



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

# الفقه

آية الله العظمى  
الشيخ محمد باقر المجلسي  
توفي سنة ١٣٠٠

كتاب الأصول والفروع

٥٦

دار الخليل  
بمكة المكرمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١١	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٥٦
١١	اشاره
١١	اشاره
١٥	كتاب الوديعه
١٥	اشاره
١٨	المعاطاه فى الوديعه
٢١	أدله مشروعيه المعاطاه
٢٤	لا يشترط القبض فى الوديعه
٢٤	تحقق الوديعه بالفعل
٢٨	لو لم يتمكن من حفظ الوديعه
٢٩	وجوب حفظ الوديعه
٣٢	الوجوب النفسى أو الغيرى
٣٥	لا حاجه إلى قصد القربه
٣٨	لو تلفت من غير تعد ولا تفريط
٤١	لو أخذها الظالم قهراً
٤٤	لو تمكن من دفع الظالم
٤٥	صور دفع الظالم
٤٨	لو توقف الحفظ على دفع شىء
٥٠	الحلف لدفع الظالم
٥٦	مسأله ١: الوديعه عقد جائز
٥٨	الوكيل مقدم على الحاكم
٥٩	تأخير الرد لعذر شرعى
٦٣	مسأله ٢: الحفظ بما جرت عليه العاده

- ٦٥ ..... يلزم سقى الدابه وعلفها
- ٦٧ ..... العبره بظهور الحاجه
- ٧٠ ..... حكم إخراج الدابه من المنزل
- ٧١ ..... وديعه السفيه
- ٧٢ ..... لو عين المودع
- ٧٨ ..... لو دار الأمر بين حفظ الوديعه وواجب آخر
- ٧٩ ..... إيداع المجنون والصبى
- ٨٣ ..... لو تصرف جاهلا بأنه وديعه
- ٨٤ ..... مسأله ٣: وجوب الإشهاد عند أماره الموت
- ٨٥ ..... الإيضاء إلى فاسق ثقه
- ٨٩ ..... الإيضاء مبهماً
- ٩١ ..... لو لم يشهد وأنكر الورثه
- ٩٣ ..... روايات الأمانه
- ٩٨ ..... الأداء العرفى
- ١٠٣ ..... إذا لم يعرف صاحب الأمانه
- ١٠٥ ..... لو أودعه الغاصب
- ١٠٦ ..... لو كان خلط أو مزج فى الوديعه
- ١٠٩ ..... مسأله ٤: موجبات الضمان
- ١١١ ..... الفرق بين التعدى والتفريط
- ١١٣ ..... هل يضمن بالنسيان
- ١١٧ ..... لو أخرج الدابه للضروره
- ١١٩ ..... السفر بالوديعه
- ١٢٢ ..... لو ترك سقى الدابه
- ١٢٦ ..... لو جحد الوديعه
- ١٣٠ ..... لو فتح الطرف هل يكون ضامناً
- ١٣٢ ..... إذا قطع السلعه

- ١٣٧ ..... لو أودعها أمام الظالم
- ١٣٩ ..... لو أخذ بعض الوديعة
- ١٤١ ..... مسأله ٥: جواز السفر بالوديعة
- ١٤٣ ..... مسأله ٦: براءة المودع بردها
- ١٤٤ ..... الحاكم يقبض الوديعة
- ١٤٨ ..... مسأله ٧: لو أعاد الوديعة بعد التفريط
- ١٥١ ..... لو أكره على دفعها لغير المالك
- ١٥٤ ..... مسأله ٨: لو أنكر الوديعة
- ١٥٦ ..... هل يحتاج المنكر إلى اليمين
- ١٦٣ ..... مسأله ٩: إذا أنكر قام المالك البينه
- ١٦٦ ..... مسأله ١٠: إذا عين له حرزًا وجبت المبادرة إليه
- ١٦٧ ..... مسأله ١١: إذا اعترف بالوديعة ثم مات
- ١٧٠ ..... مسأله ١٢: إذا ادعى الوديعة اثنان
- ١٧٣ ..... مسأله ١٣: إذا فرط أو تعدى
- ١٧٤ ..... مسأله ١٤: إذا مات سلمت إلى الوارث
- ١٧٥ ..... مسأله ١٥: فروع في الوديعة
- ١٧٦ ..... لو خاف الحرق فأخرج متاع نفسه فقط
- ١٧٨ ..... لو أعطى الوديعة بدون رد بدلها
- ١٧٩ ..... لو خاف حرز المودع
- ١٨٤ ..... لو فتق القميص
- ١٨٨ ..... لو سرق المستودع من الوديعة
- ١٩٠ ..... لو سفه أحد الطرفين
- ١٩٠ ..... لو اختلفا في الوديعة والقرض
- ١٩٣ ..... لو اكتسب بالوديعة
- ١٩٦ ..... لو لم يسلم المال وتلف
- ١٩٨ ..... لو مات الوارث

- ٢٠٠ ..... لو أوصى إلى فاسق -
- ٢٠١ ..... أقسام الأمانة الشرعيه -
- ٢٠٦ ..... كراهه استيمان شارب الخمر
- ٢١٤ ..... كتاب العاريه -
- ٢١٤ ..... اشاره -
- ٢١٨ ..... الفرق بين العاريه والإباحه -
- ٢٢٠ ..... تعاريف الفقهاء -
- ٢٢٢ ..... الانتفاء بظروف الهدايا -
- ٢٢٤ ..... العاريه تقع بكل لفظ -
- ٢٢٦ ..... مسأله ١: العاريه عقد جائز -
- ٢٢٨ ..... الاستثناء من جواز العاريه -
- ٢٣١ ..... مسأله ٢: إذن الولي للصبي والمجنون -
- ٢٣٦ ..... مسأله ٣: شرائط المستعير -
- ٢٤٠ ..... مسأله ٤: عدم ضمان المستعير -
- ٢٤٣ ..... استعاره المحرم الصيد -
- ٢٤٨ ..... لو تلف الصيد في يد المحل -
- ٢٤٩ ..... مسأله ٥: لو استعار من الغاصب -
- ٢٥٠ ..... أقسام التعدي -
- ٢٥٥ ..... مسأله ٦: ما هي العين المستعاره -
- ٢٥٩ ..... مسأله ٧: استعاره الأرض للزراعه -
- ٢٦١ ..... لو تخطى المستعير عن المأذون -
- ٢٦٥ ..... مسأله ٨: استعاره فحل الضراب -
- ٢٦٦ ..... مسأله ٩: استعاره الحيوانات -
- ٢٦٧ ..... المنحه -
- ٢٦٩ ..... معارف المستعار -
- ٢٧١ ..... مسأله ١٠ : الإعاره المطلقه أو الموقتة -



- ٢٧٣ ..... حق المعير مقدم
- ٢٧٥ ..... قلع شجر المستعير
- ٢٧٧ ..... الإبقاء بأجره
- ٢٨٠ ..... مسأله ١١ : الإعاره للدفن
- ٢٨٢ ..... خابيه المعير
- ٢٨٤ ..... مسأله ١٢ : لوازم العاربه
- ٢٨٧ ..... الأرض للزرع
- ٢٨٩ ..... مسأله ١٣ : هل يغرس غير الشجره المنقلعه
- ٢٩٢ ..... العاربه لا توجب الملك
- ٢٩٥ ..... مسأله ١٤ : العاربه أمانه
- ٢٩٥ ..... المستعير أمين
- ٢٩٧ ..... الضمان فى الذهب والفضه
- ٣٠٣ ..... لو شرط سقوط الضمان
- ٣٠٦ ..... مسأله ١٥ : لو رد المستعير العاربه
- ٣٠٩ ..... مسأله ١٦ : لو اتفق المعير والمستعير على بيع الملك
- ٣١٢ ..... مسأله ١٧ : لو أطارت الريح الحب إلى بستان الغير
- ٣٢١ ..... مسأله ١٨ : لو نقصت العين لسبب الاستعمال
- ٣٢٤ ..... مسأله ١٩ : اختلاف صاحب الدابه والركب
- ٣٢٤ ..... لو اختلفا فى الإعاره والإجاره
- ٣٣١ ..... مسأله ٢٠ : لو انتفع بغير ما أعاره له
- ٣٣٣ ..... مسأله ٢١ : إذا جحد العاربه
- ٣٣٥ ..... مسأله ٢٢ : لو تعدى فى العاربه أو فرط
- ٣٣٨ ..... مسأله ٢٣ : لو قال: أعرتك لتعيرنى
- ٣٤٢ ..... العقود تتبع القصود
- ٣٤٣ ..... لو أمر غيره بالعمل
- ٣٤٧ ..... مسأله ٢٤ : أهليه المستعير

٣٥٠ ----- وجوب رد العين مع الطلب

٣٥٣ ----- لو اختلفا في إجاره الذهب وإعارته

٣٥٦ ----- مسأله ٢٥ : لو أعطى أرضًا لغيره للبناء أو الزرع

٣٦٠ ----- إعاره الأب أو الجد

٣٦٣ ----- لا تصح العاريه للوطى

٣٦٦ ----- المحتويات

٣٧٦ ----- تعريف مركز

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵۶ ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱



الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الوديعه \_ العاريه

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ \_ ١٩٨٨ م

دار العلوم \_ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسى

ص: ٤

كتاب الوديعه

اشاره

كتاب الوديعه

ص: ٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٦



والغالب أن يكون على أسلوب الشرائع.

وهي واحده الودائع، يقال: أودعته مالا، أى دفعته إليه يكون وديعه عنده، وأودعته أيضا إذا دفع إليك مالا يكون وديعه عندك فقبلتها، وهو من الأضداد، كذا قال بعضهم، لكن فيه نظر من وجوه:

الأول: ما ذكرناه فى بعض مباحث الفقه وغيره من أنه لا دليل على أنه يوجد فى اللغه ألفاظ أضداد، بل المادة إذا كانت واحده دلت على المعنى العام المطرد فى جميع الصيغ، مثلاً قالوا: القرء بمعنى الطهر والحيض وهو من ألفاظ الضداد، لكن الظاهر أنه من قرء وهو الجمع، ومنه القراءه بجمع الكلمات فى اللفظ، وحيث إن فى كل من الحيض والطهر جمع للدم فى الأول وللرحم فى الثانى قيل لكل قرء، وهكذا سائر ألفاظ الأضداد.

الثانى: إن اختلاف اسم الفاعل والمفعول من الإيداع بالمودع بالكسر والمودع عنده بالفتح يدل على عدم صحه أن أودعته لكليهما وإلا لم يختلفا فى اسمى الفاعل والمفعول، فتأمل.

الثالث: إن تعريف الوديعه بواحد الودائع دورى كما هو واضح، اللهم

إلا إذا أريد التقريب إلى الذهن، كما يكثر ذلك في اللغة حيث لا يجدون علاجاً إلا عن مثل ذلك في التعاريف.

ثم حيث إن المادة في الوديعة والوداع واحده فالجامع ذهاب إنسان وترك شىء من كلام أو بضاعه أو نحوهما عند المفارق عنه، ولذا إذا ذهب ولم يقل له شيئاً لا يقال ودّعه، والإنسان الوديع لسكون ريحه كأن الريح وديعه عنده لا يتصرف فيها بخلاف المهتاج، وتاء الوديعة كناء الوثيقه باعتبار الموصوف الذى هو العين.

## المعاطاه فى الوديعة

وعلى أى حال، فقد قال فى الشرائع: (والنظر فى أمور ثلاثه:

الأول: فى العقد وهو استنابه فى الحفظ).

أقول: حيث إن الوديعة بمعنى العين فقولهم: كتاب الوديعة، يراد به الكتاب المتعرض للعقد أو للمعنى الصادر من المودع، أو للمعنى الصادر من المستودع عنده، أو للحقيقه الاعتباريه المتحققه بينهما، وحيث قد ألمعنا إلى مثل ذلك فى كتاب البيع فلا داعى إلى تكراره، لكن الظاهر أنهم يريدون المعنى الأخير، فتفسيره بالاستنابه لا بد أن يراد به الاستنابه المتعقبه بالقبول، وإلا فصرف المعنى المتحقق من المودع دون قبول المستودع لا يطلق عليه فى العرف الوديعة.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر قائلاً: (الظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والإجاره ونحوها، فيأتى البحث حينئذ فى أنها أسماء للعقود أو لآثارها وغاياتها المترتبه عليها، أو للمعنى الصادر من الموجب وهو النقل فى البيع والاستنابه فى الحفظ هنا... والأصح الأخير، أو أن مرجع الجميع إلى معنى واحد) (١١).

والظاهر تحققها باللفظ وبالمعاطاه المتحققه بالفعل أو الإشاره أو الكتابه، لما ذكرناه فى كتاب البيع من الدليل بعد وحدته فى المقامين، بل فى سائر أقسام العقود أيضاً، كما ألمعنا إليه هناك.

ص: ٨

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (قد ذكرنا في بعض المباحث (١)) أن بعضهم ادعى حصول هذه الأسماء بواسطة العقد وغيره، فالبيع مثلاً- يحصل بالعقد وغيره وهو المسمى في عرفهم بالمعاطاه، والظاهر أن الأمر هنا عنده كذلك لاشتراكهما في دعوى السيره القطعيه على وقوعها بغير العقد على أنها وديعه، وإن كان قد يقال بل يقوى إن ما يقع بغير ما ذكره من عقدها المتوسع فيه وفي غيره من العقود الجائزه أمانه لا- وديعه بحيث يجرى عليه حكمها المختص بها كقبول دعوى الرد فيها ونحوه وإن كان يطلق عليه اسم الوديعه تسامحاً، أو لعدم تمييز بين العتوانات الشرعيه، نحو إطلاقهم اسم البيع على إباحه العين من كل وجه بعوض عنها كذلك. ثم إن الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالألفاظ دون الأفعال، والمركب منها ومن الأقوال، لكن قد يظهر من المصنف وجماعه بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالإيجاب اللفظي والقبول الفعلي، ولم نجد له شاهداً، فإن المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولي والقبول القولي وألفاظهما هي المسماه بصيغ العقود، نعم لا ينكر تحقق اسم الأمانه مثلاً بالمفروض وبغيره من الفعلين، وذلك لا يقتضى تحقق اسم العقد بل ولا اسم الوديعه (٢)).

ثم إن الوديعه من العقود لا الإيقاعات، بخلاف الإذن الذى هو إيقاع من طرف واحد ويبطل بإبطال الإذن، فإنه إذا كان من باب الإذن ورفضه الطرف لم يسقط الإذن، بخلاف ما إذا كان عقداً.

وربما يطلق الوديعه على ما يأخذه الإنسان بإذن الشارع، لكن ذلك ليس من العقد فى شىء، كما أنه إذا أخذه الإنسان لا بإذن الشارع ولا- إذن المودع كالغصب أيضاً يطلق عليه الوديعه، لاعتبار أنه أمانه عنده، فالوديعه فى هذين المقامين بمعناها اللغوى، وكون الوديعه المذكوره فى هذا الكتاب عقداً

ص: ٩

---

١- فى الجواهر: (وقد ذكر هناك)

٢- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٩٦- ٩٧

يشهد له العرف، فإن كلاً من العقد والإيقاع \_ مما جعل الشارع له أحكاماً عامه لكل عقد بمثل (أوفوا بالعقود)(١) أو لكل ... إيقاع \_ موضوعه يؤخذ من العرف وأحكامه يؤخذ من الشرع.

ولذا قال في الجواهر: لا- خلاف ممن يعتد به ولا إشكال في اعتبار إنشائه الربط بين الإيجاب والقبول في الوديعة مثلاً، سواء كانت بالأقوال أو الأفعال نحو البيع والصلح والإجاره وغيرها من العقود لا أنها من الإذن والإباحه التي لم يلحظ فيها الربط بين القصدین والرضا من الطرفين نحو إباحه الطعام.

ثم إن الشرائع قال: (ويفتقر إلى إيجاب وقبول).

أقول: لكنا ذكرنا في كتابي البيع والنكاح إمكان الإيجابين، فإن كل واحد منهما ينشئ إنشاءً مرتبطاً بالإنشاء الآخر، سواء كان في عرض واحد أو في الطول، كالتسالم باللفظ أو المصافحه باليد.

أما قوله بعد ذلك: (ويقع بكل عبارته دلت على معناه) فقد عرفت وجه ذلك في بعض الكتب السابقه، لأنه لا دليل على عبارته خاصه، سواء كان اللفظان حقيقيين أو مجازيين أو باختلاف.

وحيث لم يحتج إلى اللفظ أصلاً قال بعد ذلك: (ويكفي الفعل الدال على القبول)، بل قد عرفت كفايه الفعل الدال على الإيجاب أيضاً.

ولم يعرف وجه الغرابه والأغريبه الذي ذكرهما الجواهر بقوله: وظاهرهما الاكتفاء به في تحقق العقدية، قالوا لكونه أصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول.

وأغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياساً على الوكاله التي لم يثبت فيها ذلك.

ص: ١٠

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المسالك أيضاً حيث قال: وأما الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعه أم لا نظراً إلى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلى هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعه شرعيه.

ثم إن كفايه الإيجاب بالفعل صرح به فى مجمع البرهان والكفايه والرياض كما فى مفتاح الكرامه، وحكاه فى الدروس عن التذكره، بل مقتضى ما ذكرناه كفايه كل شىء دال عليهما من قول أو فعل أو كتابه أو إشاره أو غير ذلك، والذى منه أنه لو قال: أودعنى دابتك، فأرسل إليه الدابه، فإنه تعد وديعه لها أحكامها، لأن العرف يراها ذلك فيشمئها الأدله.

### أدله مشروعيه المعاطاه

ثم إن جماعه من الفقهاء ذكروا أن على مشروعيه الوديعه الأدله الأربعة:

وذكروا من الكتاب قوله سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١).

وقوله تعالى: (فليؤد الذى أوتمن أمانته وليتق الله ربه) (٢).

لكن فى المناهل قد يناقش فى دلالة الآيتين على المدعى بأن وجوب رد الأمانه لا يستلزم مشروعيه الوديعه وجوازها وإن كانت فرداً من أفراد الأمانه بوجه من الوجوه، وإلا لزم جواز الغصب لأن المغصوب أمانه يجب ردها فتأمل، وهو كما ذكره.

نعم دلالة السنه والإجماع والعقل عليها لا غبار عليها.

وقد روى العامه والخاصه أنه (صلى الله عليه وآله) كانت عنده ودائع لما كان فى مكه لأنهم يعدونه أميناً صادقاً فيستودعونه الأمانه حتى بعد إظهاره النبوه، فلما أراد الهجره قال لعلى (عليه السلام): ردها إلى أهلها، كما فى التواريخ المشهوره (٣).

كما أن العامه رووا عن أبى بن كعب، كما فى التذكره،

ص: ١١

١- سورة النساء: الآية ٥٨

٢- سورة البقره: الآية ٢٨٣

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢

أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»<sup>(١)</sup>، لكن الاستدلال بذلك فيه ما عرفت.

وكيف كان، فالروايات الناصه على لفظ الوديعه والتي تدل على لفظ الأمانة التي هي أعم كثيره:

فعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»<sup>(٢)</sup>.

وعن زراره قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعه الذهب والفضه، قال: فقال: «كل ما كان من وديعه ولم تكن مضمونه لا تلزم»<sup>(٣)</sup>.

إلى غيرهما.

أما الروايات الداله على لفظ الأمانة فهي فوق حد التواتر:

فعن أبي كهمس، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): عبد الله بن أبي يعفور يقرؤك السلام، قال: «وعليك وعليه السلام، إذا أتيت عبد الله فأقرأه السلام وقل له: إن جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به على (عليه السلام) عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأمره، فإن علياً (عليه السلام) إنما بلغ ما بلغ به عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) بصدق الحديث وأداء الأمانة»<sup>(٤)</sup>.

وعن إسحاق بن عمار وغيره، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لا تغتروا بكثرة صلاتهم ولا بصيامهم، فإن الرجل ربما لهج بالصلاه والصوم حتى لو تركه استوحش، لكن اختبروهم عند صدق الحديث وأداء الأمانة»<sup>(٥)</sup>.

وفى روايه أخرى: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا تنظروا إلى طول ركوع الرجل وسجوده فإن ذلك شيء اعتاده، فلو تركه استوحش لذلك، ولكن انظروا إلى صدق حديثه وأداء أمانته»<sup>(٦)</sup>.

ص: ١٢

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من الوديعه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ٤

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢١٨ الباب ١ من الوديعه ح ١

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢١٨ الباب ١ من الوديعه ح ٢

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٢١٨ الباب ١ من الوديعه ح ٣

وعن حنان بن سدیر، عن أبيه، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قال أبو ذر: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: «حافتنا الصراط يوم القيامة الرحم والأمانة، فإذا مر الوصول للرحم المؤدى للأمانة نفذ إلى الجنة، وإذا مر الخائن للأمانة القطوع للرحم لم ينفعه معهما عمل وتكفأ به الصراط في النار»<sup>(١)</sup>.

إلى غيرها من الروايات الكثيرة.

قال في الشرائع: (ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها).

أقول: وهو مقتضى القاعده، لأن الوديعة إما شرعيه وإما مالكيه، والوديعة الشرعيه فى المقام لا دليل عليها، والوديعة المالكيه عقد يتحقق بالإيجاب والقبول، فكما لا يتحقق الوديعة بالقبول بدون الإيجاب كذلك لا يتحقق بالإيجاب دون القبول، سواء كان القبول قولاً أو فعلاً أو كتابه أو إشارة أو ما أشبه ذلك، فإن لم يكن أى قبول لم يتحقق الوديعة.

ولا فرق فى عدم ضمان المطروحه عنده بين أن يترك الطارح الوديعة ويذهب، أو يبقى هناك، كما لا فرق فى عدم ضمان الطرف إذا لم يقبلها بين أن يقول أو يفعل شيئاً يزعم صاحب الوديعة أنه قبلها أو لا، لأن الزعم لا يؤثر فى الواقع.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المسالك حيث قال: (يأثم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونه على البر وإعانه المحتاج فيكون واجباً على الكفايه).

فإن قوله ذلك إنما يصح فيما إذا حصلت الوديعة الشرعيه، لإيجاب الشارع الحفظ فى مثله لأهميته لا مطلقاً، وعليه فإشكال الجواهر على المسالك مطلقاً غير ظاهر، فإن الإشكال على بعض صورته على ما عرفت.

ص: ١٣

ثم حيث لم يدل دليل على لزوم تحقق القبول بعد الإيجاب فوراً، فإذا قبل الموضوع عنده بعد مده صار بعد القبول وديعه، فإذا تلف بعضه قبل ذلك وبعضه بعد ذلك بالتفريط ضمن البعض الذي حصل التفريط فيه بعد القبول.

### لا يشترط القبض في الوديعة

والظاهر عدم اشتراط القبض في تحقق الوديعة، وإنما القبول وحده كاف، سواء كان قبولاً - قولياً أو فعلياً، بأقسام الفعلية من الإشارة والكتابة وغيرهما، إذ لا دليل على أن القبض محقق للعقد، فالأصل عدمه.

وإذا أظهر القبول لفظاً ثم قال: زعمت أنه هديه والقبول كان لها لا للوديعة، أو أخذها وقال بعد ذلك: إنه قبض ما زعمه هديه أو نحوها لا الوديعة، كان القول قوله لأنه أعلم بنيته، وليس عليه إلاّ اليمين في مقام التنازع.

### تحقق الوديعة بالفعل

ولو قبلها بزعم أنه هديه ثم قال المالك إنه وديعه، فاللازم أن يردها عليه لا أن يتركها وشأنها حتى يتلف لدليل «على اليد»، فإنه مطلق في كل يد تحققت، سواء كان بزعم الهدية أو الهبة أو الوديعة أو الغصب أو غيرها إلاّ - ما خرج، ولا دليل على خروج... المقام حتى يكون تركها غير موجب للضمان.

ولو تركها عند نفرين فقبل أحدهما ضمن حصته إن قصد الحصه، وإن قصد الكل فيما قصد المودع الأعم ضمن الكل تبعاً لكون الكل وديعه عنده.

ولو كانت الوديعة لاثنتين فتركاها عند واحد فقبل ما لأحدهما دون الآخر، صار وديعه بالنسبه إلى المقبول دون غير المقبول.

ولو كان التارك طفلاً أو مجنوناً لم تتحقق الوديعة وإن قصد القبول، وإنما تكون أمانه شرعيه إن لمسها أو كان من الواجب عليه حفظها على ما تقدم.

ولو كان المودع عنده صغيراً أو مجنوناً أو ما أشبه لم تتحقق الوديعة وإن قبلها، لما سيأتى من اشتراط أن يكون كل واحد من المودع والمستودع عنده



قال الصادق (عليه السلام) كما في روايه الدعائم: «من أودع صبيّاً لم يبلغ الحلم وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه»<sup>(١)</sup>.

إلى غير ذلك من الشرائط.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في الأدله التي أقامها بعضهم، كما في المناهل وغيره، على وجوب الحفظ وأنه يصبح وديعه، مثل قولهم: إنه أحوط.

ومثل ما تمسك به في التذكرة من أنه لو كان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانه نفسه ولم يكن هناك غيره فالأقوى أنه يجب عليه القبول لأنه من المصالح العامه.

ومثل أن القبول إعانه على البر فيجب لعموم قوله تعالى: (تعاونوا على البر والتقوى)<sup>(٢)</sup>.

وأن ترك القبول إضرار بالغير، وهو غير جائز لعموم قوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٣)</sup>.

وأن العمومات الداله على وجوب قضاء حاجه المؤمن يشمل المقام خرج منها بعض الأفراد، ولا دليل على خروج محل البحث منها، فيبقى مندرجاً تحتها.

إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفه التي لا تتمكن مقاومه تسلط الناس على أنفسهم، وأن الغير لا يتمكن من خرق هذه السلطه إلاّ بدليل شرعى وهو مفقود فى المقام.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أكره على قبضها لم تصر وديعه ولا يضمنها لو أهمل) وهو كما ذكره، وقد ذهب إلى ذلك كل من النافع والقواعد والإرشاد والتحرير واللمعه والروضه والمسالك ومجمع الفائده والكفايه وغيرهم، على ما حكى عن بعضهم، لأن شرط صحه الوديعه القبول اختياراً للأدله العامه، بل عن الرياض نفى الخلاف فيه، وذلك لأنه لا يتحقق (عقودكم) المستفاد من قوله سبحانه:

ص: ١٥

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح ٤

٢- سورة المائده: الآيه ٢

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموت ح ٣ و ٥

(أوفوا بالعقود)(١١) إلا بالاختيار، وإلا لجرى مثل ذلك في جميع العقود والإيقاعات وهو مقطوع العدم.

هذا بالإضافة إلى دليل رفع الإكراه وغيره، كما لأنه لو أكره المودع على الإيداع وهو لا يريد لا يتحقق بذلك الوديعة، وإن ادعى أحدهما الإكراه فليس عليه إلا اليمين، لأنه أعلم بنيته وقصده.

ثم إن المسالك قال: (يجب تقييده \_ ما فى المتن \_ بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وإن لم يجب بالإكراه، وهل تصير بذلك وديعه أم أمانه شرعيه، يحتمل الأول لأن المالك قد أذن له واستنابه فى الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختيارى وقد حصل الآن، والمقارنه بين الإيجاب والقبول غير لازمه، ومن إلغاء الشارع ما وقع سابقاً فلا يترتب عليه أثر، ويشكل بأن إلغاءه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالك، ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنيه الاستيداع وعدمه فيضمن على الثانى دون الأول إعطاءً لكل واحد حكمه الأصلى)(٢).

لكن مقتضى القاعده أنه إن بقى الإيجاب وقصد القبول كان وديعه مالكيه، لتحقق ركنى العقد فيما نحن فيه، وإن لم يبق الإيجاب ووضع يده عليها باعتبار إرادته الغصب أو نحو ذلك كما إذا زعم أنه مات وهو وارثه فوضع يده عليه باعتبار أنه إرثه أو ما أشبه ذلك فهو أمانه شرعيه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره فى الرياض حيث قال: (وكذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقاً إلا مع الإتلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن

ص: ١٦

١- سورة المائده: الآيه ١

٢- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ٨٠ \_ ٨١

حينئذ جداً لعموم الخبر المتقدم، وهل تصير بذلك حينئذ وديعه لا يجب ردها إلا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه، أو أمانه شرعيه يجب إيصالها إلى المستحق فوراً وبدونه يضمن مطلقاً، وجهان)، إلى أن قال: (والأول لا يخلو من وجه وإن كان الثاني أوجه).

ثم لا- فرق في الإ-كراه بين المودع والمستودع، وبين أن يكون المكره بالكسر أحدهما أو الثالث، كما لا- فرق بين الإ-كراه والإلجاء، نعم الاضطرار غير مناف لتحقق الوديعة كعدم منافاته لتحقق سائر العقود، ولذا لو اضطر إلى بيع داره لمعالجه ولده صح البيع، لما ذكرناه في بعض مباحث الفقه من أن الشارع لو رفعه في أمثال المقام لزم جعل الشارع المضطر أكثر اضطراراً، وهو معلوم لعدم منافاته للامتنان الظاهر من دليل الرفع.

وعلى أي حال فإن كان المودع مضطراً لم يكن دليل على الوجوب على المستودع، نعم إذا كان شيئاً يريد الشارع حفظه وجب على المستودع عيناً أو كفايةً إذا كانوا جماعة.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المناهل حيث قال: (إذا أكره المودع المستودع على قبولها وكان المودع مضطراً إلى الإيداع فصرح في الروضه بأنه يجب على المستودع إعانتته عليه، فيجب عليه القبول والحفظ ويضمن بتركه ومقتضى إطلاقها عدم الفرق بين صورتى انحصار من يصلح لحفظ الوديعة في المستودع وعدمه وفيه نظر، بل الظاهر عدم الوجوب في الصورة الأخيرة، وأما الوجوب في الأولى ففيه إشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط).

اللهم إلا- إذا أراد الاحتياط المستحب كما هو ظاهر قوله (لا ينبغي)، وإن كان الفقهاء يذكرون (لا ينبغي) في مورد المنع وفي مورد الكراهه معاً حسب معناه اللغوى

الذى هو أعم منهما ومن المستحيل، كما قال سبحانه: (وما ينبغي للرحمان أن يتخذ ولداً)(١١).

كما منه يظهر وجه النظر فى قول الجواهر: (لو كان المودع والمستودع مكرهين يجب على المستودع حينئذ الحفظ باعتبار استيلاء اليد لا- لكونها وديعه، بل قد يقال بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثية حتى فى صورته إكراه المستودع أو المودع خصوصاً مع كون المكره أجنبياً، وخصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونه على البر).

فإنه لم يعلم وجه الأصل ولا الخصوصية بعد ما عرفت من رفع الإكراه وأن ذلك مناف لسطنه الناس على أنفسهم.

ولو قبل الوديعة ثم ادعى أنه كان مكرهاً فلم تحصل الوديعة المالكية لم يقبل قوله، لأصالة الصحة فى العقود، إلا- أن يثبت بالدليل خلافه، كما هو كذلك فى سائر المعاملات، نعم لو علم من نفسه أنه كان مكرهاً صح على نفسه ترتيب آثار الإكراه، وكذلك بالنسبة إلى كل من علم بذلك، ولو شك فى أنه كان مكرهاً حين أخذها أو لا فالأصل يقتضى الصحة، على ما حقق فى كتاب البيع وغيره.

### لو لم يتمكن من حفظ الوديعة

والظاهر اشتراط إمكان حفظ الوديعة، بأن يكون المستودع فى طاقته الحفظ، فلو أودعه مالاً فى محل اللصوص بحيث لا يتمكن من حفظه قطعاً، أو حيواناً فى المأسده بما ليس من طاقته الحفظ، أو أودعه مالاً فى محل السيل أو البركان أو ما أشبه ذلك مما يتعذر الوديعة فى مثله لم يكن من الوديعة فى شىء، فلا- يضمن، وليس أمانه الشرعيه أيضاً لأن الشارع لا يكلف الإنسان فوق طاقته، قال سبحانه:

ص: ١٨

(لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها)(١)، وقال سبحانه: (ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به)(٢).

أما إذا كان عسراً أو حرجاً وقد قبله فهو وديعه مالكيه، لجواز أن يتحمل الإنسان العسر إلا إذا كان من العسر غير الجائر تحمله، كما ذكروا تفصيلاً ذلك في القسمين من الصوم حيث إنه إذا كان عسراً لا يجوز تحمله بطل وإن كان عسراً يجوز تحمله صح. ومنه يعلم حال ما إذا كان القبول ضرورياً، حيث يفرق بين الضرر الحرام تحمله والضرر الجائر تحمله، فيكون في الثاني وديعه دون الأول.

### وجوب حفظ الوديعة

ثم قال الشرائع: (وإذا استودع وجب عليه الحفظ).

والمراد به الاستيداع مع القبول كما هو واضح، إذ قد عرفت أنه بدون القبول لا يجب عليه شيء، كما أن ذلك إنما هو فيما إذا دخلت الوديعة تحت يده لا ما إذا أجرى العقد فقط بدون تسليم المودع الوديعة للمستودع، وقد صرح بوجوب الحفظ غير واحد من الفقهاء كما حكى عن الغنية والنافع والتبصره والإرشاد والقواعد والتحرير واللمعة والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض.

وفي الجواهر بلا خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، مضافاً إلى ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً وعقلاً والسنه المتواتره وإجماعاً بقسميه، وإلى كونه مقدمه لوجوب أداء الأمانه وردها إلى مالكيها، ولا ينافي ذلك جواز الوديعة، فإن المراد ما دام مستودعاً، أو التخيير بينه وبين الرد إلى المالك.

قال سبحانه: (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)(٣).

ص: ١٩

١- سورة البقره: الآيه ٢٨٦

٢- سورة البقره: الآيه ٢٨٦

٣- سورة المؤمنون: الآيه ٨

وروى الهمداني، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين» (١).

وعن عنبسه بن مصعب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلا أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه» (٢).

وعن عمر بن أبي حفص، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل على ائتمنى على أمانه لأديتها إليه» (٣).

وعن أبي شبل، قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام) ابتداءً منه: «أحببتمونا وأبغضنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم في هدنه وأدوا الأمانة، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعمونا، فاتقوا الله وأدوا الأمانة إلى الأسود والأبيض وإن كان حروياً وإن كان شامياً» (٤).

وعن عبد الله القرشي، إن رجلاً قال لأبي عبد الله (عليه السلام): الناصب يحل لي اغتياله، قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام)» (٥).

وعن الحسين الشباني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم وأنه وقع لهم عنده وديعه، فقال (عليه السلام): «أدوا الأمانة إلى أهلها وإن كانوا مجوساً فإن ذلك لا يكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم» (٦).

ص: ٢٠

- ١- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١ وذيله و ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١ وذيله و ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١ وذيله و ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح ٣
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح ٤
- ٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من الوديعه ح ٥

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل ولد الأنبياء»<sup>(١)</sup>.

وعن الحسين بن أبي العلاء، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن الله عزوجل لم يبعث نبياً إلا بصدق الحديث وأداء الأمانة إلى البر والفاجر»<sup>(٢)</sup>.

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) في وصيته له: «اعلم أن ضارب علي (عليه السلام) بالسيف وقتله لو ائتمنى واستنصحنى واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لأديت الأمانة»<sup>(٣)</sup>.

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن يعنى موسى (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلاً مالا له قيمه والرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شىء والرجل الذى استودعه خبيث خارجى فلم أدع شيئاً، فقال لى: «قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله»، قلت: فرجل اشترى من امرأه من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها، قال: «ليمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملك»<sup>(٤)</sup>.

أقول: وذيل الحديث غير الأمانة كما هو واضح.

وعن محمد بن علي الحلبي قال: استودعنى رجل من موالى آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله (عليه السلام) فذكرت ذلك له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبى (عليه السلام) كان يقول: إنما نحن فيهم بمنزله هدنه، نؤدى أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرقت الأهواء لم يسع أحداً المقام»<sup>(٥)</sup>.

ص: ٢١

- ١- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٦
- ٢- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٧
- ٣- الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٨
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من الوديعه ح ٩
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من الوديعه ح ١٠

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) في حديث في الأمانة، إلى أن قال: «دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانة إلى البر والفاجر وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبه وحسن الجوار»<sup>(١)</sup>.

وعن الحسين بن مصعب قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (عليه السلام) يقول: «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل الحسين بن علي (عليه السلام)»<sup>(٢)</sup>.

وعن أبي حمزه الثمالي، قال: سمعت سيد العابدين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب (عليهم السلام) يقول لشيعته: «عليكم بأداء الأمانة، فو الذي بعث محمداً (صلى الله عليه وآله) بالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي (عليه السلام) ائتمنى على السيف الذي قتله به لأديته إليه»<sup>(٣)</sup>.

وفي حديث الأربعمائه، عن علي (عليه السلام) قال: «أدوا الفريضة والأمانة إلى من ائتمنكم ولو إلى قتله أولاد الأنبياء»<sup>(٤)</sup>.

إلى غيرها من الروايات الكثيره، وإن كان في دلاله بعضها تأمل.

### الوجوب النفسى أو الغبرى

ثم الظاهر أن الوجوب غيرى لا نفسى، لأنه هو المتفاهم عرفاً، فإذا لم يحفظ الأمانة لكنه أداها في الوقت المناسب لم يفعل حراماً يزيل عدالته، بخلاف ما إذا قلنا بكونه واجباً نفسياً فإنه يكون عاصياً خارجاً عن العدالة غير مقبول الشهاده ولا صالحاً للإمامه.

ومنه يظهر الإشكال في إشكال المناهل في المسأله حيث قال: (المسأله محل إشكال من إطلاق كلام الأصحاب بوجوب الحفظ ودعوى الإجماع والأصل في

ص: ٢٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٤ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٤



الوجوب أن يكون نفسياً، ومن شيوخ استعمال لفظ الوجوب في كلامهم في الشرطي بحيث صار من المجازات الراجحة المساوي احتمالها لاحتمال الحقيقه أو صار من الأفراد الشائعه التي لا ينصرف إليها الإطلاق، فلا يبقى لكلامهم ظهور في إرادته النفسى، فيبقى أصله البراءه عنه المؤيده بخلو الأخبار وكلام الأصحاب عن الإشاره إليه سليمه عن المعارض، وكيف كان فالأحوط هو الأول).

ثم لو قلنا بأن الوجوب نفسى فلا دليل على أن الترك من الكبائر، ويؤيد ما ذكرناه من الغيره ما رواه الفقيه عن الحسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) في حديث المناهى، أنه نهى عن الخيانه وقال: «من خان أمانه فى الدنيا ولم يردّها إلى أهلها ثم أدركه الموت مات على غير ملتى، ويلقى الله وهو عليه غضبان، ومن اشترى خيانه وهو يعلم فهو كالذى خانها» (١).

فإن قوله (صلى الله عليه وآله): «ولم يردّها» مما هو تفسير لخان، ظاهر فى أن المعيار الرد، ويؤيده أن صدق الحديث الذى ذكر فى سياقه هو عبارته عن الصدق واقعاً وعدم الصدق واقعاً لا عن غير ذلك، فالخيانه أيضاً مثل ذلك.

نعم ربما يقال إنه يصدق (خان) فيما إذا تركها فى معرض الضياع، كما إذا أودع عنده فتاه فتركها عند الفسقه وإن لم ينالوها بسوء من باب الاتفاق، أو ترك الشاه المودعه عنده فى المذئبه، وهكذا.

ولا يخفى أن وديعه الإنسان أيضاً من جمله الودائع، فعن حفص بن قرط قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): امرأه بالمدينه كان الناس يضعون عندها الجوارى

ص: ٢٣

فيصلحن وقلنا ما رأينا مثل ما صب عليها من الرزق، قال: «إنها صدقت الحديث وأدت الأمانة وذلك يجلب الرزق»(١).

وعلى أى حال فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول المسالك: (من أن قبول الوديعة الذى يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثقاً بالحفظ قبولها منه كفايه، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، وفى هذين الفردين وجوب الحفظ واضح، وقد يكون مستحباً مع قدرته وثقته من نفسه بالأمانة وكون المودع غير مضطرب، لما فيه من المعاونة على البر الذى أقل مراتب الأمر به الاستحباب وقضاء حوائج الإخوان، وقد يكون محرماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانة بما فيه من التعرض للتفريط فى مال الغير وهو محرم، ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع فى نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه).

إذ قد ظهر مما تقدم عدم استقامه الإطلاق فى الأمثلة التى ذكرها وإن كان بعضها صحيحاً فى الجملة.

كما أن إطلاق قول الجواهر عليه بأنه (قد يناقش فى أصل الوجوب فيما فرضه لأصالة براءة الذمه من وجوب حفظ مال الغير) محل نظر، لأنه ربما يجب حفظ مال الغير فيما إذا كان مالاً كثيراً لا يريد الشارع ضياعه، وكذلك فيما إذا كانت الوديعة بنتاً أو ولداً حيث يجب حفظهما من الضياع والفساد.

ص: ٢٤

---

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢١٩ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ٥

ومنه يعلم وجه الكلام في قول مفتاح الكرامه: (قضيه إطلاق الفتاوى قاطبه أنه متى قبل وجب عليه الحفظ، سواء وجب عليه القبول عيناً أو كفايًه، أو استحبه له، أو حرم عليه، كما إذا حرم عليه القبول لكونه لا يثق من نفسه وقد قبل، فوجوب الحفظ في الأول ظاهر، وأما إن كان له فيه على نفسه أو غيره ضرر فإنه يجب عليه ردها، ولو أبقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالأمانه الشرعيه، كما إذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده).

### لا حاجه إلى قصد القربه

ثم لا يخفى أنه إن قصد القربه في أخذ الأمانه وحفظهما أثيب، وإلا فلا يجب قصد القربه للأصل، بل في المناهل ظهور الاتفاق على عدم وجوب قصد القربه، ولا يبعد ذلك لأنهم لم يتعرضوا لقصد القربه، بينما إذا كان واجباً تعرضوا له.

ثم قال في المناهل: (لا- يجب عليه الحفظ إلى أن يسترجع المالک، لأن له أن يردّها عليه متى شاء، لأن الوديعة من العقود الجائزه، فهو واجب ما دامت عنده) وهو كما ذكره، نعم إذا كانت الوديعة ضمن شرط في عقد لازم وجب.

ثم قال المناهل: (صرح في المسالك والكفايه والرياض بأنه لا فرق في وجوب الحفظ بين علم المودع بأن المستودع لا حرز له أو لا، فلو أودعه دابه مع علمه بأن المستودع لا اصطلب له، أو مالاً مع علمه بأنه لا صندوق له لم يكن عذراً، ويضمن مع عدم الحفظ) وهو جيد.

وصرح في الأخيرين بأنه لا فرق في ذلك بين الحرز المملوك للمستودع وغيره، وهو أيضاً جيد.

ولو حفظه في مكان مغصوب فتلف من غير تعد ولا تفريط، فالأقرب عدم الضمان.

وفرعه الثاني والثالث واضح، أما فرعه الأول فيمكن أن يقال بعدم الضمان لأن المالک إذا علم بأنه لا حرز له فهو سبب عرفاً، فإذا كان أقوى من المباشر لم يكن عليه شيء، بل في تحقق عقد الوديعة حينئذ تأمل، فإذا أودعه

فتاه وهو لا يتمكن من حفظها، وهناك فساق يأخذونها قهراً على أى حال، فهل يقال إنه خان فى الوديعه والأمانه، وهل يقال إن المستودع السبب، وكذلك المال والشاه فى محل السراق والمذنبه، وظاهر دليل اليد: اليد القادره لا اليد العاجزه.

ثم قال الشرائع: (ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهراً).

وفى الجواهر: بلا- خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الأصل وقاعده الائتمان المعلوم من الكتاب والسنة والإجماع والعقل عدم استتباعها الضمان.

أقول: قد نقل هذا القول عن المراسم والغنيه والنافع والتحرير والتذكره والإرشاد والروضه ومجمع الفائده والرياض وغيرها، وقد استدلوا له بقوله سبحانه: (لا- يكلف الله نفساً إلاّ وسعها)(١)، وقوله سبحانه: (لا- يكلف الله نفساً إلاّ- ما آتاها)(٢)، وقوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل)(٣).

بالإضافه إلى دليل العقل والإجماع الذى قد عرفت لعدم الخلاف فيه، وجمله من الروايات:

مثل ما عن التذكره حيث قال: هذا الحكم منقول عن على (عليه السلام) وابن مسعود وجابر ولم يظهر مخالف لهم.

وخبر الحلبي الموصوف بالحسن تاره، وبالصححه أخرى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»(٤).

وخبر زراره المتصف بالحسن والصححه أيضاً، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)

ص: ٢٤

١- سورة البقره: الآيه ٢٨٦

٢- سورة الطلاق: الآيه ٧

٣- سورة التوبه: الآيه ٩

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ١

عن وديعه الذهب والفضه، قال: فقال: «كل ما كان من وديعه لم تكن مضمونه فلا يلزم» (١١).

وخبر إسحاق بن عمار، الذى عده جمله من الفقهاء وغيرهم من الموثق، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: الذى كانت عندى وديعه، وقال الآخر: إنها كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم له إلا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه» (٢٢).

وروايه محمد بن مسلم الموصوفه بالصححه وغيرها، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (٣).

وصحيح الحلبي أو حسنه، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل استأجر أجيراً فأقعدته على متاعه فسرق: «هو مؤتمن» (٤).

وعن التذكره، قال: روى العامه عن النبى (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس على المستودع ضمان»، وقال: «من أودع وديعه فلا ضمان عليه» (٥).

وعن الجعفرىات، بسند الأئمه (عليهم السلام) إلى على بن أبى طالب (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس على المستودع ضمان» (٦).

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الوديعه حيث يجب أن تحرز الودائع ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت

ص: ٢٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعه ح ١

٣- انظر الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ٥

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ٢

٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ١

٦- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ٣

أو نسيها أو هلكت من غير خيانه منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه»(١).

وعنه، عن آباءه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «ليس على المستودع ضمان»(٢).

وعنه (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»(٣).

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «ليس على المؤتمن ضمان»(٤).

وعن جعفر بن محمد (عليه السلام) إنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهب الوديعة، وإن اتهم استحلف»(٥).

ويؤيده مارواه الآمدي، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «أد الأمانه إذا ائتمنت ولا تتهم غيرك إذا ائتمنته، فإنه لا إيمان لمن لا أمانه له»(٦).

أما قول الصادق (عليه السلام): «من استودع عبد أو وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه»(٧)، فالظاهر أن المراد أن الإلتلاف كان عنده لا أنه أتلفها، لأن الإلتلاف يكون مضموناً بلا إشكال ولا خلاف.

### لو تلفت من غير تعد ولا تفريط

أما الضمان مع التفريط أو التعدي فلا- إشكال فيه ولا- خلاف أيضاً، وهو مقتضى دليل اليد بعد أن الخارج ما إذا لم يخن، والتعدي والتفريط يعدان من الخيانه بلا إشكال.

هذا مضافاً إلى مكاتبه محمد بن الحسن إلى أبي محمد (عليه السلام)، قال: رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن إن شاء الله»(٨).

ص: ٢٨

- ١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ١
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٢
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٣
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٤
- ٥- المستدرک: ج ٣ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١
- ٦- المستدرک: ج ٣ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٧
- ٧- المستدرک: ج ٣ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٥
- ٨- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ١

وفى صحيحه الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربه، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلك إحدهما أيكون حقه في الأخرى، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدري فعمى، أو ثياباً تركها مطويه لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت، قال: «هذا نحو واحد يكون حقه عليه»<sup>(١)</sup>، كذا في الفقيه.

ومن ذيل الحديث يتبين أن إصابه الجدري الغلام كان بسببه، أو كان بإمكانه الدواء فلم يداو.

ومنه يعلم وجه النظر في شبهه جامع المدارك في التفريط حيث قال: (يمكن أن يقال: لا نسلم صدق الخيانة مع التفريط، فهل ترى أن من ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدره يكون خائناً معذوراً من جهه عدم القدره، أو ترى الفرق بين صوره القدره وعدمها في صدق الخيانة).

هذا كله في الوديعه العقديه.

أما الوديعه المغصوبه ونحوها فالظاهر الضمان وإن لم يتعد ولم يفطر، وذلك لصدق دليل اليد بدون شمول أدله الائتمان، كما إذا أخذ شاه الناس قهراً عليهم وحفظها لكن عقرباً لدغتها فماتت، أو خرب سقف المراح عليها فهلكت، حيث يصدق دليل اليد، ودليل عدم الضمان منصرف.

وإليه أشار الجواهر بقوله: (نعم لو كان هو الساعى في أخذها قهراً منه، توجه الضمان حينئذ، لصدق الخيانة والتفريط معه، بل ربما ظهر من ثانى المحققين

ص: ٢٩

الضمان بمجرد إخباره بها وإن لم يكن على وجه السعاه، ومن آخر ذلك أيضاً بإخبار اللص وإن لم يعين له مكانها إلا إذا صادفها اللص مصادفه، خلافاً لمحكي التذكرة فلم يضمه مع عدم تعيين المكان بخلاف ما إذا عينه(1).

ومنه يعلم وجه النظر في قوله بعد ذلك: (والتحقيق الحكم ببراءة ذمه الأمين وخصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان، ولو للشك في الاندراج تحت ما جعله عنواناً له من التعدي والتفريط، لأن عموم ما على اليد ونحوه مخصص بقاعده الائتمان، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذي يرجع عليه في جميع هذه الأفراد وهو المراد من الفقيه تحريره لا- خصوص الجزئيات التي لا انضباط لمشخصاتها الحاليه وغيرها).

مع أنه نوع تدافع بين كلاميه حيث عنون أولاً أخذها قهراً منه، وثانياً قوله مخصص بقاعده الائتمان وليس هنا ائتمان.

ثم إن التعدي والتفريط أمران متقابلان، أما قول القواعد في موجبات الضمان: (وينظمها شيء واحد وهو التقصير) فالظاهر أن مراده الأعم، وإلا فالتقصير بمعنى السلب لا يشمل التعدي بمعنى الإيجاب، وقد فهم مفتاح الكرامه ذلك منه حيث قال: (الوديعة تستتبع أمرين: الضمان عند التلف والرد عند البقاء، لكن الضمان لا يجب على الإطلاق، بل إنما يجب عند وجود أحد أسبابه وينظمها شيء واحد وهو التقصير، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع).

ولذا قال في المناهل: (لا إشكال ولا شبهه في أن المستودع يضمن بالتعدي أو التفريط، وقد صرح بضمانه بهما في الشرائع واللمعه والروضه والكفايه والرياض، وقد صرح فيه بنفي الخلاف في ذلك. والمراد بالتعدي مخالفه المالك فيما أمره به وفعل ما يجب تركه، كما صرح به في التنقيح والمسالك والكفايه والرياض،

ص: ٣٠



والمراد بالتفريط هو أن يقتصر في الحفظ عادة ويترك ما يجب فعله، كما صرح به في التنقيح والمسالك والروضه والكفايه والرياض، وفيه ضابطه ما يعد تفريطاً. وصرح في القواعد والتحرير والتذكرة بأن سبب الضمان واحد وهو التقصير(11).

وإن كان فيه تأمل، لأن المراد بالتعدى أعم من مخالفه المالك، كما أن ما ذكره الرياض من أن ضابطه ما يعد تفريطاً فيه تأمل أيضاً، إذ ليس التفريط في روايه أو آيه حتى يكون هو المحور بل الخيانه.

وعلى أى حال، فالأصل عدم الضمان إلا ما خرج، فلو شك في الخروج كان المتبع الأصل، أما ما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره فهو مؤل، أو محل الإعراض عن العمل به كما ذكره غير واحد.

وربما يقال: إن التعدى والتفريط إنما هو إذا كان ولو بدون الحرمة، كما إذا نسى الوديعة ففسدت أو رمى الحيوان الذى يريد افتراس الشاه فأصاب الشاه أو نحو ذلك، إذ هما واقعيان لا علميان، فليس من العذر أن يقول نسيت أو ما أشبهه، نعم تظهر الثمره بين العذر وغيره في العقاب والسقوط عن العدالة وما أشبهه، فتأمل.

### لو أخذها الظالم قهراً

ثم إنه لا فرق في الأخذ من المودع عنده قهراً، بين أن يكون الآخذ بالاجاء أو باضطرار أو بإكراه أو في حال نومه أو نحو ذلك، سواء تولى الظالم أخذها من يده أو أمره بدفعها إليه بنفسه فدفعها إليه، وذلك لصدق الاضطرار والإكراه والجبر ونحوه في كلتا الصورتين، ولا ضمان عليه في هذه الصور وإنما الضمان على الظالم، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه من الوجوه.

وهذا هو المنسوب إلى المشهور، والمخالف في المسألة على ما حكى أبو الصلاح وأبو المكارم والفاضل في التذكرة والتحرير، فجوزوا رجوع المالك إليه

ص: ٣١

مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم، وعلوه بأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم «على اليد»، لكن قالوا بأن قرار الضمان على الظالم، ولا يخفى ما فى الدليل المذكور لأنه ليس بتفريط ولا تعدّ، وليس عمله هذا منافياً لدليل الائتمان وليس من الخيانة ونحوها، وقد تقدم أن دليل اليد لا يشمل مثل المقام، ولذا أشكل عليهم الجواهر بأنه مناف لإطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت، بل لقاعده الإحسان وغيرها التى قد عرفت تحكيمها على قاعده اليد.

ومنه يعلم الحال فيما إذا قصده الحيوان المفترس فأطلقه، أو سحبه الحيوان المفترس من يده، وكذلك إذا جرف به السيل أو نحو ذلك من الآفات التى لا يسمى ذلك خيانه أو تفريطاً أو ما أشبهه، فإنه لا ضمان عليه.

ولا فرق بين أن يأمره الظالم بتسليمه له أو أمره بإتلافه أو تسليمه إلى حيوان مفترس أو شخص آخر أو ما أشبه ذلك، لما عرفت من الملاك بعد عدم شمول دليل اليد.

فقول الجواهر: (لا- إشكال فى رجوعه لو أمره بمباشره إتلافه بنفسه ولو على جهة الانتفاع به، لقاعده الإتلاف التى لم يثبت تخصيصها بقاعده الائتمان، لكن من جهة قوه السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه لا أصل جواز الرجوع)، غير ظاهر الوجه.

إذ أى فرق بين إتلافه بأمر الغاصب أو تسليمه إلى الغاصب، وقوله بعد ذلك: ما عساه يقال بأنه مناف لقاعده عدم ضمان الأمين بغير تعدّ وتفريط وخصوصاً الوديعه، يدفعه أن ذلك منزل على التلف فى غير الفرض، إذ لم يعرف وجه التنزيل المذكور بعد أن لم يكن ذلك بتعدّ أو تفريط أو خيانه أو ما أشبه مما يسبب الضمان.

ومن ذلك يظهر ضعف قول الفاضل بناءً على أن تسليمها إلى الظالم من

أقسام الإتيان أيضاً، ومنهما يعلم الحال فيما إذا أتلفه لوجوبه عليه شرعاً، كما إذا قدم الحمار للأسد المرید افتراس القافله ويعرض عنها بتقديم الحمار إليه، أو ألقى الوديعه فى البحر لنجاة الركاب، واحتمال أنه ضامن لأنه من الجمع بين الدليلين كأكل المخمصة غير ظاهر بعد (ما على المحسنين من سبيل) (١) وما تقدم.

ولا- فرق فى الإ-كراه بين أن يكون إكراهاً فردياً أو أجوائياً، كما ذكرناه تفصيلاً فى كتاب الاقتصاد، كأن أمر الظالم بأن يسلموا الشياخ إليه فى ظرف أسبوعين مثلاً وقد هيا الأجواء بتوهين وإهانته الناس من تكون عنده شاه، فإنه وإن لم يكرهه بشخصه إلا أن مع عدم التسليم يكون الشخص مهاناً من الناس بما يعسر عليه تحمله، وحيث قد ذكرنا كثيراً من مسائل الإكراه فى الطلاق وغيره فلا داعى إلى تكرارها، فإن المعيار فى الجميع واحد.

ولو زعم الإ-كراه بأن كان المكروه قد ذهب وقد أمرهم بإلقاء أمتعتهم فى البحر ولم يعلم المستودع بذهاب المكروه فألقاها فيه، فالظاهر أنه من الإكراه أيضاً إذا رآه العرف ذلك، فإن الإنسان مأمور بأن يفعل ما يأتى بنظره لا بالواقع، كما ذكرنا مثل ذلك فى التصرف فى مال الصغير وأنه من الإصلاح إذا كان إصلاحاً بنظره، فلا يقال إن الألفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه لا الخياليه.

وعليه يحمل ما رواه ابن إسحاق، قال: كان لى ابن وكانت تصيبه الحصاه فقيل لى ليس له علاج إلا أن تبطه فبططته فمات، فقالت الشيعة: شركت فى دم ابنك قال: فكتبت إلى أبى الحسن صاحب العسكر (عليه السلام)، فوقع (عليه السلام): «يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شىء إنما التمسست الدواء وكان أجله فيما فعلت» (٢).

ص: ٣٣

١- سورة التوبه: الآيه ٩١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٢١٢ الباب ٩٧ من أبواب أحكام الأولاد من كتاب النكاح ح ١

ومما ذكر يعلم أحكام هذا الباب الذى هو سيال فى غيره أيضاً، كما لو أمره بضرب أو قتل بعض فضرِب أو قتل حيث لم يكن ضامناً حتى فى القتل، فيما إذا كان هناك أهم ومهم بما إذا لم يقتله مثلاً قتل جماعه مما يرجح الشارع ذاك عليه، ولو خيره المكره بين إعطاء ما لنفسه أو الوديعه فإن أعطاهها له لم يستبعد عدم الضمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلى إكراه على كل فرد منه، كما إذا أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فإن طلاقه لكل واحد منهما يقع باطلاً لأنه إكراهى، أما أن توجه الإكراه إلى مال الوديعه فإنه من الإكراه قطعاً وإن كان بالإمكان صرفه إلى مال نفسه.

ولو أكره المرأة على أن تعطيه الوديعه أو ينكحها متعه مثلاً فأعطت كان من الإكراه، وإن أمكن فرارها من إعطاء الوديعه إلى متعه نفسها التى هى محلله، اللهم إذا كانت عندها من العاديات.

### لو تمكن من دفع الظالم

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب، بلا خلاف أجده فيه، لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق، وحينئذ لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لأنه تفريط حينئذ، وكذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل، لكن الظاهر ضمائه ما يزيد على ما يندفع به منها لا للجميع وان احتمل التفريط، إلا أنه واضح الضعف لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين)، وهو كما ذكرناه.

ومما تقدم يعلم أنه إذا توقف الدفع على اختفائه وجب الاختفاء، كما عن القواعد والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والروضه والمسالك ومجمع الفائده، لا لأن الحفظ واجب مقدمه، بل لأنه مقتضى الاستيمان فعدمه خيانه ويشمله دليل اليد.

نعم لو ترتب على الاختفاء ضرر عرفي أو عسر لم يجب، فاحتمال بعض عدم وجوب الاختفاء مطلقاً معللين بأنه ضرر على المستودع ضعيف.

وحيث قد عرفت عدم الفرق بين دفع الكل أو البعض فيما إذا اندفع الظالم بدفع البعض حيث لا ضمان، تعرف ما في الرياض من الفرق بينهما بكونه بأمر الشارع على الأول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح، وإن هي إلا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، وقد قالوا فيها بضمانها مع أنها ذاهبه على التقديرين، فتأمل.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنه لا-ريب في ضمانه الثانيه، فإن الأولى ذاهبه على كل حال منضمه إلى الأخرى أو مستقله، فالتفريط حينئذ في الثانيه لا فيهما معاً).

### صور دفع الظالم

ولو توقف دفع الظالم على بذل شيء من مال نفسه أو وقته مما له ثمن أو ما أشبه ذلك، فالظاهر أنه يجب عليه ذلك ويأخذ من المودع، وذلك جمعاً بين دليل حفظ الأمانه ودليل عدم الضرر.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في المناهل حيث قال: (ولو توقف الدفع على بذل المستودع مالاً من نفسه ولم يكن فيه ضرر عليه، فهل يجب ذلك عليه أو لا، صرح بالثاني في الروضه، وفيه إشكال والأحوط الأول، بل لا يخلو عن قوه، فلو دفع بأن تبرع به فلا رجوع له على المالك، وكذلك إن قلنا بعدم وجوب الدفع كما صرح به في الروضه، وان لم يتبرع به بل نوى الدفع الرجوع على المالك فهل يستحقه حينئذ أو لا، فيه إشكال ومراعاة الاحتياط أولى وإن كان الثاني في غاية القوه).

إذ لم يعرف وجه القوه فيما ذكره بعد ما عرفت من أن الدفع والأخذ مقتضى الجمع بين الدليلين.

نعم إن دفع لم يكن له الحق أن يأخذ من الوديعة إذا لم يرض المالك بذلك وأراد الدفع من غيرها، إذ غايه الأمر وجوب تدارك ضرره، ولا يتحقق بهذا بخصوصه وإنما هو كلى يكون التخيير فيه بيد المالك.

ومما تقدم يعرف قوه ما فى جامع المقاصد أنه لا يبعد القول بوجوب مصادعه الظالم بشىء يرجع به على المالك، وقد مال إليه فى الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم إلا به، والضرر يندفع بنيه الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استئذانه أو وليه، لكنك قد عرفت أنه ليس من باب المقدمه بل من باب الوجوب النفسى.

وعلى أى حال، فإشكال الجواهر عليهما بقوله: (لم أقف فى النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهه الإطلاق، وإن صرح به فى المسالك، اللهم إلا أن يكون إجماعاً ولم نتحققه، والأمر بأداء الأمانه يراد منه عدم الخيانه كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذ بالنسبه إلى المال واجب مشروط للأصل، ولو سلم فالمتجه وجوب بذل ما لا يضر بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقه، ولا يرجع به على المالك لأن دفعه حينئذ مقدمه لامثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التى يفعلها مقدمه للحفظ، ولا يرجع بأجره المثل فى شىء منها). غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فيعلم مما تقدم أنه لو تمكن من دفع الظالم بجعل واسطه كما هو متعارف بالنسبه إلى الظلمه فيما يقبلون الوسائط، وجب ذلك، فلو تركها كان من الخيانه وضمن، كما أنه إذا تمكن من دفع الظالم بالشكايه إلى الحاكم وجبت عليه، وكذلك إذا تمكن التوسل بشخص قوى فلم يفعل.

ثم قال الشرائع: (ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال).

أقول: تقييد الشرائع بالضرر بالكثير لأنه يجب تحمل الضرر اليسير الذى لو لم يتحملة رأى العرف أنه لم يعمل بمقتضى الأمانة وإنما خان فيها، أما ما أشكل عليه الجواهر بأن ما عساه يظهر من المصنف من كون مطلق أخذ المال وإن قل ضرر كثير واضح المنع، فلم يعرف وجهه، لأن الشرائع لم يقل إن مطلق أخذ المال ضرر كثير، بل قال لا يجب تحمل الضرر الكثير، وبينهما فرق واضح.

ولو تمكن من دفع الظالم بتسليم المال إلى المودع وجب، فإذا لم يفعل ذلك كان ضامناً له وضعاً كما أنه يكون خيائناً تكليفاً، ولو توقف دفع الظالم على كذب أو غيبه أو جرح أو ما أشبه فاللازم ملاحظه الأهم والمهم من ترك الواجب أو فعل الحرام.

ولا يخفى أن المركوز فى أذهان المتشرعه أهميه حفظ الوديعه من غيبه أو كذب أو نحوهما، أما الجرح فيختلف من جهه الأهميه، فاللازم أن يراعى الأهم من الأمرين، ولو كانا متساويين تخير بينهما، فإذا سلمه إلى الظالم من جهه التخيير لم يكن ضمان.

ومنه يعلم أنه لو لم يدفع المال إلى الظالم انتهك عرض نفسه أو زوجته أو بنته أو أخته أو ما أشبه وجب عليه الدفع ولم يكن ضمان، لأن هتك العرض أهم فى نظر الشارع من دفع المال.

ومما تقدم يظهر موضع القبول والرد فى قول مناهج المتقين: (لو أراد الظالم أخذها منه، فإن لم يتمكن من دفعه فلا ضمان عليه، سواء انتزعها الظالم منه قهراً أو أجبره على الدفع بنفسه إليه على الأظهر).

نعم إن كان أخذ الظالم لها عن تفريط أو تعديه كإخراجها من الموضوع الذى عينه المودع أو إعلامه الظالم بوجودها على وجه عد مفرطاً عرفاً ضمن، ولو تمكن المستودع من دفع الظالم وجب عليه دفعه ولو أهمل ضمن، ولو أمكن حفظ بعضها ببذل البعض الآخر وجب ولو أهمل ضمن البعض الممكن حفظه دون الجميع على الأظهر.

### لو توقف الحفظ على دفع شيء

ولو توقف حفظ الوديعة على بذل شيء من ماله جاز له الدفع بقصد الرجوع على المودع فيرجع إليه بذلك، وهل يجب عليه ذلك، فيه تردد، والعدم أشبه.

ولو توقف الحفظ على بيع البعض لدفع ثمنه إلى الظالم، أو على بيع الكل ودفع بعض الثمن إليه جاز بإذن الحاكم مع إمكانه، ومطلقاً مع تعذر استيذان الحاكم أو تعسره، ولو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع).

إذ قد عرفت ما فى الفروع الثلاثة الأخيره من الإشكال.

ولو كانت الوديعة حيواناً يصيح مما يخبر اللصوص بمكانهم أو العدو أو نحو ذلك جاز قتل الحيوان لحفظ النفس أو المال الكثير أو ما أشبه ذلك، وإذا دار الأمر حينئذ بين ذبحه حتى يكون حلالاً يبقى بعضه للمالك لأن للمذبح ثمناً، وبين قتله حيث لا يبقى للمالك شيء لحرمة بالقتل، قدم الأول، وإلا كان ضامناً لما يمكن إبقاؤه.

ثم إن المسالك قال: (إن كان المطلوب الذى لا يندفع عنها بدونه بقدرها، لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة، لكن لو بذله بنيه الرجوع به هل يرجع، يحتمله لأن الوديعة لولاه ذاهبه فيكون بذله قدرها كبذلها، وعدمه لأن القدر المأذون فيه



شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو ههنا منتف، فلا يكون شرعياً.

وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعة لما ذكر أو بجزء منه ليقصر عنها، وتترتب الفائدة، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع بشيء أصلاً مما يساويها، فإن غير المأذون في المساوى إنما هو القدر الذى تنتفى الفائدة معه لا جميع المبدول، ولم أقف فى هذا الحكم على شيء فينبغى تحريره).

أقول: مقتضى القاعده ملاحظه ما يسمى حفظاً للأمانه وأداءها، قال سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)(١١)، إلى غير ذلك من الأدله.

وإذا كان المالك يريد العين ولو بأضعاف قيمتها، لأنها ذكرى من أبيه أو لجهه أخرى نحو كونها ترابه قبر الحسين (عليه الصلاه والسلام) التى يعتز بها ويشفى مرضاه بسببها، أو كان قرآناً من خط كبير من الكبراء، أو كتاباً خطياً أو نحو ذلك، لزم على المستودع بذل المال وإلا كان خائناً، وربما لا يكون كذلك فيلاحظ قيمه، وكذلك بالنسبه إلى وديعه العرض لأنه ليس المهم قيمه البضع أو الديه إلى غير ذلك، وكأن نظر المسالك إلى غير ما ذكرناه، وإلا كان محل نظر.

وقد أشار إلى ذلك الجواهر بقوله: (قد يقال: إن الوديعه إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عيناً فلا-ريب فى أن المتجه جواز الرجوع وإن بذل تمام قيمه، أما إذا لم تكن كذلك فلعل المصدر على عدم المفسده على المودع لا اعتبار المصلحه فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً).

ص: ٣٩

ثم إن توقف حفظ الوديعة على الكذب جاز، بل وجب وإلا- كان ضامناً لأنه يعد من التفريط، والكذب في مثله ليس بحرام، لانصراف أدلته عنه، بل الأدله على خلافه من أنه لا كذب في الإصلاح، والمركز في أذهان المشرعه أهميه حفظ الوديعة من غيبه أو كذب أو ما أشبهه، أما الجرح فيختلف من جهة الأهميه على ما تقدم، فإطلاق جماعه كمناهج المتقين بأنه لو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع، غير ظاهر الوجه.

## الحلف لدفع الظالم

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في جواز الحلف للظالم لنجاء الوديعة.

وفي الشرائع: (ولو أنكرها فطوبى باليمين ظلماً جاز الحلف مورياً بما يخرج به عن الكذب)، لكن الظاهر عدم وجوب التوريه لإطلاق الأدله في الحلف في هذه المقامات.

وقد صرح بجواز الحلف في المقام المحكى عن الغنيه والنافع والتذكره والقواعد والتحرير والتبصره والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع الفائده والكفايه والرياض وغيرهم.

واستدلوا لذلك بالإضافة إلى تصريح جماعه منهم بالإجماع، وبالاتفاق بما دل على نفى الحرج من الأدله الأربعة، وما دل على عدم الضرر والضرار، وقوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل) (١)، وقوله سبحانه: (تعاونوا على البر والتقوى) (٢) وبأن الحلف مما لا- يتم الواجب به وهو دفع الأمانه إلى أهلها، وما لا- يتم الواجب إلا- به واجب فيكون جائزاً، بالإضافة إلى أصاله الإباحه وغيرها، والعمده هي الروايات المتواتره:

ص: ٤٠

١- سورة التوبه: الآيه ٩١

٢- سورة المائده: الآيه ٢

مثل ما رواه إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) في حديث، قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال: «لا جناح عليه»<sup>(١)</sup>.

وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه، قال: «لا جناح عليه». وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله، قال: «نعم»<sup>(٢)</sup>.

وعن أبي الصباح قال: والله لقد قال لي جعفر بن محمد (عليه السلام): «إن الله علم نبيه التنزيل والتأويل فعلمه رسول الله (صلى الله عليه وآله) علياً (عليه السلام)، قال: وعلمنا والله»، ثم قال: «ما عملتم من شيء أو حلقتم عليه من يمين في تقيه فأنتم منه في سعه»<sup>(٣)</sup>.

بضميمه شمول التقيه لمثل المقام أيضاً.

وعن يونس، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليه السلام)، في رجل حلف تقيه، فقال: «إن خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك، فإن لم تر أن ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم»<sup>(٤)</sup>.

وعن زراره، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا إلا بذلك، قال: «فاحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد»<sup>(٥)</sup>.

وعن الصدوق، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «التقيه في كل ضروره، وصاحبها أعلم بها حين تنزل به»<sup>(٦)</sup>.

ص: ٤١

- 
- ١- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١ وذيله
  - ٢- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١ وذيله
  - ٣- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٢
  - ٤- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٣
  - ٥- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٦
  - ٦- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٧

وعن الحلبي، إنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله، قال: «نعم» (١).

وعن الصادق (عليه السلام): «اليمين على وجهين» إلى أن قال: «فأما الذي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً ولم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره» (٢).

وعن معاذ بياع الأكسيه، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا نُسْتَحْلِفُ بالطلاق والعتاق فما ترى أحلف لهم، فقال: «احلف لهم بما أرادوا إذا خفت» (٣).

وعن معمر بن يحيى، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): إن معي بضائع للناس ونحن نمر بها على هؤلاء العشار فيحلفون عليها فنحلف لهم، فقال: «وددت أني أقدر على أن أجز أموال المسلمين كلها وأحلف عليها، كلما خاف المؤمن على نفسه في ضروره فله فيه التقية» (٤).

وعن إسماعيل الجعفي، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): أمرت بالعشار ومعى المال فيستحلفونى فإن حلفت تركونى وإن لم أحلف فتشونى وظلمونى، فقال: «احلف لهم»، قلت: إن حلفونى بالطلاق، قال: «احلف لهم»، قلت: فإن المال لا يكون لى، قال: «تتقى مال أخيك» (٥).

وعن سماعة، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا حلف الرجل تقيه لم يضره إذا هو أكره واضطر إليه». وقال: «ليس شىء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه» (٦).

وعن الحضرمي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): نحلف لصاحب العشور نجيز بذلك مالنا، قال: «نعم» (٧).

ص: ٤٢

- ١- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٨
- ٢- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ٩
- ٣- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١٣
- ٤- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١٦
- ٥- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١٧
- ٦- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١٨
- ٧- الوسائل: ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الأيمان ح ١٩

إلى غيرها من الروايات، وأنت ترى أنه لم يذكر في هذه الروايات الكثيره التوريه فلا دليل عليها وإن ذهب إليها غير واحد من الفقهاء.

قال فى المناهل: (وهل يجب عليه التوريه فى حلفه بما يخرج عن الكذب حيثئذ، بأن يحلف ما استودع من فلان ويخصه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغاير لما استودعه، كما صرح به فى الروضه والرياض، أو لا يجب ذلك، المعتمد هو الأول، كما صرح به فى التذكره وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وهو ظاهر الغنيه والنافع والشرائع والقواعد والتبصره والإرشاد والتحرير ومجمع الفائده والكفايه والرياض).

ولذا قال فى متاهج المتقين: (ولو ترك التوريه وحلف كاذباً لم يآثم مع العجز عنها، بل ومع الممكنه منها أيضاً على الاظهر).

ثم إنك قد عرفت عدم الفرق بين الكذب وغيره من المحرمات إذا كان هناك أهم ومهم، وعدم ذكرهم غيره من المحرمات لأن الكذب هو الغالب.

ثم لو ترك الحلف حيث وجب عليه فأخذها الظالم ضمنها، كما صرح به فى جامع المقاصد والمسالك والكفايه وغيرها، لأنه يعدّ تفريطاً فى الوديعه، والظاهر أن الحلف واجب تخييرى لا أنه مستحب ولا واجب عيناً، إذ يخير بين أن يعطى بدل الوديعه أو أن يحلف لحفظها فيما إذا لم يكن غرض المودع العين وإلا وجب الحلف تعييناً.

لا يقال: اللازم الوجوب مطلقاً، لأن فى ترك الحلف إعانه للظالم.

لأنه يقال: احترام اسم الله سبحانه وتعالى أن لا يحلف به أهم من ذلك، ولذا لم يحلف الإمام السجاد (عليه الصلاه والسلام) فى قصه الخارجيه وخسر أربعمائته

دينار(١). كما أن احتمال وجوب أن يرد الوديعة على كل حال خلاف المرتكز في كثير من الودائع، ولبعض الروايات الخاصة:

مثل ما رواه حبيب الخثعمي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن، فقال: «لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء»، قال: قلت: رأيت إن وجد من يضمه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمه يأخذ منه، قال: «نعم»(٢).

وعن عبد الله بن الحسن، عن جده علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها، فقال (عليه السلام): «إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويرد»(٣).

وروى السرائر نقلاً عن جامع البنزطي صاحب الرضا (عليه الصلاة والسلام) قال: سألته، وذكر مثله.

ومنه يعلم لزوم حمل كلام القائل بالوجوب على ما ذكرناه، وإلا كان محل تأمل.

قال في المناهل: (هل الحلف حينئذ يتصف بالوجوب أو لا بل لا يتصف إلا بالجواز، المعتمد هو الأول كما صرح به في اللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وهو ظاهر النافع والتبصره، ولهم أولاً: ظهور الاتفاق عليه. وثانياً: ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك من أن الواجب وهو حفظ الوديعة يتوقف عليه فيكون واجباً، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).

ص: ٤٤

١- الوسائل: ج ١٦ ص ١١٧ الباب ٢ من كتاب الأيمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٢

لكنك قد عرفت أنه واجب نفسى لا واجب غيرى.

وإذا لم يكن يعلم جواز الحلف فلم يحلف، فإن عد عرفاً مفراطاً فى عدم علمه ضمن، وإلا لم يضمن لأدله أن الأمين مؤتمن.

ثم إنه يستثنى مما ذكرناه من التخيير ما إذا لم يجز وصول الوديعة إلى الغاصب شرعاً، كما إذا كانت جاريه أو ولداً فى معرض خطر تعدى الغاصب أو فى معرض ذهاب النسب أو ما أشبه ذلك، أو كان قرآناً والغاصب كافر، إلى غير ذلك.

ص: ٤٥

(مسأله ١): قال فى الشرائع: (الوديعه عقد جائز من طرفيه)، وفى الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه وهو الحجه فى تخصيص الآيه وغيرها من أدله اللزوم).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه (جائزه من الطرفين): (كما طفحت به عباراتهم، وقد حكى عليه الإجماع فى التذكرة، ونفى عنه الخلاف فى المسالك ومجمع البرهان والكفايه بل هو ضرورى).

أقول: وكذلك حكى الرياض عدم الخلاف فيه، وفى المناهل: ظهور الاتفاق عليه، أما استدلال التذكرة عليه بقوله: (لأنه قد تقدم أنه توكيل خاص والوكاله جائزه من الطرفين)، فلا يخفى ما فيه، لأن خروج العقد عن (أوفوا بالعقود) يحتاج إلى الدليل، ولا شك أن الوديعه العقديه داخله فى (أوفوا بالعقود) على عمومته، إنما المخرج هو الإجماع الذى لا شك فيه، نعم الوديعه غير العقديه داخله فى الأمانه والأمانه لا تلزم.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وحيث أن يبطل بموت كل منهما وبجنونه وإغمائه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه أو ولايته عنه، كما هو الشأن فى نحوه من العقود الجائزه، للإجماع أو لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنه لا عقد مع وارث الودعى فلا- يجوز بقاؤه على حكم الوديعه، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولايه تصرفه إلى غيره، ولا عقد مع غير الودعى، فلعله لذلك كانت الأهليه معتبره فيهما فى الابتداء والاستدامه).

أقول: لا- دليل على أن الإغماء مبطل للأصل بقاؤه، نعم لو كان الإغماء طويلاً كان اللازم ما ذكره، كما أن النوم والسكر لا يوجبان البطلان إلا- إذا طال- على خلاف المتعارف، وذلك لأصاله البقاء مع الشك فى النقض، أما فى الطويل منها فلا تنتقل الولايه على ما تقدم، فإطلاق القول بإبطال الإغماء غير ظاهر الدليل، أما



ادعاء الجواهر الإجماع على الإطلاق الذى ذكره فلا يخفى ما فيه، إذ الظاهر أنه لا إجماع فى المسأله.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (وتبطل بموت كل واحد وبعزله وإغمائه وبعزله نفسه) ما هذا لفظه: (كما هو الشأن فى العقود الجائزه والأمر فيه واضح، ولذلك تركه الأكثر فتبطل بالأربعه المذكوره، فإذا اتفق أحد الثلاثه فى المودع وجب ردها إلى وارثه أو وليه أو الإعلام على اختلاف الرايين).

إذ منه يظهر عدم تعرض الأكثر له، فكيف يدعى الإجماع فى مثله، بالإضافة إلا أنه مع تسليم الصغرى فهو محتمل الاستناد، بل هو الظاهر، ومثله ليس بحجه.

وعلى أى حال، فإذا اتفق الموت والجنون والإغماء والسكر والنوم ونحوه مما ذكرنا أنه يبطل الوديعه فى المستودع، يجب على الولي والوارث إعلام المودع أو إيصال المال إليه.

