمدة كأن يقول: «أرقتك هذا المتاع مدة كذا» يسمّى: «الرقبى»^(١).

وقيل: «العمرى والرقبى بمعنى واحد، فالأولى من العمر والثانية من الرقوب، كأن كلّ واحد منهما يرتقب موت صاحبه»^(٢). ولعلّه لم يذكر كلمة «إرقابه» في القاعدة في كثير من الكتب.

إذا عرفت هذه فنقول: كلّ ما يصحّ وقفه يصحّ إعمارُه وإرقابه، وقد مرّ أنّ كلّ ما يمكن تحييس أصله وتسجيل ثمرته يصحّ وقفه، فكلّ ما يمكن تحييس أصله وتسجيل ثمرته يصحّ إعمارُه وإرقابه. وأمّا السكنى فيختصّ بالمسكن.

(١) الرقبى من الارتقاب، وهو الانتظار للأمد، أو من رقبة الملك بمعنى إعطاء الرقبة للانتفاع بها. رياض المسائل ٩: ٣٥٧.

(٢) جامع الخلاف والوافق: ٣٧٢، غنية النزوع: ٣٠٢.

الجهة الثانية: في دليلها

ويستدل عليها بأمور:

الأول: الإجماع. قال صاحب الجواهر: «كل ما صح وقفه صح إعمارُه من العقار والحيوان والأثاث وغير ذلك، كما صرح به كثير من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه»^(١).

وفيه: أنه غير مسموع؛ لعدم ذكر القاعدة في كثير من كتب القدماء؛ ولو سلم فيحتمل استناده إلى ما يأتي من العمومات.

الثاني: العمومات، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٣).

الثالث: ما تمسك به المحقق الثاني في جامع المقاصد^(٤) والشهيد في المسالك^(٥) من أن العمرى نوع إعارة أو نوع صدقة بالمنافع، فجازت كما تجوز في الملك.

مركز تحقيقات مكتبة آية الله العظمى

الجهة الثالثة: في التطبيقات

ويطبق القاعدة على أمور كثيرة:

منها: جواز إعمار أو إرقاب أعيان الأموال.

ومنها: جواز إعمار أو إرقاب العبد والجارية. نعم لا يستبيح وطئ الجارية

بهما؛ لأن استباحة البضع منوط بالفاظ مخصوصة.

ومنها: جواز إعمار أو إرقاب الأثاث.

ومنها: جواز إعمار أو إرقاب الحيوانات.

ومنها: جواز إعمار وإرقاب العقار.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ٥٤.

(٥) مسالك الأفهام ٥: ٤٢٧.

(٢) المائدة / ١.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٤٦.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١٢١.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفصل الخامس والعشرون فيما يختصّ بباب الهبة



وفيه قاعدتان:

- ١- كلّ ما صحّ بيعه صحّت هبته وبالعكس.
- ٢- لا حكم للهبة ما لم يقبض.

القاعدة الأولى

قاعدة كل ما صحّ بيعه صحّت هبته وبالعكس

ومن جملة القواعد الفقهية قاعدة «كل ما صحّ بيعه صحّت هبته وبالعكس». وهي من القواعد التي يطبق عليها كثير من المسائل الفقهية في باب الهبة. والظاهر أنّ أول من ذكرها تحت عنوان القاعدة هو الشهيد الأول في كتاب «القواعد والفوائد»^(١). وقد عبّر عنها بالضابط^(٢)، والمراد منه القاعدة الفقهية. وللقاعدة ألفاظ أخرى في مختلف الكتب:

الأول: «كل ما جاز بيعه جازت هبته وبالعكس»^(٣).

الثاني: «ما جاز بيعه جازت هبته وما لم يجز بيعه لم تجز هبته»^(٤).

الثالث: «كل ما صحّ بيعه جاز هبته»^(٥).

الرابع: «ما صحّ بيعه صحّت هبته وما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته»^(٦).

الخامس: «ما صحّ بيعه على الإطلاق صحّت هبته، وإلا فلا»^(٧).

السادس: «كل ما يصحّ بيعه تصحّ هبته، وكل ما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته»^(٨).

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٦٦.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٣٩٩.

(٣) الأقطاب الفقهية: ١٢٠، القواعد والفوائد ٢: ٢٦٦، نضد القواعد: ٣٦١.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ٢٦٨.

(٥) جامع المقاصد ٩: ١٤٣.

(٦) إغاثة الطالبين ٣: ١٦٨. (٧) شرح الأزهار ٣: ٤٣٥. (٨) تحرير المجلة (القسم الأول) ١: ٧١.

وكيف كان فالبحث عنها يقع في مقامات:

المقام الأول: في توضيح مفادها

ولابد لنا في توضيحها من تقديم مقدّمة؛ وهي في تعريف الهبة، فنقول: المشهور أنّ حقيقة الهبة هي العقد المقتضي تملك العين من غير عوض تملكاً منجزاً مجرداً عن القرينة^(١).

قال الشهيد في المسالك: «وخرج بقوله: (المقتضي لتمليك العين) نحو العارية والإجارة، فإنّ الأول لا يقتضي تملكاً مطلقاً، والثاني يقتضي تملك المنفعة. وبقوله: (من غير عوض) نحو البيع والصلح الواقع على الأعيان بعوض. وبقوله: (منجزاً) الوصية بالأعيان، فإنّ ملكها يتوقف على الموت. وبقوله: (مجرداً عن القرينة) الصدقة، فإنّها مشروطة بها كما سلف، والوقف والسكنى وما يلحق بهما إن اعتبرنا فيه الوقف، وإلاّ فالتعريف منتقض به كما هو الأصح^(٢). وظاهر التعريف بل صريحه أنّه يعتبر في الموهوب أن يكون عيناً فلا تصحّ هبة المنافع.

واستدلّ على عدم صحّة هبة المنافع بأمور:
الأول: أنّ هبة المنافع ينافي ظواهر الأخبار المقتصر فيها على خصوص العين.

الثاني: أنّ عدم جوازها مجمع عليه.

الثالث: أنّها ترجع إلى العارية أو الإجارة أو السكنى أو العمرى.

والكلّ مخدوش:

أمّا الأول: فلاّنها من باب الغالب، مضافاً إلى ما في بعض الروايات من هبة

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤٥٧، تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٤١٥. (٢) مسالك الأفهام ٦: ٨.

المال^(١)، وهو أعم، فإنّ المنافع بل الحقوق أموال.

وأما الثاني: فلاّنه غير حاصل، بل لم يكن منقولاً.

وأما الثالث: فلاّنه تسليط الغير على المال إمّا أن يكون بعوض أو يكون بدون العوض. وعلى التقديرين فإمّا أن يكون تملكاً أو يكون تسليطاً صرفاً. وعلى التقديرين فإمّا أن يكون المسلّط عليه عيناً أو يكون منفعةً أو يكون انتفاعاً. فإن كان تملكاً للعين بعوض تملك آخر فيكون «بيعاً»؛ وإن كان تملكاً لها أو للمنفعة منجزاً وبلا عوض من دون جعله في سبيل الله تعالى ومن دون لحاظ عنوان آخر فيه فيكون «هبة»، غاية الأمر إن كان مشروطاً بتمليك مجّاني آخر من المتّهب فيكون «هبة معوّضة»، وإلاّ فيكون «هبة غير معوّضة»، وإن كان تملكياً للمنفعة بعوض فيكون «إجارة»؛ وإن كان تسليطاً على الانتفاع بالشيء فيكون «عارية»؛ وإن كان تسليطاً على العين والمنفعة في سبيل الله فإمّا يكون «وقفاً»، وهو فيما إذا لم يبق عين الشيء في ملك مالكه بعد التحيين والتسييل، وإمّا أن يكون «عمرى» أو «سكنى» أو «رقبى»، وهو فيما بقي عين الشيء في ملك مالكه؛ وإن كان تملكاً لأحدهما معلقاً على الموت فيكون «وصيّة»؛ وإن كان تملكاً لأحدهما مع ملاحظة عنوان آخر فقد يكون «هدية»، وهو فيما إذا لوحظ فيه إرسال الشيء إلى شخص بقصد الإكرام والإعظام، وقد يكون «جائزة»، وهو فيما إذا كان الإعطاء من سلطان أو وال أو نحوهما بلحاظ خصوصيّة في المجاز من عمل أو صفة.

وعليه فلا ترجع هبة المنافع إلى العارية، ولا إلى الإجارة، ولا إلى غيرها. ولو سلّم أنّ هبة المنافع عارية أيضاً، فلا محذور في أن يكون شيئاً قابلاً لانطباق عناوين متعدّدة عليه، ويكون المائز هو القصد، فإن كان المقصود هبته فيترتب

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٣، الباب ٢ من أبواب الهبات، الحديث ١.

عليه آثار من اللزوم بالقبض وغيره، وإن كان المقصود عاريته فيترتب عليه آثارها من عدم لزومها بالقبض مثلاً.

ومن هنا يظهر أنه لا مانع من هبة المنافع بل الحقوق. فالأولى أن يقال في تعريف الهبة: «أنها عقد يقتضي تملك الشيء من غير عوض تملكاً صرفاً منجزاً مجزّداً عن جعله في سبيل الله تعالى». فبقولنا: «تمليك المال» يخرج العارية، بل الوقف، لكونهما تسليطاً، لا تملكاً. وبقولنا: «من غير عوض» يخرج البيع والإجارة. وبقولنا: «تمليكاً صرفاً» يخرج الهدية والجائزة. وبقولنا: «منجزاً» يخرج الوصية. وبقولنا: «مجزّداً عن...» يخرج الوقف والسكنى والعمرى والرقبى. إذا عرفت هذه، فنقول: إن القاعدة مركبة من الأصل والعكس. أمّا الأصل أن كل ما يصحّ بيعه تصحّ هبته. وأمّا العكس أن كل ما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته. ويختلف مفادهما باختلاف المباني في صحة بيع المنافع والحقوق وعدمها. فبناءً على صحة بيع المنافع والحقوق - وهو الأقوى - يكون المراد من ما الموصولة في قولنا: «كل ما» هو كل مال، سواء كان عيناً أو منفعة أو حقاً. وحينئذٍ يقال: «كل مال يصحّ بيعه تصحّ هبته، وكل مال لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته». وبناءً على عدم صحة بيع المنافع والحقوق فإنّما أن يفسّر ما الموصولة بالعين فيقال: «كل عين يصحّ بيعها تصحّ هبتها وكل عين لا يصحّ بيعها لا تصحّ هبتها»، وهذا هو الظاهر من جامع المقاصد^(١). وحينئذٍ كان خروج المنافع والحقوق من العكس خروجاً تخصيصياً. ولعلّه مراد صاحب كتاب تحرير المجلة، حيث قال: «كلما يصحّ بيعه تصحّ هبته، وكلما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته. وطرد هذه القاعدة ممّا لا إشكال فيه في الجملة، ضرورة أن البيع مخصوص بالأعيان المائيّة، وجميع الأعيان المائيّة تصحّ هبتها. فالقاعدة الأولى موجبة كليّة مطّردة، ولكن عكسها

غير مطّرد، فإنّ المنافع لا يصحّ بيعها ولكن تصحّ هبتها^(١). وحينئذٍ كان خروج المنافع والحقوق من العكس خروجاً تخصّصياً. وإمّا أن يفسّر بالمال أيضاً، ولكن كان خروج المنافع والحقوق من العكس خروجاً تخصّصياً.

والحاصل: أنّ كلّ ما يصحّ تملكه بعوض تملكه آخر تصحّ تملكه بلا عوض، وكلّما لا يصحّ تملكه بعوض لا تصحّ تملكه بلا عوض، إلّا ما خرج بالدليل.

المقام الثاني: في دليلها

واستدلّ لها بأمرين:

الأوّل: ما في بعض كتب العامّة من أنّ الهبة عقد يقصد به التملك في الحياة. فيملك به ما يملك بالبيع، ولا يملك به ما لا يملك بالبيع^(٢).

وقال العلامة أيضاً في التذكرة: «كلّ عين يصحّ نقلها بالبيع يصحّ نقلها بالهبة؛ لأنّ الهبة تملك ناجز كالبيع، وإنّما يفتقران في العوض وعدمه»^(٣).

الثاني: الإجماع. قال المحقّق الثاني في جامع المقاصد: «لا خلاف بين أصحابنا في صحّة هبة كلّ ما يصحّ بيعه من الأعيان، سواء كان مشاعاً أو مقسوماً بين الشريك وغيره، لأنّ ذلك قابل لنقل الملك والإقباض فصحت هبته، إذ لا مائز إلّا اعتبار العوض في البيع دون الهبة»^(٤).

المقام الثالث: في مستثنيات القاعدة

قال الشهيد في القواعد والفوائد: «كلّ ما جاز بيعه جازت هبته، وبالعكس، إلّا في مسائل: وهي قسمان:

(٢) المجموع ١٥: ٣٧٣، كشف القناع ٤: ٣٦٩.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١٤٣.

(١) تحرير المجلّة ١ «القسم الأوّل»: ٧١.

(٣) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٤١٥.

الأول: فيما تجوز هبته ولا يصح بيعه، كالآبق، والمغصوب، وهبة الضالّ، وهبة الكلب إن منعنا من بيع ما عدا كلب الصيد، ولحوم الأضاحي وجلودها إذا كانت واجبة، والثمرة المختلطة بعد البيع وقبل القبض، وكذا اللقطة.

الثاني: ما يجوز بيعه ولا تجوز هبته، وهو الموصوف في الذمة، كالمسلم فيه، فلا يصح: وهبتك صاع حنطة موصوف، ثمّ يعيّنه ويقبضه. والدين في ذمة الغير على خلاف فيه. والمريض في ماله بثمن المثل. وكذا مال المحجور عليه^(١).

أقول: إنّ في مستثنيات القاعدة خلاف بين الفقهاء، فلا بدّ لنا من بيان كلّ واحد منها على حدة.

أما الضالّ والآبق: فذهب العلامة في التذكرة إلى عدم جواز هبتهما مستدلاً بأنّ الإقباض شرط في صحّة الهبة، والآبق والضالّ لا يمكن إقباضهما^(٢).

وأورد عليه صاحب الجواهر - تبعاً للمحقّق الثاني^(٣) - بقوله: «وفساد هبة الآبق والضالّ؛ لامتناع الإقباض كما ترى لا دليل عليه فيما كان إقباضه ممكناً، وإن كان غير مقدور الآن، فيصحّ حينئذٍ ويتمّ بالإقباض»^(٤).

ولا يخفى: أنّ القدرة على التسليم والإقباض شرط في صحّة البيع والهبة. فمن ذهب إلى أن إقباض الضالّ والآبق ممكن، غاية الأمر أنّهما غير مقدورين الآن، فيختار صحّة البيع والهبة فيهما، وحينئذٍ يدخل الضالّ والآبق في أصل القاعدة، أي: «كلّ ما يصحّ بيعه تصحّ هبته». ومن ذهب إلى عدم إمكان تسليمهما فيختار عدم صحّة البيع والهبة فيهما، وحينئذٍ يدخل الضالّ والآبق في عكس القاعدة، أي: «كلّ ما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته».

وعليه فإن كان المستند في استثنائهما إمكان إقباضهما لا يصحّ استثنائهما من

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٩.

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٦٦ - ٢٦٧.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٥.

القاعدة. وإن كان المستند وجود النصّ على عدم صحّة بيع الضالّ والآبق وعدم وجوده على عدم صحّة هبتهما فيصحّ استثناء بيع الآبق فقط، لوجود النصّ الصحيح على عدم صحّة بيعه، كما في الصحيح عن رفاعة النخّاس عن الكاظم عليه السلام، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أيصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: «لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإنّ ذلك جائز»^(١). وفي موثّق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: «لا يصلح، إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه»^(٢).

وأما المغصوب: فالحقّ أنّه لا وجه لاستثنائه من القاعدة؛ لأنّ المغصوب إذا كان تسليمه غير مقدور أصلاً فهبته ممنوع كما كان بيعه أيضاً ممنوع؛ ضرورة أنّ القدرة على التسليم شرط في صحّتهما، وإذا كان تسليمه ممكناً وإن لم يكن مقدوراً بالفعل فهبته جائز كما أنّ بيعه أيضاً جائز. وعليه فعدم جواز هبته في الصورة الأولى موافق للقاعدة عكساً، وجواز هبته في الصورة الثانية موافق لها أصلاً، فلا وجه لاستثنائه من القاعدة، لا أصلاً ولا عكساً.

وأما الكلب: فالتحقيق أنّ بيعه جائز فيما إذا كان فيه المنفعة المحلّلة وبيع لأجلها، سواء كان كلب الصيد أو الماشية أو الحائط أو الزرع؛ لقاعدة «كلّ ما فيه منفعة محلّلة فيجوز بيعه» التي مرّ البحث عنها في الجزء الأوّل^(٣). وحينئذٍ يكون

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٢.

(٣) راجع الجزء الأوّل: ٤٢٣ - ٤٢٨.

جواز هبته موافقاً للقاعدة، فلا وجه لاستثنائها من القاعدة.

وأما لحوم الأضاحي: فيستدلّ على عدم جواز بيعها بخروجها عن ملك المضحى بالذبح، فإنّه يستحقّها المساكين^(١).

وأنت خير بأنّ خروجها عن ملك المضحى بالذبح يمنع من هبته أيضاً؛ لأنّ البيع والهبة من التصرفات المتوقّفة جوازها على الملك. وعليه فتدخل لحوم الأضاحي أيضاً في القاعدة عكساً.

وأما جلود الأضاحي: فلا دليل على عدم جواز بيعها إلّا دعوى خروجها عن ملك المضحى بالذبح، وقد عرفت أنّ هذا الدليل يمنع من هبتها أيضاً. بل الظاهر من بعض النصوص جواز التصرف فيها بالبيع والهبة وغيرهما، وإن كان مكروهاً، كصحيح عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام، سأله عن جلود الأضاحي هل يصلح لمن ضحى بها أن يجعلها جراباً؟ قال عليه السلام: «لا يصلح أن يجعلها جراباً إلّا أن يتصدّق بثمنها»^(٢)، فإنّه ظاهر في الكراهة، كما أنّ الظاهر من قوله: «أن يجعلها جراباً» هو إرادة المثال.

وأما الثمرة المختلطة واللقطة: فيصحّ استثنائهما؛ لعدم اشتراط العلم بمقدار الموهوب، بخلاف المبيع أو الثمن؛ فإنّ العلم بهما يعتبر في صحّة البيع، ولا بيع في المجهول؛ كما مرّ تفصيله ذيل قاعدة «لا بيع في المجهول». فراجع^(٣).

ومن هنا يظهر أنّ المال المجهول يستثنى من عكس القاعدة، فلا يشمل كل ما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته؛ لما مرّ من جواز هبة المجهول وعدم جواز بيعه. وأما الموصوف في الذمّة؛ وهو أن يسلم في شيء موصوف إلى أجل معلوم

(١) منتهى المطلب ٢: ٧٥٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٠: ١٥٢، الباب ٤٣ من أبواب الذبح، الحديث ٤.

(٣) راجع الجزء الأول: ٤١١.

ويذكر الصفات المقصودة فلا خلاف في صحة بيعه كما في المبسوط^(١) والمهذب^(٢) والسرائر^(٣).

وأما هبته فلم أجد ما يدل على عدم صحتها، بل مقتضى أصالة الصحة وإطلاق الأدلة الدالة على مشروعيتها هو الصحة.

وأما الدين في ذمة الغير: فنقول: إن في صحة هبة الدين لغير من هو عليه قولان:

أحدهما: العدم؛ لأن القبض شرط في صحة الهبة، وما في الذمة يمتنع قبضه، لأنه ماهية كلية لا وجود لها في الخارج، وتشخيصه بالجزئيات التي يتحقق الحق في ضمنها يخرجها عن الدين^(٤).

وثانيهما: الصحة كما ذهب إليه الشيخ^(٥) وابن إدريس^(٦) والعلامة^(٧)؛ لأنه يصح بيعه والمعاوضة عليه، فصحت هبته للغير.

والأصح هو الثاني؛ لأن قبض الكلي يتحقق بقبض فرد، فيقبضه المالك أو يوكله في القبض عنه، ثم يقبض من نفسه.

وما قيل: من الفرق بين البيع والهبة؛ بأن القدرة على تسليمه يكفي فيها ما به يتحقق المعاوضة، وفي تحققها يكفي القدرة على تسليم بعض أفراد الماهية المحدود أحد العوضين، ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض، ثم يستحق المطالبة بالإقباض، بخلاف الهبة؛ فإن الإقباض له دخل في حصول الملك، فلا بد أن يقبض الواهب الدين ثم يقبضه المتهب، فامتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين^(٨).

(١) المبسوط ٢: ٧٦. (٢) المهذب ١: ٣٥١. (٣) السرائر ٢: ٢٤٢.
(٤) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٦. (٥) الخلاف ٣: ٥٧٢. (٦) السرائر ٣: ١٧٦.
(٧) المختلف ٢: ٤٨٧. (٨) جامع المقاصد ٩: ١٣٨.

فأجاب عنه الشهيد في المسالك بقوله: «إنّ ما في الذمّة إن كان موجوداً متحقّقاً يمكن قبضه وتسليمه فيعه وهبته صحيحان؛ لحصول الشرط والقدرة على القبض. ولا يقدح استحقاق المبيع من دون القبض دون الهبة؛ لأنّا لا نحكم بصحة الهبة حينئذٍ إلّا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلّقت بعين خاصّة إلّا بعد قبضها، لكن نقول: إنّ القبض لمّا كان ممكناً بقبض بعض أفراد الماهية التي جوّزتم بيعها كذلك جاز هبتها، وتوقّفت صحتها على حصول قبضها على ذلك الوجه. ولا شبهة في أنّ الدين مملوك للواهب قبل قبضه، وقبضه ممكن على الوجه المذكور، فصحت هبته وتوقّفت على قبضه»^(١).

ولقد أفاد صاحب الجواهر أيضاً في دفع الفرق بين البيع والهبة بما ذكر، وإليك نصّ كلامه: «ولا يقدح الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض، بخلاف الهبة؛ لأنّا لا نحكم بصحة الهبة حينئذٍ إلّا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلّقت بعين خاصّة إلّا بعد قبضها، وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهية الذي وجوده عين الوجود الكلّي». ثمّ قال: «كلّ ذلك مضافاً إلى ما يشعر به صحيح صفوان - سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه، فقال له: ليس عليك في شيء في الدنيا والآخرة، يطيب ذلك له؟ وقد كان وهبه لولد له؟ قال: «نعم، يكون وهبه له، ثمّ نزع فجعله لهذا»^(٢) - من صحة هبته، وإنّما جاز له نزع منه لعدم حصول القبض وإطلاق لفظ النزع باعتبار إيجاد عقد الهبة الذي هو جزء السبب المملّك.

ومن ذلك يظهر لك أنّ حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه ورميه

(١) مسالك الأفهام: ٦: ١٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الهبات، الحديث ١.

بالندور وتأويله بإرادة المجاز من إطلاق الهبة؛ بمعنى العزم عليها ونحو ذلك. كما أنه ظهر لك منه قوة القول بالصحة، كما عن المبسوط والسرائر والمختلف وغيرها. وفي المسالك: أنه متجه. بل عن المبسوط أنه الذي يقتضيه مذهبنا. ولعله لذا ترك الترجيح في محكي التذكرة والإيضاح والدروس»^(١).

هذا كله في هبة الدين لغير من هو عليه. وأمّا هبة الدين لمن هو عليه فصحت بلا إشكال، وأفادت فائدة الإبراء. قال في الجواهر: «وإن كان له صحّ بلا خلاف أجده فيه، بل في بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الاتفاق عليه. ولعله لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام سأله عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له، أله أن يرجع فيها؟ قال عليه السلام: لا»^(٢)»^(٣).

فيظهر ممّا ذكرنا أنه تجوز هبة الدين في ذمة الغير كما يصحّ بيعه، فلا يصحّ استثنائها من أصل القاعدة، بل تكون من مطبقات القاعدة أصلاً، كما جعله العلامة أيضاً من موارد تطبيق القاعدة وقال: «لو وهب الدين على غير من هو عليه قال الشيخ وابن إدريس: إنه جائز. وهو الوجه؛ لأنه يصحّ بيعه والمعاوضة عليه كالعين فصحت هبته»^(٤).

وأمّا هبة المريض: فالتحقيق أن هبته نافذة، لأنها من منجزات المريض، والأقوى أن منجزاته جائزة، وفاقاً للمحكي عن ظاهر الكافي^(٥)، والفقيه^(٦) والمقنعة^(٧) والانتصار^(٨) والنهاية^(٩) والمبسوط^(١٠) والغنية^(١١) والمهذب^(١٢) والوسيلة^(١٣).

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٦١ - ١٦٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٢، الباب ١ من أبواب كتاب الهبات، الحديث ١.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ١٦٢. (٤) المختلف ٦: ١٣.

(٥) الكافي ٧: ٧.

(٦) الفقيه ٤: ٢٠٢ ح ٥٤٦٦.

(٧) المقنعة: ٦٧١.

(٨) الانتصار: ٢٢٤.

(٩) النهاية: ٦١٨.

(١٠) المبسوط ٣: ٢٩٨ - ٢٩٩.

(١١) غنية النزوع: ٢٩٩.

(١٢) المهذب ٢: ١٠٦.

(١٣) الوسيلة: ٣٧٢.

والمراسم^(١) والسرائر^(٢) والجامع للشرائع^(٣) وكشف الرموز^(٤) ومجمع الفائدة^(٥) والكفاية^(٦) والرياض^(٧). بل في الرياض: «أنه المشهور بين القدماء»^(٨). وعن الانتصار والغنية «الإجماع عليه»^(٩). ويستدل عليه بأمور:

الأول: قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، لقوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١٠)، فلهم التصرف فيها كيف شاؤوا إلا أن يمنع منه مانع، ولا مانع من تصرف المريض في أمواله بالهبة والوقف وغيرهما.

الثاني: الأخبار الواردة في أن صاحب المال أحق بماله:

منها: رواية سماعة عن أبي عبد الله ﷺ، قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ: الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال: «هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت»^(١١).

وهذه الرواية رواها في الوسائل بطريق آخر عن سماعة عن أبي بصير، عن أبي عبد الله ﷺ، وزاد: «أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حيًا، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضرب بورثته»^(١٢). وحمله على غير المريض يأبى عنه جعل الموت غاية للحكم، بل إطلاقه يشمل المريض أيضاً.

ومنها: رواية عمار بن موسى الساباطي، أنه سمع أبا عبد الله ﷺ، يقول:

(١) المراسم: ٢٠٢. (٢) السرائر ٣: ٢١٣. (٣) الجامع للشرائع: ٤٩٧.
(٤) كشف الرموز ٢: ٩١. (٥) مجمع الفائدة ٩: ٢١٥. (٦) كفاية الأحكام: ١٥١.
(٧) و٨) رياض المسائل ٩: ٥٤٥. (٩) الانتصار: ٢٢٤، الغنية: ٢٩٩.
(١٠) عوالي اللآلي ١: ٤٥٧. (١١) الكافي ٧: ٨.
(١٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨١، الباب ١٧ من أبواب كتاب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

«صاحب المال أحقّ بماله مادام فيه شيء من الروح، يضعه حيث شاء»^(١).
ومنها: رواية أخرى لعَمَّار بن موسى الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:
قلت: الميّت أحقّ بماله مادام فيه الروح يبيّن به؟ قال: «نعم، فإن أوصى به فليس
له إلّا الثلث»^(٢).

ومنها: رواية ثالثة لعَمَّار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل بعض
ماله لرجل في مرضه، فقال: «إذا أبانه جاز»^(٣).

ومنها: رسالة مزارم عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي شيء من ماله في
مرضه، قال: «إذا أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث»^(٤).

وأما ما ورد من الأخبار فيما يستحقّ الإنسان عند موته من ثلثه بحيث
يستقلّ بالتصرّف فيه، كالنبويّ «إن الله قد تصدّق عليكم بثلاث أموالكم في آخر
أعماركم زيادة في أعمالكم»^(٥) ومصحّحة عليّ بن يقطين، سألت أبا الحسن عليه السلام
وقلت: ما للرجل من ماله عند موته؟ فقال: «الثلث، والثلث كثير»^(٦)، ومصحّحة
شعيب بن يعقوب عن أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ما له
من ماله؟ قال: «له ثلث ماله، وللمرأة أيضاً»^(٧) فالظاهر منها الوصيّة، بل الظاهر
من مصحّحة عليّ بن يقطين ومصحّحة شعيب أنّ السؤال عمّا يمكن أن يكون بعد
الموت للإنسان بأن يوصي في حياته لأن يصرف بعد مماته، لا عمّا يستقلّ
الإنسان قبل الموت بالتصرّف فيه.

وأما ما دلّ على التفرقة في العطية بين حالتي الصحة والمرض، مثل رواية

(١) و٢ و٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٤ و٧ و٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١٠.

(٥) المبسوط (للسرخسي) ٢٧: ١٤٣، تحفة الفقهاء (للسمرقندي) ٣: ٢٠٧.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٣، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوصيّة، الحديث ٨.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوصيّة، الحديث ٢.

سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في عطية الوالد لولده، قال: «أما إذا كان صحيحاً فهو له ما يصنع به ما شاء، وأما في مرضه فلا يصلح»^(١)، ورواية جراح: «إذا أعطاه في صحته جاز»^(٢)، ومصححة أبي بصير عن الرجل يخصّ بعض ولده بالعطية، قال عليه السلام: «إذا كان مؤسراً فنعم، وإن كان معسراً فلا»^(٣) فالظاهر من قوله عليه السلام: «لا يصلح» في رواية سماعة الكراهة المسببة عن حصول التباغض بين الأولاد لتفضيل بعضهم على بعض، كما أنّ الظاهر من قوله عليه السلام «جاز» في رواية جراح هو عدم المرجوحية. ويؤيده ما في مصححة أبي بصير من التفصيل بين الإعسار والإيسار، حيث يزول مع الإيسار علّة الكراهة.