ثم سواء بطلت الوديعه من جهه المودع أو من جهه المستودع لما ذكر، أو لأنه فسخها وعزل نفسه عنها، أو من جهه ثالثه، تكون العين حينئذ فى يد الودعى أمانه شرعيه، وذلك لعدم تحقق الوديعه حينئذ فهو مال الغير فى يده بدون إذن مالكي، ومثل ذلك يكون من الأمانه الشرعيه، لأن الشارع أمر بحفظ الأمانه وردها إلى أهلها، قال سبحانه: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١).

وكذلك حال من استولى على الوديعه بدون أن يكون ودعيًا، كما إذا مات الودعى فورثه الوارث أو هرب من جهه مظلمه أو ما أشبه مما له حق الهروب أو لا، فبقيت فى يد إنسان أجنبي عن الطرفين فيلحقها حكم غيرها من الأمانات

ص: ٤٧

الشرعيه من وجوب ردها إلى مالکها أو ولى أمره أو إعلام أحدهما على وجه المبادره العرفيه، لأنه هو مقتضى دليل رد الأمانه الملقى إلى العرف.

والظاهر أنه يحق له أن يردّها إلى وكيل المالك، سواء كان وكيلاً عاماً أو خاصاً، وتبرؤ بذلك ذمته، وقد حكى ذلك عن التذکره والقواعد واللمعه والروضه والمسالك والكفايه وغيرها.

وفى المناهل هو متفق عليه فهو مخير فى الرد إلى المالك أو الوكيل، كما صرح به فى الروضه وغيرها إلاّ أن يكون الوكيل خاصاً فى غير مثل هذا الشأن حيث إنه كالأجنبى فى الرد إليه.

### الوكيل مقدم على الحاكم

والظاهر أنه إن تمكن من الرد إلى أحدهما فى موضع جواز الرد إلى الوكيل على ما تقدم لم يصح الرد إلى الحاكم أو الثقة، وإذا رد إلى أحدهما ضمن كما عن التذکره والروضه والمسالك وغيرهم، بل فى المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه فى الرياض واحتج عليه فيه وفى التذکره والمسالك بأن الحاكم والأمين لا ولاية لهما على الحاضر الرشيد، فاحتمال جواز الرد إلى الحاكم أو وكيله لأنه بمنزله وكيل المالك كما ذكره بعض العامه، غير ظاهر الوجه.

نعم إذا لم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله ونحوه، رده إلى الحاكم لأنه الولى العام، وإذا لم يمكن الحاكم رده إلى الثقة لقوله (عليه الصلاه والسلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»<sup>(١)</sup>، ولغيره، لكن ربما يقال فى هذه الصوره بأنه مخير بين الإبقاء عند نفسه وبين إعطائه الثقة، لعدم تفاوت الأمر بينهما بعد عدم وجود دليل خاص للرد على الثقة، وهذا أقرب.

ص: ٤٨

---

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه ح ٢

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المناهل حيث قال: (إذا تمكن من حفظها ولم يتمكن من الرد إلى المالك أو وكيله وتمكن من الرد إلى الحاكم والثقة فلا- يجوز له الرد إليهما حينئذ، ويضمن لو رد إليهما كما في اللعنه والروضه والمسالك والكفايه والرياض، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، وقد صرح بنفيه في الرياض، والمسالك حكاه عن الأصحاب قائلاً: إنه لا يعلم فيه خلاف، واحتج عليه فيه وفي الرياض بالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرؤ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، مع أن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضروره إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجدهما أو يتجدد له عذر).

إذ الدليل المذكور لا يفي بنفي إعطائها الحاكم بعد كونه ولياً عاماً، بل لو حفظها ولم يدفعها إليه كان محل إشكال لما عرفت، وأى فرق بين الوكيل الخاص في مورده والولى العام في مورده.

ثم إذا مات المودع وظهر الوارث سلم إلى كل واحد حصته إذا كان متعدداً، وإذا كان واحداً معيناً سلمه الوديعه كلاً، فإذا سلم الوديعه إلى بعضهم مع وجود الورثه الآخرين بأنفسهم أو بأوليائهم كما إذا كانوا صغاراً مثلاً، لم تبرأ ذمته لأنه من إيصال المال إلى غير مستحقه، أما إذا لم يعلم الوارث أو علم به لكنه لم يعلم أنه منحصر أو متعدد أو ما أشبه ذلك من المحاذير فاللازم عليه أن يسلمه إلى الحاكم الشرعي باعتباره الولى العام أو الصبر إلى أن يظهر الوارث بخصوصياته.

لا يقال: كيف يسلمه إلى الحاكم مع علمه الإجمالى بالوارث.

لأنه يقال: إن المقام من موارد شؤون الحاكم، حيث إن الودعي سقط عن كونه طرف العقد، ولا دليل على لزوم حفظه المال، بضميمه أن الحاكم ولى عام فهو يسلمه إليه كما أنه يسلمه إلى الوكيل للورثه إذا كان هناك وكيل لهم، نعم

إذا كان هناك وكيل لهم كان مقدماً على الحاكم على ما عرفت.

ثم لو كان تأخيرها في صورته موت المودع لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً، أو للشك في كونه وارثاً، ولم يكن حاكم يرجع إليه، ففي المسالك:

(الأقوى عدم الضمان خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً لأصالة عدمه، وأما مع العلم بكونه وارثاً فالأصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال، والعلم بكونه مستحقاً في الجملة لا يقتضى انحصار الحق فيه، وأصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور، فيبقى الحكم في القابض ووجوب البحث عن المستحق كمنظيره من الحقوق.

ومثله يأتي فيما لو أقر بمال المورث زيد، فإنه لا- يؤمر بتسليم جميع المقر به إليه إلا- بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار حق الإرث في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع إليه، ومن أنه إقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركته غيره له فيه - إلى أن قال -: ولو أقر تسليم الوديعه إلى الوارث لبحث عن وصيه الميت أو أقراره بدين ونحوه فالأقرب الضمان لأصالة عدمه بخلاف الوارث).

أقول: الأمانة الشرعية تقتضى إيصالها إلى أصحابها حسب الوازين العرفية المستفاده من (إن الله يأمركم) (١)، ومن الواضح أن العرف يرى لزوم الفحص عن أصل الوارث في قبال عدمه الذي يكون المال من نصيب الحاكم الشرعي باعتباره سهم الإمام (عليه الصلاة والسلام)، أو عن وحدته وتعددته، أو عن دين للميت

ص: ٥٠

المقدم على الإرث وعدمه إلى غير ذلك، ولا مجال للأصل في هذه المقامات فإنه أصيل حيث لا دليل.

وإلى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث قال: (له التروى والبحث دفعاً لضرار الغرامه عن نفسه، لا لمعارضه أصله عدم وارث آخر بأصله عدم استحقاقه الجميع، ضروره وروده عليه وانقطاعه به، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث واحتمال الوصيه الذى ذكره أخيراً، فالمدار والمدرك حينئذ ما عرفت، ولا عبره بالاحتمالات الخارجه عن مذاق العقلاء كما هو واضح).

ثم لو فحص وظهر له أن لا-دين عليه أو لا-وصيه له وأن الوارث واحد أو أنه فلان أو ما أشبه ذلك، فعمل بما ظهر له ثم تبين خلافه، فهل يضمن، يحتمل العدم لأنه عمل حسب تكليفه ودليل الأمانه لا يقتضى أكثر من ذلك، اللهم إلا أن يقال إنه من إيصال الحق إلى غير أهله، وجهله لا يرفع الضمان وإن رفع العقاب، فهو كما إذا اشتبه فسلم مال زيد لعمره، وهذا أقرب إلى الصنائه.

ثم الظاهر أنه إذا وجب على المستودع الدفع إلى الحاكم، وجب على الحاكم القبول، لأنه منصوب لمثل ذلك من أموال القصر والغيب ونحوهما، ومن ذلك يظهر وجه النظر فى التوقف أو القول بعدم الوجوب عليه.

قال فى المناهل: (إذا وجب على المستودع إعطاء الوديعه للحاكم، فهل يجب على الحاكم قبولها مطلقاً، ولو تمكن المستودع من إعطائها للثقة الأمين، أو لا يجب عليه القبول مع تمكن المستودع من إعطائها له، صرح بالأول فى التذكرة والقواعد والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك، ويظهر من التحرير والكفايه والرياض التوقف، ومن مجمع الفائده عدم وجوب القبول وهو الأقرب، لأصله البراءه المؤيده بأنه لو وجب عليه القبول للزم العسر والحرَج والأصل عدمها فتأمل،

وبأنه لو وجب عليه القبول لاشتهر، بل وتواتر لتوفر الدواعى عليه، والتالى باطل فالمقدم مثله، فتأمل).

وأنت خبير بأن الصنائه مع التأمل لا مع ما ذكره من الأدله غير الداله على مدعاه.

ثم إذا لم يكن حاكم شرعى مبسوط اليد، فإن قبلها غير مبسوط اليد كفى لأنه منصوب شرعاً، وإن لم ينفذ نصبه الناس.

وإن لم يقبلها فهل يسلمها إلى الحاكم غير الشرعى كما فى الحال الحاضر الذى صار حكام بلاد الإسلام غير شرعيين، أو إلى الثقة، لا إشكال فى تقديم الثانى مع الكفايه، بل قد عرفت أنه مخير بين نفسه وبين الثقة إذا كانا متساويين فى الحفظ، والأقدم الأحفظ منهما، وإن لم يقبل الثقة لأنه لا يطمئن بتمكنه من الحفظ سلمها إلى الحاكم العرفى من جهه أنها محفوظه عنده من باب الاضطرار، كما ذكروا مثل ذلك فى الرجوع إليه عند الاضطرار فى المرافعات ونحوها.

ص: ٥٢

## مسأله ٢: الحفظ بما جرت عليه العاده

(مسأله ٢): قال فى الشرائع: (وتحفظ الوديعه بما جرت العاده بحفظها، كالثوب والكتب فى الصندوق، والدابه فى الاصطبل، والشاه فى المراح أو ما يجرى مجرى ذلك).

أقول: الضابط حفظ الوديعه بما جرت العاده بحفظها على ذلك النحو، كما هو الضابط فى كل ما لا حد له فى الشرع الذى منه ما نحن فيه، فإن الموضوع يؤخذ من العرف، والحكم يؤخذ من الشرع، لوضوح كون الوديعه استنابه فى الحفظ، وليس له فى الشرع حد مخصوص فلا مناص من الرجوع إليهم فى حفظ هذه الوديعه على وجه لا يعد الودعى مضيعاً أو مفرطاً أو متعدياً أو خائناً أو مهملاً أو ما أشبه ذلك.

ومن الواضح أن الحفظ يختلف باختلاف المستودع والمودع والزمان والمكان والوديعه وغيرها، فاستيداع الدابه فى الباديه مما لا تربط الدابه فيها إلا فى الصحراء حفظ لها إذا ربطها على الوجه المتعارف عندهم، بما ليس كذلك فى المدينه حيث الاصطبل ونحوه، وكذلك بالنسبه إلى سائر الأشياء التى تودع عند أهل الباديه أو عند أهل الحضر.

ولو اختلف التعارف بين المالك والمستودع فاللازم ملاحظه رؤيه العرف أن اللازم أيهما فى هذه الصوره، كما أنه لو لم يكن العرف مع أيهما فهو مخير بينهما.

ولو تجدد نوع جديد من الحفظ لزم اتباعه، مثلاً- كان المال الكثير فى بلد لا مصارف له يوضع فى الصندوق، ثم تجدد فيه المصارف مما يكون أحفظ، فإنه يلزم عليه إخراجه من الصندوق إلى المصرف، إلى غير ذلك من الأمثله.

وفى بعض الأحيان يستلزم الحفظ تبديل نفس المال، كما إذا تغيرت الحكومه

مما كان النقد معرضاً للتبدل، فإن الحفظ يقتضى تبديله إلى النقد الجديد، إلى غير ذلك.

ثم لو تصرف فى الوديعه بنيه حسن لكن بعمل سىء، كما إذا مرض الحيوان فأعطاه دواءً بزعم أنه حسن لكنه كان مهلكاً، فهل الاعتبار بالنيه أو بالعمل، احتمالان:

من أن «الأعمال بالنيات»، وأن الإنسان لا يكلف إلا بما يراه صلاحاً، بل هو المنصرف من قصد المودع أن يحفظه، فلم يكن مفراطاً ولا متعدياً عرفاً.

ومن أن الألفاظ موضوعه للمعاني الواقعيه لا الخياليه، والمعيار بالواقع لا الزعم.

والأول أقرب، لأن ما ذكر فيه مخرج عن دليل الثانى، فإن وضع الألفاظ للمعاني الواقعيه لا ينافى انصراف أدله الخيانه ونحوها إلى غير ما أراد الإصلاح، أما دليل الإحسان ففيه: إنه ليس بمحسن، والظاهر منه الإحسان الواقعي لا الخيالى.

والمسأله سياله، فهل من يقتل إنساناً عامداً بقصد الإحسان إليه حيث إنه يعيش فى ألم شديد، أو يسرق مالاً لتوزيعه على الفقراء والمحتاجين، أو يزنى بامرأه بدون رغبه فى الزنا إطلاقاً وانما لرفع حاجتها التى أوصلها إلى العسر من جهه الشيق، يخفف عن عقابه لمكان نيته وإحسانه، أو لا لمكان صدور الفعل الحرام منه الموجب للعقاب.

ربما يقال بالأول كما فى جملة من القوانين العالميه حيث يدخلون النيه الحسنه فى التخفيف من عقاب الفعل القبيح، لأن المنصرف من أدله العقوبات غير هذه الصوره، بالإضافة إلى أن «الأعمال بالنيات»، و«لكل امرئ ما نوى»، وإن شكك فالحمد يدرؤ بالشبهه، لكن المسأله بحاجه إلى تأمل أكثر وتتبع أوسع، حيث لم نجد من تعرض له من الفقهاء.

أما عكسه بأن كان الفعل حسناً لكن النيه سيئه، كما إذا جامع زوجته بزعم أنه زنا لأنها أجنبيه، أو قتل الكافر الحربى بزعم أنه مسلم محقون الدم لعداوه



بينه وبينه، أو أخذ المال من صندوق نفسه بزعم أنه صندوق الغير وأن عمله سرقة، فلا إشكال في عدم الحد، وإنما الكلام في الحرمة وعدمها على ما ذكره في بحث التجري.

### يلزم سقى الدابة وعلفها

ثم قال الشرائع: (ويلزمه سقى الدابة وعلفها، أمره بذلك أو لم يأمره).

أقول: لا- إشكال ولا- خلاف في أنه يجب حفظ الحيوان المحترم، وكذلك الآدمي المودع عنده، سواء بالماء أو بالعلف أو بالطعام أو بالمنام أو بالكساء أو بالحفظ من الحر والبرد أو بغير ذلك مما يلزم الحفظ ولو بإجراء السيلاان عليه في الحال الحاضر من الأمور الطيبه المتعارفه، فلو قصر حينئذ في شيء من ذلك ضمن للتفريط.

قال في المسالك: (وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر إلى السقى وغيره من الخدمه، وفي حكم النفقه على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض).

وهو كما ذكره، لأن تلك كلها من الأمانه، بل اللازم تهينه الزوج للحيوان إذا كان عدمه يوجب عطبه أو مرضه بما ينافي حفظ الأمانه عرفاً، فإن الأمانه سواء كانت مالكيه أو شرعيه يلزم على الودعي القيام بكل شؤونها العرفيه وخسارته لها من كيس المالك، سواء كان العلف أو الماء أو المسكن أو اللباس في وديعه اللقطه مثلاً أو غير ذلك.

ولا حاجه إلى إذن المالك أو الحاكم الشرعي لعدم الدليل على ذلك، نعم إذا قال المالك لا أعطيك ذلك كان له، فأقدامه يستلزم تبرعه، كما أن الأمر كذلك في الغاصب، إذ ليس بإذن مالكي ولا شرعي.

فلا يقال: إنه بإذن شرعي لأن الشارع يوجب عليه حفظه حتى يرده إلى مالكه.

لأنه يقال: إيجاب الحفظ فيما كان هو السبب في الاستيلاء لا يلازم تخسير

الشارع للمالك، إذ ليس على التلازم دليل شرعى ولا عرفى.

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من عدم الاحتياج ما ذكره فى باب اللقطة.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فى قول المسالك: (إذا أودعه الحيوان المفتقر إلى النفقه فلا- يخلو إما أن يأمره أو يطلق، فإن أمره أنفق ورجع عليه بما غرم والأمر فيه واضح، وإن أطلق توصل إلى إذنه أو إذن وكيله فيه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين له عليه أو يبيع بعضه للنفقه أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو وأشهد عليه ورجع مع نيته، وكذا يرفع أمره إلى الحاكم، إلى آخر ما ذكر مع نهى المالك له عنه، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع).

إذ يرد عليه أولاً: عدم الدليل على الاحتياج إلى الإذن من المالك بله الحاكم، بالإضافة إلى أنه لا دليل على الإشهاد، مع أن نهى المالك معناه أنه لا- يتحمل النفقه، فإن لم يشأ لم يأخذ الوديعة، فمن أين أنه مع نهى المالك له الحق فى الإنفاق ثم الرجوع، وقد تبعه الجواهر فى ذلك بدون أن يستدل على شىء منه بدليل.

ثم إن اختلفا فى قدر النفقه وفى زمان النفقه ففى كليهما يحتاج مدعى الزائد، سواء كان المودع أو المستودع إلى البيه، وإلا فالآخر يحلف، لأنه قاعده الادعاء والإنكار، فتفصيل الجواهر بقوله: (والقول قوله فى مقدار النفقه، كما أن القول قول المالك فى مقدار زمانها) غير ظاهر وجه الإطلاق.

وإن كان الاختلاف بين المتباينين، كما إذا قال أحدهما: كانت وديعه فى شهر شعبان، وقال الآخر: فى شهر رمضان، أو قال أحدهما: سافرت بولدك فى الطائره، وقال الآخر: بالسياره، حيث إن سفر الطائره ضعف سفر السياره من جهه الأجره، كان من التنازع، ولا يقال بأخذ الأقل من الأجرتين فى النزاع الثانى، لما

ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره من أن العبره بمصب النزاع لا بمآله.

ومن قسمى النزاع فى المقام يعرف قسما النزاع فى أن الوديعه كانت عشره شياه أو تسعه، أو أن الوديعه كانت شاه أو معزاً.

ومما ذكرناه من أن مقتضى الوديعه الحفظ فعدم الحفظ خيانه، يعرف وجه النظر فيما أشكل به الجواهر على المسالك القائل بوجوب الحفظ حيث قال: (وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعه فيضمن حينئذ مع التقصير فيه إلا أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشه فيه بعدم اقتضاء إطلاق الوديعه الحفظ بنحو ذلك، وكونه حيواناً محترماً لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المأذون فيه لا- يقتضى ترتب الضمان المتوقع على التعدى والتفريط فى الوديعه من حيث كونها وديعه، بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها لا التقصير فى الحكم الشرعى الثابت عليه وإن لم يكن ودعياً، على أنه لا يتم فيما سمعته منه من إلحاق الشجر الذى هو ليس بذى نفس محترمه، ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال فى نفسه على المالك وغيره إلا أن ذلك لا يقتضى الضمان مع التقصير فيه، ضروره كون الحفظ من جهاته من مقتضى إطلاق عقدها).

وكأنه عدل عن ذلك أخيراً بقوله: (اللهم إلا أن يعدّ التقصير فيه باعتبار كون المال فى يده خيانه وأنه هو المتلف للمال) لكنه كما ترى.

### العبره بظهور الحاجه

ثم إنه قد تقدم كون العبره بما يظهر للعرف من الاحتياج وعدمه لا بالواقع، فإذا سقى الأشجار حين الاحتياج ثم جاء مطر غزير سبب فساده لم يكن ضامناً، فيما إذا كان عالماً بمجىء المطر الذى يكفيه كان عليه عدم السقى قبله وإلا كان ضامناً. وهل إحبال الدابه المودعه، أو الإحبال بها إذا كانت فحلاً خلاف الأمانه، الظاهر أنه حسب العرف ولا ميزان كلى له.

أما إذا أودعه بنتاً مثلاً يريد زواجها فتزوجها برضاها لم يكن ذلك من الخيانة فى شىء، وإن كان العرف يسميه أحياناً خيانه، وكذلك إذا أودعه ولداً يريد تزويج بنته له فزوجه الودعى بنته، فإن قولهم إنه خيانه كقولهم إنه خيانه فيمن أغرى خادم غيره ليخدمه بدل خدمته لسيدته السابق، فإنه على ضرب من التوسع، وليس ذلك من الخيانه الشرعيه فى شىء.

ثم قال الشرائع: ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعاً للعاده.

أقول: ذلك من باب المثال، وإلا فلا خصوصيه للغلام، كما أنه لا خصوصيه للسقى، بل كذلك حكم العلف وغيره، ومقتضى القاعده هو أن يكون حسب الأمانه ولا يعد تفريطاً أو تعدياً أو خيانه عرفاً.

ومنه يظهر أن أقوالهم فى المسأله إنما هى من باب الصغريات لا الكليه.

كما يظهر مواضع النظر فى قول المسالك: (إن مقتضى العاده جواز تولى الغلام ذلك، سواء كان المستودع حاضراً عنده أو غائباً، وسواء كان الغلام أميناً أم لا، وليس كل ذلك جائزاً هنا، بل إنما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أميناً وإلا- لم يجز. ولا- فرق فى ذلك بين وقوع الفعل فى المنزل وخارجه، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلا بد من مصاحبه فى الطريق، وإنما تظهر الفائده فى نفس مباشره الغلام ذلك. وكذا لا فرق فى ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنبيه المستودع. وعباره المصنف لا تنافى ما قيدناه، لأنه لم يجوز إلا تولى السقى، وهو أعم من كونها مع ذلك فى يد المستودع وعدمه، والعام لا يدل على الخاص، فيمكن تخصيصه إذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود، لما أطبقوا عليه من عدم جواز إيداع

الودعى مع الإمكان وهذا فى معناه، وربما قيل بأن ذلك فىمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة، أما من لا يكون كذلك فىجوز له التوليه كيف كان، وهو ضعيف(١).

ثم إن السقى والعلف والمراح وغيرها يجب أن تكون حسب المتعارف زماناً ومكاناً وخصوصيةً، فلو خالف فعطب كان ضامناً. ولو اختلف العرف الواحد حق له أن يعمل بأيهما أو بهما معاً فى جزئى الوقت أو الطعام أو ما أشبه فيما إذا لم يكن الجمع ضاراً، وإلا- كان اللازم اتباع أحدهما، مثلاً إذا كان يطعم عرفاً بالشعير أو بالحنطه فجمع بينهما بما سبب مرضه ضمن، وإذا تعارف إطعامه فى الليالى أو فى النهارات فأطعمه مره ليلاً ومره نهاراً مما أوجب ضعفه أو مرضه أو هزاله أو سمنته الزائده مثلاً ضمن.

ثم حيث عرفت أن اللازم الحفظ عرفاً، فقد يكون الحفظ بحفظها عند نفسه، وقد يكون بحفظها عند غيره، كما فى الحال الحاضر حيث تحفظ الأموال خصوصاً الكثيره منها وخصوصاً فى المواضع الخطره فى المصارف لا فى البيوت، كما أنه يكون من التعدى نقل الأموال بأعيانها من بلد إلى بلد فى مواضع الخطر، بل اللازم النقل بالحواله، إلى غير ذلك مما لا ضابط له إلا رؤيه العرف فى كل مورد مورد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الشرائع حيث قال: (ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك إلا مع الضروره كعدم التمكن من سقيها وعلفها فى منزله أو شبه ذلك من الأعدار)، لوضوح أن ذلك ليس على وجه الكليه بل تختلف الموارد.

ولذا قال فى الجواهر: (ومنه يعلم ما فى قول المصنف، ضروره عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدم مع فرض قضاء العاده به ولم يكن ثم ما يقتضى التفريط بها).

ص: ٥٩

وما ذكره من الضرورة أيضاً في إطلاقه تأمل، إذ قد يقتضى الضرورة الإخراج وقد لا تقتضى، كما إذا كان بقاؤها في البيت يوجب هزالتها لقله الماء والعلف ونحوهما، أما إخراجها فمحل خطر اللص أو الحيوان المفترس أو نحو ذلك مما يودى بالحيوان كله، وقد يعكس الأمر بأن يكون خطر البيت أكثر من خطر الإخراج، فلكل مورد حكمه، والمحكم في الجزئيات العرف.

### حكم إخراج الدابة من المنزل

ومما تقدم يعرف موضع الرد والقبول في قول مناهج المتقين: (ولا يجوز إخراج الدابة المودعه من المنزل للسقى والعلف إلا مع الضرورة، كعدم إمكان السقى والعلف في المنزل أو نحو ذلك من الأعذار، ولو قيل بجواز إخراج المعتاد غير المعدود تفريطاً أو تعدياً حتى مع عدم الضرورة لم يكن بعيداً).

ثم لو أحضر المستودع الماء والعلف فامتنعت من الشرب والأكل مثلاً من جهة مرض أو نحوه، فعليه المعالجة عند الخبير، فإن لم يعالج كان من التفريط، أما إذا كان الامتناع لا لمرض بل تشهياً كما قد يفعله الحيوان والطفل وما أشبه فليس عليه شيء، وإنما يؤخر تقديمها إليه كي يرغب فيهما.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو قال المالك لا تعلقها أو لا تسقها لم يجز القبول، لكونه ذا كبد حراء ونفس محترمه وواجب النفقة على المالك، بل يجب عليه سقيها وعلفها مراعاةً لحق الله تعالى شأنه وإن أسقط الآدمي حقه، بل مع امتناع المالك ورفع الأمر إلى الحاكم وأمره للنفقة من ماله يتجه الرجوع له عليه، وكذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نيه الرجوع على حسب ما تقدم).

وفي إطلاقه تأمل، إذ قد ينهأه المالك وقد يقول إنى لا أضمن ذلك، ففي الأول قد يكون الحيوان يكتفى بنفسه، كما فيما إذا كان في غابه أو ما أشبه مما لو ترك الودعى

سقيه وعلفه يرعى بنفسه، وقد لا- يكون كذلك مما يوجب تلف الحيوان من دون سقيه وعلفه، ففي صورته عدم التلف لا وجه للإشكال، وفي صورته التلف ليس للودعي السقي والعلف ثم طلبها منه إذ للمالك أن يترك حيوانه حتى يملكه آخر أو يذهب هو بنفسه ليجد طعامه وشرابه، فللودعي إما القبول بدون ضمان المالك أو ترك الوديعه.

ومنه يعلم أنه ليس إلا- ثم مطلقاً، فما ذكره الشرائع بقوله: (نعم لو أخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن لأن المالك أسقط الضمان بنهيه كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر) انتهى، محل نظر.

ولا- يخفى أن حال الشجر والبناء المحتاج إلى الرعايه والعنايه مما يرى الشارع أن عدمهما بالنسبه إليهما محرم حال الحيوان، فإطلاق المسالك بقوله: (الأقوى عدم وجوب حفظه فضلاً عن عدم الضمان، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة لا على غيره، وإنما وجب الإنفاق في الحيوان لكونه ذا روح فيأثم بالتقصير في حقه فيجب دفع ألمه) انتهى، محل نظر.

### وديعه السفه

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (نعم يبقى إشكال في أصل صحه الوديعه على هذا الوجه المقتضى سفاهه المالك فيصير المال حينئذ في يده أمانه شرعيه يجب ردها إلى المالك أو وليه، اللهم إلا أن يفرض في وجه لا سفاهه فيه، أو يقال إن السفه لا يؤثر فساداً بدون تحجير الحاكم).

ولا يخفى أن السفه الأحوالى الذى هو نوع من الجنون، عدمه شرط في صحه الوديعه، أما السفه الأموالى فالظاهر أنه محجور وإن لم يحجره الحاكم، ولا يصح

عقده المالي وإن كان على نحو الوديعة، قال سبحانه: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) (١)، وقال تعالى: (فإن آنتم منهم رشداً) (٢)، ولذا كان تصريح التنقيح على بطلان عقد الوديعة لسفه أحدهما وإفلاسه، وقول المناهل: (إن عنده فيه إشكالاً، بل احتمال عدم البطلان في غاية القوه للأصل السليم عن المعارض، ولكن مراعاة الاحتياط أولى)، غير ظاهر المدرك.

وكذلك حال الكافر فإنه لا يصح إيداع الكافر القرآن الكريم، اللهم إلا إذا كان المراد الأعم مما له السبيل عليه، كما إذا كان له وكيل مسلم يكون القرآن بيده وإن كان وديعه عند الكافر، أما إذا ارتد المودع فماله حيث يقسم، يكون العبره في الشرائط بالوارث لا بنفسه.

### لو عين المودع

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، وحينئذ فلو نقلها عنه ضمن لأنه عاد، إلا إذا كان النقل إلى أحرز، بل أو مثله على قول قوى إذا فهم إرادته المثل مما عينه ولو بقرينه ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والراكب ونحوهما في المزارعه والإجاره، أما إذا لم يفهم ذلك فالأقوى الضمان حتى في النقل إلى الأحرز فضلاً عن المساوى).

أقول: مقتضى القاعده هو اتباع تعيين المالك لفظاً أو ارتكازاً، سواء إلى المساوى أو الأحفظ أو الأردأ، نعم يأتي الكلام السابق هنا فيما إذا عين غير الحرز، فإنه قد يكون حراماً كما إذا أمر الشارع بحفظه وإن نهى المودع عنه، وقد لا يكون كذلك، كما إذا كان حفظ الشاه في المذنبه، وقد يقول احفظ الأسد في

ص: ٦٢

١- سورة النساء: الآية ٥

٢- سورة النساء: الآية ٦



الغابه حيث إن غايه الأمر ذهابه مثلاً، ومثله لا يحرم، وهو كترك المالك إياه يذهب حيث شاء، ولو أمر بحفظ الشاه في المذئبه لم يكن ضامناً إن افترسها الذئب وإن فعل الودعى الحرام لما تقدم.

ولو قال: احفظه في مكان كذا في حين كان حرزاً فخرج عن الحرزیه، فالارتكاز يعطى حفظه في المساوى أو الأحفظ، كما أنه إذا زعم حرزیه المكان المعین فعینه وليس بحرر واقعاً، كان الارتكاز يقتضى العدم، فإن الاعتبار في أمثال ذلك بالارتكاز لا باللفظ.

ثم إنه ينبغي إخراج صورته من الضمان وهو ما إذا حفظه في غير الحرز حيث لا حرز إطلاقاً، سواء علم المالك بعدم الحرز، كما إذا جاء السيل مما يذهب بالحيوان سواء كان عند المالك أو عند الودعى، أو كان كلاهما في الغابه حيث إن الحيوان بيد كل منهما في معرض الافتراس. أو لم يعلم المالك فيما لم يتمكن الودعى من إرجاعه إليه، وإلا فإن تمكن فهل يجب الإرجاع أو لا لأنه لا حرز على أى تقدير فتلفه عند الودعى وعند المالك على السواء.

ويفهم ما ذكرناه من القيد في عبارته القواعد حيث قال: (ولو استودع من صبى أو مجنون ضمن إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان)، وفي مفتاح الكرامه: (كما في التذکره وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفایه) انتهى. إذ المعيار فيما ذكرناه وفيما ذكره واحد.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في إطلاق الشرائع: (ولا يجوز نقله إلى ما دونه ولو كان حرزاً إلا مع الخوف من إبقائها فيه).

وعلى أى حال فإذا جاز النقل حتى إلى الأدون ونقل فتلف الحيوان فاللازم القول بعدم الضمان، سواء كان التلف

بافتراس حيوان مفترس أو بانهدام السقف أو بغير ذلك، لأن الجواز قد حصل وهو الإذن المالكى أو الإذن الشرعى، ومثله يقتضى عدم الضمان.

فما عن بعضهم من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز والمساوى، كما ما عن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام وغيره فيضمن فى الأول دون الثانى محل إشكال.

ومثل النقل المكانى سائر الشرائط، كما إذا قال: لا تعطه العلف الفلانى أو الماء الفلانى أو أعطه كذا، حيث يكون غيره مساوياً أو أردأ أو أحسن، أو قال: يرعاه عبدك الفلانى أو ولدك الفلانى حيث إن غيره أحسن أو مساو أو أردأ، إلى غير ذلك لو حده الملاك فى جميع أمثال هذه المقامات.

ولو شك فى أن التعيين من باب الخصوصية أو الفردية، لم يجز له المخالفه لأصالة العدم، ولو كان على أحد النحويين ثم مات المودع وقبل الوارث لما كان، فإن عين كما كان فهو، وإلا فالأصل عدم الخصوصية.

وكذا فى العكس، بأن مات المستودع وقال المودع لو ارثته: أنت كمورثك.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان إلا أن يخاف تلفها فيه).

أقول: أما الضمان بالنقل كيف كان بمعنى أنه سواء كان إلى مساو أو إلى أحرز فلتحقق التعدى فيها بالمخالفه لنهاية المقتضى لعدم جواز ذلك له، بل فى الجواهر إنه إجماعى، وأما إذا خاف التلف فإنما يجوز النقل إلى المساوى أو الأحرز فلأن الشارع أذن له فى ذلك إن لم يكن ارتكاز مالكى، وإلا- فهو وديعه مالكيه أيضاً، وإذا خاف التلف فيه وتمكن من النقل إلى الأدون الذى هو حرز نقله إليه أيضاً للملاك السابق.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان قد قال لا تنقلها عن هذا المكان وإن تلفت فيه، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي، بل حرم عليه إضاعه المال وإتلافه من غير وجهه، ومن ذلك النهى عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الأموال التي جعلها لنا قياماً).

أقول: هذا إنما يصح فيما إذا لم يجز التلف، أما إذا جاز كما إذا كان الوديعة فيلاً مثلاً، والفيل ينتفع بميته كما ينفع بحيه \_ كما ربما يقال \_ لم يأت فيه التبذير ونحوه، بل وكذلك الحال إن كان التلف على كل حال حيث لا تبذير، نعم لا يبعد عدم الجواز تكليفاً حيث نهى المالك، أو حرمه شرعيه لوجوب حفظ الحيوان المحترم.

ثم لو نقله بأمر شرعي فالظاهر أنه لا يخرج عن كونه وديعه، لأنه من باب تعدد المطلوب، إلا إذا كانت الوديعة مقيده على نحو وحده المطلوب، حيث تخرج عن كونه وديعه حينئذ.

فإطلاق الجواهر قوله: (لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذ في يده وديعه، بل هي أمانه شرعيه لعدم الاستنابه من المالك في ذلك فيضمنها حينئذ لعدم الرد إلى المالك أو وليه فوراً أو الإعلام، كما أنه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه وإنما هو جائز له) محل نظر.

ثم إن الخوف هو المعيار لأنه الموضوع عند العقلاء في عطائهم وأخذهم والشارع لم يغيره.

والظاهر أن المعيار الخوف العرفي لا الخوف الشخصي، لأن العرف هو الذي يفهم ذلك وهو الملقى إليه الكلام، فإذا خاف هو دونهم لم يعتن، وإذا خافوا ولم يخف اعتنى.

ثم إذا تلف في المنقول إليه وظهر أنه لم يكن يتلف في المنقول عنه لم يضمن، لأن الإنسان مأمور بأن يعمل حسب ما يظهر له، على ما سبق تفصيله.

ولو أودعه عند نفرين فخاف أحدهما دون الآخر، فالمرجع الحاكم، وإلا فالعدول، وإن لم يكونا جاز لكل التسليم للآخر، إذ لا دليل على الترجيح، نعم إذا كانوا ثلاثة أو خمسة أو ما أشبه لم يبعد الأخذ بالأكثرية إذا كانت أكثرية لأنها أرجح، بالإضافة إلى مناسط الشورى، هذا فيما إذا لم يمكن التقسيم، وإلا عمل كل بحصته ما يراه صلاحاً، وربما يحتمل مع الاختلاف القرعه لأنها لكل أمر مشكل، لكن شمولها لمثل ما نحن فيه محل تأمل.

والظاهر أنه لو قال خفت فنقلت، قبل قوله باليمين لأنه مؤتمن، فإنكار المودع بدون أن يأتي بالبينه على إنكاره غير مفيد، ومن الواضح أن البينه المفيدة إنما هي على عدم خوف الودعي لا على أنه لم يكن موضع الخوف.

ثم لو خاف المودع من البقاء فقال للودعي انقله، تخير الودعي بين نقله وبين إبطال الوديعة، أما إذا لم ينقل وضاع كان ضامناً لأنه لم يعمل بشرط المودع.

ثم إن ادعى الأمين نقلها إلى حرز آخر أو تبديل الوديعة فيما يصح له التبديل لكون الأصل في معرض التلف، أو ادعى علاجها بما يستلزم المال، أو نحو ذلك من الطوارئ التي يدعيها الودعي، فالظاهر أنه مصدق لإطلاق أدله كونه مؤتمناً فليس عليه إلا اليمين.

ومنه يعلم وجه النظر فيما في الجواهر حيث قال: (في تصديقه بحصول ما يقتضى جواز مخالفه النهى أو وجوبه، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوه، لعموم «البينه على المدعى»<sup>(١)</sup>) بعد الشك إن لم يكن الظن في اندراجه تحت الأمين المصدق في ذلك، ولا يبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البينه على حصوله، بل قد

ص: ٦٦

يحتمل الضمان مع قيامها أيضاً في كل مال مقبوض بلا إذن من المالك فضلاً عن النهي، وإن كان خلاف المشهور بين من تعرض له لعموم على اليد، والحسبه والإحسان يجوزان الإقدام ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع، ونفى السبيل على المحسن إنما هو بالنسبه إلى ما فعله من الإحسان فليس له الاعتراض عليه في ذلك).

وفرعه الثانى أولى بالإشكال، حيث إنه لا وجه للضمان بعد أن ليس عليه ضمان إلا بالتعدى أو التفريط، والمفروض عدمهما فى المقام، لكن لا يخفى أن عدم الضمان إنما هو فيما إذا لم يكن نهى من المالك ولا أمر من الشارع، وإلا فإذا كان نهى من المالك ولم يأمر الشارع بالحفظ كان مقتضى القاعده أن مع النقل الضمان، كما إذا كان فيل لموته وحياته قيمه واحده وفرض عدم أمر من الشارع بحفظ حياته فنقله إلى موضع آخر حيث كان الموضع الأول فيه خطر الموت وجاء السيل إلى الموضع الثانى وذهب به فإنه يضمن، بخلاف ما إذا لم ينهه من النقل فإنه لا ضمان.

قال فى مناهج المتقين: (ولو نهى المودع المستودع عن النقل من الموضع الذى عينه لزمه الامتثال ولم يجز له النقل حتى إلى الأحفظ إلا برضى جديد، ولو نقل من دون ذلك أثم وضمن، إلا إذا خاف من إبقاء الوديعة تلفها أو نقصها فإنه لا إثم ولا ضمان فى نقلها إلا إذا نهى من النقل فى صورته الخوف عليها أيضاً، فإن أظهر عندى عدم جواز النقل وعدم الإثم ولا الضمان بترك النقل بل لو نقل حينئذ ضمن).

ثم إن المسالك قال: (اعلم أنه لو نقلها إلى غير المعين وتوقف النقل على

أجره فقد قال في التذكرة: إنه لا يرجع بها على المالك لأنه متبرع بها، وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته، لإذن الشرع له في ذلك فيقدم على إذن المالك، ولأن فيه جمعاً بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال).

وما ذكره المسالك هو مقتضى القاعده، اللهم إلا فيما كان على المالك الضرر فلا يريده، كما إذا كانت قيمه الشاه عشره وأجره النقل ثلاثين، مما يسبب النقل ضرر المالك، فهو يقدم ضرر عشره بتلف الشاه على ضرر عشرين بنقلها، ولهذا ينهى الودعي عن النقل، ولا دليل على لزوم التضمر شرعاً في مثل ذلك بحفظ الشاه، بل مقتضى الامتنان تقدم دليل «لا ضرر» على الدليل الأولى بحفظ الشاه، فلا- أمر شرعي ولا- مالكي في المقام، وكلامهم منصرف عن مثل ذلك، وكذلك الحال في علاجها وعلفها أو نحوهما.

### لو دار الأمر بين حفظ الوديعه وواجب آخر

وإذا دار الأمر بين حفظ الوديعه أو واجب آخر من وديعه أخرى أو غيرها، كحفظ الوديعه أو حفظ نفس محترمه، قدم أهمهما، وإن تساوىا تخير، كما إذا دار بين وديعتين متساويتين لإنسان واحد أو إنسانين، والظاهر أنه لا يكون عليه ضمان حينئذ بتلف الوديعه أو نقصها أو ما أشبهه، لأنه ليس من التعدي والتفريط في شيء.

كما أنه إذا تصرف في الوديعه تصرفاً محرماً أولاً وبالذات لكن كان تصرفه للأهميه لم يكن عليه ضمان، كما إذا أراد الظالم غضب الدابه إن علم أنها ليست له، أما إذا ركبها حيث يظن أنها له لا يغصبها، فركبها لأجل ذلك، قال سبحانه: (وكان ورائهم ملك يأخذ كل سفينه غصباً) (١١)، لم يكن عليه ضمان.

وقد ألمعنا سابقاً إلى أن حفظ الوديعه واجب فيمكن أن يعارض بينه وبين سائر الواجبات والمحرمات.

ص: ٦٨

ومنه يعلم الوجه في قول مناهج المتقين: (لو دار الأمر بين حفظ وديعه لشخص وبين حفظ وديعه أخرى لآخر، قدم حفظ أرجحهما، ولو تساويا تخير بينهما).

أما قوله: (ولا- يجوز ارتكاب غير الكذب من المحرمات كشرب الخمر والزنا وترك الصلاة ونحوها لأجل حفظ الوديعه على الأظهر)، فقد عرفت ما فيه وإنما يلزم أن يلاحظ الأهم في نظر الشارع.

### إيداع المجنون والصبي

ثم قال الشرائع: (ولا تصح وديعه الطفل ولا المجنون)، وفي الجواهر: (بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه)، وهو كما ذكروا لما تقدم من اشتراط التكليف في طرفي الوديعه، والطفل والمجنون لا تكليف لهما، وفي الروايات «لا أمر للغلام حتى يحتلم»<sup>(١)</sup>، و«رفع القلم عن المجنون»<sup>(٢)</sup>، إلى غير ذلك من الأدلة العامه الشامله للمقام.

نعم لو كان آله بين المودع والمستودع لم يكن بذلك بأس، بل الحيوان يمكن أن يكون آله أيضاً، فإن المعامله ليست معها وإنما مع الطرف البالغ العاقل.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولا يجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض بذلك منهما لعموم «على اليد ما أخذت»<sup>(٣)</sup>) وغيره، ولا يبرؤ بردها إليهما للحجر عليهما، وإنما يبرؤ بالرد إلى وليهما الخاص أو العام مع تعذره، وهو كما ذكرا.

أما إذا بلغ الصبي وأفاق المجنون فردها إليهما كفى لتبدل الموضوع، كما أنه لو انعكس بأن كان المكلف طرف الوديعه ثم خرج عن التكليف لا يجوز التسليم إليه، كما إذا أودع عنده عاقل ثم صار مجنوناً، وإنما يكون الأمر بعد جنونه إلى وليه.

ص: ٦٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٢ الباب ٢ من كتاب الحجر ح ١

٢- الوسائل: ج ١ الباب ٤ من كتاب الطهاره ح ١٠

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من الوديعه ح ١٢

ثم إن المسالك قال: (وإطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في أيديهما وعدمه، والأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكهما بنيه الحسبه في الحفظ لم يضمن، لأنه محسن (وما على المحسنين من سبيل) (١)) لكن يجب عليه مراجعته الولي في ذلك، فإن تعذر قبضها وترتب الحكم حينئذ).

وهو كما ذكره، إذ الشارع يجب حفظ مال القصير، والمفروض أنه منه، وأولى منه ما لو كانت الوديعة إنساناً، كما إذا كان للمجنون طفله عرضها في معرض التلف إذا بقي بيد المجنون، فأشكال الجواهر على المسالك القائل بعدم الضمان، غير ظاهر الوجه.

ولذا قال في مناهج المتقين: (نعم لو خاف على المال مع عدم القبض التلف فقبضه للحفاظ والإيصال إلى الولي فلا ضمان عليه).

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا لا يصح أن يستودعا، وإن كان لو أودعا لم يضمننا بالإهمال، وفاقاً للمشهور، لأن المودع لهما في الحقيقة هو المتلف ماله بإيداعه مثلها الذي لم يجب عليه الحفظ وأداء الأمانة، فسببته في الإتلاف أقوى من تفريطهما فيه، ولا- دليل على ضمانهما بذلك بعد ظهور قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (٢)) في غير الفرض بسبب تفريط المالك).

أقول: لا- ينبغي الإشكال في عدم الضمان بإيداع المالك ماله المجنون أو الطفل غير المميز، لأن السبب في التلف أقوى من المباشر، فهو كإيداعه الحيوان، وكون الحيوان لا ذمه ولا ملك له بخلافهما لا يكون فارقاً في المقام الذي هو من أقوائه السبب على المباشر، لنسبه التلف إليه لا إلى المباشر، ومثلها السكران

ص: ٧٠

١- سورة التوبه: الآية ٩١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ١٢



والمغمى عليه والنائم، كما إذا وضعه في يده وهو في حال النوم، إلى غير ذلك، بل دليل اليد منصرف عن مثلهم عرفاً.

ولا فرق بين أن يكون المودع مثل المستودع في عدم التكليف، كما إذا أودع مجنوناً مجنوناً، فإن المجنون المستودع لا يكون ضامناً بتلفه.

أما إذا كان المستودع صبيّاً مميّزاً، كما إذا كان مراهقاً مثلاً، فهل يضمن لإطلاق أدلته والملاك في سرقة، ولأن الضمان حكم وضعي لا فرق فيه بين البالغ وغير البالغ، أو لا لرفع القلم، الظاهر الأول بل هو مقتضى كون عمد الصبي خطأً تحمله العاقلة، إذ لو كان كالحَيوان لم يكن عليه ولا على عاقلته شيء.

ومنه يعلم وجه النظر فيما في المسالك من أن (على) في «على اليد» ظاهره في وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصاً بالمكلف، فتأمل.

ثم إن المسالك قال: (ويفهم من قوله: (لم يضمننا بالإهمال) أنها لو تلفت بغيره بأن تعديا فيها فتلفت أنهما يضمنان، وهو كذلك على الأقوى، لأن الإلتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه، والأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير، ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير ويأكلانه منه، فإنهما يضمنانه وإن لم يكن لهما مال حين الإلتلاف، لأن تعلق الحق بالذمه لا يتوقف عليه، نعم إيجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر، فقبله يكون المخاطب بالدفع من مالهما الولي إن كان لهما مال، وإلا كان ديناً عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف، ولو فرض موتها قبله ولا مال لهما أو لهما مال ولم يعلم الولي بالحال لم يؤخذ به في الآخرة بخلاف المكلف).

ويرد عليه: إنه لا فرق بين الإهمال والتعدى في صورته عدم التكليف، لما عرفت

من أن السبب هو المودع وهو أقوى من المباشر، ولا فرق في ذلك بين التعدى والتفريط والإهمال، أما بالنسبة إلى غير المميز والمجنون فمقتضى القاعده عدم الضمان، إذ لا إشكال في عدم التكليف، وأما الوضع فالأصل عدمه أيضاً، فمن أين أنه ثابت على كل أحد، بل ظاهر رفع القلم الإطلاق وضعاً وتكليفاً إلا ما خرج بالدليل من نص أو إجماع أو غيرهما، فهما كالحَيوان.

والنقض بأنهما لا ينقصان عن النائم وهو ضامن إن ضربت رجله كوز الغير فانكسر، كما ورد في انقلاب الظئر على الولد فمات، محل نظر، لأنه يقال: من أين ذلك في النائم أيضاً وقد ورد رفع القلم عن النائم حتى يستفيق.

لا يقال: الحكم إجماعى.

فإنه يقال: لا إجماع في المسأله.

قال في مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (أما لو أكلها الصبى وأتلفها فالأقرب الضمان) ما لفظه: (كما في المبسوط والسرائر في ظاهرهما أو صريحهما، وظاهر الشرائع والإرشاد، وصريح التذكرة والتحرير في الباب والمسالك، وقيد في الحواشى وجامع المقاصد بما إذا كان مميزاً، وقد قطع به \_ أى الضمان \_ في الثانى وقواه فيه إذا لم يكن مميزاً فى الباب، وفى باب الحجر الحكم بعدم الضمان فى غير المميز، وقرب عدم الضمان مطلقاً فى حجر التذكرة والتحرير، وجزم فى لقطتهما ولقطه الكتاب وجامع المقاصد بالضمان).

وعلى أى حال فالأصل عدم الضمان بعد عدم شمول «من أتلف» (١) و «على اليد» (٢).

ومثل قوله (عليه السلام): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو

ص: ٧٢

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١٠ ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح ١٢

حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن» (١١) منصرف عن المجنون وغير المميز.

نعم الظاهر عدم انصرافها عن المميز، بل له نوع تكليف أيضاً، ولذا يؤدب سارقه وزانيه ولائطه ومن أشبهه.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر المدعى للقطع، حيث يقال إنه من أى مكان حصل مثل هذا القطع، وهل هو حجه إلا للقاطع، قال: (والتحقيق أن يقال: إن اليد بغير إذن شرعيه من أسباب الضمان قطعاً، من غير فرق بين المكلف وغيره، فلو أودع صبياً أو مجنوناً، أو مجنوناً صبياً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كانا ضامنين لذلك، والفرق بينهما وبين الدابة أن لهما ذمّة وملكاً وغيرهما بخلافها، وأى فرق في أسباب الوضع بين ذلك وبين الجنايه والحدث وغيرهما).

إذ فيه: إن الدليل إن لم يدل في الجنايه والحدث لم نقل به أيضاً، وتنظير الباب بذلك إذا ثبت فيهما من باب القياس الذى لا نقول به بعد عدم العلم بالملاك، بل ربما يقال: إن «من أتلف» ليس روايه وإنما قاعده مستفاده من مضامين الأخبار، فلا إطلاق لها حتى يتمسك بها في المقام.

### لو تصرف جاهلاً بأنه وديعه

نعم الظاهر عدم الإشكال في الضمان إذا كان جاهلاً لأنه وديعه، بأن ظن أنه له أو تبرع، إلا إذا كان هناك سبب أقوى، كما إذا قدم إلى الغير طعام إنسان فزعم أنه هديه من المعطى إليه، فإن تلفه يوجب كون قرار الضمان على المهدي، كما حقق في كتاب الغصب، وإن كان هو ضامناً أيضاً لدليل اليد وغيره.

ص: ٧٣

### مسأله ٣: وجوب الإشهاد عند أماره الموت

(مسأله ٣): قال فى الشرائع: (وإذا ظهر أماره الموت وجب الإشهاد بها).

وفى الجواهر: (كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، نعم فى القواعد إبدال ذلك بالوصيه بها، ولعله يريد ذلك ضروره انحصار وجه وجوب ذلك فى لزوم الحفظ وحرمة التفريط بها وترك ذلك يقتضى ذلك، فإن الوارث بدونه يستحق بإرثه جميع ما كان يده عليه، وكذا الديان، والوصيه بها مع عدم الإشهاد لا يرفع ذلك، فلا محيص حينئذ عن إرادته معنى الإشهاد عليها من الوصيه بها كالعكس).

أقول: الظاهر أن الإشهاد من باب المثال، وإلا- فكلما يوجب رد الوديعة إلى صاحبها واجب تخييرى، سواء كان بالإشهاد أو الوصيه بها أو بالثلث المنطبق عليها، كما إذا كانت عنده فقال لأولاده: أوصيكم بإعطائها لزيد، أو بالكتابه أو بالإرسال إلى المالك، كما إذا كانت الوديعة حيواناً إذا أطلق سراحه ذهب إلى مالكة، وإن كان وصوله إلى المالك بعد موت المستودع، أو غير ذلك، ولذا لا- يجب أى ذلك إذا كان المودع يستولى عليها ولو بزعم أنه غضب من الورثه، إذ قد عرفت المعيار فى الوجوب.

ومنه يعلم أن الوجوب ليس ذاتياً بل غيرى، وذلك يتوقف على حقيقه الموت، فظهور أمارات الموت التى لا تنتهى إلى الموت لا يوجب شيئاً، فإن ترك والحال هذه لم يكن إلا تجريباً.

ومما تقدم يعرف أن قول الجواهر: (فالمتمجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمته التفريط وإن أشهد بعد ذلك) غير ظاهر الوجه، إذ المعيار عمل ما يوجب رجوع الوديعة إلى صاحبها، وذلك يتحقق بالإشهاد أو نحوه فى آخر فرصه فلا وجه لتحقيق الضمان.

أما قوله بعد ذلك: (هذا كله بناءً على جواز بقائها وديعته عنده مع ظن الوفاء، وإلا- فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان، وإلا فالحاكم، وإلا فعدول المؤمنين، ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ ويوصى بردها، وذلك لإطلاق وجوب رد الأمانة إلى أهلها والخطابات المطلقة، فتضيق بظن الوفاء لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامتناعها، والتضيق بالمطالبه لا ينافي التضيق بذلك).

فغير ظاهر، فإن وجوب رد الأمانة لا يدل على الوجوب عليه إذا كان المالك لا يريدتها وكانت الورثة يردونها، ولذا أشكلنا على العروه في بحثه للأموال حيث قال: (يجب عنه ظهور أمارات الموت أداء حقوق الناس الواجبه ورد الودائع والأمانات التي عنده مع الإمكان، والوصيه بها مع عدمه مع الاستحكام على وجه لا يعتريه الخلل بعد موته)، فإن إيجاب رد الودائع لا دليل عليه، وإنما الواجب جعل الوديعة بحيث ترجع إلى صاحبها إذا أرادها، وربما يؤيده رد على (عليه السلام) ودائع رسول الله (صلى الله عليه وآله)(١).

### الإيضاء إلى فاسق ثقه

ولذا كان المحكى عن المبسوط والسرائر أنهما قالوا: (إذا حضرته الوفاء فإنه يلزمه أن يشهد على نفسه بأن عنده وديعه لفلان، ويشهد حتى لا- يختلط بماله)، وفي القواعد: (ومن حضرته الوفاء وجب عليه الوصيه بما عنده من الوديعة)، وعن التذكرة والمفاتيح وظاهر جامع المقاصد: جعل الواجب الإيضاء بدون الإشهاد، وفي الشرائع والتحرير والإرشاد: وجوب الإشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفاء، على اختلافهم في التعبير، وعن الكفايه: إن في المسأله قولين: وجوب الإشهاد على قول، أو الإيضاء على قول آخر، ونحوه

ص: ٧٥

عن المفاتيح لكنه استظهر براءته بالإيضاء.

نعم فى التحريز: (إذا حضرت المودع الوفاه وحب عليه دفعها إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة على الترتيب، ولو تعذر وحب الإيضاء بها والإشهاد).

ونحوه المحكى عن التذكرة فى أول كلامه.

وفى مفتاح الكرامه: (ولعل وجهه أن الإيضاء غير كاف فى دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها إلى أهلها، ولعل مراده الأولويه لأنه قال فى التذكرة بعد ذلك فى فروع المسأله: الأقرب الاكتفاء بالوصيه وإن أمكنه الرد إلى المالك لأنه مستودع لا يدرى متى يموت فيستصحب الحكم، ويحتمل أن يجب عليه الرد إلى المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه كما إذا عزم على السفر، وهو قول أكثر الشافعيه).

ولا يخفى أن مراده بالمرض المرض المخوف، وإلا ففى مجمع البرهان وغيره \_ كما حكى عنهم \_ أن الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب عند مطلق المرض.

وعلى أى حال، فلا دليل على وجوب أكثر من الإتيان الموجب لعدم الخيانه، وذلك يتحقق بأى وجه عرفى على سبيل التخيير، فإن لم يكن إلا وجه واحد تعين، وإن أمكن بوجهين كأن يشهد لبعضها ويوصى لبعض كفى، وهكذا إذا أمكن بوجه ثلاثه لكل أبعاضها.

ومنه يظهر حال ما إذا كان يصل إلى المودع وإن لم يشهد، كما إذا سجله من أول الأمر فى المصرف بأنه بعد موته يعطى لفلان، نعم يجب أن لا- يوقع على نحو الوصيه فيما إذا كان أكثر من ثلثه بما لا- يجيزه الوارث مما يسبب تلف بعض الوديعه على صاحبها، وإلا جاز.

كما أن منه يظهر الحال فيما إذا كان له مال إذا لم يوص ولم يشهد أو لم

يظهر محله وما أشبه ذلك ضاع للوارث أو الديان أو نحوهما، لأن في ذلك تلف المال على صاحبه الوارث، وعدم وصول الدين الواجب إيصاله إلى الديان إليهم، وكلاهما محرم شرعاً.

ثم لا يخفى أن مرادهم بالإشهاد هو إظهار من يثبت بقوله، سواء كان شاهدين أو كالخبر المحفوف بالقرائن أو ما يوجب التواتر أو ما أشبه ذلك، لأنه طريقي كما عرفت، فلا خصوصية لإشهاد شاهدين، فقول مفتاح الكرامة: (والمتبادر من الإشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الإثبات حيث ينكر الورثة أو يكون بعضهم صغاراً لأن لا يمتنع الوصي من تسليمها إلى مالكتها من دون الإثبات) محل تأمل.

ثم إن القواعد قال: (إلا أن يموت فجئه على إشكال ومثله القتل غيلة)، ومراده عدم الضمان وهو خيره التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، لكن خيره الإيضاح في المحكى عنه الضمان، واحتج عليه بأن الوصية والإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها، وفي نفس الأمر إن لم يعلم، وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط إلا ذلك.

وفيه: إن المدار في الضمان على التقصير والتفريط والخيانة، وليست أي ذلك في المقام في الموت فجئه أو غيلة، إلا إذا كان الموت فجئه عقلاً بحيث يسمى خيانه بعدم الوصية والإشهاد، كما إذا ابتلى بالسرطان وقال له الأطباء أنه يموت في لحظة ما، أو أنه يريد السفر في مكان مخطور من جهة غرق أو حرق أو لص أو نحو ذلك.

وعلى أي حال، إذا لم يصل المال إلى المودع ولو لم يكن المستودع عاصياً

لم يسقط المال أو بدله عن ملكيه المودع، فله التقاص من التركة مثلاً في المثلى وقيمه في القيمي، وإن لم يقدر على المثل في المثلى أخذ القيمه على ما فضلناه في كتاب الغصب.

وحيث قد عرفت أن العبره بالإتقان العرفى مما يقابل الخيانه، فلا إشكال فى الإيضاء إلى فاسق متقن أو فاسد العقيدته أو كافر أو بلا إشهاد أو نحو ذلك إذا كان من الإتقان العرفى وأداء الأمانه، ولذا تقبل روايه فاسدى العقيدته إذا كانوا ثقاه، فقول الجواهر: (ولا عبره بغيره كالإيضاء إلى فاسق أو بلا إشهاد أو نحو ذلك) غير ظاهر الوجه.

ثم مثل الإيضاء لما بعد الموت الإيضاء إذا كان مشرفاً على الجنون، أو كان له جنون أدوارى، أو إغماء أو نوم غير طبيعى، فيقول فى حال صحته وصحته ويقظته بأن الأمانه الفلانيه لفلان، ولو قال كذلك فى حال عدم تفليسه ثم أفلس كان قوله حجه، لأنه من إقرار العقلاء المقبول، بخلاف ما إذا قال فى حال حجره، لأنه لا يملك فلا يملك الإقرار، وهو المفهوم ممن ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ولو قال: له عندى مال وكل ما يقوله هو الحق، فالظاهر أن ما يقوله يجب تنفيذه لأنه من إقرار العقلاء، فأى فرق بين أن يقوله فى حال الحياه بالنسبه إلى حال الحياه، أو فى حال الحياه بالنسبه إلى حال الموت.

ولو قال مجملاً فى المودع، كما لو قال: أحدنا عنده كذا لفلان، أو فى المستودع كما لو قال: أحدكما يطلب منى أو أحدهما مثلاً، أو فى الوديعه كيفاً كما لو قال: له الشاه أو الفرس، أو كماً كما لو قال: بين الواحده والعشره، كفى إذا أمكن العلم بما لا يصدق الخيانه ونحوها، أو كان الطرف متسامحاً لا يهमे الأمر



إطلاقاً فهو راض بمثل ذلك، أو قال الطرف: يكفينى قولك مجملاً، لأنه من إسقاط الحق فى المسامح بالرضا، وفى المصرح باللفظ ونحوه.

ومنه يعلم أن مرادهم بلزوم التعيين غير صورته ما استثنياه، قال فى المسالك: (يجب على الودعى على تقدير الإشهاد والإيضاء تعيين الوديعه وتمييزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهااله عنها، فلو اقتصر على قوله: عندى وديعه لفلان، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف، كما لو قال: عندى ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص).  
كما يعرف وجه النظر فى إطلاق القواعد قوله: (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله: عندى ثوب، وله أثواب ضمن)، وإن قال فى مفتاح الكرامه: (هو خيره التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك فى الحكمين، وخيره المفاتيح فى الأول، وظاهر المبسوط فى الثانى).

ويؤيد ما ذكرناه من الاستثناء ما علله به الحكم الأول بقوله: (فلأن الوصيه إلى الفاسق تزيد فى التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانه).

وعلله فى الثانى بقوله: (لأن الوديعه مع الإجمال لا تعرف بعينها، فلا يمكن ردها بحسب العاده وذلك مناف للحفظ).

### الإيضاء مبهماً

ومما ذكرناه يعلم حال ما إذا أوصى مبهماً لكن المطلب يظهر بنفسه، كما لو قال: عندى دابه لإنسان، فإذا فتحت الورثه الاصطبل ذهبت إحداها إلى دار زيد مما يوجب العلم بأنها له بما لو لم يوص وذهبت لم يحصل العلم فلا ترد الأمانه إلى صاحبها.

ومما تقدم يعرف حال ما إذا قال: إحدى هذه النعال لإنسان من الحاضرين

وكانت إحداها يقدر رجل زيد مما يظهر أنها له، إلى غير ذلك من الأمثلة، لوحده الملاك في الجميع.

ثم إن المسالك قال: (وعلى تقدير ذكر الجنس خاصة إما أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعدداً، أو متحداً، ففي الأولين لا يحكم للموصى له بشيء ويضمن الودعي، أما على تقدير عدم وجوده فظاهر لتقصيره ترك البيان، وأما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا- يتميز فيكون تفريطاً يوجب الضمان، ولا يكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة لأصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركه الودعي، وإن كان ضامناً لحقه فيرجع إلى المثل أو القيمه، ويحتمل كونه شريكاً لأصالة البقاء وإن حكم بالضمان كما لو مزجه بماله).

ورده الجواهر بأنه (لا- فرق مع ذكره الجنس بين أن لا- يوجد في تركته ذلك الجنس أو يوجد، متعدداً أو متحداً، لحصول التقصير وترك البيان على كل حال، والوجود في التركة لا يقتضى كونه الوديعه، وأصالة بقائها لا تقتضى كونها المشخصه كى يكون شريكاً مع التعذر ومختصاً به مع الاتحاد).

أقول: في غير الصورة التي استثنيناها من التسامح ونحوه إذا لم يعلم المستودع الخصوصيه إما لنسيان من غير تقصير أو لأجل احتراق دفتره المسجل فيه الخصوصيات أو لغير ذلك، لم يكن عليه إلا- ذكر ما يعلم، سواء بتفصيل إن كان يعلم تفصيلاً، أو بإجمال إن كان يعلم إجمالاً، كما إذا علم أنه لأحدهما فاللازم أن يقول ذلك، لا أن يقول هو لإنسان، وإذا علم فاللازم أن يقول ما يخرج عن الخيانه والتقصير عرفاً، فإذا أ تلف شاه لزيد مما لا توجد في تركته شاه الآن وقال: يطلبنى شاه، فالعرف لا يرون مثله خيانه، وكذلك الحال إذا وجدت عنده شياه متساويه وقال: له إحداها.

أما مع الاختلاف فإن كانت الشاه الأقل قيمه لزيد وقال إحداهما له لم تكن خيانه بطريق أولى، لأنه على أسوأ الاحتمالات يأخذ الشاه الأقل قيمه ومثله ليس بخيانه.

والحاصل إن المعيار هو صدق الخيانه والتقصير ونحوهما من العناوين الشرعيه أو الفقهايه، وجمله مما ذكره ليس من تلك المصاديق، أما إدخال المسالك فى المسأله الأصول فالظاهر عدم مدخليتها فى التشخيص كما أشار إليه الجواهر.

ثم إن كانت الوديعه كالدينار فى الحال الحاضر لم يحتج إلى تشخيصه بين دنائره أو دنائير غيره، لما تقدم فى بعض المباحث من أن الخلط فى مثل ذلك ليس خلافاً، إلا إذا نص المودع على عدم، فإذا قال المستودع: فى مالى عشره دنائير لزيد كفى.

ثم لو شككنا بأنه هل فرط فى عدم الإيضاء أو عدم ذكر الخصوصيات، أو لا بأن كان ناسياً للأصل أو الخصوصيات مثلاً، كان الأصل عدم التفريط، فلا ضمان، فإنه بالإضافة إلى كونه مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح يأتى دور «الأمين مؤتمن» وما أشبه.

### لو لم يشهد وأنكر الورثه

ثم إن الشرائع قال: (لو لم يشهد وأنكر الورثه كان القول قولهم ولا يمين عليهم، إلا أن يدعى عليهم العلم).

أقول: لو أشهد وشهدوا لم ينفع إنكار الورثه، وكذلك إذا كانت شهود بدون إشهاد.

وإنكار الورثه إن كان عن علم حلفوا على عدم، وإن كان عن عدم العلم يحلفون على عدم العلم ويسقط دعوى المدعى، ولو علموا أصل الوديعه لكنهم لا يجدونها فى التركه مما احتمل التلف من دون ضمان، ليس عليهم شىء بعد حمل فعل المستودع على الصحيح.

لكن ربما يقال: إن كان احتمال التلف عن عمد أو غير عمد صح ذلك،

أما إذا كان احتمال البيع وتبديلها إلى النقد اضطراراً أو ما أشبه لم يكن وجه لعدم الضمان، لأن كلا الأمرين على سبيل الصحة، فاللازم الضمان بمعنى لزوم إرجاع المثل أو قيمه، لأنهم يعلمون باشتغال ذمه الميت والأصل البقاء، كما إذا علموا أنه كان عليه حج أو صلاه أو صيام أو مال للناس أو ما أشبه ثم لم يعلموا هل أداه أو لا، ولا تقتضى العاده بالأداء لقصر المده ونحوه، فلا يقال: هذا خلاف السيره، حيث يعلم الورثه غالباً اشتغال ذمه مورثهم بالخمس أو بعض الصلوات والصيام ومع ذلك لا يؤدونها.

لا يقال: أصاله عدم الاضطرار محكمه.

لأنه يقال: هذا أصل مثبت ولا يمكن التمسك به فتأمل.

ثم إن الوجدان وعدم الوجدان إنما هو فيما إذا لم تكن الوديعة كالدينار، وللميت في تركته دنانير، وإلا ليس من عدم الوجدان.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق المسالك حيث إنه بعد ذكره مسأله المتن قال: (ومثله ما لو أقر الورثه بالوديعة ولكن لا يوجد في التركة وادعى المستودع أنه قصر في الإشهاد، وقال الورثه لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم، عملاً بظاهر براءة الذمه، ولا- يمين أيضاً إلا- مع دعواه عليهم بالتقصير، ويمكن أن يريد المصنف في المسأله هذا القسم بأن يكون المراد بإنكار الورثه إنكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد، وحملوا ترك إيشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الإشهاد، وادعى المالك بقاءها وتقصيره في الإشهاد، والحكم في المسألتين واحد فتأمل).

ثم إنه لو اختلفت الورثه بين مقر ومنكر وجاهل، كان لكل حكمه، إلا أن يكون المقر بشرائط الشهاده فتبثت على الجميع.

ثم إن الشرائع قال: (وتجب إعادته الوديعه على المودع مع المطالبه ولو كان كافراً).

أقول: ويدل على ذلك عدم الخلاف فى المسأله إطلاقاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بالإضافة إلى أنه حكم العقل، وتواتر الروايات الداله عليه، بعد قوله سبحانه وتعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١).

فعن الحسين بن مصعب الهمداني، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «ثلاث لا عذر لأحد فيها: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين» (٢).

وفى روايه عنبيه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) نحوه، إلا أنه قال: «لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه» (٣).

وعن عمر بن أبى حفص، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة إلى من ائتمنكم، فلو أن قاتل على (عليه السلام) ائتمنى على أمانه لأديتها إليه» (٤).

وعن أبى شبل قال: قال لى أبو عبد الله (عليه السلام): «ابتداءً أحببتمونا وأبغضنا الناس» إلى أن قال: «فاتقوا الله فإنكم فى هدنه وأدوا الأمانة، فإذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتهم بالحق ما أطعمتمونا فاتقوا الله وأدوا الأمانات إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً وإن كان شامياً» (٥).

وعن إسماعيل بن عبد الله القرشى: إن رجلاً قال لأبى عبد الله (عليه السلام): الناصب

١- سورة النساء: الآية ٥٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ذيل ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٢

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٣

يحل لى اغتياله، قال: «أد الأمانه إلى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين (عليه السلام)» (١).

وعن الشيباني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بنى أميه ودماءهم وإنه وقع لهم عنده وديعه، فقال: «أدوا الأمانه إلى أهلها وإن كانوا مجوساً، فإن ذلك لا يكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم» (٢).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أدوا الأمانه ولو إلى قاتل ولد الأنبياء» (٣).

وعن الحسين بن أبي العلاء، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إن الله عز وجل لم يبعث نبياً إلا بصدق الحديث وأداء الأمانه إلى البر والفاجر» (٤).

وعن عمار بن مروان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى وصيته له: «اعلم أن ضارب على (عليه السلام) بالسيف وقاتله لو ائتمنى واستنصحنى واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لأديت إليه الأمانه» (٥).

وعن محمد بن القاسم، قال: سألت أبا الحسن \_ يعنى موسى \_ (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً مالاً له قيمه، والرجل الذى عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئاً ولا يقدر له على شىء، والرجل الذى استودعه خبيث خارجى فلم أدع شيئاً، فقال لى: «قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله». قلت: فرجل اشترى من امرأه من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً أنها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهها المال أو يمنعها، قال: «ليمنعها أشد المنع

ص: ٨٤

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٤
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٥
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٦
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٧
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٨

فإنها باعته ما لم تملك» (١).

وعن محمد بن علي الحلبي قال: استودعني رجل من موالى آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله (عليه السلام) فذكرت ذلك له وقلت له: أنت أحق بها، فقال: «لا، إن أبي (عليه السلام) كان يقول: إنما نحن فيهم بمنزله هذنه، نؤدى أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرقت الأهواء لم يسع أحداً المقام» (٢).

وعن الأعمش، عن جعفر بن محمد (عليهما الصلاة والسلام) في حديث الإمامه (الي أن قال): «دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الأمانة إلى البر والفاجر، وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبه وحسن الجوار» (٣).

وعن الحسين بن مصعب، قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد (عليه السلام) يقول: «أدوا الأمانة ولو إلى قاتل الحسين بن علي (عليه السلام)» (٤).

وعن أبي حمزه الثمالي، أنه سمع السجاد (عليه السلام) يقول لشيعته: «عليكم بأداء الأمانة فو الذي بعث محمداً (صلى الله عليه وآله) بالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي (عليه السلام) ائتمنى على السيف الذي قتله به لأديته إليه» (٥).

وفى روايه الخصال، عن علي (عليه السلام) في حديث الأربعمائه، قال: «أدوا الفريضة والأمانة إلى من ائتمنكم ولو إلى قتله أولاد الأنبياء» (٦).

إلى غيرها من الروايات الكثيره، واشتمال بعضها على بعض المندوبات بالقرينه الخارجيه لا يوجب سرايه الأمر إلى أداء الأمانة.

ثم حيث لا يمكن جمع الوجوب والحرام في طرفي شيء واحد للزوم

ص: ٨٥

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ٩
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٠
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١١
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٢
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٣
- ٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعه ح ١٤

اللغويه فى أحدهما بعد كفايه الآخر منه، ومثله لا يصدر من الحكيم، إذ الحكم للبعث فإذا بعث إلى الفعل لم يحتج البعث إلى المنع عن الترك، وبالعكس، فإذا جمع الأمران فى الدليل لا بد إما من حمل أحدهما على الإرشاد، أو كون أحدهما بياناً بعبارة أخرى عن الآخر، وفى المقام لا يستبعد وجوب أداء الأمانه فهما مثل أداء الصلاه وتركها.

وكيف كان، يدل على حرمه الخيانه النصوص المتواتره:

فعن السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس منا من أخلف بالأمانه»<sup>(١)</sup>.

قال: وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «أداء الأمانه تجلب الرزق، والخيانه تجلب الفقر»<sup>(٢)</sup>، وظاهر هذا الحديث الإرشاد حيث ذكر الفائده فى الطرفين.

وعن الحسين بن يزيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبى (صلى الله عليه وآله)، فى حديث المناهى: أنه نهى عن الخيانه وقال: «من خان أمانه فى الدنيا ولم يردّها إلى أهلها ثم أدركه الموت، مات على غير ملتى، ويلقى الله وهو عليه غضبان، ومن اشترى خيانه وهو يعلم فهو كالذى خانها»<sup>(٣)</sup>.

وعن الحسين بن خالد، عن الرضا (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من كان مسلماً فلا يمكر ولا يخدع، فإنى سمعت جبرئيل يقول: «إن المكر والخديعه فى النار»، ثم قال: «ليس منا من غش مسلماً، وليس منا من خان مؤمناً»<sup>(٤)</sup>.

وعن موسى بن القاسم، رفعه إلى على بن أبى طالب (عليه السلام) قال: «أربعه لا تدخل واحده منهن بيتاً إلا خرب ولم يعمر بالبركه، الخيانه والسرقه وشرب الخمر والزنا»<sup>(٥)</sup>.

وفى حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) مثله<sup>(٦)</sup>.

ص: ٨٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ذيل ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ٢

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ٤

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ذيل ح ٤

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه



وفى روايه أخرى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «ومن خان أمانه فى الدنيا ولم يردّها إلى أهلها مات على غير دين الإسلام، ولقى الله وهو عليه غضبان، فيؤمر به إلى النار فيهبى به فى شفير جهنم أبداً الأبدى، ومن اشترى خيانه وهو يعلم أنها خيانه فهو كمن خانها فى عارها وإثمها، ومن اشترى سرقة وهو يعلم أنها سرقة فهو كمن سرقها فى عارها وإثمها» (١).

وفى حديث آخر، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس منا من يحقر الأمانه حتى يستهلكها إذا استودعها، وليس منا من خان مسلماً فى أهله وماله» (٢).

وعن الأصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خطبه له: «ليس المسلم بالخائن إذا ائتمن، ولا بالمخلف إذا وعد، ولا بالكذوب إذا نطق» (٣).

وعن الحسن بن محبوب قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): يكون المؤمن بخيلاً، قال: «نعم»، قلت: فيكون جباناً، قال: «نعم»، قلت: فيكون كذاباً، قال: «لا، ولا خائناً» ثم قال: «يجبل المؤمن على كل طبيعه إلا الخيانه والكذب» (٤).

وفى حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله): «ليس منا من خان بالأمانه» (٥).

وفى روايه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «إن الله عزوجل يعذب سته بسته» إلى أن قال: «والتجار بالخيانه» (٦).

وفى حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «إن المؤمن ينطبع على كل شىء إلا على الكذب والخيانه» (٧).

وفى حديث آخر عنه (صلى الله عليه وآله) قال: «علامه المناقق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا

ص: ٨٧

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٦ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٥
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٣
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٤
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٥
- ٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٦
- ٦- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٧
- ٧- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعه ح ٨

وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»(١١).

وفى روايه أخرى عن موسى بن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا تخن من خانك فتكون مثله»(١٢).

أقول: سيأتي الكلام فى استثناء التقاص من هذا الحديث ونحوه.

وعن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال لابن مسعود: «يا بن مسعود، لا تخونن أحداً فى مال يضعه عندك، وأمانه ائتمنك عليها، فإن الله تعالى يقول: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)»(١٣).

وفى الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «الخيانه أخو الكذب».

وقال (عليه السلام): «الخيانه صنو الإفك».

وقال (عليه السلام): «الخيانه رأس النفاق».

وقال (عليه السلام): «الخيانه دليل على قله الورع وعدم الديانه».

وقال (عليه السلام): «إياك والخيانه، فإنها شر معصيه، فإن الخائن المعذب بالنار على خيانه»(١٤).

وقال (عليه السلام): «توخى الصدق والأمانه، ولا تكذب من كذبك، ولا تخن من خانك».

وقال (عليه السلام): «ثلاث شين الدين: الفجور والغدر والخيانه».

وقال (عليه السلام): «جانبوا الخيانه فإنها مجانبه الاسلام».

وقال (عليه السلام): «رأس النفاق الخيانه».

وقال (عليه السلام): «رأس الكفر الخيانه»(١٥).

## الأداء العرفى

وحيث إن العرف هم الملقى إليهم الكلام فى أداء الأمانه، فالتأديه يرجع فيها إلى المتعارف فى رد الودائع، فلا- يجب مثلاً الركض ونحوه لأداء الأمانه إلا- إذا كان الركض موجباً للصدق، حيث إنه إذا لم يركض تلفت الأمانه بسبب مطر أو برد أو ما أشبه ذلك.

- ١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من کتاب الوديعه ح ٩
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من کتاب الوديعه ح ١٠
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من کتاب الوديعه ح ١١
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٣ من کتاب الوديعه ح ١٢ وذيله
- ٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٣ من کتاب الوديعه ح ١٢ وذيله

ومنه يعلم الوجه في قولهم: إنه يعتبر فيه الإمكان عقلاً وشرعاً، حيث إن غير الممكن عقلاً أو شرعاً غير مكلف به.

قال في المسالك: (والمراد بالإمكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي، ولو كان في صلاجه واجبه أتمها، أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول، أو في قضاء حاجه فإلى أن ينقضى الضرورى منها).

ثم قال: (وهل يعد إكمال الطعام والحمام وصلاه النافله وانقطاع المطر غير المانع عذراً، وجهان، واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكاله بأنها أعذار في رد العين، وينبغى أن يكون هنا أولى. وهل التأخير ليشهد عليه عذر، قيل: نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر الرد، وقيل: لا- لأن قوله في الرد مقبول فلا- حاجه إلى البيئه، ولأن الوديعه مبنيه على الإخفاء غالباً، وفصل آخرون تفصيلاً جيداً فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمه، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك).

لكنك قد عرفت أن الإطلاق في كلا الطرفين وحتى في التفصيل غير ظاهر الوجه، بل المعيار ما ذكرناه.

ومنه ما إذا أراد أن يأخذ ماله من المستودع ليشرب به الخمر أو يقامر أو يزني، حيث كان عدم الإعطاء من النهي عن المنكر، أو كان عدم الإعطاء لأجل أن يلتزم بالصلاه ونحوها حيث كان سبباً لإتيانه المعروف، بل الظاهر أنه يجوز أن يسرق منه المال إذا كان ذلك سبباً لعدم وجدانه المال حتى يقامر ويشرب الخمر أو نحو ذلك، فحال عدم إعطاء المال لمن له، في الحرمة حال سائر المحرمات في ملاحظه الأهم والمهم، ولا يسمى مثل ذلك خيانه.

ومنه يعلم الحال فيما إذا تعارض بين الواجبين أحدهما لنفسه والآخر أداء الأمانة أصلاً أو فعلاً، كما إذا كانت تفوت الرفقه إذا ذهب لأداء المال فلا يتمكن من أدائه الحج الواجب عليه، فيما كان المال يسيراً حيث يرى العرف أهميه الحج على ذلك، أو نحو ذلك، وكذلك فيما إذا توقف نجاه المشرفين على الغرق في السفينه إذا لم يلق الوديعة في البحر، فإن ذلك أهم.

وقد تقدم البحث في أنه هل يضمن في مثله للأصل، أو لا لأنه يلقيه بأمر شرعى فهو كاللقائه بأمر المالك (وما على المحسنين من سبيل) (١١).

وعلى كل حال فليس الواجب حينئذ أداء الأمانة أو التعجيل في الأداء، كما أن العدم ليس من الخيانة في شيء.

وكما لا يجب رد الوديعة بل أحياناً يحرم في الموارد المذكوره، كذلك لا يجب ردها إذا كان قرآناً وارتد المودع أو كان وارثاً له وقد ارتد المورث.

وكذلك حال العبد المسلم بالنسبه إلى المرتد، والسلاح ونحوه بالنسبه إلى المحارب الذى كان مسالماً سابقاً ثم اتصف بكونه حربياً حيث يستعمله في الحرب، كافراً كان أو باغياً أو ما أشبه كقطاع الطرق حيث يستعمل سلاحه ضد المودع أو غيره من المسلمين.

وليس من الخيانة عدم الرد حتى يظهر حكمه في المشتبه به، سواء بينه وبين المودع، أو بين المودعين، كما أنه ليس منها حفظها حتى يظهر الوارث أو الولي فيما إذا تجنن المودع، إلى غير ذلك من أمثاله.

ثم هل أدله الوديعة شامله للكافر الحربى أو منصرفه إلى محترم المال، المشهور بل احتمال الإجماع فيه على الأول، خصوصاً بعد الأمثله فى الروايات كقاتل على (عليه السلام) والحسين (عليه السلام)

ص: ٩٠

وأولاد الانبياء (عليهم السلام)، لكن أبو الصلاح على الثانى، والانصراف غير بعيد، إلا أن التجرى بالفتوى خلاف فهم المشهور محل إشكال.

ولا- منافاه بين أن يكون مال الحربى فيئاً للمسلمين وجائز السلب، مع عدم أن تكون وديعته كذلك، كما أنه يجوز أسر نساء الحربى لكن لا- يجوز وطئهن وهن عنده، كما إذا تجسس مسلم فى لباس الكفار على المحاربين فهل يقال بأنه يجوز له وطى زوجاتهم وهن فى حباتلهم، بل قلنا إن إطلاق أدله القضاء يوجب لزوم الحكم بالحق فيما إذا اختلفا مسلم وحربى فى أن المال لأيهما والقاضى يعلم أنه للحربى، فهل يصح أن يفتى أنه للمسلم، وكذلك الاختلاف فى زوجه بينهما إلى غير ذلك.

وقتله على والحسين (عليهما السلام) وأولاد الأنبياء (عليهم السلام) ليسوا بمسلوبى، المال بل المال لهم أو لورثتهم لو ارتدوا بعملهم ذلك.

ويظهر من الجواهر نوع تأمل فى المسأله، مع الميل إلى كلام أبى الصلاح، حيث ذكر أنه إذا كان المودع حربياً وجب على الودعى أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام، ورماه بعضهم بالشذوذ، فقال فى الجواهر تعقيماً على ذلك:

(لكن ينبغى النظر فى مثل الفرض المزبور بعد معلوميه جواز تملك مال الحربى وأنه فىء للمسلمين وأنه كالأموال المباحه وأن له التوصل إليه بكل طريق من الربا والسرقه وغيرهما، أنه لا يجوز للودعى تملكه فى هذا الحال، فيكون ذلك خارجاً من الرخصه فى تملكه، أو أنه وإن جاز له ذلك إلا أنه يجب عليه رده له وإن ملكه، عملاً بالدليلين معاً، إلا أنه لا يخفى صعوبه الالتزام بكل منها، بل قد يتأمل فى دلالة أدله المقام على مثل ذلك، وإنما هى مساقه لبيان وجوب رد الوديعه على البر والفاجر والمسلم والكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال).

إلى أن قال: (بل قد يشكل رد المال على الحربى بكونه محكوماً بأنه فىء للمسلمين وملك لهم، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح، وبالجمله قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الرد حتى على الحربى وحتى على من عليه حق المقاصه لغيرهم أمكن المناقشه فيه بما عرفت).

ثم قال الشرائع: (إلا أن يكون المودع غاصباً لها، فيمنع منها، ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار).

### إذا لم يعرف صاحب الأمانه

أقول: وذلك لأنه ليس للمودع، فأدله الوديعه منصرفه عنه قطعاً، بل لا تسمى وديعه إلا صورته، فيجب على المستودع رد المال إلى صاحبه إن عرفه، وإن جهله عمل بحكم مجهول المالك.

ولذا قال فى الشرائع: (ويجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف، وإن جهل عزّفت سنه ثم جاز التصديق بها عن المالك ويضمن المتصدق إن كره صاحبها).

أقول: وذلك لما ذكرناه فى أدله اللقطه ومجهول المالك، وإن كان بينهما فرق كما ذكرناه فى كتاب اللقطه.

هذا بالإضافة إلى خبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه، قال: «لا يرده، وإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، وإلا كان بيده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها، وإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له فكان الأجر له» (١).

ص: ٩٢

لكن من الواضح أنه كذلك إذا كان المال مقطوع السرقة، أما إذا كان محتملاً بين السرقة وبين اللص ففعل المسلم يحمل على الصحيح وان عرفنا أنه لص، بل قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن فعل كل إنسان يحمل على الصحيح وان كان كافراً لأنه مقتضى سيره من زمان رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى اليوم على ما ذكرنا تفصيله هناك.

وبعد الخبر المذكور المجبور بعمل الأ-كثر كما عرفت لا مجال لخلاف الحلبي والحلي، حيث أوجبا ردها إلى إمام المسلمين، ومع التعذر يبقى أمانه ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، والفاضل في المختلف من أنه قواه لأنه أحوط، والمفيد والديلمي حيث أوجبا إخراج الخمس قبل التصديق ولم يذكر التعريف، والفاضل في الإرشاد، وتبعه الشهيد الثاني حيث خيرا بين الصدقة بها بعد اليأس والتعريف مع الضمان وإبقائها أمانه.

وعلى أي حال فأدله اللقطة ومجهول المالك تشمل المقام ولو بالملاك، وقد ذكرنا في كتاب اللقطة صحه إعطاء اللقطة وأمثالها إلى الحاكم الشرعي، لأنه ولي الغائب والقاصر ونحوهما.

ومن ذلك يعرف عدم وجه تردد الجواهر حيث قال: (ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء ولم يجز، أو بمعنى كونه كسائر الديون فيجب الإيضاء به ويجب على الورثة، وجهان:

أولهما: أنسب بأصل البراءة.

وثانيهما: أنسب بقاعده على اليد ومن أتلف وعدم إجازة الفضولي).

ثم لا يخفى أن ذلك لا يخص الغاصب، بل كل من كان عنده مال لغيره بدون مبرر شرعي وأودعه إنساناً آخر وإن كان معذوراً في استيلائه على المال، وهل



ينسحب الحكم إلى ما إذا كان مع آخر في نزاع وعلم المستودع أن الحق لطرف المودع بدون أن يحكم الحاكم بذلك بعد، الظاهر ذلك لأن العلم حجه ذاتيه لا يقف أمامه أى دليل اعتبارى، بل مقتضى القاعده أنه لو حكم الحاكم بأنه لزيد والمستودع يعلم أنه لعمره حق له إعطاؤه لعمره إلا فيما إذا ذهبت اليمين بالحقوق على التفصيل المذكور فى كتاب القضاء.

ولو تنازعا وحكم الحاكم بالتنصيف وقد أودع عند المستودع المال، فالظاهر أنه يسلمه إليهما معاً، وإن كان مقتضى علمه الإجمالى أنه لأحدهما فقط، لأن التنصيف حكم شرعى ثانوى يرفع الحكم الأولى. فلا يقال: كيف وهو يعلم أن نصف المال ليس لمن يعطيه، على تأمل ذكره فى مسأله تولد العلم التفصيلى من العلم الإجمالى.

### لو أودعه الغاصب

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم أودع الجميع، فإن أمكن المستودع تمييز المالىن رد عليه ماله ومنع الآخر، وإن لم يمكن تمييزهما وجب إعادتهما على الغاصب).

وفى مفتاح الكرامه: (إن رد الجميع على المودع خيره المقنعه والنهائيه والمراسم والوسيله والشرائع والنافع والإرشاد والتنقيح وإيضاح النافع والرياض والغنيه والسرائر، وفى الأخيرين الإجماع عليه، والإجماع ظاهر الإيضاح وشرح الإرشاد لفخر الإسلام وجامع المقاصد، وفى إيضاح النافع أنه المشهور).

أقول: لكن فى القواعد والتذكرة التأمل فى ذلك، فإن القواعد قال: (فإن تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع، وإلا رد الجميع على المودع على إشكال)، وفى التذكرة بعد أن أفتى برد الجميع قال: (ويحتمل عندى رد قدر مال اللص إليه واحتفاظ الباقي لمالكه).

وعن السيد العميد: إن الأولى ردها إلى الحاكم، ومثله في الإيضاح، وحكى نحوه عن جامع المقاصد.

وفى الرياض: إن الأوفق بالقواعد ما فى المسالك حيث قال: (إن الأوفق بالقواعد رده على الحاكم مع إمكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله، ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولى الودعى القسمه إن كان مثلياً وقدر حق الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقين، والقسمه هنا إجباريه للضروره تنزيلاً للودعى منزله المالك حيث قد تعلق بضمانه وللحسبه، ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال. ويتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق، ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع إمكانه إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم، لاستحاله ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعى بالحقين).

### لو كان خلط أو مزج فى الوديعه

أقول: فى صوره الخلط حيث يمكن تمييز الحقين بشكل فعل الودعى ذلك، لأن التمييز تصرف فى مال المغصوب منه، فاللازم إما إجازته إن أمكن، وإلا فالتسليم إلى الحاكم ليميز لأنه ولي القاصر، ففتواهم بأن الودعى يفعل ذلك محل نظر.

أما فى صوره المزج فلا وجه لفعل الودعى إطلاقاً، كما لا وجه لتسليمه إلى الغاصب أو المغصوب منه، بل اللازم إجراء موازين الشركه، فإن اجتماعاً على التمييز فهو، وإلا فالحاكم هو المميز.

أما مسأله الجهل بقدر الحقين فهى مسأله ثانويه يلزم أن تحل بينهما بالتصالح أو بتقدير الحاكم حيثما كان المغصوب منه مثلاً مجهولاً.

وعلى أى حال، فإذا لم يكن الحاكم قام مقامه عدول المؤمنين، وإذا لم يكونوا فعل ذلك الودعى حسبه.

ولذا قال فى الجواهر: (لعل المتجه أولاً قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره ووكيله، فإن تعذروا فالودعى أو غيره ممن يقوم مقامهم فى الحسب، كما أن المتجه الرجوع إلى الحاكم فى صورته عدم العلم بالقدر، بل لعلها أولى من الأولى التى يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمه بعدم العلم بالقدر، وربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمه أو الرجوع إلى الصلح معه إلى الحاكم أو من يقوم مقامهم مع تعذر المالك).

ومنه يعلم الكلام فيما إذا كان أحد المالين الممزوجين أكثر قيمه أو أقل قيمه أو أحسن أو أردأ إلى غير ذلك، وكذلك فيما إذا لم يعلم أن للغاصب هذا المخلوط أو هذا المخلوط، كما إذا خلط الحنطه بالشعير فلم يعلم أن أيهما للمغصوب منه وأيهما للغاصب ولم يمكن الاستعلام، حيث تحكم قاعده العدل، فإذا أودعه اللص عشره شياه وعشره أبقار ثم مات ولم يعلم الودعى أن أيهما له وأيهما للمغصوب منه الذى فرض موته أيضاً، أو نحو الموت، أعطى الحاكم نصفهما لورثه هذا، ونصفهما لورثه الآخر.

ثم حيث إن رد الجميع على المودع على ما ذكره المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، ظاهر فى كونه خلاف الأصل، اعتذر عنهم مفتاح الكرامه بقوله: (والظاهر أنهم عثروا فى ذلك على خبر لأن المقنعه والنهائيه والمراسم والوسيله متون أخبار، خصوصاً مع قول فخر الإسلام إنه يستلزم رد المغصوب إلى الغاصب وهو حرام لا يجوز قطعاً، فهم لا يفتون بشىء بهذا الظهور من الخلاف للقاعده إلا بعثورهم على روايه، لكن حيث إننا لم نعثر عليها لا تتمكن أن نفتى بما أفتوا به).

ثم لو كان المودع اشترى بعين المغصوب شيئاً وأودعه الودعي، فالظاهر أنه كعين المغصوب منه يلزم على المستودع رده إلى المغصوب منه كعين ماله، أما إذا كان الاثراء بالمالين بما أوجب شركته مع المغصوب منه كانت المسألة كالمزج.

ص: ٩٧

( مسأله ٤): قال فى الشرائع: (فى موجبات الضمان، وينظمها قسمان: التفريط والتعدى)، وفى الجواهر: (بل قسم واحد وهو التقصير).

وقد تبع فى ذلك القواعد، حيث قال: (فى موجبات الضمان وينظمها شىء واحد وهو التقصير وأسبابه ستة)، ثم ذكر الانتفاع، والإيداع، والتقصير فى دفع المهلكات، والمخالفة فى كيفية الحفظ، والتضييع بأن يلقىها فى مضيعه، والجحود.

لكن ما فعله الشرائع أولى، إذ الذى يكون بين المستودع والوديعه إما سلبى وهو التفريط، وإما إيجابى وهو التعدى، والتقصير وإن كان يطلق عليهما إلا أن ماده التقصير باعتبار معناها أوفق بالإيجاب فقط.

وعلى أى حال، فربما يقال إن التفريط سلبى والسلب عدم والعدم لا يكون سبباً للضمان الذى هو إيجاب، لأن عدم ليس بشىء حتى يكون سبباً أو مسبباً، وما يرى من جعله أحدهما أو كليهما فى بعض الكلمات فيقال العقاب لمن لم يصل، أو الحرمان لمن كان نائماً بين الطلوعين، أو الحرمان لمن لم يصل فهو تعبير عرفى، وإلا فالواقع أن الفعل سبب ومسبب، فمن ترك الصلاة عمداً عوقب، ومن كان نائماً فتركه لم يعط الثواب على حالته السابقه فى عدم استحقاقه شيئاً، والجواب إن التفريط إيجابى أيضاً بالاستمرار فى ترك الرعايه.

وعلى أى حال، فيدل على الضمان على كل من التفريط والتعدى صدق الخيانه المقابله للائتمان، التى جعلت فى النص والفتوى سبباً للضمان، ولأنه إتلاف وتضييع، ولشمول دليل اليد، ولجملة من النصوص الوارده فى باب الرهن والمضاربه المشتمله على الضمان بالتعدى والاستهلاك، بعد وضوح اشتراك الجميع فى الحكم المزبور باعتبار كونها أمانه:

مثل ما رواه إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل يرهن

الرهن بمائه درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم، قال: «نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعة»، قلت: فهل لك نصف الرهن، قال: «على حساب ذلك»، قلت: فيترادان الفضل، قال: «نعم» (١).

وعن أبي العباس، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: سألته كيف يكون الرهن بما فيه إذا كان حيواناً أو دابةً أو ذهباً أو فضةً أو متاعاً فأصابه جائحه حريق أو لصوص وهلك ماله أجمع سوى ذلك وقد هلك من بين متاعه وليس على مصيبته بينه، قال: «إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلا شيء عليه»، وقال: «إن ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدق» (٢).

وعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال: «يضمن المال، والربح بينهما» (٣).

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «المال الذي يعمل به مضاربه له من الربح وليس عليه من الوضيعه شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال» (٤).

وفي روايته الأخرى، عنه (عليه الصلاة والسلام)، في الرجل يعطى الرجل مالاً مضاربه فيخالف ما شرط عليه، قال: «هو ضامن، والربح بينهما» (٥).

إلى غيرها من الروايات الكثيرة.

أما روايه فضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل رهن عنده آخر عشرين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر، قال: «نعم»، قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربه، قال: «نعم»، قلت: أو دابتين فهلك إحداهما أيكون

ص: ٩٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٢٩ الباب ٧ من كتاب الرهن ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٣١ الباب ٩ من كتاب الرهن ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح ٤

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربه ح ٥

حقه فى الأخرى، قال: «نعم»، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه، أو طعاماً ففسد، أو غلاماً فأصابه جدرى فعمى، أو ثياباً تركها مطويه ولم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلك، فقال: «هذا ونحوه واحد يكون حقه عليه» (١).

ففى الجواهر تبعاً لغيره: إنه معرض عنه بالنسبه إلى الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره، قال: (وإن أفتى به بعضهم لكنه شاذ، مع إمكان حملة على ما إذا لم يكن تفريطاً أو بنهى المالك عنه أو غير ذلك مما لا بد منه، للجمع بين النصوص التى لا خلاف معتد به فى الفتوى بها بالنسبه إلى ضمان كل أمانه بالتفريط والتعدى).

لكن الظاهر عدم تعرض الروايه لما نحن فيه إطلاقاً، فلا حاجه إلى حملها على المحامل المذكوره.

هذا بالإضافة إلى مكاتبه محمد بن الحسن إلى أبى عبد الله (عليه الصلاه والسلام): رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن لها إن شاء الله» (٢).

ورواه على بن محبوب، قال: كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام)، وذكر مثله (٣).

ويؤيده روايه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا أحرز الرجل الوديعه حيث يجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها أو هلكت من غير خيانه منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه» (٤).

### الفرق بين التعدى والتفريط

ثم إن المسالك فرق بين التعدى والتفريط بقوله: (والفرق بينهما أن التفريط

ص: ١٠٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعه ذيل ح ١

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح ٢

أمر عدمى وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدى أمر وجودى وهو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه).

لكن الظاهر أنه أراد بالأمر العدمى ما ذكرناه لا العدم المحض، وإلا ورد عليه ما تقدم.

ولذا قال فى الجواهر مستشكلاً عليه: (قد عبر عنه فى نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك مما هو أمر وجودى أيضاً، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم، فلا يكفى حينئذ فى إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً).

لكن قوله: (وإن تقوم بعض أفراده بالعدم) محل تأمل، إذ الوجود لا يتقوم بالعدم، فإن العدم ليس بشىء حتى يكون فى مجال الوجود إطلاقاً، كما أن العدم لا يتقوم بالوجود إطلاقاً، والأصل جار فيه لأن السقى والاعتناء ونحوهما أمر وجودى، فإذا شككنا فى أنه فعله أم لا كان الأصل العدم لولا الدليل الثانوى.

ثم إن الشرائع مثل للتفريط: بأن يطرحها فيما ليس بحرز، أو يترك سقى الدابه أو علفها أو نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر.

ومن الواضح أن ما ذكره من باب المثال، إذ يمكن أن يطرح الوديعه فيما ليس بحرز، لكنه لا يذهب عنها بل يقف عليها مما لا يسمى تفريطاً، وكذلك يترك سقى الدابه أو علفها بينا هى تذهب إلى السقى والعلف، أو يترك نشر الثوب الذى يفتقر إلى النشر لكن الريح تنشره بما لا يوجب فساد، إلى غير ذلك.

ثم إن الجواهر قال: (ولعل الأمر فى ذلك كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بينه، ولو لأنه أمين يصدق فى دعوى عدم التفريط، أو لأن قوله موافق لأصالة البراءه من الضمان الذى هو غير محتاج إلى واسطه، بخلاف عدم نشر الثوب الذى هو واسطه فى إثبات الضمان).



لكن الظاهر أن أصل البراءة من الضمان لا مجال له بعد وجود الأصل السببي.

ثم إن التفريط إن كان عن علم وعمد وقدره فلا إشكال في الضمان، بل الإجماع عليه، أما إذا كان عن جهل أو نسيان أو سهو أو غفلة أو جنون أو نحو ذلك، أو كان لأجل أن الجائر لم يتركه يعتنى بها، أو كان من جهة أحوال جويه كالمطر الغزير والسيل الجارف الحائل بينه وبين الوديعه حتى يذهب إليها ويصلحها، أو خوف حيوان أو خوف إنسان، أو اضطرار من جهة اشتغال بالأهم، أو مرض لم يقدر معه من الحفظ إلى غير ذلك، فالظاهر أن دليل الرفع و«ما غلب الله عليه» وما أشبهه يشمل، بالإضافة إلى أنه ليس من الخيانة في شيء، وقد عرفت أن الخيانة محور الحكم.

نعم إذا كان السبب الظالم والمكروه ومن أشبه فالضمان عليه، لأنه السبب فيشملة دليل «من أترف» ونحوه.

### هل يضمن بالنسيان

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن القواعد حيث قال: (ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان)، وهو المحكى عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد أيضاً.

وقد مال إليه الجواهر أخيراً بعد أن تردد فيه حيث قال: (إنما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعه لذلك، أو نسياناً أو إكراهاً ونحو ذلك مما يكون الودعي معذوراً فيه شرعاً، وجهان، لكن الإنصاف إمكان ما يقضى بتسليم مباشره الإتلاف ونحوه مما يصح النسبه معه حتى مع الغفلة والنسيان، ولعل هذا هو المدار في التفريط والتعدي، فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان، وإلا فلا).

نعم إذا كان شيء من ذلك مما ينسب إليه عرفاً حتى يسمى خيانه ونحوها ضمن، فإن للوديعه شؤوناً في العرف ولو من جهة لزوم الفحص عما يلائمها إذا

تركها الإنسان كان خائناً.

وكذلك الحال فيما إذا أكرهه وكان سبب الإكراه هو بنفسه بأن أخبر الجائر أن عنده مال فلان فحال الجائر بينه وبين الحفظ لعداوه له مع المودع أو ما أشبه ذلك.

وكذلك إذا كان النسيان لا يعد عذراً لأنه نشأ من الإهمال، وقد تكلمنا حول النسيان العذري وغير العذري في كتاب الطهارة والصلاة، تبعاً للفقهاء الذين ذكروه هناك.

ومما تقدم ظهر أنه ليس من التفريط ما عمل حسب الموازين العرفية، لكنه عطب بسبب مفاجئه بحيث إنه لو كان يعلم المستقبل ما كان عمل حسب الميزان العرفي ولم يعطب، مثلاً ترك الحيوان في الصحراء في الصيف لكن تغيم الجو فجئه ونزل المطر بما سبب البرد الشديد فهلك، أو جاء السيل المفاجئ فجرف به، أو انفجر البركان لمن كان قريباً منه فأهلك، إلى غير ذلك.

وكذلك حال ما ذكره الجواهر في عداد التفريطات بقوله: (أو يودعها من غير ضروره ولا إذن)، فإنه حيث كان من غير ضروره ولا إذن ولا عرفيه يكون موجباً للضمان، أما إذا كان من ضروره أو إذن أو عرفيه فلا ضمان، وقد تقدمت المكاتبه الداله على ذلك.

ولا فرق في كون المودع عنده زوجته أو عبده أو خادمه أو جاره أو صديقه أو غيرهم، كما لا فرق بين أن يكون ثقته أو غير ثقته، وهكذا لا فرق بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها، أو شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره.

وفي المسالك: هو موضع وفاق ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته، ثم قال: (وفي حكم مشاركته غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج).

نعم لو كان عند مفارقتة لضروراته يستحفظ من يثق به، ويلاحظ المحرز في عوداته رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العاده به، ولأنه إيداع عند الحاجه).

والميزان ما ذكرناه من الضروره والإذن والعرفيه، وهى من مصاديق الإذن لكنها حسب الارتكاز، والإذن صريح، وهى مختلفه فى مورد عن مورد، ووديعه عن وديعه، وزمان عن زمان، ومكان عن مكان، وحاله عن حاله، كما لا يخفى.

ثم اللازم الاقتصار فى الضرورات والإذن والعرفيه على مواردھا، وربما كانت ضروره لكن البقاء عنده أقل ضرراً من الإيداع، كما إذا كان الإيداع يوجب تلف نصف القطيع بينما البقاء عنده يوجب تلف أقل من النصف، إلى غير ذلك.

ولو تعارض الأمران من جهتين لوحظ الأهميه، مثلاً إذا بقى عنده ذهب الغاصب بخياره، أما إذا أودعه ذهب أكثر كميته وأقل كميته، فإن اللازم الإيداع، والعكس بالعكس، وإذا تساويا كما فى أحدهما وكيفاً فى الآخر تخير.

قال فى المسالك: (لو حصل ضروره الإيداع، بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفرأ فتعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم ولا يسمى ذلك إيداعاً، فإن تعذر أودعها العدل، وهذا هو الخارج بالقيده، فلا يجوز إيداعها للضروره ابتداءً بل على الوجه الذى فصلناه، وسيأتى فى كلامه التنبيه عليه).

أقول: المهم أن يكون الإيداع وعدم الإيداع حفظاً للأمانه عرفاً، ويكون خلافه خيانه، فكل ما تحققت الخيانه يجب الاجتناب عنها، كما أنه كلما تحققت الأمانه العرفيه يجب العمل بها، وإلا فالضروره ليست عنواناً فى نص أو إجماع أو ما أشبه ذلك فى باب الوديعه، كما أن العرفيه كذلك، نعم الإذن يكون من باب أن الوديعه تقدر بقدره.

ومن الواضح أن قول المسالك: (دفعها إلى الحاكم) من باب المثال، فإنه إذا لم يكن حاكم صح إيداعه وكيله، فإذا لم يكن وكيله صح إيداعه للمؤمنين على حسب ما ذكروه في ولايه الفقيه.

ثم من الواضح أن الضرورة لا تخرج الوديعة عن كونها وديعه، وإنما تكون من باب الحفظ المأمور به شرعاً، لأن الإذن في عقد الوديعة شامل لمثل ذلك ولو ارتكازاً.

ثم إن الوديعة الثانية وديع للمالك إن كان الإذن ولو الارتكازي شاملاً له، أما إذا لم يكن كذلك بل أودعه الوديعة الأول من باب أمر الشارع بذلك فإنه يكون وديعاً للوديعة الأول.

فلا وجه للإطلاق في أحد الجانبين، وإن كان ظاهر الجواهر ذلك مع توقفه في المسألة قائلاً:

(وهل يكون الوديعة الثانية حينئذ وديعاً للمالك فلا يفسخ بموت الوديعة الأول مثلاً، أو أنه وديع له لا للمالك)، ثم قال: (إنه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرد الإيداع حتى يعلم الضرورة أو الإذن، أو يحكم بالبراءة حتى يعلم عدم الضرورة والإذن، وجهان).

لكن الظاهر أن مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح خصوصاً الوديعة الذي هو مؤتمن، أن فعله يحمل على الضرورة، ولا مجال للأصل في المقام بأن يقال الأصل عدم الضرورة فهو ضامن.

ومن الواضح تصديق الأمين في بعض الضرورة والإذن، فقول الجواهر: (إن له وجهاً وإن كان يقوى خلافه) محل نظر.

ثم قال: (كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلاً أو السفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والإذن ولو بدعواه ذلك بناءً على تصديقه لموت ونحوه).

لكنه غير ظاهر، بل اللازم الحكم بعدم الضمان، وكأنه أشار إلى الإشكال فيما ذكره بقوله أخيراً: (فتأمل).

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول القواعد حيث قال: (ولو أخرجها من منزله للسقى مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلا- مع الضرورة، كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه، إذ قد عرفت أن المستثنى ليس الضرورة فقط، بل العرفيه والإذن أيضاً، والفرق بين الإذن والعرفيه أن الإذن صريح والعرفيه ارتكاز).

وفي مفتاح الكرامه: إن قضيه الماتن كالمبسوط (١) (أنه لا فرق بين كون العاده مطرده بالإخراج لذلك وعدمه، ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه أو غلامه، مع صحبته له وعدمه، لأن النقل تصرف وهو غير جائز) (٢).

وفيه: إنه من أين أن النقل غير جائز إلا في صورته الضرورة، وقد عرفت أن المستثنى أكثر من الضرورة.

### لو أخرج الدابه للضرورة

كما أن مما تقدم يعرف وجه القبول والرد في قول التذكرة: (إذا احتاج المستودع إلى إخراج الدابه لعلفها وسقيها جاز له ذلك، لأن الحفظ متوقف عليه ولا ضمان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أو مخوفاً إذا خاف التلف بترك السقى واضطر إلى إخراجها، وإن أخرجها من غير ضروره للعلف والسقى فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها فالأقرب عدم الضمان لجريان العاده بذلك).

ثم لو أخرجها للضرورة وكان هناك طريقان أحدهما أطول أو أوعر أو ما أشبه ذلك، فإن رأى العرف التساوى تخير، وإلا قدم ما كان عرفياً ولو كان الأطول أو الأوعر أو ما أشبه ذلك، لمحذور في الطريق الأسهل ونحوه.

والمراد بالسفر العرفى لا الشرعى، كما لا يخفى لأن الدليل أعم منه.

وإذا أودعه السياره أو الباخره أو الطائره أو القطار أو الدراجه أو ما أشبه

ص: ١٠٤

١- المبسوط: ج ٤ ص ١٣٧ في مسائل فيما أودع حيواناً

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٢٧٩

ذلك فإن كان في إيقائها في محلها محذور سار بها، سواء ساقها بنفسه أو بثقه، بقدر الضرورة أو الإذن أو العرفيه لوضوح عدم خصوصيه للدابه، بل الملاك آت فيها.

ولو كان المتعارف استصحاب الحيوان في الطريق استصحابه، فلو اتفق العطب أو افتراس مفترس له أو ما أشبه ذلك لم يضمن. وكذلك حال ما إذا كانت الوديعه طيراً أو هراً أو سمكه، تعود الطير الطيران ثم الرجوع، وكذلك بالنسبه إلى الآخرين حيث تذهب السمكه من الساقيه إلى النهر ثم ترجع، فاتفق عطبهما بسبب غير مألوف.

ومنه يعلم حال ما إذا أودعه طفلاً غير بالغ فيذهب الطفل بنفسه إلى المدرسه، أو مجنوناً يتعارف ذهابه إلى الشارع ورجوعه، نعم في المليات ينفع الإذن وإن كان في ذلك التصرف خطر، أما في مثل الإنسان لا ينفع الإذن في موضع الخطر، لأنه لا يجوز للوديع المخاطره به وإن اذن له وليه فيه، فيبقى الاستثناء بجوازه شرعاً بالإضافة إلى العرفيه والاضطرار.

ومنه يعلم وجه التقييد في قول الشرائع: (أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه)، ومراده بكذلك أي بلا ضروره ولا إذن. وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه).

وفي التذكرة: (لو سافر بها مع القدره على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف).

لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعده التقييد، أما الحديث المروى في كتبنا الفقيهيه وكتب العامه عن النبي (صلى الله عليه وآله): إن «المسافر وماله لعلّ تلف إلا ما وقى الله»<sup>(١)</sup>.

ص: ١٠٧

فالمراد به أكثره العطب في السفر، وإلا فكل من المستثنى والمستثنى منه جار في الحضر أيضاً، فاللازم مراعاة الإذن والضروره والعرفيه في كل من السفر بها أو البقاء في الحضر، وربما يرجح ذلك وربما يرجح هذا وربما يكون التخيير.

## السفر بالوديعة

وقد أشار إلى لزوم السفر بها عند الضروره التذكرة قائلاً: (لو اضطر إلى السفر بالوديعة بأن يضطر إلى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقه ولم تجد المالك ولا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غاره أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها، ولاضمان إجماعاً، لأن حفظها حيثنذ في السفر بها والحفظ واجب، فإذا لا يتم إلا بالسفر بها كان السفر واجباً ولا نعلم فيه خلافاً).

ثم ليس الأمر خاصاً بالدابه، بل الحال كذلك في السفر بسائر الودائع من الكتب والأمتعه والآلات والأغذيه والمشروبات وغيرها.

ولو تمكن من حواله النقد من بلد بسبب المصرف إلى بلد آخر، ومن استصحابه في السفر، فإن كان أحد الثلاثة بالاستصحاب فهو، وإلا لزم الحواله لأنها آمن بخلاف السفر به، نعم احتمال العطب غير العقلاني في السفر لا اعتناء به.

ولو كانت هناك عده أسفار بعضها أكثر أمناً من بعض، كالسفر بها بالسياره أو القطار أو الطائره أو الباخره، فإن تساوت عرفاً تخير، وإلا كان اللازم اختيار الأكثر أمناً، إلا إذا كان احتمال عدم الأمن في غيره غير عقلاني.

ومثل الوسائل المتعدده فيما ذكرناه من التخيير أو التقديم ما إذا أمكن أسفار متعدده إلى مواضع متعدده، مثلاً يتمكن من السفر بها من بغداد إلى سامراء أو إلى النجف أو إلى كربلاء، لوحده الملاك في الموضعين، ومثل حال الأسفار

المتعدده الأيام المختلفه كالسبت والأحد والاثنين، أو الأسفار التي يصاحب لها فيها عبده أو ولده أو أخوه أو غيرهم.

ثم هل يجوز السفر أو عدم الحرز مع تحمله الضمان، الظاهر العدم، لأن هناك تكليفاً ووضعاً، والتحمل يكفى فى الوضع لا التكليف، نعم إذا كان إذن أو ارتكاز كما إذا قال: إن فرطت لا شىء عليك إلا الضمان، أو كان ذلك ارتكازه جاز.

قال فى الجواهر: (لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها، سافر بها حينئذ ولا ضمان عليه).

أقول: إن كان السفر ضرورياً للوديعة فكما ذكره، أما إذا كان ضرورياً له فلا إشكال فى رفعه التكليف، أما رفعه الوضع ففيه الكلام السابق، حيث ذكرنا احتمال الضمان من جهة عدم التنافى بين الأمرين، فهو كما إذا اضطر إلى استعمال الوديعة بأكل الطعام أو لبس اللباس أو ما أشبه ذلك حيث يضمن.

اللهم إلا- أن يقال: إنه ليس المقام مثل أكل الطعام ونحوه، من حيث إن فى أكل الطعام يأتى دليل «من أتلف» و«على اليد» ونحوهما، بخلاف المقام حيث لا يسمى سفره الضرورى خيانه، وقد عرفت فيما سبق أن الحكم دائرمدار الخيانه وجوداً وعدمًا، فتأمل.

ومنه يعلم ما إذا كان الأمر ضرورياً للثالث، كما إذا كان غريق يريد إنقاذه ويإنقاذه ينهب الوديعة الناهب أو يسرقها السارق أو ما أشبه ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى إطلاق كل من الجانبين مما لخصها الجواهر فى ضمن مسائل:

منها: إن له السفر وإن لم يكن ضرورياً له ولا يحرم عليه السفر من جهتها



كما سمعته من المبسوط والتذكرة إلا أنه يجب عليه الرد المزبور، وقد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً، بأنه مخالف للسيره المستمره في جميع الأعصار والأمصار على السفر من الوديعين بدون ذلك، والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله، وليس ذلك إيداعاً لها عندهم، بل هو نحو اللبث أياماً عديده لما دون المسافه بالاعتكاف وغيره والوديعه في حرزها بيد الناظر لها ولداده من عياله وغيرهم، ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمه للحفظ الواجب عليه.

ومنها: وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمه للحفظ الواجب عليه، وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق كى يكون ذلك واجباً عليه للمقدمه.

ومنها: التخيير بين السفر بها ضامناً لها أو لا والإقامه مع تعذر النفقه.

ثم الظاهر كما ألمعنا إلى مثله فيما سبق، أنه لو زعم ضروره السفر بها فسافر ثم تبين العكس، أو زعم ضروره إبقائها فأبقاها وسافر هو ثم ظهر العكس، لم يكن ضماناً لأن الإنسان مكلف أن يعمل حسب نظره، بل المودع لا يريد منه إلا ذلك.

ولو كان في كل من السفر بها والإبقاء لها احتمال الخطر لم يستبعد استصحاب النصف وإبقاء النصف لأنه مقتضى العقلانيه كتنصيف المال المحتمل كونه لهذا أو ذاك، وكذلك حال ما إذا كان هناك حرزان أحدهما محل الخطر فإنه ينصف المال بينهما نصفين، فإن المخالفه الاحتماليه في النصف مع القطع بسلامه النصف أولى عقلاً وارتكازاً من التغيرير بالكل.

ثم إن من التفريط أو التعدى ما ذكره الشرائع بقوله: (طرح الأقمشه في المواضع التي تعفنها)، وليس المراد التعفن فقط بل الإفساد كذلك، ومثل الأقمشه الكتب ونحوها لوحده الملاك في الجميع.

أما ما فى المسالك من أنه (يمكن اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً فلا يجوز وضع الثوب فى موضع يعفنه وإن عزم على نقله قبل الفساد، نظراً إلى أنه ليس بحرز له عادة)، ففیه ما لا يخفى، لأن المعيار الفساد بعد فرض كون المحل حرزاً، فكلامه متدافع.

### لو ترك سقى الدابة

ثم قال الشرائع: (وكذا لو ترك سقى الدابة وعلفها مده لا تصبر عليها فى العادة فماتت به).

أقول: مثل الموت فى الضمان المرض أو نقص عضو أو نحوه كما إذا عميت أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المسالك قال: (واعلم أن الواجب علفها وسقيها كحسب العادة لأمثالها، فالنقصان عنه يعد تفريطاً، سواء صبرت عليه أم لا، ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وإن ماتت بغيره، هذا هو الذى يقتضيه قواعد الوديعه).

أقول: لكن مقتضى القاعده عدم الضمان إن لم تمت، وإن كان مثل هذه المسأله مشهوراً عندهم على ما سيأتى تفصيل الكلام فيه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة، وكأن الشهيد أخذه منه، قال: (لو امتنع المستودع من ذلك وعن السقى والعلف حتى مضت مده تموت مثل تلك الدابة فى مثل تلك المده، نظر إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت فى ضمانه، وإن نقصت ضمن النقضان، فإن ماتت قبل مضى تلك المده لم يضمها).

ثم لا- يخفى أن الضمان فى صورته الضمان إنما هو إذا علم أو شك فى العطب، لا ما إذا اطمئن بالعدم كما تقدم مثله، وإنما يكون الشك موجباً للضمان لأنه من الخيانه عرفاً إذا كان الشك موجباً لتجنب العقلاء، بل الاحتمال الموجب لتجنبهم حاله حال القطع بالتضرر، كما إذا كان مائه آنيه أحدها سم قاتل، فإن العقلاء لا يقدمون على شربه

إلا فى غاية الضروره من باب الأهم والمهم.

وإذا احتاج حفظ الأمانه على العلم وكان المستودع فاقداً له وجب عليه تحصيله، كما إذا لم يعلم كيفية حفظ الحيوان أو السياره أو غيرهما كالثياب والأمتعه والكتب والأدويه والمعاجين والحبوب ونحوها.

وإذا كان الحفظ والقيام بشؤون الوديعه على قسمين، حفظ للإبقاء وحفظ للإنماء كالحيوان إذا سقى بالماء العذب نمى، وإذا سقى بغيره لم ينم بل يبقى كحالاته السابقه، فاللازم الحفظ المبقى لا المنمى لعدم الدليل عليه.

وإذا كان الحيوان سميناً سمناً مضرراً فلم يحفظه بما يبقى سمنه بل هزل هزالاً نافعاً فهل يضمن أو لا، الظاهر العدم إلا إذا كان المودع ولو ارتكازاً يريد ذلك المضر، وذلك لدليل الخيانه وعدمها فى الفرعين.

ومنه يعلم حال ما لو كان عدم المشى بالحيوان يوجب ترهله فلم يمش به حتى ترهل، وكذلك حال السجاد إذا لم يوضع تحت الأقدام، إلى غير ذلك من الأمثله التى جامعها هو لزوم الحفظ لا أكثر ولا أقل.

ومن صور التفريط ما إذا ترك الفحل حتى ينزو على الأنثى مما يوجب ضعفه وهزاله، أو ترك الأنثى حتى ينزو عليها الفحل فيحبلها مما يخشى عليها من الحمل والولاده.

وكذلك الحيوان إذا تركه حتى يهارشه حيوان آخر مما يوجب ضعفه أو جرحه أو نقصه جسدياً أو فى بعض قواه كأن يعمى أو موته.

ومما ذكرناه يظهر وجه ما اختاره مناهج المتقين خلافاً لغيره حيث قال: (لا فرق فى الضمان عند التفريط بين كون تفريطه علماً عمداً اختياراً، أو عن جهل أو نسيان أو غفله أو إكراه، وقيل: لا يضمن إذا كان عن جهل أو نسيان أو غفله أو إكراه وهذا أشبه، ولكن الأحوط الأول).

ومن المعلوم أن الاحتياط فيما ذكره

لكنه استجابى لما عرفت من الدليل، هذا تمام الكلام فى التفريط.

أما التعدى فقد مثل له الشرائع بأن يلبس الثوب أو يركب الدابة أو يخرجها من حرزها ليتتفع بها، نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه.

أقول: وكل ذلك فيما إذا لم يكن لمصلحه الوديعه، وإلا لم يكن من التعدى فى شىء، أما أن النيه بمجردها لا توجب الضمان فلأصل مع ظهور عدم صدق الخيانه بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتى من الزمان بدون أن يفعله.

ثم إن الخيانه الفعلية لا تتحقق مع الاشتباه، كما إذا زعم أن الحيوان الفلانى وديعه وذبحه لأكله متعمداً، ثم تبين أنه حيوان نفسه، فإن الوديعه باقيه على حالها من الأمانه وعدم ضمانه لها، كما أنه لو لبس ثياب الوديعه بزعم أنها ثيابه فظهر أنها وديعه لم تكن خيانه، وكذلك إذا زعم موت المودع الذى يرثه فاستعمل الكتاب مثلاً- باعتبار أنه يرثه فظهر عدم موته، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما إذا كان عنده وديعه لزيد وأخرى لعمرو فخان فى وديعه عمرو زاعماً أنها لزيد، لعداوه بينه وبين زيد فإنه خيانه لتحقق مقومات الخيانه عرفاً وإن كان اشتبه فى التطبيق، ومثله فى الخيانيه ما لو كان له ثوب وثوب آخر عنده وديعه فلبس أحدهما بقصد أنه مهما كان من ماله أو الوديعه غير مهم، فظهر أنه الوديعه فإنه خيانه، وإن كان لو ظهر أنه ثوب نفسه لم تكن خيانه.

ومما تقدم من أن النيه وحدها لا تؤثر فى تحول الأمانه إلى الخيانه يظهر وجه النظر فيما ذكره فى الجواهر حيث قال: (أما لو نوى الغصب فى استدامه القبض صار ضامناً وغاصباً، لكونه كما لو قبضها من أول الأمر على وجه الخيانه لا الأمانه على ما اعترف به فى المسالك).

حيث إنه لا دليل على أنه لو أخذها من أول الأمر على وجه الخيانة قصداً يكون ضامناً، وكذلك حال الاستداه.

ومنه يعلم أنه لا- وجه للوجهين في المسألة، بل اللازم الجزم بما ذكرناه، فما ذكره المسالك محل تأمل، قال: (وفي تأثير النية في استداه الأخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضوعين مقترناً بالنية الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان).

وتردد في التذكرة.

ويتحقق ذلك في صور: منها أن ينوى الأخذ ولم يأخذ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود، وغير ذلك، فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية.

وللتأمل في قول القواعد في كتاب الغصب: (إن المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم غاصب)، ولهذا وقع التدافع بين كلامه هناك وكلامه هنا في الوديعة، حيث قال: (لو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية، لأن سبب أمانته مجرد النية، وكذا \_ أي يضمن \_ لو جدد الإمساك لنفسه أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع).

ثم إن مقتضى تأثير النية في الضمان على ما ذكروا أنه لو كانت عنده وديعتان فنوى أخذ إحداهما كان ضامناً لهما، لأنه خيانه بالنسبة إليهما، سواء أخذ بعد ذلك إحداهما أم لا.

ولو كانت الوديعة بحاجة إلى الاستعمال كلبس الثوب واستعمال السجاد لأجل عدم الفساد ولم يعلم بذلك فلبسه أو استعمله بنيه الاغتصاب خيانه، لم يكن خيانه ولم يوجب الضمان، لأن الخيانة أمر واقعي، وهذا ليس منه، لأنه فعله خيالاً لا مطابقاً للواقع.

ثم إن الشرائع قال: (ولو طلبت منه فامتنع من الرد مع القدره ضمن)، وذلك واضح لانقطاع الإذن بالاستنابه في حفظها، وقد تغيرت يد الائتمان حينئذ إلى يد العدوان، لكن اللازم وجود القدره العقليه والشرعيه والعرفيه على ما تقدم تفصيل الكلام في ذلك).

وهذا هو الذى قاله في القواعد، حيث قال: (فإن آخر لغير عذر ضمن ومعه لا ضمان).

وفي مفتاح الكرامه: (صرحت به كلمات أكثرهم).

### لو جحد الوديعه

قال في الشرائع: (وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينه أو اعترف بها)، وإنما يكون ضامناً في هذه الصوره لانقطاع الإذن فهى حينئذ فى يده مضمونه عليه كسائر الغصاب، إذ لا فرق فى الغصب بين الابتداء والاستدامه، هذا بالإضافة إلى خيانتة بجحوده.

ثم إن المسالك اشترط فى الضمان أن يكون الجحود بعد طلب المالك لها منه، قال: (فلو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره لم يضر، لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ).

ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها قال: لى عندك وديعه، فأنكر، ففي الضمان قولان:

أحدهما: العدم، اختاره فى التذكرة لأنه لم يمسكها لنفسه ولم يقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها، ومجرد السؤال لا يبطل الوديعه ولا يرفع الأمانه بخلاف الطلب.

والثانى: ثبوته لأن جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك، لأن نفي الملزوم يقتضى نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه فيضمن، واختاره المحقق الشيخ على.

وهو متجه، لكن فرعه الأول محتاج إلى التفصيل بين ما إذا كان الجحود

لأجل الإخفاء لا لأجل إرادته غضبها، إذ لو جحد مريد الغضب فهو خيانه، ودليل اليد يقتضى الضمان بعد انقطاع كونها وديعه حينئذ.

ولو شك في أن الجحود كان لهذا أو لهذا، كان الظاهر أنه جحود خيانه إلا أن يثبت خلافه.

وما في الجواهر من (أن أصاله البراءه واستصحاب الأمانه وغيرهما يقتضى العدم، ولعله الأقوى)، غير ظاهر بعد ظهور الجحود في الخيانه عرفاً، نعم مقتضى القاعده قبول قوله إذا قال: أردت بذلك الإخفاء لا الجحود، لأنه أعلم بنيته، والأمين مؤتمن.

ثم إن ما وجهه المسالك تبعاً للشيخ على هو الوجه في فرعه الثاني لما ذكره، وقد سبقهما فيه الفخر، ولحقهما صاحب الجواهر.

ثم لو أظهر لجحوده عذراً بنسيان أو سهو أو غفله أو ما أشبه ذلك، لم يكن ضمان إن صدقه المالك، وإن لم يصدقه فالظاهر عدم الضمان أيضاً، لأن الإنسان أخبر بنفسه من غيره، ودليل الأمين مؤتمن آت هنا.

فقول الجواهر: (وإلا ضمن عملاً بظاهر الحال وأصاله عدم النسيان)، غير ظاهر الوجه، كما أنه لو كان الجحود لمصلحه الوديعه بأن قصد به دفع ظالم أو متغلب أو نحو ذلك لم يضمن لوضوح بقاء يده على الأمانه وإنكاره إحسان محض (وما على المحسنين من سبيل) (١).

ومما تقدم يظهر حال ما إذا أقر بالبعض وجحد البعض فكل حكمه، ولو كان اللازم الجحود لدفع يد الظالم فأقر عالماً عامداً لم يستبعد الضمان، لأن إقراره في مثل المقام خيانه، ولو جحد قائلاً لم أعلم أن الطالب هو صاحبها بل زعمت أنه إنسان آخر، قبل قوله لما تقدم من أنه أخبر بنيته.

ولو جحد وأبدى العذر بأن

ص: ١١٦

المالك كان له قصد الحرام بنفسه كمجامعته معه إذا كان حيواناً، أو يجعله ثمناً للحرام كاشتراء الخمر والخنزير به، احتاج إلى الإثبات لأنه ادعاء على الغير.

ولو ادعى المالك عليه الجحود فهو ضامن وأنكر، فالمالك محتاج إلى الإثبات وإلا فعليه اليمين.

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق في الجحود العذرى بين أن يكون لأجل نفسه أو لأجل الوديعه حيث يغصبها الغاصب إن علم أنها وديعه زيد، أو لأجل المالك حيث إذا أقر وعلم الظالم أنها للمالك عاقب المالك، بل وكذلك إذا كان لأجل الغير كما إذا سأل الظالم ولد المالك أو أخاه أو جاره أنه هل للمالك ملك فقالوا لا، فإذا أقر المستودع عاقب الظالم المنكر.

ثم قال الشرائع: (ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز)، وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده).

أقول: كل تصرف لم يكن بإذن أو ضروره أو ارتكاز يكون من الخيانه عرفاً، سواء كان بالمزج أو الخلط أو الصهر، مثل الذهب والفضه يذابان أو الشمس منه يصنع الحلوى، أو البناء فى مثل الحديد والآجر، أو الخياطه فى القماش، أو القص فى مثل الجلد، أو الإحبال فى مثل الحيوان، أو الطحن والعجن والخبز فى مثل الحنطه والشعير، أو إجراء العمليه الجراحيه عليه فى مثل الحيوان، حيث يُنقصه عضواً أو قوه، أو يزيده عضواً، أو النشر فى مثل الخشب، أو الصبغ فى مثل الثوب ونحوه، أو التفريق فى مثل الكتاب، أو جمع الأوراق فى كتاب مجلد، أو الصنع فى مثل الخشب يجعله باباً، أو إسقاط حمل الحيوان، أو الإجهال فى مثل الحيوان المعلم يزرقه إبره يسبب له جهلاً أو خبلاً أو ما أشبه ذلك، أو الوطى فى مثل الحيوان المحلل فيحرم، أو فى مثل الدابه فيجب الإذهاب



به إلى بلد آخر، إلى آخر ما ذكره في كتاب الحدود.

ولو لم يوجب تحريماً فهل يعد كذلك من الخيانة، كما إذا جمعت المرأة المستودعه بقرد المودع أو كلبه أو حيوانه المحلل حيث لا يوجب ذلك تحريماً له، احتمالان، وكذلك بالنسبة إلى وطى المستودع قرده وكلبه وما أشبه.

ومن الخيانة أيضاً لو فك السياره أو الغساله أو البراده أو المبرده أو المروحه أو ما أشبه ثم جمعها مره ثانيه.

قال في المسالك: (ويفهم من قوله خلطها بماله أنه لو خلطها بمال المالك لم يضمن، وليس كذلك بل يضمن على التقديرين).

أقول: وهو كما ذكره.

ثم قال: (ولا فرق هنا بين أن يكون المالان عنده وديعه فيمزج أحدهما بالآخر، وكون الآخر أمانه بغير الوديعة أو غضباً، لصدق التصرف المنهى عنه في ذلك كله، وربما كان للمالك غرض في الامتياز).

أقول: ولا حازه في أن يكون للمالك غرض، إذ التصرف غير المأذون فيه شرعاً أو مالكاً أو عقلاً ممنوع عنه ويعد خيانه.

ثم قال: (ويفهم من قيد الحيثيه بعدم التمييز أنه لو تميز المالان لا يضمن، والحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفى على تقدير الامتياز من حيث المزج وان أوجب الضمان من حيثيه أخرى)، وهو كما ذكره.

وعلق عليه الجواهر بقوله: (ولعله كذلك للأصل إن لم نقل بتحقيق العدوان في نفس الخلط والمزج باعتبار كونه تصرفاً في الوديعة غير ما هو نائب فيه ولا من مقدماته، وإلا ففيه إشكال).

وعلى هذا فمقتضى القاعده التفصيل لا الإطلاق من هذا الجانب أو ذاك الجانب.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا يضمن لو أودعه مالاً في كيس مختوم أو في صندوق مقفل أو مدفوناً ففتح ختمه وقفله ونبشه إن لم يكن بقصد أخذ شيء منه، وكذا ما أشبه الختم في الدلاله على قصد المالك الإخفاء كالخياطه ونحوها).

أقول: لا حاجة إلى الدلاله على قصد المالك في الإخفاء، بل كل تصرف لم يأذن به الشارع والمالك يكون من التعدي والخيانه عرفاً.

قال في المسالك: (ونبه بقوله في كيس مختوم على أن الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن، لأنه لا- هتك فيه ولا- نقصان عما فعله المالك، هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك وإلا كان كختم المالك) (١).

لكنك قد عرفت أنه لا- يمكن إطلاق القول في هذا الطرف أو في هذا الطرف، سواء كان الختم من المالك أو بأمره أو من المستودع، إذ ربما يختم المستودع لكن فتحه يكون خيانه وتصرفاً زائداً.

### لو فتح الظرف هل يكون ضامناً

ثم قال: (وحيث يضمن بالفتح يصير ضامناً للمظروف، وفي ضمانه للطرف وجهان: أجودهما ذلك للتصرف فيه المنهى عنه، واستقرب في التذكرة (٢) لعدم لأنه لم يقصد الخيانه في الظرف، ويضعف بأن قصد الخيانه لا- دخل له في الضمان بل التصرف) (٣).

أقول: مما تقدم تعرف الكلام في كلا الإطلاقين.

كما منه يعلم وجه النظر في إطلاق ما ذكره الجواهر مناقشاً عليه حيث قال: (يمكن المناقشه فيه بأنهما معاً تصرف غير مأذون فيه، فهو تعد عما هو نائب فيه

ص: ١١٩

١- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١٠٨

٢- التذكرة: ج ٢ ص ١٩٨

٣- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١٠٨

فيضمن أيضاً كما اعترف به جامع المقاصد، اللهم إلا أن يقال بكون العدوان الذي يتبعه الضمان خصوص ما يصدق عليه الخيانه عرفاً من التصرف لا مطلقاً وإن أثم به باعتبار عدم الإذن فيه).

أقول: الإثم أيضاً ليس مطلقاً.

وقد ظهر مما تقدم وجه النظر في إطلاق الأردبيلي عدم الضمان في شيء من ذلك حتى في فتح الختم للأصل وعدم التصرف والتقصير في الحفظ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولا بد له من دليل.

كما أن من ذلك يظهر وجه النظر في إطلاق ما في المسالك من أنه لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم، وإن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق، وقد حكى ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير أيضاً.

وقد أجاد مناهج المتقين حيث قال: (من التعدي أيضاً فتح ختم الكيس المودع عنده مختوماً، سواء أخذ منه شيئاً بعد فتحه أم لا).

ولا بين كونه مشتتاً على علامه المالك أم لا، إلا إذا علم عاده بعدم المنع من فك ما لا علامه عليه ورضاه بذلك، ومثل ختم الكيس قفل الصندوق ونحوه، كما أن مثل فتح الختم بفك القفل خرق الكيس تحت الختم وكسر الصندوق ونيش المدفون.

أما قوله بعد ذلك: (ولو كان الختم من المستودع لم يكن فتحه تعدياً إلا- إذا كان ختمه بأمر المالك، ولا- يضمن الكيس والصندوق ونحوهما بفتح الختم وفك القفل بل ما فيها خاصه على الأظهر)، فإطلاقه غير ظاهر.

ولو بخر المودع أو فتح رأس قنينه العطر ونحوه أو أشعل المصباح أو أطفأه، ففي الأول يكون خيانه إلا إذا تمكن من إرجاعه بأن كان التبخير في فضاء

مغلق، اللهم إلا- إذا كان بدون رضا المالك وإذنه، وفي فتح رأس القنينة التفصيل السابق، كما أن في المصباح التفصيل المذكور، ومثله ما لو ملأ المصباح أو نحوه بالنفط أو أفرغه منه، أو ملأ الثلج ونحوها بالغاز أو أفرغها منه، لوحده الملاك في الجميع.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما)، وحيث قد عرفت تفصيل الكلام في ذلك بين كونهما لمالكين أو لمالك واحد إلى غير ذلك من الخصوصيات فلا حاجة إلى إعادته الكلام.

ولو أودعوه الدواب والبهائم ونحوها فجعل جميعها في الاصطبل أو المراح، أو جعل الأسماك في الحوض، أو الطيور في القفص، فإن كان مال المودع وحده أو كان ماله عن مال غيره مميزاً لم يكن من الخيانة ونحوها، وإلا أمكن كونه من الخيانة، فيقول له العرف لما ذا خلطت هذا الخلط الموجب للاشتراك أو القرعة، إلا إذا كان ضروره أو نحوها كما عرفت.

ومما ذكرناه فيما سبق من نقص قوه أو عضو أو زياده أى منهما يعرف وجه الكلام في قول الجواهر: (ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب، ولو كان منفصلاً أو الإلتلاف خطأً، ففي القواعد: ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم، وقد يشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقيق الخيانة، بل قد يدعى أن المدار في الاتحاد إيداع الجميع بعقد واحد، إلا أنه لا يخلو من بحث) (١).

### إذا قطع السلعة

نعم الظاهر أنه ليس من الخيانة إذا قطع السلعة أو الإصبع الزائده في الحيوان أو العبد، أو أجرى عملية جراحية لبتتر سائر الأعضاء الزائده، أو فعل العملية للتجميل لاستقامه الأنف، أو رفع الشعر الزائد الذي أخذ مساحه من

ص: ١٢١

الجبهه، أو تبديل الصلح إلى مشعر، أو جعل بيضه لمن له بيضه واحده، أو غير ذلك من الأمثله، لوجود الارتكاز في الرضا والإجازة من المالك.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف فأجرها لأثقل، أو لأسهل فأجرها لأشق كالقطن والحديد)، وفي الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف لصدق التعدي والخيانة).

ومنه يعلم حال ما لو أمره بإجارتها لطريق خاص، فأجرها لطريق آخر، أو لراكب خاص شخصاً أو صنفاً كالرجل مثلاً فأجرها لغيره، أو في زمان خاص أو مكان خاص أو بشرط خاص، أو أن يعلف الدابه في السير علفاً خاصاً، أو يسكب في القطار أو الطائره أو الباخره أو السياره أو الدارجه أو ما أشبه بنزيراً خاصاً ففعل خلاف ذلك، سواء بالأجود أو المساوى أو الأردأ، أو الأرخص أو الأعلى، لأن كل ذلك خلاف إذن المالك فيضمن.

وكذلك الحال فيما إذا كان ارتكاز بأحد الأقسام المذكوره فخالف الارتكاز إلى شيء آخر، لما عرفت مكرراً من أن الارتكاز قائم مقام اللفظ ونحوه.

ومما ذكر يعلم حال ما إذا أمره بحمل أثقل أو أصعب فخالف، أو أمره باستصحابها في السفر بنفسه أو بابنه أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المسالك قال: (وهل يتحقق بمجرد العقد، يحتمل ذلك لتسليطه على الانتفاع والعدوان فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان وعدمه، كما لو نوى الخيانة أو التفريط، أو قال إنه يفعل ذلك ولم يفعل، ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به).

وفيه موضعاً نظراً:

الأول: ما تقدم من أن النيه بمجرد لا توجب الخيانة.

والثاني: إن مجرد العقد لما كان فاسداً لا يكون خيانه، لأنه لم يكن تصرف في العين، وإنما كلام خارجي لا يرتبط بالعين لا شرعاً ولا عرفاً.

نعم ربما يقال بأن مثله خيانه عرفيه وإن كان باطلاً شرعاً، بل وعرفاً أيضاً، فهو مثل ما إذا أجرى العقد على ذات محرم حيث إن العقد بمجرد إن لم يرتب أثراً عليه حرام، مع أنه لا يؤثر شرعاً ولا عرفاً، على ما فصلناه في كتاب النكاح.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في ما في مناهج المتقين حيث قال: (ولو نوى عند أخذ الوديعة من المودع التصرف كانت يده عاديه وضمنها بذلك، بخلاف ما لو نوى عند الأخذ الحفظ ثم نوى بعد ذلك الخيانه، فإنه حينئذ مجردة لا توجب الضمان، وإنما يضمن بلحوق التعدي)، إذ قد عرفت أنه لا تأثير للنيه وعليه بيان الفارق بين الفرعين.

ومما تقدم يعلم وجه الضمان فيما إذا أودعه شيئاً وأمره بتحميله على دابتين أو دابه واحده أو دابه خاصه أو ما أشبه ذلك فخالف، أو أودعه السياره وأمره بحمل خمسه أشخاص فيها فحمل فيها أقل أو أكثر، إلا في المستثنيات الثلاثة التي ذكرناها سابقاً.

ثم قال في المسالك: (المضمون على تقدير المخالفه هو الجميع لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصاً في حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون وإنما تعدى في الزائد فيقسط التالف عليهما، وعلى هذا فيعتبر في الأضر ما ساوى المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثم، لأن مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الأثقل، إذا كان الأثقل مستنداً إلى زياده المقدار مع اتحاد الجنس، كما إذا أذن له في حمل قفيز فأجرها بقفيزين).

وفيه: إنه لا وجه لاحتمال التقييط بعد رؤيه العرف الخيانه، بل قد عرفت أنه لو أمره بحمل الأثقل فحمل الأخف كان من الخيانه إذا لم يكن أحد المستثنيات الثلاثه، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه (لا يخفى ما فيه لضروره كون مراد المصنف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها أجمع للتعدى المزبور).

أقول: نعم إذا كانا منفصلين كان من التعدى فى الجملة، كما إذا أودعه دابتين وأمره بأن يحمل على كل واحده قفيزاً، فحمل على إحداهما قفيزاً وعلى الأخرى قفيزين، فإنه لا يضمن إلا الدابه المخالف فيها.

ولو أمره بحمل قفيز عليها فجاء ظالم وحملها قفيزاً له، لم يجز له حمل القفيز الآخر لأنه خلاف إذن المالك الذى أراد به حمل قفيز واحد، وإذا كان قفيزه محملاً- قبل ذلك عليها ثم حملها الظالم قفيزه وجب إنزال قفيزه فوراً، فلو تماهل كان خيانه حسب الموازين العرفيه.

ولا- فرق بين أمره بالتجاره أو الرهن أو الصلح أو البيع أو المضاربه أو المزارعه أو المساقاه أو غير ذلك، لو حده الملاك فى الجميع، وعلى هذا فكل مخالفه فى سائر الخصوصيات توجب الخيانه، سواء كانت خصوصيه زمانيه أو مكانيه أو غيرهما.

وكذلك الحال فى الانتفاع، كما إذا قال له لا تنتفع بالدابه إلا فى الركوب، فأركب عليها حملاً، أو قال لا تنتفع من الارض إلا بالسكنى، فزرع فيها، إلى غير ذلك.

ومما تقدم يعلم حال ما ذكره الشرائع حيث قال: (ولو جعلها المالك فى حرز مقفل ثم أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع، ولو لم تكن مودعه فى حرز أو كانت مودعه فى حرز للمودع فأخذ بعضها ضمن ما أخذ).

أقول: وذلك لأنه من الخيانه والتعدى، وكذلك إذا ترك الصندوق يفتحه ولده أو إنسان آخر فإنه من التفريط والخيانه، سواء أخذ منها أو لم يأخذ،

والحرز للمودع بالفتح حاله حال الحرز للمودع بالكسر أو لثالث، فإنه إذا أودعه في الحرز بنظر المالك وقفله لا حق له في الفتح إذا عد ذلك خيانه، والمحور هي الخيانه عرفاً، فقد لا يكون الفتح لحرز المودع بالكسر خيانه، وقد يكون الفتح لحرز المودع بالفتح خيانه.

وحيث قد عرفت الملا-ك في الضمان وعدمه لا- يمكن القول بالإطلاق في أحد الجانبين فيما ذكره المسالك بقوله: (لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونه عليه مطلقاً، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانة، بل على سبيل الخيانه، وفي تأثير النيه في استدامه الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضوعين مقترناً بالنيه الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانه، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان، وتردد في التذكرة (١))، ويتحقق ذلك في صور منها: أن ينوى الأخذ ولم يأخذ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك، وقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه (٢)).

ولو علم المستودع بتصرف الغير في الوديعة قهراً لم يكن عليه شيء، وإن كان باختياره بأن أمكن الحيلولة بينه وبينها بدون عسر أو حرج، أو ضرر أو ضروره، سواء كان الاختيار ابتداءً أو استدامه بأن تمكن بعد زمان من الإنقاذ ولم ينقذ، كان ضامناً في الأول مطلقاً، وفي الثاني من حيث تمكن، أما إذا انعكس بأن تمكن من الحيلولة أولاً دون الثاني فالظاهر كونه خيانه مطلقاً حتى بالنسبه إلى الوقت الثاني، فالخيانه توجب الضمان مطلقاً وإن خرج عن يده في الوقت الثاني، كما إذا جاء السيل وذهب بالوديعة بما لو لم يخن لم يذهب بها السيل،

ص: ١٢٥

١- التذكرة: ج ٢ ص ١٩٨

٢- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١١٠ - ١١١



ولو قلنا إن النيه توجب الخيانه فالظاهر أنه نيته بنفسه لا نيه وكيله أو ولده أو سائر متعلقاته.

## لو أودعها أمام الظالم

ولو أودع المستودع الوديعة الحرز أمام الظالم ونحوه مما عد تفريطاً فيها، حيث إنه يعلم بوضعها في الموضع الفلاني فيأخذها منه، كان فيه الضمان، لأنه من التفريط والخيانه، وحيث قد عرفت أن الميزان هو التفريط عرفاً يكون الإطلاق فيما ذكره مقيداً.

قال في المناهل: (ألحق أيضاً في القواعد والتحرير والروضه والرياض بما ذكر ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها)، وزاد في القواعد: ما دل سارقاً عليها وما لو أقر بها لظالم.

ولو أخبر بها في الجملة ولم يعين له مكانها فحكى في المسالك عن التذكرة أنه لا يضمن، واستشكله قائلًا: ويشكل إن كان مع كونه سبباً في السرقة لأنه تفريط.

نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك، وهذا بخلاف الظالم فإن معلمه يضمن مطلقاً، والفرق أن الظالم إذا علم بها أخذها قهراً، والسارق لا يمكنها أخذه إلا إذا علم موضعها.

وصرح في الروضه والمسالك ومجمع الفائده والرياض بأن المستودع يضمن لو كان سبباً في الأخذ القهري ولا يمكنه الدفع، وأما مع عدمه كما لو علم أو ظن أن فعله ذلك لا يوجب الأخذ القهري ولا يصير سبباً ثم تبين خطأ اعتقاده ففي ضمانه حينئذ إشكال، والأقرب عدمه.

أما إذا لم يعلم أنه يضعه في الحرز بمرئى ومسمع من الظالم أو من يخبره لم يضمن، لعدم التفريط والخيانه عرفاً، ومثل كونه بمرئى الظالم ما كان بمرئى الفضول الذى يتكلم اعتباراً فى كل مكان حتى يصل كلامه إلى الظالم ولو احتمالاً

عقلائياً، وهكذا إذا كان هناك حيوان يدل الظالم عليه كالكلب والقرود المعلمين.

ومثله فى التفريط ما إذا وضعها بمتناول حيوان يأكله أو يسرقه كالغراب يسرق الحلى، والفار يسرق الليرات الذهبية، والطير يأكل الحب.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو أعاد بدله لم يبرأ إلا مع إجازة المالك لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك، وحينئذ فلو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه خاصة مع التمييز، بل الجميع فى وجه تقدم سابقاً، وأما لو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يتميز ضمن الجميع قطعاً، لما سمعته من تحقق التعدى بذلك). وهو كما ذكرناه.

وهذا فى غير ما إذا كان ولياً فى تشخيص الكلى فى الفرد كالأب والجد بالنسبة إلى الصغير، والحاكم ووكيله بالنسبة إلى الصغير وغيره، وإلا تشخص الكلى فى ذلك الفرد الذى جعله بدلاً عن المتلف، هذا فيما إذا كان الأخذ عدواناً، وإلا كما إذا كان نسياناً أو نحوه أو للقرض حيث يجوز القرض للارتكاز فلا ضمان إذا أعاده.

والظاهر أن الرواية الواردة فى القرض ناظره إلى الارتكاز، وفى خبر الخثعمى، عن الصادق (عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه، فقال: «لا يأخذ إلا أن يكون له إذن»، قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذى يضمه يأخذ منه، قال: «نعم» (١).

وفى خبر على بن جعفر، عن أخيه موسى (عليه السلام) المروى عن قرب الإسناد

ص: ١٢٧

ومستطرفات السرائر، سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها، قال: «إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه ويرده»<sup>(١)</sup>.

### لو أخذ بعض الوديعة

وإذا أخذ من المعدود بعضه كالشياه والدراهم والكتب والأثواب ونحوها ثم رده فتلف ذلك المأخوذ بنفسه ضمنه دون غيره، أما إذا تلف المجهول من المأخوذ وغير المأخوذ فهل يضمن الكامل أو بالنسبه، احتمالان، من أصاله عدم رد الوديعة لاحتمال أن يكون التالف ما ضمنه فاللازم رده كله، ومن أنه يأتي فيه قاعده الاشتراك فاللازم الرد بالنسبه.

قال فى الجواهر: (لو كان الجميع عشره دراهم وأخذ منها درهماً ثم رده إليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه إلا درهم، ولو تلف منها خمسسه لزمه نصف درهم وهكذا).

ثم أشكل عليه بقوله: (قلت: قد يتوقف فى تنقيح قاعده تقتضى ذلك، اللهم إلا- أن تكون هى قاعده الاشتراك فى الملك بالمزج القهرى، وفى العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح، وإلا فقاعده «على اليد» تقتضى ضمان المأخوذ حتى يعلم أدأؤه إلى مالكة، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسه أيضاً لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك).

ومنه يعلم حال ما إذا كان غير متعدد كالسمن والماء والزيت والديبس ونحوها، لكن ظالماً أفرز بعضه حيث لم يكن الضمان على المستودع فأخذ ذلك البعض المستودع تعدياً وظلماً ثم صبه على الباقي فتلف مقدار ذلك البعض، كأوقيه فى

ص: ١٢٨

---

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٣ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٢

المجموع فهل يضمها أو يضم بالنسبه على ما تقدم، لكن مقتضى القاعده ضمان الكل لما ذكر من الأصل بعد عدم دليل على تمشى قاعده الاشتراك فى المقام.

ثم مثل مزجه بنفسه ما إذا تركه فى مكان يمزجه ولده ونحوه، لأن السبب أقوى من المباشر، وإن كان المازج أيضاً ضامناً.

ص: ١٢٩

## مسأله ٥: جواز السفر بالوديعة

(مسأله ٥): قال فى الشرائع: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامه ثم لا يضمن، ولا يجوز السفر مع ظهور أماره الخوف، ولو سافر والحال هذه ضمن.

أقول: المعيار هو التعدى والتفريط والخيانه على ما قد عرفت، والمستثنى الموجب لعدم الضمان الإذن والضروره ونحوهما على ما تقدم، فإذا خاف من تلف الوديعة مع إبقائها وحدها وتعذر الرد إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلى أمين أو ما أشبه مما سبق جاز السفر بل قد يجب، وإنما يكون الجواز بالمعنى الأخص فيما إذا كان كل من السفر والبقاء على حد سواء فى الخطر والخوف.

وعلى هذا فإذا كان أحد من السفر والحضر أحرز قدم على الآخر، وإن تساويا تخير، وإذا كان فى أحدهما الحرز دون الآخر تعين أيضاً، وإن ظهر الخلاف بعد ذلك وقد عمل بالموازين العقلانيه لم يكن ضامناً، لأن الإنسان لا يكلف بأكثر من الموازين العقلانيه، بل المودع لا يريد منه إلا مثل ذلك فى غير ما أمر بالاحتياط حتى يكون خارجاً عن الإذن.

وليس الأمر خاصاً بالسفر والحضر، بل بالنقل من دار إلى دار، ومن مكان إلى مكان، ومن علو إلى سفلى ومن سفلى إلى علو، إلى غير ذلك من أقسام التنقلات.

ولو أمره بالوضع فى بيت أو صندوق أو ما أشبه فخاف انهدام السقف وتلفه، أو أمره بالإبقاء فى البلد فخاف اللصوص مما خرج المكان المحدود عن الحرزيه، أو أمره بالسفر بها حيث كان السفر أمناً فصار غير آمن إلى غير ذلك، عمل بالعقلاني، ولو كان فيه مخالفه للمودع، وإلا كان ضامناً لأنه ارتكازى المودع حسب العرف.

ولو خالف بالنقل حيث قالوا بالضمان، فظهر التلف في البقاء، فهل يضمن نظراً إلى زعم المستودع، أو لا- نظراً إلى الواقع، احتمالان لكن الارتكاز على إرادة المودع الواقع إذا لم يكن تقييد بالخلاف.

ومنه يعلم حال ما إذا خالف وكان كل من المكان الأول المأمور به والثاني المنهى عنه سافراً أو حضراً محل التلف، بسبب السيل أو باللص أو بنحوهما، قال في القواعد في أسباب الضمان: (المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل، إلا إلى ما هو أحرز أو مساو على رأى، فإن تلفت بالنقل إليه لانهدامه ضمن).

وظاهره أنه لو تلف بغير الانهدام بموت طبيعي أو تلف طبيعي لم يضمن، كما فسره بذلك مفتاح الكرامة، لكنه محل إشكال، لأن اليد لما صارت خيانيه كان الضمان، سواء كان التلف بسبب النقل أو بسبب طبيعي.

قال في مفتاح الكرامة: (إن المصنف أراد أن ينبه على أنها لو تلفت لا بسبب النقل كالموت فإنه لا يضمن، لأنه فعل سائق لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه، بخلاف التلف بالانهدام، فإنه بانهدامه ظهر أنه ليس مساوياً ولا أحرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا إذن من المودع في الواقع، ومثله مكترى الدابة للركوب لو ربطها في بيت أو اصطبل فماتت لم يضمن، وإن انهدم ضمن لأنه تبين أنه فرط في ربطها فيه حيث لم يراعه، ويبقى الكلام فيما إذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقول إليه ففيه وجهان).

وقد عرفت أن الملاك هو صدق الخيانه والتعدى والتفريط ما أشبه.

(مسألة ٦): قال في الشرائع: (لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله، فإن فقدهما فإلى الحاكم مع العذر، ومع عدم العذر يضمن، ولو فقد الحاكم وخشى تلفها جاز إيداعها من ثقه، ولو تلفت لم يضمن).

أقول: هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل في المسالك لا-نعلم فيه خلافاً بينهم، ووافقهم جماعه من العامه، فإن الوديعة لما كانت عقداً جائزاً جاز للمستودع ردها في كل وقت، فإذا كان المالك أو وكيله أو وليه موجوداً أعطاها له، ولا يبرأ حينئذ بردها إلى الحاكم لأنه لا ولاية له على الحاضر الرشيد.

أما إذا لم يكن المالك ووكيله ووليه وأراد المستودع ردها وجب أن يردها على الحاكم، سواء كان له حاجة إلى الرد من ضروره أو خوف حرق أو سرقة أو نهب أو ما أشبه ذلك، أو لم تكن له ضروره، خلافاً للمشهور الذين حصرروا الأمر في الضروره، ووجهوا ذلك بأنه قد التزم الحفظ فلا- يبرأ إلا- بدفعه إلى المالك أو وكيله، لأن المالك لم يرض بيد غيره إذ لا ضروره له إلى إخراجها من يده، فاللازم عليه أن يحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له العذر.

لكن مقتضى القاعده ما ذكرناه وفاقاً لبعض الأصحاب حيث قال في المسالك: (أجاز بعضهم دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً لأنه بمنزله وكيله، وليس بذلك البعيد).

وهو كما ذكرناه، إذ لا-يلزم على الإنسان أن يحفظ مال غيره وليس معنى قبوله الوديعة وهي عقد جائز أن يبقى على الحفظ وإن فسخ، فإنه خلاف دليل سلطنه الناس على أموالهم وأنفسهم.

وقد اختار هذا الجواهر قائلاً بعد نقله كلام الأصحاب: (قد يقال إن لم يكن إجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له في كل وقت وحينئذ تكون أمانه شرعيه في يده يجب ردها على المالك أو وكيله أو وليه وهو الحاكم وإن لم يكن ضروره).

نعم إذا شرط المالك أنه إذا فسخها لم يكن له إعطاؤها إلا بيده أو يد وكيله، لم يصح له إعطاؤها للحاكم حسب الشرط.

لا يقال: لا مجال للشرط بعد بطلان العقد، بل الشرط في العقد الجائز غير واجب النفوذ لأن الفرع لا يزيد على الأصل.

لأنه يقال: بعد الغض عن قول جماعه بأن الشرط في العقد الجائز أيضاً واجب الوفاء على ما حققناه في بعض مباحث الفقه، تسليمها إلى غير المشروط خيانه.

وعلى كل حال، بعد وضوح وجوب القبول على الحاكم في صورته عذر المستودع، الظاهر وجوب القبول عليه في صورته عدم عذره أيضاً، لأنه منصوب للمصالح وهذه منها، ولذا علله غير واحد بأنه لو لم يجب القبض عليه فانت المصلحة المطلوبه من نصبه، فلا مجال لأصالة البراءة وإن احتملها بعضهم، ولذا قوى الوجوب في المسالك والجواهر، وشبها حمل المديون الدين مع غيبه المدين، والمغضوب ما غصبه إلى الحاكم بالمقام.

### الحاكم يقبض الوديعه

ثم الظاهر أن للحاكم أن يقبضها بنفسه أو يوكل من يقبضها، لأن وكيل الحاكم بمنزله الحاكم، ولا دليل على خصوصيه الحاكم، فقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن قوله (عليه الصلاه والسلام): «قد جعلته عليكم حاكماً» يؤخذ الموضوع في شؤون الحاكم من العرف، ولا شك أن العرف يرون أن مثل ذلك من شؤون الحاكم.

ولذا قال في مناهج المتقين: (وهل للحاكم عند اقتضاء تكليف المستودع الرد إليه أن يمتنع من كل من القبول وتوكيل من يقبضها عنه أم لا، وجهان أقربهما العدم).

ثم الظاهر أنه إن فقد الحاكم أو وكيله تخير بين حفظها بنفسه غير ضامن



لها وبين إعطائها للثقة، كما أشرنا إلى مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقه، فإن قوله (عليه السلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»<sup>(١)</sup> يعطى ذلك، فلا خصوصيه للثقه، وعدول المؤمنين فى المقام بمعنى لزوم مغايرتها لنفس المستودع.

ثم لو عين الحاكم ثقته ليدفعها إليه وكان المستودع يرى عدم وثاقه ذلك وأن الحاكم لا يعلم بما يعلم هو به، لم يجر له دفعها إليه.