وبالجملة: فدلالة الأخبار على نفوذ منجزات المريض واضحة لا سترة فيها، ولا يعارضها ما مرّ من الروايات، ولو سلّم فما دلّ على نفوذها أظهر دلالة منها. وأما الاستدلال عليه باستصحاب حال الصحة، حيث كان المالك في تلك الحال جائز التصرف فيه كيف شاء، والأصل بقاء ما كان على ما كان، فلا مجال له في المقام؛ لأنّ الاستصحاب وإن كان عندنا من القواعد الفقهيّة ولكنّه من القواعد التي يطبّق على المسائل إذا لم نظفر على دليل خاصّ أو عامّ يدلّ على حكمها، وقد ثبت ما يدلّ على نفوذ هبة المريض من قاعدة السلطنة والأخبار الخاصّة. نعم يؤيّد جواز هبة المريض باستمرار السيرة على عدم ضبط ما يحابي الإنسان في مرضه من الصدقات وهدايا الطبيب ونحو ذلك.

وعليه فيصحّ هبة المريض كما يصحّ بيعه، فتكون هبته داخلة في أصل القاعدة. وأما المحجور عليه: فقد مرّ في قاعدة «المحجور ممنوع» أنّه ممنوع من التصرف مستقلاً في ماله مطلقاً، كان التصرف فيه بيع أو صلح أو هبة أو إقراض أو غيرها.

(١) و٢ و٣ وسائل الشيعة ١٣: ٣٨٤، الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١١ و١٤ و١٢.

فالحاصل: أنه لا وجه لاستثناء ما ذكره الشهيد من القاعدة، لا أصلاً ولا عكساً إلا المال المجهول، فإنه كما مرّ يستثنى من عكس القاعدة، فلا يشمل «كل ما لا يصحّ بيعه لا تصحّ هبته»؛ لما مرّ من جواز هبة المجهول؛ لانتفاء المقابل فيهما، بخلاف بيعه، فإنه لا يجوز بيعه، لقاعدة «لا يبيع في المجهول».

المقام الرابع: في التطبيقات

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً.

أما في الأصل: فهي كل ما يكون بيعه صحيحاً، وهو كل شيء كان فيه منفعة محللة معتدة بها، كما مرّ تفصيله ذيل قاعدة «كل ما فيه منفعة محللة فيجوز بيعه». وأما في العكس: فهي كل ما لا يكون بيعه صحيحاً إلا ما كان المانع من بيعه كونه مجهولاً، فلا تصحّ هبة ما لا منفعة فيه أصلاً، ولا ما فيه منفعة محرّمة.

ونشاهد في كلمات الفقهاء أيضاً عملية تطبيقها على بعض الموارد:

منها: قول الشيخ في الخلاف: «إذا كان له على غير حقّ جاز له بيعه ويكون مضموناً وتجوز هبته... ولا مانع يمنع من هبته»^(١).

ومنها: قول ابن حمزة في الوسيلة: «فإن كان بمنى وسابق الأضحى مع الإحرام وأشعر أو قلّد لم يجز بيعه ولا هبته»^(٢).

ومنها: قول العلامة في التذكرة: «الكلب قسمان: مملوك، مثل كلب الصيد والزرع والماشية، فهذا تصحّ هبته وإقباضه. والثاني: غير مملوك، وهو كلب الهراش، ولا تصحّ هبته كما لا يصحّ بيعه»^(٣).

ومنها: قولهم بعدم صحّة هبة الولاء كما لا تصحّ بيعه.

ومنها: قولهم بعدم جواز هبة الأراضي المفتوحة عنوة كما لا يجوز بيعها.

(١) الخلاف: ٥٧٣. (٢) الوسيلة: ١٨٥. (٣) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٤١٦: ٤١٧.

القاعدة الثانية

قاعدة لا حكم للهبة ما لم يقبض الموهوب

ومن القواعد المختصة بباب الهبة قاعدة «لا حكم للهبة ما لم يقبض

الموهوب» والبحث عنها يقع في جهات:

الجهة الأولى: في بيان مفادها

فنقول: إنَّ المراد من قولنا: «لا حكم» هو نفي صحّة الهبة وانعقادها بدون القبض أصلاً، فلا يترتب على الهبة قبل القبض ما يترتب عليها بعد القبض من الأحكام والآثار الشرعيّة المثبتة للهبة الصحيحة.

والمراد من القبض في المقام هو مطلق استيلاء المتهب أو ما يقوم مقامه على

الموهوب؛ بمعنى عدم منع الواهب.

فيكون مفادها: أنّه ليس للهبة قبل القبض مالها من الآثار والأحكام الشرعيّة

التي سنذكر بعضها في تطبيقات القاعدة إن شاء الله تعالى.

الجهة الثانية: في مستندها

ويستدلّ عليها بأمور:

الأوّل: الروايات

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتّى

يقبضها، والصدقة جائزة عليه»^(١).

وتقريب الاستدلال به: أنه يدلّ على نفي الهبة ما لم يقبض الموهوب، والنفي فيه ظاهر في النفي التشريعي، لا التكويني. والنفي التشريعي عبارة عن نفي ترتب الآثار والأحكام الشرعية. فدلالته على نفي الصحة بدون القبض ممّا لا ريب فيه. وأمّا ضعف سنده بموسى بن عمر حيث كان مشتركاً بين الثقة^(٢) والمهمّل^(٣) فينجبر بالشهرة، كما يأتي.

ومنها: موثقة داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الهبة والنحلة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها - قال: - هو ميراث، فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز»^(٤).

ومنها: رسالة أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «النحل والهبة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها، قال: هي بمنزلة الميراث، وإن كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز»^(٥).

وتقريب الاستدلال بهما أنّ الظاهر منهما بقاء الموهوب على الملكية للواهب قبل القبض، ولذا كان ميراثاً، ضرورة أنّه لو كانت الهبة صحيحة تفيد الملكية للمتّهب لم ترجع ميراثاً.

وقد يستدلّ على عدم اعتبار القبض في صحّة الهبة وأنّه شرط في اللزوم بصحّة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة جائزة، قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتّى تقبض، وإنّما أراد الناس ذلك

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٧.

(٢) وهو موسى بن عمر بن بزيع.

(٣) وهو موسى بن عمر بن يزيد.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٧، الباب ٥ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٤، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ١.

فاخطأوا»^(١)، وخبر عبدالرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا تصدَّق الرجل بصدقة أو هبة، قبضها صاحبها أو لم يقبضها، علمت أو لم تعلم، فهي جائزة»^(٢). وأجيب عنه: أولاً: بأنَّهما لا يقاومان الأخبار السابقة الدالة على اعتبار القبض في صحَّة الهبة، لا اعتضاها بالشهرة المحقَّقة بل الإجماع المحكيَّة، كما سيأتي.

وثانياً: بأنَّ مقتضى الخبرين عدم اعتبار القبض أصلاً، لا كونه شرطاً في اللزوم، مع أنَّ شرطية القبض مجمع عليه، وإنَّما اختلفوا في أنَّه شرط في الصحَّة أو في اللزوم.

وثالثاً: أنَّ ظاهر صحيحة أبي بصير هو الفرق بين الهبة والنحلة، ولا فرق بينهما في اشتراط القبض إجماعاً.

ورابعاً: أنَّه لا معنى لكون القبض شرطاً في اللزوم؛ لأنَّ الهبة جائزة بعد القبض أيضاً، إلَّا في بعض الموارد مثل هبة ذي الرحم ونحوها.

وخامساً: أنَّ في المراد من القابض في خبر عبدالرحمن وجهين، أحدهما: أن يكون المراد به هو الواهب. وثانيهما: أن يكون المراد به الموهوب له. ودلالته على اعتبار القبض في اللزوم إنَّما تتم على التقدير الأخير دون الأوَّل. وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

ودعوى: أنَّ مقتضى عموم الأمر بالوفاء بالعقود هو حصول الملكية قبل القبض، فلا يكون القبض شرطاً للصحَّة، فاسدة؛ لأنَّ مقتضاه حصول الملكية اللازمة، ولا خلاف في جواز الرجوع فيها قبل القبض.

وربَّما يحتمل ورود الخبرين مورد التقيَّة؛ لما يستفاد من التتبُّع في أخبار الهبة أنَّ المراد بالجواز حيث يطلق فيها هو اللزوم دون الصحَّة، ألا ترى إطلاقه عليه في

(١ و ٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٥، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٤ و ٣.

روايات الهبة بذوي الرحم؛ حيث قال: «يجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(١). فإنه صريح في أن المراد من الجواز ما يقابل جواز الرجوع. وعلى هذا يحتمل أن يكون المراد فيهما هو اللزوم، كما فهمه الشيخ في الاستبصار^(٢). وحينئذ يكون مفادهما ممّا لم يقل به أحد من الطائفة؛ لاتفاقهم على عدم اللزوم قبل القبض، بل أكثر أفراد الهبة جائزة بعد القبض أيضاً.

الثاني: الإجماع

قال في الرياض: «ولا بدّ فيها من القبض أيضاً بلا خلاف، بل عليه الإجماع في المسالك وغيره كما يأتي. وهو الحجّة»^(٣).

ثم قال - بعد ذكر خبر داود وأبان وأبي بصير - : «وصريح الأولين وظاهر الثالث كالعبارة وما ضاهاها عن عبارة الجماعة أن القبض شرط الصحة، وبه صرح الحلبي والأكثر كما حكاه الحلبي، بل ظاهر الدروس والمحقق الثاني وصريح التذكرة ونهج الحق وفخر الإسلام الإجماع عليه. وهو حجّة أخرى زيادة على الخبرين»^(٤).

ثم أشار إلى ما نقل من مخالفة بعض الأصحاب، وقال: «وعدم قدح بخروج معلوم النسب على تقديره في حجّة الإجماع مطلقاً، محققة ومحكية، كما عليه الأصحاب كافة»^(٥).

ولكن دعوى الإجماع على كون القبض شرطاً في الصحة مشكل جداً. كيف

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٨، الباب ٦ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ١.

(٢) الاستبصار ٤: ١٠٨.

(٣) (٤ و ٣) رياض المسائل ٩: ٣٧٧ و ٣٧٨.

(٥) رياض المسائل ٩: ٣٧٧ - ٣٧٨. وراجع المسالك ٦: ١٧، والكافي في الفقه: ٣٢٢.

والسرائر ٣: ١٧٣، والدروس ٢: ٢٨٦، وجامع المقاصد ٩: ١٤٨، والتذكرة ٢: ٤١٧.

ونهج الحق: ٥١٠، وإيضاح الفوائد ٢: ٤١٢.

وصريح كلام الشيخ في المبسوط عدم كونه شرطاً فيها، فإنه قال: «الموهوب ما لم يقبض فللوارث فيه الخيار إن مات هو»^(١). وقال في المسالك: «ذهب جماعة منهم أبو الصلاح والعلامة في المختلف ونقله ابن إدريس عن المعظم مع اختياره الأول إلى الثاني»^(٢).

وحمل اللزوم في كلام بعض الأصحاب على الصحة كما في الدروس^(٣) غير واضح؛ فإن العلامة في المختلف^(٤) نقل القولين - أي القول بكونه شرطاً في الصحة وكونه شرطاً في اللزوم - واحتجّ لهما، ثم اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر؟! نعم، كون القبض شرطاً للصحة مشهور ومعروف جداً، فينجر به ضعف سند بعض ما مرّ من الروايات.

الثالث: قاعدة الاستصحاب

وقد يستدلّ عليها بأصالة بقاء الملك على ملك مالكة وعدم تأثير العقد في مقتضاه، وخرج منه ما بعد القبض بالإجماع، وأورد عليه: بأنه يتحقق الناقل في المقام، فإنّ عموم الأمر بالوفاء بالعقد يمنع عدم تأثير عقد الهبة قبل القبض، بل يقتضي تأثيره في النقل مطلقاً. وفيه: أنّه إن أريد من الأمر بالوفاء ما هو ظاهره من لزوم الوفاء بالعقد، يلزم القول بكون الهبة لازمة بمجرد الإيجاب والقبول، سواء قبض الموهوب أم لا. ومعلوم أنّ الرجوع في الهبة قبل القبض مجمع عليه، فيكون الإجماع على خلافه. وإن أريد به لزوم الوفاء بما يقتضيه العقد من اللزوم أو الجواز فلا يدلّ على المطلوب؛ لتوقف الدلالة حينئذٍ على ثبوت مقتضاه وأنّه الصحة، وهو أوّل الدعوى.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ١٧ - ١٨.

(٤) المختلف: ٤٨٦.

(١) المبسوط ٣: ٣١٥.

(٣) الدروس ٢: ٢٨٦.

نعم يمكن أن يقال: أن قاعدة الاستصحاب من القواعد التي يرجع إليها بعد الفحص واليأس عن الظفر بدليل خاص أو عام على الحكم، وقد مرّ دلالة الروايات المتقدمة بعد انجبار ضعف سند بعضها بالشهرة على عدم صحة الهبة قبل القبض، فلا مجال للتمسك بقاعدة الاستصحاب. نعم يمكن تأييد هذا القول بها، كما قال صاحب الرياض: «فإذا لا مسرح عن هذا القول ولا مندوحة، سيما مع تأييده بأصالة بقاء الملك لملكه إلى أن يتحقق الناقل»^(١).

الجهة الثالثة: دليل اعتبار عدم منع الواهب

المشهور أنه يعتبر في القبض أن يكون بإذن الواهب. قال في المسالك: «هذا ممّا لا خلاف عندنا؛ ولأنّ التسليم لما لم يكن مستحقاً على الواهب كان قبض المتّهب بغير إذنه كقبض ماله كذلك، وهو محرّم لا يترتب عليه أثر»^(٢). وقال في الجواهر: «ويشترط في صحة القبض الذي هو شرط في صحة الهبة على ما عرفت إذن الواهب، كما في غيره ممّا اعتبر فيه القبض بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»^(٣).

أقول: إن كان المراد من الإذن في المقام هو استيذان الواهب في الاستيلاء على الموهوب بعد العقد بحيث كان اللازم على المتّهب أن يستأذن الواهب استيلاءه على الموهوب بعد العقد، فإذا إذن له واستولى عليه يكون القبض صحيحاً، وإلا فلا، فالحقّ أنّه دعوى بلا دليل، بل إطلاق ما دلّ على اعتبار القبض يقتضي كفاية مجرد وصول الموهوب إلى المتّهب.

وإن كان المراد منه مجرد رضاه بتسلّط المتّهب على الموهوب، فلا شكّ في

(١) رياض المسائل ٩: ٣٧٨.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢١.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٠.

اعتباره، «لأنه لا يحلّ مال امرئ إلا عن طيب نفسه»^(١). وحينئذٍ فمجرد الإيجاب إذا لم يكن عن إكراه يكشف عن رضاه ولا يحتاج إلى استيذان آخر. فالأولى أن يقال: يعتبر في القبض أن يكون مع عدم منع الواهب منه، فإنّ عدم منعه دليل على عدم رجوعه عمّا رضى به بالإيجاب من استيلاء المتّهب عليه مجاناً.

الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

وتطبّق القاعدة على فروع:

منها: أنّ النماءات المتخلّلة بين العقد والقبض للواهب؛ لعدم ترتّب أحكام الهبة على الموهوب قبل القبض، فإنّه مقتضى قاعدتي «لا حكم للهبة ما لم يقبض» و«النماء تابع للملك».

ومنها: أنّه لو مات الواهب أو الموهوب بعد العقد وقبل القبض كانت ميراثاً؛ لقاعدة «لا حكم للهبة ما لم يقبض الموهوب».

ومنها: أنّ فطرة المملوك الموهوب الغير المقبوض بعد الهلال للواهب، لعدم نقله قبل الهلال إلى المتّهب، بل يكون باقياً على ملك الواهب، لقاعدة «لا حكم للهبة ما لم يقبض».

ومنها: أنّ نفقة الحيوان في المدّة المتخلّلة بين العقد والقبض للواهب، لأنّه حينئذٍ يكون باقياً على ملك الواهب، لقاعدة «لا حكم للهبة ما لم يقبض».



مرکز تحقیقات کاپویر علوم اسلامی

الفصل السادس والعشرون

فيما يختصّ بباب السبق والرماية



وفيه قاعدة:

قاعدة لا سبقَ إلا في ثلاث: مركز تحقيقات كميّة علوم إسلاميّة

قاعدة لا سَبَقَ إِلَّا فِي ثَلَاثَ

ومن جملة القواعد الفقهية قاعدة «لا سَبَقَ إِلَّا فِي ثَلَاثَ». وهذه من جملة القواعد التي تختصّ بباب السبق والرماية. والبحث عنها يقع في جهات. وحيث كانت من القواعد المنصوصة فلا بدّ لنا من تقديم البحث عن مدرّكها على البحث عن سائر الجهات.

مركز تحقيقات مكتبة آية الله العظمى

الجهة الأولى: في مدرّكها

وتدلّ عليها الروايات:

منها: ما عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سمعته يقول: «لا سبق إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ؛ يعني: النضال»^(١).

ومنها: ما عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا سبق إِلَّا فِي حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ أَوْ خُفٍّ»^(٢).

ومنها: ما عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا سبق إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ؛ يعني: النضال»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٨، الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرماية، الحديث ٢ و ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب كتاب السبق والرماية، الحديث ٤.

ومنها: ما عن دعائم الإسلام عن عليٍّ عليه السلام عن رسول الله ﷺ رخص في السبق بين الخيل، وسابق بينها، وجعل ذلك أواقي من فضة، وقال: «لا سبق إلا في ثلاث: في خفٍّ أو حافرٍ أو نصل»^(١).

وهذه الرواية مروية أيضاً في كتب العامة^(٢) بسند صحيح عن ابن أبي ذئب عن نافع بن أبي نافع عن أبي هريرة.

ومنها: رواية العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «قال رسول الله ﷺ: إن الملائكة تحضر الرهان في الخفِّ والحافر والريش. وما سوى ذلك قمار حرام»^(٣). ومنها: ما عن الإمام الصادق عليه السلام عن النبي ﷺ: «إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفِّ والريش والنصل»^(٤).



الجهة الثانية: في بيان مفادها

وحيث كانت القاعدة من القواعد المنصوصة فلا بدّ لنا في توضيح مفادها من بيان مفرداتها وهي أمور:

الأول: «لا سبق»

وفي كلمة «السبق» وجهان:

أحدهما: السَّبَقُ بسكون الباء، وهو مصدر لكلمة سَبَقَهُ إلى كذا؛ أي تقدّمه وخلفه وغلبه على كذا.

(١) دعائم الإسلام ١: ٣٤٥، مستدرك الوسائل ١٤: ٨٠، الباب ٢ من أبواب السبق والرماية، الحديث ١٦١٤٦.

(٢) كتاب المسند (للشافعي): ٣٤٩، سنن أبي داود ١: ٥٨٠، السنن الكبرى (البيهقي) ١٠: ١٦، لسان الميزان ٤: ٤٣٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب السبق والرماية، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٧، الباب ١ من أبواب السبق والرماية، الحديث ٦.

وثانيهما: السَّبَق بفتح الباء، وهو ما يجعل من المال للسابق على سبقه، وهو العوض الذي يتراهن عليه المتسابقون.

والمشهور بين العامة بل الخاصة قراءه الفتح. فنقل عن الخطابي أن الرواية الصحيحة بالفتح^(١).

وقال الشهيد في المسالك: «والمشهور في الرواية فتح الباء من «سَبَق»، وهو العوض المبذول للعمل كما سيأتي. وماهيته المنفية غير مرادة، بل المراد نفي حكم من أحكامها أو مجموعها بطريق المجاز كنظائره، وأقرب المجازات إليه نفي الصحة. والمراد أنه لا يصح بذل العوض في هذه المعاملة إلا في هذه الثلاثة. وعلى هذا لا ينفي جوازها بغير تعويض. وربما رواه بعضهم بسكون الباء وهو المصدر - أي لا يقع هذا الفعل إلا في الثلاثة - فيكون ما عداها غير جائز. ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الإقدام، ورمي الحجر، ورفعها، والمصارعة، وبالآلات التي تشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز أم لا؟ فعلى رواية الفتح يجوز، وعلى السكون لا. وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للأصل، خصوصاً مع ترتب غرض صحيح على تلك الأعمال»^(٢).

ويرجح قراءة الفتح بأمور:

الأول: شهرتها، كما تقدّم في كلام الشهيد في المسالك. وقال المحدث الكاشاني أيضاً: «اختلفوا في ضبط هذه الرواية، في فتح الباء من لفظ السبق وفي سكونه، فإنه على الأول حيث يكون بمعنى العوض المبذول للعمل فيختص التحريم به كما سمعت؛ لأنه المنفي والمنهي عنه، وعلى الثاني - وهو كون الباء مسكّنة بجعله بمعنى المصدر، وهو كناية عن نفس العمل - فيكون محرماً وإن

(١) حاشية ردّ المختار ٦: ٧٢٢، فيض القدير ٦: ٥٥٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٦٩ - ٧٠.

لم يكن هناك بذل. والأوّل هو المشهور بين المحدثين والفقهاء»^(١).

الثاني: ما يظهر من رواية أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله عليه السلام: «إنّ الملائكة تحضر الرهان في الخفّ والحافر والريش، وما سوى ذلك فهو قمار حرام»^(٢)، وقوله عليه السلام: «إنّ الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل»^(٣)؛ فإنّ الظاهر أنّ المراد من كلمة «الرهان» فيهما هو ما يجعل من المتسابقين للسابق ملزماً، فإنّ الرهان جمع الرهن، والرهن في لسان العرب هو الشيء الملزم^(٤). وفي الصحاح: «راهنّت على كذا مراهنّة: خاطرته»^(٥). وقال في مجمع البحرين: «وأكثرهم على أنّ الرهان يختصّ بما يوضع في الأخطار. وتراهن القوم: أخرج كلّ واحد منهم رهناً ليفوز بالجميع إذا غلب»^(٦). وقال الراغب في مفرداته: «الرهن ما يوضع وثيقة للدين. والرهان مثله، لكن يختصّ بموضع الخطار»^(٧). فيستفاد من الروايتين المتقدمتين أنّ المستثنى في المقام هو جعل العوض ملزماً في المسابقة على الخفّ أو الحافر أو النصل، فيكشف أنّ المستثنى منه هو جعل العوض في المسابقة على غير الثلاث من الأفعال التي يسابق عليها، لا مطلق المسابقة وبدون الجعل.

ويؤيّد ذيل النبويّ الأوّل، حيث قال: «وما سوى ذلك فهو قمار حرام»؛ لأنّ القمار مع الرهان والعوض، قال في القاموس: «تقمّره: رآه فغلبه»^(٨)، وقال في مجمع البحرين: «أصل القمار: الرهن على اللعب بشيء»^(٩).

الثالث: السيرة القطعية على جواز المسابقة بسائر الأفعال إذا كان بلا عوض،

(١) الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع ١١: ٤٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب السبق والرماية، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٤٧، الباب ١ من أبواب السبق والرماية، الحديث ٦.

(٤) لسان العرب ١٣: ١٨٩. (٥) الصحاح ٥: ٢١٢٩. (٦) مجمع البحرين ٢: ٢٣٤-٢٣٥.

(٧) مفردات الراغب: ٣٦٧. (٨) القاموس المحيط ٢: ١٢١. (٩) مجمع البحرين ٣: ٥٤٧.

كالسباحة والمصارعة والمكاتبه والمشاعرة، كما ورد أن رسول الله ﷺ مرّ يقوم يربعون حجراً، فقال: «ما هذا؟». قالوا: نعرف بذلك أشدنا وأقوانا. فقال ﷺ: «ألا أخبركم بأشدكم وأقواكم؟». قالوا: بلى يا رسول الله! قال: «أشدكم وأقواكم الذي لم يدخله رضاه في إثم...»^(١)، كيف ولم ينكر عليهم. وورد في الروايات مصارعة الحسنين ﷺ بمحضر النبي ومكاتبتهما^(٢).

ومع الإغضاء عن ثبوت قراءة الفتح فالرواية مجملة ولا يجوز التمسك بها إلا في الموارد المتيقنة، وهي المسابقة بعوض. وأمّا المسابقة بغير العوض فالأصل جوازها.

ثم إن المراد من النفي ليس نفي الماهية، كما هو واضح، بل تحمل كلمة النفي على أقرب المجازات، وهو إمّا نفي جميع أحكام السبق التي منها المشروعية، وإمّا نفيها خاصة، فيكون المعنى: أن المال المرصود للسابق في المسابقات ليس للسابق ولا يجوز استيلاؤه عليه بمجرد السبق إلا في هذه الثلاثة.

ولا يذهب عليك: أن السبق المنفي في الخبر إنما هو العوض الذي جعله المتسابقين للسابق ملزماً، كما قال ابن منظور: «والسبق - بالتحريك - : الخطر الذي يوضع بين أهل السباق. وفي التهذيب: الذي يوضع في النضال والرهان في الخيل، فمن سبق أخذه، والجمع أسباق. واستبق القوم وتسابقوا: تخاطروا. وتسابقوا: تناضلوا»^(٣). وأمّا الجوائز والهدايا التي جعلها الحاكم العادل أو المؤسسات أو الأشخاص للمغالبة التي تعلق بها غرض صحيح عقلائي، كإعطاء الجوائز للمتسابقين في ميادين شتى، بعضها رياضية، وبعضها ثقافية، وبعضها دينية

(١) بحار الأنوار ٧٢: ٢٨.

(٢) مستدرک الوسائل ١٤: ٨١-٨٢، الباب ٤ من أبواب السبق والرمية، الحديث ١٦١٥٢.

(٣) لسان العرب ١٠: ١٥١.

كالمتسابقين في حفظ القرآن الكريم؛ فهي خارجة عن السَبَقِ المنفي تخصصاً، بل هي جعائل في الواقع على نحو الجعالة على عمل فيه غرض صحيح عقلائي.

الثاني: «الخَفَّ»

هل المراد من الخَفَّ هنا هو الإبل خاصة أو الأعمّ منه ومن الفيلة؟ فيه وجهان، بل قولان:

الأوّل: أن المراد بالخَفَّ هاهنا هو الإبل خاصة.

قال ابن منظور: «الخَفَّ خَفَّ البعير، وهو مجمع فرسن البعير والناقة. وفي الحديث: (لا سبق إلا في خَفٍّ أو نصل أو حافر) فالخَفَّ الإبل هنا»^(١).

وقال الجوهري: «الخَفَّ واحد أخفاف البعير»^(٢).

وفي مجمع البحرين: «الخَفَّ بالضم للإبل»^(٣).

وذهب إليه ابن قدامة^(٤) وابن الأثير^(٥) وابن عابدين^(٦) من العامة. وهو ظاهر بعض أصحابنا، كالمحقق في المختصر^(٧)، والسيد في رياض المسائل^(٨). ومال إليه صاحب الحدائق لولا الاتفاق على شموله للفيلة^(٩).

الثاني: أن الخَفَّ يشمل الإبل والفيلة. وهذا ما ذهب إليه أكثر الفقهاء من أصحابنا، منهم الشيخ في المبسوط^(١٠)، والمحقق في الشرائع^(١١)، والعلامة في التذكرة^(١٢) وابن البرّاج في المهدّب^(١٣)، وابن إدريس في السرائر^(١٤)، والشهيد في المسالك^(١٥)، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(١٦). بل ادّعى

(١) لسان العرب ٩: ٨١. (٢) الصحاح ٤: ١٣٥٣. (٣) مجمع البحرين ١: ٦٧١.

(٤) الشرح الكبير ١١: ١٢٨، المغني ١١: ١٢٩. (٥) النهاية (ابن الأثير) ٢: ٥٥.

(٦) حاشية ردّ المختار ٦: ٧٧٢. (٧) المختصر النافع: ١٦١. (٨) رياض المسائل ٩: ٢٤.

(٩) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣٦٤. (١٠) المبسوط ٦: ٢٩٠ - ٢٩١.

(١١) شرائع الإسلام ٢: ٤٦٣. (١٢) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٣٥٣.

(١٣) المهدّب ١: ٣٣٠. (١٤) السرائر ٣: ١٤٧.

(١٥) مسالك الأفهام ٦: ٨٥ - ٨٦. (١٦) مجمع الفائدة ١٠: ١٦٤.

صاحب الحدائق عدم الخلاف فيه، فقال: «لا خلاف بين أصحابنا فيما ذكر من دخول الإبل والفيلة تحت الخفّ، والفرس والبغال والحمار تحت الحافر. وإنما نقل الخلاف عن بعض العامة في الفيل، قال: لأنّه لم يحصل به الكرّ والفرّ، فلا معنى للمسابقة عليها، وردّ بعموم الخبر»^(١). وقال صاحب الجواهر أيضاً: «ويتناول الخفّ الإبل والفيلة اعتباراً باللفظ الشامل لذلك بلا خلاف أجده بيننا. بل ظاهر المسالك الإجماع عليه، بل حكاه فيها عن أكثر العامة أيضاً. نعم، عن بعضهم المنع، لأنّه لا يحصل بها الكرّ والفرّ، فلا معنى للمسابقة عليها. وكأنّه مال إليه بعض متأخري المتأخرين منّا. ولكنّه في غير محله، إذ هو كالا جتهاد في مقابلة النصّ. ودعوى انصرافه إلى الأوّل خاصّة، ممنوعة. على أن كرّ كل حيوان وفراره بحسب حاله»^(٢).

والتحقيق: أنّه لو ثبت الاتفاق على نفي السبق في الفيلة أيضاً فيستند بالإجماع في نفي السبق في الفيلة، وإلا فلا بدّ من الرجوع إلى أصالة الجواز؛ لعدم إمكان التمسك بعموم قوله ﷺ: «لا سبق»؛ لأنّ الخفّ - حينئذٍ - من قبيل المخصّص المتّصل المجمل من حيث المفهوم ويكون أمره دائراً بين الأقلّ والأكثر، وقد ثبت في محله سراية إجماله إلى العامّ من جهة اتّصاله، فلا يكون العامّ المخصّص حجّة في مورد الشك؛ لأنّ اتّصاله يمنع من انعقاد ظهوره من أوّل إلقائه إلّا في الإبل.

وبما ذكرنا يظهر فساد دعوى عموم قوله ﷺ: «خفّ»، كيف وقد خصّه كثير من أهل اللغة بالإبل خاصّة، كما مرّ. غاية الأمر أنّه مجمل ولا يصحّ التمسك به في إدخال الفيلة في المستثنى، كما لا يصحّ التمسك بعموم قوله: «لا سبق» لإدخالها في المستثنى منه. نعم، الأحوط عدم أخذ السبق على المسابقة عليها.

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢١٨.

الثالث: «الحافر»

لا ريب ولا خلاف في شموله للفرس. وإنما الكلام في أنه هل يشمل الحمار والبغل أم لا؟ فيه أيضاً وجهان، بل قولان:

أحدهما: أن الحافر في الحديث إنما يشمل الفرس ولا يدل على الحمار والبغال. وهذا ما يظهر من أكثر العامة^(١)، ومال إليه بعض أصحابنا^(٢).

قال ابن قدامة: «والحافر الخيل وحدها. وفي البغال والحمير وجهان؛ لأنّ لهما حوافر فتدخل في عموم الخبر. ولنا أن هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكرّ والفرّ ولا يقاتل عليها ولا يسهم لها»^(٣).

ثانيهما: أن الحافر في الحديث يشمل البغل والحمير.

قال الزبيدي في تاج العروس: «لا سبق إلا في خفّ أو حافر أو نصل. يريد أن يجعل لا يستحقّنه إلا في سباق الخيل والإبل وما في معنا الخيل والإبل». ثم قال: «ويدخل في معنى الخيل البغال والحمير؛ لأنّها كلّها ذات حافر، وقد يحتاج إلى سرعة سيرها ونجائها؛ لأنها تحمل أثقال العساكر»^(٤).

وهذا ما اختاره أكثر الفقهاء من أصحابنا الإماميّة مستدلاً بعموم الخبر، كالشيخ في المبسوط^(٥)، وابن البرّاج في المهدّب^(٦) وابن إدريس في السرائر^(٧)، والمحقّق في الشرائع والمختصر^(٨)، والعلامة في التذكرة^(٩). بل ادّعى الشهيد الثاني عدم الخلاف فيه، فقال: «يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل. لا خلاف عندنا في جواز المسابقة على الثلاثة، لدخولها تحت الحافر وصلاحيّتها للمسابقة

(١) المجموع ٥: ١٣٦، حاشية ردّ المختار ٦: ٧٢٢، مختصر العزني: ٢٨٧.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣٦٤، رياض المسائل ٩: ٢٤. (٣) المغني ١١: ١٢٩.

(٤) تاج العروس ٦: ٣٧٦. (٥) المبسوط ٦: ٣٩١. (٦) المهدّب ١: ٣٣١.

(٧) السرائر ٣: ١٤٦. (٨) شرائع الإسلام ٢: ٤٦٢، المختصر النافع: ١٦١.

(٩) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٢٥٣.

عليها في الجملة. وخالف بعض العامة في جوازها على الآخرين، لأنهما لا يقاتل عليهما غالباً ولا يصلحان للكرّ والفرّ. والنصّ حجة عليه»^(١).

والتحقيق: أن ما ذكر لكلا الوجهين مخدوش:

أما الاستدلال على المنع: بأنها لا يقاتل عليهما عملاً ولا يصلحان للكرّ والفرّ، ففيه: أنه يحتاج إليهما في القتال لحمل أثقال العساكر، وكانت سرعة سيرهما ونجائهما دخیلاً في الفتح. مضافاً إلى أن كَرَّ كل حيوان وفراره بحسب حاله.

وأما الاستدلال بعموم الخبر، ففيه: أنه لا عموم للحافر، بل هو في المقام من قبيل المخصّص المتصل المجمل من حيث المفهوم الدائر أمره بين الأقل والأكثر، وقد ثبت في محله أن إجماله يسري إلى العام المخصّص من جهة اتصاله الذي يمنع من انعقاد ظهوره من أول إلقائه إلا في الفرس، فلا يصح الاستدلال بعموم «الحافر» على إدخالهما في المستثنى كي يجوز أخذ السبق على المسابقة عليهما؛ لما عرفت من عدم عموم له، كما لا يصح الاستدلال بعموم «لا سبق» على إدخالهما في المستثنى منه والحكم بعدم جواز أخذ السبق على المسابقة عليهما؛ لسراية إجمال الحافر المخصّص المتصل إلى العام المخصّص، فيسقط عن الحجية بالنسبة إلى المشكوك ولا يمكن الرجوع إليه في إثبات حكم المشكوك.

وحينئذٍ فلو ثبت عدم الخلاف في جواز أخذ السبق في المسابقة عليهما وكان عدم الخلاف من الإجماع المصطلح فيستدلّ عليه بالإجماع، وإلا فلا بدّ من الرجوع إلى أصالة الجواز، وإن كان الأحوط عدم أخذه.

الرابع: «النصل»

هل المراد من النصل في المقام هو خصوص بعض آلات الحرب المحددة بحديدة أو يدخل فيه مطلق المحدّد، كالذبوس وعصا المداقق (المرافق) إذا جعل

(١) مسالك الأفهام ٦: ٨٦.

في رأسها حديدة ونحو ذلك؟ الظاهر هو الأول، بل التأمل في كلمات الأعلام ممّا يوجب القطع بأنّ المراد من النصل هو السهم والرمح والسكين والسيف.
قال في القاموس: «النصل والنصلان: حديدة السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض»^(١).

وقال في الصحاح: «النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح»^(٢).
وقال في مجمع البحرين: «النصل حديدة السهم والرمح والسكين والسيف ما لم يكن له مقبض»^(٣).

وقال الشيخ في المبسوط: «فالنصل ضربان: (أحدهما) نشابة - وهو للعجم - و(الآخر) السهم - وهي للعرب - والمزاريق^(٤) - وهي الردينيات^(٥) - والرماح والسيوف، كلّ ذلك من النصل ويجوز المسابقة عليه بعوض، لقوله: (لا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ أَوْ خَفٍّ أَوْ حَافِرٍ)، كلّ ذلك يتناوله اسم النصل»^(٦).

ونفس الكلام ذكره ابن البرّاج في المهدّب^(٧) وابن إدريس في السرائر^(٨).
وقال المحقّق في المختصر: «ويدخل تحت النصل السهام والحراّب والسيف»^(٩).

وقال العلامة في التذكرة: «والنصل لشمل النشاب - وهي للعجم - ، والسهم - وهو للعرب - ، والمزاريق - وهي الردينيات - والرماح، والسيوف، كلّ ذلك من النصل، واسمه صادق على الجميع»^(١٠).

وقال الشهيد في المسالك: «ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراّب

(١) القاموس المحيط ٤: ٥٧.

(٣) مجمع البحرين ٤: ٣٢٣.

(٥) الرديني: الرمح. ونسبته إلى ردينية، وهي امرأة اشتهرت بتقويم الرماح.

(٦) المبسوط ٦: ٢٩٠.

(٧) المهدّب ١: ٣٣٠.

(٨) السرائر ٣: ١٤٧.

(١٠) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٣٥٣.

(٩) المختصر النافع: ١٦١.

والسيف. المعروف أنَّ السهم هو النَّشَاب. وفي الصحاح: (النَّشَاب = السهام)، فظاهره أنَّهما مترادفان. وعلى هذا فعطف النَّشَاب على السهم من عطف المترادف. ويمكن أن يختصَّ أحدهما أو كلُّ منهما بنوع خاصٍّ أو بلغة، كما قيل: إنَّ السهم للعرب والنَّشَاب للعجم.

واعلم أنَّ حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغةً وعرفاً، فلا يدخل فيه مطلق المحدّد عملاً بالأصل السابق. قال في الصحاح: «النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح. ويحتمل الجواز بالمحدّد المذكور إمّا بإدعاء دخولها في النصل، أو لإفادتها فائدة النصل في الحرب. وقد كان بعض مشايخنا المعتمدين يجعل وضع الحديد في عصا المداق حيلة على جواز الفعل نظراً إلى دخوله بذلك في النصل»^(١).

وقال في رياض المسائل: «وحصر النصل في الأمور المزبورة هو المعروف في العرف واللغة، فلا يدخل فيه الدبوس والعصا المداق إذا جعل في رأسها حديدة على إشكال فيه»^(٢).

وقال في الجواهر - ردّاً على ما ذكره الشهيد من احتمال الجواز بالمحدّد -: «لا وجه للاحتمال المزبور بعد الاعتراف بأنَّ الحصر المزبور هو المعروف لغة وعرفاً، فإنَّ ادعاء دخولها يكون غلطاً حينئذٍ، كدعوى لحوقها في الحكم وإن لم تدخل في الموضوع، كما هو واضح»^(٣).

والحاصل: أنَّ التأمل في كلمات الأعلام من أهل اللغة والفقهاء يوجب القطع بأنَّ المراد من النصل في المقام هو السهم والرمح والسكين والسيف، والتعدّي إلى غيرها يحتاج إلى دليل، وهو مفقود في المقام.

إذا عرفت هذا، فمفاد القاعدة: أنَّ كلَّ عوض جعل من المتسابقين للسابق

(١) مسالك الأفهام ٦: ٨٥. (٢) رياض المسائل ٩: ٤٠٥. (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢١٨.

غير مشروع إلا ما جعل في المسابقة على الإبل أو الفرس أو السهم والسيف والسكين والرمح.

الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:

الأمر الأول: تحريف النبوي بزيادة لفظ «أو جناح»

قد اشتمل بعض الأخبار على زيادة «أو جناح» فنقل عن النبي أنه قال: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر أو جناح». ومن المتفق عليه أنه من الموضوعات.

قال الخطيب البغدادي: «حدثنا أحمد بن زهير، قال: سمعت أبي يقول: قدم على المهدي بعشرة محدثين، فيهم فرج بن فضالة وغيث بن إبراهيم وغيرهم. وكان المهدي (العباسي) يحب الحمام ويشتهيها. فأدخل عليه غياث بن إبراهيم، فقليل له: حدث أمير المؤمنين. فحدثه بحديث أبي هريرة «لا سبق إلا في حافر أو نصل» وزاد فيه «أو جناح». فأمر له المهدي بعشرة آلاف. فلمّا قام، قال: أشهد أن قفاك كذاب على رسول الله ﷺ، وإنما استجلبت ذاك أنا، فأمر بالحمام، فذبحت»^(١).

وهذه القصة ذكرها ابن الجوزي في الموضوعات^(٢)، والذهبي في ميزان الاعتدال^(٣)، وابن حجر في لسان الميزان^(٤)، وابن حبان في كتاب المجروحين^(٥)، وابن كثير في البداية والنهاية^(٦).

وقد ذكرها القرطبي في مقدّمة تفسيره باختلاف يسير ونسبها إلى الرشيد وأبي البختری القاضي وهب بن وهب^(٧).

(٣) ميزان الاعتدال ٣: ٣٣٨.

(٥) كتاب المجروحين ١: ٦٦.

(٧) تفسير القرطبي ١: ٨٠.

(١) تاريخ بغداد ١٢: ٣٢٠. (٢) الموضوعات ٣: ٧٨.

(٤) لسان الميزان ٤: ٤٢٢.

(٦) البداية والنهاية (ابن كثير) ١٠: ١٦٣.

الأمر الثاني: المراد من كلمة «الريش» في بعض الأخبار

قد عرفت أن بعض الأخبار اشتمل على زيادة كلمة «الريش»، ففي خبر علاء ابن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله: «أن الملائكة تحضر الرهان في الخفّ والحافر والريش»، وفي ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الملائكة لتنفّر عند الرهان، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل». وإنما الكلام في المراد من الريش في المقام. فهل المراد به الحمام، فيدلّ أن على جواز الرهان في الطيور أيضاً، أو المراد به السهم الذي في أسفله ريشة؟

ذهب المحقق البحراني إلى الأوّل. وقد أطنب الكلام في الحدائق في إضافة الطيور إلى الثلاثة.

وحاصل كلامه: أن المراد بالريش في هذه الأخبار هو الحمام، فيجوز المسابقة بها أيضاً. ويمكن الجمع بين ما دلّ على الاقتصار في جواز المسابقة بعوض على النصل والخفّ والحافر وبين هذه الأخبار الدالة على جوازها في الطيور أيضاً بحمل الأولى على الفرد الضروري منه الذي يعتدّ به من حيث يحتاج إليه في الجهاد ونحوه، أو يراد باعتبار الغالب؛ فإنّ الغالب من أفراد المسابقة هو هذه الثلاثة للعلّة المذكورة، وإن جاز السبق في غيرها. ويؤيّد ما اشتمل الأخبار عليه من عدم منافات ذلك للعدالة وعدم كونه مستوجباً للفسق؛ فإنّ المراد باللعب بالحمام فيها أمّا المسابقة أو الأعمّ، وإذا ثبت أن ذلك لا ينافي العدالة وجب الحكم بجوازه وأنّه لا يكون من قبيل اللعب والله المنهي عنه المخلّ بالعدالة»^(١).

وقال في مجمع الفائدة: «فيها دلالة على جواز الرهان في الطيور. وهو خلاف المشهور بين الأصحاب؛ فإنّهم يحرمون ذلك، إلّا أن يحمل على التقيّة كما حمل هذه الرواية عليها كما سبق، أو يحمل على السهام، فإنّ فيها ريشاً»^(٢).

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣٦١-٣٦٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٣٠.

وصرّح في كشف اللثام بالثاني، فقال: «النصل والريش؛ أي السهم»^(١).
وفي الجواهر أنّ المراد بالريش في تلك الأخبار السهم ذي الريش^(٢).
والتأمل في موارد استعمال كلمة «الريش» عطفاً على النصل يوجب
الاطمئنان بأنّ المراد منها في المقام هو السهم ذو الريش، فقد يعبر عنه في بعض
الأخبار باسم جزئه، وهو النصل الذي يكون بمعنى الحديد التي تستعمل في
السهم والرمح والسكين والسيف كما مرّ، وقد يعبر عنه في بعض آخر منها باسم
جزئه الآخر، وهو الريش الذي يلصق في السهم تحت القدح.
ويشهد لذلك ما رواه العامة عن روفيع بن ثابت: «كان أحدنا في زمان
رسول الله ﷺ يأخذ نضو أخيه على أن يعطيه النصف ممّا يغنم، وله النصف حتّى
إن أحدنا ليطيّر له النصل والريش وللآخر القدح»^(٣).
وقال في عون المعبود في تفسيره: «والقدح خشب السهم قبل أن يراش
ويركب فيه النصل، والنصل حديدة السهم، والريش من الطائر ويكون في
السهم»^(٤).

ويشهد لذلك أيضاً ما روي عن أبي سعيد الخدري، أنّه قال: سمعت
رسول الله ﷺ يقول: «سيخرج من بعدي أقوام يقولون الحقّ بالسنتهم وتأباه
قلوبهم، يقرأون القرآن لا يجاوز تراقيهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من
الرمية، ينظر إلى نصله لا يرى شيئاً، ثمّ ينظر إلى قدحه فلا يرى شيئاً، ثمّ ينظر إلى
ريشه فلا يرى شيئاً، ثمّ ينظر إلى رصافه فلا يرى شيئاً، فلا يعلق بهم من الدين إلّا
كما يعلق ذلك السهم»^(٥).

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢١٧.

(١) كشف اللثام ١٠: ٢٩٩.

(٤) عون المعبود (العظيم آبادي) ١: ٣٨.

(٣) المعجم الكبير ٥: ٢٩، سنن أبي داود ١: ١٧.

(٥) شرح الأخبار (للقاضي النعمان المغربي): ٤٣ - ٤٥.

وقال في شرح الأخبار في تفسير كلماته: «السهم: النبل الذي يرمى به. والنصل: حديدة السهم. والقدح: عود السهم. والرصاف: عقب يلوى على موضع النوق من السهم. والريش: هو الريش يلصق في السهم تحت الفرق»^(١). ومن هنا يظهر فساد كلام صاحب الحدائق من إضافة الطيور إلى الثلاثة مستدلاً على ذلك بتلك الأخبار المشتملة على كلمة الريش. وأما الأخبار المشتملة على اللعب بالحمام فهي ظاهرة في اللعب به فقط بلا مسابقة فضلاً عن المسابقة بعوض، فلا يكون تأييداً لجواز المسابقة بعوض في الطيور.

الأمر الثالث: ما يتوهم في تعميم المستثنى
وقد يتوهم تعميم المستثنى والحكم بجواز السبق في المسابقة بالطيور والمصارعة والأقدام.
أما جوازه في المسابقة بالطيور فعن بعض العامة جواز المسابقة المشتملة على عوض بالطيور، للحاجة إليها في الحروب لحمل الكتب واستعلام أحوال العدو وأخباره، فيحتاج إلى معرفة السابق منها^(٢). وفيه: أن مجرد الحاجة إليها ليس دليلاً على جواز المسابقة عليها بعوض، وإلا كان الحصر المذكور في الأخبار لغواً، كيف وربما كانت الحاجة إلى الكلاب أشد من الحاجة إليها، والمسابقة عليها بعوض ممنوع إجماعاً. مضافاً إلى ما أفاد بعض العامة^(٣) من أن الحاجة إلى الطير تافهة، فلا تقابل بعوض. وأما في المسابقة بالمصارعة: فعن بعض العامة^(٤) أنه تجوز المسابقة بعوض

(١) شرح الأخبار (للقاضي النعمان المغربي): ٤٣ - ٤٥.
(٢) المجموع ١٥: ١٤٤.
(٣) مغني المحتاج ٤: ٣١٢.
(٤) كشف القناع (البهوتي) ٤: ٥٨.

بالمصارعة، لما روي من أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَارَعَ رَكَاةَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، كُلَّ مَرَّةٍ عَلَى شَاةٍ، فَصَرَخَ خَصْمُهُ فِي الثَّلَاثِ وَأَخَذَ مِنْهُ ثَلَاثَ شِيَاةٍ، ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ غَنَمَهُ^(١). وفيه: أَنَّهُ لَمْ يَثْبِتْ عِنْدَنَا، بَلْ يَثْبِتُ خِلَافُهُ فِي مَا مَرَّ مِنَ الرِّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى الْحَصْرِ.

وَأَجَابَ عَنْهُ بَعْضُ الْعَامَّةِ أَيْضاً تَارَةً بِأَنَّهُ ضَعِيفٌ سَنَدًا؛ لِأَنَّ فِي اسْنَادِهِ أَبُو الْحَسَنِ الْعَسْقَلَانِي، وَهُوَ مَجْهُولٌ^(٢)؛ وَأُخْرَى بِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ مِصَارَعَةِ رَكَاةٍ لَيْسَ السَّبَقُ، بَلْ الْغَرَضُ أَنْ يَرِيدَ شِدَّتَهُ لِيَسْلَمَ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَمَّا صَرَخَ فَأَسْلَمَ رَدَّ عَلَيْهِ غَنَمَهُ^(٣).

وَأَمَّا الْمُسَابَقَةُ بِالْأَقْدَامِ: فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ تَجَوَزَ الْمُسَابَقَةَ بِالْأَقْدَامِ بِعَوَضٍ وَبِغَيْرِ عَوَضٍ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَبَقَ هُوَ وَغَائِشَةُ عَلَى أَقْدَامِهِمَا^(٤). وفيه: أَنَّهُ أَيْضاً لَمْ يَثْبِتْ عِنْدَنَا، بَلْ يَثْبِتُ خِلَافُهُ بِالرِّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى الْحَصْرِ. وفي الجواهر: «أَنَّهُ لَوْ قُلْنَا بِصَحَّةِ ذَلِكَ وَعَدَمِ مُنَاقَاةِ مِثْلِهِ لِمَنْصَبِ النُّبُوَّةِ فَيَحْمِلُ عَلَى الْمَدَاعِبَةِ مَعَ الزَّوْجَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ»^(٥).

الجهة الرابعة: في التطبيقات

وموارد تطبيق القاعدة كثيرة جداً، وهي كُلُّ سَبَقٍ يَجْعَلُ فِي الْمُسَابَقَةِ عَلَى غَيْرِ الْخَفِّ وَالْحَافِرِ وَالنَّصْلِ، كَالْمُسَابَقَةِ عَلَى الْأَقْدَامِ، وَالسَّفَنِ، وَالزَّوَارِقِ، وَالْوُقُوفِ عَلَى رِجْلٍ وَاحِدٍ، وَمَعْرِفَةُ مَا فِي الْيَدِ مِنْ شَفْعٍ أَوْ وَتَرٍ، وَالسَّبَاحَةِ فِي الْمَاءِ، وَالشَّطْرَنْجِ، وَكُرَةِ الصُّوُلْجَانِ، وَالْكَلَابِ، وَمَهَارِشَةُ الدِّيَكَةِ، وَمَنَاطِحَةُ الْكِبَاشِ، وَغَيْرِهَا مِنْ أَنْوَاعِ الْمُسَابَقَاتِ. وَكُلُّ ذَلِكَ لِقَاعِدَةِ لَا سَبَقَ إِلَّا فِي ثَلَاثَ.

(٢) المجموع ١٥: ١٣٨.

(١) المصنّف (للصنعاني) ١١: ٤٢٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٢٢١.

(٤) المجموع ١٥: ١٤.

(٣) مغني المحتاج ٤: ٣١٢.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفصل السابع والعشرون

فيما يختصّ باب الوصيّة



مركز تحقيقات كميّة وعلوم إسلاميّة

وفيه قاعدة:

قاعدة الوصية حقّ على كلّ مسلم

قاعدة الوصية حقّ على كلّ مسلم

من جملة القواعد الفقهية الجارية في باب الوصية هي قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».

والظاهر أنّ أوّل من تعرّض لها تحت عنوان القاعدة هو المحقّق البجنوردي من المعاصرين في كتابه «القواعد الفقهية»^(١). والإنصاف أنّه أطنب الكلام فيها بما كان خارجاً عن المقصود.

والبحث عنها يقع في جهات، وحيث كانت القاعدة من القواعد المنصوصة فينبغي البحث عن مدرّكها أوّلاً، وعن شرح ألفاظها ثانياً، وعن بعض ما يتعلّق بها ثالثاً.

الجهة الأولى: في مدرّكها

ويدلّ عليها الكتاب والسنة:

أمّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ...﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٦: ١٨١. (٢) البقرة / ١٨٠. (٣) المائدة / ١٠٦.

دَيْنٍ»^(١) إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة الدالة على أنّ الوصية حقّ على كلّ مسلم.

وأما السنة: فهي أخبار:

منها: ما رواه محمد بن مسلم، قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «الوصية حقّ، وقد أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله، فينبغي للمسلم أن يوصي»^(٢).

ومنها: ما رواه أبو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الوصية؟ فقال: «هي حقّ على كلّ مسلم»^(٣).

ومنها: ما عن محمد بن مسلم أيضاً، عن أحدهما عليه السلام أنّه قال: «الوصية حقّ على كلّ مسلم»^(٤).

ومنها: ما عن زيد الشحام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية، فقال: «هي حقّ على كلّ مسلم»^(٥).

ومنها: ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله، أنّه قال: «من مات بغير وصية مات ميتة جاهليّة»^(٦).
ومنها: ما روي عنه أيضاً أنّه قال: «ليس ينبغي للمسلم أن يبيت ليلتين إلّا ووصية مكتوبة عند رأسه»^(٧).

ومنها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن سليمان بن جعفر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لم يُحسن وصيته عند الموت كان نقصاً في مروءته وعقله... والوصية حقّ على كلّ مسلم، وحقّ عليه أن يحفظ هذه الوصية ويعلمها»^(٨).

(١) النساء / ١٢.

(٢) وسائل الشيعة: ١٣: ٣٥١، الباب ١ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٣-٦) وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٢، الباب ١ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٨.

(٧) مستدرک الوسائل ٢: ١١٧، الباب ٢١ من أبواب الاحتضار، الحديث ٢.

(٨) الكافي ٧: ٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٧، تهذيب الأحكام ٩: ١٧٤، الوسائل ١٣: ٣٥٣.

الباب ٢ من كتاب الوصايا، الحديث ١.

ومنها: ما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي حمزة عن أحدهما عليه السلام، قال: «إنَّ الله تعالى يقول: «يا بن آدم تطوّلتُ عليك بثلاث: سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك، وأوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدّم خيراً، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدّم خيراً»^(١).

ومنها: ما في صحيح محمّد بن الحسن الصفّار من توقيع الإمام أبي محمّد الحسن بن عليّ عليه السلام: «جائز للميّت ما أوصى به على ما أوصى إن شاء الله»^(٢).

الجهة الثانية: في بيان مفادها

وهو يتوقّف على شرح مفرداتها، وهي - كما مرّ في الروايات - ثلاثة:

١ - «الوصيّة»

ولا بدّ لنا في توضيحها من بيان أمور:

الأوّل: تعريف الوصيّة

وللوصيّة في اللغة معنيان:

الأوّل: الوصل. والوصيّة بهذا المعنى من (وصى يصى).

قال الزبيدي: «وصى الشيء وصياً: اتّصل ووصل. ونصّ الأصمعي: وصى الشيء يصى: اتّصل، ووصاه غيره يصبه: وصله»^(٣).

وقال في القاموس: «وصى كوعى: خسّ بعد رفعة واتزن بعد خفة، واتّصل ووصل»^(٤).

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨١، الوسائل ١٣: ٣٥٦، الباب ٤ من كتاب الوصايا، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٥٤، الباب ٦٣ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ١.

(٣) تاج العروس ١٠: ٣٩٢. (٤) القاموس المحيط ٤: ٤٠٠.

وقال في مجمع البحرين: «الوصية فعيلة من وصى يصى: إذا أوصل الشيء بغيره؛ لأنّ الموصي يوصل تصرّفه بعد الموت بما قبله»^(١).

الثاني: العهد. وهي من أوصى يوصي إيضاء أو وصّى يوصّى توصية. قال في القاموس: «أوصاه ووصّاه توصية: عهد إليه. والاسم: الوصاة والوصاية والوصيّة»^(٢). وفيه أيضاً: «العهد: الوصيّة والتقدّم إلى المرء في الشيء»^(٣). وقال في لسان العرب: «أوصى الرجل ووصّاه: عهد إليه»^(٤).

وفي تاج العروس: «أوصاه إيضاء، ووصّاه توصية: إذا عهد إليه»^(٥). وأمّا في الاصطلاح فالعبارات فيه مختلفة: الأول: أنّ الوصيّة تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرّف بعد الوفاة^(٦). الثاني: أنّ الوصية تمليك عين أو منفعة بعد الموت تبرّعاً^(٧). الثالث: أنّ الوصيّة تنفيذ حكم شرعي من مكلف أو في حكمه بعد الوفاة^(٨). الرابع: أنّها تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة أو جعلها في جهة مباحة^(٩). الخامس: أنّها تمليك عين أو منفعة أو فكّ ملك بعد الوفاة أو تسليط على تصرّف بعدها^(١٠).

والكل وقع مورد النقض والمناقشة^(١١). فأورد على الأول بعدم شموله للوصيّة بالعتق والتدبير، لأنّهما ليسا تمليك

(٢ و ٣) القاموس المحيط ٤: ٤٠٠ و ٣٢٠.

(٥) تاج العروس ١٠: ٣٩٢.

(١) مجمع البحرين ٤: ٤٠٠.

(٤) لسان العرب ١٥: ٣٩٤.

(٦) المختصر النافع: ١٦٣، المهذب البارع ٣: ٩٣، رياض المسائل ٩: ٢٦.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٣، تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٤٥٢.

(٨) هذا منسوب إلى الشهيد في الحواشي، راجع جامع المقاصد ١٠: ٨.

(١٠) كفاية الأحكام: ١٤٥.

(٩) الدروس ٢: ٢٩٥.

(١١) راجع جامع المقاصد ١٠: ٨ - ٩، وجواهر الكلام ٢٨: ٢٤٤.

عين ولا تمليك منفعة ولا تسليطاً على التصرف كما هو واضح، بل هما فك ملك.
وأورد على الثاني مضافاً إلى ما أورد على الأول بعدم شموله للوصية
بالولاية؛ لأنها ليست تمليك أحد الأمرين. مضافاً إلى عدم شموله للوصية بالبيع
ونحوه من المعاوضات، لأنها وصية ولا تبرع فيها.

وأورد على الثالث بعدم صدقه على شيء من أقسام الوصية، لأن المنفذ لها هو
الموصي إليه أو الحاكم، وهما خارجان عن الوصية.

وأورد على الرابع بأن الجعل في جهة مباحة لا يصدق على الوصية بالولاية،
ولا على الوصية بالعتق ونحوه، إذ ليس الوصية بذلك نفس جعل العين أو المنفعة
في جهة مباحة، بل الجعل هو التصرف المترتب على الوصية.

ويرد على الخامس بل على كل التعاريف؛ بأن التعريف لا بد وأن يكون
بما أفاد الجامع بين أفراد الشيء ومصاديقه، وما ذكر ليس إلا بيان نفس مصاديق
الوصية وأفرادها بالعطف.

والأصح أن يقال: أن الوصية عهد من الشخص تعلق بأمر بعد موته. غاية
الأمر أن متعلق العهد مختلف، فقد يكون تمليك عين، كما إذا أوصى بأن يكون
أمواله لشخص أو أشخاص بعد موته، وقد يكون تمليك منفعة، كما إذا عهد بأن
تكون منفعة داره لشخص أو أشخاص بعد موته، وقد يكون تسليطاً على حق، كما
إذا عهد بأن يكون حق القيمومة على صغاره لشخص بعد موته، وقد يكون فك
ملك، كما إذا أوصى بعتق مملوكه بعد موته، وهكذا.

فالوصية بهذا المعنى حق على كل مسلم، سواء كان متعلقه تملكاً أو تسليطاً
أو فك ملك أو غيرها.