وهل له دفعها إلى الحاكم مع علمه بأنه يدفعها إلى من ليس بثقه عند المستودع، لا يبعد ذلك بعد جعل الشارع له قائماً مقام المالك، أما ما إذا يفعل الحاكم فليس من تكليف المستودع، اللهم إلا أن يقال إن أدله الحاكم منصرفه عن مثل ذلك، فهو مثل أن يوكل الحاكم فى طلاق زوجته وهو يعلم أن الحاكم يشتهبه فيطلقها بدون الشهود أو بدون عدالتهم أو فى حال الحيض أو ما أشبه ذلك.

والحاصل أن الحاكم طريق، وهو لا يقف أمام العلم، وهذا إلى الصنائه أقرب.

ثم لو لم يكن الحاكم مبسوط اليد هل يجوز إيداعها للجائر، الظاهر جوازه إذا اضطر وكان الجائر يحفظها كما فى حكومات بلاد الإسلام اليوم، بشرط عدم وجود الثقة الحافظ لها، وقد ذكرنا فى كتابى التقليد والقضاء جواز مراجعه الجائرين مع الاضطرار، ولو كان الاضطرار بمعنى أنه يريد تحصيل ماله أو ما أشبه مما ليس من مثل الاضطرار إلى شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

وعلى أى حال، فقد تبين مما تقدم وجه ما ذكره الشرائع بقوله: (لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن)، لما عرفت من الترتيب بين الحاكم وبين

ص: ١٣٤

---

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢

الثقة، فلا- يجوز تقديم الثقة على الحاكم، نعم إذا لم يقبل الحاكم الوديعة إما لعدم بسط يده أو لعدم رؤيه وجوب ذلك عليه اجتهاداً مثلاً، جاز إعطاؤها للثقة، وكذلك في سائر الموارد الشبيهة بهذه المسألة.

أما قول الشرائع بعد ذلك: (إذا أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخشى المعاجلة) ففي إطلاقه نظر وإن تبعه القواعد والإرشاد وغيرهما، إذ الدفن قد يكون أولى من التسليم إلى الحاكم أو في عرضه، فلا وجه للإطلاق الضمان.

ولذا أشكل عليه الجواهر بأن في ما ذكره نظر، لضروره ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور، والدفن مناف له والإعلام ليس رداً ولا إيداعاً، إذ فيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ، كما أنه لو خشى عليها من معاجلة السارق والظالم لم يضمن حينئذ بالدفن المراعى مقدار ما يتمكن منه من الحرز به والإعلام ونحوهما، لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك.

ثم إنه لا- يلزم أن يكون الخوف من الظالم والسارق ونحوهما، بل إذا خاف من نفسه حيث يجد نفسه شبقاً بحيث يمكن أن يجامع الحيوان المودع عنده، أو خاف من ولده أو نحوه بمثل هذا الخوف، وجب عليه التخلص منها بالرد إلى المالك أو وكيله أو وليه أو وصيه، ومع عدم الإمكان بإعطائها إلى الحاكم، ومثله حال سائر المخاوف كاستعماله وأكله وقتله وما أشبه ذلك لوحده الملاك في الجميع.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال: (إذا أراد المستودع المسافره وترك ردها إلى المالك أو من يقوم مقامه ولا إلى الحاكم ولا الثقة بل دفنها مع إمكان شيء من أفراد الرد المذكوره ضمنها، سواء تعذر عليه بعض

أفراد الرد مع إمكان الباقي أولم يتعذر شيء منها، وسواء دفنها في حرز أم غيره، أعلم الثقة أو الفاسق بذلك أولم يعلم أحداً، وسواء كان الثقة الذي أخبره في منزل الدفن أو خارجاً عنه، وسواء كان مضطراً إلى السفر أم لا، وسواء كان الدفن مغيراً لها أم لا).

كما أنه إذا أراد الدفن في موضع لزم أن يكون حرزاً عرفياً، ولا يلزم الأحفظ فالأحفظ، لأنه لا دليل عليه بعد العرفيه في أنه ليس من الخيانه ومن حفظ الأمانه، فقول مناهج المتقين: (نعم لو تعذر إيصالها إلى من ذكر إما خوفاً من التلف أو لمعالجه رفته على وجه لا يمكنه التأخير إلى الإيصال جاز له الدفن في حرز مراعيماً الأحفظ من الأمكنه) غير ظاهر الوجه.

ولا يخفى أنه لا- خصوصيه للدفن، بل الجعل في مكان أمين ولو بالإلقاء في بالوعه أو نهر أو بئر أو حوض أو نحوها، وفي مثل الطير والسباع والأسماك ونحوها بإطلاقها في الغابه والهواء والماء فيما إذا تيقن بإمكان إرجاعها لانسهابه، كما في الدلفين بالنسبه إلى الحيوانات البحريه، والطيور والسباع المألوفه بالنسبه إلى معلّمها، إلى غير ذلك.

## مسأله ٧: لو أعاد الوديعة بعد التفريط

(مسأله ٧): قال فى الشرائع: لو أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ، ولو جدد المالك له الاستئمان برئ، وفى القواعد: ولا تعود أمانته لو ترك الخيانه، وفى مفتاح الكرامه: كما صرح به جماعه، وهو قضيه كلام الآخريين، وقد يقال إن إجماع التذكره يتناوله.

ثم قال العلامه: فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان.

وفى مفتاح الكرامه فى عدم عود الأمانه لم يحك الخلاف إلا عن أبى حنيفه، قال: لأنه مأمور بالحفظ فى جميع الأوقات، فإذا خالف فى جهه منها ثم رجع وعاد إلى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به، أى كان ماسكاً بأمر صاحبها، وينقض عليه بما إذا جردها ثم أقر بها، وبما إذا رد السارق السرقة إلى موضعها، وبالحكم المذكور هنا صرح فى المبسوط والخلاف وغيرهما.

أقول: حاصل دليل المشهور الحل بأنه خرج عن الأمانه فعودها بحاجه إلى الدليل، والنقض بالسارق ونحوه، وفى كلا الدليلين نظر:

أما الأول فلأن الحكم تابع لموضوعه، فإن التفريط والتعدى يوجب الخيانه ما دام باقين، أما مع فقدهما فيقال إنه قد خان سابقاً لا إنه الآن خائن، إلا إذا قيل بأن المشتق حقيقه فيما انقضى عنه المبدأ، وهو خلاف رأى المحققين.

وأما الثانى ففيه:

أولاً: إن كل مقام دل الدليل على بقاء الحكم السابق نقول به، وإلا فمقتضى القاعده ما عرفت.

وثانياً: من أين يقال بضمن السارق والجاحد إذا رد وأقر، وإن قيل للاستصحاب يقال بعد تبدل الموضوع لا استصحاب.

ومنه ظهر وجه النظر فى دليل الجواهر الذى استدل له بأنه للأصل وغيره.

وقد صرح فى المسالك بأن الحكم للاستصحاب إلى أن يحصل من المالك

ما يقتضى زواله، ثم قال: (ويتحقق الزوال بأمور، منها: أن يردده عليه ثم يجدد له الوديعه، وهذا لا شبهه فيه لأنه وديعه مستأنفه رتب عليها حكمها الذى من جملته كون الودعى أميناً، ومنها: أن يجدده له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول: أذنت لك فى حفظها، أو أودعتكها، أو استئمتك عليها، ونحو ذلك، ومنها: أن يبرأه من الضمان، وقد جزم ببراءته المصنف، والوجه فيه أن الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه بالبراءة).

وما ذكره تام، وإن أشكل عليه الجواهر حيث قال: (أما لو قال أذنت لك فى حفظها أو نحوه، فالأقوى عدم البراءة من الضمان للأصل وعدم صيرورته وديعه جديده بذلك، إذ هو بالتفريط السابق لم يفسخ عقد أمانته ولم يرتفع الإذن له فى حفظها، وإنما صارت به وديعه مضمونه).

إذ فيه: إن العقد السابق لا- يحتاج إلى الفسخ، بل يمكن إضافه عقد آخر عليه، ولا مانع من جمع العقدين مطلقاً لأنه اعتبار، وتعدد الاعتبار فى مورد واحد ممكن إذا كان لكل أثر، كما فى الواجبين فيما إذا نذر الحج الواجب عليه، أو الصوم الواجب عليه، أو الصلاة الواجبه، وكذلك جمع المحرمين كما إذا نذر ترك شرب الخمر، إلى غير ذلك.

وهكذا حال ما إذا لم يجدد عقداً بل قال: إن حاله قبل الخيانه باقيه، حيث معناه البقاء على الكيفيه السابقه.

كما أن إشكال الجواهر على قول الشرائع: وكذا لو أبرأه من الضمان، غير ظاهر الوجه، قال مستشكلاً عليه: (لكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصله الضمان، ضروره عدم ثبوت مال فى الذمه يكون مورداً للإبراء، فإن المراد من الضمان إشغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمه، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب فى يدك ونحوه، مما هو إبراء عما لم يجب بعد، ودعوى

كون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذى هو تأهل الذمه إلى الاشتغال على تقدير التلف، يدفعها منع سقوطه بذلك للأصل ولظاهر ما دل على سببه الضمان الشامل لصوره الإسقاط السالم عن معارضة ما يقتضى صحه هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه).

إذ يرد عليه أن الحق كالمملك للمالك، له كل تصرف فيه سوى ما منعه الشارع، وأى دليل على منع الشارع فى المقام، كما أنه أى دليل على أنه إذا قال للغاصب: أنت برىء، أنه لا يبرأ، وكونه قبل تعلق الحق الفعلى غير ضار بعد وجود الحق الشأنى، كبراءه الطبيب من التطيب أو مصالحه الزوجه حقها لزوجه أخرى أو للزوج وبالعكس إلى غير ذلك، وكذلك حال كل حق حتى التحجير لأنه اعتبار عرفى لم يغيره الشارع، ولذا كان المشهور مع الشرائع فى الفتوى بذلك.

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: لم يزل الضمان ما لم يحدد الاستئمان ويتحقق بأن يحدد له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول له أذنت لك فى حفظها أو أودعتك إياها أو استأمنتك عليها ونحو ذلك: كما فى المبسوط والغنيه والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، لأن الضمان إنما كان لحق المالك وقد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه.

ويمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول عنه الضمان أم لا، وقد تقدم لنا فى باب الرهن أن زوال الضمان فى إيداع الغاصب مختار جماعه كثيرين بل استظهارنا أنه ليس محل خلاف، وفى الوسيله فيما نحن فيه أنه لا يزول إلا بالرد وهو شاذ على الظاهر.

ثم قال السيد العاملى: ويتحقق الاستئمان أيضاً بالبراءه من الضمان بأن يبرأه من الضمان كأن يقول له: أبرأتك من ضمانها ونحو ذلك، كما فى التذكرة وجامع

المقاصد، وما يأتي في الكتاب في فصل الأحكام فإنه يبرأ من الضمان بذلك، كما في المبسوط والخلاف والغنيه والسرائر والشرائع والتحرير والتبصره، وهما متلازمان لأن الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه، كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبراه المالك من ضمان الحفر، لكن في ديات التحرير تأمل في هذا التنظير.

ثم إنه لا إشكال في البراءة من الضمان أيضاً فيما لو مات المودع وورثه المستودع، أو أخذه تقاصاً أو صار حربياً أو ما أشبه مما تقدم الكلام فيه.

### لو أكره على دفعها لغير المالك

ثم قال الشرائع: (ولو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها ولا ضمان)، وفي الجواهر: وفاقاً للمشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً، لضعف المباشرة وقوه السبب، ولأصاله البراءة وللضرر بترك التسليم فيباح له شرعاً، ويكون مندرجاً في نبوى الرفع المقتضى رفع الحكم وضعاً وتكليفاً إلا ما خرج.

ومقتضى القاعده أن الحكم كذلك لو كان مضطراً إلى الدفع، إلى غير المالك.

لا يقال: يأتي بعض الأدله في الدفع إلى غير المالك في حال النسيان مثل دليل الرفع، بالإضافة إلى أصل البراءة، وكذلك فيما إذا دفعه إليه سكراناً أو نحوه، فإن عدم وجود دليل قوه السبب و«لا ضرر» في المقام لا يضر بعد وجود الدليلين الآخرين، مع وضوح أن الدفع نسياناً ونحوه لا يوجب البراءة.

لأنه يقال: دليل «من أتلف» محكم، فلا مجال للأصل الذى هو أصيل حيث لا دليل، ورفع النسيان للضمان غير ظاهر من دليله، وإلا فلو أكل مال الغير نسياناً هل يقال بأنه ليس بضامن.

ثم إن أبا الصلاح أوجب الضمان في الإكراه لكونه متلفاً وقد باشر الدفع

بنفسه فيشمله عموم «من أتلف» وما أشبه، وإن كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته فقرار الضمان عليه.

وأشكل عليه الجواهر بأنه قد يشك في تناول الأدلة لمثل الفرض الذى هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً، فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره، وإشكاله عليه وجيه لما عرفت من الأدلة.

ولا فرق بين أن يكون الإكراه بأخذ المكره المال، أو يكون الإكراه لأخذ غيره، كما لو أكره السلطان المستودع بأن يعطيه لزيد، ويأتى الكلام السابق فيما إذا أكره المكره المستودع بأن يتصرف فى ذلك بالإفناء مثلاً، أو مجرد التصرف كما إذا جبره على أكل الطعام المودع عنده أو ركوب الدابة أو نحو ذلك لعدم الفرق فى المناط المذكور.

أما لو زعم المستودع الإكراه ولم يكن إكراه واقعاً على ما مثلناه فى كتاب الطلاق وغيره، فلا إشكال فى الضمان، لأن الوهم لا يغير الواقع.

ولو كان إكراه واقعاً لكنه لم يعلم بالإكراه بل دفعه إلى غير المالك من دافع نفسه فهو ضامن، لأن الإكراه يجب أن يكون مربوطاً بالعمل، فإذا كان بينهما فصل لم يرفع الحكم.

ثم لو فرط فى الوديعه ثم أكرهه المكره هل يضمن، الظاهر نعم، لأنه لا دليل على أن الإكراه يرفع الضمان السابق، فهو كما إذا زنت طائعه ثم لما أرادت الانصراف فى وسط المباشرة أكرهها الزانى على البقاء حيث لا يرفع الإكراه الحد.

ولو انعكس بأن أكرهه المكره ثم فرط قبل إيصاله إلى من عينه المكره، كما إذا أكرهه على دفع الشاه إلى غير المالك فجعل الشاه ليلاً فى الهواء الباردة مما يكون تفريطاً فى حقها، ثم سلمها غداً إلى غير المالك، فالظاهر عدم



الضمان للدليل فى الفرع المتقدم، فتأمل.

ولو أكره المستودع لكنه فرط بما أوجب موت الشاه فى المثال السابق، فالظاهر الضمان، لأن الموت مستند إلى التفريط أو التعدى مثلاً- لا إلى الإكراه، فهو كما إذا أكرهها على الزنا لكنها زنت طائعه لا بإكراهه حتى لو لم يكن الإكراه كانت زنت، فإن الحد ثابت لعدم استناد الزنا إلى الإكراه، فتأمل.

ومنه يعلم الحال فى الاضطرار، لوحده الملاك فى المقامين، كما أنه لو اضطرت وأكرهت معاً ففعلت لأحدهما لم يكن حد، لأن الاستناد إلى أيهما يرفع الحد، وكذلك إذا استندت إلى كليهما معاً بحيث لو كان أحدهما لم يوجب.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كان العطب فى الوديعه مستنداً إلى التعدى والتفريط معاً، مثلاً كان تركها فى الهواء الباردة ليلاً، ثم ركبها مسافه طويله فى النهار، بما أوجبا معاً هلاكها، لكن فى المقام يكون الضمان بأول الأمرين، نعم إذا تصورنا تقارنهما يكونان سبباً واحداً لانكسار السببين المتواردين اعتباراً كانكسارهما تكويناً، كما ذكرنا ذلك فى الأصول وكتاب البيع مفصلاً.

ص: ١٤٢

(مسأله ٨): قال في الشرائع: (إذا أنكر الوديعه أو اعترف وادعى التلف أو ادعى الرد ولا- بينه فالقول قوله)، وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال في الأول، لعموم «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وعلى المشهور في الثاني شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، سواء أسنده إلى سبب أو لا، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقة ونحوها، بل في التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل لم يحك الخلاف فيه إلا من الشيخ في المبسوط فلم يقبل قوله إلا بالبينه في التلف بأمر ظاهر لعموم البينه، لكن رماه بعضهم بالشذوذ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالإجماع الظاهر أو المحقق المحكى أو المحصل).

وكذا بالنسبه إلى ادعاء الرد لأن الأمين مؤتمن وليس عليه إلا اليمين، كما دل على ذلك النص والفتوى مثل روايه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان» كذا رواه الكليني (١).

وفي روايه الصدوق مثله، وزاد في آخره: «وقال في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: هو مؤتمن» (٢).

وفي روايه أخرى للكليني، قال في حديث آخر: «إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان» (٣)، بعد وضوح عدم لزوم الاشتراط، وإنما الاشتراط من باب مزيد الاطمئنان.

وعن أبان بن عثمان، عن حدثه، عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث قال: وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (٤).

لوجود ملاكه في المقام.

ص: ١٤٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعه ح ٤

وعن الصدوق، قال: روى أن رجلاً قال للصادق (عليه السلام): «إني أئتمنت رجلاً على مال أودعته عنده فخانني وأنكر مالي، فقال: «لم يخنك الأمين، ولكن ائتمنت أنت الخائن» (١).

بناءً على أن المراد من هذا وشبهه بيان الحكم الشرعي بعدم خيانه كل أمين لك، وأنه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعاً، ولكن إذا خونته فاللوم عليك حيث إنك ائتمنت الخائن بزعمك.

وعن المقنع قال: سئل الصادق (عليه السلام) عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله، قال: «نعم ولا يمين عليه» (٢).

قال: وروى أنه قال (عليه السلام): «لم يخنك الأمين، ولكن ائتمنت الخائن» (٣).

وعن مسعدة بن صدقه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتهم من ائتمنت» (٤).

وعن مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته» (٥).

إلى غيرها من الروايات الواردة في باب الإجاره والعاريه والمضاربه وغيرها، بعد وحده الملاك في الجميع.

بل عن أبي علي وأبي الصلاح: إنه لا يمين عليه إلا مع التهمه للمرسل لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب.

وعن الصدوق والشيخ في النهايه وابن حمزه: إنه لا يمين عليه مطلقاً.

ص: ١٤٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح ٦

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من الوديعة ح ٨

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٤ من الوديعة ح ٩

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٤ من الوديعة ح ١٠

وعن الفقيه: قضى مشايخنا (رضى الله عنهم) على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن ولا يمين عليه.

## هل يحتاج المنكر إلى اليمين

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو أنكروا الوديعه فالقول قوله مع اليمين): كما فى المبسوط وغيره.

وفى المسالك: إنه لا شبهه فيه، وفى مجمع البرهان: الظاهر أنه لا إشكال فيه، وعند قوله: (أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر) أن فى التذكرة إذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا، سواء كان بسبب ظاهر أو خفى.

وفى مجمع البرهان: الظاهر أنه لا خلاف فيه، وفى المسالك والكفايه: إنه المشهور، ويكون القول قوله مع يمينه صرح فى الشرائع والتحرير والإرشاد والتبصره وغيرها، مضافاً إلى الفتاوى والإجماعات والشهره.

وقال السيد العاملى عند قول العلامه: (أو نقص القيمه): أى لو اختلفا فى القيمه بعد الاتفاق على التلف بالتفريط، فالقول قول المستودع بيمينه، كما فى السرائر وكشف الرموز والمختلف وإيضاح النافع، وفى الرياض: إنه أشهر بل لعل عليه عامه من تأخر، وفى الشرائع والنافع: إنه أشبه.

وحكاة فى المختلف عن التقي وابن حمزه، وقال عند قوله: (وعدم التفريط القول قوله مع اليمين): كما فى النهايه والغنيه والسرائر والنافع والتنقيح والكفايه.

وفى الرياض: إنه لا خلاف فيه إلا من حيث لزوم اليمين.

ثم قال القواعد: (وفى الرد نظر) أى فى قبول قوله إذا قال رددته إلى المالك.

وفى مفتاح الكرامه: كما فى التذكرة فى الباب والوكاله، والمختلف فى الوكاله، والإرشاد والكفايه حيث قال: (فيه إشكال) قال: لكن فى المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الإرشاد لولده والإيضاح واللمعه وجامع المقاصد

وإيضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها أنه يقبل قوله مع يمينه، وهو المشهور كما في التنقيح والمسالك والروضه والكفايه، وقول الأكثر كما في مجمع البرهان، وفي وكاله السرائر والمهذب البارع وكذا المسالك الإجماع عليه، وهو المحكى عن نهايه المرام للصيرى.

وقال فى المهذب: إن استشكل العلامه نادر.

وفى الجواهر: (بل أرسلوه فى غير المقام إرسال المسلمات وهو الحجه مضافاً إلى كونه أميناً، وإلى غير ذلك ما سمعته فى دعوى التلف مما يمكن إجراؤه هنا، وهو كما ذكروه، فإشكال العلامه غير ظاهر الوجه).

ثم إن الجواهر قال: (نعم لا يقبل قوله فى ذلك فى الرد على الوارث لأنه لم يأت منه)، لكن فيه نظر حيث إن ظاهر الأدله المتقدمه عدم الفرق وإنما يقبل قوله لأنه أمين، فأى فرق بين أن يكون الوارث أو غير الوارث.

ومنه يعلم حال الوالى فيما إذا تجنن ونحوه، والوارث فيما إذا ارتد، والحاكم إذا غاب غيبه منقطعه، إلى غير ذلك.

ثم إن الشرائع قال: وللمالك إحلافه على الأشبه.

أقول: إنا قد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه أن اللازم على الحاكم التحقيق أولاً، ثم طلب البيئه واليمين، وذلك لأنه متعارف الحكام العرفيين، وقد قال الشارع: «جعلته عليكم حاكماً» (١)، ففى كل مورد لم يدل دليل من الشرع على تغيير الشارع

ص: ١٤٦

---

١- انظر الوسائل: ج ٨ ص ٩٩ الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١

للكيفيه العرفيه كانت هي المعيار كسائر الموضوعات، وقد دل الدليل على ذلك في قضايا رسول الله (صلى الله عليه وآله) وعلى (عليه السلام) حيث كانا يحققان ويتوسلان لإظهار الواقع بالقرائن والأدله.

مثلاً- لم يقل على (عليه السلام) لتلك الفتاه المتهمه للشاب بأنه أراد بها الفاحشه أن عليها البيئه وإلا فعلى الشاب اليمين، بل كشف الأمر بسبب بياض البيض<sup>(١١)</sup>، إلى غير ذلك مما ذكرنا جملة منه في كتاب القضاء.

وحيث إن الشارع لم يجعل البيئه على المستودع بضميمه قوله: «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»<sup>(١٢)</sup> يكون عليه اليمين مع الاتهام، سواء كان منكرًا كما إذا ادعى المودع أنه تعدى على الوديعة بالركوب واللبس وما أشبه، أو كان المودع المنكر والمستودع المدعى، كما إذا قال المستودع إنه أكره من قبل الجائر بإلقائه في البحر، أو افترسه الأسد أو غصبه الغاصب أو ما أشبه ذلك من ما يجعله مدعيًا، وأنكر المودع ذلك.

وقد اختلفوا في أن عليه اليمين مطلقاً، أو ليس عليه مطلقاً، أو يفصل، والروايات في المقام على طائفتين، وإذا انضمت إليها الطائفة المطلقة فهي على ثلاث طوائف:

طائفه دلت على عدم اليمين عليه حتى في غير الثقه، كما تقدم في مرسل المقنع<sup>(١٣)</sup>، وفي روايه الغرر عن على (عليه السلام) قال: «أدّ الأمانه إذا ائتمنت، ولا تتهم غيرك

ص: ١٤٧

- 
- ١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٠٦ الباب ٢١ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى ح ١
  - ٢- الوسائل: ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفيه الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١
  - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٧

إذا ائتمنته فإنه لا إيمان لمن لا أمانه له» (١).

وطائفه دلت على وجود اليمين عليه، مثل قوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أفضى بينكم بالأيمان والبيئات» (٢).

وطائفه دلت على التفصيل بين الثقة وغيره، فعلى الثاني (المتهم) البيئه، كما فى مرسل الغنيه على ما فى مفتاح الكرامه قال: «وروى أنه لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب».

وروايه الدعائم، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، والقول قول المودع إذا قال ذهب الوديعة، وإن أتهم استحلف» (٣).

وعن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل دفع إلى رجل وديعه فقال المودع: نعم قد استودعتنى إياها ولكن أمرتنى أن أدفعها إلى فلان، وأنكر المستودع أن يكون أمره بذلك، قال: «البيئه على المستودع أن صاحب الوديعة أمره بدفعها، وعلى المستودع اليمين» (٤).

وعنه (عليه السلام)، أنه قال فى رجل أودع رجلاً وديعه، فقال: إذا جاء فلان فادفعها إليه، فدفعها فيما ذكر، وأنكر الذى كان أمره بدفعها إليه أن يكون قبضها منه، قال: «القول قوله إنه دفعها مع يمينه إن اتهم، لأن صاحب الوديعة قد أقر بأنه أمره بدفعها» (٥).

وعلى هذا فالجمع بين الأدله يقتضى وجود اليمين على المستودع مع الاتهام

ص: ١٤٨

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٢

٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٣

دون غيره، ويؤيده جملة من الروايات المتفرقة في الأبواب المختلفة، بالإضافة إلى ما عرفت من الأصل، فإن الخارج يحتاج إلى الدليل لا الأصل، مثل قول الصادق (عليه الصلاة والسلام): «إذا ادعى المستعير إتلاف العاريه ولم يكن له عليه بينه وكان ممن يتهم لم يصدق ويضمن»، إلى غير ذلك.

ويؤيد الاحتياج إلى اليمين في الجملة: أن حكم الحاكم في الموضوعات مع عدم القطع من دون بينه ولا يمين غير معهود من الشريعة، ومن الواضح الفرق بين مقام الحجية في نفسها وبين مقام فصل الخصومه، ولهذا نرى أن اليد حجة في نفسها لكنها لا تفصل الخصومه إلا بعد اليمين.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو دفعها إلى غير المالك وادعى الإذن من المالك في ذلك فأنكر المالك فلا ريب في أن القول قول المالك مع يمينه، لعموم قوله: «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» الذي هو المالك هنا لأنه هو الموافق للأصل).

أقول: ولا- يأتي هنا أنه مؤتمن فليس عليه إلا- اليمين، لانصراف الأدله عنه، فإن قوله في خبر مسعده: «ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتهم من أئتمنت»، وفي خبر ابن زياد: «ليس لك أن تتهم من قد أئتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته»، وما أشبه ذلك ظاهر في كون الأمر دائراً مدار الخيانه والعدم، وهذا ليس من الخيانه في شيء وإن كان ربما يسمى بالخيانه توسعاً.

ثم من ادعى المستودع الدفع إليه على أربعة أقسام، فإن كذبه فالقول قوله أيضاً، لأن الأصل عدم الدفع، فعلى المدعى البينه وعليه اليمين، وإن صدقه ردت العين إن كانت باقيه، وإن كانت تالفه كان المالك بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما، وإن سكت يعامل معه معامله الساكت في طرف المدعى، وإن كان



وارثه وقد مات، أو وليه وقد جن، أو ما أشبه ذلك وادعى عدم العلم حلف على العدم، أو العلم حلف على القطع.

ثم قال الشرائع: (ولو صدقه على الإذن لم يضمن وإن ترك الإشهاد على الأشبه).

أقول: وهو كما ذكره، فإنه لو صدق المالك المستودع على إذنه في دفعه إلى الغير أو ما أشبه الدفع مثل إلقائه في البحر أو نحو ذلك، لكن المالك أنكر التسليم فهو كدعوى الرد، مقتضى القاعده فيه أنه ليس على الأمين إلا اليمين، فهو حينئذ كالوكيل، ودعوى الرد على الموكل على ما عرفته في كتاب الوكاله.

أما لو صدقه على التسليم أيضاً لمن أذن له لم يضمن المستودع بإنكار المأذون له، وإن كان المستودع ترك الإشهاد، خلافاً لمن قال بالضمان حيث اختلف الأصحاب في أن من أمر غيره بدفع الوديعة إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فأنكر المدفوع إليه هل يضمن الدافع أم لا؟

قيل: يضمن فيهما لأن إطلاق الإذن يقتضى دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، فإذا ترك الإشهاد فقد قصر خصوصاً في الدين، إذ الغرض منه براءة الذمه ولا يظهر ذلك إلا بالإشهاد، لأن الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

وقيل: لا يجب الإشهاد فيهما ولا ضمان بتركه، لأن المأمور به هو الدفع وقد امتثله، والمتوقف عليه أمر آخر لا يدل عليه إطلاق الأمر وإنما هو مطلوب من الأمر، وعدم الإشهاد كما عرفت من الشرائع هو الأشبه بأصول المذهب وقواعده حيث إن الأمر لا يدل عليه إلا إذا كان هناك انصراف عرفي، فإنه إذا لم يشهد لم يكن إذن، ولهذا كان الضمان على ما تقدم.

وعلى أى حال، فمن يرى الإشهاد يراه من باب المصداق لا الخصوصيه،

فمثله أيضاً كتابه المدفوع إليه أو سائر القرائن الداله على الدفع.

ثم لا فرق بين كون دفع الوديع حراماً أو حلالاً، كما إذا قال المودع ادفعه لمن قامر معه، فغلبه من باب استحقاق طرفه له استحقاقاً بالقمار، أو قول ادفعه إلى الفاجر إلى غير ذلك، وهكذا لو أمره بصرفه في السرف أو إلقائه في البحر اعتباطاً، إذ بعد الأمر والإذن لا يكون التلف بدون الإذن الذي هو معيار الضمان، لانصراف دليل اليد ومن أتلف إليه.

ثم لو اختلفت الورثة أو المودعان في التصديق والتكذيب أو ما أشبه ذلك كان لكل حكمه، والعلم الإجمالي بعدم مطابقه أحدهما للواقع لفرض الوحده لا يضر بعد عدم أثر عملي له.

ص: ١٥١

(مسأله ٩): قال فى الشرائع: (إذا أقام المالك البيه على الوديعه بعد الإنكار، فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه، لاشتغال ذمته بالضمان، ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بيته كان حسناً).

أقول: قد تقدم أنه إذا أنكر الودعى الوديعه يقبل قوله وليس عليه إلا اليمين لأنه منكر، فمدعى الوديعه بحاجه إلى الإثبات من البيه ونحوها، فإذا ادعى المالك الوديعه وأنكر الودعى ثم أقام المالك البيه فصدقها الودعى لكنه ادعى التلف قبل إنكاره، فقد ذهب غير واحد إلى أنه لا تسمع دعوى الودعى بالتلف لأن دعواه منافية لإنكاره الأول الذى هو بمنزله الإقرار بالنسبه إلى ذلك فى حقه، فيناقض حينئذ كلامه ولا يتوجه له يمين ولا يفيد إقامه البيه بعد أن كذبها بإنكاره الأول.

لكن مقتضى القاعده هو القبول كما ذكره الشرائع، لعموم قوله: «البيه على المدعى واليمين على من أنكر»، وإطلاقه شامل للمقام أيضاً، ولأنه يجوز استناد إنكاره إلى نسيان ونحوه، وقد اختاره العلامة فى التذكرة.

وفى المسالك نقل عن المختلف منع قبول بيته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه، قال: (إن له إحلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه، وفى القواعد منعهما معاً فصار للعلامه فى المسأله ثلاثه أقوال، وفيها قول رابع وهو أنه إن أظهر بإنكاره تأويلاً كقوله ليس لك عندى وديعه يلزمنى ردها أو ضمانها ونحو ذلك، قُبلت وسمعت بيته، وإن لم يظهر لها تأويلاً لم تقبل، واختاره الشهيد وهو حسن).

لكن قال العلامة فى القواعد: وإن أقيمت عليه البيه فادعى الرد أو التلف من قبل، فإن كان صيغه جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بيه ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه، وإن كان صيغه الجحود: لا يلزمنى شىء، قبل قوله فى

الرد والتلف مع البينه وبدونها فى الأخير وفى الأول على رأى، ولو أقرّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، وفى سماع بينته بذلك إشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار.

وتبعه المسالك قائلاً: (هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أما لو كانت صورته لا يلزمنى شىء أو لا يلزمنى تسليم شىء إليك أو ما لك عندى وديعه أو ليس لك عندى شىء، فقامت البينه بها فادعى التلف أو الرد، سمعت دعواه وبينته، لعدم التناقض بين كلاميه).

وهو كما ذكره، لأنه ليس من التناقض فى شىء، بل قد عرفت أن مقتضى القاعده ما ذكره المحقق وتبعه غيره.

ثم إنه لو أقر بأن لديه وديعه ثم أنكر، لم يستبعد توجه اليمين عليه أيضاً إذا أبدى عذراً فى إقراره، فإنه لو لم يسمع يمينه يلزم تخسيره فى كثير من الأحيان حيث يقول إن إقراره كان لأجل أمر كما ذكروا مثل ذلك فيما إذا أثبت قبضه المال فى الورقه ثم أنكر بحجه، مثل أنه إنما كتب لتعارف ذلك قبل القبض ثم لم يدفع له المديون المال، لكن الغالب أن الفقهاء لا يقبلون الإنكار بعد الإقرار بحجه إقرار العقلاء وإن كان المشرف على سير المرافعات يرى كثره مثل ذلك فيها.

ويؤيده أن الزهراء (عليها الصلاة والسلام) ادعت مره أن فذك إرث ومره أنها نحله(1) ولم يكن لطرفها أن يقول إن الكلامين تناقض، فتأمل.

ثم إنه ليس من الإنكار بعد الإقرار إذا اختلف المتعلق، كما إذا قال المالك: أودعت عندك مائه دينار، فقال: لا، ثم اعترف بوديعة خمسين، بل وعكسه أيضاً

ص: ١٥٣

كذلك، فإن العموم المطلق يجعل الأمرين غير متناقضين، وكذلك حال ما إذا كان بينهما من وجه، أما إذا كان بينهما تباين كما إذا ادعى وديعه شاه فأنكر، ثم أقر بودعيه معز فالأمر أوضح.

ثم إن المسالك قال: (وحيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان، وإن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيائته بالجحود ومنع المالك عنها).

وفيه: إن الجحود مطلقاً ليس من الخيانة إذا أظهر له وجهاً محتملاً بالنسيان ونحوه.

## مسألة ١٠: إذا عين له حرزاً وجبت المبادره إليه

(مسألة ١٠): قال فى الشرائع: (إذا عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادره إليه بما جرت العاده، فإن أخرج مع التمكن ضمن)، وفى الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال للتعدى بالوضع فى غير ما عينه له المالك)، ثم قال: (بل الأقوى بقاؤه على الضمان وإن وضعه بعد ذلك فى الحرز مع احتمال عدمه حينئذ).

أقول: أما بالنسبه إلى فرعه الأول فلأنه بدون المبادره المتعارفه يكون خائناً عرفاً فيشمله أدله الخيانه، وأما بالنسبه إلى فرعه الثانى فقد عرفت أن رد الوديعه إلى الحرز يوجب عدم الضمان، أما مسأله التسليم إلى الزوجه والخادم ونحوهما فإن كان يرى العرف أنه من الخيانه فهو وإلا فلا، خصوصاً بعد تعارف مثل ذلك.

وكان الجواهر أشار إليه بقوله: (اللهم إلا أن يكون هناك قرائن حاله أو مقالیه تدل على ذلك).

ومنه يعرف الحال بالنسبه إلى المسائل المشابهه، مثل عدم السرعه فى علف الدابه وسقيها، أو تحصين المتاع، أو إخفاء ما فى معرض التلف إذا كان ظاهراً، إلى غير ذلك لو حده الملاك فى الجميع.

ثم إن وجوب المبادره على ما ذكرناه هو المشهور بينهم، وقد حكى عن التحرير والتذكرة والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم.

أما ما يستفاد من كلام المبسوط وغيره ممن قيد بالإمكان من أنه لا يجوز تأخيراً لاستكمال وطره وحاجته من بيع أو شراء أو تدريس أو أكل أو حمام مما ليس ضرورياً، فقد عرفت فى السابق التفصيل فيه.

كما أن المبادره الواجبه هى العرفيه فلا يلزم الركن والعدو ونحوهما إلا إذا كان فى معرض التلف حيث يرى العرف أن التأخير بالمشى العادى أو جب استيلاء الظالم أو الحيوان عليه فحينئذ يجب.

## مسألة ١١ : إذا اعترف بالوديعة ثم مات

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل تخرج من أصل التركة، ولو كان له غرماء وضاق التركة حاصهم المستودع، وفيه تردد).

أقول: الظاهر التفصيل في المسألة بين تعارف إبقاء الوديعة وبين عدم تعارفها، وإنما الذي ذكره يأتي في الأول دون الثاني، فالوديعة كسائر الحقوق والأحكام جرت سيره المسلمين على عدم الاعتناء ببقائها بعد مده طويله من الزمن، وهي تقف أمام الاستصحاب، سواء في نفس الإنسان حيث يشك بعد مده، أو ورثته أو وصيه أو نحوهما.

فإن كل وارث على الأغلب يعرف أن مورثه استدان من البقال والعطار وغيرهما في قبال البضاعة المشتراه منهم، واستدان النقود من الدائن وقت حاجته، وأودع الناس عنده شيئاً، وفاتت منه صلاه وصيام، وتعلقت به نفقه زوجته ونحو ذلك، ومع ذلك لا يعتنون إلا بالمقدار المعلوم، حتى أن مثل ذلك أيضاً سيره نفس الإنسان في عدم الاعتناء بما فعله قبل ثلاثين سنة مثلاً، ولا يمكن التمسك بالاستصحاب لها أو لغيرها من الوجوه، نعم في غير ما جرت سيره يحكم بالاستصحاب.

وقد استدل المشهور على ما ذهبوا إليه مما عنونه الشرائع بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها إلى أن يردها إلى مالكها، فإذا لم نعلم أنه ردها إلى مالكها كان ضامناً لها، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، فاللازم على الوارث إرجاع الوديعة إلى صاحبها.

قالوا: ولأنه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن، ولاستصحاب بقاءها في يده إلى الموت، وبعده تكون في جملة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى عينها لعدم معرفتها وجب البدل، فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء، وإذا كان مردداً بين

شيئين أو ثلاثة أشياء مثلاً، فلا تنتشر في كل التركة، وإنما يكون من المشترك بينهم وبين المودع.

أما ما ذكره الشرائع من التردد، ففي المسالك يحتمل أمرين:

(أحدهما: أن يكون في أصل الضمان، فإن اعترافه بها في حياته إنما يقتضى وجوب الحفظ، وإلا فذمته بريئه من ضمانها، فإذا مات ولم يعلم احتمال تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها إلى المالك، والأصل براءة ذمته من الضمان، وكون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل، وليس متنافيين حتى يتساقطا، إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمه.

والثاني: أن يكون التردد في كيفية الضمان، فإن أصاله بقائها اقتضى كونها في جملة التركة، غايتها أن عينها مجهوله فيكون مالكة بمنزلة الشريك، وكون الشركة قهرية لا يقدر في الحكم كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما، فإن الشركة تتحقق ويقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء، والانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع العلم بوجودها في جملة المال، وإلا منعنا البدل وأصاله البقاء قد أوجبت ذلك).

أقول: الظاهر أنه لا إشكال في وجوب الرد مع معرفه العين، واحتمال أنه اشتراها أو وهبت له أو غير ذلك من الناقلات الاختيارية أو القهرية خلاف الاستصحاب، وكذلك حال ما إذا ترددت بين أعيان، وتأتى مسأله الشركة هنا ومقتضى القاعده إجراء قاعده العدل، أما إذا لم يعرف العين لم يستبعد الاستصحاب المقتضى لضمان البدل، ولو لم يعرف القدر فالتصالح، وإن أبى أحد الطرفين صالح بينهما الحاكم قهراً على ما ذكرناه في كتاب الصلح.

ومنه يعرف النظر في قول الجواهر من (عدم صلاحية ما ذكره لإثبات الضمان



الذى مقتضى أصل البراءة بلا واسطه عدمه، و«على اليد» مخصوص بالأمانه المستصحب حكم عدم الضمان فيها، بل هو مقتضى إطلاق الدليل... ولم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد خصوصاً مع ملاحظه حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلاً وتركاً» (١).

إذ البراءة محكمه بالاستصحاب، ولا حاجه إلى الضمان بعد أن الاستصحاب يقتضى بقاء المال فى التركة، وعدم تعارف الإشهاد يوجب الشك فى أصل وجوبه، كيف ولو كان واجباً لتعارف مثل تعارف الصلاه والصيام ونحوهما، مع أن المراجعه إلى عرف المتشرعه يرى تعارف عدم الإشهاد فلا مجال لأصل الصحه.

هذا بالإضافة إلى أن إجراء أصل الصحه لا يثبت أنه رد الوديعه أو انتقلت إليه.

ومنه يعرف وجه النظر فيما ذكره المسالك قال: (الأقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت ولم يتميز قدم مالها على الغرماء وكان بمنزله الشريك، وإن علم تلفها بتفريط فهو أسوه الغرماء، وإلا فلا ضمان أصلاً لأصله براءة الذمه، وأصله بقائها إلى الآن لو سلمت لا يقتضى تعلقها بالذمه) (٢).

ثم مثل الموت بعد الاعتراف بالوديعه غلبه النسيان عليه أو جنونه أو أغمائه أو ما أشبه ذلك مما لا يمكن معه استفساره عنها.

كما أن مثل الوديعه سائر أموال الناس عنده من غصب أو عاربه أو مال مضاربه أو غيرها، وكذا إذا قال إنه مديون بالخمس أو الزكاه أو المظالم أو الكفاره أو نحوها، وكذلك حال الفقيه ووكيله الذين عندهما الحقوق كالخمس والزكاه أو أموال الفقراء والقصر، أو المال الذى أعطاهم الناس لإجاره الصلاه والصيام والحج وغيرها عن أمواتهم، لوحده الملاك فى الجميع.

ص: ١٥٨

١- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٥٢

٢- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١٢٣ \_ ١٢٤

(مسألة ١٢): قال فى الشرائع: (إذا كان فى يده وديعه فادعاها اثنان، فإن صدق أحدهما قبل وإن أكذبهما فكذلك، وإن قال: لا أدري، أقرت فى يده حتى يثبت لها مالك، وإن ادعى أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين).

أقول: قد يقول إنها لهذا أو لذلك أو لثالث، أو بالاشتراك بينهما أو بين الجميع أو بين أحدهما وبين الثالث، أو يقول لا أدري لأيهما، أو لا أدري لأحدهما أو لثالث، أو لأحدهما أو لنفسى، ومع اعترافه بأنها لكليهما أو ما أشبه فقد يقول إنها لهما بالتساوى، أو بالاختلاف مع علمه بقدر النسبه، أو يقول لا أدري النسبه، أو يقول لا أدري إنها لهما بالتساوى أو بالاختلاف، فإن كان الأول فالحكم مع البيئه، وإن كان الثانى فالحلف، وإن كان الثالث حكم قاعده العدل.

ثم إن قال الودعى إنها لزيد مثلاً، لزم عليه أن يحلف لعمرو المدعى الآخر أنها ليست له، لأن عمرو مدع، فإذا حلف لعمرو فهو، وإن لم يحلف لعمرو فالمشهور أنه يخسر له لحيلولته بإقراره أنها لزيد بين عمرو وبين ماله، لكننا ذكرنا فى كتاب الغصب الإشكال فى ذلك، لأن الإقرار لا يقف أمام العلم، فكيف يخسر لأحدهما العين وللآخر قيمتها مع العلم بأن ذمته ليست مشغوله إلا لأحدهما فقط، بل قاعده العدل تقتضى التقسيم بينهما أو القرعه.

ثم إن تحققت كون الوديعه لزيد لأنه أقر له المستودع، وحلف لعمرو أو قامت البيئه أنها ليست لعمرو مثلاً فى الثانى لا إشكال فى عدم حق عمرو على زيد بالحلف، أما فى الأولى فالظاهر أنه لا حق له عليه فى الحلف أيضاً، فإن المقام من قبيل ما لو تنازع الداخل والخارج وحلف الداخل للخارج ثم انتقل المال إلى ثالث فهل للخارج بأن يقيم عليه دعوى جديده ويحلفه حلفاً من جديد، فإن الحلف يذهب بالحق، لكن مع ذلك يحتمل حقه فى دعوى جديده والملاك فى المقامين واحد.

ومن ذلك ظهر وجه النظر فى قول المسالك: (فإن أقر لأحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للآخر، فإن حلف له سقطت دعواه عنه، وبقيت منازعته مع صاحبه فله إحلافه أيضاً، فإن حلف سقطت دعواه أيضاً واستقر ملك المقر له على العين، ولو نكل الودعى عن اليمين أحلف المدعى على استحقاقها إن لم يقض بالنكول، وأغرم الودعى له المثل أو القيمة لحيلولته بينه وبينها بإقراره الأول، تنزيلاً لليمين المردوده منزله إقرار المنكر، إذ لو أقر بها ثانياً للآخر يغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الإقرار).

ومما تقدم يعلم الحال فيما لو أكذبهما معاً، سواء قال إنها له أو لثالث، أو قال لا أعلم لمن بدون تعيين الثالث، فإن اليد له ولكل منهما حينئذ إحلافه على البتة أيضاً، فإن نكل عن اليمين ردت عليها وصارا فى الدعوى سواء لأن يدهما خارجه، فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما، وإن حلف أحدهما خاصة اختص بها.

وإن قال المستودع هى لأحدهما ولا أدرى من هو على التعيين، فإن صدقاه فى نفي العلم فلا خصومه لهما معه، وتبقى الخصومه بينهما والحكم كالسابق، فإن أقاما البيئه أو حلفا أو لم يقم أحدهما بينه ولا حلف قسم بينهما بالتساوى، وإن أقام أحدهما البيئه أو حلف أحدهما فقط كانت الوديعه له.

ثم فى هذه الصورة إن كذبا فى عدم العلم، فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك أو ادعى أحدهما ذلك عليه، فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم، والظاهر كفايه يمين واحده لأن المدعى شىء واحد وهو علمه بكون المال لمعين، وهنا قول بأنه يحلف لكل منهما يميناً، لأن كلاً منهما مدع فيدخل

فى عموم حديث «اليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>، لكن الظاهر كفايه اليمين الواحده.

وعلى أى حال، فإذا حلف لهما بقيت المنازعه بينهما، وقد عرفت أن مقتضى القاعده التقسيم لا ما حكى عن الشيخ من الاقتراع بينهما، فمن خرج اسمه وحلف سلمت إليه، ولا- ما عنه أيضاً من أنه يوقف حتى يصطلحا، إذ لا- وجه لذلك بعد القاعده المذكوره.

ولذا قال فى الجواهر: (لعل الأقوى أنهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعويين وتساويهما فى الحججه وهو يقتضى القسمة كذلك، ولا يكون الأمر مشكلاً، والإيقاف حتى يصطلحا ضرر، والاصطلاح غير لازم)<sup>(٢)</sup>.

ثم إن صدقهما بأنه لهما وقال لا أعلم كم لهذا وكم لهذا يقع الأمر بينهما، فإن ادعى كل منهما النصف أو أحدهما الثلث والآخر الثلثين وهكذا فهو، وإن ادعى كل منهما الثلثين مثلاً أعطى كل منهما الثلث، وفى الثلث المتنازع فيه تجرى قاعده البيئه واليمين، وإلا فالتقسيم حسب قاعده العدل.

ولو ادعى أحدهما أن الجميع له، والآخر أن النصف له، كان من التنازع، وكذلك فى سائر المقامات، وأن النزاع فى النصف لأن النصف الآخر لا مدعى له، وقد حققناه فى بابه، والمسأله طويله الذيل نكتفى منها بهذا القدر.

ص: ١٦١

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح ٣

٢- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٥٣ \_ ١٥٤

## مسأله ١٣: إذا فرط أو تعدى

(مسأله ١٣): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا فرط أو تعدى وتلف المال واختلفا فى القيمه، فالقول قول المالك مع يمينه لخروجه عن الأمانه المقتضيه لسماح قوله، وللمرسل، وقيل: القول قول الغارم مع يمينه، وهو أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأصالة البراءه، والخروج عن الأمانه لا- يخرججه عن حكم المنكر، ولذا كان الحكم كذلك فى الغاصب أيضاً، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعده المدعى والمنكر).

أقول: مقتضى القاعده ما اختاراه، إذ لا وجه للقول الأول إلا أن يأتى بالبينه والمفروض عدمها.

وإذا كانت الوديعه مثليه واختلفا فى المثل، مثلاً كانت قطعه قماش واختلفا فى أذرعها فالقول أيضاً قول المقل للأصل المذكور، أما إذا اختلفا فى جنسها فهو من التداعى يحكم لمن له البينه أو حلف، وإن أقامها أو حلفا أو لم يأت أحدهما فالمحكم قاعده العدل على ما عرفت.

## مسأله ١٤: إذا مات سلمت إلى الوارث

(مسأله ١٤): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث، فإن كانوا جماعة سلمت إلى الكل أو إلى من يقوم مقامهم بوكاله أو ولايه، ولو سلمها إلى البعض من غير إذن ضمن حصص الباقيين بلا خلاف ولا إشكال).

أقول: مقتضى القاعده في ما إذا كانت الوديعة مما يرثها وارث واحد أن يسلم إليه، كما إذا كانت حبه خاصه بالولد الأكبر كالسيف والخاتم وما أشبهه، أما إذا كانت للجميع فاللازم أن يسلم إليهم حسب تقسيمهم الإرثي، فإن كان ثلاثة دنانير وكان الوارث ولداً وبتتاً سلم الولد الدينارين والبت الدينار.

وكذلك إذا ارتد المودع حيث تقسم أمواله بين ورثته، وإذا جن أو ما أشبهه كان اللازم التسليم إلى الولي الشخصي أو الحاكم حسب الموازين.

ثم التسليم إلى الكل حسب حصصهم إنما يكون إذا لم يستلزم التفريق نقص قيمه كزوج حذاء، حيث إنه إن سلم إلى كل واحد من الوارثين الولدين فرداً أوجب نقص قيمه المجموع عليهما، فاللازم مراعاة ذلك بحيث لا يتضرران.

وإن عكس بأن أودعه نفران فردي حذاء وماتا وكان لكل واحد منهما وارث، فالظاهر أنه يسلم كل فرد إلى وارثه، ولا يلزم عليه جمعهما بحيث يحرزان ارتفاع قيمه من الاجتماع، لأن جمع الفردين عنده لم يكن للمالك حتى يرثه الوارثان.

## مسأله ١٥ : فروع فى الوديعه

(مسأله ١٥): فيها فروع:

(الأول): إذا كانت الوديعه أرضاً ومات المودع، سلمها إلى الورثه دون الزوجه، لأنها لا- حق لها فيها، مثل ما تقدم من مسأله الحبوه، وإن كانت عماره حيث لها من قيمه البناء لم يجر له تسليمها إليهم بدون الزوجه إذا لم ترض، لأن التسليم يوجب تلف قيمه عليها، فاللازم على الودعى الجمع بين الوارثين فى التسليم بحيث لا يتلف على أحدهما حقه.

(الثانى): قال العلامة فى التذكرة: (لو تعدى فى الوديعه وبقيت فى يده مده من الزمان وجبت أجره مثلها عن المده، لأنه صار كالغاصب عليه عوض المنافع).

والظاهر أنه هو الذى اختاره مفتاح الكرامه لأنه ذكره ساكتاً عليه، وتبعهما المامقانى فى مناهج المتقين.

لكن ربما يستشكل فى ذلك بما تقدم من أنه إذا سلم الوديعه إلى صاحبها لم يكن عليه ضمان، إذ الضمان فيما إذا لم يحفظها حسب الموازين وإلا رجعت حاله الأمانه لتحقق الحفظ بتحقيق موضوعه، وإن كان المشهور لا يقولون بذلك على ما عرفت فى بعض المسائل السابقه، نعم قدر ما استفاد منها من الركوب واللبس وما أشبه عليه الأجره فيه.

وربما يؤيد عدم الأجره عدم الإلماع فى روايات الخيانه (١١) إلى ذلك، فهو من السكوت فى مقام البيان.

وعلى أى حال، فالاحتياط ما ذكره، وإن كان الاحتياط فى هذا الجانب أيضاً يقتضى ما ذكرناه، والجمع بين الاحتياطين هو التصالح بين الجانبين.

(الثالث): قال العلامة فى التذكرة: لو دخل خاناً فجعل حماره فى صحن

ص: ١٦٤

الخان وقال للخاني: احفظه كي لا يخرج، فخرج في بعض غفلاته، فالأقرب الضمان، لأنه قصر في الحفظ بالغفله، ووافقته على ذلك مفتاح الكرامه وأضاف قوله: وكذلك الحال في الثياب بالنسبه إلى الحمامي، ووافقهما على ذلك مناهج المتقين.

وما ذكروه هو مقتضى القاعده حيث كان من التفريط.

وكذلك حال صاحب المنقل (الكراج) بالنسبه إلى السياره، والمطار بالنسبه إلى الطائره، والمحطه بالنسبه إلى القطار، والميناء بالنسبه إلى الباخره، فيما إذا سرقت أو سرق منها، وكذلك حال حافظ الأحذيه في الأعتاب المقدسه، وحافظ السلاح والمال وما أشبه بالنسبه إلى مداخل المراكز المهمه، إلى غير ذلك.

### لو خاف الحرق فأخرج متاع نفسه فقط

(الرابع): قال العلامة في التذكرة: لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر إلى نقل أمتعته قبل الودائع، فغرقت أو احترقت أو سلبت فلا ضمان، كما لو لم يكن عنده إلا الودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله.

ونقلها مفتاح الكرامه ساكتاً عليه مما يدل على ارتضائه له.

وفي مناهج المتقين ذكر الفرع بنفسه لكنه في الحكم قال: (في ضمانه وجهان، والأشبه العدم، إذ لا يلزمه إتلاف ماله حفظاً للوديعة والضمان أحوط).

لكن لا يبعد التفصيل بين الأهميه وعدمها، مثلاً- إذا كان له كتاب يسوي درهماً والوديعة تسوي ألف درهم فقدم كتابه على الوديعة، بما لو قدم الوديعة فقد كتابه فقط، فإن الظاهر أنه عرفاً من الخيانه، وإذا قدم الوديعة لأهميتها كان له أخذ بدل الكتاب من المودع، فهو كالصرف على الوديعة مما تقدم تفصيل الكلام فيه.

(الخامس): قال في مفتاح الكرامه: إذا دفع إلى رجل خاتماً ونحوه ليمضي إلى وكيله علامه ويقبض منه شيئاً، وقال: إذا قبضته رد الخاتم على، فقبض ولم يرد الخاتم، فقد قرب في التذكرة أولاً الضمان ثم احتمل العدم، لأنه ليس عليه الرد



ولامؤنته، وسكت عليه السيد العاملي مما يدل على ارتضائه له، وفي مناهج المتقين ذكر مثله وأفتى بالضمان.

أقول: الظاهر الضمان في الأشياء الثمينه المعتنى بها، أما إذا كانت علامه مما لا قيمه له كالظروف الورقيه ونحوها التي يكتب عليها اسم صاحب المحل لأجل وضع البضاعه فيها أو ما أشبه ذلك، فلا لزوم للرد ولا ضمان مع التلف، ثم لو لزم الرد وكانت له أجره للطريق أو ما أشبه كان على المودع على ما تقدم الكلام فيه.

(السادس): قال العلامة في التذكرة: إذا دفع قبالة إلى غيره وديعاً ففرط فيها، فإنما يضمن قيمه الكاغذ مكتوباً ولا شيء عليه مما في القبالة.

وسكت عليه السيد العاملي بعد نقله عنه، وفي مناهج المتقين: لو أودع قبالة عند غيره ففرط في حفظها أو تعدى ضمن قيمتها، وهل يضمن ما في القبالة، وجهان أشبههما العدم، لكن الظاهر الضمان لأنه سبب ذهاب ماله.

أما إذا أودع عند أحد كتاباً مما يريد دراسه ولده فيه مما يوجب أن يكون طبيياً مثلاً فضع بتفريط، لم يضمن نقص قيمه دراسه ولده، وكذلك إذا أودع ما كنه الخياطه لم يضمن إلا قيمتها لا نقص العبد الذي لم يتعلمها بسبب ضياع الماكنه، واحتمال أن النقص في العبد بسببه غير ضار بعد عدم كونه سبب الضرر عرفاً، فهو كما إذا أسقط إنساناً على الأرض فداسته الأرجل فمات، فإن الدية عليهم لا عليه.

نعم لو أسقطه فافتسه الحيوان بما لو لم يسقطه لم يفتسه كان السبب أقوى من المباشر.

وقد اتفق في زماننا أن إنساناً وكز قلب إنسان فأغمر عليه مما ظن الأطباء موته، وحيث كانوا ينقلونه في سياره الأسعاف إلى المقبره صحا من غشوته

فقال من عنده فى السياره نم، فنام ومات بعد نومته، واتفق الأطباء عند فحصه بأنه لو بقى جالساً ولم ينم فى السياره لم يموت وإنما موته حدث بسبب نومه المنبعث عن أمر من كان معه بالنوم، فإن مقتضى القاعده ضمان الأمر ديته لا الواكز.

ولو قيل: بأنه لو لم يكرز الواكز له لم ينته الأمر إلى الموت.

قلنا: هو كما إذا استصحبه إنسان إلى مكان فاتفق أن رامياً رماه فقتله، فهل يقال لو لم يكن المستصحب لم يموت، والحاصل إن المسأله من السبب والمباشر.

### لو أعطى الوديعه بدون رد بدلها

(السابع): قال العلامة: لو دفع إليه وثيقه وديعه، وقال: لا- تعطها لزيد حتى تأخذ منه ديناراً، فردها إليه قبله، ضمن قيمه القباله مكتوبه وأجره الكاتب، وينبغى التأمل فى أجره الكاتب، وذكره مفتاح الكرامه ساكتاً عليه.

أقول: بل ينبغى ضمانه مقابل القباله إلى الدينار أيضاً، فإنه بدفعها إليه فوت عليه مقابلها، فهو من السبب، فإذا شاء المودع رجوع إليه أو إلى الطرف المنكر لمقابل القباله.

وكذلك إذا قالت الزوجه: لا تسلم ورقه العقد إلى الزوج حتى تأخذ المهر منه، لأن فى الورقه اعترافها بتسلمها المهر، فسلمها إليه قبل ذلك مما سبب تفويت المهر على الزوجه.

وهكذا الحال بالنسبه إلى أخذ الديه حيث سلم الورقه إلى إنسان ليسلمها إلى معطى الديه فقال: لا تسلمها إليه قبل أخذك الديه منه.

والمكاتب والسيد بالنسبه إلى النجوم، إلى غيرهم من أصحاب الحقوق التى تفوت حقوقهم بسبب تسليم المستودع الورقه إلى الثالث الذى يطلبه المودع ونحوه.

(الثامن): لو سلم المستودع الوديعه إلى غير المودع اشتبهاً، فإن كان من

التعدى أو التفريط عرفاً ضمن، وإلا- لم يضمن على ما سبق الإشاره إلى مثله، وكذلك إذا جن جنوناً خفيفاً أو نحو الجنون فسلمها إلى غير المالك.

## لو خاف حرز المودع

(التاسع): قال فى القواعد: لو عين المودع للمستودع حرزاً وقال: ضعها فيه، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها إلى حرز غيره، فإذا تركها والحال هذه ضمنها، سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره.

أقول: وذلك للارتكاز، لأنه مفرد فى الحفظ عرفاً، إذ الذى يستفيد العرف من مثل ذلك أنه قصد بالتعيين نوعاً من الصيانه والاحتياط، لا- أنه قصد بذلك الإعراض إذ عرضت أمثال هذه الأحوال المخوفه، فالاحتياط لازم عليه فى النقل لأنه مأمور بالحفظ الذى لا يتم إلا بالنقل، فإذا لم ينقلها كان من التفريط المسبب للضمن، سواء تلفت بالمخوف أم بغيره.

ثم قال القواعد: ولو قال لا تنقلها وإن خفت، فنقلها من غير خوف ضمن، وفى مفتاح الكرامه يدل عليه بالأولويه ما تقدم من الإجماع المعلوم والمنقول فى التنقيح والمسالك.

ثم قال القواعد: ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها.

أقول: وذلك لأنه هو السبب فليس من التعدى أو التفريط والخيانه الموجبات للضمن.

ولو شك فى أنه أراد بنهيه عن النقل الحفظ أو البقاء حتى مع الخوف لوجهه نظر له فى ذلك، لم يستبعد اتباع الارتكاز العرفى من إرادته الحفظ، اللهم إلا أن يقال بأصالة عدم الضمان.

ثم قال القواعد: ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك، احتمل تقديم قول المالك لإمكان إقامه بينه، وقول الودعى لأنه أمينه.

أقول: لكن الظاهر هو الثانى، لأنه محسن فلا سبيل عليه، ولأنه إنما قبض لمصلحه المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه، ولأن عدم تقديم قوله يفضى إلى تنفير الأمانة من الوديعه، وربما أدى إلى تعذر حصولها، وأن إمكان إقامه البيه لا يستلزم توقف القبول على إقامتها كما فى دعوى التلف، كذا فى مفتاح الكرامه، والعمده إطلاق عدم تخوين من ائتمنه الإنسان مما تقدم من الأدله، وقد اختار هذا القول المختلف، وقواه جامع المقاصد، بل فى الأول أنه أشهر.

قال فى مفتاح الكرامه: (ولعله استند فى دعوى الأشهرية إلى عمومات النص والفتوى، مثل صحيحه الفقيه، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، وروايه ثقه الإسلام والشيخ فى الحسن الذى هو كالصحيح، عنه (عليه الصلاه والسلام) أيضاً قال: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان»<sup>(١)</sup>، وهو بإطلاقه شامل للغرق وغيره كإطلاقات الفتاوى، وإلا فلم نجد من أفتى به قبله فى خصوص الفرض غير الشيخ فى المبسوط مخالفاً له).

أما احتمال تقديم قول المالك فهو خيره المبسوط والتذكرة، عللوه بأن المستودع ادعى أمراً ظاهراً لا يخفى كالحرىق والنهب والغرق ويمكن إقامه البيه عليه، بخلاف السرقة والغصب والتلف فى يده، فإنها أمور خفيه يقبل قوله فيها مع يمينه، لكنك قد عرفت أن إطلاق النص والفتوى يقتضى قبول قوله، وقد ذكرنا سابقاً مسأله تحقيق الحاكم وأن دور اليمين والبيه بعد التحقيق.

(العاشر): قال فى القواعد: (لو أمره بالوضع فى المنزل فوضعها فى ثيابه ضمن، ولو قال: ضعها فى كَمَك فوضعها فى جيبه لم يضمن لأنه أحرز، ويضمن

ص: ١٦٩

بالعكس، ولو قال: اربطها في ثوبك، فجعلها في يده احتمال الضمان لكثرة السقوط من اليد، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبط، أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن، فإن ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار، ولا يضمن لو جعله من داخل(١).

أقول: مقتضى القاعده ما تقدم من المعيارين من إرادته المودع الحفظ أو الخصوصية، كما أن في نقله هل يكون من التفريط أو التعدي أو لا، ومن الواضح اختلاف أنظار المودعين، كما أن من الواضح اختلاف أقسام النقل.

ومن ذلك يعلم المعيار فيما ذكره القواعد بعد ذلك بقوله: ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن، ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت، ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن، ولو قال: اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً، فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقتها من دخل البيت أو غيره، ولو قال: اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، بخلاف العكس.

أقول: أما فرعه الأول من الفرق بين صناديق المالك وصناديق المستودع فقد حكى عن المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد، وعلله في مفتاح الكرامه بأن المالك بوصفه قد عين الحرز فإذا خالف المستودع كان تصرفاً غير مأذون فيه فيضمن وإن كان أحرز، لأن في ذلك تغييراً لحال الوديعة إلا مع الخوف والحاجه إلى النقل، بل في التحرير إنها في الحقيقه وكاله لا استيداع.

أقول: لكنك قد عرفت المعيار الآتي هنا أيضاً، فلا وجه ظاهر للفرق بين الصندوق للمالك والصندوق للمستودع، ومنه يعلم الحال فيما إذا كان الصندوق للثالث، أو نقل من صندوق المالك إلى صندوق المستودع أو الثالث أو بالعكس،

ص: ١٧٠

وكذلك حال الاصطبلات بالنسبة إلى الدواب.

ومنه يعلم الحال في فرعه الثاني، وهو أنه لو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن، وإن كان حكى عن المبسوط والتحرير، وعلله في مفتاح الكرامه بأنه زادها حرزاً، فكان كما لو قال له اطرحها في صحن دارك فأدخلها في البيت وقفله.

قال في المبسوط: ومن الناس من قال: يلزمه الضمان لأنه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالا، ورده بأنه لو قال بلفظه إن فيه مالا لم يضمن فبالأولى أن لا يضمن بالتنبية.

أقول: لكن المعيار هو ما ذكرناه، فإنه قد يريد عدم القفل، كما أنه قد يريد القفل لاختلاف الدواعى والأغراض، فكان ما استثناء المبسوط هو الموافق للقاعده، ورده محل تأمل.

أما فرعه الثالث وهو قوله: (لو قال اجعلها في هذا البيت ولا يدخله أحد، فأدخل قوماً ضمن، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده، سرقها من دخل البيت أو غيره)، ففيه نظر واضح، إذ إدخال الناس وعدم الإدخال لا ربط له بالوديعة، وإنما يلزم الفرق بين التلف بسبب الإدخال وغيره، ولذا كان المحكى من التذكرة أنه استشكل فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين، أو تلفت بحرق أو غرق، لم يضمن بحصول التلف بغير سبب المخالفه.

أما القول بأنه تفريط بالمخالفه، ففيه ما لا يخفى، لأن كل مخالفه لا يوجب الضمان، فهو كما إذا قال له: اجعله عندك وديعه ولا تشرب الماء أو ما أشبه، مما لا ربط له بالحرز، ومن الواضح أنه ليس إدخال القوم معتبراً في الحكم، بل هو جار في الواحد أيضاً، كما نيه عليه مفتاح الكرامه.

وأما مسأله الخاتم والخنصر فقد قال فى مفتاح الكرامه: (إنه هو فتوى المبسوط والسرائر والتذكره والتحرير، وشرط فى الأخير فى صوره الأصل أن يكون الخاتم متسعاً ينزل إلى أسفل، قال: وإن كان ضيقاً يقف عند الأنمله ضمن، وهو مراد فى بقيه العبارات، وكذا إذا كان وضعه فى البنصر مفضياً إلى تلفه بالكسر أو الحك فإنه يضمن لو تلف، وينبغى التقييد فى صوره العكس بما إذا كان يبلغ أسفل البنصر، وإلا- فأصل الخنصر أوثق منه، وهذا كله مبنى على أن النقل إلى الأحرز عن المعين حائز اختياراً، وأما على القول بعدم جوازه إلا عند الضروره فلا يتأتى ذلك).

لكنك قد عرفت المعيار فى المسأله، فليس الأمر على نحو الكليه التى ذكروها.

(الحادى عشر): لو كانت الوديعه تفسد بالوضع فى الموضع الحار أو البارد فوضعها فيه ضمن، أما إذا أمر المالك بذلك، فإن كان عن قصد لم يضمن، وإن كان عن ارتكاز أنه صالح للوديعه ولم يعرف المستودع الارتكاز لم يضمن أيضاً، وإن عرف المستودع بذلك ضمن بأن عرف المستودع اشتباه المودع، كما إذا قال له الطيب: احفظه فى مكان بارد، فاشتبه وزعم بأنه قال احفظه فى مكان حار، وهذا من فروع تخالف الإشاره واللفظ.

ثم إذا قال: احفظه فى هذا أو ذاك، فحفظه وذهبت الكهرياء بما أوجب الفساد لم يضمن، والظاهر ضمان صاحب ماكنه الكهرياء من جهه إتلاف مال الناس بشرائطه المقرره، أما إذا جعل ميت الناس فى مكان يسرع إليه الفساد كالمكان الحار ففسد فهو معصيه لا أنه يوجب الضمان لعدم المالىه.

(الثانى عشر): لا فرق فى الضمان بين تساوى قيمه الموافقه والمخالفه أو

تخالفهما، فلو قال: احفظ الخبز في مكان حار، فحفظه في البارد ضمن للمخالفه وإن تساوت قيمه الخبزين.

(الثالث عشر): لو لم يحفظ ثلجه في الثلج مما سبب ميوعته مع أمره بذلك، ثم أرجع الماء إلى الثلج حتى جمده، فعلى المشهور يضمن لأنه خالف، كما ذكره في مسأله الرد إلى الحرز، وعلى ما ذكرناه هناك لا يضمن، وكذلك عكس المسأله بأن كان لا يريد الماء الجامد فجمده ثم أذابه، إلى غير ذلك من الأمثله.

### لو فتح القميص

(الرابع عشر): من مسأله المخالفه في الحرز مسأله ما إذا فتح القميص ثم خاطه، أو فسح الباب ثم جمعه، أو ميز الخليط من الحنطه والشعير للمالك ثم خلطهما، أو بالعكس فيما أعطاه مخلوطاً أو مميزاً، أو فكك مثل السياره والغساله والبراده وسائر المركبات ثم جمعها، أو بالعكس بأن أودعه قطع غيار فجمعها ثم فسحها، أو كتب في الورق المودع ثم محا الكتابه، أو بالعكس فيما لم يضر بالورق شيء ولم يبق له أثر، وإن كانت بعض المسائل المذكوره أشكل في عدم الضمان من بعض.

(الخامس عشر): لو أتلّف البعض المتصل من الوديعة، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب، أو فقأ عين الدابه أو سلم أذنها أو جدع أنفها، أو هدم غرفه في الدار، أو قطع غصناً من الشجره ضمن الجميع، وذلك لأنه خيانه، فلا تخص البعض دون البعض، أما لو صدر ذلك منه خطأً أو نسياناً أو بزعم أنه ملكه أو بظن أن المالك أجازه في ذلك أو نحو ذلك ضمن ما أتلّفه



خاصه للدليل اليد(1))، ولم يضمن الباقي لأنه لم يخن في الأمانه.

هذا بالنسبه إلى البعض المتصل، أما لو أتلّف البعض المنفصل منها، كما لو أتلّف درهماً من صره أو بيضه أو جوزه من سلّه منهما أو ما أشبه ذلك، ضمن ما أتلّفه خاصه دون الباقي، لأنه لا يكون من الخيانه في الباقي حتى يضمنها، نعم إذا فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فإنه يضمنه لذلك لا لإتلاف البعض. ولا يزول ضمانه للبعض بإعادته إياه، بل يحدث ضمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما سبق.

نعم إن أتلّف أحد مصراعي الباب أو فردى الحذاء ضمنه وضمن قيمه الاجتماع أيضاً، وفي حكم الإتلاف في المسألتين ما يشبه الإتلاف كما إذا خرق بعض الثوب أو جرح يد العبد أو ما أشبه ذلك.

ولذا قال في مناهج المتقين: لو أتلّف بعض المتصل من الوديعة، كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب ضمن الجميع، نعم لو صدر ذلك منه خطأ ضمن ما أتلّفه خاصه، ولو أتلّف البعض المنفصل منها كما لو أتلّف درهماً من صره ضمن ما أتلّفه خاصه دون الباقي، إلا أن يكون قد فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فإنه يضمنه لذلك ولا يزول ضمانه للبعض بإعادته إياه بل يحدث ضمانه للكل إن مزجه به على وجه لا يتميز كما مر.

(السادس عشر): لو مات أو جن أو نحوهما ووجد في تركته شيء مكتوب عليه أنه وديعه فلان، أو أنه وديعه للموقوفه الفلانيه أو ما أشبه ذلك، أو وجد في دفتره أن الشيء وديعه فلان وكان الشيء موجوداً، أو أنه كان كاتباً فيه أن دراهم معدوده في أمواله وديعه لفلان، فيما قلنا بجواز التصرف في الوديعة لتبديلها على

ص: ١٧٤

ما هو الارتكاز على ما تقدم، فإن أفادت الكتابه الاطمينان العادى للوصى أو الوارث أو الحاكم بكونها وديعه لمن سمي له، سلمه إليه أو إلى ورثته بعد موته، وإلا لم يدفعه إليه إلا بعد الإثبات الشرعى لأنه لا اعتبار بالكتابه على ما ذكره، ومثل الكتابه ما إذا كان قرأ وصيته فى شريط أو نحو ذلك.

ولذا قال فى مناهج المتقين: (لو مات ووجد فى تركته شىء مكتوب عليه أنه وديعه فلان، أو وجد فى دستوره أن الشىء وديعه فلان وكان الشىء موجوداً، فإن أفادت الكتابه العلم للوصى بكونها وديعه لمن سماه سلمه إليه، وإلا لم يدفعه إليه إلا بعد الإثبات الشرعى لأن الكتابه لا حجيه فيها على الإطلاق).

ولو تردد الاسم بين نفرين فالمحكم قاعده العدل.

ومنه يعلم حال ما إذا ادعى عليه بأنه أودعه الشىء الفلانى واستشهد بأنه كتبه بيده وأبدى المدعى عليه العذر فى الكتابه بما لم يوجب الاطمئنان، مثلاً- قال: كتبت حين أكرهنى إليها، أو هى بيان المثل لتلاميذى أو ما أشبه ذلك، ولذا لا- يكون مثل الاعتراف فى الراديو والتلفزيون والشريط والتلفون حجه، إذ لعله ألجئ إلى ذلك، ومن هذه الجبهه لا- تعيرها المحاكم العالميه القانونيه اهتماماً، نعم قد يعدونها من القرائن.

ومثل الوديعه فيما ذكرناه الإجاره والمضاربه والشركه والرهن والبيع والنكاح والطلاق وغيرها، ومثل موته والوجود فى تركته ما إذا جن أو أغمى عليه أو نام نوماً مستمراً أو نحو ذلك ووجد فى دستوره الكتابه المذكوره، لوحده الملاك فى الجميع.

(السابع عشر) لو ادعى عليه وديعه وعين كل علاماته وأنه وضعها فى الصندوق الفلانى إلى غير ذلك، كما إذا قال: إن الشاه المودعه من صفتها كذا

وكذا والمستودع لا يعلم تلك الصفات، أو إنى أودعته الجواهر الفلاني فوضعه في صندوقه الأحمر في زاويته الجنوبيه ووضع فوقه قماشاً بلون كذا مثلاً، فإن أوجب العلم فهو، وإلا لا تكون تلك الصفات والعلامات إلا من القرائن.

وكذلك الحال لو ادعى أنه أودعه مصراعاً من مصراعى بابيه، أو فرده من فردتى حذائه، وكان بيده المصراع الثانى والفرده الثانیه، إلى غير ذلك من القرائن العرفیه.

ولو ادعى أن الشاه أو الدابه له وعلامه ذلك أنها إذا أطلقت من الاصطبل والمراح ونحوهما تأخذ طريق بيت المدعى، وفعلت الشاه والدابه ذلك، فإنها لا تكون إلا من القرائن، لا أنها توجب قبول قوله، إلا إذا أورثت العلم على ما عرفت.

(الثامن عشر): لو وكل المودع من يتسلم الوديعة من المستودع، سواء لإتيانها إلى المودع أو لأنه آجرها من إنسان أو باعها لإنسان أو نحو ذلك من سائر أقسام المعاملات، فطالبها الوكيل وامتنع المستودع من تسليمها إليه، فإن كان عدم التسليم من جهه عدم ثبوت الوكالة لم يضمن، وإن كان بعد ثبوت الوكالة وإنما لم يدفع اعتباطاً ضمن، أما إذا لم يطالبه الوكيل فالظاهر أن الوجوب إعطاؤها له بعد علمه بعدم رضاء المودع أو المنتقل إليه بقاءها عنده.

ولو قال الموكل للوكيل: إنى أطلب أحد الذين فى المدرسه أو ما أشبهه، وجاء ونادى الطلبة بوكالته، فاللازم إعلامه من المستودع بكونها عنده، وقد عرفت سابقاً أنه لا يلزم الإشهاد إلا إذا خاف من الإنكار فيلزم الإشهاد أو نحوه لبراءته.

ومنه يعلم موضع الرد والقبول فى قول مناهج المتقين: لو وكل المودع من يسلم الوديعة من المستودع فطالبه الوكيل فامتنع هو من تسليمها إليه، فإن كان اقتراحاً ضمن، وإن كان لعدم ثبوت وكالته لم يضمن، ولو لم يطالبه الوكيل

لم يلزمه حملها إليه، نعم يلزم إعلامه الوكيل وكونها عنده إذا كان هو جاهلاً بذلك، ولا يلزمه الإشهاد عند التسليم على الأظهر، ولو أقر التسليم لأن يتمكن من الإشهاد ضمن في وجهه.

(التاسع عشر): إذا أودعه الوديعة ثم طلبها منه، وشك في أنه على حاله الطبيعي أو لا، بأن صار سفيهاً أو معتوهاً، أو أنه في حاله السكر أو حاله الجنون أو ما أشبه ذلك، لم يضمن بعدم التسليم إلى أن يتحقق، نعم يجب عليه التعجيل في التحقيق على ما تقدم في مسألة الفوريه في الرد، وكذا يجب الإسراع في الاستشهاد ونحوه إذا خاف الإنكار.

(العشرون): إذا أودع عنده خاناً أو فندقاً أو دكاناً أو معملاً أو مصنعاً أو غير ذلك، لم يجز له التصرف فيها إلا بقدر الارتكاز، بمثل الصلاه فيها ونحوها، ولو أودع عنده ماءً لم يجز الغسل فيه أو الوضوء به أو ما أشبه ذلك لأنه تصرف، إلا إذا كان ارتكاز بالجواز، ولو أودع بستاناً فالظاهر أنه لا يضر أكل الماره منه حسب الموازين الشرعيه، فلا يلزم حفظها عن ذلك، بل يجوز له أيضاً إذا مر على البستان أن يأكل منه حسب حق الماره.

### لو سرق المستودع من الوديعة

(الواحد والعشرون): لو سرق المستودع من الوديعة في صندوق مقفل عنده، فإن كان الصندوق المقفل من المالك كان من السرقة الموجبه للحد، وإن كان الصندوق المقفل من نفسه لم يكن من السرقة لأنه لم يهتك حرز المودع، والمنصرف من هتك الحرز حرز المالك لا حرز المستودع.

(الثاني والعشرون): لو وضع عنده مصباحاً متوقداً، فقرأ في ضوئه أو عمل الأعمال المحتاجه إلى الضوء كالخياطه ونحوها لم يكن ذلك من التصرف في الوديعة في شيء، فلا يضمن بذلك، نعم الظاهر أن من التصرف إطفاء المصباح

ولو بالنفس كإضائه إذا لم يكن متوقفاً.

(الثالث والعشرون): لو وكل العالم أن يأخذ خمسه ممن عنده ماله، فالظاهر أنه يكون وديعه عنده بالنسبه إلى الخمس، وكذلك حال توكيل الفقير ونحوهما في أخذ شيء من ماله الموجود عند وكيله فيما كان عين المال موجوده، ويكون حينئذ من الكلى في المعين.