الثاني: أقسام الوصية

وللوصية تقسيمات:

أحدها: أن الوصية إما تبرعية وإما غير تبرعية. الوصية التبرعية هي الوصية

بما لا يكون واجباً على الموصي في حياته. والوصية غير تبرّعية هي الوصية بما يكون واجباً عليه في حياته.

وثانيها: أنّ الوصية قسمان: التمليلية والعهدية. والعبارات في بيان الضابط في الفرق بينهما مختلفة، ولكن الكل يرجع إلى أمر واحد.

فالظاهر من الجواهر أنّ الوصية العهدية عبارة عن الوصية التي لم يقصد الموصي إنشاء تمليك فيها ولا يحتاج إلى صرف مال، والوصية التمليلية عبارة عن الوصية التي يقصد الموصي إنشاء التمليك ويحتاج إلى صرف مال^(١).

والظاهر من كلام المحقق الأصفهاني أنّ الوصية العهدية إيصال الغير والمعاقدة معه على أمر، والوصية التمليلية هي جعل شيء ملكاً لغيره بعد موته^(٢). وقد أفاد المحقق الخوئي ما إليك لفظه: «الفرق بين القسمين في أنّ الأولى - أي التمليلية - إنّما تعلق بالأمر الاعتبارية التي هي نتيجة للفعل الخارجي وتتضمن تمليك الموصى له شيئاً من العين أو المنفعة، ويلحق بها كلّ وصية لم يكن متعلقها فعلاً خارجياً، كالوصية بفكّ الملك، كالتدبير وإبراء المديون، فإنّها وإن لم تكن تمليلية بالمعنى الذي ذكرناه، حيث إنّها لا تتضمن تمليك أحد شيئاً إلا أنّها تلحق بها، لكون متعلقها نتيجة الفعل نفسه. وهذا بخلاف الثانية - أي العهدية - حيث إنّها تعلق بالأفعال الخارجية، كتغسيله وكفنه ودفنه وغيرها.

وبعبارة أخرى: إنّ الأولى تصرّف اعتباري من الموصي نفسه فيما يتعلق بما بعد وفاته مستتبع؛ لتحقيق النتيجة قهراً بالموت في حين أنّ الثانية عهد إلى الغير: بأن يتولّى بعد موته فعلاً خارجياً من تجهيز أو زيارة أو إطعام ونحوهما أو اعتبارياً من تمليك أو عتق أو إيقاف أو نحوها»^(٣).

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٢٩٣.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٤ و ٣٦٤.

(٣) المباني في شرح العروة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٣: ٢٩٤.

وقريب منه ما أفاد بعض المحققين من «أن الوصية التمليلية أن يجعل الموصي شيئاً من تركته، أو من منافع أمواله، أو من حقوقه القابلة للنقل ملكاً لشخص معين، أو لأشخاص معينين، أو لعنوان معين ذي أفراد، كالفقراء وطلاب العلم، أو لجهة معينة، كمسجد أو مشهد أو حسينية أو مستشفى أو ميثم أو مدرسة أو ملجأ وشبه ذلك، فهي وصية بالملك أو بالاختصاص. ويراد بالوصية العهدية أن يلزم الموصي وصيه أو وارثه أو غيرهما بفعل أو بشيء يتعلق به أو بماله أو بشيء من شؤونه، فيأمر بتجهيزه بعد الموت على وجه يريده مثلاً، أو يأمر بدفنه في مكان خاص أو عام، أو يعهد بأن يستتاب عنه من بعده من يقوم له ببعض الواجبات عليه، أو ببعض الأعمال المندوبة، أو بأن يعتق عبده، أو توقف داره، أو تباع أرضه...»^(١).

وذهب السيد الإمام الخميني إلى تقسيم الوصية إلى التمليلية والعهدية والفكية، فقال: «الوصية إما تمليكية، كأن يوصي بشيء من تركته لزيد، ويلحق بها الإيضاء بالتسليط على حق؛ وإما عهدية، كأن يوصي بما يتعلق بتجهيزه أو باستيجار الحج أو الصلاة أو نحوهما له؛ وإما فكية تتعلق بفك الملك، كالإيضاء بالتحريم»^(٢).

ولا مجال لإطالة الكلام فيه بعد كون التقسيم محض اصطلاح لا مشاحة فيه. وثالثها: أن الوصية تنقسم انقسام الأحكام الخمسة: فالوصية الواجبة هي الوصية بتفريغ ذمته مما عليه من حقوق الناس أو حقوق الله الواجبة. والمحرومة هي الوصية بالمحرم، كالوصية بقطع الرحم أو صرف أمواله في الحرام. والمندوبة هي الوصية بالقربات والمبرات. والمكروهة كالوصية بتفضيل بعض الورثة على بعض بلا مرجح، والوصية للكفار إذا لم تكن إعانة على الحرام، والوصية باتخاذ

(١) كلمة التقوى ٦: ٥٢٨.

(٢) تحرير الوصيلة ٢: ٩٣.

أولاده المكاسب المكروهة. والمباحة هي الوصية بالمباحات، كالوصية بأن يصير ولده خياطاً مثلاً.

الثالث: الوصية عقد أو إيقاع

وقع الكلام في أن الوصية عقد فيحتاج إلى إيجاب من الموصي وقبول من الموصى له، أو هي إيقاع ولا يحتاج إلى قبول من الموصى له؟ فيه وجوه، بل أقوال:

الأول: أنه يعتبر في الوصية القبول مطلقاً، سواء كانت تمليكية أو عهديّة أو فكيّة، وهذا ما يوهمه إطلاق الاشتراط في كلمات ابني زهرة^(١) وسلار^(٢)، والمحقق^(٣)، والفاضل الآبي^(٤)، وابن إدريس^(٥).

ولا يبعد حمل إطلاق الاشتراط في كلماتهم على الوصية التمليلية، بل هو ظاهر كلام المحقق والفاضل الآبي، بقريّة ما ذكروه في حدّ الوصية ممّا ينطبق على الوصية التمليلية.

الثاني: أنه لا يعتبر القبول في الوصية مطلقاً، تمليكية كانت أو عهديّة، فلا دخل للقبول في انتقال الملك في التمليلية إلى الموصى له، بل ينتقل الملك بمجرد موت الوصي ولكنّه مترزّل، فإذا حصل القبول استقرّ. وهذا ما استظهره السيّد الحكيم من عبارة الخلاف^(٦).

الثالث: أنه يعتبر القبول في الوصية التمليلية على نحو الجزء الكاشف، بأن يكون كاشفاً من انتقال الملك إلى الموصى له من حين العقد. وهذا ما نسبّه الشهيد

(٢) المراسم ١: ٢٠٥.

(١) الغنية: ٣٠٦.

(٤) كشف الرموز ٢: ٦٥.

(٣) المختصر النافع ١٦٣، شرائع الإسلام ٢: ٤٢٨.

(٦) مستمسك العروة ١٤: ٥٣٧. وراجع الخلاف ٤: ١٤٦.

(٥) السرائر ٣: ١٨٢.

الثاني إلى الأكثر^(١).

الرابع: أنه يعتبر القبول في الوصية التمليلية على نحو الجزء الناقل، بأن يكون ناقلاً للملك إلى الموصى له من حين القبول. وهذا ما نسبته الشهيد الثاني إلى المحقق^(٢)، واختاره الشيخ الأعظم الأنصاري^(٣).

الخامس: أنه يعتبر القبول في الوصية التمليلية دون العهدة؛ بمعنى أنه شرط لانتقال الملك إلى الموصى له. وهذا ما استظهره الشيخ الأعظم من عبارة الشرائع: «وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الوصي وقبول الموصى له»^(٤).

السادس: أن الوصية العهدة ليست من العقود قطعاً، بل ضرورة، فلا تحتاج إلى القبول. وأما الوصية التمليلية فيعتبر فيها القبول ويكون عقداً مطلقاً. وهذا ما اختاره صاحب الجواهر^(٥).

السابع: أن الوصية العهدة لا تحتاج إلى القبول. نعم، لو عيّن وصياً لتنفيذها لا بد من قبوله لكن في وصاية، لا في أصل الوصية. وأما الوصية التمليلية فالظاهر أن تحقق الوصية وترتب أحكامها من حرمة التبديل ونحوها لا يتوقف على القبول، ولكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا يملك قهراً. فالوصية من الإيقاعات، لكنّها جزء سبب للملكية في الفرض. وهذا ما ذهب إليه السيد الإمام الخميني^(٦).

الثامن: أنه لا يعتبر في العهدة القبول، بل يكفي عدم ردّه حال حياة الموصي، بحيث إن لم يقبل بعد فبالردّ تبطل، لا أن القبول شرط. نعم، لو عيّن

(١ و ٢) مسالك الأفهام ٦: ١١٨ و ١١٧.

(٣) الوصايا والموارث (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٢١: ٢٧.

(٤) الوصايا والموارث (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٢١: ٣٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤١.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ٩٤.

شخصاً لتنفيذ ما عهد إليه - أي الوصي - يحتاج إلى قبول ذلك الشخص، ولكنه يكون من قبول الوصاية لا الوصية. وأمّا الوصية التمليلية فإن كانت تمليكاً للنوع؛ كالوصية للأقارب أو العلماء أو السادات أو الفقراء، فهي أيضاً لا يعتبر فيها القبول كالعهديّة، وأمّا إن كانت تمليكاً لشخص أو أشخاص معيّنين فالظاهر أنّ حصول الملكية لهم موقوف على قبولهم، فتكون الوصية حنيئذٍ من العقود. وهذا ما اختاره المحقق البجنوردي^(١).

التاسع: أنّه لا يعتبر القبول في الوصية العهديّة أصلاً. وأمّا التمليلية فلا يعتبر فيه القبول أيضاً، ولا دخل له أصلاً، لا في الملك ولا في استقراره، بل إنّما يكون الردّ مانعاً من الملك، فإذا لم يقبل الموصى له ولم يرد ثبت الملك، وعليه تكون الوصية من الإيقاع الصريح. وهذا ما اختاره السيّد في العروة وتبعه السادة المحققون الحكيم والخوئي والسبزواري^(٢).

والحقّ هو الأخير؛ وذلك لأنّ القول باعتباره - بأيّ وجه من الوجوه المذكورة - يحتاج إلى الدليل.

وقد يستدلّ على اعتباره بأمور:

الأوّل: الإجماع والاتّفاق على أنّها من العقود المتوقّفة على القبول، وأنّها إن كانت بلا عوض فتكون بمنزلة الهبة والعطية والصدقة، والفرق بينهما أنّ الهبة تمليك في حال الحياة، والوصية تمليك بعد الوفاة؛ وإن كانت بعوض فتدخل في باب المعاوضات، كالبيع؛ فكما لا ينكر أحد كون تلك المعاوضات والهبات من العقود لا ينكر كونها من العقود^(٣).

(١) القواعد الفقهية (البجنوردي) ٦: ١٨٣.

(٢) العروة الوثقى ٢: ٨٧٨، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٣٨، المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٣: ٣٠٠، مهذب الأحكام ٢٢: ١٣٦.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤١، القواعد الفقهية (البجنوردي) ٦: ١٨٣.

الثاني: أصالة عدم انتقال الموصى به إلى الموصى له وعدم دخوله في ملكه بغير قبول^(١).

الثالث: قاعدة سلطنة الناس على أنفسهم؛ فإن دخول شيء في ملك شخص قهراً وبغير اختياره ينافي سلطنته على النفس، وثبوت مثله في الإرث والوقف إنما كان بدليل خاص، فلا مجال للتعدي عنه، فلا بد في الوصية من القبول كي لا يكون دخول الموصى به في ملك الموصى له من الملك القهري^(٢).
والكل باطل:

أما الأول: فلعدم ثبوت الإجماع، كيف وصريح كلام الشيخ في الخلاف عدم اعتبار القبول في انتقال الملك إلى الموصى له، حيث قال: «إذا أوصى لرجل بشيء ثم مات الموصي؛ فإنه ينتقل ما أوصى به إلى ملك الموصى له بوفاة الموصي». ثم استدلل عليه ردّاً على قول الشافعي - من اعتبار وفاة الموصي وقبول الموصى له - بقوله: «دليلنا: أنه لا يخلو الشيء الموصى به من ثلاثة أحوال: إما أن يبقى على ملك الميت، أو ينتقل إلى الورثة، أو ينتقل إلى الموصى له. ولا يجوز أن يبقى على ملكه؛ لأنه قد مات، والميت لا يملك. ولا يكون ملكاً للورثة؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٣)، فجعل لهم الميراث بعد الوصية. فلم يبق إلا أن يكون ملكاً للموصى له بالموت»^(٤).

مضافاً إلى أنهم يعتبرون التوالي بين الإيجاب والقبول في العقود ويعتقدون بأن موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد، ولا يلتزمون بهما في الوصية، فكيف يصدق العقد في المقام؟!.

وأما الثاني: فلا أنه لا وجه للتمسك بهذا الأصل مع وجود إطلاقات أدلة

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤١، القواعد الفقهية (البجنوردي) ٦: ١٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤١. (٣) النساء / ١٢. (٤) الخلاف ٤: ١٤٦ - ١٤٧.

الوصية الدالة على نفوذ الوصية من غير تقييد بالقبول، مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ^(١)؛ فإنها وإن كان موردها خصوص الوصية إلى الوالدين والأقربين إلا أن استدلال المعصومين عليهم السلام بها في جملة من النصوص^(٢) على نفوذ وصية الموصي على الإطلاق يقتضي عدم اختصاصها بموردها، فيشمل إطلاقها جميع موارد الوصية. بل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ...﴾ ظاهر في استثنائه من عموم حرمة التبديل ونفوذ الوصية؛ لأن الاستثناء دليل العموم.

وأما الثالث: فلائها لا تدل على اعتبار القبول في المقام، إذ يكفي في السلطنة على النفس قدرة الموصي له على رد الوصية، والمفروض أنه قادر على الرد، فإذا لم يرد تحصل الملكية له من دون أن تكون قهرية.

لا يقال: إن اعتبار عدم الرد في انتقال الملك إلى الموصي له ملازم ومساوق لاعتبار القبول؛ لأنه لو لم يكن الأمر كذلك وكان الموصي له يملك الموصى به بمجرد الموت، لم يمكنه بالرد إرجاعه إلى ملك الميّت ثانياً؛ لعدم ثبوت ولاية له تقتضي ذلك.

لأنه يقال: إن الرد يكشف عن عدم الملك من الأول، لا رجوع المال إلى ملك الميّت بعد ما كان منتقلاً إلى الموصي له.

والحاصل: أنه لا دليل على اعتبار القبول في نفوذ الوصية، لا في العهدة

(١) البقرة / ١٨٠ - ١٨٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٤ ح ٢ الباب ١٥، و ٤١١ ح ١ الباب ٣٢، و ٤١١ و ٣٦٥ ح ٢ الباب ١١ من كتاب الوصايا.

ولا في التمليكية. أمّا العهديّة فواضح، بل الظاهر أنّه اتّفاقي. وأمّا التمليكية فلعدم دليل على اعتبار القبول في نفوذها كما مرّ، بل مقتضى إطلاقات الآيات والروايات الدالة على نفوذ الوصية هو نفوذها وانتقال الموصى به إلى الموصى له من دون حاجة إلى القبول.

الرابع: أركان الوصية

وأركانها - قطع النظر عن كلّ لفظ أو فعل دالّ عليها - أربعة:

الركن الأوّل: الموصي

ويعتبر في الموصي أمور:

أحدها: أن يبلغ عشر سنين

ويدلّ على اعتباره الروايات البالغة حدّ الاستفاضة:

منها: موثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال

أبو عبدالله عليه السلام: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته»^(١).

ومنها: رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(٢).

ومنها: رواية أخرى عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إذا بلغ الصبي خمسة أشبار أكلت ذبيحته، وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته»^(٣).

ومنها: رواية أبي بصير وأبي أيوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي، قال: «إذا أصاب موضع الوصية جازت»^(٤).

(١) و٢ و٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٩، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣ و٤ و٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٦.

ومنها: رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن وصية الغلام، هل تجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته»^(١).

ومنها: موثقة جميل بن درّاج عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم»^(٢).

لا شك أن هذه الروايات تدلّ صريحاً على نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشر سنين. نعم بعضها مطلق كموثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله، ورواية منصور بن حازم، ورواية جميل بن درّاج عن محمد بن مسلم، وبعضها مقيد بقوله عليه السلام: «على حدّ معروف وحقّ» كرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، وبعضها مقيد بقوله عليه السلام: «إذا أصاب موضع الوصية» كرواية أبي بصير وأبي أيوب. والجمع العرفي بينها يقتضي تقييد مطلقها بمقيدها، وحينئذٍ يتحصّل من مجموعها بعد إرجاع مطلقها إلى مقيدها صحّة وصية الصبي ونفوذها إذا بلغ عشرةً إذا كانت عقلائيّة واقعة في محلّها من وجوه البرّ والمعروف؛ فإنّ الظاهر من الحدّ المعروف والحقّ وموضع الوصية كما في بعضها هو كونها عقلائيّة واقعة في وجوه الخير والمعروف.

إن قلت: الظاهر من بعض الروايات أن العبرة في نفوذ وصية الغلام هو العقل دون البلوغ عشر سنين، كموثقة جميل بن درّاج عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم»، فإنّها جعلت العبرة في نفوذ وصية العقل دون البلوغ عشر سنين، وهذه تنافي الروايات الدالة على نفوذ وصية الصبي بمجرد بلوغه عشر سنين.

قلت: لا شك في اعتبار العقل في نفوذ الوصية إجماعاً، سواء كان الموصي بالغاً أو غير بالغ، وسواء أورد ذكره في النصّ أم لا يرد. واعتباره كذلك لا ينافي

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٧.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢١، الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقف والصدقات، الحديث ٢.

اعتبار البلوغ عشر سنين، بل يكون اعتبار العقل في الموثقة مطلق، فتشمل الغلام مطلقاً، بلغ عشر سنين أو لم يبلغ، وحينئذٍ يقيد إطلاقها بتلك الروايات الدالة على نفوذ وصيته إذا بلغ عشر سنين.

وإن قلت: إن بعض الروايات يدل على اعتبار وصية الصبي البالغ عشر سنين في خصوص وصيته لذوي الأرحام ولا يجوز وصيته للغرباء، كصحيحة محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم يجز للغرباء»^(١)؛ وبعض آخر منها يدل على نفوذ وصيته إذا بلغ سبع سنوات، كصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلاث ماله في حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته»^(٢)؛ وفي بعض آخر منها نفوذ وصيته إذا بلغ ثمان سنوات، كما في رواية الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام، قال: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك»^(٣)؛ فهذه الروايات تنافي الروايات الدالة على نفوذ وصيته إذا بلغ عشر سنين مطلقاً.

قلت: إن هذه الروايات مطروحة كلها:

أما صحيحة محمد بن مسلم ففي الرياض: «إني لم أجد به قائلاً، وإن كان ظاهر الفقيه الراوي له القول به، إلا أنه لم ينسبه إليه أحد من أصحابنا»^(٤).

وأما صحيحة أبي بصير التي تدل على نفوذ وصية الغلام في اليسير من ماله إذا بلغ سبع سنين، فلم يعمل به الأصحاب، بل الظاهر أنه يتم الإجماع على خلافه،

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٨، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١ و ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٢١، الباب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات، الحديث ٤.

(٤) رياض المسائل ٩: ٤٤١.

فتسقط عن الحجية.

وأما رواية الحسن بن راشد فلا يمكن الاعتماد عليها؛ لأن في سنده العبدى، وهو مجهول؛ لعدم ورود ذكر له في كتب الرجال على الإطلاق؛ مضافاً أنها غير واردة في الوصية بخصوصها، بل تدل على جواز أمره ونفوذ تصرفاته مطلقاً عند بلوغه ثماني سنين، وهي تنافي جميع النصوص الموافقة للكتاب الدالة على رفع القلم عنه ومنعه من التصرفات وعدم مؤاخذته بشيء من أفعاله وأقواله ما لم يبلغ، فكانت الرواية مطروحة، كما قال الشهيد الثاني في المسالك: «هذه مع ضعف سندها شاذة مخالفة لإجماع المسلمين من إثبات باقي الأحكام غير الوصية. لكن ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصية. ومثل هذه الروايات لا تصلح لإثبات الأحكام خصوصاً المخالفة للنصوص الصحيحة، بل إجماع المسلمين»^(١).

ومن هنا ينقدح فساد ما يظهر من بعض العبائر من عدم نفوذ وصية غير المكلف البالغ. قال ابن إدريس: «الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن وصية غير المكلف البالغ غير صحيحة، سواء كانت في وجوه البر أو غير وجوه البر». ثم استدلل على ذلك بما دل على حجر الصبي، ثم قال - رداً على ما دل على نفوذ وصيته إذا بلغ عشر سنين -: «وإنما هذه أخبار آحاد أوردها في النهاية إيراداً»^(٢). وذلك لأن في الأخبار المذكورة أخبار موثقة - كما مر -، وهي حجة ولا يجوز رفع اليد عنها.

ويظهر أيضاً فساد قول الشهيد الثاني في المسالك، حيث قال: «وابن إدريس سد الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها. ونسبه الشهيد في الدروس إلى التفرد بذلك. ولا ريب أن قوله هو الأنسب، لأن هذه الروايات التي دلت على الحكم وإن كان بعضها صحيحاً، إلا أنها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها،

(١) مسالك الأفهام ٦: ١٤١.

(٢) السرائر ٣: ٢٠٦.

فإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل»^(١). وذلك لما مرّ من إمكان الجمع بين الروايات المذكورة بحمل مطلقاتها على مقيداتها وطرح بعض آخر منها.

وثانيها: العقل

ويعتبر فيها العقل حال إنشائها بلا خلاف ولا إشكال، فلا يصح وصية المجنون ومن يلحق به من السكران والمغمى عليه.

هذا إذا كان مجنوناً أو سكراناً أو مغمى عليه حال الإنشاء. وأمّا لو أوصى بشيء وهو عاقل، ثمّ عرض له الجنون أو السكر أو الإغماء لم تبطل وصيته.

والدليل على أصل اعتبار العقل هو رفع القلم عن المجنون ومن يلحق به؛ مضافاً إلى قاعدة «المحجور ممنوع» كما مرّ البحث عنها في الجزء الثاني^(٢)؛ مع

أنّه فاقد للقصد المعتبر في الإنشاء إجماعاً.

وأما اعتباره في خصوص حال الإنشاء فلاطلاقات والعمومات الدالة على نفوذ الوصية بعد صدق الوصية عرفاً وشرعاً؛ مضافاً إلى أصالة عدم اعتبار استمرار العقل في غير حال الإنشاء.

وثالثها: الاختيار

ويدلّ على اعتباره في الموصي قبل الإجماع حديث نفي الإكراه المرويّ عند الفريقين، بناءً على عدم اختصاصه بالمؤاخذه خاصّة، وهو الحقّ. ويشهد له استشهاد الإمام عليه السلام به في نفي الصحة، كما في صحيح البنزطي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: «لا، قال رسول الله ﷺ: وضع عن أمّتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطئوا»^(٣).

(١) مسالك الأفهام ١٤٢٦.

(٢) راجع الجزء الثاني: ٥٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٦: ١٣٦، الباب ١٢ من كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

ورابعها: الرشد

هل يعتبر في الموصي أن يكون رشيداً، بأن يكون له حالة باعثة على حفظ ماله والاعتناء بحاله بحيث يصرفه على الوجه الملائم لأفعال العقلاء، أو لا يعتبر؟ فيه أقوال:

الأول: أنه يعتبر إلا في وجوه البرّ والمعروف، فلا ينفذ وصية السفیه إلا في البرّ والمعروف. وهذا ما ذهب إليه المفيد^(١) وسلار^(٢) والحلي^(٣). ونسبه المحقق الثاني إلى المشهور^(٤).

الثاني: أنه يعتبر في الموصي مطلقاً، فلا ينفذ وصية السفیه كذلك. وهذا ما ذهب إليه ابن حمزة في الوسيلة^(٥) والمحقق الثاني في جامع المقاصد^(٦) وصاحب الجواهر في الجواهر^(٧) والسيد في العروة^(٨).

الثالث: أنه لا يعتبر في الموصي مطلقاً، لأن أدلة الحجر قاصرة الشمول لوصية السفیه، بل تنصرف عن الوصية ولا تنظر إليها. وهذا ما اختاره بعض السادة المحققين من المعاصرين^(٩).

والتحقيق: أن الرشد ليس شرطاً في الوضعيات والتكاليف من حيث هي وضعيات وتكاليف، فإن عموم الخطابات التكليفية وعمومات العقود والإيقاعات شامل لتكاليف السفیه ومعاملاته وألفاظه الصادرة عنه. بل الرشد شرط في تصرفاته المالية في الجملة، فيقال: «السفیه محجور» - أي ممنوع من التصرف في الأمر المالي - لأن في تصرفه في الأموال مستقلاً خطر الضياع والهلاك.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٦٤.

(٢) المراسم: ٢٠٦.

(١) المقنعة: ٦٦٧.

(٥) الوسيلة: ٣٧٢.

(٤ و ٦) جامع المقاصد ١٠: ٣٦.

(٨) العروة الوثقى ٢: ٨٨٧.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٤ و ٣٤: ٢١٣.

(٩) المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٣: ٣٤٠.

ويدلّ على حجره الكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١)، فإنّ الظاهر منه عدم دفع الأموال إلى من لم يكن رشيداً، فإنّه لو دفع الأموال إليه يتمكّن من التصرف فيها مستقلاً، وفي تصرّفه كذلك خطر الضياع والهلاك.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٢)، فإنّه يدلّ على عدم كون السفهاء أهلاً لتسليطه على المال، سواء كان المراد من «أموالكم» أموال السفهاء - وهو الذي نسب إلى أكثر المفسرين، وإضافة الأموال إلى الأولياء إنّما يكون لتصرفهم فيها وكونهم قوامين عليها -، أو كان المراد أموال الأولياء، فنهوا عن إعطائها للسفهاء وأمروا بالإنفاق والقول المعروف.

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٣)، فإنّه يدلّ على أن السفهاء لا يمضى إقرارهم ولا يعتبر قولهم، بل هم موثّقون عليه، فيكون لغيرهم عليهم ولاية جبراً عليهم.

وأما السنة: فمنها: رواية الأصبع بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل»^(٤). والظاهر أنّ المراد بالعقل هو الرشد، لا مقابل الجنون. فيدلّ على أنّ الحجر يرتفع بالرشد، فالغلام محجور عليه قبل الرشد. ومنها: صحيحة هشام عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام، وهو أشدّه، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً، فليمسك عنه وليّه ماله»^(٥).

(٣) البقرة / ٢٨٢.

(٢) النساء / ٥.

(١) النساء / ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٤٢، الباب ١ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا، الحديث ٩.

ومنها: رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: «حتى يبلغ أشده». قال: وما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قد يكون الغلام ابن ثماني عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولا يحتلم. قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً»^(١).

ومنها: رواية أخرى عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله (عز وجل): «وحتى إذا بلغ أشده»، قال: «الاحتلام». فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها، فقال: «لا، إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً». فقال: وما السفية؟ فقال: «الذي يشتري الدراهم بأضعافه». قال: وما الضعيف؟ قال: «الأبله»^(٢).

وفي الجملة: فلا شك في اعتبار الرشيد في التصرفات المالية، ومنها الوصية. وإنما الكلام في أنه هل يكون معتبراً مطلقاً، أو يكون معتبراً إلا في وجوه البر والمعروف؟

الحق هو الأول، لإطلاق ما مر من الآيات والروايات الدالة على الحجر على السفية وأنه لا يجوز أمره، فإن مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ما إذا كانت بالمعروف وعدمه، وبين الوصية وسائر التصرفات المالية.

وأما القول الثاني: فقد يستدل عليه بقصور شمول أدلة الحجر عن شمول الوصية بالبر والمعروف؛ لأنها وردت مورد الامتنان، ولا امتنان في حرمانه عن المعروف.

وفيه: أولاً: أن السفية هو الجاهل الخفيف العقل الذي يصرف أمواله في غير

(١) وسائل الشيعة ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٠، الباب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ٨.

الأغراض الصحيحة وعلى وجه غير الملائم لأفعال العقلاء، بحيث يكون في تسليم المال إليه بالاستقلال خطر الضياع والفساد. وهذا الشخص في هذا الحال لا يقدر على تشخيص المعروف عن غير المعروف، ولا البرّ عن غيره، وإلا لا يصدق عليه السفية بالمعنى المذكور. وعليه يكون حرمانه عن كل تصرف موافق للامتنان في حقّه.

وثانياً: لو سلّم أنّه يقدر على تمييز المعروف عن غيره، فالظاهر من الأدلة المتقدمة أنّ الحجر عليه إنّما هو من أجل سفاهته وخفة عقله الموجب لتلف أمواله وتبذيرها، فيكون الحجر عليه لرفع خطر الضياع والفساد، وهو يتوقّف على منعه عن كل تصرف في أمواله، ضرورة أنّ في تسليم الأموال إليه بالاستقلال خطر الضياع والفساد وإن كان للتصرف فيه بالوصية بالمعروف، فحرمانه عن الوصية به أيضاً يوجب رفع خطر الضياع والهلاك، فيكون حرمانه عنه أيضاً موافق للامتنان في حقّه.

مركز تحقيق مكتبة نور علوم راسدي

وثالثاً: أنّ الامتنان ورفع خطر الضياع والفساد ليس إلا حكمة لأصل التشريع، لا علة لصدور الحكم المشروع من منع السفية عن التصرف في أمواله، فلا يدور ذاك الحكم مدار الامتنان والرفع وجوداً وعدماً. وحينئذ يؤخذ بعموم الأدلة ما لم يكن مخصّص في البين^(١).

وأما القول الثالث: فذهب إليه بعض السادة من المحققين وأفاد ما إليك لفظه - على ما في تقارير بحثه - : «والصحيح أنّ أدلة الحجر قاصرة الشمول لوصية السفية».

أمّا الآية الكريمة: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فهي ناظرة إلى دفع أموالهم إليهم ليتصرفوا فيها كيف يشاؤون، فهي منصرفة عن الوصية

(١) هكذا أفاد السيّد السبزواري في مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٧.

ولا تنظر إليها.

ولا يبعد دعوى ذلك في نصوص الحجر أيضاً.

ولعلّ الوجه فيه أنّ هذا الجعل (الحجر) إنّما هو لمصلحة السفهه ومراعاة حفظ أمواله، وإلاّ فهو مالك له بلا إشكال. فيختصّ بتصرّفاتة فيها حال حياته حيث تكون الأموال مملوكة له، ولا تشمل بعد مماته، لأنّها تنتقل عنه إلى غيره لا محالة. وبناءً على صحّة وصيّته تنتقل إلى الموصى له في الوصيّة التمليكية، وتبقى في ملكه في العهديّة. ومن هنا لا يكون في الحجر عليه من هذه الجهة أيّ امتنان عليه، بل يكون هو خلاف الامتنان في حقّه.

ويؤيّده معتبرة أبي الحسن الخادم بيّاع اللؤلؤ عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟... قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره، إلاّ أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»، فإنّها ظاهرة في اختصاص الحجر على السفهه بما يكون عليه، فلا يشمل ما لا يكون كذلك، والوصيّة منها. ولذا يصحّ قبوله للوصيّة له؛ بلا خلاف فيه فيما نعلم وإن كان المال لا يدفع إليه.

كما يؤيّده معتبرة محمّد بن مسلم في التهذيب عن أحدهما عليه السلام، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيّته وإن لم يحتلم»، فإنّ ظاهرها كون العبرة في النفوذ بالعقل خاصّة، ومن غير اعتبار للرشد.

إذن فما نسب إلى المشهور من نفوذ وصيّة السفهه هو الصحيح.

ثمّ إنّ مقتضى ما تقدّم عدم الفرق بين وصيّته بالمعروف - أي ما يكون راجحاً شرعاً - وغيره، فتنفذ وصيّته وإن تعلّقت بالمباح^(١).

ولكنّه مخدوش بوجوه:

أولاً: أنّ الظاهر من الآية الشريفة أنّها ناظرة إلى دفع أموالهم إليهم ليتصرّفوا

(١) المباني في شرح العروة الوثقى (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٣: ٣٤٠ - ٣٤١.

فيها على وجه يتصرّف العقلاء في أموالهم، لا كيف يشاؤون. وتصرّفهم فيها كذلك يتوقف على رشدهم، وإذا أحرز الرشد منهم يرفع الأموال إليهم لحصول أهلية التصرف لهم. وأمّا إذا لم يحرز الرشد منهم فليسوا أهلاً للتسلّط عليها ولا يدفع الأموال إليهم، وإذا لم يكونوا مسلّطين عليها لا ينفذ أمرهم الذي منه الوصية أيضاً. ودعوى انصرافه عن الوصية ممنوعة.

وثانياً: أنّ الحجر على السفیه من أجل سفاهته التي توجب وقوع أمواله مشرفاً على الهلاكة والضياع، كما قال نفسه: «وأما السفیه فمحجور عنه نشأت عن قصور في ذاته من أجل سفاهة وخفة عقله وضعف إدراكه الموجب لتلف المال وتبذيره وصرفه في غير محلّه جهلاً منه بالمصلحة والمفسدة»، ولا شكّ أنّه مادام سفیهاً - بالمعنى المذكور - يكون تسليم المال إليه مستلزماً لوقوع أمواله في معرض الضياع والفساد، ولو كان لأجل التصرف فيها بالوصية؛ ضرورة أنّ وصيته بالمال مؤخّرة عن تسلّطه عليه، وفي سلّطه عليه خطر الضياع والفساد.

وثالثاً: أنّ في الحجر عليه من هذه الجهة أيضاً امتنان عليه كما مرّ في الردّ على القول الثاني، فراجع.

ورابعاً: دعوى ظهور معتبرة أبي الحسين الخادم في اختصاص الحجر على السفیه بما يكون عليه ممنوعة، بل الظاهر منها سؤلاً وجواباً عدم جواز أمر السفیه مطلقاً، سواء كان ما يكون عليه أو ما يكون له، فإنّ المفروض أنّه جاهل بالمصلحة والمفسدة، فلا يقدر على تمييز ما يكون عليه وما يكون له.

وخامساً: أنّ قبوله للوصية له صحيح؛ لعدم كونه تصرّفاً في ماله، ضرورة أنّه بقبوله لها يصير مالكا للموصى به من دون أن يدفع المال إليه، فلا يكون متصرّفاً فيه. بخلاف الوصية بشيء من أمواله، فإنّه من التصرف في الأموال قطعاً، من دون فرق بين أن يكون الوصية بالمعروف أو بالمباح.

وسادساً: أن ذكر العقل في معتبرة محمد بن مسلم ليس دليلاً على كون العبرة في النفوذ بالعقل خاصة، كما أن ذكر بلوغه عشر سنين في الروايات الآخر ليس دليلاً على كون العبرة في النفوذ به خاصة؛ واعترف نفسه أيضاً بعدم دلالة ذكره فيها على كون العبرة في النفوذ بالعقل خاصة، حيث قال: «ودعوى منافاتها - أي ما دلّ على اعتبار بلوغه عشر سنين - لما دلّ على اعتبار العقل كمعتبرة جميل بن درّاج؛ حيث إنّها جعلت العبرة في نفوذ الوصية العقل دون البلوغ عشر سنين، مدفوعة بأنّ العقل معتبر لا محالة وعلى كلّ تقدير، سواء أورد ذكره في النصّ أم لم يرد، فإنّه معتبر في الموصي البالغ فضلاً عن الصبي الذي لم يبلغ الحلم. ومن هنا فلا يكون ذكره قيداً زائداً. ومن ثمّ فلا يكون المقام من اختلاف الشرطيّتين»^(١).

والحاصل: أن الرشد معتبر في الوصية كما يعتبر في سائر التصرفات الماليّة. ولا فرق في ذلك بين الوصية بالمعروف وغيره.

مركز تحقيقات فقهية وعلوم إسلامية

وخامسها: الحرّية

فلا تصحّ وصية المملوك والمملوكة. والدليل على اعتبارها عموم ما دلّ على الحجر، كقوله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»^(٢)، وصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في المملوك: «مادام عبداً فإنّه وماله لأهله، لا يجوز له تحرير، ولا كثير عطاء، ولا وصية، إلّا أن يشاء سيّده»^(٣). ولا فرق في ذلك بين القول بعدم ملكه والقول بملكه وهو الأقوى؛ وذلك لعموم ما مرّ من الأدلّة.

نعم، بناءً على ما هو الأقوى من ملكه تصحّ وصيّته لو أجاز مولاه، لوجود

(١) المباني في شرح العروة (ضمن موسوعة الإمام الخوئي) ٣٣: ٣٣٥.

(٢) النحل / ٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١.

المقتضي وفقد المانع، بل هو صريح صحيحة محمد بن قيس كما مرّ. وأمّا بناءً على عدم ملكه لا تصحّ وصيّته وإن أجاز مولاه؛ لأنّ المفروض عدم ملكيّته حتّى مع إجازة المولى، وحينئذٍ تكون وصيّته إمّا من الوصيّة الفضوليّة، وهو ممنوع؛ لأنّها إمّا تكون فضوليّة فيما لو علّق التمليك على وفاة مولاه، وهو غير المفروض. وإمّا من الوصيّة التعليقيّة، وهو فيما إذا علّقه على وفاته نفسه، وهي باطلة؛ لعدم صحّة تعليق الملكيّة على وفاة غير المالك، فإنّه نظير قول القائل: «مال زيد لعمر و بعد وفاتي»، وبطلانه واضح.

وسادسها: عدم كونه قاتلاً لنفسه

يعتبر في الموصي أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك، وإلا فلا تصحّ وصيّته. ويدلّ على اعتباره صحيح أبي ولاد حفص بن سالم، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ مُتَعَمِّداً فَهُوَ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِداً فِيهَا». قلت: أرايت إن كان أوصى بوصيّة ثمّ قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيّته؟ قال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أُجيزت وصيّته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصيّة بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تُجز وصيّته»^(١). فهذه الصحيحة تدلّ على أنّ من أوجد سبب قتله لأجل أن يموت - وهو الانتحار - ثمّ بعد ذلك أوصى لم تقبل وصيّته.

وأما الاستدلال بالإجماع فساقط؛ لأنّه لو كان ليس تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام بعد احتمال استناد المجمعين بالرواية المتقدّمة.

ردّ استدلال ابن إدريس على الصّحّة

واستدلّ ابن إدريس على صحّة وصيّة من قتل نفسه - خلافاً للمشهور -

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٤١، الباب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١.

بوجود المقتضي وفقد المانع، وبما ورد في القرآن من النهي عن تبديل الوصية، فقال: «فإن جرح نفسه بما فيه هلاكها على غالب العادات ثم وصى، كانت وصيته مردودة، لا يجوز العمل عليها، على ما رواه بعض أصحابنا في بعض الأخبار. والذي تقتضيه أصولنا وتشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضية صحيحة، إذا كان عقله ثابتاً عليه؛ لأنه لا مانع من ذلك. ويعضده قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾^(١). ولا دليل على إبطال هذه الوصية من كتاب، ولا سنة مقطوع بها، ولا إجماع»^(٢). والعلامة - بعد ما استدل على عدم الصحة بأنه سفيه وفي حكم الأموات فلا ينفذ تصرفه، بعد ما نقل عن ابن إدريس الاحتجاج على الصحة بما ذكر - قال: «وقول ابن إدريس لا بأس به»^(٣). وقال أيضاً في القواعد: «ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجيهاً»^(٤). ويرد عليه: أن هذا الاستدلال - مع وجود صحيحة أبي ولاد الصريحة في عدم جواز وصية من قتل نفسه إذا كان متعمداً في إيجاد سبب موته - اجتهد في مقابل النص المعمول به عند الأصحاب كما في المذهب البارع^(٥).

ضعف استدلال العلامة على عدم الصحة

واستدل العلامة في المختلف على عدم الصحة - مضافاً إلى صحيحة أبي ولاد - بأمور ثلاثة: فقال: «لنا؛ إنه سفيه، فلا ينفذ تصرفه. ولأنه في حكم الأموات، فلا يتصرف في مال غيره. ولأنه قاتل نفسه، فلا يتصرف في ماله، كالوارث لو قتله منع منه»^(٦).

والكل مخدوش:

أما الأول: فلأن السفيه في الاصطلاح عبارة عمّن لا يكون له حالة باعثة على

(١) المختلف ٦: ٣٦٨.

(٢) السرائر ٣: ١٩٧.

(٣) البقرة / ١٨١.

(٤) المذهب البارع ٣: ٩٩.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٧.

حفظ أمواله وهو الجاهل الخفيف العقل الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة، فالسفيه بهذا المعنى المصطلح عليه لا يشمل من أراد قتل نفسه للفرار عن بعض المشاكل الدنيوية.

نعم، يشمله فيما إذا كان منشأ عزمه على القتل خفة عقله. والمفروض خلافه في المقام.

وأما الثاني: فلأن كونه في حكم الميت دعوى بلا دليل. ولو سلم فلا ينقطع علاقة الإنسان عن ماله بعد الموت، كيف ويجب قضاء ديونه منه بعد موته؛ وكذا لا ينتقل ديونها إلى الوارث، بل تبقى على حكم ماله إذا كانت الديون محيطة بها، فلو نمت كان النماء للميت ويقضي منه الديون على مذهب العلامة.

وأما الثالث: فلأنه ليس إلا القياس، وهو باطل.

اختصاص اعتبار عدمه في الوصية بالمال

ثم إن عدم كون الموصي قاتلاً لنفسه معتبر في الوصية بالمال فقط، لا اختصاص صحيح أبي ولاد - وهو العمدية في اعتبار عدمه - بالوصية بالمال. والوجه في اختصاصه بها ليس ما يتوهم من قرينة قوله عليه السلام: «في ثلثه»^(١)؛ لأنه قيد لفرض جواز الوصية، وأما فرض عدم جوازها فهو مطلق من هذه الناحية. بل الوجه في ذلك انصراف إطلاقه في فرض تأخر الوصية عن الحدث في النفس إلى الوصية المالية بمقتضى وحدة السياق وتقييد فرض جواز الوصية بالثلث.

فالحاصل: أنه يعتبر في الموصي أن يبلغ عشر سنين وأن يكون عاقلاً مختاراً رشيداً حراً غير قاتل لنفسه قبل الوصية. وأما غيرها من الأمور فيحكم بعدم اعتباره فيه بمقتضى إطلاق قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

الركن الثاني: الموصى به

ولا يعتبر في الموصى به إلا كونه ذا غرض عقلائي محلل قابلاً للنقل. فلا تصح الوصية بالمحرّمات - كالخمر والخنزير ونحوهما -، ولا بآلات اللهو إذا أوصي بها للفوائد المحرّمة المترتبة عليها. وأمّا إذا أوصي بها للفوائد المحلّلة المعتبرة بها صحّت الوصية؛ لإطلاق قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

ولا تصح الوصية بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات، ولا الوصية بما لا يقبل النقل، كحقّ القذف ونحوه.

الركن الثالث: الموصى له

ويشترط في الموصى له أن يكون موجوداً حين انشاء الوصية مطلقاً، في الوصية العهديّة والتمليكية. ويشترط أن يكون قابلاً للتمليك في الوصية التمليكية. أمّا اعتبار كونه موجوداً حين الوصية فيهما فللإجماع^(١)؛ مضافاً إلى أنّه المنساق من أدلة الوصية، مع أن المرجع في مقام الشك هو إصالة عدم ترتب الأثر إلا فيما إذا كان الموصى له موجوداً.

وأمّا اعتبار كونه قابلاً للتمليك في الوصية التمليكية: فلأنّها كما مرّ عبارة عن تعهّد من الشخص تعلّق بتمليك عين أو منفعة للموصى له بعد الموت، فلا بدّ وأن يكون الموصى له قابلاً للتملّك كي يقدر على ردّها وعدم ردّها، وإلا لا يتحقّق التمليك. فلا يجوز أن يوصي للجماادات والنباتات والحيوانات غير الإنسان والمملوك - بناءً على عدم ملكه -.

استدلال صاحب الجواهر على اعتبار وجود الموصى له وما فيه
واستدلّ صاحب الجواهر على اعتبار وجود الموصى له حين الوصية؛ بأنّ

(١) راجع الحقائق الناضرة ٢٢: ٥١٥، جواهر الكلام ٢٨: ٣٦٣.

المعدوم ليس له أهلية التملك ولا قابليته؛ لأن الملك من الصفات الوجودية التي لا تقوم بالمعدوم، ومرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك^(١).

وتبعه على ذلك السيد المحقق البجنوردي وأفاد ما يكون توضيحاً لكلام صاحب الجواهر، فقال: «وأما اشتراط كونه موجوداً: فلأن المعدوم ليس قابلاً؛ لأن يتملك، والوصية التملكية عبارة عن إنشاء ملكية مال لشخص، غاية الأمر أن إنشاء الموصي تتعلق بملكية ذلك المال لذلك الشخص الذي نسميه بالموصي له بعد موت الموصي، فكونها بعد الموت من قيود المنشأ، لا الإنشاء، فلا يمكن إنشاء مثل هذه الملكية المقيدة لما هو معدوم حال الإنشاء. وذلك من جهة أن الملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً ولكن لها إضافتين: إضافة إلى الشيء الذي يعتبر ملكيته، وبهذه الإضافة يسمى ملكاً أو مملوكاً. وإضافة إلى من يملك ذلك الشيء، وبهذا الاعتبار يسمى بالمالك. فلا تتحقق الملكية في عالم الاعتبار بدون هذين الاعتبارين. وذلك مثل الزوجية الاعتبارية التي لا يمكن تحققها إلا بوجود امرأة تكون معروضة لعنوان أنها زوجة، وشخص يكون اعتبار زوجيتها له الذي نسميها بالزوج. فكما لا معنى لاعتبار زوجية امرأة بالفعل للزوج المعدوم كذلك لا معنى لاعتبار ملكية مال للمالك المعدوم.

وأشكلوا على هذا بصحة اعتبار الملكية للمالك المعدوم فعلاً حال اعتبار الملك له كما في الوقف على البطون المتأخرة وجودهم من حال الوقف، بناءً على أن الوقف تمليكاً لهم، غاية الأمر ملكاً غير طلق، بل ملكاً محبوساً، بحيث لا يباع ولا يورث ولا يرهن.

وأجيب عن هذا الإشكال بأنه في باب الوقف على البطون الطبقة الأولى موجودة حال الوقف، والواقف يملكهم، ثم بعد انقراضهم يعتبر ملكية طبقة البعد،

مثل باب الإرث، فإنَّ الشارع اعتبر ملكية المورث الموجود حال الاعتبار بأسبابها من الحيازة أو العطايا أو الهبات أو بالمعاملات والانتقال إليه بأحد النواقل الشرعية، وأيضاً اعتبر بعد موته ملكية ورثته حال وجودهم، وقد جاء الدليل على هذا المعنى بقوله ﷺ: «ما تركه الميت من حقٍّ أو مال فلوارثه»، وهذا أمر ممكن معقول، وقد جاء الدليل عليه في مقام الإثبات، وهذا ليس من تمليك المعدوم»^(١).

وفيه: أولاً: لا فرق في المعقولة وعدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك، مع أنَّهم يجوزون تمليك الكلِّي في الذمة، وهو ليس شيئاً موجوداً في الخارج؛ وأيضاً يجوزون بيع الثمار قبل بروزها عامين وليست الثمار موجودة؛ ويجوزون تمليك المنافع، وليست موجودة، بل تستوفي شيئاً فشيئاً. ولو كانت الملكية محتاجة إلى محلٍّ موجود لم يتفاوت الحال بين كون المالك معدوماً أو المملوك. وثانياً: أنَّ الملكية من الأمور الاعتبارية التي يصحَّ تعلُّقها بالمعدوم كتعلُّقها بالموجود؛ فإنَّ وجودها عين الاعتبار العقلاني، وليست كالسواد والبياض المحتاجين إلى محلٍّ خارجيٍّ، بل يكفيها المحلُّ الاعتباري. والعجب أنَّ هذا ما ذهب إليه المحقق البجنوردي وأصرَّ عليه ذيل قاعدة «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، حيث قال - ما حاصله - : «أنَّ الملكية أمر اعتباري عرفاً أو شرعاً، لا وجود لها في الخارج أصلاً. وكما يمكن اعتبارها لشخص موجود، كذلك يمكن اعتبارها لشخص معدوم فعلاً ولكن سيوجد، فإنَّ الأمر الاعتباري تحقُّقه في عالم الاعتبار تابع لا اعتبار من بيده الاعتبار، ولا دخل في وجود الفعلي لمن يعتبر له فيه»^(٢).

وأعجب منه ما أفاد في المقام - توجيهاً للوقف على البطون المتأخرة

وجودهم من حال الوقف - من أن الشارع اعتبر ملكية البطون المتأخرة حال وجودهم، لا حال الإنشاء، كما يعتبر الشارع الملكية للورثة حال وجودهم^(١).
لأننا نقول: بمثله في المقام، فلا إشكال في اعتبار الملكية للموصى له المعدوم حال وجوده.

وما في الجواهر - توجيهاً للوقف على البطون اللاحقة - من أن معنى تبعية البطن الثاني للأول أن الشارع جعل عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلة التامة في ثبوت الملك له، لا أنه مالك حال عدمه^(٢).

ففيه: أنه يمكن القول به في المقام أيضاً، فيقال: أن الشارع جعل الوصية سبباً لملك الموصى له المعدوم بعد وجوده، ويكون الوجود حينئذٍ أحد أجزاء العلة التامة في ثبوت الملك له، كما أن موت الموصي أحد أجزائها في ثبوته له، ضرورة أن الموصى به ملك للموصي قبل الموت.

وثالثاً: أن الوصية ليس إنشاء تملك المال للموصى له في الحال، بل الوصية كما مرّ إنشاء عهد من الشخص تعلق بأمر بعد موته، غاية الأمر أن متعلق العهد قد يكون تملك عين، وقد يكون تملك مفعلة، وقد يكون تسليطاً على حق، وقد يكون فك ملك، وقد يكون فعلاً من الأفعال الخارجية المتعلقة به. وعليه، فيعقل أن يكون إنشاء العهد أحد أجزاء العلة التامة في نقل الملك إلى الموصى له بعد وجوده، كما أن موت الموصي ووجود الموصى له بعده من أجزاء العلة التامة فيه أيضاً.

فالإنصاف: أن الاستدلال على اعتبار وجود الموصى له بعدم قابلية المعدوم للملك لا يرجع إلى محصل، بل العمدة في الاستدلال على اعتباره هو الإجماع،

(١) القواعد الفقهية ٦: ٢٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٣٦٣.

وأن المنساق من أدلة الوصية اعتبار وجوده.

وعليه، فيكون مقتضى إطلاقات وعمومات الوصية عدم اعتبار شيء في الموصى له إلا وجوده حال الوصية. وأما اعتبار غيره فيحتاج إلى دليل.

فروع حول ما يعتبر في الموصى له

وقد يستدل على اعتبار أمور في الموصى له. فينبغي البحث عنها ذيل فروع:

الفرع الأول: الوصية لمملوك الغير

هل يعتبر في الموصى له أن لا يكون مملوك الغير أم لا؟ وجهان.

ويستدل على الأول بأمور:

الأول: صحيح عبدالرحمان بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام، قال: «لا وصية

لمملوك»^(١).

مركز تحقيقات كلية الدراسات الإسلامية

وفيه: - قطع النظر عن قصور السند، لإمكان انجباره باستناد الأصحاب به -
أنه مجمل؛ لأن هذا الخبر كما يحتمل نفي الوصية من الغير له يحتمل نفي أن يوصي
المملوك للغير - بمعنى أنه لا يجوز للملوك أن يوصي -؛ لأنه لا يملك شيئاً وماله
مال مولاه. ولا مجال لتأييد أحد الوجهين بموافقة لبعض الأخبار، بل الأخبار
بعضها يوافق الاحتمال الثاني، كصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال
في المملوك: «مادام عبداً فإنه وماله لأهله، لا يجوز له تحرير، ولا كثير عطاء،
ولا وصية، إلا أن يشاء سيده»^(٢)، وبعض آخر منها يوافق الاحتمال الأول،
كصحيح عبدالرحمن بن الحجاج: «إن العبد لا وصية له، إنما أمواله لمواليه»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٦، الباب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢ و ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٤، الباب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٥.

الثاني: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال أهل الميراث: (لا يجوز وصيتها، لأنه مكاتب لم يعتق)، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه»، قال: «وقضى عليه السلام في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه، فأجاز له نصف الوصية. وقضى في مكاتب ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز له ربع الوصية. وقال: في رجل أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»^(١).

ورواه في الكافي^(٢) وليس فيهما «قضى أمير المؤمنين عليه السلام». وكذا رواه في التهذيب لكن بدون حديث النصف وزاد من آخره: «وقضى في وصية مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه»^(٣). وأورد عليه الشهيد الثاني في المسالك بقوله: «والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الثقة وغيره؛ مع أنها قضية في واقعة، فلا تعم»^(٤).

وفيه: أن الظاهر - بقرينة أن الراوي عنه هنا عاصم بن حميد الحنّاط - أن المراد به محمد بن قيس أبو عبد الله البجلي، وهو ثقة^(٥). وقال صاحب الحقائق: «محمد بن قيس في هذا السند وأمثاله هو الثقة، كما قطع به جملة من تأخر عنه، ومنهم سبطه السيد السند في شرح النافع، فتكون الرواية صحيحة بحسب العمل بمقتضى هذا الاصطلاح»^(٦).

الثالث: الإجماع. ففي التذكرة: «لا تصح الوصية لمملوك الغير عند

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٨، الباب ٨٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١.

(٢) الكافي ٧: ٢٨. (٣) التهذيب ٨: ٢٧٥. (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٥) وفي معجم رجال الحديث ١٧: ١٧٤: «طريق الصدوق إليه صحيح، وكذلك طريق الشيخ إلى كتاب قضايه».

(٦) الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٢٨.

علمائنا»^(١). وفي التنقيح والمهذب البارع: «مملوك الغير لا تصح الوصية له إجماعاً»^(٢).

الرابع: أن المملوك ليس له قابلية للملك وأنه كل على مولاه ولا يقدر على شيء كالبهائم. ولا فرق في ذلك بين ما أجاز مولاه أو لم يجز، ولا بين المكاتب وغيره؛ لأن الكتابة لا تقتضي قابليته للملك، وإن شرعت على وجه تتبعها الحرية إذا حصل الوفاء بما ضرب عليه وإن كان هو مال السيد.

هذا كله في الوصية لمملوك الغير. وأمّا الوصية لمملوك الموصي فهي صحيحة، لإطلاق قاعدة الوصية حق على كل مسلم، بل الظاهر الاتفاق عليه.

الفرع الثاني: الوصية للأجنبي والوارث

وتصح الوصية للأجنبي والوارث؛ لقاعدة «الوصية حق على كل مسلم»؛ مضافاً إلى الأخبار المستفيضة الدالة على جواز الوصية للوارث، كصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الوصية للوارث؟ قال: «يجوز»^(٣)، وصحيح أبي ولّاد عنه - لما سأله عن الميت قد يوصي للبنت بشيء - قال: «جائز»^(٤)، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الوصية للوارث، فقال: «تجوز» ثم تلا هذه الآية: «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ»^(٥)، وغيرها من الروايات الدالة على جوازها له. وقد عقد في الوسائل باباً في جواز الوصية للوارث^(٦).

(١) تذكرة الفقهاء (ط، القديمة) ٢: ٤٦١. (٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٧٢، المهذب البارع ٣: ١٠٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٤، الباب ١٥ من أبواب الوصايا، الحديث ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٥، الباب ١٥ من أبواب الوصايا، الحديث ٨.

(٥) البقرة / ١٨٠. (٦) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٤، الباب ١٥ من أبواب الوصايا، الحديث ٢.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٣، الباب ١٥ من أبواب أفعال الوصايا.

وذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث^(١)، وكان مستندهم في ذلك حديثاً عن النبي ﷺ أنه قال: «لا وصية لوارث»^(٢).

وأما بعض الروايات الواردة في عدم جواز الوصية للوارث - كخبر القاسم بن سليمان: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه؟ فقال: «لا تجوز وصيته لوارث، ولا اعتراف له بدين»^(٣)، وخبر أبي بصير عن أحدهما عليه السلام في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ...﴾ قال: «هي منسوخة، نسختها آية الفرائض التي هي الموارث»^(٤) فيجب طرحها، أو حملها على التقية، أو حمل مثل خبر القاسم بن سليمان على أن المراد نفي الوصية بالزائد على الثلث، كما في النبوي المروي عن تحف العقول أنه قال في خطبة الوداع: «أيها الناس إن الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث، ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث»^(٥)، أو حمل مثل خبر أبي بصير على إرادة نسخ الوجوب دون الاستحباب أو الجواز، فإن هذه الروايات خلاف الإجماع والروايات المستفيضة الدالة على جواز الوصية للوارث.

الفرع الثالث: الوصية للكافر

هل تصح الوصية للكافر أم لا؟ وحيث كان الكافر إما ذمياً أو حربياً فينبغي بسط الكلام في المقامين:

(١) كتاب الأم ٤: ١٠٤، المجموع (النووي) ١٥: ٤٢٠ - ٤٢١، الإقناع ٢: ٥٩، مغني المحتاج ٣: ٤٣، المبسوط (السرخسي) ٢٧: ١٤٣.

(٢) سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٥، السنن الكبرى ٦: ٢٦٤ - ٢٦٧، المصنف (الصنعاني) ٩: ٧٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٥، الباب ١٥ من أبواب الوصايا، الحديث ١٢.

(٤ و ٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٦، الباب ١٥ من أبواب الوصايا، الحديث ١٥ و ١٤.

المقام الأول: الكافر الذمي

هل تصح الوصية للكافر الذمي أم لا؟ فيه ثلاثة أقوال:
الأول: أنه لا تصح الوصية له مطلقاً. وهذا ظاهر السيد ابن زهرة^(١) والقاضي ابن البراج^(٢).

الثاني: أنه تصح الوصية له إذا كان رحماً، ولا تصح لو كان أجنبياً. وهذا ما حكاه في الخلاف عن بعض الأصحاب^(٣).

الثالث: أنه تصح الوصية له مطلقاً، رحماً كان أو غيره. وهذا مختار المفيد^(٤) وابن إدريس^(٥) والمحقق^(٦) وكثير من المتأخرين^(٧).

والحق هو الأخير فإنه - كما في الشرائع^(٨) - أشبه بإطلاق الأدلة وعمومها، ولعل مراده ما دل على قاعدة «الوصية حق على كل مسلم» من العمومات والإطلاقات المتقدمة.

ويستدل عليه - مضافاً إلى تلك الإطلاقات والعمومات - ببعض آخر من الآيات والروايات.

أما من الكتاب: فقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٩)، فإن الوصية لهم من البر. وسيأتي دلالة أيضاً على جواز الوصية لغير الكافر الذمي الذي لا يحارب بالفعل مع المسلمين.

وأما من الروايات:

فمنها: ما عن ريان بن شبيب، قال: أوصت مارية لقوم نصارى فرّاشين

(١) غنية النزوع: ٣٠٧.

(٢) المهذب ٢: ١٠٦.

(٣) الخلاف ٤: ١٥٣.

(٤) المقنعة: ٦٧١.

(٥) السرائر ٣: ١٨٦.

(٦) (٨ و ٦) شرائع الإسلام ٢: ٤٧٩.

(٧) راجع جواهر الكلام ٢٨: ٣٦٩.