(الرابع والعشرون): الاستيداع والإيداع يمكن أن يكون في عين شخصيه، أو مشاعاً، أو كلياً في المعين، بل أو مردداً لمالك واحد، كما إذا قال زيد: أودعتك كتاب شرح اللمعه أو كتاب القوانين على سبيل الترديد، بناءً على صحه مثل ذلك كما لم نستبعده في بعض مباحث الفقه، خلافاً لغير واحد من الفقهاء، حيث أبطلوه شرعاً، أو أحالوه عقلاً، وكذلك إذا كان الشيء مردداً بين مالكين فقالا: أودعناك، فإنها تصح وديعه وإن لم يعلم أنها مودعه من هذا أو هذا، وإذا قال أحدهما ذلك وتسلمه المستودع وكان القائل المالك واقعاً صار وديعه، وإلا فلا.

(الخامس والعشرون): لو خيره المكره بين إعطائه مال نفسه أو مال الوديعة، فأعطاها لم يستبعد عدم الضمان أيضاً، لأن الإكراه على الكلى إكراه على كل فرد منه، نعم إذا كان ماله أقل من مال الوديعة وأعطى مال الوديعة ضمن التفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً في قدر التفاوت.

ومثله إذا كانت الوديعة مائه وأكرهها المكره بتسليمها له وكان يكتفى بتسليم البعض كالخمسين والستين مثلاً، فسلم الكل كان ضامناً للتفاوت، لأنه لم يكن مكرهاً في ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا كان له شاه وللمودع بقره فأراد أحدهما المكره، فسلم البقره ضمن قدر التفاوت بينهما لمالك البقره.

## لو سفه أحد الطرفين

(السادس والعشرون): إذا سفه أحد الطرفين أو فلس، كان مقتضى القاعده بطلان عقد الوديعة، لانتقال ولايه المال من المالك إلى وليه في السفه، وإلى الغرماء في الفلس، وليست الوديعة لازمه حتى لا يؤثر السفه والفلس فيه، بل عقد جائز، ولذا اتفقوا على بطلانها بالجنون والموت ونحوهما، ولانقطاع المستودع من الولايه على مال نفسه فكيف بمال غيره.

لكن ربما احتمل العدم، لأن العقد أوجب ذلك، فإذا شك حيث لا دليل على البطلان كان الأصل البقاء، منتهى الأمر إذا لم يجز له التصرف تصرف فيها وليه.

قال في المناهل: (صرح في التنقيح ببطلان عقد الوديعة أيضاً بسفه أحدهما وإفلاسه، وعندى فيه إشكال، واحتمال عدم البطلان في غايه القوه للأصل السليم عن المعارض، ولكن مراعاة الاحتياط أولى)، انتهى.

لكن ما صرح به التنقيح أقرب إلى الصنائه.

(السابع والعشرون): صرح في التذكرة بأنه لو قال المالك: أودعتك كذا فإن خنت ثم تركت الخيانه عدت أميناً لى، فخان وضمن ثم ترك الخيانه لم يعد أميناً.

واستدل على ذلك بأنه لا ضمان حينئذ حتى يسقط، لكن الظاهر مع الغض عما ذكرناه من أن الرجوع فى الخيانه يوجب أحكام الأمانه وإن لم يصرح المالك، أن مثل هذا القول يقتضى عدم الضمان لأن المالك إذا رفع الضمان فلا وجه للضمان بعد عدم الدليل على ضمان شرعى غير الضمان المالكى.

ولذا قال فى المناهل: هذه المسأله عندى فى غايه الإشكال، فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها وإن كان احتمال عدم الضمان لا يخلو عن قوه.

## لو اختلفا فى الوديعة والقرض

(الثامن والعشرون): لو قبض من غيره مالاً فتلف من غير تعد منه ولا تفريط، فادعى القابض أنه كان وديعه، وادعى المالك أنه كان قرضاً، فمقتضى الصنائه أنه

من مورد التحالف، لأن القرض والوديعة أمران متقابلان، فليس بينهما الأقل والأكثر حتى يكون الأصل مع أحدهما.

ومنه يعلم حال العكس، بأن ادعى المالك الإيداع وادعى القابض الاستقراض، لكن في المقام روايه خاصه في إحدى الصورتين يجب القول بها، وهو خبر إسحاق بن عمار الذي وصفه بالصحة في المختلف والرياض، وعده بعض الأجله من الموثق.

وقد رواه الكليني والشيخ والصدوق، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعه، وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه» (١).

وفي المناهل: يعضد هذه ما أشار إليه بعض الأجله قائلاً: روى الكليني والشيخ في الموثق عن إسحاق بن عمار أيضاً، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: ولكنها وديعه، فقال (عليه السلام): «القول قول صاحب المال مع يمينه» (٢).

ولذا ذهب إلى ذلك النهايه والنافع والتذكرة والتبصره والمختلف والتنقيح والرياض والإسكافي والحلى على ما حكى عن بعضهم، بل صرح بعضهم بالاتفاق عليه أو نفى الخلاف فيه.

أما الوجوه التي ذكروها لذلك فهي أقرب إلى الاعتبار، ولولا الدليل الخاص لكنا نقول بما ذكرناه سابقاً.

مثل ما حكى عن ابن إدريس من أنه قال: لأنه أقر بأن الشيء في يده أولاً

ص: ١٨٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٣٨ الباب ١٨ من كتاب الرهن ح ١

وادعى كونه أمانه، والرسول (صلى الله عليه وآله) قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»<sup>(١٢)</sup>، وهذا قد اعترف بالأخذ والقبض وادعى الوديعة وهي تسقط الحق الذي أقر به لصاحب المال فلا يقبل قوله في ذلك.

ومثل قول التذكرة: لأن المتشبهت يزيل دعواه ما ثبت عليه من وجوب الضمان بالاستيلاء على مال الغير، فكان القول قول المالك.

ومثل ما عن التنقيح: من أن ذا اليد أقر بوصول المال إليه وهو محتمل الإقراض وعدمه كالاستيداع، ولا مرجح لأحد الاحتمالين، على أنه يدعى ما يزيل الضمان فعليه البيه ومع عدمها كان القول للمالك.

ومثل قول الرياض: بعموم «على اليد» الموجب لضمان ما أخذه، خرجت عنه الأمانة حيث تكون معلومه بالإجماع فتوى وروايه، وبقي الباقي يشمله عموم الروايه.

ومنه يظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال: (لو قبض من غيره مالا فتلّف من غير تعد منه ولا تفريط فادعى القابض أنه كان وديعه وادعى المالك أنه كان قرضاً، فالقول قول المالك بيمينه، نعم مع وجود العين له ردها إليه، ولو انعكس الفرض فادعى المالك الإيداع وادعى القابض الاستقراض فليل يقدم قول المالك، ولو قلنا بتقديم قول القابض لإقراره بلزوم البديل عليه عند التلّف من غير تفريط ولا تعد كان أحسن).

فإن فرعيه الأولين على ما عرفت، أما فرعه الثالث ففيه ما ذكرناه من أنه موضع التحالف ولا دليل مخرج عن ذلك، اللهم إلا أن يفهم المناط وهو غير

ص: ١٨١

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٣ الباب ١ من کتاب الوديعة ح ١٢



ثم إنه يلحق بصوره التلف صورته عدم إمكان رد المال المفروض إلى صاحبه مع بقاءه، كما لو ألقى في البحر أو اغتصبه الغاصب منه مع تقصيره في الأمر أو ما أشبه ذلك، كما صرح ببعض الفروع المذكوره في محكى النافع والتذكرة.

وفي المناهل: الظاهر أنه مما لا خلاف فيه، قال: وهو مقتضى إطلاق الروايه الثانيه.

ثم إذا تمكن الودعى من رد عين المال المتنازع فيه إلى المالك، فعن الرياض أن القول قول الودعى قائلاً: ويفهم من قوله إذا تعذر الرد أو تلف العين أن مع عدم التعذر القول قول الودعى ولا- ريب فيه لأصالة عدم القرض، فله رد نفس العين، والخبر المتقدم صريح في التلف.

### لو اكتسب بالوديعه

(التاسع والعشرون): المشهور بين الفقهاء أنه لو تصرف في الوديعه باكتساب ضمن وكان الربح للمالك، ومستنده روايه التهذيب والفقيه، عن مسمع، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لى عليه، ثم إنه جائئى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذة وهذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفت المال الذى كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال (عليه السلام): «خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين» (١).

قال فى المختلف: إذا اتجر الودعى بالوديعه من غير إذن المالك كان ضامناً، والربح للمالك بأجمعه، قاله الشيخان وسالار وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم،

ص: ١٨٢

وكذا قال ابن الجنيّد، إلّا أن أصحابنا أطلقوا، وابن الجنيّد فصل.

وعن المراسم إنه قال: إن اتجر المستودع بمال الوديعة فعليه ما يخسر وللمودع الربح.

وقد أشكل الخونساري في جامع المدارك على المشهور قائلًا: إن قولهم مشكل بحسب القواعد، حيث إن تجاره إن كانت بعين الوديعة فهي معاملته فضوليّة إن أمضاها المالك صحت وإن ردها بطلت، فما يظهر منه الصحة بدون حاجه إلى الإمضاء مشكل، وإن كانت بالكلّي في الذمه مع دفع الوديعة عما في الذمه فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الإمكان وغرامه المثل أو قيمه مع عدم الإمكان وكون الربح للودعي إلّا- أن تستشكل في صحه مثل هذه تجاره بقصد أداء ما في الذمه، وإن كان المالك أذن في التصرف مع الضمان فمقتضى القاعدة صحه تجاره وكون الربح للودعي التاجر ولا مجال للشبهه من جهه قصد أداء ما في الذمه بمال الغير. أما الروايه (١١) فيمكن أن يكون أمر الإمام (عليه السلام) بالأخذ أمرًا بإمضاء المعاملات الواقعه وإعطاء النصف إياه إحسانًا إليه مع وقوع تجاره بالعين، وأمر بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمه من باب قبول الإحسان الواقعه من طرف الودعي).

لكن لا يبعد أن تكون الروايه على طبق القاعدة حيث إن الربح حصيله المال والعمل حتى فيما إذا باع كليًا وأعطى العين من باب الوفاء، فإن العرف يرون الربح منهما كما هو الحقيقه، ومثله مقسم بينهما، وكأن الربح في ذلك الزمان في المضاربه كان ... بالنصف وإلا فمقتضى ما يراه العرف التقسيم بينهما حسب الموازين

ص: ١٨٣

الاقتصاديّه بالنسبه، من الثلث أو النصف أو غيرهما كما ذكرنا فيكتاب الاقتصاد.

وحيث كان الأمر على حسب القاعده لا- فرق بين الوديعة والغصب والعاريه ونحوها، بخلاف ما إذا قلنا إنه تخصيص للقاعده بدليل خاص ولم يفهم الملاك، هذا حسب ما يراه العرف، أما حسب الصناعه فلا يبعد ما ذكره جامع المدارك وغيره، وقد فصل الكلام فيه في المناهل تفصيلاً فمن شاء راجعه.

ومنه يعلم الكلام فيما ذكره مناهج المتقين، حيث قال: (لو تصرف المستودع في الوديعة واتجر بها بغير إذن المالك ضمنها، ثم الأقوى أنه إن وقعت المعامله على العين المودعه كانت موقوفه على إجازة المودع، فإن أجاز صحت المعامله وكان الربح كله للمالك ولا شيء منه للمستودع، وإن رد فسد البيع، وإن اشترى في الذمه ودفعت الوديعة وفاءً صحت المعامله وكان الربح كله للمستودع، وعليه بدل الوديعة من مثل أو قيمه وهو آثم، ولا فرق في ذلك كله بين كون الوديعة لكامل أو قاصر).

(الثلاثون): لو رد الودعي المال قائلاً: هذا مالك وإنما هزل الحيوان أو تفه طعم الخل أو تغير لون القماش أو ما أشبه ذلك من غير تعد أو تفريط، قبل قوله لأنه أمين على ما عرفت، والظاهر أنه إن قال المالك: هذا ليس مالي وإنما كان مالي غيره، يقبل قول الأمين أيضاً لما تقدم، واحتمال الاحتياج إلى البيه لا وجه له.

وإن قطع المالك بأنه ليس ماله جاز له الأخذ منه من باب التقاص عن ماله، ثم إن حلف المستودع فلا شيء للمالك، وإلا كان له التقاص من المستودع من مال آخر بقدر التفاوت بين المعطى له وبين ماله إن كان بينهما تفاوت.

(الواحد والثلاثون): إذا قال الودعي: إن أحد هذين الشيئين هو مالك والآخر

مالى ولا- أعلم التعيين، فإن تساويها أخذ كل واحد واحداً من باب الشركة أو ما أشبهه، وإن اختلفا فالظاهر أن التفاوت بينهما لقاعده العدل، وكذا الحال إن قال: أحدهما لك والآخر لإنسان آخر أو موقوفه أو ما أشبه ذلك.

(الثانى والثلاثون): قد تبين مما تقدم أنهما لو اختلفا فى أنه وديعه عنده أو إجاره أو ما أشبه ذلك كان اللازم التحالف، وقد ذكرنا فى كتاب القضاء وغيره أن الملاحظ فى النزاع المصب لا المآل، فكون الإجاره توجب اشتغال ذمه الآخذ بخلاف الوديعه والأصل عدم اشتغالها، لا يوجب تقديم الوديعه على الإجاره.

ومنه يعلم الحال فيما إذا قال أحدهما: إن الأمه مستأجره، وقال الآخر: منكوحه لمن بيده الآن.

(الثالث والثلاثون): لو طلب المودع الأمانه فقال المستودع: أخذتها تقاصاً، كان عليه إثبات حق له على المودع أنكروه المودع حتى اضطر إلى التقاص، فإن لم يتمكن من إثبات أحد الادعاءين كان عليه ردها إليه، وكذلك إذا قال: صرفتها على زوجتك أو سائر واجبي النفقه لأنك لم تكن تصرف عليهم فاستأذنت الحاكم الشرعى أو عدول المؤمنين، أو فعلت ذلك بدونهما لعدم وصول يدى إلى أى منهما.

### لو لم يسلم المال وتلف

(الرابع والثلاثون): لو لم يسلم المستودع المال وتلف المال، ولما ادعى عليه المودع عند الحاكم قال: ما سلمت لك لأنك كنت تريد المعصيه بها بإنفاقها فى شرب الخمر أو لعب القمار أو أجر الفاحشه أو وطى الحيوان فيما إذا كان الحيوان مستودعاً عنده أو ما أشبهه، فهل يقبل قوله لأنه أمين، أو لا لأنه ادعاء، لا يبعد الأول، وإن كان ظاهرهم حسب ما تقدم فى بعض المسائل السابقه العدم، وسبيل الاحتياط واضح.

ومنه يعلم الحال فيما إذا لم يعطه وادعى أنه في وقت طلبه كان مجنوناً أو سكراناً أو سفيهاً أو مفلساً أو ما أشبه ذلك، مما إذا ثبت كان للمستودع الحق في عدم رده، وكذلك إذا ادعى أنك كنت غير بالغ أو غير رشيد وقت الطلب فيما إذا كان المال مودعاً عنده من مورثه.

(الخامس والثلاثون): الظاهر أنه إذا ادعى الوارث على المستودع المال، فقال: رددت إلى مورثك، سمع كلامه بيمينه لأنه أمين كما عرفت، وهذا هو المشهور بين الأصحاب، بل عن ابن إدريس ادعاء الإجماع عليه، وفي جامع الشتات: الظاهر أنه لا خلاف فيه إلا من العلامة في المختلف في كتاب الوكالة حيث أشكل على ذلك، لكنه بعد ذلك قوى القبول.

وعن ابن فهد في المهذب البارع: الإجماع عليه أيضاً، فإنه قال في كتاب الوكالة: (الأمناء على ثلاثه أقسام:

الأول: من يقبل قوله في الرد إجماعاً، وضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله في ردها حذراً من مقابله الإحسان بالإساءة وكالمستودع، واستشكل العلامة من حيث إن الأصل عدم الرد وهو قادر، وجزم في كتاب فتواه بموافقته الأصحاب.

والثاني: مقابله، وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمسترهن والمستأجر.

الثالث: من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض، كالمضارب والوكيل بجعل، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك، ومن غلب جانب الأمانة اعتبر قول العامل، وعن ابن مفلح أيضاً دعوى الإجماع عليه).

لكن لا يخفى

أن ضابط ابن فهد غالبى، فقد يودع المودع المال عند المستودع لنفعه لا لنفع المالك، والعمده ما عرفت من أنه أمين.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم الإلماع إليه من قوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل) (١) و (هل جزاء الإحسان إلا الإحسان) (٢) ونحوهما، ولا يقال إن الحلف على الأمين سبيل عليه لانصراف السبيل عن مثله.

ثم قال المحقق القمى: (الظاهر أنه لا خلاف أيضاً فى أن الدعوى من المستودع فى الرد على وكيل المودع أيضاً مثل دعواه الرد على الموكل) وهو كما ذكره لإطلاق الدليل، فكل واحد من الوكيل والموكل أن أخذ من أحدهما ورد إلى الآخر أو من وكيل ورد على وكيل آخر قبل دعواه فيه.

أما قوله بعد ذلك: (أما لو ادعى المستودع الرد على وارث المودع احتاج إلى البيئه لأن الوارث لم يجعله أميناً)، فقد عرفت فى السابق ما فيه من أنه لا فرق بين الوارث والمورث والمعطى لوليه بعد أن جن أو ما أشبهه، لأن ظاهر الدليل العموم ولو بالملاك.

## لومات الوارث

(السادس والثلاثون): لو مات المورث وله وارثان ادعى أحدهما أنه إجاره، وقال الآخر إنه قرض، وقال من عنده إنها وديعه، فالظاهر كفايه يمين واحده فيما إذا وصل الأمر إلى اليمين، إذ لا وجه لتعدد اليمين بعد الإطلاق الشامل للمقام، وكذا فى أمثاله.

(السابع والثلاثون): إذا أودع عنده أرضاً فلا حق للزوجه فى التنازع معه، إذ لا حصه له منها، وكذلك لا حق لسائر الأولاد فى التنازع مع المستودع فى

ص: ١٨٧

١- سورة التوبه: الآيه ٩١

٢- سورة الرحمن: الآيه ٦٠

الحيوه، فإن طرفه فيها هو الولد الأكبر فقط، كما تقدم مثله.

(الثامن والثلاثون): لو قال المستودع: إن الشيء نصفان نصفه وديعه ونصفه إجاره أو قرض مثلاً، كان لكل نصف حكمه، إذ وحده الشيء لا يوجب وحده العقد عليه، كما أن تعدده لا يوجب تعدد العقد عليه.

(التاسع والثلاثون): لو أودع عنده شيئين فربما يجعلهما وديعتين، كنكاحين في صيغه واحده، وربما يجعلهما وديعه واحده، والأحكام في الوحده والاثنين تابعه لهما، وقد ذكرنا في بعض المباحث إمكان أن يجعل لبضاعتين بيعين في صيغه واحده، وأن يجعل لهما بيعاً واحداً، وتظهر الثمره في الخيار ونحوه، نعم في باب النكاح والطلاق لا- يمكن جعل نكاح واحد لامرأتين، وكذلك بالنسبه إلى الطلاق والخلع ونحوهما.

(الأربعون): إذا طير الريح الثوب إلى داره، أو جاء بالأمتعه أو الأواني السيل إليه، أو هرب حيوان كالشاه والغزال ونحوهما ودخلا بيته، أو ألقى اللص بضاعه الناس إلى محله، أو جاء حيوان بفريسته المملوكه أو بالمطارده نحوه، إلى غير ذلك، لم تكن أمانه ماله ولا- شرعيه، أما الأول فلعدم استئمان المالك له، وأما الثاني فلأنه لا دليل على استئمان الشارع له، اللهم إلا إذا كان من الأهميه بحيث يجبره الشارع عليه، نعم إذا أخذها صارت أمانه شرعيه لها أحكامها.

وقد مثل العلامه في القواعد بالمثال الأول فقال في أثناء كلامه: (إذا انفسخت الوديعة بقيت أمانه شرعيه في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح إلى داره ويجب عليه إعلام صاحبه، فإن آخر متمكناً ضمن)، وقد عرفت وجه النظر فيه، ولذا حكى الشهيد عن الفخر أنه لا يضمن إذا آخر متمكناً إلا مع التصرف، وهو مقتضى القاعده، فإن دليل تسلط الناس على أنفسهم حاكم على ما ذكره العلامه.

(الواحد والأربعون): قال في القواعد: ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل، كقوله عندى ثوب وله أثواب ضمن. وفي مفتاح الكرامه: هو خيره التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك فى الحكمن وخيره المفاتيح فى الأول وظاهر المبسوط فى الثانى.

أقول: فيه نظر وهو أنه ليس الوصيه إلى فاسق موجباً للضمان مطلقاً، وإنما يكون موجباً للضمان إذا كان تضييعاً، وكذلك بالنسبه إلى العادل الكثير النسيان ونحوه، فالمعيار أن يكون تضييعاً وخيانه أو لا، بل كذلك الحال فيما أوصى إلى عادل غير كثير النسيان لكنه لا يتمكن من التنفيذ لضعفه أو لاستيلاء الأعداء عليه أو ما أشبه ذلك.

ولذا علل الحكم فى مفتاح الكرامه بأن الوصيه إلى الفاسق تزيد فى التضييع، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانه.

ومنه يعلم لزوم تغيير الوصيه إذا أوصى إلى عادل قوى ثم انقلب إلى فاسق مستهتر أو ضعيف أو ما أشبه ذلك، كما أنه لو أوصى إلى الفاسق والضعيف فانقلبا إلى عادل قوى كفى، إذ الوصيه من باب الأمانه فكلما تحققت صحت.

كما يعلم أنه إذا لم يكف الواحد لزم الوصيه إلى اثنين متعاونين، أو لكل بعض الوديعه.

كما أنه إذا أضر الاثنان بالتنازع ونحوه لزم الوصيه إلى واحد.

(الثانى والأربعون): لو أودع عنده النقود الورقيه فتغيرت الحكومه بما أوجب سقوط ماليه الورق وجب عليه تبديلها، وإلا كان ضامناً لأنه خيانه وخلاف الحفظ والأمانه، نعم إن صرح بعدم التبديل لم يكن عليه شىء، وربما يريد بقاءها لتكون فى المستقبل ذات قيمه لأنها ستكون من الآثار العتيقه، وكذا حال ما إذا قلّت قيمه الأوراق قله كبيره ونحوها، كما يقع مثل ذلك فى حاله الحرب ونحوها.



(الثالث والأربعون): لو أودع عنده البضاعة فأخذت في التنزل، فإن كان الارتكاز على التبديل بدل، وإلا لم يهم ذلك.

(الرابع والأربعون): لو أودع عنده البضاعة في محل التنزل، فنقلها إلى محل التضخم لم يكن به بأس إذا كان الارتكاز على ذلك، أما العكس فلا لأن الارتكاز على الخلاف، وعلى أي حال فالمعيار على الارتكاز.

(الخامس والأربعون): لو كان الظالم يأخذ بضاعه خاصة دون غيرها ودون النقد، وكانت الوديعة من تلك البضاعة الخاصة، فالظاهر أنه يلزم عليه تبديلها إلى النقد، لأنه الارتكاز الغالب، لا إلى بضاعه أخرى.

(السادس والأربعون): لو أودع الكافر عند مثله مثل الخمر والخنزير فأسلم المستودع، وجب عليه ردها إلى المالك، إذ عدم صحه التملك عنده لا يوجب سقوط حكم الوديعة، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الرهن، وكذا إذا أودع المخالف لمخالف مثله نيذاً أو ما أشبهه فاستبصر المستودع، أما إذا استبصر في المسألتين المودع فالظاهر سقوط الوديعة عن المالك فلا يجب عليه الرد، فتأمل.

(السابع والأربعون): لو أودع عنده طنبوراً أو صليياً أو ما أشبهه، فالظاهر وجوب كسره أو تفكيكه ورد الأجزاء للمودع، جمعاً بين الدليلين.

(الثامن والأربعون): لو تمكن من أخذ الحوالة وحمل النقد، فإن كان الطريق أمناً لم يضمن وإلا ضمن إذا لم يأخذ الحوالة وحمل النقد، لأنه خلاف العمل بمقتضى الأمانة.

### أقسام الأمانة الشرعية

(التاسع والأربعون): لا يخفى أن اليد في الشرع على قسمين: يد قهر وعدوان، ويد أمانة واستئمان، فيد القهر كيد الغاصب الظالم الآثم، ويد الاستئمان على قسمين: أمانة مالكيه، فيما إذا فوض المالك أو نحوه كوكيله ووليه ووصيه وما

أشبهه، وأمانه شرعيه، وهى الشىء الذى يقع فى يد الإنسان بدون استئمان المالك ومن قام مقامه.

وقد عرّف الأمانه الشرعيه الروضه والكفايه وغيرهما بأنها ما أذن فى الاستيلاء عليها شرعاً ولم يأذن فيها المالك.

ثم إن الأمانه الشرعيه قد تكون مع كره المالك، وقد تكون بدونه، فالأول كما إذا أمره الشارع بأخذ المال من يده لأنه يريد فعل المنكر به، كما تقدم فى بعض الفروع السابقه أمثله له، فإأخذه منه من باب النهى عن المنكر، وحينئذ تكون أمانه بيده، والثانى واضح.

وعن المهذب البارع وإيضاح النافع أن الأمانه على قسمين: خاصه وعامه، فالخاصه كل عين حصلت فى يد غير مالكتها بإذنه أو بغير إذنه ثم أخبر ولم يطلبها، أو أقره الشارع على إمساكها، كالوديعة والعاريه ومال الشركه والمضاربه والعين المرهونه والمستأجره والموكل عليها والعين التى هو وصى عليها، ويدخل فيها العين المقبوضه بالسوم.

قال فى محكى المهذب ما معناه: إنه زيد ما أقره الشارع على إمساكها، ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجه الإسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث، فإن الشارع جعل له ولايه الاستيجار للحج، فهى فى يده إلى وقت الاستيجار غير مضمونه، وليدخل فيه أيضاً اللقطه فإنها فى يد الملتقط لا يأذن المالك، بل الشارع أقر يده عليها للاحتفاظ.

وفسره مفتاح الكرامه بأن مراده أن هاتين تدخلان فى تعريف الأمانه الشرعيه، وقضيتها أن لا تقر يدهما عليهما، فوجب أن يزداد ذلك لإدخالهما فى الخاصه، لإمكان التوافق فى الحكم، قالوا: وأما العامه فهى كل عين حصلت فى يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهه التعدى

كالثوب يطيره الريح إلى دار إنسان، وكالوديعة إذا مات مالکها ولم يعلم الوارث، وكالعین المأمور بدفعها إلى غيره، والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه إلى من لا يعلم، ولو كان الموصى له معيناً وعلم به كان أمانه خاصه.

ثم إن حکم الأمانه الخاصه أنه لا- يجب دفعها إلا- مع الطلب أو انتهاء المده، فلو تلفت قبله لم يضمن، وحکم الأمانه العامه وجوب الدفع على الفور العرفى على ما تقدم فى بعض المسائل السابقه، ويشتركان فى الضمان مع التعدى والتفريط.

وقد اختلفوا فى العين المستأجره بعد انقضاء المده، فقد عد أبو على والشيخ فى المبسوط والمقداد على المحكى عنهم كونها من الأمانه الشرعيه، لكن الأكثرون على خلاف ذلك، وأنها من الأمانه المالكيه.

ومقتضى القاعده التفصيل بين الارتكاز من المالك فمن الثانى، وعدم الارتكاز فمن الأول.

ويدخل فى الأمانه الشرعيه ما يتتزع من الغاصب أو السارق حسبه دون ما يستودعه إياه عند المشهور، فإنه عندهم لقطه فى وجوب التعريف والتصدق، كما تقدم الكلام فى ذلك.

كما أن المال المجهول المالك من الأمانات الشرعيه التى يجب ردها إلى مالکها أو التصديق بها، وهو ما يحصل فى يد الإنسان من مالکة أو ما يقوم مقامه ثم يجهله، أو يكون مجهول المالك من أول الأمر، كما إذا كان الإنسان مع إنسان فى فندق أو خان أو قافله أو نحو ذلك ثم ذهب وبقي متاعه عند هذا الإنسان من باب الغفله أو الخطأ أو مطارده الظالم ذلك الإنسان المالك، أو ما أشبه ذلك على ما ذكرنا تفصيله فى كتاب اللقطه.

قال فى مفتاح الكرامه: ومن الأمانه الشرعيه ومجهول المالك ما يقع الاشتباه فيه من النعال فى الزيارات والحمامات، ويشبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم

مما علم أنه حرام ولا يعلم صاحبه مما لا يجدى تعريفه لأن الإنسان لا يتمكن من الوصول إلى مالكه أو من قام مقامه، وفي خبر يونس قال (عليه السلام): «كيف تعرفه ولم تعرف بلده»<sup>(١)</sup>.

كما أن من الأمانة الشرعية العامه اللقطه مع ظهور المالك قبل إيصالها إليه إيصالاً حسب الموازين، والهدايا والكتب المرسله، والمراد الهدايا التي لا يعرف أصحابها مثل الظروف التي ترسل إلى الإنسان وفيها الطعام، وكذلك الكتب المرسله إلى الإنسان ويراد جوابها عليها ولا يعرف مالكتها.

ومنها الصيد المنتزع من المحرم، أو مُحلّل أخذه من محرم، فإنه يجب رده فوراً عرفياً إلى الحرم، وكذلك تخليص الصيد من الجراح ليداويه، ومن الشبكة في الحرم.

ومنها أيضاً ما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه، فهو أمانه شرعيه حتى يباع أو يأخذه بدلاً من جنسه، لأنه يجوز في التقاص كلا الأمرين، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير، وما كسبه من قمار، وما يؤخذ من مالهما وديعه عند خوف تلفه بأيديهما من باب الإحسان، سواء كان الأخذ واجباً أو مستحباً، وكذلك ما يتسلمه منهما نسياناً، وكذلك حال ما يأخذه من حيوان.

وما بطل من الأمانه المالكيه بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه، وما إذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع وبدونه أو سفه على ما تقدم في بعض الفروع السابقه كلها تصبح أمانه شرعيه.

ثم إن الأمانه الشرعيه يجب دفعها إلى مالكتها فوراً عرفياً إن علم به، وإلا فإلى من قام مقامه من الفقراء أو الحاكم، وذلك لدليل على اليد<sup>(٢)</sup> ونحوه، ولا يجوز له تركه في العراء ونحوها

ص: ١٩٣

- 
- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٥٧ الباب ٧ من كتاب اللقطه ح ٢
  - ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعه ح ١

لأنه من الخيانه والتضييع وخلاف دليل اليد.

ومما تقدم من معيار الارتكاز ظهر أن ما قبض بالعقد الفاسد من بيع وصلاح ونحوهما من العقود اللازمه الموجهه لانتقال الضمان بصحتها إن كان الارتكاز يكون أمانه مالكيه، وإلا يكون أمانه شرعيه.

ومثل ذلك ما لو بطلت الشركه أو المضاربه أو الوديعة أو العاريه أو المزارعه أو المساقاه أو نحو ذلك.

ومثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلاً بالغصب أو ناسياً له أو نحو ذلك.

وكذلك حال ما لو دفع إليه المستودع ثوب نفسه بظن أنه ثوب المودع، وإذا دفع المستأجر شيء نفسه إلى الموجر بزعم أنه شيء الموجر.

ثم الرد في الأمانه المالكيه حسب الارتكاز، أما في الأمانه الشرعيه فاللزام إما الرد فوراً عرفياً أو الإعلام، لأن الشارع لم يأذن إلا بقدر، والمفروض عدم إذن المالك، وإنما يقوم الإعلام مقام الرد لأنه يخرج عن الخيانه ونحوها، فإذا أعلم وطلبه مالكه أعطاه.

ثم إن الأمانه الشرعيه حالها حال الأمانه المالكيه يلزم إيصالها إلى المالك حسب ارتكاز المالك في رضاه البقاء عنده أو ردها فوراً عرفياً، فإن علم بالأول فله التأخير، وإلا-لزم الرد فوراً لأن البقاء بدون رضا المالك سواء علم أو لم يعلم المالك غضب، وخلاف دليل السلطنه وغيرهما.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامه عن جماعه من الفقهاء قال: (إنه قيد ذلك في المهذب وإيضاح النافع بعدم علم المالك، وقضيته أنه إذا علم لا يجب عليه نقله، وهو قضيه الكتاب فيما يأتي، والسرائر والحواشي وجامع المقاصد ومجمع

البرهان، وبه صرح فى التذكرة فى مقام آخر، بل هذا المقام من لوازم المقام الثانى).

لكن قال فى المسالك: (إنه لا فرق عندنا بين علم المالك بأنها عنده وعدمه).

وإذا لم يعلم المالك بوجودها عنده لزم إما الرد فوراً أو الإعلام فيما إذا احتتمل ارتكاز المالك بجواز بقائه عنده، وإن لم يحتتمل لزم الرد فوراً، فإن الإعلام لا خصوصيه له.

وقد استجود المقدس الأردبىلى فى محكى كلامه قولهم بوجوب الإعلام فى الأمانه الشرعيه وقال: (إن القول بوجوب الرد بل بجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل، لأنه تسليط الغير على مال الغير بغير إذن، فيمكن القول بالضمان لو تلف فى الطريق من غير تقصير، وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف، بل بمجرد وجوده فى الدار بواسطة الريح ونحوه).

لكن الإرسال بسبب الثقة أو غير الثقة مسأله أخرى كما هو واضح.

وما فى مفتاح الكرامه من أن فحوى الحال يقتضى بأن المالك يرضى بالبعث مع كل من كان، ولهذا كان متداولاً بين المسلمين فى العوارى والودائع ولا يلزمون ردها مع خصوص الثقة أو مع من أرسله معه الدافع، غير ظاهر فأيه سيره فى الإرسال مع غير الثقة.

### كراهه استئمان شارب الخمر

(الخمسون): فى بعض الروايات المداله على كراهه ائتمان شارب الخمر وإبضاعه، بل كل سفيه وفاعل محرم إذا استفيد الملاك من هذه الروايات، كما يكره استئمان غير الأمين:

فعن حريز، قال: كانت لإسماعيل بن أبى عبد الله (عليه السلام) دنانير، وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال لإسماعيل: يا أبه إن فلاناً يريد الخروج إلى

اليمن وعندى كذا وكذا دينار، أفترى أن أذفعها إليه يبتاع لى بها بضاعه من اليمن، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر»، فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: «يا بنى لا تفعل»، فعصى إسماعيل أباه ودفع إليه دنانيره فاستهلكها ولم يأت به بشيء منها. فخرج إسماعيل وقضى أن أبا عبد الله (عليه السلام) حج وحج إسماعيل تلك السنه، فجعل يطوف بالبيت ويقول: اللهم أجرني واخلف علي، فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام) فهمزه بيده من خلفه وقال له: «يا بنى فلا والله ما لك على الله هذا، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته»، فقال إسماعيل: يا أبا عبد الله إني لم أراه يشرب الخمر إنما سمعت الناس يقولون، فقال: «يا بنى إن الله عزوجل يقول في كتابه: (يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين) يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم، ولا تأتمن شارب الخمر، إن الله عزوجل يقول في كتابه: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) وأى سفيه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يُزوّج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه» (١).

وعن أبي الجاورد، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «إذا حدثتكم بشيء فاسألوني عن كتاب الله»، ثم قال في حديثه: «إن الله نهى عن القيل والقال وفساد المال وكثره السؤال»، فقالوا: يا بن رسول الله وأين هذا من كتاب الله، فقال: «إن الله عزوجل يقول في كتابه: (لا خير فى كثير من نجواهم) الآية، وقال: (ولا تؤتوا السفهاء

ص: ١٩٦

أموالكم التي جعل الله لكم قياماً)، وقال: (لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم) (١).

وعن أبي الربيع، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال النبي (صلى الله عليه وآله): «من ائتمن شارب الخمر على أمانه بعد علمه فليس له على الله ضمان ولا أجر له ولا خلف» (٢).

وعن مسعده بن زياد، قال: سمعت أبا الحسن موسى (عليه السلام) يقول لأبيه (عليه السلام): «يا أبة إن فلاناً يريد اليمن أفلا أزوده بمال ليشتري لي بها عصب اليمن»، فقال: «يا بني لا تفعل»، فقال: «ولم»، قال: «لأنها إن ذهبت لم تؤجر عليها ولم تخلف عليك لأن الله عزوجل يقول: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) وأي سفية أسفه بعد النساء من شارب الخمر، يا بني إن أبي حدثني عن آبائه (عليهم السلام)، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «من ائتمن غير أمين فليس له على الله ضمان لأنه قد نهاه الله عزوجل أن يأتمنه» (٣).

وعن الراوندي روايته نحوه، إلا أنه قال في أوله: «من ائتمن شارب الخمر فليس له على الله ضمان» (٤).

وعن زيد النرسي في أصله، قال: سمعت أبا الحسن موسى (عليه السلام) يقول: قال أبي جعفر (عليه السلام): «يا بني إن من ائتمن شارب خمر على أمانه فلم يؤدها إليه لم يكن له على الله ضمان ولا أجر ولا خلف، ثم إن ذهب فيدعو الله عليه لم يستجب الله دعاءه» (٥).

وعن حماد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «فيمن شرب الخمر بعد أن حرمها الله على

ص: ١٩٧

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٠ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ١ و ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٠ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ٣
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣١ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ٤
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣١ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ٥
- ٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ١



لسان نبيه (صلى الله عليه وآله) ليس بأهل أن يزوج إذا خطب، وأن يصدق إذا حدث، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانه، فمن أئتمنه على أمانه فأهلكها أو ضيعها فليس للذى أئتمنه أن يأجره الله ولا يخلف عليه».

وقال أبو عبد الله (عليه السلام): «إني أردت أن أستبضع بضاعه إلى اليمن فأتيت أبا جعفر (عليه السلام) فقلت: إني أردت أن أستبضع فلاناً، فقال لي: أما علمت أنه يشرب الخمر، فقلت: قد بلغني عن المؤمنين أنهم يقولون ذلك، فقال: صدقهم فإن الله عزوجل يقول: (يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين).

ثم قال: «إنك إن استبضعته فهلكت أو ضاعت فليس على الله أن يأجرك ولا يخلف عليك، فقلت: ولم، قال: لأن الله تعالى يقول: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) وهل سفيه أسفه من شارب الخمر، إن العبد لا يزال في فسحة من ربه ما لم يشرب الخمر، فإذا شربها خرق الله عليه سرباله، فكان ولده وأخوه وسمعه وبصره ويده ورجله إبليس يسوقه إلى كل شر ويصرفه عن كل خير» (١).

وعن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) قال: «من لا يثق به» (٢).

وعن إبراهيم بن عبد الحميد، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن هذه الآية: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) قال: «كل من يشرب المسكر فهو سفيه» (٣).

وعن دعائم الإسلام، عن الحسن بن علي (عليه السلام)، أنه كتب إلى معاوية كتاباً يقرعه فيه ويبيته بأمر صنعها، كان فيه: «ثم وليت ابنك وهو غلام كان يشرب الشراب ويلهو بالكلاب، فحُنت أمانتك وأخرت رعيتك ولم تؤد نصيحة ربك، فكيف تولى

ص: ١٩٨

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٣

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٤

على أمه محمد (صلى الله عليه وآله) من يشرب المسكر وشارب الخمر المسكر من المنافقين والفاسقين، وشارب الخمر المسكر من الأشرار ليس بأمين على درهم فكيف على الأمة» (١).

وعن الرضوى (عليه السلام): «وإياك أن تزوج شارب الخمر» إلى أن قال: «ولا تأمنه على شيء من مالك، فإن ائتمنته فليس لك على الله ضمان» (٢).

وعن علي بن إبراهيم في تفسيره، عن أبي الجارود، عن أبي جعفر (عليه السلام) في قوله تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم): «فالسفهاء النساء والولد، إذا علم الرجل أن امرأته سفیهة مفسده وولده سفیهة مفسد لم ينبغ له أن يسلط أحداً منهما على ماله الذي جعل الله له قياماً يقول له معاشاً» (٣).

وعن أبي حمزه الثمالي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبيد الله كذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخيانته إذا ائتمن، ثم ائتمنه على أمانه كان حقاً على الله أن يبتليه فيها ثم لا يخلف عليه ولا يأجر» (٤).

وعن الآمدي في الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «ثلاثه مهلكه: الجراه على السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم» (٥).

وقال (عليه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان» (٦).

وعنه (عليه السلام) أيضاً أنه قال: «أد الأمانه إذا ائتمنت، ولا تتهم غيرك إذا ائتمنته، فإنه لا إيمان لمن لا أمانه له» (٧).

ص: ١٩٩

- ١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٥
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٦
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعه ح ٧
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ٢
- ٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٦ من كتاب الوديعه ح ٣
- ٦- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٧ من كتاب الوديعه ح ١
- ٧- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعه ح ٧

ثم الظاهر إنه يستحب ختم الشيء بخاتم العقيق إذا أريد حفظه.

فعن زيد الزراد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «يا جاريه اختمى على السفط بخاتمي العقيق فإنه لا يزال محفوظاً حتى تؤدي إلينا وديعتنا» (١).

وننقل في تتمه الكلام روايه رواها ابن شهر آشوب وغيره بالنسبه إلى الودائع التي كانت تودع عند رسول الله (صلى الله عليه وآله) وافترى عليه وكشف الافتراء على (عليه السلام) بتفريق الشهود:

وهي أن عمير بن وائل الثقفي أمره حنظله بن أبي سفيان أن يدعى على على (عليه السلام) ثمانين مثقالاً من الذهب وديعه عند محمد (صلى الله عليه وآله) وأنه هرب من مكة وأنت وكيله، فإن طلب بينه من الشهود فنحن معشر قريش نشهد عليه، وأعطوه على ذلك مائه مثقال من الذهب منها قلاده عشره مثاقيل لهند. فجاء وادعى على على (عليه السلام) فاعتبر الودائع كلها ورأى عليها أسامي أصحابها ولم يكن لما ذكره عمير خبر، فنصح له نصحاً كثيراً، فقال: إن لي من يشهد بذلك وهو أبو جهل وعكرمه وعقبه بن أبي معيط وأبو سفيان وحنظله، فقال (عليه السلام): مكيدته تعود على من دبرها، ثم أمر الشهود أن يقعدوا في الكعبه، ثم قال لعمير: يا أخا ثقيف أخبرني الآن حين دفعت وديعتك هذه إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أي الأوقات كان، قال: ضحوه نهار، فأخذها بيده ودفعتها إلى عبده، ثم استدعى بأبي جهل فسأله عن ذلك، قال: ما يلزمني ذلك، ثم استدعى بأبي سفيان وسأله، فقال: دفعها عند غروب الشمس، وأخذها من يده وتركها في كفه، ثم استدعى حنظله فسأله عن ذلك فقال: كان وقت وقوف الشمس في كبد السماء

ص: ٢٠٠

وتركها بين يديه إلى وقت انصرافه، ثم استدعى بعقبه وسأله عن ذلك، فقال: تسلمها بيده وأنفذها في الحال إلى داره وكان وقت العصر، ثم استدعى بعكرمه وسأله عن ذلك، فقال: كان بزوغ الشمس أخذها فأنفذها من ساعته إلى بيت فاطمه (عليها السلام)، ثم أقبل على عمير وقال له: أراك قد اصفر لونك وتغيرت أحوالك، قال: أقول الحق ولا يفلح غادر، وبيت الله ما كان لي عند محمد (صلى الله عليه وآله) وديعه وأنهما حملاني على ذلك، وهذه دنائير وعقد هند عليها اسمها مكتوب (١).

ويستفاد من هذه الرواية عدة أحكام شرعية:

الأول: صحه تقبل المسلم وديعه الكافر.

الثاني: قبول شهاده الكافر على المسلم فيما إذا أودع عنده، وإلا فلا يمكن أن يقال للكافر أنت بالمسلمين يشهدون لك فيما إذا لم يكن المسلمون متوفرين.

الثالث: جواز وجود الشهود الأكثر من اثنين.

الرابع: إن الاختلاف بين الشهود يسقط شهادتهم.

الخامس: صحه القضاء والاستشهاد في المسجد.

السادس: استحباب نصح المدعى زوراً.

السابع: إن الشاهد إذا لم يجب بالتفصيل كان له الحق في ذلك إذا لم يكن أمر أهم.

الثامن: الوكيل كالأصيل في سماع دعوى المدعى، وإلا كان للإمام (عليه الصلاة والسلام) أن يقول إن الرسول (صلى الله عليه وآله) لم يودع عنده وكفى بذلك رداً لهم.

ص: ٢٠١

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢٠٢ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ح ١

التاسع: حق القاضي في تصديق الشهود واستبراء شهاداتهم.

العاشر: التوكيل في جعل الودائع إلى غير المستودع إذا كان ارتكاز من المودع لجواز ذلك أو اضطرار من المستودع.

الحادى عشر: كتابه الأسمى على الودائع.

الثانى عشر: لزوم تحمل الرد إذا شهد الشهود وإن لم ير الوكيل الوديعة في الودائع.

وهذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الكتاب، والله الموفق والمستعان.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

تم في اليوم الثامن من شهر محرم الحرام من سنه ألف وأربعمائه وثمانيه في قم المقدسه.

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

ص: ٢٠٢

كتاب العاريه

اشاره

كتاب العاريه

ص: ٢٠٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَيَّ أَشْرَفِ خَلْقِهِ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ، وَاللَعْنَةُ الدَّائِمَةُ عَلَيَّ أَعْدَائِهِمْ  
إِلَى قِيَامِ يَوْمِ الدِّينِ.

ص: ٢٠٤

والأغلب أن تكون على أسلوب الشرائع.

قال فى المسالك: (هى بتشديد الياء كأنها منسوبه إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، ذكره الجوهري وابن الاثير فى نهايته، وقيل: منسوبه إلى العاره وهى مصدر من قولك: أعرته إعاره، كما قال: أجاب يجيب إجابته، وأطاق إطاقه وطاقه، وقيل: مأخوذه من عار يعير إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطال عيار لتردده فى بطالته، فسميت عاربه لتحويلها من يد إلى يد، وقيل: مأخوذه من التعاور والاعتوار وهو أن يتداول القوم الشئ بينهم، وقال الخطائى فى غريبه: إن اللغه الغالبه العاربه بالتشديد وقد تخفف) انتهى.

والظاهر أنه يصح أن يكون ناقصاً يائياً أو واوياً، نحو سقا وساقيه وسواقى، وغزى وغازيه وغوازى، كما أنه يصح أن يكون أجوفاً واوياً من عوره، أو يائياً من غيره.

ولا شك باختلاف المعانى بسبب اختلاف الأصول، ولذا فالاحتمالات فى الكلمه أكثر مما ذكره المسالك وتبعه الجواهر، والتاء باعتبار أنها صفه محذوف أى العين العاربه، فحالها حال تاء وثيقه، والمشدد باعتبار النسبه، أما المخفف فالياء أصلى على وزن الغازى، لكن مزیده كأعار يعير ومعير ومعار يدل على أنه أجوف لا- ناقص، وإلا- صار أعرى كأرمى، يعرى كيرمى من باب الأفعال



فتأمل، ويجمع على عواری.

قال الشاعر:

إنّما الدنيا عواری

والعوالی مسترده

شده بعد رخاء

ورخاء بعد شده

ثم إنه يستحب إعاره المؤمن، فقد روى الغوالى عن ابن مسعود، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «إن الماعون المذكور فى الآيه الكريمة هو العواری من الدلو والقدر والميزان»<sup>(١)</sup>.

وعن جابر قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: «ما من صاحب إبل لا يفعل حقها فيها إلّا جاءت يوم القيامة أكبر ما كانت بقاع قرقر وتشد عليه بقوائمها وأخفافها»، قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل، قال: «حلها على الماء وإعاره ولدها وإعاره فحلها»<sup>(٢)</sup>.

أقول: إعاره الولد لأجل الدر، وإعاره الفحل لأجل النزو.

وعن دعائم الإسلام، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «القرض والعاريه وقرى الضيف من السنه»<sup>(٣)</sup>.

وعن الحسن بن على بن شعبه فى تحف العقول، عن الصادق (عليه السلام) أنه قال فى حديث: «وأما الوجوه الأربعة التى يلزم فيها النصفه من وجوه اصطناع المعروف فقضاء الدين والعاريه والقرض وإقراء الضيف واجبات فى السنه»<sup>(٤)</sup>.

ص: ٢٠٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العاريه ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العاريه ح ٣

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العاريه ح ٤

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العاريه ح ٥

قال فى الشرائع: وهى عقد.

أقول: وإنما كان عقداً لأن العرف يرويه كذلك، وهو ميزان العقد، كما أنه هو ميزان الإيقاع أيضاً، فلو كان العرف يرون أن الطلاق لا يتحقق إلا برضى الطرفين كالنكاح كان عقداً، كما هو متعارف الآن فى بعض البلاد الكافرة، حيث لا يجعلون الطلاق إلا بعد رضى الطرفين، كما أن العرف لو كان يرى الهبة إيقاعاً يملك الموهوب له الموهوب بدون رضاه وقبوله، كما يملك الإنسان الإرث بدون رضاه وقبوله، لكانت إيقاعاً.

### الفرق بين العاربه والإباحه

والفرق بين إباحه المنفعه حيث لا يحتاج إلى القبول، والعاربه باعتبار العقلاء للعاربه عقداً دون الإباحه، فالثمره وإن كانت واحده إلا أن الاعتبار اثنان، وكما فى عالم الحقائق يمكن ترتب ثمره واحده لموجودين حيث بينهما جامع، كذلك فى عالم الاعتبار، وإنما اعتبرنا الجامع لما ذكره من عدم صدور الواحد إلا عن واحد، وإن كان هذه القاعده لا تأتى فى الأمور الاعتباريه لأنها خفيفه المؤنه، فإن الدليل الذى ذكره للقاعده من أنه (وإلا لزم صدور كل شىء من كل شىء) غير آت فى الأمور الاعتباريه، وإن كانت جاربه فى الأمور الانتزاعيه أيضاً لما لها نوع من الحقيقه.

ومما ذكر يظهر وجه النظر فى قول المسالك، حيث قال عند قول الشرائع: (وهى عقد ثمرته كذا، العقد اسم للإيجاب والقبول، وتعليق الثمره عليه يقتضى أن للقبول مدخلاً فيها مع أن التبرع بالمنفعه إنما يتحقق بالإيجاب خاصه، لأن المتبرع إنما هو بأذل العين لا المنتفع بها. ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطاً فى صحه العاربه لم يتحقق الثمره بدونها، وإن بذلها المعير فإنه لو تبرع بالعين وأوقع الإيجاب فرده الآخر لم يحصل الثمره، وإن حصل التبرع بالمنفعه

فالمترتب على العقد هو التبرع على وجه يثمر، وذلك لا يتم بدون القبول) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لا- ما ذكره، وكأن الجواهر أراد الإشارة إلى ما ذكرناه، وإن لم تكن العبارة وافيه، فإنه قال: (هي عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول، لا إيقاع يكفى فيه الإذن فى الانتفاع من المالك، إذ هو حيثئذ من الإباحه التى منها الانتفاع بطروف الهدايا بالأكل ونحوه مما جرت سيره به، وانتفاع الضيف فى الدار والفرش والأوانى ونحوها لا العاريه المزبوره، اللهم إلا أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ويقبله قولاً أو فعلاً بهذا العنوان) (١).

نعم ذكر الجواهر بعد ذلك ما هو أصرح حيث قال: (إن التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذى هو المشخص فى اندراج الفرد فى مفهومه نحو تشخيصه الفعل المشترك، إذ ليس فرق فى العقد بين الصلح عن العين الجامعه لشرائط البيع مثلاً، وبين بيعها بالنسبه إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم فى كل منهما إلا بقصد الصلحيه أو البيعيه المدلول عليهما بذكر الصيغه أو غيره من القرائن، وكذا بالنسبه إلى الفرق بين الصلح على المنفعه التى تتعلق بها الإجاره وبين عقد الإجاره، وكذا ما نحن فيه).

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى كلام المسالك فى جوابه عن إشكال نقض طرد التعريف بالسكنى والعمرى والحبس والوصيه بالمنفعه، قال فى وجه الإشكال: (فإن هذه كلها عقود تثمر التبرع بالمنفعه، وأجيب بأنها فى معنى العاريه وإن كانت لازمه، وغايته انقسام العاريه إلى جائزه ولازمه، كالإعاره للرهن وفيه نظر، لأن هذه العقود فى الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركه فى بعض الخواص اصطلاح مردود).

ص: ٢٠٨

ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقليل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه، خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة، فإنه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كما سيأتى، وقد يلتزم فيها بأنها لتحقق المعنى فيها مطلقاً ولا يقدر الصيغته لأن العاربه لا يختص بلفظ، بل كل ما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً.

والسكنى المطلقة يقتضى ذلك، ولكن تبقى العاربه اللانزاه خارجة فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر، والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبه إلى المستعير وإن لم يؤثر بالنسبه إلى المرتهن، وتظهر الفائده فى وجوب السعى على الراهن فى تخليصها بما أمكن ووجوب المبادره إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبه السابقه، ولو قلنا إنه لا أثر لها وإنها لازمه من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم، والأول ليس ببعيد من الصواب، إذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى) انتهى.

إذ قد عرفت أن الفارق هو الاعتبار لا سائر الأمور، حتى لو أن النتيجة كانت واحده لم يضر ذلك باختلاف الاعتبار، والاعتبار فى عالمه يمكن أن يكون لفردين منه أثر واحد، كما يمكن أن يكون لوجودين فى عالم الوجود أثر واحد، مع ما عرفت من الفارق بأن فى الوجودين يجب وجود الجامع بينما وليس كذلك فى عالم الاعتبار.

### تعريف الفقهاء

أمّا جواب الجواهر عن المسالك بقوله: (قد ذكرناه غير مره أن أكثر التعاريف للأصحاب فى أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغويه التى يراد منها التمييز فى الجملة، لا- تمام الا-طراد والانعكاس، فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصيه بالمنفعه، وأغرب منه التزام الجواز فى ذلك وأنها فى معنى العاربه وإن كانت لازمه، وغايته انقسام العاربه إلى

جائزه ولازمه كالإعارة للرهن، ضروره كون هذه العقود فى الاصطلاح متباينه مختلفه اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركة فى بعض الخواص اصطلاح مردود) انتهى.

فقد عرفت ضعفه، إذ ليس الكلام فى التعريف، وإنما الكلام فى الحقيقة، بالإضافة إلى أن نقض بعضهم لبعض فى التعريف ورد بعضهم النقض عن بعض يدل على أنهم يريدون تعريف الجامع المانع.

وأما قوله السابق الذى أشرنا إليه حيث قال: (التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد) إلخ، فهو خروج عن الجواب إلى غير موقعه، لأن الأمر فى الفرق، والقصد تابع للفرق يعنى يلزم أن يكون هناك مفهومان حتى يقصد هذا مره ويقصد هذا مره، فالفارق الاعتبار لا القصد، وإن كان القصد تابعاً للاعتبار، إذ فى المقام ثلاثة أمور: مفهوم وقصد وإثبات فى الخارج، فالمراد بالمفهوم الاعتبار العقلانى، والمفهوم صفة منتزعه من الأمر الاعتبارى.

وعلى أى حال فمما تقدم ظهر الفرق بين العارية وبين القرض، وبينها وبين الوديعه المأذون التصرف فيها.

أما مسأله الجواز واللزوم المذكور فى كلام المسالك، فلا يخفى أنهما أمران خارجان لا ربط لهما بحقيقه الاعتبار، ولذا قال الجواهر: والجواز واللزوم إنما هما أمران خارجان، والتحقيق أن بناءها على الجواز الذى لا ينافيه عروض اللزوم من جهة أخرى كتعلق حق الغير ونحوه، كما لا ينافى لزوم البيع الجواز له بسبب من أسباب الخيار، وقد تبع الجواهر فى ذلك الشيخ فى المكاسب فى جعله الجواز واللزوم أمراً خارجاً عن حقيقه المهيه.

ثم إن الظاهر أن العارية كسائر العقود تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين

والعمليين، أو كون أحدهما لفظياً والآخر عملياً، لأن كل ذلك يسمى بالعقد، فلو قال إنسان: أيها الناس أعيركم كلما تريدون من أثاثي، وجلس في محله فجاءه إنسان وآخر وثالث وهكذا يأخذون منه أشياء بعنوان العاربه وهو يعطيها إياهم كان عاربه عرفاً، كما إذا كان هناك لفظ منهما، أو كان لفظ من أحدهما وفعل من الآخر.

## الانتفاء بظروف الهدايا

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (هي على حسب ما سمعته في العقود اللازمه تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين، وهما العقد بالمعنى الأخص، وربما قيل منه أيضاً ما إذا كان القبول فعلياً، وأما إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعلياً فهو من المعاطاه، بناءً على مشروعيتها فيها بدعوى السيره المستمره بعنوان العاربه، وإن كان الأقوى أنها إباحه لا بعوض كما سمعته مراراً. وأما احتمال أنها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العاربه لأنه انتفاع بملك الغير بإذنه، وإن لم يكن لفظ بل بشاهد الحال، ضروره عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العاربه من دون إنشاء قصدها من الطرفين، وجواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح، وخصوصاً ما لو كان بطريق الفحوى القطعيه أو بشاهد الحال) انتهى.

إذ لا وجه لعدم جعلها عقداً إذا كان القصد منهما العاربه، فإنه لا فرق عند العرف بين اللفظ والكتابه والفعل.

نعم خرج مثل النكاح والطلاق بالدليل الخاص من إجماع ونحوه، ولذا قال في الرياض: (يشترط فيها ما يدل على الإيجاب والقبول وإن لم يكن لفظاً، كما لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه، وكأكل الطعام من القصعه المبعوث فيها، وفاقاً لجماعه لجريان العاده بمثله، ومنهم من اشترط لفظاً كما في نظائره وهو

أوفق بالأصل الدال على حرمه التصرف في مال الغير بغير القطع بإذنه حيث لا- يحصل من جهة العقد، إلا أن العاده في نحو الأمثله المذكوره ربما أفاد القطع به، ولا شبهه مع الإفاده، ولا دليل على اعتبار اللفظ في هذه الصوره بعد أن العاريه من العقود الجائزه، ومع عدمها فمحل إشكال، وإن أفادت الظنه حيث لا دليل على اعتبارها، ويخصص الأصل بها في نحو المسأله) انتهى.

نعم لا- إشكال في أنه لا- يكفى الظن، لأنه يلزم القطع بالظهور حتى يحكم بالمراد، كما حقق في الأصول، فاللازم أن يكون هنالك لفظ أو كتابه أو إشاره أو فعل قطعى الدلاله على العاريه.

ولذا قال في الرياض: (ينقدح وجه القدح فيما حكى عن التذكره من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه إن لم يقيد بكون منفعتة مما يتناوله الإذن الوارد في الآيه بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقه، ولا- كذلك لو قيد به لاستناد الرخصه في المقيد حقيقه إلى الآيه لا إلى نفس حسن المظنه، ومنه يظهر وجه تعدى الجواز إلى الأرحام الذين تناولتهم الآيه في الصوره المذكوره) انتهى.

ولا- يخفى أنه في المقام خلط بين عالم الإثبات وعالم الثبوت، فليس الكلام في الظهور وعدم الظهور، وإنما الكلام في أن العاريه هل تحقق بالمعاطاه أم لا، والإذن الشرعى أو المالكى في الانتفاع ليس معناه العاريه، ولذا قال في الجواهر: (الإذن في الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الإذن شرعاً بالأكل من بيته مع التسليم ليس من العاريه قطعاً، وإنما هو من الإباحه الشرعيه على حسب الحال في غيره من البيوت التى قد تضمنتها الآيه، نعم قد يستفاد من ذلك التسامح في عقد العاريه التى ثمرته إباحه المنفعه التى اكتفى فيها بشاهد الحال

ونحوه، كما أوماً إليه الفاضل في التذكرة) انتهى.

وكيف كان، فإذا جعل العارية في قبال العارية لم يكن بذلك بأس للعرفية، فيشمله الأدلة بعد عدم الدليل على المنع، فإشكال الجواهر فيه، حيث قال: (مما ذكرناه تعرف ما في جملة من كلام الأعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتك حمارى مثلاً لتعيرني فرسك، لعدم التبرع فيه، إذ هو كما ترى، ضروره أنه إذا فرض إرادته العوضيه فيه على وجه ينافي التبرع لم يكن عاريه صحيحه وإلا فلا ينافي التبرع) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ أى مانع فى إرادته العوضيه بعد تحقق المفهوم عرفاً، فإن وقوع العارية فى مقابل العارية بمعنى الاعتبار فى مقابل الاعتبار، غير وقوع الانتفاع فى مقابل الانتفاع، أو الشىء فى مقابل الشىء، والمنافى للعاريه هما الأمران الأخيران، لا الأمر الأول.

### العاريه تقع بكل لفظ

وقد ظهر مما تقدم عدم ورود الإيرادات التى أوردها جامع المقاصد على عبارته القواعد، حيث قال فى القواعد فى عقد العاريه: أنه كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مده معينه وثمرته التبرع بالمنفعه، فقال فى جامع المقاصد: (إنه يرد عليه إيرادات:

الأول: إن قوله: إن ثمرته التبرع، إن كان جزء التعريف انتقض فى عكسه بأعرتك حمارى لتعيرني فرسك، وإلا انتقض فى طرده بالإجاره.

والثانى: إنه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصيه بالمنفعه.

والثالث: إن الثمره المذكوره حاصله بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب والقبول، فلا تكون ثمرتهما معاً).

ثم قال: (ويمكن الجواب عن الأول بكونه جزءاً، ولا يرد ما ذكر لأن هذا الفرد من العاريه مقتضاه التبرع، وإنما جاء العوض من أمر زائد



على العقد وهو الشرط، فإنه عقد مع شرط)، ثم قال: (وأجيب عن الثانى بما لا- يدفع، والأولى أن يزداد فى التعريف مع بقاء الجواز) انتهى.

إذ قد عرفت أن العاربه اعتبار خاص، وبذلك لا ينتقض بالنقض المذكوره، كما أن الثمره المذكوره ليست حاصله بالإيجاب، بل بمجموع الإيجاب والقبول.

وعلى أى حال، فقد قال فى الشرائع: (ويقع بكل لفظ يشتمل على الإذن فى الانتفاع).

وقال فى الجواهر فى شرحه: (بعنوان العاربه من طرف الموجب، ويدل على قبول ذلك من طرف القابل، وأما معاطاتها فبغير ذلك إلا فى صورته فعليه القبول ولفظيه الإيجاب فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضاً).

أقول: ما ذكره الشرائع هو مقتضى القاعده، وإضافه الجواهر بعنوان العاربه كما ذكره، كما أنه هو المنصرف من إطلاق الشرائع.

ثم إنك قد عرفت مجيء المعاطاه فيها أيضاً، ولذا الذى ذكرناه قال فى القواعد: (ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً)، لكن لا- يخفى أن فى قوله: (لا- يشترط القبول نطقاً) توهم أنه يشترط فى الإيجاب النطق، بل فى مفتاح الكرامه: (إنه ظاهر عبارات الأ-كثر)، ثم قال: (تسميه ما خلا عن القول إيجاباً وقبولاً عقداً مما لا يصغى إليه)، لكنك قد عرفت ما فيه، وقد تقدمت عبارته التذكرة الداله على ما اخترناه.

(مسأله ١): قال فى الشرائع: وليس بلازم لأحد المتعاقدين.

وفى المسالك: كون العاريه من العقود الجائزه، لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق.

وفى الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين الموقت وغيره.

خلافاً للمحكى عن ابن الجنييد من الحكم باللزوم من طرف المعير فى إعاره الأرض القراح مده للغرس أو البناء، ولا ريب فى ضعفه.

لكن فى المسالك: يستثنى منه مواضع:

الأول: الإعاره للرهن بعد وقوعه.

الثانى: إعاره الأرض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، فإنه لا يصح الرجوع بعده لتحريم نبشه وهتك حرمة إلى أن يندرس عظامه، وهو موضع وفاق أيضاً، نقله فى التذكرة، أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت صح، وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الأقوى.

قال فى التذكرة: ومؤنه الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمه لولى الميت، ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك، إذ لا تقصير منه حينئذ، فينبغى كونه من مال الميت، ولا يلزم لولى الميت الطم، لأن الحفر مأذون فيه.

الثالث: إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحاً يرقع به السفينه فرقعها به ثم لجج فى البحر، فإنه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت فى البحر، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس، ويحتمل جوازه ويثبت له المثل أو القيمه مع تعذر المثل، لما فيه من الجمع بين المصلحتين، أو يقال بجواز الرجوع وإن لم يجب تعجيل التسليم إليه.

وتظهر الفائده فى وجوب المبادره بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبه جديده، كما تقدم فى الاستعاره للرهن، ولو لم يدخل السفينه البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، ولو كانت داخله لكن أمكن رجوعها إلى الشاطئ وجب إذا لم يتوجه على صاحبها ضرر.

الرابع: أن يعير حائطاً ليضع عليه أطراف خشبته مع كون الطرف الآخر مثبتاً فى ملك المستعير، فإنه إذا بنى فأدى الرجوع إلى خراب ما بناه المستعير لم يجر عند الشيخ، وإن دفع الأرش لأنه يؤدي إلى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهو غير جائز.

الخامس: أن يعيره الأرض للزرع فليس له الرجوع فيها قبل إدراكه وإن دفع له الأرش، لأن له وقتاً ينتهى إليه، وقد أقدم عليه فى ابتداء الإعارة عند الشيخ وابن إدريس.

السادس: أن يعيره الأرض فيبنى فيها أو يغرس مده معلومه، فإنه لا يجوز الرجوع فيها طول المده، ولو كانت غير موقته له الرجوع، ذهب إلى ذلك ابن الجنيد، والأقوى فى هذه الثلاثه جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الأرش، وانما يستثنى من القاعده الثلاثه الأول خاصه \_ انتهى.

أقول: أما أنه عقد جائز مع أن مقتضى (أوفوا بالعقود) (١) لزوم كل عقد، فلأمرين:

الأول: الإجماع.

والثانى: السيره.

ويؤيد الجواز روايه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «العاريه لمن أعارها، ولا يملك المستعير منها شيئاً إلا ما ملكه المعير وأباحه له، ولا يزول شيء»

ص: ٢١٤

من ملكه منها بعاريتها إياها»(١)).

فإن قوله (عليه الصلاة والسلام): «وأباحه له» مشعر بأنه إباحه، فكما أن في الإباحه لكل منهما الرجوع فكذلك في العاربه.

وفى روايه أخرى عن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن الجار يأذن لجاره أن يحمل على حائطه هل له إذا شاء أن ينزع ذلك الحمل، قال: «إذا أراد أن ينزعه لحاجه نزلت به لا يريد بذلك الضرر فذلك له، وإن كان إنما يريد الضرر لغير حاجه منه إليه فلا أرى أن ينزعه».

فإن الروايه بعد تنزيلها على وجود الضرر وعدمه لا على الإراده، لأن الإراده تستعمل في الفعل مثل قوله سبحانه: (إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس)(٢))، كما أن الفعل يستعمل في الاراده، كقوله سبحانه: (إذا قمتم إلى الصلاة)(٣))، كما ذكره في (المغنى)، يدل على أن المعير له النزاع.

لا يقال: إذا كان جائزاً فما معنى كونه عقداً.

لأنه يقال: المراد بالعقد الاحتياج إلى الطرفين، بخلاف الإيقاع حيث لا يحتاج إلى الطرفين.

### الاستثناء من جواز العاربه

أما الاستثناءات المذكوره، فالظاهر أنها ليس من الاستثناء في شيء، وإنما هو لدليل خارج، وقد ذكرنا الكلام في الرهن في كتابه.

أما إعاره الأرض لدفن الميت المسلم ومن بحكمه، فمقتضى الجمع بين دليل جواز الإعاره وحرمة النباش أن له الرجوع، وبعده يلزم عليه إعطاء الأجره،

ص: ٢١٧

١- الدعائم: ج ٢ ص ٤٨٩ الباب ١ من كتاب العاربه ح ١٧٤٦

٢- الأحزاب: الآيه ٣٣

٣- المائدة: الآيه ٦

وكذلك الحال فى إعاره لوحه للسفينه أو إعاره السفينه أو السياره ويريد استرجاعها فى وسط الطريق حيث يتضرر الركاب.

وكذلك لو أعاره سكيناً لإجراء عمليه جراحيه، وفى أثناء العمل يريد استرجاعها بما يوجب الضرر على المريض، إلى غير ذلك من الأمثله الكثيره مما يتبين منها أن الاستثناء المذكور ليس خاصاً بالأمثله التى ذكروها، وإنما يلزم أن يستثنى الجميع، أو يقال: بأن الجميع لا ينافى الجواز، فإذا استرجع المعير عاريتة يلزم الجمع بين الحقين.

ولذا قال فى الجواهر بعد ذكر بعض الأمثله المذكوره: (إن الجميع كما ترى، ضروره عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع بإذن المالك، وحرمة النباش والإضرار بالغير برجوع العين، لزوم العقد ضروره إمكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ، وإن منع مانع خارجى من رد العين إلى مالکها كما لو فرض فى بعض أمثله الإجاره التى فسخت بتقاييل أو خيار أو نحو ذلك، فإنه لا إشكال فى تحقق الفسخ حينئذ، وإن منع من رد العين مانع آخر، وربما ترتب له الإجاره فى بعض الأفراد.

وبالجملة إن دعوى لزوم عقد العاربه فى الأمثله المزبوره واضحه الفساد فلا حظ وتأمل، ويمكن إرادته مدعى اللزوم فيها أو فى بعضها عدم السلطنه على العين وتفرغها مما فيه لوجود المانع منه لا إرادته لزوم نفس العقد، وبهذا الاعتبار استثناءه، بل لعل ذلك مقطوع به إذ احتمال أن لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا فى غايه البعد، خصوصاً بعد تصريح بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضى لزوم العقد) انتهى.

أما بقيه الفروع التى ذكرها العلامه فى التذکره فى مسأله الإعاره لدفن الميت

المسلم ومن بحكمه فهي كما ذكره.

ومن قبيل ما يجمع بين الحقين بعدم إرجاع العاربه مع حق المعير في الأجره ما إذا أعطى شبكته للصيد أو داره للسكنى أو ما أشبهه وفي الأثناء استرجعها، ولا يمكن المستعير الإرجاع لضرر أو حرج أو ما أشبهه، فإن له أن يبقى العين عند نفسه مع إعطاء الأجره للمعير، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الرهن.

ثم لو فسخ المعير ولم يوصل الخبر إلى المستعير عمداً، أو لعدم قدرته عليه، لم يكن تصرف المستعير حراماً ولا موجباً للضمان، للمناطق في قاعده ما لا يضمن، ولأنه أهدر ماله بإعارته فيكون كمن أباح الماء للشاربين ثم استرجع في إباحته ولكن لم يوصل الخبر لهم، لأنه حيث دخل على أن لا حرمة لماله يبقى كذلك إلى أن يعلم المستعير، فلا يشمل «لا يتوى» و«على اليد» وما أشبهه.

ولو أعلمه المعير لكن حيث إن تضرر المستعير صار بسببه، كما لو أراد السفر مجاناً من النجف إلى كربلاء بسياره إنسان يبيحها له، لكن المعير سبق وأعاره سيارته، مما لو لم يفعل ذلك استعار المستعير سياره غيره، ثم في أثناء الطريق قال له: استرجعت في إعارتي فعليك الأجره، فلا يبعد عدم حقه لدليل «لا ضرر» وإن كان فيه تأمل.

أما لو أرجع المستعير العاربه، فإن تمكن أن يوصلها إليه أو إلى وكيله أو إلى الحاكم الشرعى لزم، وإلا لم يبعد ضمانه فيما ينتفع به، كاللبن والتمر وأجره الدار وما أشبهه، للقاعده الأولى بعد انتهاء العاربه بالفسخ.

(مسأله ٢): قال فى الشرائع: يشترط فى المعير أن يكون مكلفاً جائز التصرف، فلا يجوز إعاره الصبى ولا المجنون.

أقول: وذلك لما عللوه بسلب عبارتهما وفعلهما فى المعاملات وغيرها كالتقضاء ونحوه، وسلب العبارة إنما يفهم من رفع القلم، فإن معنى رفع القلم أنهما لا- شأن لهما إطلاقاً، فلا يصح إعارتهما لمالهما ولا لمال غيرهما ممن أعطى التولية لهما، لأنهما غير قابلين للولاية، للمناطق فى كونهما مولى عليهما، والمولى عليه إذا لم تصح ولايته لنفسه لم تصح ولايته لغيره.

وأضاف فى القواعد قوله: (ولا المحجور عليه لسفه أو فلس، وعللوه بأن الإعاره هو تصرف فى المال والتصرف غير جائز).

لكن فى الجواهر بعد قوله: وكذا لا يصح إعاره المحجور عليه لفلس أو سفه قال: (بناءً على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما، وكأنه أراد الإشارة إلى احتمال جواز مثل هذا التصرف فى الشؤون التى هى خارجه عن الفلس، مثل أن يعطى المفلس إناءه عاريه لزيد ليشرب فيه الماء، أو بساطه له ليجلس عليه ولو مقدار ساعه أو ما أشبهه، فإن دليل الحجر لا يشمل مثل ذلك، سواء فى المفلس أو السفه، لانصراف الأدله عن مثل هذه التصرفات.

نعم لا إشكال فى عدم جواز التصرفات التى لا تنصرف عنها الأدله، مثل أن يعطى السفه بستانه أو داره إعاره لزيد لمدته سنه، وكذلك مثل ذلك فى المفلس، وعلى أى حال، فالحكم دائر مدار انصراف الدليل وعدمه.

ثم إن الشرائع قال: ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحه.

وفى مفتاح الكرامه أنه قال: فى الإرشاد إنما تصح من جائز التصرف، ولو أذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحه، وقد صرح فيهما، وفى التحرير

واللمعه وغيرها أنه يجوز للصبى أن يعير إذا أذن له الولي، وقيده في التحرير بما إذا كان مميزاً، ومن الواضح أن مراد غيره أيضاً المميز، إذ غير المميز كالحيوان أو أسوأ منه.

والظاهر أن ما ذكره هو مقتضى القاعده خصوصاً للصبى الذى تجوز صدقته وعتقه ووصيته، فإن المناط فى ذلك آت هنا.

لأن أدله الحجر لا تشمل مثل ذلك، بل ذكرنا فى كتاب الحجر أن مقتضى قوله سبحانه وتعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) (١١) جواز بعض المعاملات الأخر بالنسبه إليهم، فإن أدله المنع قاصره عن شمول هذه المعاملات الجزئيه، ويؤيده السيره المستمره من غير فرق بين أن يفعل فى مال نفسه أو يفعل فى مال غيره بالإجازة.

ومنه يظهر وجه النظر فى تفصيل الجواهر حيث قال بعد قوله: ولعله للسيره المعتضده بهذه الكلمات للأصحاب وإرسالهم إرسال المسلمات، قال: (ولكن ينبغى حينئذ اختصاص ذلك بإذن الولي فى عاريه ماله مثلاً، أما توليتها عن غيره فلا يجوز) انتهى.

بل قد عرفت أنه لا حاجه إلى إذن الولي، ولذا يتعارف لصبيان المدارس إعاره أقلامهم وما أشبه لزملائهم من غير نكير من أحد من المتشرعه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه، حيث قال: (وذلك لأن المدار فى العاريه ونحوها من العقود الجائزه على رضى المالك، وهو هنا الولي فإذنه للصبى بمنزله الإيجاب، والعبره هنا بإذنه لا بعباره الصبى. وعلى هذا، لا فرق بين المميز وغيره، ولا بينه وبين المجنون، فلا وجه لتخصيص

ص: ٢٢١



الصبي بالذكر وخصوصاً الشرائع، فإنه ذكرهما فيها أولاً وخصه ثانياً، ومما ذكر يعرف الفرق بين العقود الجائزه واللازمه، فإن الضابط في اللازمه أن تكون عبارات مخصوصه مقررته معتبره، بمعنى أن تكون عن بالغ عاقل، وفي العقود الجائزه مجرد حصول الإذن ولو خلى عن العبارة بالكليه، فمناقشه بعضهم في الفرق وقول آخر أنه لا يبعد أن تعتبر أقوالهم في العقود اللازمه إذا أذن الولي، مما لا يصغى إليهما) انتهى.

فإن فيه مواقع للنظر كما لا يخفى، إذ ليس الطفل آله محضه كالحيوان، ولا دليل على الفرق بين العقد الجائز واللازم، كما أن العقد الجائز ليس مجرد إذن فقط.

كما ظهر وجه النظر في قول الرياض أيضاً حيث قال: (لا يجوز إعاره فاقد الشرائط، كالصبي والمجنون والسفيه ونحوهم إلا بإذن الولي بالإعاره لمالهم أو ماله، لأن المعتبر إذن الولي وهو المعير في الحقيقه، حيث حصل منه الرخصه، ولا كذلك الحكم في إذنه للمجنون والصبي في إيقاع نحو البيع مما يشترط فيها الألفاظ المعتبره، ولا يكتف فيها بإذن الولي خاصه لعدم الاعتبار بعبارتهما، وإن كانت بإذن الولي مقرونه) إلى آخر كلامه المشابه لكلام مفتاح الكرامه المتقدم.

وكأن الجواهر أشار في كلامه إلى كلامهما حيث قال في رد من أجاز ذلك: (إن الإذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام، وكون العاريه من العقود الجائزه لا يقتضى ذلك، وإلا لجازت مضاربه ووكالته بإذن الولي، ودعوى كون الإذن من المالك بمنزله الإيجاب منه، لأن المدار في العاريه على رضی المالك وهو الولي هنا، يدفعها عدم الفرق حينئذ بين المميز وغيره، بل وبينه وبين المجنون، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزه، بل وبينه وبين

المعاطاه فى البيع وغيره، ضروره رجوع ذلك الى كون الصبى حينئذ آله، والى ايجاب والى انشاء بفعل الولى الذى هو الاذن وإرسال الصبى ونحو ذلك. نعم ينبغى اعتبار قصد الولى إنشاء الايجاب بذلك، وهو خلاف ظاهر العبارات السابقه المبنيه على اختصاص العاربه بهذا الحكم ولو بجعل اذن الولى وأمره فعل الصبى فعلاً للولى، كما جعل أمره له بأفعال الحج موجباً للصحه فى الجملة) انتهى.

وعلى أى حال، فقد عرفت مما تقدم وجه النظر فى قول الشرائع بعد عبارته المتقدمه: (وكما لا يليها عن نفسه، كذا لا يصح ولايته عن غيره) فإنك قد عرفت صحه توليتها عن نفسه وعن غيره فيما جرت سيره على ذلك.