(٩) الممتحنة / ٨.

بوصيته. فقال أصحابنا: اقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك. فسألت الرضا عليه السلام، فقلت: إن أختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين؟ فقال عليه السلام: «أَمْضِ الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾» (١) (٢).

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: «أعطه لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾» (٣).

ومنها: ما رواه حسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام، قال: قال عليه السلام: «لو أن رجلاً أوصى إلي أن أصنع في يهودي أو نصراني لوضعت فيهم، إن الله تعالى يقول.....» (٤).

فتلك الآية الشريفة وهذه الروايات تدل على جواز الوصية وإنفاذها للذمي مطلقاً، سواء كانوا من ذوي الأرحام أو لم يكونوا منهم.

ثم إنه يمكن أن يستدل للقول الأول بخبر إبراهيم بن محمد، قال: كتب أحمد ابن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام يسأله عن يهودي مات وأوصى لديانهم، فكتب عليه السلام: «أوصله إلي وعرفني لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله» (٥)، وخبر محمد بن عيسى، قال: كتب علي بن بلال إلى أبي الحسن علي بن محمد عليه السلام: يهودي مات وأوصى لديانه بشيء أقدر على أخذه، هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك؟ أو أنفذه فيما أوصى اليهودي؟ فكتب عليه السلام: «أوصله إلي وعرفنيه لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله» (٦).

(١) البقرة / ١٨١.

(٢) و٥ و٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٦، الباب ٣٥ من أبواب الوصايا، الحديث ١ و٢ و٣.

(٣) و٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٧، الباب ٣٥ من أبواب الوصايا، الحديث ٥ و٦.

وفيه: أنه لا ظهور لهما في عدم صحة الوصية للذمي بناءً على أن المراد من الديان أهل دينه وملته، كما قال في الوافي: «لديانه أي لأهل دينه وملته. وحملها في التهذيبين على إنفاذه في الديان، لأنه عليه السلام أعلم بكيفية القسمة فيهم ووضعه في مواضعه»^(١). هذا مضافاً إلى أن الظاهر إعراض المشهور عنهما.

وأما القول الثاني فلم نعرف له القائل ولم نجد له الدليل.

المقام الثاني: الكافر الحربي

وأما الكافر الحربي ففي جواز الوصية له وعدم جوازها وجهان، بل قولان. ويستدل على عدم الجواز بأمور:

الأول: الآيات، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٣)، فإنما يدلان على النهي عن المودة لمن حاد الله ورسوله، ولا ريب أن الوصية لهم نوع مودة لهم، فتكون الوصية لهم منهيّاً عنها، والنهي يدل على الحرمة، ولا وصية في محرم.

الثاني: أن الحربي غير قابل للملك، لعدم احترام لماله ولا لنفسه، وحينئذٍ فلا يمكن العمل بالوصية له شرعاً، وهذا يدل على فسادها.

الثالث: الإجماع المشعر به قول الشيخ: «وأما الوصية للحربي فعندنا أنها

لا تصح»^(٤).

والكل مخدوش:

أما الأول: فلأن الظاهر من الآية الأولى وصريح الثانية هو النهي عن مودة

(٢) الممتحنة / ٨

(٤) المبسوط ٤: ٤١.

(١) الوافي ٢٤: ٨٩.

(٣) المجادلة / ٢٢.

الكفار ومحبتهم من حيث يحادون الله ورسوله ويخرجون المسلمين من ديارهم، لا مجرد البر والإحسان لأغراض صحيحة عقلانية، كمكافأة الإحسان أو صلة الرحم أو جلب القلوب أو رفع الأذى وغيرها. والوصية من قبيل الثاني، فلا تكون المودة المنهي عنها.

مضافاً إلى أن الآيتين أخصان من المدعى، ولا تشمل إلا قسم خاص من الحربي. توضيح ذلك: أن الكافر الحربي - وهو غير الكافر الذمي - على أقسام: الأول: المحارب: وهو من كان من أهل الحرب الذين يستعدون للحرب مع المسلمين ويقاتلون معهم ويقدر على القتال، سواء كان جندياً أو كان من يمكن الاستفادة منه حين الطلب والضرورة.

الثاني: المستضعف: وهو الكافر المنتمي لدولة أو بلد يقاتل المسلمين، وهو من المستضعفين الذين لا يستطيعون القتال، مثل الشيخ الكبير السن، والطفل غير البالغ، والنساء غير المقاتلات.

الثالث: المعاهد: وهو الكافر الحربي الذي يكون بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة تلتزم فيها المسلمين بعدم القتال أو التعرض لهم لفترة، لأجل مصلحة معينة. الرابع: المستأمن: وهو الكافر المنتمي لدولة أو بلد يقاتل المسلمين، ولكن أمنت الدولة الإسلامية أو فرد من المسلمين بأي شكل من الأشكال.

الخامس: غير المعترض: وهو الكافر المنتمي لدولة أو بلد لم تتعرض المسلمين ولا اعترضوها، بل ليس بينهم أي مشاكل أو حروب.

وغاية ما يستفاد من الآيتين - لو فرضنا كون الوصية لهم مودة لهم - عدم جواز الوصية للقسم الأول - أي المحاربين الذين يحادون الله ورسوله ويحاربون المسلمين ويقاتلونهم في جبهات القتال -، وأمّا غيره من الكفار الحربي فلا يستفاد منها عدم جواز الوصية لهم.

وأما الثاني: فلاّنه أيضاً أخصّ من المدعى؛ لعدم دليل على عدم احترام مال الحربي مطلقاً، بل يستفاد من الأدلة عدم جواز التصرف في ماله بغير إذنه إلا فيما مع المحارب بالفعل في حال الحرب. وحيث كان الحربي قابلاً للملك بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَأَوْزَتْكُمْ أَرْضُهُمْ وِدْيَارُهُمْ وَأَمْوَالُهُمْ...﴾^(١)، فإنّه تعالى أضاف الأرض والديار والأموال إليهم، وحقيقة الإضافة تفيد الملك، فلا منع من الوصية له إلا فيما دلّ دليل على منعه. وقد مرّ توضيح الاستدلال على احترام مال الحربي ذيل قاعدة «كلما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية». فراجع.

وأما الثالث: فأورد عليه صاحب الجواهر بقوله: «وفيه: مع أنّ الشيخ هو الذي حكى الخلاف، ومنه يعلم عدم ظهور عندنا في ذلك، إنّ إثبات الأحكام الشرعية بأمثال ذلك من مفسدات الفقه»^(٢). مع أنّه لو سلّم فهذا الإجماع يعارض إجماع مجمع البيان على جواز برّ أهل الحرب، فقال: «والذي عليه الإجماع أنّ برّ الرجل من يشاء من أهل الحرب، قرابة كان أو غير قرابة، ليس بمحرّم، وإنما الخلاف في إعطائهم مال الزكاة والفطرة والكفّارات، فلم يجوزّه أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء»^(٣).

والحاصل: أنّه لا دليل على عدم جواز الوصية للكافر الحربي مطلقاً، بل مقتضى قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم» التي تدلّ عليها العمومات والإطلاقات هو صحّة الوصية لهم ما لم يثبت دليل على المنع. وقال في الجواهر - ونعم ما قال -: «ومما عرفت يظهر لك قوّة القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربي وغيره، والقريب وغيره»^(٤).

الركن الرابع: الموصى إليه «الوصي»

الوصي وجمعه الأوصياء من الوصاية، وهو عبارة عن شخص يتعهّد إليه

(١) الأحزاب / ٢٧. (٢) و ٤) جواهر الكلام ٢٨: ٣٦٨. (٣) مجمع البيان ٩: ٤٥.

الموصي بالتصرّفات المتعلّقة بأمواله وأولاده القصر أو أحفاده بعد موته، فيصير ذلك الشخص ذا حقّ على هذه التصرّفات من قبل الموصي.

والمعروف أنّه يعتبر في الوصي أمور: البلوغ، والعقل، والإسلام.

أمّا البلوغ: فقال صاحب الجواهر: «وممّا يعتبر في الوصي البلوغ بلا خلاف أجده فيه، فلا تصحّ الوصيّة إلى الصبي منفرداً، لقصوره بالصبا السالب لأقواله وأفعاله عن منصب الوكالة، فضلاً عن الوصاية التي قد عرفت أنّها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها»^(١).

وفيه: أنّ قطع النظر عن الإجماع لا دليل على مانعيّة الصبا عن الوصاية، بل الظاهر أنّ من يكون جائز التصرّف في الموصى به يصحّ أن يكون وصياً، والصبي كما مرّ^(٢) ليس مسلوب القول والفعل مطلقاً، بل يكون ممنوعاً عن التصرّفات الماليّة مستقلاً. وحينئذٍ فإذا لم يكن جائز التصرّف في الموصى به لا يصحّ الوصيّة إليه، لعدم تحقّق غرض الموصي من الوصاية، فيلزم لغوّاً. وأمّا إذا كان جائز التصرّف بحيث تحقّق غرض الموصي بالوصيّة إليه فلا منع عن صحّة الوصيّة إليه، كأن أوصى إليه بأن يتصرّف في أمواله بإذن وليّه، والمفروض صحّة تصرّفه فيه كذلك؛ أو أوصى إليه بما لا يحتاج إلى التصرّفات الماليّة، كالوصيّة إليه بأن يصلّي عليه بناءً على شرعيّة عباداته أو يتصدّي لتجهيزه؛ أو أوصى إليه وبلغ قبل موته، أو أوصى إليه منضمّاً إلى البالغ الكامل. ويدلّ على الأخير صحيح الصفّار، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: «نعم، على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحسبوه

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٠١.

(٢) راجع القاعدة الثانية من قواعد باب العارية: ١٣٨.

بذلك»^(١)، وخبر علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وشرك في الوصية معها صبيّاً؟ فقال: «يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي، فليس له أن لا يرضى إلا ما كا من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»^(٢).

وعلى هذا فلو ثبت الإجماع فهو، وإلا فلا منع عن الوصية إليه. وأما العقل: فقال صاحب الجواهر: «لا يصح الإيصاء إلى مجنون مطلقاً أو أدواراً، لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة، فضلاً عن الوصاية التي هي أعظم منها، لأنها إحداث ولاية ومنصب يقصر المجنون عنها قطعاً، لكونه مولى عليه»^(٣).

وفيه: أن الكلام في اعتبار العقل كالكلام في اعتبار البلوغ، فلو ثبت الإجماع عليه فهو، وإلا فلا دليل على منع الوصية إليه مطلقاً.

نعم، لو كانت الوصية على نحو لا يتمكن المجنون من العمل به كأن أوصى بالصلاة عليه، أو أوصى بالتصرفات المالية بالاستقلال، أو أوصى بالتصرفات المالية الناقلة بإذن وليه وكان المجنون بحيث لا يتمشى القصد منه فالوصية إليه باطلة، لعدم تحقق غرض الموصي من الوصية إليه، فيلزم لغواً. وأما لو كانت الوصية على نحو يتحقق غرض الموصي بالوصية إلى المجنون أيضاً كالإيصاء إلى المجنون الأدواري باعتبار حال إفاقته، أو الإيصاء إليه معلقاً على حصول الإفاقة له، أو الإيصاء إليه منضمّاً إلى الوصاية إلى بالغ عاقل مستقل في التصرف، أو مشروطاً بإذن وليه البصير في التصرفات المالية فلا منع عن الوصية إليه، بل صحة

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٨، الباب ٥٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٩، الباب ٥٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٣.

الوصية إليه حينئذ هي مقتضى إطلاق أدلة الوصية التي تدلّ على اعتبار قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».

وأما الاستدلال على اعتبار العقل مطلقاً بما نقله في دعائم الإسلام عن عليّ عليه السلام: «لا يزيل الوصي عن الوصية إلاّ ذهاب عقل...»^(١) فساداه واضح؛ لعدم اعتبار هذه الرواية أصلاً، بل هي مجهولة الإسناد وأعرض الأصحاب عن ذكرها في كتبهم، فضلاً عن العمل بها.

وأما ما ذكره صاحب الجواهر من التعليل بقوله: «لأنّها إحداث ولاية ومنصب يقصر المجنون عنها قطعاً» ففيه: أنّ الوصاية ليست ولاية، بل هي كما يظهر من عبارات الفقهاء^(٢) استنابة وإذن من الموصي إلى غيره بعد موته في أمور، فهي كالوكالة. والفرق بينهما في أنّ الوكالة استنابة في أمر من الأمور حال حياة الموكل، والوصاية استنابة في أمر من الأمور بعد موت الموصي.

وأما الإسلام: فقد يستدلّ على اعتباره في الوصي من قبل المسلم بأمور:

الأوّل: قصور الكافر عن منصب الولاية. قال العلامة: «يشترط في وصي المسلم الإسلام، فلا تصحّ وصية المسلم إلى الكافر، وإن كان ذمياً؛ لأنّ الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم»^(٣).

ويستدلّ على نفي ولاية الكافر على المسلم بقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٤).

الثاني: أنّ الوصية نوع ولاية، والولاية على المسلم نوع سبيل، ولا سبيل

(١) دعائم الإسلام ٢: ٣٦٤.

(٢) راجع جامع المقاصد ١: ٢٨٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٤١ و ٢٥٥، شرح اللمعة ٢: ٥٨، تكملة العروة ١: ١١٩، مستمسك العروة ١: ٨٧.

(٣) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٥١٠.

(٤) آل عمران / ٢٨.

للكافر على المسلم^(١)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢).

الثالث: أن الوصية نوع ركون إلى الظالم، والركون إليه منهي عنه^(٣)، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا...﴾^(٤).

الرابع: الإجماع. قال صاحب الرياض: «فلا تصح الوصية إلى الكافر وإن كان رحماً، إلا أن يوصى إليه مثله، كما يأتي. ولا خلاف في شيء من ذلك، بل عليه الإجماع في الغنية، وهو الحجة»^(٥).

والتحقيق: أنه لو لا الإجماع لأمكن الخدشة في غيره من الأدلة.

أما الأول: فلأنه فرع كون الوصاية ولاية، وليست الوصاية إلا استنابة في أمور بعد الموت، كما مرّ. قال بعض المحققين: «لا نجد الفرق بين الوصاية والوكالة، فلو وكل المسلم الكافر في أخذ ماله على الكافر المدين وصرفه في مصرف معين فهل يمكن منع صحة الوكالة لما في الآيات الشريفة؟! فلم يكن في الوصاية أزيد ممّا ذكر»^(٦).

وأما الثاني: فلأن المراد من السبيل كما يأتي ذيل قاعدة «نفي السبيل» إن شاء الله هو السلطة والقهر للكافر على المسلم، كملكية الكافر المسلم، والوصي لا سلطنة له على الموصي أصلاً، لو لم يكن بالعكس. ولو سلّم، فغاية ما تدلّ عليه الآية الشريفة هو المنع عن الوصية إليه فيما إذا كانت مستلزمة لولايته على المسلم، كالإيصاء إليه بالولاية على الأولاد الصغار، لا مطلقاً، فيكون أخص من المدعى.

(٢) النساء: ١٤١.

(٤) هود: ١١٣.

(٦) جامع المدارك: ٤: ٧٥.

(١) بلغة الفقيه ٤: ١٥٣.

(٣) جامع المقاصد ١١: ٢٧٣، شرح اللمعة ٥: ٦٨.

(٥) رياض المسائل ٩: ٤٧٧.

وأما الثالث: فلأن المنهي عنه في الآية الشريفة هو الركون إلى الظالم، وليس كل كافر ظالماً.

فالإنصاف: أنه لا دليل على المنع سوى الإجماع.

تتمّة: في اعتبار عدالة الوصي وعدمه

هل يعتبر العدالة في الوصي أم لا؟ فيه أقوال ثلاثة:

القول الأوّل: اعتبارها في الوصي. وهذا مذهب الشيخ في المبسوط^(١)، والمفيد في المقنعة^(٢)، وابن حمزة في الوسيلة^(٣)، وسلار في المراسم^(٤). ونسب إلى أكثر الأصحاب في التذكرة^(٥) وجامع المقاصد^(٦)، وإلى المشهور في الدروس^(٧).



واستدلّ على اعتبارها بأمور:

أحدها: ما ذكر الشيخ في المبسوط من أن الوصاية أمانة، والفاسق ليس أهلاً لها^(٨).

وثانيها: أن الوصية تتضمن الركون قطعاً، والفاسق ظالم، فلا يجوز الركون إليه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾^(٩).

وثالثها: أن الوصية استنابة على الغير، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى؛ لأنّ تقصير وكيل الوكيل مجبور ببقاء الوكيل والموكل ونظرهما وتفحصهما، بخلاف الوصي؛ فإنّ ولايته بعد موت الموصي في زمان صغر الموصي عليه إن كانت الوصية على طفل، أو حيث لا يداخله أحد غالباً ولا يتبع أفعاله إن

(١) المبسوط ٤: ٥١. (٢) المقنعة: ٦٦٨. (٣) الوسيلة: ٣٧٣.
(٤) المراسم: ٢٠٢. (٥) تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ٢: ٥١٠. (٦) جامع المقاصد ١١: ٢٧٤.
(٧) الدروس الشرعية ٢: ٢٢٣. (٨) المبسوط ٤: ٥١. (٩) هود / ١١٣.

كانت الوصية في إخراج حقوق ونحو ذلك. هذا الوجه والسابق عليه ما أفاده المحقق الثاني في جامع المقاصد^(١).

ورابعها: ما استدلل به صاحب الحقائق^(٢) من النصوص التي وردت فيمن مات وله أموال وورثة صغار ولا وصي له حيث اشترطت عدالة المتولي لأمرها^(٣)، فإنها تدل على أن المتولي لأمر الوصاية لا بد فيه من العدالة. والكل مخدوش:

أما الأول: فلأن الفسق لا ينافي الوثاقة والأمانة والصدق في القول والعمل، فكم من فاسق أمين في أموال الناس خصوصاً أموال اليتامى والفقراء. ولو سلم فالفسق إنما يمنع عن الوصية فيما إذا كان فسق الفاسق بما له مدخلية في حفظ الأموال، كأن يكون فسقه من جهة كونه غاصباً لأموال الناس، وأما إذا كان فسقه بما لا مدخلية له في حفظ الأموال - كأن لا يصلي مثلاً - فلا ينافي الوثاقة والاستئمان في حفظ الأموال وصرفها في مورد الوصية. وحينئذ فيكون الدليل أخص من المدعى.

وأما الثاني: فلأن الوصاية ليست ركونا كما مرّ. ولو سلم فالنهي عنه من الركون إنما هو الركون إلى الظالم، وحينئذ فلا دلالة للآية إلا على النهي عن الركون إلى الفاسق الظالم، لا الفاسق مطلقاً، فيكون هذا الدليل أيضاً أخص من المدعى.

وأما الثالث: فلأن الوصاية كما مرّ استنابة في أمور بعد الموت، ولا دليل على المنع عن استنابة الفاسق على مال الغير إذا لم يكن فسقه بما له مدخلية في حفظ المال. مضافاً إلى منع اعتبار العدالة في وكيل الوكيل، بل الأمر فيه يتبع إذن الموكل أو ما يقتضيه مصلحته.

(٢) الحقائق الناضرة ٢٢: ٥٦٠.

(١) جامع المقاصد ١١: ٢٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا.

وأما الرابع: فدفعه المحقق صاحب الجواهر بقوله: «إن موضوعها تولي عدول المسلمين الذين هم أحد الأولياء مع فقد الحاكم»^(١)، فلا ربط لها بباب الوصاية والوصي، واعتبار العدالة في الولي لا يستلزم اعتبارها في الوصي. مضافاً إلى عدم ظهورها في اشتراط العدالة في المتولي، بل المنساق منها اعتبار كون المتولي لأمرها رجلاً ثقة ناظراً في ما يصلحهم، سواء كان عادلاً أو فاسقاً، ففي خبر علي ابن رثاب: «لا بأس بذلك - أي بيع جارية أولاد الصغار - إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم»^(٢)، وفي خبر سماعة، قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدام ومماليك وعبد، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال عليه السلام: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(٣).

القول الثاني: أنه يعتبر فيه عدم ظهور الفسق، لا ظهور العدالة. وهذا ما اختاره الشهيد الثاني في المسالك، حيث قال: «لا يلزم من عدم أهلية الفاسق للاستيمان ولقبول الخبر اشتراط العدالة؛ لأن هناك واسطة بينهما، وهو المستور والمجهول الحال، فإنه لا يصح وصفه بالفسق، بل يعزّر وأصفه به، فلا يدخل في المدلول. واشتراط عدالة وكيل الوكيل إن أرادوا بها اشتراط ظهور عدالته كما هو المشهور فهو عين المتنازع فيه، وإن أرادوا به عدم ظهور الفسق سلمناه، لكن لا يفيد الاشتراط.

وبالجملة: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث»^(٤).

وفيه: أنه لا دليل على اعتبار عدم ظهور فسقه مطلقاً، بل مقتضى عموم الأدلة وإطلاقها عدم اعتباره أيضاً. نعم، لو ظهر فسقه بماله مدخلة في حفظ الأموال

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٧.

(٢ و ٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب كتاب الوصايا، الحديث ١ و ٢.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٢.

وصرفها في مورد الوصية بحيث لم يجزم الموصي بأنه يقوم بما أوصى به فلا يبعد عدم صحة الوصية إليه، لكونها لغواً على إشكال. وأمّا إذا ظهر فسقه بما لا مدخلية في حفظ الأموال في الوصية التمليكية أو ظهر فسقه به في الوصية العهدية فمقتضى قاعدة «الوصية حق على كل مسلم» صحة الوصية إليه أيضاً.

القول الثالث: التفصيل بين ما يتعلّق بحق الغير - كالوصية للفقراء - فيعتبر فيه العدالة، وبين ما يتعلّق بحق غير الميت أو لا يتعلّق بمال أصلاً فلا يعتبر، كالوصية بمباشرة الأمور المتعلقة بتجهيزه. وهذا ما ذكره الشيخ الأعظم في كتاب الوصايا والموارث، وقال: «هذا التفصيل حكى عن المذهب نسبته إلى بعض»^(١).

وفيه: ما في سابقه، واستشكل فيه الشيخ الأعظم أيضاً بقوله: «يمكن الاستشكال فيه: بأنّ المسلم وجوب مراعاة المصلحة فيما صادر بالوقف أو الوصية حقاً للغير. وأمّا وجوب إيقاع الوقف والوصية على وجه لا يهمل فيهما حقّ الموقوف عليه والموصى له فلا دليل عليه»^(٢).

وأنت خير بأنّ وجوب مراعاة المصلحة على الوصي أمر تكليفي لا ربط له بصحة الوصية إلى الفاسق وعدمها.

نعم، لو ظهر فسقه بما لا مدخلية في القيام بما أوصى به بحيث لا يجزم الموصي بأنه يقوم به أو يجزم بأنه لا يقوم به لا يبعد القول بعدم الصحة، لكون الوصية إليه لغواً غير مؤثّر.

القول الرابع: عدم اعتبار العدالة مطلقاً.

قال ابن إدريس: «والذي يقتضيه مذهبنا وتشهد به أصولنا ورواياتنا أنّ العدالة في الوصي ليست شرطاً في صحة الوصية إليه. وإنّما ذلك على جهة الأولى

(١) الوصايا والموارث (ضمن تراث الشيخ الأعظم (٢١): ١٢٣. ولكن لم نجد في المذهب ما يدلّ على هذا التفصيل أو نسبته إلى بعض.

(٢) الوصايا والموارث (ضمن تراث الشيخ الأعظم (٢١): ١٢٣.

والمستحبّ، دون أن يكون شرطاً في الصّحة. ولا خلاف أنّ الإنسان يجوز أن يودّع الفاسق وديعة، وهي أمانة، ويجعله أمينه في حفظها، فكذلك الوصيّة»^(١). وقال العلامة في المختلف: «والأقرب عدم الاشتراط، لأنّها نيابة، فيتّبع اختيار المنوب عنه، كالوكالة. نعم أنّه مستحبّ»^(٢).

أقول: أمّا عدم اعتبار العدالة مطلقاً فصحيح؛ لأنّه مقتضى العمومات والإطلاقات التي تدلّ على قاعدة «الوصيّة حقّ على كلّ مسلم». وأمّا استحباب الوصيّة إلى العادل فإن كان المراد به الاستحباب التكليفي فليس إلّا مجرد دعوى بلا دليل عليه، وإن كان المراد به مجرد الأولويّة فلا عبرة بمثلها، بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان.



٢ - «حقّ»

إنّ المحقّقين من الفقهاء سيّما المتأخّرين منهم قد بحثوا عن مفاد كلمة «الحقّ» التي تستعمل في الآيات والروايات كثيراً. واختلفوا فيه بما يبتني عليه كثير من الفروع الفقهيّة، فعرفوها تارة بما يساوق الحكم، وأخرى بالملكيّة، وثالثة بالسلطنة، ورابعةً بغيرها. فلا بدّ لنا في بيان المراد بالحقّ في المقام من بسط الكلام حول مفاد كلمة «الحقّ» ونسبتها إلى الحكم والملك والسلطنة.

الفرق بين الحقّ والملك والحكم

والتحقيق يقتضي البحث عن مفادها بحسب اللغة تارة، وبحسب الاصطلاح أخرى.

الحقّ في اللغة:

الحقّ في اللغة بمعنى ما يقابل الباطل، فقد يقال: «إنّه نقيض الباطل»^(٣)، وقد

(١) السرائر ٢: ١٨٩. (٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٩٤. (٣) لسان العرب ١٠: ٤٩، كتاب العين ٣: ٦.

يقال: «إنّه ضدّ الباطل»^(١)، وقد يقال: «الحقّ خلاف الباطل»^(٢).
 وذكروا للحقّ في اللغة معانٍ كثيرة. قال في القاموس: «الحقّ من أسماء الله تعالى، والقرآن، وضدّ الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والموت، والحزم»^(٣).
 وقال الراغب في المفردات ما حاصله: أنّ الحقّ يقال على أوجه:
 الأوّل: يقال لموجد الشيء بسبب ما تقتضيه الحكمة. ولهذا قيل في الله تعالى: هو الحقّ.

الثاني: يقال للموجد بحسب مقتضى الحكمة. ولهذا يقال: فعل الله تعالى كلّهُ حقّ.

الثالث: يقال للاعتقاد للشيء المطابق لما عليه ذلك الشيء في نفسه، كقولنا: اعتقاد فلان في البعث والعقاب حقّ.

الرابع: يقال للفعل والقول الواقع بحسب ما يجب وبقدر ما يجب وفي الوقت الذي يجب، كقولنا: فعلك حقّ وقولك حقّ^(٤).

والظاهر أنّ ما ذكرنا لكلمة «الحقّ» من المعاني في اللغة يرجع إلى مفهوم واحد يقابل مفهوم كلمة «الباطل»، وهو الثبوت والقرار، فإنّ معنى الباطل هو عدم الثبوت، كما قيل: «الباطل ضدّ الحقّ»، وهو ما لا ثبات له عند الفحص عنه^(٥).
 فلا يبعد أن يكون ما ذكرناه من المعاني لكلمة «الحقّ» من باب اشتباه المفهوم بالمصداق، كما قال المحقّق الأكبر الأصفهاني - ونعم ما قال - : «فالحقّ بمعنى

(١) القاموس ٣: ٢٢١، النهاية (ابن الأثير) ١: ٣٩٧.

(٢) الصحاح ٤: ١٤٦، مجمع البحرين ٢: ٥٨٦، تاج العروس ٦: ٣١٥.

(٣) القاموس المحيط ٣: ٢٢١.

(٤) مفردات غريب القرآن: ١٢٥.

(٥) تاج العروس ٧: ٢٢٩، مفردات غريب القرآن: ٥٠.

المبدأ هو الثبوت، والحق بالمعنى الوصفي هو الثابت، وبهذا الاعتبار يطلق الحق عليه تعالى لثبوته بأفضل أنحاء الثبوت الذي لا يخالطه عدم أو عدمي. والكلام الصادق حق، لثبوت مضمونه في الواقع، ﴿وَيُحَقِّقُ اللَّهُ الْحَقَّ﴾^(١) أي يشبته، ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) أي ثابتاً، و﴿حَقُّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ﴾^(٣) أي ثبت، و﴿حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ﴾^(٤) أي ثبتت، و﴿الْحَاقَّةُ﴾^(٥) أي: النازلة الثابتة، و﴿حَقِيقٌ عَلَى أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾^(٦) أي ثابت عليّ^(٧).

الحق في الاصطلاح

والخلاف الواقع بين الفقهاء هو في معنى الحق اصطلاحاً، فهل يكون بمعنى الحكم، أو يكون بمعنى الملك، أو يكون هو السلطنة، أو يكون اعتباراً آخر غير الحكم والملك والسلطنة؟ فيه وجوه، بل أقوال. ولما كان كثير من الفروع الفقهية مبتنية على هذا الخلاف فلا بد لنا من ذكر كلمات الفقهاء والبحث عما أفادوه في المقام.

القول الأول: أن الحق مرتبة ضعيفة من الملكية. وهذا ما اختاره المحقق الهمداني، فقال: «الفرق بين الحكم والحق أن الحكم عبارة عن الإلزامات والالتزامات والترخيصات الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين، فلا يصح أن يحمل على شيء خارجي، ولا يتقوم إلا بوجود المكلف. وهذا بخلاف الحق فإنه قسم من الجدة والملك، نظير المال، بل هو بوجه واعتبار؛ بمعنى أنه مرتبة ضعيفة من الملكية، ليست بحيث توجب جواز التصرف في متعلقة، أو منع الغير من التصرف فيه تصرفاً مطلقاً، كما في الملك المطلق، بل المترتب عليه أنما هو بعض الآثار

(٣) يس / ٧.

(٢) الروم / ٤٧.

(١) يونس / ٨٢.

(٦) الأعراف / ١٠٥.

(٥) الحاقة / ١.

(٤) يونس / ٣٣.