ثم إنه يجوز للمستعير الأخذ من الطفل فيما له التصرف فيه على ما ذكرناه، أما من يقول بالاحتياج إلى اذن الولى فإنه لا يصح للمستعير الأخذ إلا إذ علم بإذن الولى، ولذا قال فى الرياض: (هذا إذا علم المستعير بإذن الولى وإلا لم يقبل قول الصبى فى حقه إلا أن تنضم إليه قرينه هى للظن المتأخم للعلم به مفيده، كما إذا طالبها من المولى فجاء بها الصبى مثلاً وأخبر أنه أرسله بها ونحو ذلك، كما يقبل قوله فى الهديه والاذن فى دخول الدار بالقرينه).

أقول: ومراده بالظن المتأخم للعلم: العلم العادى، وإلا فالظن ليس بحجه، أما قوله بعد ذلك: (ولا بد مع اذن الولى لهما فى إعاره ماله من وجود المصلحه، بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولى فى ذلك الوقت، أو انتفاع الصبى بالمستعير بما يزيد عن منفعه ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال ونحو ذلك) انتهى.

فقد عرفت في كتاب النكاح والحجر وغيرهما أن المعيار عدم المفسده لا المصلحه، اللهم إلا أن يريد بالمصلحه عدم المفسده، لكنه لا يلائم قوله: (أحفظ من يد الولي) إلى آخر العبارة.

ص: ٢٢٤

(مسأله ٣): يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للاستعاره، فلا يصح أن يكون صبيّاً غير مميز ولا مجنوناً، أما الصبي المميز فقد عرفت الكلام فيه في المعير.

ولو استعار غير المميز أو المجنون فأعاره عالماً أو جاهلاً بنقصهما، ففي ضمانهما ما تقدم في كتاب الوديعه.

وفي القواعد قال: شرط المستعير أن يكون معيناً.

وفي مفتاح الكرامه: (فلو قال له: أعرت أحد هذين لم يصح، كما في التذكرة وجامع المقاصد، قال في التذكرة: لعدم التعيين وكل واحد لا يتعين للإجازة لصالحه الآخر لها، واستباحه منافع الغير لا يكون إلا بوجه شرعي، لأن الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلاّ - بإذنه ولم يثبت، ولو عمم المستعير جاز، سواء كان التعميم في عدد محصور كقوله: أعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة، أو في عدد غير محصور كقوله لكل الناس، أو لأي أحد من أشخاص الناس، أو لمن دخل الدار، وبالجملة الكلّي معين، وإن لم يكن عاماً كأى رجل وأى داخل وأحد الشخصين مجهول) انتهى.

أقول: الجهل قد يكون في المعير، وقد يكون في المستعير، وقد يكون في المستعار، وقد يكون في الخصوصيات، كما إذا أعاره الكتاب لشهر صفر أو شهر الربيع، فإن كل واحد من الثلاثة معلوم وإنما المجهول بعض المتعلقات، وكذلك إذا أعاره الدابة لأن يركب عليها أو يحمل عليها، إلى غير ذلك من الجهل في الخصوصيات، وضرر الجهل في كل المقامات المذكوره غير واضح.

فلو كان اثنان لكل واحد كتاب شرح اللمعه، فأراد من أحدهما استعاره الكتاب إنسان، فقالا: أعرنا أحدهما كتابنا لك، فقبل لم يكن وجه لبطلانه، وإنما له أن يأخذ كتاب هذا أو كتاب ذاك، والضرر المتوهم أنه غرر أو غير مسبوق مثله في الشريعة، وكلاهما غير ضار، إذ لا غرر عرفاً، وقد قلنا فيما تقدم أن نهى النبي (صلى الله عليه وآله)

عن الغرر(١١) إنما يصب على الغرر العرفي، وكونه غير مسبوق في الشرعيه أيضاً لا- يضر بعد العرفيه، وقد ذكرنا مكرراً أن (أوفوا بالعقود) يشمل العقود المستحدثه كالعقود السابقه، ويستثنى منها العقد الذى نهى الشارع عنه كالبيع الربوى ونحوه، وأى فرق بين إباحتهما له بضاعتهما على البدل والعقد كذلك.

نعم نكاح أحد الرجلين أو إحدى المرأتين أو طلاق أحدهما أو إحدى المرأتين لا يصح، للإجماع والضروره.

ومنه يعلم حال المتردد فى المستعير، كما إذا أراد كل واحد منهما كتاب شرح لمعه زيد، فيقول لهما: أعرتة لأحدكما، فيقبل أحدهما.

وكذلك حال المستعار، كما إذا أراد إنسان من إنسان كتاب اللعه أو القوانين، فيقول: أعرت أحدهما لك، فيقول: قبلت، ويأخذ أحدهما، وهكذا الحال فى سائر الشرائط والخصوصيات المردده.

ومنه يعلم حال صحه إعاره الكلى فى المعين، كأن يقول: أعرتك أحد هذه الكتب، وحال إعاره المشاع، كأن يقول: أعرتك نصف هذه الدار.

لكن المسأله فى المردد بعد بحاجه إلى التأمل.

أمّا إذا طرأ الجهل على أحد هذه الأمور، كما لم يعلم المستعير أن المعير هو زيد أو عمرو، بأن كان عنده كتابان لهما فاستعار أحدهما فأعاره لكنه نسى أن المعير أيهما، بينما الكتابان متشابهان كجلدين من اللعه مثلاً، أو مختلفان كلمعه وقوانين، وكذلك إذا كان المستعير متردداً، كما إذا علم زيد وعمرو أن أحدهما استعار الدار من بكر فأعارها إياه، ثم شكافى أن المستعير أيهما، أو كان المستعار مجهولاً،

ص: ٢٢٤

كما إذا أعاره زيد الفرس أو الحمار مما كان معلوماً في وقته، ثم جهل أن أيهما المستعار، وكذلك بالنسبة إلى سائر الشروط، كما لو أعاره شهراً لكنه شك في أن الشهر هل هو الربيع الأول أو الربيع الثاني، أو أنه أعاره سيارته في كربلاء أو في النجف، أو ما أشبه ذلك من سائر الخصوصيات، فإذا كان مسرحاً لقاعده العدل أجريت قاعده العدل، وإلا كان مقتضى القاعده القرعه لأنها لكل أمر مشكل (١١).

ومنه يعرف وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (لا بد أن يكون المستعير معيناً، فلو قال: أعرت أحد هذين لم يصح، للأصل بعد قصور تناول الأدله لمثل ذلك، نعم لو أريد كلاهما من ذلك وقبله معاً أمكن الصحة، كما لو قال: أعرت كتابي هذا لهؤلاء العشره، وقبلوا جميعاً، فإنه يصح بالنسبه إلى كل منهم بمعنى أن له الانتفاع مستقلاً، إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم، فإن العاريه قسم من الإباحه الصالحه لذلك فيحمل عليه، إلا أن يصرح بإرادته الاجتماع، وهكذا في غيره من العقود التي تقبل ذلك. نعم في مثل البيع والإجاره ونحوهما مما لا يقبل ثمرته الانتقال لكل منهما لعدم معقوله ملك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعه ينزل على الشركه بخلاف ما نحن فيه) انتهى.

ومما تقدم تظهر صحه الإعاره الدوريه في كل من الأربعة، كأن يعير زيد وعمرو فرسهما ل بكر يوماً من هذا ويوماً من ذلك، أو يستعير زيد وعمرو فرس بكر يوماً لهذا ويوماً لذاك، أو يستعير زيد من عمرو فرسه وحماره يوماً هذا ويوماً

ص: ٢٢٧

ذاك، أو يستعير زيد من عمرو كتابه في أول كل شهر يوماً، إلى غير ذلك من الأمثلة، بل لو منعنا العاربه المردده تصح هذه الأقسام من العواري، إذ لا شك فيها، ولا دليل على منعها حتى الأصل ونحوه.

وعلى أى حال، فقد عرف مما تقدم أن إشكال الجواهر على التذكرة التى أجازت العاربه لغير المحصور من العدد نحو كل الناس أو أى أحد من الأشخاص، ومن دخل الدار، بقوله: (وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقديه أو ما فى حكمها من المعاطاه بمثل ذلك، ضروره عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين، وليست العاربه حينئذ إلا إباحه، على أنه قد صرح فى موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف، فجعل الأول عاربه والثانى إباحه لعدم قصد انتفاع شخص بعينه، وعدم اعتبار المقارنه بين الإيجاب والقبول فى العاربه لا يقتضى جواز ذلك فى الوكاله والوديعة وغيرهما على وجه تحقق عقدها بذلك) انتهى.

غير ظاهر الوجه، بل فى مثل من أعد بساطه لكل ضيف يأتيه ويقول: أعرته لمن جلس عليه، إذا جلس عليه إنسان كان قبولاً للعاربه فعلاً، وقد تقدم أن الإيجاب والقبول يصح بالقول وبالفعل.

## مسأله ٤: عدم ضمان المستعير

(مسأله ٤): قال الشرائع: وله الانتفاع بما جرت العاده به فى الانتفاع بالمعار، ومراده ما كان داخلاً فى عقد العاربه، إذ جريان العاده بدون الدخول فى القصد لا- يكفى، فإن العقود تتبع القصد، فلو أعار بساطاً اقتضت فرشته أو لحافاً تغطيه به أو حيواناً الحمل عليه بالقدر المتعارف، أو ركوبه فى الزمان الخاص والمكان الخاص والخصوصيات الخاصه المشموله للعقد.

ولو تعددت منفعه العين ولم يكن ثم إنصراف إلى بعضها ولم يعين نوعاً خاصاً جاز الانتفاع بجميع الوجوه، كأن يركب على الدابه أو يركب عليها أو يحمل عليها أو يسفد بسببها الأثى أو يربطها بالرحى أو بالناعور أو ما أشبه ذلك.

ولذا قال فى المسالك بعد ذكر بعض الأمثله التى ذكرناها: (ولو تعدد منفعه العين، فإن عين نوعاً تعين، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، وإن أطلق فالأقوى أنه كذلك).

نعم لو شك فى شمول الإطلاق أو التعميم لبعض أقسام الانتفاع كان الأصل العدم، لأنه إنما يجوز له التصرف بقدر شمول اللفظ قطعاً، فحيث يشك فى شمول اللفظ لم يجز مثل ذلك الانتفاع.

ويشترط أن تكون المنفعه محلله، أمّا الانتفاع المحرم فلا يجوز، وإن أذن له المعير كمقاربه الحيوان مثلاً، وسيأتى بعض الكلام فيه عند ذكر الشرائع له.

ثم قال الشرائع: ولو نقص من العين شىء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن، إلا أن يشترط ذلك فى العاربه.

أقول: أما عدم الضمان بدون الشرط فلأن النقص من طبيعه العاربه، فإن استعمال الملابس والدور ونحوها يوجب أن تخلق، وهكذا بالنسبه إلى الأشياء المشابهه، ولذا لم يكن ضامناً حيث من طبيعه العاربه مثل ذلك النقص، أمّا إذا لم يكن من المتعارف مثل ذلك النقص لم يشمل دليل العاربه له ويوجب



الضمان، كما إذا استعار دابه فحملها فوق طاقتها مما سبب عطبها أو دبرها، أو استعار الدار ثم أسكن فيها فوق طاقه الدار، إلى غير ذلك من الأمثلة، إذ كل ذلك يشمله التعدى، وكذلك فيما إذا فرط.

والتعدى فى كلام الشرائع أعم من التعدى والتفريط كما هو واضح.

أما إذا كان الشرط، فللدليل «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، ولذا قال فى الجواهر: بناءً على اعتبار مثل هذا الشرط بالنص والإجماع على ما يشبهه كما تعرفه إن شاء الله، ولعل الوجه فى ذلك واضح لأنه استعمال مأذون فيه، وبناء العاربه على النقص بالاستعمال، وقول الصادق (عليه السلام) فى صحيح ابن سنان المسئول فيه عن العاربه: «لا غرم على مستعير عاربه إذا هلكت إذا كان مأموناً»<sup>(٢)</sup>.

وفى الرياض عند قول مصنفه: (ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع)، قال: (المأذون فيه لاستناده إلى السبب المأذون فيه، وقيل بضمان المتلف كما عن التقى لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً، ولا ريب فيما لا يتحقق التناول، وأما مع التحقق فالأول أجود، ولعله محل الفرض كما يظهر من التعليل المتقدم، ولكنه لم يثبت إلا بلفظ صريح، وفى ثبوته بالإطلاق إشكال لعدم الانصراف إلا- إلى غير المتلف إلا- مع القرينه المصرحه من عرف أو عاده فلا يضمن، كما لو أذن له باستعماله باللفظ الصريح).

وهذا هو مقتضى القاعدة، قال فى المسالك: (لما كان إطلاق الإذن أو تعميمه يقتضى الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها

ص: ٢٣٠

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح ٤

٢- المستدرک: ج ١ ص ٥٠٧ الباب ١ من كتاب العاربه ح ٢

وإن نقصت كالثوب يبلى والدابه تضعف على وجه لا- يمنع منه، فإذا فرض حصول نقص في العين أو تلف لم يكن ذلك مضموناً لاستناد التلف إلى مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق، وما قطع به المصنف هو أصح القولين في المسألة، وفيه وجه آخر وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن باستعمال المتلف، وإن كان داخلياً في الإطلاق، نعم لو كان قد شرط الضمان في العاربه ضمن، وسيأتي الكلام فيه) انتهى.

فإن مقتضى القاعده هو أن التلف المتعارف الداخلة في العاربه لا يوجب الضمان، لأن المالك هو الذي أباح له ذلك، ومن الواضح أن المالك يحق له مثل ذلك لأنه مسلط على ماله، أما إذا لم يكن ذلك التلف مشمولاً للكلام المعير كان موجباً للضمان، أمّا القول بأنه موجب للضمان مطلقاً فغير ظاهر الوجه، ولعل التقى (رحمه الله) أيضاً أراد ما لم يكن مشمولاً للعاربه، وإلا فلا وجه ظاهر له.

ومنه يظهر عدم الفرق بين أقسام التلف إذا كان مشمولاً للإذن، فقول الجواهر: (لعل التأمل الجيد يقتضى أن هنا مقامين:

أحدهما: النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابه للركوب أو الحمل، ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثره أو نحوها، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه للنص والفتوى.

الثاني: التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضى لاستيفاء عمره بالنسبه إلى ذلك العين وهذا هو المناسب للإشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العاربه تناوله وعدمه إلا مع التصريح، ولعل الضمان به حينئذ وجيه، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأنه بعد تسليم اقتضاء إطلاق عقد العارية ذلك الاستعمال، كما إذا أعاره مطلقاً بدون توقيت بوقت خاص فاستفاد منه استفادة متعارفه حتى انقضى عمره فمات مثلاً فأى وجه للضمان.

والحاصل: إن مقتضى القاعده أن كل تعدد وتفريط عن مقتضى عقد العارية يوجب الضمان، وإذا لم يكن تعدد أو تفريط لم يوجب الضمان، ولو شك في أن تلفه هل كان بالتعدى والتفريط أم لا، كان مقتضى القاعده عدم الضمان، لأن الضمان شيء حادث والأصل عدمه، وسيأتى بعض الكلام في ذلك أيضاً عند تعرض الشرائع له.

ثم لو كان التعدد موجباً لكثيره قيمته، فإن كان مشمولاً للإذن لم يكن التعدد موجباً للضمان، وإلا كان موجباً له، لأن المعيار الإذن المشتمل عليه العارية لا أكثرية قيمه وأقليته، فبعض أقسام السجادات التي إذا استعملت كثيراً وطرحت في الشارع وممرت عليها السيارات ونحوها أوجب أكثرية قيمتها، إذا فعل المستعير بها ذلك بدون إذن المالك وسبب ذلك ارتفاع القيمة لم يكن ذلك موجباً لعدم ضمانه لها.

نعم ذكرنا في كتاب الغصب ما يفيد أن عمل الذي بيده وإن كان غاصباً إذا أوجب زياده العين أو القيمة كان مقتضى القاعده الاشتراك بقدر حقه، لقوله سبحانه: (ليس للإنسان إلا ما سعى) (١)، فسعى كل إنسان له حتى إذا كان غاصباً، ولا منافاه بين الحرمة التكليفيه والملك وضعاً.

### استعاره المحرم الصيد

قال في الشرائع: (ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له إمساكه، ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه).

ص: ٢٣٢

أقول: ذلك واضح لحرمة الصيد على المحرم، سواء أخذه المستعير بنفسه أو بوكيله، كما أنه ليس له أن يستأجر الصيد وإن لم يستعمله هو بنفسه وإنما يستعمله أهله أو ما أشبه ذلك، لما يستفاد من الأدلة الواردة في كتاب الحج، على ما ذكرناه مفصلاً هناك.

ومقتضى القاعده أن عقد الاستعارة فاسد، لا أنه حكم تكليفي فقط، إذ لم يجعل الشارع سلطه للمستعير على الصيد، فلما كان إثبات سلطته على العين المستعارة ممنوعاً شرعاً لم تصح الاستعارة، كما لا تصح البيع والإجاره والصلح والهبة ونحوها.

قال في المسالك: (لا شبهه في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرّم، لما ذكره المصنّف من تحريم إمساكه عليه، فلو استعاره بعقد العارِيه فهل يقع العقد فاسداً، يحتمله للنهي، وعدمه لأن المعاملات لا يبطلها النهي إلاّ بدليل خارج، وعبارته المصنّف وغيره لا تدل على أحد الأمرين صريحاً لأن عدم الجواز أعم من الفساد كما ذكرناه. فعلى تقدير قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى، وبرئ من حق المالك، وإن تلف في يده فلا شبهه في ضمانه الفداء لله تعالى لأنه ثابت عليه بمجرد الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك، حتى لو كان المعير محرماً أيضاً فعلى كل واحد منهم فداء. ومقتضى عبارته المصنّف وجماعه أنه يضمّنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمه، لأنهم جعلوه من العوارى المضمونه وإن لم يشترط فيها الضمان، ودليله غير واضح، إذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أما مع صحته فالأصل في العارِيه عندنا أن يكون غير مضمونه إلاّ أن يدل دليل عليه، ولم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه.

وأما مع فساده فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه \_ كما أسلفناه في مواضع \_ قاعده كليه. ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلّف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورته النزاع(١).

وعلى أى حال، فصور استعاره المحرم من المحل الصيد ثلاث:

الأولى: أن لا يتعدى وإنما يتلف بنفسه، ومقتضى القاعده عدم الضمان لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»، حيث قد عرفت أن مقتضى القاعده فساد العقد.

الثانيه: أن يتعدى، ومقتضى القاعده الضمان لقاعده «من أتلّف مال الغير فهو له ضامن».

الثالثه: إرسال الصيد، للأمر شرعاً بذلك، وهنا احتمالان:

الأول: الضمان، لأن أمر الشارع بالإرسال لا ينافى الضمان كما في أكل المخمسه وما أشبه.

والثاني: عدم الضمان، لأن المالك أهدر حقه بتسليمه الصيد إلى من يأمره الشارع بالإطلاق، لكن الضمان في صورته الثالثه أقرب.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الإطلاقات وغيرها، والتي منها قول الجواهر.

وعلى كل حال، ظهر لك أنه لا وجه للإشكال في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه وقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، ضروره كون المراد الضمان في الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت في يده من غير تفريط فيه، فيتوجه عليه الإشكال المزبور، وإن كان إطلاقهم يوهم ذلك،

ص: ٢٣٤

لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنه الموافق فى ذكر مسأله المحرم بخصوصه.

فإن الإشكال وارد لكون ظاهرهم الإطلاق لا- الصورة الخاصه التى ذكرها الجواهر، كما يرد الإشكال على المسالك بقوله: (ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص أن المحرم لو أتلّف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه لمالكه فيدخل فيه صورته النزاع، وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على أن العاربه غير مضمونه، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك يمكن تخصيص الثانى بغير الصيد فالترجيح غير واضح) انتهى.

إذ لا تعارض بين الأمرين بعد رؤيه العرف ورود دليل العاربه على دليل ضمان الصيد.

ثم إنه لا يبعد أن على أخذ الصيد من المحل وجوب الإرسال لا الرد على المالك لغلظه حكم الصيد. ولذا كان المحكى عن مقتضى كلام الشيخ فى المبسوط، والمحقق فى الشرائع، والمصنف، والعلامه فى القواعد والتحرير، وصريح التذكره: أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عيه إرساله وضمن للمالك قيمته، ولا- يرد عليه ما ذكره فى مفتاح الكرامه من أنه يشكل الحكم بوجوب إتلاف مال الغير، وحق الآدمى مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر، فينبغى رده على مالكه وضمن الجزاء كما ذكره أخيراً فى التذكره.

لكن السيد العاملى قال بعد ذلك: (وقد يقال: لما كان أمر الصيد غليظاً قدم فى المقام حق الله سبحانه على حق الناس) مما يظهر منه التردد أو الميل إلى قولهم.

أما إطلاق أن حق الآدمى مقدم على حق الله سبحانه فغير ظاهر، بل بين الأمرين

عموم من وجه كما يظهر من بعض الروايات.

نعم لا ينبغي الإشكال لو أنه سلمه إلى مالكة ولو لأمر الله سبحانه وتعالى لم يضمن للمالك، إذ احتمال أنه صار بحيث لا يقبل التملك حتى يكون تكليف المالك أيضاً إرساله فيكون المستعير ضامناً له، لأنه أخرج عن ملكه، لا وجه له، ولذا كان المحكى عن التذكرة أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته، وأنه إن رده إلى المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقط عنه القيمة للمالك.

أما إذا أرسله المحرم فجاء إلى مالكة، أو أخذه المالك منه بالقوه حيثما أراد إرساله، أو خرج عن الإحرام حيث يسقط وجوب إرساله لانتفاء الموضوع فرده على مالكة، فإن مقتضى القاعده عدم الضمان، وكذلك إذا مات في يده أو ذبحه مما يوجب تحريم لحمه، ولكن كان لحته وميته قيمه واحده فأعطاه للمالك وقبله لم يضمن أيضاً.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل بأن أخذه بصوره العاريه جاز أخذه للمحل للأصل، ولأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام فأخذه حينئذ منه كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك، فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نيه الملك على الوجهين في تملك المباح، وحرمة الدفع إلى المحل على المحرم لتعين الإرسال عليه لا ينافي جواز الأخذ للمحل، وليس هو من الإعانة على المحرم قطعاً، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحل) انتهى.

وهو كما ذكرناه، وإن كان مقتضى القاعده الاحتياج إلى نيه الملك على ما ذكرناه في كتاب إحياء الموات، فإذا أخذ الإنسان شيئاً من النبات أو الحيوان أو الماء أو ما أشبهه بغير قصد الملك لا يملكه، واحتمال أنه يجب على المحرم الاستيلاء على

ذلك الصيد ولو بالقوه وإطلاق سراحه غير ظاهر، لأن ظاهر أدله الإرسال وجوبه ما دام في يده، فإذا خرج عن يده تبدل الموضوع وبذلك يسقط الحكم.

أما وجوب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحل فذلك لما دل على أنه يجب عليه الفداء مما إطلاقه يشمل المقام، وإن كان فيه بعض التأمل.

لكن لا يخفى أن المقام ليس من الإعارة في شيء، وكأن عبارته الشرائع والقواعد وغيرهما بلفظ الإعارة من باب المشاكلة، فلا يرد عليهم اعتراض المحقق والشهيد الثانيين والمقدس الأردبيلي بأن المعار شرطه كونه ملكاً للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه، ولذا ردهم في مفتاح الكرامة بأن ليس هناك إلا صورته عاريه، فالغرض من الجواز صحته تملك المحل له وأنه لا شيء للمحرم عليه، وإن فعل حراماً بالإعارة كما نبه عليه فخر الإسلام في شرح الإرشاد.

### لو تلف الصيد في يد المحل

قال في محكي التذكرة: (لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل، فإن قلنا إن المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل لأنه إعارة ما ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديده بالإعارة، فإنه كان يجب عليه الإرسال) انتهى.

وحيث إن تفاصيل المسألة مرتبطة بكتاب الحج نكتفي منها بهذا القدر هنا، والله سبحانه العالم.



## مسأله ٥: لو استعار من الغاصب

(مسأله ٥): قال فى الشرائع: (ولو استعار من الغاصب وهو لا- يعلم، كان الضمان على الغاصب، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعه، ويرجع على الغاصب لأنه أذن فى استيفائها بغير عوض، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب، وكذا لو تلف العين فى يد المستعير).

أقول: مقتضى القاعده هو القول الأول، ولا يبعد أن يكون هو المشهور بين الفقهاء لقاعده «على اليد» وغيرها، فإن كل واحد من المعير والمستعير قد وضع يده على مال المالك، فكل واجد منهما ضامن للأصل فيما إذا كان له أجره، والمنفعه فيما إذا كانت له منفعه، فإن استوفى المعير المنفعه ثم أعارها للمستعير كان للمالك الرجوع على المعير بالأصل وبالمنفعه، والرجوع على المستعير بالأصل دون المنفعه لأنه لم يضع اليد على المنفعه.

أما إذا استوفى المستعير المنفعه فللمالك الرجوع بهما عليه، كما أن له الرجوع بهما على المعير لصدق «على اليد» بالنسبه إلى الأصل والمنفعه، كما ذكروا ذلك فى مسأله ترتب الأيدى فى كتاب الغصب.

لا يقال: إن المعير لم يضع اليد على المنفعه، والمفروض أن المنفعه تلفت عند المستعير فلا يشمل «على اليد» المعير بالنسبه إلى المنفعه.

لأنه يقال: إنه السبب، والمباشر والسبب كلاهما شريكان، نعم المستعير الجاهل بالغصبيه يرجع على الغاصب، لأن الغاصب هو الذى أذن له فى استيفائها بغير عوض، سواء فى ذلك الأجره والعين إذا تلفت العين أو المنفعه، وأن المعير هو الغار للمستعير فيرجع عليه لقاعده «المغرور يرجع على من غره».

أما الوجه الذى ذكره الشرائع من تعلق الضمان بالغاصب حسب، وتبعه

العلامه فى ذلك، بمعنى أنه ليس له الرجوع على المستعير، فكأنه لأن المستعير جاهل مغرور والغاصب عالم غار، فصار الغاصب أولى فى نسبه الإلتاف إليه، بالإضافة إلى قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فإن المستعير لا يضمن بصحيح العاربه، فكذلك لا يضمن بفاسدها، ولذا لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير.

وربما استدلل لذلك بأن الرجوع على المستعير ظلم محض لأنه جاهل، بضميمه «رفع ما لا يعلمون» وشبهه، لكن فى الكل نظر، فإن «على اليد»<sup>(١)</sup> يشملها معاً، وقاعده «ما لا يضمن» لا تشمل أموال الناس، والجهل لا يرفع الحكم الوضعى، بل الحكم التكميلى.

ويؤيد ذلك ما رواه وهب، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): إن علياً (عليه السلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»<sup>(٢)</sup>، بناءً على ما حملة الشيخ على من استعار بغير إذن المالك.

وعن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إذا استعيرت عاربه بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»<sup>(٣)</sup>.

ومما تقدم يظهر الوجه فى قول القواعد فى أسباب الضمان: (أو استعار من المستعير).

## أقسام التعدى

وفى مفتاح الكرامه: (أى يضمن سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانه أو يد ضمان، لأنه استولى

ص: ٢٣٩

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب العاربه ح ١١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العاربه ح ١

بغير إذن المالك، لأنها عاربه من غير المالك فكانت غصباً في الحقيقة لا- عاربه، ولما كانت في صورته العاربه أجروا عليها اللفظ (١).

ولقد أجاد الجواهر حيث رد شمول قاعده «ما لا يضمن» في المقام بقوله: (من المعلوم أن المسلم من هذه القاعده ما وافق الأدله منها، ضروره عدم دليل بالخصوص عليها، وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه ما يترتب على الصحيح، بل مقتضى فساد عدم ترتب أثر الصحيح عليه كما هو واضح، وليس في الأدله ما يوافق مضمونها، بل قد عرفت أن قاعده اليد وعموم «من أتلف» والمرسل والخبر تقضى الضمان، وإن اقتضت قاعده الغرور الرجوع على الغاصب.

ودعوى الإجماع عليها معلومه الفساد في المقام، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، وإن رجع بقاعده الغرور، كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان بالعاربه للمقام لأنها اسم للأعم من الصحيح والفساد، ضروره تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهره بين الأصحاب التي هي المرجحه أيضاً لعموم «من» أتلف و«على اليد» عليه، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الأحكام فلا تعارض حينئذ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعده المزبوره أو خارجاً عنها كحال العلم للمستعير).

هذا بالإضافة إلى أنه قد حققنا في (الأصول) أن الأسمى ليست اسماً للأعم من الصحيح والفساد، وإنما اسم للصحيح فقط، والفساد إنما يسمى بتلك الأسمى للمشاكله، فهو من باب المجاز.

هذا ولكن يستثنى من رجوع المستعير إلى المعير فيما كان المستعير جاهلاً ما إذا شرط المعير الضمان عليه، فإنه حينئذ ليس مغروراً حتى «يرجع إلى من غر» (٢).

ص: ٢٤٠

١- مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٤٣٩ \_ ٤٤٠

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح ٦

ولذا قال الجواهر: (الظاهر أن المعير يرجع على المستعير بقيمة العين لو رجع عليه المالك، وإن كان جاهلاً كان قد أقدم على العاربه مضمونه باشتراك الضمان، أو كانت ذهباً أو فضة، لعدم غروره حينئذ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضى الضمان من تعد أو تفريط).

نعم لا يرجع عليه الغاصب بعوض المنافع التي استوفها المستعير بعنوان العاربه لو رجع عليه المالك لإقدامه عليها مجاناً، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعده الغرور.

أقول: ومن التعدي والتفريط ما إذا أعاره الغاصب شهراً ثم لم يرد المستعير المغصوب على الغاصب بعد الشهر وتلف عند ذلك في يده، لعدم شمول قاعده الغرور له.

ولا يخفى أن العلم والجهل من باب المثال، وإلا فالمراد قيام الحجه وعدم قيام الحجه، فإذا قامت البيه عند المستعير بالغصبيه كفت في سقوط غروره.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع أخيراً: (أما لو كان عالماً كان ضامناً ولم يرجع على الغاصب، ولو أغرم الغاصب رجع على المستعير، ولو ادعى المستعير الجهل حتى يرفع الضمان عن نفسه والمعير علمه كان الأصل مع المستعير إلا أن يثبت المعير ما ادعاه بالبيه ونحوها).

ومما تقدم ظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكرة، حيث قال: (لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضمن واستقر الضمان عليه، لأن التلف حصل في يده، ولا يرجع على المعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير).

لوضوح جريان قاعده الغرور بالنسبه إلى الجاهل، فكون التلف حصل في يده لا يوجب ضمانه، بمعنى لا يوجب استقرار الضمان عليه مطلقاً، وإنما

هو كذلك في صورته علمه، وإلا ففي صورته جهله يرجع على المعير، كما أنه ليس للمعير الرجوع على المستعير إذا كان المستعير جاهلاً فيما إذا رجع المالك على المعير.

ولذا الذي ذكرناه قال في الرياض ممزوجاً مع المتن: (ولو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلاً من المنفعة والعين مع التلف مطلقاً، ولو لم تكن عاربه مضمونه، وكذا لو كان جاهلاً، لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب إلا إذا كانت مضمونه فيضمن العين خاصه، وللمالك في المقامين إلزام أيهما شاء بالعين التالفه وما استوفاه من العين، فإن لزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض عنها عن العين لو تلفت، ولا كذلك مع علمه لاستقرار الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه) إلى أن قال: (ولا خلاف في شيء من ذلك فيما أجده إلا من الماتن في الشرائع والفاضل في القواعد فلم يجوزوا رجوع المالك إلى المستعير مع جهله).

ثم إن المسالك في صورته علم المستعير بالغصب قال: (إن رجوع المالك على أيهما شاء فيما إذا تساوت قيمتها في أيديهما أو زادت في يد المستعير، أما لو اختص الغاصب بزيادته فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير، فما يرجع به المالك على المستعير لا يرجع به الغاصب عليه لرجوع المالك عليه ابتداءً) انتهى.

والوجه أنه لو كانت القيمة في يد الغاصب أكثر من يد المستعير لم يكن وجه لرجوع المالك إلى المستعير في التفاوت، وإنما يرجع على المستعير بأصل القيمة وعلى الغاصب بالتفاوت، أما على المستعير بأصل القيمة فلقاعدته «على اليد» (1)،

ص: ٢٤٢

و«من أتلف»<sup>(١)</sup>، وأما على الغاصب بالتفاوت لأن التفاوت ذهب من كيس المالك بسبب الغاصب وعنده فيشمله قاعده اليد وغيرها، وأما إذا كان في يد الغاصب أقل قيمه، فإن للمالك أن يرجع بالكل على المستعير أصلاً وتفاوتاً، لأن الكل تلف في يد المستعير.

ومما ذكر يعلم أنه لو كان التفاوت في القيمة بين بلدين لأجل التضخم والتزل، فالمالك إذا رجع إلى بلد ارتفاع القيمة يأخذ المرتفع، وإذا رجع إلى بلد انخفاض القيمة يأخذ المنخفض، فإذا كان الغصب في بغداد وسلمه الغاصب إلى المستعير في البصره، والقيمة في بغداد دينار وفي البصره ديناران، فإن رجع إلى من في بغداد أعطاه ديناراً، وإن رجع إلى من في البصره أعطاه دينارين، لوضوح أن الدينار في بغداد يساوي الدينارين في البصره وبالعكس، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الغصب، وأنه لو رجع المالك على الغاصب بين البلدين ماذا يكون الحكم، فلا داعى إلى تكراره.

ثم إذا كان المستعير جاهلاً حين الاستعاره ثم علم بالغصبيه كان من أفراد العالم، ولو انعكس بأن كان عالماً ثم جهل، مثل ما إذا قامت البيئه عنده ثم ظهر فسقهم كان من أفراد الجاهل.

والظاهر أن العلم السارى بعد التلف لا- يوجب استقرار الضمان عليه، أما الجهل السارى فلا يرفع الضمان، لأنه حين التلف لم يكن مغروراً، فلا تشمله قاعده الغرور.

ص: ٢٤٣

## مسأله ٦: ما هي العين المستعارة

(مسأله ٦): قال في الشرائع: (في العين المستعارة، وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب والدار).

أقول: وذلك لأنه هو مقتضى العاريه، فما يتلف عينه لا يصح الاستعارة فيه على وجه تلف العين، مثلاً قد يستعير الماء لمجرد الإراءه، وقد يستعير الماء للشرب، ففي الأول تصح العاريه، أما في الثاني فلا تصح.

ومنه يعلم صحه عاريه الدينار والدرهم للتزيين بها أو الارتهان أو نحو ذلك، والسياره والطائر وغيرها، نعم سيأتى استعاره المنحه مما لا يبعد أن يكون مثل استعاره الدار ملحقاً بها في من يستفيد من ماء البئر التي فيها، إلى غير ذلك.

قال في القواعد: (شرط المستعار أن يكون منتفعاً به مع بقاءه كالثوب لللبس والدابه للركوب والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطمعه فإن منفعتها في استهلاكها، والأقرب جواز إعاره الدارهم والدنانير إن فرضت لها منفعه حكميه كالتزيين بها والضرب على طبعها).

وقال في التذكرة: (المستعار له شرطان، كونه منتفعاً به مع بقاء عينه وإباحه المنفعه، فكلما ينتفع به انتفاعاً محللاً مع بقاء عينه تصح إعارته، كالعقارات والدواب والعبيد والثياب والأقمشه والأمتعه والصفه والحلى والفحل للضراب والكلب للصيد، وأشباه ذلك بلا خلاف).

وفي مفتاح الكرامه: إن غرض التذكرة نفى الخلاف بين المسلمين، وكذلك نقل نفى الخلاف عن الرياض، وعن المبسوط يجوز استعاره الحيوان الذي فيه منفعه وهو إجماع.

أقول: ومنه يعلم أنه لا يصح إعاره أواني الذهب والفضه للأكل والشرب، وإعاره كلب الصيد للهو والطرب المحرم، وإلا فليس كل لهو وطرب محرم

شرعاً كما حقق في كتاب المكاسب، وكذلك إعاره الجوارى للاستمتاع بهن على ما يأتي الكلام في ذلك.

وهكذا لا يصح إعاره الحيوان لعمل محرم معه إذا كان تلك الخصوصيات من باب القيد، وأما إذا كانت من باب الداعي فلا إشكال، لأن الداعي لا يؤثر في الصحة والبطالان، أما إذا كان على نحو الشرط، فقد حقق في محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، وعليه يكون الشرط مثل الداعي من هذه الجهة.

ثم إن الرياض بعد كلامه السابق قال: (لا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال إلا في المقصود بقولهم: لا يجوز إعاره ما لا يمكن الانتفاع به إلا لإتلافه، فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله: أعرتكه مع القرينه، فإن المعيار في جوازه هو رضاه به، وقد حصل في محل الفرض، وإن هو حينئذ إلا كالهبة والإباحه وإن عبر عنهما بلفظ العاريه ولا مدخل للفظ الفاسد معناه في اللغة والعرف. نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلا به اتجه ما ذكره، لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ولو بالالتزام، ودلاله لفظ العاريه مجردة على الإتلاف فاسده لعدم استنادها إلى عرف أو لغة، لأن وضع العاريه فيهما بحكم الوضع والتبادر إنما هو لما يتم الانتفاع به مع بقاء عينه، ولعل هذا مراد الأصحاب) انتهى.

وفيه: إن قولهم إنما هو في الإعاره المصطلحه التي دل عليها النص والفتوى والعرف فهي تنافي التصرف المتلف، وإن أراد جواز التصرف المتلف بإجازة المالك وقصده فليس ذلك بإعاره مصطلحه فلا يرد الإشكال على كلامهم، بل حال المقام حال ما إذا أجاره وأجاز تلفه، أو ضاربه وأجاز تلفه، أو ما أشبه ذلك، فهل مثل هذه الإجازات تنافي تعريف الإجاره والمضاربه ونحوهما.



ومما ذكرناه يظهر أنه لا- تصل النوبه إلى الضمان المتأخر عما ذكرناه، فقول الجواهر في رد الرياض: (قلت: يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الإلتلاف المزبور وإن كان بالإذن إلا أنها بعنوان العاربه زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً، ودعوى كونه هبه أو إباحه وإن كان الدفع بهذا العنوان واضح البطلان إلا أن ينصب قرينه على إرادتهما من اللفظ المزبور، وقد ذكرنا سابقاً أن كثيراً من أفراد العقود يميزها القصد، فمتى وقع منه بهذا العنوان والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجر عليه شيء من حكمه، بل يجرى عليه ما تقتضيه القواعد في مثله) انتهى.

محل نظر، بالإضافة إلى أنه خلط بين عالم الإثبات وعالم الثبوت.

أما قول الجواهر أخيراً: (نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ومن خروجه عن أصل موضوع العاربه حتى الفاسد، ولعل الأخير هو الأقوى في النظر) فلا يخفى ما فيه، إذ لو أظهر المالك الرضا بالإلتلاف وأقام على ذلك القرينه كان مشمولاً للاستثناء في قوله (عليه الصلاة والسلام): «لا يحل مال امرئ إلا بطيبه نفسه»<sup>(١)</sup>. فإن طيبه الناس المظهره بالرضا كافيه في عدم الضمان، فلا حاجه إلى قاعده «ما لا يضمن بصحيحه» في عدم الضمان، وقد ذكر مفتاح الكرامه بعض كلام الرياض فراجع.

ثم إن مرادهم مع بقاء عينه بقاء معظم العين عند الانتفاع بها، وإلا فلا إشكال في أن مثل الثوب وما أشبهه يسبب استعماله ذهاب بعضه، لكنه لا ينافي العاربه.

ص: ٢٤٦

---

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١١٤ الباب ١٢ من صفات القاضى ح ٨

ومنه يعلم أنه لو أعار الكر من الماء وما أشبه للتطهير والاعتسال والتوضى وما أشبه صح، لأن الذاهب منه بأمثال هذه الاستعمالات ليس شيئاً كثيراً، وإنما هو كالذاهب من الثوب ونحوه بالاستعمال، أما إعاره مثل المصباح المنير ونحوه فالظاهر صحته أيضاً، فإن الذى يذهب منه من النفط ونحوه إنما هو مثل ما يذهب من المنحه من اللبن ومن الدار من ماء البئر ونحوهما.

والحاصل: إن الإعاره أمر عرفى قرره الشارع، فكل مورد يرى العرف صحه الإعاره فيه تصح.

ص: ٢٤٧

(مسأله ٧): قال فى الشرائع: (وتصح استعاره الأرض للزراعة والغرس والبناء، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، وقيل يجوز أن يستيح ما دونه فى الضرر كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع، والأول أشبه).

أقول: كما تصح استعاره الأرض لما ذكره كذلك، تصح استعاره الأرض لحفر البئر والقناه والساقية ونصب المناره وما أشبهه، وكذا تصح استعارتها لجعلها مخزناً أو موقفاً للسيارات أو محلاً للسفن أو نحو ذلك، ومقتضى القاعده بالنسبه إلى الأقوى والمساوى والأدون أنه كلما كان اللفظ شاملاً له ولو بالارتكاز صح، وكل ما لم يشمله اللفظ ولو بالارتكاز لم يصح، ولعل الخلاف بين الفقهاء فى المساوى والأدون والأقوى من باب النزاع اللفظى، إذ لا دليل خاص فى المسأله.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: ولو أذن فى زرع الحنطه تخطى إلى المساوى والأدون لا الأضر: (أما عدم جواز التخطى إلى الأضر فقد اتفقت عليه الفتاوى من دون خلاف أصلاً، وأما جواز التخطى إلى المساوى والأدون فهو صريح التذكرة والتحرير، وإليه مال أو به قال المقدس الأردبيلى وصريح المبسوط والغنيه والسرائر والرياض فى جواز التخطى إلى الأدون، وهو قضيه كلام المبسوط فى المساوى، وفى المبسوط أنه لو أذن له فى الغرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف وهو يقضى بنفيه هنا أيضاً. وفى جامع المقاصد أن ظاهر كلامهم أن الحكم بجواز التخطى إلى المساوى والأدون إجماعى وإلا فهو مشكل، والمنع فيهما أيضاً ظاهر الإرشاد واللمعه وصريح الروضه والمسالك والكفايه، وصاحب الرياض منع المساوى وأجاز الأدون ولا ترجيح فى المفاتيح)، انتهى كلام مفتاح الكرامه.

أقول: حيث لا- إجماع في المسألة حتى بالنسبه إلى الأضر فيما إذا فهم من اللفظ بحسب الارتكاز لم يكن وجه للتفصيلات المذكوره، وإنما المعيار ما ذكرناه، ولذا قال في الجواهر: (إن القواعد تقتضى عدم جواز التعدى عن غير المأذون وإن كان أدون أو مساوياً، بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الإذن، ودعوى الانتقال إليه من الإذن في المعين للمساواه أو الأولويه واضحه المنع، فإن المساواه في الانتفاع بالنسبه إلى الأرض أو الدون لا تقتضى المساواه في الإذن كما هو واضح، نعم لو أريد من التعيين التقدير في الإذن في المنفعه ولو بالقرينه اتجه حينئذ التخطى وإلا فلا، من غير فرق بين المساوى والأدنى).

وقد عرفت أن القاعده إضافه (والأقوى) إذ لا فرق بين الثلاثه في شمول اللفظ ولو ارتكازاً، وعدم شمولها ولو ارتكازاً، وكأنهم رأوا أن الأضر غير مشمول إطلاقاً، ولذا لم يذكروه، أما إذا لم يشمل أحد الثلاثه اللفظ فإنه ليس من العاريه فى شىء، وإن علم الإنسان أن المعير راض بالعمل به، فإن العمل بذلك من باب الرضا لا من باب الإعاره.

والحاصل: أنه فرق بين الرضا المقترن بالقرينه الموجبه لدخول الثلاثه فى العاريه والرضا بدون ذلك، حيث يكون الثانى من قبيل رضى الصديق بدخول الصديق داره أو ما أشبهه، ولا يعد ذلك من العاريه التى هى عقد من العقود، ومن ذلك يعرف أنه لو لم يكن الرضا ولم يكن داخلًا فى العقد وتصرف بأحد الثلاثه كان عليه الأجره للمالك، لأنه تصرف غير مأذون فيه، فيشملة دليل «لا يتوى» و«على اليد» ونحوهما، ومثل ذلك لو استعار الدابه فأعارها له للحمل فربطها بالناعور أو الرحى أو ما أشبه ذلك، فإن له عليه الأجره.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامه، حيث قال بعد نقل كلامهم: (قلت: ينبغي عدم التأمل في جواز التخطى إلى الأدون للأولويه العرفيه، ولا يقدر فيها اختلاف الأغراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصيه، ومراعاة ذلك في عدم الأخذ بالأولويه في المسأله يوجب انسداد باب إثبات الأحكام الشرعيه بها ولم يقولوا به. نعم لو علم قصد الخصوصيه بالنهي عنه كما يأتي اتجه المنع، وأما في المساوى فلا يبعد الجواز، لأن العرف يقضى بعدم التضييق في مثل ذلك، إذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعين غالباً، ويشهد له قولهم في الدابه المستأجره بجواز إركاب المساوى لما إجارته لها، ولعله لا إشكال مع القرينه بأن المقصود غير متعلق بالمعين فليتأمل).

### لو تخطى المستعير عن المأذون

ثم إن القواعد قال: (ولو أذن في زرع الحنطه تخطى إلى المساوى والأدون لا- الأضر، ولو نهاه حرم وعليه الأجره لو فعله، والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهى للإطلاق)، وقد نقل هذا مفتاح الكرامه عن الإيضاح والحواشى وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه والرياض، وعلل الفرق بأنه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطه بغير عوض، فالزائد هو المضمون خاصه لأنه غير المأذون، وهذا لا يقضى بالإسقاط مع التصريح بالنهى.

وبعبارة أخرى: إنه مع عدم النهى عن التخطى استفاد بالإذن في الزرع المخصوص استفاده المنفعه المخصوصه في ضمن أى فرد كان، فحيث يخطى إلى الأضر كان مقدار منفعه المأذون مباحاً له خاصه فيضمن الزائد فقط، لكن لا يخفى ما فى الفرق المذكور، ولذا قال فى الجواهر فى رد القواعد: (فيه إن التخطى فى الحالين غير مأذون فيه، أقصاه أنه فى إحداهما نص على المنع، وفى الأخرى جاء

المنع من أصل الشرع، فهو كمن استوفى منفعه ملك غيره بغير إذنه أو مع نهيهِ بالنسبه إلى استحقاق الأجره).

أقول: بل يمكن أن يقال: بأن النهى فى كليهما من المالك، منتهى الأمر النهى فى صورته النص منصوص، وفى غير صورته النص على القاعده الأوليه، فإن كل مالك لا يجوز التصرف فى أمواله مطلقاً إلا ما أخرجه بنص ونحوه، وحيث لم يكن نص كان داخلاً فى القاعده الأوليه المالكيه، والشارع إنما قرر الملكيه المالكيه لا أنه أتى بشىء جديد، وكأن الجواهر أخذ ما ذكره من المحقق والشهيد الثانيين على ما نقله مفتاح الكرامه، ثم قال: (وهو خير الكفايه على تأمل له والرياض وظاهر الروضه).

ومما تقدم علم عدم الفرق بين التخطى إلى الأضر أو المساوى أو الأقل، لأنه لا فرق فى كل ذلك على ما تقدم.

ثم إن القواعد قال: (بخلاف حمل الأكثر)، وقال فى مفتاح الكرامه: (أى إذا أذن له فى تحميل الدابه قدرأ معيناً فزاد عليه، فإنه يضمن أجره الزائد قولاً واحداً كما فى جامع المقاصد، ويتحقق إسقاط قدر المأذون فيه قطعاً كما فى الحواشى والمسالك، وعليه نص فى الروضه والكفايه والرياض، لأن المأذون فيه بعض المنفعه التى استوفاه فلا أجر له بخلاف النوع المخالف) انتهى.

وفيه تأمل واضح، إذ المعيار قدر إجازة المالك، فإنه قد يجيز الأقل بشرط لا، وقد يجيز الأقل لا بشرط، فإذا كانت الإجازة فى الأقل بشرط لا، لا معنى لكونه مجيزاً للأقل فى ضمن الأكثر، فيكون على المستعير التفاوت فقط، بل ينبغى أن يكون عليه كل الأجره، ولذا قال فى الجواهر: (إن السقوط لأجره قدر المأذون لا يخلو أيضاً من نظر، ضروره ظهور تقييد الإذن فى الأقل بعدم دخوله فى ضمن

الأكثر فيستحق حينئذ أجره الجميع، والأولى جعل المدار على ما يفهم من العبارة، ولعله مختلف، والأصل اختصاص الغرامه للزائد وهو مراد الجماعه) انتهى.

لكنك قد عرفت أن ما جعله الأولى هو المتعين لا ما تقدم على الأولى من إطلاق أجره الجميع.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا أجاز له أن يركب فركب وأركب أو حمل، أو أجاز له أن يحمل فحمل وركب أو أركب أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال ما إذا أجاز له حمل شيء معين فحمل شيئاً آخر أضر أو أنفع أو مساو، إذ بعض الأحمال يؤذى الحيوان بينما بعض الأحمال ينفع الحيوان، فتحميله الماء في الشتاء يوجب ضرره بينما تحميلة الماء في الصيف يوجب نفعه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد أشار إلى بعض ذلك مفتاح الكرامه، حيث قال: (ومثله ما لو زرع المأذون وغيره، وما لو ركبها وأردف غيره)، وتبعه الجواهر.

ومنه يعلم حال ما إذا بعض، مثلاً استعار دابه زيد للسفر من النجف إلى كربلاء بأن يركبها، فركبها نصف الطريق وأركبها غيره نصف الطريق معه أو بدونه، أو حملها أو ما أشبه ذلك، فإنه إذا كان مقيداً كان عليه كل الأجره، وإن كان مطلقاً أى غير مقيد، كان عليه بعض الأجره، مثلاً- إذا قيده بأن يسافر من كربلاء إلى النجف بنفسه على الدابه حتى أنه إذا لم يركب بعض الطريق عليها كان له كل الأجره كان عليه كل الأجره، وإن لم يكن التقييد كان عليه بعض الأجره.

وإذا أعاره الأرض إعاره أن لا يستعملها، أو الدابه أن لا يركب أو يحمل عليها، فاستعملها أو ركبها كان عليه الأجره، ولو انعكس بأن أعاره الدابه أو الأرض ليزرعها ويركبها أو يحملها فلم يفعل، فالظاهر أن عليه الأجره، إذ حاله حال من

غضب دابه أو أرض غيره ولم يستعملها، فإن الغاصب عليه أجره ما فات من منافع المغصوب، ولو لم يستفد الغاصب منه.

ومما تقدم ظهر حكم أمثال تلك الأمور، كما إذا استعار حوض ماء للاغتسال فيه، فلم يستعمله في الاغتسال، إما بأن لم يستعمله أصلاً أو استعمله باغتسال غيره أو بغسل الأواني فيه أو ما أشبه ذلك، وكذلك حال استعاره السفينه والسياره والطائره والقطار وما أشبهه.

أما لو استعار منه المصباح للاستناره به فقط، فاستنار هو وغيره به أو لم يستنر، فمقتضى القاعده أن كل ما يعد في العرف ملكاً لصاحب المصباح يكون خلافه غضباً، بخلاف ما لا يكون ملكاً لصاحب المصباح من استناره الغير، وكذلك استيراد الغير بسبب المبرّده، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب إحياء الموات.

ص: ٢٥٣



## مسأله ٨: استعاره فحل الضراب

(مسأله ٨): قال فى الشرائع: (وكذا يجوز استعاره كل حيوان له منفعه، كفحل الضراب والكلب والسنور، والعبد للخدمه والمملوكه ولو كان المستعير أجنبياً منها).

أقول: وذلك هو مقتضى القاعده لإطلاق أدله العاريه بعد كون عاريه هذه الأمور عرفيه، وكثيراً ما تكون فيها منافع غير الاقتناء أيضاً، ولا- يضر فى استعاره فحل الضراب إتلاف عين مائه لأنه من التوابع للنزو وإدخال الفرج ونحوهما التى لا تقدح أو علم بالسيره جوازها كما فى الجواهر، والكلب فائدته الحراسه ونحوها، والسنور فائدته اصطياد الحشرات.

قال فى الجواهر بعد ذكر الكلب والسنور وغيرهما من الحيوانات المملوكه: (وإن لم يكن لها منفعه يصح التكسب بها، ضروره وضوح الفرق بين سفه التكسب والإباحه بلا عوض).

أقول: وقد ذكرنا فى باب المكاسب أنه يصح التكسب بمثل الكلب والسنور لعدم السفه.

ومما تقدم يعلم الكلام فى التعدى، كما إذا استعار الكلب للاصطياد فاستخدمه فى الحراسه أو بالعكس أو فيهما، أو استعاره للاصطياد كل يوم مره فاستعمله كل يوم مرتين أو لم يستعمله لوحده الملاك فى الجميع.

ثم الظاهر صحه استعاره الديكه والاكبش ونحوها لأجل المصارعه، فإنها منفعه محلله شرعاً إذا لم يكن من القسم الحرام، فيجوز الاستعاره والاستجاره لأجلها، أما استعاره الحيوان لأجل أن يكون منزياً عليها بسبب حيوانه، فإن عد منفعه عقلائيه جاز، وإن لم يعد لم تصح الاستعاره، مثلاً دابته إذا لم تنز على الأنتى سبب لها المرض مما يبيح استعاره الأنتى لأجل ذلك، إلى غير ذلك من الأمثله، فإن أخطأ النازى مما سبب شروخاً فى الأنتى رجع الأمر إلى كونه تعدياً وتفريطاً فى الضمان وعدمه.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (ويجوز استعاره الشاه للحلب وهي المنحه).

وفي الجواهر: (لا خلاف ظاهراً فيه كما اعترف به بعضهم، بل عن بعض متأخري المتأخرين الإجماع عليه).

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: واستعاره الشاه للحلب إجماعاً: (كما في المسالك على تأمل له في تحقيقه، ومجمع البرهان والمفاتيح، وفي موضع آخر من مجمع البرهان كأنه لا-خلاف فيه، وفي الكفايه وموضع آخر من مجمع البرهان الظاهر أنه لا خلاف فيه، وقد أخذ جماعه من باب الإجاره مسلماً، وظاهرهم أنه إجماعى، وبالحكم صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفايه ومجمع البرهان) انتهى.

والظاهر أنه هو مقتضى القاعده، لأن اللبن حاله حال المنى في استعاره فحل الضراب، فلا فرق بينهما، فإن العرف يرى استعارتهما للأمرين المذكورين كما تقدم في استعاره الدار واستعمال ماء بثرها، فلا- يقال: إن العين حيث تذهب لا- يكون الأمر من الاستعاره، إذ لما رآه العرف كذلك شمله الدليل الشرعى.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر قال: (إن تم الإجماع كان حجه في مخالفه الضابط السابق لا الأصل المقطوع بما سمعت، ولا- تسلط الناس على أموالها الذى لا- يقتضى مشروعيه العاريه، ولا كونه كالوكاله فى الانتفاع ولا الحاجه إليها كى يناسب شرعها سهوله المله وسماحتها، ولا غير ذلك مما ذكر فى كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لإثبات مشروعيتها عاريه المنافى للضابط السابق، بناءً على أن المنفعه إذا كانت عيناً لا تبطل، وإن سميت منفعه وصح تسجيلها فى الوقف، إلا أن مورد الإجاره والعاريه ما ليس بعين من المنافع إلا ما

خرج بالدليل للإجماع بحسب الظاهر على ذلك، ولأنه المتيقن من النص والفتوى، وحينئذ فلا بد لعاريه المنحه من دليل وليس إلا الإجماع إن تم، إذ لم نجد فى شىء من نصوصنا الدلالة عليها، نعم فى التذكرة الاستدلال عليها بما عن النبى (صلى الله عليه وآله): «العاريه مؤدات والمنحه مردوده والدين يقضى والغريم غارم»<sup>(١)</sup>، وهو مع أنه من طرق العامه لا- دلالة فيه إلا- على مشروعيه المنحه التى يمكن استفادتها من السيره المستقيمه أيضاً، وهو لا يقتضى كونها عاريه، بل لعله ضرب من الإباحه، بل لعل الخبر المزبور ظاهر فى كونها ليست من العاريه) انتهى.

فإن بعض ما ذكره وإن كان صحيحاً إلا أن ما ذكرناه من الدليل كاف لعدم الاحتياج إلى الإجماع، والإجماع يكون مؤيداً له، وقد روى هذه الروايه غوالى اللئالى، عن أبى أمامه الباهلى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) أنه خطب يوم فتح مكه فقال: «العاريه مردوده، والمنحه مردوده، والدين مقضى، والزعيم غارم»<sup>(٢)</sup>، ولا- دلالة على أن العلامه أو غيره نقلها عن كتب العامه كما قاله الجواهر، لأنهم كانوا قادرين على ما لم نقدر عليه من الروايات، ولا ظهور فى الخبر على كون المنحه ليست من العاريه، لأن تعارف شىء يوجب التنصيص عليه، فهو من ذكر الخاص بعد العام، فجعله قسماً من الإباحه غير ظاهر.

## المنحه

ومنه يعلم أنه يمكن التعدى من المنحه إلى ما أشبهه، مثل استعاره الحيوانات الأخر للاستحلاب أو للتبييض والاستفراخ أو للبن والصوف والشعر والوبر وما أشبهه، بل وكذلك استعاره الأمه للإرضاع، ولذا قال فى القواعد عطفاً على عبارته

ص: ٢٥٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩١ الباب ٢ من أبواب الضمان ح ٢

٢- العوالى: ج ٣ ص ٢٤١ الباب الضمان ح ١

وعن التذكرة أنه قال: تجوز إعاره الغنم للصوف والشعر، ثم استدل عليه بأن الحكمه تقتضيه، وبالروايه المتقدمه عن النبي (صلى الله عليه وآله)، وبما رواه الحلبي في الحسن، عن الصادق (عليه السلام)، في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضره سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومه من كل شاه كذا وكذا، قال: «لا بأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن» (١).

وعن عبد الله بن سنان في الصحيح، أنه سأل الصادق (عليه الصلاة والسلام) عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومه، لكل شاه كذا وكذا في كل شهر، قال: «لا بأس بالدراهم فأما السمن فلا أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس» (٢).

قال: وإذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى.

والظاهر أن مراد العلامة أنه إذا جاز إعطاء الغنم في قبال أن يأخذ مالاً جاز إعطاؤه بدون أن يأخذ مالاً بطريق أولى، والإعطاء كذلك هو العاربه، وليس مراده ما عن مجمع البرهان حيث قال: إن مراده أنه إذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعي من الرعي والحفظ فإعطاؤه بلا عوض يكون جائزاً بالطريق الأولى.

أو ما قاله مفتاح الكرامه: (من أن مراده إذا جاز إعطاء اللبن بالسمن والدارهم فإعطاؤه بدون ذلك أولى، والأولويه التي ذكرناها مراداً للعلامه لا يبعد فهم العرف إياها من الروايه، خصوصاً ومصاريف العاربه غالباً على المستعير، وإن صح أن تكون مصاريفها على المعير، كما إذا كانت الدار المستعاره يصرفها عليها المعير لا المستعير.

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٤

وكذلك بالنسبة إلى الدابه المستعاره يعلفها المعير دون المستعير، إلى غير ذلك من الأمثله، فجعل الجواهر استدلال العلامه بالروايتين أغرب محل تأمل، كما أن قوله بعد ذلك: (وأغرب من ذلك ما عن الغنيه فى باب الهبه، ومن منح غيره بقره أو ناقه أو شاه لينتفع بلبنها مده لزمه الوفاء بذلك إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه، إذ هو كما ترى لا يدخل فى الهبه قريبه إلى الله تعالى لتجدد الحلب آنأ فآنأ، كما لا دليل على لزومها منحه أو عاريه ما لم يكن ملزم خارجى من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط فى عقد لازم كما هو واضح). محل تأمل أيضاً، إذ قوله (عليه الصلاه والسلام): «ما كان لله فلا رجعه فيه» يشمل مثل ذلك عرفاً، فإن التجدد آنأ فآنأ داخل فى الملك كما يدخل فيه تجدد الماء فى العين أو البئر وتجدد الثمر وما أشبهه. وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول الرياض، ويستثنى من مورد المنع حيث يثبت المنحه بالكسر وهى الشاه المعاره للانتفاع بلبنها، وقد أجمعوا عليه كما فى المسالك والتذكره وغيرهما من كتب الجماعه وهو الحجه دون الروايه لضعفها، ثم منهم من اقتصر على المجمع عليه، ومنهم من عدى الحكم إلى غير الشاه من الأنعام ومن غير الانعام، وإلى غير اللبن من الصوف والشعر، والأول أظهر، ولعله مختار الأكثر اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتقين) انتهى.

### معارف المستعار

إذ قد عرفت أن الأصل من العرف الذين يرون صحه العاريه فى مثل ذلك كله، ولا يبعد أن يكون مرادهم من الشاه الأعم من الضأن والمعز، لإطلاق الشاه على ذلك كله، بالإضافة إلى أنه يمكن التمسك بالمناط إذا خصصنا الشاه بالضأن.

ولو أعاره الشاه قبل أن تدر اللبن فدرت كان المتبع قصد المعير.

وعلى أى حال، تصح إعاره النخلة والزيتونه والتينه والتوته وسائر الأشجار التى ينتفع بأثمارها وأوراقها وأخشابها، وكذلك إعاره النحل ودود القز وغيرها وأن كل ذلك تسمى منفعه عرفاً، وإن كانت فيها الأعيان أيضاً، بل حتى لو سلم أنها ليست عاريه لها أحكامها فهى عقد عقلائى يشمله (أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup>، كما ذكرنا شبه ذلك فى أواخر الشرح، وذكره جملته آخرون من الفقهاء.

وفى مفتاح الكرامه: (تصح إعاره النخل والزيتون والتين والتوت وغيرها من الأشجار التى ينتفع بأثمارها أو أوراقها، لأن العاريه إباحه النخله، فإن لم تسمه عاريه فبأى عقد تدخلها، بل تصح استعاره الجاريه للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك، وقد يقال: إنها نوع إباحه على حده، كما فيما لو قاطعه على اللبن مده معينه بعوض معلوم فإنهم قالوا إنها ليست بيعاً ولا إجاره، بل نوع معاوضه ومراضاه سائغه غير لازمه).

وكذلك تصح إعاره الأشجار التى ينتفع بصمغها، وإعاره الجبل وما أشبه الذى ينتفع بالمواد المذابه منه، إلى غير ذلك مما يرى العرف أنه داخل فى العاريه، ولعل كل ذلك مشمول لقول العلامه: (وكذا غيرها) حيث قال: (تجوز استعاره الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعاره الشاه للحلب وهى المنحه، وله الرجوع فى اللبن مع وجوده عنده، وكذا غيرها).

أما قوله: (وله الرجوع فى اللبن مع وجوده عنده) فلأن ذلك مقتضى العاريه، حيث إنها عقد جائز، ولا دليل على أن اللبن بمجرد الحلب ينتقل إلى ملك المستعير، وينبغى أن يكون كذلك حال سائر الفوائد فى غير المنحه.

ص: ٢٥٩

(مسأله ١٠): قال فى الشرائع: (وتصح الإعاره مطلقه ومدته معينه وللمالك الرجوع).

أقول: ذلك لإطلاق أدله العاريه، فتصح العاريه مطلقه ومدته معينه، كما تجوز تحديدها ببعض التحديدات الأخر، مثل إلى مجيء الحاج أو ظهور الثمره أو ما أشبه إذا لم يكن غرراً، أما الإعاره ما دام الحياه، حياه المعير أو المستعير أو المستعار، فإن لم يوجب الغرر عرفاً فلا بأس به، وإن أوجب ذلك بطلت من حيث نهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر(١).

وعلى أى حال، فللمالك الرجوع، كما أن للمستعير الرجوع، لأنها عقد جائز على ما تقدم تفصيله.

ثم قال الشرائع: (ولو أذن له فى البناء أو الغرس ثم أمره بالإزالة وجبت الإجابته، وكذا فى الزرع ولو قبل إدراكه على الأشبه، وعلى الآذن الأرش، وليس له المطالبه من دون الأرش).

وفى القواعد: (ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس أو الزرع ولو قبل إدراكه).

وفى مفتاح الكرامه: (وكذا أرش البناء، وتركه اكتفاءً ببيان حكم الزرع والغرس، كما صرح بجميع ذلك الشرائع والتذكره وجامع المقاصد والمسالك، وكما صرح بالإجابته مع دفع الأرش فى الغرس فى الخلاف، وفيه: إنا أجمعنا على أن له قلعه مع الضمان، وكما صرح بذلك فى السرائر فى الغرس والبناء، وصرح بذلك فى الزرع والغرس فى الإرشاد، وكما هو ظاهر المختلف فى الزرع ولو قبل إدراكه، ونحوه ما فى شرح الإرشاد لولده، وعن الإيضاح أن الخلاف

ص: ٢٦٠

فى المقام فى مسألتين: إحداهما فى البناء والغرس، فإن العاربه لهما إن لم تكن إلى أمد جاز الرجوع فيها إجماعاً، وإن كان إلى مده قال ابن الجندى: لا يجوز قبل انقضائها، والثانيه فى الزرع، قال الشيخ وابن إدريس: ليس له قلعه قبل إدراكه وإن دفع الأرش، لأن له وقتاً ينتهى إليه) انتهى.

وعن المبسوط: أنه إذا أذن له فى الغرس ولم يعين له مده فغرس كان له المطالبه بالقلع إذا دفع الأرش، وقال: إذا أذن له إلى سنه ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف.

أقول: مقتضى القاعده هو ما ذكره المشهور من أن لكل منهما الحق فى القلع والإزاله ولو تضرر الآخر، لأنه مقتضى جواز العقد فلا يجب على المعير إبقاء البناء والغرس بأجره، كما لا يجب على المستعير إبقاؤهما فيما إذا تضرر المعير بالقلع، وإذا أمر المعير بالقلع وتضرر المستعير لم يجب عليه الأرش، لأن كلاً منهما أقدم على ضرر نفسه بعد علمه بأن عقد الاستعاره عقد جائز يجوز للطرف الآخر فسخه، فهو كما إذا وضع المستعير فى الدار المستعاره أثاثه حيث إنه إذا أمر المعير بإخلائها بأن فسخ العاربه أوجب على المستعير ضرر الحمل والنقل أو الكسر أو ما أشبهه، واحتمال كون الأرش على الآذن لا دليل قطعى عليه.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (إنما الكلام فى حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها، ضروره رجوع الأمر حينئذ إلى تراحم الحقوق، إذ المستعير ليس ظالماً فى عرقه وقاعده «لا ضرر ولا ضرار» جاريه فى المقام بالنسبه إليهما معاً، فاحتمال تسلط المعير على الإزاله مطلقاً بلا أرش للأصل، ولأن المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العاربه التى يجوز فسخها فى كل وقت، لا يخفى عليك ما فيه، لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعده، والإقدام على العاربه أعم من



الإقدام على الضرر المبني على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك، وهل هو إلا مصادره).

## حق المعير مقدم

محل نظر، إذ حق المعير مقدم لأنه ملكه، فهو كما مثلنا من أمره بنقل أثائه من داره، والمستعير ظالم في عرقه بعد أمره بالإزالة، ولا تلازم بين عدم ظلمه أولاً عند وجود العاربه، وبين ظلمه بعد فسخها إن أبقى، فالأصل لم ينقطع، وليس الإقدام على العاربه أعم، بل هو إقدام على الضرر لتضرره إذا أمره بالإخلاء فأين المصادره.

وكأنه لذا أستشكل فيه العلامه وولده والشهيد: (من أنه بناء وغرس محترم صدر بإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه، ومن أن المستعير قد أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العاربه القاضيه بالرجوع القاضى بالتخريب فى أى وقت شاء، فكان هو المهدم والسبب، مع أن الأصل براءة ذمه المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهه تخليص ملكه منه، بل أصاله البراءه مطلقاً).

ومن الواضح ضعف دليل الأول، وأن كونه بناءً وغرساً محترماً صدر بإذن لا ينافى أن للمعير إخلاء ملكه منهما على ما ذكرنا، نعم يلزم أن لا يكون تبيذيراً وإسرافاً لأنه محرم شرعاً، فحاله حال ما إذا أراد مالك السفينه إخلاء سفينته المستعاره فى وسط البحر، حيث يلزم منه إلقاء الإنسان أو الحيوان أو المال مثلاً فى البحر، فإنه لا يجوز ذلك، وإنما له الأجره جمعاً بين حق المالك وحرمة الإخلاء.

أمّا موثق محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه الصلاه والسلام)، فى رجل اكرى داراً وفيها بستان فزرع فى البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار بذلك، فقال: «عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمه عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلك، وإن لم يكن

استأمره فى ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث يشاء»(١٧).

ففى الجواهر: (إنه لم أجد به عاملاً عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة مع أنه مضطرب، لأنه على ما فى الكافى بعد قوله: «فيعطيه الغارس وإن كان استأمره»: «فعليه الكرى وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث يشاء»، وحينئذ يكون دالاً على أن لصاحب الأرض المغصوبه تملك ما زرعه الغاصب فيها وغرسه، كما عن أبى على (رحمه الله)، ولا ريب فى منافاته حينئذ لأصول المذهب وقواعده).

وإن كان مقتضى القاعدة أنه إن كان القلع بدون الإسراف وجب، لأنه إيصال حق كل واحد منهما إليه، وإن كان مع الإسراف قوم وأعطى للغارس القيمة لأنه جمع بين الحقين.

وحيث إن فى التقويم التفكيك كما فى كل مشترك قدم على أن يبقى الغرس للغارس مع إلزامه إعطاء الأجره للمالك، من غير فرق فى الصورتين بين أن كان استأمره أو لم يستأمره، اللهم إلا أن يتكلف فى تطبيق الموثقه على القواعد، وهو مشكل، وقد ذكرنا فى كتاب الغصب بعض تفصيل الكلام فى ذلك، والله سبحانه العالم.

ثم الظاهر من الشرائع عدم التسلط على الإزاله إلا بعد دفع الأرش، لأنه قال: (وعلى الآذن الأرش وليس له المطالبه بالإزاله من دون الأرش)، فإنه لو أراد الشرائع ما ذكره الجواهر فى تفسير كلامه كانت الجملة الثانيه تكراراً للجملة الأولى.

قال فى الجواهر: (يمكن إرادته المصنف عدم السلطنه له على المطالبه

ص: ٢٤٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٨٢ الباب ٢٣ من أبواب الإجاره ح ١

بإزالته مجاناً، وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخره ومقارنته، ضروره كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات بمعنى تسلط المعير على طلب الإزالة من المستعير، وعليه الأرش فلكل منهما حق على الآخر لا مدخليه له فيه، وعصيان أحدهما فيه لا يقتضى الجواز للآخر، وكلام المصنف وما شابهه إنما هو فى عدم استحقاق الإزالة بدون استحقاق الأرش لا بدون سبق دفع الأرش الذى لم يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، والأمور الاعتباريه مع أنها غير تامه لا تصلح لأن تكون مدركاً شرعياً).

فإن كلامه وإن كان صحيحاً، إذ لا دليل على تقديم أحد الأمرين على الآخر، إلا أن الكلام فى ظاهر ما ذكره الشرائع.

### قلع شجر المستعير

والمسالك استظهر ما ذكرناه، وإن كان فى دليه الذى ذكره لكلام الشرائع نظر، لأنه أقرب شىء إلى الاستحسان، حيث قال فى المسالك: (لا- تجب إجابته إلى القلع قبل دفعه وإن بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بالفلاس أو غيبه ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر، بخلاف ما لو دفع أولاً، فإن غايته أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته للقلع فيباشره المعير بإذن الحاكم مع إمكانه، أو لا معه مع تعذره وتعذر إذن المالك فلا يحصل الضرر).

ثم قال: (لكن هذا الدفع نوع من المعاوضه، ومن شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الآخر، وإنما حكم هنا بسبق دفع الأرش، لأن المعيه غير ممكنه، وفى بسط الدفع على الأجزاء حرج وعسر، والضرر عن الدافع مندفع بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه) انتهى.

مع أن في ما ذكره من العله نظراً لإمكان وجوه آخر كأخذ الكفيل، والعسر والخرج أخص من المدعى.

ومما تقدم علم بأنه لو أمكن القلع بدون الإسراف قدم على شراء المالك من الغارس جبراً، أو إبقاء الغارس له في أرضه بالأجره جبراً، لأنهما خلاف تسلط الناس على أموالهم، وإن كان في القلع إسراف حيث المحذور الشرعى فالاشترء الجبرى مقدم، لما تقدم من أن أكثره الحق له، فإذا دار بينهما قدم حق من له أكثره الحق لأن سلطته أوسع، فتأمل.

قال فى القواعد: (والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمه أو البقاء بالأجره على التراضى).

والظاهر أن الأمر ليس دائراً بينهما فقط، وإنما ذكرهما القواعد من باب المثال، وإلا فيمكن الصلح أو الهبه المعوضه أو ما أشبه ذلك.

وعلى أى حال، فقد قال فى مفتاح الكرامه عند قوله: والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمه: (هو خيره التذكره والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد، والمخالف الشيخ فى المبسوط قال: وإن قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها، فطالبه بأخذ القيمه كان ذلك له، وأجبر المستعير على قبضها لأنه لا- ضرر عليه، وحكى مثله عن أبى على فيما إذا كانت الإعاره غير موقتة، ويأتى للمصنف فى باب الإعاره موافقه المبسوط، وقد استدل عليه فى مزارعه الخلاف بالإجماع والأخبار، ومفهوم الخبر المشهور: «ليس لعرق ظالم حق» وبخبر عائشه).

ثم قال مفتاح الكرامه عند قول العلامه: أو الإبقاء بالأجره على التراضى إجماعاً: كما فى الإيضاح. وفى التحرير: لو قال المستعير: أنا أدفع قيمه الأرض لم يلزم المالك إجابته

إجماعاً، ولعله لما تقدم، ولأن الأرض أصل والغرس والبناء تابعان، وينبغي التأمل في وجه درجه تحت الأقرب مع أنه إجماعى).

ثم الظاهر ما ذكره المسالك حيث قال: (وهل يعتبر فيه \_ أى فى البقاء \_ مجاناً أو بأجره، كلام الشيخ صريح فى الأول، وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعه، مع احتمال اعتبار الثانى، بل اختاره بعد ذلك وحكاه عن التذكرة، قال: لأن جواز الرجوع فى العاربه لا- معنى له إلا- أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها لا- حق لغيره فيها، وحينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها إلا برضاه بالأجره، وحق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع ويأخذ الأجره لو اتفقا على إبقائها).

فمثلاً إن الشجر إذا بقى هناك بأجره كانت قيمته عشره، بينما لو بقى بدون أجره كانت قيمته عشرين، فحيث إنه لا حق للغرس فى الإبقاء بدون أجره لوحظ قيمته عشره، فإذا قلع وأذهب القلع نصف قيمه، لأن صارت قيمته خمسه أعطاه مالك الأرض خمسه لا خمسه عشر.

### الإبقاء بأجره

ولا- يخفى أن البقاء بأجره يساوق عدم الحق فى البقاء، فإشكال الجواهر على المسالك غير ظاهر، حيث قال: (عليه قلنا: إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجاناً أو بالأجره فى التقويم بعد فرض عدم استحقاق شىء منهما لذى الغرس أو البناء، بل هو فى بعض الأفراد كمال الضرر على المعير، خصوصاً مع ملاحظه البقاء مجاناً فى التقويم، فالمتجه حينئذ أن المراد بالأرش هو تفاوت حالى الشجره بالقلع وعدمه إن كان، ونقص آلات البناء بسبب الهدم بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع والهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً من غير ملاحظه البقاء مغروساً ومبنيّاً الذى هو غير مستحق المستعير لا مجاناً ولا بأجره).

إذ كلامه عليه لا- يزيد على تغيير عبارته بعبارة أخرى، بل اللحاظ العرفي هو ما ذكره المسالك، مثلاً الأجر والأخشاب لها ثلاث اعتبارات:

الأول: كونهما غير مبنية.

الثاني: كونهما مبنية بأجره.

الثالث: كونهما مبنية بغير أجره.

والعرف عند التقويم بعد أن بنى لا يلاحظ الحالة الأولى لهما، بل يلاحظ إحدى الحالتين.

ثم إن مقتضى ما ذكره من الأرش أنه إذا لم يكن للمقلوع أية قيمة كان على المالك إعطاء كل القيمة، كما أنه إذا كان المقلوع مساوياً قيمته للباقي لم يكن على المالك شيء، وحيث قد ذكرنا في كتاب الغصب مسألة ما إذا زادت قيمة الأرض بالقلع أو زادت قيمة المقلوع بالقلع فلمن يكون ذلك الزائد، فلا وجه لتكراره في المقام.

ثم إن التذكرة قال: (للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالأرش، وبعدها مجاناً إن شرط المعير القلع أو نقض البناء بعد المدّة، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملاً بالشرط، فإن فائدته سقوط الغرم فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع، وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك، وإن لم يختر القلع وأراد المعير فلا بد من الأرش).

لكن فيه ما ذكره الجواهر، حيث قال: (إنه ينافى أصالة براءة الذمة السالمة عن المعارض، ضروره عدم حق له بعد انتهاء المدّة، ولا- مدخلية لا- اشتراط القلع وعدمه، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مدّة انتهت وأراد المالك تفرغ أرضه، فإن المتجه عموم تسلط الناس على أموالهم، وأن «المؤمنون عند شروطهم» ولم يصدر الإباحه من المالك إلا إلى الأمد المخصوص الذي قد دخل المستعير

ص: ٢٤٧

على القلع عند انقضائه كما عن المحقق الثاني اختياره).

ثم إن ما ذكره من مسأله الإدراك وعدمه يلزم أن يحمل على المثال، وإلا فقد يدرك لكن يتضرر الغارس بقلعه أيضاً، لأن إبقاءه مدة أخرى يوجب زياده المنفعه، وقد لا يدرك ولا يكون لإبقائه مزيد قيمه، ولا فرق فى عدم الإدراك بين أن يكون لعدم كفايه المده أو لأمر خارجى كقصور الماء وهبوب الرياح المتزايد أو عدم هبوب الرياح أو عدم إشراق الشمس أو ما أشبه.

ولذا أشكل الجواهر على التذكرة الذى فصل بين الأمرين، قال: (نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مده معينه فانقضت ولما يدرك، لا- لتقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما، مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الأرش كالعاريه المطلقه، ولعله باعتبار أن له مده تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها)<sup>(١)</sup>، ثم أشكل عليه بعموم تسلط الناس، والمؤمنون عند شروطهم ونحوهما.

ثم لو كان لشيء إدراكات متعدده، فالعبره بمجموع الإدراكات لا بالإدراك الأول، كما فيما يؤخذ منه جزات أو خرطات أو ما أشبه.

ولو تمكن المستعير من تعجيل الإدراك بسبب السماد أو ما أشبه وجب عليه ذلك، للزوم إفراغ ملك الغير فوراً ففوراً، لأنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، فحاله حال ملك الغير إذا كان مشغولاً بأثاث إنسان آخر، حيث إنه يجب عليه إفراغ ملكه عن أثاثه فوراً ففوراً.

ص: ٢٤٨

(مسأله ١١): قال فى الشرائع: (ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت).

وفى الجواهر تقييده بكون الميت محترماً، وأنه يجوز إن اطمئن باندراسه بالنسبه إلى تلك الأرض على وجه لا ينافى احترامه، ثم قال: بلا خلاف أجده فيه، والإجماع بقسميه عليه.

أقول الأحكام المذكوره كلها ظاهره، أما الحرمة فلائدله أن احترامه ميتاً كاحترامه حياً، وما دل على حرمة النيش من الإجماع وغيره، وأما الجواز إن اطمئن بالاندراس فلوضوح أنه بعد الاندراس لا يعد قبراً، فى غير مثل العلماء والصالحين مما يبقى احترامهم أبداً ولو صاروا تراباً، فينتفى الحكم بانتفاء الموضوع، ولا فرق فى ذلك بين الميت كله أو بعضه.

ولا يخفى أن المراد عدم جواز النيش والاسترجاع أو عمل ينافى احترام الميت، أما فسخ العقد فلا إشكال فيه، لأنه عقد جائز قابل للفسخ، وهل بعد ذلك له البقاء مجاناً، لأن الإذن فى الشيء إذن فى لوازمه، أو باجره لأنه جمع بين الحقين، مقتضى القاعده الثانى، وإن كان الأول غير بعيد أيضاً.

أما لو اتفق جواز النيش بأمر آخر كنقله إلى المشاهد المشرفه لو قلنا بجواز ذلك، أو كون البقاء هنا خطراً على الميت من حيوان أو ما أشبهه، فلا إشكال فى أنه له الحق فى أخذ الأرض.

قال فى المسالك: (المراد بالميت هنا المسلم أو من بحكمه كولد الصغير والمجنون واللقيط بشرطه، إذ لا حرمة لغيره، وإنما لزم الإغاره هنا لما فى النيش من هتك حرمة الثابته له بعد الوفاه كالحياه وهو موضع وفاق، وغايه المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً، والمرجع فى ذلك إلى



الظن الغالب بحسب التربه والأهويه، وإنما أطلق المصنف المنع لأنه علقه على القلع، ولا يتحقق إلا مع بقاء شيء من أجزائه، فإذا بلى لم يتحقق القلع فارتفع المنع).

أقول: أما كفايه غلبه الظن، فلأنه لا يتحقق موضوع النيش بعد ذلك، فإن العرف لا يرويه نبشاً، نعم إن غلب ظنه بل لو قطع ثم نبش وتبين بقاء الجسد أو بعضه وجب عليه الإبقاء، إذ الظن والعلم وما أشبهه طريقى لا موضوعى.

ثم لا- إشكال أنه بعد طم القبر يصدق النيش، أما بعد وضعه وقبل طمه فهل يصدق النيش، احتمالان، وإن كان الظاهر عدم الصدق، نعم ربما ينافى احترام الميت، أما قبل وضع الميت فى القبر فلا إشكال فى جواز الفسخ لأنه ليس من النيش فى شيء.

قال فى الجواهر: (إن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذى يحرم معه النيش، أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام فى عدم ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل المواه لعدم صدق النيش حينئذ، اللهم إلا- أن يقال: إنه وإن كان كذلك إلا أنه يمكن دعوى مساواته له لما فى الإخراج من هتك الحرمه، ولذا أمروا بقرض نجاسه الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها، بل قيل لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر، لكن الإنصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلاً لمثل ذلك).

وهو كما ذكره، لأن الخروج عن الحكم المسلم بأمثال هذه الأمور الشبيهه بالاستحسان محل منع.

أما قوله بعد ذلك: لولا الإجماع هنا على حرمة النيش لأمكن القول بجوازه، لعموم تسلط الناس، ولأولويته من جمله من الأمور التى جوزوا النيش لها، مع أنه لا إطلاق ولا عموم على حرمة كى يتمسك بهما إلا

الإجماع الذى لولا اعتضاده بما هنا لأمكن المناقشه فى تناول معقده لما هنا) انتهى.

فلا- يخفى ما فيه، فإن السيره القطعيه بالإضافة إلى الإجماع القطعى، وتأييد بعض الروايات للحرمة المطلقه كروايه الصدوق، «فأنزل الله تبارك وتعالى على نبيه (صلى الله عليه وآله): (الذين إذا فعلوا فاحشه) يعنى الزنا (أو ظلموا أنفسهم) يعنى بارتكاب ذنب أعظم من الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان (ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم) إلى أن قال: «ثم قال عزوجل: (ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون)»(١) يقول الله عزوجل: ولم يقيموا على الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان» الخبر.

ومثله غيره، لا- يدع مجالاً- لما ذكره (رحمه الله)، وحيث قد ذكر جملة من مسائل نبش القبر فى كتاب الطهاره لا- داعى إلى تكرارها هنا.

ثم لا يخفى أن المنافق والمخالف والكافر والمحترم والباغى فى غير البغى على الإمام فى حكم المسلم، وفى الأخير هو مسلم له أحكامه، لا- الكافر الحربى ومن بحكمه، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن أقسام الكافر أربعة: الحربى والذمى والمعاهد والمحاييد.

### خاييه المعير

ومثل الأرض فى الحكم المذكور خاييه المعير التى يوضع فيها الميت لإلقائه فى البحر، فلا يحق لمعيها استخراجها بواسطه الغوص مثلاً، ثم إن أخرجت للدفن حق له أخذها، وكذا بعد فراغها لأكل الأسماك للميت ونحوه.

ولو كان

ص: ٢٧١

المعير والمستعير كافرين عوملاً حسب معتقدهما، ولو كان اعتقادهما مختلفاً فصله الحاكم حسب عقيدة الإسلام في لزوم الإعارة للدفن وعدمها.

ولو كان أحدهما مسلماً قدم، لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

والمذهبان في الإسلام يعامله الحاكم حسب عقيدتهما مع الاتفاق، وحسب رأى الحاكم مع الاختلاف.

وكذلك حال المقلد والمجتهد.

ص: ٢٧٢

(مسأله ١٢): قال فى الشرائع: (وللمستعير أن يدخل إلى الأرض ويستظل بشجرها).

وهو كما ذكره إن كان ظاهر اللفظ شاملاً ولو بمعونه القرائن الحالیه أو المقاليه، كما هو المتعارف فى الحال الحاضر، وذلك لأن العاريه شامله لمثل هذه الأمور، ولذا استدل عليه فى الجواهر بقوله: (لأن ذلك كله ونحوه من توابع مثل هذه العاريه فى العاده، وقد سمعت سابقاً أن له الانتفاع بما جرت العاده به).

أقول: ومنه يعلم وجه النظر فى تفصيل القواعد، حيث قال: (وللمستعير الدخول لسقى الشجر وممره البناء دون التفرج) (١)، لأنه لا فرق بين الأمرين، فإن كان اللفظ شاملاً لهما جاز وإلا لم يجز أحدهما.

وفى مفتاح الكرامه: (فى المبسوط والتحرير أنه ليس له الدخول بغير حاجه، وزاد فى الثانى قطعاً، قال: ليس له الدخول بغير حاجه قطعاً، وفى دخوله لحاجه سقى الغرس وجهان قوى الشيخ المنع وهو كذلك، لكنه ذكره فى مسأله بيع الغرس على الأجنبي، قال: والأقوى أنه لا يجوز فى المسألتين ولم يذكر هنا إلا الوجهين من دون تقويه لأحدهما، قال: والوجهان أحدهما ليس له الدخول، لأن الانتفاع بالأرض لا يجوز بعد رجوعه، والثانى له ذلك لأننا إن لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا عليه ذلك، وذلك لا يجوز).

ولا يخفى أن فرض التحرير فيما إذا رجع المعير ولم يدفع قيمه الغرس ولا ضمن الأرض وامتنعا من البيع.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن التذكرة حيث قال: (ليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا بإذن المعير، لأنه تصرف غير مأذون فيه، نعم يجوز له الدخول

ص: ٢٧٣

لسقى الشجر وممره الجدار حراسه لملكه عن التلف والضياع)، ونقل نحوه عن جامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه، معللين بأن الاستعاره وقعت لمنفعه معينه وهو الغرس فلا يتعدها.

ولذا الذى ذكرناه من أن القاعده عدم الفرق أشكال عليهم الجواهر بأن قولهم كما ترى، وأنه لا يبعد أن يكون ذكر الشرائع لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط.

وكيف كان، فمن ذلك يعلم أنه ما يستلزمه العاريه مباح له، مثل حفر البئر فى المكان المحتاج إلى حفر البئر ونصب الناعور وإجراء الجداول والسواقي ونحوهما، وكرى الأنهار وتجفيف الثمر، وجعل المخزن للأحطاب والأثمار ونحوها، فإن كل ذلك من شؤون العاريه، ولا يختص أيضاً بنفس المستعير، إذ المتعارف أن المستعير مع عائلته يسكن فى البستان ونحوه ويستخدمون عمالاً ونحوهم لأجل شؤونها.

والحاصل: إن المعيار هو ما يستفاد عرفاً من العاريه.

نعم إذا لم يكن اللفظ شاملاً لشيء أو منع المعير مع الشمول لم يكن للمستعير ذلك.

ومنه يعلم حال ما إذا استعار الدار، فإن له أن يسكنها مع عائلته ويستضيف فيها أو يجعل مجلس الوعظ والإرشاد وما أشبه.

وأما المعير فقد قال المسالك: (إذا استعار الأرض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الأرض، أما المعير فلأن الأرض ملكه فله الدخول إليها فى كل وقت، وله أن يستظل بشجرها وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس فى ملكه، كما لو جلس فى غيره من أملاكه وافترق له التظلل بشجر غيره، أو فى المباح كذلك، والضابط أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف فى الغرس ومثله البناء).

وفى القواعد: (يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستغلال بالبناء

والشجر، وكل ما لا يضر البناء).

وفى مفتاح الكرامه: (قد صرح بأنه يجوز للمعير دخول الأرض والاستئصال بشجرها فى المبسوط (١)) والتذكرة (٢) والتحرير (٣) واللمعه (٤) وجامع المقاصد (٥) والمسالك (٦) والكفايه (٧)، وزيد فى المبسوط والتذكرة الانتفاع بالأرض كما فى الكتاب، كما زيد فى الثانى الاستئصال بالبناء والكل بمعنى).

وقال فى التذكرة: (للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستئصال لأنه جالس على ملكه، وليس له الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك، ولا يضرب وتداً فى الحائط ولا التسقيف عليه، وفى المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجر من شد دابه وغيرها).

لكن لا يخفى أن دخول المعير أحياناً يكون خلاف شأن العاربه، خصوصاً فى مثل الدار والبستان، حيث يسكن أهل المستعير، اللهم إلا إذا فسح العاربه فىكون من باب السالبه بانتفاء الموضوع، وكأنه إلى ذلك أشار الجواهر، حيث قال: (لا يخفى عليك وجه النظر فى انتفاع المعير فى البناء والغرس من دون إذن المستعير، بناءً على أن مثله تصرف، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاه تحت السقف المغصوب كما ذكرناه فى كتاب الصلاه، ولعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه، بل ظاهرهم عدم حرمة ذلك مطلقاً على المعير، إذ ليس هو إلا تصرف فى أرضه، وإن قارن ذلك انتفاعاً له على نحو الاستضاءه بنار الغير وهو جالس فى ملكه، إلا أن الإنصاف عدم خلو ذلك من إشكال مع فرض قصد استيفاء منفعه الاستئصال بالسقف دفعاً للمطر والحر ونحوهما، إذ هو إن لم يكن تصرفاً فيه فلا ريب فى كونه انتفاعاً به على وجه يضمن أجرته للمالك).

وقد ذكرنا فى كتاب إحياء الموات قسماً من الانتفاعات كالاتكاء على

ص: ٢٧٥

١- المبسوط: ج ٣ ص ٥٥

٢- تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٢١٣ س ٢١

٣- تحرير الأحكام: ج ٦ ص ٢١٦

٤- اللمعه الدمشقيه: ص ١٥٦

٥- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٧٤

٦- مسالك الأفهام: ج ٥ ص ١٤٩

٧- كفايه الأحكام: ج ١ ص ٧٠٧

حائط الغير والاستضاءه بنوره والاستحار بناره والاستبراد ببرادته، إلى غير ذلك، كما ألمعنا إلى ذلك في كتاب الغصب.

نعم لا ينبغي الإشكال في أنه إذا استعار أرضاً للزراعه أو للسكنى أو ما أشبه ولو كانت وسيعه جداً لا يحق للمستعير دفن ميتة فيها إذا لم تكن شامله له، كما أنه يحق للمعير دفن ميتة فيها إذا لم يكن من قبيل الدخول في الدار المستعارة من المعير.

ثم حيث إن الاستعارة ليست خاصه بالملك، بل للإنسان أن يعير غرفته في المدرسه إلى طالب آخر وهكذا، فاللازم في العاريه التي هي من هذا القبيل مراعاة الأمرين: حق الوقف وحق المعير، وكذلك الحال في إعاره كتاب الوقف ممن سبق إليه إلى إنسان آخر، إلى غير ذلك من موارد العاريه في الأوقاف.

ثم إن المسالك قال: (ويعلم من قوله: إن المستعير ليس له الدخول للتفرج، أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك، نعم لو كان صديقاً توجه الجواز مع عدم قرينه الكراهه، كما تقدم في صدر العاريه) (11)، وتبعه في ذلك مفتاح الكرامه، وهو كما ذكره.

نعم في الأراضي الواسعه التي ذكر الفقهاء في باب الطهاره دخولها والعبور منها والتوضى من أنهارها يجوز الدخول بدون إذن المالك.

وحيث قد عرفت أن للمستعير أن يستعمل الأرض والدار وشبههما حسب ما يشمله لفظ العاريه، فيجوز له ربط دابته وإيقاف سيارته وما أشبه في أمثال هذه العاريات.

## الأرض للزرع

ثم لو أعار أرضه للزرع أو داره للسكنى أو ما أشبه، ثم لم يأذن للمستعير في الدخول لأجل السقى أو الاقتطاف أو ما أشبه كان من صغريات رجوع المعير في عاريته، وقد تقدم الكلام في ذلك، إذ لا فرق في الرجوع بين الرجوع في العاريه مطلقاً، أو في

ص: ٢٧٦

ثم إن الشرائع قال: (ولو أعار جداره لطح خشبه وطالبه بإزالتها كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبته فى بناء المستعير فليس له إلزامه بالإزاله وإن بذل الأرش لأنه يؤدى إلى خرابه وإجباره على إزاله جذوعه عن ملكه، وفيه تردد).

وحيث ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب الصلح فلا وجه لتكراره هنا.

ثم الظاهر أن مثل مد أنابيب الماء وأسلاك الهاتف والكهرباء وما أشبه إلى الدار المستعاره أو البستان المستعار بما يستلزم من خراب الأرض ودق الوتد فى الحيطان وما أشبه مضمول لظاهر عقد الاستعاره، إلا أن يكون عرف خاص أو قرائن خاصه أو نص خاص على العدم.

كما أن حال التبييض والتلوين للغرف والمرافق ونصب الرفوف ونحوها أيضاً كذلك.

وفى عاربه البيوت المنتقله سواء البيوت الخشبيه فى البحر أو البنائيه فى البر يأتى كل ما تقدم من الكلام، فنقلها من محلها إلى محل آخر إذا كان مضمولاً للعاربه جاز، وإلا لم يجز.

كما أن البيوت الجاهزه التى تتركب إذا أراد المستعير فرز الترتيب السابق وتركيبها تركيباً جديداً يكون حسب مضمول دليل العاربه.

ثم لو أحدث بعض التغييرات من زياده والنقيصه ونحوهما يجب على المستعير تبديلها إلى الحاله الأوليه ثم ردها إلى المالك، بينما بعض التغييرات ليست كذلك، وكل ذلك حسب ما يفهم من عقد العاربه.



(مسأله ١٣): قال فى الشرائع: (لو أذن له فى غرس شجره فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأول، وقيل: يفتقر إلى إذن مستأنف، وهو أشبه).

أقول: مقتضى القاعده أن عقد العاربه إن كان شاملاً للتجديد جاز وإلا لم يجز، فاستدلال قول الأول بالاستصحاب للإذن السابق كاستدلال القول الثانى بأنه أشبه بأصول المذهب وقواعده المقتضيه حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، إذ الأولى قد انتهت بحصول مقتضاها وغرس الشجره الأخرى شىء جديد، بل إن لم يكن ثم قرينه يشكل إعاده غرسها، إذ الظاهر أن الإذن فى الغرس كالأمر به تحقق بالمره، محل تأمل.

ومنه يعلم الكلام فى قول القواعد: (لو انقلعت الشجره لم يملك إعادته)، كقول التذكره: (فإن قلع القصيل المأذون له فى زرعه فى غير زمنه المعتاد أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جداً، فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن).

وفى الجواهر تعليقاً على قول التذكره: (لأنه من الإذن الأولى، لعدم تحقق مقتضاه المأذون فيه كما هو واضح، بل هذه المسائل ونحوها مما لا حظ للفقيه فيها لاختلاف القرائن الحاليه، فضلاً عن غيرها).

ثم الميزان فى جواز قلع النبت والشجر عند إرجاع الأرض وعدم القلع، وتسويه الحفر وعدمها، ما ذكرناه من كون المرجع ظاهر عقد العاربه، فإذا كان هناك شرط أحد الجانبين من القلع والترك فهو، وإلا فمقتضى القاعده الرجوع إلى الظاهر، ولذا قال القواعد: (لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسويه الحفر ألزم الوفاء ولا أرش، وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسويه).

وفى مفتاح الكرامه: (إذا غرس قبل رجوعه، فإن أمكن قلعه من غير نقص

يدخله قلع، وإن لم يمكن إلاّ مع النقص والعيب فإن كان شرط عليه القلع مجاناً وتسويه الحفر ألزم ذلك عملاً بالشرط، لقوله (عليه الصلاة والسلام): «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، فإن امتنع قلع المعير مجاناً، وإن كان قد شرط القلع مجاناً دون التسويه لم يكن على المستعير التسويه، لأن شرط القلع رضا بالحفر كما فى المبسوط والتحرير والتذكرة).

لكن لا يخفى أن قوله: (فإن امتنع قلعه المعير مجاناً) فيه نظر، إذا كان الشرط على المستعير أن يقلع فلم يفعل، فالمعير له أن يأخذ الأجره للقلع، وكذلك حال التسويه.

ثم إن القواعد قال: (لولم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسويه إشكال ينشأ من أنه كالمأذون فى القلع بأصل الإعارة، ومن أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت).

وفى مفتاح الكرامه: (هذا الأخير خيره التذكرة لما ذكر، ولا ترجيح فى المبسوط والتحرير، وفى جامع المقاصد: إن المسألة محل تردد، فنحن فيها من المتوقفين).

أقول: كل من جواز القلع ولزومه وامتناعه، والثلاثة بالنسبه إلى التسويه تابع للظاهر، كما أن خصوصيات كل من الستة كذلك، مثل أن تكون الإزاله بسبب المنشار أو القلع أو الإحراق، إلى غير ذلك، ولولم يكن دليل على اللزوم أو الامتناع يكون الأصل مع الجواز فى كل من القلع والإزاله.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه: (إن الإذن فى الغرس لا يقتضى الإذن فى القلع، ولا دليل يدل على ذلك، إذ لعله مما لا يقلعه أحد منهما ويبقى إلى

ص: ٢٧٩

أن يفنى، فالقلع جنايه لا إذن فيها، ويكفى الشك في تناول اللفظ له، إذ الأصل الجنايه على مال الغير أن تكون مضمونه إلا أن يعلم الإذن فيها، ويشهد على عدم العلم بالإذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الأجلاء، مع اختيار التذكرة أن عليه التسويه، ولا يعارضه أصل البراءة، لأن شرط التمسك به أن لا يكون في مقام الإضرار بمسلم، لأن الضروره قاضيه بنفى الإضرار الثابت بالعقل والشرع)، ولا يخفى ما فيه من مواقع للتأمل.

ثم الظاهر أن الإذن بالزرع ونحوه ليس إسقاطاً للأرض الذى يوجهه الغرس أو التسويه أو القلع، لأن الظاهر العرفى أن من يسلم المال يريد استرداده كاملاً إلا القدر الملازم للاستعمال من خلقان الثوب والكتاب ونحوهما.

ومنه يعلم أن قول جامع المقاصد: (إن مثل ما نحن فيه ما لوقصت الأرض بالقلع، فإن فى وجوب الأرض إشكالاً)، وإضافه مفتاح الكرامه حيث قال: (نحن نقول: إنما يجب عليه الأرض، نعم لو نقصت بالغرس فلا إرش، وبه صرح فى التذكرة).

محل تأمل، فإن اللازم العرفى عدم إسقاط الأرض إلا إذا كان دليل خاص.

وجامع هذه المسائل أن المتبع الظهور، سواء من اللفظ أو من القرائن، فإن لم يكن ظهور كان المتبع الأصل مثل «على اليد» و«لا يتوى» وأصل البراءة وما أشبه.

ثم إن الشرائع قال: (ولا يجوز إعاره العين المستعاره إلا بإذن المالك وإجارتها لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير، وإن كان له استيفؤها).

وما ذكره هو مقتضى القاعده، لما علله فى الجواز بضروره اقتضاء عقد العاربه الإباحه لخصوص المستعير لا تملكه إياها، فإن المنافع لم تصبح مملوكة للمستعير

حتى يتصرف فيها بعاريه وهبه وإجاره ونحوها.

نعم قد تقدم أنه يصح للمستعير إسكان زوجته وأهله وضيوفه وما أشبهه في الدار والبستان المستعارين، كما أن له أن يستوفي المنافع بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له، مع كون العين في يده أو بيد وكيله بإذن المالك، وليس التسليم إلى الوكيل إعاره له، وإنما يصح التسليم إلى الوكيل فيما إذا شملت العاريه له وإلا لم يجز ذلك أيضاً.

ثم إن كان اللفظ شاملاً لإعاره المستعير فاللزام اتباع قدر اللفظ في أن يكون الإعاره من المستعير عن المعير أو عن نفسه، فإن كان خاصاً بأحدهما فله ذلك، وإن كان عاماً فله أيهما أراد، وقد ذكرنا في كتاب الوكالة مثل ذلك، فإنه إذا أعار عن نفسه تمكن من فسخها، أما إذا أعارها عن المعير فيكون الفسخ والإبقاء بيد المعير لا بيده.

ثم إن الجواهر قال: (إنما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن، ولعل العاريه من المستعير نفسه أظهر الفردين منه، ولعل منه عاريه الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم، فإن الإعاره لهم منه لا من المعير، أو يقال: إن من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه).

### العاريه لا توجب الملك

ومما تقدم ظهر أن احتمال أنه لا يصح من المستعير أن يعير عن نفسه، لأنه لا يملك وكل مالم يملك لم يصح له الإعاره، غير ظاهر الوجه، لأنه نوع حق فسعته وضييقه تابع للحق، والعرف يرون مثل هذه العاريه، فإطلاق الأدله شامل لها، ولذا قال في الجواهر: (احتمال عدم مشروعيه هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكاً يدفعه إطلاق الأدله، والمسلم منه مع عدم إذن المالك، فيكون بالشرط حينئذ مالكاً أو مأذوناً).

ثم إنه لو خالف المستعير وأعار عن نفسه فيما ليس له، أو عن المالك فيما ليس له، كان فضولياً يتوقف على إجازة المعير، ولعل مراد الجواهر بقوله: (لو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العاربه) ذلك، إذ لا وجه للفساد المطلق بعد تمشى الفضوليه في العاربه أيضاً.

ولو خالف المستعير وأعار ولم يسلم فلا شيء، إذ مجرد إجراء الصيغه لا يوجب شيئاً ويجوز له التصرف كالسابق، فإن ذلك لا يعد خيانهً أو تفريطاً أو سحباً لرضى المعير، وليس من قبيل عقد الفضولي مع الأصيل، حيث يلزم الأصيل في العقد اللازم حتى يرد طرف الفضول أو نحو الرد بطول الزمان.

ولو سلم فللمعير أن يرجع على أى منهما شاء بالعين والمنفعه كما في الجواهر، قال: (فلو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العاربه، ولكن الكلام في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعه مع ضمان العين وعدمها ما سمعته في العاربه من الغاصب، وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من إشكال).

لكن لا يخفى أنه لو تلفت العاربه في يد المستعير أوجب الضمان لأنها يد عدوانيه، أما لو تلفت في يد المستعير من المعير الأول لم يوجب ضماناً وحتى إذا كان التلف بعد أن أعاره وسلمه ثم استرجعه إليه لعدم الدليل على الضمان، فإن خيانه لا توجب تخصيص عمومات عدم الضمان.

ثم إنه لو رجع المعير في العاربه ولم يخبر المستعير لم يكن على المستعير شيء، لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، سواء بالنسبه إلى العين إذا تلفت بدون تعد أو تفريط أو بالنسبه إلى المنفعه.

ولو اختلف المعير الأول والمستعير الأول بأنه هل تلفت العين في يد المستعير

الأول أو المستعير الثاني، كان القول قول المستعير الأول، لأنه أمين، ومن الواضح أن خيانه الأمين في مورد لا يوجب سقوط قوله، فإن كون الأمين مؤتمن عام.

ولو رجع المعير إلى المستعير الأول لم يرجع إلى المستعير الثاني إذا كان غاراً، كما أنه إذا رجع إلى المستعير الثاني رجع إلى الأول في صورته الغرور.

إلى غير ذلك مما ذكرنا تفصيله في كتاب الغصب من تعاقب الأيدي.

ص: ٢٨٣

(مسأله ١٤): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (العاربه أمانه، كما قال الصادق (عليه السلام) فى صحيح الحلبي: «صاحب العاربه والوديعة مؤتمن»<sup>(١)</sup>، ونحوه غيره، وحينئذ فهى كغيرها من الأمانات لا- تضمن إلا بالتفريط فى الحفظ أو التعدى أو باشتراط الضمان زياده على الوديعة، للإجماع بقسيمه والنصوص، ولا ينافى ذلك بناؤها على التبرع حينئذ، كما لا ينافى كونه شرطاً فى عقد جائز، إذ هو كالأجتهاد فى مقابله النص<sup>(٢)</sup>).

### المستعير أمين

وهو كما ذكره، وقد تقدم الكلام فى ذلك، وقد نقل مفتاح الكرامه الإجماعات المتعدده على كل من الفروع الثلاثه، أى كون العاربه أمانه، وأنه لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط أو التعدى، أو باشتراط الضمان.

ولا يخفى أن هذا عندنا، أما إذا كان عند المخالف أو الكافر مقتضى دينهم الضمان فيعامل معهم على ذلك لمقتضى قاعده الإلزام<sup>(٣)</sup>.

ثم إنه لا فرق بين الشرط أن يكون الشرط صريحاً، أو شرطاً ضمناً من قبيل شرط الصحه فى البيع، فإذا كان إنسان يعطى الأشياء عاربه على الضمان كان ذلك من باب الشرط الضمنى وإن لم يصرح به، ولو أعطى المعير العاربه بهذا القيد الضمنى لكن لم يقصد المستعير الضمان لم تتحقق العاربه، لأن الإيجاب والقبول لم يقعا على شىء، فإن العقود تتبع القصد، والقصدان مختلفان فكانت فاسده، لكن يشملها «ما يضمن». وأما إذا كان على نحو الشرط الضمنى وقع العقد، لكن فيه ضمان أيضاً.

ولو أعطاه عاربه بشرط الضمان بالأكثر أو الأقل أو المثل فى القيمى أو القيمه

ص: ٢٨٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من أبواب العاربه ح ١

٢- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٨٣ \_ ١٨٤

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوه والأخوات ح ٢ و ٥

فى المثلئ أو ما أشبه ذلك صح؁ لمقتضى دليل الشرط؁ أما إذا كان بشرط الضمان بدون ذكر تلك الخصوصيات كان الضمان بالمثل أو القيمه حسب الموازين الأولى.

ولو أجاز المعير إعاره المستعير فأعارها مطلقاً فلا ضمان على المستعير؁ ولو شرط الضمان عليه فإن كان شرط المعير الأول ذلك صح؁ وإلا لم يصح شرط المعير الثانى؁ لأنه تصرف فى ملك الغير بدون إذنه؁ ولو انعكس بأن شرط المعير الأول الضمان دون المعير؁ فإن كان المستعير الثانى مغروراً فلا ضمان عليه؁ وإلا كان عليه الضمان حسب القواعد الأولى.

ثم إنه لا فرق فى عدم ضمان المستعير بين أن يكون مسلماً أو كافراً؁ والمسلم عدلاً أو غير عدل؁ لإطلاق الأدله والفتاوى.

ومنه يعلم أن ما رواه الكلينى بعد حديث الحلبي؁ حيث قال: وفى حديث آخر: «إذا كان مسلماً عدلاً فليس عليه ضمان» (١)؁ يجب حملة على بعض المحامل؁ ولذا قال فى الوسائل: (لعل المراد به أن العدل لا يفرط فى العاربه فلا يضمن).

كما أنه يجب أن يؤل ببعض التأويلات ما رواه ابن سنان؁ قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العاربه؁ فقال: «لا غرم على مستعير عاربه إذا هلكت إذا كان مأموناً» (٢).

ومثله ما رواه محمد بن مسلم؁ عن أبى جعفر (عليه السلام)؁ قال: سألته عن العاربه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؁ فقال: «إن كان أميناً فلا غرم عليه» (٣).

ص: ٢٨٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب العاربه ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب العاربه ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العاربه ح ٧



وعن أبان مثله، وزاد: «قال: وسألته عن الذى يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (١).

وعن مسعده بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال: سمعته يقول: «لا غرم على مستعير عاربه إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً» (٢).

## الضمان فى الذهب والفضه

ثم قال الشرائع: (وتضمن إذا كانت ذهباً أو فضه وإن لم يشترط، إلا أن يشترط سقوط الضمان).

وقال فى القواعد: (أو كانت ذهباً أو فضه وإن لم يشترط، إلا أن يشترط سقوطه، وفى دخول المصوغ نظر).

أقول: فى المسأله أربعة أمور:

الأول: إن فى عاربه الدرهم والدينار الضمان.

الثانى: إنه لا ضمان فى عاريتها إذا شرط عدم الضمان. وكلا الحكمين لا إشكال ولا خلاف فيهما، بل عليهما الإجماع القطعى لأدله ضمانهما ولأدله الشرط.

الثالث: إن فى عاربه الذهب والفضه غير الدرهم والدينار كالحلى والشمس الضمان.

الرابع: إنه إن اشترط عدم الضمان فى عاربه الذهب والفضه غير الدرهم والدينار لا يكون ضمان، ولا إشكال فى هذا أيضاً حسب أدله الشرط.

وإنما الإشكال والخلاف فى الثالث، فقد ذهب المشهور إلى الضمان، وغير المشهور إلى عدم الضمان، وتردد جمع، والأصل فى الحكم هى الصحاح الواردة فى الدرهم والدينار والذهب والفضه.

ص: ٢٨٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العاربه ح ٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العاربه ح ١٠

كصحيح ابن سنان قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا تضمن العاربه إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونه وإن لم يشترط فيها ضماناً» (١).

وعن ابن مسكان، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) مثله (٢).

وصحيح زراره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): العاربه مضمونه، فقال: «جميع ما استعرتَه فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب والفضه فإنهما يلزمان إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضه لازم لك وإن لم يشترط عليك» (٣).

وصحيح عبد الملك بن عمر، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس على صاحب العاربه الضمان إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط» (٤).

وصحيح إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله أو أبي ابراهيم (عليهما السلام)، قال (عليه السلام): «العاربه ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضه، فإنهما مضمونان، اشترط أو لم يشترط» (٥).

وفى المقنع الذي هو متون الروايات: «وليس على مستعير عاربه ضمان إلا أن يشترط، إلا الذهب والفضه فإنهما مضمونان شرط أو لم يشترط» (٦).

وكيف كان، فالمشهور ذهبوا إلى الضمان في مطلق الذهب والفضه، درهماً

ص: ٢٨٧

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاربه ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاربه ذيل الحديث ١
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العاربه ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العاربه ح ٣
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العاربه ح ٤
- ٦- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٣ من العاربه ح ١

كان أم ديناراً، مصوغاً أم غيرها، وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامه عن ظاهر المقنع والنهائه والمبسوط وفقه الراوندى والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد والمختلف وقواعد الشهيد، وصريح اللمعه والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان.

بل هو الظاهر من المقنعه والمراسم والكافى والغنيه والسرائر والوسيله والتبصره والفقيه والتهديب والاستبصار، قال: فكانت كلمه المتقدمين متفقه على ذلك، بل ومعظم المتأخرين، إذ لم يعرف الخلاف من أحد قبل الفخر فى الإيضاح بلفظ الأتقى، وتبعه صاحب إيضاح النافع والكفايه والرياض.

وقد تقدم عبارته القواعد مما يدل على التوقف، ومثله المحكى عن التذكرة والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح.

والأتقى هو المشهور، كما قواه الجواهر أيضاً قائلاً: (الروايات بمنزله أن يقول: لا- تكرم زيدا منهم، ويقول: لا- تكرم عمرواً، ويقول: أكرم العلماء، ثم يقول: لا- تكرم الجهال، وفى الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهال فإنه لا يشك من له أدنى فهم بالخطابات العرفيه إرادته إخراج الجهال من الحكم الأول، ولكن نص على زيد وعمرو للتأكيد ونحوه).

فإن ذلك هو مقتضى الجمع العرفى، حيث قال المولى مره: لا ضمان فى العاريه، وقال مره: فى الذهب والفضه الضمان، وقال مره: فى الدينار والدراهم الضمان، فإن الخاصين وإن كان بينهما عموم مطلق إلا أن العرف لا يرى التنافى بينهما حتى يجمع بينهما بتخصيص عامهما بخاصهما، فيكون الأخص مطلقاً هو الخارج من عدم الضمان فى العاريه، ويكون نصيب العام المطلق منهما عدم الضمان، ولذا رد مثل هذا الجمع فى جامع المقاصد بقوله: (إن هذا لا محصل له ولا ينطبق على القوانين فإن استثناء الذهب والفضه تاره، واستثناء الدراهم

والدنانير تاره أخرى لا- يقتضى أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، فيخص العام بكل منهما لا أن أحدهما يخص الآخر، قال: وما توهمه بعضهم من أن أحدهما مطلق والآخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء أيضاً، لأنه إذا أخرج من العموم الدراهم والدنانير فى لفظ، وأخرج الذهب والفضة فى لفظ آخر لم يكن بينهما منافاه، لأن إخراج الكلى إخراج لبعض أفرادها، كما أن إخراج البعض لا ينافى إخراج الكلى).

وقد تبعه صاحب المسالك حيث قال: (فإن قيل: لما كان الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة وجب تخصيصها بهما عملاً بالقاعده، فلا يبقى المعارضه إلا بين العام الأول والخاص الأخير، قلنا: لا شك أن كلا منهما مخصص لذلك العام، لأن كلاً منهما مستثنى، وليس هنا إلا أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقاً، وذلك غير مانع فيخص العام الأول بكل منهما أو يقيد مطلقه، لا أن أحدهما يخص بالآخر لعدم المنافاه بين إخراج الذهب والفضة فى لفظ، والدراهم والدنانير فى لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد).

وبذلك ظهر وجه النظر فى كلام من قال بتخصيص أخص الخاصين لأعمهما، حيث ذكر صاحب الكفايه (١)، وتبعه الرياض (٢): (أنه وقع التعارض بين الأخبار، ولا بد من حمل العام على الخاص، أو المطلق على المقيد إذا كان بينهما تناف، كما إذا كان أحدهما مثبتاً والآخر منفيًا، والمستثنى فى خبر زراره لا ينافى المستثنى فى خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما فى كونهما إثباتاً. وكذا المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما على كونهما منفيين، بل وقع التعارض بين المستثنى منه فى خبرى الدراهم والدنانير \_ وحاصله لا ضمان فى غير الدراهم والدنانير \_ وبين المستثنى فى خبرى الذهب والفضه، والنسبه بين

ص: ٢٨٩

١- كفايه الأحكام: ج ١ ص ٧٠٩

٢- رياض المسائل: ج ٩ ص ١٨٠ \_ ١٨١

الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر، فإن خصص الأول بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم والدنانير إلا أن يكون ذهباً أو فضة، وإن خصص الثاني بالأول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمونان إلا أن يكون غير الدراهم والدنانير، فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت، وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الداله على عدم الضمان، وتبقى الأخبار في غير ذلك سالمه عن المعارض، فإذا المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير(١).

ومنه يعلم أنه لا-وجه للقول بأن بين لا ضمان في العاربه والضمان في الذهب والفضه عموم من وجه بقلب النسبه، حيث إن لا ضمان في العاربه يشمل المتاع، ولا يشمل الضمان في الذهب والفضه، والضمان في الذهب والفضه يشمل الدينار والدرهم، ولا يشمل لا ضمان في العاربه، لأن الدينار والدرهم خرج عن لا ضمان في العاربه فيبقى الذهب والفضه غير المسكوكين يتنازع فيهما العامان فيتساقطان، ويكون المرجع أصل البراءه عن الضمان.

وإنما لا وجه لذلك لأن الملاحظه في نسبه العموم والخصوص وما أشبه إنما هي ابتدائية لا بعد إخراج شيء عن أحدهما، كما قرر في الأصول، فليس الأمر من العموم من وجه، بل الأخص أخص مطلقاً من العام الأعم.

وبذلك يظهر أنه لا تصل النوبه إلى ما ذكره غير واحد في رد الرياض، من أنه على تقدير تسليم العموم من وجه خبر الذهب والفضه أرجح، لأن من رواتهما زاراه وهو أصدع بالحق، ولأن خبر الذهب والفضه أصح سنداً من بعض تلك الروايات ولشهره العمل بهما، بل إطباق الأصحاب حتى أن الغنيه ادعى الإجماع على ذلك، وأن الذهب والفضه لو لم يضمنا لتوصل كثير من الناس إلى

ص: ٢٩٠

أكل أموال الناس بالعارية، أو إلى ترك الناس المستحب المندوب إليه بأن زكاته إعارته فكان تخصيصه مخالفاً للاعتبار وحكمه الشارع، إلى غير ذلك من الوجوه التي هي إلى الاستحسان أقرب.

ولذا قال في الجواهر: لا يحتاج إلى رد هذا القول بالترجيح بالشهره العظيمه بين الأصحاب، ولا بأن أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلا تخصيص الأول بالثاني، ولا بعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، ولا باستلزام العكس لإخراج لفظ الذهب والفضه عن الحقيقه، بخلاف الأول الذى فيه تكثير أفراد إخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص فى الجملة.

وعلى أى حال، فإذا كان مطلق الذهب والفضه موجبا للضمان، فالمختلط منهما أيضاً موجب للضمان، إذ لا يشترط توحيد كل منهما فى الضمان، أما المختلط منهما ومن غيرهما فالظاهر أن الضمان خاص بهما، لأن الاختلاط لا يوجب أن يكون حكمهما حكم غيرهما أو حكم غيرهما حكهما.

ثم لو قلنا: بأنه لا ضمان فى غير الدينار والدرهم، فهل الدينار والدرهم يراد بهما عينهما فقط أو الذهب والفضه المسكوكان، ولو كان كالأشرفى الأيرانى الذى هو من الذهب الخاص وليس بدينار، أو كالليره العثمانيه أو ما أشبه ذلك، احتمالان، مقتضى ظاهر النص الاختصاص، لكن مقتضى المناط العموم.

أما الأوراق الماليه كالدينانير وما أشبه المضروبه على الورق، فلا ينبغى الإشكال فى عدم الضمان فيها، لأنها ليست دنانير ودرهم ذهبيه وفضيه، وكونها حواله عليهما يرد عليه بالإضافه إلى أن الحواله ليست دائمه على الذهب والفضه، وإنما على النفط أو ما أشبه أحياناً، أنه لا دليل على أن الحواله فى حكم المحول عنه.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (من الممكن الذى لا ينكره العرف أن يراد بالدينانير والدرهم فى الخبرين الذهب والفضه، فلا منافاه أصلاً، ولعل إليه نظر القدماء)،

وفيه ما لا يخفى، فإن الإمكان جار حتى في مثل الأمتعه كما يقال: أعط الفقير درهماً، وإنما يراد المالىه الشامله لمثل الخبز أيضاً، أما الظهور فإنه مما ينكره العرف.

## لو شرط سقوط الضمان

ثم لا ينبغي الإشكال في أن شرط سقوط الضمان في عاربه الذهب والفضه نافذ لإطلاق «المؤمنون عند شروطهم» وغيره من المطلقات، وخصوص بعض الروايات المتقدمه.

وفي الجواهر: (قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدى والتفريط في ابتداء عقد العاربه، باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، ومنافاته لإطلاق ما دل على تسببها ذلك، مع أنه لا يخلو من قوه لأنه في قوه الإذن في الإلتلاف، وللشك في السببيه معه والأصل براءه الذمه).

وما ذكره جيد، لما حقق في باب الشرط من أنه أعم.

وأما العلل الثلاثه بقوله: (لأنه في قوه) إلخ، فهي تصلح مؤيدات لا أدله كما لا يخفى.

ثم إن العلامه ذكر في القواعد في عداد العاريات الموجه للضمان قوله: (أو استعار من المستعير أو صيداً من الحرم أو كان محرماً)، وفي مفتاح الكرامه عند قوله: أو استعار من المستعير: (أى يضمن، سواء تعدى فيها وفرط أم لا، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كانت يد المعير يد أمانه أو يد ضمان، لأنه استولى بغير إذن المالك لأنها عاربه من غير المالك، فكانت غصباً في الحقيقه لا عاربه، ولما كانت بصوره العاربه أجروا عليها اللفظ، فلا استثناء عند التحقيق) (١).

وفي صحيح إسحاق بن عمار المتقدم: «إذا استعرت عاربه بغير إذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن» (٢).

وقال عند قوله: (أو صيداً من الحرم): (يريد أنه إذا استعار

ص: ٢٩٢

١- مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٤٣٩ \_ ٤٤٠

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العاربه ح ١

صيداً أخذ من الحرم ضمنه، لأنه ممنوع منه وإن كان محلاً فكان متعدياً باستيلائه عليه) (١).

وعند قوله: (أو كان محرماً): (أى إذا كان المستعير محرماً والعاريه صيد فإنه يضمن، لأن إمساكه حرام فيكون متعدياً وضامناً) (٢).

وقد أخذ منه الجواهر فى الإشكال على كونها عوارى مضمونه بقوله: (إنه لا- وجه لذكر القسمين الأولين فى العاريه من المضمونه، ضروره معلوميه إرادته القسم الصحيح منها، كما أنه لا وجه لعدّ العاريه من المحرم للمحل من قسم العاريه التى لا تضمن حتى إذا اشترط فيها الضمان، إذ قد عرفت أنها ليست عاريه، وأن المستعير يملكه لعدم ملك المحرم له).

وقد ألمعنا إلى بعض الكلام فى ذلك فى السابق، وقد ذكرنا فى كتاب الرهن عاريه الرهن، ولذا لا حاجة إلى تكراره هنا.

ثم إنه حكى عن ابن الجنيّد ضمان عاريه الدابه، ولكن الظاهر أنه لا- دليل عليه، فمقتضى القاعده عدم الضمان كسائر المستعارات.

ولو أعاره بشرط الضمان فلم يقبل الشرط المستعير فى قلبه، فمقتضى القاعده الضمان، لظهور أن العاريه لم تقع فلا رفع شرعى للضمان، وذلك يسبب شمول «على اليد» له بدون محذور، بالإضافة إلى قاعده «ما يضمن بصحيحه» كما ألمعنا إليه فيما تقدم.

ومنه يعلم أنه لو قال الآخذ: عاريه مضمونه، فأعطاه المعير بهذا الشرط ضمن.

وفى روايه الصدوق: إن النبى (صلى الله عليه وآله) استعار من صفوان بن أميه سبعين درعاً حطيمه وذلك قبل إسلامه، فقال، أغضب أم عاريه يا أبا القاسم، فقال (صلى الله عليه وآله): «بل عاريه مؤداه» (٣). فجرت السنه فى العاريه إذا شرط فيها أن تكون مؤداه.

ص: ٢٩٣

١- مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٤٤١

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٤٤١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب العاريه ح ٤



وفى روايه الخصال، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «جرت فى صفوان بن أميه الجمحى ثلاث من السنن، استعار منه رسول الله (صلى الله عليه وآله) سبعين درعاً حطيمه، فقال: أغضب يا محمد، فقال (صلى الله عليه وآله): بل عاريه مؤداه، فقال: أقبل هجرتى، فقال (صلى الله عليه وآله): لا هجره بعد الفتح، وكان راقداً فى مسجد رسول الله (صلى الله عليه وآله) وتحت رأسه رداؤه فخرج يبول، فجاء وقد سرق رداؤه، فقال: من ذهب بردائى، وخرج فى طلبه فوجده فى يد رجل، فرفعه إلى النبى (صلى الله عليه وآله) فقال: اقطعوا يده، فقال: أقطع يده من أجل ردائى يا رسول الله، فأنا أهبه له، فقال: ألا كان هذا قبل أن تأتىنى به فقطعت يده»(١).

ثم إنه حيث ينفذ الشرط فى العاريه يصح أن يكون الشرط خاصاً بشىء دون شىء، وبزمان دون زمان، وبمكان دون مكان، كما إذا أعاره مائه من الإبل وضممه فى عشره منها مثلاً معيناً، أو على سبيل البدل، أو ضممه إذا تلفت فى يوم الجمعة لا فى سائر الأيام، أو فى مدينه كذا لا فى مدينه كذا، إلى غير ذلك من الخصوصيات، لأن الشرط حسب ما شرط.

ثم إنه يصح إسقاط الشرط من المعير بعد أن شرطه، أما من المستعير فإنه لازم عليه.

قال فى القواعد بعد ذكر موارد الضمان فى العاريه: (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمه يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف، ويجب رد العين مع الطلب والمكته، فإن أهمل ضمن).

أقول: حيث تقدم الكلام فى هذه الأمور فلا داعى إلى تكرارها، كما أن قوله: (ويجب رد العين مع الطلب) هو مقتضى القاعده.

ص: ٢٩٤

(مسأله ١٥): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لاخلاف ولا إشكال فى أن المستعير إذا رد العاريه إلى المالك أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص برئ على حسب غيرها من الأمانات ونحوها، كما أنه لا إشكال ولا خلاف عندنا فى أنه لو ردها إلى الحرز الذى كانت فيه بلا يد للمالك ولا إذن منه لم يبرأ، بل هو ضامن لها مع التفريط بها).

وكلا الحكمين موافق للقاعده، لدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup>، فإنه يقتضى سقوط الضمان بالأداء، كما أنه يقتضى أن ليس الأداء بالإيداع فى الحرز إذا لم يكن الحرز تحت يد المالك بما يعد أداءً للمالك أو إذن من المالك.

ومنه يعلم أنه من قسم وكيل المالك فيما إذا أذن له بأن يؤديه إلى إنسان، كما إذا قال له: أعط العاريه إلى الفقير الفلانى، أو إلى فقير ما، أو ما أشبه ذلك، فإنه وإن لم يكن ولياً أو وكيلاً لكنه داخل فى قسم من الوكلاء فى أمثال هذه العبارات، وحيث ذكر فى باب التسليم من كتاب البيع بعض خصوصيات التسليم، فلا حاجه إلى ذكرها هنا، لأن المقامين من باب واحد.

ثم قال الشرائع ممزوجاً معه أيضاً: (ولو استعار الدابه إلى مسافه معينه مثلاً فجاوزها، ضمنها عيناً ومنفعه للتعدى، ولو أعادها إلى المسافه الأولى المأذون فيها لم يبرأ من ضمان العين الذى قد حصل بالتعدى للأصل وغيره، أما المنفعه فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العاريه بذلك، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور فى عقد العاريه يقتضى تقييده بعدم التعدى أو التفريط، فالمنفعه التى اقتضى عقد العاريه إباحتها غير مضمونه).

ص: ٢٩٥

لكن يمكن أن يقال: إن مده التعدي يكون ضامناً لا بعدها، كما إذا أودعه دابه فلم يضعها في الحرز مما عدّ تعدياً أو تفريطاً وبعد ذلك أدخلها في الحرز، فإن الضمان حينئذ لا وجه له، والأصل مقطوع بانتفاء موضوعه، وهذا الذي ذكرناه هو مقتضى القاعده وإن كان المشهور خلاف ذلك.

فعن الغنيه والسرائر والمبسوط أنه إذا استعار من غيره دابه ليحمل عليها وزناً معيناً فحمل أكثر، أو ليركبها إلى موضع معين فتعدها، كان متعدياً ولزمه الضمان ولو ردها إلى المكان المعين بلا خلاف ظاهر.

وفى القواعد: (ولو تجاوز المأذون ضمن، والظاهر أنه يشمل ما إذا استعار دابه ليركبها إلى موضع معين فتجاوزه، وما إذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه، أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشد ونحو ذلك)، كما في مفتاح الكرامه، لكن قد عرفت أن الدليل الأصل ونحوه، وهو لا يصلح دليلاً.

ومنه يعلم أن جواب الجواهر عن المحدث البحراني حيث أشكل على المحدث المذكور الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافه المأذون فيها دون المنفعه، وذلك لأن العاريه أن انفسخت بالتعدي المزبور اتجه ضمان العين والمنفعه مطلقاً وإلا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه، انتهى، بقوله:

(وفيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان وهو التعدي المزبور الذي ليس في الأدله ما يقتضى انفساخ العاريه به وبالتفريط، فهو حينئذ على مقتضى تسببه الضمان حتى في المأذون فيه، إذ لا تنافي بين العاريه والضمان بسببه أما المنفعه فهي على إذن العاريه).

غير ظاهر، لأن العاريه ما دامت باقيه فمقتضى القاعده عدم الضمان بالنسبه

إلى العين والحق في الاستنفاع بالمنفعه، فالتفكيك يحتاج إلى الدليل المفقود، وعليه فإذا استعار الدابه من النجف إلى كربلاء ذهاباً وعوداً، فتعدها إلى الكاظميه ثم رجع إلى كربلاء، فالظاهر أن الرجوع بها إلى النجف داخل في المأذون، إلا إذ كان الإذن مقيداً بعدم التعدي.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق مفتاح الكرامه، حيث قال: (فإذا استعار من بغداد إلى الحله فتجاوزها إلى الكوفه فعليه أجره ما بين الحله والكوفه ذهاباً وعوداً، وهل تلزمه الأجره من الحله إلى بغداد، في التذكره أن الأقرب العدم لأنه مأذون فيه من جهه المالك، وقد يقال: إن هذا الإذن انقطع بالمجاوزه فليس له الركوب من الحله إلى بغداد، بل يجب عليه دفعها إلى حاكم الحله).

ولا يخفى أن مثل حال الزيادة في المسافه حال الزيادة في الحمل ثم الرجوع إلى الحمل المقدر، وحال الشده في السير ثم الرجوع إلى السير المتوسط، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يعرف حال ما إذا استعار الدار ليسكن فيها كل شهر رمضان مثلاً لا أكثر، ثم سكن فيها شهر رمضان وشوال بالنسبه إلى شهر رمضان، أو ليسكن فيها هو وعائلته، ثم أسكن فيها بالإضافه إلى عائلته غيره أيضاً، ثم خفف بأن أسكن فيها عائلته فقط، إلى غير ذلك من الأمثله.

## مسأله ١٦ : لو اتفق المعير والمستعير على بيع الملك

(مسأله ١٦): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا- خلاف ولا إشكال فى أنه يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته فى الأرض المستعاره للمعير، وبالعكس، وللأجنبى، بل يجوز بيع المستعير لغيره أى المعير مع الإذن وبدونها، بل مع النهى على الأشبه بأصول المذهب وقواعده التى لا ينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه إياه، فإنه لا يخرج عن المالىه المسوغه لبيعه).

وفى القواعد قال: (لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن أجنبى).

وفى مفتاح الكرامه: (أما بيع المستعير للمعير فمما لا خلاف فيه فيما أجد، قال فى المسالك: الخلاف فى بيعه لغير المعير، قلت: وكذا لا خلاف فى بيع المعير للمستعير وللأجنبى، وإنما الخلاف فى بيع المستعير للأجنبى، ففى المبسوط أن الأقوى أنه لا يجوز لأنه لا يمكن تسليمه، وقد تقدم أنه قوى فى المبسوط: أنه ليس له الدخول فلا يمكن التسليم، وفى التحرير أنه يبتنى على جواز الدخول، فإن سوغنا جاز البيع وإلا فلا).

ثم إن المانع استند تاره إلى عدم جواز الدخول، وأخرى إلى أنه فى معرض الهدم، لأن ملكه غير مستقر، وفى كلا الأمرين نظر، لأن الاشتراء لا يلازم الدخول، وكونه فى معرض الهدم لا يضر البيع، ولذا ردوه بأن الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه، وكذا العبد المستحق للقتل قصاصاً.

قال فى الجواهر: (إن التسليم فى مثله التخليه، والانتفاع ممكن باستيدان المعير أو الاستيجار منه ونحو ذلك، وحرمة الدخول على المشتري والانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العاربه الإذن للأول لا ينافى جواز الشراء، وإن وجب عليه

حينئذ الاستيذان في البقاء من حينه، فإن لم يحصل كانت الأصول والآلات في مقابله ثمنه).

ثم إنه لا فرق بين البيع مع علم المشتري ومع جهله، منتهى الأمر أنه مع جهله مسلط على الفسخ، لظهور البيع في استحقاق البقاء واستحقاق الدخول فيتسلط على الخيار لقاعده «لا ضرر»<sup>(١)</sup> ونحوها.

ويظهر من جواز البيع جواز الصلح والإجاره وغيرهما من سائر أنواع المعامله.

كما يعلم منه أنه لو استعار الدار وملاؤها بأثاثه صح لكل من صاحب الدار والأثاث أن يبيع ماله من صاحبه ومن غيره، وكذلك إذا ابتلعت دابه جوهر إنسان آخر.

ثم المحكى عن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه أنهما لو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمان واحد صح، ووزع الثمن عليهما، وذلك بأن يقسط الثمن على أرض مشغوله به على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرث أو الإبقاء بالأجره أو التملك بالقيمه مع التراضى، وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه، فلكل حصه ما يملكه.

وتبعهم في ذلك صاحب الجواهر حيث قال: (ولو باع المستعير والمعير الأرض وما فيها بثمان واحد صح، ويوزع الثمن على قيمه مال كل منهما، فيقوم الغرس والبناء في أرض مستعاره، والأرض مشغوله عاربه بذلك، نعم يلحظ النسبه بينهما ويوزع الثمن عليهما كما هو واضح).

ومن ذلك يعلم أنه لو باعها أحدهما فضوله عن صاحبه وأجاز الآخر صح، وكما يوزع الثمن عليهما على النحو المذكور يوزع الأجره عليهما كذلك فيما

ص: ٢٩٩

---

١- الكافي: ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨، الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٥

إذا آجراه.

والظاهر أنه لا حق للمستأجر في الفسخ إذا علم بأنه ملك لاثنين فيما إذا استأجره من وكيلهما، إذ ليس ذلك بنقص، اللهم إلا إذا كان ذلك يعد نقصاً لقوانين من الظلمه تقتضى ذلك، حيث له الفسخ حينئذ.

كما أنه إذا اشتراها من وكيلهما بدون أن يعلم أنهما لاثنين لا يحق له في الفسخ بالخيار، إلا في الصورة المستثناه في الإجاره، وكذا الحال في اشتراء أو استيجار الأرض المشترکه، إذ كثيراً ما الحكومات تجعل ضريبتين متزايدتين على قطعتين من الأرض، بينما تجعل ضريبه أخف من الضريبتين على قطعه واحده من الأرض.

وعلى أى حال، فإذا لم يكن في الاشتراك عيب آخر فلا حق للمشتري والمستأجر ونحوهما في خيار الفسخ لأصالة لزومهما.

ص: ٣٠٠

## مسأله ١٧: لو أطارت الريح الحب إلى بستان الغير

(مسأله ١٧): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا حملت الأهويه أو السيول حباً مثلاً إلى ملك إنسان فنبت، كان لصاحب الأرض إزالته بعد فرض امتناع المالك عنها من غير مراجعه للحاكم ولا يضمن له الأرش، بل ربما استحق عليه الأجره على ما تسمع، كما فى مسأله أغصان الشجره البارزه إلى ملكه، وظاهر المصنف اتحاد الحكم فى المسألتين).

وفى القواعد: (ولو حمل السيل نواه فنبت فى أرض غيره أجبر المالك على القلع، والأقرب أن عليه تسويه الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه، ولصاحب الأرض الإزاله مجاناً).

وفى مفتاح الكرامه: (إن هذا الحكم هو الذى أفتى به المبسوط والسرائر والتذكره والتحرير وجامع المقاصد، وفى التذكره: لو حمل السيل حب الغير أو نواه أو جوزه أو لوزه إلى أرض آخر كان على صاحب الأرض رده على ماله إن عرفه، وإلا كان لقطه، فإن نبت فى أرضه وصار زرعاً أو شجراً فإنه يكون لصاحب الحب والنوى والجواز واللوز، لأنه نماء أصله، كما أن الفرخ لصاحب البيض، لا نعلم فيه خلافاً).

أقول: مقتضى القاعده أنه لا فرق بين أن يحمل الهواء ونحوها الحبه ونحوها إلى أرض الغير، أو أن جذور أرض الغير جاءت إلى أرض إنسان آخر حتى نبت فيها، كما هو كثير فى الأراضى المجاوره، لوحده الحكم فى البابين.

ثم إن كان صاحب الحب ونحوه أعرض عن حبه، ولا ضرر ولا أذيه لملك الغير منه، فإنه يصبح من المباحات الأصلية، ولا فرق أن يكون الإعراض حينئذ قبل إلقاء الهواء له فى أرض الغير أو بعده.

نعم لا يبعد أن يكون لملك الأرض إلزام مالك الحب بالإزاله إذا عدّ تصرفاً



فى ملكه وكان الإعراض بعد الإلقاء، إذ التصرف حرام وإن لم يكن ضرر ولا أذيه بالنسبه إلى المتصرف فى ملكه، أما إذا كان الإعراض قبل الإلقاء، فالهواء إنما حملت ما ليس بملك أحد إلى ملك غيره، فلا يصح لمالك الأرض أن يلزم مالك الحب سابقاً بإزالته، إذ الملك السابق لا يؤثر فى تكليفه بالإزاله ولو كان أذيه له، ولو كان الإعراض بعد الإلقاء إذا كان أذيه أو ضرراً وجبت الإزاله.

ولو أرادت دابه دخول دار الغير مما يعد أذيه له أو ضرراً، فقال صاحبها: أعرضت عنها، لئلا يتلى بتوابع الدخول، فهل يكفى الإعراض فى ذلك أم لا، احتمالان من أنها لم تكن ملكه حين الدخول، ومن أنه يعد عرفاً ضاراً.

ومنه يعلم حال ما إذا حملت الهواء فأعرض قبل الإلقاء، وحال ما إذا عقر الكلب وأعرض عنه قبل العقر، إلى غير ذلك من الأمثله، وإن كان الأحوط الضمان فى كل ذلك.

ثم الظاهر أنه إذا عرض صح له استرجاعه قبل تملك الغير دون ما بعده، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن الإعراض يوجب لحوق الملك بالمباحات الأصلية، فهو لمن سبقه، فإذا سبقه غيره لا يصح له أن يسترجعه، بخلاف ما إذا لم يستملكه غيره.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك: من أنه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقيه، لأن ذلك بمنزله الإباحه، ولذا قال فى الجواهر عليه: إنه قد يشكل بأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهيه ومنع كونه أولى، بل ينبغى الجزم بذلك، بناءً على صيرورته كالمباحات بالإعراض، وعلى هذا فمع فرض الإعراض لمالك الأرض وغيره تملكه، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه وإن كان كثيراً، وإذا أعرض المالك وجاء الغير إلى الأرض وأخذها صار له

وإن كان دخوله في الأرض حراماً، لعدم المنافاه بين الأمرين.

ثم الظاهر أنه إذا نبت النواه أو جذور شجره الغير كان مشتركاً بين مالك الأرض ومالك النواه، بل إذا كان الماء لشخص ثالث كان هو أيضاً مشتركاً، لأنه نتاج الجميع، كما ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الغصب، خلافاً للمشهور حيث يجعلون ذلك لمالك الحب فقط.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الحب المحمول قليلاً كحبه حنطه، أو كثيراً، لإطلاق الأدله، فاحتمال الفرق غير ظاهر الوجه.

قال في المسالك: (ولو كان قليلاً لا يتمول كنواه واحده وحبه واحده فنبتت احتمل كونه لمالك الأرض إن قلنا لا يجب رد مثله على مالكة، لانتفاء حقيقه الماليه فيه، والتقويم إنما حصل في أرضه، والأقوى عدم جواز تملكه مطلقاً فيكون حكمه كما تقدم). وما قواه هو القوى، إذ لا تسليم لانتفاء حقيقه الماليه فيه.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم أن لصاحب الأرض جبر مالك الحب على القلع إن لم يعرض قبل حمل الهواء على ما تقدم، وإن أعرض قبل حمل الهواء ليس له ذلك، لأنه ليس ملكاً له حتى يجبره على ذلك.

ومنه يعلم وجه إشكال الجواهر على من أطلق الإجمار، قال: (الظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الأرض على جبره على القلع بعد تحقق الإعراض عنه، ولكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به، بل وقبله بناءً على عدم خروجه عن الملك بذلك، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الأرض ولم يقبله).

لكن قوله: بناءً إلخ، غير ظاهر الوجه، لما عرفت من أن الإعراض مخرج

عن الملك، فمقتضى القاعده هو التفصيل المذكور، نعم قد ذكرنا في كتاب الغصب تفصيلاً، وألمعنا إليه في بعض المسائل السابقة في هذا الكتاب حول الإيجاب، وأنه إنما يكون فيما إذا لم يكن إسراف يمنع عنه الشرع، ولم يكن من تعارض الضررين، حيث يقدم لا ضرر مالك الحب على لا ضرر مالك الأرض.

ثم إنه لو أفسد الحب الذى نبت زرع صاحب الأرض أو أرضه أو ما أشبه فمقتضى القاعده أن المالك للحب ونحوه إن كان مقصراً كان ضمانه عليه، وإلا لم يكن عليه ضمان لأصالة البراءة بعد أن لم يكن تسبب.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا فعل الحيوان فعل الهواء لاشتراك العله فى الاثنين.

أما لو أن إنساناً فعل ذلك، فالظاهر أن عليه خساره كل طرف منهما، سواء كان عامداً أم لا، إذ الضمان لا يتبع العمد.

أما مؤنه النقل عن أرض الغير فيما إذا لم يكن إعراض قبل ذهاب الهواء به إلى أرض الغير، فالظاهر أنها على مالك الحب، وإن أعرض بعد ذلك، لأنه لما كان ملكه وجب عليه نقله فأعراضه لا يفيد سقوط الوجوب عليه، بل هو من قبيل أن يملأ دار الغير بالنفايات ثم يعرض عنها، فإن الإعراض لا يسبب عدم وجوب تخليتها منها بدليل «لا ضرر» وغيره.

ومنه يعلم وجه النظر فى إطلاق التذكرة، حيث قطع بسقوط مؤنه نقله وأجرته عنه، لأنه حصل بغير تفریطه ولا عدوانه، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغوله إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه، ولذا قال فى الجواهر: (إنه لا يخفى عليك ما فيه، بناءً على وجوب تخليص ملك الغير منه، ضروره أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به، أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذى قد صرح به غير واحد فى الصورة الأخرى، وهى ما لو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل، معللين له بأن ملكه قد شغل

أرض غيره بغير حق فيجب تخليصه منه والتسويه وطم الحفر، بل صرح بعضهم بوجود الأجره عليه للمده بعد امتناعه، لأنه كالغاصب حينئذ (١).

ومنه يعلم أن مناقشته بعد ذلك في الأجره غير ظاهر الوجه، حيث قال: (بل قد يناقش في الأجره مطلقاً للشك في وجوب التخليص عليه بعد أن لم يكن الشغل منه للأصل، وكونه مالكا لا يقتضى ذلك، نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك إزالته عن ملكه كما عبر به المصنف).

إذ مال مالك الحب هو الشاغل لأرض الغير، فهو كما إذا سقط درهمه في محبره غيره ثم أعرض عن الدرهم، فإن الإعراض لا يوجب عدم ضمانه، والتقصير وعدم التقصير لا تأثير له في الضمانات، ولذا لو دعى غيره إلى منزله فعقره كلبه كان ضامناً، وإن لم يكن مقصراً في عقر الكلب له، وكذا إذا انقلب الظئر على الطفل فمات، وإن كانت المسأله بعد بحاجه إلى التأمل والتبع.

قال في مفتاح الكرامه: (قال في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد: إن له على المالك أجره الأرض لأنها حصلت فيها بغير صنع منه، وفي الأخير: إن ذلك إذا قصر في القلع، وقضيه كلامه أن ليس عليه أجره إن لم يقصر فيه، وقد يقال: ليس عليه أجره أصلاً، لأنه قد حصل بغير تفريط فأشبهه ما لو ماتت دابته في دار إنسان بغير تفريطه، فليأمل).

والمسأله سياله في كل ما سبب ملك إنسان ضرر إنسان آخر بدون تقصير من ذلك الإنسان المالك، هل يجب على المالك تدارك الخساره، لأن الضرر توجه منه إلى ذلك الإنسان، أو لا يجب مطلقاً، أو أنه فرق بين أن يكون قد أعرض عن ماله قبل أن يدخل ملك غيره، أو يعرض عنه بعد دخول ملك غيره.

ثم إنك حيث قد عرفت أن المدار في المقام هو عدم الإسراف في القلع، لأنه

ص: ٣٠٥

محظور شرعاً، وتقدم الضرر الأقل على الضرر الأكثر في تعارض الضررين، لأنه مقتضى «لا ضرر» تعرف وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (إنه لم يجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار في الزرع الذى له أمد ولا دفع الأرض فيه أو فى الشجر كما ذكره فى العاربه ونحوها. بل صريح بعضهم عدمه مع أنك قد سمعت أن بناء ذلك فى العاربه على تراحم الحقوق، وعدم كونه ظالماً فى عرقه، وإلا- فالإذن له يجوز له الرجوع فيها لأنها حصلت فى ضمن عقد جائز، وإجراء قاعده تراحم الحقوق ومراعاة الأكثر ضرراً والقرعه ونحوها فى المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام فهو مساو له، مثل دابه وضعت رأسها فى قدر شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلاً- ونحو ذلك، فلا بد من ملاحظه الفرق بين المقامين، ولعله قاعده أخرى وهى وجوب تخليص ملك الغير عما اشتغل فيه من ملك آخر).

بالإضافه إلى أن القاعده الأخيره لا دليل عليها إلا العمومات أمثال «لا ضرر» و«لا يتوى» وما أشبه.

ثم إن القواعد قال: (والأقرب أن عليه تسويه الأرض، لأنه قلعه لتخليص ملكه)، وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التحرير، والأقوى كما فى الإيضاح، والأصح كما فى جامع المقاصد، وبه جزم فى التذكرة قائلاً: فأشبهه فصيلاً دخل دار إنسان ثم كبر فاحتاج صاحبه إلى نقض باب الدار، فإن عليه رده وإصلاحه، لأنه فعله لتخليص ملكه).

أقول: ولا- فرق فى ذلك بين أن يكون صاحب النواه هو الذى قلع الشجره أو صاحب الأرض، وذلك لأن شغل أرض المالك لما كان بغير حق وجب أن يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى، فإذا لم يفعله وفعله مالك الأرض كان

الحكم كذلك فيما يحدث من الضرر على صاحب الأرض، فيجب على مالك النواه إزالته، وقد عرفت سابقاً أنه لو أعرض عنه لم ينفع ذلك، فحاله حال ما إذا أعرض عن دابته في دار غيره أو عن درهمه في محبره غيره أو ما أشبه ذلك.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامه: (إذا كان النوى والحب مما أعرض عنه المالك فلصاحب الأرض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه). محل نظر في كلا فرعيه.

ثم إن المسالك قال: (ولو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التملك ونحوه، ويجب على مالك الأرض أيضاً مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين، ولو لم ينحصر المالك كان بمنزله اللقطه يجوز تملكه إن كان دون الدرهم حين التملك، فلو تركه من غير نيه التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطه، ويحتمل كونه كمال مجهول المالك في جواز التصديق به عنه من غير تعريف).

وقد أشكل على المحصور في الجواهر بقوله: (فيه إن هذا الوجوب لا- وجه له، لتمسك كل منهم بأصل البراءه السالم عن معارضه باب المقدمه في الفرض المعلوم عدمها فيه، فالمتجه حينئذ إزالته بنفسه عن ملكه بعد مراجعه الحاكم أو بدونه، ولكن يسلم المال إلى الحاكم)، وفيه: إن مقتضى القاعده هو جريان قاعده العدل، فهو كما إذا سرق أحدهما مال زيد، أو خولط ماله بماله، فإنه يجب جريان قاعده العدل، وكذا إذا علم زيد أن أحد هذين يطلبه ديناراً.

وقد قال بمثل ذلك الجواهر في كتاب الخمس، ففي الماليات لا تجرى أصل البراءه وإنما ذلك في مثل واجدى المنى ونحوه على ما ذكره الشيخ في الرسائل، على إشكال في بعض الصور منه أيضاً.

كما أن ما ذكره المسالك في الشق الثاني بأنه بمنزله اللقطه هو مقتضى القاعده، وقول الجواهر فيه: (إنه إلى مجهول المالك أقرب منه إليها لعدم تحقق كونه مالاً ضائعاً ولو بقربيه، بل هو

كالثوب الذى أطارته الريح)، فيه: إن مفروض الكلام كونه مالاً ضائعاً، وكذلك حال الثوب الذى أطارته الريح.

أما قول جامع المقاصد: (ولو جهل المالك مع عدم تحقق الإعراض فهو مال مجهول المالك)، فلعله لا يريد بما يقابل اللقطة.

وفى مفتاح الكرامه: (هو لقطه، كما عن التذكرة يجب تعريفه إلا أن يحصل اليأس من مالكة فى الحال فيجوز التصديق به، وإن أراد تملكه فلا بد من التعريف) (١).

وعلى أى حال، فهو محتاج إلى التعريف، نعم إذا لم يعلم هل له مالك أو لا، إذا لم يكن استصحاب كان من مجهول المالك ولم يكن من اللقطة.

ثم إن المسالك قال: (ولو حمل السيل أرضاً بشجرها أو بدونه فهى لمالكها ويجبر على إزالتها كما مر، وفى جميع ذلك لو تركه مالكة لصاحب الأرض الذى انتقل إليها، فإن قبله فلا كلام، وإلا ففى وجوب إزالته على مالكة وجهان).

والفرع الأول: كما ذكره على ما تقدم دليله فى شبهه.

وأما الفرع الثانى: فإن مقتضى القاعده وجوب الإزاله لما عرفت سابقاً، فلا وجه لعدم وجوب الإزاله.

ثم إن مما تقدم من كون المالك للحب مشتبهاً، وأن مقتضى القاعده جريان قاعده العدل، يعرف ما إذا كان مالك الأرض مشتبهاً بين نفرين أو أكثر، حيث مقتضى القاعده جريان قاعده العدل، ولو حمل السيل أو الهواء من بستان الجار أو داره، فقال الجار: ليس مالى، وقال صاحب الأرض: بل هو مالك، احتاج صاحب الأرض إلى الدليل، وإلا حلف صاحب البستان.

كما أنه لو انعكس بأن ادعى صاحب الدار أو البستان أن السيل حمله من داره أو بستانه، وأنه ماله، وأنكر صاحب الأرض، احتاج صاحب البستان أو

ص: ٣٠٨

الدار إلى الدليل على كونه مالاً له، ويكفي لصاحب الأرض الحلف على عدم علمه بأنه له، إذا لم يكن لصاحب البستان الحجة، ولم يدع صاحب الأرض علمه بأنه ليس له، وإلا احتاج إلى الحلف على العدم.

ص: ٣٠٩



## مسأله ١٨ : لو نقصت العين لسبب الاستعمال

(مسأله ١٨): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لوقصت العين المستعاره بسبب الاستعمال المأذون فيه، ثم تلفت، وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها، كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف والحواشى، لأن النقصان المذكور غير مضمون فى نفسه، ولا مندرج فى إطلاق ضمان المشترط، نعم لو نص عليه فى الشرطيه اتجه ضمانه).

وهو كما ذكروه، نعم قد ذكرنا فى كتاب الغصب أن مقتضى القاعده الضمان يوم التسليم، لا يوم التلف، لأنه حين التلف ينتقل إلى الذمه، وإنما يوم التسليم ينتقل إلى القيمة.

قال فى المسالك: (إذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف، وضمان نقصانه على تقديره، وضمانهما معاً على تقديرهما، وقد يطلق اشتراط الضمان، ولا شبهه فى اتباع مقتضى شرطه فى الثلاثه الأول فيضمن العين خاصة فى الأول، والنقصان خاصة فى الثانى، إلى أن ينتهى حالات تقويمه باقياً وضمانهما معاً فى الثالث، وإنما الكلام عند إطلاق اشتراط الضمان وهو مسأله الكتاب، والمصنف (رحمه الله) جزم بأن الإطلاق منزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف، لأن النقص حصل بفعل مأذون فلا يكون مضموناً، لأنها لو لم يتلف وردها على تلك الحال لم يجب شىء، فإذا تلف وجبت مساويها فى تلك الحال).

أقول: المتبع الظهور، وإن كان بالنسبه إلى النقص، إذ ليس النقص من لوازم الاستعمال، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً، ولو فرض اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه، بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هى نفس النقص المزبور لم يضمن.

ولم يعرف وجه قول الجواهر أنه فى هذه

الصورة يتجه عدم صحه اشتراط ضمانه، لأن الضمان حكم وضعى، والاستعمال حكم تكليفى ولا منافاه بينهما. وقوله بعد ذلك: (إن اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل مجرد تصور وهمى)، غير ظاهر، فإننا نرى فى العطور وما أشبه أنها تنقص بمجرد فتح رأس القنينه ووضعها فى الغرفه لطيرانها بالبقاء.

ومما تقدم ظهر الإشكال فى موضعين:

الأول: تنزيل الإطلاق على ضمان العين خاصه، بدليل أنه المتبادر من إطلاق النص والفتوى فى المعير والمستعير، ولا يخطر ضمان الأجزاء بالبال، لأنه لا تكاد تنفك عاريه غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيراً إلا ما قل، كما نبه عليه فى المبسوط، إذ لا نسلم أن الإطلاق مطلقاً كذلك، بل اللازم ملاحظه العرف والقرائن.

نعم لو شك فى ضمان الأجزاء والمنفعه كان الأصل عدم الضمان، لأنه مقتضى العاريه إلا ما خرج بالدليل.

الثانى: فى استشكال العلامه فى ضمان الأجزاء، حيث قال: (لأن النقص غير مضمون على إشكال)، وكأنه لاستناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً، ومن أنها عين مضمونه بالاشتراط.

ونحوه ما عن الكفايه وجامع المقاصد حيث قال: (إنه قد تعارض فى تضمين الأجزاء الذى هو مقتضى تضمين العين، والإذن فى الاستعمال الذى هو مقتضى لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان، وهو محل تردد)، لكنه قال بعد ذلك: (لا أستبعد ضمانها \_ أى الأجزاء \_ لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، ولا منافاه بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً وهو قوى جداً).

وقد عرفت أنه لا وجه للإشكال المذكور، ومقتضى القاعده الضمان، والظاهر أنه تبع فى هذا القول فخر المحققين حيث جعل الضمان الأصح، وحكاه عن أبى

على وأبى الصلاح، وتبعهم المسالك، واحتمل فى مفتاح الكرامه حمل خبر وهب على ذلك، وهو ما رواه عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): أن علياً (عليه السلام) قال: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حراً صغيراً فهو ضامن»<sup>(١)</sup>، قال: (وقد حملة فى الاستبصار على ما إذا استعار من غير مالكة تاره، وعلى ما إذا فرط فى حفظه أو تعدى تاره، وعلى ما إذا اشترط الضمان عليه أخرى، وهذا قد يوافق ما فى الإيضاح وجامع المقاصد).

لكن لا- يخفى ما فى الاستدلال بذلك لقول الجواهر: (إنه ظاهر فى غير محل الفرض الذى هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال كأنمحاق الثوب ونحوه، لا- اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه، فإنه لا- شك فى اندراجه فى إطلاق الضمان المشترك الذى هو الجملة والأجزاء كما هو واضح)<sup>(٢)</sup>.

وعلى أى حال، فالظاهر صحه شرط الضمان فى النقص، سواء كان بالاستعمال أو بالتلف، ولا يبعد أن يكون الخبر محمولاً على التعدى أو التفريط، لأن العيب غالباً لا يكون إلا بسبب ذلك.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (وعلى القول بالضمان فإنه يضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، لمكان ذهاب الأجزاء على التدريج، كالثوب يلبس وينسحق على التدريج، ولا يضمن الأعلى لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمه السوقيه، لأن ذلك ليس من مدلول ضمان العين، على أنا لم نوجهه على الغاصب).

وفى كلامه الأخير نظر، لأنه لا فرق فى الضمان بين اختلاف القيمه السوقيه

ص: ٣١٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العاريه ح ١١

٢- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٩٤

وغيره، وكأن الجواهر أشار إلى مثل هذا الإشكال حيث قال: (وقد وقع في بعض الكتب المتأخره هنا ما لا ينبغي أن يسطر، فلا تغفل).

وعليه، فإذا شرط الضمان فكانت قيمه عند تسلم العاربه مائه، وعند التلف مائتين مثلاً، وجب عليه إعطاء المائتين، كما أنه لو نقصت قيمه فصارت خمسين كان مقتضى القاعده ضمان خمسين، إلا أن يكون نص أو ظهور في الضمان بقدر قيمه وقت التسلم، سواء زادت بعد ذلك أو نقصت.

والحاصل: إنه إن قدر الضمان بالقدر المعين عند الشرط فهو، وإلا فإذا كان الشرط مطلقاً فالمرجع العرف في قدر ألفهم، وإذا كان مجملاً كان المتبع الأصل على ما تقدم، ثم يأتي الكلام في قدر قيمه هل هو من حين التسلم إلى حين التلف أو إلى حين التسليم على ما ذكرناه سابقاً، وذكرنا مثله في كتاب الغصب، فإن المتبع هو الظهور ثم العرف ثم الأصل.

ثم النقص لو لم يوجب شيئاً، أو أوجب زياده قيمه، كما في الحيوان إذا خصى، فالظاهر أنه لا شيء على المستعير، سواء كان الضمان بالتعدى والتفريط، أو بالشرط، ولو بدونهما لفرض أنه لم ينقص شيء من قيمه.

نعم لو كان الشرط الضمان بقدر المنقوص وإن لم تنقص من قيمه وجب إعطاء قيمه المنقوص، كما إذا قطع إليه الغنم وكانت للأليه قيمه، وإن لم تنقص قيمه الغنم بذلك أو زادت به.