(٧) رسالة في تحقيق الحق والحكم «المطبوعة ذيل حاشية المكاسب» ١: ٣٨.

بقدر ما تقتضيه تلك المرتبة، فالحق عبارة عن المرتبة الضعيفة من الملكية المتحققة في متعلقة مضافة إلى ذي الحق إضافة المملوك إلى مالكة، فتحققها غير متوقّف على المضاف إليه، بل المتوقّف عليه إنّما هو المتعلّق لكونه محمولاً عليه. نعم، إضافته إليه فرع وجوده كالمال بعينه، فكما أنّ المال في حدّ ذاته موجود خارجيّ غير متوقّف على وجود زيد مثلاً، وإنّما المتوقّف عليه إضافته إليه، فكذا في الحقوق، مائيّة كانت أو غير مائيّة»^(١).

وفيه: أولاً - أنّ الملكية الشرعيّة العرفيّة من الأمور الاعتباريّة، والاعتبارات لا اختلاف فيها بالشّدّة والضعف والكمال والنقص، بل الأمر فيها يدور دائماً بين الوجود والعدم والنفي والإثبات.

وثانياً - لو سلّم كونها من المقولات الحقيقيّة لا يعقل اختلاف مراتبها بالشّدّة والضعف، سواء كانت من مقولة الإضافة أو الجدة. والوجه في ذلك ما أفاده المحقّق الأصفهاني - ردّاً على هذا القول -، حيث قال: «إنّ حقيقة الملك سواء كانت من مقولة الإضافة أو مقولة الجدة ليس لها مراتب مختلفة بالشّدّة والضعف، حتّى يكون اعتبارها في مواردّها مختلفاً باعتبار مرتبة قويّة تارةً واعتبار مرتبة ضعيفة أخرى.

بيانه: أنّ مقولة الإضافة ليس لها وجود استقلالي، بل تابعة للمقولة التي تعرضها الإضافة. فإن كانت من مقولة تختلف بالشّدّة والضعف - كالكيف مثلاً - فلا محالة تتّصف مقولة الإضافة بهما تبعاً، فالحرارة قابلة للشّدّة والضعف، فتتّصف مقولة الإضافة بالأحرّ وهكذا. وإن كانت من مقولة لا تجري فيها الشّدّة والضعف فلا تتّصف مقولة الإضافة بهما - كمقولة الجوهر مثلاً -؛ فإنّ زياداً المحيط على عين في الخارج ليس له ولا لتلك العين شّدّة وضعف، حتّى تتّصف الإحاطة بهما

(١) حاشية المكاسب (الهمداني): ٤٥١ - ٤٥٢.

بالعرض.

وأما مقولة الجدة فهي لا تتّصف في نفسها بالشدة والضعف، بل تتّصف بالزيادة والنقص، فإنّ الهيئة الحاصلة للرأس من العمامة أنقص من الهيئة الحاصلة للبدن من القميص، فإنّ الثاني أزيد إحاطة من الأوّل؛ لسعة المحيط والمحاط في الثاني دون الأوّل. واللازم هنا هو التفاوت بالشدة والضعف، فإنّ شخص هذا المانع لم تتفاوت جدته باعتباره ملكاً أو اعتباره حقّاً. فلا معنى لدعوى تفاوت مراتب الملك شدة وضعفاً. وأما زيادة ونقصاً فهو أجنبيّ عما نحن فيه، ضرورة أنّ المالك للعين والمنفعة أزيد ملكاً ممّن يملك أحدهما. فتبيّن أنّ جعل الحقّ بمعنى الملك لا وجه له. ودعوى اختلافه بالمراتب فاسدة»^(١).

ومن هنا يظهر فساد ما قيل: من أنّ الحقّ والحكم كلاهما مجعولان للشارع، إلّا أنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك لوحظ في جعله الشخص بحيث لا قوام له بدونه، والحكم لم يلحظ في جعله الشخص^(٢).

القول الثاني: أنّ الحقّ هو الملك، وهذا ظاهر كلام السيّد في حاشية المكاسب، حيث قال: «الحقّ نحو من الملك، بل هو ملك بحسب اللغة»^(٣).

وفيه: أنّ من الحقوق في الشرع ما لا يتّصف بالملكيّة، بل يكون إطلاقها عليها غير صحيح عند العرف، كحقّ الأولوية في الأرض المحجرة التي لا تملك إلّا بالإحياء، وحقّ الاختصاص بالخير التي كانت خلاً قبلاً.

القول الثالث: أنّ الحقّ اعتبار خاصّ مجهول الكنه له آثار خاصّة، منها السلطنة. وهذا ما يستفاد من ذيل كلام المحقّق النائيني وإن كان مقتضى صدر كلامه أنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من السلطنة على المال، كما هو المنسوب إلى

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٤٣. (٢) غاية الآمال في حاشية المكاسب ٨: ١٢.

(٣) حاشية المكاسب (اليزدي): ٥٧.

المشهور. وإليك نصّ كلامه - على ما تقريرات بحثه - : «[الحق] عبارة عن إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق، وأقواها إضافة مالكيّة العين، وأوسطها إضافة مالكيّة المنفعة. وبتعبير آخر: الحقّ سلطنة ضعيفة على المال، والسلطنة على المنفعة أقوى منها، والأقوى منهما السلطنة على العين. فالجامع بين الملك والحقّ هو الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبر عنها بالواجديّة، وكون زمان أمر الشيء بيد من جعل له، وكونه ذا سلطنة وقدرة. وهذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلّقها تامّة بأن تكون قابلة لأنحاء التقلّبات، فتسمّى ملكاً. ولو كانت ضعيفة إمّا لقصور نفس الإضافة، كحقّ المرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة، وإمّا لقصور في متعلّقه، كحقّ التحجير وحقّ الخيار - بناءً على تعلّقه بالعقد الغير القابل لما عدا الفسخ والإجارة - وحقّ الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء الغير المتموّلّة، كالخمر القابل للتخليل، فتسمّى: «حقّاً». وعلى هذا، فلو لم يكن المَجْعُول الشرعيّ مستتبعا للإضافة والسلطنة فليس إلّا حكماً، وتسميته بالحقّ إنّما هو بلحاظ معناه اللغويّ. وأمّا الاصطلاح فالفارق بينه وبين الحكم واضح جدّاً؛ فإنّ الحكم الشرعيّ هو المَجْعُول المتعلّق بعمل المكلفين اقتضاءً أو تخييراً، وهو وإن اشترك مع الحقّ في بعض الآثار كجواز رجوع الواهب عن الهبة، وجواز فسخ ذي الخيار إلّا أنّهما متباينان سنخاً؛ فإنّ الجواز في الأوّل حكم شرعيّ، وفي الثاني ملك وإضافة.

وكيف كان، فإذا كان الحقّ عبارة عن اعتبار خاصّ الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء ومرتبة ضعيفة من الملك فهو بجميع أقسامه وأنحائه قابل للإسقاط»^(١).

وفيه: أولاً: أنّ دعوى كون الحقّ أمراً اعتبارياً - كما ادّعاه ذيل كلامه - ينافي

(١) منية الطالب ١: ١٠٦ - ١٠٧.

دعوى كونه إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق؛ فإنَّ الإضافة من المقولات الحقيقية، لا من الأمور الاعتبارية. فكلامه في المقام مشوش جداً؛ حيث عرّف الحق تارةً بنفس الإضافة الضعيفة، وهي من المقولات الحقيقية، وأخرى بالسلطنة الضعيفة على المال، وهي أمر اعتباري، وثالثة باعتبار خاصّ أثره السلطنة الضعيفة على الشيء.

وثانياً: أنَّ تعريف الحقّ بالسلطنة غير صحيح، إذ من الحقوق ما لا يتّصف بها أصلاً، كحقّ الأخ المؤمن على أخيه المؤمن، وحقّ الجار على الجار، وحقّ الولد على الوالد، ضرورة أنّه لا يطلق على الأخ أنّه ذو سلطنة على أخيه المؤمن، ولا على الجار أنّه مسلّط على جاره، ولا على الولد أنّه مسلّط على والد، فيعلم منه أنَّ الحقّ ليس بمعنى السلطنة، إمّا كليةً أو في خصوص هذه الموارد.

وثالثاً: إن أراد بالسلطنة ما تكون فعلية فينتقض بحق الخيار الثابت للوارث الصبي غير المميّز بالإرث؛ لأنّه متجور ولا سلطنة له على ما انتقل إليه من مورّثه. وإن أراد بالسلطنة ما هو أعمّ من الفعلية والاقتضائية؛ بمعنى أنَّ فعلية السلطنة تتوقّف على زوال مانع، كالصبا في الصبيّ ففي مثل الصبي يعتبر سلطنة اقتضائية على الخيار المنتقل إليه بالإرث، ولكن اعتبارها كذلك لغو؛ حيث لا يترتب عليها أثر السلطنة على الخيار من فسخ عقد مورّثه وإمضائه وإسقاطه ونقله إلى الغير.

ومن هنا يظهر فساد ما أفاده بعض آخر من محشّي المكاسب من أنَّ الفارق بين الملك والحقّ سعة دائرة متعلّق السلطان في الملك وضيقتها في الحقّ، فإذا تتعلّق سلطنة الشخص بجميع حيثيات الشيء كان ملكاً، وإذا تتعلّق ببعض شؤونه كان حقّاً^(١).

القول الرابع: ما أفاد السيّد المحقّق الحكيم. وحاصله: أنَّ الملكية نحو خاصّ

(١) حاشية المكاسب (الإيرواني) ١: ٧٣.

من الإضافة بين المالك والمملوك. وهي سنخ واحد في الملك والحق، وهما موردان منه، فالملك والحق متحدان مفهوماً ومختلفان مورداً؛ وذلك لأن طرف إضافة الملكية إما عين، وإما عرض ومعنى. والعين إما خارجية، كالدرهم والفرس، وإما ذمّية، كالبيع الكلي في باب السلف، وإما لا هذا ولا ذاك، كحق الجناية المتعلق بالعبد الجاني وحق الزكاة المتعلق بالنصاب. والعرض والمعنى أيضاً إما أن يكن ذمّياً، كعمل الحرّ الأجير للمستأجر؛ وإما يكون قائماً بعين خارجية من دون توقّف الاعتبار على الإضافة إلى مالك، كمنافع الأعيان المملوكة كالعبد والدار، حيث لا تتعلّق الملكية الاعتبارية بها إلا إذا كانت العين قابلة للمنفعة، سواء أكان لها مالك أم لم يكن، بل يكفي اعتبار ملكية العين في إضافة المنفعة إليه، وإما يكون اعتبار الملكية موقوفاً على إضافته إلى مالك ووجود مصحّح لا اعتبار إضافته إليه، كحق الخيار القائم بالعقد، وحق الشفعة القائم بالبيع، وحق القسّم القائم بالزوج، وحق التحجير القائم بالأرض، وحق الرهانة القائم بالعين المرهونة ونحوها من الحقوق، فإنّها لو لم يكن مصحّح لا اعتبار إضافتها إلى المالك لم يصحّ اعتبارها، كما أنّ مصحّح اعتبار حق الخيار لأحد المتعاملين هو وجود الغبن أو الشرط أو العيب ونحوها.

إذا عرفت هذه الأقسام فاعلم أنّ إضافة الملكية في كلّ واحد من المذكورات من سنخ واحد، فلا فرق بين أن تقول: «زيد مالك للدرهم» أو «زيد مالك للكلي في الذمّة» أو «زيد مالك لمنافع الدار» أو «مالك لعمل الأجير» أو «مالك لأخذ المبيع المشاع بالشفعة» أو «مالك لفسخ العقد إذا كان مغبوناً» أو «مالك للاقتصاص من الجاني» أو غير ذلك من الأمثلة. ولا تفاوت بين أفراد هذه الإضافة قوّة وضعفاً، بل هي في الجميع على نحو واحد، غاية الأمر تسمّى في ثالت أقسام العين والمعنى بالحق، وفي غيره بالملك. فالحق عين أو معنى متعلّق بغيره وقائم

فيه على نحو لا يصحّ اعتباره إلّا في ظرف اعتبار ملكيته لمالكه.
ثمّ إنّ الفرق بين الحقّ والحكم من جهتين: الأولى - أنّ الحكم لا يصحّ أن يضاف إلى المحكوم عليه إضافة الملكية، بخلاف الحقّ، فإنّه يضاف إلى ذي الحقّ. الثانية - أنّ الحقّ من أحكامه السقوط بالإسقاط، وليس كذلك الحكم، فإنّ سقوطه إنّما يكون بإسقاط الجاعل له^(١).

وفيه: أنّ ما أفاده يرجع إلى دعويين:
(أحدهما) أنّ الملك والحقّ متّحدان مفهوماً ومختلفان مورداً.
(ثانيتهما) أنّ الفارق بين الحقّ والحكم هو صحّة إضافة الملكية وقابليّة الإسقاط في الحقّ وعدمهما في الحكم. ولكنّ كليهما مخدوشة:
أمّا الأولى: فلأنّ من الحقوق ما لا يمكن اعتبار الملكية لها أصلاً، لا اعتبارها على نحو الاستقلال، ولا اعتبارها على نحو التبعية لإضافة الشيء إلى مالك، كحقّ الوالد على الولد وبالعكس، وحقّ الاختصاص بالخمر المنقلب عن الخلّ المعدّ للتخليل، وحقّ التحجير قبل الإحياء، وحقّ الفقيه في صرف سهم الإمام على الجهات المتعلّقة به، وغيرها من الحقوق التي لا يتصوّر في موردها الملكية المصطلحة.

وأما الثاني: فلأنّ صحّة إضافة الملكية في الحقّ ممنوع، كما مرّ في السطر السابق. وأمّا قابليّة الإسقاط فلا تعمّ جميع الحقوق، بل بعضها لا يسقط بالإسقاط ولا ينقل بالتواقل ولا ينتقل بالإرث، كحقّ الأبوة، وحقّ الاستمتاع بالزوجة للزوج، وحقّ الجار على جاره، فإنّها حقوق لأربابها ولا تسقط، كما لا ينتقل إلى غير بوجه من الوجوه. فما ذكره ليس فارقاً بين الحقّ والحكم.

القول الخامس: ما أفاد السيّد المحقّق الخوئي. وحاصله: أنّ الحقّ أمر

(١) مستمسك العروة ٤: ٤٦ - ٤٩.

اعتباري كالحكم، فلا فرق بين الحق والحكم حقيقة؛ وذلك لأنّ المجعولات الشرعية على ستة أقسام:

الأول: التكليف الإلزامي، كالواجبات والمحرمات.

الثاني: التكليف غير الإلزامي، كالمستحبات والمكروهات والمباحات.

الثالث: الحكم الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ، كالبيع والإجارة والصلح، فإنّها وإن كانت لازمة في نفسها، ولكنها تنفسخ بالإقالة وغيرها.

الرابع: المجعول الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ، كالزواج، فإنّه لا ينفسخ إلّا في موارد خاصّة.

الخامس: المجعول الوضعي الترخيصي القابل للإسقاط، كحق الخيار، وحق الشفعة.

السادس: المجعول الوضعي الترخيصي الذي لا يقبل الإسقاط، كالجواز في الهبة، فإنّه مجعول للشارع ولا يرتفع بإسقاط غيره.

وهذه المجعولات كلّها أمور اعتباريّة قوامها بالاعتبار المحض وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً. وإذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلاني إلى الحق والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما. بل كلّها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصّة. غاية الأمر أنّ هذه الأحكام الشرعية تختلف في الأثر، فبعضها يقبل الإسقاط وبعضها لا يقبله. والسرّ في اختلافها أنّ زمان هذه الأمور الاعتباريّة بيد الشارع حدوثاً وبقاءً، فإذا حكم ببقائها مطلقاً لا تقبل الإسقاط، وإذا حكم بارتفاعها فيما إذا أسقطها أحد المتعاملين أو كليهما فتقبل الإسقاط. والاختلاف في الأثر لا يوجب الاختلاف في الحقيقة.

نعم، لا مانع من اختصاص الأحكام القابلة للإسقاط باسم «الحق» والأحكام غير القابلة له باسم «الحكم»، إذ لا مشاحة في الاصطلاح. ولعلّ هذا الإطلاق صار

سبباً لاختلاف العلماء في حقيقة الحكم والحق.

ومما يدل على اتحاد الحق والحكم أن لفظ «الحق» في اللغة بمعنى الثبوت. ولذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له. وهو بهذا المعنى قد استعمل في عدة موارد من الكتاب العزيز. ومن هنا يصح إطلاقه على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه في الواقع، كما يصح إطلاقه على الله تعالى، لبطلان غيره في جنبه سبحانه. وإذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعية، فلا وجه لتخصيصه بالأحكام فضلاً عن تخصيصه بحصة خاصة منها.

نعم، الحق والحكم يختلفان عن الملك حقيقة، فإن حقيقة الملك هي السلطنة والإحاطة، وهي مقولة بالتشكيك على مراتبها الأربع - من الملكية الحقيقية، والملكية الإنسان لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته، والملكية المقولية، والملكية الاعتبارية - . ولا ريب أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان الخارجية تارة، وبالأفعال أخرى، فيقال: له السلطنة على المملكة، كما يقال: زيد مسلط على الخياطة والبنائة وغيرهما من الأفعال. وهذا بخلاف الحق والحكم، فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال، فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز أو يستحب له أكل الرمان أو يجب على المكلف الصيام أو يحرم عليه شرب الخمر أو يكره أكل لحم الحمير أو لصاحب الخيار حق فسخ العقد أو للمرتهن حق بيع العين المرهونة وهكذا. انتهى محصل ما أفاد حول الحق والحكم والملك^(١).

وفيه: أن مجرد كون الحق أمراً اعتبارياً لا يوجب وحدته مع الحكم حقيقة؛ لأن الحق متقوم باستيلاء ذي الحق على ما تعلق به الحق، بخلاف الحكم، فإنه تعلق بالشيء من دون أن يحصل به للمحكوم عليه استيلاء على ما تعلق به الحكم. مضافاً إلى أن صدق كلمة الحق بمعناها اللغوي على الحكم والحق ليس دليلاً

(١) مصباح الفقاهة ١: ٤٤ - ٤٧.

على وحدتهما في الاصطلاح، وإلا يلزم وحدتهما مع الملك الاعتباري؛ لصدق الثابت عليه أيضاً، بل يلزم وحدة الكل مع الله تبارك وتعالى؛ لصدق الثابت عليه بأفضل أنحاء الثبوت.

القول السادس: أن الحق هو المجعل الوضعي الإرفاقي القابل للإسقاط وله طرف آخر. بخلاف الحكم التكليفي، فإنه تحميل يحتوي على المحرّكيّة، وليس إرفاقيّاً، ولا قابلاً للإسقاط، وقد لا يكون له طرف آخر. وبخلاف الحكم الوضعي، فإنه لا يحتوي على المحرّكيّة، وليس إرفاقيّاً^(١).

وفيه: أنه إن أراد بالإرفاق ثبوت التسهيل والتسامح فهو ثابت في كثير من الأحكام التكليفيّة والوضعيّة أيضاً، بل هذه الشريعة شريعة سمحة سهلة؛ فإنّ وجوب نفقة المرأة على المفضي إرفاق بها، والحكم بالتقصير للمسافر حكم إرفاقيّ، وصحة الحجّ والإجزاء عنه لمن مات في الحرم بعد الإحرام حكم وضعي إرفاقيّ، والمنع من الزيادة على الثلث في الوصيّة إرفاق بالورثة، وعدم صحة بيع مال اليتيم بلا مصلحة حكم إرفاقيّ، وضمان اليد أو الإلتلاف إرفاقيّ، وهكذا.

وإن أراد بالإرفاق أن الحق قابل للإسقاط وأنه بيد المكلّف إثباتاً وإسقاطاً ونقلًا، فهو ممنوع، لما تقدّم من عدم كون بعض الحقوق المسلّمة قابلاً للإسقاط والانتقال. مضافاً إلى أن من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط، وحينئذٍ لم يبق فرق بينه وبين الحكم الوضعي، كما صرح به نفس القائل بهذا القول، فقال: «إن كان بعض الحقوق غير قابلة لذلك كان الفرق بينها وبين الحكم الوضعي غير واضح»^(٢).

القول السابع: ما أفاد المحقّق الأكبر الأصفهانيّ؛ من أن الحق مشترك لفظي، فهو في كلّ مورد اعتبار مخصوص غير الاعتبار في مورد آخر، ولأجله تختلف آثار الحقوق، فحقّ الولاية للأب والجدّ والحاكم ليس إلا اعتبار ولايتهم على

التصرّف فيما يتعلّق بالمولّى عليه، وأثره جواز تصرّفهم في مال المولّى عليه تكليفاً ووضعاً. وحقّ الرهانة ليس إلا اعتبار كون العين وثيقة للدين، وأثره جواز استيفاء الدين منه ببيعه عند الامتناع عن الوفاء. وحقّ التحجير ليس إلا اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، وأثره عدم جواز مزاحمة الغير له. وحقّ الاختصاص في الخمر ليس إلا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخر، من دون اعتبار ملك أو سلطنة له، وأثره أيضاً عدم جواز مزاحمة الغير له. وحقّ الوصاية اعتبار كون الشخص نائباً في التصرّف عن الموصي^(١).

وفيه: أنّ المنساق من موارد استعمال كلمة «الحق» في مختلف موارد استعمالها - بحسب ما هو المرتكز عند العقلاء والعرف - ليس إلا معنى عاماً واحداً. ولا ملزم للالتزام بتعدّد المعنى لها بنحو الاشتراك اللفظي - الذي يستدعي أوضاعاً كثيرة غير معلومة بنصّ ثابت، بل منفية بالأصل - مع إمكان فرض معنى واحد لها بلا ورود أي إشكال، كما سيأتي.

القول الثامن: ما يخطر ببال القاصر من أنّ لكلمة «الحق» معنى غير ما لكلمتي «الملك» و«الحكم».

بيان ذلك: أنّ الحقّ غير الحكم، وأنّهما غير الملك في الاصطلاح. وفي توضيح المغايرة بينها لا بدّ لنا من تعريف كلّ واحد منها على حدة.

أمّا الحكم: فهو في اصطلاح الفقه عبارة عن مجعول اعتباريّ يتعلّق بالأفعال وكان أمر جعله ورفع به يد الحاكم. وهو قسمان:

أحدهما: الحكم التكليفي. وهو خمسة: الوجوب، والحرمة، والاستحباب، والكراهة، والإباحة.

وثانيهما: الحكم الوضعي، كالشرطيّة والجزئيّة وغيرهما.

(١) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ١: ٦٤.

وأما الملك: فتارةً يطلق ويراد به الملكية الحقيقية التي عبارة عن السلطنة التكوينية التامة على جميع الموجودات بالإضافة الإشرافية، وهي أجنبية عما يستعمل في مقابل الحكم والحق.

وأخرى يطلق ويراد به الملكية المقولية التي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم آخر - كالهيئة الحاصلة من التعمم - . وهو بهذا المعنى أيضاً أجنبي عن المستعمل في مقابل الحكم والحق.

وثالثةً يطلق ويراد به الملكية الاعتبارية التي يعتبره الشارع أو العقلاء ويتعلق بالأعيان وملحقاتها من المنافع والنماءات. وهو يستتبع سلطنة الشخص المعبر له على الشيء بحيث يصح له أن يتصرف فيه جميع التصرفات من دون حاجة إلى إذن الغير، إلا أن يدلّ دليل على منعه. وهو بهذا المعنى يستعمل في مقابل الحكم والملك.

فيظهر أن الجامع بين الحكم والملك اعتباريتهما. والفارق بينهما أن الحكم يتعلق بالأفعال، فيقال: «الصلاة واجبة» أو «الصوم واجب» أو «شرب الخمر حرام» أو «الكذب حرام» أو «العقد صحيح» أو «البيع حلال» أو «الركوع جزء للصلاة» أو «الطهارة شرط لها» أو «بيع المجهول باطل» وهكذا. وأما الملك فيتعلق بالأعيان وما يلحق بها من المنافع والنماءات، سواء كان متعلقها جزئياً أو كلياً؛ لأنّ قوامها باعتبار المعبر، فيقال: «هذا البستان ملك فلان» و«هذا الدار ملك زيد» و«الغنم ملكه» و«الأرض ملكه» وهكذا.

وأما الحق: فالظاهر أن معنى كلمة «الحق» في اللغة ما يقابل معنى الباطل، وهو الثبوت والقرار، فإنّ معنى الباطل هو الهدر وعدم الثبوت، كما قيل: «الباطل ضدّ الحق»، وهو ما لا ثبات له عند الفحص^(١).

(١) تاج العروس ٧: ٢٢٩، مفردات غريب القرآن: ٥٠.

ولا يبعد أن يكون ما ذكره من المعاني لكلمة «الحق» - من العدل والإسلام والموت والصدق ونحوها - من باب اشتباه المفهوم بالمصداق أو المحمول بالموضوع. وبهذا المعنى يحمل الحق على الأفعال، فيقال: «الصدق حق» و«الموت حق» و«النار حق» و«البعث حق» و«وعد الله حق».

وقد يحمل الحق على الأعيان، فيقال: «الميزان حق» و«الجنة حق» و«الصراط حق»، أو على الأشخاص، فيقال: «الرسول حق»، وليس إلا لأجل كون الموضوع في هذه الموارد بمعنى الأفعال، فيكون المراد من الميزان هو العدل، والمراد من الصراط هو الدين، والمراد من الرسول هو رسالته.

وأما في الاصطلاح فالظاهر أن المعنى المطرد في جميع الموارد التي ورد فيها حق من الحقوق المجعولة هو معنى اللياقة والأهلية والشأنية.

والحق بهذا المعنى أمر اعتباري مجعول بجعل الشارع أو العقلاء ويتعلق بالأشخاص، فيكون معنى حق القضاة أهلية الشخص للحكم بين الناس؛ وحق الوكالة أهلية الشخص للتوكيل - فيما إذا أضيف إلى الموكل - وأهلية الشخص لقبول الوكالة - فيما إذا أضيف إلى الوكيل -؛ ومعنى حق ولاية الأب أو الحاكم أهليتهما للولاية على الصبي والمجنون والمحجور؛ ومعنى حق المارة أهلية المارة للارتفاع بالثمرة الواقعة في طريقه؛ ومعنى حق الاكتساب أهلية الشخص للاكتساب؛ ومعنى حق الطاعة أهلية الشخص للطاعة؛ ومعنى حق العبادة أهلية الله تعالى للعبادة؛ ومعنى حق التصرف أهلية الشخص للتصرف؛ ومعنى حق الخيار أهلية المتعاملين أو أحدهما للفسخ، وهكذا. فهذا المعنى لوحظ في جميع موارد الحق.

نعم، إن الأهلية والشأنية قد يعتبر على نحو لا يمكن سقوطها، فلا يتصور إسقاطها، كحق العبادة لله تبارك وتعالى، وحق الطاعة له تبارك وتعالى؛ وذلك لأن

منشأ اعتبارها في مثلهما هو وجود الواجب تعالى بما هو وجود الواجب، وهو أبدى أزلي، وإذا كان منشأ الاعتبار أبدياً أزلياً كان الاعتبار والمعتبر كذلك. وقد يعتبر على نحو لا تسقط إلا بسقوط منشأ اعتبارها، كحق طاعة الأب، وحق استمتاع الزوج عن الزوجة، وحق ولاية الحاكم، فإنها لا تسقط في هذه الموارد إلا بسقوط الأبوة بالموت، والزوجية بالطلاق، والحاكمية بالفسق. وقد يعتبر على نحو يمكن إسقاطها، كحق خيار الغبن وخيار العيب، وحق الشفعة وغيرها من الحقوق الإرفاقية.

ثم إن آثار الأهلية تختلف باختلاف الموارد، فتارة يكون أثر ثبوتها أموراً واجبة، فتسمى بـ«الحقوق الواجبة»، وأخرى يكون أثر ثبوتها أموراً غير واجبة، فتسمى بـ«الحقوق غير الواجبة». وإثبات وجوب ما يترتب على ثبوتها محتاج إلى الدليل، والأصل عدم وجوبه ما لم يدل دليل عليه. ومن هنا يظهر أن الحق وإن كان أمراً اعتبارياً كالحكم والملك، ولكن بينه وبينهما بون بعيد.

فيتحصّل: أن المراد بكلمة «حق» في قاعدة «الوصية حق على كل مسلم» أن الوصية من شؤون كل مسلم، بمعنى أن له أهلية الوصية بأية كيفية أراد الموصي، إلا ما خرج بالدليل.

٣- «على»

واستظهر الشهيد الثاني من كلمة «على» دلالة القاعدة على وجوب الوصية، فقال: «والحق وإن كان أعم من الواجب، إلا أن (على) ظاهرة في الوجوب»^(١). وقال الشيخ الأعظم الأنصاري: «ظاهر بعض القدماء كالمفيد وابن زهرة

والحلي وجوب الوصيّة بما في الرواية»^(١).

وفيه: أنّه لا يفهم من كلمة «على» في مثل المقام أزيد من الاستحباب، بل المتفاهم منها في مثل هذا التركيب أن تكون كلمة «على»، بمعنى «لام»، فيكون معنى الحديث: الوصيّة شأن لكلّ مسلم. ونظيره في الروايات كثير:

منها: قوله ﷺ: «حقّ على المسلم إذا أراد سفراً أن يُعلم إخوانه، وحقّ على إخوانه إذا قدم أن يأتوه»^(٢).

ومنها: ما عن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام أنّه كان يأتي الدعوة ويقول: «هي حقّ على من دُعي إليها. ومن أتاها ولم يدع إليها فقد أتى ما لا يصلح له»^(٣).

ومنها: ما عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه يقول: «حقّ على الغني أن يأتي قبر الحسين عليه السلام في السنة مرّتين، وحقّ على الفقير أن يأتيه في السنة مرّة»^(٤).

ومنها: ما عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً أنّه يقول: «حقّ على كلّ محتلم [مسلم] في كلّ جمعة أخذ شاربه وأظفاره ومسّ شيء من الطيب»^(٥).

ومعلوم أنّه لا يستفاد من هذا التركيب في الموارد المذكورة إلاّ استحباب العمل مؤكّداً. مضافاً إلى ما في بعض الروايات من الدلالة على عدم وجوب الوصيّة، كما في خبر محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «الوصيّة حقّ، وقد أوصى رسول الله ﷺ، فينبغي للمسلم أن يوصي»^(٦).

وأما الاستدلال على وجوب الوصيّة على كلّ من عليه حقّ الله تعالى أو حقّ

(١) الوصايا والموارث (ضمن تراث الشيخ الأعظم) ٢٦: ٢١.

(٢) وسائل الشيعة ٨: ٣٢٩، الباب ٥٦ من أبواب آداب السفر إلى الحجّ وغيره، الحديث ١.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ١٠٧.

(٤) وسائل الشيعة ١٠: ٣٤٠، الباب ٤٠ من أبواب المزار، الحديث ١.

(٥) وسائل الشيعة ٥: ٥٤، الباب ٣٧ من أبواب صلاة الجمعة، الحديث ٢.

(٦) الكافي ٧: ٣.

الناس معللاً بوجوب استبراء الذمة كيف أمكن^(١). ففيه: أن الذمة إنما اشتغلت بنفس العمل أو المال، فالواجب ليس إلا الخروج من عهدة ما في ذمته من العمل والمال وتفريغها عنها بالامتثال مباشرة في زمان الحياة أو بالتسبيب إلى الإتيان بها بعد الوفاة ولو بمجرد الإعلام. نعم، لو علم من عليه الحق أنه إن ترك الوصية يضيع الحق ولا يخرج وارثه عن عهده لا تجب القول بوجوبها بناءً على كون مقدّمة الحرام منهيّاً عنها وأنّ النهي عن الشيء يقتضي الأمر بضده، وكلاهما محلّ إشكال، بل منع على ما تحقيقه في علم الأصول.

٤ - «كل مسلم»

والمراد بـ«المسلم» هو الأعمّ من المسلم والمسلمة، فإن كثيراً ما يستعمل اللفظ مذكراً ويراد به الأعمّ من المذكر والمؤنث، كقوله ﷺ: «أنا مولى كل مسلم»^(٢)، وقوله ﷺ: «هو مولى كل مسلم وإمام كل مؤمن وقائد كل تقي...»^(٣)، وقوله ﷺ: «الفطرة واجبة على كل مسلم»^(٤) وهكذا.

فيتحصّل من جميع ما ذكرناه أنّ مفاد الحديث والقاعدة «أنّ لكلّ مسلم ومسلمة أهليّة لعهدٍ تعلّق بأمر بعد موته». وبتعبير آخر: «أنّ عهد الشخص بأمر بعد موته شأن من شؤون المسلم، فيكون نافذاً مطلقاً، إلّا أن يدلّ دليل على عدم نفوذه في مورد خاصّ».

الجهة الثالثة: في مستثنيات القاعدة

ويستثنى من القاعدة عدّة موارد:

(٢) الخصال: ٦٦.

(٤) مستدرک الوسائل ٧: ١٣٨.

(١) كشف اللثام ٢: ١٩٤.

(٣) الأمالي (الصدوق): ١٧٥.

خادماً له، ثم أوصى بوصية أخرى، ألقيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية»^(١).

ومنها: ما عن العباس بن معروف، قال: كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له: ميمون، فحضره الموت، فأوصى إلى أبي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه وتركته أن يجعله دراهم وابعث بها إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام، وترك أهلاً حاملاً وإخوة قد دخلوا في الإسلام وأماً مجوسية. قال: ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها إلى محمد بن الحسن... وأوصلتها إليه عليه السلام، فأمره أن يعزل منها الثلث، فدفعها إليه ويرد الباقي إلى وصيه يردها على ورثته^(٢).

ومنها: ما عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق ممالিকে في مرضه، فقال: «إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث وجاز العتق»^(٣).

والأخبار بهذا المضمون كثيرة جداً. وظهورها في عدم نفوذ الوصية في أزيد من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة واضح.

الثاني: الإجماع

قال الشهيد في المسالك - ذيل قول المحقق: «ويتقدر كل منهما بقدر ثلث التركة...»: «هذا هو المشهور بين الأصحاب وربما كان إجماعاً، والأخبار الصحيحة به متظافرة»^(٤).

وقال صاحب الجواهر - ذيل القول المذكور -: «بلا خلاف معتد به أجده في

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٥، الباب ١١ من أبواب الوصايا، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٦، الباب ١١ من أبواب الوصايا، الحديث ٧.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٥٩، الباب ٦٧ من أبواب الوصايا، الحديث ٤.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ١٤٧.

شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، والنصوص مستفيضة أو متواترة»^(١). لا يقال: قد نقل العلامة في المختلف عن علي بن بابويه أنه قال: «فإن أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية، فإن أوصى بما له كله فهو أعلم وما فعله، ويلزم الوصي إنفاذ وصيته على ما أوصى». ثم قال العلامة: «واحتج على ذلك برواية عمّار الساباطي عن الصادق عليه السلام، قال: الرجل أحقّ بما له مادام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»^(٢)»^(٣). وبهذا الخلاف يمكن المناقشة في دعوى الإجماع، كما يمكن دعوى تعارض ما مرّ من الروايات برواية عمّار الساباطي.

لأنّه يقال: أمّا ما حكى عن علي بن بابويه فغير ظاهر في نفوذ الوصية مطلقاً، بل كلامه «فهو الغاية في الوصية» صريح فيما أفتى به المشهور من عدم نفوذ الوصية في أزيد من الثلث، وقوله: «فهو أعلم وما فعله» ظاهر في أنّ للموصي في الوصية بالجميع عذر، بأن كان ما في ذمته من الديون الشرعية والعرفية بمقدار جميع أمواله. فليس كلامه مخالفاً لما أفتى به المشهور.

نعم، يمكن المناقشة في الاستدلال بالإجماع بكونه مدركياً، لاحتمال كونه مستنداً بما مرّ من الروايات.

وأما دعوى معارضة رواية عمّار مع ما مرّ من الروايات المتظافرة، ففاسدة جداً؛ ضروره أنّها لا تصلح لمعارضة تلك الروايات المتقدمة المستفيضة بل ربما يدعى تواترها التي تكون أصحّ سنداً وأوضح دلالة، بل تكون موافقة لعمل الأصحاب بها. بخلاف رواية عمّار وبعض الروايات الأخرى كرواية محمد بن عبدوس^(٤)، فإنّها معرض عنها لدى الأصحاب.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٨١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٠، الباب ١١ من أبواب الوصايا، الحديث ١٩.

(٣) المختلف ٦: ٣٩٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٦٩، الباب ١١ من أبواب الوصايا، الحديث ١٦.

المورد الثاني: الوصية بما ليس فيه غرض عقلائي محلل

يشترط في الوصية أن يكون الموصى به ممّا يكون فيه غرض عقلائي محلل. وأما إذا كان الموصى به ممّا لا نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات أو كان من المحرّمات كالخمر والخنزير ومعونة الظالمين ونشر كتب الضلال ونحوها فلا تصحّ الوصية به.

والدليل على استثنائه الإجماع ولغوية الوصية بما ليس فيه غرض صحيح عقلائي.

نعم، لو فرض في شيء من المحرّمات غرض غير منهي عنه شرعاً تصحّ الوصية بها لأجل ذلك الغرض، لعموم قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

المورد الثالث: ما إذا لم يبلغ الموصي عشر سنين

يعتبر في الموصي أن يبلغ عشر سنين، وإن لم يبلغ بلوغاً شرعياً. فليخرج من تحت القاعدة ما إذا أوصى من لم يبلغ عشر سنين. والدليل على خروجه منها ما مرّ من الروايات البالغة حدّ الاستفاضة.

المورد الرابع: ما إذا لم يكن الموصي عاقلاً مختاراً رشيداً حراً

لا ينفذ وصية من كان مجنوناً أو سكراناً أو مغمى عليه حال إنشائها، كما لا ينفذ وصية من كان مكرهاً أو سفيهاً أو مملوكاً حال الإنشاء، لما مرّ من اعتبار العقل والاختيار والرشد والحرية في الموصي.

المورد الخامس: ما إذا كان الموصي قاتلاً لنفسه

لا تصحّ الوصية بالمال فيما إذا أوصى شخص بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه، لخروجه عن القاعدة بصحيح أبي ولّاد، كما مرّ.

المورد السادس: ما إذا لم يكن الموصي له موجوداً قابلاً للتملك

يستثنى من القاعدة ما إذا لم يكن الموصي له موجوداً حال الإنشاء

مطلقاً، في الوصية العهدية والتمليلية، كما يستثنى أيضاً ما إذا لم يكن الموصى له قابلاً للتمليك في الوصية التمليلية. والدليل على الاستثناء ما مرّ من الإجماع والأدلة، فراجع.

المورد السابع: الوصية لمملوك الغير

ويستثنى أيضاً الوصية لمملوك الغير، لما مرّ من الأخبار والإجماع وغيرهما، فراجع.

الجهة الرابعة: في التطبيقات

وتجري القاعدة في دفع اعتبار كلّ ما شكّ في اعتباره من الشرائط والأجزاء في الوصية، فإنّ مفادها كما مرّ أهلية كلّ مسلم للوصية مطلقاً، وهي تدلّ على نفوذ الوصية كذلك، إلّا فيما دلّ دليل معتبر على عدم نفوذها. فموارد تطبيقها في باب الوصية كثيرة جداً، ونذكر في المقام بعض الموارد:

١ - هل الوصية تحتاج إلى قبول الموصى له أو الموصى إليه أم لا؟ الحقّ أنّه لا يعتبر القبول في الوصية، بل يكفي عدم الردّ. ولا فرق في ذلك بين الوصية العهدية والتمليلية، لإطلاق قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم»، وعدم دليل على اعتباره فيه.

٢ - تصحّ وصية الموصي وهو عاقل ثمّ عرض له الجنون أو السكر أو الإغماء، لإطلاق قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».

٣ - هل تصحّ الوصية لمملوك الموصي نفسه أم لا؟ التحقيق أنّها صحيحة، لقاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».

٤ - تصحّ الوصية للأجنبيّ والوارث؛ لعدم دليل على عدم صحّة الوصية لهما، فتشمّلها قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».

- ٥ - لو أوصى شخص لشخص آخر بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صحّ فيما قبل أو لم يرد، وبطل فيما ردّ، لإطلاق قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ٦ - يكفي في تحقّق الوصية كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ أو الأفعال؛ لإطلاق قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ٧ - لا مانع من وصية المفلس وإن كانت بعد حجر الحاكم؛ لعدم الضرر بها على الغرماء، لتقدّم الدين على الوصية، فتشمّلها قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ٨ - تصحّ الوصية العهديّة ولو كان الموصي من أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه؛ لعدم دليل إلّا على عدم صحّة وصيته بالمال، فتشمّلها قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ٩ - تصحّ الوصية بالمال إذا كان الوصي أوصى به قبل أن يحدث في نفسه ما يوجب هلاكه، لإطلاق القاعدة المذكورة.
- ١٠ - تصحّ الوصية بكلّ ما يكون فيه غرض عقلائي محلّل من عين أو منفعة أو حقّ قابل للنقل، من دون فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوّة، فتصحّ الوصية بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة، وتصحّ بالعبد الآبق منفرداً أو منضمّاً؛ وذلك كلّه لإطلاق قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ١١ - تصحّ الوصية بالمحرّمات أو آلات اللهو إذا أوصى بها للقواعد المحلّلة المعتدّة بها؛ لقاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ١٢ - لا يشترط في نفوذ الوصية قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له، فلو أوصى بعين غير ملتفتٍ إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقلّ صحّت؛ لعدم دليل على اشتراطه، فتشمّله قاعدة «الوصية حقّ على كلّ مسلم».
- ١٣ - إن كان ما أوصى به مالاً معيّناً يساوي بالثلث أو دونه اختصّ به

الموصى له، ولا اعتراض فيه للورثة، ولا حاجة إلى إجازتهم؛ لإطلاق قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

١٤ - تصح الوصية للحمل بشرط وجوده حين الوصية، وإن لم تلجه الروح، وانفصاله حياً، إذ لا يعتبر في الموصى له إلا وجوده حال إنشاء الوصية، وهو موجود، ولا دليل على اعتبار أزيد منه، فتشمله قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

١٥ - تصح الوصية للكافر مطلقاً، سواء كان ذمياً أو حريباً؛ لإطلاق قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

١٦ - لو أوصى بمنافع أعيان ما يملك بعضها أو جميعها، لكل ما يملك أو لبعضه، على التأيد أو مدّة معينة، صحّت الوصية. ولا فرق في تلك المنافع الموصى بها بين أن تكون من الأعيان التي لها وجود مستقل بعد الانفصال عن ذبيها، كالحمل في الدابة والثمرة في الشجر واللبن في الغنم وغير ذلك، وبين أن لا يكون كذلك، كسكنى الدار والكسب في الدكان وركوب المركب، لشمول قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

١٧ - قال في الجواهر: «وإذا أوصى بثلث ماله مشاعاً كان للموصى له من كل شيء ثلثه على حسب ما أوصى به الموصي، فيكون شريكاً للوارث بالمقدار المعلوم. وإن أوصى بشيء معيّن وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت والقبول، لما عرفته سابقاً من أن له حصر ثلثه في عين معينة؛ لعموم أدلة الوصية»^(١). ومراده من العموم ما مرّ من الأدلة الدالة على قاعدة «الوصية حق على كل مسلم».

انتهى الجزء الثالث بحمد الله تعالى، ويتلوه الجزء الرابع مبتدئاً بالقواعد المختصة باب النكاح إن شاء الله تعالى.

فهرس محتويات الكتاب

الفصل الخامس عشر فيما يختص بباب الصلح

٣	وفيه قاعدة:
٤	قاعدة الصلح جائز ما لم يؤدّ إلى تحليل حرام أو تحريم حلال
٤	الجهة الأولى: في بيان مفادها
٦	الجهة الثانية: في مداركها
٦	الأول: الكتاب
٧	الثاني: الروايات
٨	الثالث: العقل
٨	الرابع: الإجماع
٩	الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور
٩	الأمر الأول: الصلح عقد مستقلّ
١١	الأمر الثاني: صحّة الصلح مع الإقرار والإنكار
١٣	الأمر الثالث: استثناء ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً
١٣	الأمر الرابع: جواز الصلح مع جهل الطرفين بما يصطلحان عليه
١٤	الأمر الخامس: الصلح عقد لازم
١٥	الأمر السادس: بطلان الصلح على ما لم يصل إلى المصالح
١٥	الأمر السابع: أقسام متعلّق الصلح

- ١٩ الأمر الثامن: الإيجاب والقبول
 ٢٠ الأمر التاسع: الصلح الربوي
 ٢١ الجهة الرابعة: في التطبيقات

الفصل السادس عشر

في القواعد المختصة بباب الشركة

- ٢٤ القاعدة الأولى: قاعدة لا شركة إلا في الأموال
 ٢٤ الجهة الأولى: في بيان مفادها
 ٢٤ الأول: تعريف الشركة
 ٢٥ الثاني: الأقسام المتصورة في الشركة العقدية أربعة
 ٢٧ الثالث: اعتبار الامتزاج
 ٢٩ الرابع: المراد من الأموال
 ٣٢ الجهة الثانية: في مدرك القاعدة
 ٣٣ الجهة الثالثة: في موارد تطبيقها
 القاعدة الثانية: قاعدة كل ما لا ضرر في قسمته فيجبر الممتنع عنها وكل
 ٣٥ ما في قسمته ضرر فلا يجبر الممتنع عنها
 ٣٥ المقام الأول: في توضيح مفادها
 ٣٥ الأول: في تعريف القسمة
 ٣٦ الثاني: في بيان مشروعيّتها
 ٣٧ الثالث: أقسام القسمة
 ٣٩ الرابع: ما هو معنى الضرر في المقام
 ٤٠ الخامس: من هو المجبر

- ٤١ المقام الثاني: في دليل القاعدة
 ٤١ المقام الثالث: في استثناء الديون المشتركة
 ٤٤ المقام الرابع: في بعض موارد تطبيق القاعدة

الفصل السابع عشر فيما يختص بالمضاربة

- ٤٦ قاعدة لا قراض إلا بالأثمان
 ٤٩ استثناء المضاربة بالدين
 ٤٩ جواز المضاربة بغير الدراهم والدنانير

الفصل الثامن عشر

في القواعد المختصة بباب المزارعة

- ٥٦ القاعدة الأولى: قاعدة عدم صحة المزارعة إلا بالحصّة المشاعة
 ٥٦ الجهة الأولى: في معناها
 ٥٦ الجهة الثانية: في مدرّكها
 ٥٦ الأوّل: الروايات
 ٥٧ الثاني: الإجماع
 ٥٨ الجهة الثالثة: في موارد تطبيقها
 القاعدة الثانية: قاعدة كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب أجرة
 ٥٩ المثل
 ٦١ دليل القاعدة
 ٦٢ التطبيقات

الفصل التاسع عشر

في القواعد المختصة بباب المساقاة

- القاعدة الأولى: قاعدة كل نبات كان من شأنه أن يثمر فالمساقاة عليه جائزة ٦٦
- الأمر الأول: عدم اعتبار كون ما يساقي عليه أصلاً ثابتاً ٦٦
- الأمر الثاني: اعتبار كون ما يساقي عليه مثمراً ٧٣
- القاعدة الثانية: قاعدة كل موضع تفسد فيه المساقاه فللعامل أجره المثل
- وللمستولي على الأصل الثمرة ٧٥
- الجهة الأولى: في مفادها ٧٥
- الجهة الثانية: في دليلها ٧٧
- الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها ٧٧



الفصل العشرون

في القواعد المختصة بباب الوديعة

- القاعدة الأولى: قاعدة كل من استودع شيئاً وجب عليه حفظه حتى يردّه ٨٠
- تنبيه: في حكم إنفاق المستودع من ماله ٨٦
- القاعدة الثانية: قاعدة كلما بطلت الوديعة يجب ردّها إلى من له الولاية ٩٢
- المقام الأول: في بيان مفادها ٩٢
- المقام الثاني: في مدرّكها ٩٧
- المقام الثالث: الاستثناءات ١٠٠
- الأول: مال الكافر الحربي ١٠٠
- الثاني: مال الناصب ١٠٦
- الثالث: المال المغصوب ١٠٦
- الرابع: ما يؤخذ مقاصّة ١٠٦
- المقام الرابع: في بعض التطبيقات ١١٢

الفصل الواحد والعشرون

في ما يختص بباب العارية

القاعدة الأولى: قاعدة كل ما يصح الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه تصح

إعارته له

١١٦

المقام الأول: في بيان مفادها

١١٦

المقام الثاني: في دليلها

١١٧

الأول: إطلاق ما دلّ على اعتبار العارية

١١٧

الثاني: الإجماع

١١٩

المقام الثالث: في بيان فروع القاعدة وأحكامها

١١٩

الفرع الأول: في إعارة المنحة

١٢٠

الفرع الثاني: في حدود الانتفاع بالعين المستعارة

١٢٦

الفرع الثالث: في جواز عقد العارية

١٢٧

الفرع الرابع: عدم اعتبار تعيين العين المستعارة

١٣٢

الفرع الخامس: عدم كون العارية مبيحة

١٣٢

المقام الرابع: التطبيقات

١٣٢

القاعدة الثانية: قاعدة كل من استولى شرعاً على مطلق التصرف في الشيء

١٣٤

جاز أن يكون معبراً له

الجهة الأولى: في مفادها

١٣٥

الجهة الثانية: في دليلها

١٣٥

تنبيه: في إعارة المولى عليه إذا كانت بإذن وليه

١٣٦

الجهة الثالثة: في بعض موارد تطبيقها

١٣٩

الفصل الثاني والعشرون

في القواعد المختصة بباب الإجارة

القاعدة الأولى: قاعدة كلّ مورد كانت الإجارة فاسدة وفاتت المنفعة أو

العمل تثبت للمؤجر والعامل أجره المثل ١٤٢

الموضع الأوّل: في مفادها ١٤٢

الموضع الثاني: في مدرّكها ١٤٤

الأوّل: قاعدة الإقدام ١٤٤

الثاني: قاعدة على اليد ١٤٥

الثالث: قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٤٦

الرابع: قاعدة الاحترام ١٤٧

الخامس: قاعدة الإلتاف ١٤٨

السادس: قاعدة لا ضرر ١٤٨

السابع: الإجماع ١٥٠

الموضع الثالث: في تنبيهات القاعدة ١٥٠

التنبيه الأوّل: عدم استثناء بطلان الإجارة بعدم ذكر الأجرة أو اشتراط

عدمها ١٥٠

المقام الأوّل: عدم ذكر الأجرة ١٥٤

المقام الثاني: اشتراط عدم الأجرة ١٥٥

التنبيه الثاني: شمول القاعدة لما إذا فاتت المنفعة ١٥٨

التنبيه الثالث: شمول القاعدة لصورة العلم بفساد الإجارة ١٥٨

الموضع الرابع: التطبيقات ١٦٠

القاعدة الثانية: قاعدة كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته ١٦٢

الجهة الأولى: في بيان مفادها ١٦٣

- ١٦٦ الجهة الثانية: في بيان دليلها
- ١٦٧ الجهة الثالثة: في الكلّيات المرتبطة بالقاعدة
- ١٦٩ الجهة الرابعة: في بعض تطبيقاتها
- ١٧٠ القاعدة الثالثة: قاعدة ما على المسأجر وما على المؤجر
- ١٧٠ المقام الأول: في مقدّمات العمل
- ١٧٤ المقام الثاني: في مقدّمات تسليم المنفعة
- القاعدة الرابعة: قاعدة كلّ خيار ثبت في البيع بالدليل الخاص لا يسري إلى
- ١٧٦ الإجارة وما ثبت بالدليل العام يسري إليها
- ١٧٧ المقام الأول: في بيان القاعدة الفقهية
- ١٧٨ المقام الثاني: في التطبيقات
- القاعدة الخامسة: قاعدة كلّ ما جاز أن يكون ثمنًا للبيع جاز أن يكون
- ١٨٦ عوضاً في الإجارة

الفصل الثالث والعشرون

في القواعد المختصة بباب الجعالة

- ١٨٨ القاعدة الأولى: قاعدة لا جعالة إلّا على عمل محلّل مقصود
- ١٨٨ الجهة الأولى: في بيان مفادها
- ١٩٠ الجهة الثانية: في بيان مستندها
- ١٩١ الجهة الثالثة: في تنبيهات القاعدة
- ١٩١ التنبيه الأول: جواز الجعالة على الواجبات
- ١٩٦ التنبيه الثاني: عدم اعتبار كون العمل معلوماً
- ١٩٧ التنبيه الثالث: عدم اعتبار تقدير العوض

- ١٩٨ الجهة الرابعة: في التطبيقات
- ١٩٩ القاعدة الثانية: قاعدة كل من له أهلية الاستئجار صح أن يكون جاعلاً
- ٢٠١ القاعدة الثالثة: قاعدة كل من يمكن له تحصيل العمل صح أن يكون عاملاً
- ٢٠١ الجهة الأولى: في بيان مفادها
- ٢٠٢ الجهة الثانية: في مدركها
- ٢٠٢ الجهة الثالثة: في التطبيقات

الفصل الرابع والعشرون

في القواعد المختصة بباب الوقف

- القاعدة الأولى: قاعدة كل ما يمكن تحيين أصله وتسجيل ثمرته يصح وقفه
- ٢٠٦
- المقام الأول: في توضيح مفادها
- ٢٠٦
- المقام الثاني: في دليلها
- ٢٠٨
- المقام الثالث: في استثناء الدين والكلّي في الذمة
- ٢١١
- المقام الرابع: في التطبيقات
- ٢١٣
- القاعدة الثانية: قاعدة الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها
- ٢١٥
- الجهة الأولى: في بيان مدركها
- ٢١٥
- الجهة الثانية: في بيان مفادها
- ٢١٧
- الأمر الأول: في حقيقة الوقف
- ٢١٨
- الأمر الثاني: في شرائط الوقف
- ٢١٨
- الشرط الأول: القبض
- ٢١٨
- الشرط الثاني: الدوام
- ٢٢٦

٢٣٠	الشرط الثالث: التنجيز
٢٣٢	الشرط الرابع: إخراجه عن نفسه
٢٣٤	الأمر الثالث: في شرائط الواقف
٢٤٤	الأمر الرابع: في شرائط الموقوف
٢٤٤	الأمر الخامس: في شرائط الموقوف عليه
٢٤٩	الجهة الثالثة: التطبيقات الفقهيّة
٢٥٣	القاعدة الثالثة: قاعدة كلّ ما يصحّ وقفه يصحّ إعمارُه وإرقابه
٢٥٤	الجهة الأولى: في مفادها
٢٥٥	الجهة الثانية: في دليلها
٢٥٥	الجهة الثالثة: في التطبيقات



الفصل الخامس والعشرون

فيما يختصّ بباب الهبة

٢٥٨	القاعدة الأولى: قاعدة كلّ ما صحّ بيعه صحّت هبته وبالعكس
٢٥٩	المقام الأوّل: في توضيح مفادها
٢٦٢	المقام الثاني: في دليلها
٢٦٢	المقام الثالث: في مستثنيات القاعدة
٢٧٢	المقام الرابع: في التطبيقات
٢٧٣	القاعدة الثانية: قاعدة لا حكم للهبة ما لم يقبض الموهوب
٢٧٣	الجهة الأولى: في بيان مفادها
٢٧٣	الجهة الثانية: في مستندها
٣٨٣	الأوّل: الروايات

- ٢٧٦ الثاني: الإجماع
 ٢٧٧ الثالث: قاعدة الاستصحاب
 ٢٧٨ الجهة الثالثة: دليل اعتبار عدم منع الواهب
 ٢٧٩ الجهة الرابعة: في بعض موارد تطبيقها

الفصل السادس والعشرون

فيما يختصّ بباب السبق والرماية

- ٢٨٢ قاعدة لا سَبَقَ إِلَّا فِي ثَلَاث
 ٢٨٢ الجهة الأولى: في مدرّكها
 ٢٨٣ الجهة الثانية: في بيان مفادها
 ٢٩٣ الجهة الثالثة: في التنبيه على أمور:
 ٢٩٣ الأمر الأوّل: تحريف النبوي بزيادة لفظ «أو جناح»
 ٢٩٤ الأمر الثاني: المراد من كلمة «الريش» في بعض الأخبار
 ٢٩٦ الأمر الثالث: ما يتوهم في تعميم المستثنى
 ٢٩٧ الجهة الرابعة: في التطبيقات

الفصل السابع والعشرون

فيما يختصّ بباب الوصية

- ٣٠٠ قاعدة الوصية حقّ على كلّ مسلم
 ٣٠٠ الجهة الأولى: في مدرّكها
 ٣٠٢ الجهة الثانية: في بيان مفادها
 ٣٠٢ ١ - «الوصية»

- ٣٠٢ الأول: تعريف الوصية
- ٣٠٤ الثاني: أقسام الوصية
- ٣٠٧ الثالث: الوصية عقد أو إيقاع
- ٣١٢ الرابع: أركان الوصية
- ٣١٢ الركن الأول: الموصي
- ٣١٢ الأمور المعتبرة في الموصي:
- ٣١٢ أحدها: أن يبلغ عشر سنين
- ٣١٦ وثانيها: العقل
- ٣١٦ وثالثها: الاختيار
- ٣١٧ ورابعها: الرشد
- ٣٢٣ وخامسها: الحرية
- ٣٢٤ وسادسها: عدم كونه قاتلاً لنفسه
- ٣٢٤ رد استدلال ابن إدريس على الصحة
- ٣٢٥ ضعف استدلال العلامة على عدم الصحة
- ٣٢٦ اختصاص اعتبار عدمه في الوصية بالمال
- ٣٢٧ الركن الثاني: الموصى به
- ٣٢٧ الركن الثالث: الموصى له
- ٣٢٧ استدلال صاحب الجواهر على اعتبار وجود الموصى له وما فيه
- ٣٣١ فروع حول ما يعتبر في الموصى له
- ٣٣١ الفرع الأول: الوصية لمملوك الغير
- ٣٣٣ الفرع الثاني: الوصية للأجنبي والوارث
- ٣٣٤ الفرع الثالث: الوصية للكافر



مكتبة آية الله العظمى
العلامة المجلسي

- ٣٣٥ المقام الأول: الكافر الذمي
- ٣٣٧ المقام الثاني: الكافر الحربي
- ٣٣٩ الركن الرابع: الموصى إليه «الوصي»
- ٣٤٤ تتمّة: في اعتبار عدالة الوصي وعدمه
- ٣٤٨ ٢ - «حق»
- ٣٤٨ الفرق بين الحق والملك والحكم
- ٣٤٨ الحق في اللغة
- ٣٥٠ الحق في الاصطلاح
- ٣٦٣ ٣ - «على»
- ٣٦٥ ٤ - «كل مسلم»
- ٣٦٥ الجهة الثالثة: في مستثنيات القاعدة
- ٣٦٦ المورد الأول: الوصيّة التملكيّة زائداً على ثلث التركة
- ٣٦٩ المورد الثاني: الوصيّة بما ليس فيه غرض عقلائي محلل
- ٣٦٩ المورد الثالث: ما إذا لم يبلغ الموصي عشر سنين
- ٣٦٩ المورد الرابع: ما إذا لم يكن الموصي عاقلاً مختاراً رشيداً حراً
- ٣٦٩ المورد الخامس: ما إذا كان الموصي قاتلاً لنفسه
- ٣٦٩ المورد السادس: ما إذا لم يكن الموصى له موجوداً قابلاً للتمليك
- ٣٧٠ المورد السابع: الوصيّة لمملوك الغير
- ٣٧٠ الجهة الرابعة: في التطبيقات