والظاهر صحه شرط العكس وهو أنه لو زادت قيمه كانت الزيادة للمستعير، كما إذا سمت الدابه عنده أو نمت الشجره أو نحو ذلك، لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم، ولا يلزم أن تكون الزيادة من عمل المستعير، لأن

الاستدلال ليس بـ (أن ليس للإنسان إلا ما سعى) (١)، وإنما الاستدلال بالشرط، والشرط يصح أن يكون ولو بدون سعي المستعير.

كما يصح اشتراط أن يكون الزيادة أو النقص على ثالث أو له، أما له فلا حاجة إلى شيء، وأما عليه فيصح إذا كان في ضمن عقد ونحوه مما يكون ملزماً للثالث.

وكما يصح شرط كون النقص مطلقاً على المستعير، يصح شرط كون بعض أقسام النقص عليه دون بعض أقسام النقص، لأنه مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، كما هو واضح، وكذلك في طرف الزيادة.

ثم إنه لو شرط ضمان النقص، فإن كان المراد النقص حين التسليم إلى المعير لم يكن على المستعير شيء إذا نقص وكمل، كما إذا انكسرت رجل الدابة ثم جبرت، أو هزلت ثم سمت، أما إذا كان الشرط أن النقص في حين النقص مضمون وإن رجع إلى الكمال، كان مثل الهزال والكسر مضموناً، وإن رجعت الدابة إلى حالتها السابقة عند التسليم، وذلك لمقتضى دليل الشرط.

ومنه يعلم الحال فيما إذا سمت الدابة ثم هزلت هزلاً بقدر وقت تسلمها عن المعير، فإن السمن قد يكون مضموناً وقد لا يكون مضموناً على حسب الشرط.

ص: ٣١٤

١- النجم: الآية ٣٩

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور. الاستبصار: ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤

## مسأله ١٩: اختلاف صاحب الدابه والركب

(مسأله ١٩): قال فى الشرائع: (إذا قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: أجزتها، فالقول قول الراكب، لأن المالك مدع للأجره، وقيل: القول قول المالك فى عدم العاربه، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أجره المثل لا المسمى، وهو الأشبه، ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب، لأن المالك يدعى عقداً، وهذا ينكره).

وقال فى القواعد: (لو ادعى العاربه والمالك الإجاره فى الابتداء صدق المستعير، ولو انتفع جميع المده أو بعضها احتتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما على إباحه المنفعه والأصل براه الذمه من الأجره، وتصديق المالك بيمينه لأن الأصل مملوك فكذا المنفعه، فيحلف على نفى العاربه، ويثبت له الأقل من أجره المثل والمدعى).

## لو اختلفا فى الإعاره والإجاره

أقول: مقتضى القاعده هو التحالف، لأننا قد ذكرنا فى كتاب القضاء وغيره أن الملاحظ فى الدعوى المصب لا المآل فيتحالفان، حاله حال ما إذا ادعى أحدهما العاربه والآخر الصلح، أو أحدهما الصلح والآخر الإجاره أو ما أشبه ذلك، لأنه لا جامع بين الأمرين، فإذا بطل حسب الظاهر كل من الإجاره والإعاره، فعلى مدعى العاربه إعطاء الأجره، سواء كانت أقل مما يدعى المالك أو أكثر أو مساوياً.

نعم لو كان المالك يدعى الأقل يحتمل أن ليس له على مدعى العاربه التفاوت، لأنه بنفسه ينفيه، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

وفى مفتاح الكرامه نقل فى المسأله أقوالاً سته، وجعل هذا القول الذى اخترناه هو قول المختلف والتذكره والحواشى وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومزارعه القواعد والإرشاد وجامع المقاصد والروض، وأنه نزل الشهيد

عبارة القواعد فى الحواشى المنسوبه إليه على ذلك، لأن كلاً منهما مدع ومدع عليه، فيحلف المالك على نفي الإجاره والراكب على نفي الإجاره.

والثانى: هو أن القول قول الراكب المستعير، وهو خيره عاريه الخلاف والمبسوط، مع تقييد العاريه فى المبسوط بما إذا كانت مضمونه، والغنيه واللمعه ومجمع البرهان والكفايه، وبه قال أبو حنيفه، واستدلوا لذلك بأنهما اتفقا على أن تلف المنافع كان على ملك المستعير، لأن المالك يزعم أنه ملكها بالإجاره، والمستعير يزعم أنه ملكها بالاستعاره، وقد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه، والأصل عدم وجوبه وبراءه ذمته.

والثالث: إن القول قول المالك فى عدم العاريه، لموافقته الأصل والظاهر الغالب، ولا يقبل قوله فيما يدعيه من الإجاره، وهو خيره الشرائع والتحرير فى الباب وباب المزارعه وإجاره المهذب ومزارعه التذكره، وهو محتمل من إجاره المبسوط والشرائع أو ظاهرهما، لأن المالك مدع فإذا حلف على نفي العاريه لم تثبت الإجاره، ولكن يثبت كون الراكب تصرف فى ملكه بغير تبرع منه، فيثبت عليه أجره المثل.

والرابع: هو ما تقدم عن القواعد، واختاره الإرشاد أيضاً.

والخامس: القرعه فى تقديم حلف أيهما، وهو مختار الشيخ فى مزارعه الخلاف، وجعله فى المبسوط أحوط.

قال فى الخلاف: (والذى يليق بمذهبننا أن يستعمل فيه القرعه، ومن خرج اسمه حلف وحكم له به) (١)، ومعناه أن معرفه المدعى والمنكر مشتبهه عليه فى المقام فيجب المصير إلى القرعه، وقضيه ما فى المبسوط أن الحاكم لمكان الاشتباه مخير فى تقديم أيهما شاء، والأحوط القرعه.

ص: ٣١٦

والسادس: قول السرائر، حيث قال: (لا- نقبل قول المالك في مقدار ما ادعاه من الأجره، ولا تقبل قول الراكب فيما ادعاه من العاريه، بل يوجب عليه أجره المثل، لأننا قد تحققنا ركوب الدابه والراكب يدعى العاريه فيحتاج إلى بينه، والمالك يدعى عقد إجاره وأجره معينه يحتاج أيضاً إلى بينه، فإذا عدنا البيئات على ذلك، وقد تحققنا ركوب الدابه فالواجب في ذلك أجره المثل عوضاً عن منافع الدابه المتحققه) (١).

وبعد ما ذكرناه من مقتضى القاعده لا يهم أن كانت الأقوال الستة أقوالاً في المسأله أم لا، على ما نفاها صاحب الجواهر، وحصص الأقوال في ثلاثه فقط.

كما لا- يهم رد استدلالات الأقوال الأخر على فرض كونها أقوالاً، حيث إن مقتضى القاعده لا يدع لها مجالاً، وإن كان في استدلالاتهم ما فيه ممّا يظهر لمن تدبر أو راجع المطولات.

كما أنه لا يمكن أن يقف أمام ما اخترناه صحيح إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل الذي كانت عنده: وديعه، وقال الآخر: كانت عليك قرضاً، قال: «المال لازم إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه» (٢).

إذ بالإضافة إلى أن الروايه في غير المقام، ووحده المناط غير مقطوع بها، أن اللازم تقييد الروايه بما إذا تحالفاً، وحيثذ فالمال لازم على ما اخترناه وذكرته الروايه.

ومن الواضح أن الروايه لا بد وأن تقيد إما بما ذكرناه، وإما بأن المالك يجب عليه الحلف إذا لم يكن للآخذ البيئه، لأنها جعلت البيئه للآخذ فعلى المالك

ص: ٣١٧

١- راجع مفتاح الكرامه: ج ١٧ ص ٤٧٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من أحكام الوديعه ح ١



الحلف، وتقييد الروايه بما ذكرناه يجعلها حسب القاعده بخلاف تقييدها بحلف المالك، فإنه إذا دار الأمر بين أحد التقييدين كان التقييد الموافق للقاعده أولى.

وكيف كان، فبذلك ظهر أنه لا فرق بين الصورتين المذكورتين فى الشرائع والقواعد على ما نقلنا عبارتهما، كما لا فرق فى التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضى مده الإجاره المدعاه أو فى أثنائها، كما أنه لا فرق بين بقاء العين وتلفها.

وعليه، فإذا كانت العين موجوده أخذها المالك، أما إذا كانت العين تالفه بغير تفريط فإن كانت أمانه كما لو كانت الإعاره التى يدعيها الراكب غير مضمونه، فلا شىء على الراكب لاتفاقهما على كونها فى يده أمانه، إمّا بالإجاره وهى غير مضمونه، أو بالإعاره وهى غير مضمونه على حسب الفرض.

وأما إن كان مدعى العاربه يقول بأنها كانت عاربه مضمونه، ففى المسالك إن مدعى الإعاره يعترف بثبوت قيمه فى ذمته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الإجاره الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه.

لكن فى الجواهر: الظاهر أن له المقاصه بما أخذ منه من أجره المثل، والزائد يجب عليه التوصل إلى إيصاله بأحد الطرق الممكنه.

وما ذكره الجواهر هو مقتضى القاعده، لأن مدعى العاربه يقول: عاربه مضمونه فلا أجره، وإنما لك على بدل العين، والمالك يقول: إجاره فلى الأجره وليس لى عليك بدل العين، فللمالك أخذ ما يعطيه مدعى العاربه من باب الأجره إذا كان ما يعطيه بقدر قيمه أو أقل، ويتوصل المالك إلى التفاوت فيما كان أقل بالمقاصه من مال آخر، وإن كان ما يعطيه مدعى العاربه أكثر رد عليه التفاوت.

ثم إن مما تقدم من أن مقتضى القاعده التحالف فى مثل هذا الاختلاف يظهر

وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه، قال: (لو انعكس هذا الاختلاف وادعى المالك الإعاره والمتصرف الإجاره، فالقول قول المالك، سواء كان قبل مضى مده لمثلها أجره، أو بعد مضى مده الإجاره، أو بعد مضى بعض المده، وفى الصورتين الأخيرتين تكون الأجره مجهوله المالك).

إذ بعد كون مقتضى القاعده التحالف لا فرق فى أن يدعى هذا الإجاره وذاك الإعاره أو بالعكس.

ثم إنه لا فرق فيما ذكر فى ضمان العاريه بين أن تكون بالشرط أو بالأصل كعاريه الذهب.

وفى الجواهر: (لو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعاره المضمونه، والراكب ادعى الإجاره، والفرض تلف العين، فإن اتفقت الأجره والقيمه أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت قيمه أخذها باليمين، بناءً على ما عرفته من الأصل المزبور، وهذا غير دعوى الضمان فى العاريه بعد اتفاقهما عليها، لأن الأصل عدم الاشتراط هناك، فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان، بخلافه فى الفرض الذى بعد التحالف يبقى أصاله احترام مال المسلم).

ومما تقدم ظهر أنه لا فرق بين أن يكون المالك يدعى الإجاره أو الصلح بعوض أو الهبه المعوضه على المنفعه أو ما أشبه ذلك، أما إذا ادعى المالك الغصب والمتصرف العاريه كان من باب المدعى والمنكر، لأن الغصب ليس عقداً، وقد ذكرنا شبه هذه المسأله فى كتاب الغصب.

## مسأله ٢٠: لو انتفع بغير ما أعاره له

(مسأله ٢٠): قال فى الشرائع: (إذا استعار لينتفع به فى شىء فانتفع به فى غيره ضمن، فإن كان له أجره لزمته أجره مثله).

وفى المسالك: (من غير فرق بين كون المنفعة التى استوفها أشق من المأذون فيها ومساويه وأدنى، إذا كان مخالفه لها فى الجنس، ولو اتفقا فى الجنس كأنواع الزرع ففیه ما مر من الإشكال).

أقول: قد تقدم أن مقتضى القاعده عدم التعدى عن عقد الاستعاره، فكل تعدى يكون تصرفاً فى ملك الغير بغير إذنه، ويكون ذلك موجباً للأجره إذا كانت له أجره، من غير فرق بين أن ينتفع نفس المستعير أو غيره، ولا فرق فى ذلك بين العاريه والإجاره والصلح وغيرها.

فقول الجواهر: (كأن وجه الفرق بين العاريه والإجاره مثلاً أن مقتضى الثانى ملك المنفعه وهو إنما يتشخص بما يقتضى تنويعه كالركوب والتحميل ونحوهما إلا مع الشرط فيجب حينئذ من حيث الاشتراط، ومن حيث ملك خصوص تلك المنفعه، فلو استأجر داراً مثلاً لربط دابه مخصوصه فماتت تلك الدابه لم تبطل الإجاره، بل له ربط غيرها فيه مما هي أقل ضرراً أو مساوياً، وكذا ركوب الدابه وسكنى الدار ونحو ذلك، ضروره اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصيه فيه إلا مع الشرط، فإنه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشره فى الأجير المقتضيه انفساخ العقد بفواتها، أما العاريه فهى ليست إلا إباحه لا فرق فيها بالنسبه إلى ذلك، فمع فرض الاقتصار فيها على شىء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدى ولو إلى الأقل من الجنس، فضلاً عن غيره)، غير ظاهر الوجه.

ثم إنه قد تقدم أن تفاوت المأذون وغير المأذون قد يوجب عدم الإذن فى الجميع، وقد يوجب عدم الإذن فى غير المأذون خاصه

فإذا استعار الدابة لحمل وزنه من الحنطه فحملها وزنه من الحنطه والشعير، وكان بحيث لم يأذن المالك في كل ذلك الحمل، كان عليه أجره كل الوزن، أما إذا كان أذن في حمل نصف الوزن من الحنطه كان عليه أجره نصف الوزن من الشعير فقط.

ومن ذلك يعلم أنه لو استعار الحديقه فأعطاها ماءً أزيد أو أقل من المتعارف يكون ضامناً بقدر التفاوت، أو بقدر الكل، لأن المسألتين من باب واحد، وكذا إذا استعار الدابة فأعطاها علفاً أكثر أو أقل، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد حيث قال: (لو أعاره دابه لحمل معين لم يجز له الزيادة، ويجوز له النقصان).

وفي مفتاح الكرامه: (الحكم الأول مما لا- خلاف فيه، لأصالة عصمه مال الغير، وعدم جواز التصرف به إلا بما أذن فيه، وأما الثاني فلأوليه العرفيه)، وفيه: إنه لا أولويه مطلقاً، ولذا كان المحكى عن المسالك والروضه وجامع المقاصد وغيرها منع الأولويه لاختلاف الأغراض في ذلك، وهو كما ذكره لا كما ذكره.

(مسأله ٢١): قال فى الشرائع: (إذا جحد العاربه بطل استيمانها ولزمه الضمان مع ثبوت الإغاره).

وكذلك قال فى القواعد: (وهو المحكى عن المبسوط والتحرير والإرشاد وغيرها، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه).

لكن لا يخفى أن الكلام على إطلاقه غير تام، إذ ربما يكون معذوراً فى الجحود أو ناسياً أو ما أشبه ذلك، وحيث قد ذكر تفصيل الكلام فى ذلك فى مبحث الوديعه، والبابان من باب واحد، لا داعى إلى تكراره هنا.

ثم قال الشرائع: (إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه، وأما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه).

لكن مقتضى القاعده أن القول قوله مع يمينه مطلقاً فى الأمرين، إذ مقتضى كونه أميناً قبول قوله، سواء فى التلف أو فى النقص أو فى العيب أو فى الرد أو فى غير ذلك، وهو حاكم على قاعده «البينه على المدعى واليمين على من أنكر».

وقول الجواهر: (الاتمان لا يقتضى تصديقه فى الرد وقبوله فى الوديعه للنص لا لذلك، ولا لأنه قبض لمصلحه المالك بخلافه هنا، وإلا لاقتضى فى الوكيل بدون جعل ذلك، فالعمده حينئذ ما ذكرناه).

غير ظاهر الوجه، نعم إن تم الإجماع غير المحتمل الاستناد لزم القول بذلك فى عدم قبوله فى الرد.

قال فى القواعد: (ويصدق المستعير فى ادعاء التلف لا فى الرد)، ونقل فى مفتاح الكرامه تصديقه فى ادعاء التلف عن التذكرة والتحرير والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والروضه والكفايه، وقال: (وقد يلوح ذلك من من اقتصر على ذكر عدم قبول قوله فى الرد)، وفى الرياض: أنه لا خلاف فيه، سواء ادعاه

بأمر ظاهر أو خفى لأنه أمين وإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في ما عن مجمع البرهان، حيث أشكل على ذلك، وقال: (إن ما استندوا إليه ليس بحجه قاطعه، والقياس على الوديعه قياس مع الفارق لمكان الضروره، لأن لا- يلزم سد باب الوديعه، فإن كان إجماع أو نص وإلا فالقواعد تقتضى أن القول قول المالك كما فى الرد، لأنه مدع والمالك منكر، والفرق بين الرد والتلف مشكل، نعم يمكن قبول قوله فى موضع لا يمكن الإشهاد).

إذ فيه ما لا يخفى، فإن مقتضى كون الأمين مؤتمناً أنه يقبل قوله فى كلا المجالين.

ثم إن مفتاح الكرامه قال عند قول العلامه: (لا فى الرد): (كما فى الكتب التسعه المتقدمه مع زياده النافع وإيضاحه والتبصره والمسالك ومجمع البرهان، وفى الرياض أنه لا يعلم فيه خلافاً للأصل، وأنه قد قبضه لمصلحه نفسه بخلاف الودعي، فإنه إنما قبض لمصلحه المالك خاصه).

وقد عرفت وجه النظر فى ذلك، فالقول بتساوى الرد والتلف هو مقتضى القاعده.

ثم على قولهم بالاختلاف بين المقامين، لو رده لكن لو قال المستعير: رددته، ألزم بينه ولا- بينه له، ويحلف المعير مما يوجب خسارته، فهل يجوز له أن يدعى التلف حتى يتخلص من ذلك، الظاهر كون ذلك من باب جواز الكذب للمصلحه، فإن قلنا به بما يشمل المقام مطلقاً أو فى الجملة قلنا به هنا جاز، وإلا فلا.

ثم لو جاء المستعير بشيء وادعى أنه هو المستعار، وشك المعير فى أنه له، أو أن المستعير بدله إلى غيره، كان القول قول المستعير أيضاً، لأنه مؤتمن، منتهى الأمر أن للمعير حق الحلف عليه، وقد تقدم الكلام فى حلفه.

## مسأله ٢٢: لو تعدى فى العاربه أو فرط

(مسأله ٢٢): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو فرط فى العاربه أو تعدى وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل، وإلا كان عليه مثلها، وقيل: أعلى القيم السوقيه من حين التفريط إلى وقت التلف، أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذى فيه مع ذلك أقوال آخر أيضاً، ولكن لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه وقت اشتغال الذمه بالعوض الذى هو بدل العين، ورده قائم مقام ردها، نعم لو كان التفاوت فى القيمه لنقص فى العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح).

لكنك قد عرفت فى كتاب الغصب وغيره: أن مقتضى القاعده أعلى القيم إلى وقت التسليم، لأن القيمي بالتلف ينتقل إلى الذمه، لا أن قيمته تنتقل إلى الذمه فهو يطلب منه دابه، وحيث لا يتمكن وقت التسليم من تسليم الدابه لفرض كونها قيمه وجب عليه إعطاء القيمه له، فإنه ظاهر «ما أخذت».

وأما كونه أعلى القيم، فلأنه واضح يده على أعلى القيم، وإن كان فى حال التسليم نزلت قيمه الدابه، فيشمله دليل «على اليد»، اللهم إلا أن يقال: إنه مثل المثلى الذى ليس عليه إلا تسليم مثله، وإن كانت ارتفعت القيمه فى الأثناء ثم تنزلت فلا يجب عليه إلا القيمه يوم التسليم، سواء كانت مرتفعه أو منخفضه، وسواء ارتفع فى الأثناء أم لا.

ثم إنه قال فى الشرائع: (ولو اختلفا فى القيمه كان القول قول المستعير، وقيل: القول قول المالك، والأول أشبه)، وما ذكره المحقق هو مقتضى القاعده، لأصالة البراءه الموافقه لنفى الزائد الذى يدعيه المالك.

أما القول الآخر الذى يقول بأن القول قول المالك فقد استدل له بأن أشق الأحوال موجب للبراءه اليقنيه، وبأن المالك أعرف بملكه، لكن كلا الدليلين لا يقاوم دليل القول الأول.

ولذا قال فى الجواهر: (لا دليل على أخذه بأشق الأحوال على وجه يشمل المقام، والشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت).

ثم إن من الواضح أن كون القول قول هذا أو قول ذاك، فيما إذا لم تكن البينه وأهل الخبره مما يدخله فى قسم الاستبانه الذى قال عنه الإمام (عليه الصلاه والسلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينه»، وإلا لم تصل النوبه إلى قول ذاك.

وكيف كان، فقول المحقق هو الذى نقله مفتاح الكرامه عن السرائر والنافع وكشف الرموز والإرشاد والمقتصر والتنقيح وإيضاح النافع ومجمع البرهان والكفايه والتذكره وجامع المقاصد والمسالك، وقد أضاف هؤلاء أنه كذلك مع التضمنين أيضاً، خلافاً للتحرير والتبصره، حيث قيدها بالتفريط فقط بدون ذكر التضمنين.

وفى مفتاح الكرامه: ليس ذلك خلافاً، بل لعله للتنبيه على الأخرى أو الأغلب، قال: (وقال الشيخ فى النهايه: وإذا اختلف المستعير والمعير فى قيمه العاربه كان القول قول صاحبها مع يمينه، فإن اختلفا فى التفريط والتضييع كان على المعير البينه، فذكر التفريط بعد الاختلاف فى القيمه وهو الذى يفهم من المقنعه والمراسم، وبه صرح فى الوسيله، قال: وإن اختلفا فى القيمه كان القول قول المعير، وهو المحكى عن القاضى. وقال فى الغنيه: وإذا اختلفا فى مبلغ العاربه أو قيمتها أخذما أقر به المستعير وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك بدليل الإجماع، وحكى مثل ذلك فى المختلف عن التقى)، إلى آخر ما ذكره السيد العاملى (رحمه الله).

وعلى أى حال، فهل تقديم قول المستعير على ما ذهب إليه المشهور واخترناه



لأنه أمين أو لأصل البراءة اختلفوا في ذلك، لكن الظاهر الأول، لأنه مقتضى الأمانة، فكما يسمع قوله في أصل التلف يسمع قوله في الخصوصيات أيضاً، لأن جميع ذلك مشمول لكونه مؤتمناً، وأن القول قوله فلا تصل النوبة إلى أصل البراءة وإن كان موافقاً له، فإن الأصل أصيل حيث لا دليل.

ص: ٣٢٦

## مسأله ۲۳: لو قال: أعتك لتعيرني

(مسأله ۲۳): قال في القواعد: (لو قال: أعتك حماري لتعيرني فرسك، فالأقرب الجواز).

وقد نقله مفتاح الكرامه عن التذکره والإيضاح وجامع المقاصد، واستدل لذلك في محکی التذکره والإيضاح بأنه شرط وليس بعوض، لأن المقتضى للعوضين عقد واحد، وهنا ليس كذلك.

وعن جامع المقاصد تعليه بوجود المقتضى وانتفاء المانع، لأن المذكور شرط لا عوض، ولا ريب أن العاريه عقد يقبل الشرط الذى لا ينافى مقتضاه، وليس الشرط عوضاً إنما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا.

وأشكل عليهم مفتاح الكرامه بأن هذا شرط ينافى مقتضى العقد، وقد قالوا فى باب شروط البيع أن الشرط داخل فى أحد العوضين، وقالوا فى مواضع أنه جزء من الثمن ورتبوا على ذلك ما رتبوا.

وتبعه الجواهر فقال: (ليس فى الأدله ما يقتضى اختصاص المنافاه بمثل العوض لا الشرط، بل المفهوم منها أنها نوع من البر والمعاونه والإحسان ونحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط، نحو: أعتك كتابى لتهبنى عشره دراهم مثلاً، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبه وعاريه ونحوهما، وبين استحقاقه فى عقدها، ضروره منافاته للتبرع المزبور كما هو واضح).

لكن مقتضى القاعده الصحه، وأنه إذا كانت المقابله بمنزله القيد فلم يفعل المستعير بطلت العاريه تلقائياً، سواء كان القيد مقارناً أو متأخراً، وإذا بطلت كان للمعير الأجره على المستعير، إذ لم يعطه المال مجاناً والمستعير لم يدخل على المجانيه.

أما إذا كانت المقابله من باب الشرط حق للمعير الفسخ بالشرط فىأخذ الأجره، وعدم الفسخ فلا أجره له، ولا يخفى أن المجانيه مقتضى إطلاق العاريه لا مقتضى

العقد حتى يكون الشرط منافياً لمقتضاه، والفرق بين الفسخ بالشرط أو بأصل جواز العاربه أن الأول يصح حتى بعد انقضاء العاربه لأنه من الأمور الاعتباريه والعرف يعتبر ذلك، بخلاف الثاني، فإذا فسخ في الأول ترتب أثر الفسخ من الأجره على ما عرفت.

ولأجل ما ذكرناه من كون القاعده الصحه رجع مفتاح الكرامه عن إشكاله وقال: (لكن قد يقال: إن هذا ليس من ذاك، ونظرهم في المقام إلى ما قالوه في باب القرض بشرط البيع محاباهً من أنه لو قال له: أقرضتك هذه المائه درهم بشرط أن تزيدني خمسين درهماً، كان حراماً وربما، لأن الزيادة جاء بها العقد بنفسه، وأنه لو قال له: وأقرضتك هذه المائه بشرط أن تبغني دارك التي تساوي مائه بخمسين، فلا ربا، لأن هذه الزيادة جاءت بواسطه عقد آخر، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإنه إذا قيل له: أقرتك بدرهم، فالعوض جاء به العقد الواحد، وإذا قال له: أقرتك بشرط أن تعيرني، فقد جاء العوض بواسطه عقد آخر).

لكن ربما يشكل في عدم مجيء الربا في الصيغه الثانيه، لأن أدله الربا شامله لمثله أيضاً، لأنه من فساد المال، ولا ينافي عدم الصحه في باب القرض الصحه في المقام، لشمول أدله العاربه له.

ثم إنه لا يجب على المستعير عاربه ما اشترطه المعير، على ما ذكره التذكره والقواعد وجامع المقاصد ومفتاح الكرامه والجواهر.

ثم إنك قد عرفت الفرق بين القيد والشرط، ومع الشرط بين الفسخ وعدم الفسخ، فإطلاق غير واحد من الفقهاء أنه لو لم يعر الثاني فالأقرب أن له الأجره محل نظر، وإن علله بعضهم بأن الإذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً مع سلامه النفع، فإذا لم يسلم كان له المطالبه بالعوض، وآخر بأن كل شرط صح في

عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العاربه انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجره.

كما يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد، بأن عقد العاربه فى غايه الضعف، ولذا يعول فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا، وثمرته فى غايه الضعف وهى الإباحه فتنتفى ثمرته بأدنى سبب، وهو انتفاء الشرط لا أن انتفاءه يسلط على الفسخ كما فى العقد اللازم القوى الذى ثمرته التمليك مثلاً- واللزوم، فإن انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم بخلاف عقد العاربه المطلوب فيه مجرد الإباحه، فليس الشرط فيه إلا شرطاً للإباحه، فاذا انتفى انتفت.

إذ فيه: إنه لا فرق بين العقد اللازم والعقد الجائز بأن أثرهما باق ما لم يحصل فاسخ.

وكأنه إلى ما ذكرناه نظر الجواهر فى رده لهذا الكلام بقوله: (إن هذا الكلام مرجعه إلى تعليق الإذن فى المنفعه الخاصه على الشرط المزبور، فحيث يحصل تحصل، وإن انتفى انتفت، فهو تعليق محض لا يجامع صحه العقد، وخصوصاً إذا كان المعلق عليه العاربه فى الزمان المتأخر مثلاً، فإن استيفاء المنفعه الآن قبل مجيء المعلق عليه بالإذن التى هى مقتضى صحه العقد فلا تتعقبه أجره وإلا لم يصح الانتفاع، ودعوى البقاء مراعى كما ترى).

وإن كان فى كلامه الأخير نظر، لأن مقتضى القاعده البقاء مراعى لما عرفت من أنه من الأمور الاعتباريه، والأمور الاعتباريه خفيفه المؤنه، والنظر العرفى إلى أنه يصح الفسخ ولو بعد انتفاء الوقت.

ومنه يعلم أن كلام الجواهر رداً على من قال: (بأنه إذا فسخت العاربه انتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الأجره) بقوله: (وفيه: إن ذلك إن تم فإنما يؤثر فيما سيأتى، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا)، غير ظاهر الوجه، كقوله بعد ذلك

فالمتمجه حينئذ على الصحه عدم استحقاق الأجره، وإن لم يعر الثانى لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد لازم، إذ فيه إن استحقاقه عليه بالعقد وإن لم يكن بلازم، مما اقتضى أن يكون مقابلاً لإعارته استحقاق الأجره على ما عرفت.

ثم قال فى القواعد: (لو قال: أعرتك الدابه بعلفها فهى إجاره فاسده تقتضى أجره المثل، وكذا أعرتك الدابه بعشره دراهم).

وفى جامع المقاصد: (التحقيق أن يقال: إن أراد المصنف بقوله فهى إجاره فاسده، أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعه مقابله بعوض، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أجره المثل، إذ المالك لم يبذل المنفعه مجاناً، وامتناع معنى العاربه لانتفاء التبرع بالمنفعه الذى مدار العاربه عليه، فهو حق، وإن أراد لفظ العاربه مراد به الإجاره البته، ولا يقع على هذا العقد اسم العاربه الفاسده، فليس كذلك، ومن أين يعلم والأصل فى الاستعمال الحقيقه، نعم شبهه بالإجاره الفاسده أكثر، فلعل المصنف أراد هذا المعنى فيندفع الإشكال عن كلامه).

وما ذكره المحقق الثانى هو مقتضى القاعده، ولا يستشكل على ذلك بأن العاربه لو كانت صحيحه لم يلزم عليه شىء، فكيف يلزم عليه شىء بالعاربه الفاسده، لأنه لو كانت صحيحه لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد، فيكون ما نحن فيه منطبقاً على قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وهذا هو الذى اختاره الجواهر، وإن قال فى الأخير: وإن كان ذلك كما ترى، ولم يعرف وجه الإشكال فيه.

ثم لا يخفى أن الفرق بين المثاليين فى كلام القواعد، هو أن المثال الأول ما إذا كان العوض والمده مجهولين، والمثال الثانى ما إذا كانت المده فقط مجهوله.

نعم قال فى مفتاح الكرامه: (لم يستجود فى التذكره كونها إجاره فاسده)، وفى كلامه بعد ذلك ما يقضى بأنها عاربه صحيحه، فقال: (له الانتفاع فيها بالإذن

ولا تضر الجهاله فى العوض ولا فى المده، لكونها من العقود الجائزه).

قلت: الجهاله لا تضر بعد كونها عاريه عرفيه، ودليل الغرر غير شامل لمثله حتى يكون منهيأً من قبل الشرع، فتشملة إطلاق أدله العاريه، أما وجه كونها عاريه صحيحه ففى المثال الأول لكون العلف غالباً على المستعير، فإن من يستعير دابه من زيد ليركبها إلى بلد بعيد أو نحوه، فإنه من الواضح أنه هو الذى يعلفها، فذكره فى العاريه لا يوجب البطلان.

وأما بالنسبه إلى المثال الثانى: فلما ذكرناه سابقاً من أن المجانيه مقتضى إطلاق العاريه لا مقتضى نفس عقدها حتى يكون الشرط خلاف مقتضى العقد، وإن كان محل تأمل، أو أن ذلك يكون إجاره لما قد ذهب فى الشرائع إلى جواز الإجاره بلفظ العاريه.

### العقود تتبع القصد

وعلى أى حال، فإن قصد الإجاره فلا إشكال، لأن العقود تتبع القصد، والألفاظ المجازيه ونحوها جائزه على ما ذكرناه فى بحث العقود، وإن قصد العاريه وقلنا إن المجانيه مقتضى العقد، بطلت عاريه وثبتت أجره المثل على ما تقدم وجهه، وإن قلنا إن المجانيه مقتضى الإطلاق صحت عاريه ولزمت العشره أو العلف.

ثم إن المحكى عن التحرير: أنه لو قال: اغسل ثوبى، فهو استعاره لبدنه إن كان مما لا يؤخذ عليه أجره، وفيه: إن إطلاقه كونه عاريه محل تأمل، إذ العاريه تحتاج إلى القصد، ومثل هذا الشىء قد يقصد به العاريه وقد لا يقصد، بل عدم القصد فى أمثال ذلك هو المتعارف، فلا يقال: لمن قال لغيره: اكنس دارى أو أخلق رأسى أو ما أشبه أنه استعاره، وإن كان يصح إعاره المعير بدنه، لأن

الناس مسيطون على أنفسهم، ولم يمنع عن مثل ذلك الشرع، فيشمله إطلاق دليل العاربه.

## لو أمر غيره بالعمل

قال فى محكى المسالك: لما كان الأمر بالعمل يقتضى استيفاء منفعه مملوكه للمأمور متقومه بالمال وحب ثبوت عوضها على الأمر كالأستيجار معاطاءً، وقد شرط المحقق فى لزوم الأجره أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يستأجر لذلك العمل، أو كون العمل له أجره فى العاده، والعلامه اعتبر فى لزومها كون العمل ذا أجره عاده خاصه، ويتخرج على ذلك صور أربع:

الأول: أن يكون العمل مما يكون له أجره عاده والعامل مما يستأجر لذلك، كما لو دفع إلى قصار ثوباً ليقصره، أو جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق، فله الأجره على القولين.

الثانى: انتفاؤهما معاً ولا أجره عليهما، ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوماً بأجره وعدمه إذا لم يكن له فى العاده أجره ولا أعد العامل نفسه لها.

الثالث: أن يكون العمل مما له أجره فى العاده، ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له، فيثبت على القولين أيضاً لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامه وأحد الأمرين عند المحقق.

الرابع: عكسه فتثبت الأجره عند المحقق دون العلامه، ومختار المحقق أوضح لما تقدم من أنه استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلا بإباحه مالكه ولم يتحقق.

وقال فى محكى الكفايه: ولا ريب فى لزوم الأجره عند اجتماع الأمرين، وعدمه عند عدمهما، وقال فى الثالث من الأقسام الأربعة: إن مقتضى القولين لزوم الأجره وللتأمل فيه مجال، وفى الرابع تثبت فيه الأجره عند غير العلامه.

أقول: الأصل احترام العمل مطلقاً، سواء كان من المسلم أو من غيره، وسواء كان ممن أعد نفسه لذلك أم لا، إلا إذا قصد العامل التبرع، أما قصد المستعمل التبرع فلا- ينفع إذا لم يرض العامل، لأن عمل الإنسان لنفسه، وهو سعيه والسعي للإنسان، فلا يباح لغيره استحلاله من دون رضاه، سواء كان عمل الأذن، كما إذا قال له: استمع هل أقرؤ الغلط أم الصحيح.

أو العين، كما إذا قال: انظر لا يسرق متاعى أو لا يتردى طفلى فى البئر أو لا يطير طائرى أو لا يهرب مديونى أو ما أشبه.

أو الأنف، كما إذا قال: شم هل الدهن أو العسل أو الدواء أو ما أشبه صحيح أو فاسد، أو صحيح أو أصح، أو فاسد أو أفسد.

أو اللسان، كما إذا قال: تكلم بالعقد أو ما أشبه.

أو الفم، كما إذا قال: امضغ الطعام للطير أو الطفل.

أو اليد والرجل، كما إذا قال: خذ هذا، أو اذهب إلى مكان كذا.

أو اللمس، كما إذا قال: المس الحرير هل هو ناعم أو خشن، أو الماء هل هو بارد أو حار، أو ما أشبه ذلك.

أو الفرج، كما إذا قال: إذا أدخلت (فى باب المحلل) كان لك كذا.

أو الكون، كما إذا قال: ابق هنا حتى يخاف السارق أو الطير من سرقة المتاع أو التقاط الحب.

بل أو الفكر، كما إذا كان فكره يوجب أمواجاً ينتفع بها كما يتعارف الآن فى بعض المدارس الحديثه، بل وكذا إذا قال له: تفكر فى حل هذه المسأله، فإذا وصل فكرك إلى شىء أعطيك كذا، فإنه أيضاً يعدّ من عمل الإنسان المحترم.

قال المحقق القمى: تحقيق المقام أن عمل شخص لآخر من دون مطالبه العمل والأمر به لا يقتضى عوضاً، لأصالة براءة ذمه الطالب، وذلك كالهبة المطلقة فإنها لا تقتضى الثواب مطلقاً على الأصح، وكذلك إن طلب منه طالب ولم يشترط



المطلوب منه العوض، كمن التمس من غيره أن يهب له شيئاً ووهبه، إلّا- إذا فهم من المقام رضى الطالب بذلك وحصل التراضى، فالعمده بيان موضع التراضى.

فمن مواضعه التصريح بذلك ولا إشكال فيه، ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عاداته أخذ الأجره على ذلك العمل، سواء كان نفس العمل مما يؤخذ عليه الأجره كالغسال والقصار والحلاق، أو لم يكن كذلك، ولكن أعدّ نفسه لذلك مثل أن يحتاج رجل أعمى فى معرفه زوال النجاسه من بدنه حين غسلها، أو المبصر فى المواضع الذى لا يراه من بدنه، فيقول للآخر: انظر إلى هذا الموضع، هل زال النجاسه أم لا، فإن مجرد هذا النظر لا يعدّ فى العرف مما يكون له أجره، بخلاف ما لو أعد شخص نفسه لذلك وجلس عند ميضات الناس ليأخذ الأجره على ذلك لو اتفق إليه حاجه، فيظهر الثمره ويصح القول بأن له أجر مع أنه ليس مما يؤخذ عليه الأجر عاده.

نعم يصح أن يجعل ذلك من قبيل ما له أجر عاده فيما لو أجره غسال أعمى ليراقبه فى ذلك، وذلك لأن العمل حينئذ مجموع النظرات التى حصله الغسال فى طرز يوجه لذلك، فهو خارج عما نحن فيه، ومقصودنا بيان أن كل نظر منه بكل شخص يحتاج إليه هل هو مما يؤخذ عليه الأجره أم لا، فنحن نقول بكفايه إعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين أيضاً، ويكفى فى لزوم الأجره، بخلاف مختار العلامه، والظاهر أن من أعدّ نفسه لأخذ الأجره على كل عمل يرد عليه أيضاً من قبيل إعداده نفسه لعمل خاص.

ثم إن ذلك يشمل ما لو طلب لفظاً وقال: اغسل ثوبى أو قصّر كرباسى أو انظر إلى موضع النجاسه، أو بغير اللفظ، مثل أن يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع كشف رأسه له، وهذا يكون من باب المعاطاه فإنه لا يجوز فى

المعاطاه أيضاً تصرف أحدهما فى مال الآخر بلا عوض، إلى آخر ما ذكره.

ومما تقدم يظهر بعض مواضع التأمل فى كلامه، كبعض مواضع التأمل فى كلام المحقق والعلامة والسبزواری.

ثم إنه قد علم مما تقدم أن الأمر قد يكون على نحو الإجاره والأجره، وقد يكون على نحو التبرع، وقد يكون على نحو العاریه.

ص: ۳۳۵

(مسأله ٢٤): فيها فروع ذكرها القواعد:

(الأول): قال: (وتصح من المستأجر)، أى تصح أن يعير المستأجر ماله من منفعه العين، سواء كانت العين داراً أو دكاناً أو بستاناً أو حيواناً أو إنساناً.

وعن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد ما ذكره القواعد، لكن عن الأخيرين: إلا أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم.

أما ما ذكره جامع المقاصد من أنه إذا أعار حيث يجوز له يجب عليه أن لا يخرج العين من يده، ففيه تأمل، ولذا تأمل فيه مفتاح الكرامه إذا لم يشترط، وعن التذكرة أن الموصى له بخدمه العبد وسكنى الدار يجوز لهما أن يعيراهما.

ومنه يعلم الحال بالنسبه إلى سائر من له الانتفاع غير المخصص بنفسه، كما إذا كان له الانتفاع بالموقوف أو بالمنذور أو بالمصالح عليه أو بالموهوب أو ما أشبه ذلك، فإن الجميع من واد واحد فتشملها أدله العاربه فى غير صورته التخصيص.

(الثانى): قال فى القواعد: (يشترط فى المستعير أن يكون أهلاً للتبرع عليه)، ونقله مفتاح الكرامه عن التذكرة والتحرير، لأن من الأعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز إعارتها لهم، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً أو أمه مسلماً كما فى بيع جامع المقاصد والمسالك، وفى بيع التذكرة ونهايه الأحكام تجوز إعارته وإيداعه، إذ ليس ذلك ملك رقبه ولا منفعه ولا حق لازم، ونحو ذلك ما فى بيع الإيضاح، وفى بيع الكتاب أن الأقرب جواز الإيداع له والعاربه عنده.

أقول: إذا عد ذلك سبيلاً لم يجز وإلا جاز، ولعل الموارد مختلفه، فقد قال

سبحانه: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) (١).

لكن ربّما يقال بالجواز مطلقاً، لأن العارِيه ليست أسوأ من الاستِجار، بل إذا جاز الاستِجار جاز الاستِعاره بطريق أولى، لأن عقد الإجاره لازم، بخلاف عقد العارِيه.

وفي حديث: إن الإمام أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) كان يعمل لبعض أهل الكتاب.

والظاهر أنه لا يجوز إعاره المصحف الشريف للكافر، لنهى النبي (صلى الله عليه وآله) أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافه أن يناله العدو (٢)، إلا أن لا يكون ذلك تسليطاً للكافر على الكتاب، وإنما يعيره الكتاب المقدس ويكون بيد وكيله المسلم.

وربما يحتمل جواز ذلك حتى بالنسبه إلى الكافر إذا لم يكن موضع إهانته، لأن النبي (صلى الله عليه وآله) كان يكتب إلى الكفار الكتب، ويصدرها بسم الله الرحمن الرحيم، ولا فرق بين جزء القرآن وكل القرآن، كما أن النقود في البلاد الإسلاميه كانت تضرب وعليها بعض آيات القرآن الحكيم، ومع ذلك يتناولها الكافر والمسلم، كما هو معروف من غير نكير من أحد من المسلمين.

بل قد ورد في بعض التواريخ: إن السكه ضربت في زمان الأمويين بإشاره من الإمام الباقر (عليه الصلاه والسلام) كما في حياه الحيوان للدميرى وغيره.

وعلى أى حال، فلا شك في أن الاحتياط في الترك، وحيث قد ذكرنا المسأله مفصلاً في كتاب المكاسب، لا داعى إلى تكرارها هنا.

ص: ٣٣٧

١- النساء: الآيه ١٤١

٢- الدعائم: ج ١ ص ٣٤٨

وعن التحرير: أما استعاره أحاديث النبي (صلى الله عليه وآله) وأحاديث أهل بيته المعصومين (عليهم السلام) فإنها مبنية على جواز شرائهم لها.

ثم إن مفتاح الكرامه قال تعليقاً على كلام العلامة في التحرير: (قد استشكل في ذلك أيضاً في بيع التذكرة ونهايه الأحكام، وجوّز ولده في شرح الإرشاد بيع أحاديث النبي (صلى الله عليه وآله) لهم، وعن المحقق الثاني أنه في حكم المصحف).

أقول: ويأتي في المقام الكلام الذي ذكرناه في المصحف، وقد ذكرنا في كتاب المكاسب أيضاً تفصيل ذلك، ومما يؤيد الجواز أيضاً هو كتابات الرسول (صلى الله عليه وآله) إلى الكفار، مع أن الكتاب كان حديث الرسول (صلى الله عليه وآله) بلا شبهة، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كان من باب الاضطرار وتقدير الأهم على المهم، لكن الجواز لا يخلو عن قرب.

(الثالث): قال في القواعد: وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه، كالثوب للبس، والدابة للركوب، والأرض للزرع والغرس والبناء، دون الأطعمه، فإن منفعتها في استهلاكها.

لكن مقتضى القاعده أن الأطمعه إذا استعيرت لا للاستهلاك، وإنما للإراءه ونحوها جاز ذلك، لصدق العاريه فتشملها الأدله، ولذا قال في مفتاح الكرامه في تفسير كلام جامع المقاصد بالنسبه إلى الذهب والفضه وما أشبهه: (معنى كلامه أنه إذا صرح في الإعارة بالمنفعه الضعيفه بأن يقول: أعرنيتها لأتزين بها أو لأرهنها أو لأجذب قلوب الناس إلى معاملتي والركون إلى، حيث يجعل تلك المنفعه مقصداً عظيماً له وإن ضعفت، انتفت المنافاه).

ثم قال مفتاح الكرامه: (وقد نبه على ذلك كله في التذكرة، لكن يرد عليه أن ذلك يجري في إعاره الأطمعه والأشربه والحنطه والشعير وغير ذلك).

نعم الظاهر أنهم أرادوا بإعاره الأطمعه والأشربه والحنطه والشعير الإعاره لأجل صرفها وإفنائها، لا مثل ما ذكره مفتاح الكرامه، فكلامه وإن كان صحيحاً، لكنه لا ينقض به عليهم.

(الرابع): قال فى القواعد فى مسأله إعاره الجدار لوضع الخشب: لو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أو بإكراه أو انقلعت الشجره لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدد له الإذن.

أقول: قد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب الصلح، ومنه يعلم أن مقتضى العاريه إن كان الأعم من الأصل والجديد لم يكن بالتجديد بأس، وإلا لم يجز التجديد إلا بتجديد الإذن كما هو مقتضى القاعده، ولو شك فى إطلاق العاريه كان الأصل العدم.

### وجوب رد العين مع الطلب

(الخامس): قال فى القواعد: يجب رد العين مع الطلب والمكته، فإن أهمل ضمن.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده، وقد أشرنا إليه فى ما تقدم، وإنما الكلام هنا فى أنه هل يجوز له التأخير إلى الإشهاد أو نحو ذلك مما يوجب عدم تضرره فى المستقبل، الظاهر ذلك، لقول النبى (صلى الله عليه وآله): «رحم الله امرئ عمل عملاً فأثقنه»<sup>(١)</sup>، منضمّاً إلى أنه دفع ضرر، والحكم الضررى منفى بدليل «لا- ضرر»، وحيث قد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب الوديعه فلا حاجه إلى تكراره.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (ومؤنه الرد هنا على المستعير، كما فى التذكره وغيرها، لأنها نوع من المعروف، فلو كلف المالك مؤنه الرد امتنع الناس من الإعاره).

ص: ٣٣٩

١- انظر الوسائل: ج ٢ ص ٨٨٣ باب ٦٠ من أبواب الدفن ح ١ و ٢

ولا يخفى ضعف الدليل المذكور، وإن كان الحكم كما ذكره، وإنما الدليل هو اقتضاء العاريه ذلك إلا إذا كان شرط على خلاف ذلك، سواء كان الشرط لفظياً أو مستفاداً من قرائن الحال أو المقال.

(السادس): قال فى القواعد: والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعه كالمستعير من المالك.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده لوحده الملاك فى البابين، لكن ذلك إذا لم يشترط عليه استيفاءها بنفسه كما قيده بذلك جامع المقاصد.

ثم قال جامع المقاصد: والظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلاّ- بإذن المالك وهو كما ذكره، والمراد بالإذن الأعم من الإذن الصريح أو الإذن بشاهد الحال.

وفى صحيحه على بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام)، فى رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت فقال: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن، وإن لم يسم فليس عليه شيء»<sup>(١)</sup>.

وقد حملها فى إجاره جامع المقاصد على ما إذا كان هناك إذن، أو على ما إذا لم تخرج من يده، كما إذا أركبه إياها وهى فى يده، تمسكاً بعموم تحريم مال المسلم إلاّ- عن طيب نفسه إلاّ- أن يوجد المخصص، وهو كما ذكره، فإن الظاهر أن الموجر والمستأجر لا- يقصدان الخصوصيه، أما إذا قصدوا الخصوصيه لم يجز ذلك، ومثل الدابه غيرها من الدار والدكان والبستان والحمام والكتاب واللباس وغير ذلك، لوحده الملاك فى الجميع.

(السابع): قال فى القواعد: ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وله أجره المثل، وفى مفتاح الكرامه: كما فى التذكرة والتحرير والمختلف

ص: ٣٤٠

وجامع المقاصد ومزارعه المبسوط والشرائع والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفايه والسرائر فيما حكى عنها.

أقول: هو مقتضى القاعده، لأن المتصرف يدعى العاربه والأصل عدمها، وليس المقام من قبيل ادعاء المالك الإجاره والمتصرف العاربه حيث قد تقدم التحالف، لأن المالك لا يدعى شيئاً وإنما قوله موافق للأصل، بل المتصرف يدعى فعله البينه، لكن عن الشيخ في الخلاف أن القول قول المتصرف، لأن المالك يدعى عليه عوضاً والأصل براءة ذمته منه، وربما أيد ذلك أيضاً بأن الأصل في فعل المسلم الصحه، وأنه لا يفعل شيئاً مخالفاً للشريعه، ولكن لا يخفى عليك ما في الدليلين.

إذ يرد على الأول: إن المهم في الدعوى المصب لا المآل، كما ذكرناه في كتاب القضاء وغيره.

ويرد على الثاني: إن الأصل في فعل المتصرف الصحه معارض بكون الأصل في قول المالك الصحه أيضاً، لأنه لا فرق في مثل هذا الأصل بين القول والفعل، وإذا تساقطا كان المرجع عموم «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، بالإضافة إلى أن جريان أصل الصحه في فعل المتصرف غير ظاهر.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في التذكرة دليلاً لكون القول قول المتصرف بأن الظاهر من اليد أنها بحق.

قال في مفتاح الكرامه: وأغرب فيها في باب المزارعه فقال: إن القول قول المتصرف وعليه الأجره والأرش وطم الحفر وله إزاله الزرع، وفي جامع المقاصد: إنه سهو قطعاً.

ومما تقدم ظهر أن قول القواعد: ولو ادعى المالك الغصب إلخ، لا يريد



أنه مدع، بل أراد أنه (قال) بقرينه قوله: صدق مع اليمين.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا بَعَض المالك فقال: إنه كان إلى شهر عاريه وبعد شهر الغصب، إذ لا فرق بين أن يدعى أن بعد الشهر كان الغصب، أو أن يدعى أنه من الأول كان غصباً، إلى غير ذلك من صور التبعض.

### لو اختلفا في إجاره الذهب وإعارته

(الثامن): قال في القواعد: ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف، وادعى المالك الإعاره، فإن اتفقت الأجره والقيمه أخذها المالك بغير يمين، وإن زادت قيمه أخذها باليمين.

وعن التحرير وجامع المقاصد موافقته، وقد عرفت أن أمثال المقام من باب التحالف، لادعاء كل واحد منهما شيئاً خلاف ادعاء الآخر، وليست الدعوى من قبيل المدعى والمنكر.

وفي مفتاح الكرامه قال: (والوجه في الأول أعنى اتفاق الأجره والقيمه ظاهر، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ولا محصل للاختلاف، وفي الثاني أن المالك إذا حلف على نفي الإجاره انتفت فتكون العين حينئذ مضمونه على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت، وإنما ذكر تسويغ استيجاره لأنه لم يصدق بيانه، وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى).

ثم قال القواعد ممزوجاً مع مفتاح الكرامه: (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين، أي إذا أدى ذلك قبل تلف العين انتزعتها المالك إذا حلف على نفي الإجاره ولا- عوض للمنفعه المستوفاه بإقراره بالعاريه، وإن وجب على مدعى الاستيجار أجره مده كون العين في يده بزعمه).

وهو كما ذكرناه، لكن على المتصرف إذا علم أنه المحق بينه وبين الله إيصال الأجره إلى المالك، لأن دعواه العاريه لا يسقط حقه، وليس ذلك من الإعراض،

نعم لو كان المتصرف شاكاً لم يجب عليه شيء بعد كون الإقرار حجة على المقر.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتصرف شاكاً، ولكن وارثه كان عالماً بأنه استيجار، فإنه يجب على الوارث إيصال الأجره إليه.

(التاسع): قال فى القواعد: (ولد العاربه المضمونه غير مضمون).

وفى مفتاح الكرامه: (هذا خاص بما إذا كانت مضمونه بالاشتراط فيما يؤثر فيه الشرط، لا كولد الصيد المحرم وشبهه، ووجه عدم ضمانه أن الإذن فى إثبات اليد عليه مستفاده من فحوى عاربه الأم وليس داخلاً فى العاربه، ولا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً، ويجىء على قول الشيخ أن الحمل جزء من الأم ضمانه) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أن العاربه لو كانت شامله لهما فلا- ضمان فيهما، وكذا إن كان الأم من باب العاربه والولد من باب الوديعة، أما فى غير هاتين الصورتين فمقتضى «على اليد» الضمان، لأن الإذن فى إثبات اليد لا يخص دليل اليد.

ومنه يعلم حال ما إذا كان حيوانان توأمين سواء متصلًا أو منفصلاً، فإن أعار أحدهما يأتى فى صنوه الكلام فى الولد، وكذلك فى كل أمرين متلازمين.

(العاشر): قال فى القواعد: لو رده إلى من جرت العاده بالقبض كالدابه إلى سائسها لم يبرأ.

أقول: مراده أنه لو رد العاربه إلى من جرت العاده بقبضه لها كما فى مفتاح الكرامه، ووجه ذلك ظاهر، لأن اللازم أن يكون الرد إلى المالك إلا إذا كان تصريح أو قرينه حاله أو مقالیه من المالك بالرد إلى الأعم.

ومنه يعلم أن قول أبى حنيفه: إذا ردها إلى ملك المالك صارت كأنها

مقبوضه لأن رد العواری فی العاده تكون إلى أملاك صاحبها، إن أراد ما ذكرناه صح وإلا لم يكن تاماً، وكأنه فهم منه التذکره الإطلاق ولهذا غلطه ونقض عليه برد السارق المسروقه إلى الحرز.

ومنه يعلم عدم الفرق فی أن يكون أخذ الدابه منه أو من وكيله وسائسها.

ومثل الدابه غيرها فی هذا الحكم من الكتب والألبسه والأثاث وغيرها، وحتى غير المنقول أيضاً، كما إذا تسلّم المستعير الدار من وكيل المعير، وأوضح من ذلك إذا تسلّمها من الغاصب، فإنه لا يحق له أن يرجعها إليه، وكذلك إذا تسلّمها من وكيل المعير ثم عزل، أو وليه ثم سقط عن الولاية، إلى غير ذلك من الأمثله.

ص: ٣٤٤

## مسأله ٢٥: لو أعطى أرضاً لغيره للبناء أو الزرع

(مسأله ٢٥): فيها فروع:

(الأول): لو أعار ممرأً لإنسان حق له فسخ العاريه، وإذا مات ولم يفسخ حق لوارثه الفسخ، سواء كان ممر ذلك الإنسان منحصرأً بذلك الممر أو غير منحصر، لأن مقتضى العاريه جواز الفسخ على ما عرفت، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمى.

نعم لو جعل العاريه لازمه شرطاً فى ضمن عقد لازم ونحو ذلك، لم يكن له الفسخ بدليل «المؤمنون عند شروطهم»، ولو لم يعلم وارث المالك هل حقه فى المرور من باب العاريه، أو من باب الإباحه، أو من باب شرط، أو إجاره أو ما أشبهه، فالظاهر أن له حق الفسخ، لأن لزومه منفى بأصل العدم.

نعم لو اختلفا كان كما تقدم فى مسأله الاختلاف فى الإجاره والعاريه، حيث يكون من موضع التحالف، وبعد التحالف يكون الحق لصاحب الممر.

ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الممر إلى الدار أو الدكان أو الحمام أو البستان أو الماء أو غير ذلك.

ولو كان المستعير باع داره أو دكانه أو ما أشبه فيما إذا كان الممر عاريه وكان المشتري جاهلاً بذلك حق له الفسخ لأنه عيب، وإن لم يسترجعه المعير، أمّا إذا لم يكن للمعير الحق فى الاسترجاع فإن دخل المشتري على أن الممر ملك للبائع حق له الفسخ أيضاً لأنه ليس بملك، وأمّا إذا دخل على أن يكون له المرور فحسب فلا حق له فى الفسخ.

(الثانى) لو أعطى إنسان أرضاً لغيره لينى فيها أو يزرع أو ما أشبه فبنى وزرع ونحو ذلك، ثم إن المعطى للأرض يريد إخراج المتصرف، فإن كان الإعطاء بعنوان الصلح أو البيع أو ما أشبه من العقود اللازمه لم يحق له ذلك.

وأمّا إذا كان بعنوان العاريه حق له ذلك، على ما تقدّم تفصيله فى بعض

المسائل السابقة، وحكم وارث مالك الأرض حكم المالك، كما أن حكم وارث المتصرف حكم المتصرف، كما ألمع إلى ذلك المحقق القمي.

(الثالث): لو لم يعلم المستعير إطلاق العاربه في أن يتصرف فيها كيف شاء أو يتصرف فيها في شيء خاص، كما إذا استعار الدابه ثم شك في أنه كانت العاربه لأجل الركوب أو الأعم منه ومن الحمل، فالظاهر أنه لا حق له في التعدي عن القدر المتيقن، لأنه تصرف في ملك الغير لم يعلم إجازته له، فالأصل عدم، وكذا لو علم بأن العاربه شملت شهراً من الزمان أو قدراً خاصاً من المسافه وشك في الزائد فالأصل عدم التصرف فيها في التفاوت الزماني أو المكاني.

ومنه يعلم أنه لو كان بين الشئيين المتردد بينهما عموم من وجه حق له التصرف في الجامع لا- في مادتي السلب، أما إذا كان الشك بين المتباينين، فالظاهر أنه لا يحق له أن يتصرف في أي منهما إلا أن يقال إنه من باب قاعده العدل يحق له التصرف في نصفيهما لكنه مشكل.

(الرابع): هل يجوز استعمال العاربه إلى حد التلف، أو لا يجوز إلا إلى حد يبقى للعاربه شيء من قيمه، احتمالان، بل قولان.

استدل الأول: بإطلاق دليل العاربه.

والثاني: بأن معنى العاربه رد العين بعد الانتفاع بها، ومع حصول التلف لا يمكن رد العين.

والظاهر أن عاربه العين لا تشمل إلى حد التلف، نعم قد يجيز المالك إلى حد التلف فيكون من انضمام الإباحه إلى العاربه، وذلك لا مانع فيه، وذلك كما إذا قال له: أعرتك الكتاب وأجزت لك أن تستعمله إلى حد التلف، أو ما أشبه ذلك.

(الخامس): مقتضى القاعده أن إرث ورثه المستعير للعاريه يتوقف على كون العاريه مطلقه أو خاصه، ولو شك اقتصر على المورث لأصالة عدم جواز تصرف الوارث فيها، ولو كانت مطلقه ففي كيفية الإرث أيضاً يتبع قدر إعاره المعير، فقد يكون الإرث بتساوى الذكر والأنثى، وقد يكون بالتفاضل، وهذا ليس من الإرث حقيقه كما هو واضح.

(السادس): قال المحقق القمى: إذا مات زيد عن بنت وابنتين وله دور، فسألت البنت إخوانها أن يسكنوها فى دار معينه من تلك الدور فأجابوها وقالوا إنه من مال أبينا وأبيك فاسكنى فيها، وقالت البنت لزوجها عمرو: هذه الدار لنسكن فيها فإن إخوانى أجازوا لى سكنوها، فعمّرها الزوج وصرف فى عمارتها مالاً كثيراً، فلما عمرت الدار ندم الإخوان ومنعوا عن السكنى ولم تزاحمهم أختهم فى ذلك، فكيف حال الزوج والمال الذى صرف فيها والعمل الذى عمل فيها.

ثم أجاب: إن هذه الإجازة من الإخوان لأختهم من باب العاريه فى قدر حصتهم، لجواز إعاره المشاع وكفايه مطلق اللفظ الدال على العاريه، لكونها من العقود الجائزه، فيكفى فيها لفظ اسكنى فيها، بل وقد يكفى الفعل الدال على الإيجاب، بل ربما قيل بكفايه حسن الظن بالتصديق بالانتفاع بماله فى تحقق العاريه، كما ذهب إليه العلامة فى التذكرة وجماعه.

والظاهر أن مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال فى تحققها، يعنى أن هذا إذن فى الانتفاع، وأما أن المعتبر فى شاهد الحال هل هو القطع أو يكفى الظن، فهو كلام آخر، والأحوط فيه اعتبار القطع، وليس المراد أن آيه سوره النور تدل

على ذلك بمفهوم الموافقه، إذ الانتفاع بالعين مع بقائها بحالها أسهل من أكلها وإتلافها، وعلى هذا فلا يتعدى مما ذكر في الآيه من الأرحام وغيرهم، كما ظنه الشهيد الثانى فى الروضه، وذكروا من جمله ما دل عليه شاهد الحال جواز الأكل من الهدايا فى ظروفها، فكان ذلك من باب المعاطاه فى العاريه، وبالجملة لا ينبغى الإشكال فى كون قول الإخوان لأختهم اسكنى فى الدار من باب العاريه وتحققها به.

ثم إن العاريه لأحد يدل على جواز انتفاع أهله وعياله والضيف ونحو ذلك، فالعاريه لأختهم تدل على إباحه انتفاع زوجها أيضاً بالسكنى، ولكن الظاهر أن المستعير هذا إنما هو الأخت لا الزوج حتى يتفرع عليه أحكام العاريه فى حقه.

والظاهر أنها داخله فى أمر الزوج بالعمل المقتضى لكون الأجره على الزوجه إذا لم يكن تبرع من الزوج فيجب على الزوجه أجرته، فإنه إمّا من باب الجعالة أو الإجاره المعلومه أجرتها بالعهاده، كما أشار إليه المحقق الأردبيلي، أو الإجاره الفاسده المستلزمه لثبوت أجره المثل، ولا يضر فى ذلك كون الزوج عالماً بكون استحقاق الزوجه لذلك من باب الإعاره الجائزه حتى يقال: إنه أقدم على تفويت ماله لعلمه بأن للأخوه الرجوع، لأنه لم يقدم حينئذ على تفويت ماله مجاناً، بل إنما أقدم عليه لعوض هو إما سكناه فيه أو ذلك مع الإسكان الواجب عليه لزوجته، وأما الغرامه التى تأخذها الزوجه على فرض رجوع الأخوه عن الإعاره للبناء والعماره المستلزمه لخرج المال فيه وتستحقها على الأخوه، فإن ما يأخذها الزوج منهم فى عوض العمل، والمفروض أن العمل من الزوج بأمرها

المبتنى على العوض لا مجاناً، فإبراء الزوجه إخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج فعليةا الغرامه.

أقول: إذا أمرت الزوجه زوجها بالعمل والصرف بدون علم الزوج بأنها قابله للاسترجاع فلا إشكال فى ضمانها للعمل والصرف، إذ المتعارف فى مثل هذه الموارد أن الزوج إنما يصرف لا مجاناً.

نعم إذا كان الزوج صرف وعمل تبرعاً بدون توقع الأجره والعوض إذا فاته السكنى لم يكن له شىء، وإن كان مع علم الزوج فى غرامه الزوجه احتمالان:

الأول: ما ذكره المحقق القمى فى كلامه المتقدم.

والثانى: عدم الغرامه، لأن الضرر توجه إلى الزوج من نفسه، حيث إنه أقدم على البناء فى مكان قابل للاسترجاع، فليس قول المحقق لم يقدم على تفويت ماله مطلقاً، بل خاص بهذه الصوره أى صوره عدم إقدامه مع التزام الزوجه بذلك.

ولو شك فى أى الأمرين فلا حق له فى الرجوع عليها.

(السابع): لو استعار الفحل للضراب فأخطأ مما أفرغ فى خارج الموضوع فهل يجوز تكراره، الظاهر أنه تابع لقصد المعير، ولو شك فى قصده فالأصل عدم الجواز، هذا فيما إذا لم يكن ظاهر يؤيد هذا الطرف أو ذاك الطرف، وإلا فالظاهر هو المتبع.

### إعارة الأب أو الجد

(الثامن): كما يصح إعارة الإنسان نفسه كذلك يصح إعارة الأب والجد الصغير لولا يتهما عليه فيما إذا لم تكن مفسده، فتشمله إطلاقات العاريه، نعم لا تصح إعارة غير الولى، فإذا أعار لم تكن من العاريه الفاسده، بل هو مثل إعارة الغاصب.

وفى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه: أن علياً (عليهم الصلاه والسلام) كان يقول: «من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن». وقال: «من استعار



حراً صغيراً فعيب فهو ضامن»(١).

وقد حمّله الشيخ على من استعار بغير إذن المالك، وجوز حمّله على من فرط، وعلى من شرط عليه الضمان، وذلك لإطلاق أدله عدم الضمان في العاربه، ولعل السر أن الغالب أن المستعير لا يهتم بالعبد والصغير فيكون ممن فرط فيهما.

والظاهر أن القِيم الشرعي والوصي والحاكم ووكيله في حكم الأب والجد بالنسبه إلى الصغير.

وكذلك الحال بالنسبه إلى اعاره المجنون.

(التاسع): لا يبعد كراهه إعاره الخائن، فعن الجعفریات بسند الأئمه (عليهم السلام) إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ما أبالي ائتمنت خائناً أو مضياً»(٢).

وعن الشيخ المفيد في الاختصاص، عن أبي حمزه الثمالي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من عرف من عبد من عبيد الله كذباً إذا حدث، وخلفاً إذا وعد، وخياناً إذا ائتمنت ثم ائتمنته على أمانه كان حقاً على الله أن يتلى فيها ثم لا يخلف عليه ولا يؤجر»(٣).

وروى الآمدي في الغرر، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، أنه قال: «ثلاثه مهلكه: الجرأه على السلطان، وائتمان الخوان، وشرب السم»(٤).

وقال (عليه السلام): «من علامات الخذلان ائتمان الخوان»(٥).

ص: ٣٥٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من كتاب العاربه ح ١١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٧ من أبواب الوديعه ح ١

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعه ح ٢

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعه ح ٣

٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعه ح ٣

(العاشر) لو أعار الصبي شيئاً فأتلفه فهل هو ضامن، احتمالان، من حديث رفع القلم (١١) الشامل للوضعيات أيضاً إلا ما خرج بالدليل قطعاً، ومن أن الضمان حكم وضعي كالنجاسه والطهاره وما أشبه فلا فرق بين البالغ وغير البالغ، وهذا أقرب.

ويؤيد عدم الضمان ما رواه دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه الصلاه والسلام) أنه قال: «من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعه فأتلفها فلا ضمان عليه».

نعم لا ينبغي الإشكال في عدم ضمان الصبي غير المميز، وكذلك المجنون، بل من الواضح أنه لا تتحقق العاريه معهما.

(الحادى عشر): الظاهر صحه الإعاره والاستعاره بالنسبه إلى من لهم شخصيه حقوقيه، كالهيه والجماعه والصندوق وما أشبه، لشمول الأدله بعد كونها عاريه عقلائييه، ومع تحقق الموضوع يشملها الحكم، والقول بالانصراف إلى الفرد قد ذكرنا ما فيه في كتاب الحج وغيره، فإن الانصراف لو قيل به فهو بدوى.

(الثانى عشر): الظاهر صحه إعاره كافر لكافر الخمر أو الخنزير، وكذلك إعاره المخالف لمثله النبيذ، كما تقدم ذلك في مسأله إعاره الطعام، أما إذا كان أحد الطرفين ممن لا يستحل فلا يجوز، بمعنى بطلان مثل هذه العاريه.

نعم إعاره المسلم للمسلم أو الكافر للمسلم أو بالعكس الخنزير لا- لأجل الأكل، بل لأجل المنافع المحلله كإداره الطاحونه ونحوها جائز، إذ لا دليل على المنع فيشملة إطلاق أدله العاريه.

ومنه يظهر صحه إعاره الكلب لمثل ذلك وللحراسه والصيد وما أشبه، أما الحيوانات غير النجسه أمثال القرد وما أشبه فإعارتها أوضح.

ص: ٣٥١

(الثالث عشر): إعاره الحلال لمن يريد فعل الحرام معه إن كان على نحو الداعي صحت العاربه، وإن كان على نحو مصب العقد بطل، نعم في الداعي يحرم العمل وإن لم تكن العاربه باطله لأنه من الإعانه على الإثم، كما إذا أعار سيفه لقتل مسلم، أو دابته لذهاب المستعير إلى المخمر أو المقمر أو المبغي أو ما أشبهه، وصدق الإعانه وعدم الصدق عرفي، وقد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) كلاماً حول الموضوع في مسأله بيع التمر لمن يصنعه خمراً، فإن المقام من ذلك الباب.

(الرابع عشر): لو أعار شريكاً المال المشاع وشرط أحدهما الضمان دون الآخر، فتلف بعضه ضمن المستعير بقدر حصه المشترك دون غيره، ولو انعكس بأن أعار إنسان ماله لغيرين على النحو المشاع وشرط على أحدهما الضمان دون غيره، فإذا كان التلف من الضامن ضمن، وإذا كان من غيره لم يضمن، وإذا جهل أن التلف من أيهما كان مقتضى قاعده العدل أن نصف التلف على الضامن.

### لا تصح العاربه للوطى

(الخامس عشر): اختلف في عاربه المملوكه لو طيها، لكن في روايتين عدم الجواز.

فعن دعائم الإسلام، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) كما في مستدرک الوسائل، أنه سئل عن عاربه الفروج كالرجل يبيع للرجل وطى أمته، أو المرأة تبيع لزوجها أو لغيره وطى أمتها من غير نكاح ولا ملك يمين، قال جعفر بن محمد (عليهما السلام): «عاربه الفروج هو زنا، وأنا أبرؤ إلى الله ممن يفعله»<sup>(١)</sup>.

وعن أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، بسنده إلى أبي العباس، قلت: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: أصلحك الله ما تقول في عاربه

ص: ٣٥٢

الفرج؟ قال: «حرام» (١١).

ولعل هناك فرقاً بين العارِيه والتحليل، أو أن الروائتين تحمل على التقيه أو ما أشبه ذلك، أما عارِيه الحره فلا تجوز بالضروره.

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه الصلاه والسلام)، في حديث المديره التي انعتق نصفها، قال: «إن الحره لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله» (٢).

ومنه يعلم الكلام في إعاره الأمه لغير الوطى مما لا يحل كالقبله ونحوها، أما إعاره الحره نفسها لذلك، كإعاره ولى الطفله أو الطفل لهما لذلك فلا شبهه في حرمته، والله سبحانه العالم.

هذا آخر ما أردنا إيراده في كتاب العارِيه، والله المسؤول أن يتقبله بقبول حسن، وأن يجعله مورداً للفائده، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

وقد انتهى الكتاب في يوم الخميس الثانى والعشرين من شهر محرم، سنه ألف وأربعمائه وخمسه من الهجره، بيد مؤلفه:

محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

قم المقدسه

ص: ٣٥٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٣٦ الباب ٢٤ من أبواب النكاح ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٤٥ و ٥٤٦ الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١



## المحتويات

المحتويات

كتاب الوديعة

٧ \_ ٢٠٢

- ٨ ..... المعاطاه فى الوديعة.....
- ١٠ ..... أدله مشروعيه المعاطاه.....
- ١٢ ..... لا يشترط القبض فى الوديعة.....
- ١٤ ..... تحقق الوديعة بالفعل.....
- ١٨ ..... لو لم يتمكن من حفظ الوديعة.....
- ٢٠ ..... وجوب حفظ الوديعة.....
- ٢٢ ..... الوجوب النفسى أو الغيرى.....
- ٢٤ ..... لا حاجه إلى قصد القربه.....
- ٢٧ ..... لو تلفت من غير تعد ولا تفريط.....
- ٣٠ ..... لو أخذها الظالم قهراً.....
- ٣٢ ..... لو تمكن من دفع الظالم.....
- ٣٤ ..... صور دفع الظالم.....
- ٣٨ ..... لو توقف الحفظ على دفع شىء.....

ص: ٣٥٥

- ٤٠ ..... الحلف لدفع الظالم
- ٤٦ ..... مسأله ١: الوديعة عقد جائز
- ٤٨ ..... الوكيل مقدم على الحاكم
- ٥٠ ..... تأخير الرد لعذر شرعى
- ٥٣ ..... مسأله ٢: الحفظ بما جرت عليه العاده
- ٥٤ ..... يلزم سقى الدابه وعلفها
- ٥٦ ..... العبره بظهور الحاجه
- ٦٠ ..... حكم إخراج الدابه من المنزل
- ٦٢ ..... وديعه السفينه
- ٦٤ ..... لو عين المودع
- ٦٦ ..... لو دار الأمر بين حفظ الوديعة وواجب آخر
- ٧٠ ..... إيداع المجنون والصبى
- ٧٣ ..... لو تصرف جاهلا بأنه وديعه
- ٧٤ ..... مسأله ٣: وجوب الإشهاد عند أماره الموت
- ٧٦ ..... الإيضاء إلى فاسق ثقه
- ٧٨ ..... الإيضاء مبهماً
- ٨٠ ..... لو لم يشهد وأنكر الورثه
- ٨٢ ..... روايات الأمانه
- ٨٨ ..... الأداء العرفى
- ٩٠ ..... إذا لم يعرف صاحب الأمانه

- لو أودعه الغاصب..... ٩٢
- لو كان خلط أو مزج فى الوديعه..... ٩٤
- مسأله ٤: موجبات الضمان..... ٩٨
- الفرق بين التعدى والتفريط..... ١٠٠
- هل يضمن بالنسيان..... ١٠٢

ص: ٣٥٦



- لو أخرج الدابة للضرورة..... ١٠٦
- السفر بالوديعة..... ١٠٨
- لو ترك سقى الدابة..... ١١٠
- لو جحد الوديعة..... ١١٤
- لو فتح الظرف هل يكون ضامناً..... ١١٨
- إذا قطع السلعة..... ١٢٠
- لو أودعها أمام الظالم..... ١٢٤
- لو أخذ بعض الوديعة..... ١٢٦
- مسألة ٥: جواز السفر بالوديعة..... ١٣٠
- مسألة ٦: براءة المودع بردها..... ١٣٢
- الحاكم يقبض الوديعة..... ١٣٤
- مسألة ٧: لو أعاد الوديعة بعد التفريط..... ١٣٧
- لو أكره على دفعها لغير المالك..... ١٣٨
- مسألة ٨: لو أنكر الوديعة..... ١٤٣
- هل يحتاج المنكر إلى اليمين..... ١٤٥
- مسألة ٩: إذا أنكر قام المالك البيه..... ١٥٢
- مسألة ١٠: إذا عين له حرزاً وجبت المبادره إليه..... ١٥٥
- مسألة ١١: إذا اعترف بالوديعة ثم مات..... ١٥٦
- مسألة ١٢: إذا ادعى الوديعة اثنان..... ١٥٩
- مسألة ١٣: إذا فرط أو تعدى..... ١٦٢

مسأله ١٤: إذا مات سلمت إلى الوارث..... ١٦٣

مسأله ١٥: فروع في الوديعه..... ١٦٤

لو خاف الحرق فأخرج متاع نفسه فقط..... ١٦٥

لو أعطى الوديعه بدون رد بدلها..... ١٦٧

ص: ٣٥٧

لو خاف حرز المودع..... ١٦٩

لو فتن القميص..... ١٧٣

لو سرق المستودع من الوديعة..... ١٧٧

لو سفه أحد الطرفين..... ١٧٩

لو اختلفا فى الوديعة والقرض..... ١٨٢

لو اكتسب بالوديعة..... ١٨٣

لو لم يسلم المال وتلف..... ١٨٥

لو مات الوارث..... ١٨٧

لو أوصى إلى فاسق..... ١٩٠

أقسام الأمانة الشرعيه..... ١٩٢

كراهه استيمان شارب الخمر..... ١٩٥

كتاب العاريه

٢٠٣ \_ ٣٥٣

الفرق بين العاريه والإباحه..... ٢٠٦

تعريف الفقهاء..... ٢٠٩

الانتفاء بظروف الهدايا..... ٢١١

العاريه تقع بكل لفظ..... ٢١٣

مسأله ١: العاريه عقد جائز..... ٢١٥

الاستثناء من جواز العاريه..... ٢١٧

مسأله ٢: إذن الولي للصبي والمجنون..... ٢٢٠

مسأله ٣: شرائط المستعير..... ٢٢٥

مسأله ٤: عدم ضمان المستعير..... ٢٢٩

استعاره المحرم الصيد..... ٢٣١

ص: ٣٥٨

- ٢٣٧ ..... لو تلف الصيد في يد المحل
- ٢٣٨ ..... مسأله ٥: لو استعار من الغاصب
- ٢٤٠ ..... أقسام التعدى
- ٢٤٤ ..... مسأله ٦: ما هى العين المستعاره
- ٢٤٨ ..... مسأله ٧: استعاره الأرض للزراعه
- ٢٥٠ ..... لو تخطى المستعير عن المأذون
- ٢٥٤ ..... مسأله ٨: استعاره فحل الضراب
- ٢٥٥ ..... مسأله ٩: استعاره الحيوانات
- ٢٥٦ ..... المنحه
- ٢٥٨ ..... معارف المستعار
- ٢٦٠ ..... مسأله ١٠: الإعاره المطلقة أو الموقته
- ٢٦٢ ..... حق المعير مقدم
- ٢٦٤ ..... قلع شجر المستعير
- ٢٦٦ ..... الإبقاء بأجره
- ٢٦٩ ..... مسأله ١١: الإعاره للدفن
- ٢٧٠ ..... خايه المعير
- ٢٧٣ ..... مسأله ١٢: لوازم العاربه
- ٢٧٥ ..... الأرض للزرع
- ٢٧٨ ..... مسأله ١٣: هل يغرس غير الشجره المنقلعه
- ٢٨٠ ..... العاربه لا توجب الملك

مسأله ١٤: العاربه أمانه..... ٢٨٤

المستعير أمين..... ٢٨٤

الضمان فى الذهب والفضه..... ٢٨٨

لو شرط سقوط الضمان..... ٢٩٢

ص: ٣٥٩

مسألة ١٥: لو رد المستعير العاربه..... ٢٩٥

مسألة ١٦: لو اتفق المعير والمستعير على بيع الملك..... ٢٩٨

مسألة ١٧: لو أطارت الريح الحب إلى بستان الغير..... ٣٠١

مسألة ١٨: لو نقصت العين لسبب الاستعمال..... ٣١٠

مسألة ١٩: اختلاف صاحب الدابه والركب..... ٣١٥

لو اختلفا فى الإعاره والإجاره..... ٣١٦

مسألة ٢٠: لو انتفع بغير ما أعاره له..... ٣٢٠

مسألة ٢١: إذا جحد العاربه..... ٣٢٢

مسألة ٢٢: لو تعدى فى العاربه أو فرط..... ٣٢٤

مسألة ٢٣: لو قال: أعرتك لتعيرنى..... ٣٢٧

العقود تتبع القصود..... ٣٣١

لو أمر غيره بالعمل..... ٣٣٣

مسألة ٢٤: أهليه المستعير..... ٣٣٦

وجوب رد العين مع الطلب..... ٣٣٨

لو اختلفا فى إجاره الذهب وإعارته..... ٣٤٠

مسألة ٢٥: لو أعطى أرضاً لغيره للبناء أو الزرع..... ٣٤٥

إعاره الأب أو الجد..... ٣٤٨

لا تصح العاربه للوطى..... ٣٥٢

المحتويات..... ٣٥٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات



الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

